

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Elementair sociaal recht

Heerma van Voss, G.J.J.; Jacobs, A.T.J.M.

Citation
Heerma van Voss, G. J. J., & Jacobs, A. T. J. M. (1998). *Elementair sociaal recht*. Alphen aan den Rijn: Samsom. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3558

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3558

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

1

Sociale zaken

1.1 Het onderwerp van het sociaal recht

In het sociaal recht gaat het om werk, loon, arbeidsomstandigheden, ontslag, vakbonden, werkgevers, de rol van de overheid, cao's, stakingen, ziekengeld, pensioen, bijstand, enzovoorts. Zaken die bijna dagelijks de voorpagina's van de krant halen. Zaken ook, die miljoenen mensen raken, omdat zij te maken hebben met hun bestaansmogelijkheden.
Over al die onderwerpen is in de afgelopen honderd jaar een geweldig complex van rechtsregels ontstaan, teveel om ze allemaal in dit korte bestek te behandelen. Vandaar, dat deze inleiding zich concentreert op de hoofdzaken van het sociaal recht.

1.2 Geschiedenis van het sociaal recht

We zeiden dat die rechtsregels 'in de afgelopen honderd jaar' zijn ontstaan. Eeuwen eerder waren er natuurlijk ook wel rechtsregels omtrent de arbeid en de behoeftigen, maar die waren niet met de huidige te vergelijken.[1] Bij de Romeinen bijvoorbeeld werd de meeste ondergeschikte arbeid door slaven verricht. In de Middeleeuwen beheersten de gilden met hun rechtssystemen de arbeidsmarkt en kwam verder nog veel horigheid voor.[2]
Die tijden zijn voorbij. De sociale structuren van weleer bestaan niet meer. Het 'sociaal recht' van toen is wetenswaardig voor historisch-geïnteresseerden, maar zo anders dan het sociaal recht van nu, dat wij het hier verder laten rusten.

Met de komst van de Industriële Revolutie (het eerst in Engeland vanaf ca. 1750) en met de grote maatschappelijk/politieke omwenteling in de tijd van de Verlichting en de Franse Revolutie (1789) werden de oude samenlevingsstructuren weggevaagd en kwam er een nieuwe sociale

1 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 1-124; F.J.H.M. van der Ven, *Geschiedenis van de arbeid*, 3 delen, Utrecht: Het Spectrum 1968.

2 M.A. Olea, *Von der Horigkeit zum Arbeitsvertrag*, Heidelberg 1981.

ordening in Europa. In die nieuwe ordening bestond geen slavernij of horigheid meer. Alle mensen werden als vrije en gelijkwaardige burgers beschouwd. Zij werden geacht met elkaar op voet van gelijkheid individuele rechtsbetrekkingen aan te gaan. De staat en tussenliggende verbanden (zoals de vrijheidsbeperkende gilden) moesten niet meer in het economisch leven tussen beide komen. Coalitieverboden zouden hernieuwde gildenvorming tegenhouden (zie par. 10.2). Het sociaal recht was rond 1840 op de achterkant van een postzegel te schrijven.[3]

Deze idealistische theorie van toen leidde in de praktijk bepaald niet tot ideale toestanden. Integendeel, de mogelijkheden om op traditionele wijze in het levensonderhoud te voorzien namen af. Grote groepen verhuisden naar de steden en meldden zich bij de fabrieken, wier aantal in razende vaart toenam, om daar in loondienst te gaan werken.
Het burgerlijk recht mocht dan uitgaan van een volledige contractsvrijheid, voor dat immense leger van werkzoekenden bestond er in feite geen enkele kans om goede arbeidsvoorwaarden te bedingen.
Zo hoopte de maatschappelijke ellende zich in de loop der 19e eeuw op: kinderarbeid, arbeidsdagen van wel 14 uur of meer, hongerlonen, erbarmelijke werkomstandigheden, periodes van grote werkloosheid, nauwelijks recht op inkomen voor wie niet in staat was om te werken door die werkloosheid, door ziekte of ouderdom, etc. In de industriële centra van West-Europa ontstond een enorm lompenproletariaat.

Er kwam verzet. Maatschappijhervormers stonden op, met name de socialisten, maar ook progressieve liberalen en christenen.[4] Her en der braken opstanden en oproeren uit. Campagnes werden gevoerd voor uitbreiding van het kiesrecht, zodat parlementen de regeringen onder druk zouden kunnen zetten om sociale hervormingen door te voeren. En de werknemers sloten zich aaneen, richtten vakbonden op en gingen in staking om van de werkgevers loonsverbetering af te dwingen.

Successievelijk kwamen er wetten, die de vorming van vakbonden legaliseerden, de staking uit de strafrechtelijke sfeer haalden, de kinderarbeid afschaften, de arbeidstijd aan banden legden, de veiligheid van de arbeid moesten verhogen, de uitbetaling van lonen veilig stelden, de arbeiders verzekerden voor de geldelijke gevolgen van ziekte, werkloosheid, kindertal, ouderdom en overlijden, ontslagregels introduceerden, de cao regelden, rechten op een minimumloon en een minimumvakantie vastlegden, medezeggenschap voorschreven, enz.

Deze wetten vormen het moderne sociaal recht.

3 I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland in de 19e eeuw*, Utrecht: Het Spectrum 1978; M.G. Levenbach, Het BW en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden, *Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 217.

4 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, 'Het Sociaal recht en de christelijke Sociale leer', *Sociale Wetenschappen* 1991, p. 124.

1.3 Het moderne sociaal recht – een rustig bezit?

Het moderne sociaal recht[5] is dus de uitkomst van een emancipatiebeweging. Van een beweging om de arbeidende bevolking te verheffen uit een staat van feitelijke achterstelling, waarin zij eeuwenlang heeft moeten leven. En die er inderdaad toe geleid heeft, dat op het hoogtepunt van de 'verzorgingsstaat', begin jaren zeventig, er in Nederland volledige werkgelegenheid heerste, de armoede verdwenen leek te zijn, de hele bevolking een gewaarborgde sociale zekerheid had en alle werknemers behoorlijke lonen, vakantie, arbeidsomstandigheden en dergelijke genoten. Hetgeen overigens niet wegnam, dat er ook in die jaren veel onvrede was, vooral over de ongelijke verdeling van de welvaart.

Vanaf 1973 keerde evenwel het economisch getij. Er nestelde zich een hardnekkige werkloosheid en ook de armoede lijkt in onze samenleving te zijn teruggekeerd.
Tegen het eind van de jaren zeventig kwam er toenemende bijval voor degenen die meenden dat het sociaal recht te ver was doorgeschoten. Dat het te beknellend was geworden voor het bedrijfsleven: de financiële lasten te zwaar, de regels te star. Dat zou er mede de oorzaak van zijn geweest dat het concurrentievermogen van ons bedrijfsleven geleidelijk terugliep. De voorsprong van de 'oude' industriële wereld rond de Noord-Atlantische Oceaan werd in toenemende mate ingelopen door de landen rondom de Grote Oceaan (Californië, Japan, Zuidoost-Azië). Om die trend te keren moest, in deze visie, ook het sociaal recht enkele stappen terugdoen: minder lasten voor het bedrijfsleven door een lager niveau van sociale uitkeringen en minimumlonen, minder regels ('deregulering'), meer flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagbeleid van ondernemingen, in de regeling van de arbeidstijden en taakinhoud van de werknemers, enz.
Als gevolg van die tijdgeest heeft het sociaal recht in de jaren tachtig pas op de plaats gemaakt. Hier en daar werden zelfs enkele stappen terug gedaan, al is het, zeker in Nederland, over de hele linie genomen niet echt tot een afbraak gekomen.[6]

Tegen het eind van de jaren tachtig leefde de economie weer op en leek er weer ruimte te komen voor een intensivering van het sociaal beleid en dus ook van het sociaal recht. Tezelfdertijd zijn er vele mondiale en regionale ontwikkelingen aan de gang, die het ongewis maken of deze trend van opleving zich zal voortzetten: de overgang van Oost-Europa naar een markteconomie (gepaard gaande met veel politieke instabiliteit), de regelmatige dreiging van handelsoorlogen, de toenemende zorg om het milieu, de wisselend succesvolle Europese integratie, enz. Met

5 Vgl. J. Mannoury, 'Het moderne arbeidsrecht als instrument van behoud en verandering', in: *Recht als instrument van behoud en verandering (J.J.M. van der Ven-bundel)*, Deventer: Kluwer 1972, p. 226.

6 A.T.J.M. Jacobs, 'De ondermijning van het sociaal recht', *SR* 1989, p. 36; A.J.C.M. Geers, *De sociale kwestie; honderd jaar later*, Deventer: Kluwer 1990; A.T.J.M. Jacobs & W. Plessen, 'Deregulering in het arbeidsrecht', *SEW* 1992, p. 83.

name de invoering van de Economische en Monetaire Unie geeft de Europese regeringen op dit moment aanleiding om de sociale verworvenheden kritisch te bezien. Ook in Nederland worden vandaag de dag grote delen van het sociaal recht, die tot voor kort vanzelfsprekend waren (het wettelijk minimumloon, de algemeen-verbindendverklaring van cao's, de ontslagbescherming, enz.) ter discussie gesteld en wordt het sociale-zekerheidsstelsel stap voor stap minder ruimhartig gemaakt.

Het sociaal recht reflecteert de ups en downs van de economie[7] en de grote veranderingen in de wereldpolitiek.
Het wordt daarin onophoudelijk heen en weer geslingerd tussen nu eens de drang naar meer vrijheid, dan weer naar meer bescherming in het economisch leven. Uit de geschiedenis zouden wij echter de les moeten trekken dat een radicale afschaffing van het sociaal recht onder het motto 'vrijheid voor het economisch leven' een bedrieglijke voorspiegeling is: 'Entre le riche et le pauvre, entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit' (Lacordaire).

Aan de andere kant valt ook niet te betwisten dat het sociaal recht voortdurend kritisch moet worden beschouwd. Het kan inderdaad soms te star worden, het kan misbruikt worden, mensen de prikkel tot creativiteit of tot inspanning ontnemen, enz. Maar vooral ook omdat het sociaal recht nu eenmaal nauw verband houdt met de sociaal-economische structuur van het land, moet het onvermijdelijk mee veranderen met die structuur, al gaat dat niet altijd zonder problemen. Soms loopt het sociaal recht bij veranderingen achter en wordt het niet meer als toereikend ervaren; soms loopt het sociaal recht juist voorop en tracht het wenselijke veranderingen te bevorderen.

Zo paste het sociaal recht zich rond de eeuwwisseling aan bij de toenmalige plaats van de vrouw in het arbeidsleven door haar extra bescherming geven vooral terwille van haar taak als moeder. Tegenwoordig loopt het sociaal recht soms juist voorop bij de maatschappelijke ontwikkeling van toekenning van gelijke rechten van man en vrouw, ook in de arbeid. Het combineren van arbeid en zorgtaken vormt daarbij een probleem dat het sociaal recht maar moeilijk meester wordt.

Het arbeidsrecht was tot voor kort grotendeels geschreven met het oog op de arbeider met een vaste baan in een volledige werkweek. In het tegenwoordige bedrijfsleven ziet men steeds veelvuldiger een variëteit aan arbeidsverhoudingen: naast een kern van vast personeel wordt een groot aantal werknemers flexibel ingezet.[8] Het sociaal recht is al een jaar of tien bezig om ook de rechtspositie van deze tweede groep adequaat te regelen. Het toegenomen belang van informatie in de moderne samenle-

7 T. van Peijpe, *De conjunctuur van het arbeidsrecht*, Groningen: Wolters Noordhoff 1990.

8 Vgl. M. Bruyn-Hundt, 'Flexibele arbeidsovereenkomsten, een structureel gegeven', *SMA* 1990, p. 36-47.

ving brengt ook nieuwe typen arbeidsrelaties mee, zoals tele-werk, die nieuwe sociaalrechtelijke vragen oproepen.[9]

Aan ondernemerszijde vinden constant hergroeperingen plaats. Wat vroeger een duidelijk herkenbare onderneming was – bijvoorbeeld Douwe Egberts – is dat tegenwoordig zelden nog. Ondernemingen splitsen zichzelf op in verschillende onderdelen, die als afzonderlijke rechtspersonen gaan optreden, of zij worden onderdeel van grotere concerns. Delen van ondernemingen worden afgesplitst en verkocht, enz. Wie vandaag voor de ene baas achter een winkelstand staat te werken, doet dat misschien morgen op precies dezelfde arbeidsplek met precies hetzelfde werk voor een andere baas. Terwijl zijn collega van twee etages hoger misschien voor nog weer een andere baas is komen te werken en dus eigenlijk geen collega meer is.

Ook groeit er geleidelijk meer spanning tussen de beschermende rol die het arbeidsrecht traditioneel vervult voor de afhankelijke arbeider en de toegenomen mondigheid van hoog opgeleide werknemers.[10] Door deze en andere maatschappelijke ontwikkelingen is een deel van de 'solidariteit', waarop veel van het vroegere sociale recht was gebaseerd, verloren gegaan.[11] Tegenwoordig wordt in het sociaal recht een toenemende nadruk gelegd op 'individualisering'.

1.4 Eenheid en verscheidenheid van het sociaal recht

Doordat het actuele sociale recht vrucht is van een groeiproces van ruim honderd jaar vormt het ook een bont geheel. Het is weinig systematisch het bestaande rechtssysteem binnengedrongen. Dat binnendringen gebeurde vaak via bijzondere wetten, die men tot het bestuursrecht is gaan rekenen, zoals de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet.

Een belangrijk deel van het sociaal recht, de regeling van de arbeidsovereenkomst, is van oudsher in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. In 1907 werd deze daarin uitvoerig geregeld[12], tegenwoordig in de artikelen 610 t/m 691 van boek 7.[13]
Maar een arbeidsovereenkomst wordt mede beheerst door tal van bijzon-

9 H.H. de Vries, *Juridische aspecten van huistelematica*, Deventer: Kluwer 1993.
10 P.F. van der Heijden, 'Post-industrieel arbeidsrecht', *NJB* 1993, p. 297; Lord Wedderborn e.a., *Labour law in a postindustrial state*, Hampshire 1994.
11 W. van Oorschot, 'Solidariteit en sociale zekerheid, meningen over de hoogte van premies en uitkeringen', *SMA* 1988, p. 358; dez., 'Solidariteit in verzekering en sociale zekerheid: analyse van een begrip', *SMA* 1991, p. 461.
12 Zie voor de parlementaire behandeling van deze grote wijziging A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, 4 delen, 's-Gravenhage: Belinfante 1907-9.
13 G.J.J. Heerma van Voss, *De arbeidsovereenkomst als titel 7.10 BW*, Deventer: Kluwer 1997; P.F. van der Heijden (red.), *Tekst en commentaar, Titel 7.10 BW*, Deventer: Kluwer 1997; A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *Titel 7.10 De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

dere wetten, meestal omdat zij ten dele publiekrechtelijke bepalingen bevatten. Ook andere delen van het sociaal recht, zoals het cao-recht, de medezeggenschap en de sociale zekerheid worden deels in privaatrechtelijke, deels in publiekrechtelijke wetten geregeld.

Vanwege dit alles is het sociaal recht niet licht in te delen bij de traditionele rechtsgebieden. Er is daarom veel voor te zeggen om het sociaal recht op te vatten als een zelfstandige eenheid in het recht, al zijn de arbeidsrechtsgeleerden het nooit over een exacte omschrijving eens geworden. In de Nederlandse discussie daarover putte men zich vooral uit in afbakeningskwesties.[14] Moet het sociaal recht zich alleen bezighouden met degenen die loon ontvangen of ook met zelfstandigen? Kunnen het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht wel of niet onder de ene paraplu van 'sociaal recht' gevat worden?
Wij zullen in dit boek niet proberen dit debat te verrijken met nieuwe definities, maar een pragmatische keuze doen en ons bepalen tot het arbeidsrecht, het medezeggenschapsrecht en het socialezekerheidsrecht. Ook zullen we enige aandacht schenken aan de rechtsfiguur van de 'opdracht' die vaak van toepassing is op de arbeid welke zelfstandigen voor derden verrichten.
Het specifieke ambtenarenrecht[15] zullen we nog slechts terloops behandelen, omdat dit recht allengs aan belang inboet. Dit is een gevolg van het streven naar 'normalisering' van de arbeidsverhoudingen bij de overheid, waarbij steeds meer delen van het algemene arbeidsrecht van toepassing worden op de openbare dienst (zoals de Arbeidstijdenwet, de Wet op de Ondernemingsraden en de Werkloosheidswet). Verder wordt door 'privatisering' de overheidsdienst afgeslankt en worden ook de arbeidsverhoudingen in de gesubsidieerde sector tegenwoordig minder dan vroeger door het ambtenarenrecht beïnvloed.

Er is echter een ander belang gemoeid met de vraag naar de eenheid van het sociaal recht. Het sociaal recht is ontstaan als een reactie op het zeer individualistische civiele recht en het op sociaal-economisch gebied zeer spaarzame bestuursrecht van de vorige eeuw. Het heeft dat uitermate individualistische civiele recht drastisch geamendeerd; het heeft het bestuursrecht aangevuld met omvangrijke nieuwe wetten. Is het dan wel zo logisch om het 'sociaal recht' simpelweg te beschouwen als een 'functioneel vak' van brokken civielrecht, bestuursrecht en strafrecht? Of

14 Vgl. *Van sociale politiek naar sociaal recht* (een bundel arbeidsrechtelijke oraties), Alphen aan den Rijn: Samsom 1966; G.M.J. Veldkamp, 'Sociaal recht – een verbijzondering en een synthese', in: *Recht als instrument van behoud en verandering (J.J.M. van der Ven-bundel)*, Deventer: Kluwer 1972, p. 247; H.L. Bakels, 'Het arbeidsrecht en het sociaal-economisch recht', in: *Hedendaags Arbeidsrecht (Levenbach-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 18; J.J.M. van der Ven, 'Van arbeidsrecht naar sociaal recht', in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap 2*, Deventer: Kluwer 1983, p. 175; I.A.C. van Haren, *Arbeidsrecht en sociaal recht*, Rotterdam 1971; E.P. de Jong, *Over sociaal recht gesproken?*, Deventer: Kluwer 1979.

15 Vergelijk daarvoor met name *Korteweg-Wiers* en *Van Peijpe/Riphagen*.

wordt het hele sociaal recht gekenmerkt door een bepaalde eigen denktrant, die specifiek is voor dat sociaal recht?[16]

Omdat Nederland geen eigen wetboek van de arbeid of van de sociale zekerheid kent[17] en ook geen eigen arbeidsrechtbanken komt hier het sociaal recht niet zo makkelijk tot een zelfstandige ontwikkeling. Het wordt steeds door andere delen van het recht beïnvloed en het beïnvloedt ook zelf weer andere delen van het recht.[18] Zo is het idee dat het recht een sterke bescherming moet geven aan één der contractspartijen, namelijk de als regel zwakkere partij, stellig in het arbeidsrecht het eerst tot bloei gekomen. Maar dit streven naar, wat wel wordt genoemd, ongelijkheidscompensatie, is intussen geworden tot de belangrijkste rechtsgrond voor overheidsmaatregelen op tal van gebieden om het marktmechanisme in de vorm van onderhandelings- en contractsvrijheid waar nodig te corrigeren. En omdat het op die manier deel is geworden van het algemene rechtsdenken hoeft men tegenwoordig ook veel minder dan vroeger te vrezen dat de rechter nog met verouderde civilistische concepten behept is – hij blijkt wel degelijk bereid om een 'ongelijkheidscompensatie' toe te passen ook daar waar de wet het niet uitdrukkelijk voorschrijft.[19]
Toch blijken vooral in de collectieve arbeidsverhoudingen wet en rechtspraak nog steeds vaak onzeker bij het loslaten van algemene civielrechtelijke of bestuursrechtelijke concepten. Zij zijn nog niet ver gevorderd met het vinden van nieuwe samenhangende concepten, die afgestemd zijn op de noodzaak om een juist machtsevenwicht tussen de sociale partners en tussen het individu en de collectiviteit te bereiken (zie de hoofdstukken 9 tot 11).[20]

16 Vgl. A.Ph.C.M. Jaspers & G.J.J. Heerma van Voss, 'De uitdagingen van het sociaal recht', *SR* 1986, p. 4; J.J.M. van der Ven, 'De terreinontginning van arbeidsrecht en sociaal recht', in: *Bakels-bundel*, p. 305.

17 Vgl. G.M.J. Veldkamp, 'De dynamiek van het sociaal recht', in: *Hedendaags Arbeidsrecht (Levenbach-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 9; dez., 'Codificatie, het vergeten hoofdstuk in het sociale zekerheidsbeleid', in: *Frenkel-bundel*, p. 215; W. Szubert, 'La codification du Droit du travail', *Recht der Arbeit* 1978, p. 319; C.J. Loonstra, 'Naar een Wetboek voor Sociaal Recht?', *SMA* 1988, p. 549.

18 Vgl. over de wisselwerking tussen het sociaal recht en het privaatrecht: J.J.M. van der Ven, 'Arbeidsrecht en privaatrecht', *SMA* 1971, p. 673; W. Tonkens-Gerkema & F.H.J. Mijnssen, 'De ontwikkeling van het algemeen privaatrecht en het arbeidsovereenkomstenrecht', *SMA* 1982, p. 476; H.L. Bakels, 'Het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht', *SMA* 1983, p. 136; A.T.J.M. Jacobs, *WPNR* nr. 5704, p. 424-425; A.F.M. Brenninkmeijer, 'De betekenis van rechtspraak in het sociaal recht', *SR* 1989, p. 46; Werkgroep Herziening Ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

19 Vgl. J. van Schellen, *Wat doet de Hoge Raad?*, Deventer: Kluwer 1980; dez., *Wat leert de Hoge Raad?*, Deventer: Kluwer 1983; T. Hoogenboom, 'De arbeidsbescherming en ongelijkheidscompensatie door de rechter', *Arbeid in Kort Geding (Borgerhoff Mulder-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983, p. 53; dez., 'Macht, sociaal recht en rechterlijke legitimatie', *SR* 1989, p. 40.

20 Vgl. L.J.M. De Leede, 'Toetsingsnormen in het collectieve arbeidsrecht', in: *Goed en trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 19.

1.5 Vindplaatsen van het sociaal recht

Wanneer wij ons in het sociaal recht verdiepen mogen we niet alleen kijken naar het nationale recht, aangezien dit recht steeds vaker wordt bepaald door internationale normen (vgl. hoofdstuk 19).
Bovendien moeten we verder kijken dan naar de rechtsregels, vervat in verdragen, wetten, algemene maatregelen van bestuur en dergelijke en naar de stand van de rechtspraak daarover. In het sociaal recht komen we nog enkele andere bronnen van recht tegen (zie par. 3.10-3.18), die de actuele stand van het sociaal recht sterker meebepalen, dan in de meeste andere rechtsgebieden het geval is.[21] Wij denken daarbij met name aan de rechtsregels die collectief door de werkgevers en de vakbonden met elkaar gemaakt worden. Zij zijn neergelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's).
Het is ondoenlijk om die rechtsregels in dit boek inhoudelijk te bespreken. Er bestaan honderden cao's met talloze artikelen over de meest uiteenlopende onderwerpen. We zullen ons in deze inleiding ertoe beperken in zijn algemeenheid te beschrijven hoe deze rechtsregels tot stand komen (hoofdstuk 9), wanneer zij toepasselijk zijn en hoe zij zich verhouden tot andere bronnen van arbeidsrecht (hoofdstuk 3).
Daarnaast worden geleidelijk ook overeenkomsten tussen ondernemer en ondernemingsraad van toenemend belang.

1.6 De kleur van het Nederlands sociaal recht

Het sociaal recht zoals Nederland dat kent, is niet uniek in de wereld. Alle geïndustrialiseerde landen hebben de afgelopen eeuw sociale rechtsregels gekregen. Het ene land eerder dan het andere, mede afhankelijk van het tempo van industrialisering.

In sommige landen heeft het sociaal recht zich echter wezenlijk anders ontwikkeld dan in Nederland. Dat was bijvoorbeeld het geval in fascistisch en rechts-autoritair geregeerde landen. Ook het sociaal recht in de landen met een socialistisch stelsel, zowel in Oost-Europa en Azië als in de 'derde' wereld was totaal anders dan bij ons. Het verzekerde de vastheid van dienstbetrekking en inkomen veel sterker, maar kende ook een plicht tot arbeid, stakingsverboden en liet slechts door de overheid gecontroleerde vakbonden toe.[22] Het einde van de koude oorlog heeft in de meeste van deze landen echter een omschakelingsproces naar de markteconomie tot stand gebracht, waarbij men zich oriënteert op het arbeidsrecht van landen met een dergelijk economisch stelsel.[23]

21 Vgl. P.F. van der Heijden, *Rechtsvorming in het arbeidsrecht, zand in de machine*, Deventer: Kluwer 1990.

22 Vgl. B. Rüthers, *Arbeitsrecht und politisches system*, Frankfurt am Main 1973; *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 3 (1987), Issue 1.

23 J.M. Servais, 'Evolution en Europe centrale et orientale et droit du travail', *Droit Social* 1990, p. 393.

Toch kennen ook die landen nog grote onderlinge verschillen. Zo kent het Amerikaanse en ook wel het Engelse sociaal recht veel minder beschermende wetgeving dan het vasteland van Europa en Japan.[24]
Het Nederlands sociaal recht is sterk verwant met het Duitse arbeidsrecht[25], maar heeft ook invloeden ondergaan van andere Europese landen.[26] En ondanks de onderlinge verwantschap zijn er ook met deze 'buurlanden' nog talloze verschillen op onderdelen. Het sociaal recht is nu eenmaal ook de uitdrukking van nationale machtsverhoudingen tussen politieke stromingen, het sluit aan op nationale gebruiken, instellingen, enz. Zo worden de Nederlandse arbeidsverhoudingen gekenmerkt door relatief veel overleg tussen de toppen van de vakbeweging en werkgeversorganisaties, weinig stakingen en een grote belangstelling voor rechtvaardige inkomensverhoudingen. De laatste tijd spreekt men wel van het 'poldermodel'.

Kennisneming van andere stelsels van sociaal recht is een belangrijke methode om ook een betere, kritische kijk te krijgen op het eigen sociaal recht.[27] De toenemende verstrengeling van de juridische en de sociaal-economische orde van Nederland met die van andere landen maakt, dat een degelijke sociaalrechtelijke verhandeling een rechtsvergelijkende beschouwing nauwelijks meer kan ontberen.[28] Een ander gevolg daarvan is een toenemende internationalisering van het sociaal recht, die enerzijds leidt tot pogingen tot harmonisering van de verschillende regels, doch anderzijds tot een versnippering van de bronnen van het sociaal recht op nog veel meer niveaus. Op deze internationalisering komen wij in hoofdstuk 19 terug.

1.7 Grondrechten en het sociaal recht

Ondanks alle verschillen zijn er ook elementen in het sociaal recht, die als 'grondrechten' worden beschouwd, welke in iedere beschaafde rechtsorde nageleefd behoren te worden.[29]

De eerste generatie grondrechten, de zgn. 'klassieke' grondrechten, verplichtten de overheid zich te onthouden van inmenging in het leven van

24 Michel Albert, *Kapitalisme contra Kapitalisme*, Amsterdam 1992.
25 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
26 Vgl. B.A. Hepple (ed.), *The making of Labour Law in Europe*, London 1986.
27 Vgl. R. Blanpain & C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 5th ed., Deventer: Kluwer 1993.
28 In verband met de 'globalisering' van de economie valt ook een toenemende aandacht voor het arbeidsrecht van Amerika en Japan waar te nemen, vgl. K. Iest, *Klachtrecht van de individuele werknemer*, Deventer: Kluwer 1991; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992.
29 E.P. de Jong, 'Het mensbeeld in het sociaal recht', *SMA* 1988, p. 88; P.W.C. Akkermans, C. Bax & L. Verheij, *Grondrechten*, Groningen: Wolters Noordhoff 1989; M.C.B. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

de burgers (bijv. de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst, van vergadering, enz.). Een aantal van die 'klassieke' grondrechten raakt ook het gebied van het sociaal recht, zoals het verbod van slavernij en dwangarbeid en de verenigingsvrijheid, die ook de vrijheid omvat om een vakvereniging te vormen.

Samen met het sociaal recht kwam echter een tweede generatie, de 'sociale' grondrechten, op. De meest fundamentele elementen in het sociaal recht nopen de overheid immers niet zozeer tot onthouding, als wel tot een actieve bemoeienis met de organisatie van de samenleving, om alle burgers bestaanszekerheid te garanderen. Het gaat dan om het recht op billijke arbeidsvoorwaarden, medezeggenschap, sociale zekerheid en dergelijke.[30]
Deze 'sociale' grondrechten hebben als probleem dat zij vaak 'zachter' zijn dan de klassieke grondrechten; het zijn vooral opdrachten aan de wetgever, die mede afhankelijk is van de economische omstandigheden voor de mate waarin zij kunnen worden gerealiseerd. Het parlement en andere bij de wetgeving betrokkenen kunnen de regering steeds aan deze grondrechten herinneren. Maar zij krijgen minder vaak dan klassieke grondrechten een formulering die zich ertoe leent om door burgers rechtstreeks voor de rechter te worden ingeroepen. Hetgeen niet wegneemt dat toch nu en dan de rechter ook sociale grondrechten in de arbeidsverhoudingen laat doorwerken, speciaal wanneer dat gebeurt in verbinding met het beginsel van gelijke behandeling.
Welke rechten zich als 'sociale grondrechten' laten aanduiden kan in de eerste plaats afgeleid worden uit de Grondwet, waarin sedert 1983 een aantal sociale grondrechten is opgenomen.[31] Bovendien zijn heel wat grondrechten vervat in internationale documenten, welke Nederland onderschreven heeft (zie hoofdstuk 19). Ten slotte kan ook nog wel eens een ongeschreven grondrecht in de rechtspraak erkenning vinden.

Als een bepaald recht als 'grondrecht' is erkend, wil dat nog niet zeggen dat daarmee strijdige wetten nooit geldig zijn. Zo kan de rechter geen Nederlandse formele wetten toetsen aan de Nederlandse grondwet. Ook hebben niet alle grondrechten 'horizontale werking', dat wil zeggen dat burgers hen tegen elkaar kunnen inroepen, bijvoorbeeld een werknemer tegen een particuliere werkgever (zie nader par 6.2).[32] Evenmin hebben

30 F.J.H.M. van der Ven, *Sociale Grondrechten*, Utrecht: Het Spectrum 1957; D.C.H.M. Pieters, *Sociale Grondrechten in de grondwetten van de lid-staten van de Europese Gemeenschap*, Antwerpen 1986; F. Tangé, *Sociale grondrechten tussen armoede en mensenrechten*, Antwerpen 1986; A.W. Heringa, *Sociale Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989; voor een fundamentele kritiek op het idee van sociale grondrechten F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, Vol. 2*, Chicago 1976, p. 62-106.

31 B.S. Frenkel, Werkgelegenheid, rechtspositie van werknemers en bestaanszekerheid, *Grondrechten (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 393.

32 W. Rauws & H. Schijvens, 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de arbeidsverhouding', in K. Rimanque (red.), *De toepassing van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen 1982, p. 147-242; P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer: Kluwer 1988; I.P. Asscher-Vonk, 'Grondrechten en de arbeidsovereenkomst in het NBW', in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsover-*

grondrechten absolute gelding; ook zij moeten onder omstandigheden worden beperkt. Zo kan het grondrecht op respectering van de persoonlijke levenssfeer ('privacy') meebrengen dat iemand zelf zijn kleding mag bepalen, maar kan dit worden beperkt door de noodzaak uit veiligheidsoverwegingen in sommige beroepen bepaalde kleding voor te schrijven. Voor ambtenaren berusten die beperkingen op een wettelijke regeling (art. 125a-125d Ambtenarenwet).[33]

Tenslotte is er een probleem als twee grondrechten met elkaar in botsing komen. Geldt bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, dat het discrimineren van homoseksuelen bij de aanstelling van werknemers verbiedt, ook voor een christelijke school die daar op basis van de vrijheid van godsdienst niet toe wil overgaan?[34] De laatste kwestie is thans geregeld in de Algemene Wet Gelijke Behandeling, een voorbeeld van een wettelijke regeling die zowel de horizontale werking van een grondrecht, als de botsing met andere grondrechten wil regelen. Meestal heeft de wetgever deze problemen echter niet opgelost en ze overgelaten aan de rechter.

eenkomst in het NBW, Deventer: Kluwer 1991, p. 87; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

33 Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 480; C.J.G. Olde Kalter, *Overheidspersoneel en grondrechten (Preadvies VAR)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1979; J. Mekel, *AA* 1987; *NJCM-Bulletin* 1988, p. 167 e.v; J. Boesjes, 'Ambtenaar en Grondrechten', in: *Gegeven de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1988, p. 81-93.

34 Vgl. A.K. Koekkoek, *De onderlinge verhouding van grondrechten*, Enschede 1985.

2

De juiste m/v op de juiste plaats

2.1 De vrije keuze van arbeid

Een van de voornaamste aandachtsgebieden van het sociaal recht wordt gevormd door de 'arbeidsmarkt'. De arbeidsmarkt is te bezien als een (theoretische) marktplaats waar werkgevers op zoek zijn naar arbeidskrachten en werknemers op zoek naar werk. In de praktijk vindt dit zoeken uiteraard plaats op heel verschillende momenten en plaatsen: via advertenties, arbeidsbureaus, Internet, bekenden, en inderdaad soms ook via banenmarkten. Juridisch wordt dit zoekproces nog altijd hoofdzakelijk beheerst door het beginsel van de contractsvrijheid. Werkgevers en werknemers zijn in overwegende mate vrij in de keuze om wel of geen dienstbetrekking aan te gaan.[1]

De werknemer wordt in deze vrijheid beschermd door het grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze: het recht om niet tot het verrichten van bepaalde arbeid gedwongen te worden. Het is een klassiek grondrecht (zie par. 1.7) dat al dateert uit de tijd toen slavernij en dwangarbeid nog aan de orde van de dag waren. Toch werd dit grondrecht pas in 1983 ook in de Nederlandse Grondwet opgenomen (art. 19, lid 3).[2]
Uiteraard moet ook dit grondrecht onder omstandigheden worden beperkt, bijvoorbeeld in geval van een noodtoestand.[3] Ook minder ernstige situaties kunnen een beperking van dit grondrecht rechtvaardigen, bijvoorbeeld een verbod op nevenarbeid (zie par. 6.11) of een concurrentiebeding (zie par. 8.31). Maar juist in dat soort situaties speelt dat zelfde grondrecht wel een rol als waarborg dat de werknemer niet ontoelaatbaar ver in zijn vrije keuze van arbeid beperkt kan worden.

De werkgever kan zijn vrijheid baseren op het beginsel van de contracts-

1 Vgl. I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.
2 *Kamerstukken* 19 376; I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 176-188; A.T.J.M. Jacobs, in: J.J.M. van der Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 77-83.
3 Vgl. de Noodwet Arbeidsvoorziening van 23 april 1971, *Stb.* 448.

vrijheid. Hoewel dat beginsel niet grondwettelijk is vastgelegd, vormt het nog steeds een belangrijk uitgangspunt van het burgerlijk recht. Het arbeidsrecht heeft wel veel beperkingen aangebracht op de contractsvrijheid, maar juist in de sfeer van het afsluiten van arbeidsovereenkomsten zijn de beperkingen nog schaars. De belangrijkste wettelijke en jurisprudentiële beperkingen die er zijn, worden hierna behandeld. Ook kunnen beperkingen op de contractsvrijheid bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten voortvloeien uit de cao of de invloed van de ondernemingsraad (zie par. 11.4). Maar het blijven uitzonderingen die de regel bevestigen: het afsluiten van arbeidsovereenkomsten ligt nog grotendeels in de sfeer van de contractsvrijheid.

2.2 Recht op arbeid

Het 'recht op arbeid' kwam al zo'n twee eeuwen geleden op als een soort natuurrecht.[4] Toch is de opneming van dit recht in het positieve recht niet zo eenvoudig gebleken.[5] Hoewel er veelvuldig een beroep wordt gedaan op een 'recht op arbeid', is dat in de praktijk nog steeds meer een politiek programmapunt dan een recht, waarmee men naar een werkgever, een overheidsinstantie of een rechter kan stappen om een baan te eisen.

En dat politieke programmapunt is vaker ideaal dan werkelijkheid. Na de 'golden sixties' toen er werk in overvloed was, is de conjunctuur in 1973 omgeslagen en kent Nederland net als heel West-Europa een hardnekkige werkloosheid: momenteel ca. 450.000 werkzoekenden ofwel rond 7% van de beroepsbevolking.

Toch ziet de overheid het als een uitvloeisel van het programmatische 'recht op arbeid' om te blijven ijveren voor een terugdringing van de werkloosheid.[6] Alleen verschillen de inzichten over de manier waarop dat moet gebeuren.[7]

Sommigen zoeken het bij voorkeur in het op peil houden en verbeteren van de koopkracht van de bevolking, in overheidsinvesteringen, in grootscheepse 'banenplannen' of in specifieke maatregelen gericht op de activering van langdurig werklozen.

Anderen verwachten meer heil van een herstel/behoud van de concurrentiekracht van het bedrijfsleven en streven dan eerst en vooral naar lastenverlichting voor het bedrijfsleven en terugdringing van het tekort op de overheidsbegroting.

Het beleid van de Nederlandse overheid is sinds jaar en dag een 'mix' van die twee benaderingen, doch omdat Nederland een open markteconomie heeft en als klein land overgeleverd is aan de ups en downs van de

4 Vgl. H.N. Teuben, *Recht op arbeid*, Assen 1955.

5 M.C. Burkens, 'Werkgelegenheid en Grondwet', in: *Werkgelegenheid: recht of beleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1979; A.T.J.M. Jacobs & J.J.M. van der Ven, 'Het recht op arbeid', *NJCM-Bulletin* 1983, p. 40 en 96.

6 Vgl. voorts art. 1 van het Europees Sociaal Handvest (zie par. 19.5).

7 Vgl. hierover een schier eindeloze reeks publicaties zowel uit wetenschappelijke hoek, als van politieke partijen, regering, enz.

wereldeconomie, kan de Nederlandse overheid, van welke kleur zij ook is, toch maar een geringe invloed uitoefenen op de stand van de werkgelegenheid.

Dit alles verklaart waarom het 'recht op arbeid' niet als een rechtens afdwingbaar recht voor de individuele burger kon worden geformuleerd. In onze Grondwet is het 'recht op arbeid' slechts erkend als programmapunt: de overheid zal streven naar voldoende werkgelegenheid (art. 19, lid 1).[8]

In het kader van dat beleid is in de loop der jaren een aantal voorzieningen tot stand gekomen, waarmee de overheid haar burgers bij het zoeken van werk behulpzaam is.[9]

2.3 De arbeidsbureaus

In het begin van deze eeuw namen gemeenten het initiatief tot de oprichting van 'arbeidsbeurzen', die op niet-commerciële wijze bemiddelden in vraag en aanbod van arbeid. Tegenwoordig bevindt zich in de meeste grote en middelgrote steden een arbeidsbureau.
Tot 1991 vormde dit netwerk van arbeidsbureaus onderdeel van de overheid. Toen werd met de inwerkingtreding van de Arbeidsvoorzieningswet (Arbvo-wet)[10] deze organisatie losgekoppeld van de overheidsdienst. Het is een afzonderlijke organisatie geworden (een 'openbaar lichaam'), die landelijk onder leiding staat van een Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening (CBA) en regionaal van Regionale Besturen voor de Arbeidsvoorziening (RBA's) (art. 2 jo. 12 Arbvo-wet).
Deze besturen zijn 'tripartite' samengesteld: vertegenwoordigers van de vakbeweging, de werkgeversorganisaties en de overheid bezetten ieder een derde van de zetels (art. 17 en 30 Arbvo-wet). De overheid heeft het nu dus niet meer voor het zeggen, maar kan wel, doordat belangrijke besluiten veelal met gekwalificeerde meerderheid genomen moeten worden, een grote invloed blijven uitoefenen.
De overheid is ook de voornaamste financier van de verzelfstandigde arbeidsvoorzieningsorganisatie: jaarlijks maakt zij er ca. 1,5 miljard gulden belastinggelden aan over (art. 45 Arbvo-wet). Daarnaast kan het CBA ook eigen retributies instellen en heffingen op werkgevers en werknemers leggen (art. 5 en 9 Arbvo-wet).

8 H.W.P.M. van der Linden, 'Recht op arbeid, plicht tot arbeid? Een grondrechtelijke benadering van het werkgelegenheidsbeleid van de overheid', *SR* 1992, p. 300; F.J.H.C. Smit, *Passende arbeid als recht van de mens*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1994.

9 Geschiedkundig overzicht daarvan in *Frenkel/Jacobs*, p. 87-168.

10 Wet van 28 juni 1990, *Stb.* 402; thans de Wet van 29 november 1996, *Stb.* 1996, 618; L. Betten, 'De nieuwe Arbeidsvoorzieningswet', *SMA* 1988, p. 709; M.M. Sanders, 'Naar een betere arbeidsvoorziening', *SR* 1989, p. 96; E. Sol, 'De nieuwe arbeidsvoorzieningsorganisatie', *SR* 1990, p. 339.

Het is de hoofdtaak van de arbeidsvoorzieningsorganisatie en dus van de arbeidsbureaus om werknemers behulpzaam te zijn bij het vinden van werk en werkgevers bij het vinden van arbeidskrachten. De wet noemt de algemene beginselen ten aanzien van de registratie van werkzoekenden en vacatures en de openbare arbeidsbemiddeling (art. 69-80 Arbvo-wet). Zo heeft iedereen het recht om kosteloos gebruik te maken van deze dienstverlening (art. 79 Arbvo-wet). Ook is het de arbeidsbureaus verboden direct of indirect mee te werken aan discriminatoire praktijken (zie par. 2.10).

De meeste werkzoekenden zijn bij het arbeidsbureau wel bekend, omdat inschrijving bij dit bureau in het algemeen een voorwaarde vormt om voor een werkloosheidsuitkering in aanmerking te komen. Maar wat het aanbod van banen betreft ligt dat wezenlijk anders, omdat de werkgevers maar zelden verplicht zijn om vacatures bij het arbeidsbureau te melden en dat ook in de praktijk vaak nalaten.[11]

2.4 Arbeidsvoorzieningsinstrumenten

De overheidsbemoeienis met de arbeidsmarkt bestaat er niet alleen in, dat een publieke organisatiestructuur voor de arbeidsvoorziening in stand wordt gehouden. De overheid stelt aan deze organisatie ook instrumenten beschikbaar om werkzoekenden en vooral werkgevers over de streep te trekken om een arbeidsrelatie aan te gaan.[12] Krachtens de Arbeidsvoorzieningswet wordt dit soort regelingen veelal vastgesteld door het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening.[13] Onder meer is de subsidiëring (art. 81-82) uitdrukkelijk aan het CBA en de RBA's toevertrouwd.

Beroepskeuzevoorlichting
Soms weten werkzoekenden niet precies wat voor baan zij zouden kunnen vervullen of voor wat voor baan zij geschikt zijn. Om daar wat aan te doen verzorgt het arbeidsbureau op diverse manieren beroepenvoorlichting en beroepskeuzevoorlichting.[14]

Scholing
Omdat meer dan eens blijkt dat werkzoekenden niet beschikken over voldoende scholing, of dat zij geschoold zijn in beroepen waar onvoldoende vraag naar is, kan het arbeidsbureau diverse her- en bijscholingsmaatregelen toepassen.[15]

11 Weliswaar kent art. 71 Arbvo-wet de mogelijkheid van een verplichte vacaturemelding, maar deze is nooit ingevoerd. Wel kennen enkele cao's een verplichte vacaturemelding.
12 Voor een historisch overzicht daarvan F.J.L. Pennings, *Benefits of Doubt*, Deventer: Kluwer 1990, p. 326-352/381-388.
13 *Stcrt.* 1991, 17 en 18.
14 Vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 123-126.
15 Vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 117-123.

De belangrijkste zijn:
- de Bijdrageregeling Bedrijfstaksgewijze Scholing;
- scholing op een van de 27 over het land verspreide Centra voor Vakopleiding van Volwassenen.

Deze regelingen worden toegepast in samenhang met allerlei scholingsafspraken, die in de diverse bedrijfstakken bij cao zijn gemaakt.[16] Let in dit verband ook op de mogelijkheden van scholing met behoud van uitkering (zie par. 14.15). Tegen afwijzing van een scholingsvoorziening kan de werkzoekende in beroep gaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.[17]

Subsidies en lastenverlichtingen
Een moderne methode is dat de overheid met lokmiddelen de werkgevers in de private sector probeert te verleiden om arbeidsplaatsen beschikbaar te stellen, vooral aan zgn. 'doelgroepen' die moeilijk aan de slag blijken te komen: jongere en oudere slecht-opgeleiden, herintreedsters, etnische minderheden, gehandicapten, enz.
Een van de belangrijkste maatregelen in dat vlak is momenteel de Wet bevordering arbeidsinpassing[18], die de basis vormt voor diverse subsidieregelingen, gericht op herinschakeling van langdurig werklozen in het arbeidsproces. Met name is dit de Kaderregeling arbeidsinpassing[19], die drie soorten subsidies biedt, te weten:
- subsidie in de kosten van begeleiding van een (ex-)langdurig werkloze op de normale arbeidsplaats;
- subsidie voor de creatie en instandhouding van zgn. werkervaringsplaatsen;
- vrijstelling tot het betalen van werkgeverspremies sociale verzekering, wanneer een werkgever een langdurig werkloze in dienst neemt op een normale arbeidsplaats of op een werkervaringsplaats.

Een aantal instrumenten voor het inzetten van gehandicapte werknemers is thans gebundeld in de Wet (Re)integratie Arbeidsgehandicapten.[20] Op basis van deze wet kan aan de werkgever of aan de werknemer zelf een zgn. persoonsgebonden budget ter beschikking worden gesteld.

Aanvullende werkgelegenheid
Al ouder is de creatie van banen door de overheid zelf. In de jaren dertig heette dit 'werkverschaffing', tegenwoordig wordt gesproken over 'additionele werkgelegenheid'. Dergelijke projecten zijn vooral gericht op langdurig werklozen. Meestal worden ze alleen maar geschapen bij de

16 Vgl. de afspraken in de Stichting van de Arbeid m.b.t. scholing, 1986 en 1987; over de toepassing daarvan zie *Kamerstuk* 20 809 en een LTD-onderzoek naar bedrijfsactiviteiten inzake scholing als uitvloeisel van cao-afspraken, 1993.
17 Zie de jaarlijkse bundels H.J. de Ru & H.J. Simon (red.), *Uitspraken CBB*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
18 Wet van 21 december 1994, *Stb.* 1994, 960.
19 *Stcrt.* 1989, 147; *Stcrt.*, 1991, 17.
20 Wet van 23 april 1998, *Stb.* 1998, 290-293.

overheid of de semi-overheid. Ze worden doorgaans beheerd door de gemeentelijke overheid of speciale stichtingen, die de gemeenten in het leven hebben geroepen.

In de eerste plaats is er de Wet Inschakeling Werkzoekenden[21], waarin de vroegere Jeudwerkgarantiewet en banenpools zijn opgenomen. Op basis van deze wet kunnen jongere werklozen een werkervaringsplaats krijgen, welke zij verplicht zijn te aanvaarden op straffe van verlies van hun uitkering. De 'banenpools' dienen ertoe om de oudere moeilijk bemiddelbare werklozen een alternatief voor een uitkering te bieden. Een variant hierop vormen de zgn. 'Melkert-banen', welke (nog) buiten deze wet vallen.[22] Onder de Wet Inschakeling Werkzoekenden is in beginsel het normale arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing op de arbeidsrelatie tussen arbeidskracht en tewerkstellingsorganisatie.
Voor gehandicapten bestaat daarnaast de mogelijkheid van plaatsing in een van de vele sociale werkplaatsen, geregeld in de Wet op de Sociale Werkvoorziening (Wsw).[23] Ook de werknemer van de sociale werkvoorziening valt tegenwoordig in beginsel onder het normale arbeidsovereenkomstenrecht.

2.5 Particuliere arbeidsbemiddeling

Arbeidsbemiddeling door derden, dat wil zeggen andere dan de vorenomschreven arbeidsvoorzieningsorganisatie, is verboden zonder vergunning van het CBA (art. 82 Arbvo-wet-oud).[24]
Voor de toepassing van dit verbod verstaat de Arbvo-wet onder arbeidsbemiddeling: 'dienstverlening in de uitoefening van beroep of bedrijf ten behoeve van een werkgever, een werkzoekende dan wel beiden, inhoudende het behulpzaam zijn bij het zoeken naar arbeidskrachten onderscheidenlijk arbeidsgelegenheid, waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst dan wel een aanstelling tot ambtenaar wordt beoogd' (art. 1, lid 1, sub g Arbvo-wet).
Door deze definitie moet sinds 1991 een bont gezelschap van muziek- en theaterbureaus, voetbalmakelaars, head-hunters, outplacement-bureaus[25] en dergelijke, die onder de oude wetgeving vrijuit gingen, over een vergunning beschikken.

Ook arbeidsbemiddelingsorganisaties zonder winstoogmerk moeten zo'n vergunning hebben. Men komt die tegen in een aantal bedrijfstakken zoals de havens, de zeevaart, het grafisch bedrijf, de beroepsvoetballerij, enz. en vaak berusten ze op een gezamenlijke aanpak van werkgevers en vakbonden.

21 Wet van 4 december 1997, *Stb.* 1997, 760, 850.
22 Zie de Regeling extra werkgelegenheid voor langdurig werklozen 1995, *Stcrt.* 1995, 13.
23 Wet van 11 september 1997, *Stb.* 1997, 465-468.
24 Voor het overgangsrecht zie art. 7 Invoeringswet Arbeidsvoorziening.
25 Vgl. W. Reijnders, 'Outplacement, een verboden vorm van arbeidsbemiddeling tegen betaling?', (Belgisch) *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 1991, p. 161.

De wet stelt een aantal voorwaarden aan de vergunninghouders, bijvoorbeeld dat zij niet mogen discrimineren. Het CBA kan nog nadere voorwaarden stellen (art. 82-89 Arbvo-wet-oud).[26] De wet voorziet ook in een regeling van beroep tegen het weigeren of intrekken van een vergunning (art. 88 Arbvo-wet).

In het kader van het streven naar flexibilisering van de arbeidsmarkt heeft de regering zich voorgenomen om de bovengenoemde regelingen te liberaliseren.

2.6 Uitzendbureaus

Naast de organisaties die zich op arbeidsbemiddeling toeleggen, staan de uitzendbureaus en uitleenbedrijven.[27] Zij vallen niet onder de regeling van de 'arbeidsbemiddeling door derden' (zie par. 2.5) omdat zij niet terugtreden zodra een contract tussen een werknemer en een werkgever tot stand is gekomen. Nee, zij blijven steeds actief betrokken bij de werknemers voor wie zij hebben bemiddeld. De uitzendkracht werkt namelijk in dienst van het uitzendbureau (zie par. 3.7) en dat uitzendbureau plaatst die arbeidskracht tijdelijk bij een of ander bedrijf of instelling. De uitzendkracht treedt niet in dienst van die inlener. Deze betaalt het uitzendbureau voor zijn dienstverlening. Van dit bedrag betaalt het uitzendbureau de uitzendkracht.
De formule van het uitzendwezen is na de Tweede Wereldoorlog uit Amerika overgewaaid en werd aanvankelijk met grote argwaan bezien. Maar zij sloeg in de maatschappij aan, zozeer zelfs, dat ze momenteel een steeds belangrijker rol speelt bij de personeelswerving.[28] Zelfs de arbeidsbureaus gingen op het uitzendpad![29] En uitzendrelaties werden ook steeds langduriger van aard.
De wetgever is zich met het uitzendwezen gaan bemoeien, eerst door uitdrukkelijk de uitzendkrachten onder de werking van de sociale zekerheid te brengen (zie par. 17.8), vervolgens door in 1970 het uitzendwezen aan een vergunningenstelsel te binden. In 1998 werd dit stelsel afgeschaft en werden de uitzendbureaus 'normale' ondernemingen die slechts aan enkele wettelijke regels werden onderworpen door de Waadi.[30]
De Waadi verstaat onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten: 'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor onder diens toezicht of leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid'.

26 Vgl. *Stcrt.* 1990, 245; *Stcrt.* 1991, 18.
27 F.C.A. van Haasteren & M. Overeem, *Arbeid à la carte*, Den Haag 1976; F.C.A. van Haasteren, *Uitzendbureaus ter sprake*, Den Haag 1977; Ministerie van SZW, *Achtergronden van uitzendarbeid*, Den Haag 1983; R. Blanpain, *Uitzendarbeid in Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1985.
28 Vgl. W. Bouwens, Personeelswerving via het uitzendbureau, *SR* 1988, p. 3.
29 Het uitzendbureau START, vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 100.
30 Wet op de allocatie van arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 306, 384.

Hieronder valt zowel detacheren en uitzendwerk als particuliere banenpools. De wet bepaalt dat de uitzendkracht hetzelfde loon dient te ontvangen als een werknemer die hetzelfde werk doet in dienst van het desbetreffende bedrijf, tenzij een cao anders bepaalt (loonverhoudingsnorm). Van de arbeidskracht mag geen tegenprestatie worden gevraagd voor het ter beschikking stellen (bijvoorbeeld vergoeding van bemiddelingskosten). Het is verboden om uitzendarbeid toe te passen ter vervanging van stakende werknemers (onderkruipverbod). De uitzendkracht moet worden geïnformeerd over de vereiste beroepskwalificatie en de arbeidsomstandigheden (art. 8-11 Waadi).

2.7 Koppelbazen en zwart werken

De regeling van de arbeidsbemiddeling door de overheid en de aanvankelijke scepsis tegen de uitzendbureaus vormen deel van de algemene zorg over het optreden van allerhande 'bemiddelaars' op de arbeidsmarkt. De meer dubieuzen onder hen worden wel aangeduid met de term 'koppelbazen' – een kennelijk onuitroeibaar verschijnsel. Zij kunnen gauw rust en orde op de arbeidsmarkt verstoren, bijvoorbeeld door schaarse arbeidskracht met hoge beloningen weg te lokken. Maar omgekeerd evenzeer door allerlei sociale verworvenheden, zoals de sociale zekerheid, de cao's, het minimumloon en de regeling van de arbeidstijd te ontduiken. Aldus leveren ze een bijdrage aan het eveneens kennelijk onuitroeibare verschijnsel van 'zwart werken'. Er wordt dan betaald werk verricht, waarvoor ten onrechte geen belastingen en premies worden afgedragen. Vaak weten de koppelbazen voor dit soort werk mensen te strikken, die dat doen naast hun uitkering (maar dat dan niet opgeven aan de uitkeringsinstanties) of ze schakelen illegale buitenlanders in. Dergelijke personen nemen vaak genoegen met arbeidsvoorwaarden die ver liggen beneden het reguliere niveau, mede omdat ze vanwege hun hachelijke positie niet voor die reguliere rechten kunnen opkomen.

De wetgever heeft in de loop der tijd tal van maatregelen genomen om het 'zwart werken' te bestrijden. In de eerste plaats betreft dit de Wet Ketenaansprakelijkheid[31], die ook de inlenende ondernemer aansprakelijk stelt voor de betaling van sociale premies en belastingen. De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid[32] legt onder bepaalde voorwaarden een hoofdelijke aansprakelijkheid bij bestuurders van een rechtspersoon. De loonopgaveverplichting werd verzwaard en de bevoegdheden van de bedrijfsvereniging tot inzage in de boeken en het opleggen van boetes werden verscherpt.[33] De controle door de uitvoeringsorganen werd vergemakkelijkt door koppeling van de bestanden van onder meer belastingen

31 Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 1981, 370, zie art. 16a e.v. Coördinatiewet Sociale Verzekering; vgl. CRvB 14 december 1988, *RSV* 1989, 166; K. Sneep e.a., *De Wet Ketenaansprakelijkheid en toekomstige anti-misbruikwetten*, Deventer: Kluwer 1982; N.J.M. Donders, 'Evaluatie Wet Ketenaansprakelijkheid', *Bouwrecht* 1985, p. 14.

32 Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 276.

33 Wet van 14 oktober 1987, *Stb.* 1987, 477.

en sociale verzekeringen. Maar het blijft vechten tegen steeds weer opduikende pogingen om de regelingen te omzeilen.

2.8 De sollicitatiefase

Zodra werkgever en werkzoekende met elkaar in contact zijn gekomen is de sollicitatiefase ingetreden. Er bestaat op dat moment nog geen arbeidscontract tussen beiden. Soms zal snel blijken of werkgever en werkzoekende inderdaad met elkaar in zee willen; soms kan dat een maandenlange procedure zijn.
Welke zijn de rechten en verplichtingen van werkgever en sollicitant in deze sollicitatiefase? Aangezien de wet hieromtrent nauwelijks iets zegt, moet men deze vraag benaderen vanuit de algemene beginselen van het verbintenissenrecht betreffende de precontractuele verhouding. Centraal staat daarin de verplichting van beide partijen om hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. De leer van de Hoge Raad op dit punt wordt dan toegepast op de rechten en plichten van partijen gedurende de sollicitatiefase.[34]

Samengevat komt die leer erop neer dat hoe verder de onderhandelingen over de eventueel af te sluiten arbeidsovereenkomst met een bepaalde gegadigde gevorderd zijn, des te moeilijker de werkgever zich nog aan het effectief afsluiten van een arbeidsovereenkomst kan onttrekken, zonder zich schadeplichtig te maken. Bij de beoordeling daarvan kan bijvoorbeeld een rol spelen het punt of de werknemer op goede gronden zijn vorige dienstbetrekking al heeft beëindigd.
Procedures kunnen worden gevoerd, hetzij met een beroep op onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW (indien geen overeenkomst tot stand is gekomen), hetzij met een beroep op tekortkoming in de nakoming (indien de werknemer van mening is dat er al sprake is van een contract).[35]

Wat voor vorderingen in dit soort procedures mogelijk zijn is nog niet geheel duidelijk, vooral omdat ze nog maar weinig gevoerd worden. De hoogte van een eventuele schadevergoeding is moeilijk in te schatten[36] en ook is onduidelijk of een vordering om effectief in dienst te worden genomen toewijsbaar is.[37]

34 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg); HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1077 (VHS/Shell); HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647; H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

35 HR 23 november 1979, *NJ* 1980, 228.

36 I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 42-43/105-106.

37 Zie voor een geval in de sfeer van de openbare dienst: HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559; voor civiele zaken: HR 23 november 1979, *NJ* 1980, 228; Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1982, *RvdW/KG* 1982, 150; Pres. Rb. Zwolle 7 september 1990, *KG* 1990, 370.

Is eenmaal een arbeidsovereenkomst gesloten en blijkt achteraf dat er tijdens de sollicitatiefase laakbaar gedrag heeft plaatsgevonden, dan kan het omgekeerde gebeuren. Zo kan het verzwijgen van bepaalde voor de functie relevante gegevens als grondslag dienen voor een ontslag/ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[38] Dit geldt bijvoorbeeld voor gegevens over vroegere werkzaamheden en werkgevers, over ziektes of een strafblad.
De werkgever mag echter over dit soort zaken alleen vragen stellen die relevant zijn voor de betreffende baan. Als de vragen relevant waren, moet de werknemer er naar waarheid op hebben geantwoord; als de vragen niet relevant waren, hoefde de werknemer er ook niet of niet naar waarheid op te antwoorden. Zo wordt het openlijk of bedekt vragen naar zaken als zwangerschap en 'gezinsvoornemens' van een sollicitant ongeoorloofd geacht[39], gelet op het beginsel van gelijke behandeling m/v (zie par. 2.12).
Sinds 1998 bestaat er voor de overheid en de particuliere sector wel een specifieke wet voor medische keuringen. Een medisch onderzoek in het kader van selectie van sollicitanten mag uitsluitend dienen ter beoordeling van de medische geschiktheid van de sollicitant, indien op dit gebied bijzondere eisen aan de functie zijn verbonden. Algemeen routinematig onderzoek hoort daar niet toe. Ook mag een aanstellingskeuring niet dienen voor de toelating tot een collectieve pensioenregeling.[40]
Dit sluit niet uit dat de werknemer in het kader van een geoorloofde aanstellingskeuring wel relevante informatie moet verstrekken. Laat hij dit na, dan mag de werkgever loon inhouden indien dit leidt tot ziekte.[41]

Pogingen om de rechten en plichten van werkgevers tijdens de sollicitatiefase in het algemeen beter vast te leggen[42] hebben nog niet tot wetgeving geleid.[43] Wel bestaat er een sollicitatiecode van de Nederlandse Vereniging van Personeelsfunctionarissen die voor ambtenaren is voorgeschreven en ook door sommige bedrijven wordt gehanteerd.[44] Ook de cao bevat soms nog bepaalde normen ter zake.[45]

38 Vgl. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507.
39 W.C. Monster & M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht*, Alphen aan den Rijn: Samosm H.D. Tjeenk Willink 1990; W.C. Monster, 'Het vraagstuk van de zwangere sollicitante', *SMA* 1987, p. 310; HR 24 april 1992, *JAR* 1992/13.
40 Wet op de medische keuringen, *Stb.* 1997, 770 en 771.
41 Art. 7:629 BW, vgl. Ktg. Rotterdam 25 maart 1998, *JAR* 1998/93.
42 Vgl. de studie *De afhankelijke sollicitant*, Utrecht: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Vakcentrales 1972; M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant*, Deventer 1975; het rapport van de Staatscommissie selectieprocedure (de zgn. commissie-Hessel), *Een sollicitant is ook een mens*, Den Haag 1977; de Proeve van een wetsontwerp over deze materie, opgesteld door een interdepartementale werkgroep, Den Haag 1982; C.M.R.J. Oostra-Boeuf, *Privacy van de sollicitant bij psychologisch onderzoek*, Utrecht 1983.
43 Wél tot *Aanbevelingen inzake wervings- en selectiebeleid van ondernemingen*, Stichting van de Arbeid, 1991; vgl. *SR* 1991, 151 en *Aanbevolen Arbeidsrecht*, p. 117.
44 Besluit Werving en Selectie van 28 augustus 1985, *Stcrt.* 1985, 204.
45 De Stichting van de Arbeid heeft dergelijke cao-bepalingen in 1982 aanbevolen, vgl. J. Linssen, 'De rechten van de sollicitant: de staatssecretaris ten halve gekeerd', *AA*,

2.9 Objectieve selectie of discriminatie?

De werkgever die een baan aan te bieden heeft, zal meestal een keuze kunnen maken uit diverse gegadigden. Hij zal de juiste persoon proberen aan te stellen, lettend op opleiding, bekwaamheden en dergelijke.
Daar is niets op tegen, maar bedenkingen rijzen zodra de werkgever gaat selecteren op basis van vooringenomenheid tegen bepaalde groepen, zoals vrouwen, gehandicapten, allochtonen enz.

Er zijn de afgelopen jaren verschillende wettelijke voorschriften tot stand gebracht om discriminatie tegen te gaan.[46] De meest omvattende wet is de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB)[47], die de doorwerking van het discriminatieverbod van artikel 1 van de Nederlandse Grondwet in het verkeer tussen de burgers onderling moet bewerkstelligen. Deze wet verbiedt het maken van onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in arbeid en beroep en bij het aanbieden van goederen en diensten.
De AWGB omvat wel veel, maar niet elke vorm van ongelijke behandeling. Discriminatie van gehandicapten of leeftijdsdiscriminatie valt er bijvoorbeeld niet onder.[48] Wie in rechte wil opkomen tegen discriminatie, die niet uitdrukkelijk bij de wet verboden is, kan zijn toevlucht nemen tot een rechtstreeks beroep op de doorwerking van de grondrechten[49] die zijn vervat in de Grondwet en in internationale verdragen (zie par. 1.7 en hoofdstuk 19). Met name is aan het discriminatieverbod van art. 26 IVBPR in de rechtspraak 'horizontale werking' verleend, waardoor op dit artikel ook tegenover een particuliere werkgever een beroep kan worden gedaan.

Ingeval de wet een uitgebreide regeling van het discriminatieverbod geeft (bijv. ten aanzien van de gronden, geregeld in de Algemene Wet Gelijke Behandeling), dan moet worden aangenomen dat geen enkel onderscheid gerechtvaardigd is buiten dat waarin de wet heeft voorzien.[50] Is de grond voor discriminatie niet zo expliciet in de wet genoemd (bijv. discriminatie wegens leeftijd) dan mag worden aangenomen dat een ongelijke behandeling steeds geoorloofd is als het objectief gerechtvaardigd is.[51]

1984, p. 82; vgl. ook de DCA-rapporten *Werving en selectie in cao's*, 's-Gravenhage, 1984-1987.

46 A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992.

47 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 230; A.W. Heringa, *Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Deventer: Kluwer 1994.

48 Wel zijn wetsvoorstellen in voorbereiding: Kamerstukken 25 677 inzake verbod van leeftijdsgrenzen bij werving en selectie en 24 170, nr. 36 inzake gehandicapten.

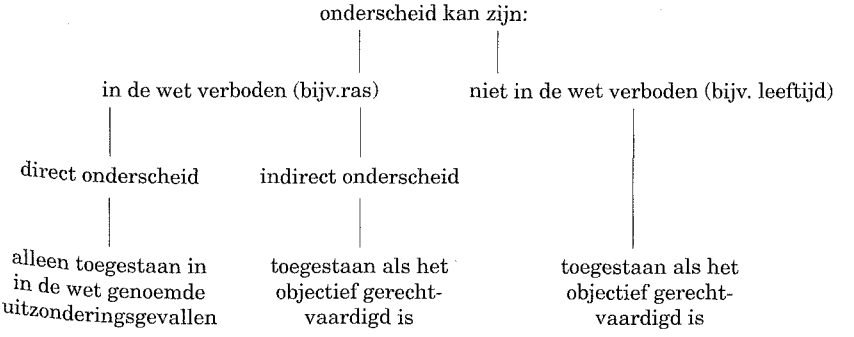
49 M.C. Burkens, 'Gelijke Behandeling', *Grondrechten (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 59; J.J. Schippers, 'Werkgelegenheidsdiscriminatie in Nederland', *SMA* 1983, p. 84.

50 Zie over deze kwestie met name HvJ EG 8 november 1990, *Jur.* 1990, p. 3941; HR 13 september 1991, *NJ* 1991, 225 (Dekker); K. Wentholt, 'De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante', *SMA* 1992, p. 340.

51 Vgl. T. Koopmans, 'Gelijke en ongelijke gevallen', *Staatkundig Jaarboek 1982-1983*, p.

Vaak valt een bepaald handelen meteen als discriminatie te onderkennen, omdat discriminerende maatstaven onbewimpeld worden aangelegd. Men spreekt dan van directe discriminatie. Daarnaast treft men indirecte discriminatie aan. Daaronder wordt verstaan het maken van onderscheid met behulp van criteria die niet rechtstreeks verboden zijn, maar die een direct onderscheid tot gevolg hebben (vgl. art. 1, sub c AWGB). Bijvoorbeeld de werkgever die voor een bepaalde functie een goede kennis van de Nederlandse taal eist. Aan dat criterium zullen buitenlanders veel moeilijker kunnen voldoen dan autochtone Nederlanders. Zo'n onderscheid vormt dan een indirect onderscheid. En indirect onderscheid is alleen toegestaan, wanneer het objectief gerechtvaardigd is (art. 2, lid 1 AWGB).[52]

Schematisch:



Omdat de traditionele procesregel 'wie stelt moet bewijzen' juist bij discriminatie tot moeilijkheden voert[53], zijn de rechters in toenemende mate geneigd om hier de bewijslast te verschuiven. De steller kan volstaan met het aannemelijk maken van een vermoeden (met bijv. statistisch materiaal), waarna op de van discriminatie betichte partij de last rust om aan te tonen dat er niet gediscrimineerd werd.[54]

Als discriminatie bewezen is kan vergoeding gevorderd worden van zowel materiële als immateriële schade[55], waarbij het geheel aan de rechter is overgelaten om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen. Ook kunnen bedingen nietig zijn of is er grond voor vernietiging van bepaalde

47; C.W.A. Timmermans, 'Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie', *SEW* 1982, p. 426; G.J.H. van Hoof & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Over gelijkheid: enige aspecten van rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel', in: J.B.J.M. ten Berge (red.), *Recht als norm en als aspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1986, p. 136.

52 Vgl. HvJ EG 31 maart 1981, *Jur.* 1981, p. 911; HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 730; art. 1 Wet Gelijke Behandeling m/v; C.E. Passchier, 'Grenzen aan de objectieve rechtvaardiging van discriminatie', *SMA* 1988, p. 82-87.

53 Vgl. J. de Boer, 'Procederen wegens discriminatie', *Staatkundig Jaarboek* 1985, p. 73.

54 Vgl. HR 10 december 1982, *NJ* 1982, 687 (Binderen); F.J.C.M. de Kok, 'Discriminatie(bewijs) bij ontslag', *SMA* 1986, p. 634; zie ook HvJ EG 17 oktober 1989, *Jur.* 1989, p. 3199 (Danfoss). Zie ook de EG-Richtlijn van 15 december 1997 inzake de bewijslast bij discriminatie.

55 Hof Amsterdam 18 maart 1993, *JAR* 1993/193.

rechtshandelingen. In bepaalde gevallen kan ook bereikt worden dat in plaats van de minder gunstige regeling de gunstiger regeling wordt toegepast.[56]

Om een effectieve bestrijding van discriminatie mogelijk te maken heeft de wetgever een Commissie gelijke behandeling ingesteld die bevoegd is oordelen te geven over de naleving van de anti-discriminatiewetgeving (art. 11-21 AWGB; zie ook par. 7.19).[57] Ook belangenorganisaties kunnen die weg bewandelen. Bovendien hebben die een eigen procesbevoegdheid (zie par. 7.17).

Sommige werkgevers, vooral bij de overheid of de semi-overheid, voeren een zgn. voorkeursbeleid, ook wel positieve actie of positieve discriminatie genoemd. Het gaat dan om diverse maatregelen die ertoe dienen om vrouwen, gehandicapten of personen behorende tot bepaalde etnische of culturele minderheidsgroepen een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.[58] De Nederlandse wetgeving staat dit soort beleid toe mits het in redelijke verhouding staat tot het doel (art. 2, lid 3 AWGB).[59] Het Hof van Justitie van de EG heeft echter beslist dat automatische bevoordeling van vrouwen strijdig is met het dwingende Europese recht op gelijke behandeling.[60]

2.10 Discriminatie naar ras

Het oudste bestaande discriminatieverbod betreft de discriminatie naar ras.[61] Artikel 429quater WvS verbiedt rassendiscriminatie in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf.[62] Naast dit strafrechtelijk verbod is

56 Vgl. HvJ EG 28 september 1994, *JAR* 1994/236 en 253.

57 Uitspraken van de vroegere commissies zijn verzameld in A.M. Gerritsen, *Rechtspraak Gelijke Behandeling* m/v deel I en II, Leiden, 1987 en 1989; sinds 1989 verschijnen jaarlijks de *Oordelenbundels van de Commissie Gelijke Behandeling*, die door de CGB zelf worden uitgegeven.

58 B. Sloot, *Positieve discriminatie*, Nijmegen 1987; A.Ph.C.M. Jaspers, 'Selectief werkgelegenheidsbeleid: geoorloofde bescherming of discriminatie', *Bakels-bundel*, p. 129; T. Loenen, 'Voorkeursbeleid of gewoon sociaal beleid?', *NJB* 1993, p. 403; *Positieve discriminatie*, preadviezen voor de NJV van B.P. Sloot, J.E. Goldschmidt & W.J.P.M. Fase, Zwolle 1989; K. Bosker, 'Voorkeursbehandeling; heldhaftig, vastberaden en met mate', *SMA* 1989, p. 416; T. van Asperen, E.M. van Eijden & J.E. Goldschmidt, in *Beleid en Maatschappij* 1988, p. 188 e.v.; H.J. Wiggers, *Recht doen aan gelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991.

59 Vgl. *Kamerstukken* 24 564.

60 HvJ EG 17 oktober 1995, *JAR* 1995/234 (Kalanke); vgl. *NJB* 1995, p. 1521, 1538 en 1539.

61 Vgl. J. Hoens, 'Bestrijding van rassendiscriminatie', in: Th. van Boven e.a. *Rechten van de Mens*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 49; A.C. Possel, *Met recht rassendiscriminatie bestrijden*, Zwolle 1990; C.A. Groenendijk, 'Recht tegen rassendiscriminatie op de arbeidsmarkt', *SMA* 1983, p. 661; Machteld Inge van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, Leiden: NJCM 1997; voor jurisprudentie zijn er de bundels *Rechtspraak rassendiscriminatie*.

een civielrechtelijk verbod op rassendiscriminatie vervat in de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Dit civielrechtelijke verbod laat een uitzondering toe voor gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon, bepalend zijn (art. 2, lid 4 AWGB). Ook de arbeids- en uitzendbureaus dienen ervoor te waken dat zij niet betrokken worden in discriminerend gedrag op de arbeidsmarkt.[63]

2.11 Ongelijke behandeling op grond van nationaliteit

Het strafrechtelijk verbod van rassendiscriminatie wordt in sommige gevallen ook toepasselijk geacht bij discriminatie naar nationaliteit, maar men kan niet stellen dat elke ongelijke behandeling naar nationaliteit ongeoorloofd is.[64] Zo verbiedt de Algemene Wet Gelijke Behandeling onderscheid naar nationaliteit, maar maakt deze uitzonderingen voor ongelijke behandeling krachtens algemeen verbindende voorschriften en internationaal recht, alsook in gevallen waarin nationaliteit bepalend moet zijn (art. 2, lid 5, sub b AWGB).

Vroeger was het sociaal recht doorspekt met talloze bepalingen die buitenlanders achterstelden bij Nederlanders. De laatste decennia is dat beeld grondig veranderd. In de eerste plaats omdat Nederland nu deel uitmaakt van de Europese Unie. En in dat kader moet in verreweg de meeste gevallen een volkomen gelijke behandeling van onderdanen van de andere EU-staten met Nederlanders verzekerd worden (zie par. 19.6).[65]
In de tweede plaats heeft Nederland de laatste decennia zoveel immigranten uit derde landen binnen zijn grenzen gekregen, dat de overheid de noodzaak voelt om die groepen beter in onze samenleving te laten integreren. Met name de grote werkloosheid onder deze 'allochtonen' baart zorg. Om die reden is de Wet Bevordering Evenredige Arbeidsdeelname Allochtonen tot stand gebracht.[66]
Deze wet verplicht de werkgever te streven naar evenredige vertegenwoordiging van allochtonen binnen zijn personeelsbestand. een openbaar jaarverslag dienaangaande moet hij jaarlijks bij de arbeidsvoorziening neerleggen. De wet sanctioneert alleen deze publicatieverplichting, niet dat een evenredige vertegenwoordiging bereikt wordt. Zij geldt ook voor de overheidsdienst, waar trouwens sinds de Grondwetsherziening 1983

62 Vgl. HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 530.
63 Vgl. de Richtlijnen betreffende het tegengaan van discriminatie op de arbeidsmarkt, *JURA/DAB* 87 23 289, van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1987; F.J.C.M. de Kok, 'De non-discriminatierichtlijn', *SMA* 1988, p. 303; daarnaast de gedragscode voor uitzendbureaus ter voorkoming van discriminatie, *Stcrt.* 18 mei 1987.
64 *Kamerstukken* 20 239, nr. 8, p. 7.
65 J.P.M. Zeijen, 'Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 41.
66 Wet van 11 mei 1994, Stb. 1994, 4231; wet van 9 april 1998, *Stb.* 1998, 241 en 242 (Wet SAMEN).

en vervolgwetgeving de meeste formele barrières voor de instroom van vreemdelingen zijn weggenomen.[67]

De bovenstaande wetgeving kan gezien worden als een zwakke vorm van positieve actie voor allochtonen en is in overeenstemming met de al genoemde ruimte, die de AWGB laat voor positieve actie.

Is de moderne wetgeving er dus op gericht om het aan de slag komen van vreemdelingen op de Nederlandse arbeidsmarkt te stimuleren, dit geldt, wat burgers van buiten de EU betreft, alleen voor degenen die reeds legaal in Nederland zijn gekomen.
De wetgever blijft terughoudend om nieuwe groepen van vreemdelingen op de Nederlandse arbeidsmarkt toe te laten. Wil men een Turk, Kaapverdiaan, Filippijnse, enz. in Nederland arbeid laten verrichten, dan heeft men daarvoor een tewerkstellingsvergunning nodig krachtens de Wet arbeid vreemdelingen (WAV).[68] Zo'n tewerkstellingsvergunning wordt alleen afgegeven als er geen ander 'prioriteitgenietend' aanbod is (lees: er geen Nederlanders of andere EU-onderdanen voor die baan beschikbaar zijn) (art. 8, lid 1, sub a WAV). De tewerkstellingsvergunning moet door de werkgever worden aangevraagd voor een concrete baan (art. 7 WAV). Tegen de weigering om een tewerkstellingsvergunning te verstrekken staat beroep open op grond van de Awb.[69]

Buitenlanders die drie jaar hier werken worden niet meer door het vereiste van een tewerkstellingsvergunning gehinderd. Zij kunnen een 'aantekening' krijgen op hun verblijfsvergunning waardoor geen tewerkstellingsvergunning meer nodig is (art. 4 WAV). Ook de naaste verwanten van een buitenlandse werknemer komen voor zo'n 'verklaring' in aanmerking.
Wordt een buitenlander in dienst genomen in strijd met de bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen dan is de werkgever strafbaar (art. 1, onder 4e WED). De buitenlander riskeert uitzetting. Maar het arbeidscontract met zo'n 'illegaal' is daarom op zichzelf nog niet nietig.[70] De werkgever zal wel kunnen ontslaan, maar moet dan wel de daarvoor geldende regels in acht nemen. Bovendien kan de betrokkene een loonvordering tegen zijn voormalige werknemer geldend maken (art. 23 WAV).

De ongelijke behandeling van buitenlanders geldt echter alleen het in dienst treden. Zodra een dienstbetrekking is aangegaan moeten buiten-

67 Wet van 20 april 1987, *Stb.* 1987, 231; Wet van 25 februari 1991, *Stb.* 1991, 98; vgl. G.J.M. van Wissen, 'Het bekleden van openbare functies door niet-Nederlanders', *TvB* (België) 1989, p. 33.

68 Wet van 21 december 1994, *Stb.* 1994, 959; K.F.J.M. Kweens, 'De Wet arbeid vreemdelingen', *SR* 1995, p. 367.

69 Hetgeen vaak gebeurt in de vorm van het aanvragen van een voorlopige voorziening, vgl. Vz AR RvS 31 juli 1991, *KG* 1991, 293.

70 Vgl. HR 27 maart 1981, *NJ* 1981, 492; vgl. art. 3:40, lid 3 BW; Pres. Rb. 28 maart 1991, *KG* 1991, 1221.

landse en Nederlandse werknemers op grond van de AWGB volstrekt gelijk behandeld worden.

2.12 Discriminatie naar geslacht

Een andere discriminatie die steeds meer onder vuur is komen te liggen, is de discriminatie naar geslacht.[71] Discriminatie op grond van geslacht is strafrechtelijk verboden krachtens het al eerder genoemde art. 429quater WvS en civielrechtelijk krachtens de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Daarnaast is er de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen (WGB)[72], die al eerder speciaal tot stand was gebracht om uitvoering te geven aan Richtlijnen van de EG (zie par. 19.6). Tenslotte is er nog een vierde norm, die discriminatie naar geslacht in het arbeidsleven moet uitbannen, te weten art. 7:646 BW.

Artikel 7:646 BW verbiedt ongelijke behandeling naar geslacht ten aanzien van de beloning, de overige arbeidsvoorwaarden, het ontslag, de wervingsprocedure, de scholing en dergelijke.[73] Voor pensioenen geldt de gelijke behandeling voor de toelating tot het pensioenfonds vanaf 1976, voor de gelijke betaling van premies vanaf 1990.[74]
De WGB trekt de norm van de gelijke behandeling door naar de openbare dienst (art. 1a WGB), naar vormen van arbeid die niet op arbeidsovereenkomst geschieden (art. 1b WGB), naar de personeelswerving (art. 3) en de beroepsopleiding (art. 4). Voorts regelt zij de gelijke beloning preciezer (art. 7-12, zie par. 4.15, voor pensioenvoorzieningen art. 12*a* e.v.).

Onder direct onderscheid naar geslacht verstaat de wet ook onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.[75] Behalve het directe onderscheid verbieden deze bepalingen ook uitdrukkelijk indirect onderscheid naar geslacht. Daaronder wordt onderscheid verstaan op een andere grond dan geslacht, die echter onderscheid tussen mannen en vrouwen tot gevolg heeft. Zo wordt ongelijke behandeling van deeltijdwerkers beschouwd als een vorm van indirect onderscheid naar geslacht, omdat deeltijdwerkers in grote meerderheid vrouwen zijn.[76] Een indirect onderscheid is wel toegestaan, indien dit objectief is gerechtvaardigd.

71 M.E. Bergman, '(On)gelijke behandeling van vrouwen in het arbeidsrecht', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 71.
72 Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86; 1989, 168.
73 I.P. Asscher-Vonk & K. Wentholt, *De Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994.
74 Wet van 12 maart 1998, *Stb.* 1998, 188, zie Janny Dierx in *Nemesis* 1988, Actualiteitenkatern nr. 3, p. 16-20; R.A.R.M. Langemeijer, *PS Documenta* 1998, p. 379-391.
75 Vgl. de zaak Dekker, HvJ EG 8 november 1990, *Jur.* 1990, p. 3941; *HR* 13 september 1991, *NJ* 1991, 225.
76 Tegenwoordig is in art. 7:648 onderscheid naar arbeidsduur ook rechtstreeks verboden.

Het beginsel van gelijke behandeling naar geslacht kent drie uitzonderingen.

In de eerste plaats kunnen bepaalde beroepen worden voorbehouden aan een bepaald geslacht, de zogeheten geslachtsbepaalde functies. Deze zijn opgesomd in een KB. Dit geldt voor bepaalde geestelijke ambten[77] en voor bijv. de functie van mannequin.[78]

De tweede uitzondering betreft maatregelen ter bescherming van de vrouw wegens zwangerschap en moederschap. Zo mag de zwangere vrouw wel bevallingsverlof krijgen. Bepalingen die de vrouw om andere redenen extra beogen te bescherming, zoals een verbod van nachtarbeid alleen voor vrouwen, zijn echter niet meer toegelaten, omdat zij ook de kansen op arbeid van vrouwen beperken.

De derde uitzondering betreft maatregelen om vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen (positieve discriminatie, zie hierboven onder 2.9).[79]

2.13 Discriminatie van gehandicapten

Traditioneel ondervinden gehandicapten veel problemen om aan de slag te komen.[80] Om daar enig tegengewicht aan te bieden kent ons recht voorzieningen (zoals subsidies) om de inschakeling van arbeidsongeschikten te vergemakkelijken. Deze zijn opgenomen in de Wet Reïntegratie Arbeidsgehandicapten (REA).[81] Deze wet verplicht de werkgever ook om de arbeidsplaats van zijn gehandicapte werknemer aan te passen en deze niet te discrimineren wat beloning betreft (zie par. 4.14).
De wet draagt ook de sociale partners op om te zorgen voor gelijke kansen van gehandicapte en niet-gehandicapte werknemers wat betreft deelname aan het arbeidsproces. Wordt deze taakstelling in onvoldoende mate gerealiseerd, dan kan onder omstandigheden bij AMvB aan de werkgevers in een bepaalde bedrijfstak worden voorgeschreven dat een bepaald percentage van hun werknemers (tussen 3 en 7 procent) gehandicapte werknemer moet zijn, op straffe van een heffing. Van deze bevoegdheid is echter geen gebruik gemaakt.
De Algemene Wet Gelijke Behandeling slaat niet op discriminatie op grond van handicap, zodat eventuele acties meestal gebaseerd zullen moeten worden op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of goed werkge-

77 Vgl. HR 20 oktober 1995, *JAR* 1995/251.
78 Art. 5 WGB en KB 19 mei 1989, *Stb.* 207.
79 Zie onder meer I.P. Asscher-Vonk, 'Positieve actieplannen', *SMA* 1985, p. 823; L. Mulder, 'Voorkeurs-behandeling van vrouwen en de betekenis van gelijkheidsbeginselen', *NJB* 1984, p. 1391; E. Cremers-Hartman, *Vrouwen bij voorkeur*, Den Haag.
80 W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 116.
81 Wet van 23 april 1998, Stb. 1998, 290-293

verschap (zie par. 6.5). Wel is een aparte wet in voorbereiding die discriminatie van gehandicapten moet verbieden.[82]

2.14 Overige gronden van discriminatie

De Algemene Wet Gelijke Behandeling bestrijkt evenmin ongelijke behandeling op grond van het al dan niet lid zijn van een vakbond (zie daarover par. 9.2). Wél verbiedt deze wet het maken van onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.[83]
Omdat instellingen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag problemen kunnen krijgen met dit verbod en deze instellingen dan een beroep kunnen doen op andere grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid het onderwijs, heeft de wetgever voor dit soort instellingen uitzonderingen gemaakt. Zij mogen wél eisen stellen die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie. Maar die eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van *het enkele feit* van politieke gezindheid, seksuele gerichtheid e.d. (art. 5, lid 2 AWGB). Het is een politieke compromis-formule, op grond waarvan bijvoorbeeld het bestuur van een christelijke school een homoseksuele sollicitant onder omstandigheden als leerkracht zou kunnen weigeren. Maar de formule is niet zeer helder en afgewacht moet worden hoe zij in de rechtspraak wordt uitgelegd.
Voorts voorziet de wet in een aantal uitzonderingen voor privé-verhoudingen, voor functies in bestuur- en adviesorganen en vertrouwensfuncties (art. 5, lid 3-5 AWGB). Het al enkele malen genoemde strafrechtelijke verbod op discriminatie in ambt, beroep of bedrijf (art. 429quater WvS) strekt zich eveneens uit tot discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging en hetero- of homoseksuele gerichtheid.[84]

Discriminatie naar leeftijd is nog niet wettelijk geregeld[85], maar wel is een wetsvoorstel ingediend dat dit wil verbieden bij de werving en selectie.[86]

Er zijn nog geen regels omtrent andere denkbare discriminatie, zoals die naar een straf-verleden[87] of een psychiatrisch verleden. Men kan ervan

82 *Kamerstukken* 25 4 170, nr. 36.
83 *Stb.* 1994, 230; J.E. Goldschmidt, 'But some are more equal than others', *NJB* 1991, p. 275; H.J. Simon, 'De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel', *SR* 1994, p. 39.
84 Zie *Kamerstuk* 20 239; vgl. ook A.A. Matthijssen, 'Discriminatie wegens seksuele voorkeur bij de arbeid', *NJB* 1990, p. 1551.
85 A.C.B.W. Doup & I.P. Asscher-Vonk, *Leeftijdscriteria in het arbeidsbestel*, Den Haag: Sdu 1991; A.T.J.M. Jacobs, 'Leeftijdsdiscriminatie in de arbeid', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 181; A.M. Gerritsen, *Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1994.
86 *Kamerstukken* 25 677.
87 Vgl. H. Singer-Dekker, 'Gelijke kansen voor ex-delinquenten bij sollicitaties', *Delikt en Delinquent* 1984, p. 135; haaks hierop staat echter het voor vele functies gehanteerde antecedenten-onderzoek naar het vroegere maatschappelijke gedrag van sollicitanten;

uitgaan dat de vorengenoemde, nog niet door wetgeving bestreken gronden van onderscheid ontoelaatbaar zijn, als ze niet objectief te rechtvaardigen zijn. De Hoge Raad heeft dit reeds uitgesproken ten aanzien van leeftijdsdiscriminatie.[88] Internationale regelingen (zie hoofdstuk 19) en de Grondwet[89] kunnen soms een goed argument vormen wanneer men dergelijke vormen van onderscheid in rechte wil aanvallen maar dan wel in verbinding met een algemene bepaling (zie par. 6.2). Ook cao's met een meer uitgebreide anti-discriminatiebepaling kunnen daartoe een handvat bieden.

2.15 Arbeid door kinderen en jeugdigen

De werkgever die overweegt om jeugdig personeel in dienst te nemen, moet nog aan enkele andere beperkingen denken.[90]
Zo is het hem praktisch geheel verboden om kinderen in dienst te nemen. Kinderarbeid was de eerste misstand die in de vorige eeuw door diverse landen met het sociaal recht te lijf werd gegaan. Bij ons gebeurde dat in 1874 met de Kinderwet-Van Houten.[91] Nadien is dat verbod herhaaldelijk verscherpt en momenteel is het te vinden in de Arbeidstijdenwet (Atw).
De grens van het verbod, die Van Houten nog legde bij 12 jaar, ligt in de huidige wetgeving op 16 jaar (art. 3:2 jo. 1:2 Atw).

De wetgever heeft het verbod op kinderarbeid ruim geformuleerd. Alle verrichtingen van een kind ter naleving van een overeenkomst vallen eronder (art 1:2, lid 2 Atw).
Aan de andere kant laat de wet ook heel wat uitzonderingen toe:
- vanaf 12 jaar mogen kinderen arbeid verrichten in het kader van een alternatieve sanctie;
- vanaf 13 jaar mogen kinderen zonder meer niet-industriële arbeid van lichte aard verrichten en ook industriële arbeid als daar een ministeriële vrijstelling voor is verleend;
- vanaf 14 jaar mogen kinderen ook zonder meer lichte industriële arbeid verrichten, indien die naast en in samenhang met onderwijs plaatsvindt;
- vanaf 15 jaar mogen kinderen ochtendkranten bezorgen.

Een en ander meestal onder de beperking dat deze vormen van arbeid niet worden verricht gedurende schooltijd, niet nadelig zijn voor de

zie voorts het rapport *Gelijke Kansen*?! van de Vereniging van Reclasseringsinstellingen, 1982.

88 HR 13 januari 1995, *JAR* 1995/35.

89 M.M. de Boer, 'Art. 1 Grondwet: gelijke behandeling en non-discriminatie', *AA* 1987, p. 132.

90 Vgl. H. Bakels, 'De toegang tot de dienstbetrekking', *SMA* 1982, p. 492.

91 A. Postma, *De mislukte pogingen tussen 1874 en 1889 tot verbetering en uitbreiding van de Kinderwet-Van Houten*, Deventer 1977; J. Mannoury, 'Honderd jaar Kinderwet van 1874', *SMA* 1974, p. 353.

veiligheid en de ontwikkeling van het kind en dat het kind voldoende rusttijd houdt.

Tenslotte is nog bepaald dat kinderen mogen meedoen aan kunstuitvoeringen, modeshows en audio-visuele producties en dergelijke, mits de werkgever daarvoor ambtelijke toestemming heeft verkregen (art. 3:2-5 Atw).

Kinderarbeid is als misstand in Nederland praktisch verdwenen (niet zo in menig ander land), maar rondom het geoorloofd zijn van incidenteel bijwerken van kinderen rijzen nog wel eens wat geschillen.[92] Een al te strak verbod van incidentele arbeid door tieners wordt maatschappelijk niet meer gedragen. Vandaar dat de desbetreffende bepalingen in de meest recente wetgeving wat soepeler zijn dan vroeger.[93]

Jongeren tussen de 16 en de 18 jaar mogen wel in dienst worden genomen, maar de werkzaamheden die zij mogen verrichten zijn beperkt in aard en omvang (zie par. 5.4). Zij zijn naar burgerlijk recht ook gerechtigd zelfstandig arbeidsovereenkomsten aan te gaan en hierover te procederen en worden dus in dit opzicht volledig als volwassenen behandeld (art. 7:612, lid 1 BW).

Voor het afsluiten van een arbeidscontract heeft het kind tot 16 jaar de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger[94] nodig. Gaat een kind onder die leeftijd toch zonder die toestemming een arbeidsovereenkomst aan, dan wordt hij geacht de toestemming te hebben verkregen indien de wettelijke vertegenwoordiger niet binnen vier weken bezwaar maakt bij de werkgever. Kinderen kunnen tot 16 jaar niet zelf in rechte optreden (art. 7:612, lid 2-4 BW). Omgekeerd is het niet zo dat de ouders van een minderjarige tegen diens wil een arbeidsovereenkomst voor hem kunnen afsluiten. Het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst verzet zich daartegen.

92 J. van Drongelen & H. Hoeksema, 'Als dit niet strafbaar is', *SR* 1988, p. 255.

93 P.H. Renooij, 'Het verbod op kinderarbeid', *SMA* 1989, p. 437; J. van Drongelen, 'Nogmaals het verbod op kinderarbeid', *SMA* 1990, p. 154; K. Terwan, 'Nieuwe Arbeidstijdenwet en kinderarbeid', *SMA* 1990, p. 200; G.J.J. Heerma van Voss, 'Het kind in het sociaal recht', in A.J.A. De Bie & C.J.C.M. Oomen, *Kind van de Rekening*, Lelystad: Vermande 1992, p. 85.

94 In de zin van art. 1:247 BW zijn dat de ouders gezamenlijk, een ouder alleen met toestemming van de ander of een bewindvoerder.

3

Aan de slag

3.1 Arbeid in allerlei soorten

Het is gelukt om werk te vinden! Maar wat voor werk? Werk is er in onze samenleving te kust en te keur. In de bouw, de metaal, de horeca, de verpleging. Men kan werken bij de overheid, in het particuliere bedrijfsleven of bij iets daar tussenin (semi-overheid). Er zijn volledige banen en deeltijd-banen. Sommigen werken 'op afroep' of in thuiswerk. Je hebt vakantiewerk en seizoenarbeid. De één werkt op een contract voor bepaalde, de andere op één voor onbepaalde tijd. En naast degenen die op een normaal arbeidscontract werken vindt men free-lancers, uitzendkrachten, min of meer zelfstandig werkende personen en vrijwilligers die onbetaalde arbeid verrichten.

De rechten en plichten die men in een werksituatie heeft, kunnen aanzienlijk verschillen naar gelang de soort arbeidsverhouding waarmee we te doen hebben. Daarom moeten we nu eerst enige aandacht schenken aan de onderscheiding van al die vormen van arbeid, teneinde de juridische gevolgen te kunnen vaststellen.

Ons Burgerlijk Wetboek heeft drie arbeidsverhoudingen met name benoemd:
- de arbeidsovereenkomst (art. 7:610)
- de aanneming van werk (art. 7A:1639[1])
- de opdracht (art. 7:400).

De jurist staat dan ook dikwijls voor de vraag of hij te doen heeft met één van deze drie benoemde overeenkomsten en zo ja, met welke.

Die vraag is belangrijk, omdat aan de arbeidsovereenkomst, zoals gedefinieerd in art. 7:610 BW, een enorme reeks rechten en plichten is verbonden, wat betreft loon, ontslag, enz. En de sociale zekerheid vaart in dat kielzog mee.[2]

1 Dit moet in de toekomst titel 7.12 BW worden.
2 Vgl. over de verschillen tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en de Centrale Raad

Weliswaar zijn – in verband met het veelvuldig voorkomen van grensgevallen – enkele soorten contracten die (misschien) niet als een arbeidsovereenkomst in civielrechtelijke zin vallen aan te merken, door wetsduiding uitdrukkelijk onder het socialezekerheidsrecht gebracht (zie par. 17.8). En ook sommige arbeidsrechtelijke wetten hanteren een ruimere werkingsfeer[3] terwijl andere wetten simpelweg op alle soorten van arbeid slaan, die in een onderneming verricht wordt.
Maar toch schuilt het begin van veel wijsheid in het sociaal recht erin om nauwkeurig onder ogen te zien of we te maken hebben met een echte 'arbeidsovereenkomst'.

3.2 De kenmerken van de arbeidsovereenkomst

Reeds bij lezing van art. 7:610 BW ontmoet men de meeste kenmerken van de arbeidsovereenkomst. Er moet sprake zijn van (1) *arbeid* die (2) *gedurende een zekere tijd* (3) tegen *loon* (4) *in dienst* van de andere partij wordt verricht.

Uit art. 7:659 BW kan nóg een criterium worden gehaald: de arbeid moet ook (5) *persoonlijk* worden verricht.

Deze kenmerken zijn vooral in de rechtspraak verder uitgediept.[4] Zo vond bijvoorbeeld de Hoge Raad, dat een krantenbezorgster en een wederverkoper van tijdschriften niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkten, omdat zij zich niet contractueel verplicht hadden om de arbeid persoonlijk te verrichten.[5] Dit laatste criterium brengt ook met zich, dat een rechtspersoon nooit 'werknemer' kan zijn (wel werkgever, zie par. 3.8).[6]
Het meest omstreden is al sinds jaar en dag het vierde kenmerk, te weten het 'in dienst zijn', of anders gezegd: de gezagsverhouding. Wat te denken van uitspraken van de Hoge Raad, die bij een gasttoneelspeelster[7] wél, maar bij een striptease-danseres in een etablissement[8] niet van een arbeidsovereenkomst wilde spreken, puur omdat de toneelspeelster wél, maar de striptease-danseres niet aan opdrachten en aanwijzingen bij de uitoefening van het werk gebonden zou zijn?

van Beroep: M. Fleuren-van Walsem & T. van Peijpe, *SMA* 1995, p. 423 en C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning, Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

3 Zie bijv. het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (art. 1, onder b, sub 2) en de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag (art. 2, lid 2 en 3, lid 1).

4 Nog altijd zeer leerzaam over de rechtsontwikkeling tot ca. 1960 is: T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1962.

5 HR 13 december 1957, *NJ* 1958, 35; HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321; HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 140; wél kan blijkens de tekst van art. 7:659 BW de werknemer zich door een ander laten vervangen als dat de instemming van de werkgever heeft.

6 HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 215.

7 HR 11 november 1949, *NJ* 1950, 140.

8 HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 79.

Het is duidelijk dat men bij allerlei soorten werk kan twijfelen of er wel echt sprake is van 'ondergeschiktheid' en dus van een 'gezagsverhouding' en dus van een 'arbeidsovereenkomst'. Veel mensen doen werk van een zodanig niveau, dat er eigenlijk nauwelijks iemand in hun werksfeer is, die hun echt opdrachten en aanwijzingen kan geven. Dit kan bijvoorbeeld gelden voor vertalers[9], geneeskundig specialisten, directeuren van vennootschappen (zie par. 3.5), artiesten en geestelijken.[10]

Er is dan ook wel kritiek op het hanteren van dit gegeven als kenmerk voor de arbeidsovereenkomst en er zijn voorstellen voor een andere benadering gedaan[11], maar die vonden nog onvoldoende bijval.[12]
Intussen heeft de rechtspraak het criterium gezagsverhouding in stand gehouden, maar hieraan een moderne uitleg gegeven. Niet wordt verlangd, dat de werknemer dagelijks instructies *krijgt*, maar bepalend is óf hij – hoe marginaal ook – aanwijzingen *kan* krijgen.
Voorts beziet de rechter van degene die de arbeid verricht:
- hoe vrij deze is te bepalen of er wel of niet gewerkt wordt;
- hoe vrij deze is bij de indeling van het werk;
- hoeveel ondernemersrisico deze draagt;
- in welke mate deze zelf zorg draagt voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen;
- in welke mate deze, naast de overeengekomen werkzaamheden nog andere werkzaamheden verricht;
- of deze bij ziekte of verlof wordt doorbetaald;
- in welke mate de werkzaamheden een incidenteel karakter dragen, enz.

Het rechterlijk oordeel omtrent de aard van een arbeidsverhouding

9 HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 163: geen arbeidsovereenkomst aangenomen bij een vertaalster met een incidentele opdracht.

10 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 702 (Imam); HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173 (predikant); HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757; zie A.T.J.M. Jacobs, De rechtspositie van geestelijken in het Nederlands sociaal recht, in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven 1991, p. 87; dez. in: De autonomie van het kerkelijk sociaal recht, in *Sociaal recht: de grenzen verkend*, (De Leede-bundel), Zwolle 1994, p. 163; Trap en Hes, *AR* 1994, p. 78.

11 F.J.H.M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn 1972; I.A.C. van Haren, De betekenis van de arbeidsovereenkomst in deze tijd, *SMA* 1972, p. 785; *Asser/De Leede*, p. 10-20; *Van der Grinten*, p. 16-17; A.A. Bakker, Het werkgeversgezag opnieuw bezien, *SMA* 1982, p. 774; T. van Peijpe, 'Het bereik van de arbeidsovereenkomst en flexibele arbeidsrelaties', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 19.

12 N.E.H. van Esveld, Het gezagselement in de arbeidsovereenkomst, *Aspecten*, p. 153; F.F.M. Stolwijk, *De definitie van de arbeidsovereenkomst*, Rotterdam 1977; J. van Langendonck, Het onderscheid werknemer-zelfstandige in het sociaal recht, *Frenkel-bundel*, p. 9; *Pitlo/Frenkel*, p. 176-177; P. Zonderland, *De Arbeidsovereenkomst*, Groningen 1975, p. 21; G.H.A. Schut, Medezeggenschap en het gezag van de werkgever, *RM Themis* 1977, p. 231; C.J. Loonstra, Naar de werkovereenkomst, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen 1990, p. 33; P.F. van der Heijden, 'De definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 610 Boek 7 NBW', in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 41-55.

vormt dan een afweging van al deze factoren.[13] Daarbij hecht de rechter meer belang aan het feitencomplex dan aan de bewoordingen of de benaming van het contract.[14]

3.3 De andere 'benoemde' arbeidsverhoudingen

Als gezegd noemt het BW naast de arbeidsovereenkomst ook de 'aanneming van werk' en de 'opdracht' met zoveel woorden. Deze verschillen allebei juist wezenlijk van de arbeidsovereenkomst, omdat hier geacht wordt geen gezagsverhouding aanwezig te zijn. Het gaat hier om zelfstandig verrichte arbeid in het kader van een vrij beroep of eigen onderneming.

Bij aanneming van werk gaat het om het tot stand brengen van een werk in de vorm waarin het beoogd was tegen een vooraf bepaalde tijd. Er is sprake van een resultaatsverplichting en het werk moet van stoffelijke aard zijn (bouwwerken bijv.).[15]
Bij de opdracht wordt niet op voorhand een bepaald resultaat beoogd. Er is slechts sprake van een inspanningsverplichting.

De regeling van de opdracht[16] kent een aantal bepalingen die bijna alle van aanvullend recht zijn. Daarnaast bestaat hierover soms specifieke wetgeving (bijv. de Advocatenwet). Ook hebben diverse beroepsorganisaties voor hun eigen kring regels gesteld.[17] Ten slotte zijn er vaak algemene voorwaarden die de overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer nader reguleren.
Ten aanzien van de aanneming van werk bevat het BW naast de definitiebepaling (7A:1639) nog een reeks specifieke artikelen (7A:1640-1651), die eveneens van aanvullende aard zijn.

3.4 Gemengde overeenkomsten

In de praktijk van het leven komen er ook gemengde overeenkomsten voor, bijvoorbeeld door een samengaan van arbeid met wonen – de huur/arbeidsovereenkomst. Of door een samengaan van arbeid met studie – de leer/arbeidsovereenkomst.

Als een arbeidsverhouding de kenmerken bevat én van de arbeidsovereenkomst én van enig ander type van overeenkomst, dan moeten de wettelijke voorschriften én van de arbeidsovereenkomst én van die ande-

13 HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 140 en HR 5 november 1982, *NJ* 1983, 231; vgl. *De arbeidsovereenkomst* (losbladig), Deventer, bij art. 7:610 BW, aant. 2; J.M. Fleuren-v. Walsum/T. van Peijpe, Gezagsverhouding, de stand van zaken, *SMA* 1995, p. 412.
14 Vgl. HR 16 september 1994, *JAR* 1994/214.
15 Vgl. Asser/Thunnissen, *Bijzondere Overeenkomsten*, Deel III, Zwolle 1994, p. 350 e.v.
16 Vgl. HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 4.
17 Vgl. bijv. voor de relatie advocaat-cliënt G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging*, Den Haag: VUGA 1979.

re overeenkomst worden toegepast; in geval van strijd gaan die van de arbeidsovereenkomst voor (art. 7:610, lid 2 BW).

Bij de gemengde huur/arbeidsovereenkomst betekent dit dus dat zowel de wettelijke bepalingen van het huurrecht als die van het arbeidsrecht van toepassing zijn. Maar als bijvoorbeeld een portierswoning beschikbaar moet komen voor de nieuwe portier, verliest de vroegere portier de gebruikelijke wettelijke huurbescherming.[18]
Bij leer/arbeidsovereenkomsten moet ervan worden uitgegaan dat alleen het gedeelte dat als productieve arbeid is aan te merken onder de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht valt.[19] Dat geldt bijvoorbeeld voor een leerling-verpleegster of de assistent-in-opleiding aan een bijzondere universiteit. Maar bij menige opleiding rijst de vraag of er wel sprake is van een als 'arbeidsovereenkomst' aan te merken bestanddeel.[20]

3.5 Afwijkende bepalingen voor bijzondere groepen werknemers

Voor bepaalde groepen van werknemers gelden bijzondere wettelijke bepalingen.

Directeuren van vennootschappen
Bestuurders van rechtspersonen wier arbeidsrelatie voldoet aan de eisen van artikel 7:610 BW worden arbeidsrechtelijk doorgaans geacht werkzaam te zijn op arbeidsovereenkomst.[21] Voor hen bevat het BW echter een aantal bijzondere bepalingen omtrent hun verhouding met de rechtspersoon, waarbij in een enkel geval wordt afgeweken van de arbeidsrechtelijke regels.[22]

Kapiteins en schepelingen in de zeescheepvaart
Voor hen bevat het Wetboek van Koophandel bijzondere bepalingen (art. 396-452p WvK).[23]

Handelsvertegenwoordigers en uitzendkrachten
Voor deze groepen vinden we enkele bijzondere bepalingen in de twee

18 Vgl. HR 17 maart 1961, *NJ* 1961, 237; HR 29 juni 1979, *NJ* 1979, 612; zie H.L. Bakels, De dienstwoning, een conflict van rechtsopvattingen, *NJB* 1960, p. 866; J.A. de Mol, Dienstwoning of huurwoning, *SR* 1987, p. 32.
19 *Asser/De Leede*, p. 211; Nota stages, *Kamerstuk* 16 791.
20 Vgl. HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983, 230 en HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 60.
21 Vgl. HR 7 februari 1940, *NJ* 1940, 180; H.L. Bakels, in *Sociaal en Zeker* (Veldkampbundel), Deventer 1986, p. 401; J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, Deventer 1989; in het medezeggenschapsrecht en het sociale-zekerheidsrecht (zie par. 15) ligt dit anders, vgl. L.J.M. de Leede, Directeuren/grootaandeelhouders, geen werknemers?, *Bakels-bundel*, p. 155; C.C.Th van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Amsterdam 1992.
22 Vgl. artt. 8, 131, 241, 134 en 244 van *Boek 2 BW*.
23 Vgl. C.J. de Lange, *De arbeidsovereenkomst voor de vaart ter zee*, Alphen aan den Rijn 1955.

laatste afdelingen van de titel over de arbeidsovereenkomst, de art. 7:687-689, resp. 7:690-791 BW.

Dit zijn alle bepalingen die als 'lex specialis' voorrang hebben boven het algemene arbeidsovereenkomstenrecht. Maar waar die bijzondere bepalingen geen antwoord geven op rechtsvragen geldt ook voor bovengenoemde groepen het algemene sociaal recht.

3.6 Werknemers met eigen rechtsregime

Voor een aantal groepen werknemers geldt dat zij een alomvattend eigen rechtstelsel hebben, waarbij het BW-regime van de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijft.

Overheidspersoneel
Vanuit het oude idee dat de relatie tussen de overheid en haar personeel een heel bijzondere is en dan ook om eigen regels vraagt, pleegt deze groep vanouds uitgezonderd te worden van het gewone arbeidsrecht.[24] Vroeger bevatten de meeste sociale wetten daarop gerichte bepalingen. De laatste jaren is dat echter drastisch veranderd en zijn de regels voor arbeidsomstandigheden, medezeggenschap en in fasen de sociale zekerheid op vrijwel de gehele overheidssector van toepassing geworden. Het grote verschil betreft echter de zogeheten ambtelijke status.
De meeste personeelsleden in overheidsdienst, *de ambtenaren*, zijn niet werkzaam op basis van een contract, maar zijn bij eenzijdige rechtshandeling door de overheid aangesteld.[25] Hun rechtspositie is geregeld in de Ambtenarenwet (art. 125) en de daarop gebaseerde rechtspositiebesluiten.[26] Voor enkele bijzondere groepen ambtenaren bestaan nog bijzondere wetten: voor militairen[27], politieambtenaren en het personeel in het openbaar onderwijs.[28]

Bij de lagere overheden zijn overigens ook wel werknemers werkzaam op arbeidscontract. Bij het Rijk is deze figuur afgeschaft.[29] Tegenwoordig

24 N.E.H. van Esveld, 'Arbeidsrecht en ambtenarenrecht', *Hedendaags Arbeidsrecht*, p. 82; T. Koopmans, De overheid als werkgever, *WPNR* 1970, nr. 5067.

25 Vgl. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1987, p. 192-209; *Korteweg-Wiers*, p. 86-87; Th.A.M. van der Horst e.a. *Handleiding tot het ambtenarenrecht* (losbladig), Alphen aan den Rijn; J.H. Sikkes, *De ambtenaar en zijn recht*, Deventer-Zwolle 1983; G.L. Coolen, *Militair en recht*, Zwolle 1990; A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, 's-Gravenhage, 1991; E.F.C. Francken, *Compendium van het ambtenarenrecht*, Deventer, 1992; H.L.P. Stuiver en Th.A. Velo, *Aspecten van Ambtenarenrecht*, Utrecht 1995.

26 Voor de rijksambtenaren zijn dit a.m.v.b.'s zoals het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). Provincies, gemeenten en waterschappen kennen soortgelijke regelingen voor hun eigen personeel in aparte verordeningen.

27 Militaire Ambtenarenwet 1931. Vgl. G.L. Coolen, 'De structuur van de rechtspositie van de militair', *TAR* 1987, p. 564; voor jurisprudentie het *Militair-Rechterlijk Tijdschrift*.

28 Zie de Politiewet resp. de verschillende onderwijswetten.

maakt de overheid ook wel gebruik van stichtingen voor de uitoefening van haar doelstellingen, de zgn. 'openbare-dienststichtingen'. Het daar werkzame personeel is niet aangesteld op basis van het ambtenarenrecht, maar van het civiele arbeidsrecht.[30] Ook is de overheid bezig om diverse onderdelen van de overheidsdienst te 'privatiseren', hetgeen ertoe leidt dat de rechtspositie van het personeel moet worden omgezet naar een civielrechtelijke.[31]
Het idee dat het overheidspersoneel een aparte status behoeft, is de laatste jaren aan het verwateren.[32] Recentelijk heeft de regering het standpunt ingenomen dat de ambtelijke status voorlopig wel blijft bestaan, maar dat het mogelijk wordt dat in sommige overheidssectoren naar het civiele arbeidsrecht wordt overgestapt.

Werknemers van instellingen van bijzonder onderwijs
Werknemers van instellingen van bijzonder onderwijs zijn formeel werkzaam op arbeidsovereenkomst en het gewone arbeidsrecht is op hen van toepassing, maar inhoudelijk gelden vaak overeenkomstige bepalingen als in het ambtenarenrecht, vanwege de grondwettelijke gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs. Soms gelden voor dergelijke werknemers ook enkele uitzonderingen op het algemene arbeidsrecht, zoals in het ontslagrecht en in het medezeggenschapsrecht.

3.7 Flexibele arbeidsrelaties

In de tegenwoordige samenleving zijn allerlei typen arbeidsverhoudingen in opmars, die nogal ver afstaan van de traditionele voltijdse baan bij een vaste werkgever. We denken aan uitzendarbeid, thuisarbeid, deeltijdbanen van een geringe omvang, afroepcontracten, bepaalde tijdcontracten.[33]

29 KB 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 143; P.E.M. Messer-Dinnissen, *De Rijksarbeidscontractant*, Deventer 1995.

30 Vgl. R.D. Borgelt, Enige rechtspositionele aspecten van personeel werkzaam bij (overheids)stichtingen, *SMA* 1979, p. 96; voor de welzijnssector L.P.V.A. Roijakkers/R. Doop/Th. Stoelje, De rechtspositie van personeel werkzaam bij 'openbare dienst stichtingen', *SMA* 1979, p. 245.

31 H.J. de Ru (red.), *Privatisering in de praktijk*, Zwolle 1987; J. Zwennis, Personele consequenties van privatisering, *SMA* 1986, p. 244; J.P. Mors, 'Casus arbeidsrecht: de oprichting van de Postbank NV', *AA* 1987, p. 356; A.H.Th. de Boer, 'De verzelfstandiging van het Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf', *AA* 1989, p. 195-205; J.P. Mors, Privatisering en rechtspositie, *SR* 1990, p. 9-12; J.A. Bijker, *Personele aspecten van privatisering*, 's-Gravenhage 1992; A.T.J.M. Jacobs, 'Een Europees-sociaalrechtelijk aspect van privatisering', *Tijdschrift Privatisering* 1994, nr. 2, p. 4; J.P. Mors en T. van Peijpe, *SR* 1995, p. 48; H.S.P. Stuiver, *SR* 1995, p. 87; F. Schuurman, *SR* 1995, p. 119.

32 E.P. de Jong en C.R. Niessen, Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven? *Preadviezen NJV*, Zwolle 1982; W.J. Geertsema e.a., *De rechtspositie van de ambtenaar*, Teldersstichting, 's-Gravenhage 1985; J.H. Sikkes (red.), *Ambtenarenrecht in beweging*, Den Haag, 1983; L.J.M. de Leede e.a. *Ambtenarenrecht en arbeidsrecht, een vergelijking*, 's-Gravenhage, 1982; H. van Maarseveen, 'De rechtspositie van ambtenaren, van status naar contract', *NJB* 1982, p. 674.

Zij komen meer en meer in de mode, omdat werkgevers ze voordeliger vinden dan vaste arbeidskrachten. Maar ook omdat vandaag de dag veel werknemers een grotere vrijheid in dagindeling juist goed uitkomt.
Over de juridische 'inpassing' van deze flexibele arbeidsrelaties zijn de laatste jaren veel publicaties verschenen[34], terwijl ook de nodige voorstellen zijn gedaan voor aanpassing van de wetgeving.[35]
Bij sommige van deze flexibele arbeidsrelaties, zoals *deeltijdarbeid*[36] en *bepaalde-tijdcontracten*, lijdt het zelden twijfel dat er van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW sprake is. En bij andere flexibele arbeidsrelaties, zoals het vrijwilligerswerk en het werken met behoud van uitkering, wordt nimmer betwijfeld dat daar zeker géén arbeidsovereenkomst bestaat.
Maar er zijn ook typen van flexibele arbeidsrelaties waarbij meer ruimte is voor twijfel.

Thuisarbeid zal niet als een arbeidsovereenkomst worden beschouwd, wanneer de thuiswerker in feite een eigen ondernemer is. Dit kan blijken uit het feit dat hij zijn eigen productiemiddelen gebruikt en over een grote mate van vrijheid beschikt om thuiswerk aan te nemen of te weigeren.
Maar in gevallen waarin het thuiswerk in feite een verlengstuk is geworden van arbeidsprocessen die traditioneel binnen de onderneming gebeuren, kan de arbeidsverhouding met de thuiswerker wel degelijk als een formele arbeidsovereenkomst worden beschouwd.[37]

Bij *oproepcontracten* gaat het om contracten waarbij de werkgevers werknemers oproepen om werk in loondienst te komen verrichten als dat er is. Zulke contracten roepen veel rechtsvragen op waarbij men zich moet realiseren dat oproepcontracten in allerlei maten en soorten voorkomen. Het komt voor dat de werknemer zich in een soort voorovereenkomst verplicht heeft om aan een oproep gehoor te geven; soms kan hij/zij dat per keer beslissen. Nu eens wordt een kracht herhaaldelijk opgeroe-

33 Ministerie SZW, *Flexibele inzet van arbeidskrachten*,'s-Gravenhage 1987; A. Jaspers e.a., 'Vaste en flexibele arbeidsrelaties in Nederland', *SMA* 1989, p. 36; *DCA-rapport Flexibele arbeid in cao's*, 's-Gravenhage 1989.

34 O. Albers/Y. Konijn, *Losse en flexibele arbeidsrelaties*, Alphen aan den Rijn 1987; M.G. Rood/M.J. van der Ven, *Flexibele arbeidsrelaties*, Alphen aan den Rijn 1988; C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer 1989, dez., *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer (losbladig).

35 A.E.F. Hillen, 'Naar een eigen wettelijke regeling voor flexibele arbeidsrelaties', *SMA* 1990, p. 295-302; SER, *Advies Flexibele Arbeidsrelaties*, nr. 91/19, 's-Gravenhage 1991; Themanummer Flexibele Arbeidsrelaties, *PS* 1991.

36 *Kamerstuk* 21 655; C. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer, 1989, 138-176; Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden, *Deeltijders en hun rechtspositie*, Den Haag 1991.

37 HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 140; HR 5 november 1982, *NJ* 1983, 231; C. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 1989, p. 220-294; L. Heuperman en H. de Vries, 'Sociaalrechtelijke positie van thuiswerk(st)ers en telewerk(st)ers', *SMA* 1988, p. 284.

pen, dan weer zeer incidenteel. Soms zijn over de frequentie en de duur van de oproepen afspraken gemaakt, soms niet, etc.
De wetgever heeft het nu de oproepkracht wat eenvoudiger willen maken om het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de omvang daarvan aan te tonen. Daartoe zijn twee zgn. 'rechtsvermoedens' in de wet opgenomen:
- Het *eerste rechtsvermoeden* houdt in dat wanneer iemand gedurende drie maanden voor iemand werkt en wel wekelijks of ten minste 20 uur per maand wordt vermoed dat er een arbeidsovereenkomst bestaat (art. 7:610*a* BW).
- Het *tweede rechtsvermoeden* houdt in dat voor de bepaling van de omvang van de overeengekomen arbeid het gemiddelde over de afgelopen drie maanden kan worden aangehouden (art. 7:610*b* BW).

Uiteraard kan de werkgever het tegendeel aantonen, bijvoorbeeld dat er sprake was van een tijdelijk contract, seizoensarbeid of incidentele overuren. Maar dat moet de werkgever dan bewijzen. Dit dwingt werkgevers ertoe duidelijkheid te verschaffen over de aard van het contract en de arbeidstijden.[38] Over de vraag in hoeverre men bij zulke contracten aanspraak heeft op werk en op loon, zie paragraaf 6.6 respectievelijk 4.11.

Bij *uitzendarbeid* is sprake van een driehoeksverhouding tussen uitzendbureau, inlenend bedrijf en uitzendkracht.[39] Hier wordt de band tussen uitzendkracht en inlenende werkgever niet beschouwd als een arbeidsovereenkomst.[40] De feitelijke relatie tussen deze twee kan echter wel rechtsgevolgen hebben, bijvoorbeeld bij een arbeidsongeval (zie par. 5.13).
De band tussen uitzendkracht en uitzendbureau daarentegen zal wanneer er daadwerkelijk arbeid wordt verricht wel een arbeidsovereenkomst zijn (art. 7:690 BW). Men neemt aan dat het uitzendbureau een deel van zijn gezagsbevoegdheid delegeert aan de inlener die de dagelijkse instructies geeft.[41] Een modieuze vorm van uitzendarbeid is *detachering*, waarop overigens dezelfde regels van toepassing zijn.[42]

Dan zijn er de *'free-lancers'*, personen die voor steeds wisselende opdrachtgevers min of meer incidentele arbeidsprestaties verrichten. Deze figuur vindt men vanouds bij artistieke beroepen, maar tegenwoordig ook in toenemende mate in de marketing, software-branche, enz. In het algemeen zal het bij hen niet gaan om arbeidsovereenkomsten, maar

38 Ook buiten de sfeer van oproepcontracten kunnen de rechtsvermoedens overigens een rol spelen.
39 Vgl. L.J.M. de Leede, Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht, *NJB* 1970, p. 270; T. Jongbloed, Civielrechtelijke verhoudingen rond uitzendarbeid, *AA* 1982, p. 43; M.H.M. van der Goes/R.C. Ambachtsheer, Uitzendarbeid, van goed naar beter of van kwaad tot erger?, *SMA* 1989, p. 543; C. Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer 1989, p. 295-345.
40 HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273.
41 HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 633; HR 18 november 1988, *NJ* 1989, 344.
42 K.M. van Holten, Detachering als alternatief voor uitzendarbeid, een valkuil, *TVVS* 1994, p. 120; Themanummer Detachering van *SR*, september 1995.

veeleer om overeenkomsten van opdracht (art. 7:400 e.v. NBW). Toch moet dit steeds aan de hand van de concrete omstandigheden worden bezien.[43]

Ten slotte de zgn. *'alfa-hulpen'*. Dit betreft vele tienduizenden personen die in de gezinszorg werkzaam zijn. Hun arbeidsrelatie wordt beschouwd als een arbeidsovereenkomst tussen de hulpontvanger en de alfa-hulp, niet tussen de instelling en de alfa-hulp. De rechtspositie van deze personen is daardoor nogal onzeker.[44]

Alle flexibele contracten stellen de nodige vragen wat betreft het niveau van de rechtsbescherming. Wij zullen die in het vervolg van onze rondgang door het sociaal recht herhaaldelijk tegenkomen.

3.8 De werkgever

De wederpartij bij de arbeidsovereenkomst is de werkgever. Het woord lijkt te duiden op een natuurlijk persoon, maar het kan ook een rechtspersoon zijn en dat is meestal het geval.
Daarbij komt het steeds vaker voor dat de rechtspersoon niet identiek is met het maatschappelijke imago van de werkgever – V & D bijvoorbeeld vormt een conglomeraat van rechtspersonen – zodat het best kan gebeuren dat werknemers, die naar de uiterlijke schijn elkaars collega's zijn, formeel niet bij dezelfde werkgever in dienst zijn.
Omgekeerd lijken sommige werkgevers in hun maatschappelijk optreden los te staan – Hema en De Bijenkorf bijvoorbeeld – terwijl ze economisch met elkaar verbonden zijn in een groepsverband.
Binnen dergelijke conglomeraten en concerns komt het voor dat werknemers formeel in dienst zijn van de ene rechtspersoon, maar feitelijk (eventueel zelfs onbewust) werken voor een andere rechtspersoon (detachering).
Door dit alles kan het onder omstandigheden zelfs moeilijk zijn om te achterhalen wie precies iemands werkgever is. De rechtspraak is dan wel eens bereid om een gedeeld/gezamenlijk werkgeverschap aan te nemen.[45]
Wet, rechtspraak en literatuur zijn echter nog zeer terughoudend om de in een concern met elkaar samenwerkende werkgevers als een juridische eenheid te benaderen.

43 C. Smitskam, *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer 1989, p. 177-219; G.A.I. Schuijt, *Werkers van het woord*, Deventer 1987; zie bijv. Pres. Rb. Amsterdam, 17 januari 1991, *KG* 1991, 56.

44 Vgl. Ktg. Eindhoven 3 mei 1990, *NJ* 1991, 262. KUB, *Eindrapport over de geëxperimenteerde werkvormen in de gezinsverzorging*, Tilburg 1975, p. 145-153.

45 Vgl. bijv. HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499; vgl. ook HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 322 voor de situatie, dat de werknemer een niet precies goed aangeduide werkgever heeft gedagvaard.

3.9 Vormvereisten en nietigheden

Op basis van het voorafgaande zijn wij nu in staat om vast te stellen of een contract dat voor ons op tafel ligt, wel een arbeidsovereenkomst is.
'Op tafel ligt'? Moet een arbeidsovereenkomst, om geldig te zijn, op schrift staan? In principe hoeft dat niet. Het BW eist het niet en in de praktijk komt het ook vaak voor, met name bij kortlopende dienstverbanden, dat niets op schrift wordt gesteld.
Wel is de werkgever wettelijk verplicht om de werknemer schriftelijk te informeren over de aard en diverse aspecten van de arbeidsverhouding (art. 7:655 BW).
Voor de meer duurzame arbeidsrelaties wordt al lang de schriftelijke vorm gekozen.[46] Ook al, omdat wet[47] of cao sommige bedingen alleen maar geldig achten als ze schriftelijk overeengekomen zijn. Schriftelijkheid kan ook aantrekkelijk zijn, omdat men soms in dat soort bedingen mag afwijken van wat de wetgever als hoofdregel heeft bepaald (zie hierna par. 3.18).

3.10 De individuele arbeidsovereenkomst (iao), een entreebiljet of een volwaardig contract?

Wie een aantal arbeidsovereenkomsten naast elkaar legt wordt getroffen door het grote scala van uitvoerigheid van al die contracten. Er zijn arbeidsovereenkomsten waarin alles tot in de puntjes is geregeld: loon, toeslagen, vakanties, arbeidstijden, ontslagbepalingen, etc. Er zijn arbeidsovereenkomsten waarin nauwelijks meer staat dan de datum van indiensttreding of functie. En alle gradaties daar tussenin.
Dat komt, omdat men zich vaak helemaal niet realiseert, wat voor vraagpunten naderhand kunnen rijzen die men beter vooraf had kunnen regelen. Maar ook, omdat er in grote arbeidsorganisaties toch zelden over allerhande individuele wensen te praten valt. Men sluit het liefst aan op de bestaande regelingen. In de meeste werksituaties zijn namelijk al lang talloze rechten en verplichtingen geregeld, in collectieve arbeidsovereenkomsten of in interne regelingen. Samen met de regels die in de wet staan levert dat een totaalbeeld op, waarbij de meeste van belang zijnde zaken wel zijn voorzien. En dan hoeven de iao-partijen ook nauwelijks meer af te spreken dan de datum van het in dienst treden en de functie waarin men werk zal gaan verrichten. De rol van de iao is dan gereduceerd tot een soort entreebiljet.

Toch blijft er zelfs in die situaties een rest-betekenis over voor uitvoeriger regelingen in de individuele arbeidsovereenkomst, namelijk:

a. om aanspraken vast te leggen, die boven de minimale bepalingen van wet of cao uitgaan (wat vooral 'schaarse' arbeidskrachten kunnen bereiken!);

46 Bij de overheid gebeurt de aanstelling steeds bij akte.
47 Bijv. het boetebeding (art. 7:650 BW).

b. om kwesties te regelen waarin iao-partijen willen afwijken van wet en cao en waar wet en cao zoiets ook toestaan;
c. om zaken te regelen waarover wet of cao nog helemaal niets zeggen;
d. om individuele kwesties te regelen, zoals bijvoorbeeld een werktijd of hoeveelheid te werken uren/dagen, die afwijkt van wat in het bedrijf gebruikelijk is.

Voor banen waarvoor geen cao van toepassing is, blijft er alle aanleiding om een uitvoerige iao af te sluiten, waarin heel wat meer geregeld is dan alleen de datum van in dienst treden en de functie.

Dit betreft vaak het hoger personeel, maar soms ook hele bedrijfstakken of ondernemingen waar als gevolg van weerstand van de werkgevers of een lage organisatiegraad van de werknemers geen cao tot stand is gekomen. Alles bij elkaar betreft dat zeker nog 25% van de banen.

3.11 De collectieve arbeidsovereenkomst (cao)

Omdat uit het voorafgaande al is gebleken hoe belangrijk ook de collectieve arbeidsovereenkomst voor de rechten en verplichtingen uit de arbeidsverhouding is, willen wij daar nu eerst wat meer over vertellen (verdere behandeling van het cao-recht geschiedt in hoofdstuk 9).

Een cao is een overeenkomst tussen werkgevers en vakbonden, die voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden regelt, die bij arbeidsovereenkomsten in acht genomen moeten worden (art. 1 WCAO).[48] Het kan zijn dat zo'n cao door de directie van een bepaalde onderneming met de vakbonden is overeengekomen (bijv. de Philips-cao). Men noemt zo'n cao een ondernemings-cao.
Maar ook is het mogelijk dat de werkgevers in een hele bedrijfstak ten behoeve van alle ondernemingen in die bedrijfstak zo'n cao met de vakbonden hebben gesloten (bijv. de bouw-cao).[49] Dit heet een bedrijfstak-cao.

Het ligt voor de hand dat een bepaalde baan alleen dan maar door een cao 'geregeerd' wordt, wanneer die:
a. valt onder de werkingssfeer van die cao – menige cao sluit bijvoorbeeld hoger personeel of 'kleine' deeltijdwerkers uit!

48 Vgl. *Fase*, p. 22-24; L.G. Kortenhorst/M.M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Zwolle 1939; J. Mannoury, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Alphen a/d Rijn 1961; M. Rigaux & T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994; C.E.M. Schutte, *Overzicht van het CAO-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

49 Deze beide mogelijkheden liggen besloten in de definitie van art. 1 WCAO; in Nederland zijn er numeriek meer ondernemings-cao's dan bedrijfstak-cao's, maar de laatste overtreffen in aantal werknemers, dat er onder valt, verre de eerste; vgl. B.S. Frenkel, A.T.J.M. Jacobs & Nieuwstraten-Driessen, *De Structuur van het cao-overleg*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 22; voorts *Fase*, p. 13.

b. verricht wordt in een onderneming die echt valt onder de werkingssfeer van de cao – is op een restaurant bij V & D de horeca-cao of de V & D-cao van toepassing?[50] en
c. qua looptijd toepasselijk is – de bouw-cao 1981 kan men anno 1998 gevoegelijk in de prullebak gooien![51]

3.12 Lidmaatschap van belang?

Maar er is nog een andere factor die een belangrijke rol speelt bij de vraag of werkgever en werknemers aan een cao gebonden zijn.
In principe geldt de cao alleen maar in volle kracht, wanneer:
a. de werkgever lid is van de werkgeversorganisatie die die bedrijfstak-cao heeft afgesloten of wanneer hij zelf de cao heeft afgesloten en
b. de werknemer lid[52] is van een vakorganisatie die de cao heeft mede-ondertekend (artt. 9 en 12 WCAO).[53]

Het kan evenwel zijn dat een ondernemer om allerlei redenen niet rechtstreeks een cao heeft willen afsluiten of lid is van een werkgeversorganisatie die de cao heeft afgesloten, maar dat hij toch wel op de individuele abeidsovereenkomsten die hij afsluit, de heersende bedrijfstak-cao wil toepassen.
Soms zet men dat dan met zoveel woorden in de individuele arbeidsovereenkomst. Maar maakt die er niet uitdrukkelijk melding van, dan kan een dergelijke vrijwillige binding aan de cao soms nog wel aantoonbaar zijn, bijvoorbeeld door te verwijzen naar het gebruik (7:618 BW) of een gewoonte (art. 6:248 BW) (zie hierna par. 3.17).[54]

Wat nu als de ondernemer wél aan een cao gebonden is (door eigen ondertekening of door lidmaatschap van een werkgeversorganisatie die cao-partij is), maar de werknemer geen lid is van een vakbond, die cao-partij is? De Nederlandse werknemer is immers doorgaans vrij om zich wel of niet bij een vakbond aan te sluiten.
Op het eerste gezicht lijkt de werknemer dan geholpen te worden door artikel 14 WCAO. Dit artikel verplicht de aan de cao gebonden werkgever de cao ook toe te passen op zulke ongeorganiseerde werknemers:

50 Een onderneming kan onder de werkingssfeer van meer dan één cao vallen, hetgeen door fusies en grootschaligheid steeds vaker speelt; sommige concerns hebben dit probleem ondervangen door een of meer eigen cao's af te sluiten, vaak met verschillende bonden. Vgl. M.M. Olbers, 'De toepasselijke cao in de samengestelde onderneming', *SMA* 1985, p. 165.
51 Deze drie 'voorwaarden' wat betreft de 'werkingssfeer' van de cao liggen besloten in de woorden 'en bij deze overeenkomst zijn betrokken' in art. 9 WCAO.
52 Of aan de voorwaarde, dat men men lid is voldaan wordt moet worden afgelezen aan de datum, waarop de cao werd afgesloten; latere uittredingen zijn niet van belang, vgl. art. 9 en 10 WCAO, zie *Fase*, p. 39.
53 Vgl. *Fase*, p. 37-39 en 51-53.
54 Vgl. *Fase*, p. 55; G. Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in art. 14 WCAO, *SMA* 1979, p. 215.

- wat betreft de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden
- tijdens de looptijd van de cao en
- tenzij de cao anders bepaalt.[55]

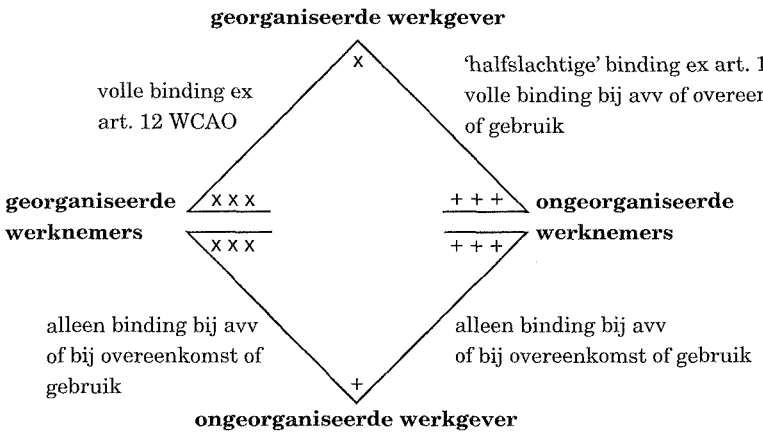
Meestal zal de werkgever zich daar ook wel aan houden. Maar als het eens niet gebeurt, kan die ongeorganiseerde de werkgever *niet* met een beroep op de WCAO aan die verplichting houden.[56] Alleen de vakbond die cao-partij is, kan zoiets doen.

Deze wat merkwaardige situatie vindt haar verklaring in het feit dat de wetgever van 1927 alleen heeft willen voorkomen dat de georganiseerden uit de markt geprijsd zouden worden, doordat de werkgever hen zou vervangen door ongeorganiseerden, die hij niet volgens de cao hoeft te betalen. De wetgever vond het niet nodig dat de ongeorganiseerden eigen rechtsaanspraken zouden krijgen op nakoming van de cao-condities, waaraan ze zelf niet via een vakbondslidmaatschap een steentje hadden bijgedragen! Vandaar dat slechts de vakbond de mogelijkheid werd gegeven om de naleving van artikel 14 WCAO in rechte af te dwingen.
Heeft de werkgever in de iao aan de ongeorganiseerde werknemer de cao-condities toegekend, of is dit gebruikelijk in de onderneming of branche, dan kan de ongeorganiseerde hen echter toch in rechte afdwingen, niet door zich te baseren op artikel 14 WCAO, maar rechtstreeks op basis van de iao respectievelijk de gewoonte.[57]

Dit hele patroon verandert evenwel, wanneer de cao-bepalingen door de minister algemeen verbindend zijn verklaard krachtens de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van de cao van 1937 (Wet AVV, zie ook par. 9.6).[58] Heeft de minister in een bepaalde bedrijfstak metterdaad van die bevoegdheid gebruik gemaakt, dan moet iedere werkgever in de betreffende bedrijfstak zo'n cao toepassen, of hij nu georganiseerd is of niet. En hij moet dit doen ten opzichte van alle werknemers die vallen binnen de werkingssfeer van de cao, of zij nu wel of niet georganiseerd zijn. En in die situatie heeft ook deze ongeorganiseerde werknemer een eigen vorderingsrecht terzake van de rechten, neergelegd in de cao (art. 3 Wet AVV).[59]

55 Vgl. *Fase*, p. 53-57.
56 Vgl. HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527.
57 Dit laatste wordt eerder aangenomen indien de werkgever lid is van een cao-partij (HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 60) dan wanneer dat niet het geval is (HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146).
58 Vgl. *Fase*, p. 95-116; S. Mok, *Het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem 1939; N. van Veen, *Overheidsingrijpen in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Deventer 1976, p. 17-75; T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen 1985, p. 246-269; T.J. Verkerk, De individuele wil gebonden, *SMA* 1972, p. 703; B.S. Frenkel, 'De werking van de algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen', *SMA* 1986, p. 689.
59 Vgl. *Fase*, p. 111.

Om het voorgaande in schema weer te geven:



Het bovenstaande heeft tot praktisch gevolg, dat als men wil weten of een bepaald individueel arbeidscontract aan een cao onderworpen is, men het beste eerst kan nagaan of de werknemer valt onder de werkingssfeer van die cao en dan vervolgens:

a. of de betreffende cao algemeen verbindend is verklaard;
b. of ook de betreffende cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard en of de betreffende onderneming niet van die algemeen-verbindendverklaring is uitgezonderd.[60] en
c. of de claim die men wil leggen, qua tijdsverloop geheel binnen de periode van de algemeen-verbindendverklaring valt.

Want de wet verbiedt terugwerkende kracht[61] en de rechtspraak heeft nawerking[62] aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen ontzegd.
Deze gegevens kan men putten uit de Staatscourant, waarin de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen als bijvoegsels gepubliceerd worden.[63] De Arbeidsinspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verschaft hierover kosteloos informatie.

60 Letterlijk spreekt de Wet AVV namelijk in art. 2, lid 1, van het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten; de minister hoeft dus niet de hele cao algemeen verbindend te verklaren, maar kan zekere bepalingen daarvan uitsluiten; hetzelfde wetsartikel maakt het ook mogelijk, dat de minister 'gevallen' (= bepaalde ondernemingen) van de avv uitzondert.

61 Vgl. art. 2, lid 3 Wet AVV, zodat dus een claim, die op algemeen-verbindendverklaring der cao steunt, niet verder terug kan werken dan de datum, waarop de minister de cao algemeen verbindend heeft verklaard; vgl. *Fase*, p. 109; zie ook HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 59.

62 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348. Dit betekent, dat algemeen-verbindendverklaring niet langer kan gelden dan het moment waarop de cao zelf of het avv-besluit van de minister expireert (vgl. art. 2, lid 2, Wet AVV). Een kleine uitzondering voor bovenwettelijke aanspraken van de sociale zekerheid is nu gemaakt in HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420.

Alleen indien op alle drie de bovengestelde vragen het antwoord bevestigend luidt, hoeft men zich verder niet te bekommeren over de vraag of werkgever en werknemer lid zijn van een cao-partij.
Luidt het antwoord op een van deze drie vragen ontkennend, dan zit er niets anders op dan de claim te baseren op het feit dat de cao gelding heeft doordat arbeider én werkgever aangesloten zijn bij een cao-partij of op het feit dat zij op basis van vrijwilligheid of gebruik een cao plegen toe te passen. Deze mogelijkheid is ook van belang voor een beroep op terugwerkende kracht en nawerking.[64] Deze zijn namelijk wél mogelijk als het gaat om de arbeidsvoorwaarden uit de 'gewoon' toegepaste cao en men het niet van algemeen-verbindendverklaring hoeft te hebben.[65]

3.13 Surrogaten voor de cao

In een enkele bedrijfstak waar een zgn. (hoofd)bedrijfschap actief is (zie par. 9.8) of waar weinig collectief wordt onderhandeld tussen werkgevers en vakbonden, kwam en komt men surrogaten voor de cao tegen.
Zo werden lange tijd in de detailhandel enkele arbeidsvoorwaarden geregeld in een publiekrechtelijke verordening die toepasselijk was op winkels, die niet al onder een cao vallen.[66] Voor werknemers in internaten voor schipperskinderen bestaat er een ministeriële arbeidsvoorwaardenregeling.[67]
Het is op dit soort regelingen dat op sommige plaatsen in het BW gedoeld wordt, wanneer de wetgever spreekt van een 'regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan' (vgl. bijv. art. 7:634, lid 3 BW). Tegenwoordig komen ze nog maar zelden voor. In dit boek laten we deze aanvullende vermelding dan ook doorgaans achterwege.

3.14 De cao en de publieke en de semi-overheidssector

Vanouds is de private sector (marktsector) bij uitstek het domein voor de cao. In de overheidssector, met name bij de ambtenaren, komt ook wel een bepaalde vorm van collectief overleg voor (zie par. 9.11), maar uiteindelijk worden de uitkomsten van dat overleg vervat in eenzijdige overheidsbesluiten (met name algemene maatregelen van bestuur en verordeningen van lagere publiekrechtelijke organen). Cao's in formele zin zijn dat dus niet, hoewel ze in het spraakgebruik wel steeds vaker zo genoemd worden.

63 Vgl. art. 5, leden 4-6 Wet AVV; zie *Fase*, p. 105.
64 Vgl. HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70.
65 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612.
66 Deze Verordening Secundaire Arbeidsvoorwaarden Detailhandel was uitgevaardigd door het Hoofdbedrijfschap voor de Detailhandel (vgl. par. 9.7).
67 Deze regeling is uitgevaardigd krachtens de bevoegdheden, die de minister in de artt. 5 en 6 van de Wet op de Loonvorming heeft. De minister kan die bevoegdheden alleen maar gebruiken als de sociale partners daar om vragen en tegenwoordig gebeurt dat nauwelijks nog; vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 184-185; *Fase*, p. 88-91/140-143.

Ook de semi-overheidssector (staatsbedrijven, non-profitorganisaties, enz.) hield zich jarenlang verre van het verschijnsel cao, doch tegenwoordig treft men in die kring veelvuldig een cao aan, bijvoorbeeld de KPN-cao, de cao-Welzijnswerk, enz. (zie par. 9.12).

3.15 Interne bedrijfsregelingen

Vroeger vormde het arbeidsreglement[68] bij uitstek de mogelijkheid om interne bedrijfsregelingen te treffen. Het belang ervan nam af door de opkomst van de cao. Tegenwoordig ziet men nog wel interne bedrijfsregelingen onder allerlei benamingen, zoals 'personeelshandboek' of 'gids arbeidsvoorwaarden', waarin dan secundaire arbeidsvoorwaarden, zoals reiskostenregelingen zijn opgenomen.[69]
Dergelijke regelingen kunnen op verschillende manieren rechtskracht hebben. Dit kan bijvoorbeeld:

a. doordat de regeling met zoveel woorden in de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard (we spreken dan van: 'incorporering')[70];
b. omdat de regeling door de werkgever eenzijdig wordt gegeven op grond van zijn instructiebevoegdheid (bijv. ordemaatregelen).[71]

In art. 7:613 BW is bovendien geregeld dat de werkgever in de arbeidsovereenkomst een beding kan opnemen dat hem de bevoegdheid geeft om arbeidsvoorwaarden te wijzigen (zgn. 'wijzigingsbeding'[72]). Van die bevoegdheid mag hij echter alleen gebruik maken indien

- het beding schriftelijk is overeengekomen
- hij voor het gebruik een zwaarwichtig belang heeft
- dat bovendien niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid tegenover de werknemer.

Op deze wijze beoogt de wetgever te voorkomen dat de werkgever al te gemakkelijk eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigt, maar ook niet elke verandering in het arbeidscontract onmogelijk te maken, alleen omdat de werknemer daarmee niet wil instemmen.

3.16 De instructiebevoegdheid van de werkgever

Op grond van artikel 7:660 BW is de instructiebevoegdheid van de werkgever een zelfstandige bron van recht in het arbeidsleven. Dit recht is al lang niet meer zo absoluut als honderd jaar geleden, toen de werkgevers zich 'Herr im Hause' achtten. Het behelst 'voorschriften

68 Vgl. F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer 1987; M. Mensink, Praktijk en arbeidsrecht, *SMA* 1982, p. 254.
69 J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot cao*, 's-Gravenhage 1992.
70 Vgl. HR 4 mei 1956, *NJ* 1956, 299.
71 HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 607.
72 Ook erkend in HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM).

omtrent het verrichten van de arbeid' of die 'strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming' en moet worden uitgeoefend binnen de perken van een alsmaar groeiende codex van regels in wet en cao, afspraken met de ondernemingsraad, enz. Over de ruimte die dan nog overblijft spreken we verder in paragraaf 6.8.

3.17 Gewoonte of gebruik

Ons algemene verbintenissenrecht (art. 6:248 BW) erkent de gewoonte als een aanvullende bron van recht en in artikel 7:618 BW wordt naar het gebruik verwezen.

De effectiviteit van een beroep op gewoonte of gebruik is niet te verwaarlozen, wanneer men er mee wil bereiken dat een cao wordt toegepast op een eigenlijk niet aan de cao gebonden arbeidsrelatie (zie par. 3.11) of dat een arbeidsvoorwaarde wordt toegepast, die de meeste werknemers al langere tijd plachten te verkrijgen.[73] Ook kan men er nog wel eens de instructiebevoegdheid van de werkgever mee afbakenen (zie par. 3.16 en 6.5).
Maar overigens moet men van deze bron geen al te hoge dunk hebben, omdat een beroep op een 'gewoonte' altijd zal falen, als een sterkere bron (wet, cao, iao) iets anders uitwijst. En dat is in het door en door gereglementeerde arbeidsleven al gauw het geval.

3.18 De hiërarchie van rechtsbronnen

Die laatste regels brengen ons tot een algemeen probleem van het arbeidsrecht: de hiërarchie der rechtsbronnen. Waar de regels die een arbeidsverhouding beheersen, aan zoveel bronnen ontwellen[74] rijst onvermijdelijk de vraag naar hun onderlinge rangorde.

De rechtsbronnen zijn te vinden op tal van niveaus:
1. Internationaal: de rechtstreeks werkende internationale normen (zie nader par. 19.8).
2. Nationaal: de Grondwet/de wet/algemene maatregelen van bestuur.
3. Bedrijfstak: de cao (meestal), gewoonte (soms).
4. Onderneming: de cao (soms), interne bedrijfsregeling (soms), instructiebevoegdheid werkgever, afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad (soms), gewoonte (soms).
5. Individuele arbeidsverhouding: het arbeidscontract.

En tenslotte vormen ook in het sociaal recht rechtspraak en literatuur belangrijke bronnen van rechtsvinding.
De rangorde van de rechtsbronnen is van belang ingeval de normen uit

73 Vgl. bijv. Pres. Rb. Groningen 9 juni 1994, *JAR* 1994/147.
74 A.N. Molenaar, *Bronnen van arbeidsrecht*, Leiden 1927.

de diverse rechtsbronnen conflicteren. Als vuistregel mag gelden dat de hogere bron gaat voor de lagere rechtsbron. Dus de wet gaat voor de cao; de cao voor de individuele arbeidsovereenkomst. Op het vlak van het sociaal recht moet daar echter enige nuancering in worden aangebracht.[75] Hier geldt nog een tweede vuistregel, die wil dat normen uit een lagere bron van recht voor die uit een hogere rechtsbron gaan wanneer dat *gunstiger is voor de werknemer*.
Dus een in de iao voorzien loon van 15 gulden per uur geldt ook, wanneer de cao slechts een loon van 10 gulden voorschrijft.
Meestal komt dat ook wel tot uitdrukking, doordat zo'n hogere bron woorden als 'ten minste' bezigt. Maar ook als dat niet gebeurd is, mag men er als regel wel van uitgaan dat dit zgn. *'gunstigheidsbeginsel'* geldt.

Als regel. Er zijn natuurlijk weer uitzonderingen!
Het is mogelijk dat de opsteller van een hogere rechtsbron afwijking naar boven beslist heeft willen uitsluiten. Zo gebeurde het vroeger wel dat de wetgever een plafond stelde aan de loonsverhogingen (zie par. 9.10). En nog steeds komt men cao's tegen, die tegelijkertijd minimum en maximum zijn. De cao-partijen hebben dat gedaan, omdat ze wilden vermijden dat de werkgevers met hogere lonen tegen elkaar zouden opbieden.[76]
In dit soort gevallen geldt de eerste vuistregel, namelijk dat de hogere bron gaat boven de lagere bron en blijft de tweede vuistregel, het gunstigheidsbeginsel, buiten toepassing.

Af en toe wordt in hogere bronnen toegelaten dat in een lagere rechtsbron *in voor de werknemer ongunstige zin* wordt afgeweken van de hogere bron. Dat komt, omdat men een algemene regel wel nuttig vindt, maar tegelijkertijd toch de partijen op lager niveau wat meer ruimte voor flexibiliteit wil laten. Vooral gezien het bedrijfseigene van een bepaalde onderneming of bedrijfstak kan daaraan behoefte bestaan.
Men vindt dit soort formules nadrukkelijk terug in de Arbeidstijdenwet (zie hoofdstuk 5). In het Burgerlijk Wetboek treft men een genuanceerde regeling van gradaties van dwingendheid.[77]

a. Wanneer de wetgever alleen maar iets wil regelen in het geval partijen daarin zelf niet hebben voorzien, spreken we van *'regelend'* of *'aanvullend recht'*. Van die regels mag op welke manier dan ook worden afgeweken. Dit soort normen treffen we vooral aan bij minder belangrijke onderwerpen. Voorbeeld: artikel 7:622 BW over de plaats van loonbetaling.

b. Bij iets belangrijker aangelegenheden wil de wetgever de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst nog wel de kans bieden om af te wijken van de wettelijke regeling, maar alleen als ze dat heel

75 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 334-350.
76 Vgl. bijv. Rb. Assen, 2 juni 1987, *NJ* 1988, 572.
77 Zie voor een overzicht de notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkostenrecht', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 22-24.

bewust doen. In dat geval is bepaald dat afwijking alleen kan geschieden 'bij schriftelijke overeenkomst of reglement'. Van zo'n norm kan dus best worden afgeweken, als het maar op schrift is gezet. Deze gradatie wordt aangeduid als *'half dwingend' of 'semi-dwingend recht'*.[78] Voorbeeld: artikel 7:629b BW inzake doorbetaling loon bij kort verlof (zie par. 4.10).
Toch biedt deze gradatie van dwingendheid nog altijd geen erg sterke bescherming, want bij het sluiten van een individuele arbeidsovereenkomst kan de werknemer al gauw toch ongemerkt zijn rechten 'wegtekenen', of daartoe gedwongen zijn om een baan te krijgen.

c. Vandaar dat er nog een derde gradatie is ontstaan: sommige wettelijke normen laten afwijkingen alleen toe bij 'cao of regeling door of namens een publiekrechtelijk orgaan' (zie par. 3.13). Deze normen worden aangeduid als *'driekwart-dwingend recht'*.[79] Voorbeeld: artikel 7:691 BW over de bescherming van uitzendkrachten.
Het is duidelijk dat in deze variant de hogere norm heel wat beter is beschut, want met name de vakbonden zullen niet onnodig de bescherming van de wettelijke norm laten wegvallen. Ze zullen dat alleen doen als het bedrijfseigene erom vraagt en er een gelijkwaardige andere regeling tegenover staat.

d. Ten slotte is er dan het volkomen dwingende arbeidsrecht, waarvan op geen enkele wijze kan worden afgeweken. Dit kan zowel blijken uit een uitdrukkelijke vermelding in de wet of uit de dwingende formulering van een bepaling.

De totaliteit van rechtsbronnen die de arbeidsverhouding beheersen, hun rangorde en de diverse afwijkingsmogelijkheden maken dat het krijgen van een exact beeld van de rechten en verplichtingen in een concrete arbeidsrelatie een puzzel kan zijn. Toch kan het in onze gecompliceerde samenleving moeilijk anders.

78 M.M. Olbers, 'Cao, semi-dwingend recht en bovenwettelijke verplichtingen', *SMA* 1979, p. 850.

79 I.P. Asscher-Vonk, 'Driekwartdwingend recht in de wet op de arbeidsovereenkomst', *SMA* 1970, p. 298.

4

Loon naar werken

Voor de meeste mensen is het nog steeds zo, dat geld de arbeid moet verzoeten en dat is de reden waarom wij deze bespreking van de inhoudelijke kant van de arbeidsovereenkomst beginnen met diverse aspecten van de beloning.

4.1 Beloning in allerlei soorten

Geldelijke tegenprestaties voor arbeid komen voor onder de meest uiteenlopende benamingen en in allerhande vormen, zoals:
- uurloon, dagloon, weekloon, maandloon, stukloon;
- minimumloon, modaal loon[1];
- basisloon, standaardloon;
- verhogingen/toeslagen wegens anciënniteit, overwerk, ploegendienst, prestatie of gevaarlijk werk;
- reiskostenvergoeding, reisurenvergoeding, fietsengeld;
- ontslagvergoeding;
- loon in natura, loon in loonzakjes, loon op de giro, enz.

Mag men aan dit lijstje ook toevoegen: fooien, gratificaties, tantièmes, een 'dertiendemaand'-uitkering, winstuitkering, pensioenpremie?[2] En is een reiskostenvergoeding wel 'loon', wanneer het puur een onkostenvergoeding is?[3] Kortom, de onbegrensde menselijke fantasie, die de tegenprestatie van de werkgever aan de werknemer van allerlei etiketten voorziet, kan tot juridische vragen aanleiding geven, bijvoorbeeld wanneer een loonvordering wordt ingesteld, socialezekerheidspremies of be-

1 Modaal inkomen is meer een economisch dan een juridisch begrip. Er wordt onder verstaan het 'inkomen, dat het meest voorkomt', vgl. Notitie inkomensbeleid 1991, *Kamerstukken* 21 806, nrs. 1-2, p. 60/130; momenteel ligt dat op ca. *f* 3200,– per maand.

2 Fooien worden niet als loon in de zin van het BW beschouwd, zie HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242; over winstuitkering zie *Kamerstukken* 20 291.

3 Onkostenvergoedingen worden evenmin beschouwd als loon in de zin van het BW, zolang ze puur een vergoeding van gemaakte kosten omvatten, vgl. HR 3 juni 1981, *NJ* 1982, 206.

lasting moeten worden betaald, enz. En daar begint de interesse van de jurist voor de beloning.

4.2 Juridische definities van loon

De Nederlandse wetgeving kent geen uniform loonbegrip. In diverse wetten wordt 'loon' telkens op een eigen wijze gedefinieerd, juist ook met het oog op de doelstelling van die wet.[4]
Opmerkelijk genoeg kent het BW, waarin het woord 'loon' ook talloze malen wordt genoemd, geen definitie van dit begrip. De Hoge Raad heeft echter uitgesproken dat onder loon in de zin van artikel 7:610 BW dient te worden verstaan: de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid.[5]

Het zwijgen van het BW over de definitie van 'loon' is wellicht kenmerkend voor het feit dat het BW bijna geheel zwijgt over tal van andere kanten van de beloning, waaronder de belangrijkste kant: de hoogte van de beloning.

4.3 Wijze van betaling van loon

Wél heeft de wetgever een aantal regels gegeven om bepaalde misbruiken bij de loonbetaling tegen te gaan. Het kwam vroeger nog al eens voor, dat werkgevers 'trucs' uithaalden door het loon niet op tijd te betalen, door het te betalen in de vorm van bonnen, te besteden in de winkel van de werkgever (de zgn. gedwongen winkelnering), door allerlei bedragen op het loon in te houden, etc. Om aan dergelijke misbruiken paal en perk te stellen zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot:
- de geoorloofde loonvormen (art. 7:617 BW);
- de wijze van voldoening van het loon (art. 7:620 BW);
- de plaats van voldoening (art. 7:622 BW);
- het tijdstip van voldoening (art. 7:623 en 625 BW);
- de besteding van het loon (art. 7:631 BW);
- de toegestane inhoudingen, verrekeningen en beslag (art. 7:632 en 633 BW).

Mede dankzij deze wettelijke bepalingen zijn bovenbedoelde vormen van misbruik grotendeels verdwenen. Toch steken ze incidenteel nog wel

4 Vgl. de definities in het BBA (art. 1, sub e), de WMM (art. 6 en 15, lid 3), de Wet Gelijke Behandeling m/v (art. 7, lid 2), de Wet op de Loonvorming (art. 1, sub e) en voor de sociale verzekering: de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (art. 6, leden 1 en 2); vgl. in de jurisprudentie bijv. Ktg. Amsterdam 14 juli en 3 november 1977, *Prg.* 1979, nr. 1365 over het loonbegrip in de WMM.

5 HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242; voor loon in de zin van art. 7:641 BW zie HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499 en in de zin van art. 7:625 BW: HR 25 januari 1991, *NJ* 1991, 597; zie voor definities in de rechtsgeleerde literatuur: L.J.M. de Leede & J.F.M. Strijbos, *Enkele begrippen in het sociaal recht,* Deventer: Kluwer 1981, p. 116-121.

eens de kop op, zodat het goed is dat deze bepalingen in de wet blijven staan. Wij zullen ze hier niet alle uitvoerig bespreken, maar ons beperken tot enkele bepalingen die nog vaak een rol spelen.

4.4 Verhogingen en rente

Op te late betaling van loon stelt de wet een 'privaatrechtelijke boete': een verhoging tot maximaal 50% (art. 7:625 BW). Bij niet-betaling van het wettelijk minimumloon (zie par. 4.13) geldt nog een eigen boeteregeling (art. 18c WMM). Deze bepalingen worden veel benut door rechtshulpverleners: bij elke loonvordering die zij tegen een werkgever instellen, zullen zij de rechter vragen om op het gevorderde loonbedrag ook de verhoging van artikel 7:625 BW en/of van artikel 18c WMM toe te passen. Of zij daarin bij toewijzing van hun vorderingen ook hun zin krijgen is iets anders: de rechter heeft de bevoegdheid om die verhogingen met het oog op de omstandigheden van het geval te matigen (zie ook par. 8.25).
Rechtshulpverleners zullen daarenboven altijd vragen om de wettelijke rente (art. 6:119 BW). Deze kan worden gevorderd over zowel het gevorderde loonbedrag, als de daarbij toegewezen verhoging en wordt berekend over het bruto-loon.[6] De rechter kan de rente niet matigen.

4.5 Verjaring en bewijs

Voor rechtsvorderingen tot betaling van het loon geldt een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 3:308 BW). Alleen in uitzonderlijke gevallen kan dit vorderingsrecht eerder verloren gaan.[7] De werkgever kan – uitzonderingen weer daargelaten – te veel betaald loon terugvorderen.[8]
De wet verplicht de werkgever ook tot het afgeven van een zgn. loonstrookje (art. 7: 626 BW).

4.6 Inhoudingen en beslag

Het kan voorkomen dat een werknemer zijn werkgever schade moet vergoeden (zie par. 6.13). Of dat een kredietverschaffer beslag wil leggen op het loon van een werknemer die zijn stereotoren niet afbetaalt. Ook al is dat onder omstandigheden mogelijk, de wetgever vindt het ook belang-

6 HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207; HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 20; HR 24 juni 1994, *JAR* 1994/154; J. Mannoury, 'Nabetaling van loon op het raakvlak van arbeidsrecht en belastingrecht', *SMA* 1980, p. 697.

7 Te weten indien redelijkheid en billijkheid daartoe aanleiding geven, vgl. HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 474; zie over de uitzonderlijke mogelijkheid van rechtsverwerking in deze HR 7 juni 1991, *NJ* 1991, 708; HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 367.

8 Vgl. Rb. Breda, 3 april 1990, *NJ* 1991, 282. Zie voor herstel van fouten in de salarisberekening G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, p. 51-53.

rijk dat het inkomen van de werknemer niet onder een minimumniveau daalt, aangezien deze anders bij de bijstand zou kunnen aankloppen. Daarom is bepaald dat een deel van het loon, ten bedrage van nagenoeg het bedrag van de bijstand, dat voor de betrokkene zou gelden, als regel niet voor inhouding, verrekening, beslag en overdracht aan derden vatbaar zal zijn (vgl. art. 7:632 en 633 BW en 475c-475f Rv).[9]
Ook stelt de wet nog beperkingen aan de soorten van inhoudingen, die de werkgever mag doen wegens schulden die de werknemer aan hem heeft (art. 7:631 BW). Alleen aan het einde van het dienstverband mag zonder enige beperking alles worden ingehouden, wat de werknemer de werkgever nog verschuldigd is.

4.7 Loon bij faillissement

Wanneer een bedrijf in financiële moeilijkheden komt, hoe moet het dan met de loonvorderingen van de werknemers?[10] De wet bevatte aanvankelijk bijna geen bepalingen om de loonaanspraak van de werknemers veilig te stellen. Weliswaar bepaalt artikel 40, lid 4 Faillissementswet, dat 'loon' moet worden beschouwd als onderdeel van de 'boedelschuld', dat wil zeggen hetgeen de curator het eerst zal voldoen.[11] En ook zegt artikel 3:288 BW dat loonvorderingen bevoorrecht zijn.[12] Maar veel schieten de werknemers daar tegenwoordig niet mee op. Meestal hebben in dergelijke gevallen andere schuldeisers met nog meer voorrang, zoals de belastingdienst en de uitvoeringsorganen van de sociale verzekeringen, alles wat nog te verdelen viel al opgeëist en hebben pand- en hypotheeknemers hun goederen al te gelde gemaakt, voordat de loonvorderingen van de werknemers aan de beurt komen.
Vandaar dat de wetgever een afzonderlijke regeling heeft getroffen om de loonvorderingen van de werknemers althans voor een deel te honoreren. De regeling is opgenomen als hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (art. 61-68 WW) en de uitvoering is in handen gelegd van de uitvoeringsinstellingen. Deze zijn verplicht de laatste dertien weken loon, het laatste jaar vakantiebijslag en het loon over de opzegtermijn van de werknemer te voldoen ingeval de werkgever heeft opgehouden te betalen door faillissement, surseance van betaling of in andere gevallen (art. 61 WW).[13]

9 Deze artikelen vormen een afwijking van de algemene regeling van art. 6:127 BW en van de Wet op het consumentenkrediet, *Stb.* 1990, 395; hoe hoog het niet voor beslag e.d. vatbare gedeelte van het loon is hangt af van de leeftijd en de financiële en gezinssituatie van de werknemer, want die factoren spelen ook mee bij de bepaling van de bijstandsuitkering (zie par. 16.6); vgl. F. Schirmeister, *Rechtshulp* 1991, nr. 5, p. 2; R.H. Stutterheim, *SR* 1991, p. 250; K. Iest, *AA* 1991, p. 573.

10 Vgl. L.A. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1981; P.A. Stein & W.M. Levelt-Overmars, preadviezen *Handelingen NJV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986; Fleuren-van Walsum, *SMA* 1993, p. 7.

11 HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

12 Pensioenaanspraken hebben wèl, maar pensioenpremievorderingen géén voorrang bij faillissement. Zie voor de herziening van deze regeling *Kamerstukken* 22 942. De positie van de werknemer zal iets worden versterkt (art. 3:280-nieuw); kritiek in *NJB* 1994, p. 1108.

Er is een voorziening gemaakt tegen misbruik van deze regeling (art. 63, lid 3 WW) en het recht van verhaal op de werkgever is geregeld (art. 66 WW).

4.8 Loon bij verhindering

Als de werknemer de bedongen arbeid niet verricht, is als hoofdregel geen loon verschuldigd (art. 7:627 BW). Een bepaling, die – tussen twee haakjes – niet mag worden benut om minder loon uit te betalen op de enkele grond dat de werknemer minder heeft gepresteerd dan overeengekomen was. Dat moet eventueel maar langs andere wegen gesanctioneerd worden (zie de hoofdstukken 6 en 7). De hoofdregel van art. 7:627 BW kent bovendien belangrijke uitzonderingen.

4.9 Verhindering van de werknemer

Een eerste groep van uitzonderingen betreft gevallen van verhindering van de kant van de werknemer. Hij heeft niet kunnen werken, omdat hij ziek werd, naar een begrafenis moest, in een file zat, etc. Is de werkgever dan misschien toch verplicht om het loon door te betalen?
De wetgever heeft slechts in een beperkt aantal van die gevallen de werkgever tot betaling van het loon willen verplichten. Maar dat laat onverlet dat bijvoorbeeld in een schriftelijke iao of cao een ruimere of soms ook een beperktere loonbetalingsverplichting op de werkgever kan zijn gelegd.[14] En inderdaad is tegenwoordig elke cao en ook de praktijk buiten de cao veel royaler met de kort-verzuimregelingen dan het BW.
De gevallen van verhindering door de werknemer die de wet noemt zijn:
- ziekte;
- wettelijke verplichtingen;
- zeer bijzondere, buiten zijn schuld ontstane omstandigheden;
- overlijden.

Ziekte
In dit geval moet de werkgever een jaar lang tenminste 70% van het loon doorbetalen of – als dat hoger zou zijn – ten minste het voor de werknemer geldende minimumloon (art. 7:629 BW).
Aangezien het hier een regeling betreft die meer in de sfeer van de sociale zekerheid ligt, wordt deze verder besproken in hoofdstuk 13.

Wettelijke verplichtingen
Dit houdt bijvoorbeeld in het doen van aangifte bij de burgerlijke stand,

13 Onduidelijk is in hoeverre een vergoeding op grond van art. 7:685 BW voor overname door de uvi in aanmerking komt, vgl. CRvB 27 oktober 1992, *RSV* 1993, p. 101.
14 Vgl. *Van der Grinten*, p. 67-68 en ook enige specifieke literatuur, vermeld onder par. 4.10.

het uitbrengen van een stem bij de verkiezingen en dergelijke. Als die activiteiten:
- slechts van korte duur zijn (dus niet een hele militaire dienst of het voldoen aan de leerplicht);
- niet in de vrije tijd vervuld kunnen worden en
- niet al vergoed worden (zoals bijv. het getuigenverhoor voor de rechtbank)

moet de werkgever loon doorbetalen, tenzij schriftelijk anders is afgesproken (art. 7:629b BW).

Zeer bijzondere, buiten zijn schuld ontstane omstandigheden
De wet noemt als zodanig: bevalling van de echtgenote en overlijden en lijkbezorging van huisgenoten en naaste bloed- en aanverwanten (art. 7:629b BW). Maar die lijst is in theorie natuurlijk onbeperkt voor uitbreiding vatbaar: echtscheidingsprocedure, treinvertraging, enz.
Of in al die gevallen doorbetaling van loon verschuldigd is, valt niet in het kort aan te geven. Allereerst zal weer gekeken moeten worden of een schriftelijke iao of cao hier iets naders over heeft bepaald. Deze bevatten meestal een wat uitgebreidere lijst met gevallen waarin recht op betaald verlof bestaat.[15]
Wordt men daaruit niet wijzer dan zal een antwoord gevonden moeten worden op de vraag voor wiens risico de verhindering redelijkerwijs moet komen. Bijvoorbeeld had de werknemer maatregelen kunnen nemen om verhindering te voorkomen (bijv. door in geval van een treinstaking bus of fiets te nemen)?
En in ieder geval zal het hier slechts om gevallen van kort verzuim kunnen gaan. Bij langdurig verzuim zal loonderving opgevangen moeten worden door een beroep op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet.[16]

Overlijden
Als de werknemer overlijdt tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst hebben diens nagelaten betrekkingen recht op doorbetaling van loon tot het einde van de tweede maand na die, waarin het overlijden plaatsvond (art. 7:674 BW).

4.10 Verhindering van de werkgever

De tweede groep van uitzonderingen betreft gevallen van verhindering

15 M.M. Olbers, 'Regelingen inzake vrijaf in wet en cao's', *SMA* 1985, p. 11; Guus Heerma van Voss, *Werktijden, vakantie en verlof*, Deventer: Kluwer 1986, p. 65; M.M. Olbers, 'Kort verzuimregelingen in verzuim', *SR* 1995, p. 36.

16 Zie voor verlofregelingen van langere duur par. 5.10. Voor één vorm van weliswaar kort, maar toch frequent voorkomend 'verzuim', te weten van OR-leden, heeft de wetgever een specifieke loonbetalingsverplichting geregeld (artt. 17 en 18 WOR); voor het vakbondswerk in de onderneming (zie par. 9.2) vindt men het overeenkomstige soms in cao's. Bij werkonderbreking op grond van onmiddellijk dreigend gevaar is loonbetaling verplicht op grond van art. 38 Arbo-wet.

4.11 Overige functies van artikel 7:628 BW

Door de algemeenheid van zijn bewoordingen vervult artikel 7:628 BW nog andere 'scharnier'functies binnen het sociaal recht.

Oproepcontracten
Indien de partijen een zgn. oproepcontract hebben gesloten en de werkgever niet oproept, kan de oproepkracht de werkgever met een loonvordering op basis van dit artikel confronteren (zie par. 3.7 en 6.4).

Schorsing
Indien de werkgever de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel of als voorspel op een te verlenen ontslag wil schorsen, kan dit artikel hem in zoverre in de weg staan, dat de werknemer op basis hiervan loon kan eisen (zie par. 7.3).[26]

Nietigheid ontslag
Indien de werkgever de werknemer heeft ontslagen in strijd met een opzegverbod kan de werknemer het ontslag vernietigen en dan op basis van dit artikel loon eisen (zie par. 8.12).

Staking
Indien de werkgever als gevolg van een staking in een gedeelte van zijn bedrijf de overige werknemers niet meer zinvol aan het werk kan houden, zou hij ze naar huis kunnen sturen, maar die niet-stakende werknemers kunnen op basis van dit artikel loon eisen (zie par. 10.19).

Arbeidsongeschiktheid
Op grond van dit artikel kan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, wiens verzoek voor hernieuwde tewerkstelling (eventueel in een andere functie) door de werkgever is afgewezen, doorbetaling van loon vorderen (zie par. 6.6 en 6.7).

De factoren die bepalen of dergelijke vorderingen metterdaad geldend kunnen worden gemaakt, worden in de genoemde paragrafen besproken. Op deze plaats moet alvast worden gewezen op een algemene voorwaarde die voor al dergelijke vorderingen geldt, te weten dat de werknemer ook werkelijk bereid en in staat moet zijn om de bedongen arbeid te verrichten.[27] Was hij op trektocht door het Amazonegebied dan valt dat bereid en in staat zijn moeilijk hard te maken.[28] Ook zal de werknemer die

ning art. 8 BBA en artikel 1638d BW, nr. 91/21, 's-Gravenhage 1991.

26 J. Rutgers, 'De loonbescherming bij op non-actiefstelling', *SR* 1989, p. 3; matiging van zo'n vordering op grond van redelijkheid en billijkheid is mogelijk, HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 666.

27 HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 273; HR 2 oktober 1992, *JAR* 1992/101.

28 Wél is in HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 293 uitgesproken, dat het aanvaarden van een nieuwe betrekking nog niet per se betekent, dat die bereidheid niet langer meer bestond; is er slechts sprake van een tijdelijke onderbreking van die bereidheid, dan kan de loonbetalingsverplichting later weer herleven, vgl. ook HR 6 november 1964,

bereidheid aan de werkgever kenbaar moeten hebben gemaakt[29] en zo nodig moeten bewijzen. Het is daarom sterk aan te raden die bereidheid schriftelijk vast te leggen en bij langere periodes van werkonderbreking eventueel nog eens schriftelijk te herhalen.[30]

4.12 Het BW en de loonhoogte

Zoals al werd opgemerkt, bepaalt het BW weinig omtrent de hoogte van het loon. Als uitvloeisel van het economisch liberalisme heeft de wetgever zich hier beperkt tot een restbepaling (art. 7:618 BW), die regelt dat wanneer geen loon is vastgesteld het gebruik bepalend is. Biedt ook dat geen uitsluitsel, dan moet het loon worden vastgesteld naar billijkheid.[31]

Deze karigheid van de wet maakt dat men allerlei heel vanzelfsprekende 'loonrechten', zoals doorbetaling en zelfs extra betaling van loon bij overwerk of het werken op onregelmatige tijdstippen niet uit de wet kan afleiden.[32] Men zal deze rechten wel vaak in cao's aantreffen, maar als gesteld (zie par. 3.11) zijn die niet altijd van toepassing.

Ook bevat de wet geen specifieke bepalingen met betrekking tot de inschaling, hetgeen toch in veel gevallen van groot belang is voor de berekening van het loonbedrag. Geschillen over de inschaling kunnen echter wel degelijk aan de rechter worden voorgelegd met een beroep op onder meer artikel 7:611 BW (zie par. 6.1) of de Wet Gelijke Behandeling m/v (zie par. 2.12).[33]

Toch is gedurende deze eeuw de bemoeienis van de overheid met de loonvorming buiten het BW geleidelijk groter geworden. Van die ontwikkeling, die zijn ups en downs heeft gekend (zie par. 9.10) is met name op drie punten wetgeving van belang gebleven: minimumloon, beloning van gehandicapten en gelijke beloning van mannen en vrouwen.

NJ 1965, 88.

29 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 56.

30 Maar zie HR 9 november 1962, *NJ* 1962, 473, voor een geval waarin de HR toch genoegen nam met een niet-kenbaar maken van de bereidheid tot werken van de werknemer, nu de werkgever ook zonder die kenbaarmaking had moeten begrijpen, dat de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid bereid was; zie ook nog HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 245.

31 Hierbij wordt ook wel een beroep gedaan op een natuurlijke verbintenis (Rb. Breda 3 april 1990, *NJ* 1991, 282) of op goed werkgeverschap (Ktg. Rotterdam 21 augustus 1990, *Prg.* 1990, nr. 3370).

32 Wèl zou men bij een beroep op de rechter in het kader van art. 7:618 BW kunnen verwijzen naar art. 4, lid 2 ESH (zie hoofdstuk 19).

33 Vgl. HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 730; HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 471; HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 533; HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 25; HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 679; M.H.F. van Buuren & I.A. Leenhouts, 'De rechter en functiewaardering in de intramurale gezondheidszorg', *SMA* 1990, p. 285.

4.13 Minimumloon

De Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag biedt nagenoeg iedere werknemer recht op een minimumloon. Werknemers die in deeltijd werken hebben recht op een evenredig deel van het minimumloon. Wie meer werk verricht dan de normale arbeidsduur heeft echter geen aanspraak op een proportioneel hoger minimumloon.
Het minimumloon bedraagt vanaf 23 jaar bruto *f* 2276,30,– per maand.[34] Jongeren hebben slechts aanspraak op een percentage van het minimumloon, oplopend van 30% met 15 jaar tot 85% op 22-jarige leeftijd.[35]

De WMM is van toepassing op thuiswerkers met een arbeidsovereenkomst, maar niet van toepassing op werknemers boven de 65 jaar. Er is een afwijkingsmogelijkheid geschapen om de indiensttreding van werklozen te bevorderen en er zijn afwijkingen mogelijk ten aanzien van gehandicapten (zie par. 4.14) en leerlingen. De WMM is in beginsel alleen van toepassing op werk verricht door personen die in Nederland wonen en wier werkgever in Nederland gevestigd is (art. 4 WMM).[36]
Het wettelijk minimumloon wordt in beginsel tweemaal per jaar aangepast aan de ontwikkeling van het algemene loonniveau en kan eventueel ook om bijzondere redenen verhoogd worden (art. 14 WMM).
Naast instelling van een minimumloon schept de WMM ook een recht op een minimumvakantiebijslag van 8% van het loon (tot een maximum van driemaal het minimumloon). Jaarlijks in juni moet die bijslag ineens betaalbaar worden gesteld voor zover zij tot dan toe is verdiend.

Alle bedingen in iao of cao in strijd met de WMM zijn nietig (art. 19). Daarvoor in de plaats treedt het wettelijk minimumloon.[37] De werknemer zal deze nietigheid zelf moeten inroepen. Want hoewel de WMM nogal eens wordt overtreden[38], heeft de wetgever daar geen strafsancties aan verbonden. Wél werden een paar jaar geleden enkele maatregelen getroffen om de naleving van de wet te bevorderen, zoals een extra boeteregeling bij niet-betaling van het minimumloon (zie par. 4.4), de verplichting tot afgifte van een loonstrookje (zie par. 4.5) en meer overheidscontrole op de naleving van de WMM (zie par. 7.20).

4.14 Beloning gehandicapten

Het recht van de gehandicapte werknemer op een gelijke beloning met de niet-gehandicapte werknemer is door de wetgever erkend. Indien een lagere beloning wordt overeengekomen is dit beding nietig en heeft de

34 Per 1 januari 1998, *Stcrt.* 1997, 194.
35 Art. 8, lid 3 WMM en KB 29 juni 1983, *Stb.* 1983, 300.
36 Vgl. HR 30 mei 1980, *NJ* 1980, 634.
37 Ook 'afstand' doen van het minimumloon is niet toegestaan, vgl. HR 19 december 1986, *NJ* 1987, 320.
38 Vgl. LTD, *De naleving van de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag,* Den Haag 1991.

gehandicapte werknemer recht op dezelfde beloning als gebruikelijk is voor de gezonde werknemer in een gelijk(waardig)e functie.
Is echter de arbeidsprestatie van de gehandicapte beduidend minder, dan kan de uitvoeringsinstelling desgevraagd de loonaanspraak naar rato verminderen. Dit kan zelfs zover gaan dat het loon onder het minimumloon komt. Voor betrokkenen is dat minder pijnlijk dan het lijkt, omdat zij recht zullen hebben op een gedeeltelijke WAO-uitkering (zie par. 14.10).

4.15 Gelijke beloning van mannen en vrouwen

Ook is voorgeschreven dat mannen en vrouwen gelijk worden beloond, te weten in art. 7:646 BW en nader uitgewerkt in de Wet Gelijke Behandeling m/v (art. 7-12).[39] Deze wet legt het beginsel van gelijke beloning niet alleen vast voor 'gelijke arbeid' maar ook voor arbeid van 'gelijke of nagenoeg gelijke waarde' (art. 7). Meer in het bijzonder benadrukt de wet, dat ook functiewaarderingssystemen aan dit beginsel dienstbaar moeten zijn (art. 8).[40] Ook indirecte beloningsdiscriminatie is niet geoorloofd.[41] Ook ongelijke beloning van deeltijdwerkers is onrechtmatig, op basis van art. 7:648 BW en – aangezien nog altijd veel meer vrouwen in deeltijd werken dan mannen – op basis van de gelijk loonbepalingen naar geslacht. Voorts is verboden een ongelijke beloning wegens het enkele feit dat een werknemer gehuwd is.[42]

Bij vermeende ongelijke beloning staat een vordering bij de kantonrechter open. Alvorens zich tot de kantonrechter te wenden kan de betrokkene zich eerst richten tot de Commissie gelijke behandeling, die desgevraagd haar oordeel geeft over een geschil omtrent gelijke beloning (zie par. 7.19).

Op overtreding van de wet staat de civiele sanctie van nietigheid van het loon dat te laag is; daarvoor in de plaats treedt het hogere loon. De vordering wegens ongelijke beloning verjaart na twee jaar (art. 11).[43]

4.16 Pensioen

Tenslotte nog de vraag in hoeverre de werkgever verplicht is voor de

39 Wet van 27 april 1989, *Stb.* 1989, 168.
40 O. Smit-Voskuijl, 'Funktiewaardering als maatstaf bij de WGL', *SMA* 1987, p. 295; A. Veldman, 'Arbeid van gelijke waarde', *Gedrag en Organisatie*, jrg. 1, nr. 6, p. 20; LTD, *Functiewaardering in Nederland*, 's-Gravenhage 1991; C. van den Herik e.a., *SMA* 1993, p. 153.
41 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689 (KLM/Bouma).
42 HR 7 mei 1993, *NJ* 1995, 259 baseert dit op art. 26 IVBPR.
43 Men kan zich afvragen of deze beperking ten opzichte van de normale verjaringstermijn voor loonvorderingen van vijf jaar naar Europees recht wel is geoorloofd.

werknemer een pensioenvoorziening te treffen boven de al bestaande wettelijke sociale zekerheid.[44]
Als arbeidsovereenkomst, cao of een algemeen verbindend verklaard bedrijfspensioenfonds (zie par. 16.2) daartoe verplicht, is het antwoord uiteraard bevestigend.
Is van dat alles geen sprake, dan leert de jurisprudentie van de Hoge Raad, dat 'onder omstandigheden' op de werkgever de plicht rust aan zijn werknemers een pensioen te verzekeren.[45] In de rechtspraak pleegt zo'n verplichting echter pas te worden aangenomen bij werknemers met een zeer langdurig dienstverband.[46]
Rechtsvorderingen met betrekking tot de aanvullende pensioenvoorziening worden beschouwd als vorderingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst en dienen dus bij de kantonrechter te worden ingediend (zie par. 7.13).

4.17 Bezoldiging van ambtenaren

De bezoldiging van ambtenaren[47] berust – in tegenstelling tot de private sector – geheel op een wettelijke grondslag (art. 125 Ambtenarenwet). Voor burgerlijke rijksambtenaren is zij vervat in het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 (BBRA).
Personeel van decentrale overheden wordt bezoldigd op basis van verordeningen die door de provincies, gemeenten en waterschappen zelf worden vastgesteld, maar die inhoudelijk in hoge mate een afspiegeling zijn van de regels die voor rijksambtenaren gelden (zie par. 9.11).
Steeds meer worden echter ook over deze arbeidsvoorwaarden neergelegd in cao's, zoals bijvoorbeeld in de onderwijssector. Deze cao's moeten dan formeel worden vastgelegd in een overheidsbesluit om op het overheidspersoneel van toepassing te kunnen zijn.
Personeel in openbare dienst valt niet onder de WMM, al kennen de ambtelijke salarisschalen wel een corresponderend minimumniveau van bezoldiging. Wel valt het overheidspersoneel onder de Wet Gelijke Behandeling m/v (zie par. 2.12).

Het ambtenarenrecht biedt een bescherming van de bezoldiging van ambtenaren, welke niet onderdoet voor die van de werknemers in de marktsector, ja soms duidelijk gunstiger is, bijvoorbeeld wat betreft de doorbetaling van de bezoldiging in geval van ziekte. De beloningsver-

44 Vgl. E. Lutjens, *Pensioenvoorziening voor werknemers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
45 HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 62, waarbij dan wordt aangenomen, dat dit een natuurlijke verbintenis is volgens artt. 6:3-5 BW; P.J. van Eekeren, 'De totstandkoming van aanvullende pensioenregelingen', *SR* 1989, p. 165; B. Wessels, 'De volksverzekeringen AOW/AWW en natuurlijke verbintenissen', *SMA* 1988, p. 129.
46 Vgl. HR 7 december 1956, *NJ* 1958, 445; HR 15 januari 1971, *NJ* 1971, 187; Th.L.J. Bod, *Pensioen en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn 1979; E. Lutjes & N.O.P. Roché, *Pensioen en overgang van ondernemingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.
47 Vgl. *Korteweg-Wiers*, hoofdstuk 6.

schillen zijn bij de overheid minder groot dan in de marktsector, hetgeen tot gevolg heeft dat vooral bij de personen in hogere overheidsfuncties het gevoel leeft van een achterstand ten opzichte van de salarissen in het bedrijfsleven.

De pensioenvoorziening is voor ambtenaren op dezelfde wijze geregeld als voor gewone werknemers. Het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) is tegenwoordig een particulier pensioenfonds. Wel bestaat er nog een wettelijke pensioenregeling voor militairen, de Algemene Militaire Pensioenwet. Onder het ABP-pensioen vallen overigens ook bepaalde groepen niet-ambtenaren, zoals personen die met de overheid een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht hebben afgesloten, personeel bij het bijzonder onderwijs en in het welzijnswerk.[48]

48 Vgl. *Van Peijpe/Riphagen*, hoofdstuk 3.

5

In het zweet uws aanschijns

Arbeid kan de gezondheid, de veiligheid en het welzijn van de werknemer bedreigen, wanneer deze onder te zware of gevaarlijke omstandigheden moet worden verricht. Sinds het einde van de vorige eeuw heeft de wetgever daarom zowel de arbeidstijden als de overige arbeidsomstandigheden aan beperkingen onderworpen en regelingen getroffen om de gevolgen van ongevallen bij het werk op te vangen.

A Arbeidstijden

5.1 De misstand van de lange arbeidsdagen

Door de industrialisering werden in de vorige eeuw de arbeidsdagen steeds langer. In verband met de lage lonen moesten niet alleen mannen en vrouwen zich voor deze langdurige arbeid beschikbaar stellen, maar ook kinderen. Deze misstand werd aan de kaak gesteld door de arbeidersbeweging, terwijl ook artsen, legeroversten en sommige werkgevers maatregelen noodzakelijk achtten.[1] In heel West-Europa ontstond aldus een brede beweging, die leidde tot een wettelijke regulering van de arbeidstijden.[2]
In Nederland, dat hierin niet voorop liep, kwam pas in 1874 een wet tot stand, die kinderarbeid beneden 12 jaar verbood – een initiatief van het kamerlid Van Houten. In 1887 bracht een parlementaire enquêtecommissie verslag uit van een onderzoek naar de resultaten van deze wet en de toestanden in de industrie, dat schokkende gegevens bevatte.[3] Dit leidde tot de Arbeidswet van 1889, die het verbod van kinderarbeid verscherpte, de werktijden van jongeren tot 16 jaar en van vrouwen regelde en de Arbeidsinspectie instelde.[4]

1 L.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland in de 19e eeuw 1813-1870*, 11e druk, Utrecht: Prisma 1978.
2 B.A. Hepple (ed.) *The Making of Labour Law in Europe*, London/New York 1986, p. 89.
3 J. Giele, *Een kwaad leven, de arbeidsenquête van 1887*, 3 delen, Nijmegen: Link 1981; P.E.M.S. Sassen, 'De arbeidsenquête van 1887', *Bakels-bundel*, p. 239.
4 Over de Arbeidswet en haar geschiedenis: *Frenkel-Jacobs*, hoofdstuk I en de daar aangehaalde literatuur; themanummer *SMA*, oktober 1969; L. Karsten, *De achturen-*

Na enkele beperkte tussentijdse aanscherpingen.[5] werd in 1919 een nieuwe Arbeidswet ingevoerd, waarin voor het eerst ook de arbeidstijd van volwassen mannen werd begrensd. Met deze wet werd de 8-urige werkdag (later 8,5 uur) ingevoerd. Door deze wetgeving is de misstand van de te lange arbeidstijden grotendeels uit ons maatschappelijk leven gebannen, al komen er zo nu en dan nog opzienbarende overtredingen aan het licht.
Om meer flexibiliteit mogelijk te maken werd in 1996 de Arbeidstijdenwet ingevoerd, waarin werkgevers en werknemers in gezamenlijk overleg af mogen wijken van de wettelijke arbeidstijden.[6]

5.2 De systematiek van de Arbeidstijdenwet

De Arbeidstijdenwet geeft met name voorschriften met betrekking tot maximale arbeidstijden, minimale rustpauzes, nacht- en zondagsarbeid. Dit om een overbelasting van de werknemer, die zijn gezondheid kan schaden, te voorkomen. Deze voorschriften hebben een dwingendrechtelijk karakter in die zin dat er niet zonder meer ten nadele van de werknemers van mag worden afgeweken (afwijkingen ten gunste van de werknemers zijn altijd zonder meer toegestaan). Dit type voorschriften noemt men: de standaardregeling.
De werkgever kan echter ten ongunste van de werknemers van die dwingende bepalingen afwijken, wanneer hij dienaangaande overeenstemming heeft bereikt met de vakbond of de ondernemingsraad. Maar de wetgever heeft wel uiterste grenzen aangegeven, waarbinnen die afwijkingen moeten blijven. Dit type voorschriften noemt men: de overlegregeling.
Het is de bedoeling van de wetgever, dat binnen deze marges de betrokkenen de nodige ruimte hebben voor allerlei werktijdenregelingen, zoals ploegendiensten, vol-continudiensten, en dergelijke en men daar niet meer, zoals vroeger, allemaal vergunningen of ontheffingen voor hoeft aan te vragen. Voor bijzondere situaties blijft er dan altijd nog de mogelijkheid voor de minister om vrijstellingen en ontheffingen te verlenen (art. 5:13 en 5:14 Atw).

De Arbeidstijdenwet geldt in beginsel voor alle bedrijven, instellingen en organisaties, zowel in de marktsector, in de non-profitsector als bij de overheid. En ze betreft al het personeel dat daar werkt, hetzij op arbeidsovereenkomst, in ambtelijke aanstelling of in enige andere arbeidsrela-

dag: arbeidstijdverkorting in historisch perspectief, 1817-1919, Amsterdam: IISG 1990; Lex Heerma van Voss, *De doodsklok voor den goeden ouden tijd: de achturendag in de jaren twintig*, Amsterdam: IISG 1994; J. van Drongelen, *De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving*, Zoetermeer 1990.

5 In het BW werd in 1907 zondagsarbeid aan banden gelegd en vrije dagen voor inwonend personeel ingevoerd, in 1911 werd de Arbeidswet al iets aangescherpt.

6 Wet van 23 november 1995, *Stb.* 598; *Kamerstukken* 23 646; A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer: Kluwer 1996; themanummer *SR*, september 1994; W. de Lange, *Configuratie van arbeid*, Thieme 1989.

tie, waarin de werkende 'onder gezag' staat (art. 1:1 Atw). Alleen de arbeidsrelaties van zelfstandigen, zoals de 'opdracht', vallen er buiten. Ook is de wet niet van toepassing bij rampen (art. 2:2), op de verrichtingen van leerlingen of studenten in onderwijsinstellingen (art. 2:3) en niet op bepaalde werkzaamheden van defensie (art. 2:4), politie (art. 2:5) en brandweer (art. 2:6). Bij a.m.v.b. kunnen nog andere uitzonderingen worden gemaakt (art. 2:1 Atw). Daarnaast zijn nog de wettelijke regimes voor de winkeltijden[7] en de vaartijden binnenvaart[8] blijven bestaan, terwijl voor de rest van het vervoer bij a.m.v.b. afwijkende regels kunnen worden gesteld (art. 5:12 Atw).

5.3 De normen van de Arbeidstijdenwet

De Arbeidstijdenwet garandeert in de eerste plaats de werknemer een wekelijkse onafgebroken rusttijd van:
- hetzij minstens 36 uur in een aangesloten periode van 7 x 24 uur;
- hetzij minstens 60 uur in een aangesloten periode van 9 x 24 uur.

Eens in elke periode van vijf achtereenvolgende weken mag die rusttijd tot 32 uren worden bekort (art. 5:3 Atw).
Vervolgens voorziet de Arbeidstijdenwet erin dat de werknemer op zondag geen arbeid verricht, tenzij 'het tegendeel is bedongen en uit de aard van de arbeid voortvloeit.' Ook kan op zondag gewerkt worden 'indien de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken' en daarover overeenstemming is met de belanghebbende werknemers of de werknemersvertegenwoordigers.
Ook verder zijn er nog enkele afwijkingen mogelijk (art. 5:4 Atw), terwijl werknemers die dat in verband met hun godsdienstige opvattingen wensen, recht hebben op een andere wekelijkse rustdag (art. 5:1 Atw).
Dan eist de Arbeidstijdenwet een dagelijkse onafgebroken rusttijd van minstens 11 uur in een aaneengesloten tijdruimte van 24 uur (art. 5:5 Atw).

Vervolgens stelt de Arbeidstijdenwet een plafond aan het aantal uren per dag, waarin arbeid wordt verricht. De maximale arbeidsduur is in de standaardregeling gesteld op 9 uur per dienst, 45 uur per week en gemiddeld 40 uur per 13 weken. In de overlegregeling mag men gaan tot 10 uur per dienst, gemiddeld 50 uur per 4 weken en gemiddeld 45 uur per 13 weken (art. 5:7 Atw).
Bovendien zijn nog afwijkingen toegestaan voor incidenteel en niet-periodiek overwerk (art. 5:9 Atw).

Voorts legt de Arbeidstijdenwet kwantitatieve beperkingen op het werken gedurende de nacht (tussen 00.00 en 06.00) (art. 5:8 Atw) en in bereikbaarheidsdiensten (consignatie) (art. 5:11 Atw). Behalve wanneer

7 Winkeltijdenwet, *Stb.* 1996, 182.
8 Wet vaartijden en bemanningssterkte binnenvaart, *Stb.* 1993, 368.

dat redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd, mag de werkgever de werknemer geen nachtdienst laten doen, wanneer de werknemer daar gezondheidsproblemen mee heeft (art. 4:9 Atw).

Ten slotte bevat de Arbeidstijdenwet een pauzeregeling. De werknemer heeft recht op een rustpauze van 15 minuten wanneer hij meer dan 5,5 uur arbeid per dienst heeft verricht; op een pauze van 30 minuten, als hij meer dan 8 uur dienst heeft verricht, enz. (art. 5:10).

De Arbeidstijdenwet verplicht de werkgever tot een bewuste beleidsvoering met betrekking tot de arbeidstijdpatronen (art. 4:1) en tot tijdige mededeling van veranderingen daarin aan de werknemer (art. 4:2).

5.4 Arbeidsverboden en -beperkingen

Het hiervoor besprokene had betrekking op de werktijden van alle volwassen werknemers. Daarnaast bevat de Arbeidstijdenwet nog bijzondere regels met betrekking tot de arbeid van kinderen (zie par. 2.13), jeugdige werknemers en vrouwelijke werknemers.

Ten behoeve van de jeugdige werknemers (16- en 17-jarigen) is in de eerste plaats voorgeschreven, dat hun werk zodanig moet worden ingericht, dat zij in staat zijn om de voor hen geldende wetgeving betreffende onderwijs (de zgn. partiële leerplicht) te volgen (art. 4:4 Atw).
Voorts gelden voor hen iets strengere voorschriften voor de wekelijkse en dagelijkse onafgebroken rusttijden, de zondag, de maximale arbeidstijd en pauzes, terwijl zij niet in nachtdiensten en consignatie tewerkgesteld mogen worden.[9]

In het kader van het streven naar gelijke behandeling m/v zijn ongelijkheden voor vrouwen en met name het vroeger in de industrie bestaande verbod op nachtarbeid van vrouwen uit de wet geschrapt.[10] Gebleven zijn slechts enkele bijzondere bepalingen omtrent arbeid tijdens zwangerschap en na de bevalling.[11] Zo is het de werkgever verboden om de werkneemster arbeid te laten verrichten gedurende 28 dagen voor de vermoedelijke datum van de bevalling en binnen 42 dagen na de bevalling (art. 4:6). Gedurende de eerdere periode van zwangerschap en gedurende een verdere periode na de bevalling (tot 6 maanden) moet de werkgever de arbeid zodanig inrichten, dat rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van deze werkneemster (art. 4:5 en 4:7 Atw). Dit betekent onder andere meer pauzes, scherpere grenzen aan de arbeidstijden, geen verplichting tot nachtarbeid, en dergelijke. Geduren-

9 Vgl. artt. 5:3, lid 1, 5:4, lid 4, 5:5, lid 1, 5:6, 5:10, 5:11 Atw.
10 Wet van 12 april 1989, *Stb.* 1989, 95; K. Wentholt, 'Nachtarbeid voor mannen en vrouwen: gelijke behandeling?', *SMA* 1985, p. 191.
11 Vgl. W.C. Monster, *Bescherming van het moederschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

de 9 maanden heeft de werkneemster een zgn. zoogrecht met doorbetaling van loon (art. 4:8).

5.5 Sancties en controle – de Arbeidsinspectie

De voorschriften van de Arbeidstijdenwet zijn strafrechtelijk gesanctioneerd via de Wet op de economische delicten (art. 11:3). In beginsel zal bij overtreding van de voorschriften de werkgever worden vervolgd[12], al moet niet uitgesloten worden dat onder omstandigheden ook de werknemer strafbaar is.
De publiekrechtelijke sanctionering (en ook het hierna te bespreken publiekrechtelijke toezicht op de naleving) betreft echter de uiterste grenzen die aan de zgn. overlegregeling gesteld zijn, zelfs als er geen overlegregeling tot stand is gekomen. Voorbeeld: als de werkgever zijn werknemer dagelijks 10 uur laat werken, dan mag dat eigenlijk alleen maar in het kader van een met de werknemersvertegenwoordiging tot stand gebrachte overlegregeling. Anders betreft de arbeidstijd maximaal 9 uur per dag. Zou de werkgever zonder zo'n overlegregeling de werknemer toch 10 uur laten werken, dan overtreedt hij nochtans niet de strafrechtelijk gesanctioneerde maximale werktijd, want strafrechtelijk gesanctioneerd is slechts de grens van 10 uur per dag. De inspecteurs van het ministerie zullen ook niet optreden.
Als de werknemer het met de 10-urige werkdag niet eens is, zal hij langs civielrechtelijke weg de werkgever tot de orde moeten roepen. Het is uiterst twijfelachtig of zoiets in de praktijk vaak zal gebeuren (zie par. 7.9).[13]
Om het toezicht op de naleving van de Atw mogelijk te maken is de werkgever verplicht om een deugdelijke registratie van de arbeids- en rusttijden te voeren (art. 4:3).

Het toezicht op de naleving van de wet wordt uitgeoefend door ambtenaren die onder de Minister van SWZ ressorteren (art. 8:1). Dezen zijn werkzaam bij de dienst van de Arbeidsinspectie.[14]

12 Over de aansprakelijkheid wanneer de werkgever een rechtspersoon is, zie par. 5.17; over de aansprakelijkheid volgens de Arbeidswet 1919 zie J. van Drongelen, *SMA* 1983, p. 620; dez., 'De Arbeidswet 1919 en overmacht', *SMA* 1986, p. 469; Th.W. van Veen, 'Door overmacht gedwongen',in: *Recht als instrument van behoud en verandering* (J.J.M. van der Ven-bundel), Deventer: Kluwer 1972, p. 335; J. van Drongelen, *De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving*, diss. Maastricht, Zoetermeer 1991, p. 547-565.

13 Vgl. A. Bockwinkel, 'Grepen uit de strafrechtspraak over de Arbeidswet 1919', *SMA* 1989, p. 692.

14 J. van Drongelen, *De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving*, diss. Maastricht, Zoetermeer 1991; A.W. Sluiter e.a., *De arbeidsinspectie, doelstelling, taken en werkwijze*, Groningen 1984; A.J.C.M. Geers, *Recht en Humanisering van de arbeid*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 1988, p. 224-245, 280-283; A.J.C.M. Geers, 'De Arbeidsinspectie honderd jaar', *TvA* 1990, p. 4; A.C.J.M. Wilthagen, 'De betekenis van een eeuw Arbeidsinspectie', *SR* 1990, p. 111-116; dez., diss. 1993; zie *Kamerstukken* 21 283 (rapport Algemene Rekenkamer).

De toezichthoudende ambtenaren hebben politionele bevoegdheden, zoals het betreden van plaatsen (art. 8:3), het verlangen van inlichtingen (artt. 8:4-8:5), het stilhouden van vervoermiddelen (art. 8:6) en het geven van een bevel tot staken van de arbeid (art. 8:8).
Daarnaast heeft de Arbeidsinspectie ook bestuurlijke taken (vergunningen en ontheffingen verlenen). In de praktijk legt men ook veel nadruk op het adviseren van werkgevers, opdat deze hun productieproces zo kunnen inrichten, dat dit naar letter en geest voldoet aan de wettelijke voorschriften.
De toezichthoudende ambtenaren zijn verplicht tot geheimhouding van de namen van de personen door wie een klacht is ingediend of aangifte is gedaan van een overtreding (art. 8:10).

5.6 Omvang en spreiding arbeidstijd

De normale arbeidstijd wordt meestal geregeld in de cao (zie par. 4.13). In de Nederlandse bedrijfstakken ligt zij momenteel gemiddeld op ca. 38 uur per week. Het komt echter steeds vaker voor, dat de omvang van de normale arbeidstijd in de individuele arbeidsovereenkomst wordt vastgelegd (deeltijdarbeid!). Hoewel dit al niet mag op grond van de cao of het arbeidscontract is ook nog publiekrechtelijk geregeld dat de werkgever de arbeidstijd niet eenzijdig mag verlagen, als dit effect heeft op de beloning (art. 8 BBA, zie par. 4.10).[15]

De cao regelt vaak ook de omvang en de spreiding van de arbeidstijden over de dag en de week. Als dat gebeurt dan wordt vaak arbeid op andere tijden dan de 'normale arbeidstijd' wél toegestaan, mits er een extra beloning of compensatie in vrije tijd tegenover staat. Maar dat laatste is niet zeker. De laatste tijd worden dergelijke extra's nogal eens ingeruild voor een verkorting van de standaard werkweek.
Voor zover de cao op dit punt geen uitputtende regeling bevat behoeft een concrete werktijdregeling de instemming van de ondernemingsraad (art. 27 WOR; zie par. 11.4).

5.7 Overwerk

Overwerk is zowel publiekrechtelijk als civielrechtelijk geregeld.
Publiekrechtelijk gaat het om de Arbeidstijdenwet. Boven de krachtens die wet aangegeven *maximale* arbeidsduur is het alleen toegestaan werk te laten verrichten binnen de in die wet neergelegde afwijkingsmogelijkheden en -procedures. Is daaraan niet voldaan, dan kan de werknemer alleen al op die grond het overwerk weigeren zonder dat dit formeel de werkgever het recht geeft tot disciplinaire stappen (zie par. 7.3).[16] Wél

15 De toestemming hoeft niet per se van de werknemer te zijn; zij kan ook bij cao zijn verleend, vgl. *Stcrt.* 1985, 118.

16 Alleen een 'verwachte' overschrijding is niet voldoende, vgl. HR 27 januari 1995, *JAR* 1995/50.

mag van de werknemer verwacht worden dat hij deze overwerkweigering zo snel mogelijk aan de werkgever meldt.[17]
Civielrechtelijk is er al sprake van overwerk indien de werktijd uitgaat boven de in de cao of iao vastgelegde *normale* arbeidstijd. Of de werknemer civielrechtelijk verplicht is overwerk te verrichten dient in algemene zin bepaald te worden aan de hand van de tekst van de individuele arbeidsovereenkomst of de cao; anders geldt het gebruik.[18] Maar of in een concrete situatie overwerk verlangd kan worden moet dan ook nog weer eens bezien worden vanuit de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie par. 6.3).[19]
Het enkele feit dat een werkgever krachtens de Atw overwerk mag laten doen zegt dus nog niet zonder meer dat de werknemer ook verplicht is om dat werk te verrichten.

B Vakantie en verlof

5.8 Recht op vakantie en betaald verlof

Het recht op betaalde vakantie werd na de Eerste Wereldoorlog voor het eerst opgenomen in sommige cao's. In 1966 werd dit recht wettelijk vastgelegd: de huidige artikelen 7:634-645 BW.[20] Sindsdien werd het aantal weken waarop de werknemer wettelijk recht heeft op vakantie, nog enkele malen uitgebreid.

Volgens de wet heeft iedere werknemer momenteel jaarlijks recht op ten minste vier weken vakantie per jaar (art. 7:634).[21] In veel cao's is het aantal vakantiedagen nog uitgebreid, soms tot wel vijf of zes weken per jaar, soms ook met extra dagen voor oudere werknemers.
Heeft de dienstbetrekking minder dan een jaar geduurd dan is de vakantie-aanspraak naar evenredigheid korter.

Vakantierechten worden in beginsel slechts verworven over de dagen waarop de werknemer aanspraak heeft op loon. In afwijking van deze hoofdregel worden ook vakantierechten verkregen tijdens enkele gevallen van kort verzuim, tijdens herhalingsoefeningen voor militaire dienst en het vervullen van de partiële leerplicht, tijdens vrijaf voor vakbondswerk of politieke bestuursorganen, tijdens onvrijwillige werkloosheid en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Hetzelfde geldt tijdens ziekte, maar dan slechts over de laatste periode van zes maanden. In de laatste drie

17 HR 6 april 1979, *NJ* 1979, 492; HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 475; J. van Drongelen, 'De verplichting tot het verrichten van overwerk', *SMA* 1983, p. 78.
18 Vgl. HR 8 december 1933, *NJ* 1934, p. 661; HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612.
19 Vgl. HR 18 november 1955, *NJ* 1956, 28; HR 8 juni 1962, *NJ* 1963, 526.
20 A.T.J.M. Jacobs & D.G.M. Mattijsen, 'Het recht op vakantie in het NBW', *SR* 1995, p. 212; G.C. Boot, 'Vakantie en verlof', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 39.
21 Officieel spreekt de wet van 'viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week'.

gevallen vervallen de verworven vakantierechten, indien de dienstbetrekking door de werknemer wordt beëindigd voordat deze de arbeid heeft hervat (art. 7:635 BW).
Wordt de werknemer tijdens de vakantie ziek, dan worden de dagen van ziekte niet als vakantiedagen aangemerkt. Wel kan schriftelijk worden afgesproken dat (gedeelten van) dagen waarop de werknemer wegens ziekte niet werkt, worden vastgesteld als vakantie, zolang hierdoor althans het wettelijke minimum aantal vakantiedagen in stand blijft. Met dit laatste wordt het mogelijk gemaakt de werknemer te 'prikkelen' zich niet te snel ziek te melden (art. 7:637 BW).

De werknemer heeft tijdens de vakantie recht op loon (art. 7:639 BW) en daarnaast ook op een extra vakantieuitkering (zie par. 4.13). Het is niet geoorloofd vakantie-aanspraken te vervangen door een bedrag in geld (art. 7:640 BW). Alleen aan het einde van de dienstbetrekking moeten de nog openstaande vakantiedagen in geld worden vergoed (art. 7:641 BW).[22] Een volgende werkgever moet de werknemer een overeenkomend aantal dagen vakantie zonder behoud van loon verlenen.
De vakantie-aanspraken verjaren twee jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan (art. 7:642 BW).[23]
Daarnaast bestaat een recht op betaald verlof op de dagen genoemd in artikel 7:629b BW (bevalling echtgenote, overlijden huisgenoot e.d.). De meeste cao's breiden deze regeling nog flink uit. Men spreekt wel over 'kort verzuim' (par. 4.9). Soms kent de cao of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde vormen van verlof, die wettelijk gezien slechts onbetaald zijn, wel een gehele of gedeeltelijke betaling toe. Dit ziet men wel bij ouderschapsverlof of bij scholingsverlof.

Uitsluitend werknemers hebben recht op betaalde vakantie en verlof – zelfstandig werkende personen (dus o.a. zij die in 'opdracht' werken) hebben een dergelijk recht niet. Vandaar dat het al dan niet hebben van recht op vakantie in de rechtspraak vaak een aanwijzing oplevert omtrent de aard van de arbeidsrelatie (zie par. 3.2).

5.9 Opnemen van vakantie en snipperdagen

Sommige ondernemingen kennen een jaarlijkse bedrijfsvakantie waarin het gehele bedrijf sluit. Dat is dan geregeld in de cao of in de individuele arbeidsovereenkomst. Een dergelijke regeling behoeft de instemming van de ondernemingsraad, indien aanwezig (art. 27 WOR, zie par. 11.4). Indien een werknemer die pas kort in dienst is, nog niet voldoende vakantierechten heeft verworven, maar door de bedrijfsvakantie niet kan werken, behoudt hij recht op loon op grond van artikel 7:628 BW. Deze vakantiedagen moeten dan later wel 'terugverdiend' worden.

22 De werkgever moet daarvoor de nodige informatie geven, HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 743.

23 Vgl. HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 954 over doorschuiven verjaringstermijn bij niet opgenomen vakantiedagen.

Als er geen bedrijfsvakantie geldt, heeft de werknemer dikwijls veel vrijheid in het opnemen van de aaneengesloten vakantie als ook ten aanzien van de resterende vakantiedagen (snipperdagen). Formeel stelt de wet echter dat de werkgever bevoegd is de vakantietijdstippen vast te stellen, omdat op deze wijze kan worden voorkomen dat bijvoorbeeld iedereen op hetzelfde moment weg is. Hierbij gelden de volgende voorwaarden:

- vaststelling na overleg met de werknemer[24];
- zo tijdig dat de werknemer zich kan voorbereiden;
- minimaal twee weken aaneengesloten en
- deze aaneengesloten periode zoveel mogelijk tussen 30 april en 1 oktober.[25]

Na vaststelling kan de werkgever de vakantietijdstippen alleen nog tegen de zin van de werknemer wijzigen wegens gewichtige redenen (bijvoorbeeld een spoedorder) en onder vergoeding van de schade (bijvoorbeeld de annuleringskosten), artikel 7:638 BW.
De werkgever mag een tijdig en gemotiveerd verzoek tot het opnemen van een snipperdag voor de viering van een godsdienstige feestdag of voor urgente familieomstandigheden niet weigeren, tenzij door de afwezigheid van de betrokken werknemer de gang van zaken in het bedrijf ernstig wordt verstoord.[26] De werknemer mag echter uit het uitblijven van een reactie van de werkgever op zijn verzoek om vakantie niet afleiden dat deze daarmee 'dus' akkoord was.[27] Een werknemer die toch met vakantie gaat al heeft de werkgever dat geweigerd, kan op staande voet ontslagen worden.[28]

5.10 Onbetaald verlof

Buiten de mogelijkheden van betaalde vakantie en verlof opent de wet nog enkele andere rechten op verlof, maar dan wel onbetaald! Zo bestaat er een recht op onbetaald verlof voor het bijwonen – als lid – van vergaderingen van politieke organen (art. 7:643 BW).
Voor ouders van kinderen die nog niet de schoolgaande leeftijd bereikt hebben, bestaat een recht op onbetaald ouderschapsverlof (art. 7:644 BW). Dit mag – naar keuze – door een van beide ouders (of door beide ouders half) worden opgenomen gedurende maximaal zes maanden, waarbij in die periode de werktijd tijdelijk mag worden teruggebracht tot 20 uur per week.[29]

24 Zelfs als er weinig alternatieven zijn, moet er behoorlijk worden overlegd, zie HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 208.
25 Dit zal een belangrijk beletsel zijn om vakantie vast te stellen in een periode waarin de werknemer toch al op non-actief is gesteld, HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 208.
26 HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350; HR 3 november 1961, *NJ* 1962, 192.
27 Vgl. HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 744.
28 HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 651; *JAR* 1995/111; HR 10 november 1995, *NJ* 1996, 125 en *JAR* 1995/272.
29 Wet van 21 november 1990; *Stb.* 1990, 562; W.P.M. Thijssen, 'Ouderschapsverlof, in

Daarnaast vinden we op andere plaatsen in de wet zulke regelingen:
- dat degene die zijn militaire dienstplicht moet vervullen, recht heeft op onbetaald verlof blijkt uit het feit dat de werkgever hem in die periode niet mag ontslaan (art. 7:670 BW; zie par. 8.9). Dit is vooral van belang voor buitenlandse werknemers voor wie nog een dienstplicht bestaat;
- het zwangerschaps- en bevallingsverlof is geregeld doordat de werkneemster in die periode een uitkering op grond van de Ziektewet krijgt, terwijl dan eveneens een ontslagverbod geldt (zie par. 14.7).

Enkele cao's kennen nog uitgebreide rechten op onbetaald verlof. In sommige cao's en in het ambtenarenrecht bestaat een recht op betaald ouderschapsverlof.

5.11 Roostervrije en ATV-dagen

Ten slotte werden gedurende de jaren tachtig in het kader van het streven naar arbeidsduurverkorting de zgn. roostervrije of ATV-dagen ingevoerd. Dat zijn doorgaans enkele dagen per jaar, waarop de werknemer niet hoeft te werken en toch loon krijgt doorbetaald. Zij verschillen in een aantal opzichten van vakantiedagen. Zij kunnen soms door de werkgever worden vastgesteld volgens een rooster of op een of meer dagen tussen feestdagen in. Ook moeten zij vaak in hetzelfde jaar worden opgenomen. Hiervoor gelden de regels die in de cao, of in een interne bedrijfsregeling zijn vastgelegd. Voor het overige kunnen de vakantieregels soms analoog worden toegepast.[30]

Voor zover de werknemer naast de vorengeschetste mogelijkheden nog behoefte heeft aan vrijaf is dat alleen mogelijk op basis van toestemming van de werkgever. De werkgever zal die toestemming echter ook niet zonder enige redelijke grond kunnen weigeren (zie par. 6.2). Daarbij heeft de werknemer voor die dagen geen recht op loon.

Ten slotte: het over vakantie en verlof beschreven recht geldt alleen voor de arbeid in particuliere dienstbetrekking; de overheid valt hier niet onder. In de rechtspositiebesluiten van de overheid vindt men echter vergelijkbare voorzieningen, soms loopt de overheid in deze zaken juist voorop.

het bijzonder m.b.t. de pensioenopbouw', *SR* 1990, p. 45; K. Wentholt, *SR* 1991, p. 3; W.C. Monster & M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 200 e.v.

30 Vgl. Ktg. Tilburg, 21 april 1988, *Prg.* 1989, nr 3099; Ktg. Alkmaar, 20 december 1989, *Prg.* 1990, nr 3238. Wat betreft de relatie met de werkstaking, vgl. par. 10.18. De verkorte verjaringstermijn voor de vakantie geldt echter niet, HR 6 februari 1998, *JAR* 1998/83.

C Arbeidsomstandigheden

5.12 De misstand van slechte arbeidsomstandigheden

Niet alleen waren in de vorige eeuw de arbeidsdagen te lang; ook waren de fabrieken vaak schrijnend onveilig en ongezond. Bedrijfsongevallen waren aan de orde van de dag en de werknemers die dit overkwam verloren dan niet alleen hun gezondheid of zelfs hun leven. Zij, of hun nabestaanden, verloren er ook vaak hun inkomen mee.
Rond de eeuwwisseling heeft de overheid dit onrecht op drie manieren aangepakt:

a. publiekrechtelijk: door het geven van voorschriften omtrent de veiligheid en gezondheid in de Veiligheidswet van 1895 met de mogelijkheid van strafrechtelijke sancties en controle door de Arbeidsinspectie;
b. sociaal-verzekeringsrechtelijk: door het invoeren van de sociale verzekering, te beginnen met de Ongevallenwet 1901, die de werknemers en hun nabestaanden uitkering garandeerde in geval van invaliditeit of dood door een bedrijfsongeval of beroepsziekte;
c. privaatrechtelijk: in 1907 door het geven van een regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever (thans art. 7:658 BW).

Door dit alles is de misstand der slechte arbeidsomstandigheden aanzienlijk teruggedrongen, al is zij nog lang niet verdwenen. Er gebeuren nog jaarlijks tienduizenden bedrijfsongevallen, er zijn nog tal van ziekmakende arbeidsprocessen en ca. 2 miljoen Nederlandse werknemers komen regelmatig op het werk in aanraking met stoffen die schadelijk zijn voor de gezondheid. Een en ander met als gevolg dat jaarlijks vele tienduizenden werknemers voorgoed uit het arbeidsproces verdwijnen en in de arbeidsongeschiktheidsregelingen (zie hoofdstuk 13) terechtkomen.
Vandaar dat de wetgeving met betrekking tot de arbeidsomstandigheden de afgelopen jaren aanzienlijk is verscherpt. Ook in de cao's wordt tegenwoordig meer aandacht besteed aan de arbeidsomstandigheden.[31]

5.13 Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor behoorlijke arbeidsomstandigheden

Op grond van artikel 7:658 BW is de werkgever verplicht om zijn werknemers te laten werken onder omstandigheden die voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden 'schade lijdt'.[32]

31 Vgl. I.A.I.J. Annegarn, 'Arbeidsomstandigheden in cao's', *SMA* 1989, p. 349.
32 A.J.C.M. Geers, *Recht en Humanisering van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1988, p. 146-169; L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1988; T. van Peijpe, 'Aansprakelijkheid voor schade', in: P.F. van der Heijden (red.) *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer: Kluwer 1991, p. 57; L. Bier, 'Civiele aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten', in: A.J.C.M. Geers (red.), *Schets van het arbeidsomstandighedenrecht*, Deventer: Kluwer

Deze bepaling kan echter niet los gezien worden van de sociale verzekering, waaraan de werkgevers verplicht onderworpen zijn (hoofdstuk 13). Die verzekering is er niet voor niets; werkgevers betalen er ook fors premies voor, dus is het logisch dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 BW *slechts een aanvullende functie toekomt*: de grootste lasten van bedrijfsongevallen en beroepsziekten – de hoog oplopende ziektekosten en de langdurige inkomensderving van de werknemer of diens nabestaanden – worden in beginsel gedekt door de sociale verzekering, en de WAO-uitkeringen komen dan ook in mindering op de aanspraken naar burgerlijk recht.
De uitvoeringsinstellingen van de sociale verzekering hebben weliswaar de mogelijkheid verhaal te halen op de werkgever, maar alleen als de arbeidsongeschiktheid van de werknemer te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever[33] (hetgeen praktisch niet voorkomt).

Niettemin kan de werknemer (of kunnen bij overlijden diens nabestaanden[34]) geen genoegen nemen met de voorzieningen van de sociale zekerheid.
Wij zullen nog zien (hoofdstuk 13) dat die sociale zekerheid lang niet altijd doorbetaling van het volle loon garandeert; ook is geen vergoeding van de schade aan de goederen van de arbeider voorzien, noch een compensatie voor verminderde promotiekansen, vermindering van de pensioenvooruitzichten, ontsiering van het lichaam, enz.
En voor dat restant van de aansprakelijkheid bij bedrijfsongevallen en beroepsziekten kan artikel 7:658 BW zijn nut bewijzen. Een belang dat toenam door de verlaging van de uitkeringsrechten in de laatste jaren.

Het uitgangspunt van artikel 7:658 BW houdt de aansprakelijkheid van de werkgever wel binnen de perken. Van hem wordt slechts verlangd dat hij de genoemde verplichtingen is nagekomen. Hij is dus niet voor ieder bedrijfsongeval en voor elke beroepsziekte aansprakelijk te stellen. Er is geen aansprakelijkheid als de werkgever niet is tekortgeschoten.[35] Kortom, er is sprake van een schuldaansprakelijkheid, niet van risicoaansprakelijkheid.
Er zijn echter steeds meer stemmen opgegaan om de werkgever wel een risicoaansprakelijkheid op te leggen.[36] En hoewel de wetgever niet zover heeft willen gaan, is er toch wel een ontwikkeling in die richting te onderkennen. Zo ligt de bewijslast op het nakomen van die verplichtingen tegenwoordig op de werkgever. En ook de rechtspraak is vrij streng. Zo beschouwt de Hoge Raad het feit dat er capabel toezichthoudend en

1991, p. 145; G.C. Boot, 'Veiligheid', in P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 61.

33 Vgl. art. 91 WAO, 52/52b ZW en 83a en 83c ZFW; vgl. HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 1032; HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 596.

34 Zij kunnen ageren op grond van art. 6:108-109 BW.

35 HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 20; HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687; HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137.

36 Vgl. J.A. Bijker, 'Risico-aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen?', *SMA* 1989, p. 561.

leidinggevend personeel was aangesteld niet zonder meer voldoende ter verontschuldiging.[37] Evenmin het feit dat er veiligheidsinstructies zijn gegeven – de werkgever moet er immers rekening mee houden dat een dagelijkse omgang met een machine de gebruiker er nogal eens toe brengt om niet alle voorzichtigheid in acht te nemen.[38]

Dat laatste brengt ons op het ervaringsfeit dat het bij menig bedrijfsongeval en beroepsziekte niet alleen de werkgever is, die iets te verwijten valt, maar ook de werknemer zelf – hij is onvoorzichtig geweest, heeft, tegen de voorschriften in, een kraan opengezet, of wat dan ook.
Ook kan de werkgever aansprakelijk zijn indien, ofschoon hijzelf wel voldoende zorg ontplooid heeft, de collega-werknemers of ingeschakelde hulppersonen[39] nalatig zijn geweest. In dat soort gevallen kan de werkgever wel proberen verhaal te halen op die nalatige werknemers (zie par. 6.13)[40] maar dat zal alleen slagen als hen opzet of bewuste roekeloosheid verweten kan worden. Ook kan hij verhaal zoeken op ingeschakelde hulppersonen.

De werkgever gaat volgens de wet vrijuit als de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld.[41] Heeft de werknemer een lichtere vorm van medeschuld, dan is de werkgever aansprakelijk voor de gehele schade en dus niet slechts voor een deel.[42]

Al deze rechtspraak weerspiegelt het toenemend besef dat in het dagelijks werk het maken van fouten door de werknemer nu eenmaal onvermijdelijk is en de werkgever zich maar tegen de gevolgen daarvan moet verzekeren.[43]
In zoverre is een verschuiving in de richting van risicoaansprakelijkheid begrijpelijk. Op meer problemen stuit die ontwikkeling echter waar het gaat om 'sluipende schade' – de werknemer wiens gezondheid langzamerhand achteruit is gegaan door jarenlange ongezonde arbeid. Hieromtrent is het recht nog niet uitgekristalliseerd.[44] We weten al wel dat een werkgever wiens werknemer pas na vele jaren een ernstige ziekte krijgt als gevolg van het werken met asbest, niet vrijuit gaat, wanneer hij

37 HR 15 oktober 1982, *NJ* 1984, 21.
38 HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245.
39 HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420; HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687.
40 Rb. Den Bosch 3 maart 1989, *Prg.* 1989, nr. 3047.
41 Het criterium sluit aan bij art. 6:170, lid 3 en 7:661 BW, zie par. 6.13.
42 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948; L.J. Fillet, 'Geen dikke bult bij eigen schuld ex art. 1638x BW', *SMA* 1987, p. 170.
43 Ingeval de arbeider schade heeft geleden door een gebrekkig produkt, afkomstig van een ander dan zijn werkgever, kan ook de fabrikant van dat produkt aansprakelijk worden gesteld, vgl. G. Snijders, 'Produktenaansprakelijkheid in het arbeidsrecht', *SR* 1987, p. 325.
44 Vgl. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573; J. Spier, *Sluipende Schade*, Deventer: Kluwer 1990; E.H. Hulst, 'Art. 7.10 4.2. NBW verbetert de positie van de getroffen werknemer', *SMA* 1990, p. 701.

destijds onvoldoende maatregelen heeft genomen tegen toen al wel bekende gevaren van dit materiaal.[45]

Ook de bepaling van de omvang van de schade levert nog vaak problemen op. Hoe groot is bijvoorbeeld de schade van een asbestoseslachtoffer? De rechtspraak haalt dit kardinale probleem slechts stukje bij beetje uit de mist, bijvoorbeeld door een arrest waarin werd uitgesproken dat ook de schade, die is ontstaan doordat een werknemer met zijn arbeid een ouder plicht te onderhouden, meegeteld mag worden.[46]

De uitzendkracht die een bedrijfsongeval overkomt, kan zowel het uitzendbureau als het inlenend bedrijf (eveneens bij de kantonrechter) aansprakelijk stellen: dit laatste blijkt uit het vierde lid van art. 7:658 BW, waarop ook een stagiair zich zal kunnen beroepen.[47]

Kortom, artikel 7:658 BW heeft de afgelopen jaren in Nederland een waar 'lawyers' paradise' geschapen, in tegenstelling tot de situatie in de ons omringende landen, waar de werkgevers doorgaans een veel grotere wettelijke 'immuniteit' tegen dit soort aansprakelijkheid genieten.[48]

5.14 Publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor behoorlijke arbeidsomstandigheden

Publiekrechtelijke bemoeienis met de veiligheid en gezondheid van de werknemers in de industrie nam de overheid voor het eerst op zich in de Veiligheidswetten van 1895 en 1934 en daarop gebaseerde gedetailleerde Veiligheidsbesluiten.[49] Deze wetgeving werd later gemoderniseerd, onder andere onder invloed van nieuwe normen van de IAO en de EG (zie hoofdstuk 19).[50] Sinds 1980 vindt de verdere ontwikkeling van deze gedetailleerde voorschriften plaats op basis van de Arbeidsomstandighedenwet (vaak kortweg Arbowet genoemd).[51] De uitvoeringsbesluiten zijn thans samengevat in het zogenaamde Arbobesluit (op basis van art. 24 Arbowet).

45 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686; A.J.C.M. Geers, 'Hoge Raad opnieuw op de bres voor asbest-slachtoffer', *SR* 1993, p. 159; S. Klosse, *NJB* 1993, p. 1608-1613.

46 HR 23 september 1994, *NJ* 1995, 127.

47 Vgl. HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716; zie K. Fester-Hoff, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen overkomen aan flexibele arbeidskrachten', *SMA* 1996, p. 87.

48 Vgl. J.-L Fagnart, 'Les immunités dans l'entreprise', in P. v.d. Vorst (éd.), *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles 1986, p. 211.

49 Vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 56.

50 G.J.J. Heerma van Voss, 'Van onmondige arbeider tot calculerende burger. Het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht 1946-1996' in V.A.-bundel, p. 141-154.

51 A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1988; A.J.C.M. Geers (red.), *Schets van het Arbeidsomstandighedenrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

5.15 De normen van de Arbeidsomstandighedenwet

In de Arbeidsomstandighedenwet worden veiligheid, gezondheid en welzijn op de arbeidsplaats gezien als een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van alle betrokkenen: werkgever, werknemers, bedrijfsartsen, veiligheidsdeskundigen, overheidsinstanties, enz. De wet legt werkgever en werknemers dan ook de verplichting op om samen te werken in de zorg voor veiligheid, gezondheid en welzijn binnen de onderneming (art. 13) en geeft daartoe een aantal rechten aan de ondernemingsraad (art. 14).[52] Ook wordt het werkoverleg op dit onderwerp gericht (art. 16).
De werkgever is ook verplicht om 'arbo-beleid te voeren'. Hij moet daarvoor:

- eigener beweging de arbeid aanpassen aan de ontwikkelingen in wetenschap en techniek (art. 3);
- risico's inventariseren en evalueren (art. 4);
- jaarplannen maken (art. 4);
- een ziekteverzuimbeleid voeren (art. 4a);
- regelmatig rapporteren (artt. 5 en 10);
- zijn werknemers voorlichten en onderricht verschaffen over alle arbo-aspecten van hun taken (art. 6);
- ongevallen en beroepsziekten registreren en melden (art. 9);
- werknemers in de gelegenheid stellen periodiek gezondheidskundig onderzoek te ondergaan (artt. 24a-25).

De werkgever heeft dus onder de Arbowet een actieve zorgplicht. Hij mag niet wachten op aanmaningen van de Arbeidsinspectie (zie par. 5.16).

Bovendien is in de Arbowet 'welzijn' een beschermenswaardig belang geworden, naast 'veiligheid' en 'gezondheid'. De werkgever wordt een reeks beginselen voorgehouden, welke hij bij de organisatie van de arbeid in acht moet nemen, zoals:

- monotoon werk vermijden;
- rekening houden met de eigenschappen van iedere werknemer bij de taakverdeling;
- de werknemer de mogelijkheid geven om het werk naar eigen goeddunken te organiseren, contact te hebben met andere werknemers en zich op de hoogte te stellen van het doel en de resultaten van zijn werk (art. 3);
- voorkomen en bestrijden van seksuele intimidatie.[53]

Op de werknemer legt de Arbowet een algemene verplichting om de nodige voorzichtigheid in acht te nemen om gevaren te vermijden voor hemzelf en voor zijn collega's (art. 12) en om alle voorschriften en verboden in acht te nemen, die uit de wet voortvloeien. Dit betekent onder

52 Vgl. M. Bosma, 'Mensloos of menswaardig; ECT in Rotterdam', *Praktijkblad voor medezeggenschap*, juni 1991, p. 22.
53 Wet van 29 juni 1994, *Stb.* 586.

meer: veiligheidsmiddelen toepassen, machines naar behoren gebruiken, gevaren melden bij de leiding en scholing volgen.
(Groepen van) werknemers kunnen worden verplicht om een geneeskundig onderzoek te ondergaan. Als uit zo'n onderzoek blijkt dat de werknemer voor het verrichten van een bepaald werk medisch niet geschikt is, kan besloten worden dat de werknemer dit werk niet mag verrichten (art. 25).
Tezelfdertijd heeft de Arbowet ook het recht van de werknemer erkend om het werk te onderbreken in geval van acuut gevaar voor hemzelf of zijn collega's (art. 38 jo. 37, lid 1).

Voorts verplicht de Arbeidsomstandighedenwet de werkgever om zich te voorzien van deskundige bijstand. Deze kan worden verleend door één of meer deskundige werknemers en/of door andere deskundige personen. Deze deskundigheid heeft betrekking op medische, veiligheids- en welzijnsaspecten. Voor bepaalde taken moet de deskundigheid georganiseerd zijn in de vorm van een dienst, hetzij binnen hetzij buiten het bedrijf, de zgn. Arbo-dienst. Het laatste is vooral van belang voor kleinere ondernemingen. Zij kunnen zich aansluiten bij bijvoorbeeld een regionale Arbo-dienst. Elke dienst dient te beschikken over een certificaat van een door de minister aangewezen instelling. Op deze wijze wordt toezicht gehouden op de kwaliteit van de deskundigheid (art. 17-21a en 31a Arbowet).

De deskundige bijstand heeft onder meer betrekking op:
- het opstellen van de risico-inventarisatie en -evaluatie;
- begeleiding bij ziekteverzuim;
- het uitvoeren van arbeidsgezondheidskundig onderzoek;
- adviseren en samenwerken met de werkgever, werknemers en ondernemingsraad over arbeidsomstandighedenbeleid en het meewerken aan de uitvoering daarvan;
- het houden van een arbeidsgezondheidskundig spreekuur.

De werknemers die op deze basis deskundige bijstand verlenen (bijv. de bedrijfsarts) genieten een aanzienlijke onafhankelijkheid en een bijzondere ontslagbescherming (par. 8.10).
Daarnaast dient de werkgever één of meer werknemers aan te wijzen als bedrijfshulpverleners, na overleg met de ondernemingsraad of de belanghebbende werknemers. Deze moeten zorgen voor eerste hulp bij ongevallen, brandbestrijding, evacuatie in noodsituaties etc. Zij moeten beschikken over de nodige deskundigheid, ervaring en uitrusting. Een kleine werkgever (met maximaal 15 werknemers) behoeft geen bedrijfshulpverlener aan te wijzen indien hij deze taken zelf kan vervullen (art. 22 en 23b Arbowet).

5.16 De werkingssfeer van de Arbeidsomstandighedenwet

De Arbeidsomstandighedenwet heeft een zeer ruime werkingssfeer en

omvat alle arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst, een publiekrechtelijke aanstelling of onder gezag van een ander (waaronder dus ook de uitzendkrachten). In bepaalde gevallen kan de wet ook van toepassing worden verklaard op zelfstandigen en derden (art. 27 en 28). Ook het thuiswerk is onder de Arbowet gebracht.[54]
Ook de overheid valt onder de Arbowet, waaronder de terreinen van onderwijs[55] en zelfs defensie.[56] Ook de mijnbouw zal ondern het toepassingsgebied van de Arbowet worden gebracht, hoewel men op dit terrein aanvankelijk de voorkeur gaf aan het in stand houden van de bestaande, specifieke wetgeving, de Mijnwet en de Mijnwet Continentaal Plat (art. 2, lid 6 Arbowet). Kerncentrales blijven vallen onder de Wet op de Kernenergie.
Ten slotte zij vermeld dat naast de Arbeidsomstandighedenwet nog een aantal meer algemene wetten is blijven voortbestaan, die ook hun betekenis hebben voor veiligheid, gezondheid en welzijn op de werkplaats, met name waar zij eisen stellen aan machines en gevaarlijke stoffen.[57]

5.17 Controle en sancties

Op de naleving van de Arbeidsomstandighedenwet wordt toegezien door ambtenaren, daartoe aangewezen door de minister. Deze ambtenaren werken bij de Arbeidsinspectie (zie par. 5.5). Door de opzet van de wet, waarin de medezeggenschap vooropstaat, laat de Arbeidsinspectie het in eerste aanleg aan de werkgever en de ondernemingsraad over om het onderling eens te worden over het arbo-beleid. Pas als dat niet lukt kan de ondernemingsraad een verzoek om wetstoepassing tot de Arbeidsinspectie richten (art. 40 Arbowet). Maar dit gebeurt in de praktijk nauwelijks.
In feite verschijnt de Arbeidsinspectie ten tonele, wanneer er ernstige ongelukken zijn gebeurd of in het kader van routinematige inspecties. Deze dienst van nog geen 1000 ambtenaren kan de meer dan 300.000 Nederlandse ondernemingen slechts zelden met een bezoek vereren![58]

Wanneer de Arbeidsinspectie overtredingen waarneemt, pleegt zij daarvan in de eerste plaats proces-verbaal op te maken. Daarnaast kan zij:
- bij overtreding van de vage normen van de Arbowet na voorafgaand overleg een 'aanwijzing' aan werkgever of werknemer tot naleving van de wet geven (art. 35 Arbowet);

54 Wet van 14 februari 1994, *Stb.* 1994, 156; *Stb.* 1994, 685.
55 H.J. van Zwam, *Arbeidsomstandighedenwet voor het onderwijs*, Deventer 1992.
56 Uiteraard met tal van uitzonderingen, waaronder een algehele tijdens oorlog; ook politie en brandweer vallen erbuiten, vgl. *Korteweg-Wiers*, p. 75-78.
57 De Stoomwet, de Bestrijdingsmiddelenwet, de Kernenergiewet, de Wet inzake gevaarlijke werktuigen en de Wet gevaarlijke stoffen, zie *Frenkel/Jacobs*, p. 79-85.
58 Vgl. A.C.J.M. Wilthagen, *Het overheidstoezicht op de arbeidsomstandigheden, een onderzoek naar het functioneren van de Arbeidsinspectie*, diss. Amsterdam, Groningen: Wolters Noordhoff 1993.

- bij overtreding van de concrete voorschriften krachtens de artikelen 2 en 24 Arbowet een 'eis tot naleving' stellen (art. 36 Arbowet);
- in zeer ernstige gevallen een 'bevel tot stillegging van het werk' geven of het verbod opleggen om in bepaalde ruimten te verblijven.[59] Dit bevel geldt maximaal een week, maar kan voor langere tijd gelden als de president van de rechtbank het bekrachtigt (art. 37 Arbowet).

Tegen een aantal van deze maatregelen staat beroep open op de minister. Werknemers kunnen in het algemeen slechts via medezeggenschapsorganen of gezamenlijk in beroep. De individuele werknemer heeft wel het recht bij de Arbeidsinspectie een klacht in te dienen met betrekking tot de naleving van de wetgeving, maar heeft geen beroepsmogelijkheid indien dit niet leidt tot een onderzoek. Wel kan hij uiteraard in een civiele procedure op basis van 'goed werkgeverschap' eisen dat de werkgever de verplichtingen op grond van de Arbowet naleeft (zie par. 6.2).[60]

Overtredingen van de Arbowet zijn in het algemeen strafbaar op grond van de Wet op de economische delicten (art. 57 Arbowet jo. art. 1 onder 4o WED).[61] De strafrechtelijke aansprakelijkheid kan ook de rechtspersoon gelden. Bovendien kunnen op grond van artikel 51 Wetboek van Strafrecht ook degenen vervolgd worden, die bij het strafbare feit de leiding hebben gehad of daartoe het bevel hebben gegeven.[62] Ook werknemers zijn strafrechtelijk aansprakelijk, indien zij hun verplichtingen krachtens de Arbowet niet nagekomen zijn (art. 12 Arbowet jo. art. 1 onder 4o WED).
Toch moet men van deze strafrechtelijke aansprakelijkheid geen al te hoge verwachtingen hebben. Het strafrecht erkent de mogelijkheid om zich te beroepen op overmacht of afwezigheid van alle schuld.[63] Bewijslevering is moeilijk en de opgelegde straffen zijn zelden hoog te noemen.

59 J. van Drongelen, 'De Arbeidswet 1919 en het bevel tot stillegging van werk', *SMA* 1987, p. 469.

60 A.J.H. van Lynden, 'De individuele werknemer in het arbeidsomstandighedenrecht', *SMA* 1984, p. 496; A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1988.

61 J.G.M. Arnold, Arbeidsomstandighedenwet en strafbaarheid van overtreding van Veiligheidsbesluiten, *SMA* 1985, p. 594; A. Mulder & D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

62 R.A.A. Duk, 'Geen ijzerdraad aan vast te knopen?', *SEW* 1986, p. 673; HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 en 322.

63 J. van Drongelen, *De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving*, diss. Maastricht, Zoetermeer 1991, p. 552-566.

6

Een goede baas, een goede knecht

Correcte loonbetaling en een minimumniveau wat betreft beloning, arbeidstijden, vakantie en arbeidsomstandigheden zijn de belangrijkste, door de wetgever gedetailleerd geregelde aspecten van de arbeidsrelatie. Maar heeft de werknemer nog verdere rechten? En welke verplichtingen staan daar tegenover?

6.1 De goede werkgever en de goede werknemer

Wij betreden nu een gebied waar de wettelijke regels veel minder duidelijk zijn. Hier geeft de wet vooral algemene uitgangspunten aangaande de verwachtingen die werkgever en werknemer van elkaar mogen hebben: de werkgever en de werknemer zijn verplicht zich te gedragen als een goed werkgever en een goed werknemer (art. 7:611 BW).[1]
Daarnaast is bepaald dat de werknemer zich heeft te houden aan de voorschriften van de werkgever, maar die moeten binnen de grenzen blijven van algemeen verbindende voorschriften en overeenkomsten (art. 7:660 BW).

Men zou deze artikelen 'kapstokartikelen' kunnen noemen. Alle kwesties die over de uitvoering van een arbeidscontract kunnen rijzen, kunnen in laatste instantie aan deze uitgangspunten worden opgehangen.
De normen van deze wetsartikelen komen nu eens gezamenlijk, dan weer afwisselend aan de orde. Wanneer een werknemer tegen zijn zin wordt overgeplaatst, zal de werkgever stellen dat dit valt binnen zijn bevoegdheid om aanwijzingen te geven en dat een 'goed werknemer' hieraan behoort mee te werken. De werknemer zal op zijn beurt beweren dat een 'goed werkgever' dit niet van hem mag vragen en dat het buiten het overeengekomene valt. Toch wordt het begrip 'goed werkgever' het meest bediscussieerd, omdat nu eenmaal de werkgever het vaakst wordt aangesproken op zijn doen en laten.

De beide artikelen zijn te beschouwen als de arbeidsrechtelijke vertaling

1 In het ambtenarenrecht spreekt men van een 'goed ambtenaar' (art. 50 ARAR).

van de algemene eis van redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van overeenkomsten (artt. 6:2 en 2:648 BW). De arbeidsrechtelijke terminologie maakt dat de rechter zich kan spiegelen aan wat onder werkgevers en werknemers in het algemeen als behoorlijk wordt gezien. Beide artikelen werden jarenlang met veel terughoudendheid toegepast,[2] maar tegenwoordig wordt vooral artikel 7:611 BW in toenemende mate ingeroepen als aanvullende bron van werkgeversverplichtingen.[3]

6.2 De eerste functie van goed werkgever-/werknemerschap: de schakelfunctie

Een eerste belangrijke toepassingsfunctie van de eis van 'goed werkgever-' en 'goed werknemerschap' ligt in hun schakelfunctie.
Deze normen worden in de rechtspraktijk veelvuldig benut om grondrechten (zie par. 1.7 en 6.4) en internationale bepalingen (zie par. 19.8) in de arbeidsovereenkomst te laten doorwerken. Zoals we al gezien hebben (par. 1.7) en nog zullen zien (par. 19.8) is de rechtstreekse doorwerking van die normen in de rechtsverhoudingen tussen de burgers onderling (de zgn. horizontale werking) vaak problematisch. Via artikel 7:611 BW kan de werknemer een beroep doen op de doorwerking van dergelijke normen in de arbeidsrelatie.[4] En dat is gewenst, omdat de arbeidsverhouding in belangrijke mate het leven van de werknemer bepaalt.[5]

Voorbeeld: de laatste jaren staat regelmatig ter discussie in hoeverre de werkgever zich mag bemoeien met de persoonlijke levenssfeer van de werknemer – het recht op privacy, dat als grondrecht erkend is in de Grondwet (art. 10), het EVRM (art. 8), het IVBPR (art. 17), etc. Weliswaar regelt de Wet op de Persoonsregistratie inmiddels het beheer van de personeelsdossiers, maar er speelt op dit gebied veel meer, waarover geen precieze regels bestaan: hoe ver mag de werkgever gaan in de controle van de werknemer, bijvoorbeeld door camera's en computersystemen?[6] Omstreden is ook of de werkgever werknemers mag testen op

2 Vgl. W.C.L. van der Grinten, De goede werkgever en de goede werknemer, *Hedendaags Arbeidsrecht* (Levenbach-bundel), Alphen aan den Rijn 1966, p. 134.

3 M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *SMA* 1982, p. 498; R.C. Gisolf, 'De goede werkgever', in: *Arbeid in Kort Geding* (Burgerhoff Mulder-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 33; R.C. Gisolf, *Ander Werk*, Arnhem: Gouda Quint 1984; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993; dez., 'Goed werkgeverschap en goed werknemerschap', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 25.

4 L.F.M. Verheij, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

5 P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer: Kluwer 1988.

6 Hof Den Bosch 2 juli 1987, *NJ* 1987, 451; R. Caspers, Informatiebehoefte van werkgevers en privacy van werknemers, *SR* 1992, p. 240; P.F. van der Heijden (red.), *Privacy op de werkplek*, Den Haag 1992. In art. 27 WOR is wel voorzien in een instemmings-

gebruik van alcohol en drugs.[7] Dergelijke vragen kunnen aan de rechter worden voorgelegd via een beroep op artikel 7:611 BW.

Ander voorbeeld: in hoeverre moet de werkgever de gewetensbezwaren van werknemers tegen bepaalde werkzaamheden respecteren? Mag een drukkerij van een pacifistische werknemer verwachten dat hij ook meewerkt aan de productie van een wapentijdschrift?[8] Via het ontslagrecht is daar inmiddels al een voorziening voor getroffen (zie par. 8.18), maar partijen hoeven het zover niet te laten komen. De werknemer kan ook, met een beroep op het grondrecht van gewetensvrijheid, dat via artikel 7:611 BW in zijn arbeidsovereenkomst kan doorwerken, een aanpassing van de arbeid vorderen.[9]
Met betrekking tot een tweetal andere grondrechten (het verbod van discriminatie, zie par. 6.5 en het recht op arbeid, zie par. 6.6) wordt dit hierna nog verder uitgewerkt.

Die schakelfunctie kan artikel 7:611 BW ook vervullen, wanneer men de doorwerking wil bereiken van minder formele rechtsbronnen, zoals gedragscodes, uitspraken van klachtinstanties, de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid[10], etc.
Ook kunnen via deze bepalingen wetten doorwerking krijgen in de individuele arbeidsverhouding die geen daarop gericht handhavingssysteem hebben (zoals de Arbeidsomstandighedenwet),[11] of geen eigen sancties (zoals de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen).

Voorbeeld: de werknemer moet thuiswerk verrichten op een werkplek die niet voldoet aan de eisen van de Arbeidsomstandighedenwet. Hij kan dan in een civiele procedure schadevergoeding vorderen, zich baserend op de stelling dat een 'goed werkgever' ex artikel 7:611 BW gehouden is de werkplek in te richten naar de wettelijke Arbo-eisen.
Ander voorbeeld: de werkneemster kan op basis van deze artikelen bij de civiele rechter vorderingen instellen met betrekking tot een betere bescherming tegen seksuele intimidatie in de werksfeer.[12]

recht van de ondernemingsraad.

7 A.J.C.M. Geers & J.K.M. Gevers, 'Het alcohol- en drugsbeleid in ondernemingen', *NJB* 1992, p. 186; J.H.J. Terstegge, 'Het testen van werknemers op alcohol en drugs', *SR* 1993, p. 160.

8 Ktg. Maastricht 23 mei 1984, *NJ* 1985, 228.

9 *Kamerstukken* 22 392. Vgl. J. Zwennis, 'Werknemers en gewetensbezwaren', *SMA* 1985, p. 273; dez., 'Gewetensbezwaarde werknemer', *NJCM-Bulletin* 1985, p. 319; Stichting van de Arbeid, *Gewetensbezwaren in arbeidsrelaties*, nr. 3/90, 's-Gravenhage 1990; SER, *Advies Gewetensbezwaren in dienstbetrekking*, nr. 90/10, 's-Gravenhage 1990; B.P. Vermeulen, *SR* 1990, p. 207; J. Bijker, 'Gewetensbezwaren in de dienstbetrekking', *SR* 1992, p. 41; vgl. ook het rapport 'De ambtenaar met gewetensbezwaren', bijlage bij *Kamerstukken* 18 100 VII, nr. 36; voorts M.A.P. Bovens, *Beleid en Maatschappij* 1987, p. 87; B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Goude Quint 1989.

10 Vgl. M.A.C. de Wit, *Aanbevolen Arbeidsrecht*, 's-Gravenhage: Sdu 1995.

11 Vgl. Pres. Rb. Breda 9 december 1985, *KG* 1986, 28.

12 I. de Vries e.a., *Ongewenste intimiteiten, gewenste rechten*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1990; Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen inzake het voorkomen en bestrijden van*

6.3 De tweede functie van goed werkgever-/werknemerschap: het scheppen van nieuw recht

Vooral door het benutten van die eerste functie komt men snel bij de tweede functie van de beginselen van goed werkgever-/werknemerschap: de mogelijkheid voor de rechter tot ontwikkeling van nieuw recht. Juist het vage, open karakter van deze normen biedt de rechter de kans nieuw recht te ontwikkelen, waarvoor (nog) geen precieze rechtsregels bestaan. Om enkele voorbeelden te noemen:

- inschaling/beloning (par. 4.12);
- de verplichting om overwerk te verrichten (par. 5.7);
- in bepaalde mate erkennen van een recht op tewerkstelling (zie par. 6.6), dat de afgelopen jaren van belang is gebleken voor werknemers met flexibele arbeidsrelaties, zoals oproepkrachten en thuiswerkers;[13]
- het onder omstandigheden erkennen van een recht van de werknemer om van zijn werkgever de aanvaarding van een vermindering in arbeidstijd te verlangen, bijvoorbeeld ten behoeve van de zorg voor kinderen (zie par. 6.19)[14];
- de mate waarin de werkgever van de werknemer de aanvaarding van wijzigingen in zijn arbeidssituatie kan verlangen (zie par. 6.9);
- de mate waarin de werkgever zich mag bemoeien met nevenactiviteiten van de werknemer (zie par. 6.11);
- het opleggen van disciplinaire maatregelen (par. 7.13).

Telkens komen weer nieuwe onderwerpen naar voren, zoals recentelijk het aanbieden van 'outplacement' aan overtollige werknemers[15] en de zorg voor oudere werknemers.[16] Met als gevolg dat de kapstok van artikel 7:611 BW alsmaar voller komt te hangen.
Af en toe gaat er wel eens iets van die kapstok af, namelijk wanneer de wetgever een in het kader van artikel 7:611 BW uitgekristalliseerde norm in de wetgeving overneemt. Een voorbeeld daarvan is de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door de fouten van de werknemer (zie par. 6.14).
Een ander voorbeeld: de ongelijke behandeling van deeltijd- en voltijdwerknemers, die nu is geregeld in art. 7:648 BW.

Vaak is het echter een bewuste keuze van de wetgever om van concrete wettelijke regelingen af te zien, omdat de rechter zeer wel in staat wordt geacht om aan de behoeften van de praktijk tegemoet te komen via

ongewenste intimiteiten, nr 7/90, 's-Gravenhage 1990; SER, *Advies Bestrijding seksuele intimidatie op de werkplek*, nr 91/4, 's-Gravenhage 1991.

13 Vgl. voor oproepkrachten HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264; voor thuiswerkers HR 27 juni 1958, *NJ* 1958, 457.

14 K. Wentholt, *Arbeid en Zorg*, Amsterdam 1990; M.M. Olbers, Recht op een deeltijdbetrekking in verband met zorgtaken voor kinderen, *SR* 1992, p. 332; Uhlenbroek in *AR* 1994/58.

15 Vgl. P.A.M. Witteveen, 'Outplacement en de positie van de werknemer', *SR* 1989, p. 72.

16 W. Plessen, 'De oudere werknemer, geen wegwerpartikel', *NJB* 1993, p. 597.

artikel 7:611 BW. Deze uitvlucht heeft echter bedenkelijke kanten, omdat de uitkomst van zo'n rechterlijke procedure dan minder voorspelbaar is. Werkgevers kunnen er dan op speculeren dat werknemers niet durven te procederen tijdens de dienstbetrekking (zie par. 7.9).

6.4 De derde functie van goed werkgeverschap: het toetsingskader

De uitkomst kan ook variëren afhankelijk van de vraag hoe ver de rechter wil treden in de vrijheid van de ondernemer. Hoewel de norm van goed werkgeverschap is onderworpen aan volle toetsing, moet de rechter daarbij volgens de rechtspraak ook rekening houden met de beoordelingsvrijheid die de werkgever, gezien de aard van zijn bedrijf en de daarin te verrichten werkzaamheden, ten aanzien van de organisatie en inrichting van die werkzaamheden toekomt'.[17]
Om die reden is het ook van belang dat de rechter besluiten van werkgevers ook kan toetsen aan procedurele normen, zoals zorgvuldigheid bij de afweging van de belangen, motivering en het toepassen van hoor en wederhoor. De literatuur probeert de rechter in deze toetsing een handje te helpen, bijvoorbeeld door de formulering van 'beginselen van goed werkgeverschap'.[18] Ook de werknemer kan als goed werknemer aan zulke beginselen worden gehouden, zoals het waarmaken van gewekt vertrouwen of het zich zorgvuldig gedragen en respecteren van de belangen van de werkgever en diens klanten en van collega's.[19]

6.5 Discriminatieverbod/plicht tot gelijke behandeling

Enkele hiervoor (par. 2.9-2.14) al met name genoemde wetten verbieden uitdrukkelijk discriminatie. Ook zijn er op dit gebied veel cao-bepalingen.[20] Gewoonlijk gaat het dan om onderscheid op grond van bepaalde kenmerken die in het algemeen geen onderscheid kunnen rechtvaardigen, zoals ras, geslacht en godsdienst.

In ondernemingen wordt echter van oudsher op vele andere gronden onderscheid tussen werknemers gemaakt, zoals wat betreft beloning, taakinhoud en bevordering. Dergelijk onderscheid moet mogelijk zijn,

17 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, *JAR* 1993/195.

18 G. Hekkelman, *Tekorten van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1967; P.F. van der Heijden, 'Beginselen van behoorlijk ondernemerschap', *NJB* 1984, p. 1385; B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer: Kluwer 1990, G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn; Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 35-57.

19 Vgl. W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent 1983; A.M. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer: een achterhaald begrip of een dynamisch concept?', in: *De Leede-bundel*, p. 317-330.

20 Vgl. I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 33-35.

wanneer er objectieve en redelijke motieven voor aanwezig zijn, zoals capaciteiten, geschiktheid, ervaring en opleidingsniveau. Zouden zulke redenen afwezig zijn, dan kan men een ongelijke behandeling in rechte aanvechten met verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel in de grondwet en internationale documenten[21], die dan via artikel 7:611 BW in de arbeidsovereenkomst kunnen doorwerken.
Zo werd al eens een geval van ongelijke beloning voor gelijk werk, die een onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden inhield, verboden.[22] Ook een ongelijke beloning van tijdelijke krachten en personeel in vaste dienst die hetzelfde werk doen, werd op deze grondslag niet toegestaan.[23]
Het meest actueel is het onderscheid op basis van handicap of leeftijd (zie par. 2.15), dat op deze wijze kan worden bestreden.

6.6 Recht op arbeid/plicht tot feitelijke tewerkstelling

Werknemers gaan niet alleen een dienstbetrekking aan om loon te verdienen. Velen ontlenen aan de arbeid ook vreugde en sociale erkenning. En dat betekent dat de werkgever hun niet zomaar hun werk mag ontnemen, zelfs al zou hij het loon blijven betalen. Men spreekt wel over het 'recht op arbeid', maar dan in het kader van de individuele arbeidsrelatie.
Een algemeen recht op arbeid van de werknemer in het kader van de arbeidsovereenkomst is niet erkend. De Hoge Raad oordeelt dat de toewijsbaarheid van een vordering van een werknemer om in de gelegenheid gesteld te worden de overeengekomen arbeid of andere arbeid te verrichten, afhangt van de aard van de dienstbetrekking, van de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van het geval.[24]
De lagere rechtspraak gaat gewoonlijk iets verder en neemt aan dat de werkgever in beginsel verplicht is om de werknemer werk te verschaffen op basis van artikel 7:611 BW. Hij kan de werknemer alleen toelating tot de arbeid weigeren als hij daarvoor een goede reden heeft, zoals wangedrag van de werknemer of gebrek aan werk.[25]
Een beroep op een plicht tot feitelijke tewerkstelling zal vaak samengaan met een aanspraak op doorbetaling van loon (zie par. 4.11). Men komt deze combinatie van vorderingen in de praktijk vooral tegen in de navolgende situaties:

- bij werknemers die 'op non-actief gesteld' zijn in het kader van een reorganisatie;

21 Voor discriminatie naar burgerlijke staat HR 7 mei 1993, *JAR* 1993/156, naar leeftijd HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430.
22 HR 30 september 1994, *JAR* 1994/233.
23 Vgl. HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (Agfa).
24 HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 758; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801; Vgl. R.A.A. Duk, 'Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling', *Recht op Scherp* (Dukbundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 495.
25 Overzichten bij M. Brink, 'Schorsing en onvrijwillige non-activiteit van werknemers', *Onverwijlde Spoed*, Zwolle 1983; D.J. Buijs en J.P.M. Zeijen, 'Het kort geding in het arbeidsrecht', *SR* 1987, p. 235-236; en de eerder aangehaalde geschriften van Rood, Gisolf, Heerma van Voss en Duk.

- bij werknemers die om disciplinaire redenen zijn geschorst (zie par. 4.11 en 7.3);
- bij werknemers die een arbeidscontract met een niet exact ingevulde hoeveelheid uren hebben (zie par. 3.7 en 4.11). De Hoge Raad heeft voor dergelijke contracten in beginsel een recht op een daadwerkelijk krijgen van werk erkend, mits sprake is van een verplichting om arbeid te verrichten[26];
- bij gehandicapte werknemers die weer deels aan de slag willen (zie par. 6.7);
- bij werknemers, met wie bij vertrek uit dienst afspraken tot wederindienstneming gemaakt zijn.[27]

6.7 Reïntegratie van gehandicapten

Een belangrijke uitwerking van het goedwerkgeverschap is door de Hoge Raad gegeven met het oog op de reïntegratie van gehandicapte (gedeeltelijk arbeidsongeschikte) werknemers.[28]
Na een ongeval of een ernstige ziekte kan een werknemer soms wel opnieuw aan de slag, maar zijn sommige van zijn oude werkzaamheden te zwaar. Met een schuin oog naar de wetgeving die terugkeer van gehandicapten in het arbeidsproces wil bevorderen (zie par. 2.13), heeft de Hoge Raad deze werknemers een belangrijke steun in de rug gegeven.[29] De Hoge Raad sprak uit dat deze werknemers – afhankelijk van hun mogelijkheden en tenzij dit redelijkerwijze niet van de werkgever kan worden gevraagd – aanspraak hebben op:

- ofwel toelating tot hun oude arbeid voor een gedeelte van de werktijd;
- ofwel tot een deel van hun oude taken gedurende de volle werktijd;
- ofwel andere dan de oorspronkelijk bedongen arbeid, die binnen de onderneming beschikbaar is en past bij hun mogelijkheden.

Bij de beoordeling van de vraag wat redelijkerwijze van de werkgever kan worden verwacht, moet men in de beschouwing betrekken dat de werkgever een vergoeding kan krijgen voor aanpassingskosten die hij moet maken, terwijl ook de beloning kan worden aangepast aan eventuele verminderde productiviteit (zie par. 4.14). Van de werkgever kan in het algemeen meer worden verwacht, wanneer omstandigheden binnen de werksfeer tot de arbeidsongeschiktheid hebben geleid.

26 HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264.
27 I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 108-110.
28 F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, Deventer: Kluwer 1987.
29 HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801; HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 270; HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441; W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en Discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 116-147.

6.8 Plicht instructies te volgen

De werknemer moet zich houden aan de voorschriften van de werkgever (art. 7:660 BW). In paragraaf 3.16 hebben wij deze aanwijzingsbevoegdheid van de werkgever dan ook al vermeld als één van de bronnen van de rechten en plichten in de arbeidsverhouding. Zo zal de installatie van een prikklok, met het bijbehorend voorschrift dat men bij aankomst en vertrek moet 'klokken', op dit recht gestoeld zijn. Hetzelfde geldt voor voorschriften omtrent het uiterlijk van de werknemer (zoals kleding[30] en haardracht[31]).
Wél is het zo dat de werkgever niet onbeperkt instructies kan geven. Hij moet blijven binnen de perken die de wet[32] en de grondrechten, de cao, het reglement, maar ook de arbeidsovereenkomst zelf aangeven. Ook het gebruik kan in deze een aanwijzing vormen.[33]
Dus mag de werkgever jongeren geen nachtarbeid laten verrichten, omdat de Arbeidstijdenwet dat verbiedt (zie par. 5.4).[34] Maar buiten zo'n evident geval zijn er ook tal van situaties denkbaar waarin de genoemde rechtsbronnen geen uitdrukkelijke grenzen stellen aan de aanwijzingsbevoegdheid van de werkgever.
Mag een werkgever dan zonder meer van zijn winkelpersoneel verwachten dat zij meehelpen bij een verbouwing of dat zij overwerk verrichten (zie par. 5.7)?

Bij gebreke van duidelijke regels in wet,[35] cao of arbeidsovereenkomst moeten die vragen worden beantwoord met het kapstokartikel van dit hoofdstuk. Enerzijds wil een goede bedrijfsvoering dat van een goede werknemer een zekere bereidheid tot aanpassing mag worden verwacht. Anderzijds moet de goede werkgever tot op zekere hoogte ook de persoonlijke belangen van de werknemer in aanmerking nemen, zoals de verantwoordelijkheid voor kinderen of zieke huisgenoten.

6.9 Wijziging van de arbeidsvoorwaarden

Het is duidelijk dat zaken als loon, functie, plaats van de arbeid en werktijd steeds aanpassingen zullen ondergaan, naarmate de arbeidsovereenkomst langer voortduurt. Zulke wijzigingen worden maar zelden geformaliseerd. Men mag aannemen dat zij met wederzijds goedvinden hebben plaatsgevonden, wanneer uit het feitelijk gedrag van partijen valt af te leiden dat zij gedurende langere tijd werden gehanteerd. In

30 Vgl. Ktg. Heerenveen 8 oktober 1985, *NJ* 1986, 506.
31 Ktg. Assen, 9 december 1965, *SMA* 1966, p. 208; Ktg. Sittard 27 augustus 1993, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 919.
32 Vgl. M.M. Olbers, 'Opdracht in strijd met de wet', *SMA* 1984, p. 150.
33 M.M. Olbers, 'Klachtrecht tegen een opdracht van de werkgever', *SMA* 1990, p. 260.
34 Vgl. Rb. Utrecht 7 juli 1982, *Prg.* 1982, nr. 1812.
35 Zo is er voor het concrete geval van medewerking aan abortus een wettelijke norm: art. 20, lid 1 Wet Afbreking Zwangerschap; vgl. Pres. Rb. Middelburg, 23 december 1980, *NJ* 1981, 87 en Hof 's-Gravenhage 24 juni 1981, *NJ* 1982, 6.

voorkomend geval rust op de werkgever de verplichting deze instemming te bewijzen.[36]
Als regel zullen dergelijke wijzigingen niet tot de conclusie leiden dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst verdwenen is en er een nieuwe arbeidsovereenkomst voor in de plaats is gekomen. Men gaat uit van het voortbestaan van de oude arbeidsovereenkomst, zij het met een op onderdelen gewijzigde inhoud.
Ook kunnen binnen het kader van de arbeidsovereenkomst bepaalde wijzigingen door de werkgever worden verlangd op grond van zijn instructiebevoegdheid (zie par. 3.16 en 6.8).
Het kan evenwel voorkomen dat een arbeidsovereenkomst zó ingrijpend gewijzigd wordt, dat er meer aan de hand is. Zo kunnen partijen uitdrukkelijk besluiten om de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst te vervangen door een nieuwe.[37] Maar ook als zo'n nieuwe arbeidsovereenkomst niet uitdrukkelijk is afgesloten, kan de rechter uit de omstandigheden van het geval concluderen dat er wel degelijk sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst.[38]

De inhoud van de arbeidsovereenkomst kan in beginsel niet eenzijdig worden veranderd door één van de partijen. Voor de werknemer is het dus bijvoorbeeld niet mogelijk om zonder toestemming van de werkgever een volledige werkweek om te zetten in een deeltijdbaan. Wél kan de werknemer claimen dat de werkgever op grond van het goed-werkgeversbeginsel behoort mee te werken aan de omzetting van een voltijdse baan in een deeltijdse baan, maar de werkgever zal niet altijd aan zo'n verzoek gehoor moeten geven.[39]

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat in de arbeidsovereenkomst een zgn. wijzigingsbeding is opgenomen dat de werkgever de mogelijkheid biedt eenzijdig bepaalde wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen. Een dergelijk beding is volgens art. 7:613 BW geoorloofd, maar kan slechts op zwaarwegende gronden worden benut. Zo ligt het niet voor de hand dat een werkgever een dergelijk beding kan benutten om eenzijdig de essentiële afspraken in de arbeidsovereenkomst, de 'essentialia negotii' te veranderen.[40] Bovendien zijn veel arbeidsvoorwaarden beschermd door wet en cao en soms ook onderhevig aan de instemming van de ondernemingsraad (par. 11.4).
Werkgevers hebben tegenwoordig ook wel als beleid om regelmatig wijziging te brengen in de werkplek of in de functie-inhoud van de werknemer.

36 HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 113.
37 J. Mannoury, 'De identiteit van de arbeidsovereenkomst', *Aspecten*, p. 197.
38 Voorbeeld in HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715.
39 Recentelijk werd een initiatief-wetsvoorstel van het Tweedekamerlid Rosenmöller (Kamerstukken 23 216) verworpen, waarin de werknemer het recht zou krijgen om de arbeidstijd terug te dringen. Inmiddels hebben verschillende partijen nieuwe voorstellen in deze richting ingediend (Wetsvoorstellen 25 902 en 26 009).
40 Vgl. Ktg. Sittard 2 september 1988, *NJ* 1990, 537; P. Ingelse, Geen eigen arbeidsrechtelijke regels voor eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn 1995, p. 83.

De bevordering van interne mobiliteit wordt tot verstandig ondernemerschap gerekend, dat ook in het belang van de werknemer kan zijn. En flexibliteit in de werktijden kan eveneens voor de werknemer voordelen meebrengen, zolang dit niet slechts het belang van de werkgever dient.

6.10 Het toetsingskader van wijzigingen in de arbeidsverhouding

Mag de werkgever:
- van een secretaresse verwachten dat zij ook huishoudelijke taken op zich neemt?
- van een monteur die tot nu toe in Amsterdam werkte, vergen dat hij voortaan in Alkmaar gaat werken?
- van een boekhouder verlangen dat deze werkzaamheden gaat verrichten voor een andere, tot hetzelfde concern behorende onderneming?
- de werktijden van een werknemer verschuiven?

De werknemer kan tegen een functieverandering aanvoeren dat hij slechts verplicht is de overeengekomen arbeid te verrichten. Daarom is bij deze kwestie primair van belang in hoeverre de functie in de individuele arbeidsovereenkomst is gespecificeerd. Hoe algemener de functieomschrijving, des te eenvoudiger kan de werkgever aanpassingen verlangen.
Wél moet men nog nagaan of niet ook de cao de functie-inhoud bepaalt en in hoeverre 'het gebruik' eenzijdige functieveranderingen toelaat.
Maar wanneer deze rechtsbronnen ruimte bieden kan de werkgever in beginsel zich voor aanpassingen beroepen op zijn bevoegdheid om de werknemer voorschriften te geven terzake van de te verrichten arbeid.

In laatste instantie is er dan de toetsing aan de vorengenoemde 'kapstokartikelen': mag een goed werkgever de aanpassing verlangen en is van een goed werknemer te verwachten dat hij met deze functieverandering akkoord gaat? Daarbij zal vaak een afweging plaatsvinden van de belangen van de werkgever bij functieverandering en die van de werknemer bij behoud van zijn huidige functie. Van belang is ook of de nieuwe functie voor de werknemer 'passend' is te achten, dus of deze aansluit bij opleiding, ervaring, woonplaats en vroeger ontvangen loon.[41] De rechter zal daarbij ook bezien of de procedurele eisen die werden genoemd in paragraaf 6.4 wel zijn nageleefd, zoals het plegen van overleg met de werknemer.

Overplaatsing naar een ander deel van het concern kan geschieden op basis van detachering (zie par. 3.7): men blijft formeel in dienst van de

41 Vgl. R.C. Gisolf, *Ander werk*, Arnhem: Gouda Quint 1985; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 86-104.

rechtspersoon die tot dan toe als werkgever optrad, maar wordt feitelijk te werk gesteld bij een andere rechtspersoon. Soms wordt gekozen voor het afsluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst. In beide gevallen is de instemming van de werknemer nodig. Vaak wordt de werknemer stilzwijgend van de ene dochtermaatschappij naar de andere overgeheveld. Zie voor de effecten daarvan met betrekking tot proeftijd en concurrentiebeding paragraaf 8.26 respectievelijk 8.31.

Wanneer de werknemer weigert om in te stemmen met een door de werkgever gewenste functiewijziging riskeert hij dat de werkgever een disciplinaire maatregel neemt, zoals omschreven in hoofdstuk 7 en 8. Vast staat dat dit risico kleiner is naargelang de werkgever minder argumenten heeft om zo'n functiewijziging te verlangen. Maar in veel gevallen zal de werknemer een juridische procedure slechts aandurven als er voor hem een groot belang bestaat bij het tegenhouden van de functiewijziging. Een interne klachtenprocedure kan hierbij wel bruikbaar zijn.

6.11 Nevenarbeid

Kan de werkgever van de werknemer eisen dat hij zich onthoudt van bepaalde nevenactiviteiten? Wanneer het gaat om activiteiten binnen de werktijd zal dat meestal wel kunnen, al kan dit afhangen van de gebruiken binnen de beroepsgroep. Wanneer het gaat om nevenactiviteiten buiten de werktijd is dit minder duidelijk.
Bij deeltijdbanen zal een verbod van nevenarbeid niet zo eenvoudig zijn, omdat deze nodig kunnen zijn om het inkomen van de werknemer aan te vullen. Maar ook bij volledige banen kunnen nevenactiviteiten niet zonder meer worden verboden.
Wel is er in de eerste plaats een publiekrechtelijke grens aan de arbeidstijden in verband met de gezondheid. Het is zelfs de taak van de werkgever om te voorkomen dat de werknemer in het geheel te lang werkt (zie par. 5.3). Maar ook kan de werkgever reële bezwaren hebben tegen nevenarbeid van zijn werknemers:

- doordat de nevenactiviteit de werknemer zodanig blijkt te belasten, dat deze zijn hoofddienstbetrekking niet goed meer kan vervullen;
- doordat de werknemer in zijn nevenactiviteit de werkgever van zijn hoofdfunctie concurrentie aandoet, omdat hij zich als zelfstandige of voor een concurrerend bedrijf op dezelfde markt begeeft; of
- doordat de nevenactiviteit schade doet aan de eer of goede naam van de werkgever.

Soms is het verbod op nevenarbeid duidelijk geregeld in een cao[42] of arbeidsovereenkomst. Dit kan dan een hulp zijn bij de noodzakelijke

42 Zo kende de bouw-cao jarenlang een verbod voor de werknemers om in eigen tijd bouwwerkzaamheden te verrichten; ook in de overheidsdienst bestaan vele beperkingen op de nevenarbeid, vgl. I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 53-59/126-127.

belangenafweging.[43] Maar zelfs deze bepalingen zullen niet zonder meer de doorslag geven, omdat het belang van de werknemer om vrij over zijn uren buiten het werk te kunnen beschikken een hoog goed is, waarbij ook grondrechten aan de orde kunnen zijn. Bij de belangenafweging zullen wederom de 'kapstokartikelen' van dit hoofdstuk worden ingebracht.

6.12 Geheimhoudingsplicht

Voor de particuliere sector is het bekendmaken van bedrijfsgegevens waarvan geheimhouding is opgelegd, strafrechtelijk verboden (art. 273 WvS).[44] Schending van deze mogelijkheid wordt uitdrukkelijk genoemd als een reden voor ontslag op staande voet (art. 7:678 onder i BW). Voor de bijzondere geheimhoudingsplicht voor leden van ondernemingsraden, zie paragraaf 11.4. Voorts bevatten cao's en reglementen soms bepalingen op dit terrein.
Als daar een goede reden voor is kan de werkgever geheimhouding opleggen krachtens zijn instructiebevoegdheid of op basis van de verplichting van de werknemer om zich als een goed werknemer te gedragen. De werknemer kan een dergelijke geheimhoudingsplicht dan alleen afwijzen, wanneer hij zou kunnen aantonen dat een goed werkgever zo'n plicht niet zou mogen opleggen. Dit zal met name spelen als hij een beroep doet op zijn vrijheid van meningsuiting (art. 7 Grw.), wanneer bijvoorbeeld het algemeen belang in het geding is. Artikel 273, lid 2 WvS sluit de strafbaarheid in dat geval uit. De Nederlandse rechter is echter terughoudend met de erkenning van dit laatste argument.[45]
Een overheidsfunctionaris moet hetgeen hem in zijn functie ter kennis is gekomen geheim houden, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt of uitdrukkelijk van hogerhand is opgelegd (art. 272 WvS; 125a Ambtenarenwet). Een ambtenaar heeft verder wel vrijheid van meningsuiting, maar hij dient zich van de uitoefening van deze vrijheid te onthouden indien daardoor de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze met zijn functie in verband staat, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.

6.13 Aansprakelijkheid voor de fouten van de werknemer

Een goed werknemer moet zijn werk uiteraard naar beste vermogen verrichten. Maar niemand is onfeilbaar. Waar gehakt wordt vallen spaanders en de vraag rijst wie moet opdraaien voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn dienstbetrekking heeft aangericht. Schade bij zijn baas (bijv. tekorten in de kas of in de voorraad), maar evenzeer schade bij derden of bij hem zelf.

43 Vgl. HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 340; HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 40.
44 D.J. Sannes, 'De grenzen der geheimhoudingsverplichting krachtens art. 273 WvS', *NJB* 1932, p. 559.
45 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702; G.J.J. Heerma van Voss, 'Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht van werknemers', *NJCM-Bulletin* 1991, p. 198.

Deze kwestie steekt gelukkig niet zo vaak de kop op, omdat werkgevers zich plegen te verzekeren tegen dergelijke schade[46] of haar beschouwen als bedrijfsrisico. En dat moet ook wel, want krachtens de wet is de werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, daarvoor in zijn algemeenheid niet tegenover de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Wel kan de rechter uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de betreffende arbeidsovereenkomst, een andere (ruimere of geringere) aansprakelijkheid voor de werknemer herleiden. Ook heeft de wetgever de mogelijkheid opengelaten om de aansprakelijkheid ten nadele van de werknemer bij schriftelijke overeenkomst afwijkend te regelen. Maar dat kan alleen maar voor zover de werknemer hiervoor verzekerd is (art. 7:661 BW).[47]
Alles bijeengenomen heeft de werkgever maar weinig mogelijkheden om de werknemer voor diens fouten aansprakelijk te stellen. Eerder nog kan hij proberen om via disciplinaire straffen (zie par. 7.1-7.3) zijn werknemers tot zorgvuldigheid aan te zetten.[48]

De derde die door een fout van een werknemer schade heeft geleden, kan daarop in beginsel diens werkgever aanspreken (art. 6:170, lid 1 BW). De werkgever zal slechts verhaal kunnen zoeken op de werknemer die nalatig is geweest, voor zover dat binnen de aansprakelijkheidsverdeling valt (art. 6:170, lid 3 BW). Zou de derde de werknemer aanspreken (ex art. 6:162 BW) dan kan de werknemer binnen de bovenomschreven aansprakelijkheidsverdeling verhaal halen op zijn werkgever.

Heeft de werknemer door eigen fouten schade aan zichzelf of aan zijn eigen goederen toegebracht, dan geldt primair de regeling van artikel 7:658 (zie par. 5.12). Maar – zoals we gezien hebben – gaat de werkgever in die laatste regeling vrijuit als hem geen tekortkoming te verwijten is. Dat betekent dat er geen sluitende regeling bestaat voor de aansprakelijkheid van de schade die de werknemer bij het uitvoeren van de arbeid aan zijn eigen goederen toebrengt. Onder omstandigheden, zoals in het geval dat de werknemer zijn eigen auto voor de uitvoering van zijn werk heeft gebruikt en hij daaraan schade heeft opgelopen, zal de werkgever ook deze schade moeten vergoeden, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de kant van de werknemer. Dit kan de werkgever dan weer voorkomen door een kostenvergoeding te verstrekken waarmee de werknemer zich kan verzekeren.[49]

46 Over de invloed van een dergelijke verzekering op de aansprakelijkheidsverdeling, zie *Van der Grinten*, p. 124-125.

47 T. van Peijpe, Aansprakelijkheid voor schade, in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 63; S.W. Kuip, Aansprakelijkheid van de werknemer voor schade, in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn, 1995, p. 65; H.M.G. Manders, Schade en werk, *SR* 1995, p. 290.

48 Zie over de mogelijkheid van verrekening met het loon ingeval de werknemer aansprakelijk gesteld kan worden par. 4.6.

6.14 Uitvindingen van de werknemer

Soms doen werknemers geweldige uitvindingen tijdens de dienstbetrekking of ontwikkelen zij voorstellen voor verbetering van de productie. Mogen zij voor die uitvindingen persoonlijk het octrooirecht uitoefenen en profiteren zij mee van de financiële voordelen die de onderneming ervan geniet?[50]
De wet bepaalt dat de werkgever aanspraak kan maken op het octrooi op uitvindingen die door de werknemer in dienstbetrekking zijn gedaan, als de aard van de dienstbetrekking het doen van dergelijke uitvindingen meebrengt. Hetzelfde geldt voor staigiairs en onderzoekers aan universiteiten en onderzoeksinstellingen (art. 12 Rijksoctrooiwet 1995). Wel heeft degene die de uitvinding deed het recht om in het octrooi als uitvinder te worden vermeld (art. 14 Rijksoctrooiwet 1995).
De werkgever is aan de werknemer geen deel van de opbrengsten schuldig, indien in het vaste loon van de werknemer reeds rekening wordt gehouden met het gemis van octrooi. In sommige collectieve en individuele arbeidsovereenkomsten wordt dit uitdrukkelijk uitgesproken.[51] Toch kan het zijn dat de werknemer-uitvinder in zijn vaste loon of in een speciale uitkering onvoldoende beloning voor zijn uitvinding heeft gekregen. In dat geval heeft hij recht op een beloning die billijk is gezien het geldelijk belang van de uitvinding en de omstandigheden waaronder zij plaatshad (art. 12 Rijksoctrooiwet 1995).

Het recht is niet duidelijk omtrent uitvindingen die de werknemer in zijn vrije tijd doet en omtrent voorstellen voor technische verbeteringen die niet octrooieerbaar zijn. Sommige ondernemingen kennen wel een 'ideeënbus', waarbij aan de werknemer soms een vergoeding wordt toegekend voor profijtelijke suggesties.
Evenmin is het recht duidelijk met betrekking tot het auteursrecht van producten die de werknemer in de uitoefening van zijn dienstbetrekking gemaakt heeft.[52]

6.15 De overgang van de arbeidsovereenkomst

Wat is de positie van de werknemer wanneer, zoals regelmatig gebeurt, de hele onderneming of een deel ervan van de ene eigenaar overgaat in de handen van een ander?
Dat kan gebeuren zonder dat dat strikt formeel-juridisch gesproken effect heeft voor de afgesloten arbeidscontracten, bijvoorbeeld wanneer de nieuwe eigenaar gewoon de aandelen van een NV heeft overgenomen, maar die vennootschap als rechtspersoon laat voortbestaan (aandelenfu-

49 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264. In het wetsvoorstel 25 279 inzake Verkeersaansprakelijkheid wordt voorgesteld dit te codificeren in een nieuw artikel 7:658a BW.
50 G.J.J. Heerma van Voss, 'De werknemer als uitvinder', *BIE* 1997, p. 9-32.
51 HR 27 mei 1994, *NJ* 1995,136, *JAR* 1994/134.
52 H. Cohen Jehoram, *Het werkgeversauteursrecht: kan de werkgever het maken?*, Deventer 1992.

sie).[53] Worden door deze gang van zaken werknemers overtollig, dan zullen de normale ontslagprocedures moeten worden gevolgd.

Een andere situatie doet zich voor wanneer bijvoorbeeld activa van de onderneming worden overgenomen, zoals gebouwen, inventaris en voorraden of klantenbestanden. De oude werkgever verdwijnt, de onderneming gaat feitelijk in andere handen over. Daarbij rijst de vraag of ook de werknemers formeel-juridisch een andere werkgever krijgen. Onder het algemene overeenkomstenrecht is een contractsovername alleen mogelijk met medewerking van alle betrokken partijen (art. 6:159 BW).[54] Die situatie zou de mogelijkheid bieden dat een overnemer besluit te gaan selecteren welke werknemers hij wel wil houden en welke niet. En de laatsten zouden dan de gebruikelijke ontslagbescherming moeten missen. Voor de werknemers die wel worden overgenomen zou de nieuwe eigenaar op het idee kunnen komen om af te dingen op de bestaande arbeidsvoorwaarden.
Vandaar dat de wetgever – op initiatief van de EG – voor het sociaal recht een bijzondere regel heeft gecreëerd: bij overgang van de onderneming door overeenkomst gaan alle uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen automatisch over op de nieuwe eigenaar (art. 7:662-666 BW).[55] Dit houdt ook in dat die nieuwe eigenaar de geldende cao moet blijven toepassen (art. 14a WCAO en 2a Wet AVV).

Er moet wel meteen bij gezegd worden dat dit slechts beperkte voorzieningen zijn. Zo neemt de gelding van de oude cao een einde op het moment dat die cao afloopt (art. 14a, lid 2 WCAO). Bovendien laat deze regeling onverlet, dat de nieuwe eigenaar na overname toch gaat proberen om de omvang van het personeel of het niveau van de arbeidsvoorwaarden terug te schroeven. Maar dat kan hij slechts doen met in achtneming van alle geldende regels. Voorts zijn de pensioenregelingen van deze automatische overgang uitgezonderd (art. 7:664 BW).[56] Tenslotte geldt de bovengeschetste regeling niet indien een bedrijf of bedrijfson-

53 Hetzelfde geldt voor de juridische fusie, waarbij twee rechtspersonen samensmelten tot één nieuwe, vgl. S.A.M. van der Weegen, 'Behoud van werknemersrechten bij juridische fusies', *SMA* 1987, p. 260.

54 Vgl. HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325; M. Bouwes, 'De arbeidsovereenkomst bij overdracht van ondernemingen', *AA* 1977, p. 733.

55 Vgl. R.J. de Folter (red.) *Overdracht van een onderneming*, Deventer, 1983; C. de Groot, 'Behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen of onderdelen daarvan', *TVVS* 1986, p. 282; M.P.A.M. Fruytier, 'Overdracht van ondernemingen krachtens overeenkomst en de rechten van werknemers', *NJB* 1989, p. 1113; H. Kronke, The impact of international business transfers on employment contracts, *Netherlands International Law Review* 1989, p. 1-17; M.J. van Vliet, *Overgang van een onderneming*, Arnhem, 1994; Th.P. ten Brink, 'Rechten van de werknemer bij overgang van de onderneming', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn 1995, p. 71.

56 Vgl. E. Lutjens/N.O.P. Roché, *Pensioen en overgang van ondernemingen*, Zwolle 1986; Rb. Amsterdam, 14 december 1994, *JAR* 1995, 14.

derdeel door een nieuwe eigenaar uit een faillissement wordt overgenomen (art. 7:666, lid 1 BW).[57]

Mocht de nieuwe eigenaar niet zo goed van betalen zijn, dan kan de werknemer bovendien nog gedurende een jaar zijn oude werkgever houden aan verplichtingen die zijn ontstaan vóór het tijdstip van de overgang (art. 7:663 BW).[58]
Voor de automatische overgang van de arbeidsovereenkomst behoeft de werknemer geen uitdrukkelijke toestemming te geven.[59] Hij is echter niet verplicht bij de nieuwe werkgever in dienst te treden.[60] Heeft hij bezwaren, dan kan hij ook aan de rechter vragen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:685 BW, zie par. 8.27). Heeft de overgang voor de werknemer een nadelige verandering van omstandigheden tot gevolg, dan komt die ontbinding voor rekening van de werkgever en kan de rechter de werknemer een vergoeding toekennen (art. 7:665 BW). Ook kan de werknemer, mits ondubbelzinnig, afstand doen van de hem krachtens artikel 7:662 BW toekomende rechtsbescherming.[61]

Er is intussen reeds de nodige jurisprudentie ontstaan over de vraag wat er precies onder de kernbegrippen van deze regeling moet worden verstaan.[62] Zo is er sprake van 'overgang' in de zin van deze bepalingen, wanneer de 'identiteit' van de onderneming bewaard blijft, hetgeen moet blijken uit alle feitelijke omstandigheden.[63] Zelfs indien er geen activa worden overgedragen, kan er nog sprake zijn van een overgang, bijvoorbeeld doordat een dealerconcessie wordt overgedragen.[64] Het begrip 'overeenkomst' wordt zo ruim uitgelegd dat deze regeling ook moet worden toegepast indien een overheidssubsidie van de ene instelling wordt overgeheveld naar de andere.[65] En onder 'werknemer' wordt iedereen verstaan die volgens de arbeidswetgeving bescherming geniet, dus zelfs een directeur van een vennootschap.[66] Ook uitbesteding van bijvoorbeeld schoonmaakwerk valt onder de regeling, maar niet het wisselen van

57 HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900-902; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191; D.H. Lodder, De artikelen 1639aa e.v. BW en het faillissement, *AA* 1988, p. 223-225; D.G. Lasschuit, De Wet Overgang ondernemingen en faillissement, *Advocatenblad* 1996, p. 151; T.J.C.M. Broekman, Artikel 1639aa van toepassing in geval van faillissement?, *AR* 1996, p. 3.

58 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 240. Of dat genoeg is, zie M.L.W. Werts/L. Spronken, De boemerang van art. 7A:1639aa BW, *NJB* 1995, p. 588.

59 HvJ EG 5 mei 1988, *NJ* 1989, 712; HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 713.

60 HvJ EG 16 december 1992, *JAR* 1993/46; HR 8 januari 1993, *JAR* 1993/33.

61 HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 419.

62 A.M. Luttmer-Kat, Rechten van werknemers bij overgang van onderneming, *TVVS* 1994, p. 1 en 197; C. de Groot, The Council Directive on safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings: an overview of the case law, *CMLR* 1993, p. 331-350.

63 HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674; HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 393; HvJ EG 12 november 1992, *JAR* 1993/15; HvJ EG 14 april 1994, *NJ* 1995, 149.

64 HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-171/94 en C-172/94, *NJ* 1997, 172 (Merckx).

65 HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476.

66 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235; HR 8 oktober 1993, *JAR* 1993/244 (directeur vennootschap).

contractspartner daarvoor, zolang die althans niet zelf de identiteit van de vorige partner overneemt.[67] Ook toepassing op personeel van overheidsorganen (bijvoorbeeld bij privatisering) is mogelijk.[68]

67 Zie HvJ EG 14 april 1994, *NJ* 1995, 149; *JAR* 1994/107 (Schmidt) en HvJ EG 11 maart 1997, zaak C-13/95, *JAR* 1997/91 (Süzen).

68 HvJ EG 15 oktober 1996, zaak C-298/94, *Jur.* 1996, p. I-4989-5022, *NJ* 1997, 464, *JAR* 1996/254 (Hencke), M.P. Nieuwe Weme, *SR* 1998, p. 93-95.

7

De stok achter de deur

Alvorens uit te komen op het ontslagrecht als apotheose van het individuele arbeidsrecht willen wij aandacht schenken aan de handhaving van het arbeidsrecht.[1]
Daarbij gaan wij om te beginnen in op de 'sancties' die werkgevers en werknemers kunnen treffen en vervolgens op de verschillende juridische procedures die hun ter beschikking staan.

7.1 Sancties werkgever

Indien de werknemer zich niet houdt aan de instructies van de werkgever, er met de pet naar gooit of zich schuldig maakt aan onoorbaar gedrag, kan de werkgever een reeks van sancties overwegen, de een sterker dan de andere, de een meer theorie dan praktijk. Wij behandelen eerst de algemene juridische sancties, daarna de disciplinaire maatregelen en vervolgens in het bijzonder de boete en de schorsing.

7.2 Algemene juridische sancties

Wat kan de werkgever doen als tegenmaatregel tegen tekortkomingen van de werknemer in de nakoming van de arbeidsovereenkomst? In het algemeen kan men denken aan een vordering tot nakoming, aan een opschorting van de eigen verplichtingen, aan een vordering tot schadevergoeding, respectievelijk verrekening van de schade of aan beëindiging van de overeenkomst.

Werkgevers maken zelden of nooit gebruik van de mogelijkheid om hun werknemers in rechte aan te spreken tot nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Vroeger gebeurde dat nog wel eens in geval van een werkstaking (zie par. 10.17) of indien de werknemer onrechtmatig de arbeidsovereenkomst verbrak (zie par. 8.12). Maar omdat het

1 Voor de handhaving van het medezeggenschapsrecht, zie par. 11.5; voor handhaving van het socialezekerheidsrecht, zie hoofdstuk 18.

afdwingen van de arbeidsverplichting in strijd wordt geacht met het grondrecht van 'vrijelijk gekozen arbeid' (zie par. 2.1) heeft de wetgever uitgesloten dat een veroordeling tot nakoming wordt versterkt met een dwangsom of gijzeling (art. 7:659, lid 2 BW).[2] Waarmee deze vorderingen de tanden zijn uitgetrokken.

Als de werknemer tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen zou de werkgever ook kunnen overwegen om de nakoming van zíjn verplichtingen (met name de loonbetaling) op te schorten. Toch zal – binnen het kader van het beschermende karakter van het arbeidsrecht – zo'n sanctie al gauw te zwaar worden geacht in verhouding tot de tekortkoming van de werknemer.[3] Dat kan anders liggen wanneer de werknemer in het geheel niet werkt (zie par. 4.8-4.9). Zo is inhouding van het loon van een stakende werknemer in beginsel wel mogelijk (zie par. 10.18).

Voorts kan de werkgever de werknemer aanspreken voor vergoeding van schade die de werknemer heeft veroorzaakt. De mogelijkheid van die actie is echter zeer beperkt door artikel 7:661 BW (zie par. 6.13). Deze wordt dan ook zelden tijdens de duur van de dienstbetrekking tegen een werknemer ingesteld, maar komt nog wel eens ter tafel bij ontslag. Soms houdt dan op deze grond de werkgever eigenmachtig een deel in van nog verschuldigde betaling of hij poneert de vordering bij wege van eis in reconventie, wanneer de werknemer hem een proces aandoet.

In feite is het ontslag de meest voorkomende en de krachtigste sanctie die de werkgever tegen de werknemer kan toepassen. Wij komen daarop terug in het volgende hoofdstuk.

7.3 Disciplinaire maatregelen

De werkgever die niet meteen naar de botte bijl van het ontslag wil grijpen, heeft een groot aantal minder ver gaande disciplinaire maatregelen ter beschikking, zoals het geven van een berisping, het opleggen van een boete, het intrekken van bepaalde faciliteiten of emolumenten, het onthouden van promotie, het overplaatsen naar een andere functie of onderdeel van de onderneming, degradatie en het afnemen van bepaalde bevoegdheden.

Zijn dergelijke disciplinaire maatregelen rechtmatig?[4]
Slechts één ervan is in de wet met zoveel woorden geregeld: de boete (zie

2 Zulks met het oog op art. 1, lid 2 Europees Sociaal Handvest (zie par. 2.1 en 19.5); vgl. M.P.J.A. Cremers, Geen dwangsom in arbeidsverhoudingen, *NJB* 1989, p. 52.
3 Y. Konijn, 'NBW: eigen richting in het arbeidsrecht', *SR* 1991, p. 109.
4 Vgl. M.M. Olbers, Arbeidstuchtrecht, in: P.F. van der Heijden (red.) *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 69; *Van der Grinten*, p. 140-145; P.F. Doornik, Arbeidstuchtrecht, in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn, 1995, p. 45.

par. 7.4).[5] De rechtsgrond voor het treffen van andere sancties kan soms worden ontleend aan bepalingen in cao[6] of arbeidsovereenkomst. Hierin is bijvoorbeeld veelvuldig de schorsing geregeld (zie par. 7.5). Is de maatregel daarop evenmin te baseren, dan moet de rechtsgrond worden gezocht in het werkgeversgezag. De theorie is dan dat de bevoegdheid van de werkgever om instructies te geven (art. 7:660 BW) ook de bevoegdheid meebrengt om op te treden tegen overtreding van zijn aanwijzingen, omdat anders handhaving van zijn werkgeversgezag niet mogelijk is.

Dat alles neemt niet weg dat die bevoegdheid binnen redelijke grenzen moet worden uitgeoefend. En het komt er op aan te bepalen waar die liggen. Die grenzen kunnen te vinden zijn in wet, cao[7] of arbeidsovereenkomst. Zo zal de werkgever niet om disciplinaire redenen vakantiedagen kunnen afnemen, wanneer hij daarmee komt onder het minimumaantal dagen dat deze regelingen voorschrijven. En over maatregelen als het inhouden van secundaire arbeidsvoorwaarden of het geven van een degradatie staan vaak bepalingen in de cao.
Maar waar zulke bepalingen ontbreken zullen de grenzen voor de rechtmatigheid van een disciplinaire maatregel moeten worden ontleend aan het criterium van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW, zie par. 6.1).
Als het tot een rechtzaak komt vraagt de rechter zich dikwijls af of de misdraging van de werknemer reden genoeg zou zijn geweest voor een ontslag. Luidt het antwoord bevestigend, dan is men geneigd om ook een minder vergaande disciplinaire maatregel te billijken ('wie het meerdere mag, mag ook het mindere').
Ook toetsen rechters veelvuldig of bij het opleggen van de disciplinaire maatregel een behoorlijke procedure is gevolgd.[8] Dat betekent bijvoorbeeld dat de werkgever eerst zorgvuldig onderzoek moet hebben gepleegd. Dat hij de werknemer heeft gehoord en hem gelegenheid heeft gegeven om zich te verweren tegen aantijgingen. Eventueel eerst een waarschuwing heeft gegeven voordat strengere disciplinaire maatregelen werden getroffen. Dat hij zich ook heeft ingespannen om de werksfeer goed te houden en in het algemeen zorgvuldig de belangen heeft afgewogen.[9] De rechter beziet of de werkgever geen misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden, of de werknemer wist dat de sanctie hem te wachten stond, of de sanctie behoorlijk is gemotiveerd en of deze evenredig is aan de zwaarte van het vergrijp[10] en er geen sprake is geweest van willekeur.[11]

5 Herziening is overwogen in SER, *Advies arbeidstuchtrecht*, nr 93/11, 's-Gravenhage 1993 en in wetsontwerp Kamerstukken 23 974, dat echter is ingetrokken wegens onvoldoende steun van de Tweede Kamer.

6 Vgl. bijv. J.B. Krom, 'Bedrijfstuchtrechtspraak bij de NV Nederlandse Spoorwegen', *AA* 1984, p. 462.

7 Vgl. HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 127: degradatie is nietig wegens niet in acht nemen procedurevoorschriften cao.

8 Vgl. ook HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 572 (werknemer voor keuze gesteld: schorsing of met ziekteverlof gaan).

9 HR 26 juni 1966, *NJ* 1966, 457.

10 Zie de beginselen van goed werkgeverschap, par. 6.2 en voor de specifieke situatie van disciplinaire maatregelen in verband met staking par. 10.18.

Omdat de boete en de schorsing het meest uitvoerig zijn geregeld, gaan wij hier nu nader op in.

7.4 Boete

Deze sanctie mag alleen worden gehanteerd als de cao of de schriftelijke arbeidsovereenkomst een nauwkeurig boetebeding bevat. Artikel 7:650 BW stelt uitdrukkelijk een aantal eisen, waaraan zo'n beding moet voldoen. Voldoet het daaraan niet dan is het nietig. Eventueel kan de rechter een opgelegde boete matigen.[12]
De mogelijkheid een boete op te leggen laat het recht om wettelijke schadevergoeding te vorderen onverlet. Maar de werkgever mag niet terzake van eenzelfde feit boete heffen en tevens schadevergoeding vorderen (art. 7:651 BW).
De wet geeft geen definitie van 'boete', maar wanneer men 'elk als disciplinaire maatregel afnemen of onthouden van een geldelijk voordeel' als 'boete' aanmerkt, valt een groot aantal disciplinaire maatregelen binnen het toetsingskader van de artikelen 7:650 en 651 BW.

7.5 Schorsing

Een sanctie die de wet haast[13] niet noemt, is de schorsing.
Een schorsing houdt een opschorting in van de verplichting om de arbeid te verrichten. Het is een vorm van 'op non-actief stellen'. Maar een op-non-actiefstelling kan ook plaatsvinden op andere dan op disciplinaire gronden, bijvoorbeeld omdat er geen werk beschikbaar is (zie par. 4.10), als ordemaatregel omdat er ruzie is tussen twee werknemers of voor de duur van een onderzoek naar de feiten, terwijl wangedrag nog niet is bewezen.
We spreken pas van een schorsing indien de op-non-actiefstelling wordt toegepast als disciplinaire maatregel, dus wegens een verwijt aan de werknemer. Dit kan zowel een zelfstandige sanctie zijn als een voorlopige maatregel, bijvoorbeeld als een voorziening voor de duur van een ontslagperiode.
Schorsing kan plaatsvinden met en zonder behoud van loon.
Schorsing *zonder* behoud van loon stuit op een belangrijke hindernis. Artikel 7:628 BW bepaalt dat de werknemer recht op loon behoudt als hij bereid is de bedongen arbeid te verrichten, maar de werkgever van die bereidheid geen gebruik maakt (zie par. 4.10-4.11). De werknemer kan deze sanctie pareren door de werkgever direct bij aangetekende brief zijn bereidheid om door te werken kenbaar te maken en doorbetaling van loon

11 HR 1 juli 1993, *JAR* 1993/195 – werkgever moest schadevergoeding betalen omdat hij herhaaldelijk had geweigerd een werknemer te vertellen waarom hij plotseling niet goed functioneerde, waardoor de werknemer geheel overspannen was geraakt.
12 Vgl. Ktg. Apeldoorn, 28 maart 1993, *JAR* 1993/184.
13 De enige uitzondering vormt de schorsing van directeuren van NV's en BV's (art. 2:134 en 244 BW).

te vragen. Zonodig kan hij dit dan later bij de rechter vorderen.[14] Artikel 7:628 BW is echter gedeeltelijk van dwingend recht. Er kan van afgeweken worden bij schriftelijke arbeidsovereenkomst (gedurende het eerste halfjaar) of cao en als dat gebeurd is, dan kan deze sanctie wél worden toegepast.[15] Zo blijkt inderdaad ongeveer de helft van de werknemers onder cao-bepalingen te vallen, die deze vorm van schorsing op een of andere manier toestaan.

De schorsing *met* behoud van loon zal sommige werknemers niet onaangenaam in de oren klinken (en voor hen dus ook eigenlijk geen sanctie zijn!). Maar zo'n sanctie zal veel andere werknemers toch onaangenaam treffen, omdat zij dit een aantasting van hun goede naam vinden, zij het plezier in hun werk of de omgang met collega's missen, hun beroepsvaardigheid, inkomen of loopbaan in gevaar komt of omdat zij bang zijn dat ontslag dreigt en schorsing zulks (psychologisch) makkelijker maakt. Vandaar dat werknemers zich vaak ook tegen deze sanctie willen verweren. Dat is dan mogelijk door op grond van artikel 7:611 BW feitelijke tewerkstelling te vorderen (zie par. 6.4). De rechter pleegt zo'n schorsing slechts geoorloofd te achten, indien daarvoor een goede grond bestaat, gelegen in hetzij het gedrag van de werknemer, hetzij de hoeveelheid werk die voorhanden is of de organisatie van de onderneming.[16]

7.6 Ambtenarentuchtrecht

In tegenstelling tot de privé-sector is juist voor de ambtenaren het treffen van disciplinaire maatregelen uitvoerig geregeld. De Ambtenarenwet 1929 (art. 125) en ambtenarenreglementen, zoals bijvoorbeeld artikel 80 ARAR, bepalen uitdrukkelijk dat ambtenaren disciplinair gestraft kunnen worden als zij de hun opgelegde verplichtingen niet nakomen of zich overigens aan plichtsverzuim schuldig maken.[17]
De rechtspositiereglementen kennen een reeks disciplinaire straffen oplopend van een schriftelijke berisping, via korting van salaris tot schorsing of ontslag (vgl. art. 81 ARAR). Wet en reglementen geven ter zake nauwkeurige regels voor de procedure (vgl. artt. 82-84 ARAR) en het beroep.[18]

14 Vgl. bijv. HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 245.
15 M. Brink, 'Schorsing en onvrijwillige non-activiteit van werknemers', in: *Onverwijlde Spoed*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 61; J. Rutgers, 'De loonbescherming van de werknemer bij op-non-actiefstelling', *SR* 1989, p. 3-6.
16 Zie het rechtspraakoverzicht bij G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 58-69.
17 Daarnaast kent ook het Wetboek van Strafrecht nog een aantal specifieke ambtsmisdrijven (artt. 355 e.v. en 44). Voor militaire ambtenaren bestaat het specifieke militaire tuchtrecht (art. 3 Militaire Ambtenarenwet 1931).
18 Vgl. *Korteweg-Wiers*, hoofdstuk 8; *Van Peijpe-Riphagen*, p. 77-87; H. Troostwijk, 'De toetsing door de ambtenarenrechter van disciplinaire straffen', *Recht op Scherp (Dukbundel)*, Zwolle 1984, p. 445.

7.7 Sancties werknemer

Wanneer de werkgever zich niet aan zijn verplichtingen houdt, beschikt de werknemer over aanzienlijk minder sancties. In onze arbeidsverhoudingen zijn voor de werknemers collectieve acties nog steeds het krachtigste. Dit geldt zowel in rechte (zie par. 7.14), als via collectieve acties (zie hoofdstuk 10) en via medezeggenschap (zie hoofdstuk 11).

Als individu kan de werknemer in rechte nakoming vorderen. Dat gebeurt ook wel eens, bijvoorbeeld als de werknemer vindt dat hij te weinig loon ontving, hem een promotie werd onthouden, enz. Maar het is geen gemakkelijke sanctie, omdat de verhouding met de werkgever erdoor belast wordt.
Als de werknemer het niet meer kan schelen of hij zijn baan verliest, kan hij zelf ontslag nemen of de rechter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden en daaraan een vergoeding te verbinden (zie hoofdstuk 8). Bijvoorbeeld in het geval dat een werknemer bewust door de werkgever werd 'uitgerangeerd'.[19]

7.8 Werkweigering

Naast bovengenoemde sancties kan de werknemer ook denken aan opschorting van de arbeid. Dit is echter slechts geoorloofd voor zover de tekortkoming van de werkgever de opschorting rechtvaardigt. Veelal zal die zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk niet zijn nagekomen.[20] Het probleem voor de werknemer is dat hij een groot risico loopt indien hij het werk neerlegt, omdat de rechter pas achteraf vaststelt of deze opschorting gerechtvaardigd was. De werkgever kan reageren met een ontslag op staande voet, dat mogelijk door de rechter wordt toegelaten.[21]

Slechts in één geval heeft de wet de werkonderbreking uitdrukkelijk geregeld en met enige waarborgen omgeven: bij onmiddellijk dreigend gevaar voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer (zie par. 5.15). Ook in andere gevallen zal werkweigering echter gebillijkt kunnen worden. In de jurisprudentie over ontslag op staande voet blijken rechters meer dan eens bereid te billijken dat de werknemer geweigerd heeft aan een instructie gevolg te geven.[22] Juist onder verwijzing naar bepaalde gebruiken in de bedrijfstak of naar artikel 7:611 BW.[23] De rechter zal een

19 Vgl. HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499; de schadevergoeding kan ook worden gebaseerd op art. 6:106 NBW, zie T. van Peijpe in: P.F. van der Heijden, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer: Kluwer 1991, p. 66.
20 Vgl. Y. Konijn, 'NBW: eigen richting in het arbeidsrecht', *SR* 1991, p. 109-117.
21 Vgl. HR 9 februari 1979, *NJ* 1979, 629.
22 Vgl. T. Hoogenboom, 'De arbeidsbescherming en ongelijkheidscompensatie door de rechter', *Arbeid in Kort Geding*, Deventer 1983, p. 53.
23 Vgl. A.A. Bakker, 'Het werkgeversgezag opnieuw bezien', *SMA* 1982, p. 774; dez., 'Werkgeversgezag en goede trouw', *SMA* 1983, p. 395; dez., 'Werkgeversgezag en passende arbeid', *SMA* 1983, p. 589.

afweging maken van het belang dat de werkgever heeft bij het bevel/de opdracht en de bezwaren van de werknemer daartegen.[24] Wél zal van de werkweigerende werknemer als regel verlangd mogen worden dat hij zijn werkgever zo tijdig van de redenen van zijn werkweigering in kennis stelt dat deze zijn afwezigheid nog kan opvangen.[25]

Met dit alles wil niet gezegd zijn dat de werknemer echt veel ruimte heeft om zich tegen een hem door de werkgever opgedrongen functieverandering, tegen een onredelijk bevel, en dergelijke te verzetten. Als men naar de rechter moet wordt de arbeidsverhouding daar vaak niet beter van. Als de werkgever het hard wil spelen kan hij op ontslag aansturen. Lukt hem dat terwijl dit vooral aan hem is te wijten, dan zal de rechter hem verplichten de werknemer een schadevergoeding te betalen (zie par. 8.18 en 8.27). Dit 'prijskaartje' is nog wel eens een reden voor werkgevers om het niet zo ver te laten komen.[26]

7.9 De problematiek van de handhaving van het arbeidsrecht

Uit het voorafgaande bleek al, dat men van het afdwingen van rechten en plichten in een arbeidsverhouding via de rechter geen al te hoge dunk moet hebben. Werkgevers hebben dat veelal niet nodig en anders zien zij op tegen procedures wegens de kosten en moeite in verhouding tot de niet erg grote belangen. En de werknemer zal niet gauw naar de rechter stappen, zolang hij nog met de meeste kanten van zijn werk tevreden is. Hij zal vrezen door een procedure de verhoudingen te schaden en wellicht zelfs zijn baan in gevaar te brengen. Meestal wordt er pas een beroep op de rechter gedaan als de hoop op voortzetting van het dienstverband al vervlogen is. Dat verklaart waarom het veelal in ontslagzaken is, dat ook andere rechten en plichten tijdens de arbeidsverhoudingen ter discussie worden gesteld. Vandaar dat lange verjaringstermijnen van belang zijn (zie bijv. par. 4.5)[27] en dat ook niet te snel wordt geconcludeerd dat er sprake is van rechtsverwerking.[28]
Voorts is het een probleem dat het bij arbeidsgeschillen vaak gaat om niet zo'n erg groot financieel belang, en dat weegt dan weer niet op tegen de procesrisico's en de proceskosten. Met name ook, omdat ook in sociaalrechtelijke procedures de verliezende partij in de kosten van het geding kan worden verwezen, ook al laat de rechter ook wel eens beide partijen hun eigen kosten dragen.

Een ander belangrijk probleem in het sociaal recht is de kans op 'victimisatie': de werkgever die santies treft omdat de werknemer zich tot de

24 HR 26 juni 1966, *NJ* 1966, 457.
25 HR 8 juni 1962, *NJ* 1963, 526; HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 513; HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 475.
26 Vgl. bijv. Ktg. Utrecht 18 mei 1990, *Prg.* 1990, nr. 3288.
27 Over het precieze moment van verjaring, zie HR 10 juni 1994, *JAR* 1994/135.
28 Vgl. HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 450.

rechter wendt. Dit probleem is incidenteel wel aangepakt. Zo verklaart artikel 7:647, lid 1 BW een ontslag vernietigbaar, dat gegeven wordt aan een werknemer wegens een beroep op het recht van gelijke behandeling m/v. Het beginsel dat een werknemer niet mag worden benadeeld op grond van het feit dat hij een beroep doet op zijn rechten mag ook met betrekking tot andere onderwerpen als uitgangspunt worden genomen.[29] Maar zelfs bij die ruime interpretatie zal het altijd moeilijk blijven om 'victimisatie' volledig te bestrijden.
Vandaar dat wij in de volgende paragrafen aandacht zullen schenken aan alternatieve wegen waarlangs meningsverschillen over rechten en plichten in de arbeidsverhouding kunnen worden opgelost.

7.10 Bemiddeling door de vakbond of de ondernemingsraad

Een traditioneel alternatief is bemiddeling door de vakbond. Dit is altijd nog een belangrijke reden om zich te organiseren. De vertegenwoordiger van de vakbond in de onderneming (zie par. 9.2) kan de zaak van de werknemer opnemen met de personeelschef. Eventueel kan hij met een staking dreigen als de grief niet uit de weg wordt geruimd (zie par. 10.5). Maar deze vorm van conflictbeslechting leeft in Nederland niet erg; zij komt vooral bij collectieve grieven aan de orde, maar weinig bij individuele klachten.

Men kan zich ook wenden tot leden van de ondernemingsraad teneinde uitkomst in een geschil te krijgen. De ondernemingsraad heeft namelijk tot taak de naleving van het voor de onderneming geldende sociaal recht zoveel mogelijk te bevorderen en tegen discriminatie te waken (art. 28 WOR, zie par. 11.4). Lang niet alle ondernemingsraden hebben echter een klachtenregeling en vaak is de OR ook meer op het behartigen van collectieve belangen ingesteld.

7.11 Klachtenprocedures

Een belangrijke mogelijkheid voor de werknemer om op te komen voor zijn rechten gedurende de dienstbetrekking is: zich wenden tot de controle-instantie die de overheid voor de naleving van het arbeidsrecht heeft ingesteld: de Arbeidsinspectie (zie par. 5.17 en 7.20). De werknemer heeft het recht om bij deze instantie een klacht in te dienen, de instantie heeft de plicht om – naar vermogen – serieuze klachten in onderzoek te nemen en de anonimiteit van de klagende werknemer te beschermen (zie par. 5.5).

Voorts zijn in een aantal cao's en bij enkele grote werkgevers procedures en instanties gecreëerd, waar werknemers terecht kunnen met klachten

29 Vgl. IAO-Verdrag 158, art. 5, sub c; Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 262-263.

die verband houden met de arbeidsverhouding. De werkgever is dan verplicht om een klacht van de werknemer in behandeling te nemen en gemotiveerd te beantwoorden. De werknemer kan zich bij de verwezenlijking van zijn klachtrecht laten bijstaan.[30]
De rijksambtenaar die klachten heeft over feiten of gedragingen die zijn rechtspositie raken, kan terecht bij de Nationale Ombudsman.[31]

7.12 Bedrijfsrechtspraak

De in de vorige paragraaf genoemde geschillenprocedures leiden meestal niet tot bindende beslissingen. Dat ligt anders bij de zogenaamde bedrijfsrechtspraak. Sommige cao's kennen een echt onafhankelijke instantie die bindende uitspraken kan doen.[32] Het voordeel daarvan is dat men de beslissing binnen de bedrijfstak houdt. Vaak is zo'n instelling ook goedkoper en doet zij sneller uitspraak. De cao kent dan zelf een procedureregeling.[33]
Deze regelingen kunnen de werknemer ook wel eens beletten om naar de gewone rechter te stappen. Dat laatste is echter alleen mogelijk indien zowel de werkgever als de werknemer aan de cao zijn gebonden (voor de werknemer door lidmaatschap van een cao-partij). Is daarvan geen sprake, dan zou zo'n cao-constructie iemand tegen zijn wil afhouden van de rechter, die de wet hem toekent, en dat is in strijd met de Grondwet (art. 17) en met internationale verdragen (zie hoofdstuk 19). De minister mag zo'n cao-beding dan ook niet algemeen verbindend verklaren (art. 2, lid 5, onder a Wet AVV), ook niet als het de vorm heeft van een bindend advies dat marginale toetsing door de rechter openlaat.[34]
In verband met deze beperking heeft de bedrijfsrechtspraak in Nederland nooit een hoge vlucht genomen[35], afgezien van enkele sectoren zoals het grafisch bedrijf[36], de spoorwegen[37] en het bijzonder onderwijs.[38]

30 Een wetsvoorstel over dit onderwerp werd in 1992 door de Tweede Kamer verworpen (*Kamerstukken* 21 514); C.J. Loonstra, 'Het individueel klachtrecht: correctie op gezagsuitoefening', in: *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen: Wolters Noordhoff 1990, p. 51-67; K. Iest, *Klachtrecht van de individuele werknemer*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 1991; L.P.M. Klijn, *Klachtrecht van werknemers*, diss VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 1992.

31 Zie bijv. *AB/NJ* 1989, 156.

32 Deze instanties zijn te onderscheiden van geschillenprocedures die zijn ingesteld voor de cao-partijen zelf (zie daarover par. 10.21).

33 P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1984, p. 137-176.

34 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144.

35 P. Borst, 'Amerikaanse grievance arbitration en Nederlandse bedrijfsrechtspraak', *Sociale politiek opnieuw bedacht* (F. van der Ven-bundel), Deventer: Kluwer 1972, p. 28.

36 Vgl. F.F.M. Stolwijk, *De Collectieve arbeidsovereenkomst voor de typografie*, Haarlem 1948; F.F.M. Stolwijk, 'Bedrijfsrechtspraak in arbeidszaken', *Hedendaags Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1971, p. 296; D. Zoomer, 'De bedrijfsrechtspraak en ontslagvergunningsprocedure in de grafische industrie', *SMA* 1988, p. 781.

37 Vgl. E.H.A. van den Berg, 'Arbeidsgeschillen bij de NS, Herziening gewenst', *NJB* 1989, p. 1689.

7.13 De civiele rechter in arbeidszaken

Nederland kent – anders dan vele andere landen – geen speciale rechtbanken voor arbeidszaken.[39] Wel is er de bijzondere regeling dat als werknemer of werkgever in verband met de arbeidsovereenkomst procederen, zij – ongeacht de hoogte van de vordering – in eerste aanleg terecht komen bij de kantonrechter.[40] Er geldt een bescheiden griffierecht van *f* 120,–. Wordt echter over arbeidszaken geprocedeerd op grondslag van onrechtmatige daad (vgl. par. 2.8), dan geldt deze bijzondere regeling niet en komt men, in geval van een hoge vordering, al gauw bij de rechtbank uit.

Op twee punten is de toegang tot de kantonrechter wat eenvoudiger dan bij hogere instanties: er is geen procureur verplicht en de zaak kan desgewenst aanhangig worden gemaakt worden met behulp van een formulier in plaats van een dagvaarding (artt. 97-118 Rv).[41] Voor sommige procedures (bijv. ex art. 7:685 BW) volstaat een verzoekschrift.
De kantonrechter heeft ook een eigen procesrecht.[42] Hij kan de procesgang betrekkelijk actief benvloeden. Zo kan hij in elke stand van het geding partijen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bescheiden over te leggen. Veelvuldig wordt een comparitie gelast, nog voordat re- of dupliek plaatsvindt.[43]
Na de procedure bij de kantonrechter is hoger beroep mogelijk op de rechtbank en daarna cassatieberoep op de Hoge Raad. Daar is dan wel een procureur nodig en de griffierechten zijn er aanzienlijk.
Overigens wordt in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie overwogen om de kantongerechten te integreren in de rechtbanken[44], terwijl ook een nieuw procesrecht in voorbereiding is.

38 M.L. Smoor, 'Commissies van Beroep in het bijzonder onderwijs', *Overheidsrechter gepasseerd*, 1988, p. 260; B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977; dez., 'Commissies van Beroep Bijzonder onderwijs en burgerlijke rechter', *Een goede procesorde (Haardt-bundel)*, Deventer 1983, p. 239; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer: Kluwer 1991.

39 Vgl. M.B. Vos, 'Kantonrechter en arbeidsrecht', *Hedendaags Arbeidsrecht (Levenbach-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 355; A. Blom, 'De organisatie van de rechtspraak op het gebied van het arbeidsrecht', *SMA* 1977, p. 238; J.A. van Waarden, 'De rechtspraak in arbeidszaken', *SMA* 1982, p. 526; H. Naber, 'De kantonrechter als arbeidsrechter', *Trema* 1986, p. 14-28; H. Naber, 'Arbeidsrechtspraak in de Bondsrepubliek', *SMA* 1986, p. 254.

40 Voor procedures tussen de vennootschap en zijn bestuurders gelden bijzondere competentieregels (art. 2:131/241 BW), die erop neerkomen, dat meestal in eerste aanleg de rechtbank bevoegd is. Vgl. HR 1 juli 1993, *JAR* 1993/178 en HR 17 november 1995, *JAR* 1995/273.

41 Wél kan het voor werknemer uit een aantal (vooral Derde-Wereld)landen een hinderpaal zijn, dat een cautie gevraagd kan worden (art. 152 Rv), maar zulks is niet gepast indien de betrokkene onbemiddeld is, vgl. Hof 's-Gravenhage, 11 september 1990, *NJ* 1991, 350.

42 M.G. Rood, *Procesrecht in arbeidszaken*, Arnhem, 1994.

43 H. Stein, *Advokatenblad* 1991, p. 5; H. van Son, *NJB* 1991, p. 1692; A. van den Heuvel-de Vries, *AA* 1991, p. 380; P.A. Stein, *SR* 1991, p. 340; *Trema*-special 1992-1.

44 Zie *Kamerstukken* 21 206; J.H.M. Petri, 'De berechting in arbeidszaken in verband met

7.14 De rechtspraak in ambtenarenzaken

Ambtenaren[45] kunnen met geschillen over hun arbeidsverhouding niet terecht bij de civiele rechter. Zij kunnen beroep instellen bij de sector bestuursrecht van de rechtbank. Hierbij geldt een bescheiden griffierecht. In hoger beroep kunnen zij terecht bij de Centrale Raad van Beroep (art. 18 Beroepswet). Cassatie is niet mogelijk. De overheidswerkgever kan bij toewijzing van het beroep worden veroordeeld in de kosten van de procedure. Het procesrecht is geregeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).[46]
Typisch voor het ambtenarenrecht is dat men niet alleen in beroep kan tegen besluiten, maar ook tegen andere handelingen. Dit is mogelijk gemaakt omdat de ambtenaar een groot belang heeft bij ook de niet-juridische aspecten van zijn arbeidssituatie.
Men maakt een dergelijk beroep aanhangig door middel van een beroepschrift dat vormvrij is. Eerst dient men echter intern een bezwaarschrift in te dienen. Voor dat daarover wordt beslist moet de ambtenaar worden gehoord. Het besluit moet vervolgens worden heroverwogen en binnen zes weken na de indiening van het bezwaarschrift dient een gemotiveerde beslissing te worden genomen.

7.15 Spoedrecht in arbeidszaken

Kantongerechtsprocedures kunnen een flinke tijd in beslag nemen, maar het is mogelijk om de kantonrechter te verzoeken om met spoed voorlopige voorzieningen te treffen: artikel 116 Rv.[47] Een dergelijke voorziening kan al gevraagd worden zonder dat de hoofdzaak aanhangig is gemaakt. In de praktijk geeft men ook vaak de voorkeur aan een procedure in kort geding bij de president van de rechtbank (art. 289 Rv). Voor die procedure zijn wel een procureur en een dagvaarding nodig.[48] Tegen de beslissing van de kantonrechter over een voorlopige voorziening staat geen hoger beroep open; tegen de uitspraak in kort geding wel.

De spoedprocedures zijn er vooral ten behoeve van het snel ongedaan maken van onrecht (bijv. het vragen om toelating tot het werk bij schorsing). Zij lenen zich niet voor definitieve beslissingen, zoals verklaringen voor recht en de toewijzing van schadevergoeding. Dat behoort in bodemprocedures te worden beslecht. Wel is het soms mogelijk een voorlopig oordeel of een voorschot te verkrijgen.[49]

de overwogen opheffing van de kantongerechten', *SMA* 1989, p. 328.

45 In de zin van art. 1 Ambtenarenwet, benevens de gewezen ambtenaren en hun nagelaten betrekkingen of rechtverkrijgenden; niet sollicitanten van buiten de openbare dienst.

46 M.J.S. Korteweg-Wiers, *NJB* 1994, p. 45-48.

47 A.H. Bäuerle-Hetebrij, *Prg.* 1991, p. 633; S.G. Ellerbroek, *NJB* 1993, p. 1200; U. Frielink/J.B. de Groot, *Trema* 1992, p. 227; *Trema*-special 1992-1.

48 Vgl. D.J. Buijs en J.P.M. Zeijen, Het kort geding in het arbeidsrecht, *SR* 1987, p. 233.

49 HR 22 januari 1982, *NJ* 1982, 505; HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 84.

Ook voor ambtenaren kan de president van de rechtbank een voorlopige voorziening treffen (art. 8:81 Awb). Voor hen staat de weg naar de burgerlijke rechter in kort geding alleen open in gevallen waarin deze eigen spoedprocedure geen soelaas biedt.[50]

7.16 Rechtsbijstand in arbeidszaken

Minder draagkrachtigen kunnen – ook voor zaken in de sfeer van het sociaal recht – aanspraak maken op van overheidswege gefinancierde rechtshulp (Wet op de Rechtsbijstand). Of men recht heeft op toevoeging van een advocaat, hoe hoog de eigen bijdrage is die men moet betalen en of het geschil van voldoende belang is om erover te procederen wordt door de Raad voor de Rechtsbijstand beoordeeld aan de hand van maatstaven, die bij KB zijn vastgesteld.
Inlichtingen daaromtrent en een eerste gratis advies kan men verkrijgen bij de Bureaus voor Rechtshulp die zijn gevestigd in de grote en middelgrote gemeenten. Bovendien bestaan er in sommige steden zgn. rechtswinkels waarin rechtenstudenten of advocaten gratis rechtshulp verlenen.
Tenslotte heeft vanouds de vakbeweging voor haar leden een rechtskundige dienst ter beschikking staan. Vaak worden de juristen van deze dienst of bezoldigde vakbondsbestuurders door de leden gemachtigd om voor hen te procederen. Men moet zich wel realiseren dat ook bij gefinancierde rechtshulp bij verlies van de zaak veroordeling kan plaatsvinden in de kosten van de tegenpartij.

7.17 Procesbevoegdheid van vakbonden en andere organisaties

De vakbeweging kan meer doen dan rechtsbijstand aan zijn leden geven. De vakbond kan ook geheel zelfstandig een proces aanhangig maken, wanneer het geschil te herleiden is tot een in de cao verankerd recht.[51] Zij kan met name acties tot nakoming van de cao (versterkt door een dwangsom) en tot schadevergoeding instellen. Dit veel 'vergeten' recht is belangrijk, omdat langs deze lijn de klagende werknemer mogelijk anoniem kan blijven.[52]
Bovendien heeft de vakbond ook het recht tussenbeide te komen in welk rechtsgeding dan ook, wanneer daar cao-rechten aan de orde zijn (art.

50 Vgl. *TAR* 1986, p. 216 met noot Hirsch Ballin en Pres. Rb. Den Haag, 6 september 1989, *KG* 1989, 345; E.M. Veldstra, Het kort geding in het ambtenarenrecht, *SR* 1987, p. 240; H. Bolt, *De voorlopige voorzieningsprocedure*, Deventer, 1986; E. Zwart, *TAR* 1988, p. 526; D. Allewijn, *TAR* 1990, p. 151; HR 30 november 1990, *NJ* 1991, 492.
51 Vgl. art. 9, lid 2; 12, lid 2; 15-17 WCAO; 3, leden 2 en 4 Wet AVV.
52 Vgl. M.M. Olbers, Het normatieve deel der cao en zijn handhaving, *SMA* 1979, p. 611; M.M. Olbers, Handhaving van de cao, *SMA* 1986, p. 206; voorbeelden van dergelijke acties in HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 227; HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70; HR 10 september 1992, *JAR* 1992/100.

114, lid 2 Rv). Ten slotte heeft de vakbond een algemene procesbevoegdheid mits zij voldoende eigenbelang kan aantonen.[53]
Ook andere belangenorganisaties hebben inmiddels een zelfstandige procesbevoegdheid gekregen.[54] Dit is vervat in artikel 3:305a BW en artikel 1:2, lid 3 Abw.[55]

7.18 Procederen of schikken?

Als men een arbeidsgeschil heeft zal het niet altijd op een rechtszaak aankomen. De rechtshulpverlener kan soms de wederpartij overtuigen van diens ongelijk.
Soms ook zal de wederpartij juist met een tegenzet reageren: een eis in reconventie (of de dreiging daarmee). Wanneer bijvoorbeeld de werknemer een loonvordering aanhangig maakt tegen een werkgever die hij na een ruzie op staande voet heeft verlaten, dan kan het zijn dat de werkgever antwoordt met een vordering tot schadevergoeding (zie par. 8.25).
Hier ligt dan een taak voor de rechtshulpverlener om een schikking in de wacht te slepen. Hij kan dit alleen verantwoord doen indien hij de belangen van beide kanten en ook hun kansen zo juist mogelijk weet te taxeren.
Ook komt het steeds vaker voor dat de rechter een schikking probeert teweeg te brengen, wanneer hij meent dat er voor het standpunt van beide partijen iets te zeggen valt. Hiervoor is met name de mogelijkheid van comparitie na antwoord geschikt (art. 97 jo. 141 Rv).

7.19 Drempelverlaging

In een enkel geval heeft de wetgever, zich bewust van het feit dat werknemers tijdens de duur van de dienstbetrekking niet gauw een gang naar de rechter maken, een 'drempelverlagende' voorziening in het leven geroepen: in het kader van de wetgeving tegen discriminatie (zie par. 2.9 en 4.15) is een Commissie gelijke behandeling ingesteld. De werknemer zelf, maar ook bijvoorbeeld de werkgever, de ondernemingsraad of een belangenorganisatie kan die commissie in de arm nemen, die dan na een onderzoek haar 'zienswijze' geeft over het geschil. De commissie kan ook eigener beweging onderzoeken instellen en opinies geven (artt. 11-21 AWGB).[56]
Dergelijke opinies kunnen soms al genoeg zijn om het geschil uit de wereld te helpen. Komt het daar niet van dan zijn partijen vrij alsnog

53 Vgl. HR 1 juli 1992, *JAR* 1992/52 (alfa-hulpen).
54 Vgl. C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle 1980; De Jonge Balie, *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle 1988; A. Bos (red.) *Collectieve actie in het recht*, Nijmegen 1990; N. Frenk, *Kollectieve akties in het privaatrecht*, Utrecht 1994.
55 Vgl. P. van Buuren, *NJB* 1995, p. 20.
56 Y. Konijn, Commissie Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, *Nemesis* 1990, p. 195-200.

naar de kantonrechter te stappen.[57] De kantonrechter is niet gebonden aan het oordeel van de commissie, maar hij dient er in zijn vonnis wel terdege rekening mee te houden.[58]

7.20 Strafrechtelijke sanctionering en publiekrechtelijk toezicht

Het voorafgaande sloeg op procedures waarin het initiatief voor de handhaving van het arbeidsrecht van de betrokkene uitgaat. Een aantal wetten van het arbeidsrecht is echter zo belangrijk dat de wetgever deze niet voldoende achtte. In die gevallen heeft hij een ambtelijke dienst, de Arbeidsinspectie, belast met toezicht en strafrechtelijke sancties, ingesteld (zie par. 5.5 en 5.17).[59] Dat geldt met name voor de bepalingen van de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidsvoorzieningswet en de Wet arbeid vreemdelingen. Hun strafrechtelijke sanctionering is geregeld in de Wet economische delicten en valt onder de bevoegdheid van de economische strafrechter. Daarnaast is ook het verbod van discriminatie naar ras, geslacht, geloof, levensovertuiging en seksuele gerichtheid strafrechtelijk gesanctioneerd (par. 2.9-2.14).
Worden overtredingen van de strafbaar gestelde wettelijke bepalingen geconstateerd dan kan het Openbaar Ministerie een strafvervolging instellen.[60]
Men kan erover twisten of niet veel meer gedeelten van het sociaal recht strafrechtelijk gesanctioneerd moeten worden. Dat zou een remedie kunnen bieden voor de vaak tekortschietende handhaving door de direct betrokkenen (zie par. 7.9). Maar men moet daar niet te veel van verwachten, vanwege de overbelasting van de opsporings- en vervolgingsdiensten en de moeilijke bewijsbaarheid van met name de zgn. 'witte-boordencriminaliteit'. Het afschrikwekkende effect van strafsancties blijkt dan ook vaak nogal tegen te vallen.
Als een tussenoplossing heeft men in de Wet AVV (art. 10), de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag (art. 18a) en de Wet Gelijke Behandeling m/v (art. 21), geen strafsanctie opgenomen, maar wel in een vorm van publiekrechtelijke controle voorzien.

7.21 Bestuurssancties

Af en toe probeert de overheid de naleving van het sociaal recht ook nog kracht bij te zetten via haar eigen optreden als vergunningverlener, opdrachtgever, enz.

57 A.S.J. van Garderen-Groeneveld, Rechtsmiddelen tegen ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsovereenkomstenrecht, *TVVS* 1989, p. 218.
58 HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698.
59 Vgl. Th. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem 1987.
60 Vgl. zaak-Yilmaz, *Migrantenrecht* 1988, p. 241 en in *NJCM-Bulletin* 1988, p. 687 over de vele wederwaardigheden, die men kan beleven, als het OM weigert vervolging in te stellen.

Vroeger deed zij dat al in de bouwnijverheid: men gunde slechts werk aan aannemers die behoorlijke arbeidsvoorwaarden toepasten. En thans nog geldt in het beroepsgoederenvervoer over de weg dat transportondernemers hun vervoersvergunning kunnen verliezen wanneer zij zich niet aan de cao houden.[61]
Sommigen bepleiten een uitbreiding van deze sanctievorm in de richting van de anti-discriminatiewetgeving: het idee van contractcompliance, waarbij naleving van deze wetgeving als voorwaarde wordt gesteld voor het verstrekken van overheidsopdrachten.[62]

7.22 Internationaal privaatrecht in arbeidszaken

Veel arbeidsrechtelijke zaken hebben ook een internationaal tintje. Welk recht is bijvoorbeeld van toepassing op de Nederlandse chauffeur die werkt voor een Duits bedrijf en in Turkije een ongeval krijgt en daardoor arbeidsongeschikt wordt? En wat is de rechtspositie van werknemers die op booreilanden werken en daar langere tijd ook wonen?[63] Dit zijn kwesties van internationaal privaatrecht, waar voor het arbeidsrecht bijzondere regels zijn gemaakt.[64] Die zijn te vinden in het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO).[65]
Als de arbeidsovereenkomst een internationaal tintje heeft zonder dat werkgever en werknemer uitdrukkelijk een rechtskeuze hebben gemaakt dan is op een arbeidsovereenkomst van toepassing het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst *gewoonlijk* zijn werk verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld (*lex loci laboris*). Als de werknemer erg mobiel is en er niet een land te noemen is waar de werknemer *gewoonlijk* zijn arbeid verricht, dan is op de arbeidsovereenkomst van toepassing het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Blijkt echter uit het geheel der omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst nauwer met een ander land verbonden is, dan is het recht van dat andere land toepasselijk (art. 6, lid 2 EVO).[66]

61 Wet autovervoer goederen, art. 28a, 42a en 45a; vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 221-225; A.T.J.M. Jacobs & E.J.M. van Herk, 'Sociale aspecten van de Europese liberalisering van het beroepsgoederenvervoer over de weg', *SEW* 1995, p. 155.

62 Kabinetsstandpunt inzake 'contractcompliance', *Kamerstukken* 21 800 XV, nr. 57.

63 Voor werknemers op de booreilanden bestaat de Wet Arbeid Mijnbouw Noordzee (*Stb.* 1992, 592); A.A.H. van Hoek, Hoe Nederlands is werken in de off-shore?, *SR* 1991, p. 343.

64 Overzichten van het Nederlandse i.p.r. te vinden bij *Van der Grinten*, p. 272-273; M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlands internationaal privaatrecht*, Deventer 1988; Th. van Oorschot, 'Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlandse) internationaal privaatrecht', *SR* 1993, p. 132.

65 *Trb.* 1980, 156; 1991, 109, *Stb.* 1991, 53; *Kamerstukken* 21 059; hierover in het algemeen J. van Rijn van Alkemade, *AA* 1991, p. 399; L. Strikwerda, *SEW* 1991, p. 509; S.F.G. Rammeloo, *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht*, Köln 1992; vgl. Hof Den Haag 21 januari 1992, *KG* 1992, 184.

66 Voorbeelden bij Ktg. Utrecht 24 december 1992, *JAR* 1993/25; Ktg. Groenlo 7 juni 1993, *JAR* 1993, 185.

Het kan ook zijn dat werkgever en werknemer zelf al uitdrukkelijk het recht van een bepaald land in hun arbeidsovereenkomst hebben aangewezen.
Die zgn. rechtskeuze wordt gerespecteerd (art. 3 EVO), alleen kan zij er nooit toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat op grond van de eerder gegeven regels van toepassing zou zijn bij gebreke van een rechtskeuze (art. 6, lid 1 EVO).
En tenslotte verzekert artikel 7 EVO nog eens dat – ongeacht het recht dat een overeenkomst beheerst – de rechter toch steeds aan de dwingende bepalingen van een bepaald rechtstelsel toepassing kan geven.

Dus ook een Amerikaans bedrijf moet in Nederland het minimumloon betalen, zich aan de Veiligheidsbesluiten houden enz.[67] Omgekeerd zal een buitenlandse rechter op een arbeidsovereenkomst waarop het Nederlandse recht van toepassing is, maar die in het buitenland wordt uitgevoerd, heel vaak ook delen van het buitenlandse arbeidsrecht toepasselijk achten.

Wat de rechterlijke bevoegdheid bij dit soort contracten aangaat, geldt als hoofdregel dat de Nederlandse rechter bevoegd is als de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht. Krachtens het EEG-executieverdrag (art. 17) mogen echter de partijen bij de arbeidsovereenkomst ook een andere rechter aanwijzen.[68]

67 Over de vraag welke bepalingen als dwingend zijn aan te merken is discussie mogelijk, vgl. Stichting van de Arbeid, *Enkele aspecten van de sociale dimensie van Europa 1992*, 's-Gravenhage 1991.

68 Verdrag van 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101; vgl. Ktg. Hilversum 2 september 1992, *JAR* 1992/104; Hof 's-Hertogenbosch 14 april 1992, *NJ* 1992, 758; M. Polak, *Grenzeloos procederen*, Nijmegen, 1993; T. van Oorschot, De bevoegdheid van de Nederlandse rechter bij internationale arbeidsovereenkomsten, *SR* 1995, p. 151-157; Bodewes, Rechterlijke bevoegdheid bij internationale arbeidsovereenkomsten, *AR* 1994, p. 55.

8

De laan uit!

8.1 Ontslagrecht kern individueel arbeidsrecht

Het ontslagrecht[1] vervult een cruciale rol in het individuele arbeidsrecht. Een goede ontslagbescherming ondersteunt het 'recht op arbeid' van de werknemer,[2] maar is tevens van wezenlijk belang voor de werknemer als waarborg dat hij zijn overige rechten in de arbeidsverhouding tot gelding kan brengen. Daartegenover staat het belang van de werkgever bij een verantwoorde bedrijfsvoering; dit moet onder omstandigheden tot beëindiging van arbeidsverhoudingen kunnen leiden. Is het ontslagrecht te streng, dan is de neiging onder werkgevers groot om te kiezen voor meer flexibele arbeidsrelaties en minder vaste banen (zie par. 3.7). Het hele ontslagrecht wordt gekenmerkt door de noodzaak om deze tegengestelde belangen tegen elkaar af te wegen. Een ander dilemma is dat van enerzijds werknemers die al een baan hebben en die belang hebben bij een streng ontslagrecht tegenover de werkzoekenden die juist een kans op een arbeidsplaats willen krijgen en dus belang hebben bij doorstroming.[3]

De arbeidsovereenkomst kan op verschillende manieren worden beëindigd. Beide partijen kunnen de overeenkomst gezamenlijk beëindigen, bijvoorbeeld omdat de werknemer elders werk heeft gevonden. Het contract kan van rechtswege aflopen. Maar ook kan de werknemer ontslag *nemen* of de werkgever ontslag *geven*. Ontslag door de werkgever kan worden ingegeven door *persoonlijke* motieven – onvrede over het functioneren van de werknemer – of door *economische* redenen, zoals het teruglopen van de bedrijvigheid.

1 De term 'ontslag' wordt in dit boek in ruime zin gebruikt. Hij kan betrekking hebben op alle vormen van beëindiging van de arbeidsverhouding. Uit de context blijkt wanneer slechts wordt gedoeld op een eenzijdige beëindiging.

2 Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 219-232; zie ook par. 2.2.

3 Algemene beschouwingen over het ontslagrecht zijn te vinden bij L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer 1983; A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, Deventer 1985; H. Naber, *Ontslagrecht in Nederland*, tweede druk, Deventer 1983; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, Deventer 1986; P.F. van der Heijden, *Het ontslagrecht op de snijtafel*, Alphen aan den Rijn 1987.

8.2 Het dubbele ontslagrecht

Aan de opzegging stelde het BW sinds het begin van de eeuw wel formele eisen (zoals een zeer korte opzegtermijn), maar geen materiële (zoals de eis dat het ontslag op redelijke gronden berust). Pogingen om een verdergaande wettelijke ontslagbescherming tot stand te brengen hebben tot de Tweede Wereldoorlog steeds schipbreuk geleden.
In 1940 voerde de Duitse bezetter een systeem in, waarbij opzegging slechts mogelijk is met toestemming van een overheidsorgaan. Door een direct na de oorlog uitgevaardigde noodwet, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA), werd dit systeem in stand gehouden tot op de dag van vandaag.[4] Daardoor is voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst als regel een vergunning nodig van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA).
Het BBA was bedoeld om chaos op de naoorlogse arbeidsmarkt te voorkomen. Verwacht werd dat het vergunningenstelsel na de oorlog weer snel zou verdwijnen, maar dit is niet gebeurd. Het is gebleven bij een aantal gedeeltelijke aanpassingen van het ontslagrecht in het BW:
- 1954: versterkte ontslagbescherming op diverse punten[5]
- 1967: verlenging van opzegtermijnen
- 1976: toevoeging van enkele opzegverboden in het BW
- 1999: wet flexibiliteit en zekerheid.[6]

Maar omdat het BBA daarnaast bleef bestaan heeft Nederland een 'dubbel' ontslagrecht, waarvan de beide delen (BW en BBA) niet naadloos op elkaar aansluiten.[7] Zo is er zowel een preventieve toetsing van de redelijkheid van het ontslag (door de RDA) als een repressieve toetsing (achteraf door de rechter) op grond van kennelijke onredelijkheid van het ontslag mogelijk.

Het preventieve toezicht op ontslag wordt wel gekritiseerd omdat het belastender voor de ondernemer wordt geacht dan een rechterlijke toetsing achteraf, waartoe andere landen zich meestal beperken.[8] Voordelen

4 Over de geschiedenis van het ontslagrecht vooral H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht?*, Deventer: Kluwer 1981; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, deel I; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, hoofdstuk 2.

5 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn 1954.

6 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300, 336; op het moment van afronding van deze druk (juni 1998) was deze wet wel al vastgesteld, maar zou invoering plaatsvinden op 1 januari 1999. De tekst van deze druk is reeds aangepast aan de nieuwe situatie.

7 H.L. Bakels, 'De verhouding tussen het ontslagrecht van het BW en art. 6 BBA', *SMA* 1970, p. 429; P. Coehorst, 'Het spanningsveld tussen de beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst', *Goed en Trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle 1984, p. 341; W. Tonkens-Gerkema & F.H.J. Mijnssen, 'De ontwikkeling van het algemene privaatrecht en het arbeidsovereenkomstenrecht', *SMA* 1982, p. 467; H.L. Bakels, 'Het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht', *SMA* 1983, p. 136.

8 H. Naber, '45 jaar ontslagrecht in Nederland', *NJB* 1985, p. 893; Rapport Dereguleringscommissie Van der Grinten; A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werkne-*

van deze procedure liggen daarentegen in de bescherming van de werknemer tegen willekeurig ontslag en de duidelijkheid die zij aan partijen vooraf verschaft.[9] In 1994 heeft het toenmalige kabinet nog een wetsvoorstel ontworpen waarin het preventieve toezicht werd afgeschaft[10], maar het daaropvolgende kabinet achtte dit toezicht juist weer van belang met het oog op de bescherming van zwakke groepen op de arbeidsmarkt en de beheersing van het gebruik van de sociale verzekeringen. Wel werd door de Wet Flexibiliteit en zekerheid het ontslagrecht flexibeler gemaakt en op een aantal punten gemoderniseerd.

Sinds 1907 noemt het BW vier verschillende vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst:
a. einde van rechtswege,
b. beëindiging door beide partijen,
c. opzegging en
d. ontbinding door de rechter.

Deze zullen hieronder achtereenvolgens worden besproken.

A *Einde van rechtswege*

8.3 Drie vormen van einde van rechtswege

In de praktijk worden nog steeds de meeste arbeidsovereenkomsten aangegaan voor onbepaalde tijd en worden zij beëindigd doordat één van de partijen daartoe op een gegeven moment het initiatief neemt.
In een kleiner aantal gevallen komt aan een arbeidsovereenkomst automatisch een einde, zonder dat iemand het initiatief neemt. De arbeidsovereenkomst eindigt dan 'van rechtswege'.
Dit doet zich voor bij:
a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (par. 8.4);
b. de dood van de werknemer (par. 8.5) en
c. ontbindende voorwaarden (zie par 8.6).

Wij richten eerst onze blik op deze gevallen om daarna alle aandacht te schenken aan de veel ingewikkelder problematiek rondom de contracten voor onbepaalde tijd.

9 mers, Deventer 1985, p. 129.
M.J. van der Veen, 'De gevolgen van het weigeren van een ontslagvergunning door het GAB, een kwantitatieve oriëntatie', *SMA* 1984, p. 815; E.R. Blankenburg, L.H. van den Heuvel & A.J. Hoekema (red.), *Hoe goed werkt ontslagrecht?*, Rechtsvergelijkend onderzoek naar de werking van het ontslagrecht in Nederland, de Bondsrepubliek Duitsland en Groot-Brittannië, Deventer: Kluwer 1985.

10 *Kamerstukken II*, 22 977; Mededelingen Hugo Sinzheimer Instituut nr. 10, 1995.

8.4 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is bijvoorbeeld sprake als iemand uitdrukkelijk voor één jaar in dienst treedt. Na afloop van deze termijn zijn partijen dan weer vanzelf vrij ten opzichte van elkaar. De overeenkomst is van rechtswege geëindigd. De normale voor opzegging geldende regels zijn niet van toepassing (zoals ontslagvergunning, opzegverboden, opzegtermijnen, zie deel B). Dit maakt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een – vooral bij werkgevers – gewilde rechtsfiguur. Om nu te voorkomen dat dit zou leiden tot een volledige uitholling van de bij opzegging geldende bescherming voor de werknemer zijn hier in de wet en jurisprudentie op een vijftal punten toch nadere regels aan gesteld. Soms is in cao's de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nog verder aan banden gelegd, bijvoorbeeld doordat is gesteld dat dergelijke contracten slechts in bepaalde omstandigheden mogen worden afgesloten.

Een *eerste* kwestie betreft de vraag wanneer men nu precies met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van doen heeft. Het hoeft daarbij niet noodzakelijkerwijze om een kalenderperiode te gaan (hetgeen de wetgever laat blijken in art. 7:652, zesde lid). De rechtspraak heeft bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten geaccepteerd die waren aangegaan voor de duur van de bestrating van een weg[11], een reis (scheepvaart), een seizoen (suikerbietenoogst) of de ziekte van een vaste werknemer.[12] Doorslaggevend is dat het einde voldoende objectief bepaalbaar is en niet meer afhankelijk van de wil van één van de partijen.[13] Het bewijs dat de overeenkomst voor bepaalde tijd is afgesloten zal als regel door de werkgever moeten worden geleverd. Het is daarom verstandig om deze afspraak schriftelijk vast te leggen.

Het *tweede* probleem ontstaat wanneer in cao, reglement of de arbeidsovereenkomst zelf wordt gesteld, dat er voorafgaand aan het einde zal worden opgezegd. Zoals gezegd behoeft de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd normaliter geen opzegging, met als gevolg dat alle voor opzegging geldende bepalingen (ontslagvergunning, opzegtermijn e.d.) ook niet van toepassing zijn. Maar als in cao, reglement of de arbeidsovereenkomst zelf wél opzegging wordt voorgeschreven, dan gelden al die aan de opzegging verbonden eisen weer wél (art. 7:667, lid 2 BW). Als in die documenten andere woorden worden gebruikt, zoals 'waarschuwing' of 'aanzegging', dan weer niet! Doorslaggevend is dus het gebruik van het woord 'opzegging'![14]

Het *derde* vraagstuk is dat van de tussentijdse beëindiging van de ar-

11 Vgl. HR 12 november 1936, *NJ* 1937, 247.
12 HR 11 juni 1937, *NJ* 1937, 987.
13 HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243; kritiek hierop bij L.H. van den Heuvel, *Tussen vrijheid en bescherming*, oratie VU, Deventer: Kluwer 1988.
14 HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243; HR 23 maart 1962, *NJ* 1962, 167; HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 109.

beidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In beginsel kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door geen van beide partijen tegen de wil van de andere partij worden opgezegd.[15] Dit is echter wel mogelijk indien dit schriftelijk is overeengekomen en voor beide partijen (art. 7:667, lid 3 BW). In dat geval is echter wel het gehele ontslagbeschermende recht van toepassing[16], zodat men in gevallen van kortlopende contracten beter het contract gewoon kan laten aflopen.
Is er geen beding tot tussentijdse opzegging overeengekomen dan is deze weg onbegaanbaar. De enige mogelijkheid om in deze situatie zonder medewerking van de wederpartij de arbeidsovereenkomst op een rechtsgeldige wijze te beëindigen is (afgezien van een ontslag op staande voet, zie par. 8.24) een verzoek aan de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW, zie par. 8.27).
Wordt de arbeidsovereenkomst toch beëindigd zonder dat er een beding van tussentijdse opzegging is overeengekomen, dan kan de wederpartij in de eerste plaats de beëindiging vernietigen (art. 9 BBA 1945). Maar hij kan zich ook beroepen op de schadeplichtigheid van de wederpartij, in beginsel voor de resterende duur van de overeenkomst (art. 7:667, lid 2 BW).[17]

Het *vierde* vraagstuk gaat over de situatie waarin de contractsduur voorbij is en de betrokkene toch blijft doorwerken. Hebben partijen daarover niets zelf geregeld dan wordt de arbeidsovereenkomst geacht te zijn voortgezet op dezelfde condities en voor dezelfde tijd, doch voor ten hoogste één jaar. Dit geldt ook als er opzegging nodig was en dit niet tijdig is afgehandeld (art. 7:668, lid 1 en 2 BW). Dus iemand met een contract voor een half jaar die een poosje langer doorwerkt, heeft dan het recht om nog een vol half jaar door te werken.

Het *vijfde* probleem betreft het voorkomen van misbruik van contracten voor bepaalde tijd. Omdat een contract voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, zou de werkgever een werknemer voortdurend op contracten voor bepaalde tijd kunnen laten werken en hem daarmee de normale rechtsbescherming tegen ontslag onthouden. Om dat te voorkomen heeft de wetgever bepaald dat contracten voor bepaalde tijd die elkaar opvolgen na verloop van tijd overgaan in een contract voor onbepaalde tijd. Dat is het geval vanaf het moment dat tussen dezelfde partijen:

a. de overeenkomsten elkaar hebben opgevolgd in een periode van 36 maanden;
b. meer dan 3 overeenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd.

In dat geval geldt de laatste arbeidsovereenkomst vanaf het aangegeven

15 Alleen de werknemer kan bij een contract voor bepaalde tijd, dat langer duurt dan vijf jaar, altijd met inachtneming van een termijn van zes maanden opzeggen, ook wanneer daarover niets is overeengekomen (art. 7:684 BW).
16 HR 8 mei 1953, *NJ* 1953, 418.
17 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 468.

moment als aangegaan voor onbepaalde tijd. Tussenpozen van niet meer dan drie maanden worden hierbij buiten beschouwing gelaten.[18]
Ook periodes waarin tussentijds hetzelfde werk voor een uitzendbureau wordt gedaan, tellen mee, omdat dan de 'verschillende werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn'.[19] Van de regeling kan ten nadele van de werknemer alleen bij cao worden afgeweken (art. 7:668a BW).

8.5 Dood werknemer/werkgever

Voorts eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het overlijden van de werknemer. Wél is de werkgever in dat geval nog verplicht aan de nabestaanden van de werknemer onder bepaalde voorwaarden een overlijdensuitkering te verstrekken (art. 7:674 BW).
Overlijdt de werkgever – wat alleen speelt als dat een natuurlijk persoon is – dan eindigt de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege (tenzij uit de arbeidsovereenkomst het tegendeel voortvloeit), maar gaat zij in principe over op de erfgenamen. In dat geval mogen zowel de erfgenamen als de werknemer de arbeidsovereenkomst door opzegging (met inachtneming van alle daarbij geldende regels) beëindigen, óók als het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betrof. Zij moeten dat wel in betrekkelijk korte tijd doen (art. 7:675 BW).

8.6 Ontbindende voorwaarde

Het komt voor dat partijen in de arbeidsovereenkomst vooraf ook zelf bedingen dat in bepaalde gevallen de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Dergelijke bedingen zijn verdacht[20], omdat ze licht in strijd komen met de bedoeling van het ontslagrecht om de werknemer bescherming te bieden tegen een plotselinge en onredelijke beëindiging van de overeenkomst.[21] Zo zou een ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij ziekte van de werknemer het ontslagverbod bij ziekte ondermijnen!
Enkele voorbeelden van zulke bedingen zijn in het BW uitdrukkelijk nietig verklaard, namelijk bedingen die beëindiging voorzien wegens huwelijk, zwangerschap of bevalling (art. 7:667, lid 3 en 4). Maar de Hoge Raad heeft uitgesproken dat in beginsel een ontbindende voorwaarde is

18 De werknemer krijgt ook bescherming indien een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd is omgezet in één voor bepaalde tijd: HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678 (Ragetlie).
19 De zogenaamde 'draaideurconstructie' was vroeger al door de jurisprudentie aan banden gelegd: HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (Campina).
20 D. Christe, 'Hoge Raad billijkt ontbindende voorwaarde in ontslagrecht', *SR* 1992, p. 342; E.W. de Groot, 'Hoe open is het ontslagrecht?', *NJB* 1992, p. 1225; S.W. Kuip, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde: onzekerheid troef', *SMA* 1993, p. 163.
21 I.P. Asscher-Vonk, 'De ontbindende voorwaarden in arbeidsovereenkomsten', *SMA* 1978, p. 320; J.G.M. Arnold, *SMA* 1978, p. 624.

toegelaten, zolang die niet ertoe leidt dat het ontslag wordt ontdoken. Op deze wijze werd een ontbindende voorwaarde aanvaard in het geval dat anders de arbeidsovereenkomst 'vrijwel geheel doel zou missen' doordat – buiten de macht van de werkgever – niet meer gewerkt zou kunnen worden.[22] Anderzijds werd de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst eindigde bij sluiting van het bedrijf niet aanvaard, omdat hiervoor juist speciale ontslagregels bestaan.[23]

In de praktijk wordt nogal eens overeengekomen dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.[24] Zulke bedingen zijn in de rechtspraak nog niet verboden, maar worden in de literatuur steeds meer ter discussie gesteld.[25]

B Beëindiging door beide partijen

8.7 Beëindiging met wederzijds goedvinden

In de praktijk komt het regelmatig voor dat als één der partijen opzegt, de andere partij daarin toestemt. Ook kan een beëindigingsovereenkomst worden gesloten. In beide gevallen spreken we van 'beëindiging met wederzijds goedvinden'.
Partijen zijn onder alle omstandigheden vrij om hun arbeidsrelatie 'met wederzijds goedvinden' te beëindigen, ook wanneer dit bij eenzijdige opzegging niet geoorloofd is, bijvoorbeeld zonder opzegtermijn, zonder ontslagvergunning, tijdens zwangerschap.
Dat soort situaties doet zich nog al eens voor wanneer een werknemer meteen al een andere baan heeft of met werken in loondienst wil stoppen. Veel delicater zijn de situaties als die waarin de werknemer in overspannen toestand zijn baan opzegt, of argeloos een briefje tekent, waarin staat dat hij instemt met een hem gegeven ontslag. Vooral die laatste voorbeelden tonen aan dat men 'beëindiging met wederzijds goedvinden' zo nodig met een flinke portie argwaan moet beschouwen. Bij deze wijze van beëindiging is immers elke rechtsbescherming afwezig en bovendien verspeelt de werknemer er vaak zijn werkloosheidsuitkering mee (zie par. 14.11). Gezien de op het spel staande belangen van de werknemer mag met zo'n beëindiging niet te snel worden ingestemd en mag zij bij betwisting niet te snel worden aangenomen.

22 HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509.
23 HR 24 mei 1996, *NJ* 1996, 685, *JAR* 1996/141.
24 Vgl. HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 351. Ligt die leeftijd beneden de 65 jaar, waarop de AOW begint, dan is wel vereist dat de werkgever een adequate pensioenvoorziening (of 'VUT'-regeling) heeft getroffen, E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle 1989, p. 696-702.
25 W.F.C. van Megen & I.J.E.H.C. Degeling, De ontslagbescherming van oudere werknemers, *AA* 1988, p. 689; H. Naber, *Problemen rond de dienstbetrekking voor bepaalde tijd*, tweede druk, Deventer 1987, p. 69; A.T.J.M. Jacobs in: A.C.B.W. Doup (red.), *Leeftijdscriteria in het arbeidsbestel*, Alphen aan den Rijn 1990, p. 40-48; HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430.

Als basis geldt dat aan een 'beëindiging met wederzijds goedvinden' dezelfde vereisten moeten worden gesteld als aan het tot stand komen van overeenkomsten in het algemeen.[26] Zo'n beëindiging is dan ook vernietigbaar als deze tot stand is gekomen onder bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) of bij dwaling (art. 6:228 BW).[27] Met name als de werknemer zelf de overeenkomst beëindigt moet sprake zijn van een ondubbelzinnige en duidelijke wilsuiting, gericht op definitieve beëindiging van het dienstverband.[28] Ook kan de werknemer in elk geval nog terugkomen op zo'n stap zolang de werkgever het ontslag niet heeft aanvaard.[29]

Is het aanbod van de werknemer om ontslag te nemen door de werkgever geaccepteerd of heeft de werknemer ingestemd met een aanbod van de werkgever om hem te ontslaan, dan moet – conform het algemene burgerlijke recht – worden uitgegaan van de zogeheten *vertrouwensleer*.[30] Dat betekent dat de werkgever er in principe op mag hebben vertrouwd dat de werknemer zijn eigen ontslagneming heeft gewild of het hem aangeboden ontslag willens en wetens heeft aanvaard (art. 3:35 BW).
Omdat evenwel een misverstand op dit punt zulke ingrijpende gevolgen heeft heeft de rechtspraak op dit uitgangspunt twee correctiemogelijkheden ontwikkeld:

- Op de werkgever rust soms een *onderzoeksplicht*. Heeft bijvoorbeeld de werkgever de werknemer een verklaring van instemming met een verleend ontslag laten ondertekenen, dan moet hij onderzocht hebben of de werknemer de reikwijdte van zijn verklaring kon overzien.[31] De werkgever mag dan bijvoorbeeld niet gesuggereerd hebben dat het alleen om een financiële afrekening ging.[32] Bij een buitenlandse werknemer die onze taal niet goed beheerst, is deze onderzoeksplicht zwaarder dan bij een Nederlander.[33] Ook mag de werkgever niet zonder meer afgaan op de verklaring van een overspannen werknemer dat hij ontslag neemt. In zo'n geval moet hij even afwachten of de werknemer daar later niet op terugkomt, als hij gekalmeerd is.[34] Of op de werkgever deze onderzoeksplicht rust

26 Vgl. artt. 6:216-230 BW. Voor 'wederzijds goedvinden' in de zin van art. 6 BBA 1945 is dat uitgesproken in HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 183.

27 H.C.F. Schoordijk, De consequenties van de invoering van titel 3.2 NBW voor het burgerlijk ontslagrecht, meer in het bijzonder voor de aantastingsmogelijkheid van een door de werknemer vrijwillig genomen ontslag op grond van wilsgebreken, *Frenkel-bundel*, p. 145.

28 HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 316; HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2; HR 20 september 1991, *NJ* 1991, 785; HR 8 april 1994, *JAR* 1994, 95.

29 HR 23 januari 1981, *NJ* 1981, 392; HR 28 april 1995, *JAR* 1995, 111.

30 H.B. Eijpe, De beëindigingsovereenkomst – vrijwillig ontslag?, *SR* 1988, p. 360-365; J. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Deventer, 1992, p. 124-127.

31 HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267; Ans Verhaar, Gerechtvaardigd vertrouwen in ontslagzaken: de nuancerende werking van de onderzoeksplicht voor de werkgever, *AA* 1988, p. 83; HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390 (Ritico).

32 HR 17 januari 1969, *NJ* 1969, 251; HR 11 januari 1974, *NJ* 1974, 235; HR 25 maart 1988, *NJ* 1988, 582.

33 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457; HR 15 april 1983, *NJ* 1983, 458; HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 246; HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 247.

en zo ja in hoeverre, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.[35]

- Ook de redelijkheid en billijkheid kunnen een beroep op de vertrouwensleer beletten (art. 6:2 en 6:248 BW). Wilde de werknemer geen ontslag, dan kan hij alleen aan zijn andersluidende verklaring worden gehouden, indien de werkgever bij ongedaanmaking van het ontslag in een ongunstiger toestand komt (*nadeelvereiste*).[36] Aan het nadeelvereiste zal bijvoorbeeld voldaan zijn als de werkgever reeds een vervanger voor de betrokken werknemer in dienst heeft genomen.

De vraag of voldaan is aan de vertrouwensleer, de onderzoeksplicht en het nadeelvereiste wordt beoordeeld door de feitenrechter. De cassatierechter kan slechts bezien of de motivering van de feitenrechter voldoende is.[37]
Voor alles geldt de aanbeveling dat een werknemer niet met ontslag moet instemmen zonder al een andere baan te hebben en voor de werkgever dat hij niet te achteloos ontslag van de werknemer moet aannemen. Voor rechtshulpverleners is het dan nog goed te weten dat ook als het protest van de werknemer niet optimaal is geweest, de onderzoeksplicht en het nadeelvereiste soms nog mogelijkheden bieden.

C *Opzegging*

8.8 Opzegging

Opzegging vindt plaats als één der partijen eenzijdig de wil uit om de arbeidsovereenkomst te verbreken. Zo'n opzegging moet aan verschillende voorwaarden voldoen.
Voorafgaande opzegging is als regel vereist voor de beëindiging van een overeenkomst voor bepaalde tijd (art. 7:667, lid 4 BW) en voor een overeenkomst voor bepaalde tijd indien dat is overeengekomen of de wet of het gebruik dat bepalen (art. 7:667, lid 2 BW).
Elke opzegging moet voldoen aan de eis dat hiervoor op verzoek van de wederpartij schriftelijk de reden wordt opgegeven (art. 7:669 BW). Dit geldt ook voor een opzegging in de proeftijd.

34 HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 223.
35 HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951.
36 HR 29 november 1974, *NJ* 1975, 211 en HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 223; HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 (Westhoff/Spronsen) en HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951 (Ben Amran/Silversteyn). T. Hartlief & R.J. Tjittes, 'Vertrouwensleer, nadeel en beperkende werking', *NJB* 1989, p. 156, met reactie J.L.M. Elders, *NJB* 1989, p. 961.
37 HR 16 juni 1989, *NJ* 1989, 655.

8.9 Opzegverboden in BW en AWGB

Buiten het BBA is het de werkgever verboden de arbeidsovereenkomst te beëindigen *gedurende:*

- ziekte, zolang die nog geen twee jaar heeft geduurd of is aangevangen nadat een ontslagvergunning is aangevraagd (art. 7:670, lid 1 BW)[38];
- zwangerschap en aansluitend tot zes weken na het bevallingsverlof (art. 7:670, lid 2 BW)[39];
- militaire dienst of vervangende dienst (art. 7:670, lid 3 BW)[40];
- leden van een ondernemingsraad[41] of daarmee gelijk gesteld medezeggenschapsorgaan (art. 7:660, lid 4 BW)[42];
- een geschil over verlof voor deelneming aan openbare colleges (art. 7:660, lid 6 en 7:643 BW);

en *wegens:*

- het lidmaatschap van een vakbond (art. 7:660, lid 5 BW);
- het bijwonen van vergaderingen van openbare colleges waarvan de werknemer lid is (art. 7:660, lid 6 en 7:643 BW);
- wegens het geldend maken van het recht op ouderschapsverlof (art. 7:660, lid 7 BW);
- het feit dat de werknemer een beroep heeft gedaan op zijn recht op gelijke behandeling van man en vrouw (art. 7:647, lid 1 BW);
- in strijd met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur of wegens een beroep daarop (art. 7:648, lid 1 BW);
- in strijd met of wegens een beroep op de Algemene Wet Gelijke Behandeling (art. 8 AWGB). Hieronder valt ook opzegging wegens huwelijk of bevalling van de werknemer.[43]

Bij cao of arbeidsovereenkomst kan het aantal opzegverboden worden uitgebreid. Ook kan er van de wettelijke opzegverboden worden afgeweken, maar alleen voor de situatie van ziekte en dienstplicht.[44]

38 Zelfs het aanzeggen van ontslag tijdens ziekte is niet geoorloofd, gezien de psychische druk die dit veroorzaakt, HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 292.

39 W.C. Monster, *Bescherming van het moederschap*, diss. Nijmegen, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 163-208.

40 Deze regeling is met name nog van belang voor buitenlandse dienstplichtigen (vgl. *Stb.* 1991, 473).

41 De rechtspraak oordeelt daarbij verschillend over de vraag of deze bescherming met zich brengt, dat OR-leden pas als laatste de poort uit hoeven te gaan in geval van reorganisatie, vgl. Ktg. Utrecht 20 april 1983, *NJ* 1984, 221; Ktg. Breda 26 september 1983, *NJ* 1984, 223.

42 Het gaat hier om leden van de groeps- of centrale ondernemingsraad, een vaste commissie daaruit, een onderdeelcommissie en een personeelsvertegenwoordiging als bedoeld in de WOR, een arbocommissie uit de Arbowet, een Europese ondernemingsraad, een bijzondere onderhandelingsgroep of een vertegenwoordiger in een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers op grond van de Wet op de Europese Ondernemingsraden.

43 W.C. Monster/M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 62-78; J.A. Bijker, 'Ontslagbescherming van de zwangere en/of de onlangs bevallen werkneemster/ambtenaar', *SR* 1990, p. 172. Over het bewijs van de begindatum van de zwangerschap HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 561.

Het systeem van wettelijke opzegverboden is in beginsel gesloten. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk de nietigheid van een ontslag in te roepen wegens vermeende strijdigheid van het ontslag met de openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW).[45]

Wordt opgezegd in strijd met de genoemde opzegverboden dan kan de werknemer deze opzegging vernietigen door binnen twee maanden na de beëindiging een beroep te doen op de vernietigingsgrond. Vervanging van de vernietigbaarheidssanctie door een vordering wegens schadeplichtigheid van de werkgever is niet mogelijk (art. 7:677, lid 5 BW). Een vordering terzake (bijvoorbeeld van loon of wedertewerkstelling) moet binnen zes maanden worden ingesteld (art. 7:683, lid 2 BW).
De opzegverboden zijn ook van toepassing op de arbeidsovereenkomst van bestuurders van vennootschappen, ook als die uit hun bestuurdersfunctie in het kader van de vennootschap worden ontslagen.[46]

De opzegverboden staan echter niet in de weg aan:
- opzegging tijdens de proeftijd of op staande voet (art. 7:670b, lid 1 BW);
- indien de werknemer schriftelijk met het ontslag instemt (art.7:670b, lid 2 BW);
- opzegging wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel waarin de werknemer werkzaam is, behoudens tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof (art. 7:670b, lid 2 BW).
- het aflopen van een contract voor bepaalde tijd;
- opzegging door de curator na faillissement van de werkgever.

Indien een opzegverbod van kracht is zal de Regionaal Directeur de werkgever die een vergunning voor ontslag aanvraagt daarop wijzen en geen vergunning verlenen.[47] Het opzegverbod kan echter wél worden doorbroken door ontbinding door de kantonrechter. Deze zal zich er echter van moeten vergewissen of het ontbindingsverzoek verband houdt met een opzegverbod (zie par. 8.27).
De opzegverboden richten zich alleen tot de werkgever. De werkneemster kan bijvoorbeeld wél wegens haar bevalling ontslag nemen.

44 Uitvoeriger over opzegverboden L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer 1983, par. 5; H.N. Brouwer, Naar een meer uniform stelsel van opzegverboden, *De NV* 1985, p. 212; L.H. van den Heuvel, *SMA* 1985, p. 740.

45 HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (Nedlloyd); C.G. Scholtens & Th.P. ten Brink, 'Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?', in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn; Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 77.

46 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265; D. Christe, Hoge Raad dicht gat in rechtspositie van vennootschappelijk bestuurder, *SR* 1993, p. 61.

47 W.J.M. van Tongeren, Ontslag tijdens ziekte, *NJB* 1982, p. 811.

8.10 Voorafgaande toetsing

Een lichtere graad van bescherming geldt een aantal betrokkenen bij de medezeggenschap en arbeidsomstandigheden:
- kandidaten voor het lidmaatschap van ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;
- werknemers die in de laatste twee jaar lid waren van de ondernemingsraad of daarmee gelijk gesteld medezeggenschapsorgaan[48];
- leden van voorbereidingscommissies van de (groeps-, centrale of gewone) ondernemingsraad;
- mentoren of deskundigen (bijvoorbeeld bedrijfsartsen) op grond van art. 8, lid 5 en 17, lid 1 Arbowet.

De lichtere graad van bescherming houdt in dat ontslag wel mogelijk is, maar dat voorafgaande toestemming van de kantonrechter is vereist. Deze overtuigt zich ervan dat de beëindiging geen verband houdt met het feit dat de betrokkene werknemersvertegenwoordiger, mentor of arbodeskundige is. Tegen de uitspraak staat geen hoger beroep of cassatie open (art. 7:670 a BW).

Dezelfde uitzonderingen als bij de ontslagverboden zijn van toepassing (zie art. 7:670b BW).

8.11 Opzegverbod van het BBA

Artikel 6 BBA verbiedt de werkgever om de arbeidsverhouding op te zeggen zonder toestemming van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA, zie par. 2.2). Het verbod ziet behalve op arbeidsovereenkomsten ook op andere vormen van arbeid, waardoor sommige flexibele arbeidsverhoudingen er ook onder kunnen vallen (zie art. 1 BBA).[49] Op dit verbod bestaan echter ook heel wat uitzonderingen.

De belangrijkste uitgezonderde *groepen werknemers* betreffen:
- particulier huishoudelijk personeel in deeltijd[50],
- werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam[51],
- personeel in het bijzonder onderwijs[52],

48 Dit betreft de centrale en de groepsondernemingsraad, een commissie van die raden, een personeelvertegenwoordiging (WOR), de arbocommissie (Arbowet), de Europese ondernemingsraad of vertegenwoordigers in het kader van informatieverstrekking en raadpleging in het kader van de WEOR.

49 Vgl. C.E.M. van den Boom, *De ontslagpraktijk van het arbeidsbureau*, derde druk, Deventer: Kluwer 1992, p. 57-61.

50 Voor zover werkzaam op doorgaans minder dan drie dagen per week.

51 Het criterium voor de vraag of een orgaan een publiekrechtelijk lichaam is, is dat het ontslagbeleid volledig in handen van de overheid ligt, HR 15 januari 1971, *NJ* 1971, 305.

52 Zie voor het onderwijzend en docerend personeel art. 2 BBA; voor het overig personeel Ministeriële beschikkingen van 1973 en 1992. Zie ook HR 19 oktober 1979, *NJ* 1980, 57 en HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 725. Vgl. B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor*

- geestelijke functionarissen[53], en
- directeuren van NV's en BV's (artt. 2 en 6 BBA).

Uitgezonderde *soorten van opzegging* zijn:
- wegens dringende reden,
- tijdens de proeftijd,
- ten gevolge van faillissement (art. 6, lid 2 BBA).

Uiteraard staat dit opzegverbod ook niet in de weg aan het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden of indien deze van rechtswege eindigt. Het is de werknemer wel toegestaan om zonder vergunning de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

8.12 Sancties op overtreding opzegverbod BBA

Indien de werkgever het opzegverbod krachtens het BBA overtreedt, kan de werknemer de opzegging vernietigen (art. 9, lid 1 BBA). Hij moet dat binnen zes maanden doen (art. 9, lid 3 BBA). Voor het inroepen van de nietigheid is een mondelinge mededeling aan de werkgever al voldoende, maar om het te kunnen bewijzen is het verstandig om dit per aangetekende brief aan de werkgever te doen, waarvan men een kopie houdt.
Is de nietigheid ingeroepen dan geldt formeel-juridisch dat het dienstverband nimmer verbroken wordt geacht. De werknemer kan dan desgewenst op grond van artikel 7:628 BW doorbetaling van loon vorderen, vermeerderd met de verhoging van artikel 7:625 BW (die de rechter echter kan matigen, zie paragraaf 4.4 en 8.25) en de rente van artikel 6:119-120 BW.
Voorwaarde is wél dat de werknemer die op deze wijze werd ontslagen zijn bereidheid en beschikbaarheid tot het verrichten van arbeid onmiddellijk kenbaar heeft gemaakt (zie par. 4.10).
Ook kan de werknemer de rechter in kort geding of bij voorlopige voorziening vragen om de werkgever te gelasten hem weer tot het werk toe te laten (zie par. 6.3 en 7.13). Hij moet dat echter wel direct doen en niet pas in een later stadium.[54]
Ten slotte is het mogelijk dat de werknemer die zonder ontslagvergunning werd ontslagen, zich beperkt tot het schadeplichtig stellen van de werkgever (zie par. 8.23).[55]

8.13 Procedure ontslagvergunning

De RDA is voor zijn ontslagtaak onafhankelijk van het Regionaal of

leerkrachten in het bijzonder onderwijs, Zwolle 1977, par. 7.12; H.C. Naves, 'Kunnen universiteiten om de directeur GAB heen?', *School en Wet* 1989, p. 93; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer: Kluwer 1991, hoofdstuk IX.

53 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 702.
54 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801.
55 HR 24 november 1961, *NJ* 1962, 54.

Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening, doch vervult deze taak op grond van zijn wettelijke bevoegdheid. De procedure voor het verkrijgen van een ontslagvergunnning is deels geregeld in de wet en verder in een Ministeriële regeling.[56] De Minister kan verder een RDA ook aanwijzingen geven, maar deze mogen geen individuele gevallen betreffen (art. 6, lid 3-5 BBA).
Een ontslagvergunning wordt aangevraagd bij de Regionaal Directeur. Deze (in de praktijk namens hem een ambtenaar) hoort beide partijen (meestal schriftelijk).[57] In dit stadium kan er soms nog wel tussen partijen worden bemiddeld. Zo heeft het vergunningenstelsel ook een preventieve functie. Lukt dit niet, dan gaat het dossier naar een adviescommissie[58], waarin de werknemers- en werkgeversorganisaties zijn vertegenwoordigd. Daarna beslist de RDA, die een eensluidend advies van de commissie meestal zal volgen. Ontslagvergunningen moeten als regel binnen vier tot zes weken worden verleend. Ingewikkelde zaken kunnen echter langer duren. Soms voert de werknemer alleen verweer om zijn uitkering veilig te stellen (zgn. formeel verweer, zie par. 14.12). Dan kan de procedure korter duren, maar toch zal de RDA kritisch toetsen of niet te gemakkelijk van de WW wordt gebruik gemaakt.

8.14 Toetsingsmaatstaven ontslagvergunning

De Ministeriële regeling geeft als algemene toetsingsmaatstaf dat de RDA beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is, in aanmerking nemende de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voorzover de overige regels van de regeling zulks inhouden.
De RDA zal een vergunning verstrekken als de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit bedrijfseconomisch oogpunt een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. De bedrijfseconomische argumenten zal de RDA niet erg diepgaand toetsen, maar wel de vraag wie om deze reden voor ontslag in aanmerking komt.
Een werkgever zal een vergunning ook verkrijgen als het functioneren van de werknemer in de onderneming onhoudbaar is, bijvoorbeeld wegens ruzie of onbekwaamheid. De RDA zal dan echter eerst nagaan of de situatie werkelijk zo ernstig is en of er geen andere oplossing binnen de onderneming te vinden is (bijv. overplaatsing). Ook zal hij beoordelen of de oorzaak niet ligt in de arbeidsomstandigheden in het bedrijf. Bij ontslag van gehandicapte werknemers dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij de werknemer redelijkerwijs niet kan herplaatsen in een andere passende functie.

56 De ministeriële regeling was bij het afronden van deze druk nog niet beschikbaar. Deze zou echter niet veel verschillen van het voorafgaande Delegatiebesluit 1993 (*Stcrt.* 1993, 241, zoals nadien gewijzigd), zodat dit in deze tekst wordt gevolgd.

57 C.C.M. den Ouden & A.J.C.M. Wilthagen, 'Ontslagzaken bij het arbeidsbureau', *Beleidswetenschap* 1989, p. 99.

58 In sommige bedrijfstakken vervult een vertrouwensinstantie de rol van adviescommissie of is de adviescommissie landelijk georganiseerd (journalisten).

8.15 Voorwaardelijke ontslagvergunning

In het algemeen mogen geen voorwaarden aan de toestemming verbonden worden, dus ook niet bijvoorbeeld het eisen van een gouden handdruk van een goed lopend bedrijf.[59] Wel kan een aanbod van de werkgever om een afvloeiingsregeling te treffen het oordeel van de Regionaal Directeur natuurlijk in positieve zin beïnvloeden.
De enige uitzondering die de Ministeriële regeling noemt betreft de voorwaarde bij ontslag wegens overtolligheid dat de werknemer bij voorrang wordt teruggenomen als de werkgever in het eerstkomende halfjaar weer een vacature krijgt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat deze voorwaarde rechtsgeldig is. Wordt deze voorwaarde niet nageleefd, dan is de toestemming voor het ontslag komen te vervallen en kan de werknemer weer een beroep doen op de vernietigingsgrond.[60]

8.16 Collectief ontslag

Ingeval een werkgever 20[61] of meer werknemers binnen een periode van drie maanden in de regio van één Regionaal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening wil ontslaan, moet hij dit als zodanig melden bij de RDA en de vakorganisaties (art. 3 en 4 Wet Melding Collectief Ontslag).[62] In dat geval geldt een bijzondere procedure[63] waarbij de RDA de ontslagaanvragen een maand terzijde legt en op de hoogte moet worden gesteld van de raadpleging van vakorganisaties en ondernemingsraad.[64] Bij de melding moet de werkgever aangeven hoeveel werknemers het betreft uit welke categorieën, de ontslagcriteria en de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen.
Merkt de Regionaal Directeur bij de zoveelste aanvraag voor een ontslagvergunning binnen drie maanden dat een collectief ontslag plaatsvindt dat ten onrechte niet als zodanig is gemeld, dan wacht hij met het behandelen van de ontslagaanvragen verder totdat de melding volgens de regels is gedaan en neemt hij bovendien een wachtperiode van twee maanden in plaats van één maand in acht (art. 7 WMCO).

59 Bij de behandeling van de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft de Minister van SZW wel een onderzoek naar deze mogelijkheid toegezegd, vgl. P.F. van der Heijden, *NJB* 1998, p. 643-646; R.H. Beltzer, R. Knegt & A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen,* Den Haag: Sdu 1998.
60 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.
61 Sommige cao's bevatten nog lagere getallen, M.M. Olbers, Fusies en kollektief ontslag, *SMA* 1983, p. 145. Vraagt de werkgever voor minstens vijf werknemers aan de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer dan tellen ook deze mee.
62 *Stb.* 1976, 223; gewijzigd *Stb.* 1993, 386.
63 A.P.M. Houtman, *Kollektief ontslag*, Deventer 1973; T. Havinga, *Arbeidsbureau en collectief ontslag*, Groningen 1989; J. van Schaik, 'Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen' en H.J. de Bijll Nachenius, 'Reorganisaties en sluitingen', in: W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 116, resp. p. 146; L.J. Sarlemijn, *Reorganisatie, medezeggenschap en ontslag*, Deventer: Kluwer 1995.
64 Deze raadpleging kan verplicht zijn op grond van art. 25 WOR, zie par. 11.4.

De wachtperiode van één of twee maanden geldt niet (met toestemming van de Minister) indien de wachttijd de herplaatsing van de werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de onderneming in gevaar zou brengen of de vakorganisaties verklaren dat zij zijn geraadpleegd (artt. 6, lid 3, 6a en art. 7, lid 4 WMCO).

De werkgever moet de vakorganisaties in ieder geval raadplegen over de mogelijkheden om collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen en over de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale-begeleidingsmaatregelen, in het bijzonder om bij te dragen tot herplaatsing of omscholing van de ontslagen werknemers. Veelal wordt dan onderhandeld over een 'sociaal plan' een regeling omtrent de gevolgen van een bedrijfsinkrimping voor het personeel, zoals de ontslagcriteria, vergoedingen, recht op ander passend werk etc.[65]
Verkeert de onderneming in staat van faillissement dan moet de curator het collectief ontslag in elk geval bij de vakbonden melden.[66] Een ontslagvergunning is dan echter niet nodig. Melding bij de RDA is in dit geval alleen vereist als deze daarom vraagt.[67]

Bij de beoordeling van de aanvraag om vergunning voor collectief ontslag ziet de RDA ook toe op een juiste keuze tussen de voor ontslag in aanmerking komende werknemers. Daarbij spelen twee uitgangspunten een belangrijke rol. Voorop staat het *anciënniteitsbeginsel*.[68] Per bedrijfsvestiging en per categorie uitwisselbare functies dienen de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking te worden gebracht. Dit is een objectief beginsel dat beoogt willekeur te vermijden en oudere werknemers te beschermen. Om vergrijzing van de onderneming te voorkomen kan dit bij collectieve ontslagen van 20 of meer werknemers echter worden gecorrigeerd door de *afspiegelingsregel*. Die bewerkstelligt dan de verdeling van ontslagen naar evenredigheid over de diverse leeftijdsgroepen. Binnen de leeftijdsgroep wordt dan weer het anciënniteitsbeginsel toegepast.
Het anciënniteitsbeginsel kan ook buiten beschouwing worden gelaten voor werknemers die over bijzondere kennis of bekwaamheden beschikken en voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt. Ook moet het minder streng worden toegepast, wanneer de uitkomst een duidelijke discriminatie van een bepaalde groep zou opleveren.[69]

65 J.M. van Slooten, 'De aard en werking van het sociaal plan', *SR* 1995, p. 362; J. van der Hulst, 'Toepassing of afwijking van het sociaal plan? Een analyse van de jurisprudentie', *SR* 1998, p. 84-90.

66 J. Bloemarts, 'De positie van werknemers en hun vertegenwoordigers bij faillissement en surseance van betaling', *SR* 1988, p. 180.

67 In een sociaal plan overeengekomen vergoedingen hebben geen voorrang op andere vorderingen in het faillissement, HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

68 M. Brink, 'Het anciënniteitsbeginsel', *SMA* 1986, p. 578; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, p. 344-357.

69 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch, 17 april 1994, *NJ* 1985, 202 (Van Dam) en J.M. van Bokhoven daarover in *Nemesis* 1984/85, p. 112.

8.17 Beroep tegen beslissing RDA

Tegen de beslissing van de RDA staat geen beroep open op een administratieve rechter.[70] Wel kan men uiteraard een klacht tegen de handelwijze van de RDA indienen bij de RDA zelf, bij de Minister van SZW en bij de Nationale Ombudsman[71], maar dit zal gewoonlijk niet leiden tot een andere beslissing.
Wel acht de burgerlijke rechter vorderingen tegen de RDA uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) ontvankelijk, ingeval de RDA elementaire rechtsbeginselen heeft geschonden.[72] Dit rechtsmiddel kan echter de beslissing zelf evenmin ongedaan maken.[73] Wel kan hierbij een schadevergoeding worden gevorderd, indien deze niet reeds is ontvangen uit kennelijk onredelijke opzegging. In de praktijk worden al deze mogelijkheden weinig benut.

Bij een afwijzende beslissing probeert de werkgever soms later opnieuw een vergunning te verkrijgen indien daar nieuwe argumenten voor zijn. Daarnaast richt deze nogal eens een verzoekschrift aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van gewichtige redenen (zie par. 8.27).
Deze procedure heeft sterk aan populariteit gewonnen en wordt ook vaak direct gekozen als alternatief voor de RDA-procedure.

Wordt de vergunning juist wél verleend, dan kan de werknemer die het daarmee niet eens is bij de kantonrechter een vordering instellen op grond van kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW, zie par. 8.18).

8.18 Kennelijk onredelijke opzegging

Naast de preventieve toetsing van ontslagen door de RDA heeft sinds 1954 ook de rechter de bevoegdheid tot een toetsing van de redelijkheid van de opzegging, zij het achteraf (repressief): te vinden in artikel 7:681 BW. Maar omdat de toetsing door de RDA is blijven bestaan, is de voorziening van artikel 7:681 BW altijd in de schaduw gebleven. Deze toetsing komt immers niet alleen later, maar is ook beperkt tot 'kennelijke onredelijkheid'. Dat is een marginale toetsing: geen redelijk handelend werkgever had dat ontslag moeten kunnen geven. Een opzegging waarvoor eerst een vergunning door de RDA is verleend, zal dus maar

70 In art. 6, lid 10 BBA is beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven, in de bijlage op grond van art. 8:5 Algemene wet bestuursrecht op de bestuurssector van de rechtbank uitgesloten.

71 J. Kerstens, De klachtspraak in arbeidszaken door de Nationale Ombudsman, *SR* 1986, p. 244; vgl. *AB* 1989, 32.

72 Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, NJCM-Bulletin 1989, p. 181; Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12; de procedure van het BBA zelf voldoet waarschijnlijk ook niet aan de eisen die art. 6 EVRM stelt aan een behoorlijk proces (vgl. EHRM 28 juni 1990, Series A, vol. 179; *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782).

73 P.F. van der Heijden/G.J.J. Heerma van Voss, 'Sociaal recht en 40 jaar EVRM' in: A.W. Heringa e.a. (red.), *40 jaar EVRM*, Leiden 1990, p. 210-211.

zelden toch nog kennelijk onredelijk zijn. Uitgesloten is dat overigens niet: de rechter kan wel degelijk tot een ander oordeel komen dan de RDA, zeker waar hij verplicht is de hele zaak tot in al zijn aspecten opnieuw te beoordelen.[74]
Een zonder vergunning ontslagen werknemer zal doorgaans eerst een beroep doen op de vernietigingsgrond van artikel 9 BBA, want een beroep op artikel 7:681 BW brengt die mogelijkheid niet. Toch heeft artikel 7:681 BW geleidelijk meer betekenis gekregen. Dat geldt vooral voor de gevallen waarin het BBA niet van toepassing is (bijv. een directeur van een NV), de RDA een misslag maakte of een ontslagen werknemer aanspraak meent te kunnen maken op een (hogere) schadevergoeding.

Wanneer is een opzegging 'kennelijk onredelijk'?[75] De wet noemt vijf voorbeelden, maar ook andere zijn mogelijk:
1. geen, voorgewende of valse redenen;
2. de gevolgen zijn te ernstig voor de wederpartij;
3. ontslag met het oog op militaire dienst;
4. ontslag in strijd met verhoudings-/anciënniteitsregels;
5. ontslag wegens werkweigering voortkomend uit gewetensbezwaren.

De drie laatste gronden gelden alleen als de werkgever ontslag heeft verleend.
De eerste grond sanctioneert dat er – buiten de proeftijd – alleen gemotiveerd mag worden ontslagen. De vierde grond sanctioneert dat bij collectieve ontslagen ook volgens het boekje (zie par. 8.16) geselecteerd wordt. De tweede grond geeft in feite de rechter de kans om ook alle gevolgen van een ontslag voor betrokkenen in zijn beschouwing te betrekken. Als een werknemer bijvoorbeeld na een jarenlang dienstverband plotseling op straat komt te staan met weinig perspectieven op voortzetting van zijn carrière elders, dan kan de rechter overwegen dat dit kennelijk onredelijk is, als daar niet een behoorlijke afvloeiingsregeling voor is getroffen.[76]
Aldus heeft de rechter het verstrekken van een afvloeiingsregeling bij ontslag (de 'gouden handdruk') in de hand gewerkt. Soms bevatten ook cao's algemene afvloeiingsregelingen en soms zijn de afvloeiingsregelingen ad hoc vastgelegd in sociale plannen, die bij gelegenheid van een collectief ontslag worden opgesteld.

Maar dat alles betekent allerminst dat een afvloeiingsregeling nu altijd

74 HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 783; HR 5 april 1991, *NJ* 1991, 422.
75 Bepalend is of de reden kennelijk onredelijk was op het moment van de opzeggng, HR 20 maart 1987, *NJ* 1988, 17; HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 412; M. Brink, Het toetsingsmoment bij kennelijk onredelijk ontslag, *Prg.* 1987, p. 649.
76 Vgl. HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78; zelfs kan een ontslag kennelijk onredelijk zijn als degene die ontslagen is grond voor ernstige verwijten heeft gegeven: HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185; blijkens HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 502 kunnen de iao-partijen contractueel de kennelijk-onredelijkheidstoetsing al in zekere banen leiden door bijv. al een afvloeiingsregeling af te spreken, vgl. HR 7 april 1995, *JAR* 1995, 98; W.J.M. van Tongeren, *SMA* 1996, p. 34.

verplicht is.[77] Nog steeds wordt in Nederland jaarlijks aan duizenden werknemers regelmatig ontslag verleend zonder enigerlei afvloeiingsregeling.
Veel werkgevers gaan ervan uit dat ze zich dat kunnen veroorloven zolang de werknemer daar niet over gaat procederen. Zij weten dat de RDA hun geen afvloeiingsregeling kan opleggen (zie par. 8.15) en dat de werknemer die er tevoren niet zeker van kan zijn óf de kantonrechter ex artikel 7:681 BW een afvloeiingsregeling zal opleggen en hoe hoog die zal uitvallen, er juist daardoor van afgehouden wordt om over een afvloeiingsregeling te gaan procederen. Dit te meer nu ook nog onduidelijk is, in hoeverre een afvloeiingsregeling toch weer afgetrokken kan worden van WW-aanspraken.
Het gevolg is dat het verstrekken van afvloeiingsuitkeringen eigenlijk alleen maar een maatschappelijke praktijk is in bepaalde segmenten van de arbeidsmarkt: hoger betaalden, werknemers met een langdurig dienstverband en werknemers die zich op een duidelijke regeling in cao of sociaal plan kunnen beroepen.

Wat de bewijslast betreft is het uitgangspunt dat degene die kennelijk onredelijke opzegging stelt (meestal de werknemer) dit ook moet bewijzen. Wel kan van de wederpartij (meestal de werkgever) worden gevergd dat deze voldoende feitelijke gegevens verstrekt om tot dit bewijs te kunnen komen.[78]
Soms zal de rechter krachtens zijn bevoegdheid overgaan tot volledige omkering van de bewijslast.[79]

Als de rechter een opzegging kennelijk onredelijk acht wordt daarmee de opzegging niet vernietigbaar, maar wel heeft de rechter twee andere sancties ter beschikking[80]:
- de schadevergoeding (art. 7:681 BW);
- de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682 BW).[81]

De werknemer die zijn baan wil terugkrijgen zal een veroordeling van de werkgever tot *herstel van de arbeidsovereenkomst* moeten vorderen. Maar zelfs als hij die van de rechter verkrijgt, is hij niet zeker of hij op zijn oude arbeidsplaats kan terugkeren. De wetgever heeft namelijk bepaald dat als de werkgever daarom vraagt, de rechter een afkoopsom *moet* vaststellen (art. 7:682 lid 3 BW). Daardoor is de sanctie van herstel

77 Het ontslag moet bijvoorbeeld wel relevante financiële consequenties hebben gehad, HR 3 september 1993, *JAR* 1993/223.
78 HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 624; HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 5; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 596; A. Hoffmans, De kennelijk onredelijke beëindiging, stilstand of dynamiek, *SR* 1991, p. 45, met reactie p. 215.
79 B. Bosman, *Omkering bewijslast bij kennelijk onredelijk ontslag*, Tilburg 1993.
80 Vgl. L.H. van den Heuvel, 'Sancties in het ontslagrecht', *Bakels-bundel*, p. 95-99.
81 L.H. van den Heuvel, 'Enkele problemen rond het herstel van de dienstbetrekking', *SMA* 1978, p. 455; dez., 'Behoud van de dienstbetrekking', *Prg.* 1986, p. 207; HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 5.

van de arbeidsovereenkomst in de praktijk niet tot bloei gekomen. In de schaarse gevallen dat ze voorkomt bepaalt de rechter per wanneer dit herstel moet plaatsvinden en treft hij zo nodig voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen (vergoeding van gemist inkomen e.d.), welke de breuk in de arbeidsverhouding heeft veroorzaakt (art. 7:682, lid 2 BW).

Meestal leidt een procedure wegens kennelijk onredelijke opzegging louter tot een vordering om *schadevergoeding*. Daarin kan alle door het ontslag veroorzaakte schade worden gevorderd, dus ook pensioenschade en immateriële schade.
Op deze grondslag kan de rechter de partij die ontslag heeft verleend, de facto een (hogere) afvloeiingsregeling opleggen (zie hierboven). Er moet echter de nadruk op worden gelegd dat de wetgever de rechter geheel vrij heeft gelaten in de mate waarin hij dit soort vorderingen toewijst. De rechter pleegt alle omstandigheden van het geval in zijn overwegingen te betrekken (dus ook bijv. de mate van verwijtbaarheid van de werknemer), hetgeen in theorie heel bevredigend is, maar in de praktijk ook een grote rechtsonzekerheid meebrengt (zie nader onder par. 8.27).[82]

8.19 Opzegtermijnen

Wanneer ontslag geoorloofd is (en dus opzegvergunning en opzegverboden geen probleem vormen) moeten voor een opzegging ook nog opzegtermijnen in acht worden genomen. De wet bevat hiervoor een aantal minimumtermijnen, die vaak in het arbeidscontract, de cao of het reglement zijn verlengd (art. 7:672 BW).

De wettelijke termijnen voor de werkgever bedragen wanneer een arbeidsovereenkomst op de dag van de opzegging:
a. korter dan vijf jaar heeft geduurd: een maand;
b. vijf tot tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
c. tien tot vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden en
d. vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.[83]

Indien de RDA voor het ontslag toestemming heeft verleend, wordt deze termijn met een maand verkort, maar blijft in elk geval minimaal een maand. Deze termijnen kunnen verder slechts worden verkort bij cao en schriftelijk worden verlengd.

De opzegtermijn van de werknemer bedraagt een maand. Deze termijn mag schriftelijk worden verlengd of verkort. Verlenging mag slechts tot een maximum van zes maanden. Bovendien moet de termijn voor de werkgever dan minstens het dubbele bedragen dan die voor de werkne-

82 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer: Kluwer, 1992, p. 114-116.

83 De werknemers boven 45 jaar die op 1 januari 1999 in dienst waren behouden het recht op de oude, langere opzegtermijnen (art. 7A:1637i/j BW-oud) zolang zij bij dezelfde werkgever in dienst blijven (art. XXI Wet Flexibiliteit en zekerheid).

mer. De cao mag van dit laatste weer afwijken, zolang de termijn van de werkgever in elk geval niet korter is dan die voor de werknemer.

Er moet een samentelling van tijdvakken plaatsvinden, wanneer herstel van de arbeidsovereenkomst heef plaatsgevonden op grond van art. 7:682 BW of bij korte onderbreking.[84]

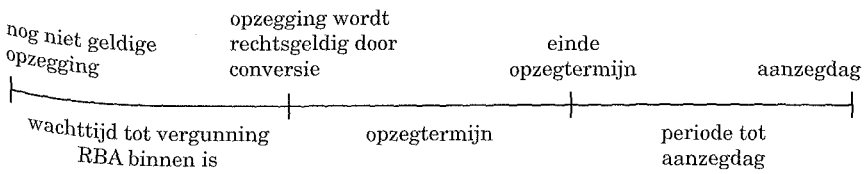
8.20 Conversie

Het komt vaak voor dat al wordt opgezegd voordat een ontslagvergunning is verkregen of dat deze pas naderhand alsnog wordt aangevraagd. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de eerste opzegging vernietigbaar is, maar dat op het moment van het verkrijgen van de vergunning wel de nietige opzegging van rechtswege wordt omgezet in een geldige. Men noemt dit de conversieleer.[85] Dit betekent dat de partij die opzegt de opzegging niet behoeft te herhalen. De opzegtermijn gaat lopen vanaf het moment dat de ontslagvergunning de wederpartij heeft bereikt.[86]

8.21 Aanzegdag

Met het bepalen van de opzegtermijn zijn we er nog niet. Tenslotte moet ook nog de dag worden vastgesteld waartegen het ontslag mag ingaan. Pas met ingang van deze zgn. 'aanzegdag' kan de arbeidsrelatie beëindigd worden (art. 7:672, lid 1 BW).
De aanzegdag is het einde van de maand, tenzij bij schriftelijke overeenkomst of door het gebruik een andere dag is aangewezen.[87] Zo kan bijvoorbeeld in een uitzendovereenkomst een aanzegdag op kortere termijn zijn afgesproken.

De totale met een opzegging gemoeide periode kan dus schematisch omvatten:



84 HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90.
85 Herhaald in HR 23 januari 1981, *NJ* 1981, 284. Vgl. C.H.J. van Leeuwen, 'Conversie kwam te paard, gaat zij te voet?', *NJB* 1982, p. 773.
86 Ten aanzien van het ontvangen van de opzegging HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 449.
87 Vgl. over het gebruik B.S. Frenkel, *AA* 1977, p. 167.

8.22 Opzegtermijn bij faillissement

De curator in een faillissement hoeft nooit een langere opzegtermijn in acht te nemen dan de wettelijke of overeengekomen termijn, en in elk geval nooit langer dan zes weken.[88] Hetzelfde geldt voor de werknemer van wie de werkgever failliet is (art. 40 Fw). Bij een faillissement van de werkgever kan het systeem van de aanzegdag (par. 8.21) nooit tot een verlenging van de opzegtermijn leiden.[89]
Bij surseance van betaling geldt voor de werkgever dat hij de wettelijke en overeengekomen termijnen in acht moet nemen tot een maximum van zes weken of als de termijn bedoeld in art. 7:672, lid 2 langer is, met inachtneming van die langere termijn. De werknemer behoeft de termijn van art. 7:672, lid 3 niet in acht te nemen (art. 239 Fw).

8.23 Onregelmatige opzegging en schadeplichtigheid

Als één der partijen de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd zonder zich precies te houden aan de regels omtrent de opzegtermijn en aanzegdag heet dat een onregelmatige opzegging. Het rechtsgevolg daarvan is niet de vernietigbaarheid van de opzegging. De arbeidsovereenkomst is hoe dan ook rechtsgeldig geëindigd op die te vroege datum. Er is alleen sprake van schadeplichtigheid (art. 7:677, lid 2 BW).[90] De wederpartij kan dan kiezen uit twee vorderingen:
1. een gefixeerde schadevergoeding op de voet van artikel 7:680 BW of
2. een volledige schadevergoeding.

De *gefixeerde schadevergoeding* komt neer op een bedrag gelijk aan loon[91] over de termijn die de dienstbetrekking bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Partijen kunnen dat bedrag voor de werknemer niet lager, maar bij schriftelijke overeenkomst wel hoger stellen. Verlaagd kan het bedrag worden door de rechter, die een beperkte matigingsbevoegdheid heeft (art. 7:680, lid 5). Wordt een gefixeerde schadevergoeding gevorderd, dan behoeft men de aanwezigheid en de omvang van de schade niet te bewijzen en te stellen. Wanneer een onregelmatige opzegging tevens kennelijk onredelijk geacht, dan kunnen de gefixeerde schadevergoeding én de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW bij elkaar worden opgeteld.
Het alternatief, de *volledige schadevergoeding* (art. 7:677, lid 4 BW), lijkt meer dan het is. Het omvat volgens jurisprudentie van de Hoge Raad niet alle schade die uit de opzegging voortvloeit, maar slechts de schade veroorzaakt door het niet in acht nemen van de opzegtermijn.[92] Zou er

88 L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Alphen aan den Rijn 1981; P.A. Stein & W.M. Levelt-Overmars, preadviezen, *Handelingen NJV* 1986, deel I, eerste stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.
89 HR 22 mei 1970, *NJ* 1970, 419.
90 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 468; zie over het begrip schadeplichtigheid HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 255.
91 Over dat begrip zie HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 255.

nog andere schade zijn, dan kan die gevorderd worden via een beroep op 'tekortkoming in de nakoming' (art. 6:74 BW, zie par. 8.28).[93]
De volledige schadevergoeding van artikel 7:677, lid 4 BW is dan ook alleen voordeliger als er sprake is van inkomstenderving buiten het loon, bijvoorbeeld door het wegvallen van provisie of fooien. En dan nog niet altijd! Soms zal ook in die gevallen de gefixeerde schadevergoeding voordeliger zijn, namelijk als er binnen korte tijd een nieuwe werkkring wordt aanvaard. Men krijgt immers bij een gefixeerde schadevergoeding het loon over de volledige opzegtermijn, óók als er nauwelijks of geen schade is geleden.[94]

Indien de werknemer de werkgever schadeplichtig acht, moet hij de voortijdigheid van het ontslag bewijzen.[95] Vorderingen wegens schadeplichtigheid verjaren na zes maanden.[96]

8.24 Ontslag op staande voet

Al hetgeen hiervoor gezegd werd over opzegtermijnen, opzegverboden en de benodigdheid van een ontslagvergunning verliest gelding, wanneer er redenen zijn voor ontslag op staande voet.[97] Men vindt dit onderwerp geregeld in de artikelen 7:677-679 BW.
Volgens de wet is elk van de partijen bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij (art. 7:677, lid 1 BW). Een dringende reden betreft dan volgens de volgende artikelen 'zodanige daden, eigenschappen of gedragingen' van de werknemer respectievelijk 'omstandigheden' die tengevolge hebben dat van de wederpartij 'redelijkerwijze niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren'.

De redenen voor ontslag op staande voet moeten dus aan twee eisen voldoen:

- Ze moeten gelijktijdig worden *meegedeeld*. Men kan er niet later mee komen, tenzij de redenen volkomen duidelijk zijn.[98] Wél accepteert de rechter, dat feiten die de werkgever pas na het ontslag op staande voet bekend zijn geworden, kunnen bijdragen tot het bewijs van dringende reden.[99]

92 HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106.
93 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.
94 HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 52, *JAR* 1995/152.
95 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 235.
96 Art. 7:683, lid 1 BW. De verjaring wordt gestuit door het indienen van een eis (art. 3:316 BW).
97 Zie art. 7:670b, lid 1; 677, lid 1 BW en art. 6, lid 2 onder a BBA. S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer: Kluwer 1993.
98 HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 100; HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 282; HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 504.
99 HR 31 december 1993, *JAR* 1994/31.

– Ze moeten *dringend* zijn. Dat wil zeggen, niet gevergd moet kunnen worden dat de dienstbetrekking wordt voortgezet. Dat moet *objectief* zo zijn dat wil zeggen niet alleen voor degene die ontslag geeft/neemt, maar ook voor een derde.

Wil de dringende reden leiden tot een rechtsgeldig ontslag op staande voet, dan is echter ook vereist dat de reden *subjectief* dringend is. En dat moet daaruit blijken dat de daad bij het woord wordt gevoegd. Wie langer laat/blijft doorwerken, toont aan dat dit kan en dat de reden subjectief niet als dringend wordt ervaren.[100] Deze eis blijkt uit het woord 'onverwijld' in art. 7:677, lid 1 BW. Onverwijld houdt echter wel in dat men een korte tijd mag nemen indien dit nodig is voor nader onderzoek, verhoor van de werknemer, overleg met een advocaat, etc.[101]

De feiten die bij ontslag op staande voet voor de rechter betwist worden zijn in de regel zo divers, dat uit de rechtspraak weinig algemene regels kunnen worden afgeleid. Wél heeft de wetgever al in de wet een aantal voorbeelden gegeven van mogelijke dringende redenen, maar of die in een concreet geval ernstig genoeg zijn om ontslag op staande voet te rechtvaardigen, moet steeds opnieuw worden afgewogen aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval.[102]
De cassatierechtspraak van de Hoge Raad heeft zich toegespitst op het ontwikkelen van 'harde subregels' of 'vuistregels'. Als de feitenrechter die heeft miskend – of ten onrechte is uitgegaan van het bestaan van zo'n regel – kan cassatie zinvol zijn. Anders hoeft men tegen een ontslag op staande voet niet in cassatie te gaan, aangezien de vraag of van een werkgever of werknemer in redelijkheid gevergd kon worden de dienstbetrekking te laten voortduren sterk met waarderingen van feitelijke aard is verweven.[103]

Tot die subregels behoren uitspraken als:
– dat een ontslag op staande voet al mogelijk is vóórdat de dienstbetrekking een aanvang heeft genomen[104];
– dat een feit dat op zichzelf geen dringende reden oplevert, dat karakter kan krijgen in verband met een tevoren gegeven waarschuwing, de zgn. druppel-emmer-doctrine[105];
– dat 'verwijtbaarheid' in het gedrag van de wederpartij weliswaar

100 HR 24 januari 1995, *NJ* 1995, 450.
101 A.M.R.G.L. Noy, Rek in de onverwijldheid bij ontslag op staande voet, *NJB* 1986, p. 633; F.J.C.M. de Kok, Heeft de Hoge Raad het voorwaardelijk ontslag op staande voet geïntroduceerd?, *SMA* 1984, p. 421, met reactie Ph.H. Porel, *SMA* 1985, p. 307.
102 Derhalve is ook niet bij voorbaat in de arbeidsovereenkomst vast te leggen, welke gronden tot ontslag op staande voet zullen leiden, vgl. HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 450; zie ook W.J.M. van Tongeren, 'De vaststellingsoveenkomst in het arbeidsrecht', *SMA* 1996, p. 34.
103 Vgl. R.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, *SMA* 1982, p. 508; HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 513; HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350; HR 3 maart 1989, *NJ* 549.
104 HR 5 februari 1954, *NJ* 1954, 782.
105 HR 12 juni 1953, *NJ* 1953, 638.

gebruikelijk is, maar toch geen strikte voorwaarde is voor ontslag op staande voet[106];
- dat wangedrag voldoende reden kan zijn voor ontslag op staande voet, ook al was de werknemer door zijn psychische situatie niet toerekeningsvatbaar[107];
- dat verduistering of fraude bijna steeds ontslag op staande voet rechtvaardigt, zelfs al werpt de werknemer tegen, dat dit tot de 'bedrijfscultuur' behoorde[108];
- dat het weigeren van opdrachten (zie par. 6.7) en het verzwijgen van gegevens tijdens sollicitatiegesprekken (zie par. 2.8)[109] in beginsel een dringende reden kan opleveren;
- dat niet-nakoming van een nietig beding in de arbeidsovereenkomst een ontslag op staande voet in beginsel niet kan rechtvaardigen[110];
- dat het herhaalde malen nalaten aan de werkgever mede te delen dat men afwezig is wegens ziekte een dringende reden kan opleveren.[111]

De bewijsvoering speelt in deze zaken veelal een hoofdrol. Daarom is het van belang dat de Hoge Raad in een aantal arresten nadere regels over de bewijsvoering heeft gegeven.[112] Als regel zal op degene die de dringende reden aanneemt ook de bewijslast daarvan rusten, al kan de andere partij tegenbewijs leveren.[113] Wordt in de procedure slechts een deel van de gestelde feiten bewezen dan kan dat voldoende zijn als dat deel op zichzelf een objectief en subjectief dringende reden oplevert en dit voor de wederpartij duidelijk was.[114]
Ondanks al deze jurisprudentie weet men nooit zeker of een ontslag op staande voet rechtsgeldig gegeven of genomen kan worden. Het blijft altijd een gok, al zijn de kansen door bovenstaande rechtspraak iets beter te taxeren.

8.25 De zware gevolgen van ontslag op staande voet

Neemt de werknemer ontslag op staande voet, terwijl daarvoor geen dringende reden was, dan kan de werkgever hem schadeplichtig houden (op grond van art. 7:677, lid 1 BW), waarbij het in feite alleen gaat om het loonbedrag over de niet in acht genomen opzegtermijn (par. 8.23). Voor

106 Dit is in de literatuur wel vaak bepleit, maar door de Hoge Raad steeds afgewezen; zie S.W. Kuip, 'Opzet of schuld bij dringende redenen', *SMA* 1989, p. 403.
107 HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549.
108 HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 128.
109 HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 489.
110 HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 188.
111 M.G. Rood, 'Ontslag op staande voet, ziekte en de Hoge Raad', *NJB* 1983, p. 1101. Bij ziekte in het buitenland volstaat soms melding bij de plaatselijke controlerende instanties, HR 5 februari 1988, *NJ* 1988, 894.
112 Vgl. HR 19 september 1980, *NJ* 1981, 131; HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 143; HR 1 juni 1984, *NJ* 1984, 721; HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 107.
113 HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508. Vgl. voor fraude HR 10 augustus 1992, *JAR* 1992/75.
114 HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 185.

andere schade kan de werkgever de werknemer aanspreken via een beroep op 'tekortkoming in de nakoming' (art. 6:74 BW, zie par. 8.28).

Als de werknemer terecht door de werkgever op staande voet ontslagen kon worden, dan is hij niet alleen zijn baan kwijt, maar ook – met onmiddellijke ingang – zijn loon.[115] Als 'opzet' of 'schuld' aanwezig is, kan de werkgever hem ook nog voor schadeplichtig houden (art. 7:677, lid 3 BW) en voor overige schade de werknemer aanspreken via een beroep op 'tekortkoming in de nakoming' (art. 6:74 BW, zie par. 8.28).[116]

Blijkt achteraf dat de werknemer ten onrechte op staande voet is ontslagen, dan keert dit wapen zich als een boemerang tegen de werkgever. Zo'n ontslag zal bijna altijd per definitie vernietigbaar zijn, omdat er geen ontslagvergunning aanwezig is (zie par. 8.12). Dit heeft tot gevolg dat de werkgever na afloop van een wellicht zeer lange juridische procedure niet alleen de werknemer weer werk moet aanbieden, maar hem bovendien alsnog het loon over de gehele periode sinds het ontslag moet betalen, vermeerderd met verhogingen en rente (zie par. 4.4).
Om dit risico te beperken kan de werkgever proberen, hetzij bij de RDA een 'ontslagvergunning voor zover vereist' te verkrijgen, hetzij bij de kantonrechter een 'voorwaardelijke ontbinding' (zie par. 8.27). Aldus wordt bereikt dat – mocht het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd blijken – de schadelijke gevolgen beperkt blijven tot de periode van het verkrijgen van vergunning/ontbinding en de opzegtermijn.[117]
Niet elke kantonrechter is echter bereid om een voorwaardelijke ontbinding uit te spreken, omdat dit werkgevers daardoor in de verleiding zouden kunnen komen om sneller naar het zware middel van ontslag op staande voet te grijpen.

Wel heeft de wetgever na een lange discussie[118] de mogelijkheid vastgelegd dat een loonvordering van de werknemer die gebaseerd is op de vernietigbaarheid van de opzegging, door de rechter kan worden gematigd (art. 7:680a BW). Dit kan echter alleen indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.[119] Bovendien mag de matiging niet lager uitkomen dan de opzegtermijn

115 Het loon kan ook niet op basis van de redelijkheid en billijkheid nog een tijd van de werkgever gevorderd worden: HR 14 februari 1975, *NJ* 1975, 252; deze begrippen komen in het ontslagrecht slechts een zeer beperkte eigen ruimte toe, aangezien het ontslagrecht op zichzelf voldoende ruimte bevat voor de toepassing van 'redelijkheid en billijkheid', aldus A-G Koopmans onder HR 30 juni 1995, *JAR* 1995, 152 met verdere verwijzingen, terwijl hij waarschijnlijk geen of minder WW-uitkering krijgt (zie par. 14.11).

116 HR 26 november 1977, *NJ* 1977, 268.

117 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 250.

118 Vgl. R.A.A. Duk, 'Loonmatiging: steen der wijzen of steen des aanstoots?', *Bakels-bundel*, p. 39; C.H.J. van Leeuwen, 'Hoever reikt de matigingsarm van de Hoge Raad?', *NJB* 1986, p. 130; J. Mannoury, 'Matiging van loonvorderingen', *Prg.* 1989, p. 625; C.G. Scholtens, 'De matiging van de loonvordering', *SMA* 1991, p. 222.

119 Vgl. HR 1 juni 1990, *NJ* 1990, 715. De matiging mag ook niet zonder meer plaatsvinden tijdens op-non-actiefstelling van de werknemer: HR 1 juli 1993, *JAR* 1993/177.

volgens artikel 7:672 en mag niet worden gematigd beneden het loon over een periode van drie maanden.[120] Na zo'n matiging is de arbeidsovereenkomst verder krachteloos geworden.[121]
Matiging zal bijvoorbeeld aan de orde zijn in het geval van een betrekkelijk korte duur van het dienstverband in relatie tot de loonvordering, indien de werknemer een verwijt treft ter zake van het ontslag, indien hij onvoldoende heeft gesolliciteerd of heeft kunnen beschikken over elders genoten inkomsten of indien de werkgever in een benarde financiële positie verkeert.[122]

Gezien het keiharde karakter van het ontslag op staande voet en de risico's die ermee gepaard gaan is wel voorgesteld deze ontslagvorm te vervangen door een schorsingsregeling.[123]

De werknemer vraagt de rechter na een ontslag op staande voet dikwijls om een voorlopige voorziening. Wijst de rechter zijn verzoek om toelating tot het werk en/of doorbetaling van loon toe, dan geeft dit al een voorlopige indruk dat de werknemer een redelijke kans maakt in de bodemprocedure tegen het ontslag.[124]

8.26 Proeftijd

Partijen kunnen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een proeftijd overeenkomen (art. 7:652 BW).[125] Aan deze mogelijkheid ligt de gedachte ten grondslag dat partijen desgewenst de gelegenheid moeten hebben om, alvorens voor de toekomst gebonden te zijn, zich gedurende een periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaars hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid.
Met het oog op de belangen van de werknemer bij een zo kort mogelijke periode van onzekerheid heeft de wetgever de maximumduur van de proeftijd strikt aan banden gelegd. Deze moet schriftelijk worden overeengekomen[126] en voor beide partijen gelijk zijn. Bovendien is de duur beperkt:

- tot ten hoogste twee maanden voor:

120 Vgl. HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207; HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 503; HR 3 januari 1986, *NJ* 1986, 700.
121 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801.
122 Vgl. W. Reehorn, 'Een praktijkonderzoek naar de rechterlijke matiging van loonvorderingen', *SMA* 1987, p. 750.
123 G.C. van Spaendonck, Ontslag aan het ontslaan op staande voet, *NJB* 1979, p. 973, met reacties *NJB* 1980, p. 289, doch dit voorstel is nooit overgenomen.
124 R.R.F. van der Mark, 'Ontslag op staande voet en kort geding', *Advocatenblad* 1985, p. 171.
125 L.H. van den Heuvel, 'Opzegging van de dienstbetrekking tijdens de proeftijd', *SMA* 1984, p. 415; D. Christe, 'Aantekeningen bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470; C.J. Loonstra, *Prg.* 1993, p. 855-860.
126 Soms is opneming van een proeftijdbeding in de cao aanvaard, Ktg. Tilburg 12 april 1990, *Prg.* 1990, nr. 3258.

  - een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en
  - een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor twee jaren of langer;
- tot ten hoogste een maand voor:
  - een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor korter dan twee jaren en
  - een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarbij het einde niet op een kalenderdatum is gesteld.

Een proeftijdbeding waarin een langere termijn is overeengekomen is nietig. De rechtspraak houdt aan deze termijn streng de hand (ijzeren-proeftijddoctrine).[127] Een beding met een langere proeftijd wordt ook niet omgezet in één voor de wel toegestane periode.[128] Ook als de werknemer door ziekte niet kon worden beproefd, kan de proeftijd niet langer duren of worden opgeschort.[129] Verlenging van een proeftijd is onder alle omstandigheden uit te sluiten.[130] En een nieuw proeftijdbeding, waardoor de gezamenlijke proeftijd langer wordt dan twee maanden is nietig. Overeenkomstig het doel van de proeftijd is wel aanvaard dat een nieuwe proeftijd wordt overeengekomen aan het begin van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij verandering van functie. Voorwaarde is dat in de nieuwe functie duidelijk nieuwe vaardigheden of verantwoordelijkheden worden geëist, waarover in de vorige functie geen inzicht kon worden verkregen.[131]

De reden voor al deze beperkingen in de proeftijd is vooral dat gedurende deze periode met name de werknemer vrijwel rechteloos is. De partijen kunnen tot het einde van die proeftijd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen (art. 7:676 BW). Er hoeft dus geen opzegtermijn te worden aangehouden. Maar verder is ook geen ontslagvergunning van de RDA nodig[132], de opzegverboden zijn niet van toepassing (art. 7:670b lid 1 BW) en ook op de kennelijke onredelijkheid van artikel 7:681 BW kan geen beroep worden gedaan (art. 7:676, lid 2 BW). Omstreden is of het mogelijk is tijdens de proeftijd op te zeggen tegen een datum gelegen na afloop van de proeftijd.[133] Zeker is dat men niet mag wachten met ontslag tot enkele dagen na afloop van de proeftijd.[134]

127 Wél heeft de Hoge Raad uitgesproken, dat onder omstandigheden een beroep van de werknemer op het feit dat de proeftijd nét verstreken was, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Maar aan die omstandigheden worden wel hoge eisen gesteld, vgl. HR 27 oktober 1995, *JAR* 1995/254.

128 HR 27 februari 1930, *NJ* 1930, p. 977; HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232; J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1988, p. 177.

129 HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 446; HR 23 december 1983, *NJ* 1984, 332.

130 HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 3.

131 HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244; HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 230; HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715; HR 23 april 1993, *JAR* 1993/121; A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, De proeftijd en de Hoge Raad: op een tweesprong of in tweestrijd?, *NJB* 1988, p. 288.

132 HR 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488. De proeftijd is ook uitgezonderd in art. 6, lid 2 onder b BBA.

133 Vgl. HR 20 mei 1983, *NJ* 1983, 702 en de conclusie van P.G. Berger bij dit arrest.

134 HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 3.

De laatste jaren heeft de rechtspraak in een reeks van uitspraken nadere grenzen gesteld aan de proeftijd, uitgaand van de boven gegeven doelstelling. Zo werd een proeftijd na een periode als uitzendkracht voor hetzelfde werk nietig geacht[135], evenals een proeftijd met een werknemer die kort daarvoor jaren in deze functie voor hetzelfde bedrijf had gewerkt[136], en met een werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid als opvolger van de vorige werkgever moest worden beschouwd.[137]

In de lagere rechtspraak is een voorzichtige tendens waarneembaar van toetsing van de ontslaggrond. Een enkel bruut geval van ontslag tijdens de proeftijd werd onrechtmatig geacht, zodat schadevergoeding kon worden toegewezen.[138] Het duidelijkst gebeurde dit in situaties waarin het ontslag werd ingegeven door zwangerschap van de werkneemster.[139] De Hoge Raad heeft bevestigd dat onder omstandigheden het gebruik maken van de vrijheid tot opzeggen in een proeftijd 'misbruik van bevoegdheid' (art. 3:13 BW) met zich kan brengen en dat dit zeker het geval is bij discriminatie.[140]

D Ontbinding door de rechter

Tenslotte kunnen partijen bij de arbeidsovereenkomst ook nog van elkaar af via een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter.

Het BW kent daarvoor twee procedures:
- de meest gebruikelijke: de ontbinding wegens gewichtige redenen van artikel 7:685 BW (zie par. 8.27) en
- de weinig gebruikelijke ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming van de artikelen 6:265 e.v. en 7:686 BW (zie par. 8.28).

135 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130.
136 HR 2 oktober 1987, *NJ* 1988, 233; HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 480. Dit speelt bijvoorbeeld bij buitenlandse werknemers die terugkomen na verblijf in hun land van herkomst.
137 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293; HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20.
138 Wegens schending van art. 7:611 BW. De schadevergoeding wordt gebaseerd op art. 7:677-679 BW en voor de immateriële schade mede op art. 6:106 BW. Vgl. Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, *KG* 1987, 108; G. Boot, Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd, *SR* 1991, p. 40; G.J.J. Heerma van Voss, Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd, in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, p. 40.
139 Ten aanzien van ontslag in de proeftijd wegens zwangerschap: Rb. Arnhem 24 december 1987, *NJ* 1988, 309; Ktg. 's-Gravenhage 25 maart 1992, *Prg.* 1992, nr 3731. B.P. Vermeulen, Artikel 1637ij en ontslag tijdens proeftijd in verband met zwangerschap, *Prg.* 1988, p. 245; Wilma Oerlemans & Diana de Wolff, 'Nietigheid of schadevergoeding bij discriminerend ontslag tijdens de proeftijd', *Rechtshulp* 1990/10, p. 2. De bewijslast rust op de werknemer: Ktg. Harderwijk 12 september 1990, *NJ* 1991, 144.
140 HR 13 januari 1995, *JAR* 1995/35.

8.27 Ontbinding wegens gewichtige redenen

Elk van beide partijen bij de arbeidsovereenkomst kan de kantonrechter[141] vragen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW).[142]

De wet onderscheidt twee soorten gewichtige redenen:
- dringende reden
- verandering van omstandigheden

Dringende redenen zijn dezelfde redenen die hadden kunnen leiden tot ontslag op staande voet (zie par. 8.24). Maar soms vinden partijen het te riskant om af te wachten of dat ontslag terecht op staande voet is gegeven (zie par. 8.25). Ook kan deze methode worden gebruikt wanneer te lang is gewacht met het geven van ontslag op staande voet – het onverwijldheidsvereiste weegt minder zwaar in deze procedure dan in die van ontslag op staande voet.[143]

Verandering van omstandigheden is het andere motief om bij de rechter te bepleiten dat de dienstbetrekking billijkheidshalve spoedig behoort te eindigen. Op dit type 'gewichtige redenen' wordt tegenwoordig dikwijls een beroep gedaan.[144] Redenen om daarvoor te kiezen zijn:
- als een soort 'hoger beroep' tegen de weigering van de RDA om een ontslagvergunning af te geven (zie par. 8.17). Vaak motiveert men dit met een beroep op de inmiddels 'verstoorde arbeidsverhouding'[145];
- er zijn zelfs werkgevers die de hele procedure bij de RDA laten voor wat zij is en zich meteen tot de rechter wenden; zo wordt dit een alternatieve procedure voor ontslag[146];
- werkgevers benutten deze procedures nog wel eens om van een werknemer af te komen voor wie eigenlijk een opzegverbod geldt. Volgens lid 1 moet de rechter zich ervan vergewissen of het verzoek daarmee verband houdt. In dat geval zal hij het verzoek uiteraard

141 Gaat het om een bestuurder van een NV of BV dan is de rechtbank bevoegd (art. 2:131 en 241 BW).

142 J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, Arnhem 1989; *Waarheen met artikel 1639w BW?*, Deventer 1989; C.J. Loonstra, *Het bereik van de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

143 Vgl. Ktr. Utrecht, 29 april 1994, *JAR* 1994/125; als nadeel staat daar tegenover dat kantonrechters kunnen menen dat de ontbindingsprocedure zich, mede gezien het tijdsverloop, niet leent tot diepgaand onderzoek, vgl. HR 31 maart 1995, *JAR* 1995/97.

144 G.M. Koekkoek, 'Waarom gaan werkgevers met hun ontslagvoornemens naar de kantonrechter?', *SR* 1995, p. 302.

145 J. Roeloff, 'De verstoorde arbeidsrelatie: de panacee van het ontslagrecht', *Prg.* 1988, p. 201.

146 L.J.M. de Leede, 'De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen', *Frenkel-bundel*, p. 121; P.F. van der Heijden, 'De clausula rebus sic stantibus in het (nieuw) burgerlijk recht en art. 1639w BW', *Bakels-bundel*, p. 83; H. van der Meer, 'Misstanden bij toepassing ontbinding ex art. 1639w BW of "een ontslag op maat"', *Rechtshulp* 1990/1, p. 11.

kritisch moeten bezien. Maar hij kan dit bijvoorbeeld toewijzen op grond van zware economische problemen bij het bedrijf[147];
- werknemers nemen hun toevlucht tot deze mogelijkheid wel wanneer zij bij hun werkgever weg willen, maar recht menen te hebben op een financiële vergoeding. Bijvoorbeeld vrouwen die seksuele intimidatie hebben ondervonden[148] of werknemers die een aangeboden afvloeiingsregeling te laag vinden;
- als een ontslag op staande voet is gegeven, om zich in te dekken tegen een mogelijke ongeldigheid daarvan ('voorwaardelijke ontbinding').[149]
- om tussentijds van een arbeidscontract voor bepaalde tijd af te komen, waarbij in tussentijdse opzegging niet is overeengekomen (zie par. 8.4).

Ook wordt deze ontbindingsmogelijkheid gebruikt om de rechter te verzoeken om een 'partiële ontbinding', in feite een wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dit kan van belang zijn voor de werkgever die de werknemer minder uren wil laten werken wegens teruglopende bedrijvigheid of voor de werknemer die graag in deeltijd wil gaan werken, maar daarvoor geen medewerking krijgt van zijn/haar werkgever. Over de toelaatbaarheid van zulke verzoeken is nog veel discussie in de literatuur.[150]

Tenslotte zijn er nog minder gangbare redenen om van deze mogelijkheid gebruik te maken.[151]

De rechter kan bij de ontbinding ook naar billijkheid een *vergoeding* toekennen.[152] De wet stelt dat dit kan indien de rechter het verzoek inwilligt wegens verandering van omstandigheden, maar daaruit mag niet geconcludeerd worden, dat geen vergoeding mogelijk zou zijn bij ontbinding wegens dringende reden. Een partij, wiens verwijtbaar gedrag de andere partij heeft genoopt de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst krachtens artikel 7:685 BW wegens een dringende reden te ontbinden, is gehouden de schade te vergoeden, die de ene partij lijdt tengevolge van de wanprestatie van de andere.[153]

147 Vgl. Ktg. Alphen aan den Rijn 2 november 1976, *Prg.* 1977, 1153; Ktg. Utrecht 30 juni 1977, *Prg.* 1978, 1229; HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 17.
148 Ktg. Arnhem 26 maart 1984, *NJ* 1984, 413.
149 HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 296; voorbeeld: Ktr. Alkmaar, 31 juli 1993, *Prg.* 1993, nr. 3987.
150 J.J. Groen, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, artikel 1639w BW verder in het moeras?', *Prg.* 1989, p. 513; J.R. Beversluis/D.B. van der Schee, 'Artikel 1639w BW: ook gedeeltelijke ontbinding is mogelijk', *SR* 1990, p. 208; C.J. Loonstra, 'Partiële opzegging en partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *NJB* 1995, 204 met reacties p. 528-531 en p. 1307; J.J.M. de Laat, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *SR* 1995, p. 299.
151 Bijv. voor ontbinding gedurende de opzegtermijn Ktg. Hoofddorp 10 mei 1988, *Prg.* 1988, 3093; W.L. Harenberg, 'Ontbinding ex. art. 1639w BW tijdens de opzegtermijn', *Prg.* 1989, p. 393.
152 L.H. van den Heuvel, 'Sancties in het ontslagrecht', *Bakels-bundel*, p. 98-100.

De rechter kan de vergoeding zowel ten laste van de verzoeker als van de wederpartij[154] toekennen. Dit vormt een niet onbelangrijk 'prijskaartje' voor de werkgever die deze procedure wil gebruiken en daarom maakt de rechter in dat geval eerst in een tussenbeschikking bekend hoe hoog hij de vergoeding denkt vast te stellen. De verzoeker kan zich dan nog beraden of hij het ontbindingsverzoek wil intrekken voordat de definitieve uitspraak wordt gedaan.
De vergoeding zal als regel een geldbedrag betreffen.[155] Vaak heeft dit de vorm van een 'gouden handdruk': een soort afvloeiingsregeling, waarbij de werkgever van zijn werknemer afkan als hij bereid is daarvoor te betalen.[156] Voor de bepaling van de hoogte van die vergoeding bestaan geen wettelijke criteria. Om die reden heeft de Kring van kantonrechters aanbevelingen gedaan voor een vaste formule. Deze formule luidt: A x B x C, waarbij A staat voor het aantal (gewogen) dienstjaren, B voor het maandloon en C voor een correctiefactor. Zo zal bij een ontbinding die aan de werknemer het meest verwijtbaar is C zelfs op 0 kunnen worden gesteld, waardoor geen vergoeding wordt toegekend. Is de werkgever het meest te verwijten dan kan C boven de 1 komen te liggen, waardoor het bedrag flink kan oplopen. Bij een 'neutrale' ontbindingsgrond zal C op 1 komen.[157]

De *procedure* tot ontbinding wegens gewichtige redenen wordt ingeleid door een verzoekschrift.[158] Het verzoek kan niet in reconventie in een dagvaardingsprocedure worden ingebracht.[159] De rechter bepaalt het tijdstip van ontbinding, dat behalve op de datum van de uitspraak ook later kan liggen, maar niet vroeger.[160] De bewijslast ligt in principe op degene die de ontbinding verzoekt, maar kan door de rechter ten dele naar de wederpartij worden geschoven.[161]

De wet zegt dat tegen beschikkingen in ontbindingsverzoeken wegens gewichtige redenen geen *hoger beroep* of cassatie openstaat (art. 7:685, lid 11 BW).[162] Wel kan de procureur-generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang der wet vorderen.[163] In verband met het toegenomen

153 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.
154 HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 17.
155 Sommige rechters veroordelen ook tot toepassing van 'outplacement', vgl. Ktg. Harderwijk 5 februari 1990, *NJ* 1990, 604.
156 De werkgever kan echter niet gehouden worden aan een eerder gedaan schikkingsvoorstel: HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 130.
157 Zie voor de precieze Richtlijnen *AR* 1996, nr. 11 en voor een toelichting H. van der Meer & G.J.J. Rensink, *SMA* 1997, p. 7. De Richtlijnen zijn in 1998 herzien, zie *NJB* 1998, p. 969-973.
158 De procedure van art. 429a e.v. Rv is van toepassing, Wet van 10 maart 1984, *Stb.* 1984, 97.
159 HR 13 mei 1988, *NJ* 1989, 72.
160 HR 15 oktober 1982, *NJ* 1983, 79; 26 mei 1966, *NJ* 1966, 345.
161 HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 624.
162 P.F. van der Heijden, Onrechtvaardige non-wetgeving, *NJB* 1992, p. 1551.
163 Voorbeelden in HR 26 mei 1966, *NJ* 1966, 345; HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92; HR 23 oktober 1992, *JAR* 1992/116; HR 24 april 1992, *JAR* 1992/13.

gebruik van de ontbindingsmogelijkheid – en het grote financiële belang dat er vaak mee is gemoeid – is de druk om hoger beroep mogelijk te maken toegenomen.[164] Om daaraan al enigszins tegemoet te komen, heeft de Hoge Raad hoger beroep en cassatie mogelijk gemaakt als de rechter buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW is getreden, essentiële vormen heeft verzuimd of het artikel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.[165] Bij het verzuimen van essentiële vormen denkt de Hoge Raad vooral aan het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. art. 6 EVRM).[166] Een motiveringsgebrek vormt echter geen verzuim van essentiële vormen.[167]
Overigens kan de betrokkene die een toegekende vergoeding te laag acht, via een afzonderlijke immateriële-schadeprocedure proberen nog meer uit het vuur te slepen.[168]

De bevoegdheid van de rechter om arbeidsovereenkomsten op grond van artikel 7:685 BW te ontbinden kan niet in de arbeidsovereenkomst worden uitgesloten of beperkt. Wél kunnen partijen deze bevoegdheid overdragen aan een geschilleninstantie (zie par. 7.12). Soms gebeurt dit in de cao. Partijen zijn daar dan aan gebonden als zij aan de cao zijn gebonden[169], maar het hangt af van de formulering van het betreffende cao-beding of de bevoegdheid van de kantonrechter dan ook meteen is uitgesloten.[170] In het laatste geval zal de rechter een tot hem gericht verzoek dan niet-ontvankelijk verklaren.[171]

8.28 Ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming

Door alle hiervoor omschreven mogelijkheden om de dienstbetrekking te beëindigen zou men bijna vergeten dat het algemene-verbintenissen-

164 C.O.W. Dubbelman, Luidt het SER-advies wijziging van de ontbindingsprocedure van de arbeidsovereenkomst volgens 1639w BW in?, *Prg.* 1989, p. 309; R.A.A. Duk, Art. 1639s BW, art. 1639w BW en de herziening van het ontslagrecht, *SR* 1990, p. 152. P.F. van der Heijden, Denkacrobatiek in de plaats van recht, *SR* 1993, p. 116; E. Cremers-Hartman, *SR* 1992, p. 163.

165 HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549; HR 9 oktober 1992, JAR 1992/102; HR 6 maart 1992, *RvdW* 1992, 79; HR 19 februari 1993, *JAR* 1993/62; S.A.M. van der Weegen-Koutio, 'Wanneer is hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk?', *SR* 1989, p. 224; M.G. Rood in *TVVS* 1889, p. 233; C.J. Loonstra, 'Appèl en cassatie bij art. 1639w BW: wat is nog mogelijk?', *WPNR* 1990, nr. 5953, p. 181 en nr. 6114, p. 858 e.v.; HR 8 juli 1992, *JAR* 1992/53; HR 12 februari 1993, *JAR* 1993/63.

166 De rechter is niet verplicht belanghebbenden op te roepen, HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 802. Ook is niet noodzakelijk dat de betrokkene verschijnt, HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 56. Ook wijziging van de ingangsdatum zonder voorafgaande aankondiging is niet ongeoorloofd: HR 24 september 1993, *JAR* 1993/235.

167 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4.

168 Op grond van art. 6:106 BW. De rechter kan daarbij wel rekening houden met wat reeds is toegewezen, HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499.

169 HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92.

170 De bijzondere beroepsgang in het bijzonder onderwijs sluit de bevoegdheid van de rechter niet uit, vgl. HR 14 oktober 1988, *NJ* 1989, 74.

171 HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275.

recht ook de mogelijkheid kent van ontbinding van een wederkerige overeenkomst op grond van tekortkoming in de nakoming (art. 6:265 e.v. BW). Ontbinding op deze grond is in het arbeidsrecht uitdrukkelijk mogelijk gelaten, al kan zij alleen door de rechter worden uitgesproken (art. 7:686 BW).[172]

Dit artikel wordt maar weinig gebruikt, mede omdat volgens de rechtspraak de rol van deze beëindigingsmogelijkheid in het ontslagrecht beperkt dient te blijven: de rechter moet bekijken of de tekortkoming in de nakoming 'ernstig genoeg' is om deze ontbinding te rechtvaardigen.[173] Zodat eigenlijk alleen gevallen in aanmerking komen, die ook voldoende grond zouden hebben gevormd voor ontslag op staande voet.[174]
De onderhavige beëindigingsmogelijkheid is wel hanteerbaar voor de werkgever in reconventie in een procedure waarin de werknemer een ontslag op staande voet aanvecht. Dit biedt dan meteen de werkgever de mogelijkheid biedt om van de werknemer ook nog een echte volledige schadevergoeding te eisen, bijvoorbeeld van gestolen goederen.[175]

8.29 Rechtsvorderingen bij ontslag

Samenvattend kunnen bij een ontslag de volgende rechtsvorderingen worden ingesteld:

1. het beroep op de vernietigingsgrond van een opzegging omdat dit gegeven zou zijn in strijd met één van de opzegverboden, met bijbehorende vorderingen tot wedertewerkstelling en betaling van loon (zie par. 8.12);
2. vergoeding van schade in drie varianten:
   - schadeplichtigheid bij onregelmatig ontslag en ontslag op staande voet (zie par. 8.23); deze valt uiteen in:
     - gefixeerde schadevergoeding of
     - volledige schadevergoeding;
   - schadevergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging (zie par. 8.18);
3. herstel van de arbeidsovereenkomst bij schadeplichtigheid en bij kennelijk onredelijke opzegging [176](zie par. 8.18).

Men kan niet eerst schadevergoeding eisen en dan pas later in een procedure herstel van de arbeidsovereenkomst.

172 Vgl. T. Hartlief, *Ontbinding, Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheid bij ontbinding wegens wanprestatie,* diss., Groningen, Deventer: Kluwer 1994.
173 HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202; M.G. Rood, *AA* 1982, p. 313; Zie ook J. de Laat in: A.H.J. van den Biesen e.a., *Sociale advocatuur en Rechten van de Mens*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1989, p. 63-64.
174 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702.
175 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.
176 Niet op basis van de redelijkheid en billijkheid, omdat in deze de regeling uitputtend is, HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 (HAL-Van Werkhoven); M.G. Rood, 'Over de goede trouw in het ontslagrecht', *Frenkel-bundel*, p. 131.

Steeds kan ook de immateriële schade worden gevorderd (art. 6:106 BW).[177] Afstand van bovengenoemde rechten is alleen mogelijk, wanneer dat duidelijk en ondubbelzinnig is gebeurd.[178]

8.30 Getuigschrift

Bij het eindigen van de dienstbetrekking is de werkgever verplicht aan de werknemer die dat vraagt een getuigschrift te verstrekken. Het getuigschrift moet dan ik elk geval vermelden: de aard van het verrichte werk en de duur van de dienstbetrekking. Alleen als de werknemer dat uitdrukkelijk verlangt, moet het getuigschrift bovendien nog vermelden: de wijze waarop de werknemer zijn werk heeft verricht en hoe de overeenkomst is beëindigd en als de werkgever heeft opgezegd de reden daartoe.[179]
De werkgever is verplicht tot schadevergoeding als hij geen getuigschrift verstrekt of daarin onjuiste gegevens opneemt (art. 7:656 BW).
Bovendien moet de werkgever aan de werknemer een verklaring verstrekken waaruit het aantal niet opgenomen vakantiedagen blijkt (art. 7:641, lid 2 BW).

8.31 Concurrentiebeding

Wij vermeldden in paragraaf 6.4 reeds de beperkingen die gesteld kunnen worden aan de nevenarbeid van de werknemer. In arbeidsovereenkomsten komen ook vaak bepalingen voor die beogen concurrentie door de werknemer na afloop van de dienstbetrekking te voorkomen, het zgn. concurrentiebeding.[180] Een werknemer mag dan volgens die bedingen na afloop van zijn dienstbetrekking niet meer werkzaam zijn in het werkgebied of de branche van de werkgever gedurende een bepaalde tijd. Een dergelijk beding kan een belangrijke beperking van de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer betekenen. Soms kan het hem zelfs het vinden van ander werk onmogelijk maken. In artikel 7:653 BW vinden we daarom hiervoor een speciale regeling. Een dergelijk concurrentiebeding is slechts geldig, indien het bij schriftelijke individuele overeenkomst en met een meerderjarige werknemer is tot stand gekomen.

De werkgever die de werknemer aan het concurrentiebeding wil houden kan dit doen door een vordering tot nakoming onder dwangsom of via een schadevergoedingsactie waarin hij hetzij een in het beding opgenomen boete, hetzij de werkelijk geleden schade kan vorderen.

177 Themanummer *SR* 1992, p. 4; R. Weber, *AA* 1992, p. 393.
178 HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 171.
179 Vgl. Hof Den Bosch 2 oktober 1991, *Prg.* 1992, nr. 3603.
180 P. 't Hart, *Het concurrentiebeding*, Deventer 1977; C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding*, 's-Gravenhage: VUGA, 1997; F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 1995; A.T.J.M. Jacobs/D.G.M. Mattijsen, 'Het concurrentiebeding in het NBW', *WPNR* 1995, nrs. 6177 en 6178.

De werknemer kan de rechter vragen het beding geheel of gedeeltelijk teniet te doen als dit de werknemer in verhouding tot het werkgeversbelang onbillijk benadeelt.[181] De werkgever die schadeplichtig is door de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan aan het beding geen rechten ontlenen.

Vaak wordt in een concurrentiebeding een hoge boete gesteld op een overtreding.[182] De rechter kan deze boete matigen. Tenslotte kan de rechter de werkgever verplichten de ex-werknemer een vergoeding te betalen voor de duur van de werking van het concurrentiebeding. Ook komt het voor dat door de werkgever contractueel of uit eigen beweging een compensatie in het vooruitzicht wordt gesteld. Dit geldt vooral als de werknemer het ontslag niet kan worden verweten, maar de werkgever hem wel aan het beding wil houden.
Een belangrijk probleem van het concurrentiebeding is dat men meestal niet op korte termijn zekerheid kan verkrijgen over de geldigheid van het beding. Vaak zijn de bedingen te ruim gesteld. Regelmatig wordt in een spoedprocedure (zie par. 7.12) gevraagd om een voorlopig oordeel.[183] In zo'n procedure kan men formeel geen definitieve uitspraak over de geldigheid van het beding krijgen. Maar wel kan de rechter door het beding voorlopig terzijde stellen door een beroep er op te verbieden en daarmee een indicatie geven van het uiteindelijke oordeel in de bodemprocedure.[184]

Bij een bedrijfsovergang in de zin van artikel 7:662 BW gaat een concurrentiebeding van rechtswege mee over.[185] De werkgever moet in dit geval immers alle rechten en verplichtingen mee overnemen. Dat geldt echter niet bij een stilzwijgende overstap van de werknemer naar een andere concernvennootschap. Dan is een nieuw concurrentiebeding nodig [186], evenals bij een ingrijpende functiewijziging indien het beding door de wijziging aanmerkelijk zwaarder op de werknemer gaat drukken.[187]

De werkgever die geen concurrentiebeding is overeengekomen, is niet totaal machteloos tegen unfaire concurrentie door zijn ex-werknemer. Hij kan daartegen een onrechtmatige-daadsprocedure beginnen, doch daarbij moet hij wel de schade bewijzen.[188]

181 HR 26 februari 1981, *NJ* 1981, 379.
182 Deze boete te onderscheiden van de boete van art. 7:650 BW, die een disciplinaire maatregel betreft; onzeker is in hoeverre op deze boete de bepalingen van artt. 6:91-6:94 BW van toepassing zijn.
183 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 30 januari 1989, *KG* 1989, 88. Of via een voorlopige voorziening bij de kantonrechter (art. 116 Rv), zie *Prg.* 1990, nr. 3297.
184 HR 29 april 1966, *NJ* 1966, 301.
185 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235; zie P.W. van Straalen, 'Moet het concurrentiebeding in de overgang?', *SR* 1995, p. 221.
186 HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 234; HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 729; HR 24 april 1992, *JAR* 1992/23.
187 HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467; A.M. Lutmer-Kat, 'Zwaarder gaan drukken van het concurrentiebeding: een ongelukkig criterium', *SR* 1996, p. 10.
188 F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 1995.

8.32 Ambtenarenontslagrecht

Het ambtenarenontslagrecht is volstrekt anders ingericht dan dat voor het burgerlijk recht. Voor een gedetailleerde beschrijving zij verwezen naar de gespecialiseerde literatuur.[189] Hier worden slechts enkele hoofdzaken aangestipt.

De aanstellingen van ambtenaren worden hoofdzakelijk onderscheiden in die:
- in vaste dienst;
- in tijdelijke dienst voor bepaalde tijd;
- in tijdelijke dienst voor onbepaalde tijd.

De aanstelling in vaste dienst is regel. Een proeftijd wordt daarbij niet vaak toegepast. Een tijdelijke aanstelling kan in de regel alleen op bepaalde gronden worden verleend. De tijdelijke aanstelling wordt nog onderverdeeld in die voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. Bij een bepaalde tijd staat alleen de maximaal mogelijke duur vast. De aanstelling eindigt op de einddatum van rechtswege. Tussentijds ontslag is ook daarbij echter mogelijk.
Zo'n aanstelling in *tijdelijke dienst* is in het ambtenarenrecht meestal bedoeld als een proefperiode. Deze proefperiode duurt dan maximaal twee jaar. Dat is aanmerkelijk langer dan de proeftijd in het BW, maar hiertegenover staan strengere waarborgen. Zo is tussentijds ontslag alleen mogelijk op bepaalde gronden, als er geen opzegverbod van toepassing is en met inachtneming van een opzegtermijn. Dit tussentijds ontslag tijdens de proeftijd kan ook door de rechter worden getoetst. Aan het eind van de proeftijd moet beoordeeld worden of de ambtenaar voor aanstelling in vaste dienst in aanmerking komt.[190]
Het ontslagrecht voor ambtenaren die in *vaste dienst* zijn aangesteld wordt gekenmerkt door een gesloten systeem van ontslaggronden.[191] De opzegtermijn kan per ontslaggrond uiteenlopen. De ontslaggronden zijn in het algemeen wel te vergelijken met die welke gelden in het privaatrecht. Opvallend is een enkele specifieke ontslaggrond als die wegens gedragingen die duiden op revolutionaire gezindheid. In dit verband is van belang dat de ambtenaar tegenwoordig ook een wettelijke bescherming van grondrechten kent (art. 125a e.v. Ambtenarenwet).
Voor reorganisatieontslag zijn in de reglementen de nodige procedureregels gegeven, die in de rechtspraak verder zijn uitgewerkt.[192] Eerst wordt

189 Overzichten van het ambtenarenontslagrecht zijn te vinden bij *Korteweg-Wiers*, hoofdstuk 9, *Van Peijpe/Riphagen*, p. 43-63; A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, diss. Leiden, Den Haag: VUGA 1991 en T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1986, par. 17.

190 Vgl. CRvB 26 oktober 1984, *TAR* 1985, 6.

191 D. Allewijn, De schuldvraag in het ambtenarenontslagrecht, *TAR* 1990, p. 496; H.S.P. Stuiver/N.D. Boel, 'Ongeschiktheidsontslag in het ambtenarenrecht, altijd weer een moeilijke puzzel', *SR* 1993, p. 92.

192 Th.A. Velo, 'Reorganiseren en bezuinigen en het ambtenarenrecht', *SR* 1987, p. 362; vgl. CRvB 11 oktober 1984, *AB* 1985, 476. A.Ph.C.M. Jaspers, *TAR* 1988, p. 95; College voor arbeidszaken, *Leidraad bij organisatieveranderingen*, Den Haag 1983.

vastgesteld dat een betrekking moet worden opgeheven of dat tot reorganisatie of inkrimping moet worden overgegaan.
Daarnaast kan een aantal ambtenaren overtollig zijn, waarbij bepaald moet worden wie het eerst voor ontslag in aanmerking komt. Hiervoor gelden rangorderegelingen, waarbij de status van de ambtenaar, het aantal dienstjaren en de leeftijd een rol spelen.
Het ambtenarenrecht kent ook een vorm van strafontslag als ernstigste disciplinaire sanctie. Hierbij moet een zorgvuldige procedure worden gevoerd.[193]
Behalve door de reeds genoemde waarborgen wordt de ambtenaar ook beschermd doordat een ontslagbesluit door de rechter getoetst wordt aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[194]
De sanctie op een ontslag in strijd met de geldende voorschriften of algemene beginselen van behoorlijk bestuur is de nietigverklaring van het ontslag met herstel in de oude functie. Toch gebeurt het vaak, dat de nietigheid 'gedekt' wordt verklaard en de ambtenaar er alleen een schadevergoeding aan overhoudt.[195]
In vergelijking met de werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst werkt vindt de toetsing van het ontslag van de ambtenaar achteraf plaats en door de rechter waarbij de nadruk ligt op de vraag of de procedure correct is gevoerd. Het verhaal gaat vaak dat een ambtenaar niet of nauwelijks kan worden ontslagen. Wanneer men de rechtspraak bestudeert lijkt dat niet in de eerste plaats te liggen aan de wijze van toetsing of aan de reglementen. Het kan ook liggen aan de cultuur binnen het ambtenarencorps en het onvoldoende of juist te zorgvuldig voeren van personeelbeleid.[196] Niettemin gaan – net zoals bij het hele ambtenarenrecht – ook hier stemmen op om de regeling meer in overeenstemming te brengen met die van 'gewone' werknemers.[197]

193 A. Beuker-Tilstra, 'Geen ontslag uit morele verontwaardiging', *TAR* 1990, p. 503; T. Duursma, 'Plichtsverzuim en de – soms verschuivende – grenzen van de persoonlijke vrijheid', *TAR* 1990, p. 507; W. Faber, 'Disciplinaire straffen en art. 6 EVRM', *TAR* 1990, p. 521.

194 T. van Peijpe, 'Toetsing van ontslagen bij de overheid, het bijzonder onderwijs en het grafisch bedrijf', *SMA* 1987, p. 534 en 618.

195 M.A.A. Mont-Schouten, Gedektverklaring van de nietigheid onder toekenning van een schadevergoeding, *TAR* 1990, p. 457.

196 W.H. Schipper, 'Ambtenarenontslagrecht: een mistbank?', *Frenkel-bundel*, p. 113; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Enkele opmerkingen over verstarrende factoren in het ambtenrarenrecht', *TAR* 1991, p. 278; H.A.A.G. Vermeulen, 'Meer zicht op het ambtenarenontslagrecht', *TAR* 1990, p. 485.

197 E.P. de Jong, *Handelingen NJV* 1982, deel 1, eerste stuk, p. 85. Zie voorts T.W.J. Phaff, Privatisering van het ambtenarenontslagrecht?, *SR* 1987, p. 195.

9

Samen sterk

In paragraaf 3.10 wezen wij op het belang voor het sociaal recht van de rechtsregels die zijn neergelegd in de cao. Vaak zeggen die nog meer over iemands arbeidsrechtelijke positie dan de wet.
Het gaat hier om 'echt recht'. De betreffende regels zijn rechtens bindend voor degenen die aan de cao gebonden zijn. Voor wie via algemeenverbindendverklaring aan de cao gebonden is moet de rechter zelfs ambtshalve op deze regels acht slaan en hun uitleg[1] is bovendien voor cassatie vatbaar.[2]
Het gaat hier voorts om 'eigen recht': rechtsregels die werkgevers en werknemers in eigen beheer hebben opgesteld. Op zichzelf is dat een groot goed in een tijd waarin er vaak bezwaar wordt gemaakt tegen te veel overheidsreglementering en als alternatief wordt gepleit voor 'zelfregulering'.[3] In het sociaal recht neemt 'zelfregulering' vanouds een uiterst belangrijke plaats in. Zij gaat uit van de organisaties van werkgevers en werknemers, die dan ook vaak worden aangeduid als 'de sociale partners', wat overigens niet wil zeggen dat zij het altijd eens zijn.
Welke zijn nu die organisaties van werkgevers en werknemers, die dit recht kunnen produceren? Hoe komen zij tot de opstelling van cao's? En in hoeverre kan de overheid hun vrijheid om te onderhandelen beperken?

9.1 Vakbonden

De 'acteurs' aan werknemerskant in het proces van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zijn de vakbonden: een individuele werknemer of een ondernemingsraad kan geen cao afsluiten (zie art. 1 WCAO).
Er zijn in Nederland heel wat vakbonden[4]: Bondgenoten FNV, de CNV-

1 P.F. van der Heijden, *ArbeidsRecht* 1994, nr. 2, p. 3-4; M.M.H. Kraamwinkel, *SMA* 1997, p. 401.
2 HR 28 mei 1982, *NJ* 1982, 544.
3 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, De sociale partners als wetgever, in Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle 1994, p. 221.
4 Over de geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging: Fr. de Jong Edz., *Om de plaats van de arbeid*, Amsterdam 1956; Ger Harmsen/Bob Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid*, Nijmegen 1975; J. Roes e.a., *Katholieke arbeidersbeweging: studies over*

Bedrijvenbond, de Unie, het Zwarte Corps, het Onafhankelijk Verbond van Bedrijfsorganisaties (OVB), het Ambtenarencentrum, enz. Hun ledental varieert van enkele honderden tot tegen de 500.000.

De belangrijkste bonden hebben zich aaneengesloten in 3 zgn. vakcentrales, te weten:
- de Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV);
- het Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV);
- de Vakcentrale voor Middelbaar en Hoger Personeel (MHP).

In het algemeen pleegt het CNV zich wat gematigder op te stellen dan de FNV; de opstelling van de MHP wordt meer dan bij de andere vakcentrales bepaald door de specifieke belangen van de beter betaalde werknemers.

'Jan de Arbeider' kan geen lid worden van een vakcentrale, zoals bijvoorbeeld de FNV. Hij kan lid worden van de FNV-bond die actief is in de bedrijfstak waar hij werkt. Werkt hij in de bouw, dan is dat de Bouw- en houtbond FNV, enz. Als hij daar niets voor voelt, kan hij ook nog denken aan de Hout- en bouwbond CNV, aan de Unie of aan het OVB. Maar bijvoorbeeld de Bondgenoten FNV of de CNV-Bedrijvenbond zullen hem geen welkom heten. Trouwens, een vakbond blijft altijd vrij om iemand wél of niet als lid toe te laten.

9.2 Vakverenigingsvrijheid

Rond 22% van de Nederlandse werknemers is georganiseerd bij bonden, aangesloten bij FNV, CNV en MHP en nog eens ca. 4% bij andere vakbonden. In vergelijking met menig ander land is dat niet veel. De organisatiegraad is bovendien erg ongelijkmatig verdeeld over de werkende bevolking. Er zijn bedrijfstakken en beroepsgroepen met een zeer hoge organisatiegraad (bijv. de journalisten) en met een lage organisatiegraad (bijv. het bankbedrijf). Nog steeds zijn veel deeltijdwerkers, vrouwen en buitenlandse werknemers ongeorganiseerd.[5]
Een eeuw geleden vonden werkgevers het vaak verdacht als werknemers vakbondslid waren. Tegenwoordig wordt het recht daartoe algemeen beschouwd als een grondrecht, omdat onderkend wordt dat organisatie van werknemers nodig is als tegenwicht tegen de macht van werkgevers (art. 11 EVRM; 5 ESH; IAO-verdrag 87).[6] Dit brengt onder andere mee

KAB en NKV in de economische en politieke ontwikkeling van Nederland na 1945, Baarn 1985.

5 J.J. Schippers, Determinanten van vakbondslidmaatschap, *SMA* 1986, p. 791; M.M.H. Kraamwinkel, Vakbonden en flexibele werknemers, in F.J.L. Pennings (red.) *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer, 1996, p. 203.

6 Pauline Hoefer-van Dongen, Conventie nr. 87 van de ILO en de vrijheid van vakorganisatie, *Bundel Praesidium Libertatis*, Deventer 1975, p. 281; E.A. Alkema, De vrijheid van vakvereniging als Europees Grondrecht, *SMA* 1977, p. 66; W.J.P.M. Fase/J.J.M. van der Ven, La liberté syndicale des salariés aux Pays Bas, in: H.

dat werknemers niet wegens vakbondslidmaatschap door hun werkgever benadeeld, laat staan ontslagen mogen worden. Integendeel, menige cao bevat regels om hen juist in staat te stellen deel te nemen aan vakbondsactiviteiten. Ook geeft menige cao de vakbond het recht om binnen het bedrijf aankondigingen te doen en bijeenkomsten te beleggen en zijn voor de activiteiten van de zgn. 'kaderleden' van de vakbonden vaak faciliteiten geschapen, die vergelijkbaar zijn met die voor de leden van ondernemingsraden (zie par. 11.4). Dergelijke activiteiten van de vakbonden binnen de onderneming worden wel aangeduid als 'het bedrijvenwerk'.[7] Het wordt aanbevolen door de Stichting van de Arbeid[8], maar vond geen wettelijke regeling.[9]

In veel landen bestaat wetgeving die het werkgevers verbiedt om leden van vakorganisaties achter te stellen bij ongeorganiseerden. Bijvoorbeeld bij aanstelling, in de arbeidsvoorwaarden en bij ontslag. In Nederland bestaat alleen sinds kort een wettelijk verbod op ontslag wegens het lidmaatschap van en activiteiten voor een vakbond (zie art. 7:670, lid 5). Soms bieden cao's aanvullende bescherming. Maar deze vorm van discriminatie komt vermoedelijk ook niet veel meer voor, omdat in Nederland de werkgevers over het algemeen niet negatief staan tegen de vakorganisaties. Zou dit soort discriminatie voorkomen dan is het praktisch zeker dat de rechter haar ook met behulp van algemene rechtsbeginselen (zie par. 2.15 en 6.2) zal verbieden.

In weer andere landen is de situatie net andersom. Daar worden niet-vakbondsleden soms gediscrimineerd ten opzichte van vakbondsleden. Vooral in Engelssprekende en Scandinavische landen kwam of komt het voor dat je wel vakbondslid moet zijn, wil je een baan in een bepaald bedrijf of onderneming krijgen (de zgn. 'closed shop'). In die landen hebben vakbonden vaak zo'n kracht weten te krijgen dat ze werkgevers konden dwingen om dit soort afspraken met hen te maken. Dat deden ze met het argument dat arbeiders zich hun betere arbeidsvoorwaarden vaak pas konden verwerven door harde strijd, waarin solidariteit bitter nodig was. Geeft men die verworvenheden meteen door aan ongeorganiseerden, dan ontneemt men de werknemers een belangrijke prikkel om zich te organiseren.

Het grondrecht van vakverenigingsvrijheid verzet zich echter ook tegen een te zware verplichting op werknemers om zich te organiseren (de zgn. 'negatieve vakverenigingsvrijheid'). In Nederland komt een verplicht lidmaatschap slechts voor in een enkele bedrijfstak, zoals het grafisch bedrijf. Wet en rechtspraak staan het ook maar binnen enge grenzen toe:

- er mag niet gediscrimineerd worden tussen leden van de ene bond

Moster/R. Bernhardt (ed.), *Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers*, Heidelberg 1980, p. 517-591; W.J.H. Reynaerts, een registratie van enkele tendenties en opvattingen, *SMA* 1984, p. 213.

7 G.E. van Vliet, *Bedrijvenwerk als vorm van belangenbehartiging*, Alphen aan de Rijn 1979; W. Buitelaar/R. Vreeman, *Vakbondswerk en kwaliteit van de arbeid*, Nijmegen 1985.

8 Vgl. de Aanbeveling van de Stichting van de Arbeid van 3 januari 1990.

9 Wetsontwerp 16 703 werd ingetrokken in 1990; vgl. over dit wetsontwerp F. Koning, *SMA* 1981, p. 435; M.G. Rood, *TVVS* 1981, p. 138.

en de andere, hooguit tussen alle leden van bonden die cao-partij zijn aan de ene kant en de overige werknemers aan de andere kant;[10]
- als er al een verplicht lidmaatschap geldt, dan zal er een dispensatieregeling moeten zijn voor bezwaarden;[11]
- cao-clausules die dit soort zaken voorzien, kunnen weliswaar bestaan en ook in rechte gehandhaafd worden, maar ze lenen zich niet voor de zgn. algemeenverbindendverklaring (zie par. 3.11 en 9.6).[12]

Van tijd tot tijd duikt wel het idee op om speciale voordelen te reserveren voor vakbondsleden, maar dat is niet erg populair. Soms is het langs een omweg gerealiseerd: de werkgever stort krachtens cao-bepaling gelden in fondsen, waaraan nuttige en aangename bestemmingen worden gegeven, die vooral vakbondsleden ten goede komen (de zgn. fondsvorming).[13]

Tenslotte beschermt het grondrecht van vakverenigingsvrijheid ook de vakbonden tegen de overheid. Vroeger kwam het wel voor dat vakbonden door de overheid werden gedwarsboomd. Nu moet iedere bond volledig vrij worden gelaten, ook in zijn interne huishouding. Geen bond is verplicht een bepaalde juridische vorm aan te nemen. Weliswaar moet men – wil men mee doen aan cao-onderhandelingen of in publiekrechtelijke organen zitting nemen[14] (waarover straks meer) – volledig rechtsbevoegd zijn in de zin van Boek 2 BW. Maar dit stelt zulke lichte eisen aan het verwerven van volledige rechtsbevoegdheid, dat Nederlandse vakbonden daar zonder problemen aan voldoen. Dit in tegenstelling tot ons omringende landen, waar vakbonden soms 'buiten de wet' blijven (West-Duitsland, België), soms onder een eigen vakbondswet vallen (Frankrijk, Groot-Brittannië).
De Nederlandse vakbonden kenmerken zich door een democratische interne huishouding. De leden kunnen, in theorie, veel invloed hebben op de keuze van de bestuurders en de besluitvorming in de bond. De werkelijkheid is vaak anders, omdat de leden apathisch zijn en het moeilijk voor hen is om binnen de gecompliceerde vakbondstructuur aan veranderingen te werken.

De cao's worden afgesloten door de vakbonden, niet door de vakcentrales FNV, CNV en MHP. Maar ook hier moet men weer schijn en werkelijkheid onderscheiden. In de Nederlandse verhoudingen kan een FNV-Bondgenoten, een Unie enz. moeilijk helemaal op eigen houtje opereren. De bonden 'houden elkaar vast' binnen de vakcentrale waartoe zij beho-

10 Vgl. Art. 1, lid 3 WCAO en HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 788.
11 Vgl. HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 156; R.A.A. Duk, Vrijheid van vakvereniging en verplicht vakbondslidmaatschap, *SMA* 1971, p. 450; zie ook CRvB 11 november 1986, *RSV* 1988, 2.
12 Vgl. art. 2, lid 5 Wet AVV.
13 Vgl. B.S. Frenkel, Begunstiging van georganiseerden, *Bakels-bundel*, p. 61; W.J.P.M. Fase, Alleen voor leden?, *SMA* 1987, p. 291; H. Staal, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 4-5.
14 Art. 1, eerste lid WCAO; punt 1 SER-Besluit Representativiteit Organisaties van 19 augustus 1977.

ren. Omdat op centraal niveau wordt overlegd met de werkgevers en de regering, wordt de opstelling van de afzonderlijke vakbonden vaak in grote lijnen centraal uitgestippeld. Over de verhouding tussen vakbond en vakcentrale kan men wel wat lezen in de statuten van FNV, CNV, enz., maar dat zijn weinig zeggende formules. De verhouding tussen vakbond en vakcentrale wordt overwegend door de feiten bepaald. Zij hangt af van de kracht van het getal (grote vakbonden kunnen zich meer een eigen opstelling permitteren dan kleine), van persoonlijke en politieke verhoudingen en ook wel van de stand van de economische conjunctuur.
Tussen de bonden aangesloten bij respectievelijk FNV, CNV en MHP en tussen deze vakcentrales onderling bestaat een 'beleefde verstandhouding'. Men bestrijdt elkaar liever niet in het openbaar, pleegt wel eens vooroverleg als het te pas komt, enz. Maar een echte samenwerkingsrelatie, zoals in de jaren zestig tussen NVV, NKV en CNV bestond, is er niet. Er heerst een 'ingetogen naijver' die ook wel eens tot kleine conflicten leidt.

9.3 Werkgevers

De werkgeverskant is losser georganiseerd.[15] Een werkgever heeft strikt genomen ook geen organisatie nodig om een cao te kunnen afsluiten. Hij is daartoe ook zelfstandig bevoegd (art. 1 WCAO) en enkele honderden Nederlandse ondernemingen hebben dan ook een eigen zgn. ondernemings-cao met de vakbonden (Hoogovens, Philips, enz.)
Toch hebben ook werkgevers gevoeld dat zij een organisatie nodig hebben om samen krachtiger te staan tegenover de vakbonden en de overheid. En zo zijn er in vele bedrijfstakken werkgeversorganisaties opgericht: de Scheepvaartvereniging Zuid, de Werkgeversvereniging voor het Bankbedrijf, enz.
Soms zijn er allerhande werkgeversverenigingen voor specifieke bedrijfssectoren, die dan weer samenwerken in een koepelorganisatie, bijvoorbeeld in de bouw, waar het Nederlands Verbond van Wegenbouwers, de Vereniging van Boorondernemers en Buizenleggers en nog vier andere organisaties samen het Algemeen Verbond Bouwbedrijf (AVBB) vormen. Sommige werkgevers hebben een eigen cao, terwijl ze toch lid zijn van de werkgeversorganisatie in de bedrijfstak.
Dan is er nog de Algemene Werkgeversvereniging (AWV), een organisatie van werkgevers en werkgeversverenigingen opererend in de meest

15 W. Bos, *Werkgeversorganisatie/Ondernemingsorganisatie*, Rotterdam 1972; N.E.H. van Esveld, Driekwart eeuw werkgeversorganisatie, *SMA* 1974, p. 629; P.W.M. Nobelen, *Ondernemersorganisaties in beweging*, Deventer 1983; W. van Voorden, De werkgeversorganisatie in het krachtenveld van de huidige arbeidsverhoudingen, *SMA* 1984, p. 740; B. de Vroom/B.F. van Waerden, Ondernemersorganisaties als machtsmiddel, *ESB* 1984, p. 664 en 692; P.W.M. Nobelen, *Ondernemers georganiseerd. Een studie over het Verbond van Nederlandse Ondernemingen in de periode 1973-1984*, Deventer 1987.

uiteenlopende bedrijfstakken. De AWV biedt hen de nodige 'technische' ondersteuning bij het cao-overleg met de vakbonden.
Het is alles bijeen een bonte staalkaart.

Op centraal niveau hebben nagenoeg alle grote ondernemingen en werkgeversorganisaties in industrie en groothandel zich aaneengesloten in de Vereniging VNO-NCW. De bedrijven in het midden- en kleinbedrijf (behalve in het agrarisch bedrijf) hebben zich aaneengesloten in de Koninklijke Vereniging MKB-Nederland. In de agrarische sector zijn de werkgevers verenigd in LTO-Nederland.
De Vereniging VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO-Nederland werken samen in de Raad van Centrale Ondernemingsorganisaties.
Werkgeversorganisaties zijn in het algemeen volledig rechtsbevoegd in de zin van Boek 2 BW. Zij genieten ook de bescherming van het grondrecht van vakverenigingsvrijheid. Zij hebben een democratische interne structuur. Besturen worden gekozen door de leden en zijn daaraan verantwoording schuldig. Alleen hebben in sommige werkgeversorganisaties de grotere ondernemingen de jure of de facto meer invloed dan de kleinere.

9.4 Cao-overleg

Honderd jaar geleden bestonden er in Nederland nog geen cao's en werden de arbeidsvoorwaarden min of meer eenzijdig door de werkgevers gedicteerd. Maar sinds ca. 1900 heeft de cao geleidelijk steeds meer ingang gevonden.[16] Momenteel gelden er in Nederland rond de 900 cao's, die van toepassing zijn op 3,25 miljoen werknemers. Dat betekent dat ca. drie van de vier werknemers in de marktsector wel onder een cao valt.
In landen als de Verenigde Staten is het nog heel gewoon dat werkgevers vakbonden buiten de deur proberen te houden. In Nederland is het de gewoonte dat de arbeidsvoorwaarden in collectief overleg tussen werkgevers en werknemers worden vastgesteld. Maar strikt genomen is dat niet verplicht en in de uitzonderlijke gevallen waarin de werkgever de vakbonden passeert en poogt de arbeidsvoorwaarden louter met de werknemers afzonderlijk overeen te komen, heeft de vakbond daartegen ook geen juridische actie.[17] Zij kan zich dan hooguit door middel van een staking aan de werkgever opdringen (zie par. 10.3 en 10.9).
Niet alle cao's zijn even belangrijk. Er zijn cao's die wel voor 200.000 werknemers gelden, zoals de bouw-cao, hele kleine cao's, die maar voor een paar honderd werknemers gelden en alle schakeringen daartussen.[18]
Werkgevers en vakbonden ontmoeten elkaar in het overleg over de vernieuwing van de cao, dat meestal jaarlijks wordt gehouden.[19] Cao's

16 C.E.M. Gerrits, Jubileumcongres '60 jaar CAO', *TVVS* 1987, p. 303.
17 Vgl. Hof Amsterdam 30 juli 1992, *KG* 1992, 340.
18 Vgl. *DCA-bevindingen*, Den Haag 1989; DCA, de betekenis van cao's in kwantitatieve zin, *SMA* 1987, p. 710.
19 B.S. Frenkel/A.T.J.M. Jacobs/E. Nieuwstraten-Driessen, *De structuur van het cao-overleg*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1980; W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid*

plegen voor de duur van één of twee jaar te worden afgesloten, ook al zijn er weleens langjariger cao's. De Wet op de cao laat de partijen op dit gebied praktisch vrij (artt. 18-19).
Uitgangspunt van het jaarlijkse cao-overleg is de bestaande cao en de veranderingen die werkgevers en werknemers daarop willen aanbrengen. Daarvoor zijn doorgaans eisenpakketten vastgesteld na inspraakvergaderingen met de leden.
Als het goed gaat met de economie zijn het veelal de vakbonden die komen met een hele waslijst van gewenste verbeteringen en zijn het de werkgevers die zo lang mogelijk de boot proberen af te houden. Als het slechter gaat met de economie zijn het juist werkgevers die met voorstellen komen om pas op de plaats te maken of zelfs om stapjes terug te doen en zijn het de bonden die zo veel mogelijk de 'verworven rechten' proberen te verdedigen.
Na diverse sessies van de onderhandelingsdelegaties, met veel loven en bieden, wordt meestal wel een compromis gevonden. De onderhandelaars leggen dat dan voor aan hun achterban en daarna wordt de nieuwe cao gesloten.
Kunnen de sociale partners geen overeenstemming over een nieuwe cao bereiken, dan wordt het nogal eens 'oorlog': de staking (zie hoofdstuk 10). Zeker is dat overigens niet. Het kan ook zijn (vooral als de werknemers zich niet sterk genoeg voelen om te staken en de werkgevers toch geen verslechteringen van zins zijn), dat er een 'cao-loos' tijdperk aanbreekt en partijen het een jaartje later weer gaan proberen.

9.5 De inhoud van de cao

Omdat de cao zich richt tot zowel collectieve als individuele contractspartijen wijken de rechtsregels af van die voor gewone contracten.[20]
De inhoud van de cao[21] omvat 'voornamelijk of uitsluitend (...) arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen' (art. 1 Wet CAO). In eerste instantie denken wij dan aan bepalingen over de hoogte van lonen, toeslagen, arbeidsduur, vakantie, overwerk enz. Men spreekt

in Nederland, terugblik en perspectief, Alphen aan den Rijn 1980, hoofdstuk 8; dez., De contractsvrijheid van sociale partners, *Economische orde en beleid (De Pous-bundel)*, Deventer 1985, p. 85.

20 Over cao-recht: *Fase*; M.G. Rood, in: W.J.P.M. Fase (red.) e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984; T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen 1985; A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1986; F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer 1987; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen*, Deventer 1987; Themanummers cao-recht, *SMA* 1987, p. 662-713, *SMA* 1988, p. 169-254; C.E.M. Schutte, *Overzicht van het cao-recht*, Nijmegen 1994.

21 De Dienst Collectieve Arbeidsverhoudingen (DCA) van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geeft regelmatig overzichten van cao-bepalingen uit; M.M. Olbers heeft in diverse artikelen in *SMA* in cao geregelde onderwerpen behandeld. Studies over afzonderlijke cao's: F.F.M. Stolwijk, *De cao voor de typografie*, Haarlem 1948; G. Heida, *De cao in de landbouw*, Amsterdam 1964; M.J. Schotvanger, Cao en algemene regeling bij Hoogovens, *SMA* 1969, p. 732; G.Th.J.M. Kaspers, *Cao-onderhandelingen*, Prinsenbeek 1984 (over de sigarenindustrie).

van de 'normatieve bepalingen' – het zijn regels, die de individuele arbeidsovereenkomsten van degenen die onder de cao vallen, normeren. Sommige auteurs noemen ze ook 'horizontale bepalingen'.
De wettekst zegt 'voornamelijk of uitsluitend' en dat duidt erop dat er ook nog wel andere bepalingen in de cao's voorkomen. Denk aan clausules waarin de cao-partijen afspreken wanneer zij elkaar weer gaan ontmoeten voor nieuwe cao-besprekingen of voor tussentijdse evaluatie of bijstelling van de lopende cao;[22] wat er moet gebeuren, als er tussen hen geschillen ontstaan over de toepassing van de cao; in hoeverre zij zich tijdens de looptijd van de cao van staking en dergelijke zullen onthouden (zie par. 10.7); of er – wanneer er na beëindiging der cao geen nieuwe cao afgesloten kan worden – eerst naar bemiddeling of arbitrage zal worden gegrepen, enz.
Deze tweede groep bepalingen noemt men 'obligatoire bepalingen' – het zijn regels die puur de relatie tussen de cao-partijen aangaan.
Een belangrijk verschil tussen normatieve bepalingen en obligatoire bepalingen betreft de vordering tot nakoming. Van normatieve bepalingen kan de nakoming in rechte worden gevorderd én door de cao-partijen én door de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst, die aan de cao gebonden zijn.[23] Van obligatoire bepalingen kunnen alleen de cao-partijen nakoming vorderen.
Andere verschillen tussen normatieve en obligatoire bepalingen zijn nog:
- normatieve bepalingen kunnen nawerking hebben, obligatoire niet (zie par. 3.11);
- normatieve bepalingen kunnen algemeen verbindend worden verklaard, obligatoire niet (zie par. 9.6).

Naast deze twee duidelijk van elkaar te onderscheiden types van bepalingen – de normatieve en de obligatoire bepalingen – treft men in cao's nog andere bepalingen aan die men niet altijd even makkelijk bij één van die twee types, normatief of obligatoir, kan onderbrengen. Wij denken daarbij aan cao-bepalingen over arbeidsomstandigheden, indienstneming en sollicitatie, medezeggenschap, vakbondsrechten, fondsen en instellingen,[24] enz.
Dergelijke bepalingen richten zich meer in het bijzonder tot één van beide partijen in de individuele arbeidsverhouding, meestal de werkgever, en schrijven juist die partij een bepaald gedrag voor.

Voorbeeld 1: een cao-bepaling die zegt:
'De vakbonden mogen voor hun mededelingen gebruik maken van de aanplakborden in de onderneming.'

22 M.M. Olbers, Vredesplicht en openbreekclausules, *SMA* 1982, p. 7.
23 M.M. Olbers, Het normatieve deel der CAO en zijn handhaving, *SMA* 1979, p. 615; I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 98-100.
24 HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407; HR 10 januari 1987, *NJ* 1987, 936; vgl. B.S. Frenkel, Begunstiging van georganiseerden, *Bakels-bundel*, p. 68-69; R.A.A. Duk, De Hoge Raad en de fondsenbepalingen, *SMA* 1988, p. 205.

Voorbeeld 2: een cao-bepaling die zegt:
'Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn regel. De werkgever zal alleen in zeer bijzondere gevallen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangaan.'

Beide bepalingen richten zich vooral tot de werkgever die er zorg voor heeft te dragen dat de vakbond royaal toegang heeft tot de aanplakborden in de onderneming respectievelijk onder normale omstandigheden slechts arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd behoort af te sluiten. Als dergelijke bepalingen voorkomen in een ondernemings-cao zijn het obligatoire bepalingen; komen ze voor in bedrijfstak-cao's dan duidt men ze aan als 'diagonale bepalingen.'[25]
Het staat buiten discussie dat in elk geval de vakbonden een eigen actie hebben tot nakoming van dergelijke 'diagonale bepalingen' (zie par. 7.14). De individuele werknemer kan alleen nakoming vorderen, wanneer de inhoud van deze bepalingen relevant is voor de individuele arbeidsovereenkomst.[26]

De cao-partijen zijn, op basis van het algemene verbintenissenrecht, verplicht de cao naar redelijkheid en billijkheid na te leven (art. 6:248 BW). Zij zijn bovendien verplicht om druk uit te oefenen op hun leden, dat die de cao ook naleven, al hoeft dat (tenzij uitdrukkelijk overeengekomen) niet zover te gaan dat zij zich garant stellen voor die naleving door hun leden (art. 8 WCAO).
Deze twee regels zijn voor de klassieke jurist vanzelfsprekend, maar in de sociale realiteit niet altijd makkelijk hanteerbaar, als de achterban 'oproerig' is. Moet de vakbond zich dan door trouw aan contract en wet van haar leden vervreemden? Hier ligt een van de problemen van het cao-recht.

Het komt vaak voor dat de rechter cao-bepalingen moet interpreteren. Niet zozeer, omdat cao-partijen hem dit vragen – juridische geschillen over de cao doen zij liever onderling af – maar wél doordat een cao-bepaling inzet vormt van een individueel arbeidsgeschil dat aan de rechter is voorgelegd.
Als de rechter geroepen wordt een cao-bepaling uit te leggen, zal hij primair uitgaan van de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao. Bedoelingen van cao-partijen die afwijken van de bewoordingen, laat hij buiten beschouwing.[27] Wél stelt de rechter hoge eisen van duidelijkheid aan de bewoordingen van cao-bepalingen.[28] En in voorkomende gevallen zal de rechter cao-bepalingen buiten toepassing

25 Vgl. *Fase*, p. 43 e.v.; F. Koning, De obligatoire, diagonale en normatieve bepalingen der CAO, *SMA* 1988, p. 175. Zie voorts A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen*, Alphen aan den Rijn 1986, p. 242 e.v.
26 Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 505.
27 Vgl. HR 24 september 1993, *JAR* 1993/236.
28 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173, *JAR* 1993/234; vgl. M.M.H. Kraamwinkel, SMA 1997, p. 401.

laten, wanneer zij strijden met de wet[29] of een algemeen verbindend voorschrift, alsook vanwege redelijkheid en billijkheid.
Doorgaans is een nieuwe cao voor de werknemers gunstiger dan een oude. Een delicaat punt rijst, wanneer een nieuwe cao voor de werknemers ongunstiger uitpakt. Meestal wordt dat in een overgangsregeling opgelost, maar soms niet en dan moet de rechter wel eens kunst- en vliegwerk gebruiken om onbillijkheden te voorkomen.[30]

9.6 Algemeenverbindendverklaring

Al eerder werd gezegd dat een cao algemeen verbindend verklaard kan worden en welke de rechtsgevolgen daarvan zijn (zie par. 3.11). De mogelijkheid om een cao algemeen verbindend te verklaren werd geopend in de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten van 1937 (Wet AVV).[31]
Algemeenverbindendverklaring (avv) heeft ten doel te voorkomen dat de cao wordt uitgehold doordat niet-aangesloten werkgevers de cao-gebonden werkgevers kunnen beconcurreren met een lager niveau van arbeidsvoorwaarden. Jaarlijks worden in Nederland ca. 250 cao's algemeen verbindend verklaard.
Krachtens de Wet AVV kunnen de cao-partijen, zodra een cao is afgesloten, zich tot de minister wenden met het verzoek om bepalingen van hun cao algemeen verbindend te verklaren.[32] De minister kan daarop ingaan indien die cao-bepalingen ook zonder algemeenverbindendverklaring al 'voor een – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf (lees: bedrijfstak) werkzame personen gelden' (art. 1 Wet AVV). Voor het berekenen van de meerderheid tellen de werknemer, op wie de cao moet worden toegepast op grond van artikel 14 WCAO (zie par. 3.10) mee.[33]
De wet voorziet in bezwaar- en adviesprocedures (artt. 4-7), maar een echte beroepsprocedure tegen de avv bestaat er niet.[34]
Niet de hele cao zal en kan door de minister algemeen verbindend worden verklaard. In de eerste plaats staat de tekst van artikel 2 Wet AVV toe dat de minister sommige bepalingen buiten de algemeenverbindendverklaring laat. Artikel 2, lid 5 Wet AVV noemt zelfs een aantal types van bepalingen op, die in het geheel niet algemeen verbindend verklaard kunnen worden.[35]

29 Vgl. Ktg. Tilburg 14 januari 1993, *Prg.* 1993, nr. 3912.
30 Vgl. Rechtbank Amsterdam 26 februari 1992, *JAR* 1992/17.
31 Vgl. W.J. Schmale en P. Siebesma, De praktijk van het algemeen verbindend verklaren, *SMA* 1988, p. 223; dez., Enkele aspecten rond het instrument van avv, *SMA* 1991, p. 63.
32 *Fase*, hoofdstuk 3.
33 HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147.
34 Beroep op een administratieve rechter tegen avv wordt afgewezen, omdat avv wordt gezien als een daad van wetgeving, vgl. P.A. Stein in noot onder HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147; een beroep op de civiele rechter blijkt in uitzonderingsgevallen mogelijk, vgl. Ktg. Rotterdam 19 september 1979, *SMA* 1979, p. 874.

Bovendien ligt het in de rede dat alleen de zogenaamde normatieve bepalingen van een cao zich voor algemeenverbindendverklaring lenen, de obligatoire bepalingen niet.
Over de mogelijkheid van avv van de zgn. diagonale bepalingen bestaat nog geen volstrekte duidelijkheid. Wel staat vast dat cao-bepalingen ten aanzien van fondsen zich in beginsel voor algemeenverbindendverklaring lenen.[36]
De minister kan ook bepaalde ondernemingen uitzonderen van de algemeenverbindendverklaring en dat zal hij met name doen voor die ondernemingen die al een eigen ondernemings-cao hebben. Wél zal hij attent zijn op misbruik in de zin dat een ondernemings-cao wordt afgesloten met een dubieuze vakbond, alleen om onder een bedrijfstak-cao uit te komen.[37]
Afgezien van een uitzonderlijke situatie kan slechts een bedrijfstak-cao algemeen verbindend worden verklaard, niet een ondernemings-cao.

Het instrument van de algemeenverbindendverklaring is de laatste tijd ter discussie komen te staan.[38] Sommige economen staan er sceptisch tegenover omdat het de concurrentie beperkt, daardoor wellicht het loonniveau kunstmatig hoog houdt en aldus werkloosheid in stand houdt. Ook wekt het bevreemding dat de minister via avv soms algemene gelding geeft aan regelingen die haaks staan op de regeringspolitiek. Van de andere kant komt de avv ongetwijfeld de rust op de arbeidsmarkt ten goede.
Vooral die laatste overweging heeft tot nog toe de doorslag gegeven, zodat de avv in stand is gebleven.

9.7 Centraal overleg

De organisaties van werkgevers en werknemers ontmoeten elkaar niet alleen op het niveau van de bedrijfstak en onderneming voor het cao-overleg. Ze ontmoeten elkaar ook op centraal niveau.
Maar dan zijn het niet meer de vakbonden en werkgevers-verenigingen van de bedrijfstakken, doch de zgn. centrale organisaties.
Ontmoeten ze elkaar alleen, dan spreekt men van 'bipartite overleg'. Vaak ontmoeten zij er ook de vertegenwoordigers van de regering – dan

35 Twijfel is er over de vraag of boetebepalingen algemeen verbindend verklaard kunnen worden, vgl. B.S. Frenkel in *NJB* 1988, p. 118.

36 Vgl. HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147; zie ook H.J. Brouwer, de cao nog niet met VUT, *SMA* 1987, p. 662; W.J.P.M. Fase, De juridische ondersteuning van het cao-overleg, *SMA* 1987, p. 682; zie ook SER-Advies 92/14.

37 Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 14 december 1988, *KG* 1989, 31; zie M.M. Olbers, Sleept de avv-cao de ondernemings-cao, *SMA* 1989, p. 143; C.J. Hagen, De ondernemingsvakbond, de ondernemings-cao en ontheffing van de avv, *Maris-bundel*, p. 29.

38 Vgl. SER-Advies 92/14; P.F. van der Heijden, Verbindend verklaren van cao's: geen speelbal van de politiek, *NJB* 1992, p. 345; A. van Hoek, *NJB* 1992, p. 520; *Kamerstukken* 23 532; P.F. van der Heijden, Rotterdamse lessen, *NJB* 1994, p. 337; M.M. Olbers, Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, SMA 1976, p. 314.

heet het 'tripartite overleg'. Wetgeving en sociaal-economisch beleid zijn in de moderne verzorgingsstaat zonder de dialoog met de 'sociale partners' ondenkbaar geworden. Het huidige stelsel noemt men wel de 'overleg-economie'.[39]
Voor dat centrale overleg zijn twee instellingen geschapen:
- de Stichting van de Arbeid, een privaatrechtelijke organisatie, aan het einde van de Tweede Wereldoorlog opgericht door de centrale organisaties van werkgevers en werknemers[40], en
- de Sociaal-Economische Raad (SER), een publiekrechtelijk orgaan op- en ingericht krachtens de Wet op de Bedrijfsorganisatie 1950.[41]

Zowel in het bestuur van de Stichting als in de SER bezetten de grootste centrale organisaties van werkgevers en werknemers samen ieder hetzelfde aantal zetels; daarnaast is in de SER een derde deel van de zetels toebedeeld aan onafhankelijke personen, zoals de president van de Nederlandse Bank, de directeur van het Centraal Planbureau, enkele hoogleraren, enz. Omdat deze leden door de Kroon worden benoemd heten zij: 'Kroonleden'. De SER-commissies worden vaak geadviseerd door ambtenaren van de regering.
De Stichting van de Arbeid en de Sociaal-Economische Raad zetelen in hetzelfde (SER-)gebouw in Den Haag. De topfiguren van beide zijn voor een groot gedeelte dezelfden. De verschillen tussen beide instanties zitten in de wijze waarop zij functioneren.
In de Stichting van de Arbeid zijn de sociale partners onder elkaar; zij kunnen achter gesloten deuren beraadslagen. In de SER en zijn commissies zitten er ook 'derden' bij – de Kroonleden en ambtenaren. Veel commissiewerk in de SER gebeurt ook achter gesloten deuren, maar de voltallige SER-vergaderingen zijn toch meestal openbaar.
In de Stichting van de Arbeid treden de VNO-NCW- en de FNV-voorzitter als co-voorzitters op. Zij zijn in de SER vice-voorzitter. Het voorzitterschap van de SER wordt bekleed door een Kroonlid.
De SER wordt gefinancierd uit heffingen van het bedrijfsleven en kan er daardoor een sterk secretariaat op na houden. De Stichting van de Arbeid heeft bijna geen eigen middelen.
De Stichting van de Arbeid – hoewel in slechts enkele wetten als adviesorgaan van de regering genoemd – wordt toch heel vaak geraadpleegd door de regering over tal van facetten van het sociaal beleid. Soms brengt de Stichting ook eigener beweging rapporten uit.
De SER kan worden gehoord omtrent alle belangrijke maatregelen op sociaal of economisch gebied, welke de regering voornemens is te treffen (art. 41 WBO).[42] Meestal krijgt de SER dan ook het voortouw, wanneer

39 P.E. Visser, *Overlegeconomie*, Assen 1989.
40 M. v. Bottenburg, *Aan den Arbeid!*, Amsterdam, 1995.
41 G.H. Scholten, *De Sociaal-Economische Raad en de Ministeriële verantwoordelijkheid*, Meppel 1968; *De Sociaal-Economische Raad, Taak, samenstelling en werkwijze*, Den Haag 1980.
42 Vgl. W. Dercksen/P. Fortuyn/T. Jaspers, *Vijfendertig jaar SER-Adviezen*, Deventer 1982.

er meer formele kanten van de sociaal-economische besturing in het geding zijn.
De SER-adviezen oefenen een grote invloed uit op de vormgeving van het sociaal recht in Nederland. (Nagenoeg) unanieme standpunten van de SER zijn meestal voldoende om de wetgever van bepaalde voornemens af te houden of hem juist tot een bepaalde aanpak te bewegen; alleen als de SER sterk verdeeld is mist hij een dergelijke invloed. Vandaar dat zo vaak binnen de SER vasthoudend wordt gepoogd om unanimiteit te bereiken, ook al gaat dat nogal eens ten koste van duidelijkheid en snelheid.[43]
De SER speelt voorts een bestuurlijke rol in het kader van tal van wettelijke regelingen, meest op het economische vlak, maar ook wel op sociaal gebied (bijv. in de Wet op de Ondernemingsraden, zie hoofdstuk 11). Bovendien heeft de Wet op de Bedrijfsorganisatie de SER ook aangewezen als het 'toporgaan' van de zogenaamde publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (zie par. 9.8).

In de sfeer van het arbeidsvoorwaardenoverleg en van werkgelegenheidskwesties wordt doorgaans de voorrang gegeven aan de Stichting van de Arbeid.
Met name in het kader van de Stichting van de Arbeid is in het verleden vaak door de leiders van de centrale organisaties van werkgevers en werknemers bezien of er centrale afspraken te maken vielen over het arbeidsvoorwaardenbeleid dat door hun leden in de bedrijfstakken en ondernemingen gevoerd moest worden. Vaak ontmoet het bestuur van de Stichting van de Arbeid dan ook een kabinetsdelegatie en wordt het overleg van 'bipartite' 'tripartite'.
De uitkomsten van dergelijk overleg – als er al iets uitkomt! – kunnen allerlei vormen en betitelingen krijgen: een sociaal contract, een centraal akkoord, een protocol, een convenant, een gemeenschappelijk beleidskader of wat voor term er ook in de mode is. Ook de mate van bindendheid kan aanzienlijk uiteenlopen.
Historisch was het Centraal Akkoord van 1982 waarin werd afgesproken aan het herstel van het bedrijfsleven te werken, de prijscompensatie in te ruilen tegen arbeidsduurverkorting en waarbij van de overheid werd gevraagd terughoudend op te treden ten aanzien van ingrepen in de arbeidsvoorwaarden.[44]
De laatste jaren komt men nauwelijks verder dan globale afspraken, bijvoorbeeld over arbeidstijdverkorting of scholingsplannen die alleen de richting aangeven waarin het verder decentraal te voeren overleg moet gaan.
Wél worden op steeds meer gebieden door de Stichting van de Arbeid 'aanbevelingen' uitgebracht, die invloed uitoefenen op de cao-onderhandelingen en op het concrete gedrag van werkgevers en werknemers. In de rechtspraak kunnen zij ook indirect een rol spelen.[45]

43 Vgl. A. Klamer, *Verzuilde dromen*, Den Haag 1990.
44 W.J.P.M. Fase, De adem in, *SMA* 1983, p. 3.
45 M.A.C. de Wit, *Aanbevolen arbeidsrecht, de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid*, Den Haag 1995; A.H. van Heertum-Lemmen/A.C.J.M. Wilthagen, De doorwer-

Het naast elkaar bestaan van SER en Stichting van de Arbeid roept steeds weer de vraag op, aan welk van beide colleges een bepaalde materie voor advies moet worden voorgelegd. Soms wordt van die nood ook een deugd gemaakt, doordat eerst de een en dan de ander om advies wordt gevraagd, zodat de aanpak van een probleem ver naar de toekomst kan worden verschoven!
Dat leidde vaak tot een zeker ongenoegen over de stroperigheid van het wetgevingsproces. Toch hechten de meeste betrokkenen nog steeds grote waarde aan de 'overlegeconomie'. Zeker met het oog op grote uitdagingen waarvoor het proces van Europese integratie ons land de komende jaren stelt.[46]

9.8 Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie

In de vorige paragraaf kwamen wij al te spreken over een curieus onderwerp: de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.
Zo tussen 1918 en 1960 hoopten leidende politieke krachten in Nederland, dat men het bedrijfsleven een soort 'zelfbestuur' kon verlenen, dat herinneringen oproept aan de gilden uit de Middeleeuwen. Het hele bedrijfsleven zou worden opgedeeld in sectoren, die onder bestuur zouden komen van colleges, paritair samengesteld uit werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers, met eigen verordenende bevoegdheid. Ook het cao-overleg zou zich daarin kunnen oplossen. Voortaan zouden er publiekrechtelijke arbeidsvoorwaardenverordeningen komen in de plaats van de privaatrechtelijke cao. Men hoopte met zo'n 'harmoniemodel' de klassentegenstellingen te kunnen overbruggen.
Om dat mogelijk te maken werd eerst in 1922 de Grondwet gewijzigd en kwam in 1933 de Bedrijfsradenwet tot stand. Die laatste wet bracht nog slechts colleges met adviserende bevoegdheden. In 1938 werd de grondwettelijke basis versterkt, waarna de Wet op de Bedrijfsorganisatie van 1950 de instelling van bedrijfschappen en productschappen met verordenende bevoegdheden mogelijk maakte.[47] In slechts enkele sectoren is het daar ook inderdaad van gekomen; bekende voorbeelden zijn het Landbouwschap, het Bedrijfschap Horeca, het Productschap voor Vee en Vlees, enz.[48]
Maar vooral in de industrie en de groothandel is dit concept nooit aangeslagen en zelfs in landbouw en middenstand, waar het wel aansloeg, is men er nimmer toe overgegaan de cao het publiekrechtelijk karakter van een verordening te geven. Ook andere verordeningen op sociaal gebied zijn door deze organen slechts sporadisch tot stand gebracht.[49] Toch zijn

king van aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, Den Haag, 1996.

46 Vgl. SER, *Advies Convergentie en Overlegeconomie*, nr. 92/15, 's-Gravenhage 1992.

47 W.J. van Eijkern/G.J. Balkenstein, *De wet op de bedrijfsorganisatie*, Alphen aan den Rijn, 1955; W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid*, Alphen aan den Rijn 1980, hoofdstuk 5; P. VerLoren van Themaat/J.A. Muilwijk, *Handleiding bij de Wet op de bedrijfsorganisatie 1950*, IJmuiden 1956.

48 Voor vrije beroepen is instelling niet mogelijk (art. 66 WBO).

49 P.A.J.M. Steenkamp, Het einde van een droom, *Sociale politiek opnieuw bedacht* (F.

ook onlangs weer de voorstellen om aan de p.b.o. een eind te maken, afgesprongen. Wél zullen de bestaande p.b.o.-structuren worden gestroomlijnd.[50]

9.9 Representativiteit

De voorafgaande schets van organen en situaties waarin werkgevers- en werknemersorganisaties elkaar ontmoeten is verre van uitputtend. Men treft elkaar ook nog in:

- de uitvoerings- en adviesorganen van de sociale zekerheid (zie hoofdstuk 18);
- de instanties van de arbeidsvoorziening (zie hoofdstuk 2);
- allerlei paritaire organen die men zelf op het niveau van de bedrijfstak heeft gecreëerd (bijv. de Raad van Overleg in de Metaalindustrie);
- de bedrijfscommissies in het kader van de Wet op de ondernemingsraden (zie par. 11.5).

Ons hele sociaal-economisch bestuur is in feite doordrenkt van 'bipartisme' en 'tripartisme'.[51]
Daardoor kan licht de vraag rijzen: wanneer heeft een organisatie van werkgevers en werknemers een recht op deelname aan die overleg- en onderhandelingsstructuren?
Immers, als het oprichten van vakorganisaties zo vrij is (en ook moet zijn krachtens het grondrecht van vrijheid van vakvereniging als geschetst in par. 9.2), dan zullen er toch regels moeten komen met betrekking tot de toelating tot overleg- en onderhandelingsstructuren.
De traditionele overlegpartners hebben er begrijpelijk belang bij dat er niet te vlug nieuwe clubs bij kunnen komen. Ook de doelmatigheid van het overleg wil dat. Maar anderzijds eist de democratie, dat er geen onoverkomelijke barrières worden opgeworpen aan nieuwkomers.
Deze materie ligt uitermate gevoelig en het recht is nog slechts met zoeken en tasten bezig hier enige ordening in aan te brengen.

In het *publiekrechtelijk* vlak draait het representativiteitsvraagstuk om de kwestie, welke organisaties van werknemers respectievelijk werkgevers zetels mogen bezetten in bovenvermelde advies-, uitvoerings- en bestuursorganen.

van der Ven-bundel), Deventer 1972, p. 165; W.J.P.M. Fase, Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en privaatrechtelijke organisaties; geschiedenis van een onontwarbare knoop, *Gratia commercii* (A. van Oven-bundel), Zwolle 1981, p. 41; zie voor een stabilisatie van de pbo op het bereikte (lage) niveau de Wet van 24 juni 1992, *Stb.* 409, *Kamerstukken* 21 657.

50 Kamerstukken 25 695.

51 J.P. Windmuller/C. de Galan/A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, vijfde druk, Utrecht 1985; W.H.J. Reynaerts (red.), *Arbeidsverhoudingen in theorie en praktijk*, deel 2, Leiden/Antwerpen 1983; W. Albeda en W. Derksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn 1989.

Om te bepalen wanneer een organisatie 'representatief' is, heeft de SER criteria geformuleerd, eerst in het SER-besluit Richtlijnen Representativiteit Organisaties van 1954, daarna in een herzien besluit van 1977. Formeel binden deze richtlijnen slechts de SER in zijn eigen benoemingen en adviezen, maar in de praktijk werden zij ook door de regering gehanteerd.
Beroep tegen beslissingen in deze aangelegenheden is wel mogelijk, maar is weinig uniform geregeld. Er wordt ook weinig naar gegrepen.[52]
Toepassing van deze richtlijnen kwam voor het laatst in optima forma aan de orde rondom het kortstondige bestaan van de Algemene Vakcentrale (ca. 1990).

In het *privaatrechtelijk* cao-overleg is men nog ver af van een regeling van de representativiteit.
In de jaren zestig hebben enkele bonden eens geprobeerd via een kort geding toegang te krijgen tot bestaande overlegkaders, maar de rechter verwierp die eisen met een beroep op de contractsvrijheid.[53] Men liet zich in die jaren nog leiden door het idee dat de collectieve arbeidsovereenkomst een overeenkomst is als iedere andere, dat het iedereen vrij staat om een overeenkomst af te sluiten met elke andere die hij verkiest en dat het civiele overeenkomstenrecht partijen nu eenmaal niet kan dwingen anderen als contractspartij toe te laten. Pas later is men zich gaan afvragen of dat ook zo in volle omvang voor cao's moest gelden.
De minister legde de kwestie aan de SER voor, maar die verwierp in 1979 het idee van een wettelijke regulering.[54] Men vond dat erkenning als onderhandelingspartner maar verkregen moest worden door feitelijk gewicht. Zouden zich apert onredelijke gevallen voordoen waarin een organisatie toegang tot de onderhandelingstafel geweigerd zou worden, dan zou de rechter kunnen ingrijpen. Daarmee werd de bal weer gelegd bij de rechtspraak[55] en inmiddels heeft die al eens de bereidheid getoond om corrigerend op te treden, toen een organisatie op duidelijk onvoldoende grond buiten het overleg werd gehouden.[56] In andere gevallen evenwel weigerde de rechter een bond toegang tot de onderhandelingstafel te verschaffen.[57]

52 *Frenkel/Jacobs*, p. 251.
53 Rb. 's-Gravenhage 29 maart 1967, *SMA* 1967, p. 280; Pres. Rb. 's-Gravenhage 8 december 1964, *NJ* 1965, 7; ook een andere strategie – namelijk de rechter vragen de onderhandelende partijen te verbieden om zaken te doen met betrekking tot personeelsgroepen, waarvoor een buitengesloten bond zich juist opwierp – mislukte, vgl. Hof Amsterdam 18 oktober 1973, *NJ* 1974, 143.
54 SER-advies 1979/6.
55 L.J.M. de Leede, Toetsingsnormen in het collectieve arbeidsrecht, *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, p. 19-30; Pres. Rb. Den Haag, 5 september 1989, *KG* 1989, 366; M. Brink, Een 'recht' op collectief onderhandelen?, *SMA* 1988, p. 184.
56 Rb. Amsterdam 20 januari 1982, *NJ* 1984, 101; Pres. Rb. Rotterdam 16 juni 1982, *RvdW/KG* 1982, 103; Pres. Rb. Rotterdam 13 mei 1993, *JAR* 1993/136.
57 Pres. Rb. Rotterdam 4 maart 1987, *KG* 1987, 156; Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 juli 1987, *KG* 1987, 314; Pres. Rb. Amsterdam 13 augustus 1992, *JAR* 1992/63 en drie niet gepubliceerde gevallen bij W.J.P.M. Fase, Het cao-recht en onderhandelende partijen, vrijheid of gebondenheid?, *Bakels-bundel*, p. 55-57.

Formeel legt de rechter daarbij niet de criteria van de SER-richtlijnen aan, maar hij let toch wel op de 'representativiteit', vooral in de zin van: hoeveel leden heeft de bond in verhouding tot het aantal personeelsleden waarover onderhandeld wordt en in vergelijking met de andere bonden die al aan de onderhandelingstafel zitten.
Ook komt het voor dat bepaalde bonden tijdens het cao-overleg afhaken. Als het effect daarvan is dat er dan helemaal geen cao meer wordt afgesloten of slechts een cao met de overige bonden tot stand komt, dan wil dat ook nog wel eens tot een beroep op de rechter leiden, maar die heeft daar tot dusverre nog niet tussen willen komen.[58]
In principe is het ook niet zo erg wanneer een bond buiten het cao-overleg of het afsluiten van een cao blijft, want zij noch haar leden zijn dan door de cao gebonden. Men kan ook verder blijven ijveren voor een cao, eventueel met inzet van collectieve actiemiddelen.[59] Anders wordt het wanneer de cao algemeen verbindend verklaard zou worden. Er is veel voor te zeggen dat een cao, om vatbaar te zijn voor algemeenverbindendverklaring, over een ruime instemming moet beschikken. Wij zeiden al dat de wet eist dat een cao voor een naar het oordeel van de minister belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen geldt (art. 2, lid 1 Wet AVV). En bonden die zich gepasseerd voelen hebben de gelegenheid om bezwaar te maken tegen de algemeenverbindendverklaring bij de minister (art. 4 Wet AVV). Maar toch sluiten deze formules niet uit dat het kan voorkomen dat een cao algemeen verbindend wordt verklaard, ondanks het feit dat een representatief te achten bond daartegen is.[60]

9.10 Loon- en inkomenspolitiek

Tot de crisis van 1929 uitbrak bemoeiden regeringen zich nauwelijks met de loon- en inkomensontwikkeling. Die werd aan het vrije spel der maatschappelijke krachten overgelaten. Gedwongen door de economische crisis van de jaren dertig begon de overheid aarzelende stappen te zetten op de weg van bemoeienis met de loonvorming (de Landbouwcrisiswetgeving en de Wet AVV van 1937 getuigden van die ambitie).
De Duitse bezetter legde de loonvorming helemaal aan banden en na de bevrijding wilde de regering greep op de loonontwikkeling houden in het belang van het herstel van de economie. In het Buitengewoon Besluit

58 Pres. Rb. Rotterdam 16 juni 1982, *RvdW/KG* 1982, 103; Pres. Rb. Amsterdam 25 maart 1986, *KG* 1986, 184; Hof Amsterdam 4 december 1986, *SMA* 1987, p. 116; Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 mei 1985, *RvdW/KG* 1985, 168; Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 juli 1987, *KG* 1987, 314; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen*, Deventer 1987, p. 29.

59 Vgl. Pres. Rb. Roermond, 12 juli 1991, *KG* 1991, 264; Pres. Rb. Almelo, 30 augustus 1991, *KG* 1991, 308.

60 W.J.P.M. Fase, De verbindendverklaring van cao-bepalingen, *SMA* 1986, p. 689. Vgl. de discussie over algemeenverbindendverklaring en representativiteit in *SMA* 1987, p. 119 e.v.

Arbeidsverhoudingen 1945 werden daartoe vergaande bevoegdheden en spelregels neergelegd.
De cao-partijen waren niet meer vrij in het bepalen van de inhoud van de cao. Zij moesten daarin de aanwijzingen van de regering volgen en een onafhankelijk College van Rijksbemiddelaars toetste dat. Werkgevers maakten zich strafbaar als zij hogere lonen betaalden; werknemers konden niet rechtmatig voor hogere lonen staken.
Dit op het eerste gezicht wat dictatoriaal aandoende stelsel berustte evenwel op de instemming van de sociale partners. De regering (waarin nu de sociaal-democraten onder leiding van Drees domineerden) en de Stichting van de Arbeid overlegden intensief over de aanwijzingen die zij aan de cao-partijen gaven.
Deze zgn. geleide loonpolitiek heeft geduurd tot het begin van de jaren zestig. Zij leidde ertoe dat het loonpeil in Nederland lager lag dan elders in West-Europa, al lagen ook de prijzen en huren hier op een lager niveau. Dit alles werd heilzaam geacht voor de concurrentiepositie en voor het herstel van de economie van Nederland.
Toen door de werking van de EEG de grenzen in het begin van de jaren zestig meer open gingen, kwam dit alles onder spanning te staan. Ons productieapparaat draaide op volle toeren, er was een tekort aan arbeiders (de eerste 'gastarbeiders' werden aangetrokken), de werkgevers vochten om arbeiders en gingen hogere lonen betalen dan was toegestaan (zwart loon), de vakbeweging zag zich aldus ingehaald door de werkgevers en kon toen ook geen verantwoordelijkheid voor het systeem meer dragen; ze was er ook minder toe bereid toen na 1958 geen sociaal-democraten meer in de regering zaten. Het hele bouwwerk viel langzaam in duigen.
In 1970 herstelde de Wet op de Loonvorming de vrijheid van de cao-partijen. Maar aan een verdergaande vrijheid was men nog niet toe. De artikelen 8 en 10 van deze wet boden de regering nog de mogelijkheid om in bepaalde gevallen in te grijpen.
Artikel 8 (het onverbindend verklaren van cao-bepalingen) werd snel opgegeven wegens taai verzet van de vakbonden, maar tot het begin van de jaren tachtig is artikel 10 (loonmaatregel) meermalen benut.
In die jaren was het gebruikelijk dat de cao-partijen eerst probeerden op centraal niveau tot een akkoord te komen; als dat was mislukt haastte de regering zich weer om een loonmaatregel te nemen.[61]
Helemaal verwonderlijk is dat niet. In Nederland was men in de loop van de jaren vijftig en zestig van alles gaan koppelen aan de loonontwikkeling in de particuliere sector: de salarissen van ambtenaren en semi-overheid (zie par. 9.11-9.12), het wettelijk minimumloon (par. 4.13), de sociale uitkeringen (par. 12.7) enz. Hoe kan een regering een begrotingspolitiek voeren, wanneer zij geen greep heeft op deze grootheden?

61 N. van Veen, *Overheidsingrijpen in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Deventer 1976; W.J.P.M. Fase, *35 jaar loonbeleid*, Alphen aan den Rijn 1980, hoofdstuk 9; M.G. Levenbach, *De Nederlandse loonpolitiek*, Alphen aan den Rijn, 1955; N. van Hulst, *De effectiviteit van geleide loonpolitiek in theorie en praktijk*, Groningen 1984; W.J.P.M. Fase, Ingrijpen in de collectieve contractsvrijheid door de overheid, in: W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984, p. 31; T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht, Nijmegen, 1985.

Gedurende de jaren zeventig ambieerde de overheid een zeer brede inkomenspolitiek, niet alleen voor de inkomens op basis van arbeidsovereenkomsten en cao's, maar ook voor andere inkomens, zoals die van zelfstandigen. Gestreefd werd onder andere naar een wettelijke regeling van openbaarheid van inkomens en naar een algemene raamwet inkomensvorming, die alle inkomens zou kunnen beïnvloeden.[62]

Tegen het eind van de jaren zeventig kwam deze vorm van ingrijpen steeds meer ter discussie te staan, omdat zij strijdig werd geacht met het grondrecht van vrijheid van vakvereniging (zie par. 9.2). Met name vanuit de IAO (zie par. 19.2) werd er kritiek op geleverd.
Door de economische crisis en de veranderde politieke visies in de jaren tachtig heeft de regering sinds 1982 niet meer ingegrepen in de loonvorming in de marktsector.[63] Werkgevers waren krachtig genoeg om zich tegen bovenmatige looneisen te verzetten. Werknemers waren bereid om wat in te leveren in ruil voor arbeidsduurverkorting ter bestrijding van de massawerkloosheid.
In 1987 werd artikel 10 Wet op de Loonvorming zo gewijzigd, dat het nemen van loonmaatregelen nog slechts mogelijk is ingeval een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door een of meer schoksgewijze optredende externe factoren, zulke maatregelen vereist. Bovendien moet daarbij de levensstandaard van de werknemers adequaat worden beschermd en mogen de maatregelen slechts zes maanden duren en niet meer dan éénmaal met zes maanden worden verlengd.[64]
Een en ander kon niet verhinderen dat tot in het recente verleden de regering meermalen met ingrijpen in de loonvorming heeft gedreigd.[65]

9.11 Arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid

Hoewel formeel gesproken in Nederland de overheid nog altijd de arbeidsvoorwaarden van haar personeel eenzijdig vaststelt, verplicht artikel 125, lid 1 Ambtenarenwet haar wel om pas tot vaststelling over te gaan na overleg met de ambtenarenorganisaties. Men noemt dit het 'georganiseerd overleg'.[66]
Tot het begin van de jaren tachtig had dat overleg niet zoveel om het lijf, omdat de ambtenarensalarissen de trend van het particuliere bedrijfsleven vrijwel automatisch volgden. Maar sinds die tijd is de overheid een

62 Vgl. *Frenkel/Jacobs*, p. 208.
63 T. v. Peijpe, Het nieuwe gezicht van de loonpolitiek, in *VvA-bundel*, p. 169.
64 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectieve onderhandelingen*, Alphen aan den Rijn 1986, par. 54; L. Betten, Regering gaat overstag na ILO-missie, *SMA* 1984, p. 489; M.M. Olbers, Arbeidsvoorwaardenregeling bij wet of cao?, *Bakels-bundel*, p. 185.
65 Zie voor recente pogingen om in te grijpen in de vrijheid van cao-partijen: M.M. Olbers, *SR* 1991, p. 275; P.F. van der Heijden, NJB 1993, p. 1133.
66 Welke organisaties daaraan deelnemen – in feite alle representatief geachte ambtenarenbonden – is voor de rijksoverheid geregeld in art. 105-110a ARAR. Vgl. *Korteweg-Wiers*, hoofdstuk 2; M.G. Rood, *Collectief Ambtenarenrecht*, 's-Gravenhage 1989, p. 41-109; zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage, 5 december 1989, *KG* 1990, 25.

eigen beleid ten aanzien van de ambtenarensalarissen gaan voeren. Toen ontstond het probleem wat te doen als er in het georganiseerd overleg geen overeenstemming wordt bereikt. De vakbonden kunnen moeilijk accepteren dat de regering dan toch de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vaststelt. Daar kwam bij dat de ambtenaren inmiddels ook een grotere stakingsvrijheid hadden verworven (zie par. 10.22). Van haar kant evenwel kon de regering ook moeilijk afstand doen van haar recht om in laatste instantie zo nodig eenzijdig de arbeidsvoorwaarden van de overheidsdienst vast te stellen.[67]

Een eerste stap in de richting van een nieuw stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid[68] vormde – in 1984 – de instelling van de Advies- en arbitragecommissie Rijksdienst (artt. 110f–110l ARAR).[69] Aan deze commissie kan advies worden gevraagd door de minister of door een meerderheid van de centrales. Voor het vragen van een arbitrale uitspraak (die bindend is) is echter eenstemmigheid tussen alle deelnemers aan het overleg nodig. De commissie heeft in het eerste decennium van haar bestaan regelmatig adviezen gegeven in tal van conflicten. De arbitragemogelijkheid is evenwel nauwelijks benut.
Een tweede stap werd gezet in 1988 met de afsluiting van een 'protocol voor een proefneming arbeidsvoorwaardenoverleg 1989'. Kern van dit protocol vormde de bepaling dat de minister niet meer eenzijdig wijziging kan brengen in de geldende arbeidsvoorwaarden van ambtenaren. Wijziging is alleen nog mogelijk in overeenstemming met de diverse ambtenarenbonden. Ook in de navolgende jaren is dit protocol de basis voor het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid gebleven.
Een derde stap werd in 1993 gezet met de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Tot dan toe had het Rijk nimmer geaccepteerd dat voor het personeel in dienst van lagere overheden (provincies, gemeenten, waterschappen) beduidend andere arbeidsvoorwaarden golden dan voor de rijksdienst.[70] Sinds 1993 mogen deze lagere overheden echter zelfstandig onderhandelen. Hetzelfde geldt voor nationale sectoren als onderwijs, politie, rechterlijke macht en defensie.
Hoewel al het onderhandelen bij de overheid – formeel gezien – nog steeds uitmondt in eenzijdig vastgestelde arbeidsvoor-waardenregelingen, spreekt men in de pers meestal al over de 'ambtenaren-cao'. Wat daar ook van zij, het belangrijkste is dat de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen gewaarborgd is.[71]

67 *Van Peijpe/Riphagen*, hoofdstuk 6.
68 Vgl. K.M. Becking, *SMA* 1996, p. 170.
69 W.S.P. Fortuyn, De commissie-Albeda: katalysator van nieuwe arbeidsverhoudingen bij de overheid, *SMA* 1987, p. 227; H. Gritter, *SMA* 1987, p. 459; C. de Groot, *SMA* 1988, p. 270; K.M. Becking, De Advies- en Arbitragecommissie Rijksdienst, *SMA* 1992, p. 445; M.J.W.M. Akkermans, *Gelijk hebben en gelijk krijgen. Tien jaar Advies- en Arbitragecommissie Rijksdienst*, 's-Gravenhage, 1994.
70 Vgl. F.G. Wijnstra, Het arbeidsvoorwaardenoverleg, *TVO* 1988, p. 251.
71 HR 11 december 1992, *JAR* 1993/14; A.G. Maris, *SMA* 1996, p. 257.

9.12 Arbeidsvoorwaardenvorming bij de semi-overheid

Dan is er nog de zogenaamde semi-overheid, ook wel genaamd de gepremieerde en gesubsidieerde sector, dat wil zeggen al die organisaties en instellingen die geheel of voor een belangrijk deel direct of indirect uit collectieve middelen of uit retributies en premies worden bekostigd. Men denke daarbij aan de instellingen in de sfeer van de volksgezondheid, de cultuur, het welzijn, het onderwijs, de spoorwegen, de omroep, de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid, enz. Bij de meeste werkgevers in deze sector gaat het om privaatrechtelijke rechtspersonen die cao's kunnen afsluiten en waar de werknemers werkzaam zijn op arbeidsovereenkomsten.
Lange tijd heeft de regering greep gehad op de arbeidsvoorwaardenvorming bij dit personeel, omdat ze de ambtenarensalarissen volgden, die weer gekoppeld waren aan de 'trend' van het particuliere bedrijfsleven. Toen de overheid met betrekking tot ambtenaren de 'trend' losliet (begin jaren tachtig), hechtte zij aanvankelijk nog aan een instrument om greep te houden op de ontwikkeling van de salarissen bij de semi-overheid: de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS).[72] Onder druk van de kritiek daarop, ook uit IAO-kring, is deze wet uiteindelijk weer verdwenen. Er voor in de plaats kwam een vaag overlegmodel.[73]
In het bijzonder onderwijs wordt via de subsidievoorwaarden krachtens elk van de onderwijswetten bereikt, dat de arbeidsvoorwaarden voor het personeel in het openbaar en bijzonder onderwijs aan elkaar gelijk zijn, afgezien van een enkel geval waarin het eigen karakter van het bijzonder onderwijs een afwijking vereist.[74]

72 Wet van 19 december 1985, *Stb.* 695.
73 Kamerstukken 23 723; vgl. W.G.M. Plessen, *Collectief onderhandelen in de zorgsector*, Deventer 1996; dez. in SMA 1997, p. 148.
74 W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer 1991, hoofdstuk VI.

10

Gansch het raderwerk staat stil ...

10.1 Arbeidsconflicten van allerlei aard

Zolang er arbeidsverhoudingen bestaan, zijn er ook collectieve arbeidsconflicten geweest. De meest voorkomende strijdmethode daarin is de werkstaking. Daarnaast komen ook andere strijdmethodes voor zoals de bezetting, de boycot, de langzaamaan-actie, de stiptheidsactie, enz.

Collectieve arbeidsconflicten kunnen om allerlei redenen ontstaan:
- uit protest tegen een doen of nalaten van de werkgever, bijvoorbeeld ontslag van een arbeider, geen tijdige loonbetaling;
- om verbetering van de bestaande arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen;
- om erkenning van een vakbond af te dwingen;
- uit solidariteit met de strijd van andere arbeiders;
- om politieke motieven, enz.

Collectieve acties kunnen spontaan door de arbeiders ondernomen worden (wilde staking) of onder leiding van vakbonden (georganiseerde staking).
Sociologen worden geboeid door de staking als fenomeen van conflictueus gedrag. De jurist is vooral geïnteresseerd in de rechtmatigheid en de rechtsgevolgen van de staking.[1] Een rechtmatigheid die met name twee aspecten heeft, een strafrechtelijk en een civielrechtelijk.

1 P. Zonderland, *Rechten en plichten bij staking en tegenstaking*, Deventer 1974; E.P. de Jong, *Inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht*, Deventer 1975; M.G. Rood, *Naar een stakingswet?*, Deventer 1978; H.L. Bakels, Collectieve acties van arbeiders, *SMA* 1982, p. 492; F. Meeter, Staking en andere collectieve acties, in: W.J.P.M. Fase (red.) *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984, p. 71; A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen*, Alphen aan den Rijn 1986, p. 140; M.G. Rood, *Staken in Nederland*, Leiden 1991; A.T.J.M. Jacobs, Post-industrieel stakingsrecht, *SMA* 1991, p. 665; L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer 1994; L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag 1996.

10.2 De strafrechtelijke kant van de staking

Tot 1872 waren stakingen zonder meer verboden krachtens enkele artikelen in het Wetboek van Strafrecht (het zgn. coalitieverbod, zie par. 1.2). Sinds die in 1872 zijn afgeschaft, kon het staken op zichzelf niet meer strafrechtelijk vervolgd worden.
In 1903 werd daar – als reactie op de grote spoorwegstakingen – weer een belangrijke uitzondering op aangebracht: het staken door spoorwegpersoneel en ambtenaren werd strafbaar gesteld (de 'worgwetten' van Kuijper). Pas in 1979 zijn deze bepalingen ingetrokken.[2]
Wel blijft het mogelijk dat zich in het kader van een collectief conflict feiten voordoen, die strafbaar zijn onder meer algemene delictsomschrijvingen. Bijvoorbeeld wanneer arbeiders door ineens van het werk weg te lopen het leven van anderen in gevaar zouden brengen. Of wanneer stakers bij een poortblokkade geweld gebruiken tegen werkwilligen.

10.3 Historische ontwikkeling van de staking naar civiel recht

Toen in 1872 het staken strafrechtelijk 'vrij' werd, bleek weldra dat de werknemers die staakten, nog altijd grote civielrechtelijke risico's liepen;[3] zij kregen geen loon en konden wegens staking op staande voet ontslagen worden en dan zelfs aansprakelijk worden gesteld voor de schade.
Dat laatste gebeurde zelden – men plukt geen veren van een kale kip; een ontslag werd vaak teruggedraaid, wanneer de staking voorbij was. En bij een overwinning konden de arbeiders er zelfs nog wel eens een loonbetaling-achteraf uitslepen. Maar dat was lang niet altijd het geval en menige staker heeft er uiteindelijk ook zijn baan mee verloren.
Na 1900 kwamen in ons civiele recht de procedure van het kort geding en de ruime leer van de onrechtmatige daad op. Beide boden nieuwe perspectieven: rechtsvorderingen, niet tegen de stakers, maar tegen de vakbonden die hen tot staking aanzetten. Maar voor 1940 werd dat nog nauwelijks getest.
Na 1945 gold in Nederland een geleide loonpolitiek (zie par. 9.10) en werd staken al gauw opgevat als staken tegen de overheid, dat per definitie niet rechtmatig kon zijn. De grote vakbonden, die via hun centrales bij het loonbeleid betrokken waren, namen praktisch nooit hun toevlucht tot het stakingswapen; de stakingen die wel voorkwamen, waren wild of georganiseerd door de niet-erkende (communistische) bonden en werden in rechtszaken daarover strijk en zet onrechtmatig geacht.
Toen die geleide loonpolitiek echter rond 1960 in verval raakte ging ook de 'erkende' vakbeweging vaker naar het stakingswapen grijpen. Dit

2 Wet van 14 december 1979, *Stb.* 1979, 693.
3 H. van den Berg/P. Fortuyn/T. Jaspers, *De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland*, Nijmegen 1978; W.S.P. Fortuyn, *Stakingsrecht in Nederland, Theorie en praktijk 1872-1986*, Weesp 1985.

bracht de werkgevers ertoe om nu alle registers open te trekken om het staken via de civiele rechter aan banden te leggen.
Zij kregen steun van lagere rechters[4] en van de Hoge Raad, die in het befaamde Panhonlibco-arrest[5] van 1960 uitsprak, dat staken in beginsel een wanprestatie van de arbeider tegenover de werkgever opleverde en dat bonden die de arbeiders daartoe aanzetten, zich schuldig maakten aan een onrechtmatige daad.
Slechts een kleine opening liet de Hoge Raad: als 'de omstandigheden (...) van dien aard zijn dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de arbeid voort te zetten'.
Het arrest werd veel bestreden. De ruimte die het liet voor de werkstaking werd te gering geacht. Het Nederlandse recht dreigde een buitenbeentje te worden in West-Europa, waar het stakingsrecht veelal werd erkend als een grondrecht of minstens als een onontbeerlijk machtsmiddel voor de werknemers.[6]
De regering vroeg een SER-advies en kwam in 1969 met een wetsontwerp.[7] Dat bleek weldra weer nieuwe weerstanden op te roepen en is uiteindelijk ook in 1980 ingetrokken.
Intussen verzette het Gerechtshof Amsterdam in 1972 de bakens van de rechtspraak door uit te spreken dat een staking in beginsel rechtmatig is, tenzij bijkomende omstandigheden haar onrechtmatig doen zijn[8] – een uitspraak die de trend bleek te zetten voor alle verdere stakingsrechtspraak tot 1986.[9]
Nadat Nederland in 1980 het Europees Sociaal Handvest bekrachtigd had (zie par. 19.5), vormde dat een extra garantie voor deze nieuwe koers van ons recht[10] en in 1986 sprak ook de Hoge Raad in het belangrijke NS-arrest uit,[11] dat de bepaling van het ESH (art. 6, lid 4), waarin het stakingsrecht wordt erkend, in Nederland een ieder verbindt.
Dat betekent niet dat het stakingsrecht absoluut is. Wel heeft dit recht een zo hoge rang, dat het alleen met terughoudendheid mag worden

4 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 27 maart 1958, *NJ* 1958, 245 ('Stakingsrecht is Ons onbekend').
5 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84.
6 A.T.J.M. Jacobs, The Law of Strikes and Lockouts, in R. Blanpain/C. Engels, *Comparative Labour Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, 1998.
7 Wetsontwerp 10 111.
8 Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192.
9 Vgl. H.L. Bakels, Collectieve acties van arbeiders, *SMA* 1982, p. 717; F. Meeter, Staking en andere collectieve acties, in: W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984, p. 71; R. Hansma, *Collectieve actie onder de rechter*, 's-Gravenhage 1986; dez., *Advocatenblad* 1986, p. 499.
10 M.G. Rood, Stakingsrecht en internationale verdragen, *NJB* 1974, p. 661; A.G. Maris, Het stakingsrecht volgens art. 6 van het ESH, *Quid Iuris*, Deventer 1977, p. 35; A.G. Maris, Stakingsrecht en belangengeschillen in het ESH, *SMA* 1983, p. 288.
11 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS); A.T.J.M. Jacobs, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 630; M.G. Rood, Over collectieve acties of: de Hoge Raad terug van weggeweest, *NJB* 1987, p. 301; A.G. Maris, Het rechtspraakbeleid van de Hoge Raad in de stakingsarresten van 1986, *SMA* 1987, p. 267; M.G. Rood, NS/vervoersbonden. Rechtmatigheid van (stiptheids)acties, *TVVS* 1986, p. 226 en dez., Rechtmatigheid van collectieve werknemersactie, *TVVS* 1986, p. 309.

beperkt.[12] Welke beperkingen aangebracht mogen worden zou idealiter de wetgever moeten uitmaken, maar in de meeste landen, ook in Nederland, zijn de wetgevers daartoe onmachtig gebleken en neemt de rechtspraak hen die klus uit handen.

10.4 Rechtmatig, tenzij ...

In het NS-arrest zijn door de Hoge Raad bij het aanvaarden van het stakingsrecht met name twee voorbehouden gemaakt:
- indien zwaarwegende procedureregels zijn veronachtzaamd (de zgn. 'spelregeltoetsing');
- indien op grond van afweging van alle omstandigheden van het gegeven geval in onderling verband en samenhang moet worden geoordeeld dat de bonden in redelijkheid niet tot deze acties hadden kunnen komen (de zgn. 'misbruiktoetsing').

Dit stelsel van in beginsel ja, maar met twee 'tenzij's' geldt volgens de Hoge Raad voor:
a. de normale stakingen, te weten 'algehele, zich tegen de werkgever richtende werkstakingen' en
b. andere stakingen, waarvan de 'betreffende bijzonderheden' niet zo 'decisief' zijn dat zij om 'andere en strengere' normen vragen.[13]

Bij collectieve acties die niet binnen dit kader vallen kunnen dus andere maatstaven worden aangelegd, maar de Hoge Raad heeft nog niet uitgesproken welke.
De criteria van de Hoge Raad in het NS-arrest hebben inmiddels wel kritische bespreking gevonden in de literatuur, maar zijn toch niet heftig omstreden.[14] De Hoge Raad heeft ze in 1991 nog weer eens bevestigd.[15] In de lagere rechtspraak worden zij gevolgd, al bespeurt men wel de neiging om voor wat de beperkingen op het stakingsrecht aangaat, meer aansluiting te zoeken bij de formules van het ESH.

Aldus heeft de discussie over het stakingsrecht zich verplaatst van de vraag of een stakingsrecht moet worden erkend, naar de vraag aan welke

12 Alle beperkingen die aan het stakingsrecht gesteld worden, moeten voldoen aan de beperkingen die het ESH toelaat, zie ook art. 31 en Deel II van de bijlage van het ESH. vgl. L. Betten, *The Right to Strike in Community Law*, Amsterdam 1985; C.J.H. Brunner, Het rechterlijk verbod van stakingen, *Bakels-bundel*, p. 34; E. Cremers/L. Tilstra, Het collectief actierecht van de medische specialisten en het ESH, *Recht en Kritiek* 1989, p. 49.

13 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS) punt 3.3.

14 De criteria van de Hoge Raad werden in orde bevonden door het Deskundigen-comité van het ESH (zie par. 12.9), vgl. L.A.J. Schut, Het recht van werknemers op collectief optreden, met inbegrip van het stakingsrecht, *SMA* 1990, p. 577; J.J.M. de Laat/A.C.M. van Lierop, Spelregels en spelbrekers in het collectieve actierecht, *SR* 1990, p. 76; P.F. van der Heijden, De rechter en staken tegen de overheid: het ESH voorbij, *NJB* 1991, p. 1577.

15 HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 508.

beperkingen het stakingsrecht onderhevig moet zijn. Wij zullen telkens weer op die vraag stuiten wanneer wij het stakingsrecht in zijn verschillende facetten nader gaan bezien.

10.5 De spelregeltoetsing

Een belangrijk punt dat vaak wordt ingebracht, is de kwestie of de betrokken partijen (werkgevers en vakbonden) wel voldoende getracht hebben met elkaar tot een compromis te komen. Heeft men lang en serieus genoeg onderhandeld? In het Nederlandse jargon spreekt men wel van de 'spelregeltoetsing', waar dan ook nog zaken onder vallen als bijvoorbeeld de tijdige aankondiging.
Staking wordt door velen nog gezien als een uiterste middel (ultimum remedium), waar dus pas naar mag worden gegrepen als minder vergaande middelen zijn uitgeput.[16]
Deze redenering wordt echter meestal door rechters met terughoudendheid gehanteerd om geen vertragingstactieken van de werkgevers in de hand te werken. Wél kan de rechter in het feit dat een staking in een heel vroeg stadium uitbreekt terwijl er niet of nauwelijks was onderhandeld, aanleiding zien om haar 'voorshands' onrechtmatig te achten.[17] Dit dient dan te worden beoordeeld in samenhang met de berokkende of te verwachten schade.

10.6 De misbruiktoetsing

Stakingen zijn qua aard bedoeld om de wederpartij onder druk te zetten om concessies te doen en dus zal die werkgever daar wel nadeel, dus schade van ondervinden. Dat punt op zichzelf kan een staking niet onrechtmatig maken. Toch kan noch wil de Nederlandse rechter de totale omvang van de schade buiten beschouwing laten in zijn oordeel over de rechtmatigheid van de staking. Wij hebben gezien dat naast de 'spelregeltoetsing' de Hoge Raad ook een 'misbruiktoetsing' aanlegt.[18]
Zo wordt van stakers verwacht dat zij de nodige zorgvuldigheid in acht nemen om niet nodeloos schade en rampspoed aan te richten: bijvoorbeeld voldoende veiligheidsmaatregelen met het oog op het stilleggen van hun werk, of het voorkomen dat waren bederven.

16 Vgl. Pres. Rb. Utrecht, 15 juni 1979, *SMA* 1979, p. 655; Hof 's-Gravenhage 13 maart 1987, *Prg.* 1987, 2761; Pres. Rb. Amsterdam, 23 december 1987, *KG* 1988, 36; Pres. Rb. Rotterdam, 5 augustus 1988, *KG* 1988, 347; Pres. Rb. Breda 19 december 1989, *KG* 1990, 46; Pres. Rb. Amsterdam, 16 februari 1990, *KG* 1990, 99; Pres. Rb. Amsterdam 27 juli 1992, *JAR* 1992/84; A.M. Luttmer-Kat, De toetsing van collectieve acties aan procedureregels, *SMA* 1990, p. 77.

17 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1992, *NJ* 1992, 509: verrassingstactiek onrechtmatig geacht.

18 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS), onder punt 3.5; HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226; Pres. Rb. Amsterdam 22 maart 1988, *KG* 1988, 204; A.M. Lutmer-Kat, Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector, *SMA* 1989, p. 647.

Ook bij deze toetsing moet men oppassen dat men niet op een hellend vlak raakt door de eis dat er een evenredigheid moet zijn tussen doel en middelen. Want dan zet men de deur wagenwijd open voor rechterlijke bemoeizucht. De werkgever moet maar door de knieën als hij de schade te groot vindt worden. Dat moet voorop blijven staan.[19] Bij een staking zal er echter ook gauw sprake kunnen zijn van schade aan derden. Bijv. wanneer vakantiegangers worden getroffen door een actie van luchtverkeersleiders, patiënten gaan lijden onder acties van verplegend personeel, enz.
Met name in de toetsing van stakingen van personeel van de overheid (zie par. 10.22) en de semi-overheid lijkt de rechter de vraag of de acties geen 'onevenredige schade' berokkenen aan derden, mee te laten wegen.[20] Maar ook in de marktsector kunnen derden geredelijk schade ondervinden van collectieve acties, denk aan een staking in het beroepsgoederenvervoer.[21]
Dat laatste wijst er al meteen weer op dat ook hier een gevaar van afglijden dreigt. In onze samenleving neemt de onderlinge afhankelijkheid van mensen steeds meer toe. Een staking op een bepaalde plaats zal wel nooit meer beperkt blijven tot schade aan de werkgever, maar altijd wel wijder, dus ook aan derden schade berokkenen.
Dat punt kan dus ook weer geen zelfstandig argument zijn om een staking onrechtmatig te achten. Derden die door een staking schade lijden, zullen moeten proberen de schade te verhalen op de werkgever.[22] Het is aan de werkgever die de staking wordt aangedaan, om schadeclaims van derden af te wegen tegen het nadeel van toegeven aan de eisen van de stakers. Eventueel kan hij dit punt naar voren brengen bij de rechter die hij vraagt de staking onrechtmatig te verklaren. De jurisprudentie erkent wel dat de te verwachten schade een zodanige omvang kan bereiken dat een beperking noodzakelijk wordt.[23]
Het kan ook zijn dat 'derden' zich tot de rechter wenden om een staking onrechtmatig te laten verklaren.[24] De rechter zal de schade aan derden ook wel bij een verzoek van de werkgever in de overwegingen betrekken. Hij weet immers dat een heleboel schade kan worden geleden door mensen die zelf niet naar de rechter stappen, bijvoorbeeld bij een staking van de veerdiensten naar de Waddeneilanden[25] of van het streekvervoer.

19 L. Betten, Onevenredige schade blijft hindernis voor volledige erkenning stakingsrecht, *SR* 1986, p. 199; J. Leijten, Stakingen, collectieve acties en 'fair play', *NJB* 1986, p. 815.
20 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam, 13 juni 1991, *KG* 1991, 221.
21 Vgl. Hof Amsterdam, 14 december 1989, *NJ* 1991, 78; Pres. Rb. Haarlem, 12 april 1989, *KG* 1989, 233; Pres. Rb. Amsterdam, 21 mei 1990, *KG* 1990, 194; Pres. Rb. Amsterdam, 25 september 1991, 345; L.A.J. Schut, Collectief actierecht tegenover rechten van derden, *NJB* 1988, p. 1473, met reactie R. Hansma, *NJB* 1989, p. 528; E. Cremer/L. Tilstra, Verplegenden en Verzorgenden in opstand, *SMA* 1990, p. 32; H. Staal in *SR* 1987, p. 392.
22 HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35.
23 HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152; *JAR* 1994/268.
24 Vgl. E.P. de Jong, De Poststaking, *SMA* 1984, p. 3; Pres. Rb. Utrecht, 25 september 1991, *KG* 1991, 346; Pres. Rb. Utrecht, 5 april 1992, *JAR* 1992/20; Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1993, *JAR* 1993/153.

Naarmate een dienst essentiëler is, zal de rechter eerder beperkingen opleggen. Soms kunnen die van originele aard zijn, zoals bleek bij een staking in het streekvervoer, die door de rechter alleen maar werd verboden tijdens de spitsuren.[26]

10.7 Strengere normen bij andere arbeidsconflicten?

Zoals wij hierboven (par. 10.4) opmerkten, kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat er nog diverse collectieve acties mogelijk zijn, die aan andere, misschien wel strengere maatstaven gemeten zouden moeten worden.
Welke acties en welke maatstaven dat zijn, heeft de Hoge Raad nog zelden kunnen verduidelijken,[27] maar er is stellig een aantal acties te noemen, waarbij men zich iets dergelijks kan voorstellen. Wij moeten dan denken aan:

- stakingen om rechtsconflicten;
- de erkenningsstaking;
- stakingen in strijd met de cao;
- stakingen tegen anderen dan de eigen werkgever;
- wilde stakingen;
- solidariteits- en sympathiestakingen;
- politieke stakingen;
- stiptheidsacties en andere ongebruikelijke actiemethodes;
- poortblokkades;
- bedrijfsbezetting.

Wij zullen in al deze gevallen zien dat dit soort acties inderdaad 'bijzonderheden' vertonen. Op grond daarvan vragen zij op het eerste gezicht misschien om andere maatstaven, maar die moeten we toch heel genuanceerd benaderen. De 'betreffende bijzonderheden' dwingen niet per se tot bijzondere maatstaven. We zullen – in de woorden van de Hoge Raad – steeds moeten bezien, of de betreffende bijzonderheden zo 'decisief' zijn, dat zij om andere en strengere normen vragen.

10.8 Stakingen om rechtsconflicten

Als eerste staan wij stil bij stakingen tegen het ontslag van een arbeider, de niet tijdige loonbetaling, enz. Historisch gezien is dat een belangrijke bron van stakingen en in andere landen komt men zulke stakingen nog vaak tegen.
In Nederland heeft echter de laatste honderd jaar een sterke juridisering van de rechten van arbeiders plaatsgevonden. Wie meent ten onrechte

25 Vgl. Pres. Rb. Leeuwarden 19 juni 1993, *JAR* 1993/155.
26 Vgl. HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70.
27 Vgl. voor een actie van het niet-normale type HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690. Zie ook Rb. Utrecht 13 mei 1993, *NJ* 1993, 431; Pres. Rb. 's-Gravenhage 18 juni 1993, *JAR* 1993/154.

ontslagen te zijn, loon tegoed te hebben, enz. kan daarvoor naar de rechter stappen. Kort geding en sociale rechtshulp hebben deze 'rechtsweg' ook voor arbeiders begaanbaar gemaakt. Ook de bonden kunnen bij een meningsverschil over bijvoorbeeld de toepassing of de interpretatie van een cao naar de rechter stappen (zie par. 7.14). Of er bestaat een door werkgevers en bonden speciaal daarvoor opgezet orgaan om in dit soort zaken uitspraken te doen (zie par. 7.9 en 10.21).
En dat ligt nu juist principieel anders bij de zgn. belangengeschillen, bijvoorbeeld stakingen om een loonsverhoging of een arbeidstijdverkorting af te dwingen. Dit is bij uitstek het domein waarop de staking een eigen functie niet kan worden ontzegd. Immers, zulke belangengeschillen zijn niet 'juridiseerbaar'. Er is geen rechter die daarin een oplossing kan brengen. De aanpassing van het niveau van arbeidsvoorwaarden aan de ups en downs van de economie is een zaak die telkens weer in een sfeer van 'loven en bieden' moet worden beslecht. De staking is daarbij het noodzakelijke machtsmiddel waarover de arbeiders moeten kunnen beschikken.
Want als zij dat machtsmiddel niet hebben, kunnen de werkgevers wel erg gemakkelijk eisen van de arbeiders naast zich neerleggen. En uit die situatie concludeert menigeen, dat het 'in beginsel rechtmatig, tenzij ...' louter slaat op stakingen om 'belangenconflicten', niet op stakingen puur om rechtsgeschillen. Die laatste zijn in beginsel onrechtmatig.[28]
Sommigen gaan nog verder en concluderen dat stakingen tegen een bepaald werkgevershandelen (bijv. collectief ontslag) onrechtmatig zijn, wanneer er een medezeggenschapsroute bestaat en er bij kort geding voorzieningen getroffen kunnen worden.[29]
Hoewel er heel wat logica steekt in die beschouwingen moet men zich er toch voor hoeden ze al te ver door te voeren. In alle vorengeschetste gevallen kan er voor de rechter onder omstandigheden reden zijn om bepaalde acties toch rechtmatig te achten. In de eerste plaats omdat de rechter in een aantal juridische procedures niet verder gaat dan een marginale toetsing van het werkgevershandelen. In zulke situaties kan men niet zeggen dat het conflict geheel en al door een rechtsweg of een medezeggenschapsroute beheersbaar is. Het blijft dan toch voor een belangrijk deel een belangenconflict.
Vervolgens moet men ook oog hebben voor de eigen 'cultuur' van het arbeidsleven, waarin stakingen kunnen uitbreken ook al zijn er rechtswegen of medezeggenschapsroutes voorhanden. En het is dan niet altijd wijs om daar puur dogmatisch op te reageren. Er zal in die gevallen ook

28 Vgl. Pres. Rb. Utrecht 21 juni 1991, *KG* 1991, 256.
29 Vgl. Hof 's-Gravenhage 13 maart 1987, *KG* 1987, 274; Hof Amsterdam 12 november 1987, *KG* 1987, 301; Pres. Rb. Amsterdam 16 februari 1990, *KG* 1990, 90; HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690 (Elka); W.J.P.M. Fase, Medezeggenschap en collectieve actie, *Arbeid in Kort Geding*, Deventer 1983, p. 13; E. Steijger, De arbeidsomstandighedenwet en het stakingsrecht, *NJB* 1987, p. 563; R.A.A. Duk, Stakingsdoeleinden, *Marisbundel*, p. 19; A.M. Lutmer-Kat, Zijn collectieve acties tegen ontslagmaatregelen rechtens toegestaan?, *SMA* 1989, p. 328; dez., *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, Deventer 1990; C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen 1990, p. 71; R.A.A. Duk, *SR* 1991, p. 192.

gekeken moet worden naar de omvang van de schade die het conflict heeft aangericht (zie par 10.6).

10.9 De erkenningsstaking

Een specifieke toepassing van het vorenbesprokene vormen de zgn. erkenningsstakingen: arbeiders leggen het werk neer, omdat zij van hun werkgever willen afdwingen dat deze hun bond als onderhandelingspartner voor een cao erkent.
In geval van een bedrijfstak/onderneming waar nog helemaal geen cao bestaat, zal nog steeds van de rechtmatigheid van zo'n staking moeten worden uitgegaan,[30] omdat de rechter zich tot nog toe nog niet bereid heeft getoond om een werkgever in dit soort situaties tot het voeren van cao-onderhandelingen te verplichten (zie par. 9.4).
Iets meer aarzeling is gewettigd ingeval er al een cao bestaat, maar een bepaalde bond zich buitengesloten voelt en een staking organiseert om toegang tot het cao-overleg te krijgen. Voor dergelijke conflicten toont immers nu ook de rechter zich meer toegankelijk (zie par. 9.9).

10.10 Stakingen in strijd met de cao

Een volgend voorbehoud betreft de looptijd van een cao. Als een cao wordt afgesloten, bijvoorbeeld van februari 1998 tot februari 1999 dan moet er volgens de heersende mening voor die tijd in beginsel rust heersen aan het loonfront. Een staking voor een loonsverhoging in december 1998 is dan onrechtmatig. De cao heeft voor haar loopduur een vredesfunctie.
Maar pas op, het kan zijn dat de cao-partijen zelf in de tekst van de cao die vredesfunctie gerelativeerd hebben. Bijvoorbeeld door te stellen dat men in december 1998 weer opnieuw over een aanpassing van de lonen zal gaan onderhandelen. Ook kan het zijn dat de cao alleen maar een minimumkarakter heeft en afwijkingen bijvoorbeeld per onderneming mogelijk maakt, waarvoor gestaakt kan worden. En het is mogelijk dat men wil staken voor een kwestie, welke in de geldende cao ongeregeld is gebleven.
In al deze gevallen hoeft een staking tijdens de looptijd van een cao niet per definitie onrechtmatig te zijn. Of zij het is hangt dan af van de vraag hoe die vredesplicht in de cao zelf is omschreven (zie par. 9.5). En als de kwestie daar niet of onduidelijk in is omschreven, dan moet men er met de rechtstheorie uit zien te komen.[31] Staken tijdens de looptijd van een cao is dus delicaat, maar niet per definitie onrechtmatig. Ook hier geldt weer een soort 'nee, tenzij ...'.[32] Bovendien kan het bovenstaande uiteraard alleen maar slaan op bonden die cao-partij zijn; bonden die buiten

30 Pres. Rb Utrecht 6 juni 1969, *NJ* 1969, 301.
31 M.M. Olbers, Vredesplicht- en openbreekclausules, *SMA* 1982, p. 9; vgl. *KG* 1991, 347 en 351, waarin bestaan vredesplichtclausule niet relevant werd geacht.
32 Art. 6, lid 4 ESH erkent het stakingsrecht 'behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten'.

de cao staan kunnen wel degelijk oproepen tot een staking voor verdergaande eisen.[33] Een overeenkomstige nuancering moet gemaakt worden met betrekking tot de rechtspositie van de individuele leden van de diverse bonden.

10.11 Stakingen tegen anderen dan de eigen werkgever

Sommige stakingen treffen een bepaalde werkgever, terwijl ze materieel gericht zijn tegen een ander, bijvoorbeeld de overheid of de moedermaatschappij.
De werkgever kan zelfs onmachtig zijn om tegemoet te komen aan de eisen van de arbeiders, doordat hij met handen en voeten gebonden is aan de overheid (door subsidieregelingen bijv.).
Op zichzelf is dat weer geen reden om de staking onrechtmatig te achten. Men redeneert dan dat de actie zich inderdaad richt tegen een grootheid X ergens op de achtergrond, maar dat indien de betrokken arbeiders rechtstreeks bij X in dienst waren geweest zij dan de betreffende staking rechtmatig hadden kunnen houden. Als dat laatste het geval is, is het verder irrelevant dat de formele werkgever geen echte vrijheid van handelen had.[34]
Dit kan ook moeilijk anders, want heden ten dage zijn steeds meer werknemers in dienst van rechtspersonen, wier directie geen of weinig vrijheid van handelen heeft. Zij zijn 'puppets on a string' van weer andere rechtspersonen (moedermaatschappijen), die feitelijk de dienst uitmaken. 'Lifting the corporate veil' is noodzakelijk wil het stakingsrecht hier niet op stuklopen.
Juist als de kwestie internationale dimensies krijgt[35] zal men daar niet voor moeten terugschrikken. Want het is natuurlijk duidelijk dat bij een arbeidsconflict bij bijvoorbeeld Péchiney Terneuzen, uiteindelijk de directie van de Péchiney-moedermaatschappij in Frankrijk beslist welke manoeuvreerruimte de directie van Péchiney Terneuzen heeft. Maar de gevolgen van een staking zijn uiteindelijk ook merkbaar in het Franse moederbedrijf.

10.12 Solidariteits- of sympathiestakingen

Zich niet laten afschrikken door het argument dat de staking anderen dan de werkgever betreft, geldt ook het geval waarin bijvoorbeeld de arbeiders van Péchiney Terneuzen geen zelfstandige grieven hebben tegen hun directie of tegen de directie in Frankrijk maar met een staking

33 Vgl. Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192; W.J.P.M. Fase, Het cao-recht en onderhandelende partijen, vrijheid of gebondenheid?, *Bakels-bundel*, p. 53.
34 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, (NS) onder punt 3.5.
35 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, Towards community action on strike law?, *CMLR* 1978, p. 133; M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationale privaatrecht*, Deventer 1988, p. 148-150.

solidariteit willen betuigen aan stakers bij de Spaanse Péchiney-vestiging.
Want ook nu heeft die grootheid X op de achtergrond (de moedermaatschappij in Frankrijk) wel degelijk de handelingsvrijheid om de staking in Terneuzen te doen beëindigen, namelijk door toe te geven aan de stakers bij Péchiney Spanje.
Hoe ligt het bij solidariteitsstakingen, waarin er tussen de door de solidariteitsactie getroffen werkgever en ondernemers waartegen de actie feitelijk loopt, geen economische eenheid bestaat?
Neem het klassieke geval van de Rotterdamse en Amsterdamse havenwerkers die schepen onder Panhonlibco-vlag boycotten (zie par. 10.3).[36]
De havenarbeiders wilden solidariteit betuigen aan de zeelieden in het algemeen, die door de vermeende unfaire concurrentie van de Panhonlibco-staten uit de markt geprijsd dreigden te worden. Zo'n solidariteitsactie berokkent natuurlijk schade aan werkgevers, die buiten die problematiek staan, maar dat hoeft niet te betekenen dat zij helemaal machteloos zijn. Zij zouden bijvoorbeeld in de toekomst het laden en lossen van Panhonlibco-schepen kunnen weigeren. Wie solidariteitsacties houdt wil juist niets liever dan dat soort besluiten bewerkstelligen.
De rechter wiens oordeel over de rechtmatigheid van dit soort stakingen gevraagd wordt, moet tot deze kern van de zaak doordringen.

10.13 Politieke stakingen

De hiervoor besproken solidariteitsacties, maar ook andere stakingen kunnen wel eens een sterke politieke (bij)smaak hebben. Een boycot van Chili ten tijde van de daar heersende dictatuur was dat bijvoorbeeld. In België werd vroeger gestaakt ten gunste van invoering van het algemeen kiesrecht; in Duitsland tegen een rechtse Putsch in 1920; in Italië ca. 1975 tegen terreuraanslagen; bij ons was er de vrouwenstaking tegen de nieuwe abortuswetgeving.[37]
Bij de hier gegeven voorbeelden gaat het om (bijna) puur politieke stakingen. Maar er zijn ook stakingen waarbij het politieke karakter vermengd is met meer of minder economische kwesties. Zo werd in Engeland een jaar of wat geleden gestaakt tegen een mijnsluitingsplan van het staatsmijnbedrijf en tegen het voornemen om British Telecom te privatiseren. En in Nederland zijn er stakingen tegen loonmaatregelen van de regering geweest.[38]
Men kan erover twisten of dat politieke stakingen zijn, maar juridisch is van belang of de rechtmatigheidsvraag er anders door komt te liggen.
Onze Hoge Raad vindt dat zolang collectieve acties zich richten tegen overheidsbeleid op het stuk van arbeidsvoorwaarden die het onderwerp plegen of behoren te zijn van collectief onderhandelen, zij wel degelijk

36 Vgl. D. Knijff, Varen onder vreemde vlag, *TVVS* 1973, p. 302.
37 J. de Bruijn/B. Henkes, The women's strike in Holland – 1981, *Feminist review* 1982, p. 37.
38 Vgl. F.A.M. Verleisdonk, *Stakingen tegen de overheid*, Assen 1965; A.G. Maris, Collectieve acties met een 'politiek element', *SMA* 1988, p. 698.

door het stakingsrecht van het ESH gedekt worden, dus in beginsel rechtmatig zijn.[39]
Maar of ze in concreto rechtmatig geacht zullen worden is dan weer vers twee. In de Nederlandse praktijk ging het tot nu toe altijd maar om kortlopende acties en was – zo het al tot een rechtszaak kwam – de rechter geneigd om die te billijken.[40] Het protesteren tegen bezuinigingen in de sociale zekerheid werd in het najaar van 1991 door vrijwel alle om een oordeel gevraagde rechters een rechtmatig actiedoel geacht, omdat ook hier een samenhang was met de arbeidsvoorwaarden. Maar wel werden nogal wat beperkingen aan de duur en omvang van de acties gesteld.[41]

10.14 Stiptheidsacties, acties van onbehoorlijk werk, langzaamaan-acties en kortstondige werkonderbrekeningen

Diverse typen acties worden wel 'unfair' genoemd, omdat de arbeiders er weinig nadeel bij ondervinden, doordat zij er aanspraak op loon bij behouden. Het gaat hierbij om stiptheidsacties, acties van onbehoorlijk werk (bijv. de acties waarin trambestuurders het publiek zonder betaling lieten meerijden),[42] langzaamaan-acties, kortstondige werkonderbrekingen en dergelijke.
Sommigen achten deze typen acties per definitie onrechtmatig. De Hoge Raad gaat echter niet zover. Zij moeten per geval worden beoordeeld. In beginsel vallen ook zij onder het recht op collectieve actie. Dat betekent echter ook dat de werkgever bij dergelijke acties is ontheven van zijn verplichting om het hele personeel het volle loon te betalen. Wie en wat die werkgever dan wel moet betalen is echter niet duidelijk. Dus zullen de meeste werkgevers in de praktijk toch het hele personeel het volle loon doorbetalen om rechtszaken te vermijden. In dit geval kan dat wél unfair zijn en een reden om dit soort acties toch eerder onrechtmatig te achten. Een erg rechtlijnige gedachtegang heeft de Hoge Raad hiermee niet gegeven![43]

10.15 Blokkades

Het gebeurt maar zelden dat alle arbeiders even enthousiast zijn om aan een collectieve actie deel te nemen. De werkwilligen kunnen zich beroe-

39 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS) onder punt 3.4 en HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226. Puur politieke stakingen vallen niet onder art. 6, lid 4 ESH.
40 Vgl. reeds HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 176; voorts W.J. Slagter, *TVVS* 1978, p. 33.
41 *KG* 1991, 345-351; *NJ* 1992, 551; P.F. van der Heijden, De rechter en staken tegen de overheid: het ESH voorbij, *NJB* 1991, p. 1577.
42 Vgl. M.G. Rood, Collectief Conflictenrecht, in: W.J.P.M. Fase (red.), *Inleiding Sociaal Recht*, Groningen 1987, p. 142.
43 Vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS) onder punt 3.6; anders nog: K. Groen, Deelneming aan stiptheidsacties en doorbetaling van loon, *Frenkel-bundel*, p. 289; W.J. Slagter, De recente stakings- en stiptheidsacties, *TVVS* 1984, p. 33; vgl. ook HR 24 mei 1991, *NJ* 1991, 706.

pen op hun 'recht op arbeid'. Nochtans is solidariteit onder de arbeiders een eerste vereiste om een staking te winnen. Zijn er genoeg arbeiders bereid door te werken, dan 'bijt' de actie niet; de directie kan de staking 'uitzingen' en de stakers verliezen. Zelfs is het denkbaar dat de directie een nieuwe ploeg arbeiders ('onderkruipers') van' buiten ronselt om de stakers te vervangen.
Derhalve is het normaal dat de stakers de nodige druk op hun collega's uitoefenen om de staking niet te 'breken' en dus mee te staken. Die druk op collega's kan allerlei vormen aannemen. Faire maar ook unfaire methodes zijn mogelijk, zelfs geweld en bedreiging komen bijvoorbeeld in Engeland wel voor. In Nederland beperkt men zich doorgaans tot poortblokkades.
Tegen bepaalde vormen van druk op werkwilligen is in theorie zelfs strafrechtelijk optreden mogelijk (zie par. 10.2), maar in de praktijk blijft de politie liever buiten een arbeidsconflict en als er geen misdrijven worden begaan komt het niet tot strafrechtelijk optreden. Wel gebeurt het dat de werkgever langs civielrechtelijke weg iets aan poortblokkades probeert te doen door ze bijvoorbeeld in kort geding tegen de vakbond onrechtmatig verklaard te krijgen.
De rechtspraak geeft als tendens aan dat fysieke blokkades onrechtmatig worden geacht, doch dat pogingen tot overreding zonder intimidatie zijn geoorloofd.[44] Daarnaast is het niet uitgesloten dat civiele schadevergoedingsacties tegen deelnemers aan een blokkade worden gevoerd.[45]
Ook zijn er actievormen die puur gericht zijn op het ontregelen van het normale maatschappelijk leven teneinde een collectieve actie kracht bij te zetten, zoals een wegblokkade van vrachtwagenchauffeurs. Zij worden niet rechtmatig geacht. De onrechtmatigheid kan ook door derden-belanghebbenden worden ingeroepen.[46] Ook het EU-recht kan daarbij een argument vormen.[47]

10.16 Bezetting

Als de werkgever een fabriek wil sluiten is het middel van de werkstaking niet erg effectief meer. Vandaar dat in dat soort gevallen een ander actiemiddel is opgekomen: de arbeiders gaan over tot bezetting van een fabriek. Soms wordt dan de productie voortgezet, maar heeft de directie geen toegang meer.[48]
Strikt genomen levert ook een bedrijfsbezetting al heel gauw handelingen op die strafrechtelijk vervolgbaar zijn, maar ook hier houdt de politie zich liever afzijdig. In de praktijk reageren directies net zo als bij stakin-

44 Vgl. HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226; Hof 's-Gravenhage 15 januari 1988, *NJ* 1989, 672; Pres. Rb. Rotterdam 15 januari 1988, *KG* 1988, 80; Pres. Rb. Rotterdam 11 november 1991, *KG* 1992, 23.
45 Vgl. J.A. Bijker, Groepsaansprakelijkheid en staking, *SMA* 1989, p. 71.
46 Hof Amsterdam 14 december 1989, *NJ* 1990, 78.
47 T. van Peijpe, EU en het stakingsrecht, *SR* 1998, p. 149.
48 Vgl. J. Visser, *Bedrijfsbezetting: het verleden van een nieuw actiemiddel*, Amsterdam 1986.

gen. Als het om een door de vakbond gesteunde actie gaat, kan de werkgever de civiele rechter in kort geding vragen om de bezetting onrechtmatig te verklaren en de vakbond te veroordelen tot stopzetting van haar steun aan de actie.
Volgens de Hoge Raad valt de bedrijfsbezetting niet onder het recht op collectief optreden, dat artikel 6 ESH erkent. Haar rechtmatigheid moet aan de hand van het nationale burgerlijk recht (lees: art. 6:162 BW) worden beoordeeld. Zij is ongeoorloofd als zij een zeer vergaand karakter heeft, terwijl het beoogde doel ook via rechterlijke tussenkomst kan worden bereikt.[49]

10.17 Gevolgen van onrechtmatigheid voor de vakbonden

Nu vele collectieve acties in beginsel rechtmatig zijn, staat het pas vast dat een bepaalde staking onrechtmatig is, wanneer zulks door de rechter is uitgesproken. Veelal zal een dergelijke vaststelling in kort geding plaatsvinden.
Wanneer een staking onrechtmatig wordt verklaard legt de rechter meestal op de niet-naleving van het verbod een dwangsom om te bereiken, dat de bonden hun verdere steun aan de staking (in woord en geschrift, maar vooral ook in geld – de stakingskassen) intrekken.
In Nederland plegen de bonden zich daaraan te houden. En het moet dan ook als een logische pendant van zulk gedrag worden gezien, dat de bonden dan ook in beginsel niet aangesproken kunnen worden voor schade die mocht zijn ontstaan tussen het moment waarop zij de staking gingen steunen en het moment waarop die steun moest worden ingetrokken, omdat de staking onrechtmatig werd geacht. En als de staking rechtmatig werd geacht door de rechter zal ook niemand met succes een schadevergoedingsactie tegen een vakbond kunnen instellen. Is de staking onrechtmatig geoordeeld en zet de bond toch haar steun eraan voort, dan zal de bond in principe wel door de werkgever of zelfs door derden aangesproken kunnen worden tot schadevergoeding.[50]

10.18 Staking en de individuele arbeidsovereenkomst

De arbeiders zullen het tijdens de duur van de staking zonder loon moeten doen, krachtens de hoofdregel 'geen arbeid – geen loon' (art. 7:627 BW, zie par. 4.8).[51] Dat is wat zij 'in the game' moeten steken.[52] En zij

49 HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690 (Elka). Kritisch hierover: L. Betten, Hoge Raad worstelt verder met ESH, *SR* 1991, p. 200; A.G. Maris, *SMA* 1991, p. 565; Pres. Rb. Utrecht 28 april 1992, *JAR* 1992/49; A.M. Luttmer-Kat, *NJB* 1991, p. 1649. Vgl. ook Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, *NJ* 1981, 424 (Ford); daarover W.J.P.M. Fase, Medezeggenschap en collectieve actie, *Arbeid in Kort Geding* (Burgerhoff Mulder-bundel), Deventer 1983, p. 20-22.

50 Vgl. C.J.H. Brunner, Het rechterlijk verbod van stakingen, *Bakels-bundel*, p. 35-38; HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690 (Elka).

51 Evenmin compensatie van roostervrije dagen, vgl. *KG* 1990, 170, 254 en 273.

kunnen ervan uitgaan dat er ook geen vervangende sociale uitkering gegeven zal worden.[53]
Wel hebben de vakbonden voor hun leden uitkeringen uit stakingskassen beschikbaar. Vandaar dat de meeste stakingen 'georganiseerd' zijn. Soms begint een actie 'wild', maar nemen de vakbonden haar later over; soms blijft een actie van begin tot eind 'wild' van karakter. Wordt het conflict bijgelegd, dan lukt het nog wel eens om met de werkgever af te spreken, dat het loon over de stakingsperiode toch nog wordt betaald.
Maar hoe zit het met andere mogelijke consequenties? Kan de werkgever tijdens of na de staking ook disciplinaire maatregelen tegen de stakers nemen? Eventueel zelfs ontslag? Kan hij wellicht zelfs schadevergoeding van de stakers vorderen?[54] Het antwoord op deze vragen hangt in de eerste plaats samen met het rechtskarakter van de staking in kwestie.
Wanneer de staking rechtmatig wordt geacht is de werkgever niet gerechtigd om disciplinaire maatregelen tegen de stakers te nemen en heeft hij ook geen aanspraak op schadevergoeding. Dit volgt uit de zgn. *schorsingsleer*, die wil dat de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst voor de duur van een arbeidsconflict geacht worden te zijn geschorst.
Wordt de staking onrechtmatig verklaard en de stakers beëindigen hun actie, dan kunnen er tegen hen in beginsel geen disciplinaire maatregelen worden genomen wegens hun deelneming aan de actie voordat de rechter de actie had verboden. Tenminste als het ging om een actie die door een erkende vakbond georganiseerd was.[55]
Wordt de staking onrechtmatig geacht en gaan de stakers toch door, dan riskeren zij wel degelijk disciplinaire maatregelen, al zal de werkgever daarin maat moeten betrachten.
Vroeger riskeerden de arbeiders ook nog een 'bevel tot werkhervatting' onder bepaling van een dwangsom of gijzeling, maar zo'n vordering is sedert 1979 uitgesloten.[56]
Of de werkgevers of derden (bijv. de werkwilligen, maar ook anderen) de stakende arbeiders ook nog kunnen achtervolgen met een schadevergoedingsactie, wanneer er niet rechtmatig is gestaakt, is een nog onuitgemaakte zaak.[57]

10.19 Betaling van werkwilligen

Een netelig punt is ook de betaling van werkwilligen. Menige werkgever beschouwt hen als zijn 'bondgenoten' en zal niet op het idee komen om

52 Vgl. CRvB 29 november 1984, *TAR* 1985, 33; HR 6 november 1992, *JAR* 1992/132.
53 Vgl. art. 19, lid 1 onder l WW en art. 9, lid 1 onder c Abw.
54 A.T.J.M. Jacobs, De rechtspositie van de stakende werknemer, *WPNR* 1989, p. 21.
55 HR 22 april 1988, *NJ* 1988, 952; over dit arrest R.A.A. Duk, *SMA* 1988, p. 535; M.G. Rood, *TVVS* 1988, p. 184; vgl. ook Pres. Rb. Rotterdam 25 mei 1989, *KG* 1989, 243.
56 Art. 7:659, lid 2 BW.
57 Vgl. M.G. Rood in noot onder HR 25 oktober 1977, *NJ* 1977, 55; W.J.P.M. Fase, Het stakingsrecht in de particuliere sector in Nederland, *Tijdschrift voor sociaal recht* 1982, p. 305; A. Jaspers, *SR* 1990, p. 3.

hun loonbetaling stop te zetten ook als ze niet effectief kunnen werken door een staking.
Maar als een staking langer duurt kan het een zware last voor de werkgever worden en kan hij toch overwegen om de loonbetaling aan de werkwilligen te staken, met een beroep op artikel 7:627 BW.[58] Maar is het dan voor die werkwilligen niet mogelijk om loon te claimen op basis van artikel 7:628 BW? (zie par. 4.11).
De Hoge Raad heeft omtrent die vraag enige, maar geen volledige duidelijkheid geschapen.[59] Hij heeft twee extremen aangegeven. Enerzijds de georganiseerde staking om een loonsverhoging en dergelijke te krijgen, waar ook de werkwilligen direct belang bij hebben; anderzijds incidentele protestacties, waarbij de werkwilligen ook als echte buitenstaanders zijn te beschouwen. Bij de eerste soort acties hebben de werkwilligen geen recht op doorbetaling van loon, bij de tweede soort wel. Bij acties die ergens tussen die twee uitersten in liggen, zal de rechter moeten beoordelen of bij de betreffende actie de werkwilligen meer belanghebbenden of meer buitenstaanders zijn.
Bestaat er geen recht op doorbetaling van loon, dan zou men natuurlijk aan een WW-uitkering kunnen denken. In de regel zal die echter niet worden verstrekt, vanuit het beginsel dat de WW neutraal behoort te zijn in arbeidsconflicten. In bijzondere gevallen kan door het Lisv van die regel worden afgeweken.[60]

10.20 Uitsluiting

In vroeger tijden en thans nog in het buitenland gebruiken werkgevers als afweermiddel tegen werkstakingen wel de uitsluiting. Dat betekent dat zij ook tal van arbeiders buitensluiten die helemaal niet in staking zijn. Ze deden dat vroeger vooral vanuit een soort 'Verelendungstaktik': door snel alle Twentse textielarbeiders op straat te zetten wegens een staking bij één textielfabriek zou men kunnen bereiken dat de arbeiders zelf zoveel druk uitoefenen op de collega's bij die ene fabriek, dat die weer gauw aan het werk gaan. De stakingskassen van de bonden kunnen zo'n massale staking ook niet lang uithouden.
Die werkgeversmethodes zijn uit de tijd, maar als heden ten dage de bonden juist om hun stakingskassen te ontzien het wapen van de selectieve staking uit de kast halen (een kleine groep laten staken om een maximale ontwrichting te bereiken), dan komt de gedachte aan de uitsluiting weer boven.
Onzeker is of in onze rechtsorde een recht op uitsluiting bestaat. Een

58 Vgl. T. van Peijpe, *SMA* 1974, p. 149 en *SMA* 1975, p. 339.
59 Vgl. HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 55; O. Albers, *SMA* 1977, p. 251; J.M.G. Kuin, *SMA* 1977, p. 496; R.A.A. Duk, Wielemaker en Wissekerke: welke werkwillige wel? in: W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer, 1984, p. 95; A.Ph.C.M. Jaspers/T. van Peijpe, Werkwilligen en stakingsrecht, *SMA* 1983, p. 18.
60 Zie art. 19, lid 7 WW; Vgl. A.A.H. Zon-Kruysse, Bedrijfsvereniging geen stakingskas, *SMA* 1966, p. 83; H.J.O. Martens, Rechtsbescherming tegen weigering van uitkering in geval van werkloosheid tengevolge van staking of uitsluiting, *SMA* 1974, p. 504.

beroep hierop zou kunnen worden gebaseerd op artikel 6 ESH.[61] Feit is dat uitsluiting in de vorm van ontslag niet goed hanteerbaar is door het Nederlandse ontslagrecht (zie hoofdstuk 8). Uitsluiting in de vorm van het niet betalen van loon aan de schijnbaar werkwilligen is (gezien de onder par. 10.18 vermelde leer van de Hoge Raad over artikelen 7:627-628 BW bij arbeidsconflicten) wel mogelijk in ondernemingen waar door de staking echt niet gewerkt kan worden. Maar is zij ook mogelijk in de onderneming waar eigenlijk niets de voortgang van de bedrijvigheid in de weg staat?
Of moeten wij maar helemaal afzien van toepassing van al deze normale regels van het arbeidsovereenkomstenrecht in het geval van de uitsluiting en er een volwaardig collectief-arbeidsrechtelijke redenering op loslaten, die zo nodig de individueelrechtelijke regels terzijde schuift? Over dit alles bestaat in Nederland nog geen rechtspraak.

10.21 Onderzoek, verzoening, bemiddeling en arbitrage

Omdat de schade die door collectieve arbeidsconflicten aan de economie en de orde en rust in de samenleving wordt toegebracht nogal groot kan zijn, heeft de overheid vanouds getracht door het aanbieden van bemiddelaars, verzoeners, arbiters, onderzoekspersonen enz. bij te dragen aan een voorkomen of een spoedige oplossing ervan. In 1897 werden met onder meer die opdracht de zgn. Kamers van Arbeid ingesteld. In 1923 kwam de Arbeidsgeschillenwet tot stand en werd voor iedere windstreek van Nederland een speciale rijksbemiddelaar aangesteld.
Die wet is na 1945 een dode letter geworden. Tussen 1969 en 1980 lag er, tegelijk met het wetsontwerp tot regeling van het stakingsrecht (zie par. 10.3) een wetsontwerp inzake commissies van onderzoek op tafel,[62] maar ook dat is verdwenen. Er is gesproken over een 'stakingscode', maar hierover konden de organisaties van werkgevers en werknemers het niet eens worden.[63]
Als gevolg hiervan heeft het Nederlandse recht op dit punt weinig te bieden.[64] In geval van staking pleegt het bestuur van de Stichting van de

61 Vgl. A.G. Maris, Offensieve uitsluiting, *SMA* 1983, p. 726; H.L. Bakels, De uitsluiting en het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden, *Samenleven en samenwerken*, Deventer 1983, p. 23.

62 Wetsontwerp 10 110.

63 Vgl. Stichting van de Arbeid, *Advies omtrent een aantal aspecten van de stakingsproblematiek*, Den Haag 1985; M.G. Rood, Geen stakingscode, *TVVS* 1985, p. 201; R.A.A. Duk, Het advies van de Stichting van de Arbeid inzake een aantal aspecten van de stakingsproblematiek: agreeing to disagree, en hoe nu verder, *SMA* 1985, p. 567.

64 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, Onderzoek, verzoening, bemiddeling en arbitrage in arbeidsconflicten, *Frenkel-bundel*, p. 267; C.J. Loonstra, Final-offer arbitrage bij collectieve arbeidsconflicten: een redelijk alternatief?, *SMA* 1986, p. 650; dez., *Derden-interventie in cao-conflicten*, Groningen 1987; dez., Terugkeer naar de Arbeidsgeschillenwet?, *SMA* 1988, p. 833; T. Hanami/R. Blanpain, *Industrial conflict resolution in Market Economies*, Deventer 1989; W. van Voorden, Derden-interventie in de arbeidsverhoudingen, *SMA* 1991, p. 658; A.T.J.M. Jacobs, Post-industrieel stakingsrecht, *SMA* 1991, p. 665; L.A.J. Schut, Is het collectief conflictenrecht klaar voor de volgende eeuw?, in *VvA-bundel*, p. 209.

Arbeid enigszins in de gaten te houden of bemiddeling moet worden geëntameerd. Men houdt daar ook een lijst bij van personen die zich daarvoor beschikbaar stellen.

10.22 De ambtenarenstaking

In paragraaf 10.2 werd vermeld dat het staken door ambtenaren sedert 1979 niet meer strafrechtelijk verboden is. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het staken van ambtenaren nu ook altijd rechtmatig is.[65] Zo goed als arbeiders en bonden in de private sector civielrechtelijke acties te duchten hebben, zo kunnen ook ambtenaren er niet van uitgaan dat zij buiten schot blijven.
Ambtenarenbonden kunnen civielrechtelijk worden aangesproken; tegen de ambtenaren zelf kunnen disciplinaire maatregelen genomen worden: terugzetting in rang, ontslag, enz.
Er is dus alle reden tot een formele erkenning van het stakingsrecht voor ambtenaren, maar ook hier geldt dat zo'n erkenning niet absoluut kan zijn. Net als in de private sector wil men daar toch bepaalde beperkingen aan kunnen stellen. En speciaal voor de overheid wordt gewezen op het feit dat er menige categorie van ambtenaren is, die men toch moeilijk een onbeperkt stakingsrecht kan verlenen. Denk bijvoorbeeld aan gevangenispersoneel. Maar hoe ruim moet die kring getrokken worden?[66]
En als men aan bepaalde groepen geen stakingsrecht toekent, dan moet men ze toch iets anders bieden; want anders zijn ze verstoken van enig machtsmiddel tegenover hun werkgever/de overheid.
Uit dit soort problemen is de wetgever nog niet gekomen, een reeks van voorontwerpen van wet ten spijt.[67] Om zich de nodige manoeuvreerruimte te verschaffen heeft men bij ratificatie van het ESH 'het overheidspersoneel' uitgesloten van de toepassing van artikel 6, lid 4, maar dit heeft de rechter niet verhinderd om het stakingsrecht van ambtenaren in beginsel al te erkennen.[68] Waar echter de grenzen liggen van het ambtenarenstakingsrecht is nog niet geheel duidelijk, omdat er nog pas weinig rechtspraak is. Maar belangrijke elementen zijn stellig: schade aan derden, openbaar belang, procedureregels, bijzondere groepen.
Tezelfdertijd is voor de overheidsdienst iets tot stand gebracht wat voor de private sector nog helemaal niet bestaat (zie par. 10.21), te weten een officiële Advies- en Arbitragecommissies Rijksdienst (met dito commissies bij lagere overheden) voor de behandeling van geschillen omtrent de vaststelling van de loon- en arbeidsvoorwaarden (zie par. 9.11).

65 Vgl. *Korteweg-Wiers*, p. 45-54; A.J.D. Seelen, *De werkstaking van ambtenaren*, 's-Gravenhage 1967; M.G. Rood, *Collectief ambtenarenrecht*, 's-Gravenhage 1989, p. 113-172; Van Peijpe/Riphagen, par. 6.6.
66 Vgl. Hof Amsterdam 28 maart 1985, *TAR* 1985, 114 (politie).
67 L. Betten, Het Wetsontwerp Collectieve Acties Ambtenaren getoetst aan het ESH, *Frenkel-bundel*, p. 309.
68 Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982, *NJ* 1982, 346; CRvB 21 oktober 1982, *AB* 1983, 35; Hof Amsterdam 28 maart 1985, *TAR* 1985, 114.

11

De vinger in de pap

11.1 Vormen van medezeggenschap

Sinds het begin van deze eeuw is er veel veranderd aan de gezagsverhoudingen in het arbeidsleven. Geleidelijk aan hebben de werknemers steeds meer gelegenheid gekregen tot het uitoefenen van medezeggenschap, dat wil zeggen: invloed via hun vertegenwoordigers op de besluiten en de samenstelling van de leiding van de arbeidsorganisatie. Het recht op medezeggenschap werd in 1983 zelfs als grondrecht in onze Grondwet opgenomen (artt. 19 en 109).[1]

Medezeggenschap kan zich in diverse vormen voordoen, te weten als:
a. medeweten,
b. medepraten, en
c. medebeslissen.[2]

De laatste vorm is medezeggenschap in de meest directe zin. In medezeggenschapsregelingen is dit onderscheid terug te vinden in het onderscheid tussen:
a. het recht op informatie,
b. het recht op overleg en dat op het geven van advies, en
c. het instemmingsrecht.

De vorige volzin geeft al aan dat de beschouwingen over de medezeggenschap al gauw een sterk juridisch karakter krijgen, al mag nimmer vergeten worden om aandacht te schenken aan de werking van medezeggenschap in de praktijk.[3]

1 M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading*, Deventer 1979.
2 Vgl. W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, vierde druk, Deventer 1985, p. 29; B. Wachter, *Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband*, Alphen aan den Rijn 1980, p. 8.
3 A.W.M. Teulings, *Ondernemingsraadspolitiek in Nederland*, Amsterdam 1981; Grat van den Heuvel, *Industrieel burgerschap als uitnodiging*, Deventer 1983; J.H.T.H. Andriessen/P.J.D. Drenth/C.J. Lammerts, *Medezeggenschap in Nederlandse bedrijven*, Amsterdam 1984; A.W.M. Teulings, Prominenten en volgers: recht, macht en invloed van ondernemingsraden op de besluitvorming, *Tijdschrift voor arbeidsvraag-*

Oorspronkelijk was voor werknemers de belangenbehartiging door de vakbonden verreweg het belangrijkste. Vakbonden streefden naar het afsluiten van cao's om op die manier paal en perk te stellen aan de eenzijdige machtsuitoefening door de werkgevers. Via stakingen werd zonodig een cao afgedwongen. Het desbetreffende recht werd beschreven in de beide vorige hoofdstukken.
Later is een tweede vorm van medezeggenschap gegroeid en wel die via de ondernemingsraden (OR).[4] Daarover gaat dit hoofdstuk vooral.
Al met al is er in Nederland een duaal systeem van medezeggenschap gegroeid.[5] Daardoor kan het voorkomen dat ondernemers over bepaalde zaken, zoals collectief ontslag en fusie, dubbel overleg moeten voeren, met de vakbonden en met de ondernemingsraad. Door een dergelijke samenloop van medezeggenschapsrechten[6] kunnen er geredelijk tegenstellingen, spanningen en wedijver optreden.

11.2 Geschiedenis medezeggenschapsrecht

Toen eind vorige eeuw de eerste 'kernen' werden opgezet (de oudst bekende was die van J.C. Marken in 1878) ging het initiatief daarvoor uit van werkgevers.[7] De vakbonden zagen dit nog vooral als poging van de ondernemers om overleg met de vakbonden af te houden. Na de Eerste Wereldoorlog gingen (onder Duitse invloed) de socialistische vakbonden zich echter ook voor ondernemingsraden uitspreken.[8] Maar de heersende tendens was toen in Nederland om de medezeggenschap eerder op bedrijfstakniveau gestalte te geven (zie par. 9.8). Ook nadien bleven de

stukken 1985, p. 51; J.C. Looise, *Werknemersvertegenwoordigingen op de tweesprong*, Alphen aan den Rijn 1989; Themanummer Medezeggenschap, *De NV* 1989, p. 101-108; W. Albeda/W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, vierde druk, Alphen aan den Rijn 1989, hoofdstuk 7; W.H.J. Reynaerts/A.G. Nagelkerke, *Arbeidsverhoudingen, theorie en praktijk*, deel 2, Leiden/Antwerpen 1987; W.P. Windmuller/C. de Galan/A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht/Antwerpen 1983.

4 Algemene publicaties over de WOR: P.F. van der Heijden/A.J.C.M. Geers, *De ondernemingsraad* (losbladig), Deventer, waarin opgenomen *Rechtspraak Ondernemingsraden*; M.G. Rood, *Wet op de ondernemingsraden* (losbladig), Arnhem; *Inzicht in de ondernemingsraad*, 's-Gravenhage 1993; J.C.M.G. Bloemarts (red.), *Handboek ondernemingsraden (FNV)*, Amsterdam 1990; themanummer WOR, *SMA* 1991, p. 689; P.W.M. Nobelen, *Facetten van Medezeggenschap*, Assen/Maastricht 1991; P.F. van der Heijden (red.), *Schets van het Medezeggenschapsrecht*, Deventer 1992.

5 A.T.J.M. Jacobs, Het juridisch tekort in het arbeidsrecht, *NJB* 1996, p. 917; M.M. Olbers, Vakbond of ondernemingsraad, in *VvA-bundel*, p. 181.

6 M.G. Rood, Over samenloop van medezeggenschapsrechten, *Arbeid in kort geding* Borgerhoff Mulder-bundel, Deventer 1983, p. 89; S. de Laat, De ontwikkeling van werknemersrechten binnen het ondernemingsrecht, *Bedrijven in moeilijkheden 1984*, Zwolle 1984, p. 56.

7 J.C. Kleij, *Sociaal ondernemerschap, een rechtssociologische studie naar de antwoorden van J.C. Marken op de sociale quaestie*, Utrecht 1985; F. Koning, Omtrent de ondernemingsraad, *SMA* 1975, p. 85 en *SMA-bundel*, p. 373; M. Algra, *'Wie zwijgt wordt niet gehoord', Geschiedenis van de medezeggenschap in Nederland*, Amsterdam 1990.

8 Vgl. de dissertatie van de rapporteur van NVV en SDAP, G. van den Bergh, *De medezeggenschap der arbeiders in de particuliere onderneming*, Amsterdam 1924.

vakbonden gereserveerd staan tegenover ondernemingsraden, al zijn zij er zich geleidelijk steeds actiever voor gaan inzetten. Hiertoe heeft bijgedragen het feit dat de vakbonden zelf kandidatenlijsten kunnen opstellen en verder dat de wet de OR nadrukkelijk afhield van bemoeienis met materies die al in de cao geregeld zijn (zie par. 11.4). Zo is er een taakverdeling ontstaan, waarbij de ondernemingsraad zich vooral met de interne kwesties van het bedrijf bezighoudt en het onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden primair aan de vakorganisaties voorbehouden blijft.

De eerste wettelijke regeling van de OR dateert uit 1950, de tijd waarin werkgevers- en werknemersorganisaties nauw samenwerkten bij het herstel van de naoorlogse economie. De toen heersende harmoniegedachte kwam in de opzet van de wet tot uiting.[9] De OR was geen zuivere personeelsraad, omdat de directeur als voorzitter optrad. Verder was zijn taak niet de behartiging van personeelsbelangen, maar het dienen van het algemene ondernemingsbelang. En tenslotte had de OR slechts adviserende bevoegdheden en was er geen beroep op de rechter mogelijk als de ondernemer niet aan de plicht voldeed om een OR in te stellen.
De geleidelijk veranderende opvattingen over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming leidden in 1965 tot het rapport van de commissie-Verdam over de herziening van het ondernemingsrecht.[10] Naar aanleiding van dit rapport kwamen in 1970/1971 vier wetten tot stand die betrekking hadden op de jaarrekening (par. 11.4), de structuur van grote vennootschappen (par. 11.7), het enquêterecht van vakbonden (par. 11.9) en de vervanging van de Wet op de Ondernemingsraden. In de nieuwe WOR van 1970 werden de bevoegdheden, de taak en de rechtsbescherming van de OR en zijn leden verbeterd en werd de mogelijkheid van vorderingen tot naleving van de wet ingesteld.[11]
Het voortgaande democratiseringsstreven leidde in 1979 andermaal tot een belangrijke wijziging van de wet. De OR werd een zuivere personeelsraad; de directeur was niet langer lid en voorzitter van de ondernemingsraad. Voorts werden de bevoegdheden, de beroepsmogelijkheden en de rechtsbescherming van OR-leden opnieuw uitgebreid.[12] Ook sedertdien is de Wet op de ondernemingsraden nog diverse malen gewijzigd.

Door deze ontwikkeling hebben de ondernemingsraden in de afgelopen veertig jaar een stevige positie gekregen in de onderneming en zijn zij op weg om een volwassen overlegpartner te worden.[13]

9 B. van Hijfte/J. de Jong/H. Keman/K. Pater, Medezeggenschap en neo-corporatisme: hoe de Wet op de Ondernemingsraden tot stand kwam, *Intermediair* 1983/18, p. 21.
10 *Herziening van het ondernemingsrecht*, 's-Gravenhage 1965.
11 Over deze wet B.W.M. Hövels/P. Nas, *Ondernemingsraden en medezeggenschap*, Alphen aan den Rijn 1976.
12 L. Timmerman, De tweede golf, inleidende opmerkingen, *TVVS* 1983, p. 134; M.G. Rood, Hoe nu verder, *TVVS* 1983, p. 195; P.F. van der Heijden, de WOR herbezocht, *SMA* 1984, p 576 en *SMA-bundel*, p. 395; J.C. Looise/F.G.M. de Lange, *Ondernemingsraden, bestuurders en besluitvorming*, Nijmegen 1987; *SMA* themanummer, december 1991.
13 P.F. van der Heijden, De volwassen ondernemingsraad, *SMA* 1991, p. 692; L.C.J. Sprengers/W. Zeijlstra, SR 1996, p. 295.

Veel minder werd de invloed van de vakbonden binnen de onderneming uitgebouwd. De wetgever verleende hen slechts inspraakrechten bij collectief ontslag (zie par. 8.6) en een moeilijk hanteerbare actiemogelijkheid in geval van wanbeleid in ondernemingen (zie par. 11.9). Het bedrijvenwerk van de vakbond geniet hooguit steun van bepalingen in cao's (zie par. 9.2) en de enige inspraak van de bonden in het proces van fusies in het bedrijfsleven berust op niet meer dan een 'code' van de SER (zie par. 11.9).

11.3 Instelling, verkiezing en werkwijze van de OR

De Wet op de Ondernemingsraden verplicht alle bedrijven en instellingen in Nederland, die een bepaalde omvang te boven gaan om een of andere vorm van medezeggenschap voor het personeel in stand te houden.
De wet is vanouds van toepassing op de private sector alsook voor de 'non-profit-sector' en ze geldt sinds 1995 ook voor de openbare dienst.[14]
Men moet dus de door de wet gebezigde termen 'onderneming'[15] en 'ondernemer' wel een beetje ruimer nemen dan in het normale spraakgebruik.
De wet geldt voor 'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht' (art. 1, lid 1c WOR). Dat betekent dat zelfs werkverbanden, zoals bijvoorbeeld het Leger des Heils[16], aan de WOR moeten voldoen!
Ook maakt het geen verschil of een onderneming door een rechtspersoon of een natuurlijk persoon in stand wordt gehouden.

Wél maakt de grootte van de onderneming verschil. Een echte, volwaardige ondernemingsraad moet slechts worden ingesteld voor ondernemingen waarin tenminste 50 personen werkzaam zijn (art. 2, lid 1 WOR).
Voor kleinere ondernemingen gelden bijzondere bepalingen (zie par. 11.4).
Bij het tellen van deze aantallen personeelsleden mag geen onderscheid worden gemaakt tussen voltijds- en deeltijdswerkenden.
Personen die op arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling in een ándere onderneming werken (denk aan uitzendkrachten, banenpoolers, e.d.) moeten hun medezeggenschapsrecht uitoefenen bij de formeel eigen ondernemer (het uitzendbureau, de banenpool, enz.).[17] Uitzendkrachten die minstens 24 maanden voor eenzelfde inle-

14 Wet van 5 mei 1995, *Stb.* 23; zie L.C.J. Sprenger, *SR* 1994, p. 350; H.F.J. Joosen, *SMA* 1996, p. 373; *Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid*, Geschrift nr. 24 van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer, 1996; zie OK 24 oktober 1996.

15 M.P. Nieuwe Weme, *De NV* 1998, p. 16.

16 AR RvS 26 mei 1978, *AB* 1978, 430. Het begrip onderneming is hier dus veel ruimer dan in de Arbeidswet van 1919, zie par. 5.2; vgl. J.L.M. de Leede/J.F.M. Strijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht*, Deventer 1981, p. 91-109.

17 H.J. de Bijl Nachenius, De klapstoelwerknemer tussen business-unit en Europese

nend bedrijf werken, hebben bovendien medezeggenschapsrechten in dat inlenend bedrijf (art. 1, lid 3 WOR).

Indien een ondernemer twee of meer ondernemingen in stand houdt met te zamen meer dan 50 personen, moet hij daarvoor een gezamenlijke ondernemingsraad instellen indien dit bevorderlijk is voor de goede toepassing van de wet (art. 3). Omgekeerd moet de ondernemer in ondernemingen met meer dan 100 personen juist een aparte ondernemingsraad instellen voor een onderdeel van die onderneming, ook weer indien zulks bevorderlijk is voor de goede toepassing van de wet (art. 4).

Met datzelfde voorbehoud moet de ondernemer die twee of meer ondernemingsraden heeft ingesteld, deze doen overkoepelen door een Centrale Ondernemingsraad (COR) (art. 33) en zelfs ook door een of meer Groepsondernemingsraden (GOR) (een tussenniveau tussen OR en COR) (art. 34).
GOR en COR maken de gewone OR niet overbodig: de OR blijft er voor de specifieke zaken van een bepaalde onderneming; GOR en COR behandelen uitsluitend onderwerpen die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of voor de meerderheid van de ondernemingen waarvoor zij zijn ingesteld (art. 35 WOR).[18] Ten aanzien van zo'n onderwerp gaan de bevoegdheden van de 'onderliggende' ondernemingsraad van rechtswege over naar de GOR of de COR. Hier ligt een knelpunt, want sommige materies kunnen heel goed algemene implicaties hebben voor het concern en specifieke gevolgen voor een bepaalde onderneming. Ondernemingsraden kunnen daarover verschillende opinies hebben.

Tenslotte is het nog mogelijk dat voor een bepaalde vestiging van een onderneming die te klein is of te weinig zelfstandigheid heeft voor een aparte OR, door de OR zelf een zgn. onderdeelcommissie wordt ingesteld (art. 15, lid 3 WOR).
Dankzij al deze mogelijkheden komen bij concerns[19], filiaalbedrijven en dergelijke veelal ingewikkelde netwerken van medezeggenschapsorganen voor.
Als – ondanks al deze mogelijkheden – de WOR niet goed toepasbaar is op een onderneming kan de SER desgevraagd ontheffing verlenen van de verplichting om een OR in te stellen (art. 5). Maar dat komt nauwelijks voor.

Als een ondernemer voor het eerst overgaat tot instelling van een OR dan stelt hij daarvoor een voorlopig reglement op en hoort daarover de vakor-

ondernemingsraad, in *VvA-bundel*, p. 269.

18 S.M. Bartman, De eigen positie van de centrale ondernemingsraad, *AA* 1985, p. 533; C. de Groot, Het adviesrecht van de in een concern ingestelde Centrale Ondernemingsraad, *SMA* 1988, p. 614; dez., Enkele aspecten van het adviesrecht van een ondernemingsraad die is ingesteld door een (concernverbonden) rechtspersoon, *SMA* 1991, p. 734; over de verhouding tussen GOR en COR ook OK 10 mei 1990, *ROR* 1990, 20.

19 J.J.M. Maeijer, De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht, in *De Leede-bundel*, p. 331.

ganisaties (art. 48 WOR). Is de OR eenmaal verkozen, dan stelt deze zelf zijn definitieve reglement vast, nadat hij daarover de ondernemer heeft gehoord (art. 8 WOR). Doorgaans wordt daarbij gebruik gemaakt van een 'voorbeeldreglement' van de SER of een vakbond.[20] Het reglement bevat bepalingen omtrent de werkwijze van de OR en regelt met name een reeks zaken, genoemd in artikel 14 WOR. Ook bevat het soms afwijkende bepalingen omtrent de samenstelling en diensttijdcriterium (art. 6 WOR), de wijze van verkiezing (art. 10 WOR) en de zittingsduur van de OR (art. 12 WOR). Deze laatste zaken zijn in beginsel echter in de WOR zelf geregeld.

Het aantal leden van de OR varieert naargelang de omvang van de onderneming. De zittingsduur is drie jaar. Het actief kiesrecht hebben personen die minstens zes maanden in de onderneming werkzaam zijn geweest; het passieve kiesrecht verwerft men pas na een dienstverband van één jaar.
Kandidatenlijsten kunnen worden ingediend zowel door de vakbonden als door groepen van kiesgerechtigden, voorzover zij voldoen aan de eisen van artikel 9 WOR. De verschillende groepen van de in de onderneming werkzame personen moeten zoveel mogelijk in de OR vertegenwoordigd kunnen zijn. Eventueel kan dit worden bevorderd door de instelling van kiesgroepen.

De OR is puur een orgaan van het personeel, waar de bestuurder (degene die rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid, art. 1 WOR) geen zitting in heeft. De OR benoemt uit zijn midden een voorzitter en vergadert in eigen kring, zonder de ondernemer. Toch ligt het voor de hand dat de OR alleen zijn werk goed kan doen in communicatie met de ondernemer. Daarom schrijft de wet voor dat de ondernemer en de OR minstens zesmaal per jaar een overlegvergadering moeten houden (art. 23-23c WOR). Daarin moet tweemaal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming worden besproken, waarbij ook een vertegenwoordiger van de Raad van Commissarissen van de vennootschap – als die er is – aanwezig dient te zijn (art. 24, lid 2 WOR).

De OR kan commissies instellen, zowel vaste als ad hoc. Ook niet-OR-leden kunnen daarvan deel uitmaken. De OR kan bepaalde bevoegdheden aan die commissies overdragen. De OR informeert hierover de ondernemer. Heeft deze bezwaar, dan kan de kantonrechter om een beslissing worden gevraagd (art. 15 WOR). Deze laatste voorziening is niet onbegrijpelijk, omdat de wet (art. 22, lid 1 WOR) bepaald heeft dat de kosten van het functioneren van de OR en van zijn commissies die redelijkerwijze noodzakelijk zijn, ten laste komen van de ondernemer. De kosten voor het raadplegen van deskundigen en het voeren van rechtsgedingen komen slechts ten laste van de ondernemer als hij hierover tevoren is ingelicht.[21] Omdat dit alles een onvoorspelbaar uitgavenpatroon kan

20 Vgl. SER, *Voorbeeldreglement Ondernemingsraden*, Den Haag 1991.
21 Vgl. P.F. van der Heijden, Wie betaalt de rechtsbijstand aan de ondernemingsraad?

opleveren, kunnen de ondernemer en de ondernemingsraad ook besluiten dat op voorhand een bedrag wordt vastgesteld dat de OR vrij kan besteden, maar waarmee hij dan ook al zijn kosten zal moeten bestrijden (art. 22, leden 2 en 3 WOR).
In grote ondernemingen komt het vaak voor dat de werkgever aan de ondernemingsraad een ambtelijk secretaris beschikbaar stelt.[22]

11.4 Bevoegdheden van de OR

De drie belangrijkste bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn:
- een informatierecht voor alle relevante aangelegenheden;
- een adviesrecht voor voornamelijk economische aangelegenheden;
- een medebeslissingsrecht voor hoofdzakelijk sociale aangelegenheden (zgn. 'instemmingsrecht').

Daarnaast heeft de OR nog een aantal meer ondergeschikte bevoegdheden.

Het informatierecht
De ondernemer is verplicht desgevraagd tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken aan de OR en zijn commissies die deze voor de vervulling van hun taak redelijkerwijze nodig hebben (art. 31 WOR).[23]
Bovendien moet hij op eigen initiatief de OR een aantal basisgegevens over de onderneming verstrekken: ieder half jaar een verslag over de werkzaamheden en resultaten van de onderneming; een exemplaar van de jaarrekening indien deze wettelijk verplicht is, dan wel vervangende schriftelijke gegevens; ieder half jaar de verwachtingen ten aanzien van de werkzaamheden en resultaten van de onderneming in het komende tijdvak; ieder jaar de aantallen en groepen personeelsleden, het sociale beleid in het afgelopen en komende jaar alsmede voornemens om bepaalde adviesopdrachten te verstrekken (artt. 31c WOR).
Met name de jaarrekening is een belangrijk stuk, waar de OR wel wat aan kan hebben, omdat die moet voldoen aan menig wettelijk voorschrift (zie titel 8 van Boek 2 BW). De OR wordt ook beschouwd als belanghebbende in procedures over de vaststelling van de jaarrekening.[24]
Sommige van deze stukken – zoals de jaarrekening – zijn per definitie openbaar, maar het gebeurt ook dat aan de OR diverse andere gegevens

NJB 1989, p. 445 over de situatie onder de oude regeling (vóór 1 april 1990); over de huidige regeling *OR-informatie* 1990/1, p. 28.

22 M.C.P. van Eijk, Toegevoegd secretaris ondernemingsraad: een onmogelijke positie?, *SR* 1993, p. 7.

23 G.W.J. Arendsen de Wolff, *De informatieplicht van de onderneming*, Deventer 1976; A.F.M. Dorresteijn/M. Verhorst, WOR-jurisprudentie, het algemene informatierecht van art. 31 lid 1 WOR, *TVVS* 1982, p. 191; M.J. van Vliet, Verstrekking van jaarstukken aan ondernemingsraden, *TVVS* 1985, p. 120; L.A. Leijdesdorff, De Ondernemingsraad en de technologische ontwikkeling, *Namens* 1986, p. 345.

24 OK 26 juni 1986, *NJ* 1987, 976; HR 20 mei 1987, *NJ* 1987, 973.

verstrekt worden, die een vertrouwelijk karakter dragen. De ondernemer kan de OR te hunnen aanzien geheimhouding opleggen (art. 20 WOR).[25] Als de OR van oordeel is dat hij onvoldoende informatie heeft gekregen, kan hij dienaangaande het oordeel inroepen van de kantonrechter (zie par. 11.5)

Het adviesrecht
De OR heeft een adviesrecht gekregen ten aanzien van een aantal gewichtige, primair economische besluiten[26] die de ondernemer voornemens is te nemen.
Het gaat hierbij om de overdracht van de onderneming, een fusie, het verplaatsen of stopzetten van het bedrijf, een belangrijke uitbreiding of inkrimping van de activiteiten, het aantrekken of verstrekken van een belangrijk krediet, het doen van belangrijke investeringen, het treffen van een belangrijke milieumaatregel, een belangrijke technologische voorziening[27] of een belangrijke wijziging in de organisatie, enz. (art. 25, lid 1 WOR).
De ondernemer moet over al deze zaken op een zodanig tijdstip advies vragen dat dit nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25, lid 2 WOR).[28] Hij moet het voorgenomen besluit goed motiveren en hij moet bij het vragen van het advies ook een overzicht verstrekken van de gevolgen die het besluit voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben, alsmede van de maatregelen die hij zich naar aanleiding daarvan voorneemt (art. 25, leden 2 en 3 WOR).
Hier ligt een duidelijk spanningsveld, want het vereiste van lid 2 duidt in de richting van een vroegtijdige inschakeling van de OR, terwijl het vereiste van lid 3 kwesties betreft, die vaak later in het besluitvormingsproces helder worden.

Het gevolg is dat er inmiddels heel wat rechtspraak is gevormd over de vragen:
- of iets dat de ondernemer van plan is te gaan doen, reeds moet worden gekwalificeerd als een voorgenomen besluit (waarover hij dus advies had moeten vragen) of als een loutere beleidsoptie (waarover hij nog geen advies hoefde in te winnen);
- of nadere uitwerking van een algemeen besluit weer nieuwe besluiten oplevert, waarover de ondernemer andermaal op grond van artikel 25 WOR advies moet vragen.

25 Openbaarmaking van bedrijfsgeheimen door een ondernemingsraadslid kan wanprestatie of een dringende reden voor ontslag opleveren, HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702; G.J.J. Heerma van Voss, Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 198.

26 Zie J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, Deventer, 1996.

27 E.J.H.M. Lousberg, *Bescherming van de arbeid in het licht van nieuwe technologieën*, diss., Lelystad, 1997.

28 B. Geersing, Het inschakelingsmoment bij en de funktie van het beroepsrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR. Enkele kanttekeningen, *SMA* 1980, p. 920; W.C.L. van der Grinten, De inschakeling van de Ondernemingsraad in de besluitvorming bij n.v. en b.v., *Ondernemingsraad en vennootschap*, Deventer 1982, p. 21.

Het komt voor dat de ondernemer voorbijgaat aan deze adviesrechten van de OR.
Het kan ook zijn dat er een meningsverschil is over de vraag of er in een bepaald geval wel advies ingewonnen had moeten worden. De wet heeft immers de onderwerpen waarover advies moet worden gevraagd, in nogal vage termen omschreven (wat is bijvoorbeeld een 'belangrijke' wijziging in de organisatie?).[29] In beide gevallen kan de ondernemingsraad het oordeel inroepen van de kantonrechter (zie par. 11.5).
Heeft de ondernemer wél advies gevraagd, maar wenst hij dat niet of slechts ten dele op te volgen, dan moet hij voor dat afwijken weer de redenen aangeven (art. 25, lid 5 WOR). Bovendien moet hij de uitvoering van zijn besluit een maand opschorten om af te wachten of de OR gebruik zal maken van zijn beroepsrecht (art. 25, lid 6 WOR. Immers, de OR van dergelijke bedrijven is de bevoegdheid gegeven om in beroep te komen tegen definitieve besluiten van de ondernemer in materies genoemd in artikel 25 WOR. De OR moet het beroep instellen binnen een maand, nadat het besluit hem is medegedeeld.[30]

Zo'n beroep kan uitsluitend en alleen worden ingesteld bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 26 WOR).[31] Dit is een gespecialiseerde kamer, waarin naast de drie leden van het Hof ook twee niet tot de rechterlijke macht behorende deskundigen zitting hebben.[32]
Uit de jurisprudentie blijkt dat vooral in de gevallen waarin de ondernemer de zaak procedureel fout gespeeld heeft, er een grote kans bestaat dat een beroep gegrond zal worden verklaard.[33] Met name de motiveringseisen die de Ondernemingskamer stelt, zijn vergaand.[34] Trouwens, ook de OR moet zich aan de procedureregels houden: hij kan bezwaren niet pas tijdens de beroepsprocedure naar voren brengen,[35] zoals ook de ondernemer dan geen nieuwe argumenten meer kan aanvoeren.
Is procedureel alles ordelijk verlopen en komt het op de materiële toetsing aan, dan zal de Ondernemingskamer onderzoeken of de ondernemer bij afweging van de belangen van het personeel in de betreffende onderneming(en) tegen de andere betrokken belangen, in redelijkheid tot het bestreden besluit had kunnen komen (art. 26, lid 4 WOR).[36] Dit is echter

29 Volgens OK 6 maart 1986, *NJ* 1988, 124 hangt dat af van de inhoud en de gevolgen van het besluit.
30 Vgl. HR 7 oktober 1987, *NJ* 1988, 854.
31 Het is niet mogelijk die procedure tegelijk in te stellen met die genoemd in art. 36, lid 5 WOR (zie par. 11.5).
32 W.C.L. van der Grinten, De positie van de ondernemingskamer in het systeem van de rechtspleging, *Geschillen in de onderneming*, Deventer 1984, p. 93; R.H. van het Kaar (red.), *25 jaar ondernemingskamer*, Den Haag 1996.
33 Vgl. OK 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271 (Linge-Ziekenhuis); OK 15 mei 1997, JAR 1997/140 (Total).
34 Vgl. OK 23 januari 1986, *ROR* 1986, 18 (VAD); OK 27 november 1986, *ROR* 1986, 31 (Organon); OK 30 juni 1988, *ROR* 1988, 9.
35 OK 3 april 1986, *ROR* 1986, 21; OK 12 maart 1987, *ROR* 1987, 10.
36 P. van Schilfgaarde, Kennelijk onredelijke besluiten in het ondernemingsrecht, *NJB* 1980, p. 45; W. van Veen, Vijf jaar advies- en beroepsrecht, *OR-informatie* 1984/9, p.

een meer marginale toetsing, waarbij de Ondernemingskamer vermijdt om op de stoel van de ondernemer plaats te nemen en alleen in zeer krasse gevallen de ondernemer terugfluit.
Het beroepsrecht functioneert aldus als een beslist niet te versmaden garantie dat de ondernemer de adviesprocedure van artikel 25 WOR volledig tot zijn recht laat komen. Maar de OR zal er voor zijn inhoudelijke bezwaren veel minder vaak steun in vinden.[37]

De Ondernemingskamer kan uiteindelijk de ondernemer veroordelen om het genomen besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken, bepaalde gevolgen ongedaan te maken of uitvoeringshandelingen na te laten (art. 26, leden 2 en 5 WOR). Bovendien kan de Ondernemingskamer ook voorlopige voorzieningen treffen. Soms evenwel stapt men naar de president in kort geding voor het verkrijgen van een voorlopige voorziening.[38]

Het instemmingsrecht
Vervolgens heeft de OR een instemmingsrecht gekregen in primair sociale aangelegenheden. Besluiten omtrent kwesties als een werktijden- en vakantieregeling,[39] belonings- en functiewaarderingssystemen, een pensioenverzekering of een spaarregeling, een regeling met betrekking tot het aanstellingsontslag of bevorderingsbeleid, persoonsregistraties, personeelscontrolesystemen en dergelijke mogen door de ondernemer alleen nog maar worden genomen, indien hij daarvoor de instemming heeft gekregen van de OR (art. 27 WOR). We hebben hier dus te doen met een vorm van medebeslissingsrecht. In diverse van de in artikel 27 genoemde aangelegenheden moet het – blijkens de wetstekst – gaan om een 'regeling', niet om een incidenteel besluit over bijvoorbeeld beloning, vakantie of ontslag.[40] En een regeling heeft betrekking op alle of minstens op een groep van in de onderneming werkzame personen.
Als de ondernemer terzake van de in artikel 27 WOR genoemde materies géén 'regelingen' wenst, maar slechts 'besluiten' neemt, kan het instem-

22 e.v.; P.F. van der Heijden, Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, *NJB* 1984, p. 385 e.v.; A.F.M. Dorresteijn, WOR-jurisprudentie, *TVVS* 1985, p. 196; J. van Slooten, Ondernemingskamer en Wet op de Ondernemingsraden, *Met recht verenigd* (Dijk-bundel), Arnhem 1986; H. Brink, Enkele opmerkingen over de absolute competentie van de Ondernemingskamer ex art. 26 WOR, *Advocatenblad* 1986, p. 451; H.F.J. Joosten, *De rechtspraak van de ondernemingskamer*, Den Haag 1989; R.A.A. Duk, Het afwegen van appels en peren, *SMA* 1990, p. 129; P.F. van der Heijden, De ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer, *SR* 1990, p. 81; B.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer 1990.

37 Zie voor jurisprudentieoverzichten F. Koning, *SMA* 1989, p. 589, *SMA* 1990, p. 669 en *SMA* 1992, p. 171. Eén en ander blijkt ook uit de zaak-Batco (OK 28 november 1991, *ROR* 1992, 7) waarbij de Ondernemingskamer sluiting van een winstgevende fabriek mogelijk achtte, op grond van een niet-onredelijke afweging van concernbelangen.

38 Vgl. Pres. Rb. Groningen, 24 april 1981, *NJ* 1982, 249; Pres. Rb. Maastricht, 19 december 1983, *RM* 1984, 32; Pres. Rb. Almelo, 20 april 1988, *ROR* 1988, 8.

39 Ook een regeling van arbeidsduurverkorting valt hieronder: HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 93.

40 Zo valt een regeling voor sluiting op koninginnedag eronder (Rb. Amsterdam 5 april 1989, *Prg.* 1989, nr 3080) en een zomerdienstregeling (Pres. Rb. Alkmaar 9 augustus 1989, *ROR* 1989, 35).

mingsrecht van de OR niet worden uitgeoefend. De OR kan daar wel iets tegen doen middels haar initiatiefrecht, maar de ondernemer kan zulke initiatieven betrekkelijk eenvoudig naast zich neerleggen (zie art. 23 WOR) en dan houdt het op.
Meningsverschillen aangaande de vraag of het gaat om een kwestie die instemmingsplichtig is, kunnen worden voorgelegd aan de kantonrechter (zie par. 11.5).

Geen instemming van de ondernemingsraad is vereist met betrekking tot zaken in de sfeer van de veiligheid, de gezondheid of het welzijn in verband met de arbeid, waarvoor de Arbeidsinspectie een aanwijzing kan geven of een eis kan stellen (zie hierna par. 11.6).
Eveneens mist de ondernemingsraad een instemmingsrecht wanneer het onderwerp al inhoudelijk is geregeld in de cao of in een publiekrechtelijke regeling (art. 27, lid 3 WOR).[41]
Wij zagen al dat de wetgever deze belangrijke uitzondering gemaakt heeft, omdat hij aan de vakbonden het primaat terzake van de primaire arbeidsvoorwaarden wilde laten. Maar toch ligt ook hier weer een aanzienlijk spanningsveld omdat nu eenmaal de omschrijvingen van artikel 27, lid 1 WOR ook vaak betrekking hebben op primaire arbeidsvoorwaarden als loon en arbeidstijd die in een cao geregeld zijn.
Volgens de rechtspraak verliest de ondernemingsraad pas zijn instemmingsrecht met betrekking tot een materie, wanneer de cao een 'uitputtende regeling' dienaangaande bevat. Laat de cao-normering ruimte voor een nadere uitwerking in de onderneming, dan is voor die nadere uitwerking wél de instemming van de OR vereist.
Die rechtspraak is wat dat laatste betreft zeker niet zuinig ten opzichte van de ondernemingsraad[42] en wij zien dan ook dat menige ondernemingsraad zich vandaag de dag wel degelijk bezighoudt met de primaire arbeidsvoorwaarden.[43] De vakbonden zien dit vaak met lede ogen aan, maar kunnen daar juridisch moeilijk iets tegen ondernemen.[44]

De ondernemer moet zijn voorgenomen besluiten over onderwerpen waarvoor de OR een instemmingsrecht heeft, schriftelijk en gemotiveerd

41 Over deze problematiek: F. Koning, Art. 27 WOR, een bron van mogelijk spanning in het arbeidsvoorwaardenoverleg, *Frenkel-bundel*, p. 251; W. Spit, medezeggenschap in de Nederlandse arbeidsverhoudingen, *Namens* 1986, p. 9; FNV-centrum ondernemingsraden, *OR in arbeidsvoorwaarden: partner of spelbreker?*, Amsterdam 1986; J.C. Looise, *Werknemersvertegenwoordiging op de tweesprong, Vakbeweging en vertegenwoordigend overleg in veranderende arbeidsomstandigheden*, Alphen aan den Rijn 1989; A. Geers, De nieuwe overwegingen en aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, *SR* 1990, p. 75, met reactie p. 183; F. Koning, Ondernemingsraden en arbeidsvoorwaarden, *SMA* 1991, p. 699; A.T.J.M. Jacobs, De bevoogding van de ondernemingsraad, *SMA* 1991, p. 709.

42 Vgl. Ktg. Rotterdam 25 juni 1986, *ROR* 1986, 38; Rb. Alkmaar 25 juli 1988, *NJ* 1989, 796; Ktg. Apeldoorn, 6 februari 1990 *NJ* 1990, 696; Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, *NJ* 1991, 568.

43 Vgl. M.J. Huiskamp/P.A. Risseuw, *Ondernemingsraad en arbeidsvoorwaarden*, Amsterdam 1989.

44 Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *NJ* 1993, 342 (Grabowski & Poort).

aan de OR voorleggen. Daarbij moeten ook de gevolgen voor het personeel worden toegelicht. Er volgt dan minstens één overlegvergadering, waarna de OR zijn beslissing aan de ondernemer meedeelt (art. 27, lid 2 WOR).
Is die beslissing negatief, dan kan de ondernemer zich tot de kantonrechter wenden voor toestemming om toch zijn voorgenomen besluit ten uitvoer te mogen leggen. De kantonrechter zal die toestemming alleen geven, wanneer hij de negatieve beslissing van de OR onredelijk acht ofwel het voorgenomen besluit van de ondernemer gevergd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (art. 27, lid 4 WOR).
Neemt de ondernemer zijn voorgenomen besluit zonder de instemming van de OR, respectievelijk de toestemming van de kantonrechter te hebben verkregen, dan is dat besluit nietig, mits de OR binnen een maand schriftelijk de nietigheid inroept. De OR kan dan een beroepsprocedure beginnen. Ook kan de ondernemer de kantonrechter vragen om een verklaring dat de OR ten onrechte een beroep heeft gedaan op de nietigheid (art. 27 lid 5 en 6 WOR).[45]
Wij wijzen er ten slotte nog op dat sommige zaken die onder het instemmingsrecht vallen, niet helemaal te scheiden zijn van de economische aangelegenheden die onder artikel 25 WOR vallen. Daardoor kan het voorkomen dat er bijvoorbeeld voor een werktijdverkorting eerst een advies nodig is op grond van artikel 25 WOR en de effectuering daarvan in werkroosters nog weer eens onderworpen is aan het instemmingsrecht van artikel 27 WOR.

Overige bevoegdheden, taken en faciliteiten
De OR beschikt voorts over een algemeen initiatiefrecht: hij kan in of buiten de overlegvergaderingen voorstellen doen, waaromtrent de ondernemer een gemotiveerd besluit moet nemen (art. 23 WOR). De OR mist echter het recht om het nemen van een besluit in een door hem gewenste richting af te dwingen.
Voorts heeft de OR tot taak de naleving van voorschriften op het gebied van de arbeidsvoorwaarden, de veiligheid en gezondheid van de werknemers, het milieu, het werkoverleg, de decentralisatie binnen de onderneming en het te werk stellen van gehandicapte werknemers te bevorderen en te waken tegen discriminatie, in het bijzonder door gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de onderneming te bevorderen (art. 28).[46]
Deze toezichthoudende taak kan hij desnoods door een kort geding kracht bijzetten.[47]
Als de ondernemer ten behoeve van de werknemers een instelling op-

45 Het feit dat de ondernemer dit nalaat brengt niet mee dat het besluit nietig is als het niet valt onder de in art. 27 WOR genoemde onderwerpen, HR 27 september 1985, *ROR* 1985, 32.

46 C.A. Santbergen/A.B.M. van Poucke, De ondernemingsraad, vrouwen en emancipatie, *SMA* 1986, p. 235; I.P. Asscher-Vonk, *Ondernemingsraad en gelijke behandeling*, Alphen aan den Rijn 1985.

47 Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, *NJ* 1991, 568.

richt, zoals een pensioenfonds, dan heeft de OR het recht om minstens de helft van het aantal bestuurders te benoemen (art. 29 WOR).
Ook heeft de OR een adviesrecht bij de benoeming van bestuurders van de onderneming (art. 30 WOR).[48] Tegen de uiteindelijke benoeming staat geen beroep open.
Vervolgens heeft de OR het recht om deskundigen uit te nodigen (art. 16 WOR). De OR heeft het recht om voorzieningen van de ondernemer te gebruiken die hij redelijkerwijze nodig heeft (art. 17 WOR). Denk aan vergaderruimte, fax, enz.
De OR heeft het recht op scholing en vorming[49] en op onderling beraad en overleg met de achterban; dit alles binnen bepaalde grenzen en (net als de vergaderingen) met behoud van loon (art. 17 en 18 WOR).
De ondernemer mag de leden van de OR of van OR-commissies niet in verband met dat werk benadelen in hun positie in de onderneming (art. 21 WOR)[50] – de ontslagbescherming behandelden wij al in paragraaf 8.10. Lastige leden kunnen ook niet zomaar door de ondernemer of de OR van het werk van de OR worden uitgesloten. Ook daar is tussenkomst van de kantonrechter voor nodig (art. 13 WOR).[51]
De ondernemingsraad kan al zijn bevoegdheden delegeren aan vaste commissies of aan een onderdeelcommissie, behalve het beroepsrecht ex artikel 26 WOR. Ook de bevoegdheid tot overleg met de ondernemer kan overgaan naar de onderdeelcommissie (art. 23c WOR).
Ten slotte zij vermeld dat de bevoegdheden van de OR uitgebreid kunnen worden bij cao of bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en OR (art. 32 WOR).[52] De ondernemingsraad kan later de naleving van de procedures met betrekking tot dergelijke uitgebreide bevoegdheden vorderen in dezelfde rechtsgang als die welke ten aanzien van andere bevoegdheden openstaat.[53]

Afspraken en toezeggingen in het kader van de bevoegdheden van de OR
De vele bovenbeschreven bevoegdheden leiden er in de praktijk vaak toe dat ondernemer en ondernemingsraad met elkaar afspraken maken, die met allerlei min of meer modieuze termen betiteld worden: protocol, convenant, beleidskader, agenda, etc.
De juridische status van dergelijke afspraken is nog niet geheel duidelijk[54] al is het waarschijnlijk dat beide partijen eraan gebonden zijn, zoals

48 W.C.L. van der Grinten, De bevoegdheid van de Ondernemingsraad bij benoeming en ontslag van bestuurders van een onderneming, *De NV* 1980, p. 84; M.J. van Vliet, Het aanwijzen van een bestuurder in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden, *TVVS* 1984, p. 149.

49 Waarbij deeltijdwerkers niet zonder objectieve grond benadeeld mogen worden, vgl. HvJ EG 4 juni 1992, *JAR* 1992/43; HvJ EG 6 februari 1996, *JAR* 1996/45; HvJ EG 7 maart 1996, *JAR* 1996/98.

50 Vgl. HR 26 juni 1992, *JAR* 1992/42; zie P.F. van der Heijden, SMA 1997, p. 324.

51 Vgl. Ktg. Rotterdam 10 augustus 1992, *JAR* 1992/122.

52 M.J.C. Janmaat, Uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraad bij CAO: art. 32a, eerste lid WOR nader beschouwd, *SMA* 1986, p. 728; DCA, *OR-bevoegdheden in cao's*, Den Haag 1988.

53 Vgl. HR 17 maart 1993, *JAR* 1993/77.

54 M.G. Rood, Afspraken ondernemer-ondernemingsraad, *TVVS* 1991, p. 221; P.F. van

aan elke civielrechtelijke overeenkomst.[55] Ook kan de OR de ondernemer in rechte houden aan toezeggingen die hij aan de OR gedaan heeft.[56] Hoever deze gebondenheden reiken is dan afhankelijk van de mate van hardheid van de betreffende afspraken of toezeggingen en van al dan niet opgetreden verandering van omstandigheden.
De wet zegt niets over het effect van afspraken met en toezeggingen aan de ondernemingsraad op de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers van de onderneming. Ze voorziet zeker niet in een automatische nietigheid van bepalingen in die arbeidsovereenkomsten die in strijd zijn met de afspraken met en de toezeggingen aan de ondernemingsraad. Wél is het aannemelijk dat de beginselen van redelijkheid en billijkheid een zekere doorwerking van die afspraken en toezeggingen in individuele arbeidsovereenkomsten kunnen bewerkstelligen.[57]

Middelgrote en kleine ondernemingen
In ondernemingen waar tussen de 10 en de 50 personen plegen te werken, kán de ondernemer ofwel een ondernemingsraad ofwel een personeelsvertegenwoordiging instellen. Hij móet een personeelsvertegenwoordiging instellen als de meerderheid van de werknemers dat wil. En als hij noch een ondernemingsraad noch een personeelsvertegenwoordiging heeft ingesteld, dan móet de ondernemer in elk geval twee maal per jaar in een personeelsvergadering bijeenkomen.
Tenslotte geldt voor ondernemingen met minder dan tien werknemers dat de werkgever daar onverplicht een personeelsvertegenwoordiging kán instellen (art. 35d WOR). Hij kan in zo'n kleine onderneming overigens ook een personeelsvergadering beleggen of een ondernemingsraad instellen.

Een personeelsvertegenwoordiging[58] omvat drie personen, in geheime stemming verkozen door het personeel. Haar bevoegdheden zijn aanzienlijk 'lichter' dan die van een gewone OR, en in de kleine onderneming met minder dan tien werknemers zijn ze nog minimaler (art. 35c en art. 35d WOR).
De personeelsvergadering beschikt over enkele informatie- en adviesrechten (art. 35b WOR).

der Heijden/A.C.B.W. Doup, *Medezeggenschap per convenant*, Den Haag 1991; P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, *NJB* 1994, p. 765; P.F. van der Heijden/J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, Den Haag 1995; J.C.M.G. Bloemarts, *SR* 1996, p. 89; dez. in *TVVS* 1997, p. 355; P.F. van der Heijden, Adaptief medezeggenschapsrecht, in *VvA-bundel*, p. 235; W. Zeijlstra en L. Sprengers, De ondernemersovereenkomst anno 1996, in *VvA-bundel*, p. 251.

55 De wet voorziet in handhaving van 'hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald'. Volgens Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, *KG* 1990, 212 kan daar ook onder vallen hetgeen in overleg tussen ondernemer en OR is afgesproken. Voor het beroepsrecht op grond van art. 26 WOR: HR 17 maart 1993, *JAR* 1993/77.

56 HR 7 juli 1992, *NJ* 1983, 35 (Enka).

57 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer 1987; J.J.M. de Laat, De ondernemingsraad: handenbinder van de individuele werknemer, *SR* 1991, p. 314.

58 F. Koning, *De NV* 1996, p. 140.

11.5 Geschillenregelingen

In het voorafgaande werd diverse keren gesproken over de kantonrechter als over degene, bij wie in voorkomende gevallen geprocedeerd kan worden. Alvorens zich tot de kantonrechter te wenden, moet men echter eerst geschillen over de naleving en de toepassing van de WOR[59] voorleggen aan een zgn. bedrijfscommissie[60], die door bemiddeling het geschil zal proberen op te lossen.
De bedrijfscommissie is een per bedrijfstak ingesteld orgaan, hetgeen betekent dat een onderneming onder een bepaalde bedrijfscommissie valt afhankelijk van de aard van haar productie. Voor een concern dat diverse producties omvat, vallende onder diverse bedrijfscommissies, wordt één bedrijfscommissie als de bevoegde aangewezen.
De bedrijfscommissie bestaat uit een gelijk aantal vertegenwoordigers van de werkgevers- en werknemersorganisaties in die bedrijfstak. Ze zijn ingesteld door de SER, die ook de aantallen zetels aan de diverse organisaties heeft toegewezen volgens de representativiteitscriteria (zie par. 9.9). De organisaties hebben zelf het recht van benoeming van de leden en dragen naar evenredigheid de kosten (artt. 37-46 WOR). De bedrijfscommissie zal binnen twee maanden na het aanhangig maken van het geschil een advies uitbrengen.
Lukt dat niet, of brengt het advies geen oplossing, dan kan men binnen 30 dagen (na het advies of het verlopen van de daarvoor geldende termijn) het geschil aanhangig maken bij de kantonrechter (art. 36 WOR).[61] Dit kan gebeuren door middel van een verzoekschrift, waarop dus de procedure van artikel 429 e.v. Rv van toepassing is. Hoger beroep is mogelijk bij de rechtbank en daarna kan cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad.
De verzoeker zal doorgaans de OR zijn, maar in voorkomende gevallen kan ook 'iedere belanghebbende' (bijv. een vakorganisatie of een afzonderlijke werknemer) de procedure volgen. En, zoals wij reeds hebben gezien, is het ook mogelijk dat de ondernemer de verzoekende partij is.
De rechter kan op het verzoekschrift beslissen door de ondernemer te verplichten bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. Ook is het denkbaar dat de OR veroordeeld wordt. Komt hij de hem daarbij opgelegde verplichting niet na, dan kan de OR zelfs ontbonden worden, waarna nieuwe verkiezingen moeten worden uitgeschreven.

59 Daaronder niet te verstaan geschillen over de naleving van art. 26 WOR en de onthouding van instemming ex art. 27 WOR.

60 C.M.J. Kroes, De bedrijfscommissie als voorportaal van het kantongerecht?, *SR* 1990, p. 251; J.C.M. van Horne, Bedrijfscommissie 'nieuwe stijl': pseudo-rechter, bemiddelingsinstantie of service-instituut, *SMA* 1991, p. 723; J.C.M. van Horne, *Bedrijfscommissies in kaart*, Den Haag 1993.

61 Wet van 1 februari 1990, *Stb.* 1990, 91; vgl. C.H.J. van Leeuwen, Vereenvoudiging van de WOR, *SR* 1988, p. 320; P.F. van der Heijden, Een nieuwe geschillenregeling in de WOR, *TVVS* 1989, p. 5; M.G. Rood, Het wijzigingsvoorstel van de WOR herbezocht, *TVVS* 1989, p. 137; M.G. Rood, WOR gewijzigd, *TVVS* 1990, p. 97; M.Tj. Bouwes, Nieuwe geschillenregeling voor ondernemingsraden, *AA* 1990, p. 383; A.L.H. de Groot, De wijziging van de Wet op de ondernemingsraden per 1 april 1990, *De NV* 1990, p. 104.

In spoedgevallen kan de OR gebruik maken van een kortgedingprocedure.[62] Hoewel de OR civielrechtelijk geen rechtspersoon is, is hij wel te beschouwen als een orgaan van de onderneming[63] en heeft hij een procesbevoegdheid voor tenminste de hem in de wet toegekende rechtsgangen.[64]
Uit onderzoek blijkt dat ondernemingsraden niet veel gebruik maken van hun processuele bevoegdheden.[65] Toch is er geen reden tot schroom, want de OR kan nimmer in de proceskosten worden veroordeeld (art. 22a WOR) en de rechtsbijstand moet worden gefinancierd door de ondernemer (zie hiervoor par. 11.3).[66]

11.6 Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid

Zoals wij zagen heeft de OR een wat tweeslachtige plaats ten opzichte van de arbeidsomstandigheden in het bedrijf.[67] Enerzijds heeft hij tot taak de naleving te bevorderen van de voorschriften met betrekking tot de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid (art. 28 WOR). Anderzijds hoeft de ondernemer de OR niet om instemming te vragen bij aangelegenheden waarvoor de Arbeidsinspectie een aanwijzing kan geven of een eis kan stellen (art. 27, lid 3 WOR).[68] Deze beperking vindt evenwel haar ratio in het feit dat de Arbeidsomstandighedenwet de OR een goede entree geeft bij ondernemer en Arbeidsinspectie.[69] Zo heeft de OR op grond van deze wet het recht om te worden gehoord, te overleggen met de ondernemer, advies te geven en informatie en faciliteiten van de ondernemer te verkrijgen over alle aangelegenheden van veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met de arbeid. En bij meningsverschil tussen de OR en de ondernemer kan de OR de Arbeidsinspectie inschakelen (zie voor de mogelijkheden par. 5.17). Voorts mag de OR ambtenaren van de Arbeidsinspectie bij hun bezoek aan het bedrijf vergezellen en vertrouwelijk met hen spreken (art. 14 Arbowet). Tenslotte kan de OR in bepaalde gevallen tegen beslissingen van het districtshoofd van de Arbeidsinspectie in beroep komen bij de minister.
In grote bedrijven heeft de OR veelal een vaste commissie ingesteld (vaak de Arbo-commissie of de VGW-commissie genaamd), waaraan de bevoegdheden op dit gebied zijn overgedragen (art. 15 WOR en art. 14, lid 2 Arbowet, zie ook art. 18, lid 3 WOR).

62 L.C.J. Sprengers en W. Zeijlstra, Het kort geding in het medezeggenschapsrecht, *SR* 1986, p. 245.
63 Als zodanig zijn procedures op grond van Boek 2 BW mogelijk.
64 In Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, *ROR* 1989, 33 wordt een vordering in kort geding toegewezen op grond van art. 1638z BW (nu art. 7:611 BW).
65 F. Koning, *SMA* 1989, p. 596.
66 Mocht een budget zijn afgesproken en dit niet voldoende ruimte bieden, dan kan de OR nog een beroep doen op rechtsbijstand van overheidswege.
67 Rechtsvergelijkende studie hierover E. Steyger, *Medezeggenschap bij Veiligheid en Gezondheid*, Deventer 1990.
68 Een enge uitleg van deze uitzondering gaf Rb. Rotterdam 27 april 1993, *JAR* 1993/114.
69 Zie ook KB 21 februari 1990, *Stb.* 1990, 92.

Indien in een onderneming noch een OR noch een commissie bestaat, kunnen de betreffende rechten worden uitgeoefend door de vakbond (artt. 40/42 Arbowet) of door 'de belanghebbende werknemers'.

11.7 Medezeggenschap in de top van de onderneming

Het is duidelijk dat de regeling voor ondernemingsraden, die in het vorengaande geschetst is, de werknemers wel de nodige inspraak geeft, maar hen toch niet echt doet participeren in de leiding over de onderneming. Deze lag in het 'kapitalistische' westen van oudsher tamelijk eenduidig in de handen van de factor 'kapitaal' – de aandeelhouders.
In de jaren zestig en zeventig heeft er alom een heftige discussie plaatsgevonden over de vraag of de factor 'arbeid' niet ook deel zou moeten hebben aan de leiding over de onderneming. In sommige landen, zoals Duitsland, heeft deze discussie geleid tot een wettelijk recht voor de werknemers in grote ondernemingen om directeuren of leden van de Raad van Commissarissen te mogen benoemen.
In Nederland is die discussie in 1969 uitgelopen op een gekunsteld compromis in de SER [70]dat vervolgens zijn neerslag heeft gevonden in een stuk wetgeving, ondergebracht in Boek 2 BW en getiteld: de structuurregeling.[71]
Volgens dit compromis is het voortaan noch de factor 'kapitaal' noch de factor 'arbeid', die de leiding over de grote ondernemingen bepaalt. Die leiding is door de wetgever toevertrouwd aan de Raad van Commissarissen, die boven de belangen van beide productiefactoren moet staan en alleen het belang van de onderneming op het oog moet hebben. Die Raad van Commissarissen wordt samengesteld door coöptatie (als er een vacature is benoemen de overige commissarissen een nieuwe commissaris), maar die coöptatie wordt gecontroleerd door de vertegenwoordigers van de factor 'kapitaal' en de factor 'arbeid'.

Een en ander is formeel als volgt geregeld.
De wetgever heeft instelling van een Raad van Commissarissen verplicht gesteld voor alle 'grote' ondernemingen die in stand gehouden worden door een Naamloze Vennootschap (artt. 2:153-164 BW), een Besloten Vennootschap (artt. 2:263-275 BW) een coöperatie of een onderlinge

70 G.H.J. Schut, Het wonder van Den Haag, *Verdam-bundel*, Deventer 1971, p. 307.
71 Antoine Jacobs, *De structuurregeling arbeidsrechtelijk beschouwd*, Leiden 1976; H.J.M. Honée, *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen*, Deventer 1979; F. Koning, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen, *SMA* 1979, p. 817; H. Luijk, De taken en bevoegdheden van de raad van commissarissen en de ondernemingsraad, *TVVS* 1980, p. 173 met reactie *TVVS* 1980, p. 275; H.J.M.N. Honée, De positie van de ondernemingsraad van een joint-venture BV ingevolge de structuurregeling en de Wet op de ondernemingsraden, *De NV* 1986, p. 63; J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meebesturen, de rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen*, Amsterdam 1991; R.H. van de Kaar, De werknemer en zijn vertegenwoordigers in het vennootschapsrecht, *SR* 1996, p. 252; F. Koning, *De NV* 1997, p. 13.

waarborgmaatschappij (artt. 2:63a-63j BW).[72] Het moet daarbij gaan om rechtspersonen waarbij gedurende tenminste drie jaar:
- het geplaatste kapitaal met reserves tenminste 25 miljoen gulden bedraagt,[73]
- een OR is ingesteld, en
- er ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn.[74]

De wetgever heeft vervolgens aan deze Raad van Commissarissen een aantal sleutelbevoegdheden toevertrouwd, te weten: de benoeming van de directie, het vaststellen van de jaarrekening en de goedkeuring van de belangrijkste besluiten van de directie.
Tenslotte heeft de wetgever de wijze van benoeming van de Raad van Commissarissen bindend voorgeschreven: de Raad van Commissarissen moet – in geval van een vacature – deze tijdig meedelen aan de Algemene vergadering van aandeelhouders, de ondernemingsraad en de directie. Alledrie deze organen kunnen dan personen voor benoeming tot commissaris aanbevelen.[75] De Raad van Commissarissen bepaalt vervolgens wie hij wil gaan benoemen en deelt die mede aan de Algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad.
Zowel de Algemene vergadering van aandeelhouders als de ondernemingsraad kunnen dan nog bezwaar maken tegen de benoeming, die door een dergelijk bezwaar ook niet kan doorgaan.
Het is dus op het eerste gezicht een krachtig bezwaarrecht, waarover de ondernemingsraad samen met de Algemene vergadering van aandeelhouders beschikt. Maar bij nader inzien blijkt dit bezwaarrecht toch maar weinig om het lijf te hebben. De wet zegt namelijk dat bezwaren alleen maar kunnen worden erkend wanneer:
- er procedurefouten zijn gemaakt,
- de kandidaat naar verwachting ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak als commissaris, of
- de Raad van Commissarissen bij benoeming overeenkomstig het voornemen niet naar behoren zal zijn samengesteld.

Een en ander kan de Raad van Commissarissen laten toetsen door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam,[76] die het bezwaar ongegrond kan verklaren, waarna de Raad van Commissarissen toch zijn favoriet kan benoemen.

72 Zie over de uitzondering voor verenigingen en stichtingen P.L. Dijk en J. Schepel, *Handelingen NJV* 1981, deel 1, eerste stuk, p. 101.
73 KB 14 november 1992, *Stb.* 602.
74 Overigens is het mogelijk voor een onderneming die niet verplicht onder de regeling valt, maar die wel een OR heeft, om vrijwillig de structuurregeling te volgen; over het intrekken van dit regime Pres. Rb. Rotterdam 2 november 1988, *SR* 1988, p. 371.
75 P. van der Vlis, *TVVS* 1996, p. 33.
76 De Ondernemingskamer is sinds 1 augustus 1987 bevoegd, daarvoor was dat de SER; Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 336; M.J. van Vliet, Toetsing van commissarisbenoemingen door de OK, een bespreking van wetsvoorstel 18 860, *WPNR* 5753-5754, p. 605 en 621; P. van Schilfgaarde, Geschillen bij toepassing van de structuurregeling, *Geschillen in de onderneming*, Deventer 1984, p. 1. Tegen de beslissing van de Ondernemingskamer staat overigens geen beroep in cassatie open.

Uit de rechtspraak blijkt dat dit hele bestel de ondernemingsraad (en de aandeelhouders) weinig houvast geeft om iets tegen voorgedragen kandidaten te ondernemen.[77] Zo neemt de rechtspraak geen genoegen met het enkele motief dat er geen vertrouwen bestaat in de uitverkoren kandidaat. Bij bezwaren tegen de geschiktheid van de kandidaat moet de ondernemingsraad objectieve gegevens aanvoeren[78] en dat lukt zelden. In feite zijn er tot dusverre slechts enkele gronden geweest, waarop met succes bezwaar gemaakt is tegen kandidaten, te weten:

- toen de Raad van Commissarissen de OR te weinig ruimte had gelaten voor het aanbevelen van kandidaten;[79]
- toen er niet ten minste één commissaris in de raad zitting had met kennis en ervaring van sociale verhoudingen;[80]
- wanneer de commissarissen van een dochtermaatschappij niet in voldoende mate onafhankelijk zijn van de moeder.[81]

Door deze enge interpretatie functioneert het betreffende model zeer eenzijdig. In enkele grote ondernemingen hebben de ondernemingsraden min of meer het recht gekregen om een 'vertrouwenscommissaris' voor te dragen.[82] Maar in de meeste ondernemingen hebben de ondernemingsraden (en ook vaak de aandeelhouders!) de indruk dat zij geen greep meer hebben op de samenstelling van de Raden van Commissarissen, die als een soort 'olichargie' momenteel het Nederlandse bedrijfsleven beheersen. Vandaar dat het bovengeschetste model de laatste tijd weer in toenemende mate wordt bekritiseerd.

11.8 (Multinationale) ondernemingen/concerns

Met name ten behoeve van nationale en multinationale concernondernemingen[83] heeft de wetgever twee belangrijke varianten op de bovenbeschreven structuurregeling ontworpen:

- als de 'moedermaatschappij' onder de structuurregeling is gebracht, kunnen de 'dochtermaatschappijen' erbuiten blijven;
- als het gaat om Nederlandse vestigingen van concerns waarvan de

77 Dit bleek nog weer eens spectaculair in de kwestie-Hagen, die bij Nedlloyd speelde, vgl. OK 24 september 1992, *JAR* 1992/86-87.

78 OK 11 april 1991, *ROR* 1991, 21.

79 OK 14 juni 1990, *ROR* 1990, 21.

80 Dit blijkt uit uitspraken van de SER, die deze toetsing vroeger verrichtte, SER 16 maart 1979, *ROR* 1971-1984, 144. De deskundigheid moet ook op Nederland betrekking hebben SER 27 september 1983, *ROR* 1971-1984, 146.

81 OK 2 februari 1989, *NJ* 1990, 86; F. Koning, Omtrent Commissarisbenoemingen bij KODAK, *SMA* 1989, p. 627.

82 R.H. van het Kaar, *Ondernemingsraad en vertrouwenscommissaris*, Den Haag 1995.

83 H.L. Bakels, Quo vadis, societas multinationalis, *NJB* 1977, p. 237; H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer 1977, p. 445; B. Wachter, Multinationale ondernemingen en de grenzen van de (inter)nationale rechtsorde, *In orde (VerLoren van Themaatbundel)*, Deventer 1982, p. 315; C.W.A. Timmermans, *Bulletin of comparative labour relations*, 1979, nr. 10; L. Timmerman, *Over Multinationale Ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, Deventer 1988.

> meeste werknemers in het buitenland werken, dan is de Raad van Commissarissen minder machtig. Hij ontbeert dan de bevoegdheid om de directie te benoemen en de jaarrekening vast te stellen. Slechts de bevoegdheid om de belangrijkste directiebesluiten te moeten goedkeuren resteert (het zgn. verzwakte regime).[84]

Deze beide laatste varianten hebben nog een steentje bijgedragen om de structuurregeling 'uit te kleden'. Immers, heden ten dage maken de meeste grote ondernemingen in Nederland deel uit van concerns waarvan de meeste werknemers in het buitenland werken en die dus onder het 'verzwakte regime' vallen. Dit betreft zelfs concerns die van oorsprong ondubbelzinning Nederlands waren.

De juridische constructie die ze daarvoor gebruiken, staat in de wandeling bekend als de 'Nederland-constructie'.[85] Deze ziet er als volgt uit:
Het concern brengt al zijn in Nederland gevestigde dochterondernemingen onder één Nederlandse moedermaatschappij, die men onder het structuurregime laat vallen. De dochterondernemingen zijn dan vrijgesteld van het structuurregime.
Bovendien is op de Nederlandse moedermaatschappij slechts het 'verzwakte regime' van toepassing, omdat de meerderheid van de werknemers van het concern in het buitenland werkt. Dat betekent dat de directeuren van die Nederlandse moedermaatschappij benoemd worden door een internationale houdstermaatschappij, die de echte top van het concern vormt. Als de internationale houdstermaatschappij in het buitenland gevestigd is, valt zij zonder meer buiten de Nederlandse structuurregeling. Maar zelfs als zij in Nederland gevestigd is, valt zij er buiten. Want zo'n houdstermaatschappij is dan maar een kleine, bijna papieren rechtspersoon, welke nauwelijks werknemers in dienst heeft en dus ook niet als 'grote' rechtspersoon onder de structuurregeling valt.

Kortom, de beide vorenomschreven varianten op de Structuurregeling maken het de leiding van een internationaal concern mogelijk om de regels van het structuurregime te concentreren bij de 'subtop' en dan bovendien nog in de 'verzwakte' vorm.
En dat, terwijl de echte belangrijke beslissingen in een concern, die voor grote groepen werknemers van belang zijn, zoals fusie, sluiting of overplaatsing, vaak toch door de echte concerntop worden genomen. Weliswaar moeten die beslissingen door de Raad van Commissarissen van de Nederlandse moedermaatschappij worden goedgekeurd, maar die beschikt meestal nauwelijks over manoeuvreerruimte. Zo blijft er voor het uitoefenen van medezeggenschapsrechten in multinationale ondernemingen vaak weinig over.[86]

84 F. Heijning, Toepassing van de volledige vrijstelling van het structuurregime op de Nederlandse subholding, *De NV* 1986, p. 9 met reacties H.J.M.N. Honée en J. Bloemarts, p. 98.

85 Vgl. P.F. van der Heijden, SMA 1996, p. 327.

86 Over de medezeggenschapsproblematiek bij concerns: S.M. Bartman, *Inleiding Concernrecht*, Alphen aan de Rijn, hoofdstuk 5 e.v.; A.S.J. Groeneveld, Lacunes in de

Zelfs het enkele verstrekken van informatie aan de Nederlandse medezeggenschapsorganen laat vaak te wensen over. Weliswaar heeft de Ondernemingskamer in de zaak Hyster[87] uitgesproken dat de moeder gehouden is aan de dochter in beginsel al die informatie te (doen) verschaffen die de directie van de dochter redelijkerwijs nodig heeft voor een behoorlijke vervulling van haar taak, maar dit is toch moeilijk af te dwingen als de echte moeder, die de topleiding vormt, in het buitenland gevestigd is. Trouwens al bij puur Nederlandse concernverhoudingen verloopt de medezeggenschap moeizaam.[88]
Ondernemingsraden merken dit steeds meer en hebben ook al wel eens geprobeerd om de schepping van gecompliceerde weefsels van rechtspersonen in concernverband, zoals de 'Nederland-constructie' tegen te houden. Inderdaad moeten de bestuurders dergelijke creaties op grond van artikel 25 WOR onderwerpen aan het advies van de ondernemingsraad,[89] maar het lukte nog niet om dergelijke manoeuvres via het beroepsrecht van artikel 26 WOR tegen te houden.[90]

Het wordt steeds duidelijker dat de puur Nederlandse medezeggenschapswetgeving niet is opgewassen tegen het fenomeen van de multinationale concernvorming. Alleen medezeggenschapsregelingen op internationaal niveau zouden hier iets aan kunnen verbeteren. Lange tijd kwamen die niet van de grond of bleef het bij vage teksten.
Zo is een poging om binnen de Verenigde Naties een gedragscode tot stand te brengen tot op heden niet geslaagd. De Raad van Beheer van de Internationale Arbeidsorganisatie heeft een beginselverklaring over het sociaal beleid van MNO's aangenomen, welke echter niet zoveel invloed heeft uitgeoefend.[91] Wat meer invloed hadden de richtlijnen voor multinationale ondernemingen, die door de ministerraad van de Organisatie van Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) werden vastgesteld.[92] De multinationale ondernemingen worden hierin verplicht zich aan enkele sociale fatsoensnormen te houden, waaronder aanpassing aan het nationale sociaal recht, verschaffen van voldoende informatie en geen verplaatsing van de productie tijdens arbeidsconflicten.

concernrechtelijke bepalingen van de WOR, *TVVS* 1986, p. 105; J.J.M. Lamers, *Medezeggenschap in concerns*, Alphen aan den Rijn 1995; id., *SR* 1996, p. 83.

87 OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571.

88 Vgl. R.A.A. Duk, Toerekening en de WOR, *SMA* 1993, p. 395.

89 Vgl. OK 17 oktober 1992, *JAR* 1992/113.

90 Vgl. OK 16 februari 1989, *ROR* 1989, 7 (Douwe Egberts).

91 K. van Koutrik, De Tripartiete Beginselverklaring betreffende multinationale ondernemingen en sociaal beleid van de IAO, *NJB* 1982, p. 459; bijdrage van H. Gunther aan *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 1.

92 R. Blanpain, *The OECD-guidelines for multinational enterprises and labour relations, experience and review*, 1976-1979, Deventer 1979; 1982-1985, Deventer 1985; dez. bijdrage aan *International Encyclopaedia for labour law and Industrial Relations*, Vol. 1; dez. in R. Blanpain/C. Engels, *Comparative labour law and industrial relations*, 5e druk, Deventer 1993, p. 129; dez., *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen, de OESO-verklaring van 21 juni 1976*, Alphen aan den Rijn 1979; J. van Schaik, Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen, in W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984, p. 123.

Enig toezicht op de naleving van de OESO-richtlijnen wordt uitgeoefend door het Committee on International Investment and Multinational Enterprises (IME). De OESO-richtlijnen zijn echter niet bindend. En ook al zal in Nederland een nationale rechter bij een vordering uit anderen hoofde rekening houden met de vraag of een multinationale onderneming de richtlijnen heeft nageleefd,[93] een buiten Nederland gehouden concerntop heeft daar weinig boodschap aan.

Uiteindelijk is als tot nog toe meest beduidende rechtsinstrument tot stand gekomen een Richtlijn van de EU die grote multinationale ondernemingen thans verplicht om voor hun Europese vestigingen een Europese medezeggenschapsregeling in te voeren.[94] De Richtlijn is in Nederland uitgewerkt in de Wet op de Europese ondernemingsraden.[95] Krachtens Richtlijn en Wet moeten ondernemingen met meer dan 1000 werknemers met minstens twee vestigingen in verschillende EU-staten, waar minstens 150 werknemers werken, een transnationale vorm van informatie en raadpleging van hun werknemers instellen. De wijze waarop dit moet geschieden wordt in beginsel overgelaten aan onderhandelingen tussen de centrale ondernemingsleiding en een 'bijzondere onderhandelingsgroep' welke de werknemers vertegenwoordigt. Maar zouden deze geen overeenstemming bereiken, dan moet een Europese ondernemingsraad worden ingesteld volgens een minimum-model dat in Richtlijn en wet is neergelegd en dat tenminste aan de volgende eisen moet voldoen. De raad moet:

- zijn samengesteld uit tenminste drie en ten hoogste dertig leden;
- een minimum hoeveelheid informatie over ondernemingsaangelegenheden ontvangen;
- de centrale ondernemingsleiding tenminste eenmaal per jaar en in bijzondere gevallen kunnen ontmoeten.

Dit minimum-model blijkt in de praktijk als een standaard te functioneren. De Europese ondernemingsraden die momenteel in de daarvoor in aanmerking komende concerns worden ingesteld, worden weinig méér bevoegdheden en faciliteiten toegekend.

11.9 Recht van enquête

Zoals aan het begin van dit hoofdstuk is uiteengezet, heeft de wetgeving ook de vakbonden met enkele rechten nauwer bij het ondernemingsge-

93 Vgl. OK 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (Batco).

94 Richtlijn 94/95, *Pb.* 1994, L 254/64; zie R. Blanpain/P. Windey, *De Europese ondernemingsraad*, Leuven 1994; Roger Blanpain/Tadashi Hanami (eds), *European Works Councils*, Leuven 1995; R. Blanpain e.a., *De Richtlijn inzake de Euro-OR geanalyseerd*, Deventer, 1997; R. Blanpain, *Medezeggenschap op Europees niveau*, Deventer, 1997.

95 Wet van 23 januari 1997, Stb. 32; Kamerstukken 24 641; J.F. Beek en M.M. Slotboom, TVVS 1996, p. 162; H.J. de Bijl Nachenius, De NV 1996, p. 131; F. Koning, SMA 1996, p. 451; dez. in TVVS 1997, p. 70; A. Gijzen, *De Europese ondernemingsraad*, Deventer, 1997.

beuren willen betrekken. Een van die rechten speelt bij collectief ontslag (zie par. 8.16). Een ander recht is het enquêterecht, dat de vakbonden[96] kunnen benutten, wanneer zij menen dat er in een bepaalde onderneming sprake is van wanbeleid. In dat geval kunnen zij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam verzoeken om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij de NV of BV, de coöperatie of de onderlinge waarborgmaatschappij, de stichting of de vereniging, die die onderneming in stand houdt.[97] Wél moeten zij eerst hun bezwaren bij de directie en de Raad van Commissarissen van de betreffende rechtspersoon kenbaar hebben gemaakt. Bovendien moeten zij de ondernemingsraad (als die er is) in de gelegenheid stellen zijn mening te geven.
De Ondernemingskamer willigt het verzoek om een enquête alleen maar in als er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Wordt het verzoek ingewilligd, dan benoemt de Ondernemingskamer één of meer personen die een onderzoek instellen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. De onderzoekers mogen alle boeken en stukken van de rechtspersoon inzien en bestuurders en eventuele commissarissen moeten hen alle noodzakelijke inlichtingen verschaffen.
Indien het verslag van de onderzoekers inderdaad wanbeleid aantoont kan de Ondernemingskamer krasse maatregelen nemen, zoals schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing of ontslag van bestuurders/commissarissen,[98] tijdelijke aanstelling van bestuurders/commissarissen, tijdelijke afwijking van de statuten en zelfs ontbinding van de rechtspersoon.[99]
Tegen zulke beschikkingen van de Ondernemingskamer staat cassatieberoep open op de Hoge Raad (art. 3:359 BW).

Hoewel zich keer op keer forse debacles in het bedrijfsleven voordoen, maken de vakbonden maar weinig gebruik van het enquêterecht.[100]
Dat komt in de eerste plaats, omdat lang niet ieder debacle toegeschreven kan worden aan wanbeleid. Want wat is wanbeleid? In de literatuur en rechtspraak wordt gesteld dat van wanbeleid sprake is, wanneer het gevoerde beleid in strijd is met elementaire eisen van verantwoord ondernemerschap,[101] maar daarmee is nog weinig verduidelijkt. Bovendien beperkt de rechter zich in deze zaken tot een marginale toetsing. In elk geval schijnt het uitermate moeilijk te zijn om economisch wanbeleid aan te tonen.[102]

96 Dit recht komt behalve aan de vakbond ook toe aan de aandeelhouders. Daarnaast kan ook de procureur-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam om redenen van openbaar belang het instellen van een enquête vorderen (artt. 2:345-347 BW), vgl. OK 8 oktober 1987, *NJ* 1988, 99.

97 Vgl. Wet van 8 november 1993, *Stb.* 597; G. v. Solinge, *De NV* 1997, p. 250.

98 Vgl. voor ontslag van commissarissen OK 19 december 1985, nr. 29/85, *SR* 1986, p. 61; op formele gronden vernietigd door HR 24 december 1986, *NJ* 1987, 903.

99 Voorbeeld bij OK 8 oktober 1987, *NJ* 1988, 99.

100 M.G. Rood, Wijzigingen van enquête- en/of structuurregeling?, in *VvA-bundel*, p. 219.

101 P.F. van der Heijden, Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, *NJB* 1984, p. 1385. Nadere invulling van dit begrip in de OGEM zaak, HR 10 januari 1990, *RvdW* 1990, 23.

Iets makkelijker lijkt het om – in voorkomende gevallen – te bewijzen dat er sociaal wanbeleid is gepleegd. Want daarvan is alleen al sprake, wanneer de procedureregels van het sociaal recht ernstig zijn overtreden.[103]

Ook moet men oppassen niet te lichtvaardig om een enquête te verzoeken, omdat – als het verzoek wordt afgewezen – de betrokken rechtspersoon een schadevergoeding kan vragen, hetgeen de rechter zal toewijzen, wanneer het verzoek niet op een redelijke grond is gedaan.[104]
Tenslotte was met de behandeling van een enquêteverzoek nogal veel tijd gemoeid,[105] waardoor het middel weinig geschikt was voor een actief vakbondsoptreden. Wellicht wordt dit in de toekomst beter nu de wet voorschrijft dat een enquêteverzoek met de meeste spoed behandeld moet worden en de Ondernemingskamer bovendien voorlopige voorzieningen kan treffen (art. 2:349a BW). Dit laat overigens onverlet de bevoegdheid van de president van de rechtbank in kort geding om een voorlopige voorziening te treffen.[106]

11.10 Fusiegedragsregels

In geval van fusie is nog een bijzondere medezeggenschapsregeling van toepassing voor de vakorganisaties. Deze regeling is geen wet, maar een besluit van de SER waarbij gedragsregels worden vastgelegd die bij een fusie in acht moeten worden genomen.[107]
Het SER-besluit (in de wandeling 'de Fusiecode' genaamd) bestaat uit twee hoofdstukken, waarvan het eerste de bescherming van aandeelhouders betreft en het tweede de belangen van de werknemers. In dit tweede deel is bepaald dat bij een zodanige stand van de fusiebesprekingen dat de verwachting gewettigd is dat in die besprekingen overeenstemming

102 Vgl. OK 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (Batco); B. Geersing, Batco – De betekenis van het enquêterecht voor werknemers(organisaties), *TVVS* 1980, p. 249 en 277; OK 10 december 1981, *NJ* 1983, 24 (Ford).

103 Dit lukte wel in de eerste Batco-zaak, zoals genoemd in de vorige voetnoot. Vgl. ook de zaak Howson Algraphy Europe BV waarin een enquêteverzoek van de bonden wegens het te laat verschaffen van informatie werd toegewezen, OK 29 augustus 1985, *NJ* 1986, 578. En de zaak OK 16 april 1987, *ROR* 1987, 40, waarin het bedrijf ten onrechte geen OR had ingesteld.

104 P. van der Vlis, *TVVS* 1997, p. 228.

105 In het geval van sluiting van de produktieafdeling van Ford Nederland in 1981 kwam de (afwijzende) beschikking op het verzoek van de bonden om een enquête in te stellen zelfs pas na het sluiten van de fabriek! Vgl. OK 10 december 1981, *NJ* 1983, 24.

106 Het is echter niet mogelijk te vorderen, dat de ondernemer helemáál geen besluit mag nemen, vgl. Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, *NJ* 1981, 424 en Hof Amsterdam 22 oktober 1981, *NJ* 1983, 23.

107 J. van Schaik, Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen, in: W.J.P.M. Fase (red.), *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer 1984, p. 105; H.L. Bakels, De leiding van de onderneming en de belangen van de werknemers, *Vrijheid en recht* ('s Jacob-bundel), Zwolle 1975, p. 33.

bereikt kan worden, de vakorganisaties onverwijld daarvan in kennis gesteld moeten worden.
De vakbonden moeten – voordat de ondernemingsleidingen overeenstemming bereiken over de fusie – in de gelegenheid gesteld worden in een bespreking hun oordeel te geven over de fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang. Het wegnemen van nadelige gevolgen en het nadien te voeren sociaal beleid komen in dat gesprek aan de orde. Aan de vakorganisaties is een geheimhoudingsplicht opgelegd.
Onduidelijk is overigens of eerst de vakorganisaties geraadpleegd moeten worden of eerst de OR om advies moet worden gevraagd op grond van artikel 25 WOR. Wet en code zijn in dit opzicht niet gecoördineerd.[108]
Onder fusie in de zin van de Fusiecode wordt verstaan: het verkrijgen van de zeggenschap, zowel direct als indirect, over de activiteiten van een onderneming of een gedeelte daarvan. Dit kan zowel een fusie door aandelenoverdracht als een juridische fusie of fusie door verkoop en dergelijke zijn. De fusiegedragsregels zijn daarmee ook van toepassing als ondernemers zeggenschap over een andere onderneming proberen te krijgen door een eenzijdig uitgebracht openbaar bod op de aandelen. Maar het zal duidelijk zijn dat in die laatstgenoemde situatie de Fusiecode niet echt functioneert. Er worden dan onder grote tijdsdruk beslissingen genomen, die essentieel kunnen zijn voor het voortbestaan van de onderneming, zoals fusie met een derde bedrijf of het oprichten van een beschermingsconstructie, waarbij voor reële medezeggenschap – hoezeer juist dan ook gewenst – geen plaats is.
De werkingssfeer van de fusiegedragsregels is beperkt tot fusies waarbij minstens één in Nederland gevestigde onderneming betrokken is, waarin in de regel 100 of meer werknemers werkzaam zijn. De fusie moet ook tot de Nederlandse rechtssfeer behoren.[109]
Het maatschappelijk belang van de Fusiecode is in de huidige tijd vrij groot. Jaarlijks worden zo'n 400 fusies volgens deze regeling aangemeld, waarbij in 10% van de gevallen sprake is van overtreding van de regels.[110]
Een fusie moet ook gemeld worden aan de *Commissie voor fusieaangelegenheden van de SER*, die toeziet op de naleving van de gedragsregels. In deze commissie zijn werknemers, ondernemers en de Vereniging voor Effectenhandel vertegenwoordigd, naast onafhankelijke leden. De commissie is bevoegd om in bepaalde gevallen ontheffing van de gedragsregels te verlenen.
Omdat de SER-fusiecode geen wettelijke status heeft, is de Fusiecode zwak gesanctioneerd. Bij overtreding kan de SER-commissie voor fusieaangelegenheden een openbare berisping uitspreken of een openbare kennisgeving doen. In geval van een openbaar bod op de beurs kan de Vereniging voor Effectenhandel ook zijn medewerking weigeren.

108 J.B.A.C. Hoying, Fusiecode, de samenloop van de Wet op de ondernemingsraden en de Fusiecode, *TVVS* 1981, p. 67.
109 Zie voor de preciese werkingssfeer art. 14 van het SER-besluit fusiegedragsregels. Uitbreiding van de werkingssfeeer bij cao is mogelijk en is bijv. gebeurd in het ziekenhuiswezen.
110 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem 1989, p. 292.

11.11 Medezeggenschap bij de overheid en het onderwijs

Aangezien sinds 1995 de WOR ook van toepassing is op de *overheid* (zie par. 11.3) behoeft over dit onderwerp weinig bijzonders gezegd te worden. Wél zij nog verwezen naar art. 46d WOR, dat voorziet dat in de openbare dienst het zgn. 'politieke primaat' bij de democratisch gekozen organen blijft berusten.[111]

In het *onderwijs* (zowel het openbare als het bijzondere) bestaat een drietal specifieke medezeggenschapsregelingen. De Wet Medezeggenschap in het Onderwijs (WMO)[112] schrijft voor dat scholen in het basis- en voortgezet onderwijs een medezeggenschapsraad instellen, waarin behalve leerkrachten en overig personeel ook ouders en leerlingen zitting hebben. De wet kent ook geschillencommissies.[113] Voor het hogerberoepsonderwijs is een soortgelijke regeling opgenomen in de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek. Voor het wetenschappelijk onderwijs zijn de zaken recentelijk nog gereorganiseerd[114] met de invoering van de Wet Modernisering Universitaire Bestuursorganisatie.[115]

111 Vgl. T. van Peijpe, *NJB* 1995, p. 134; M.J.M. v. Beek e.a., *SMA* 1997, p. 341; L.C.J. Sprenger, *SMA* 1997, p. 450; dez. *SR* 1997, p. 4; G.J.J.J. Heetman, *SR* 1997, p. 50.

112 *Stb.* 1992, 663.

113 Op basis van de oude regeling: P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?*, Deventer 1984, p. 116; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer 1991, hoofdstukken X en XI; W.J.J. Beurskens, Medezeggenschap in het onderwijs, in: P.F. van der Heijden (red.), *Schets van het medezeggenschapsrecht*, Deventer 1992, p. 141-195.

114 Over de ingewikkelde universitaire regelingen op basis van oudere wetgeving, P.F. van der Heijden, *Vijftig jaar sociaal recht in Leiden*, Deventer 1986, p. 72.

115 Wet van 27 februari 1997, Stb. 117; Kamerstukken 24 646.

12

Van de wieg tot het graf

12.1 Inleiding

De mens heeft voor zijn bestaan inkomen nodig. Enkele bevoorrechten kunnen dat inkomen ontlenen aan bezit en vermogen. Veruit de meeste mensen moeten zich dat inkomen verwerven door arbeid. Zeer velen zijn echter niet in staat om door betaalde arbeid inkomen te verwerven.[1] Wij denken aan kinderen, ouderen, zieken en werklozen. Om deze grote groep mensen toch van inkomen te voorzien is er een stelsel van sociale zekerheid.[2] Een stelsel dat er voorts toe dient om ziektekosten, financiële lasten van kinderen en nog enkele andere risico's te spreiden.[3]

Het verschaffen van inkomen is echter geen zelfstandige doelstelling van het stelsel van sociale zekerheid, aangezien het stelsel dan gauw onder zijn eigen last zou bezwijken. Het stelsel heeft tegelijkertijd als doel om de mensen te prikkelen om waar mogelijk door arbeid in eigen inkomen te voorzien: wedertewerkstelling van werklozen, reïntegratie van arbeidsongeschikten.

Niettegenstaande deze tweeledigheid van de doelstelling zijn de uitgaven ten behoeve van de sociale zekerheid inmiddels opgelopen tot meer dan 150 miljard gulden per jaar, ongeveer 1/3 van ons bruto nationaal inkomen. De alsmaar voortgaande stijging van de kosten van de sociale zekerheid brengt de wetgever er toe om het stelsel voortdurend aan te passen.

1 Steeds meer mensen zijn geheel of ten dele aangewezen geraakt op uitkeringen van de sociale zekerheid. Momenteel is 25% van de bevolking voor zijn inkomen volledig aangewezen op sociale zekerheid. 35% van de bevolking is werkzaam in betaalde arbeid. De overige 40% van de bevolking bestaat uit kinderen, studenten en niet-werkende partners, die op andere wijze in hun inkomen voorzien (ouders, studiefinanciering, kostwinner). Ook van de personen die behoren tot de 75% van de bevolking die niet afhankelijk is van een sociale uitkering ontvangen velen socialezekerheidsprestaties, zoals via de kinderbijslag- en de ziektekostenverzekering.

2 Zie F.M. Noordam, *Inleiding Sociale Zekerheidsrecht*, 3e druk, Deventer, 1996.

3 Met het socialezekerheidsstelsel hangen bovendien nog regelingen samen op het gebied van huursubsidie, studiefinanciering, kinderopvang, e.d. Die blijven hier verder buiten beschouwing.

Veel van het stelsel van sociale zekerheid is vastgelegd in wetten die behoren tot het domein van het bestuursrecht. Andere regelingen berusten op overeenkomsten en behoren tot het privaatrecht. Maar beide typen regelingen hangen nauw met elkaar en met het arbeidsrecht samen. Vandaar dat wij ze juist in deze onderlinge samenhang beschouwen als delen van het sociaal recht.

12.2 Geschiedenis sociale zekerheid

Het moderne stelsel van sociale zekerheid is niet zomaar uit de lucht komen vallen.[4] Door de eeuwen heen en in elk type samenleving hebben mensen die inkomen uit arbeid genieten de zorg op zich moeten nemen voor hen die daarvan verstoken zijn. In agrarische samenlevingen gebeurde dat door de familie of de stam; het krijgen van kinderen zag men als een verzekering voor de oude dag. In derdewereldlanden is dat vaak nog zo.
In het christendom werd de zorg voor de behoeftigen gezien als een taak voor de christelijke gemeente. Vanuit deze gedachte ontstond in de Middeleeuwen een uitgebreid stelsel van charitatieve zorg door kloosters en godshuizen. Ook gilden namen een sociale zorgtaak op zich.
Door de Reformatie en de Verlichting geraakten die systemen steeds meer in verval. In de negentiende eeuw groeide de bevolking aanzienlijk; de industrialisering trok veel mensen naar de steden waardoor ze uit hun oude gemeenschapsstructuren werden losgemaakt; er ontstonden nieuwe typen arbeidsongevallen. Dit alles maakte dat in de negentiende eeuw de traditionele vormen van bescherming niet meer volstonden.
De Staat nam de armenzorg op zich, maar dit hield nog weinig in, omdat hierbij nog steeds uitgegaan werd van het principe dat eerst familieverbanden, de kerk en de liefdadigheid ('charitas') hulp moesten verlenen; de Staat kwam pas in actie als er van die kant geen hulp kwam (subsidiariteitsbeginsel). Deze 'bedeling' was een gunst en geen recht en leidde tot veel bemoeienis met het privé-leven van de armen.
In de loop van de negentiende eeuw kwamen er bij de vakverenigingen steeds meer verzekeringskassen voor de leden. Indien premie betaald werd, waren leden onder bepaalde voorwaarden verzekerd tegen bepaalde risico's. Deze verzekeringen hebben de vorm van de latere sociale verzekeringen sterk beïnvloed.

4 Over de geschiedenis van de sociale zekerheid P. Köhler/H. Zacher, *The Evolution of Social Insurance 1881-1981*, London 1982; B.A. Hepple, 'Welfare Legislation and Wage-Labour', in: B.A. Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, London 1986, p. 114-153; voor de ontwikkeling in Nederland: E.B.F.F. Wittert van Hoogland, *De parlementaire geschiedenis der sociale verzekering*, Haarlem 1940; A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, deel 2B, Zwolle 1958, p. 1480-2106; M.G. Levenbach, 'Historisch overzicht van de sociale-verzekeringswetgeving', *Bestuursrecht*, deel 3, Alphen aan den Rijn 1964, p. 543-569; P. van der Waals, *Balans van een halve eeuw sociale ontwikkeling*, Deventer 1975; G.M.J. Veldkamp, *Sociale Zekerheid, Deel I: Inleiding*, Deventer 1978; J. Mannoury/I.P. Asscher-Vonk, *Hoofdtrekken van de sociale verzekering*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1987, p. 37-69; C.A. de Kam/C.G.M. Sterks/G.M.J. Veldkamp, *Schets van de leer van de sociale zekerheid*, Deventer 1989.

Tegen het einde van de negentiende eeuw ontstonden er nieuwe juridische concepten van aansprakelijkheid en verzekering, waarmee men trachtte een oplossing te vinden voor de risico's van de moderne samenleving: wettelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen, wettelijk verplichte verzekering, staatspensioen, enz.
Toch heeft het vrij lang geduurd, voordat deze nieuwe concepten maatschappelijk aanvaard werden. En sommige, zoals het staatspensioen, zijn nooit echt aanvaard. De geweldige tegenstand van de bezittende klasse tegen grotere inmenging van de Staat kon de totstandkoming van socialezekerheidswetgeving vaak lang tegenhouden of beperkt houden. Dit verklaart ook de aanvankelijke voorkeur voor de verzekeringsvorm boven een staatspensioen. Ook leidde de weerstand tegen een te grote overheidsinmenging ertoe dat men de uitvoering van wettelijke socialezekerheidsregelingen niet zonder meer bij de overheid legde, maar in belangrijke mate aan de 'maatschappelijke organisaties' (van werkgevers en werknemers) overliet. Dit werd gestoeld op het argument dat zelfbestuur de eigen verantwoordelijkheid zou bevorderen en dat ook de premies door werkgevers en werknemers moeten worden opgebracht.
Al met al ging in Nederland de ontwikkeling tot de Tweede Wereldoorlog vrij langzaam. Men oriënteerde zich vooral op het model van wettelijk verplichte werknemersverzekeringen, dat Bismarck al vanaf 1881 in Duitsland had ingevoerd. Zo kreeg ook Nederland dit soort verzekeringen tegen bedrijfsongevallen (1901), tegen invaliditeit, ouderdom en ten behoeve van nagelaten betrekkingen (1919), tegen ziekte (1930), voor de lasten van kinderen (1939) en ziektekosten (1941). De uitkeringen waren gerelateerd aan het tevoren verdiende loon, waarmee ook de betaalde premies verband hielden.
Tijdens de Tweede Wereldoorlog raakten de in Engeland verblijvende Nederlandse politici onder de indruk van het daar onder leiding van Beveridge ontwikkelde model van sociale zekerheid, met wettelijk verplichte verzekeringen die het gehele volk dekken.[5] Na de Tweede Wereldoorlog werden dit soort volksverzekeringen ook in Nederland ingevoerd voor de risico's van ouderdom (1957), nagelaten betrekkingen (1959), kinderen (1963), zware geneeskundige kosten (1967) en arbeidsongeschiktheid (1976). Voor zover deze wetten voorzagen in uitkeringen, werden deze onafhankelijk van de hoogte van het loon vastgesteld in eenheidsbedragen.
Daarnaast kwam een nieuwe werknemersverzekering tot stand voor werkloosheid (1949) en werden de werknemersverzekeringen voor ziektekosten (1966) en arbeidsongeschiktheid (1967) gemoderniseerd.
Voor ambtenaren werden afzonderlijke regelingen tot stand gebracht: het ABP-pensioen voor ouderdom, invaliditeit en nagelaten betrekkingen; wachtgeldregelingen voor werkloosheid en doorbetaling van bezoldiging bij ziekte.

Op het hoogtepunt van de verzorgingsstaat in het midden van de jaren zeventig leek het gebouw der sociale zekerheid voltooid.[6] De sociale

5 Rapport van de commissie-Van Rhijn, *Sociale Zekerheid*, Den Haag 1945.

verzekering bood inmiddels dekking tegen zes klassieke 'risico's' te weten:
- arbeidsongeschiktheid (ziekte, gebrek, ongeval, invaliditeit);
- ziekte- en verpleegkosten;
- werkloosheid;
- ouderdom;
- overlijden (zorg voor nagelaten betrekkingen);
- kinderlast.

Het sluitstuk van dit stelsel vormde de Algemene Bijstandswet (ABW) van 1965, die zorgde voor steun als de verzekering van de klassieke risico's niet (meer) gold of niet voldoende was. Ook nieuwe risico's werden hieronder gebracht, zoals het inkomen van alleenstaande vrouwen met kleine kinderen. Er was – met een gevleugeld woord – sociale zorg 'van de wieg tot het graf'.

De reserve tegen een al te zeer regelende overheid zorgde ervoor dat toch nog veel werd overgelaten aan collectieve of individuele regelingen. Dit gold vooral de aanvullende pensioenvoorziening en de ziektekosten van niet-werknemers en mensen met een hoger inkomen.

Overigens had het stelsel, door de fragmentarische manier waarop het tot stand gekomen was, een gecompliceerde structuur gekregen. Daarom werd in de jaren zeventig getracht om daar door codificatie en vereenvoudiging verbetering in aan te brengen, maar aan de daartoe ontwikkelde voorstellen is nimmer uitvoering gegeven.[7] Inmiddels hadden nieuwe problemen rond het stelsel daar te zeer de aandacht van afgeleid.
Sinds eind jaren zeventig liep de werkloosheid hoog op en nam het aantal arbeidsongeschikten sterk toe. De vergrijzing kondigde zich aan en ook stegen misbruik en oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid. Door dit alles dreigde het stelsel 'onbetaalbaar' te worden. Daarnaast moest het stelsel van sociale zekerheid aangepast worden aan moderne arbeids- en samenlevingspatronen: meer deeltijdarbeid,[8] gelijke behandeling van gehuwd en ongehuwd samenwonenden[9] en de eis van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.[10] De oude systemen waren immers afgestemd op traditionele rolpatronen: de voltijd werkende man die de kost verdiende voor vrouw en kinderen. In plaats daarvan werd nu voorzichtig de weg naar 'individualisering' van rechten en plichten ingeslagen.[11]

6 Kritiek op die opvatting bij R. Holtmaat, *Met zorg een recht?*, Zwolle 1992.
7 G.M.J. Veldkamp, Codificatie, het vergeten hoofdstuk in het socialezekerheidsbeleid, *Frenkel-bundel*, p. 215.
8 J.F.M. Strijbos, 'Deeltijdarbeid en sociale zekerheid', in: O. Albers e.a., *Deeltijdarbeid*, Deventer 1983, p. 125-157.
9 G. Doets e.a., *Alternatieve samenlevingsvormen in de sociale zekerheid*, Deventer 1988; J.M.A. van Waterschoot, *SMA* 1991, p. 448.
10 W.J.P.M. Fase (red.) e.a., *Gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid*, Deventer 1986; K. Wentholt, Gelijkberechtiging van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid, VvA-bundel, p. 305.
11 E.P. de Jong, Individualisering en privatisering in de sociale zekerheid en de positie van de uitvoeringsorganisatie, in *VvA-bundel*, p. 317.

Al deze motieven hebben geleid tot een aanzienlijke bijsturing van het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid gedurende de jaren tachig en negentig.[12]

12.3 Uitvoeringsorganisatie

In Nederland is de strijd om de uitvoeringsorganisatie één van de belangrijkste complicerende factoren geweest bij de totstandkoming van de sociale zekerheid. Door de uitvoering van de wettelijk verplichte sociale zekerheid in handen te leggen van organisaties, bestuurd door vertegenwoordigers van werkgeversorganisaties en vakbonden, hoopte men tegemoet te komen aan de weerzin die bestond tegen teveel overheidsinvloed op dit terrein.
Het gevolg is wel geweest: een bont geheel van organen, dat bij de uitvoering van de sociale zekerheid is betrokken:

- het *Landelijk instituut sociale verzekering*, dat formeel de werknemersverzekeringen uitvoert, alsmede de *uitvoeringsinstellingen (uvi's)* zoals GAK, Cadans en andere, die in de praktijk de uitvoering van deze wetten verzorgen;
- de *Sociale-Verzekeringsbank*, die de meeste volksverzekeringen uitvoert;
- de *ziekenfondsen*, die – soms samen met particuliere verzekeringsmaatschappijen – de ziektekostenregelingen uitvoeren;
- de *gemeentebesturen* (sociale diensten) voor de verlening van bijstand en aanverwante uitkeringen, alsmede vervoer- en leefvoorzieningen voor gehandicapten;
- de *pensioenfondsen* voor de aanvullende pensioenvoorziening.

Op deze organen zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 18 onder A.

12.4 Onderscheidingen binnen de sociale zekerheid

In het socialezekerheidsrecht is men in het verleden een onderscheid gaan maken tussen sociale verzekeringen – AOW, Anw, WW, Zw, WAO, Waz – en de sociale voorzieningen – de Abw, de IOAW, de IOAZ, de TW, de Wik, de Wajong, de WVG.
Maar in de loop der jaren zijn de onderscheidende kenmerken gaan verwateren.
Overeind staat nog als belangrijkste onderscheid, dat de sociale verzekeringen gebaseerd zijn op een verplichting om premie te betalen, waarbij de socialeverzekeringsuitkeringen worden voldaan uit afzonderlijke fondsen die uit deze premies – en eventuele overheidsbijdragen – worden gevoed.
De sociale voorzieningen kenmerken zich doordat zij niet met premiehef-

12 M.J.P.M. Kieviet/F.J.L. Pennings, SR 1996, p. 300.

fing werken, maar worden betaald uit de algemene middelen. Ze kennen dus niet echt een 'kring der verzekerden'.[13]

De belangrijkste sociale voorziening is de *bijstand (Abw)*. Bijstand is bedoeld om als laatste voorziening te dienen: men komt er slechts voor in aanmerking als op geen enkele andere wettelijke voorziening een beroep kan worden gedaan.

12.5 Kenmerken van sociale verzekering

Sociale verzekeringen onderscheiden zich van particuliere verzekeringen doordat zij wettelijk verplicht zijn.[14] Particuliere verzekeringen kan men vrijwillig afsluiten, zoals levensverzekeringen. De verzekeringsgedachte is door werkgevers- en vakorganisaties geïntroduceerd; de wetgever heeft in de loop van deze eeuw deze verzekeringen verplicht gesteld, omdat hij constateerde dat teveel mensen nalieten om zich voldoende tegen grote risico's te verzekeren. Degenen die dat wel doen, zouden zonder een dergelijke algemene verplichting ook een te hoge premie moeten betalen.
Wettelijk verplichte verzekering betekent dat niemand zich eraan kan onttrekken. Deze inbreuk op de persoonlijke vrijheid wekte lange tijd weerstanden en bracht politici ertoe om telkens weer uitdrukkelijk de 'rechtsgrond' voor zo'n ingrijpen te formuleren. Tegenwoordig roept een wettelijk verplichte sociale verzekering nauwelijks nog principiële bezwaren op. Maar nog altijd toont het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid enige consideratie voor *gemoedsbezwaren* die met name bij sommige protestants-christelijken bestaan tegen verzekeringen. Zij kunnen vrijstelling krijgen van verzekering.[15]

Overigens kennen de meeste wettelijk verplichte verzekeringen (ZW, WAO, WW, AOW en Anw) de mogelijkheid voor bepaalde groepen die niet onder de kring der (wettelijk) verzekerden vallen om zich vrijwillig te verzekeren.

Het verplichte karakter van de sociale verzekering brengt met zich dat een ieder die onder de wettelijk afgebakende *kring der verzekerden* valt, van rechtswege verzekerd is. Het is dus niet nodig om eerst een overeenkomst met de verzekering te sluiten. Zelfs wie de verplichting om premie te betalen niet nakomt, is verzekerd. En iemand die jarenlang zwart heeft gewerkt kan bij werkloosheid toch uitkering krijgen, al kan de werkgever dan wel rekenen op een naheffing van premies. Alleen in de ziektekosten-

13 Belangrijkste hybride figuur: de Akw, die wél een kring der verzekerden kent, maar uit de belastingen wordt betaald.

14 J. v. Langendonck, Het verzekeringskarakter van de sociale zekerheid, in *De Leedebundel*, p. 277.

15 Hetgeen in de diverse regelingen tot niet geheel identieke gevolgen leidt, vgl. artikel 47-48 AOW, 64 Anw, 72 AAW, 19-24 WFV, 17 CSV, 43 ZW, 19, lid 1 onder j WW; F.M. Noordam, De rechtsbescherming der vijfduizend, *SMA* 1985, p. 175.

regelingen ZFW en AWBZ moet men zich vooraf bij een zorgverzekeraar aanmelden om voor verstrekkingen in aanmerking te komen.

Bij de werkingssfeer van de sociale verzekeringen is een belangrijk onderscheid dat tussen werknemers- en volksverzekeringen. De werknemersverzekeringen verzekeren in beginsel de werknemers in dienstbetrekking, de volksverzekeringen alle ingezetenen. Maar dit uitgangspunt kent vele uitzonderingen en uitbreidingen. In paragraaf 17.8 en 17.9 worden deze in het algemeen nader uitgewerkt; enkele bijzondere regels worden vermeld bij de betreffende regelingen.

12.6 Hoogte van de uitkeringen

Vaak leeft de indruk dat door de uitbouw van de sociale zekerheid Nederland een 'sociaal paradijs' is geworden. Vooral in vergelijking met het buitenland bestaat die indruk – Nederland heeft samen met Duitsland, België en Denemarken de hoogste uitgaven aan sociale zekerheid. Niet alle mensen zullen dat ook zo ervaren.[16]
Voor veruit de meeste uitkeringsgerechtigden heeft onze wettelijke sociale zekerheid slechts een uitkering op het minimumniveau te bieden (zie par. 12.7).
Een en ander geldt sowieso voor de mensen die van de bijstand moeten leven, want de bijstandsuitkering beoogt slechts in de meest minimale behoeften te voorzien.
Maar hetzelfde geldt voor degenen die slechts in het genot zijn van een uitkering krachtens de volksverzekeringen AOW en Anw, aangezien die op hetzelfde minimumniveau liggen (zie par. 12.7).

Voor wie redelijk wat meer inkomen verdiende, betekent de wettelijke sociale zekerheid dus toch al gauw een terugval in inkomen. Men vond echter in Nederland dat zelfstandigen dit maar moesten oplossen door zich particulier te verzekeren.
Ook wat de werknemers betreft ging de wetgever er sinds de jaren vijftig van uit, dat een bovenminimale bescherming tegen de risico's van ouderdom en overlijden overgelaten kon worden aan het particulier initiatief. Maar ten aanzien van de risico's van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid meende de wetgever wel een bescherming te moeten bieden op een hoger niveau: hier stond de uitkering in een directe verhouding tot het feitelijk verdiende inkomen. Zij het met een minimumvloer en een maximumplafond (zie par. 13.10 en 14.21). Men spreekt van 'loondervingsregelingen'. De werkgever zorgt bij deze risico's in de praktijk veelvuldig voor 'bovenwettelijke' aanvullingen tot vaak 100% van het vroeger genoten loon.[17]
Inmiddels is de wetgever wat dit hogere uitkeringsniveau betreft aan het

16 Vgl. J.P.L. Schoormans, *Rechtvaardigheid van sociale-zekerheidsuitkeringen*, Tilburg 1990.

17 Vgl. DCA, *Bovenwettelijke uitkeringen in cao's*, Den Haag, 1991.

terugkrabbelen. Zowel in de WW als in de WAO kan men, na een bepaalde periode, terugvallen op een uitkeringsniveau dat op of dicht bij het sociale minimum ligt en – zeker voor beter betaalde werknemers – tot aanzienlijke terugval in inkomen zou leiden, als er door de werkgever geen bovenwettelijke bijverzekering is afgesloten. Dat laatste is overigens bij de WAO gebruikelijk, bij de WW niet.

Het Nederlandse stelsel beweegt zich aldus in de richting van een 'ministelsel', waarbij de wettelijke uitkeringen niet boven het niveau van het sociale minimum zouden uitsteken. De meeste werknemers kunnen er slechts voor een niet al te lange tijd een recht op een hogere loondervingsuitkering aan ontlenen. Langerlopende loondervingsuitkeringen worden beperkt tot de oudere werknemers die minder kans hebben om nog voor een andere functie in aanmerking te komen. Wie dat te weinig vindt, moet daarvoor op vrijwillige basis bijverzekerd worden.
Uit onderzoek blijkt dat ca. 85% van de uitkeringsgerechtigden al niet meer ontvangen dan het sociale minimum. Voor ca. 15% van de uitkeringsgerechtigden heeft het wettelijk stelsel nog altijd meer te bieden dan een minimumstelsel.

Leidt de systematiek van een loondervingsverzekering er dus wel toe dat betrokkenen in ieder geval enige tijd een hogere uitkering krijgen dan het voor hen toepasselijke minimum, dezelfde systematiek kan er ook toe leiden dat een leefeenheid minder uitkering zou krijgen dan het sociale minimum. In dergelijke gevallen kan de uitkering krachtens de loondervingsverzekering aangevuld worden met een toeslag krachtens de Toeslagenwet (zie par. 14.18).

Vroeger werden de wettelijke uitkeringen van de sociale zekerheid vaak uitgedrukt in nominale bedragen. Daardoor waren ze slecht bestand tegen de geldontwaarding (inflatie), zodat mensen die van een uitkering moesten leven steeds verder achter raakten bij de werkende bevolking. Sinds eind jaren vijftig heeft men echter de uitkeringen van de sociale zekerheid gelijke tred laten houden, eerst met de ontwikkeling van het prijspeil, later ook met de ontwikkeling van het loonpeil, zodat ook uitkeringsgerechtigden konden delen in de toeneming van de welvaart. Net als het wettelijk minimumloon worden de sociale uitkeringen tweemaal per jaar herzien op basis van de ontwikkeling van de index van de zgn. 'regelingslonen'.[18] Dit principe van 'koppeling van uitkeringen aan lonen' is momenteel vastgelegd in de WKA.[19] Deze wet maakt echter ook afwijkingen mogelijk. Tussen 1980 en 1995 zijn afwijkingen van de automatische koppeling meer regel dan uitzondering geweest, waardoor minimumuitkeringen in de praktijk toch zijn achter gebleven bij de algemene welvaartsontwikkeling. Sinds 1996 is de koppeling steeds toegepast.

18 Dit is het loonpeil berekend op basis van de cao's.
19 Wet Koppeling van minimumloon en uitkeringen aan de loonontwikkeling met de mogelijkheid tot afwijking, Wet van 14 november 1991, *Stb.* 1991, 624.

12.7 Hoogte van het sociaal minimum

Waar in de vorige paragraaf werd gesteld dat de meeste uitkeringen van de Nederlandse wettelijke sociale zekerheid op het niveau van het sociale minimum liggen, betekent dit een niveau dat gekoppeld is aan de hoogte van het minimumloon (zie par. 4.13). Deze koppeling vindt niet plaats op bruto-, maar op netto-niveau (na aftrek van belastingen en premies).[20] Men noemt dit de *netto-netto-koppeling*.
Het sociaal minimum bedraagt echter niet voor iedereen 100% van het minimumloon. Hoeveel het wel bedraagt hangt vaak af van de leefsituatie. Men komt dikwijls de volgende schaal van netto-minimumuitkeringen in de sociale zekerheid tegen:

- 70% van het nettominimumloon voor een alleen levende volwassene (ca *f* 1400,– per maand);
- 90% voor een éénoudergezin (ca. *f* 1800,–);
- 100% voor een leefeenheid van twee volwassen (gehuwd of ongehuwd samenwonende) personen (ca. *f* 2.000,–), waarbij de uitkering soms 100% aan de kostwinner is, soms 50% aan elk van beide gezinsleden.

De koppeling aan het minimumloon brengt mee dat bij jongeren beneden de 23 jaar op de sociale-minimumuitkeringen de kortingspercentages toegepast worden die bij het minimumloon gelden voor jongeren (zie par. 4.13).

De uitkeringen op sociaal-minimumniveau worden sinds 1987 in de meeste gevallen per leefeenheid en niet meer per 'traditioneel gezin' berekend. Niet-gehuwde personen van verschillend of gelijk geslacht worden als gehuwde personen aangemerkt, wanneer zij met een ander een gezamenlijke huishouding voeren, tenzij het bloedverwanten in de eerste graad betreft.
Van een gezamenlijke huishouding is sprake indien twee personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben en zij blijk geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins. Echtgenoten die duurzaam gescheiden leven, worden als ongehuwd beschouwd. In de socialevoorzieningswetten wordt een gezamenlijke huishouding in elk geval aanwezig geacht als de betrokkenen met elkaar gehuwd zijn geweest of eerder als gehuwd zijn aangemerkt voor de desbetreffende regeling, uit hun relatie een kind is geboren of erkend, zij zich tot een bijdrage aan de huishouding hebben verplicht in een samenlevingscontract of als zij als gezamenlijke huishouding geregistreerd staan voor een regeling die naar aard en strekking met deze overeenkomt.[21]

20 Vgl. bijv. art. 9, lid 3 AOW; de uitkeringen in de werknemersverzekeringen kennen een bruto-koppeling met de loonontwikkeling.

21 Vgl. art. 1 AOW, TW en ZFW; art. 3 Abw, Anw, IOAW en IOAZ alsmede het Besluit aanwijzing registraties gezamenlijke huishouding 1998, Stb. 1997, 790.

12.8 Juridisering van de sociale zekerheid

Door de ontwikkeling in het denken over grondrechten (zie par. 1.7) is nu algemeen de gedachte aanvaard dat bestaanszekerheid en aanspraken op sociale zekerheid een sociaal grondrecht vormen (art. 20 Grw). Maar welk niveau het stelsel van sociale zekerheid moet hebben, is daarmee nog niet gezegd. En dat betekent dat het individu zich slechts zelden rechtstreeks op dit grondrecht kan beroepen om bijvoorbeeld een uitkering te krijgen.[22]

Toch is in het moderne stelsel van sociale zekerheid de positie van het individu juridisch heel wat sterker geworden dan aanvankelijk het geval was. Toen was het verlenen van een uitkering nog vaak een kwestie van een 'gunst'. In het moderne stelsel is dat een recht geworden. Wie voldoet aan de wettelijke voorwaarden heeft een, in rechte afdwingbare, aanspraak op een uitkering die qua duur en hoogte objectief is bepaald.[23] Wel wordt in sommige regelingen meer dan in andere rekening gehouden met andere inkomsten in dezelfde leefeenheid en eigen vermogen. Het meeste gebeurt dit bij de bijstand.[24]
Een en ander neemt niet weg dat er in het stelsel van sociale zekerheid nog wel elementen zitten waarin de *aanspraak* niet helemaal vastligt. De uitkeringsorganen zijn dan niet verplicht, maar *bevoegd* om een bepaalde uitkering of voorziening te verstrekken (zie bijv. par. 13.14). Maar ook in dat geval kan tegen willekeurig handelen in rechte worden opgekomen.

Juridisch is soms ook iets te doen tegen het aantasten van verworven rechten.[25] Bij veranderingen in de sociale zekerheid moet de wetgever erop letten dat gewekte verwachtingen in redelijke mate worden gehonoreerd: het rechtszekerheidsbeginsel. En als de wetgever dat niet of onvoldoende doet, dan heeft de rechter daarin soms een rol te vervullen, zij het dat deze rol kennelijk beperkt is.[26] Nader over de handhaving en rechtsbescherming in hoofdstuk 18 onder B.

12.9 Fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik

Doordat er in de sociale zekerheid zoveel miljarden omgaan, moet de

22 A.W. Heringa, *Sociale grondrechten*, Zwolle 1989; P. de Ruijter e.a. *Fundamentele rechten en sociale zekerheid*, Deventer 1992.

23 J.J.A. Kooijman, *Recht op periodieke uitkering in het sociaal zekerheidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1989.

24 W.L.G. Franssen e.a., *Inkomenstoets in de sociale zekerheid*, 's-Gravenhage 1987.

25 E.P. de Jong, 'Verworven rechten' in de sociale zekerheid, *Rechtskundig Weekblad* 1983-1984, p. 2438; dez., De betekenis van verkregen rechten in het sociale-zekerheidsstelsel, *SMA-bundel*, p. 467.

26 CRvB 10 augustus 1988, *RSV* 1989/94; HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet studiefinanciering); A.F.M. Brenninkmeijer, Over de taak van de rechter in het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht, *SR* 1988, p. 36; dez., De betekenis van rechtspraak voor het sociaal recht, *SR* 1989, p. 46.

wetgever wel bedacht zijn op de mogelijkheid van fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik.
Deze komen voor, zowel aan de kant van de premiebetalingsplichtigen als aan de kant van de uitkeringsontvangers.[27]
Onder uitkeringsfraude moet men verstaan: het ten onrechte of tot een te hoog bedrag ontvangen van een uitkering als gevolg van het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen dan wel het ten onrechte in het geheel niet verstrekken van inlichtingen aan een uitvoeringsorgaan van de sociale zekerheid. Ze kan zowel mondeling als schriftelijk worden gepleegd.
Van oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid is sprake, wanneer men, zonder strikt genomen wetsbepalingen te overtreden, gebruik maakt van de socialezekerheidswetten op een wijze die de wetgever niet bedoeld heeft. Denk aan de jarenlange praktijk om mensen 'in de Ziektewet te laten lopen', wanneer het op het werk niet boterde.

Het oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid heeft de wetgever de laatste jaren in toenemende mate aangepakt door de wettelijke regels te verstrakken, verantwoordelijkheden te verschuiven en de uitvoeringsorganisatie te hervormen.
Ook de uitkeringsfraude is aangepakt door een reeks van wetswijzigingen. Een van de belangrijkste daarvan was de Wet boeten van 1996, waarin de bepalingen omtrent het opleggen van boetes en maatregelen werden verruimd en verscherpt.[28]

12.10 Toekomst

De sociale zekerheid is geen rustig bezit; zal zij dat ooit worden? Men heeft jaren gewerkt aan de vervanging van de weduwen- en wezenverzekering door een algemene nabestaandenregeling (zie par. 15.8), aan een nieuw stelsel van ziektekostenverzekering (zie par. 16.1) en voortdurend worden wijzigingen aangebracht in de stelsels van werkloosheids- en arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Aangezien de maatschappelijke omstandigheden voortdurend veranderen, moet ook het stelsel regelmatig worden aangepast.[29] Tot de problemen waarmee de overheid zich de komende jaren zal moeten bezighouden behoren:
- meer prikkels om oudere werknemers aan het werk te houden
- verdere verbeteringen van de afstemming van arbeid en zorg[30]

27 Vgl. *Kamerstukken* 17 050; J. Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, Deventer 1989; thema Fraude en Misbruik, *Sociale Verzekeringswetten* (losbladig); zie A.T.J.M. Jacobs, Veranderend socialezekerheidsrecht, Lelystad, 1997, p. 73 e.v.

28 Wet van 25 april 1996, Stb. 248; vgl. G.C. Boot, De Wet boeten, Deventer, 1996; G. v. Dongen e.a., De Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid, Alphen a/d Rijn 1997, p. 510; M.J. Sluijs, SR 1995, p. 338; J.F. Bandringa e.a., SR 1995, p. 10; E.E.V. Lenos, SMA 1995, p. 146; C. Bollen, SR 1996, p. 264.

29 F.M. Noordam, Sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid, VvA-bundel, p. 291.

30 M. Driessen in Nemesis 1997, p. 50; R. Holtmaat in Nemesis 1997, p. 57.

- verdere samenwerking tussen de uitvoeringsorganisaties
- andere vormen van financiering dan die welke de prijs van de arbeid verhogen
- verdere marktwerking en concurrentie in de sfeer van de aanvullende pensioenvoorziening
- aanpassingen in de sfeer van de ziektekosten- en de zorgverzekering gelet op de oplopende kosten
- aanpassingen van het stelsel aan de eisen van het Europese recht.[31]

31 E. Steyger, Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid, SMA 1994, p. 8-19 en 71-78; F.J.L. Pennings, Internationale aspecten van de sociale zekerheid, VvA-bundel, p. 329.

13

Mensen krijgen hun gebreken

13.1 Inleiding

Ziekte of gebrek, ongeval en invaliditeit vormen de bestaansrisico's waartegen de mens zich vanouds het eerst heeft proberen in te dekken. In de liberale 19e eeuw waren werkgevers immers maar in geringe mate gehouden hun werknemers bij dergelijke tegenspoed het loon door te betalen. Soms organiseerden werknemersorganisaties hun eigen verzekeringen. Eind vorige eeuw begon de Staat de werkgevers en de werknemers te dwingen zich tegen dergelijke risico's te verzekeren krachtens een wettelijk stelsel van sociale verzekering. Na de Tweede Wereldoorlog werd de totale bevolking onder een wettelijk stelsel gebracht.
Omdat arbeidsongeschiktheid nogal uiteen kan lopen wat duur, oorzaak en verantwoordelijkheid betreft, was het van meet af aan niet vanzelfsprekend dat de verschillende typen in één wettelijke regeling gedekt zouden worden. Het ligt voor de hand om een kortstondige ziekte anders te benaderen dan een langdurige invaliditeit. In het eerste geval kan zonder bijzondere maatregelen worden afgewacht tot de betrokkene weer beter is. In het tweede geval moet er gedacht worden aan revalidatie en het zoeken van ander werk, dat de invalide nog wel kan verrichten. Bij een bedrijfsongeval zal gedacht kunnen worden aan aansprakelijkheid van de werkgever voor de financiële consequenties; bij iemand die van geboorte af aan invalide is, kan dat niet.
Vandaar dat er per land heel verschillende arbeidsongeschiktheidsregelingen tot stand zijn gekomen, waarbij het ene land de scheidslijnen hier en het andere land ze daar getrokken heeft.[1] In Nederland bestonden tot 1967 alleen voor werknemers voorzieningen in de sfeer van een Ongevallenwet, een Ziektewet en een Invaliditeitswet.
In dat jaar werden die wetten gereorganiseerd in een Ziektewet (ZW) voor kortdurende arbeidsongeschiktheid en een Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) voor langdurige arbeidsongeschiktheid, nog steeds beide voor werknemers. In 1976 kwam de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) tot stand ten behoeve van de hele bevolking.

1 Zie voor een vergelijking tussen de Nederlandse en Duitse stelsels, S. Klosse, *Menselijke schade: Vergoeden of herstellen?*, Antwerpen 1990.

Tussen 1992 en 1998 werden de regelingen opnieuw gereorganiseerd met name om meer eigen verantwoordelijkheid en marktwerking op dit terrein te brengen als 'wapen' tegen het hoog opgelopen arbeidsongeschiktheidsverzuim.
Momenteel bestaat het volgende systeem:

a. Voor de werknemers is de werkgever verplicht het eerste jaar van ziekte het loon (geheel of gedeeltelijk) door te betalen; alleen voor bepaalde groepen voorziet de Ziektewet (ZW) in een 'vangnet'uitkering. Veruit de meeste niet-werknemers, met name zelfstandigen, zijn niet wettelijk verzekerd tegen dit risico van loonverlies gedurende het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid.
b. Na één jaar arbeidsongeschiktheid zijn er drie soorten wettelijke regelingen:
   - voor de vroeggehandicapten: de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong), met uitkeringen op het niveau van het sociaal minimum;
   - voor zelfstandigen: de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening zelfstandigen (Waz), eveneens met uitkeringen op het niveau van het sociaal minimum;
   - voor werknemers: de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), die in vele gevallen voor een zekere tijd hogere uitkeringen biedt dan die van het sociaal minimum.

Naast deze publiekrechtelijke socialezekerheidswetten bestaan er vele privaatrechtelijke regelingen voor werknemers voor aanvullende doorbetaling van loon en schadeplichtigheid van de werkgever, als geregeld in het BW, alsmede afspraken in collectieve en individuele arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen.

Kenmerkend voor de meest recente reorganisaties van de arbeidsongeschiktheidsregelingen is, dat de wetgever vooral de werkgevers grotere verantwoordelijkheden heeft opgelegd voor het omlaag brengen van het arbeidsongeschiktheidsverzuim. Hij heeft dat gedaan via concrete wettelijke verplichtingen, zoals de plicht om een ziekteverzuimbeleid te voeren (art. 4a Arbowet), door organisatievoorschriften, zoals de opdracht om ten behoeve van de uitvoering van deze taken te zijn aangesloten bij een Arbo-dienst, maar het meest nog door het geven van financiële prikkels.

A *Kortdurende arbeidsongeschiktheid*

13.2 Loondoorbetaling door de werkgever

Sinds 1996 is de werkgever verplicht tijdens het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid loon te betalen aan de werknemer (art. 7:629 BW).[2] Voor

2 Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 134; Kamerstukken 24 439 ('Wulbz'); W.J.P.M. Fase, *Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte*, Deventer, 1996; I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer, 1997; W.J.P.M. Fase, *SMA* 1995, p. 348; M.M. Olbers, *SR* 1996, p. 85; J.C.J. Dule e.a., *SR* 1996, p. 336; C.F. Sparrius, *SMA* 1996, p. 552;

het bepalen van de periode van 52 weken worden de perioden waarover ziekengeld is uitgekeerd, samengeteld, indien zij elkaar met een onderbreking van minder dan vier weken opvolgen (art. 7:629, lid 9 BW).
De verplichting van de werkgever betreft de betaling van 70% van het loon. Hierbij gelden twee correcties:
- de werknemer dient minstens het voor hem geldende minimumloon te ontvangen;
- de werkgever behoeft geen loon te betalen over het gedeelte waarin het loon uitstijgt boven het zgn. maximumdagloon (ca *f* 70.000,– per jaar, art. 9, lid 1 CSV).

In de praktijk voorziet dikwijls de cao en soms ook de iao in de verplichting van de werkgever om meer loon door te betalen, vaak zelfs 100% van het loon.
De werkgever is verder gehouden de wettelijk verplichte vakantiebijslag (zie par. 4.13) ook over ziektedagen te verstrekken.

De wetgever is ervan uitgegaan dat werkgevers deze loondoorbetalingsverplichting bij particuliere verzekeraars kunnen dekken. De meesten doen dat ook; sommigen geven er de voorkeur aan zelf voorzieningen tegen dit risico te treffen.

Om ook werknemers te prikkelen zich minder snel ziek te melden heeft de wetgever twee mogelijkheden geschapen. Schriftelijk kan worden overeengekomen:
- om twee 'wachtdagen' in te stellen, zodat de werknemer pas vanaf de derde dag van ziekte recht krijgt op doorbetaling van loon (art. 7:629, lid 8, BW);
- om ziektedagen af te schrijven van het tegoed aan vakantiedagen van de werknemer, zolang dit tegoed niet daalt beneden het wettelijk minimum (art. 7:637 BW).

Van deze mogelijkheden wordt tot dusverre nog pas bescheiden gebruik gemaakt.

Voor huishoudelijk personeel in particuliere dienst dat op minder dan drie dagen per week werkt, geldt de loondoorbetalingsverplichting slechts gedurende zes weken (art. 629, lid 2). Dit personeel heeft geen aanspraak op ziekengeld (art. 6, lid 1c ZW).

13.3 Vangnetregeling Ziektewet

Sinds 1996 is de Ziektewet nog slechts een 'rompwet', die puur een 'vangnetvoorziening' is voor categorieën werknemers wier ziekteverzuim

J.H.P.M. Willems e.a., *SMA* 1996, 624; W.J.P.M. Fase, in V.G.H.J. Kirkels (red.), *Arbeidsongeschiktheid en onze verantwoordelijkheid*, Amsterdam, 1997, p. 13.

de wetgever niet rechtstreeks ten laste van een werkgever kón brengen of niet wílde brengen uit vrees voor negatieve consequenties.

Bij de eerste groep denke men aan situaties waarin de werknemer geen werkgever heeft of daarover twijfel bestaat[3] (zie ook par. 17.8). Dat betreft categorieën van werkenden die al vanouds onder de Ziektewet vielen, zoals kleine aannemers en hun personeel, provisiereizigers (art. 4 ZW) en diverse groepen thuiswerkers, musici en anderen die tegen beloning persoonlijke arbeid verrichten (art. 5 ZW en Rariteiten-KB).
Voorts uitzendkrachten[4] en werknemers op bepaalde-tijd-contracten, die ziek zijn op het moment dat het dienstverband eindigt (of die binnen vier weken daarna ziek worden).
Tenslotte werklozen (personen met een WW-uitkering) tijdens ziekte-perioden waarin zij niet voor arbeid beschikbaar kunnen zijn.

Wat de tweede groep betreft gaat het om werknemers die arbeidsongeschikt zijn wegens zwangerschap of bevalling, om werknemers met een recent ziekteverleden en om orgaandonoren (artt. 29, 2e lid, 29a en 29b ZW, zie nader par. 13.7).
Voor al die groepen geldt dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de wettelijke verplichting op werkgevers om loon bij ziekte door te betalen de werkgevers zou kunnen verleiden om juist deze groepen werknemers niet in dienst te nemen of te houden.

De hoogte van het ziekengeld bedraagt als regel 70% van het genoten loon (art. 29, lid 6 ZW). Bij zwangerschap en bevalling bedraagt het ziekengeld 100% en ook in enkele andere gevallen (zoals bij recent ziekteverleden en orgaandonatie) is een vergoeding van 100% voorgeschreven.
Als ondergrens geldt weer het sociaal minimum en als bovengrens het maximum-dagloon.

13.4 De procedures rondom de ziekmelding

Voortbouwend op het idee dat gedurende het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid de werkgever dit risico moet dragen, heeft de wetgever ervan afgezien om de procedures rondom de ziekmelding en de beoordeling daarvan precies voor te schrijven. Hij heeft zich beperkt tot het aangeven van enkele kaders waarbinnen deze procedures dienen plaats te vinden.

In die situatie zullen de werkgevers zelf moeten bepalen waar, wanneer en hoe hun werknemers zich moeten ziekmelden.
De wetgever heeft alleen bepaald dat werkgevers bevoegd zijn tot het schriftelijk geven van 'redelijke voorschriften omtrent het verstrekken

3 J.J.A. Kooijman, *SMA* 1997, p. 330.
4 I.P. Asscher-Vonk, *SMA* 1996, p. 590.

van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen' (art. 7:629, lid 5 BW). Daarbij kan zeker ook worden gedacht aan het voorschrift dat de werknemer bereikbaar moet zijn, moet meewerken aan medische controle, enz. maar vermoedelijk niet aan een verplichting om de aard van de ziekte nauwkeurig aan de werkgever mee te delen.[5]

De werkgever zal ook zelf de medische controle moeten organiseren. Meestal zal hij dit doen via de Arbo-dienst waarbij hij is aangesloten (zie par. 5.15). De werkgever zal zelf in zijn contract met de Arbodienst moeten vastleggen hoe snel en hoe vaak controle van het ziekteverzuim plaatsvindt.
De artsen van de Arbo-dienst zijn tegenover de werkgever aan hun beroepsgeheim gebonden en hoeven slechts mee te delen of de werknemer wél of niet arbeidsongeschikt is te achten en of een van de wettelijke weigeringsgronden voor loondoorbetaling bestaat.[6]

Op basis van die mededeling beslist de werkgever zelf of hij de werknemer het loon wil doorbetalen.
De werkgever die meent het loon geheel of gedeeltelijk te mogen inhouden, moet de werknemer daarvan binnen een redelijke termijn in kennis stellen (art. 7:629, lid 4 BW).
De betaling van loon mag uiteraard worden geweigerd of beëindigd wanneer de werknemer niet ziek moet worden geacht (zie daarover punt 13.5) of na het herstel van de werknemer. Hetzelfde geldt wanneer de werknemer zijn genezing belemmert of vertraagt. Bovendien mag de werkgever betaling van loon weigeren als de ziekte door opzet van de werknemer is veroorzaakt[7] of het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt.[8] Voorts mag de werkgever loonbetaling weigeren wanneer de werknemer het doen van ander passend werk weigert (zie daarover verder punt 13.6) (art. 7:629, leden 1 en 3 BW). Tenslotte mag de werkgever de loondoorbetaling staken na 52 weken van ziekte en bij overlijden (zie par. 4.9).

De werknemer die het oneens is met de beslissing van de werkgever om de loondoorbetaling te stoppen, zal – als puntje bij paaltje komt – naar de rechter moeten stappen om doorbetaling van loon te verkrijgen. Het procesrisico dat hij daarbij loopt, wordt verlicht door de bepaling dat hij alleen bij 'kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht' in de kosten van de werkgever kan worden veroordeeld (art. 629a, leden 1 en 6, BW).

5 A.F. Rommelse, *Ziekteverzuim en privacy*, Rijswijk, 1995; J. Riphagen, Ziekteverzuim, controle en privacy, in C.J. Loonstra e.a., *Arbeidsrecht en Mensbeeld*, 1946-1996, Deventer, 1996.

6 J.K.M. Gevers, De Bedrijfsarts en de uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim, *SMA* 1996, p. 683; T.A. Karssen, in *SMA* 1996, p. 696.

7 B. Hoogendijk, *SR* 1996, p. 227.

8 Dit laatste echter alleen indien daardoor de toetsing aan voor de functie gestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd.

Voordat de werknemer bij de kantonrechter ontvangen kan worden zal hij echter eerst nog het oordeel moeten vragen van een arts die is benoemd door de uitvoeringsinstantie waarbij de werkgever is aangesloten. Die laatste verplichting geldt alleen maar niet, wanneer het geschil tussen werkgever en werknemer niet draait om de verhindering zelve of wanneer de overlegging van de verklaring van de uvi-arts niet in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd.
De uvi-arts moet zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten volbrengen en kan daartoe inlichtingen inwinnen bij de artsen die de werknemer plegen te behandelen. Deze laatste moeten daaraan meewerken, voorzover dit de persoonlijke levenssfeer van de werknemer niet onevenredig schaadt.

Deze gehele procedureregeling[9] werkt kennelijk tot dusverre zeer conflictverhullend. Nader onderzoek door uvi-artsen wordt nog weinig ingeroepen en er wordt nog nauwelijks bij rechters geprocedeerd over niet-doorbetaling van loon bij ziekte.
Vandaar dat er nog geen enkele gezaghebbende rechterlijke uitleg bestaat van de belangrijkste sleutelbegrippen die in bovengeschetste procedure aan de orde kwamen.

Wanneer het gaat om uitkering volgens de Ziektewet, vindt de beoordeling van de ziekte primair plaats door de arts van de uvi. Zijn advies zal doorgaans worden opgevolgd door de uvi.
De ZW-uitkering wordt gestaakt na maximaal 52 weken, maar ook op de eerste dag van de maand waarin de werknemer 65 wordt (art. 29, lid 4 ZW) en bij overlijden. De nagelaten betrekkingen hebben dan echter recht op een kortdurende overlijdensuitkering (artt. 35 en 36 ZW). De meest voorkomende reden van beëindiging van een Ziektewetuitkering is uiteraard het feit dat betrokkene hersteld is.
Weigeringsgrond voor de ZW-uitkering is ook het reeds aanwezig zijn van ziekte bij de aanvang van de verzekering, onder het motto 'een brandend huis kun je niet verzekeren'.[10] Daarmee wordt beoogd misbruik tegen te gaan en een beperkte risicoselectie mogelijk te maken.
Daarnaast moet weigering of intrekking van de uitkering plaatsvinden ingeval de verzekerde de ziekte opzettelijk heeft veroorzaakt, de genezing belemmert of de controlevoorschriften niet naleeft. Natuurlijk hoeft hij zich niet elke medische behandeling die hem wordt voorgehouden te laten welgevallen, zeker als er maar een minieme kans op succes is.[11]

Ingeval over de ZW-uitkering verschil van mening bestaat tussen de verzekerde en de uvi kan de eerste in beroep gaan bij de rechtbank (zie hoofdstuk 18), waar onder meer gelet zal worden op de betrachte zorgvuldigheid in de beoordeling.[12]

9 C. Bosse, Bewijslast bij ziekte, *SMA* 1997, p. 221.
10 De Federatie van Bedrijfsverenigingen heeft hiervoor vastgesteld Richtlijnen nr. C 803 van 31 januari 1990 voor de toepassing van de weigeringsbevoegdheid van art. 44, lid 1 onder a ZW en art. 30, lid 1 WAO.
11 CRvB 26 juni 1957, *Doc. Org. SV* 1957, 241; A.F. Rommelse, *SMA* 1997, p. 27.

13.5 Welke 'ziekte' is gedekt?

Een van de sleutelbegrippen voor de toepassing van zowel de BW-regeling als de Ziektewet, is het begrip 'ziekte'. Dat begrip 'ziekte' wordt nergens in de wet nader gedefinieerd; alleen wordt er gezegd dat het moet gaan om arbeidsongeschiktheid 'als rechtstreeks en objectief vast te stellen gevolg van ziekte' (art. 19 ZW).
Dat is in lijn met de rechtspraak van de CRvB, die sinds jaar en dag oordeelde dat er sprake is van 'ziekte', wanneer iemand op medische gronden naar objectieve maatstaven gemeten de in aanmerking komende arbeid niet kan of niet mag verrichten.[13] Ook bij buiten de westerse medische diagnostiek vallende ziektebeelden wordt groot belang gehecht aan de objectieve vaststelbaarheid van de ziekteverschijnselen.[14]
Er blijft echter het probleem van de talrijke ziekten die niet zo gemakkelijk objectiveerbaar zijn en die weinig anders toelaten dan een erg casuïstische benadering. Men denke aan hardnekkige, maar moeilijk identificeerbare pijnklachten[15] en aan ziekteverschijnselen die teruggaan op de 'persoonlijkheidsstructuur' of 'geestelijke geaardheid' van de verzekerde.[16]

Men kan niet zonder meer van ziekte spreken op de enkele grond dat het werk te zwaar is,[17] terwijl het in feite komt door reeds aanwezige lichamelijke gesteldheid dat men de arbeid niet aankan.[18]

Hoewel in beginsel het feit dat de sfeer in het bedrijf tot psychosomatische klachten leidt, niet als ziekte of gebrek wordt aangemerkt,[19] wordt dit in de praktijk lang niet altijd werkelijk gevolgd. Het komt meer dan eens voor dat werknemers 'met ziekteverlof' gaan (of worden gestuurd!), louter omdat de spanningen in de werksituatie te hoog zijn opgelopen. Men spreekt dan wel van 'situatieve arbeidsongeschiktheid': de werknemer is alleen ziek voor het werk op de arbeidsplaats zelf, maar niet voor werk elders.[20] In de rechtspraak is een onheuse houding van de werkgever wel erkend als aanleiding tot ziekte.[21] Ook kan ziekte worden aange-

12 CRvB 21 oktober 1981, *RSV* 1982/126; J. Riphagen, *SMA* 1981, p. 142.
13 CRvB 23 februari 1973, *RSV* 1973/229; CRvB 24 januari 1974, *RSV* 1974/365.
14 CRvB 16 november 1988, *RSV* 1989/124.
15 CRvB 21 december 1979, *RSV* 1980/104; F. Hoogendijk/E. Houweling/M. Schuurman, Pijnklachten, een kwestie van bewijs, *SR* 1990, p. 313.
16 Aanvankelijk werden karakterologische elementen niet opgevat als ziekte of gebrek, vgl. CRvB 8 februari 1974, *RSV* 1974/366; CRvB 4 oktober 1978, *RSV* 1979/11, maar later is de CRvB ten deze wat ruimer geworden, vgl. CRvB 8 oktober 1980, *RSV* 1981/44; CRvB 3 januari 1989, *RSV* 1989/179.
17 CRvB 22 april 1969, *RSV* 1969/115; CRvB 16 juli 1971, *RSV* 1971/273; CRvB 7 maart 1984, *RSV* 1984/232; CRvB 8 oktober 1986, *RSV* 1987/142.
18 CRvB 2 mei 1984, *RSV* 1984/204.
19 CRvB 4 oktober 1978, *RSV* 1979/11.
20 E.W. de Groot, Situatieve arbeidsongeschiktheid en het recht op doorbetaling van loon; je wordt er niet goed van!, *SR* 1995, p. 5.
21 CRvB 22 februari 1974, *RSV* 1974/257.

nomen, als deze te voorkomen was geweest door een andere arbeidskeuze waarmee té belastende factoren waren weggenomen.[22]
Ook als doorwerken tot schade voor de gezondheid zou leiden kan van ziekte sprake zijn. Daarnaast kan iemand als ziek worden beschouwd bij verhindering tot werken wegens de noodzaak een (para)medische behandeling van enige duur te ondergaan.[23] Soms worden gezinsomstandigheden ook erkend als oorzaken van ziekten of gebreken.[24]

13.6 Van 'zijn arbeid' naar 'ander passend werk'

Een ander sleutelbegrip in de regelingen voor kortdurende arbeidsongeschiktheid ligt vervat in de formule van het BW, dat betrokkene ongeschikt moet zijn voor het verrichten van de *bedongen* arbeid (art. 7:629). De Ziektewet spreekt van ongeschiktheid voor het verrichten van *zijn* arbeid (art. 19), maar vermoedelijk is hier toch wel hetzelfde mee bedoeld.
Uit de rechtspraak over de ZW-formule (over de BW-formule bestaat nog geen jurisprudentie) blijkt dat het bij de vraag wat ongeschiktheid voor het verrichten van *zijn* arbeid[25] is, gaat het om de arbeid die de werknemer laatstelijk voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid verrichtte, hoe kort dat 'laatstelijk' ook was. Slechts bij uitzondering geldt een andere maatstaf.[26] Van belang is daarbij ook of de plaats waar de arbeid normaliter wordt verricht, gezien de gezondheidstoestand van de werknemer, bereikbaar is.

Evenwel heeft de werkgever het recht de werknemer, die hij ook tijdens zijn ziekte moet begeleiden, andere 'passende arbeid' te laten verrichten. Met toestemming van de uvi mag dat zelfs arbeid bij een derde zijn. Weigert de werknemer zulks 'zonder deugdelijke grond' hoewel hij er wel toe in staat is, dan mag de werkgever de loonbetaling navenant stopzetten (art. 7:629, lid 3 onder c BW).
Ook de uvi kan van degene die een ZW-uitkering ontvangt verlangen dat deze probeert ander 'passend werk' te krijgen en zo mogelijk te aanvaarden. In dit geval is de sanctie dat het loon dat hiermee te verdienen zou zijn wordt gekort op het ziekengeld (art. 30 ZW).[27]

22 CRvB 8 februari 1974, *RSV* 1974/366.
23 CRvB 3 oktober 1979, *RSV* 1980/31.
24 CRvB 23 februari 1973, *RSV* 1973/228.
25 Vgl. L.G. Verwer, *Rechtspraak inzake arbeidsongeschiktheid in de zin van de Ziektewet*, Deventer 1981 en A.C.M. Rutten, Helpt de CRvB de afroepkracht?, *SMA* 1989, p. 384.
26 CRvB 17 oktober 1958, *RSV* 1958/139; CRvB 10 april 1959, *RSV* 1959/114; CRvB 8 januari 1963, *RSV* 1963/16; CRvB 27 oktober 1964, *RSV* 1964/184; CRvB 2 november 1973, *RSV* 1974/133; CRvB 9 november 1988, *RSV* 1989/118; werkzaamheden die weliswaar formeel tot een bepaalde functie behoren, maar slechts sporadisch werden verricht, blijven buiten beschouwing, vgl. CRvB 9 februari 1977, *RSV* 1977/164; CRvB 14 februari 1979, *RSV* 1979/103.
27 F.R. Boelhouwer e.a., *SMA* 1995, p. 22.

13.7 Zwangerschaps- en bevallingsuitkering

Hoewel het moeder worden op zichzelf een gezonde zaak is, heeft de Nederlandse wetgever er om uitvoeringstechnische reden voor gekozen om de regeling van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering op te nemen in de Ziektewet.[28] Bovendien komt deze periode niet ten laste van de werkgever, omdat de kosten hiervan een reden zouden kunnen vormen om vrouwen minder snel in dienst te nemen. De uvi betaalt de uitkering.
De zwangere werkneemster heeft recht op een zwangerschaps- en bevallingsverlof van ten minste 16 weken. Dit verlof kan zes weken voor de vermoedelijke bevallingsdatum ingaan, eventueel afhankelijk van de wens van de werkneemster ook later, doch in ieder geval niet later dan vier weken voor genoemde datum.[29] De zwangerschaps- en bevallingsuitkering bedraagt 100% van het loon (art. 29a, lid 1 ZW).
Wordt de werkneemster al eerder dan zes weken voor de vermoedelijke datum van bevalling arbeidsongeschikt als gevolg van de zwangerschap, dan kan zij dit ziekengeld (100% van het loon) ook krijgen. Als zij na beëindiging van het bevallingsverlof nog steeds arbeidsongeschikt is als gevolg van de bevalling of de zwangerschap, dan wordt de bevallingsuitkering (100% van het loon) verlengd, tot een maximum van een jaar (art. 29a, leden 3 en 7 ZW).

B Langdurige arbeidsongeschiktheid

13.8 Ander begrip arbeidsongeschiktheid

Na 52 weken ziekte kan de werknemer een aanvraag indienen voor een WAO-uitkering. De zelfstandige komt na deze wachtperiode in aanmerking voor een Waz-uitkering, de jonggehandicapte voor een Wajong-uitkering. Voor al deze uitkeringen geldt een eigen begrip 'arbeidsongeschiktheid', dat een nuance afwijkt van die voor kortdurende arbeidsongeschiktheid.

De WAO, Waz en Wajong eisen dat de betrokkene '(...) als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebreken (...) niet in staat is om met arbeid te verdienen hetgeen gezonde personen, met soortgelijke opleiding en ervaring (...) met arbeid gewoonlijk verdienen'.[30]

Er moet dus een rechtstreekse relatie zijn tussen de aandoening en de uitval uit het arbeidsproces. De subjectieve beleving van een betrokkene

28 Mies Monster, *Bescherming van het moederschap*, Nijmegen 1995.
29 Wet van 20 februari 1990, *Stb.* 1990, 98. Hierover M. Monster, Over het wetsvoorstel verlenging en flexibilisering van het zwangerschaps- en bevallingsverlof, *Nemesis* 1989, p. 189-191. Zie ook par. 5.4 voor de corresponderende regeling van de Arbeidstijdenwet.
30 Art. 18, lid 1 WAO; art. 2, lid 1 Waz en art. 2, lid 1 Wajong; vgl. B. Reijnders/L de Vroom, *SMA* 1993, p. 325.

doet niet ter zake. Ook bij de WAO leidt deze opvatting veelvuldig tot ongenoegen, zoals blijkt uit het probleem rond ME-patiënten.[31]

Ging het in de ZW nog om een puur medische beoordeling, in de WAO, Waz en Wajong wordt deze medische beoordeling aangevuld met een beoordeling door een arbeidskundige.[32] Deze beziet of de betrokkene nog in staat is tot het verrichten van algemeen geaccepteerde arbeid, waartoe hij met zijn krachten en bekwaamheden in staat is. Door vergelijking met wat hij daarmee zou kunnen verdienen, wordt de mate van arbeidsongeschiktheid van de betrokkene geschat en op grond daarvan wordt de uitkering bepaald.

13.9 Vaststelling mate arbeidsongeschiktheid

De uvi neemt een beslissing op een verzoek om een arbeidsongeschiktheidsuitkering, nadat betrokkene gekeurd is. Eerst is het de beurt aan de verzekeringsgeneeskundige om na te gaan of er sprake is van ziekte of gebrek en welke gevolgen dit heeft voor het kunnen functioneren van betrokkene in het arbeidsbestel. Hij stelt een 'beperkingenpatroon' op. Komt hij tot de conclusie dat betrokkene wellicht nog gedeeltelijk kan functioneren, dan wordt een arbeidskundige ingeschakeld. Deze moet vaststellen welke werkzaamheden de betrokkene, gelet op zijn beperkingen, nog kan verrichten[33] en welk inkomen daarmee kan worden verdiend, de 'restverdiencapaciteit'.[34] Het moet daarbij gaan om 'alle algemeen geaccepteerde arbeid' waartoe de verzekerde 'met zijn krachten en bekwaamheden' in staat is.[35] Bij de schatting wordt niet vastgehouden aan wat iemand eerder gedaan heeft. Centraal staat wat iemand nog kan doen. Dat zijn rekbare begrippen die door de rechter van geval tot geval nader worden geïnterpreteerd wanneer betrokkene in beroep komt tegen de beslissing van de uvi.[36]

Daarna wordt het voor betrokkene hoogst haalbare niveau van inkomen uit deze algemeen geaccepteerd geachte arbeid vergeleken met het inkomen dat een met de betrokkene vergelijkbare, gezonde persoon – men spreekt van de zgn. maatman of maatvrouw – ter plaatse of in de omgeving gewoonlijk verdient.[37]

31 J. Visser, Recht doen aan ME-ers, *Rechtshulp* 1996, nr. 5, p. 7; J. Riphagen, De CRvB en de 'verborgen' ziekte; de ME-problematiek, *AA* 1997, p. 884.

32 Vgl. het afstraffen van de puur medische beoordeling ook in CRvB 7 mei 1982, *RSV* 1983/4.

33 Hierbij wordt gebruik gemaakt van een zgn. functie-informatiesysteem (FIS), een verzameling van in ons land voorkomende functies.

34 Vgl. S. Knepper, Het onderzoek naar beperkingen van vaardigheden in relatie tot ziekten of gebreken, *SR* 1989, p. 75.

35 Art. 18, lid 5 WAO; art. 2, lid 4 Waz; art. 2, lid 5 Wajong; vgl. B. Reijnders/L. de Vroom, *SMA* 1993, p. 331.

36 R. Knegt e.a., De 'onredelijke' uitkomsten van de praktijk van de nieuwe arbeidsongeschiktheidsschatting, *SMA* 1995, p. 363.

37 Meestal is dat ook simpelweg het loon dat betrokkene zelf laatstelijk verdiende.

De berekening verloopt volgens de volgende formule: de restverdiencapaciteit (R) wordt afgetrokken van het maatmaninkomen (M); de uitkomst wordt gedeeld door het maatmaninkomen (M). Deze breuk wordt omgezet in een percentage dat de mate van arbeidsongeschiktheid aangeeft.

Voorbeeld: iemand verdient eerst *f* 40.000 en wordt geacht nu nog *f* 31.000 te kunnen verdienen.

$$\frac{\text{M (40.000)} - \text{R (31.000)}}{\text{M (40.000)}} \times 100\% = 22{,}5\%$$

Als sluitstuk vindt dan indeling plaats in één van de door de wet genoemde arbeidsongeschiktheidsklassen met het bijbehorende uitkeringspercentage (in het voorbeeld 14%, zie par. 13.10).

Er zijn nogal wat beroepszaken over de schatting door de uvi's van het loon dat betrokkenen hadden kunnen verdienen. Moet daar niet ook de genoten overwerkvergoeding in worden meegenomen[38] of de betaalde pensioenpremie?[39] Moet met financiële toekomstverwachtingen rekening worden gehouden?[40] Zo zijn er nog andere vragen. Voor de uitkomst van de breuk en daarmee voor de hoogte van de WAO-uitkering kan dat veel uitmaken.

Om de zaken niet al te ingewikkeld te maken, gaat men er in de praktijk voor het gemak meestal van uit dat 'ieder zijn eigen maatman is'; er wordt dus voor het bepalen van het maatmaninkomen gekeken naar de verdiencapaciteit van betrokkene alsof hij normaal had kunnen werken. Dit is ook wel begrijpelijk, gezien het feit dat het aanwijzen van een fictieve maatman erg speculatief is. Daarbij komt dat het zeer moeilijk is te bepalen in hoeverre wijzigingen in het inkomen van de maatman moeten worden verdisconteerd in de uitkering.[41]
De uvi gaat in de praktijk alleen op zoek naar een fictieve maatman, wanneer de betrokkene vóór zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was in functies waarin zeer goed (of juist – gelet op toekomstige mogelijkheden – zeer slecht) verdiend werd, maar waarvan het onwaarschijnlijk is dat betrokkene die functie met bijbehorende verdiensten ook nog jaren later had kunnen volhouden – zoals bij piloten, nachtclubdanseressen, student/-vakantiewerkers, profvoetballers, een loodgieter-opzichter in de tropen, enz.[42]
Evenmin eenvoudig is de arbeidsongeschiktheidsschatting bij deeltijd-

38 CRvB 10 september 1979, *RSV* 1980/26.
39 CRvB 7 september 1981, *RSV* 1982/47.
40 Vgl. CRvB 3 augustus 1984, *RSV* 1985/27.
41 Vgl. CRvB 18 februari 1988, *RSV* 1988/247.
42 CRvB 24 december 1975, *RSV* 1976/171; CRvB 29 oktober 1975, *RSV* 1976/105; CRvB 19 januari 1977, *RSV* 1977/108; CRvB 18 december 1978, *RSV* 1979/72; CRvB 3 mei 1978, *RSV* 1978/280.

werkenden. Wanneer kan van hen een uitbreiding of een wijziging van de werktijden worden verlangd?[43]
Ook zijn bijzondere regels van toepassing voor gevallen waarin reeds bij het begin van de verzekering sprake was van een verminderde verdiencapaciteit (art. 18, lid 2 WAO; art. 2, lid 2 Waz; art. 2, lid 2 Wajong).

13.10 Voorwaarden, hoogte en duur WAO-uitkering

Voor een WAO-uitkering komt slechts in aanmerking de werknemer wiens arbeidsongeschiktheid ten minste 52 weken heeft geduurd (art. 19 WAO).
De WAO-uitkering bedroeg vroeger 70% van het dagloon van de betrokkene (bij 80-100% arbeidsongeschiktheid) en kon in principe tot 65 jaar worden genoten. Dit blijft nog zo voor degenen die al voor 1993 uitkeringsgerechtigd waren.[44]
Voor wie na 1993 arbeidsongeschikt is geworden, kent de WAO twee types uitkeringen:
- de loondervingsuitkering, en
- de vervolguitkering.

Loondervingsuitkering
Deze bedraagt in principe 70% van het dagloon[45] tot aan een bepaald maximumdagloon (dat op ca. *f* 78.000 per jaar uitkomt). Zou de hoogte van de WAO-uitkering voor de laagstbetaalden onder het sociale minimum liggen, dan kan eventueel de Toeslagenwet een aanvulling bieden tot het voor de betrokkene geldende sociaal minimum (zie par. 14.18).
De loondervingsuitkering (zie art. 21a WAO) duurt:
- voor 33 tot 38-jarigen een half jaar;
- voor 38 tot 43-jarigen een jaar;
- voor 43 tot 48-jarigen anderhalf jaar;
- voor 48 tot 53-jarigen twee jaar;
- voor 53 tot 58-jarigen drie jaar;
- voor 58-jarigen en ouderen zes jaar.

Vervolguitkering
Deze bedraagt ook 70%, maar dan niet van het dagloon, maar van het 'vervolgdagloon' (zie art. 21b WAO). Dit is gelijk aan het minimumloon, verhoogd met een percentage van het verschil tussen het dagloon en het minimumloon (als het dagloon lager is dan het minimumloon wordt uitgegaan van het dagloon). Dit percentage is gesteld op 2 per jaar vanaf de 15-jarige leeftijd.
Dus: hoe hoger de leeftijd waarop men arbeidsongeschikt wordt, hoe

43 CRvB 11 oktober 1982, *RSV* 1983/25; CRvB 2 februari 1989, *RSV* 1989/219; vgl. K. Wentholt, *Arbeid en zorg*, Amsterdam 1990, p. 200-203; CRvB 17 november 1992, *RSV* 1993/38.
44 Wet van 7 juli 1993, *Stb.* 412; *Kamerstukken* 22 824.
45 Zie voor het begrip dagloon par. 17.7.

hoger de vervolguitkering. Deze vervolguitkering kan worden genoten tot de 65-jarige leeftijd.

Degene die een WAO-uitkering ontvangt, heeft recht op een jaarlijkse vakantiebijslag van 8% van zijn uitkering (art. 59a en b WAO).

Het komt in de praktijk veelvuldig voor dat op basis van de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst de werkgever de WAO-uitkering (enige tijd) aanvult.[46] Veel van die regelingen bevatten correcties van de uitkeringsverlaging, die de wetgever in 1993 doorvoerde (regelingen ter 'opvulling van het WAO-gat') en die dus in feite betekenen dat arbeidsongeschikten wel degelijk tot hun 65ste jaar een inflatievaste uitkering van 70% of meer van hun laatstgenoten beloning kunnen ontvangen.
Sinds 1998 bestaat de mogelijkheid dat de werkgever voor wat de eerste vijf WAO-jaren betreft zelfs helemaal 'uit de WAO' stapt en zelf (of via een private verzekering) de WAO-uitkeringen verstrekt (zie par. 18.1).

Overigens speelt voor de uiteindelijke hoogte van de WAO-uitkering – anders dan in de ZW – niet alleen de leeftijd en het vroegere inkomen een rol, maar ook het arbeidsongeschiktheidspercentage. De hoogte van de WAO-uitkering is namelijk afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid (zie par. 13.9). De WAO (art. 21) kent zeven arbeidsongeschiktheidsklassen met bijbehorende uitkeringspercentages.

Percentage arbeids-ongeschiktheid	*Percentage uitkering 100/108*[47] *van het dagloon of het vervolgdagloon*
15-25	14
25-35	21
35-45	28
45-55	35
55-65	42
65-80	50,75
80-100	70

Het uitkeringspercentage kan worden opgetrokken tot 100%, indien de arbeidsongeschikte verkeert in een situatie van hulpbehoevendheid, die geregeld oppassing en verzorging nodig maakt.[48] Dit geldt niet als betrokkene voor rekening van de ziektekostenverzekering opgenomen is in een inrichting (art. 22 WAO).

46 Vgl. SZW/LTD, *Bovenwettelijke uitkeringen na de stelselwijziging sociale zekerheid*, 's-Gravenhage 1989.

47 100/108 om van de uitkering 8% vakantiebijslag te reserveren, die dan eens per jaar, in mei, wordt uitbetaald.

48 Vgl. CRvB 12 april 1990, *RSV* 1990/305; CRvB 19 april 1990, *RSV* 1990/307.

Wie minder dan 80-100% arbeidsongeschikt wordt verklaard, maar voor die restcapaciteit geen werk vindt, zal een beroep kunnen doen op de WW en later eventueel op IOAW (zie hoofdstuk 14).

13.11 Voorwaarden, hoogte en duur uitkeringen Waz en Wajong

Voor een uitkering krachtens de *Waz* komen in aanmerking zelfstandigen, beroepsbeoefenaren en meewerkende echtgenoten, wier arbeidsongeschiktheid ten minste 52 weken heeft geduurd (artt 3-7 Waz).

De hoogte van de Waz-uitkering is afhankelijk van twee factoren: de arbeidsongeschiktheidsklasse en de grondslag.

Net als in de WAO is de Waz-uitkering in de eerste plaats afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. De Waz (art. 9) kent dezelfde arbeidsongeschiktheidsklassen met bijbehorende uitkeringspercentages als de WAO, alleen de laagste klasse van 15-25% (zie par. 13.10) ontbreekt in de Waz.
In de tweede plaats is de hoogte van de Waz-uitkering afhankelijk van 'de grondslag' (art. 8 Waz).
Dit is een techniek waarmee wetgever tot uitdrukking wil brengen dat hij enerzijds de Waz-uitkering heeft willen vaststellen op het niveau van het sociale minimum voor alleenstaanden (70% van het minimumloon) – zulks dus in tegenstelling tot de WAO-uitkeringen die (mede) aan het loon zijn gerelateerd.
Aan de andere kant heeft de wetgever niet iedere zelfstandige een Waz-uitkering willen toekennen, maar alleen compensatie willen bieden voor effectief verlies aan arbeidsinkomsten.
Via de vrij gecompliceerde methodiek van de 'grondslag' wordt dit gestalte gegeven (zie art. 8).
Zo echter door de toepassing van deze techniek de Waz-uitkering beneden het voor betrokkene geldende sociale minimum mocht liggen, kan via de Toeslagenwet (zie par. 14.18) een aanvulling tot het voor betrokkene geldende sociale minimum worden gegeven.

Voor een uitkering krachtens de *Wajong* komen in aanmerking 'ingezetenen' die op de dag waarop ze 17 jaar werden arbeidsongeschikt waren, alsmede zij die na die dag arbeidsongeschikt werden en toen tenminste 6 maanden student waren en wier arbeidsongeschiktheid ten minste 52 weken heeft geduurd (artt. 5-6 Wajong).

De Wajong-uitkering is zonder verdere complicaties gebaseerd op het voor betrokkene geldende minimumloon, met daarop toegepast de arbeidsongeschiktheidsklassen en bijbehorende uitkeringspercentages, zoals genoemd bij de Waz (art. 8 Wajong).

13.12 Herbeoordeling, weigering, intrekking en einde uitkering WAO/Waz/Wajong

Het doorlopen van de uitkering WAO, Waz en Wajong is geen automatisme. Telkens na vijf jaar moet de uitkeringsgerechtigde een nieuwe aanvraag indienen en zal hij/zij opnieuw beoordeeld worden.[49] Bij de herbeoordelingen worden niet alleen de medische aspecten, maar ook de nieuwe mogelijkheden van scholing en de arbeidsmarkt in ogenschouw genomen.
De eerste herbeoordeling van een WAO-er gebeurt al na één jaar WAO-uitkering, zijnde het moment waarop ook de ontslagbescherming eindigt.

Behalve bij het bereiken van deze vijf-jarengrens eindigen de uitkeringen van WAO, Waz en Wajong ook bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en wanneer de arbeidsongeschiktheid is geëindigd of gedaald beneden de laagste grens.[50]

Zoals bij de ZW (zie par. 14.4) moeten ook de uitkeringen WAO, Waz en Wajong tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk geweigerd worden in geval van onvoldoende medewerking van de betrokkene.[51] Nalatigheid in het verstrekken van de nodige inlichtingen wordt met boetes bestraft.[52]

De werkgever die zonder deugdelijke grond nalaat zijn gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer ander passend werk te geven, is aan de bedrijfsvereniging het bedrag verschuldigd, dat de werknemer aan loon had kunnen verdienen (art. 46 WAO).[53]

Ook kan de WAO-uitkering geweigerd worden, indien de betrokkene bij de aanvang van de verzekering al geheel arbeidsongeschikt was of de arbeidsongeschiktheid zich binnen een half jaar na het aanvangstijdstip openbaarde en dit, gelet op de gezondheidstoestand, ook kennelijk te verwachten was (art. 30 WAO).
Maar deze weigeringsgronden worden door de rechter niet licht aanvaard. De omstandigheden van het geval moeten 'voldoende en ondubbelzinnige indicaties' opleveren voor beëindiging en bij een arbeidsverleden van enige betekenis ligt dat zeker niet voor de hand.[54]

13.13 Herziening uitkering WAO/Waz/Wajong

Voor herziening van de uitkering WAO, Waz en Wajong is aanleiding wanneer de mate van arbeidsongeschiktheid is toe- of afgenomen.

49 Artt. 34 en 36, lid 2 WAO; art. 35 Waz; art. 28 Wajong.
50 Vgl. artt. 43, lid 1 en 49, lid 1 WAO; art. 19, lid 1 Waz; art. 17, lid 1 Wajong.
51 Vgl. artt. 25-29 WAO; artt. 45-47 Waz; artt. 37-39 Wajong.
52 Vgl. artt. 29a-29g WAO; art. 48-54 Waz; artt. 40-46 Wajong.
53 Daarnaast kan zo'n werkgever ook 'besprongen' worden door de betrokken werknemer met een civiele vordering tot tewerkstelling in een andere functie, vgl. par. 6.7).
54 CRvB 11 november 1988, *RSV* 1989/120.

Bij toename van de arbeidsongeschiktheid wordt een zekere wachttijd in aanmerking genomen om te voorkomen dat elke kortstondige schommeling (bijv. wegens een ziekte) meteen doorwerkt in de uitkering.
Die wachttijd bedraagt vier weken bij personen die meer dan 45% arbeidsongeschikt waren en 52 weken bij degenen die minder dan 45% arbeidsongeschikt waren.[55] Bij toeneming van de arbeidsongeschiktheid kunnen werknemers over die wachtperiode aanvullend ziekengeld krijgen (art. 32 ZW).
De wet schrijft voor dat ook bij afname van de arbeidsongeschiktheid de uitkering herzien kan worden.[56]

Als de gedeeltelijk arbeidsongeschikte arbeid vindt waarmee hij evenveel of minder verdient dan het inkomen dat hij blijkens de geschatte restverdiencapaciteit kon verdienen, heeft dit geen effect op zijn arbeidsongeschiktheidspercentage en op zijn WAO-uitkering – wel kan een eventueel aanvullend genoten WW- of IOAW-uitkering naar beneden gaan.
Als de gedeeltelijk arbeidsongeschikte arbeid vindt, waarbij hij méér verdient dan het inkomen dat hij blijkens de geschatte restverdiencapaciteit kon verdienen, houdt de betrokkene maximaal drie jaar het hem eertijds toebedachte arbeidsongeschiktheidspercentage, zolang niet vaststaat of de gevonden arbeid past bij zijn krachten en bekwaamheden. Nadien zal echter de nieuwe arbeid tot uitgangspunt worden genomen van een nieuwe schatting.

Vooral een neerwaartse herziening ('afschatting') is erg impopulair bij betrokkenen. Het is namelijk geenszins gezegd dat voor die beweerdelijk hogere arbeidsgeschiktheid ook effectief arbeid te krijgen is. Zeker op een ruime arbeidsmarkt nemen werkgevers niet gauw gedeeltelijk gehandicapte werkzoekenden aan. Dan resteert de WW, de IOAW of de bijstand. De gevolgen van 'afschatting' zijn dus behoorlijk ingrijpend. Vandaar dat de wetgever nauwkeurige regels heeft uitgevaardigd om dit proces ordelijk te laten verlopen, het zgn. 'Schattingsbesluit WAO, Waz en Wajong'.[57] Bovendien worden bepaalde groepen ouderen herkeurd op basis van de oudere, minder strenge eisen[58] en zijn de inkomensgevolgen van 'afschatting' voor bepaalde groepen ouderen verzacht.[59]

De wet heeft WSW-arbeid aangewezen als 'niet algemeen geaccepteerde

55 Vgl. artt. 37 en 38 WAO; artt. 13 en 14 Waz; artt. 12 en 13 Wajong.
56 Vgl. art. 42, lid 3 WAO; art. 38, lid 3 Waz; art. 31, lid 3 Wajong.
57 KB van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 801; P.J. Jansen, Het Schattingsbesluit WAO en maatmaninkomen, *Rechtshulp* 1997, nr. 6/7, p. 2.
58 Wet van 19 december 1996, *Stb.* 665. Voor personen die in 1986 WAO-gerechtigd waren en ouder dan 35 jaar wordt bij het 'afschatten' nog rekening gehouden met de effectieve kans dat iemand nog werk vindt op de arbeidsmarkt. Dit is het reeds genoemde 'verdisconteren' van de werkloosheid in het arbeidsongeschiktheidspercentage (art. 52, lid 1 Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid, *Stb.* 1987, 94). Vgl. H. van Leeuwen, Arbeidsongeschikt of werkloos?, *SMA* 1984, p. 425; J.G.F.M. van Kessel, Stelselherziening en arbeidsongeschiktheid, *SR* 1986, p. 285.
59 Wet van 7 februari 1996, *Stb.* 93: de Tijdelijke wet beperking inkomensgevolgen arbeidsongeschiktheidscriteria, de Wet Bia.

arbeid'. De arbeidsongeschikte die dat werk aanneemt, wordt niet opnieuw geschat; wél worden de inkomsten uit de WSW met de uitkering verrekend (art. 44, lid 3 WAO). Deze regeling kan bij a.m.v.b. worden uitgebreid tot andere categorieën (bijv. deeltijd-gemeenteraadslidmaatschap).[60]

13.14 Reïntegratie

Vanouds bestaan er voorzieningen die de reïntegratie van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte moeten bevorderen.[61] Deze voorzieningen zijn recentelijk nog weer eens gereorganiseerd in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (Wet Rea).[62] Dit met het oog op de vrees dat de vergroting van de verantwoordelijkheid van de werkgevers voor de terugdringing van het arbeidsongeschiktheidsverzuim zou kunnen leiden tot 'risicoselectie'.[63]

Op basis van deze wet kan de werkgever een subsidie krijgen in de kosten die hij moet maken om een gedeeltelijk arbeidsongeschikte diens 'eigen arbeid' te laten behouden (art. 15 Wet Rea) of een 'herplaatsingsbudget' bekomen om die werknemer aan ander werk te helpen (art. 16 Wet Rea). Voor de werkgever die een gedeeltelijk arbeidsongeschikte in dienst neemt is een 'plaatsingsbudget' voorzien (art. 17 Wet Rea). Als de kosten van reïntegratie hoger zijn dan het (her)plaatsingsbudget kan de werkgever ook kiezen voor onkostenvergoeding op basis van een begroting: een pakket-op-maat (art. 18 Wet Rea).
Ook kan de werkgever toestemming krijgen om aan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte minder dan het normale loon te betalen (art. 7 Wet Rea). Om de arbeidsgehandicapten te motiveren dat soort werk te aanvaarden zijn voor hen 'reïntegratie-uitkeringen (artt. 22-27 Wet Rea) en loon- en inkomenssuppleties voorzien (artt. 28-33 Wet Rea).

Met het aanvragen van de voorzieningen op grond van de Wet Rea hoeft niet te worden gewacht tot het eerste jaar van ziekte is verstreken. Ook kan tijdens deze periode al in overleg met de uvi een reïntegratieplan worden opgesteld.

Alleenstaanden van 55 tot 65 jaar die meer dan 30 uur per week werken en niet meer verdienen dan 1 1/3 van het minimumloon, kunnen bij dreigende langdurige arbeidsongeschiktheid een financiële tegemoetkoming krijgen om korter te gaan werken of om huishoudelijke hulp van te betalen.[64]

60 Besluit van 22 februari 1994, *Stcr.* 1994, 38.
61 Vgl. F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, Deventer 1987.
62 S. Klosse, Heeft de Wet Rea bestaansrecht, *SMA* 1998, p. 71.
63 C.F. Sparrius, Risicoselectie van werknemers op basis van gezondheid of (potentieel) ziekteverzuim, *SMA* 1997, p. 226.
64 KB 29 januari 1989, *Stb.* 1989, 475.

De arbeidsongeschikte werknemer kan ook nog vergoedingen krijgen tot verbetering van zijn levensomstandigheden, zoals een bijdrage in de dieetkosten, een aangepaste auto, enz. op grond van de Wet Voorzieningen Gehandicapten (zie par. 16.16).

13.15 Regres

Indien de werkgever loon moet betalen als gevolg van ziekte van de werknemer, die door een derde is veroorzaakt, is het onder omstandigheden mogelijk de kosten hiervan te verhalen op deze derde, indien deze naar burgerlijk recht aansprakelijk is (art. 6:107a BW).[65] Ook de uvi heeft een dergelijke mogelijkheid (art. 52a ZW; art. 90 WAO).[66]
Is de aansprakelijke de werkgever van de verzekerde, dan kan het regres door de uvi alleen plaatsvinden als de arbeidsongeschiktheid is ontstaan als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid. Vanwege deze zware eis wordt het regresrecht tegenover de werkgever weinig uitgeoefend. Het regresrecht moet in het algemeen binnen vijf jaar worden uitgeoefend (artt. 3:306-312 BW).
Voor het regresrecht bestaat een groeiende belangstelling, in verband met de trend om de kosten voor arbeidsongeschiktheid vooral bij de werkgever te leggen. De neiging is om het verhaalsrecht uit te breiden, bijvoorbeeld ook tot de volksverzekeringen (Anw en AWBZ).[67]

65 *Stb.* 1995, 691; T. Hartlief/G.E. van Maanen, Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetaling na letseltoebrenging door een derde, *SR* 1996, p. 125; B. Hoogendijk, Arbeidsongeschiktheid en het verhaalsrecht van de werkgever, *SR* 1994, p. 8.

66 HR 2 juni 1989, *NJ* 1990, 726; T. Hartlief/G.E. van Maanen, Bedrijfsvereniging, verhaal en NBW, *SMA* 1991, p. 292; E.P. de Jong, *SMA*, 1991, p. 555.

67 Vgl. A.G.J.M. Mulder-Rietstra, Het verhaalsrecht in de sociale verzekeringen, *SMA* 1993, p. 715; SER, *Advies regresrechten in de sociale verzekeringen*, nr. 93/14, 's-Gravenhage 1993; A.R. Bloembergen, Het Ser-rapport over regresrechten: een fout verhaal, *NJB* 1994, p. 117.

14

Wie niet werkt zal toch moeten eten

14.1 Inleiding

Op geen enkele arbeidsmarkt lukt het om alle mensen die tot werken in staat zijn voortdurend arbeid te verschaffen. Een zekere werkloosheid is praktisch onvermijdelijk, al was het alleen maar omdat bij wisseling van banen en met het vervullen van vacatures steeds enige tijd is gemoeid. Daarnaast wordt werkloosheid veroorzaakt door de economische conjunctuur.
Over de omvang van de werkloosheid zijn nimmer exacte gegevens te verkrijgen. Statistieken wijken van elkaar af naar gelang de gehanteerde telmethodes. Sommigen tellen alleen degenen die snel beschikbaar zijn voor enigerlei baan en komen, medio 1998, op een getal rond de 400.000. Anderen tellen iedereen tussen 15 en 65 jaar op die geen baan heeft en nog wel kan werken, en komen dan tot over het miljoen!

Sinds de Tweede Wereldoorlog behoort het tot de grondslagen van onze verzorgingsstaat, dat mensen die buiten hun schuld geen werk kunnen krijgen toch in elk geval aan een inkomen worden geholpen, waarvan zij (ten minste minimaal) kunnen rondkomen.
In Nederland wordt een dergelijke garantie verschaft door verschillende wetten, te weten:

a. de Werkloosheidswet (WW),

b. de Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) en de Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ), en

c. de Algemene Bijstandswet (ABW) en de Wet inkomensvoorziening kunstenaars (Wik).

Lange tijd zijn werklozen voor hun inkomensvoorziening puur op de bijstand aangewezen geweest. En een groot gedeelte van de werklozen is dat tot op de dag van vandaag nog steeds.
Een eerste volwaardig uitgewerkte verplichte sociale verzekering tegen werkloosheid kreeg Nederland pas in 1949. In 1964 volgde een aanvullende wet, de Wet Werkloosheidsvoorziening. In 1986 werden beide wetten vervangen door een nieuwe Werkloosheidswet[1], die sedertdien nog ettelijke keren herzien is.[2]
Eveneens in 1986 werden de IOAW en de IOAZ in het leven geroepen. In 1998 volgde de Wik.
Waarom zoveel verschillende wetten voor dat ene risico, het werkloosheidsrisico?

Dat de wetgever geen algemene en uniforme regeling voor een inkomensvoorziening bij werkloosheid willen scheppen[3], is vermoedelijk terug te voeren op de angst die de wetgever heeft, dat zo'n regeling teveel misbruik met zich kan brengen en bij de bevolking de lust kan ontnemen om zich in te spannen om werk aan te pakken.

Ook heeft de wetgever gemeend dat er goede redenen zijn om een onderscheid te maken tussen werknemers en zelfstandigen, tussen langdurig werklozen en kortdurende werkloosheid, tussen jonge arriveerders op de arbeidsmarkt en tussen degenen die lang hebben gewerkt.
Tenslotte heeft de wetgever gemeend dat werklozen, naarmate ze langer gewerkt hebben, meer bescherming moeten genieten tegen een terugval in welstand bij werkloosheid.

Om al die redenen is er een fijnmazig systeem van uitkeringsrechten bij werkloosheid geschapen, dat een weerspiegeling vormt van voorgenoemde behoefte aan onderscheidingen.

Kernelement daarvan is het feit dat er voor werklozen – globaal gesproken – vier types uitkeringen beschikbaar zijn. Aflopend in mate van 'luxe' zijn dat:

a. een uitkering die gerelateerd is aan het laatstgenoten loon en grotendeels onafhankelijk is van gezinsomvang, inkomen en vermogen van aanvrager plus partner;

b. een uitkering op minimumniveau, die niet afhankelijk is van gezinsomvang, inkomen en vermogen;

1 L. Andringa e.a., *De werkloosheidsuitkering na de stelselherziening*, Deventer 1987; F.M. Noordam, *De Werkloosheidswet*, Deventer 1988; R.A.F. de Guasco e.a., *Werkloosheidswet*, Lelystad 1990.

2 Zie o.a. *Stb.* 1993, 744, *Stb.* 1994, 955 en *Stb.* 1996, 248; zie A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend Socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 111-119.

3 T. van Peijpe, Ongelijke behandeling van werklozen, SMA 1991, p. 498.

c. een uitkering op minimumniveau, afhankelijk van gezinsomvang en inkomen van aanvrager en partner, maar niet van het vermogen;

d. een uitkering op minimumniveau, afhankelijk van gezinsomvang, inkomen en vermogen van aanvrager plus partner.

Die vier in 'luxe' verschillende uitkeringen heeft de wetgever dan vervolgens beschikbaar gesteld volgens de vuistregels:
- voor werknemers de categorieën a, b, c en d;
- voor zelfstandigen slechts de categorieën c en d.

Voor werknemers de verdere vuistregels:
- hoe langer het 'arbeidsverleden' hoe langer de duur van de meest luxe uitkering;
- voor personen met een voldoende lang arbeidsverleden een stapsgewijze terugval naar minder 'luxe' categorieën van uitkeringen.

Het wordt nu tijd dat we de zeer globale begrippen van meer of minder 'luxe' en korter of langer arbeidsverleden c.q. werkloosheid en uitkeringsduur in juridisch preciezere termen gaan uitwerken.

14.2 De hoogte van de diverse werkloosheidsuitkeringen

De meest royale werkloosheidsuitkering, die we hiervoor als de A-uitkering aanmerkten, is de *loongerelateerde uitkering* in het kader van de Werkloosheidswet (artt. 42-47 WW).
Dit is een uitkering waarvan de hoogte verband houdt met het eerder genoten loon: ze bedraagt 70% van het dagloon[4] tot een bepaald maximumum, dat op ca. f. 70.000 jaarsalaris ligt.
Zo'n uitkering wordt vaak (en soms op basis van de cao) nog aangevuld door de werkgever tot 80 à 90% van het brutoverdiende loon.

Dat laatste is nog eens extra van belang voor de hoogstbetaalde werknemers, want als zij geen aanvulling krijgen zullen zij met de WW-uitkering er in welvaartsniveau behoorlijk op achteruitgaan, vanwege die maximumdagloongrens.

Achteruitgang of niet, de ontvangers van een loongerelateerde uitkering zullen hoe dan ook veelal nog wel boven de grens van het sociale minimum blijven.
Maar werknemers op of net boven het minimumniveau alsmede beterbetaalde maar slechts part-time werkende werknemers zouden met een uitkering van 70% van hun loon nog kunnen duiken onder het sociale minimum. Ze zouden dan een beroep kunnen doen op een aanvullende

4 Vgl. ook art. 34 Invoeringswet stelselherziening en het Besluit dagloonregels invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid, *Stcrt.* 1987, 130; 1994, 14; zie voorts par. 17.7.

bijstandsuitkering en die ook krijgen, wanneer ze aan de criteria van de ABW voldoen. Om dat te voorkomen krijgen de betrokkenen in voorkomende gevallen een toeslag krachtens de Toeslagenwet (zie par. 14.17).

De loongerelateerde uitkering van de Werkloosheidswet krijgt men voor een bepaalde duur, die verband houdt met de lengte van het arbeidsverleden[5]: bij 4 jaar arbeidsverleden bedraagt ze 6 maanden, bij 5 jaar arbeidsverleden 9 maanden, bij 10 jaar arbeidsverleden: 1 jaar en dan bij elke 5 verdere jaren arbeidsverleden een half jaar langer. De maximale duur is 5 jaar, in het geval van een 40-jarig arbeidsverleden (art. 42 WW).

Vervolgens biedt de Werkloosheidswet twee *uitkeringen op minimumniveau*. Deze uitkeringen liggen dan op het niveau van 70% van het minimumloon, zo nodig proportioneel berekend bij part-time werk/gedeeltelijke werkloosheid.
Voor wie het inkomen aldus zou dalen beneden de criteria van de bijstandswet, is er dan weer de mogelijkheid van een toeslag volgens de Toeslagenwet (zie par. 14.17).

Die uitkering wordt verstrekt:

a. aan werklozen die wel enige tijd, maar niet lang genoeg op de arbeidsmarkt hebben vertoefd (zie daarover hieronder punt (par. 14.3) (de zgn. *kortdurende uitkering*, zie artt. 52a-52i WW) en wel gedurende maximaal een half jaar;

b. aan werklozen die na afloop van de voor hen geldende maximale duur van de loongerelateerde uitkering nog altijd werkloos zijn (de zgn. *vervolguitkering*, zie artt. 48-52 WW) en wel gedurende maximaal 2 jaar. Wie bij de aanvang van de werkloosheid minstens 57,5 jaar is, kan de vervolguitkering gedurende 3,5 jaar bekomen.

De twee minst luxe types werkloosheidsuitkeringen, die wij hiervoor met C en D aanduidden, liggen geheel op bijstandsniveau. Dat wil zeggen: per persoon op netto 50% van het minimumloon, met mogelijke verhogingen. Zie hierna par. 14.15 en hoofdstuk 16.

14.3 Het begrip arbeidsverleden

Uit het bovenstaande bleek dat de meest 'luxe' werkloosheidsuitkering, de 70% loongerelateerde uitkering, alleen maar beschikbaar is voor personen die een voldoende lang arbeidsverleden hebben.[6] Ze moeten in de laatste 5 jaar voorafgaande aan de werkloosheid in tenminste 4 kalender-

5 Th.J.J. Doodeman, *SMA* 1995, p. 215; W.J.P.M. Fase, *SMA* 1995, p. 546.
6 Guus Heerma van Voss, 'De rol van het arbeidsverleden in het herziene stelsel van sociale zekerheid', *Staatkundig Jaarboek 1986*, Nijmegen 1985, p. 33.

jaren over minstens 52 dagen loon hebben ontvangen (de zgn. 'vier-uit-vijf-eis', zie art. 17, onder b WW).[7]

Hoewel de lengte van het arbeidsverleden in loondienst in theorie exact vastgesteld moet kunnen worden aan de hand van de gegevens van de uitvoeringsinstanties en eventueel de werknemer zelf, zou het aantonen van een langdurig arbeidsverleden in de praktijk op moeilijkheden kunnen stuiten. Daarom wordt alleen over de laatste 5 jaar vóór de werkloosheid echt op de realiteit gelet (het reëel arbeidsverleden). In de eerdere jaren terug tot aan de 18e verjaardag wordt de werkloze dan geacht in loondienst gewerkt te hebben (het fictief arbeidsverleden) en dat wordt dan opgeteld bij het reële arbeidsverleden.[8]

Voor het geval dat het arbeidsverleden wordt onderbroken doordat ouders voor onbepaalde tijd hun baan opgeven om zich aan de opvoeding van jonge kinderen te wijden, heeft de wetgever bepaald dat periodes, besteed aan de verzorging van jonge kinderen voor de berekening van het arbeidsverleden, meetellen alsof er in loondienst was gewerkt.[9] Dit zgn. verzorgingsforfait komt echter slechts aan één van beide ouders toe (art. 17b, jo. 42 lid 4 WW).

14.4 De referte-eis

Om in aanmerking te komen voor een loongerelateerde uitkering moet bovendien nog worden voldaan aan een tweede voorwaarde: de zogeheten *referte-eis*. Die vergt dat de werknemer in de 39 weken[10] die onmiddellijk aan de werkloosheid voorafgingen, in ten minste 26 weken als werknemer arbeid heeft verricht (art. 17a WW). De formulering 'in 26 weken' houdt in dat er geen minimumomvang is van het aantal uren dat gewerkt moet zijn voordat men aan de eis voldoet. Zou men dus bijvoorbeeld in de

7 Ook periodes van werken in dienstbetrekking in andere landen tellen mee. De werknemer moet dit echter wel zelf aantonen. Personen die een arbeidsongeschiktheidsuitkering van tenminste 70% ontvangen onmiddellijk bij het ontstaan van de werkloosheid, voldoen aan de eis van het arbeidsverleden.

8 Een voorbeeld om dit te verduidelijken: iemand die is geboren op 1 januari 1964 begint pas op zijn dertigste te werken als werknemer, op 1 januari 1994. Hij werkt vervolgens zonder onderbreking tot 1 januari 1998 en wordt dan werkloos. Hij voldoet op dat moment aan de referte-eis: in 26 weken gewerkt in de laatste 39 weken. Ook voldoet hij aan de 'vier-uit-vijf-eis'. Vervolgens wordt gekeken naar het reële gedeelte dat gewerkt is: 4 jaar. Dan wordt gekeken naar de periode tussen zijn achttiende verjaardag (1 januari 1982) en 5 jaar vóór de eerste werkloosheidsdag (1 januari 1993), een periode van 11 jaar. Het totale arbeidsverleden is dus 15 jaar. Betrokkene heeft recht op een loongerelateerde uitkering van 1 1/2 jaar en een vervolguitkering van 2 jaar.

9 Periodes waarin kinderen tot zes jaar verzorgd zijn, tellen volledig mee; periodes waarin kinderen tussen zes en twaalf jaar verzorgd zijn, tellen voor de helft mee; bovendien moet die verzorgingsperiode ook gelegen zijn in die vijf-jarenperiode en telt alleen de periode mee waarin niet beide partners tegelijkertijd gewerkt hebben.

10 Weken van arbeidsongeschiktheid of tijdelijk werken anders dan in loondienst worden niet meegerekend voor de vaststelling van die 39 weken (zie art. 17a WW); W.J.P.M. Fase, *SMA* 1995, p. 546.

bedoelde 26 weken maar één dag per week hebben gewerkt, dan is toch aan deze eis voldaan.

Wie niet in aanmerking komt voor de loongerelateerde uitkering, omdat er niet aan de vier-in-vijf-eis wordt voldaan, doch wel aan de referte-eis voldoet, kan aanspraak maken op de kortdurende uitkering.
Wie noch aan de vier-in-vijf-eis noch aan de referte-eis voldoet, heeft in het geheel geen recht op een WW-uitkering.

14.5 Wie is werkloos?

Wettelijke definities lopen niet altijd gelijk op met begrippen in het spraakgebruik. Werkloos is in het spraakgebruik degene die helemaal geen werk heeft.
De WW biedt echter ook uitkering aan mensen die slechts een deel van hun arbeid verloren hebben en voor een ander deel nog aan het werk zijn. Aan de andere kant wil de WW geen uitkering bieden aan degenen die – al zijn ze werkloos – nog aanspraak op loon hebben. En evenmin aan degenen die niet bereid of in staat zijn om weer aan de slag te gaan.
Vandaar dat de WW (art. 16, lid 1) werkloosheid definieert in termen van:
1. verlies van arbeidsuren,
2. verlies van loon over die uren, en
3. bereidheid van de werknemer om arbeid te aanvaarden.

Een *eerste* voorwaarde is dus dat er een arbeidsurenverlies[11] is, al moet dat arbeidsurenverlies wel een minimale omvang hebben (5 uur of – als dat lager uitkomt – 50% van het aantal arbeidsuren, vgl. art. 16, lid 1 WW).
Werkt iemand maar één dag van 8 uur per week dan is dus het verlies van 4 arbeidsuren voldoende om voor WW-uitkering in aanmerking te komen.
Uiteraard zal men bij gedeeltelijke werkloosheid ook maar een gedeeltelijke WW-uitkering krijgen. Stel dat een werknemer doorgaans bijvoorbeeld 32 uur werkte en daarvan nu 20 uur werkloos wordt, dan heeft hij recht op een 20/32e WW-uitkering.[12]
Vindt een werkloze weer voor een bepaald aantal uren arbeid, dan verandert op dezelfde wijze de uitkering. In het voorbeeld van hierboven: als de werknemer weer voor 9 uur meer werk krijgt, dan krijgt hij nog maar 11/32e WW-uitkering.[13]

11 Vgl. A.F. Rommelse, Het arbeidsurenverlies in de Werkloosheidswet, *SMA* 1993, p. 19; F.J.L. Pennings, Flexibilisering en het werkloosheidsrecht, in F.J.L. Pennings (red), *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer, 1996, p. 139.

12 Men spreekt wel van de 'werkloosheidsfactor'; zie art. 47, lid 2 en art. 51, lid 2 WW. Voor de bepaling van de noemer van deze werkloosheidsfactor wordt gekeken naar het aantal uren dat de aanvrager gemiddeld het laatste half jaar voorafgaand aan het intreden van de werkloosheid heeft gewerkt (art. 16, lid 2 WW).

13 Niet elke geringe af- of toeneming van het aantal uren arbeidsverlies leidt tot herzie-

Tenslotte moet het gaan om het verlies van uren werkzaamheid uit hoofde van arbeid verricht als werknemer in de zin van de WW (zie par. 14.16). Dus er is geen recht op WW als zelfstandige arbeid of onbetaalde stagearbeid is weggevallen.[14]

De *tweede* voorwaarde is dat er loonverlies is over de verloren uren. De WW biedt geen uitkering zolang de werknemer nog aanspraak kan maken op loon[15] van zijn werkgever over de verloren uren (art. 16, lid 1a WW).
Zo'n aanspraak zal er bijvoorbeeld (kunnen) zijn tijdens de opzegtermijn, als betrokkene nog recht heeft op vakantiedagen, tijdens een periode van bedrijfsslapte (zie par. 4.10) of gedurende schorsing van de werknemer (zie par. 7.3).[16]
Vergoedingen die een werknemer krijgt in verband met het beëindigen van de dienstbetrekking worden voor de vaststelling van het recht op WW-uitkering doorgaans buiten beschouwing gelaten, afgezien van de betaling die in feite dient voor de opzegtermijn die de werkgever in acht had moeten nemen (art. 16, lid 3 WW).[17]

De *derde* voorwaarde is die van beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt (art. 16, lid 2 WW).[18] Wie zich niet meer beschikbaar stelt voor betaalde arbeid, bijvoorbeeld om een trektocht door de Himalaya te gaan maken, heeft geen recht op WW-uitkering.
Of iemand niet beschikbaar is, wordt bepaald op basis van objectieve factoren.[19] Dus als iemand zichzelf nog ziek acht, terwijl de arts hem gezond verklaart, wordt hij toch in principe beschikbaar geacht.
Aan de andere kant mogen uitvoeringsorganen ook niet te snel concluderen dat iemand zich niet beschikbaar stelt. Men mag wat dat betreft niet uitgaan van een willekeurige uitlating van betrokkene. Niet-beschikbaarheid mag alleen worden aangenomen wanneer ondubbelzinnig vaststaat dat de betrokkene door houding en gedrag duidelijk en eenduidig te kennen heeft gegeven, althans heeft doen blijken, zich niet meer voor arbeid beschikbaar te (willen) stellen.[20] Zo werd de stelling dat iemand

ning van de uitkering. Het aantal uren moet om administratieve redenen wel een minimum omvang hebben. Neemt het werk toe met minder dan vijf en minder dan de helft van de verloren arbeidsuren dan wordt de uitkering niet formeel verlaagd, maar beperkt men zich ertoe om het loon over deze extra arbeidsuren voor 70% in mindering te brengen op de uitkering (art. 35 WW); vgl. voor de rechtspraak *SMA* 1992, p. 376-378.

14 Vgl. rechtspraakoverzicht in *SMA* 1992, p. 380-381.
15 Men moet daarbij o.a. denken aan de invloed van artt. 7:628 en 7:629b BW en artt. 6 en 8 BBA (zie par. 4.9 en 4.10).
16 Voorbeelden van rechtspraak hierover, CRvB 10 november 1953, *AB* 1954, 100; CRvB 9 augustus 1983, *RSV* 1984/180.
17 W.J.P.M. Fase, *SMA* 1996, p. 336; dez. *SMA* 1997, p. 449; T.S. Pieters, Art. 16 WW; Flexibiliteit en zekerheid, *SR* 1997, p. 359; voor de vroegere situatie E.W. de Groot, Schadevergoeding bij einde van de dienstbetrekking en het recht op een WW-uitkering, in *De Leede-bundel*, p. 115.
18 Vgl. J.J.A. Kooijman, Het beschikbaarheidsbegrip in de WW, *SMA* 1991, p. 425.
19 Voor jurisprudentie, zie *SMA* 1992, p. 378-380.
20 CRvB 24 april 1990, *RSV* 1990/224.

niet beschikbaar was voor de arbeidsmarkt verworpen in het geval van een vrouw die haar baan had opgezegd om zich aan de opvoeding van haar kinderen te wijden, maar die nog wel thuiswerk wilde verrichten.[21] Eerst bij een volledig[22] ontbreken van beschikbaarheid kan de conclusie getrokken worden dat betrokkene niet werkloos is. Bij beperkte beschikbaarstelling is die conclusie niet gewettigd. Wél wordt in dit geval de hoogte van de uitkering proportioneel verlaagd[23] en zal als regel bovendien een sanctie worden opgelegd (zie par. 14.13).

Om voor een WW-uitkering in aanmerking te komen, moet men een aanvraag indienen (art. 22 WW) en wel binnen een week na het ontstaan van de werkloosheid (art. 26 WW). Wie daarmee talmt, wordt doorgaans een sanctie opgelegd (art. 27 WW), waardoor hij ook een stuk verspilt van de periode waarover hij WW-uitkering had kunnen krijgen.[24]
Het recht op WW-uitkering verjaart – bijzondere gevallen daargelaten – ten aanzien van periodes die meer dan een half jaar voor de indiening van de aanvraag om WW lagen (art. 23 WW).

14.6 Het eindigen van de WW-uitkering

WW-uitkeringen worden per definitie verstrekt vanuit de hoop dat zij op een gegeven moment niet meer nodig zullen zijn, omdat de betrokkene weer werk heeft gevonden.
In verband met het feit dat de WW ook uitkeringen mogelijk maakt voor mensen die gedeeltelijk werkloos zijn, wordt dit juridisch als volgt geformuleerd: de WW-uitkering eindigt van rechtswege, zodra het aantal arbeidsuren voor de werkloze zodanig is toegenomen dat het verlies van arbeidsuren is teruggelopen tot minder dan 5 uur of tot minder dan de helft van het oorspronkelijke aantal arbeidsuren (indien dit laatste alternatief kleiner is).[25]
Heeft een werkloze weer werk gevonden maar is hij nog meer dan 5 uur of méér dan de helft van het aantal verloren arbeidsuren werkloos, eindigt zijn recht op WW-uitkering niet volledig, maar slechts gedeeltelijk (art. 20, lid 3, WW; zie par. 14.5).
Datzelfde gebeurt als de werkloze zich voor minder uren beschikbaar stelt dan hij oorspronkelijk werkte. Stelt hij zich niet langer voor minstens 5 uur of de helft van zijn arbeidsuren (indien kleiner) voor loondienst beschikbaar, dan vindt volledige beëindiging plaats (art. 20, lid 3 WW).

21 CRvB 24 april 1990, *RSV* 1990/224; *PS* 1990, 484; vgl. M. Beckers en M. Verspagen, Een weg vol hindernissen, *Nemesis* 1991, nr. 5, p. 32-37.
22 In de zin, dat men in zijn beschikbaarstelling blijft beneden de grenzen, genoemd in art. 20 WW, te weten: minder dan 5 uur of – indien dit alternatief kleiner is – minder dan de helft van zijn arbeidsuren, zie ook par. 14.9.
23 RvB 's-Hertogenbosch 30 april 1992, *PS* 1992, 351.
24 CRvB 6 augustus 1991, *RSV* 1992/6.
25 CRvB 23 oktober 1990, *RSV* 1991/102.

De wet (artt. 19 en 20 WW) noemt nog andere omstandigheden waaronder het recht op WW-uitkering van rechtswege eindigt, te weten:
- wanneer de betrokkene de status van werknemer verliest (bijv. doordat hij als zelfstandige begint);
- wanneer de maximale uitkeringsduur van de WW verstreken is;
- bij overlijden;
- bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd;
- bij detentie.

De WW-uitkering eindigt in principe ook als de werknemer buiten Nederland gaat wonen of verblijven, maar op die regel zijn wat uitzonderingen gemaakt:
- voor grensarbeiders en
- voor werknemers die – binnen bepaalde regels – elders in de EU werk gaan zoeken.

Ook kan de werkloze met behoud van uitkering in buiten- of binnenland vakantie houden mits niet langer dan de gebruikelijke vakantieperiode (art. 19, lid 5 WW).[26]
Bij ziekte tijdens werkloosheid krijgt men een ZW-uitkering en eindigt in het algemeen het recht op WW (om uiteraard voor de dan nog resterende uitkeringsduur weer te herleven, wanneer de betrokkene genezen is).[27]

Geen recht op WW-uitkering bestaat:
- voor hier te lande illegaal verblijvende vreemdelingen,
- bij werkloosheid tengevolge van werkstaking.

Ook wie als werkwillige als gevolg van een staking of uitsluiting niet kan werken heeft als regel geen recht op uitkering. Maar ten aanzien van die laatste categorie kan de uvi van deze regel afwijken (zie par. 10.19).

14.7 Herleven van het recht op WW

Een geëindigd recht op WW-uitkering herleeft onder omstandigheden weer (art. 21 WW).[28] Bijvoorbeeld als de werknemer die zich eerst niet meer beschikbaar heeft gesteld, zich binnen een half jaar na beëindiging van het uitkeringsrecht weer beschikbaar stelt.[29]
Ook na verblijf in het buitenland, te langdurige vakantie en na detentie is herleving van het uitkeringsrecht mogelijk, mits de reden tot beëindiging binnen zes maanden is vervallen.

26 SVR, Besluit van 23 januari 1992, *Stcrt.* 1992, 19.
27 CRvB 23 oktober 1990, *RSV* 1991/102.
28 CRvB 14 juni 1994, *RSV* 1994, 234.
29 SVR Besluit 18 december 1986, *Stcrt.* 248.

14.8 Verplichtingen

Op degene die een WW-uitkering wil verwerven en behouden rust een groot aantal verplichtingen die bij niet-naleving aanleiding kunnen geven tot sancties.[30]
De twee belangrijkste verplichtingen zijn:
- dat wie werk heeft moet *voorkomen* dat hij 'verwijtbaar werkloos' wordt en
- dat wie werkloos is, dat zo kort mogelijk moet blijven door te *zoeken* naar 'passende arbeid' (art. 24 WW).

Deze twee verplichtingen worden hieronder nog nader uitgewerkt.

Daarnaast geldt tijdens de gehele uitkeringsperiode:
- dat men ingeschreven moet zijn bij het arbeidsbureau (art. 26, lid 1 onder d WW),[31] en
- dat men verplicht is de uitvoeringsinstantie steeds alle nodige inlichtingen te verschaffen (art. 25, lid 1 onder a WW). Daartoe behoort onder meer het invullen van de werkbriefjes zodat beoordeeld kan worden of en in welke mate de betrokkene nog andere verdiensten heeft.

Wie een en ander nalaat of daarbij oneerlijk is, loopt een groot risico door een sanctie getroffen te worden.

Tenslotte kan van de werkloze gevergd worden dat hij – met inzet – deelneemt aan een opleiding of scholing die zijn kansen op nieuw werk kan vergroten (art. 26, lid 1, sub f WW).

14.9 Verwijtbaar werkloos

Van verwijtbaar werkloos worden is in de eerste plaats sprake als de werknemer zelf ontslag neemt.[32] Weliswaar kunnen mensen allerlei honorabele redenen hebben om uit een baan weg te gaan: men kan het niet vinden met een nieuwe chef, men voelt zich op medische gronden niet meer tegen het werk opgewassen, een vrouw wil zich na een echtscheiding aan de opvoeding van de kinderen wijden, enz.
Toch wordt in beginsel van werknemers verwacht dat zij dat soort situaties zelf oplossen zonder dat de werkloosheidsfondsen aangesproken behoeven te worden: men moet pas weggaan als men een nieuwe baan

30 J. Riphagen, Voorwaarden, sancties en weigeringsgronden in de nWW, *SMA* 1986, p. 113; J. Schell, Weigeringsgronden en sancties in de Werkloosheidswet, *Rechtshulp* 1987/11, p. 24 en *Rechtshulp* 1989/11, p. 2.

31 CRvB 8 september 1977, *RSV* 1978/26.

32 Zie voor een overzicht: A.S.J van Garderen-Groeneveld, Beëindiging van de arbeidsovereenkomst en het recht op een werkloosheidsuitkering, *SMA* 1990, p. 456. Voorts P.J. v. Ogtrop, SR 1995, p. 180; voor een studie over de relatie ontslag en oude WW: J. Riphagen, *Ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering*, Deventer 1985.

heeft, recht heeft verkregen op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, men moet maar in kinderopvang voorzien, enz.[33] Met andere woorden: men moet al het redelijke gedaan hebben om werkloosheid te voorkomen. Als echter aan de voortzetting van de dienstbetrekking voor de werknemer zodanige bezwaren zijn verbonden dat deze voortzetting redelijkerwijze niet van hem zou kunnen worden gevergd, zal het zelf nemen van ontslag niet als verwijtbare werkloosheid worden aangemerkt, bijvoorbeeld een vrouw die seksueel wordt geïntimideerd op het werk.[34]

Van verwijtbaar werkloos worden is ook sprake wanneer de werkgever de werknemer heeft ontslagen op grond van gedragingen waarvan de werknemer redelijkerwijze had moeten begrijpen dat deze tot ontslag zouden leiden.[35] Dit is vooral aan de orde bij verwijtbaar ontslag op staande voet, bijvoorbeeld wegens herhaaldelijk werkverzuim. Maar het speelt ook bij ontslagen die niet om dringende redenen plaatsvinden, bijvoorbeeld bij nonchalant of slordig werken, onvoldoende inzet etc.[36]

Bij de beide vorengeschetste gronden van verwijtbare werkloosheid bestaat de mogelijkheid van 'doorwerking':[37] wie verwijtbaar werkloos is geworden, daarna werk vindt, maar even later die nieuwe baan niet verwijtbaar weer kwijtraakt, kan toch nog voor de verwijtbaarheid van het eerste ontslag bestraft worden.
Ook wie een vaste baan opgaf terwille van een erg riskante nieuwe baan, kan daarvoor bestraft worden, wanneer hij uit die nieuwe baan op korte termijn werkloos wordt. Niet zozeer het tweede ontslag wordt de werknemer dan verweten, doch het te gemakkelijk ontslag nemen uit de eerste baan. Erg grif zal niet tot deze vorm van doorwerking ('oneigenlijke doorwerking' gedoopt) geconcludeerd worden, maar uitgesloten is het niet.[38]
Beide vormen van doorwerking gelden niet meer als in de nieuwe functie opnieuw is voldaan aan de referte-eis.

Ook overigens mag de werknemer op geen enkele wijze de werkloosheidsfondsen door zijn gedrag benadelen. Met name een ontslagverlening door de werkgever mag niet zonder meer worden geaccepteerd. De werknemer dient er op te staan dat de werkgever de voor zijn geval geldende ontslagtermijn in acht neemt.[39] Wordt de werknemer op staande voet ontslagen,

33 Vgl. CRvB 14 augustus 1990, *RSV* 1990/355; zie over het probleem van de combinatie van zorg en arbeid en verwijtbare werkloosheid, K. Wentholt, *Arbeid en zorg*, Amsterdam 1990, p. 150-152.
34 Vgl CRvB 6 januari 1977, *RSV* 1977/88; CRvB 28 juli 1980, *RSV* 1981/261; CRvB 11 augustus 1987, *RSV* 1988/105.
35 Vgl. CRvB 23 oktober 1990 *RSV* 1991/96.
36 CRvB 31 juli 1990, *RSV* 1991/29.
37 CRvB 7 juli 1953, *AB* 1953, p. 843.
38 Vgl. CRvB 16 april 1974, *RSV* 1974/340; CRvB 7 mei 1975, *RSV* 1975/427; CRvB 3 juli 1975, *RSV* 1975/475; CRvB 1 november 1983, *RSV* 1984/32. Of deze rechtspraak ook geldt onder de WW van 1986 is nog niet uitgemaakt. De wetsgeschiedenis besteedt er geen aandacht aan. RvB Utrecht 15 december 1987, *RSV* 1988, 188 accepteerde oneigenlijke doorwerking.

dan zal hij als regel de nietigheid van het ontslag moeten inroepen (wegens het ontbreken van een ontslagvergunning van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening) en een loonvordering moeten instellen (zie par. 8.25).[40] Ook instemmen met een beëindiging bij wederzijds goedvinden (zie par. 8.7) is uit den boze, tenzij zich een situatie voordoet zoals besproken in de eerste alinea van deze paragraaf.

Tegen het verzoek tot afgifte van een vergunning bij de Regionaal Directeur dient de werknemer ook inhoudelijk verweer te voeren.[41] Iets overeenkomstigs geldt als de werkgever van de werknemer probeert af te komen via een verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter (art. 7:685 BW, zie par. 8.27). Er zijn echter uitzonderingen op deze regel.
Bij een ontslag op uitsluitend bedrijfseconomische gronden hoeft, als er een vergunning van de Regionaal Directeur wordt gevraagd, geen inhoudelijk verweer te worden gevoerd (art. 24, lid 3 WW).

Uit oudere jurisprudentie kon worden geconcludeerd dat het niet altijd echt nodig is dat de betrokkene op een vergunning van de Regionaal Directeur of beschikking van de rechter staat en bij de directeur of rechter ook materieel verweer voert. Alleen, die rechtspraak was erg casuïstisch. Het is betrekkelijk onvoorspelbaar of de rechter het ontslag in een bepaald geval gerechtvaardigd zal achten.[42] En voor de praktijk is van belang dat de uitvoeringsinstanties vaak gemakshalve afgaan op de aanwezigheid van een ontslagvergunning/ontbindingsbeschikking waartegen verweer is gevoerd. Er bestaat geen mogelijkheid om vooraf bij de uitvoeringsinstanties een garantie te krijgen of het ontslag wordt aanvaard als niet-verwijtbaar.

Om al die redenen kiest men er in het algemeen veiligheidshalve voor om de procedure bij de Regionaal Directeur of rechter te volgen, zelfs als partijen het eigenlijk wel over de noodzaak van beëindiging – en eventueel een afvloeiingsregeling – eens zijn. Het verweer wordt dan nog slechts formeel gevoerd. De Regionaal Directeur of kantonrechter merkt dat aan de korte inhoud van het verweer en doet de zaak dikwijls versneld af.
Zo zien we dus dat de ontslagvergunningsprocedure een belangrijke rol speelt om de WW voor een overmatig beroep te behoeden. Voor sommige juristen die deze procedure willen afschaffen, doet dat merkwaardig aan[43], maar het valt nog te bezien welk alternatief er dan gevonden wordt om al te lichtvaardige ontslagname of berusting in ontslag op kosten van de WW uit te sluiten.

39 CRvB 26 januari 1965, *RSV* 1965/33; voor een excusabel geval: CRvB 18 december 1984, *RSV* 1985/107.
40 CRvB 7 november 1958, *RSV* 1959/157.
41 Vgl. Lisv-Besluit verweer tegen ontslag, 19 november 1997, *Stcrt.* 1997, 229; zie F.W.G. Ambagtsheer, *ArbeidsRecht* 1998, nr 2, p. 20; F.M. Noordam, *SR* 1998, p. 39.
42 Dit bijvoorbeeld niet in CRvB 17 maart 1970, *RSV* 1970/126; CRvB 25 februari 1982, *RSV* 1982/168; CRvB 15 januari 1985, *RSV* 1985/140.
43 Vgl. J.M. Barendrecht, Ontslagbescherming zonder preventieve toetsing, *NJB* 1993, p. 369.

14.10 Passende arbeid

Van de eenmaal werkloos geworden werknemer wordt verwacht dat hij er van meet af aan alles aan doet om te voorkomen dat hij werkloos blijft (art. 24, lid 1 onder b WW). Hij mag niet nalaten passende arbeid te aanvaarden en moet in voldoende mate trachten passende arbeid te vinden. Dit laatste concretiseert zich in de befaamde sollicitatieplicht.[44] Wie een tijdelijke baan heeft wordt geacht al tegen het einde daarvan met solliciteren te beginnen.[45] Ook wordt niet alleen gekeken of iemand voldoende solliciteert, maar ook of hij zich zo goed mogelijk presenteert en ook echt zijn best doet om de baan te krijgen. De werkloze moet er ook voor zorgen dat het niet aan hem ligt, dat hij geen passende arbeid aangeboden krijgt; hij moet ook terughoudend zijn met het stellen van eisen die het verkrijgen van passende arbeid bemoeilijken.[46]
Niet-solliciteren wordt slechts aanvaard ingeval de kans om passend werk te vinden hypothetisch is, hetgeen niet snel wordt aangenomen.[47] Aan mensen boven de 57 1/2 jaar en aan degenen die – in het belang van hun kans op arbeid – aan scholing deelnemen is een algemene ontheffing van de sollicitatieplicht gegeven.[48]

Centraal bij dit alles staat natuurlijk de vraag: wat is passende arbeid? De WW verstaat eronder: 'alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd' (art. 24, lid 3 WW).[49] Maar dat is een zeer rekbare en vage omschrijving.[50]
Er is gedurende meer dan veertig jaar een uitgebreide rechtspraak ontwikkeld die aan dit begrip concreter invulling geeft. Deze rechtspraak is ook met de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen meegegaan, zodat niet alle oude uitspraken nog actualiteitswaarde toekomt. In 1992 heeft het Ministerie van SZW een aantal uit de jurisprudentie af te leiden normen die aangeven wat van een werkloze werknemer in de regel kan worden verwacht, nog eens op een rijtje gezet en toegestuurd aan alle betrokken instanties.[51]
Die normen hebben vooral betrekking op de aard van het werk, het loonniveau en de reisduur.

44 CRvB 14 juli 1981, *RSV* 1981/259.
45 CRvB 23 december 1987, *RSV* 1988/190.
46 Voor een uitzondering zie CRvB 11 augustus 1987, *RSV* 1988/105.
47 CRvB 10 januari 1984, *RSV* 1984/90; CRvB 24 april 1984, *RSV* 1985/69.
48 Besluit SVR 18 juni 1987, *Stcrt.* 1987, 124; Tica-besluit van 21 augustus 1996, *Stcrt.* 1996, 166.
49 Zie ook art. 26, lid 4 van IOAW en IOAZ en art. 1, sub f van de RWW.
50 J.L.M. Schell, Passende arbeid na de stelselherziening, *SR* 1987, p. 163; N.J. v.d. Vrie, *SMA* 1995, p. 510.
51 *Kamerstukken* 21 800 XV, nr. 86; Richtlijn Passende Arbeid van SZW van 13 mei 1992, zie *PS* 1992, 981; daarnaast was er een Besluit passende arbeid schoolverlaters, Besluit van 1 december 1995, Stb. 1995, 604, maar dat is al weer verlaten; F. Pardaan e.a., *Passende Arbeid*, Deventer 1997.

De rechtspraak gaat ervan uit dat een werkloze zich gedurende het eerste half jaar van zijn werkloosheid mag richten op het zoeken naar arbeid overeenkomstig het vroegere beroep en niveau, tegen een beloning die niet veel lager is dan hij vroeger verdiende en met een dagelijkse reistijd van niet meer dan twee uur.
De werkloze is in dat eerste halve jaar dus in beginsel niet verplicht werk op een lager niveau, of in een ander beroep, tegen aanzienlijk minder loon of met een dagelijkse reistijd van meer dan twee uur te aanvaarden.
Deze normen worden echter verscherpt naarmate de werkloosheid langer duurt of wanneer om andere redenen het werkloosheidsrisico daartoe aanleiding geeft.

Individueel bepaalde gronden kunnen ertoe leiden dat in het specifieke geval van de algemene regel wordt afgeweken.
Het belang van betrokkene bij ander werk dan het gebodene moet dan worden afgewogen tegen zijn werkloosheidsrisico, dat wil zeggen zijn kans om werkloos te blijven. Subjectieve overwegingen en strikt persoonlijk getinte bezwaren tegen een aanbod zijn slechts onder stringente voorwaarden acceptabel. Denk aan zorg voor gezinsleden, gewetensbezwaren en gezondheidsbezwaren.
Gelet op het vorengeschetste karakter van de rechtspraak over passende arbeid heeft het ministerie er bij de diverse instanties op aangedrongen om na telkens zes maanden de positie van de werkzoekenden te herijken.

14.11 Sancties

Wie de verplichtingen om niet werkloos te worden niet nakomt, wordt door de uvi gestraft met blijvende algehele weigering van de WW-uitkering (art. 27, leden 1 en 2). Alleen indien het niet nakomen van de verplichting de werknemer niet in overwegende mate kan worden verweten, ligt dat anders. In dat geval moet het uitkeringspercentage nog worden verlaagd van 70 naar 35 gedurende een periode van 26 weken.
Wie nalaat passende arbeid te aanvaarden wordt uitkering geweigerd over het aantal uren dat men bij aanvaarding van die arbeid minder WW had zullen krijgen.
Wie onvoldoende solliciteert of daarbij extreme eisen stelt ziet zijn uitkering tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk stopgezet, afhankelijk van de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid (art. 27 lid 4 WW).
Het Lisv kan echter steeds besluiten van deze sancties af te zien als daarvoor 'dringende redenen' aanwezig zijn (art. 27, lid 5 WW). Het laatste geldt ook voor schendingen van de inlichtingsverplichting (art. 25 WW), die met ten hoogste *f* 5000 boete mag worden bestraft (art. 27a WW).
Dit alles is zo geregeld door een wetswijziging in 1996[52] die het sanctie-

52 *Stb.* 1996, 248. Zie ook Gerrard Boot, Verplichte blijvende weigering WW-uitkering gedeeltelijk van de baan, *Rechtshulp* 1995-12, p. 44.

stelsel zeer heeft verstrakt en de oude jurisprudentie deels van onwaarde heeft gemaakt.

Heeft de uitkeringsinstantie duidelijke aanwijzingen of een gegrond vermoeden dat uitbetaling van de WW niet meer gerechtvaardigd is, maar duurt het nog even voordat zij daar goed gemotiveerd een einde aan kan maken, dan kan zij alvast tot schorsing van de uitbetaling overgaan (art. 30, lid 2 WW).
Wordt over een bepaalde periode wegens een sanctie tijdelijk in het geheel geen uitkering betaald, dan komt die periode wel in mindering op de maximale uitkeringsduur!

14.12 Voorschot

De uitvoeringsinstantie moet binnen drie maanden beslissen op een verzoek om uitkering en binnen een maand na de beslissing tot betaling overgaan (art. 30, lid 1 WW). De volgende termijnen worden dan periodiek uitbetaald (art. 33 WW). De WW kent geen bepaling op grond waarvan rente van te late betaling kan worden gevorderd.
Om te voorkomen dat de werknemer enige tijd zonder inkomsten blijft als er onzekerheid bestaat over alleen de hoogte van de uitkering moet de uitkeringsinstantie een voorschot op een uitkering betalen. Bestaat er onzekerheid over het recht op uitkering als zodanig, dan is de uitkeringsinstantie bevoegd, maar niet verplicht, om zo'n voorschot uit te keren.[53]
In veel gevallen van ontslag, met name bij ontslag op staande voet, heeft de werknemer een loonvordering op de werkgever. Onduidelijk is dan of hij in het geschil gelijk krijgt en die procedure kan geruime tijd in beslag nemen. Verliest de werknemer de procedure dan is het mogelijk dat op de uitkering een sanctie wordt toegepast wegens verwijtbare werkloosheid. Niettemin heeft de wetgever bepaald dat in zulke gevallen de uitvoeringsinstantie verplicht is een voorschot uit te keren. Hiermee wordt voorkomen dat de werknemer een beroep op bijstand moet doen. Wel kan de uitvoeringsinstantie voorwaarden aan het voorschot verbinden, zoals het terugbetalen uit de eventueel toegewezen loonvordering (art. 31 WW).[54]

14.13 Stimulering van werkaanvaarding

Het is duidelijk dat een WW, die de mensen alleen maar uitkering zou bieden zonder dat ook de kans op het weer aan de slag komen van de werkloze meespeelt, zijn doel voorbij zou schieten.
Hoewel dit niet bepaald de sterkste kant is van de Nederlandse WW treft men hier en daar toch wel sporen van dit 'andere aspect' aan.[55] Bijvoor-

53 CRvB 29 april 1991, *RSV* 1991/221; CRvB 29 april 1991, *RSV* 1991/250.
54 Vgl. Lisv-Besluit Voorschotverstrekking WW, 1 april 1998, *Stcrt.* 1998, 70.
55 Vgl. W.J. Overbeke, Preventie in de WW, *SMA* 1992, p. 351.

beeld de bepaling die – om werklozen te stimuleren tot het aannemen van nieuw werk – garandeert dat het dagloon in elk nieuw geval van werkloosheid dat binnen 30 maanden na een eerste werkloosheidsgeval ontstaat, niet lager is dan het dagloon in dat eerste werkloosheidsgeval.[56]
Men zie verder de bepalingen die ten doel hebben om het de werklozen mogelijk te maken om – met behoud van uitkering – zich te laten om- en bijscholen.
Op zichzelf een nuttig doel, dat zich alleen niet zonder meer verdraagt met het uitgangspunt van de WW, dat de werkloze beschikbaar moet zijn voor de arbeidsmarkt. Bovendien moet vermeden worden, dat de werkloosheidsfondsen een alternatief voor studiefinanciering worden. Daarom bepaalt de wet, dat de minister regels kan stellen voor het met behoud van uitkering volgen van dagonderwijs en voor door het Lisv noodzakelijk geachte opleidingen (artt. 75 en 76 WW).[57]
Deze voorzieningen regelen overigens geen vergoeding van scholing zelf – men zal daarvoor een beroep moeten doen op het arbeidsbureau (zie par. 2.4) – maar zien slechts op het doorlopen van de uitkering tijdens de scholing.

Dan is er de problematiek van het verrichten van onbeloonde werkzaamheden met behoud van uitkering. Door de toenemende langdurige werkloosheid in de jaren tachtig steeg de behoefte bij vele werklozen om vrijwilligerswerk te verrichten. Enerzijds kan dit helpen de tijd nuttig te besteden en kan men hierdoor in de maatschappij blijven functioneren en zich wellicht beter kwalificeren voor de arbeidsmarkt. Anderzijds is er de vrees dat wanneer dit verschijnsel een te grote omvang aanneemt reguliere arbeid er door wordt 'verdrongen' of dat de concurrentie tussen werkgevers er onzuiver door wordt beïnvloed. Daarom wordt op dit verschijnsel toegezien door regionale toetsingscommissies, terwijl voorts de uvi's het verrichten van onbeloonde arbeid met name beoordelen op de aard van de onbeloonde arbeid. De wetgever is nog niet aan een wettelijke regeling toegekomen.[58] De Centrale Raad van Beroep laat het verrichten van onbezoldigd werk door werklozen in beperkte mate toe, wanneer het gaat om traditionele vrijwilligersactiviteiten die niet eerder door betaalde krachten werden verricht.[59]

56 Art. 17 Dagloonregels Invoeringswet Stelselherziening.

57 Besluit vaststelling regels ex art. 76 WW, *Stcrt.* 1990, 252 (nog vastgesteld door de Sociale Verzekeringsraad); A.T. Marseille, Toestemming krijgen voor scholing van de Bedrijfsvereniging, *SMA* 1993, p. 31.

58 Het wetsontwerp onbeloonde arbeid uitkeringsgerechtigden, *Kamerstukken* 19 549, werd ingetrokken, zie *PS* 1993, p. 496; zie over de voorgeschiedenis van dit wetsontwerp: A.J.C.M. Geers, *SMA* 1984, p. 756; W.J.P.M. Fase, Onbetaald werken op vrijwillige basis, *SMA* 1985, p. 163; D. Pieters (ed.), *Plus ultra, bijdragen over werken en niet-werken en het sociale zekerheidsrecht morgen*, Antwerpen 1986; Danny C.H.M. Pieters, *Aan het werk ...*, Deventer 1986, p. 52-66; P.H. Hugenholtz, Enkele aspecten van het werken met behoud van uitkering, *Bakels-bundel*, p. 105.

59 Vgl. CRvB 29 januari 1991, *RSV* 1991/170; CRvB 27 augustus 1991, *RSV* 1992/92; zie voor de vroeger minder positieve houding van de rechtspraak: F.M. Noordam, Geloof, twijfel en onbeloonde produktieve arbeid, *Frenkel-bundel*, p. 199.

14.14 Kring der verzekerden

De kring der verzekerden voor de WW loopt grotendeels parallel met die van de andere werknemersverzekeringen (zie par. 17.8). Er zijn echter een paar afwijkingen. In de ZW en WAO verliest men de status van werknemer zodra de dienstbetrekking eindigt. Ook kent de ZW een dag-tot-dag-verzekering.
Beide beperkingen passen niet in de WW en komen daarin dan ook niet voor. Karakteristiek voor de WW is juist, dat degene wiens dienstbetrekking eindigt, de hoedanigheid van werknemer behoudt. Het werknemerschap vervalt als iemand anders dan als werknemer gaat werken. Het wordt weer herkregen als de werknemer die als zelfstandige is gaan werken, daar binnen anderhalf jaar weer mee stopt. In andere gevallen kan het alleen worden herkregen binnen zes maanden en door een beslissing daartoe van de uvi (art. 8 WW).[60]
Overheid en onderwijs waren in het verleden uitgezonderd van de toepassing van de Werkloosheidswet. Voor hen golden regelingen die aanzienlijk gunstiger waren dan de Werkloosheidswet. Binnenkort zullen ook overheid en onderwijs onder de Werkloosheidswet worden gebracht.

14.17 IOAW en IOAZ

Hierboven (par. 14.4) werd vermeld dat de WW maar een beperkte uitkeringsduur heeft – maximaal 8 1/2 jaar voor de werknemers met het langste arbeidsverleden. We praten dan over mensen met een arbeidsverleden van meer dan veertig jaar. Zijn zij al 57 1/2 jaar of ouder op het moment dat zij werkloos worden dan kunnen zij via de WW de 65 jaar halen.
Maar wie al op jongere leeftijd werkloos wordt, komt na afloop van de WW-periode in de bijstand. Om de oudere werkloze werknemers (vanaf 50 jaar op het moment dat de werkloosheid intreedt) en de gedeeltelijk arbeidsongeschikte een beroep op de bijstand te besparen heeft men voor deze groepen een bijzondere wet gemaakt: de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW). De essentie van deze wet is, dat zij aan de betrokken groepen hetzelfde inkomen biedt als de Algemene bijstandswet. Ten opzichte van de bijstand vindt er in deze wetten echter een beperkte toetsing plaats aan andere inkomens en vermogen. Alleen inkomen uit arbeid van de werkloze en diens partner worden in mindering gebracht, dus niet uit alimentatie, rente, enz. Bovendien vindt er in de IOAW in tegenstelling tot de Abw geen korting plaats in verband met de aanwezigheid van een eigen vermogen. De betrokkenen hoeven dus niet in te teren op hun spaargeld en als zij een eigen huis hebben geen krediethypotheek te geven aan de gemeente.
Tegelijk met deze wet werd voor de zelfstandigen die met hun bedrijf stoppen een soortgelijke voorziening getroffen. Dezen hebben immers

60 CRvB 29 oktober 1991, *PS* 1991, 37.

helemaal geen recht op een wettelijke werkloosheidsuitkering. Voor hen geldt de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ), die wat de uitkering betreft identiek is aan de IOAW.

14.18 Toeslagenwet

Zoals wij in het voorafgaande hebben gezegd kunnen de zgn. loondervingsuitkeringen onder omstandigheden leiden tot een inkomen, dat onder het sociaal minimum (zie par. 12.7) zou uitkomen. Om dat te voorkomen heeft de wetgever in 1986 de Toeslagenwet in het leven geroepen. Die vult in een aantal gevallen de de loondervingsuitkeringen krachtens WW, ZW en WAO aan:

- de ongehuwde zonder kinderen krijgt aanvulling tot 70% van het minimumloon;
- de ongehuwde met kinderen krijgt aanvulling tot 90% van het minimumloon;
- de gehuwde (of samenwonende) krijgt aanvulling tot 100% van het minimumloon, mits de partner is geboren vóór 1 januari 1972 of er een kind is jonger dan 12 jaar (art. 3 TW).[61]

Bij het vaststellen van die toeslag wordt een zgn. inkomenstoets aangelegd (ook ter zake van het inkomen van de partner) maar geen vermogenstoets.

Ingeval de WW-uitkering bij wijze van sanctie gedeeltelijk wordt geweigerd wordt de TW-uitkering toch berekend alsof geen sanctie is opgelegd, om te vermijden dat de toeslag de sanctie feitelijk ongedaan maakt (art. 5 TW).
De toeslag wordt verstrekt door de uitvoeringsinstelling.

61 De wetgever ging ervan uit dat van de huidige generatie elk van beide partners zich beschikbaar moet stellen voor de arbeidsmarkt (de zgn. 1990-maatregel); L. Andringa, Economische zelfstandigheid: tegen haar wil, *Nemesis*, 1990, nr. 1, p. 4; J.H.P.G. Wielders, *De 1990-Maatregel*, diss. Nijmegen, 1996.

15

Tussen baren en rouwen

A Ouderen

15.1 Inleiding

Vanouds heeft de mens zich bekommerd om de bestaanszekerheid op de oude dag, wanneer men niet meer in staat is om zich door arbeid inkomen te verschaffen.[1] Vroeger hoopte men wat dat betreft eerst en vooral op de kinderen. Een groot kindertal was de beste garantie voor een verzorgde oude dag. In de Derde Wereld is dat nog vaak zo.
Vanaf de industriële revolutie begonnen de traditionele stelsels in de westerse industriële samenlevingen te veranderen. Aanvankelijk omdat de werkende bevolking naar steden verhuisde en de lonen te laag waren om te sparen en voor de ouders te zorgen. Na verloop van tijd ook omdat er minder kinderen werden geboren, de mensen gemiddeld langer bleven leven door de verbeterde gezondheidszorg en doordat de familiebanden minder hecht werden.
Nieuwe systemen moesten worden bedacht om oudere mensen bestaanszekerheid te verschaffen. De socialisten pleitten voor een staatspensioen. In Denemarken ontstond iets dergelijks omstreeks 1890: een 'volksrente' voor de hele bevolking betaald uit de belastingen. Maar in de meeste landen moesten de burgerlijke kringen die toen de macht hadden, daar niets van weten.
De Duitse Kanselier Bismarck bedacht in 1881 als alternatief een 'ouderdomsrente' in de vorm van een wettelijk verplichte sociale verzekering voor werknemers.
Na veel politiek touwtrekken volgde Nederland dat voorbeeld in 1919 met de Invaliditeitswet die onder andere een 'ouderdomsrente' bracht.[2] De werkgever moest voor de werknemers 'rentezegels' plakken op een 'rentekaart' waarbij een relatie met het loon bestond; de werknemer kreeg dan op 65-jarige leeftijd een ouderdomsrente naar verhouding tot zijn hoeveelheid dienstjaren en zijn loon.

1 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend Socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 135 e.v.
2 Tegelijkertijd kwam er een wettelijke verzekering op vrijwillige basis, de Ouderdomswet 1919.

De ouderdomsrenten waren geen vetpot en dus bleef voor de beter gesalarieerden alle reden voor een aanvullende pensioenvoorziening bestaan. Die werd geboden door particuliere verzekeraars, maar ook door grote ondernemingen die eigen pensioenfondsen oprichtten. In bedrijfstakken met veel middelgrote en kleinere ondernemingen kwamen bedrijfstakpensioenfondsen, die door de werkgevers en de vakbonden gezamenlijk werden opgezet.
Zo ontstond een veelkleurig pakket van oudedagsvoorzieningen, dat echter toch voor veel Nederlanders tekortschoot. Met name mensen die nooit een langdurig dienstverband als werknemer hadden gehad, hadden in feite geen of maar een miniem pensioen. De geldontwaarding van de jaren dertig droeg verder bij tot de verslechtering van de oudedagsvoorziening van veel Nederlanders.
Pas tijdens de Tweede Wereldoorlog werden de geesten rijp voor een drastisch nieuwe aanpak. De socialezekerheidsadviseur van de Britse regering, Beveridge, ontwierp een systeem van sociale verzekeringen voor de gehele bevolking. De Nederlandse regering, tijdens de Tweede Wereldoorlog in Londen verblijvend, nam kennis van zijn rapport en stelde de staatscommissie-Van Rhijn in, ook in Londen, om een eigen nieuw stelsel voor sociale zekerheid te ontwerpen. De invloed van Beveridge op haar rapport is onmiskenbaar. Onder minister Drees kwam vervolgens in 1947 een Noodwet Ouderdomsvoorziening tot stand, in 1957 gevolgd door de Algemene Ouderdomswet (AOW).

15.2 Verschillende regelingen voor ouderdomspensioen

De AOW biedt in beginsel iedere ingezetene die de 65-jarige leeftijd bereikt – dus ongeacht of hij/zij werknemer of zelfstandige is en veel of weinig verdiende – een ouderdomspensioen. Dit pensioen houdt geen verband met het eerder verdiende loon, maar ligt op het niveau van het sociaal minimum (zie par. 12.7).
Dat betekent dat mensen die aanzienlijk meer verdienen dan het minimumloon er bij pensionering sterk op achteruit gaan, wanneer zij alleen maar een AOW-uitkering hebben. Daarom hebben veel Nederlanders naast de AOW-uitkering één of andere vorm van aanvullend pensioen, verschaft door een particuliere verzekeraar, een ondernemingspensioenfonds of een bedrijfstakpensioenfonds.

De basisvoorziening, zoals de AOW die biedt, is sluitend: zij omvat de gehele bevolking, voorzover de betrokken personen althans voldoende lang in Nederland hebben gewoond. De aanvullende pensioenvoorziening is niet sluitend. Zij is niet algemeen verplicht en er zijn dan ook tal van Nederlanders (werknemers zowel als niet-werknemers) die geen of maar een gering aanvullend pensioen hebben. De wetgever in Nederland heeft die aanvullende pensioenvoorziening echter niet algemeen verplicht willen stellen, noch willen organiseren.[3] Daar bestaan blijkbaar grote weerstanden tegen.

De Nederlandse wetgever ging wel over tot een paar surrogaatoplossingen:
- er werd een wet afgekondigd die erin voorziet dat de minister in een bepaalde bedrijfstak de ondernemers kan verplichten zich aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds (de Bedrijfspensioenfondsenwet 1949);
- er kwam een wet om veilig te stellen dat de particuliere pensioenfondsen goed worden beheerd, zodat zij op lange termijn de pensioentoezeggingen gestand kunnen doen (de Pensioen- en Spaarfondsenwet 1952);[4] bovendien zijn er in deze wet in de loop der jaren steeds meer inhoudelijke eisen aan de niet-wettelijke pensioenregelingen opgenomen.

Beide wetten hebben ertoe geleid dat de aanvullende pensioenvoorziening in Nederland een redelijk niveau kent. Maar tegelijkertijd bleven tal van problemen bestaan, zoals:
- het probleem dat toch nog heel wat Nederlanders geen of een ontoereikend aanvullend pensioen hadden;
- het probleem dat werknemers die van werkgever veranderen geconfronteerd konden worden met een 'breuk' in hun aanvullende pensioenvoorziening die negatief uitwerkt op hun latere ouderdomspensioen.

Over deze problemen werd veel gestudeerd en gediscussieerd; recentelijk is een aantal voorzieningen getroffen.[5]

Ten slotte is eind jaren zeventig nog het zgn. *vervroegd uittreden* ingevoerd (VUT). Werknemers werden vaak in staat gesteld om al op bijvoorbeeld 60-jarige leeftijd vervroegd uit te treden. Een belangrijke reden om deze regelingen in te voeren was de fors gestegen werkloosheid: de regelingen moesten het mogelijk maken dat oudere werknemers plaatsmaakten voor jongere werklozen (al was dit geen voorwaarde om van de VUT-regeling gebruik te kunnen maken). VUT-regelingen zijn geen echte pensioenregelingen. Zij worden per bedrijfstak of grote onderneming betaald uit afzonderlijke fondsen die veelal krachtens cao zijn opgezet. Soms worden ze gefinancierd door werkgevers, soms door bijdragen van werknemers, veelal ook door een combinatie van beide. De VUT-regelingen wijken ook in die zin van een normaal pensioen af dat de VUT-gerechtigde nog maar in beperkte mate mag bijverdienen. Iemand die echt 'met pensioen' is wordt daarin niet beperkt. De VUT-regelingen genieten een grote populariteit,[6] maar zijn erg kostbaar. Langzaam maar zeker

3 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle 1989, p. 31; J. Dierkx/M. Kraamwinkel, Pensioenplicht, *Nemesis* 1989, p. 127.

4 Vgl. E. Lutjens, Bescherming pensioenrechten bij faillissement, *NJB* 1992, p. 896.

5 Vgl. wat de 'dekking' van de aanvullende pensioenvoorziening betreft Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling terugdringing witte vlekken op pensioengebied*, publ. nr. 7/92; wat de pensioenbreuk betreft zie hierna onder 15.6, die deze problemen aanzienlijk hebben verminderd, maar een totaal oplossing brachten zij niet.

6 Vgl. Ministerie van SoZaWe/Dia, *Vervroegd Uittreden in cao's*, 's-Gravenhage 1990.

worden zij daarom weer minder florissant gemaakt of vervangen door regelingen van flexibele pensionering, waaraan de werknemers zelf meebetalen.

15.3 Recht op AOW-uitkering

Recht op AOW-uitkering heeft iedereen die verzekerd is geweest, ongeacht diens inkomens- of vermogenspositie. Het recht bestaat vanaf de eerste dag van de maand waarin de betrokkene 65 jaar[7] wordt tot en met de maand van overlijden (artt. 7 en 18 AOW), dus ook als iemand na het 65e jaar nog werkt. De uitkering moet worden aangevraagd, maar wordt soms ook ambtshalve toegekend. Wie te laat is met de aanvraag, zal merken dat er normaliter hoogstens over één jaar met terugwerkende kracht uitkering wordt verleend (artt. 14 en 16 AOW).[8]

De AOW heeft een 'opbouwkarakter'. Dat betekent dat men, om voor een AOW-pensioen in aanmerking te komen, dus niet verzekerd hoeft te zijn op het moment dat men 65 jaar wordt; dit is van belang voor degenen die al eerder naar het buitenland zijn vertrokken. Het betekent ook dat men slechts recht heeft op de volledige hoogte van de AOW-uitkeringsbedragen indien men 50 jaar lang verzekerd is geweest (art. 7 AOW). Die termijn loopt van het 15e tot het 65e jaar. Iemand die geen 50 jaar verzekerd is geweest, krijgt voor elk ontbrekend jaar 2% korting op de standaardbedragen. Dezelfde korting wordt toegepast voor elk jaar waarin men schuldig nalatig is geweest premie te betalen (art. 13 AOW).[9]
Een jaar telt als verzekerd jaar als men ingezetene is in Nederland.
Verzekerd zijn vereist dus geen premiebetaling; mensen zonder inkomen zijn ook verzekerd.
Het verzekerd zijn is afgestemd op de vraag of men ingezetene is, zij het dat er op deze regel uitzonderingen zijn:

- wie in Nederland woont, maar elders werkt, is niet verzekerd;
- wie elders woont, maar in Nederland werkt, is wel verzekerd (zie nader par. 17.9).

Aangezien de AOW pas in 1957 werd ingevoerd, komen de huidige 65-plussers nog niet aan een verzekeringstermijn van 50 jaar (omdat de jaren vóór 1957 niet verzekerd waren). Daarom worden bij de in Nederland woonachtige Nederlanders die vóór 1942 geboren zijn en bij groepen die met hen gelijkgesteld zijn,[10] de niet-verzekerde jaren vóór 1957 (vanaf hun 15e levensjaar) als verzekerde jaren meegeteld, indien de

7 CRvB 25 maart 1987, *RSV* 1987/172 en CRvB 23 maart 1988, *RSV* 1988/244 over de vraag wat er moet gebeuren als over de leeftijd ongewisheid bestaat.
8 CRvB 3 oktober 1973, *RSV* 1974/106; CRvB 7 maart 1990, *AB* 1990, 404; CRvB 20 december 1991, *PS* 1992, 187.
9 Vgl. W. Geurds, Schuldige nalatigheid premies volksverzekeringen, *PS* 1991, p. 295; om het juridisch makkelijker te maken schuldige nalatigheid kwam er de Wet van 23 oktober 1993, Stb. 593; *Kamerstukken* 22 689.
10 Zie KB 15 november 1985, *Stb.* 605 en KB 3 december 1985, *Stb.* 632.

betrokkene gedurende zes jaar na het 59e jaar al dan niet onafgebroken in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba heeft gewoond (art. 58 AOW). Dat kan gemakkelijk gerealiseerd worden, omdat de AOW volgens het principe van het 'omslagstelsel' werkt (zie par. 17.3).

Afgezien van de situaties waarin iemand 'schuldig nalatig' is geweest premie te betalen, zijn het dus met name de tijdvakken die men in het buitenland gewoond of gewerkt heeft welke 'bressen' kunnen slaan in de verzekeringsloopbaan van 50 jaar die noodzakelijk is om aanspraak te kunnen maken op de volledige AOW-uitkering.
Wie in het buitenland gaat wonen kan echter wel vrijwillig verzekerd blijven krachtens de AOW. Wie vanuit het buitenland in Nederland komt wonen, kan de niet-verzekerde jaren achteraf vrijwillig verzekeren (art. 45 AOW).[11]

Wie zich bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd in het buitenland wil vestigen, is daarin vrij. Het AOW-pensioen wordt naar het buitenland overgemaakt (art. 19 AOW). Na overlijden van de AOW-gerechtigde wordt de AOW-uitkering van de overledene nog gedurende twee maanden betaalbaar gesteld aan een achtergebleven partner of een andere, daarvoor in aanmerking komende persoon (art. 18 AOW).[12]

15.4 Hoogte van de AOW-uitkering

De AOW kent in principe een vast uitkeringsbedrag voor alle uitkeringsgerechtigden in dezelfde leefsituatie (artt. 9 en 9a AOW).
Dat bedrag ligt voor de *alleenstaande* pensioengerechtigde op 70% van het netto-minimumloon. Heeft de alleenstaande één of meer kinderen beneden de 18 jaar ten laste dan wordt dit 90% van het netto-minimumloon.
Gehuwden en ongehuwd samenwonenden[13] ontvangen, zodra beide partners boven de 65 zijn, tezamen voor de volle 100% het netto-minimumloon. Elke gehuwde/samenwonende heeft bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd in beginsel recht op 50 procent van het netto-minimumloon. Wanneer de pensioengerechtigde 65 jaar is maar diens partner nog geen 65 jaar, dan krijgt hij maandelijks 50% van het minimumloon tot de eerste dag van de maand waarin de partner 65 jaar wordt. Bovendien kan hij gedurende die tijd een toeslag van maximaal 50% van het minimumloon krijgen, wanneer die partner over geen of maar een laag eigen inkomen beschikt.[14] De feitelijke hoogte van deze toeslag is afhankelijk van de inkomsten 'uit of in verband met arbeid' van de jongere partner (artt. 8 en 10 AOW).[15]

11 Jo. KB 2 januari 1990, *Stb.* 38; vgl. ook CRvB 2 september 1987, *RSV* 1988/98.
12 Vgl. CRvB 8 oktober 1992, *PS* 1992, 772.
13 Zie voor deze begrippen par. 12.7; bij Wet van 21 december 1995, Stb. 1995, 696, werd een aanvankelijk bestaande uitzondering voor samenwonende broers en zussen opgeheven.
14 Vgl. Wet van 23 oktober 1993, *Stb.* 592.

Naast de normale maandelijkse uitkering kent de AOW nog een zgn. vakantie-uitkering (artt. 28-33 AOW).

15.5 Aanvullende pensioenverplichting

Of voor iemand een aanvullende pensioenverzekering geldt en tot welke aanspraken en verplichtingen deze voert, is van talloze factoren afhankelijk, aangezien daarvoor in Nederland geen uniforme wettelijke regeling bestaat.[16]
Bij werknemers in loondienst moet men primair kijken naar de collectieve arbeidsovereenkomst – die omvat in tal van bedrijfstakken bepalingen welke aansluiting bij een bepaald pensioenfonds verplicht stellen.
Als de werkgever niet onder een cao valt, kan niettemin aansluiting bij een pensioenfonds voor die onderneming verplicht zijn, namelijk als de betrokkene werkzaam is in een bedrijfstak waarvoor een pensioenfonds wettelijk verplicht is gesteld krachtens de Bedrijfspensioenfondsenwet 1949 (zie par. 16.2).
Is dat niet het geval, dan moet men acht slaan op de individuele arbeidsovereenkomst. Die bevat heel vaak – zeker bij het beter betaalde personeel – een clausule die aansluiting van de werknemer bij een bepaald pensioenfonds regelt.
Ontbreekt een dergelijke bepaling – hetgeen vaak bij lager betaalden en ongeregelde arbeid het geval zal zijn – dan kan men proberen om een pensioenverplichting uit de algemene regels van het verbintenissenrecht te construeren, maar dit zal – naar geldend Nederlands recht – maar binnen beperkte grenzen lukken (zie par. 4.16).
Wanneer er recht bestaat op een aanvullende pensioenvoorziening wordt vaak de AOW met het aanvullend pensioen in één bedrag betaalbaar gesteld (art. 19 AOW).
De werkgever die zijn werknemer een aanvullende pensioenvoorziening biedt, doet dit:
- hetzij door aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds;
- hetzij door opname in een ondernemingspensioenfonds;
- hetzij door een verzekering bij een particuliere verzekeringsorganisatie.

15.6 Regels van de aanvullende pensioenvoorziening

Omdat er geen algemene wettelijke regeling van de aanvullende pensioenvoorziening bestaat, kunnen ook geen algemene antwoorden worden gegeven op vragen over de rechten en verplichtingen met betrekking tot

15 Bepaalde inkomens worden daarbij vrijgesteld. Zie verder R. ten Wolde, 'De inkomensafhankelijkheid van de AOW in werking', *PS* 1988, p. 467; E. Lutjens, AOW-toeslag discriminerend?, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 139-154. Deze vraag werd inmiddels ontkennend beantwoord door het EG Hof van Justitie 19 november 1992, zie *NJCM-Bulletin* 1993, p. 598.

16 E. Lutjens en B. Wessels, *Aanvullend Pensioen*, Deventer 1991.

de aanvullende pensioenvoorziening. Zij moeten in het algemeen worden afgeleid uit de reglementen van de pensioenfondsen. Wel is tegenwoordig voorgeschreven dat die reglementen mannen en vrouwen gelijk moeten behandelen.[17] Dit krachtens rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG op basis van art. 119 EEG-Verdrag.[18]
Ook zijn er wettelijke regels gekomen tegen schade aan pensioenopbouw tijdens werkloosheid[19] en tegen de 'pensioenbreuk' (het verschijnsel dat werknemers bij verandering van werkgever pensioenrechten kunnen verliezen)[20] terwijl nieuwe regels over samenhangende problemen zijn voorgesteld.[21] Het gaat bij dit alles meestal om regels die worden opgenomen in de Pensioen- en Spaarfondsenwet. Daarnaast zijn er door de sociale partners een aantal maatregelen in het vrijwillige vlak getroffen.[22] Uiteindelijk kunnen hieromrent ook nog arbeidsrechtelijke geschillen rijzen, bijvoorbeeld ingeval een werkgever nalatig is gebleven een toegezegde pensioenpremie te voldoen.[23]

Vele pensioenfondsen zijn er op ingericht dat de hoogte van het (bruto) pensioen (inclusief AOW) 70% van het laatstgenoten (bruto) loon is. Netto komt men dan nog dichter in de buurt van het oude loon.[24] Maar een wettelijke verplichting tot het aanhouden van deze hoogte van het pensioen is er niet, heel wat regelingen zijn er ook nog ver vandaan[25] en het is minder zeker geworden of het streven gericht zal blijven op het halen van deze norm. Tegenwoordig doet als nieuw ideaal opgeld: 70% van het middelloon, in plaats van het eindloon. Voorts streeft de wetgever naar meer marktwerking en flexibilisering in de pensioensector.[26]
De wetgeving omtrent de aanvullende pensioenen komt al met al met horten en stoten tot stand. Kennelijk is het ondoenlijk om alle problemen ineens aan te pakken. Bovendien wil de wetgever ook nog wel enige terughoudendheid betrachten inzake deze materie, die nog altijd primair tot de competentie van de betrokkenen zelf wordt gerekend.

17 M.M.H. Kraamwinkel, *Pensioen, emancipatie en gelijke behandeling*, Deventer 1995.
18 Vgl. EG-richtlijn 86/378 en art. 119 EG-Verdrag; HvJ EG 17 mei 1990, *NJ* 1992, 436 (Barber) en de 'post-Barber'-arresten, besproken door J. Wouters in *NJCM-bulletin* 1995, p. 274. Vgl. voorts *Kamerstukken* 20 890 en de novelle daarop, *Kamerstukken* 22 695; voor de actuele stand van zaken zie SMA 1998, p. 98.
19 J.J.G. Neven, Pensioenopbouw tijdens werkloosheid, gefinancierd door het Fonds Voorheffing Pensioenverzekering, *PS* 1988, p. 1737.
20 Vgl. Wetten van 4 juni 1987, *Stb.* 340, en 23 augustus 1991, *Stb.* 445; de Wet van 30 juni 1994, Stb. 1994, 496.
21 *Kamerstukken* 23 123.
22 Vgl. Stichting van de Arbeid/Pensioenkamer, *Maatregelen tegen Pensioenbreuk*, 1985-1989.
23 Vgl. HR 10 september 1993, *JAR* 1993/233 over verjaring van niet voldane pensioenpremies.
24 De belasting wordt immers lager, omdat het bruto-inkomen is gedaald naar 70% en bovendien valt de verplichting tot het betalen van allerlei premies weg.
25 A. Devreese, *Bovenwettelijke pensioenen in Nederland*, Tilburg 1990.
26 Vgl. *de Nota Naar meer marktwerking in de pensioensector, Kamerstukken* 25014; MA.B.L. Wienk, Flexibilisering en verplichte deelname in bedrijfspensioenfondsen, in F.J.L. Pennings (red.), *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer, 1996, p. 173.

B Nabestaanden

15.7 Pensioenvoorziening voor nabestaanden en wezen

De bestaanszekerheid van weduwen en wezen behoort tot de oudste verworvenheden van de sociale verzekering. Vroeger immers voerde de ontijdige dood van de man, die bijna steeds de kostwinner was, de meeste gezinnen tot behoeftigheid.
Vandaar dat, tegelijk met de invoering van een verplichte verzekering bij ouderdom en invaliditeit, ook een verzekering voor weduwen en wezen tot stand kwam (1919). Dit was een werknemersverzekering. In 1959 werd zij vervangen door een volksverzekering, de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW). Door de maatschappelijke veranderingen, zoals het teruglopend kindertal en de grotere deelname van vrouwen aan het arbeidsproces, werd het zegenrijke van de AWW minder evident. Bovendien ging de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen en tussen gehuwden en samenwonenden steken.[27] Uiteindelijk werd in 1996 de AWW vervangen door de Algemene nabestaandenwet (Anw).[28] Gelet op de veranderingen in de rollen- en samenlevingspatronen komen krachtens de Anw veel minder nabestaanden voor een uitkering in aanmerking dan onder de vroegere AWW het geval was.[29]

15.8 Nabestaandenuitkering

In tegenstelling tot de vroegere AWW komen alleen nog de oudere nabestaanden (geboren vóór 1 januari 1950) zonder meer voor een Anw-uitkering in aanmerking.
Nabestaanden die na die datum geboren zijn, komen alleen maar voor een nabestaandenuitkering in aanmerking voor zolang ze arbeidsongeschikt zijn of kinderen beneden de 18 jaar te verzorgen hebben (art. 14).

Het recht op uitkering eindigt indien niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden voor uitkering, de nabestaande trouwt of gaat samenwonen of indien deze 65 jaar wordt (art. 16).

Als nabestaande beschouwt de Anw de echtgenoot c.q. partner van degene die op de dag van overlijden verzekerd is op grond van deze wet. Dat zijn in beginsel alle ingezetenen. Ongehuwd samenwonenden worden met echtgenoten gelijk gesteld (artt. 1, 3).

De nabestaandenuitkering bedraagt 70% van het minimumloon, het sociaal minimum voor alleenstaanden (art. 17). De nabestaandenuitkering wordt gekort met het bedrag van ander inkomen dat de nabestaande

27 Vg. CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989/67 en CRvB 28 februari 1990, *PS* 1990, 388.
28 Wet van 21 december 1995, *Stb.* 1995, 690; zie L.L. Geleijnse en A.P.G. Jonkers, De Algemene nabestaandenwet, Deventer, 1996.
29 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend Socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 161.

geniet, waarbij een bepaald minimum buiten beschouwing mag blijven (art. 18).

Net als de AOW biedt de Anw dus hooguit een uitkering op het niveau van het sociaal minimum. Willen de nabestaanden van de beter betaalden niet fors terugvallen in inkomen, dan zal er voor hen een aanvullende pensioenvoorziening moeten zijn getroffen. In feite bieden de meeste pensioenfondsen in bedrijfstakken en ondernemingen en ook de meeste private pensioenverzekeraars tegelijk met het ouderdomspensioen ook een nabestaandenpensioen aan. Ook levensverzekeringsmaatschap-pijen bewegen zich veelvuldig op deze markt.

Krachtens overgangsrecht zijn de eenmaal toegekende AWW-pensioenen in stand gebleven, maar worden deze vanaf 1 januari 1998 wél gekort als er ander inkomen is. Dit heeft soms tot een grote inkomensachteruitgang voor betrokkenen en navenant ongenoegen geleid.[30]

15.9 Halfwezen- en wezenuitkering

Voorts kent de Anw een halfwezen- en een wezenuitkering.
Recht op de *halfwezenuitkering* heeft de nabestaande die een ongehuwd kind heeft dat jonger is dan 18 jaar en niet tot het huishouden van een ander behoort. De uitkering duurt tot het kind 18 jaar is, de nabestaande 65 jaar wordt of het kind wordt geadopteerd door de echtgenoot van de ouder. De hoogte van de halfwezenuitkering bedraagt 20% van het minimumloon (artt. 22-25 Anw).

Recht op een *wezenuitkering* heeft een kind dat door het overlijden van een verzekerde ouderloos is geworden en dat:
- jonger is dan 16 jaar of
- tussen de 16 en 21 jaar is en studeert of het huishouden verzorgt of
- tussen de 16 en 18 jaar is en arbeidsongeschikt.

De wezenuitkering eindigt indien niet meer aan deze voorwaarden is voldaan of het kind is erkend of geadopteerd. De wezenuitkering bedraagt, afhankelijk van de leeftijd van de wees, tussen de 32 en 64% van de nabestaandenuitkering (artt. 26-29 Anw). De wezenuitkering wordt betaalbaar gesteld aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind.

Ten slotte kent ook de Anw een vakantie-uitkering (artt. 30-32 Anw).

30 Vgl. *SMA* 1996, p. 75; een kleine 'reparatie' is inmiddels voorgesteld, zie Kamerstukken 25 900.

C *Kinderen*

15.10 Doel van kinderbijslag

In vele samenlevingstypen is de financiële zorg voor het grootbrengen van kinderen uitsluitend een zaak van de ouders. In de moderne westerse wereld is men zich echter op het standpunt gaan stellen dat ook de samenleving als geheel in deze een zekere medeverantwoordelijkheid heeft te dragen. In tal van landen heeft dit geleid tot stelsels van kinderbijslag.
Soms worden die door de overheid gehanteerd als demografisch instrument – men wil er een vergroting of verkleining van het kindertal mee stimuleren, omdat men de bevolking te klein respectievelijk te groot vindt. In Nederland gebeurt dat niet, al wordt dit argument wel eens gehoord in discussies over demografische ontwikkelingen. In ons land wordt de kinderbijslag louter gehanteerd als inkomenspolitiek instrument. Een gezin met kinderen heeft minder armslag dan een gezin zonder kinderen. Door een systeem van kinderbijslagen kan dit onderscheid worden verzacht.
Wettelijke kinderbijslagen voor werknemers verschenen in Nederland voor het eerst kort voor de Tweede Wereldoorlog. Het thans geldende stelsel, dat de gehele bevolking omvat, is neergelegd in de Algemene Kinderbijslagwet (AKW).[31]

15.11 Verzekerden en rechthebbenden AKW

Recht op kinderbijslag hebben de ouders/verzorgers van:
a. kinderen jonger dan 16 jaar die tot hun huishouden behoren;
b. studerende, arbeidsongeschikte of werkloze kinderen tussen 16 en 18 jaar die door hen in belangrijke mate worden onderhouden.

Dat studeren moet minstens 213 klokuren per kwartaal in beslag nemen; bovendien bestaat het recht niet als er recht is op studiefinanciering; de arbeidsongeschiktheid moet meer dan 55% betreffen en 'werkloze' kinderen moeten voldoen aan een hele reeks van voorwaarden, wil er recht op kinderbijslag voor hen bestaan (art. 7).

Men kan slechts kinderbijslag ontvangen voor zijn of haar eigen kinderen, aangehuwde kinderen (= stiefkinderen) en pleegkinderen (kinderen 'die als eigen kinderen worden onderhouden en opgevoed' (art. 7). [32]
Bij eigen en aangehuwde kinderen onder de 16 jaar die tot het huishouden van verzekerde behoren wordt ervan uitgegaan dat deze hen ook minstens in belangrijke onderhoudt. Dit hoeft dus niet te worden aange-

31 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend Socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 165.
32 CRvB 8 januari 1974, *RSV* 1974/216; CRvB 6 november 1984, *RSV* 1985/56; CRvB 6 december 1985, *RSV* 1986/113; CRvB 4 maart 1987, *RSV* 1987/206; CRvB 15 juni 1988, *RSV* 1989/41; CRvB 6 september 1989, *RSV* 1990/150; CRvB 21 november 1990, *RSV* 1991/262.

toond.[33] Dat laatste moet wel gebeuren ten aanzien van de andere kinderen, zoals pleegkinderen en kinderen die niet tot het huishouden behoren, maar waarvan verzekerde beweert dat ze zijn kinderen zijn en dat hij hen in belangrijke mate onderhoudt. Dit komt vaak voor bij buitenlandse werknemers van wie kinderen in het land van herkomst zijn achtergebleven.

Omdat beide ouders eventueel aanspraak kunnen maken op kinderbijslag voor dezelfde kinderen, zijn er regels gesteld ter voorkoming van dubbele rechten.[34] Deze regels zijn ook van belang ingeval de ouders uit elkaar zijn gegaan. De kinderbijslag wordt primair betaalbaar gesteld aan degene die als eerste voor de verzorging van het kind verantwoordelijk is.[35]
Voor het verzekerd zijn krachtens de AKW is de situatie op de eerste dag van het kwartaal beslissend. Dat geldt ook voor het aantal kinderen waarvoor recht op kinderbijslag bestaat (art. 11 AKW).
De kinderbijslag hoeft – anders dan vroeger – niet meer periodiek te worden aangevraagd. Men krijgt het, na eerste aanvrage, voortaan vanzelf toegekend. Het uitvoeringsorgaan reageert zelf op mutaties, al blijft er ook de plicht bestaan voor de betrokkene om relevante mutaties door te geven (art. 15 AKW). Op het niet nakomen daarvan staan boetes (artt. 17a e.v.)

15.12 Bedrag van de kinderbijslag

De wetgever heeft de kinderbijslag uitgedrukt in bedragen per kwartaal, uiteenlopend van ca. *f* 300,– tot *f* 500,– per kind. Het juiste bedrag varieert naar gelang de leeftijd van het kind (artt. 12 en 13 AKW).
Kinderen die buiten het huishouden verblijven worden voor twee kinderen geteld, als ze tussen 16 en 18 jaar zijn en ook niet tot andermans huishouden behoren. Idem als ze jonger zijn, maar in verband met opleiding of arbeidsongeschiktheid buiten het gezin van de verzekerde verblijven (art. 7, lid 3 AKW). Vereist is dan wél dat het kind *grotendeels* op kosten van de verzekerde wordt onderhouden.

De onderhoudssituatie wordt gemeten over de lengte van het voorafgaande kwartaal.[36]
Voor de begrippen 'in belangrijke mate' en 'grotendeels' bestaan verfijnde regelingen (art. 7-10)[37] en rechtspraak.[38]

33 Al moet die vooronderstelling wel wijken voor een andersluidende realiteit, zie CRvB 9 april 1987, *RSV* 1987/226.
34 Art. 18, lid 2 AKW en KB 20 december 1991, *Stb.* 756.
35 Vgl. CRvB 4 maart 1987, *RSV* 1987, 206; over opvordering door derden zie Ktg. Zaandam 7 februari 1991, *NJ* 1991, 658.
36 CRvB 18 september 1984, *RSV* 1985/47; CRvB 7 februari 1986, *RSV* 1986/196.
37 Zoals het jaarlijkse besluit over het bedrag dat het kind nog bijverdienen zonder dat dit op de kinderbijslag in mindering wordt gebracht. Thans bedraagt dit ca. *f* 1600,– per jaar netto.
38 CRvB 1 februari 1983, *RSV* 1983/117.

16

De zorgzame samenleving

A Zorgverzekering

16.1 Structuur van de verzekering tegen ziektekosten

De ziektekosten vormen een van de meest onberekenbare risico's van het menselijk bestaan. Zij kunnen zelfs praktisch onbetaalbaar worden. Denk aan langdurig verblijf in een ziekenhuis. Vandaar dat de verzekering tegen ziektekosten tot de oudste en meest ontwikkelde facetten van de sociale zekerheid behoort. Maar juist ook tot die facetten waar de private verzekeringen tot de grootste concurrenten behoren van de wettelijke sociale verzekering.
In bijna alle westerse landen is dit uitgemond in een gemengd systeem. Aan de basis liggen wettelijk geregelde voorzieningen; de aanvulling moet komen van vrijwillige voorzieningen die men particulier treft.

In Nederland ziet het stelsel[1] er aldus uit:

a. Voor werknemers met een inkomen onder een bepaalde loongrens en hun afhankelijke gezinsleden wordt in ziektekosten voorzien door een verplichte verzekering: de Ziekenfondswet (ZFW).
b. Wie daar niet onder valt kan zich verzekeren bij particuliere ziektekostenverzekeraars.
c. In de kosten van voornamelijk zware geneeskundige risico's voorziet de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), een volksverzekering voor de gehele bevolking. Het betreft hier langdurig verblijf in verpleeginrichtingen en dergelijke.

Dit stelsel, uitgekristalliseerd in de jaren zestig, wordt op vele punten als onbevredigend ervaren. Onder meer omdat het leidt tot verschillen in lasten, die moeilijk te rechtvaardigen zijn en omdat het te weinig prikkels geeft tot beheersing van de kosten van de gezondheidszorg. Diverse malen hebben Nederlandse kabinetten gepoogd het stelsel fundamenteel

1 A.H.J. Lugtenberg/J.M. van der Most/J.L.P.G. van Thiel, *Het recht van de ziekenfonds- en bijzondere ziektekostenverzekering*, Deventer 1988.

te vernieuwen maar uiteindelijk is men niet verder gekomen dan een reeks deelaanpassingen.[2]

16.2 De verstrekkingen van AWBZ en ZFW

Zoals gezegd ging het bij de AWBZ traditioneel om kosten die voor bijna niemand meer zelfstandig te dragen zijn en waarvoor ziekenfondsen of particuliere verzekeraars haast geen betaalbare dekking konden aanbieden, zoals een ziekenhuisopname van langer dan een jaar of het verblijf in een verpleegtehuis of een inrichting voor gehandicapten. Ook de kosten van verzorging in een bejaardenhuis, de kosten voor hulp bij een Regionale Instelling voor Ambulante Geestelijke Gezondheidszorg (RIAGG) en via het kruiswerk worden ten laste van de AWBZ gebracht.
Daarnaast dekt de AWBZ voorzieningen in de sfeer van de preventieve gezondheidszorg, zoals vaccinaties en onderzoek naar het voorkomen van aangeboren stofwisselingsziektes. Ook zwangerschapsonderbreking wordt vergoed uit de AWBZ.

De Ziekenfondswet dekte van oorsprong de minder zware geneeskundige risico's. Nu vallen daar nog steeds onder: huisartsen- en specialistenhulp, het verstrekken van geneesmiddelen, de opname in een ziekenhuis korter dan een jaar, kraamzorg en – onder voorwaarden – fysiotherapie en taxivervoer.
Een en ander is gespecificeerd in het Verstrekkingenbesluit Ziekenfondsverzekering.[3]

Om voor vergoeding in aanmerking te komen dient een bepaalde verstrekking uitdrukkelijk in het verstrekkingenpakket van de AWBZ[4] of ZFW te zijn opgenomen. Dit luistert zeer nauw. Zo wordt verloskundige hulp alleen vergoed als die verleend is door een verloskundige en niet door de huisarts (tenzij daarvoor medische gronden bestonden).[5]
Daarnaast heeft in de loop der jaren de rechtspraak voor verdere verduidelijking gezorgd. Wanneer aanspraak wordt gemaakt op nieuwe geneesmiddelen of op nieuwe vormen van therapie vraagt de rechter zich af of hij te doen heeft met 'een naar de stand van de medische wetenschap en praktijk in Nederland adequate behandeling'.[6] Zo opende de rechtspraak de mogelijkheid van vergoeding van homeopathische en antroposofische geneesmiddelen uit het ziekenfondspakket.[7] De wetgever maakte dat daarna weer ongedaan.[8]

2 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 173-191.
3 Art. 8 ZFW en KB 4 januari 1966, *Stb.* 3.
4 Besluit Zorgaanspraken Bijzondere Ziektekostenverzekering, *KB* 20 november 1991, *Stb.* 590; vgl. Cie. Beroepsz. ZFR 21 februari 1991, *RZA* 1991, 64.
5 Vgl. CRvB, *RZA* 1992, 70.
6 CRvB 9 maart 1987, *RZA* 1987, 119.
7 CRvB 12 juli 1977, *RZA* 1977, 77.050.
8 Vgl. *Stcrt.* 2 juni 1993, 101.

Vooral door de werking van internationale normen[9] kan de verzekerde tegenwoordig verstrekkingen vragen die – als zij in Nederland niet voldoende voorhanden zijn – in het buitenland genoten moeten worden (bijv. een open-hartoperatie). Het is afhankelijk van de omstandigheden of ziekenfondsen verplicht zijn die te vergoeden.[10]
De verstrekkingen geschieden hoofdzakelijk in natura: de verzekerde krijgt ze van de artsen, ziekenhuizen, fysiotherapeuten en apothekers. Deze laatsten ('medewerkers' van het ziekenfonds) krijgen hun dienstverlening op declaratiebasis en binnen de kaders van gemaakte overeenkomsten vergoed door de ziektekostenverzekeraar.

16.3 Voorrangsregels

Nu AWBZ en ZFW naast elkaar bestaan en in aanmerking nemend dat er ook nog voorzieningen en verstrekkingen mogelijk zijn krachtens de Wet Reïntegratie arbeidsgehandicapten (Wet Rea) (zie par. 13.14), de Wet Voorzieningen Gehandicapten (WVG) (zie par. 16.16) en de Abw (zie par. 16.10), moet men acht slaan op de voorrangsregels die de wetgever heeft gesteld:
- eerst AWBZ, dan ZFW (art. 8, lid 1 ZFW);
- eerst AWBZ/ZFW, dan pas de voorzieningen krachtens de Wet Rea en WVG;
- als allerlaatste: de Abw (zie par. 16.6).

16.4 Vrije artsenkeuze

De verzekerden krachtens de ZFW en de AWBZ wordt een grote vrijheid gelaten in de keuze van de medische hulpverlener en van de instelling van gezondheidszorg.[11] Maar ook artsen hebben de vrijheid patiënten al of niet aan te nemen. Het overnemen van patiënten wordt echter soms als niet-collegiaal gezien en dat kan in kleinere plaatsen de vrije artsenkeuze van patiënten praktisch nog wel eens beperken. Een van de weinige eisen die gesteld kunnen worden is dat de betreffende hulpverlener/instelling in de omgeving van de betrokkene gevestigd is en een 'medewerkerscontract' heeft met het ziekenfonds of de ziektekostenverzekeraar (artt. 9 ZFW en 10 AWBZ). Maar als hierdoor de vrije keuze praktisch wordt uitgesloten kan in bijzondere gevallen zelfs deze eis niet gesteld worden.

9 EG-Vrordening 1408/71, art. 21, als uitgelegd door het HvJ EG 16 maart 1978, *Jur.* 1978, p. 825 en HvJ EG 31 mei 1979, *Jur.* 1979, p. 1977 (Pierik I en II).
10 Vgl. diverse uitspraken in *RZA* 1990, nr. 6 en *RZA* 1990, nr. 43.
11 Vgl. CRvB 12 april 1990, *RZA* 1990, 123.

16.5 Bijzonderheden bij de kring der verzekerden in de Ziekenfondswet

Vertrekpunt voor de kring der verzekerden van de Ziekenfondswet is die van de Ziektewet (Art. 3, lid 1 ZFW), dus, grofweg gesproken: de werknemers (zie voor verfijningen par. 17.8).
Maar als belangrijke beperking daarop is meteen gegeven dat slechts de werknemers verzekerd zijn, wier jaarloon de *f* 62.200,– per jaar niet te boven gaat. Voor de bepaling van het jaarloon worden alle inkomsten uit arbeid of uitkering van de betrokkene samengeteld.[12] Peildatum is 1 november.

Voorts zijn verzekerd de ontvangers van periodieke uitkeringen krachtens Anw, Abw, enz., een aantal VUT-gerechtigden, een aantal groepen 65-plussers, enz.[13]

Specifiek voor de ZFW is dat de verzekering ook van toepassing is op de gezinsleden van de werknemer; zij zijn gratis medeverzekerd, behalve als zij zelf werknemer zijn (want dan zijn ze uit eigen hoofde verzekerd).[14]
Onder gezinsleden worden verstaan:
- de echtgenoot of partner, jonger dan 65 jaar, behorend tot het huishouden van een verzekerde die als kostwinner is aan te merken, dat wil zeggen wiens loon minstens de helft van het gezinsinkomen bedraagt;
- de kinderen (in de zin van de AKW, zie par. 15.11) die ofwel tot het huishouden van de verzekerde behoren dan wel in belangrijke mate door verzekerde worden onderhouden.

De werknemer moet zich aanmelden bij het ziekenfonds van zijn woonplaats (art. 5 ZFW).
De kring der verzekerden van de AWBZ is zoals die van de andere volksverzekeringen (zie par. 17.9).

B Bijstand

16.6 De Abw als vangnet

Het sluitstuk van de sociale zekerheid wordt gevormd door de Algemene bijstandswet (Abw). In 1963 verving deze de Armenwet (1854/1912).[15] In 1996 werd een volledig heringerichte Abw ingevoerd.[16]

12 Zie voor het loonbegrip ZFW: art. 3, lid 4 ZFW jo. en 3 december 1972, *Stb.* 747; voorts CRvB 29 mei 1960, *RSV* 1960/201.
13 Zie het Aanwijzingsbesluit Verplicht verzekerden Ziekenfondswet van 23 december 1965, *Stb.* 638.
14 Zie art. 4 ZFW en de Regeling Medeverzekering Ziekenfondsverzekering, Besluit Staatssecretaris WVC 4 november 1987, *Stcrt.* 1987, 221.
15 Vgl. F. Noordam, *Sociaal Bestuursrecht*, deel 6-3, Alphen aan den Rijn/Brussel 1984; R. Holtmaat, *Recht op Bijstand*, Zwolle 1992.

De vroegere armenzorg was liefdewerk, een gunst, vrij willekeurig uitgedeeld door kerken, andere particuliere organisaties, dan wel de overheid. Tegenwoordig is het ontvangen van bijstand een recht ten opzichte van de overheid van elke Nederlander die niet in het bestaan kan voorzien. Het is erkend als grondrecht (art. 20, lid 3 Grondwet). Recht op bijstand bestaat indien iemand in zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te raken dat hij niet beschikt over de middelen om te voorzien in de noodzakelijke kosten van het bestaan (art. 7 Abw).
Het recht op bijstand kan echter pas als laatste redmiddel ingeroepen worden. De eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien staat voorop. Daarom wordt verwacht dat betrokkene alle andere inkomens die hij ontvangt eerst benut ('inkomenstoets') en indien hij over een eigen vermogen beschikt, eerst dat aanspreekt ('vermogenstoets'). In dit opzicht wijkt de bijstand af van de socialeverzekeringsregelingen die meestal niet naar het vermogen kijken. Door dit aspect staat de bijstand ook ver af van het idee van een 'basisinkomen' dat in de sociaal-politieke discussie nogal eens wordt bepleit.[17]
Bij de inkomens- en vermogenstoets wordt ook de positie van de echtgenoot/samenwoonpartner in aanmerking genomen (art. 13 Abw). Hierdoor staat de bijstand ver af van de eerder besproken socialezekerheidsregelingen die veel meer (zo niet volledig) zijn 'geïndividualiseerd'.

Ten slotte moet nog gekeken worden of betrokkene bepaalde lasten die hem zwaar vallen, niet op andere manieren kan bestrijden zoals via huursubsidie, voorzieningen Wet Rea (zie par. 13.14) en WVG (zie par. 16.16)[18], enz. Ook moet worden nagegaan of er aanspraak bestaat op uitkeringen uit de sociale verzekeringen, de Wet Studiefinanciering, de Regeling Opvang Asielzoekers enz. Zo werd een verzoek om bijstand afgewezen:
- van iemand die op herhalingsoefening moest, aangezien het Rijk in die situaties gratis kost en inwoning verschaft, plus een wedde[19] en
- van een gedetineerde met weekendverlof, aangezien het Ministerie van Justitie daarvoor een vergoeding biedt.[20]

Pas als al die 'voorliggende voorzieningen' geen soelaas bieden is er recht op bijstand (vgl. artt. 6c jo. 17 Abw). De bijstand is door de wetgever bedoeld als een 'laatste (inkomens)voorziening' en juist door dit aspect

16 *Stb.* 1995, 199, 691; J.L.M. Schell, *De Algemene bijstandswet*, Deventer 1995; F.J. van Woerden, *De nieuwe Abw*, 's-Gravenhage 1995; W.F.A. Eiseling, *Teksten en toelichting op de nieuwe Abw*, Lelystad 1995; *PS-special* 1995, nr. 15; J.A.H. Bron, *De Abw, vernieuwing of afbraak*, Den Haag 1995; F.M. Noordam, *De Algemene bijstandswet in hoofdlijnen*, Lelystad 1996; A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 121-134.

17 G.J.J. Heerma van Voss, De nieuwe Abw: een tussenstap, geen keerpunt, *NJB* 1996, p. 10.

18 Vgl. RvS AG 16 oktober 1972, *NJ/AB* 1974, 199.

19 Vgl. RvS AG 28 februari 1992, *PS* 1992, 329; vgl. ook RvS AG 13 maart 1990, *PS* 1990, 326; zie voor de relatie tussen ABW en militaire dienstplicht in Turkije, *PS* 1992, p. 21.

20 Vgl. RvS AG 23 december 1991, *PS* 1992, 130 en 8 oktober 1992, *PS* 1993, 234.

wordt de bijstand wel 'het sluitstuk' van ons socialezekerheidsstelsel genoemd. Niettemin maken een half miljoen personen in Nederland van dit sluitstuk gebruik. Het gaat hierbij onder meer om (langdurig) werklozen die geen recht (meer) hebben op WW, om gescheiden vrouwen die voor kinderen zorgen en om anderen die buiten de boot van de overige sociale zekerheid vallen.

16.7 De structuur van de bijstandswetgeving

De wet zegt dat bijstand wordt verleend in de 'noodzakelijke kosten van het bestaan' en dat de bijstand wordt 'afgestemd op de omstandigheden, mogelijkheden en middelen' van persoon en gezin (artt. 7 en 13 Abw). Aanvankelijk werd de bijstand sterk individueel bepaald. Bij het toenemende beroep dat op bijstand werd gedaan, steeg de behoefte aan meer rechtsgelijkheid en objectivering. De normen werden gestandaardiseerd, eerst in uitvoeringsbesluiten, thans in artikel 29 e.v. Abw.

Hierdoor is de Abw op twee gedachten gaan hinken: enerzijds dient de bijstand zoveel mogelijk afgestemd te zijn op het afzonderlijke geval, anderzijds wél volgens zo objectief mogelijke criteria.
Heeft de objectiveringsgedachte het dus in de praktijk gewonnen van de op het individu toegespitste bijstandsverlening, toch is er naast dit 'confectiewerk' nog enig 'maatwerk' gebleven: de mogelijkheid om bijstand te krijgen in de bijzondere noodzakelijke kosten van het bestaan (zie par. 16.10).
In nog een ander opzicht is de Abw ambivalent: de gemeente speelt een grote rol bij de uitvoering van de bijstandsverlening, maar de wijze waarop aan die uitvoering gevolg moet worden gegeven wordt vooral door landelijke normen bepaald. Omdat het echter steeds moeilijker wordt om op de vele verschillende samenlevingsvormen uniforme criteria toe te passen, heeft de wetgever de gemeenten in 1996 weer wat meer beleidsruimte gegeven.
Belangrijk in de wet van 1996 is ook de doelstelling om meer de nadruk te leggen op de 'uitstroom' uit de bijstand en op de verscherping van de fraudebestrijding. De gemeenten moeten steeds preciezer rapporteren over de uitvoering en concrete plannen maken om aan deze doelstellingen te voldoen.

16.8 Rechthebbenden

De Algemene bijstandswet stelt voorop dat het recht op bijstand geldt voor 'iedere' Nederlander die zich hier te lande[21] bevindt. Met een Nederlander is gelijkgesteld de vreemdeling die rechtmatig in Nederland verblijf houdt (art. 7 Abw).

21 Nederland omvat daarbij niet de Nederlandse Antillen en Aruba, zie Vz. RvS AG 27 oktober 1992, *NJB* 1993, p. 3.

Geen recht op bijstand hebben gedetineerden, dienstplichtigen, stakers (en werkwilligen die door een staking niet kunnen werken), personen die langdurig in het buitenland verblijven en minderjarigen. Verder kan nog slechts in een beperkt aantal gevallen een beroep op algemene bijstand worden gedaan door jongeren tot 21 jaar (artt. 9 en 10 Abw).[22]
Aan personen die geen recht op bijstand hebben, kan indien zeer dringende redenen daartoe noodzaken toch bijstand worden verleend. Ten aanzien van vreemdelingen die geen geldige verblijfstitel hebben is die mogelijkheid echter zeer beperkt.[23]

Het recht op bijstand is weliswaar individueel geformuleerd, in de praktijk speelt de afstemming op het gezin een belangrijke rol. Onder gezin wordt daarbij verstaan de gehuwden/samenwonenden samen met hun eventuele kinderen en de alleenstaande ouder met kinderen (artt. 4 en 13 Abw). Dit is te herleiden tot een beginsel van het civiele recht, de onderhoudsplicht van de echtgenoten voor elkaar en voor hun minderjarige kinderen (artt. 1:81 en 1:392 BW).[24]
Het recht op bijstand komt de gehuwden gezamenlijk toe, tenzij één van de echtgenoten geen recht op bijstand heeft. Er bestaat geen zelfstandig recht op bijstand voor de beide echtgenoten afzonderlijk. Wél kan bijstand worden verleend zodra de echtelieden feitelijk uit elkaar zijn gegaan (door scheiding, opname partner in verzorgingshuis, gevangenis e.d.).
Ongehuwd samenwonenden zijn met gehuwden gelijkgesteld (art. 3 Abw), ondanks het feit dat hiervoor de genoemde onderhoudsplicht uit het BW niet geldt en ongeacht of de betrokkenen zich ten opzichte van elkaar tot onderhoud hebben verplicht. Mede teneinde misbruik tegen te gaan is de feitelijke situatie bepalend. Het gaat daarbij – zoals in de andere socialezekerheidsregelingen (zie par. 12.7) – om alle vormen van samenleving van volwassenen van verschillend of van hetzelfde geslacht (behalve die van bloedverwanten in de eerste graad), die duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren. Van dat laatste is sprake als twee personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben en zij blijk geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins (art. 3 Abw). Het al dan niet aanwezig zijn van een affectieve relatie is daarbij niet van belang.
Deze gelijkstelling van niet-huwelijkse samenlevingsvormen met de huwelijkse staat maakte de Algemene bijstandswet enorm fraudegevoelig, schiep voortdurend spanningen met het recht van de burgers op privacy[25] en maakte de controle op de bijstandsverlening tot een uitermate delicate zaak.[26] Daarom heeft de wetgever in 1996 de bewijslast voor het al dan

22 Met name vanwege het bestaan van het Jeugdwerkgarantiewet (zie par. 2.4) en omdat in beginsel de ouders onderhoudsplichtig blijven voor hun kinderen tot de 21-jarige leeftijd toe.
23 Wet van 26 maart 1998, *Stb.* 203; Kamerstukken 24 233 (de zgn. koppelingswet); vgl. K. Wentholt, *SMA* 1995, p. 562.
24 W.H.A.C.M. Bouwens, *Onderhoudsplicht en bijstand*, diss. Nijmegen, 1996.
25 R. Holtmaat in *SMA* 1995, p. 276.

niet aanwezig zijn van een samenleef-situatie voor een flink stuk naar de aanvragers verschoven via de nieuwe uitkeringsystematiek (zie 16.9) en een reeks wettelijke aanwijzingen (art. 3, lid 4 Abw).

Bijstand wordt verleend door de gemeente waar de persoon of het gezin zich bevindt (art. 14).[27] Dit behoeft niet altijd de woonplaats te zijn. Zo kan een vrouw die opgenomen is in een blijf-van-mijn-lijf-huis, buiten haar woonplaats toch aanspraak maken op een bijstandsuitkering in de plaats waar het opvanghuis is gevestigd.
Aan de beslissing tot bijstandsverlening gaat een uitvoerig onderzoek naar van belang zijnde omstandigheden vooraf (art. 66 e.v. Abw). Bij periodieke uitkeringen wordt regelmatig een heronderzoek gedaan om te bepalen of de uitkering kan worden voortgezet. De uitkeringsgerechtigde is in dat kader, maar ook los daarvan, verplicht om omstandigheden die het recht op uitkering kunnen wijzigen onmiddellijk te melden aan de uitkerende instantie (art. 65 Abw).
Bijstand wordt in het algemeen eerst verstrekt met ingang van de datum waarop deze is aangevraagd. Behoudens uitzonderlijke gevallen[28] wordt geen bijstand verleend teruggaande op een datum voorafgaand aan de aanvraag.[29] Ook beëindiging van de bijstand zal in het algemeen niet met terugwerkende kracht kunnen. Ten onrechte verleende bijstand kan teruggevorderd worden (zie par. 18.13).

16.9 De algemene bijstand

De algemene bijstand is de bijstand ter voorziening in de algemeen noodzakelijke kosten van het bestaan. Deze is wettelijk genormeerd (art. 29 e.v. Abw). De normen houden in:
- voor een echtpaar/samenwonend stel (met of zonder kinderen) 100% van het voor hen geldende minimumloon (ca *f* 2000,– netto per maand voor boven 23-jarigen),
- voor een alleenstaande 50% van het minimumloon (*f* 1000,– metto voor boven 23-jarigen), en
- voor een alleenstaande ouder 70% van het minimumloon (*f* 1200,– netto voor boven 23-jarigen).

In deze bedragen is een vakantietoeslag van 5,1% al inbegrepen (art. 26, lid 3 Abw).
Voor personen beneden 21 jaar en bij verblijf in een inrichting gelden lagere bedragen (artt. 30 en 31 Abw).

26 Vgl. HR 20 maart 1992, *RN* 1992, 280; betrokkene kon de gemeente aanspreken voor een vergoeding van geleden immateriële schade.
27 Een uitzondering wordt gemaakt voor personen in verpleeginrichtingen; hun moet bijstand worden verleend door de gemeente, waar betrokkene zich voor de opname het laatst bevond (art. 18 Abw).
28 Vgl. RvS (AG) 11 januari 1991, *JABW* 1991, 66.
29 Vgl. RvS (AG) 24 juni 1991, *JABW* 1991, 219.

De voorafgaande bedragen wijken in zoverre af van het doorgaans gebruikelijke niveau van het sociaal minimum (zie par. 12.7), dat alleenstaanden en alleenstaande ouders zo op het eerste gezicht 20% van dat sociale minimum tekort komen. Maar dat bedrag kunnen zij er geheel of gedeeltelijk bijkrijgen, wanneer ze hogere algemeen noodzakelijke kosten van het bestaan hebben 'als gevolg van het niet of niet geheel kunnen delen van deze kosten met een ander' (art. 33 Abw).
Een systematiek die de wetgever heeft gekozen om bijstandsfraude via verheimelijkt samenwonen terug te dringen.
Om diezelfde reden is bepaald dat voor gehuwden de uitkering juist verlaagd kan worden als ze lagere algemeen noodzakelijke kosten van het bestaan hebben 'als gevolg van het geheel of gedeeltelijk kunnen delen van deze kosten met een ander' (art. 34). Ook kan de bijstandsnorm of de toeslag worden verlaagd wegens het niet hebben van woonkosten (krakers) of omdat een opleiding net is beëindigd (artt. 35 en 36 Abw).
Bovendien kan voor alleenstaanden tussen de 21 en de 23 jaar de toeslag worden verlaagd om hen te prikkelen arbeid te aanvaarden.
Gemeenten mogen zelf een beleid met betrekking tot deze toeslagen voeren dat op de plaatselijke situatie is afgestemd. Zij moeten de criteria echter in een verordening vastleggen, zodat objectivering toch noodzakelijk is.

16.10 De bijzondere bijstand

Bijstand in bijzondere kosten is mogelijk voor iedereen die zich incidenteel voor onvoorzien hoge lasten geplaatst ziet (artt. 6 en 39-41 Abw). Dus ook voor mensen die normaliter niet afhankelijk zijn van een bijstandsuitkering. In dat laatste geval wordt doorgaans wel een inkomens- en vermogenstoets toegepast.
Deze bijzondere bijstand wordt niet snel verstrekt. Er wordt namelijk van uitgegaan dat wie van een minimumloon of minimumuitkering moet leven, daaruit zaken als huur, voeding en kleding en dergelijke kan betalen, zelfs minder primaire levensbehoeften als telefoon en krant, en ook nog zoveel kan reserveren dat hij/zij de aanschaf of vervanging van duurzame gebruiksgoederen kan betalen. Ook de kosten van studie[30] en van schulden[31] moeten in beginsel bestreden kunnen worden uit de normbedragen.

De bijzondere kosten moeten te kwalificeren zijn als 'noodzakelijke kosten van het bestaan'. Men denke aan door ongelukken noodzakelijk geworden dringende aanschaf van huisraad, medische of maatschappelijke dienstverlening, voor zover die niet uit AWBZ, ZFW, Wet Rea en WVG vergoed wordt (zie par. 16.3).
In het verleden is er een hele jurisprudentie ontstaan over de vraag wat er allemaal wel en niet voor bijzondere bijstandsverlening vatbaar was.

30 Vgl. RvS (AG) 28 augustus 1990, *JABW* 1990, 269.
31 RvS (AG) 14 december 1990, *JABW* 1991, 32.

Die jurisprudentie is echter niet zonder meer toepasselijk, aangezien de wetgever de bijzondere bijstand recentelijk heeft hervormd.[32] De gemeenten hebben nu een veel grotere beleidsvrijheid gekregen om volgens eigen inzichten, in geval van behoeften en prioriteiten bijzondere bijstand te verlenen. Het instrument van de bijzondere bijstand wordt namelijk bij uitstek geschikt geacht om situaties van verpaupering en 'sociale uitsluiting' te bestrijden. Het gevolg is wél dat er zich in het verlenen van bijzondere bijstand van gemeente tot gemeente verschillen voordoen.[33]
De gemeenten zullen in beginsel de bijzondere bijstand verlenen op basis van een individuele beoordeling van de omstandigheden van de betrokkene, maar ze kunnen haar ook binnen bepaalde grenzen aan hele groepen tegelijk ('categoraal') verlenen (art. 39, lid 2).

16.11 De vorm en de aanvraag van de bijstand

Zowel de algemene bijstand als de bijzondere bijstand zal doorgaans 'om niet' worden verstrekt (art. 19). Dat betekent dat hij niet behoeft te worden terugbetaald (maar zie ook par. 18.13). In sommige gevallen, met name als het gaat om de aanschaf van duurzame gebruiksgoederen, kan de bijstand in de vorm van een geldlening worden gegeven (art. 21). Zelfstandigen kunnen incidentele bijstand krijgen ter voorziening in bedrijfskapitaal. Dit geschiedt in de vorm van een rentedragende lening.[34] Ingeval de procedure voor de aanvrager van bijstand lange tijd in beslag gaat nemen, kan een voorschot worden verstrekt (art. 25).
Om voor bijstand in aanmerking te komen moet als regel zelf een schriftelijk verzoek worden ingediend en wel (bij gezinsbijstand) door de echtgenoten gezamenlijk of door een van hen met schriftelijke toestemming van de ander (art. 67).

16.12 Middelentoetsing

Zoals gezegd wordt in principe geen bijstand verleend aan personen die zelf over een eigen vermogen of andere inkomsten[35] beschikken of wier echtgenoot of samenlevingspartner daarover beschikt (artt. 42-54 Abw).[36]
Op zichzelf is dit een logisch uitvloeisel van de filosofie die aan de Abw ten grondslag ligt. Het nadeel is wél dat de bijstandsgerechtigden zich permanent in een 'armoede-val' bevinden – zodra ze er ook maar iets bijverdienen of bijkrijgen, wordt dit op de bijstand gekort en dat blijkt

32 Wet van 26 juni 1991, *Stb.* 1991, 337.
33 Dergelijke verschillen zijn niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel, zie HR 26 oktober 1990, *NJ* 1991, 132.
34 Vgl. Besluit bijstandverlening zelfstandigen, *Stb.* 1995, 203.
35 Zie voor casuïstiek daarover bijv. KB 3 mei 1988, *JABW* 1989, 267 (alimentatie); RvS 20 augustus 1991, *JABW* 1991, 275 (afkoopsom wachtgelduitkering).
36 E. Dijt, *De middelentoetsing van de Algemene Bijstandswet*, Arnhem/Deventer 1993.

weinig bevorderlijk te zijn voor een loskomen uit de situatie van bijstandsafhankelijkheid. Daarom wordt als alternatief wel het idee van een zgn. basisinkomen (los van andere inkomens of vermogens) bepleit, maar daar wil de wetgever niet aan.

Om het rekening houden met vermogen en andere inkomens niet te ver te voeren, worden een bescheiden eigen vermogen (artt. 52 en 54 Abw), giften (art. 44 Abw) en geringe inkomsten uit arbeid (art. 43 Abw) vrijgelaten.
Voor de bewoners van een eigen woning blijft maximaal *f* 60.000,– buiten beschouwing (art. 20, lid 3 Abw). Ook dit bedrag is nog betrekkelijk laag, zodat het nog steeds voorkomt dat mensen 'hun eigen huis moeten opeten'. De pijn daarvan wordt verzacht, doordat bijstand kan worden verleend in de vorm van een krediethypotheek; men behoeft het huis dan niet te verlaten.

Behalve met het inkomen en vermogen van de bijstandsgerechtigde en diens echtgenoot of samenwonende partner wordt ook rekening gehouden met het 'kostgeld' dat meerderjarige inwonende kinderen inbrengen. De inkomsten uit arbeid en uitkeringen van inwonende kinderen tot 21 jaar blijven daarbij echter buiten beschouwing (art. 43, lid 2 onder f Abw). Wanneer een alleenstaande bijstandsgerechtigde gaat samenwonen, zal dit hoe dan ook gevolgen hebben voor de bijstandsuitkering – die wordt dan verminderd of helemaal ingetrokken, afhankelijk van de inkomens- en vermogenspositie van de partner.

16.13 Verplichtingen

Op degene die bijstand ontvangt, rust menige verplichting. Zo dient men de gemeente alle voor de bijstand benodigde informatie te verstrekken (artt. 65-66 Abw). Deze zogenaamde 'actieve informatieplicht' houdt onder andere in dat de gemeente spontaan alle informatie moet worden verschaft over inkomsten van de betrokkene zelf en van diens partner. Ook het verrichten van onbetaald werk moet aan de gemeente worden gemeld (art. 115 Abw).
Daarnaast moeten de gemeente ook andere verplichtingen opleggen (artt. 106-115 Abw), waarbij het met name gaat om meewerking aan de inschakeling in het arbeidsproces. De bijstandsgerechtigde moet naar vermogen trachten arbeid in dienstbetrekking te krijgen, zich als werkzoekende inschrijven, passende arbeid aanvaarden[37], aan scholing meewerken enz. In het geval van gehuwden/samenwonenden geldt de arbeidsverplichting voor ieder van hen (art. 113 Abw).
De alleenstaande ouder die kinderen jonger dan 5 jaar te verzorgen heeft, is van de arbeidsverplichting vrijgesteld.[38] Anderen kunnen om sociale redenen ontheffing worden verleend (art. 107 Abw).

37 Vgl. KB van 1 december 1995, *Stb.* 604 (Besluit passende arbeid schoolverlaters en academici).

16.14 Sancties

Tegen degene die zich niet aan de voorschriften van de Abw houdt, dient het gemeentebestuur een 'maatregel' te nemen in de vorm van een tijdelijk geheel of gedeeltelijk weigeren van de bijstand. De maatregel moet 'proportioneel zijn' en mag niet worden opgelegd als elke verwijtbaarheid ontbreekt. Als dringende redenen aanwezig zijn kan de gemeente van de maatregel afzien (art. 14 Abw).[39]

In overeenstemming met één der uitgangspunten van de Abw wordt nog al eens een 'strafkorting' toegepast, wanneer de betrokkene in de periode voorafgaand aan de bijstandsaanvrage 'tekortschietend besef van verantwoordelijkheid' heeft getoond (art. 14, lid 1 Abw).[40] Men moet daarbij denken aan gevallen van mensen die lichtvaardig hun vermogen hebben weggeschonken of die onvoldoende reserveringen gemaakt hebben,[41] aan gevallen waarin mensen zich onvoldoende verzekerd hebben, bijvoorbeeld tegen ziektekosten[42] of brandschade[43] of verwijtbaar werkloos zijn geworden (zie par. 14.9).

Daarnaast zijn administratieve boeten (artt. 14a-14f Abw) én sancties gesteld op verwijtbare nalatigheid bij het verstrekken van inlichtingen (artt. 141-142 Abw). Als een boete is opgelegd kan geen strafvervolging meer worden ingesteld (art. 142a Abw).

Voor terugvordering en verhaal van bijstand zie par. 18.13.

16.15 Wet inkomensvoorziening kunstenaars

Vanouds vormt de bijstandsverlening aan kunstenaars een bijzondere zorg. In 1998 werd een nieuwe regeling voor deze groep tot stand gebracht, de Wet inkomensvoorziening kunstenaars (Wik).[44] Volgens deze regeling kunnen (alleenstaande) kunstenaars van het gemeentebestuur een maandelijks bedrag krijgen van 70% van de voor hen geldende bijstandsnorm als basis en mogen dan tot een maximum van 125% van die norm bijverdienen voordat die gekort worden op de uitkering. Bovendien mogen ze *f* 5000 à *f* 10000 beroepskosten aftrekken van hun bijverdiensten. Kunstenaars kunnen binnen een periode van tien jaar gedurende vier jaar gebruik maken van deze regeling.

38 K. Wentholt, *SMA* 1996, p. 248; J.H.P.G. Wielders, De arbeidsplicht in minimumbehoefteregelingen, in *De Leede-bundel*, p. 487.
39 Vgl. KB van 19 juni 1996, *Stb.* 1996, 360 (Maatregelenbesluit Abw, Ioaw en Ioaz).
40 Voor dit criterium KB 10 februari 1981, *JABW* 1981, 147.
41 Vgl. RvS AG 28 juni 1988, *JABW* 1988, 335.
42 Vgl. Ktg. Amsterdam 24 april 1986, *JABW* 1986, 233.
43 Vgl. KB 12 juli 1986, *JABW* 1986, 142.
44 Wet van 22 januari 1998, *Stb.* 59.

16.16 Wet Voorzieningen Gehandicapten (WVG)

Om hun gehandicapten in staat te stellen tot deelneming aan het maatschappelijk verkeer moet het gemeentebestuur krachtens de Wet Voorzieningen Gehandicapten[45] woonvoorzieningen, vervoersvoorzieningen en rolstoelen verlenen.
De betreffende regels moeten in een gemeentelijke verordening worden gespecificeerd.

45 Wet van 7 oktober 1993, *Stb.* 1993, 545.

17

Wie zal dat betalen?

17.1 Financiering van de sociale zekerheid

In het moderne socialezekerheidsstelsel gaat enorm veel geld om, in Nederland zo'n 150 miljard per jaar aan uitkeringen. Ook worden in dit stelsel miljarden omvattende fondsen gevormd. Het belang hiervan is zeer groot, aangezien de betaling van alle hiervoor genoemde regelingen ervan afhangt.
De sociale zekerheid behoort tot de oudste vorm van de spaar- en verzekeringsactiviteiten van de mens. Men legt in jaren waarin verdiend wordt, wat apart voor de jaren waarin men niet meer kan verdienen. En men doet dat samen met anderen, zodat de risico's gespreid en daardoor beter gedragen kunnen worden. In de moderne sociale verzekering zijn veel van die traditionele uitgangspunten behouden, maar aangevuld met andere technieken.
Basisidee van vrijwel elke wettelijke sociale verzekering is, dat de gelden die ermee gemoeid zijn, worden opgebracht door premieheffing. Tevoren wordt vastgesteld welk percentage van het loon of het inkomen aan premie moet worden betaald. Soms wordt deze premie opgebracht door de werkgevers, soms door de werknemers, soms door beiden een gedeelte. Ook het Rijk heeft (vanuit de rijksbelastingen) vaak bijgedragen aan de financiering van de sociale verzekering[1] en de zgn. sociale voorzieningen (zie par. 12.4) worden zelfs geheel en al uit de rijksbelastingen gefinancierd.

Door ons omvangrijke stelsel van sociale zekerheid zijn de gezamenlijke premies en belastingen inmiddels hoog opgelopen. Bij elke gulden bruto loonsverhoging die de vakbond vraagt, weet de werkgever dat hij circa 25 cent aan premies moet bijrekenen, terwijl de vakbonden weten dat 37,5 cent aan de strijkstok van de werknemerspremies en de belastingen blijft hangen, zodat de leden er maar 62,5 cent wijzer van worden! 62,5 cent wijzer tegenover 1,25 gulden die het de werkgever kost! De arbeidskosten

1 Thans draagt de rijksoverheid met name nog bij aan de AWBZ en de ZFW; in de toekomst zal het Rijk ook aan de AOW gaan bijdragen.

van de werkgever zijn dus praktisch het dubbele van de netto-lonen van de werknemers.
Dit verschil dat economen 'de wig' noemen, heeft inmiddels een zorgelijke omvang aangenomen. Hoe groter dat verschil is, des te groter is de kans dat de samenleving het niet meer accepteert. Mensen komen in de verleiding om in toenemende mate 'zwart' te gaan of te laten werken: het informele circuit. Bovendien vormen de socialezekerheidslasten een groot deel van de arbeidskosten. Met het oog op de concurrentiepositie van het bedrijfsleven kan dat niet te hoog oplopen. Middels een aaneenschakeling van veranderingen probeert de overheid deze belasting van het sociale stelsel terug te dringen.[2]

17.2 Achtergrond van premieheffing

De achtergrond voor financiering door premieheffing was oorspronkelijk dat dit meer dan belastingen een band schept met wat daar tegenover staat: uitkering bij arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, ouderdom of overlijden. Dit zou ook bijdragen tot een terughoudend beroep op de sociale zekerheid. In de praktijk is dit aspect echter sterk op de achtergrond gedrongen, zeker voor de volksverzekeringen, waarvan de premies in één moeite door worden geheven met de loon/inkomstenbelasting.
Voor werknemers en uitkeringsgerechtigden worden belastingen en premies ingehouden op het loon of de uitkering. Niet-werknemers ontvangen een aanslag over hun inkomen van de belastingdienst.

Met name in de volksverzekeringen wordt een beroep gedaan op de solidariteit van rijk met arm: de premie vormt een percentage van het belastbaar inkomen, maar de uitkering is voor elk gelijk. Voor rijke mensen en de beter betaalde werknemers is dat geen goede ruil! Vandaar dat men het beroep op hun solidariteit niet heeft willen overspannen: er hoeft slechts premie volksverzekeringen betaald te worden over de eerste belastingschijf (*f* 45.325,– per jaar). Solidariteit is ook de reden waarom degenen die zeer weinig verdienen helemaal geen premie volksverzekeringen hoeven te betalen.[3]
Bij de werknemersverzekeringen is het beroep op de solidariteit minder. Ook hier is de premie een percentage van het loon, maar daar staat tegenover dat veel uitkeringen ook aan het loon zijn gerelateerd. De uitkering is aan een maximum gebonden (maximumdagloon), maar dat is de premie ook (maximumpremieloon).[4] Bij de ZFW, die geen uitkeringen, maar verstrekkingen kent, doet de relatering van de premie aan het loon wel een erg groot beroep op de solidariteit; vandaar dat dit beroep wordt afgezwakt, doordat de premie deels nominaal (een vast bedrag) is gemaakt.
De AKW, de Wajong en de sociale voorzieningen die rechtstreeks uit de

2 Zie A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 42-48.
3 Art. 10 Wet Financiering Volksverzekeringen van 27 april 1989, *Stb.* 129, en uitvoeringsbesluiten.
4 Alleen de WW kent ook nog een premievrije voet.

belastingopbrengsten worden gefinancierd[5] doen in feite het grootste beroep op de solidariteit van rijk met arm, omdat de belasting nu eenmaal progressief stijgt met het inkomen zonder een bovengrens.

Een vuistregel is dat werkgevers en werknemers betalen voor de werknemersverzekeringen en alle ingezeten voor de volksverzekeringen.
Wat de volksverzekeringen betreft vormen hierop de AKW en de Wajong dus een uitzondering, omdat daar geen premie voor wordt betaald.
Wat de werknemersverzekeringen betreft zij vermeld dat:
- de premie WAO volledig door werkgevers wordt betaald en
- de premie voor ZW[6], WW en ZFW deels door de werkgevers, deels door de werknemers worden opgebracht.

De premie WAZ wordt door alle zelfstandigen opgebracht.

Aan deze financieringsverhoudingen liggen logische principes ten grondslag ('voor wat, hoort wat'), maar ook politieke redenen als gewenste belasting van de diverse categorieën inkomenstrekkers.

Soms kent de sociale zekerheid ook nog de 'eigen bijdrage' (in ZFW, AWBZ[7] en de Wet Rea). Dit systeem draagt maar een klein steentje bij aan de financiering. Het beoogt vooral het beroep op die verstrekkingen en voorzieningen af te remmen.

17.3 Financieringstechnieken

Niet alle appeltjes voor de dorst worden op dezelfde wijze bijeengegaard en bijeengehouden.
Bij regelingen waarin men al na een korte verzekeringsperiode recht op uitkering kan hebben, is de financiering eenvoudig. De premies van een bepaald jaar worden dusdanig vastgesteld dat zij voldoende zijn voor de financiering van de geschatte uitkeringen en administratiekosten in dat jaar; daarbij volstaat een kleine reservevorming (het zgn. omslagstelsel).
Voor uitkeringen die pas op langere termijn worden betaald, met name het ouderdomspensioen, werd oorspronkelijk vooral voor een ander systeem gekozen. Het is hier meer van belang om te sparen, omdat men niet weet of er op langere termijn ook genoeg personen bereid zijn om de uitkeringen voor de oudere generatie op te brengen en omdat rekening moet worden gehouden met moeilijk voorspelbare economische en demografische ontwikkelingen. Spaart men het geld wel voor later, dan kan het in de tussentijd veel van zijn waarde verliezen door de inflatie. Dat kan gecompenseerd worden door een goede belegging. Vandaar dat de

5 AKW (art. 29a), Wajong (art. 64), Toeslagenwet (art. 26), IOAW (art. 57), IOAZ (art. 57), de Algemene bijstandswet (art. 134), de Wik (art. 36) en de WVG.
6 In feite bestaat er sinds 1996 geen ZW-premie meer. De ZW-uitkeringen worden gefinancierd uit opslagen op de wachtgeld- en werkloosheidspremies.
7 Deze is inkomensafhankelijk. Volgens de CRvB levert dat geen verboden discriminatie naar status (alleenstaand) op (*RZA* 1992, 182).

traditionele pensioenvoorziening gebaseerd is op een zogeheten kapitaaldekkingsstelsel. Dat wordt gehanteerd in de aanvullende pensioenvoorzieningen en in de ambtenarenregelingen.
In de door de Staat georganiseerde AOW heeft men echter toch gekozen voor het omslagstelsel. De AOW-uitkeringen van nu worden opgebracht door de premies van de werkende bevolking van nu. Er wordt maar weinig aan fondsvorming gedaan. Het voordeel hiervan was bij de introductie van de AOW in 1957 dat deze direct volledig kon worden ingevoerd. Daardoor kunnen sedertdien 65-plussers een volledige AOW bekomen, ook al hebben ze geen 50 premiejaren volgemaakt. Op langere termijn zal dit financieringsstelsel zo niet kunnen blijven vanwege de vergrijzing van de bevolking, die een steeds grotere scheefgroei veroorzaakt tussen het aantal uitkeringsgerechtigden en de groep die premies moet opbrengen. Om een uit de pan rijzen van de AOW-premie te verkomen, zal in de toekomst het Rijk in de financiering van de AOW gaan bijdragen.[8]

17.4 Wijze van premieheffing

De werkgevers mogen de werknemerspremies voor de werknemersverzekeringen inhouden op het loon van de werknemers.[9] Zij moeten deze gelden, samen met de werkgeverspremies die zij zelf moeten opbrengen, afdragen aan het Lisv. Dit Lisv heeft dus naast een 'distribuerende' taak (uitkeringen verstrekken) ook een belangrijke 'collecterende' taak (premie innen).
De werkgevers moeten een passende loonadministratie voeren[10] en het Lisv alle nodige opgaven verstrekken. Het Lisv kan premie-aanslagen opleggen, sancties toepassen, ja zelfs het faillissement van de werkgever aanvragen![11] Dit alles is geregeld in de Coördinatiewet Sociale Verzekering (artt. 10-15 CSV). Omdat de premiebetaling in de praktijk wel werd ontdoken met behulp van constructies met inlening en onderaannemers is het beginsel van de ketenaansprakelijkheid ingesteld. Hierbij is uiteindelijk de inlener respectievelijk de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk, wanneer de uitleners of onderaannemers niet naar behoren sociale premies hebben afgedragen (art. 16a e.v. CSV).[12] Eveneens met het oogmerk om fraude tegen te gaan heeft de wetgever de bestuurders van rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de voldoening van socialezekerheidspremies (art. 16d CSV).
Bij de volksverzekeringen is de Sociale Verzekeringsbank verschoond gebleven van die 'collecterende' taak. Inning van premies volksverzeke-

8 Wet van 29 april 1998, *Stb.* 262; Kamerstukken 25 699 (Spaarfonds AOW).
9 Art. 83, lid 1, WW en 15, leden 3 en 4, ZFW; de werknemers betalen het zgn. nominale deel van de ZFW-premie rechtstreeks aan het ziekenfonds, zie art. 17, lid 4, ZFW.
10 Vgl. CRvB 20 juli 1988, *RSV* 1989/74.
11 Vgl. HR 26 juni 1964, *RSV* 1964, 145.
12 Vgl. CRvB 9 december 1974, *RSV* 1975/169; CRvB 14 februari 1988, *RSV* 1989/66. Zie voor uitbreiding in verband met de bestrijding van illlegale arbeid in de confectieateliers, *Stb.* 1993, 734.

ringen geschiedt door de rijksbelastingdienst, die deze 'meeneemt' in het kader van de belastingheffing. Maar voor zover het gaat om werknemers hebben de werkgevers er weer meteen voor te zorgen dat de verschuldigde premie samen met de loonbelasting wordt ingehouden en afgedragen aan de rijksbelastingdienst.
De collecterende instanties – het Lisv en de rijksbelastingdienst – zorgen ervoor dat de opgehaalde premies worden gestort in de diverse fondsen, – het Arbeidsongeschiktheidsfonds, het Algemeen Werkloosheidsfonds, het Ouderdomsfonds, enz.[13] Het beheer van deze fondsen is in handen van de Sociale Verzekeringsbank en het Lisv (artt. 67-74 OSV). Over het toezicht spreken we in paragraaf 18.7.
Jaarlijks moeten deze instellingen ramen hoeveel uitgaven er te verwachten zijn en op basis daarvan de premie vaststellen (of daarover adviseren aan de minister). Ook moeten zij voldoende (maar ook weer niet te veel) reserves kweken om tegenvallers te kunnen opvangen.
Soms wordt een gedeelte van de premie bedrijfstaksgewijze (en dus gedifferentieerd) vastgesteld om rekening te houden met de eigen kenmerken van de bedrijfstak of de onderneming. Dat geldt met name de risico's van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid, die per bedrijf(stak) sterk kunnen uiteenlopen. Juist om de betrokkenen te prikkelen die risico's terug te dringen zijn de afgelopen jaren de mogelijkheden voor premiedifferentiatie aanzienlijk verruimd. Met name door verlenging van de zgn. wachtgeldperiode in de WW[14] en door de invoering van premiedifferentiatie in de WAO.[15]
Bij die laatste wetswijziging werd bovendien aan de werkgevers de kans geboden om een deel van het risico van langdurige arbeidsongeschiktheid van hun personeel weg te halen bij het Lisv en onder te brengen op de private verzekeringsmarkt.

17.5 Juridische aspecten van de financiering

In de bovenwettelijke sociale zekerheid (aanvullende pensioenen) bestaat vaak een direct verband tussen premiebetaling en recht op uitkering. Is geen premie betaald, dan is er ook geen aanspraak op een uitkering. In de wettelijke sociale zekerheid is die band veel losser. Ieder die aan de voorwaarden voldoet heeft recht op prestaties. Of feitelijk premie betaald is, is niet van beslissende betekenis. Dit is een belangrijke bescherming van de werknemer die bij een dubieuze werkgever werkt. Hij heeft vaak niet de macht om toe te zien op naleving van de premieplicht, maar weet zich zo nodig toch beschermd tegen sociale risico's. De belangrijkste uitzondering op deze regel wordt gevormd door de AOW. Daar brengt elk jaar dat er geen premie is betaald (voor zover die althans

13 De uitkeringen ZW, die nog maar een rompvoorziening is (zie par. 13.3), wordt gebracht ten laste van de wachtgeldfondsen en het Algemeen Werkloosheidsfonds (zie art. 60 ZW).

14 Die binnen een paar jaar is gebracht van 8 weken naar 26 weken (art. 90, lid 1a WW).

15 Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, 175 e.v. (Pemba); zie M.J.A.C. Driessen, *SR* 1997, p. 312; W.J.P.M. Fase, *SMA* 1998, p. 54; P.S. Fluit, *SMA* 1998, p. 85.

verschuldigd was), een korting van 2% op de uitkering teweeg (artt. 6 en 13, lid 1 AOW).
Een tweede punt is dat de werkgever die moet beoordelen of zijn werknemer verzekerd is en voor hoeveel hij premie moet afdragen, daarin wel eens beoordelingsfouten kan maken die dan voor zijn eigen risico komen.[16] Ook een premieverhoging-achteraf mag hij niet op de werknemer verhalen.[17]
Niet alleen de werkgevers hebben er belang bij om te weten wie er onder de sociale verzekering valt en of er premie moet worden betaald. Ook de betrokkene zelf heeft er alle belang bij. Want als hem iets overkomt, dan rijst direct de vraag: ben ik verzekerd en hoe hoog zal mijn uitkering zijn? Vandaar dat het toch erg belangrijk is om iets dieper in te gaan op enkele vraagstukken waar we in de voorafgaande pagina's nog weinig aandacht aan hebben geschonken: de kring der verzekerden en het loon waarover premie verschuldigd is en waarnaar de uitkering berekend wordt. Beginnen we – om nog wat in de financiële sfeer te blijven – met het laatste.

17.6 Inkomen en loon voor de premieheffing

Voor de heffing van premie volksverzekeringen wordt een percentage genomen van het inkomen van de verzekerden. Als de premie door de belastingdienst met een aanslag wordt geheven (bij zelfstandigen) dan gaat deze goeddeels uit van het belastbare inkomen. Als de werkgever de premie inhoudt (bij werknemers) dan moet hij goeddeels uitgaan van het zuivere loon voor de loonbelasting (art. 9 Wet Financiering Volksverzekeringen). Voor de heffing van premie werknemersverzekeringen wordt een percentage genomen van het loon dat door de werknemer is genoten.[18]
Als definitie voor loon wordt dan uitgegaan van de uniforme en simpele definitie in artikel 4, lid 1 CSV: 'loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten'. Het is echter duidelijk dat de werkelijkheid complexer is. Dus zijn er verfijnde regelingen tot stand gebracht om dit loonbegrip te preciseren (zie artt. 6-9 CSV). Ook de rechtspraak heeft daartoe bijgedragen.[19] Bijvoorbeeld door te bepalen dat een schadevergoeding bij ontslag niet als loon wordt aangemerkt.[20]

17.7 Dagloonbegrip

Voor de berekening van de loongerelateerde uitkering van de werkne-

16 Vgl. HR 3 november 1989, *NJ* 1990, 699; Rb. Middelburg 12 december 1990, *NJ* 1993, 346.
17 Zie art. 83, lid 2, WW; art. 15, lid 4, ZFW.
18 Artikel 60, lid 1 ZW, 77, lid 1 WAO, 85, lid 1 WW en 15, lid 1 ZFW. De ZFW kent een gedeeltelijk nominale premie (art. 17, lid 1 ZFW), een vast bedrag vastgesteld bij a.m.v.b.
19 Vgl. bijv. CRvB 29 maart 1989, *RSV* 1989/300; HR 17 april 1991, *RSV* 1991/213.
20 CRvB 10 juli 1984, *RSV* 1985, 96; over onkostenvergoeding CRvB 1 oktober 1986, *RSV* 1987, 140.

mersverzekeringen wordt het loonbegrip nog verder verfijnd, waarbij de term dagloon wordt gehanteerd. Dagloon is het laatstelijk voor aanvang van werkloosheid of arbeidsongeschiktheid door betrokkene verdiende loon.[21] Het loonbegrip dat daaraan ten grondslag ligt komt ten principale overeen met dat van de CSV, maar daarop worden de nodige correcties aangebracht, verband houdende met het verschil tussen premiebetaling en uitkering: zo wordt de vakantietoeslag niet opgenomen in het uitkeringsdagloon (men krijgt afzonderlijk vakantietoeslag), maar wordt over de door de werkgever betaalde vakantietoeslag wel premie geheven. De werkgever moet premie afdragen over het loon dat hij feitelijk betaald heeft, niet over wat hij had moeten betalen (volgens wet of cao). De uitkering wordt wel vastgesteld lettend op het loon dat de werknemer rechtens toekwam.[22] Ja, zelfs over zwart loon, mits de betaling daarvan bewezen kan worden.[23]

Nadere uitwerking van het begrip 'dagloon' is in eerste instantie overgelaten aan het Lisv. Hiervoor bestaan de algemene dagloonregelen.[24] Daarnaast kan het Lisv voor specifieke categorieën van werknemers bijzondere dagloonregels stellen.[25] Vaak is van die bevoegdheid gebruik gemaakt.

Afzonderlijke regels gelden ook voor de berekening van de daglonen van losse arbeiders, van seizoenarbeiders, van artiesten en voor andere gevallen waarop de hoofdregeling niet toe te passen is.

Aan de hand van deze verfijnde regelingen valt het antwoord te vinden op vragen als: wat hoort allemaal in de hoogte van de uitkering verwerkt te worden? Ook overwerkbeloning? Ook bepaalde premies en gratificaties, fooien, enz? Wat als er geen vast loon werd verdiend? Wat bij seizoenwerk? enz.

Voor zover de diverse dagloonregelen nog niet alle vragen ondubbelzinnig beantwoorden, moet men zich ook oriënteren op de inmiddels uitgebreide rechtspraak over dit thema. Daarin wordt bijvoorbeeld een structurele overwerkvergoeding wél,[26] maar het privé-gebruik van de auto van de werkgever[27] niet als loon in de zin van de werknemersverzekeringen aangemerkt.

21 De omschrijvingen van het dagloon in de ZW, WAO en WW kennen onderlinge verschillen, die samenhangen met het eigen karakter van die regelingen (vgl. artt. 15 ZW, 14 WAO en 45 WW).

22 CRvB 6 juli 1988, *PS* 1988, 739; CRvB 2 mei 1990, *AB* 1990, 375.

23 Zwart loon in de zin, dat meer werd betaald dan in de loonadministratie werd verantwoord en over welks meerdere dus geen premie is betaald, vgl. CRvB 26 augustus 1980, *RSV* 1980/280.

24 Nog vastgesteld door de Sociale Verzekeringsraad, Besluit SVR 20 april 1967, *Stcrt.* 1967, 162; Besluit SVR 18 juni 1987, *Stcrt.* 1987, 130.

25 Art. 15, lid 3 ZW en art. 45, lid 3 WW.

26 CRvB 30 november 1976, *RSV* 1977/47.

27 In de zin dat de werknemer zich hierdoor een zeker bedrag op het privé-budget bespaart en dat voor de berekening van de uitkering het dagloon met dat bedrag verhoogd moet worden; dit is afgewezen in CRvB 25 februari 1974, *RSV* 1974/258; bevestiging in *Stcrt.* 1982, 186 en 254 en in 1984, 60.

17.8 Kring der verzekerden werknemersverzekeringen

Verzekerd voor de werknemersverzekeringen zijn primair de werknemers in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke dienstbetrekking (art. 3 ZW/WAO/WW/ZFW).
Tot dusverre waren echter ambtenaren, spoorwegwerknemers en werknemers in het bijzonder onderwijs uitgezonderd omdat voor hen eigen regelingen bestonden.[28] Per 1 januari 1998 zijn zij onder de WAO gebracht en per 1 januari 1999 komen ze onder de WW.[29]
De vraag of iemand werkzaam is in een privaatrechtelijke dienstbetrekking moet worden beantwoord op dezelfde wijze als de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.[30] De rechter legt daarbij dan ook in beginsel dezelfde criteria aan als in arbeidszaken (zie par. 3.2), maar wil daar in bepaalde gevallen nog wel eens van afwijken.[31]
Veel jurisprudentie heeft betrekking op mensen die dienst doen als losse of zeer tijdelijke hulpkrachten,[32] zoals garderobières, losse hulpkelners, ijsventers[33] huishoudelijk personeel, trainers en sportbeoefenaren, hulpkrachten in het agrarisch bedrijf, zoals fruitpluksters[34] enz.
Ook is er de nodige rechtspraak over de aard van de arbeidsverhouding tussen kinderen en ouders,[35] tussen echtelieden, of tussen broers en zusters. Voorts over relaties als die tussen bestuursleden en de vereniging/coöperatie, in de kerkelijke sfeer,[36] enz.
Jarenlang was de jurisprudentie van de Centrale Raad meer terughoudend dan de civiele rechter in het aannemen van een arbeidsverhouding bij zeer incidentele en tijdelijke jobs die voor betrokkene puur een bijverdienste zijn, zoals de student-gasopnemer[37] en de dragers bij een begrafenisonderneming.[38] De laatste jaren lijkt de Centrale Raad hierin echter royaler te zijn geworden.[39]
Momenteel betreft de belangrijkste afwijkingen van de arbeidsrechtelijke rechtspraak nog de directeuren/grootaandeelhouder. De Hoge Raad acht deze wel op arbeidsovereenkomst werkzaam, maar de wetgever heeft hem uitgezonderd van de werknemersverzekeringen.[40] Een ver-

28 Vgl. art. 39 ARAR, het Rijkswachtgeldbesluit 1959, *Stb.* 489, alsook de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening militairen, *Stb.* 1972, 313.
29 Wet van 24 december 1997, Stb. 768; Kamerstukken 25 282.
30 CRvB 18 juni 1931, *AB* 1931, 558.
31 P.A.L.M. van der Velden, De jurisprudentie over het begrip arbeidsovereenkomst van de Hoge Raad, vergeleken met die van de CRvB, *SMA* 1982, p. 485; L.J.M. de Leede/J.F.M. Strijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht*, Deventer 1981, p. 64-90.
32 CRvB 14 december 1976, *RSV* 1977/51; CRvB 27 maart 1984, *RSV* 1984/157; CRvB 7 februari 1986, *RSV* 1986/187.
33 CRvB 4 april 1972, *RSV* 1972/209.
34 CRvB 6 april 1972, *RSV* 1972/214; CRvB 7 februari 1986, *RSV* 1986/188.
35 Bijna nooit een dienstbetrekking; uitzondering bij CRvB 3 maart 1960, *RSV* 1960/83.
36 CRvB 28 juni 1977, *AB* 1978, 143 en 426; vgl. A.T.J.M. Jacobs, De rechtspositie van geestelijken in het Nederlands Sociaal Recht, in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven 1991, p. 87.
37 CRvB 22 augustus 1983, *RSV* 1983/232; CRvB 7 februari 1986, *RSV* 1986/187.
38 CRvB 5 september 1990, *RSV* 1991/54.
39 J.M. Fleuren-v. Walsum en T. van Peijpe, Gezagsverhouding, De stand van zaken, SMA 1995, p. 412.

schil dat wel verklaarbaar is, omdat de kans op misbruik hier erg groot is.
Komt men tot de conclusie dat iemands baan valt onder het begrip dienstbetrekking, dan is er praktisch altijd reden om te concluderen tot verzekeringsplicht krachtens de werknemersverzekeringen, op enkele uitzonderingen na. Zo zijn uitgezonderd werknemers van 65 jaar en ouder (art. 3, lid 1 ZW/WW/WAO) en personeel dat op minder dan drie dagen per week in de huishouding van een natuurlijk persoon werkt (art. 6, lid 1c ZW/WW/WAO).[41]
Voor wat de ZFW betreft vallen personen met een jaarloon hoger dan *f* 62.200,– niet onder deze verzekering (art. 3, lid 1 ZFW).
Ook werknemers die buiten Nederland hun dienstbetrekking vervullen, vallen niet onder de werknemersverzekeringen, afgezien van gevallen van tijdelijk werk en arbeid in de vervoerssector.[42] De rechter let er wel op dat dit niet ontaardt in brievenbus-constructies, waarin een bedrijf uitsluitend op papier elders gevestigd is.[43]
Omgekeerd zijn werknemers die in het buitenland wonen maar in Nederland in dienstbetrekking werken, wel verzekerd voor de werknemersverzekeringen, zeker als het bedrijf ook in Nederland gevestigd is.[44]

Is iemands baan niet aan te merken als een arbeidsovereenkomst, dan is daarmee nog niet gezegd dat er geen verzekering volgens de werknemersverzekeringen zou zijn. De wetgever heeft de kring der verzekerden voor de werknemersverzekeringen namelijk uitgebreid tot personen die wellicht formeel geen werknemer zijn, maar wier afhankelijkheidsrelatie daar toch wel sterk mee overeenkomt. Dat vergemakkelijkt ook de beoordeling van twijfelgevallen.
In sommige gevallen zijn dat groepen personen die zonder nadere eisen met werknemers worden gelijkgesteld: uitzendkrachten, kleine aannemers van werk en hun personeel, provisiereizigers, ez. (art. 4 ZW/WAO/WW). Voorts geldt die gelijkstelling de uitkeringsgerechtigden van de ZW, de WW en de WAO (artt. 7-8a ZW; artt. 7-7b WAO; art. 8 WW). Zij blijven verzekerd voor alle andere werknemersverzekeringen.[45]
En er moet voor hen in die uitkeringsperiodes dus ook premie worden betaald.
In andere gevallen gaat het om groepen van personen die onder nadere

40 Art. 6, lid 1, sub d, ZW/WAO/WW. Eerder was dit al gebeurd door de jurisprudentie, vgl. CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21; CRvB 16 november 1986, *RSV* 1989/45; CRvB 23 december 1992, *PS* 1993, 393; FBV-circulaire C 93.07 van 16 juli 1993, *PS* 1993/567; P.G. Koch/NVA, *De directeur-grootaandeelhouder en de (sociale) verzekering*, Deventer 1986.

41 Vgl. CRvB 29 april 1996; M.J.A.C. Driessen, *SR* 1997, p. 348.

42 Art. 3, lid 2 ZW/WW/WAO en KB van 23 augustus 1989, *Stb.* 402; vgl. W. Seijbel, *Sociale verzekering bij uitzending naar het buitenland*, Deventer 1982.

43 CRvB 8 januari 1980, *RSV* 1980/197.

44 M.J.Th. van Herpt e.a., *Grensarbeid*, Deventer 1981; I. van der Steen, Thema Grensarbeid in *Sociale Verzekeringswetten*, losbladig, deel Internatioaal sociaal-verzekeringsrecht.

45 Zelfs al ontvingen zij ten onrechte uitkering, CRvB 25 februari 1987, *RSV* 1988/45; CRvB 16 augustus 1989 en 11 april 1990, *RSV* 1990/286-287.

voorwaarden met werknemers zijn gelijkgesteld. Dit betreft musici, thuiswerkers, en in het algemeen een ieder die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht (art. 5 ZW/WW/WAO).[46] Als die arbeidsrelaties al niet meteen aan te merken zijn als arbeidsovereenkomst, dan kunnen zij daarmee gelijkgesteld worden, indien hun arbeidsrelatie voor minstens dertig dagen is aangegaan en:

- voor thuiswerkers als hun beloning minstens 40% van het minimumloon bedraagt;[47]
- voor degenen die tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten, wanneer er op minstens twee dagen per week arbeid wordt verricht en hun beloning minstens 40% van het minimumloon bedraagt.

Een bijzonderheid van de ZW ten opzichte van de andere werknemersverzekeringen is dat zij bewust als een dag-tot-dag-verzekering is ingericht.[48] Dit systeem kan problemen bezorgen voor mensen die in flexibele arbeidsrelaties werken.

Het vorenstaande overziende mag de conclusie wel zijn dat er een belangrijk 'grijs gebied' is, waar het niet steeds duidelijk zal zijn of de betrokkene wel of niet valt onder de kring der verzekerden van de werknemersverzekeringen. Dat 'grijze veld' omvat nogal veel van de zogeheten flexibele arbeidsrelaties (zie par. 3.7) en dat is vervelend in een tijd waarin juist steeds meer van die flexibele arbeidsrelaties voorkomen. Terecht heeft dan ook de rechtspraak uitgemaakt dat wanneer de bedrijfsvereniging zelf de verwachting heeft gewekt dat iemand onder de werknemersverzekeringen valt (bijv. door de premie voor hem te accepteren), die verzekering dan ook moet worden aangenomen.[49] Ook omgekeerd werkt die gedachte: als de bedrijfsvereniging eerst gesteld heeft dat er voor iemand geen premieplicht geldt (de zgn. negatieve premiebeslissing), dan kan dit niet onaangekondigd gewijzigd worden en met terugwerkende kracht premie worden gevorderd.[50]

Ten slotte is er (behalve in de ZFW) de mogelijkheid dat mensen zich vrijwillig verzekeren voor de werknemersverzekeringen (artt. 64-72 ZW; 81-86 WAO; 53-60 WW). Een mogelijkheid die met name van belang is voor personen die tijdelijk in het buitenland gaan werken,[51] ex verplicht

46 En KB 24 december 1986, *Stb.* 655 (het zgn. Rariteiten-KB); vgl. CRvB 21 november 1990, *RSV* 1991/127.

47 Vgl. CRvB 3 november 1975, *RSV* 1976/108; CRvB 30 december 1977, *RSV* 1978/169; CRvB 30 september 1987, *RSV* 1988/1; CRvB 16 november 1988, *RSV* 1989/66.

48 Men is in beginsel slechts verzekerd op de dagen waarop feitelijk arbeid wordt verricht, of zou worden verricht. Op de andere dagen is de betrokkene niet verzekerd en kan dus geen aanspraak op ziekengeld worden gemaakt. Op dat uitgangspunt zijn wél de nodige correcties aangebracht (art. 6, lid 2 ZW). Bovendien kent de ZW een zekere nawerking. Als de werknemer meer dan twee maanden onafgebroken of binnen twee maanden meer dan een halve maand met onderbrekingen heeft gewerkt, kan hij toch voor een uitkering in aanmerking komen als hij binnen een maand respectievelijk binnen acht dagen ziek wordt (art. 46, leden 1 en 2). Vgl. CRvB 7 februari 1986, *RSV* 1986/187.

49 CRvB 15 april 1980, *RSV* 1980/209; CRvB 29 juli 1980, *RSV* 1981/11.

50 CRvB 18 februari 1975, *RSV* 1975/280.

51 Recentelijk gemoderniseerd in de Wet van 23 november 1992, *Stb.* 675; zie *Kamerstuk-*

verzekerden of de uitgesloten huishoudelijke personeelsleden. Over het algemeen biedt deze vrijwillige verzekering dezelfde voorwaarden als de verplichte verzekering.

17.9 Kring der verzekerden volksverzekeringen

Verzekerd voor de volksverzekeringen zijn de natuurlijke personen die in Nederland ingezetene zijn. Deze omschrijving (vgl. art. 6, lid 1 onder a en art. 2 en 3 AOW) – waarin nationaliteit geen rol speelt – doet ook met name ambtenaren en zelfstandigen onder de volksverzekeringen vallen. Verzekerd zijn bovendien degenen die – hoewel ze niet in Nederland wonen – wél aan de Nederlandse loonbelasting zijn onderworpen vanwege hier te lande verrichte arbeid (de grensarbeiders, art. 6, lid 1 aanhef en onder b AOW).
Omgekeerd zijn niet verzekerd de ingezetenen die langer dan 3 maanden buiten Nederland arbeid hebben verricht voor een niet in Nederland gevestigde werkgever.[52] Werken ze niet uitsluitend in het buitenland, maar tevens ook in Nederland, dan vallen ze weer wél onder de Nederlandse volksverzekeringen.[53]

Gelet op deze systematiek spelen hier twee vragen een rol.
In de *eerste* plaats is dat de vraag waar iemand woont. Deze vraag moet naar de omstandigheden worden beoordeeld (art. 3, lid 1 AOW). Blijkens de rechtspraak kunnen relevante omstandigheden zijn:
- het al dan niet ingeschreven staan in het bevolkingsregister van een Nederlandse gemeente;
- het al dan niet aanhouden van een huis in Nederland bij verblijf in het buitenland;
- het geval dat het gezin van verzekerde in Nederland is achtergebleven en nog regelmatig door hem wordt bezocht;
- de duur van het verblijf buitenslands;
- het al dan niet beschikken over een geldige verblijfstitel, enz.

Geen van deze omstandigheden is op zichzelf beslissend; het gaat om het geheel van de omstandigheden die – zo blijkt uit de rechtspraak[54] – erop moeten duiden dat er tussen de betrokkene en Nederland een duurzame band bestaat. Anders gezegd: dat het middelpunt van iemands maatschappelijk leven in Nederland ligt.[55]
In de *tweede* plaats – en dat speelt dan met name bij de 'buitenland'-ge-

ken 22 349; vgl. E.J. Willems, *PS* 1993, p. 480.

52 Vgl. art. 6, lid 2, AOW jo. art. 10 KB 3 mei 1989, *Stb.* 164, zoals laatstelijk gewijzigd.

53 Op grond van art. 14 EEG-Verordening 1408/71, vgl. HvJ EG 23 september 1982, zaak 271/81, *Jur.* 1982, p. 3027 (Kuijpers).

54 CRvB 12 maart 1958, *RSV* 1958/77; CRvB 4 januari 1977, *RSV* 1977/84; CRvB 26 april 1977, *RSV* 1977/230; CRvB 19 mei 1981, *RSV* 1981/207; CRvB 1 maart 1983, *RSV* 1983/133; CRvB 13 december 1983, *PS* 1984, 141; CRvB 27 december 1983, *RSV* 1984/68; CRvB 12 juli 1985, *RSV* 1986/36; CRvB 14 februari 1986, *RSV* 1986/190.

55 Vgl. CRvB 7 juni 1989, *RSV* 1990/42.

vallen – de vraag waar en hoedanig iemand werkt. De wet spreekt van 'in dienstbetrekking verrichte arbeid onderworpen aan de loonbelasting'. Het begrip dienstbetrekking wordt dan uitgelegd zoals bij de werknemersverzekeringen (zie par. 17.8).[56]
Overigens moet dit in het kader van de EG-regelgeving ruimer worden opgevat. Volgens die regels vallen ook de als zelfstandigen werkzame EG-burgers onder deze systematiek, die – als ze hier werken – hen insluit en – als ze in het buitenland werken – hen uitsluit van de kring van verzekerden voor de volksverzekeringen.[57]

Ten slotte zij er nog aan herinnerd dat ook bij sommige volksverzekeringen de mogelijkheid bestaat van vrijwillige verzekering voor mensen die geruime tijd in het buitenland verblijven. Dit geldt voor de AOW (art. 45) en de Anw (art. 63). Zowel bij vertrek als bij terugkeer is het in die gevallen mogelijk om zich 'in te kopen'.

56 Voor het nogal absurde geval van de Duitse dirigent vgl. CRvB 19 februari 1974, *RSV* 1974/249.

57 Vgl. art. 13, lid 2b Verordening 1408/71 EEG, zie par. 19.6.

18

De sociale supermarkt

A De uitvoeringsorganisatie

18.1 De structuur van de uitvoeringsorganisatie

Bijna iedere Nederlander heeft op een of andere wijze met de sociale zekerheid te maken. En niet zelden voelt men zich van het kastje naar de muur gestuurd. Er is immers niet slechts één loket waar men terecht kan voor zijn uitkering. Er zijn talrijke instanties: Landelijk instituut sociale verzekeringen en de uitvoeringsinstellingen, de gemeentelijke sociale diensten, de Sociale Verzekeringsbank, de ziekenfondsen, de pensioenfondsen, de eigen werkgever.
In de jaren zestig werd al gesproken van de inrichting van één 'sociale supermarkt', waar men voor alle sociale regelingen terecht zou kunnen. Daar is toen niets van terechtgekomen. Maar een in de jaren negentig uitgevoerde parlementaire enquête heeft de weg geopend naar een drastische vernieuwing van de uitvoeringsorganisatie, die dit ideaal wat dichterbij zal brengen. Daarbij reikt de hedendaagse ambitie nog verder, namelijk op een enge samenwerking van de instanties van de sociale zekerheid met die van de arbeidsvoorziening (zie par. 2.3).
De verscheidenheid in de uitvoeringsorganisatie van de sociale zekerheid heeft historische oorzaken. Werkgevers en vakbonden deden al heel wat zelf toen de Staat zich ermee ging bemoeien en zij hebben als leeuwen gevochten om hun verantwoordelijkheden op dit vlak te behouden.[1] Ze vonden steun bij vele politieke krachten die afkerig waren van te veel 'Staat'. Zo kwam er een lappendeken van voorzieningen. Die verscheidenheid had echter ook zijn nadelen en daarom zijn tussen 1994 en 1998 een aantal organisatorische wijzigingen doorgevoerd[2] die met name hun neerslag vonden in de Organisatiewet Sociale Verzekeringen 1997.[3]

1 W.M. Levelt-Overmars, De rol van de sociale partners bij de uitvoering van de sociale verzekeringen, *De Leede-bundel*, p. 289.
2 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997, p. 61 e.v.
3 Wet van 26 februari 1997, *Stb.* 1997, 95; E.P. de Jong, In het spanningsveld van bedrijfstak, regio en concurrentie: over de toekomstige uitvoeringsorganisatie van de sociale verzekering, in *De Leede-bundel*, p. 203.

De huidige stand van zaken ziet er grosso modo als volgt uit:

volksverzekeringen (minus AWBZ)	Sociale Verzekeringsbank
werknemersverzekeringen (plus TW, WAZ, Wajong, en Wet Rea, minus ZFW)	Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) met de uitvoeringsinstellingen (uvi's)
bijstand, IOAW, IOAZ, Wik WVG	gemeenten (sociale diensten)
ziektekosten (ZFW/AWBZ)	ziekenfondsen particuliere verzekeraars (alleen AWBZ) instanties voor ambtenaren (alleen AWBZ)
aanvullende pensioenen	pensioenfondsen particuliere verzekeraars

Een belangrijke ontwikkeling is verder de privatisering.[4] In de diverse werknemersverzekeringen zijn de laatste jaren de nodige veranderingen aangebracht, waardoor voortaan de werkgever zelf de verantwoordelijkheid voor doorbetaling van zijn werknemers bij arbeidsongeschiktheid moet of kan nemen. Daarmee is de werkgever in feite ook een 'uitvoerder van de sociale zekerheid' geworden. Veelal sluiten werkgevers hiervoor verzekeringen af, waardoor ook particuliere verzekeringsmaatschappijen in deze sector een steeds grotere rol gaan spelen.

18.2 Het Landelijk instituut sociale verzekeringen en de uitvoeringsinstanties

Tot voor kort werden de werknemersverzekeringen uitgevoerd door de zgn. bedrijfsverenigingen. Ze plachten de uitvoering van hun taken over te laten aan uitvoeringsinstellingen als het Gemeenschappelijk Administratiekantoor (GAK), SFB, Cadans, GUO.
In 1997 werd deze constellatie afgelost door een nieuwe. Centraal daarin staat het Landelijk instituut sociale verzekeringen met hoofdkantoor in Amsterdam (artt. 30-64 OSV). De voorzitter en de leden van het bestuur van het Lisv worden benoemd door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Een derde van de leden benoemt de Minister op voor-

4 I.P. Asscher-Vonk e.a., *Privatisering in de sociale zekerheid*, Deventer, 1995; J. Riphagen, Privatisering als opgave en als probleem, in *De Leede-bundel*, p. 381.

dracht van de centrale organisaties van werkgevers; een derde op voordracht van de centrale organisaties van werknemers (artt. 32-33 OSV).
Het Lisv laat veel uitvoerend werk over aan de bovengenoemde uitvoeringskantoren als het GAK, die thans als 'uitvoeringsinstellingen' (uvi's) worden betiteld. Oprichting van dat soort instellingen is vrij. Als ze van de Minister een erkenning hebben gekregen kunnen zij middels een 'administratieovereenkomst' met het Lisv worden belast met de uitvoering van ZW, WAO en WW (artt. 43 en 59). Ten behoeve van deze taken is het bedrijfsleven opgedeeld in sectoren. Elke werkgever is van rechtswege aangesloten bij de voor hem relevante sector (art. 52 OSV).

18.3 Sociale Verzekeringsbank

Omdat bijna een eeuw lang de organisatiestructuur van de vroegere bedrijfsverenigingen was afgestemd op het bedrijfsleven met werknemers in loondienst, was zij niet geschikt voor de uitvoering van de volksverzekeringen. Die werd daarom toevertrouwd aan de Sociale Verzekeringsbank. Deze heeft een hoofdkantoor in Amstelveen, en daarnaast regionale districtskantoren (artt. 17-29 OSV).
De voorzitter en de leden van het bestuur van de Sociale Verzekeringsbank worden benoemd door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Een derde van de leden benoemt de Minister op voordracht van de centrale organisaties van werkgevers; een derde op voordracht van de centrale organisaties van werknemers (artt. 19-20 OSV).
De Sociale Verzekeringsbank is dus belast met de uitvoering van de volksverzekeringen, AOW, Anw en AKW. Dat geldt echter niet voor de AWBZ, die is ondergebracht bij de ziekenfondsen en particuliere verzekeringsmaatschappijen, waar zij naar haar aard beter bij aansluit.

18.4 Ziekenfondsen

Ook de ziekenfondsen hebben een lang verleden. Al vóórdat de wettelijke sociale zekerheid ontstond waren ze vanuit zeer diverse hoeken opgericht: werkgevers, kerken, vakbonden, artsen. Vroeger waren er dan ook honderden, door fusies zijn ze nu tot ca. 35 verminderd. Zij moeten thans voldoen aan de eisen neergelegd in de Ziekenfondswet (art. 34 e.v.). Eén van de belangrijkste eisen is dat zij niet op winst gericht mogen zijn.
Naast de ziekenfondsen staan de particuliere ziektekostenverzekeraars, die doorgaans wél op winst gericht zijn. Zij richten zich op de markt van diegenen die niet onder de verplichte ziektekostenverzekering vallen (niet-werknemers en werknemers boven de loongrens van *f* 62.200,–). Zij kunnen – naast de ziekenfondsen – ook toegelaten worden tot deelname aan de uitvoering van de AWBZ (art. 33 AWBZ). De AWBZ wordt voor ambtenaren mede uitgevoerd door publiekrechtelijke organen.

18.5 Gemeentelijke sociale diensten

De uitvoering van de Algemene bijstandswet geschiedt door burgemeester en wethouders van de ca. 500 gemeenten in Nederland (art. 116 Abw). Vanouds was de 'armenzorg' al een taak van de lokale overheid. En zo is het gebleven, toen die armenzorg werd omgezet in de moderne bijstandsverlening. Ook de op de bijstand gelijkende IOAW en IOAZ worden door de gemeenten uitgevoerd (artt. 11 e.v. van beide wetten, zie par. 14.17), evenals de Wet Voorzieningen Gehandicapten (art. 2 WVG) en de Wet inkomensvoorziening kunstenaars (art. 8 Wik).
Formeel ligt de besluitvorming over bijstandszaken bij het college van B en W. In kleine gemeenten wil de wethouder van sociale zaken zich nog wel eens intensief met bijstandszaken bemoeien. De gemeenteraad kan B en W machtigen het nemen van beslissingen in bijstandszaken over te dragen aan gemeenteambtenaren (art. 120 Abw). Dat mandaat wordt dan meestal gegeven aan de directeur van de gemeentelijke sociale dienst. B en W blijven echter verantwoordelijk voor het bijstandsbeleid en de -beslissingen. De sociale dienst is een ambtelijke organisatie ingericht door de gemeentelijke overheid. Werkgevers- en werknemersorganisaties staan hier vrij ver van af; in gemeenteraadscommissies die B en W adviseren over het bijstandsbeleid, kunnen deze organisaties echter wel zitting hebben.
De belangen van de gemeenten als uitvoeringsorganisatie worden gebundeld door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. De directeuren van de gemeentelijke sociale diensten vormen onder de naam DIVOSA een vereniging die geregeld naar buiten komt met inhoudelijke reacties op wetsontwerpen etc.

18.6 Pensioenfondsen

Ook op pensioengebied bestonden er al lang 'vrije' pensioeninitiatieven voordat de wettelijke sociale zekerheid tot stand kwam. Er waren pensioenfondsen opgezet door de ondernemers, er waren particuliere pensioenverzekeraars en er waren ook pensioenfondsen opgezet door werkgevers en vakbonden tezamen. Vooral de laatste mochten zich in de sympathie van de wetgever verheugen toen de Bedrijfspensioenfondsenwet 1949[5] opgesteld werd. Krachtens deze wet kan de minister in bepaalde bedrijfstakken de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht stellen. Hij doet dat slechts wanneer hem blijkt dat het bedrijfspensioenfonds (een beter woord zou zijn: het bedrijfstakpensioenfonds!) zonder die verplichtstelling al reeds voor de meerderheid der bedrijven in de betreffende bedrijfstak werkzaam is (een opzet, vergelijkbaar met de algemeenverbindendverklaring, zie par. 9.6). Een soortgelijke regeling bestaat voor de beroepspensioenfondsen, die aansluiting voor alle vrije beroepsbeoefenaren in een bepaalde bedrijfstak verplicht kan stellen.[6]

5 Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds van 17 maart 1949, *Stb.* J 121.

Het grootste pensioenfonds in Nederland is het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) met 900.000 verzekerden (ambtenaren en daarmee gelijkgestelden) en een 'omzet' van ongeveer 5 miljard gulden per jaar. Het pensioenfonds PGGM, voor onder meer de gezondheidssector, vormt met 700.000 verzekerden een goede tweede.

18.7 Toezicht op de uitvoering

Indien taken worden gedelegeerd is het ook nodig toezicht te houden op de uitvoering ervan. Dit is ook een eis vanuit de gedachte van de (sociale) rechtsstaat. In de sociale zekerheid is het toezicht al bijna net zo verscheiden als de uitvoeringsorganisatie. Vroeger waren de toezichthoudende instanties vaak nog uitgerust met aanvullende bevoegdheden tot regelgeving en coördinatie. De laatste tijd is de toezichthoudende bevoegdheid duidelijker gescheiden van de uitvoerende taken en versterkt. In 1995 is het College van toezicht sociale verzekeringen (Ctsv) ingesteld, dat uitsluitend uit onafhankelijke deskundigen bestaat en waarin de werkgevers- en werknemersorganisaties geen zitting hebben (artt. 3-16 OSV). Dit Ctsv oefent toezicht uit op de Sociale Verzekeringsbank, het Lisv en de uitvoeringsinstellingen.

Toezicht op de ziekenfondsen wordt gehouden door de Ziekenfondsraad (Zfr, zie art. 50 ZFW en 48 AWBZ).[7] Deze raad omvat maar liefst zes groepen leden, te weten vertegenwoordigers van de centrale werknemers- en werkgeversorganisaties, de ziekenfondsen, de werkers in de gezondheidszorg, zoals artsen, de verzekerden en ten slotte ook onafhankelijken (waaronder de voorzitter van de Zfr), benoemd door de minister (art. 51 ZFW). Deze raad heeft naast toezichthoudende nog geschillenbeslechtende (zie par. 18.8), adviserende en voorlichtende functies (art. 67 ZFW).

Toezicht op de bijstandsverlening door de gemeenten wordt uitgeoefend door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat zonodig aanwijzingen kan geven (artt. 130-131 Abw).
De pensioenfondsen moeten, om 'erkend' te worden, voldoen aan de eisen van de Pensioen- en Spaarfondsenwet. Particuliere pensioenverzekeraars en ziektekostenverzekeraars staan bovendien onder toezicht van de Verzekeringskamer.

Toezicht op de 'toezichthouders' wordt tenslotte uitgeoefend door de Algemene Rekenkamer.

6 Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling van 29 juni 1972, *Stb.* 400.

7 Vgl. Rapport Algemene Rekenkamer over het toezicht door de Ziekenfondsraad (*Kamerstukken* 23 311).

B Rechtsbescherming

18.8 Rechtbank en Centrale Raad van Beroep

Alle beslissingen die door overheidsorganen in het kader van de wettelijke sociale zekerheid worden genomen – en dat zijn er honderdduizenden per jaar – moeten in een rechtsstaat vatbaar zijn voor controle door een onafhankelijke rechter. Sinds 1994 gebeurt dat in eerste instantie door de sector bestuursrecht van de arrondissementsrechtbanken.[8]
Het procesrecht is geregeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die ook regels geeft over de besluitvorming door de uitvoeringsorganen.[9] De Awb zelf maakt echter enkele niet onbelangrijke uitzonderingen voor de socialezekerheidswetgeving en ook komen in de diverse socialezekerheidswetten afwijkingen voor op de algemene bepalingen van de Awb.[10]

Het hoger beroep is in handen van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), gevestigd te Utrecht (art. 1 Beroepswet). Het procesrecht is ook voor deze instantie geregeld in de Awb. Over de toekomst van de Centrale Raad van Beroep zal worden beslist in het kader van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, waarbij zal worden getracht een voorziening te creëren voor de rechtseenheid in het bestuursrecht.
In het algemeen staat tegen de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep geen cassatieberoep open bij de Hoge Raad. Om redenen van coördinatie tussen het socialezekerheids- en het belastingrecht[11] is dit echter wel[12] mogelijk voor de definities van gemeenschappelijke begrippen als 'loon', 'ingezetene', 'gehuwd' en 'samenwonend'.[13]
Voor de regels van de Awb wordt in het algemeen verwezen naar de leerboeken in het algemeen bestuursrecht. Zij zijn van groot belang, bijvoorbeeld omdat de rechter ook in socialezekerheidszaken de beslissingen van de uitvoeringsorganen toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel.[14]
Ten slotte zij nog vermeld dat tegenwoordig ook terugvordering en verhaal via de socialezekerheidsrechter lopen (zie hierna par. 18.13).

8 Daarvoor gebeurde dat voor de socialeverzekeringswetten door de Raden van Beroep, op grond van de Beroepswet, vgl. W. Faber, *90 Jaren in beroep*, Zwolle 1993. De bijstandswet viel vroeger onder het zgn. administratieve beroep (GS en Kroonberoep).

9 F.M. Noordam, *De Awb en het sociale-zekerheidsrecht*, Deventer 1995; Sonia Siebols/B.J. van Ettekhoven, *PS* 1995, afl. 12.

10 Zo zijn geschillen over inzake ZFW- en AWBZ-voorzieningen uitgezonderd van de bezwarenprocedure. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, *NJB* 1992, p. 1422; T. Duursma, *NJB* 1993, p. 23; A.W.M. Bijloos, De Awb en het bijzonder sociale zekerheidsrecht, *NJB* 1994, p. 41.

11 Volgens de artt. 48-51 WFV vallen geschillen over de premieplicht voor de volksverzekeringen onder de belastingrechtspraak.

12 Vgl. art. 18a CSV, art. 53, 3e lid AOW, art. 66 Anw, art. 31, lid 3 AKW, art. 80, 3e lid AAW.

13 Voorbeelden bij HR 17 april 1991, *BNB* 1991, 205; niet evenwel kan men in cassatie bij de Hoge Raad over het begrip 'dienstbetrekking' in de werknemersverzekeringen, vgl. HR 19 april 1972, *RSV* 1972/231.

14 Vgl. CRvB 14 september 1988, *RSV* 1989, 95.

18.9 Spoedvoorzieningen

De Awb kent ook de mogelijkheid van versnelde behandeling van zaken door de rechtbank (art. 8:52 Awb). Wanneer de uitvoeringsinstanties niet zelf al een voorschot verstrekken, kan dit in noodsituaties de mogelijkheid bieden om alvast snel een uitkering toegekend te krijgen. Maar dan moet er natuurlijk wel de verwachting zijn dat de zaak enige kans maakt.
In het uiterste geval kan bijstand ook in een spoedprocedure aangevraagd worden (art. 74 Abw). Wordt daarop afwijzend beschikt dan is er als 'laatste redmiddel' nog een bijzondere spoedprocedure, waarbij men een beroep kan doen op de Voorzitter van Gedeputeerde Staten van de provincie (art. 140 Abw). Hij kan op verzoek van de betrokkene B en W opdracht geven bijstand te verstrekken. Deze procedure is zeer eenvoudig: men hoeft geen recht te betalen, heeft geen advocaat nodig en ook eenvoudige brieven worden geaccepteerd.

18.10 Revisie en aansprakelijkheid

Wie een aanvrage voor de sociale zekerheid zag afgewezen, of een beroep verworpen, kan altijd later nog aan het uitvoeringsorgaan een revisie vragen. Dit orgaan is namelijk in beginsel bevoegd in het voordeel van de betrokkene op een vroegere beslissing terug te komen of deze te herzien. Weigering om die bevoegdheid te hanteren kan door de rechter op redelijkheid worden getoetst.[15]

Wanneer een bestuursrechter beschikkingen van de Sociale Verzekeringsbank, Lisv of B & W (sociale diensten) heeft vernietigd, dan heeft de belanghebbende niet alleen recht op een nieuwe – en meestal voor hem gunstiger – beschikking, hij kan bovendien de betreffende organen aansprakelijk stellen voor de schade die hij geleden heeft door de foutief bevonden beschikking. Zo'n beschikking is een onrechtmatige daad en de schuld van het orgaan dat haar heeft afgegeven, is in beginsel gegeven. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.[16]

18.11 Klachtenprocedures

Zoals hiervoor gesteld werd kan men alleen in beroep komen tegen beslissingen in formele zin van de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid. Klachten over de behandeling, zoals langdurig wachten, onplezierige bejegening en slechte informatie komen niet voor beroep in aanmerking. Maar omdat dergelijke klachten toch veel voorkomen, hebben de Ziekenfondsraad en sommige uitvoeringsinstellingen en sociale diensten klachtenprocedures ingesteld.[17] Daarnaast kan men een beroep

15 CRvB 17 november 1976, *NJ/AB* 1977, 180; CRvB 31 december 1984, *RSV* 1985/126.
16 Vgl. HR 12 juni 1992, *JAR* 1992/40. Vgl. art. 8:73 Awb.

doen op de Nationale Ombudsman en soms op gemeentelijke ombudspersonen.

18.12 Bovenwettelijke sociale zekerheid

In het voorafgaande ging het om de rechtshandhaving in het kader van de wettelijke sociale zekerheid. Wij hebben echter gezien dat een belangrijk deel van de sociale zekerheid bovenwettelijke regelingen betreft in de particuliere sfeer. Voor zover het gaat om voorzieningen geschapen door werkgevers worden geschillen daaromtrent als geschillen uit de arbeidsovereenkomst berecht in de normale rechtsgang van kantonrechter en verder (zie par. 7.13), tenzij hun berechting aan bijzondere geschilleninstanties is opgedragen (zie par. 7.12).

18.13 Terugvordering/verrekening teveel ontvangen uitkeringen/verhaal/beslag

Werd te veel uitkering betaald, dan moet de uitkeringsinstantie dit naderhand terugvorderen. Deze terugvordering of verrekening is niet alleen een recht (onverschuldigde betaling, art. 6:203 BW), maar – in het kader van een verscherpte fraudebestrijding (zie par. 12.9) – door de wetgever zelfs tot een verplichting gemaakt voor de uitvoeringsorganen.[18] De Abw kent zelfs een uitvoerige terugvorderingsregeling (artt. 78-90).

Alleen ingeval daarvoor dringende redenen aanwezig zijn, kan van de terugvordering geheel of gedeeltelijk worden afgezien.
Het besluit tot terugvordering dient te vermelden wat wordt teruggevorderd en de termijn of termijnen waarbinnen moet worden betaald. Beroep is mogelijk bij de bestuursrechter.
Ook een voorschot zal worden teruggevorderd, zij het binnen redelijke grenzen.[19]

Ook verrekening met een lopende uitkering is mogelijk. Volgens de rechtspraak kan dat echter als regel niet zover gaan dat betrokkenes inkomen daalt beneden 90% van het bijstandsniveau.[20] Ook tegen die beslissing is uiteraard beroep mogelijk.

17 G.J. Bloemendal e.a., Beroeps- en klachtmogelijkheden (in de sociale zekerheid), themanummer *PS* 1988, p. 953-1124; vgl. ook het Modelreglement, opgesteld door de SVR, 16 juli 1992.

18 Vgl. artt. 24 en 24a AOW en vergelijkbare artikelen in Anw en AKW; zie KB van 28 juni 1996; vgl. ook artt. 36 en 36a WW en vergelijkbare artikelen in ZW, WAO, WAZ, Wajong en TW; zie Besluit Tica van 6 juni 1996, *Stcrt.* 1996, 141.

19 CRvB 29 augustus 1989, *RSV* 1990/83.

20 CRvB 13 juli 1989, *RSV* 1990/68; CRvB 22 september 1988, *RSV* 1989/102; CRvB 13 januari 1989, *RSV* 1989/208; CRvB 20 juli 1989, *RSV* 1989/305; CRvB 22 juni 1989, *RSV* 1990/51; Hof Amsterdam 2 april 1987, *KG* 1987, 195.

Derden die op een socialezekerheidsuitkering beslag zouden willen leggen, zijn eveneens aan de benedengrens van 90% van het bijstandsniveau gehouden.[21]

Daarnaast kent de bijstand een uitvoerige regeling van het verhaal van kosten van bijstand op derden (artt. 92-105 Abw).[22] Deze regels zijn afgestemd op de burgerrechtelijke onderhoudsverplichtingen, met name die tussen ex-echtgenoten. Ex-echtgenoten kunnen dit verhaal niet voorkomen door onderling de alimentatie te beperken of uit te sluiten. In deze gevallen moeten de verplichtingen van de ex-echtgenoot door de verhaalsrechter worden vastgesteld.[23] Wél heeft de wetgever het verhaal op ex-echtgenoten beperkt tot een maximumtermijn van 12 jaar.[24]
Voorts is ook verhaal mogelijk bij schenkingen, op nalatenschappen en op burgers die zich garant hebben gesteld voor het verblijf van vreemdelingen.
De gemeenten zijn verplicht in de gevallen die daartoe aanleiding geven, metterdaad verhaal toe te passen, al kan het altijd zijn dat zij daar wegens dringende redenen, gelegen in de omstandigheden van degene op wie verhaald wordt of van degene die de bijstand ontvangen heeft, van afzien.
Verhaal moet over het algemeen plaatsvinden binnen vijf jaar. De gemeente kan het recht op verhaal verspelen door onzorgvuldig gedrag.[25]
De gemeente zal primair trachten verhaal uit te oefenen op basis van vrijwilligheid, maar wel krachtens een beschikking. Als de betrokkene daarop niet reageert moet zij bij de rechtbank verhaal in rechte zoeken.

18.14 Administratieve en strafsancties

Al wordt het door betrokkenen vaak wel zo gevoeld, toch zijn terugvordering en verrekening formeel geen vormen van 'bestraffing' van uitkeringsfraude. Hetzelfde geldt, wanneer het sociale zekerheidsorgaan zijn gedrag afstemt op de reëel gebleken situatie door het nemen van *maatregelen* als het weigeren, intrekking of verlagen van een uitkering.

Van bestraffing kan in formele zin pas gesproken worden bij sancties.

21 Wet van 13 december 1990, *Stb.* 605.
22 Deze regeling is oorspronkelijk ingevoerd door de Wet van 15 april 1992, *Stb.* 1992, 193.
Hierover A.L. Croes, De nieuwe regeling voor terugvordering en verhaal van kosten van bijstand, *SR* 1989, p. 133; M. van der Heijden, Verhaal en terugvordering van verleende bijstand, *NJB* 1989, p. 1272; *PS*-special 1990, nr. 25; H.S. Prins, Nieuw verhaalsrecht een wettelijk vacuum, *SR* 1991, p. 17; de voorschriften van art. 429a e.v. Rv zijn niet van toepassing op de verhaalsprocedures Abw, HR 18 oktober 1991, *NJ* 1991, 821.
23 Voorbeeld van een afgewezen verhaal op de vrouw in Ktg. Haarlem 8 januari 1992, *RN* 1992, 279.
24 Wet van 15 april 1992, *Stb.* 1992, 194.
25 HR 14 april 1989, *NJ* 1990, 412; HR 18 mei 1990, *NJ* 1990, 565.

Ons recht kent twee soorten sancties, te weten administratiefrechtelijke sancties en strafsancties.
De administratiefrechtelijke sanctie bij uitstek is de *administratieve boete.* Deze moet door het uitvoeringsorgaan worden opgelegd in alle gevallen van kleinere overtredingen van de verplichtingen in de socialezekerheidswetten, zoals het verzwijgen van relevante informatie.[26]
De rechtspraak stelt aan het opleggen van administratieve boetes de nodige eisen wat betreft bewijslevering, proportionaliteit tussen sanctie en overtreding en dergelijke, een en ander tegen de achtergrond van artikel 6 EVRM (zie par. 19.5).

Ter bestrijding van de grotere inbreuken op de socialezekerheidsregels kennen de meeste socialezekerheidswetten de mogelijkheid van strafrechtelijke sancties.[27] Bovendien zijn gevallen van fraude te vervolgen op grond van de algemene bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht (bijv. art. 225 Sr, valsheid in geschrifte). Strafvervolging vindt plaats door het Openbaar Ministerie.

Hoewel cumulatie van administratieve en strafrechtelijke sanctionering door de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep aanvaardbaar werd geacht[28], wil men dit toch vermijden.
De regeling van de administratieve boete voorziet in het voorkomen van samenloop.
Het vervolgingsbeleid[29] is dat:
- lichtere gevallen (< *f* 6000,–) in beginsel slechts met een administratieve sanctie worden bedreigd;
- zwaardere gevallen (> *f* 12.000,–) slechts met strafsancties worden bedreigd;
- in de tussengroep een administratieve sanctie wordt opgelegd, wanneer het OM niet tot strafvervolging overgaat.

Let op: onder administratieve sanctionering is niet begrepen: de terugvordering van hetgeen als gevolg van de fraude ten onrechte is uitgekeerd. Deze terugvordering[30] kan steeds geschieden, dus ook naast sanctionering.[31] Hetzelfde geldt het treffen van maatregelen.

26 Zie par. 13.5, 13.12, 14.11-14.13, 16.14, 16.15.
27 Vgl. artt. 131-135 WW, 92-98 WAO, 76-83 ZW, 40-43 TW, 62-69 AOW, 34-40 AKW, 66-76 AWBZ; 84-92a ZFW; 83-88 AAW; 75-79 ANW; 18 CSV; 108-113 OSV; 47-49 IOAW; 47-49 IOAZ; 141-143 Abw; J.M. Verheul, De autonomie van het sociale verzekeringsstrafrecht, in *De Leede-bundel*, p. 467.
28 HR 5 februari 1991, *NJ* 1991, 402; CRvB 21 december 1993, *RSV* 1994/132. Vgl. J.M. Polak e.a., *NJB* 1992, p. 1322; J. Riphagen, Samenloop van sancties in het sociaal recht, *NJB* 1992, p. 1370; J.M. Verheul, *Sanctiebegrip en sanctiesamenloop in de sociale zekerheid*, Alphen aan den Rijn 1994.
29 Neergelegd in de Richtlijn Uitkeringsfraude, *Stcrt.* 17 januari 1997, nr. 123, 31. Het beleid ter zake van fraude met sociale premies is vastgelegd in een afzonderlijke richtlijn, *Stcrt.* 1993, 63.
30 Zie daarover FBV-circulaires C 93.04 van 5 maart 1993 en C 93.06 van 16 juni 1993, *PS* 1993, 480.
31 CRvB 18 mei 1990, *RSV* 1991/194.

19

Proletariërs aller landen ...

19.1 Aanzetten tot internationalisering

Vanaf het prille begin van het moderne sociaal recht heeft het besef bestaan dat dit sociaal recht niet op puur nationale grondslag kon berusten. Anders zou een land met een uitgebreid stelsel van socialebeschermingswetgeving voortdurend moeten vrezen dat het bedrijfsleven naar elders uitwijkt, waar de sociale productiekosten lager zijn.
Dit zgn. goederenconcurrentiemotief is vanouds een belangrijke motor geworden voor internationalisering van de sociaalrechtelijke normering. De Duitse regering bepleitte het al rond 1880 met veel kracht, maar vond daar toen nog weinig gehoor voor.
Ook de arbeidersbeweging heeft reeds vroeg begrepen dat haar strijd om betere arbeidsvoorwaarden alleen maar kon slagen als ze internationaal werd gevoerd. 'Proletariërs aller landen verenigt U', was haar leus. Zij streefde al vanaf ca. 1860 naar een internationale organisatie en kwam rond 1890 met een internationale actie tot invoering van de 8-urige werkdag. Toch leidde dit alles voor de Eerste Wereldoorlog tot nauwelijks meer dan enkele internationale verdragen van luttele betekenis.
De grote veranderingen op het Europese toneel in 1917/1918 maakten de tijd rijp voor een meer omvattende internationalisering van het sociaal recht. Als onderdeel van het Vredesverdrag van Versailles werd in 1919 de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) opgericht, die haar zetel in Genève kreeg. Na de Tweede Wereldoorlog is de hoeveelheid internationaal sociaal recht nog verder toegenomen[1], doordat ook Europese verbanden zoals de Raad van Europa en de Europese Unie op dit gebied actief werden.

19.2 Internationale Arbeidsorganisatie

Omdat pogingen om de Internationale Arbeidsorganisatie bij haar oprichting in 1919 al meteen een supra-nationaal karakter te geven waren mislukt, is de IAO een klassieke organisatie van internationale samen-

1 Vgl. L. Betten, *International Labour Law*, Deventer 1993.

werking tussen de naties, die de nationale sovereiniteit onaangetast laat.[2] Haar structuur is neergelegd in haar Statuut (de 'Constitution').[3] Anders dan het geval is bij de overige internationale organisaties omvat zij niet alleen vertegenwoordigers van de nationale regeringen. De organen van de IAO omvatten mede vertegenwoordigers van de nationale werkgevers- en werknemersorganisaties.
Alle lid-staten van de IAO komen jaarlijks bijeen in de Internationale Arbeidsconferentie. De Conferentie pleegt een of meer arbeidsverdragen op te stellen – tot nu toe zijn er al meer dan 180 verdragen ('Conventions') aangenomen. Verdragen over kinderarbeid en lengte van de arbeidsdag, over loon- en ontslagbescherming, over vakantie en arbeidsomstandigheden, over vakbondsrechten en de rechten van speciale groepen als vrouwen, buitenlandse werknemers, zeelieden, sociale zekerheid[4], enz.[5] In een aantal opzichten omvatten de IAO-Verdragen onmiskenbaar grondrechten (zie par. 1.7).[6]
De totstandkoming van een arbeidsverdrag vergt doorgaans vier jaar: een jaar van voorbereiding om het onderwerp geagendeerd te krijgen – hierbij speelt het dagelijks bestuur van de IAO, de Raad van Beheer, een grote rol; dan een jaar van voorbereiding van een ontwerp-verdrag door het secretariaat van de IAO, het Internationale Arbeidsbureau (IAB) te Genève; vervolgens een eerste bespreking op de jaarlijkse Conferentie van de IAO en tenslotte op de Conferentie van een jaar later (na de zgn. tweede lezing): de aanneming van het arbeidsverdrag.
Voor die aanneming moet er op de Conferentie een tweederde meerderheid van stemmen gevonden worden. Elk land heeft op de Conferentie vier stemmen, waarvan er één wordt uitgebracht door een vertegenwoordiger van de vakbeweging in dat land; één door een vertegenwoordiger van de werkgevers van dat land en twee door regeringsvertegenwoordigers van dat land.
Aangezien men zich voor kan stellen dat de meeste vertegenwoordigers van regeringen en werkgevers (samen goed voor driekwart van de stemmen op de Conferentie) weinig enthousiasme zullen hebben voor teksten die verder gaan dan de stand van het sociaal recht in hun eigen land, laat het zich raden dat geavanceerde sociale rechtsordes als de Nederlandse maar weinig met die arbeidsverdragen opschieten. Het zijn vaak minima, die bij ons al lang gepasseerd zijn. Toch blijken er voor een land als

2 M.J.E.H. Raetsen/J.J.M. van der Ven, *De Internationale Arbeidsorganisatie van 1919-1979*, Alphen a/d Rijn 1979; L. Hagen/N. Valticos, *De invloed van internationale arbeidsverdragen en -aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie,* Deventer 1979; J.J.M. van der Ven, De ILO in Nederland en omgekeerd. Een inventarisatie, *Frenkel-bundel*, p. 320.

3 Tekst in Schuurmans & Jordens, deel 171, p. 739.

4 Vgl. A.T.J.M. Jacobs (red.), *Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimumnormen van de IAO en de Raad van Europa*, Deventer 1992.

5 *International Labour Conventions and Recommendations 1919-1991*, Geneva 1992; N. Valticos, *International Labour Law*, Deventer 1979; N. Valticos/K. Samson, International Labour Law, in: R. Blanpain/C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer 1998.

6 Vgl. M.G. Rood, ILO en Mensenrechten, *NJCM-Bulletin* 1987, p. 429.

Nederland bij nadere beschouwing nog wel eens nieuwe elementen in die Verdragen te zitten.[7]
Maar dan komt meteen een tweede probleem om de hoek kijken. Zelfs de door de IAO-Conferentie aangenomen arbeidsverdragen binden de lid-staten niet zonder meer, maar alleen die lid-staten die daar nog eens apart in hebben toegestemd.
De Nederlandse regering moet volgens onze Grondwet van geval tot geval aan het parlement toestemming vragen voor een Verdrag kan worden bekrachtigd. Daar gaat vaak veel tijd overheen: in Nederland pleegt men de nationale wetgeving uitvoerig te toetsen aan een IAO-Verdrag. Pas als het Nederlandse recht op alle komma's en punten in overeenstemming is (gebracht) met het betreffende IAO-Verdrag wordt dat geratificeerd. Meer dan eens ontbreekt evenwel de politieke bereidheid om het Nederlandse recht op alle onderdelen aan het IAO-Verdrag aan te passen en dan wordt van bekrachtiging afgezien. Tot op heden heeft Nederland zich pas aan ca. 100 van de ca. 180 IAO-Verdragen gebonden.[8] En onder de niet-aanvaarde Verdragen zijn er belangrijke, zoals het Verdrag nr. 130 over de jaarlijkse vakantie, het Verdrag nr. 143 inzake de migrerende werknemers en het Verdrag nr. 158 inzake het ontslagrecht.
Dat alleen wat Nederland betreft. En er zijn nog ruim 170 andere lid-staten in de IAO![9] De doorwerking van de IAO-normen gaat dus niet van een leien dakje. Dit geldt te meer wanneer de IAO haar normen de nog zwakkere status verleent van Aanbeveling, Resolutie of Verklaring. Bedenk daarbij dat de IAO decennia lang ook geleden heeft onder de Oost-West en de Noord-Zuid-tegenstellingen en het zal duidelijk zijn dat de invloed van de IAO bepaald niet overschat moet worden. Toch mag haar betekenis als gangmaker van sociale samenwerking met de ontwikkelingslanden niet miskend worden, terwijl zij ook voor de sociale normering in de ontwikkelde landen betekenis heeft. Dat is recentelijk in Nederland in enkele gevallen nog weer eens spectaculair gebleken. Zeker in een tijd waarin zich een trend tot vermindering van de sociaalrechtelijke bescherming voordoet, kunnen wetgevers daarin tijdelijk geremd worden, doordat zij zich eerder aan IAO-Verdragen hebben gebonden.[10]
Weliswaar kan een lid-staat een eenmaal geratificeerd IAO-Verdrag weer opzeggen, maar dat kan zij slechts eens per 10 jaar doen. Na het verloop van een bepaalde peildatum is men weer voor 10 jaar gebonden.[11]

7 Vgl. J.J.M. van der Ven, Nederlandse sociale zekerheid, getoetst aan de normen van de IAO, *SMA* 1981, p. 599; A. Kappelhof/J. van Drongelen, Verdrag nr. 103 van de IAO en art. 11 van de Arbeidswet 1919, *SMA* 1984, p. 167; J.K.M. Gevers, De nieuwe ILO-normen inzake de bedrijfsgezondheidszorg, *SMA* 1986, p. 414; K. Boonstra, *The ILO and The Netherlands*, diss. Leiden, 1996.

8 In een enkel geval heeft Nederland zich eerst aan een verdrag gebonden, maar het later weer opgezegd, bijv. IAO-Verdrag nr. 89 betreffende nachtarbeid van vrouwen.

9 Een duidelijk overzicht van de stand van zaken met betrekking tot de ratificaties door elke lid-staat van de diverse IAO-Verdragen wordt verschaft door de Chart of Ratifications of International Labour Conventions, die de IAO elk jaar publiceert.

10 L. Betten, Flexibilisering versus internationale verplichtingen: Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming in de Geneefse tang?, *VvA-bundel*, p. 195.

11 Vgl. A.T.J.M. Jacobs in *NJB* 1993, p. 1147.

19.3 Verenigde Naties

Toen in 1945 de Verenigde Naties werden gevormd, werd de IAO tot een soort onderafdeling ('specialised agency') van deze organisatie gemaakt. De VN kunnen zich daardoor van eigen normgeving op sociaal terrein onthouden en dit werk aan de IAO overlaten.
Nochtans zijn er ook in enkele VN-documenten wel wat regels aan te treffen met relevantie voor het sociaal recht. Dit betreft met name de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948, die in 1966 uitwerking gekregen heeft in een tweetal handvesten, te weten:

- het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (IVBPR),[12]
- het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR).[13]

Deze Verdragen vormen de mondiale vertolking van de klassieke resp. de sociale grondrechten en kunnen vergeleken worden met de hierna onder par. 19.5 te behandelen Europese teksten op dit gebied. Daarnaast zijn er Verdragen inzake onder meer het uitbannen van rassendiscriminatie[14] en discriminatie van vrouwen.[15]
De genoemde verdragen zijn door Nederland geratificeerd en hebben de afgelopen jaren het Nederlandse recht gestimuleerd in de richting van een grotere erkenning van de hierin gewaarborgde grondrechten.

19.4 OESO

Tegen de achtergrond van de koude oorlog sloten de niet-communistische landen van West-Europa zich na de Tweede Wereldoorlog nauwer aaneen met de VS en Canada om hulp voor hun wederopbouw te ontvangen (het zgn. Marshall-plan). Later zijn nog andere landen tot deze Organisatie van Economische Samenwerking en Ontwikkeling toegetreden, zoals Australië, Japan e.a. Tegenwoordig bepaalt de OESO zich ertoe de samenhang van de economische ontwikkeling van de Westerse landen en de relatie met de Oost-Europese landen en de Derde Wereld in het oog te houden. De OESO bespreekt in rapporten de sociaal-economische situatie in de lid-staten. Dergelijke rapporten geven nuttige informatie en spelen soms een rol in nationale discussies over het sociaal beleid. Op sociaalrechtelijk gebied heeft de OESO in het algemeen niet veel te betekenen, maar één tekst springt er toch wel uit: de OESO-Verklaring inzake multi-nationale ondernemingen (zie par. 11.8).

12 *Trb.* 1969, 100.
13 *Trb.* 1969, 99.
14 *Trb.* 1967, 48.
15 *Trb.* 1981, 61.

19.5 Raad van Europa

In West-Europa ontstond kort na de Tweede Wereldoorlog de Raad van Europa. Deze tracht de rechtstaat-idee en de grondrechten in Europa te bevorderen. In tegenstelling tot de periode van de koude oorlog, zijn thans bijna alle staten van Europa lid. De Raad van Europa is gevestigd te Straatsburg.
In dit kader werd in 1950 het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden tot stand gebracht. Speciaal van belang voor het arbeidsrecht zijn het verbod op dwangarbeid (art. 4) en de vrijheid van vakvereniging (art. 11). Maar ook bepalingen met een meer algemene strekking uit dit verdrag zijn relevant voor het sociaal recht[16], bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces (art. 6).[17]
Vervolgens werd in 1961 door de Raad van Europa het Europees Sociaal Handvest (ESH) opgesteld.[18] Dit Verdrag legt een groot aantal sociale grondrechten vast, zoals het recht op billijke arbeidsvoorwaarden, op een doelmatige vakopleiding, op sociale zekerheid etc. Onlangs werd het ESH aangevuld met enkele nieuwe bepalingen (in zgn. Protocols).[19]
De in dit Handvest vervatte normen zijn bijna alle in tamelijk vage bewoordingen omschreven, zodat de meeste West-Europese landen en ook Nederland er weinig door werden gestimuleerd om hun nationale wetgeving op een hoger plan te brengen. Bovendien staat het Handvest nog toe dat slechts een selectie uit de artikelen wordt geratificeerd (art. 20). Al met al is daarom de invloed van het ESH op de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat meer symbolisch dan praktisch geweest. Toch is bij enkele onderwerpen (in Nederland bijv. het stakingsrecht, zie par. 10.3) de invloed van dit document daadwerkelijk aanwijsbaar.[20]
Daarnaast valt nog te wijzen op enkele andere verdragen van de Raad van Europa met relevantie voor het sociaal recht, zoals de Europese Code inzake Sociale Zekerheid[21] en het Europees Verdrag inzake Migrerende Werknemers, 1972.[22]

16 O.a. het discriminatieverbod (art. 14) en het protocol over het eigendomsrecht; vgl. F.J.L. Pennings in *SMA* 1998, p. 5.

17 J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?*, Deventer 1989; P.F. van der Heijden/G.J.J. Heerma van Voss, Sociaal recht en 40 jaar EVRM, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *40 jaar EVRM*, Leiden 1990, p. 209; J.P.M. Zeijen in: M.H. Kobussen/R.R.M. de Moor (red.), *Art. 6 EVRM en de dagelijkse rechtspraak*, Tilburg, 1989, p. 15.

18 Vgl. J.J.M. v.d. Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen 1982; L. Betten, Het Europees Sociaal Handvest, Europa's stiefkind, *NJCM-Bulletin* 1988, p. 438.

19 *Trb.* 1990, 98; L. Betten, Nieuwe werknemersrechten in Europa, *SR* 1988, p. 252; L. Betten (ed.), *The future of European social policy*, Deventer 1989; A.W. Heringa, Het Europees Sociaal Handvest, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 70.

20 A.W. Heringa, De naleving van het Europees Sociaal Handvest in Nederland, *SR* 1988, p. 41-50 en 77-85.

21 *Trb.* 1965, 47; een herziene Code kwam in 1990 tot stand.

22 *Trb.* 1978, 70; A.T.J.M. Jacobs, Het Europees verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers, in: *Migranten in het Europa van de burger*, Utrecht 1989, p. 147.

19.6 De Europese Unie

In de jaren vijftig begonnen de West-Europese landen zich steeds nauwer aaneen te sluiten binnen de Europese Gemeenschappen (EG) – in 1993 omgedoopt in de Europese Unie (EU).
Een belangrijk verschil tussen de EU en de IAO is dat de EU een supra-nationale organisatie is. Verordeningen of Richtlijnen die binnen haar besluitgevende organen tot stand komen, zijn direct bindend voor de lid-staten. Bovendien zijn de handhavingsmogelijkheden sterker (zie par. 19.9).
De oorspronkelijke EG-Verdragen bevatten niet zo bijster veel sociaalrechtelijke bepalingen – de oprichters van de EG dachten dat de sociale eenwording in het kielzog van de economische eenwording wel vanzelf zou gaan! Pas het voornemen tot realisering van één Europese binnenmarkt per eind 1992 gaf een echte impuls aan de sociale normgeving op EU-niveau (de zgn. 'sociale dimensie').[23] Er kwam een 'Gemeenschapshandvest voor rechten van de werknemers'[24], dat fungeerde als een actieprogram voor de tot standbrenging van Europees sociaal recht.[25]

Anno 1998 is de stand van zaken als volgt.
In de *eerste* plaats is er een bijna volkomen vrij verkeer van werknemers tot stand gebracht (art. 48-51 EG-Verdrag). Iedere lid-staat van de EU moet onderdanen uit andere lid-staten de gelegenheid bieden werk te aanvaarden. En als er eenmaal werk gevonden is, dan moet er in die werksituatie volledige gelijkheid van behandeling met nationale werknemers gelden. Dit alles is uitgewerkt in EEG-Verordening 1612/68 (vgl. par. 2.11).[26]

23 L.H.J. Crijns, De sociale dimensie van de eenheidsmarkt 1992, *SMA* 1992, p. 82; M. Hutsebaut, De sociaalrechtelijke dimensie van Europa, *Revue de droit social* 1990, p. 81; A.T.J.M. Jacobs, De arbeidsrechtelijke aspecten van de voltooiing van de Europese binnenmarkt, *NJB* 1989, p. 835; D. Pieters, Brengt 1992 coördinatie en harmonisatie van de sociale zekerheid?, *NJB* 1989, p. 824; H. Deleeck, Europa 1992 – Zal de interne markt 1992 een weerslag hebben op onze sociale zekerheid?, *SMA* 1990, p. 187; L. Timmerman, 1992 en de medezeggenschap van werknemers, *De NV* 1989, p. 13; *Kamerstukken* 21 240; SER, *Advies inzake de sociale dimensie*, nr 90/111, 's-Gravenhage 1990.

24 L. Betten, EG-Handvest van sociale grondrechten, een hol vat?, *SMA* 1990, p. 119; L. Betten, Het Community Charter inzake fundamentele sociale rechten, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 3; H. Staal, Veel heisa rond Handvest, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 14; J.P.M. Zeijen, Stand van zaken uitvoering Gemeenschapshandvest, in *SR* 1992, p. 142.

25 R. Blanpain/C. Engels, *Europees arbeidsrecht*, 4e druk, Leuven, 1994; A.J.C.M. Geers/G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer 1995; A.T.J.M. Jacobs/L.J.M. v. Herk, *Teksten Europees Sociaal Recht*, Deventer, 1996; R. Blanpain/C. Engels, *Labour Law and Industrial Relations of the European Union*, Deventer, 1997; A.T.J.M. Jacobs/J.P.M. Zeijen, *European Labour Law and Social Policy*, Tilburg, 1993; B. Hepple, European Labour Law: The European Community, in R. Blanpain/C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics*, Deventer 1998; R. Blanpain/M. Biagi, *Labour Law and Industrial Relations of the European Union*, The Hague, 1998.

26 Vgl. J.P.M. Zeijen, Het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap, in A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer 1992, p. 41-70.

In het verlengde daarvan liggen de EEG-Verordeningen 1408/71 en 547/72 betreffende de sociale zekerheid. Zij bieden geen zelfstandig EU-stelsel van sociale zekerheid, maar zij geven een groot aantal coördinatie-regels, welke moeten verhinderen dat de onderdanen van EU-lid-staten die van het ene naar het andere land gaan tussen de wal en het schip van de nationale socialezekerheidsstelsels vallen.[27]
Tenslotte wordt het vrij verkeer van werknemers geraakt door de EU-regels terzake van het conflictenrecht (zie par. 7.22)[28]
Ten *tweede* heeft de EU een krachtig programma ontwikkeld voor de bestrijding van discriminatie naar geslacht.[29] Dit proces begon al in 1957 met de opneming van het gebod tot gelijke beloning van mannen en vrouwen in het EG-Verdrag (art. 119). Vanaf 1975 werd deze norm versterkt met een reeks van richtlijnen omtrent diverse aspecten van de gelijke behandeling m/v.[30] Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG heeft menig duit in dit zakje gedaan.[31]
Ten *derde* heeft de EU op tal van verspreide aspecten van het arbeidsrecht regelgeving tot stand gebracht, zoals met betrekking tot collectief ontslag, bescherming van werknemersrechten bij bedrijfsovergang, insolventie van de werkgever, rijtijden in het beroepsgoederenvervoer, de informatieverplichtingen van de werkgever inzake de arbeidsverhouding, arbeidstijden, de bescherming van jongeren en zwangere vrouwen, de medezeggenschap van werknemers[32], enz.
Ten *vierde* is er een omvangrijk geheel van regels met betrekking tot de arbeidsomstandigheden gegroeid. Diverse EU-Richtlijnen stellen nu paal en perk aan het werken met gevaarlijke stoffen, zoals asbest en lood, aan het werken onder een overmaat van lawaai, aan heffen en tillen, aan beeldschermarbeid, enz. Ze reguleren het werk op bouwplaatsen, schrijven veiligheidsuitrusting voor, enz. Er zijn Richtlijnen die regels bevatten voor de veiligheid en gezondheid van werkplaatsen, voor de veiligheid van gereedschap, enz. En ten slotte zijn er kaderrichtlijnen, die algemene beginselen bevatten ten aanzien van het werken met gevaarlijke stoffen en de verbetering van de veiligheid en gezondheid van de werknemers.[33]
In de *vijfde* plaats zijn er enkele niet onaanzienlijke fondsen ten behoeve van het werkgelegenheidsbeleid, met name het Europees Sociaal Fonds. De meeste gelden daaruit gaan naar buiten Nederland gelegen achterstandsgebieden van de EU. Het werkgelegenheidsbeleid in de lid-staten

27 D.C.A.M. Pieters (red.), *Europees sociaal zekerheidsrecht*, Antwerpen 1988; F. Pennings, *Grondslagen van het Europese Sociale-zekerheidsrecht*, Deventer 1993.
28 Vgl. ook EG-Richtlijn 96/71, Pb.L 18/1997 (detachering).
29 S. Prechal, Gelijke behandeling in retrospectief, *SEW* 1988, p. 78.
30 W.J.P.M. Fase, Gelijke beloning m/v naar communautaire normen, *SMA* 1982, p. 175; W.J.P.M. Fase (red.), *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, Deventer 1986.
31 Vgl. Hof van Justitie EG 27 mei 1990 (Barber) *Jur.* 1990, p. 1990 en Hof van Justitie EG 11 november 1997 (Marschall), Jur 1997, I-6363.
32 J.J.J. van Dijck e.a., *Naar medezeggenschap op Europees niveau?*, SMO-uitgave, Den Haag 1990; E. Steijger, *Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid*, Deventer 1990, alsmede de publicaties genoemd in par. 11.8.
33 E. Steijger, Internationaal en Europees arbeidsomstandighedenrecht, in A.J.C.M. Geers (red.), Schets arbeidsomstandighedenrecht, Deventer 1991, p. 127-144.

wordt bovendien beïnvloed door het beleid dat de EU in enkele sectoren voert om aan overproductie en concurrentievervalsing het hoofd te bieden, zoals in de landbouw en visserij, de staalindustrie, de scheepsbouw e.d.

Jarenlang ging de totstandbrenging van sociaalrechtelijke regelgeving binnen de Europese Unie moeizaam, hetgeen zeker niet losgezien kan worden van de wijze van besluitvorming binnen de EU. Daarin neemt de Ministerraad de centrale plaats in en die kon doorgaans slechts met unanimiteit beslissingen nemen. In een drietal stappen – de Europese Akte van 1986, het Verdrag van Maastricht van 1992 en het Verdrag van Amsterdam van 1997 – is deze situatie veranderd.
Volgens de nieuwste teksten van de Europese Verdragen, zoals die komen te luiden met de inwerkingtreding – in de loop van 1999 – van het Verdrag van Amsterdam van 1997 zal in de toekomst het sociaal recht op EU-niveau langs twee sporen vormgegeven kunnen worden (zie de nieuwe artt. 118 e.v. EG-Verdrag):

a. De organisaties van werkgevers en werknemers (de 'sociale partners') kunnen zelf op Europees niveau overeenkomsten sluiten. Die overeenkomsten kunnen rechtskracht ontplooien in de Lid-Staten volgens de daar geldende nationale regels, maar ook is het mogelijk dat die overeenkomsten door een besluit van de EU-Ministerraad algemeen verbindende werking in de Lid-Staten krijgen. Bij twee gelegenheden – betreffende ouderschapsverlof[34] en deeltijdwerk[35] – is reeds van die laatste mogelijkheid gebruik gemaakt.
b. Waar de 'sociale partners' deze bevoegdheid om 'in eigen beheer' Europees sociaal recht te scheppen laten lopen, blijft het aan de EU-Ministerraad om verder Europees sociaal recht te scheppen. Maar daarover zullen in de toekomst in veel meer gevallen dan in het verleden binnen de EU-Ministerraad met 'gekwalificeerde meerheid' in plaats van met unanimiteit besluiten genomen kunnen worden. Ook het Europees Parlement zal in die gevallen een medewetgevende rol kunnen spelen.

19.7 Bilaterale verdragen

Tenslotte zijn nog van belang de bilaterale verdragen. Zij spelen met name een rol ten aanzien van de sociale zekerheid met landen waarmee Nederland niet in de EG verbonden is, maar toch intensieve banden onderhoudt, zoals de Verenigde Staten, Zwitserland, Noorwegen, Marokko enz.[36]

34 Richtlijn van de Raad 96/34/EG van 3 juni 1996, *Pb* 1996 L 145.
35 Richtlijn van de Raad 97/81/EG van 15 december 1997, *Pb* 1998 L 14.
36 Vgl. *Stb.* 1990, 375 voor de verdragen met Canada en de VS; voor Noorwegen *Trb.* 1990, 25. Zie ook *Sociale Verzekeringswetten*, deel Internationaal Sociaal Verzekeringsrecht.

19.8 Rechtskracht van internationale normen op sociaalrechtelijk vlak

Na deze blik in vogelvlucht over de diverse internationale normen die het sociaal recht raken, komen wij bij een kernvraag: wat koopt de justitiabele daar nu voor?

Nederland is eerst gebonden aan Verdragen, wanneer het die heeft bekrachtigd. Daarvoor is de stilzwijgende of uitdrukkelijke goedkeuring van het Nederlandse parlement vereist.[37] Tegelijk met het vragen van die goedkeuring zal de regering meestal ook wetsvoorstellen presenteren om het Nederlandse recht met zo'n Verdrag in overeenstemming te brengen als het dat al niet is.
Overigens zij er nog eens uitdrukkelijk op gewezen dat het in het internationale sociaal recht vaak gaat om minimum-normen. Zij laten doorgaans onverlet de bepalingen van nationaal recht, die gunstiger zijn voor de werknemers.

Zijn de bepalingen van een door Nederland bekrachtigd Verdrag duidelijk en onvoorwaardelijk dan kunnen zij ook rechtstreekse (ook wel genaamd: directe of interne) werking hebben zonder dat de nationale rechtsregels zijn aangepast. Zij worden dan door de nationale rechter toegepast (art. 93 Gw), zonodig met voorbijgaan aan de nationale wet (art. 94 Gw). Het is niet gemakkelijk om in het algemeen te zeggen welke bepalingen uit internationale verdragen rechtstreeks werken. In 1986 gaf de Hoge Raad enige criteria voor de rechtstreekse werking van internationale bepalingen. Eerst dient te worden gekeken of uit de tekst of uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden of de Verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan een artikel geen rechtstreekse werking mag worden toegekend. Valt zulks niet vast te stellen, dan is enkel de inhoud van de bepaling van belang: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud en strekking of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?[38] Met behulp van deze criteria gaf de Hoge Raad toen rechtstreekse werking aan art. 6, lid 4 ESH, dat het stakingsrecht erkent (zie par. 10.3). Dat is voor het Nederlandse arbeidsrecht het belangrijkste voorbeeld van rechtstreekse werking van internationaal recht. Van de meeste bepalingen in de IAO-verdragen, het ESH en het IVESCR wordt aangenomen dat zij geen rechtstreeks werking hebben.[39] Maar men moet steeds de aparte bepaling daarop onderzoeken. Van enkele bepalingen werd wél de directe werking aangenomen.[40]

37 Vgl. *Kamerstukken* 21 214.
38 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS).
39 C.A. Groenendijk, Het Europees Sociaal Handvest voor buitenlandse werknemers: varianten van doorwerking van internationale verdragen, in *De Leede-bundel*, p. 97.
40 A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen aan den Rijn 1985; voor actuele rechtspraak zie de jaarlijkse overzichten in *NJCM-Bulletin*; vgl. ook HR 7 mei 1993, *RvdW* 1993, 101.

Aan de meeste normen in het EVRM en het IVBPR wordt door de Nederlandse rechter wél rechtstreekse werking toegekend. Het meest opvallende voorbeeld daarvan voor het sociaal recht betreft het socialezekerheidsrecht. Vanaf 1987 erkent de Centrale Raad van Beroep de rechtstreekse werking van art. 26 IVBPR, dat een algemeen discriminatieverbod bevat. Dit heeft tot belangrijke ingrepen in de toenmalige AAW en de AWW geleid, die de wetgever noopten tot aanpassing van deze wetten.[41]

Bij normen die van de EU uitgaan is het in hoogste instantie het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, die over hun werking beslist; de EU-landen moeten daaraan gevolg geven. Het EG-Hof heeft inmiddels uitgemaakt dat zekere bepalingen van de Europese Verdragen, waaronder artt. 48 (vrij verkeer) en 119 EG (gelijke beloning m/v) en de Verordeningen van de EG rechtstreekse werking hebben.
Richtlijnen van de EU richten zich in eerste instantie tot de Lid-Staten die een bepaalde termijn krijgen om hun wetgeving aan de normen van de Richtlijn aan te passen. Toch *kunnen* ook bepalingen uit deze Richtlijnen rechtstreekse werking hebben, wanneer een land in gebreke is gebleven om binnen de bepaalde tijd aan de Richtlijn te voldoen. Of ze die rechtstreekse werking dan hebben moet van bepaling tot bepaling worden vastgesteld. Beslissend is daarbij of een dergelijke bepaling zich naar inhoud, aard, strekking en bewoordingen leent voor rechtstreekse werking. Het meest spectaculair is dit in de laatste jaren bevestigend beantwoord ten aanzien van de EU-Richtlijnen inzake Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen. Ettelijke rechtszaken brachten opheldering over de eisen die vanuit het EU-recht moeten worden gesteld aan gelijke behandeling van mannen en vrouwen en andere arbeidsrechtelijke zaken. Vooral ook onderwerpen als 'indirecte discriminatie' en bewijsrecht werden beïnvloed door het denken van het EG-Hof van Justitie. Spectaculair was ook de invloed van de EU met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid. De EU-regels noopten tot complete herziening van AOW, AAW en WW en waar de Nederlandse wetgever tekort schoot aarzelde het EG-Hof niet dit uit te spreken.[42]

Naast de rechtstreekse werking staat nog een tweede problematiek, te weten die van de horizontale werking. Daarmee bedoelt men de vraag, of een internationale norm ook geldt in het rechtsverkeer tussen particuliere personen.
In de rechtswetenschap wordt nog al eens verdedigd dat een internationale norm alleen iets kan zeggen over de band tussen overheid en

41 J. Riphagen/C.J. Smitskam, De betekenis van art. 26 IVBPR voor de sociale verzekeringsrechtspraak, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 401.

42 Vgl. C. Saelaert/A.G.G.D. Taghon/J.P.M. Zeijen, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid, in: D.C.H.M. Pieters (red.), *Europees Sociale Zekerheidsrecht*, Antwerpen/Apeldoorn 1988, p. 165; G.J.J. Heerma van Voss, Hoe het Hof van Justitie van de EG de AAW op haar grondvesten doet wankelen, *SR* 1990, p. 108.

particulieren en niet rechtstreeks het rechtsverkeer tussen particulieren kan beheersen.
Het is een nog niet uitgekristalliseerde stelling, waarvan men hooguit kan zeggen dat zij zeker niet in haar algemeenheid geldt. De art. 48 (vrij verkeer) en 119 EG (gelijke beloning m/v), de EU-Verordeningen en sommige normen uit het EVRM en het ESH gelden bijvoorbeeld ongetwijfeld rechtstreeks ook in het rechtsverkeer tussen particulieren. De Richtlijnen van de EU worden nog niet rechtstreeks bindend tussen particulieren geacht. Wél zal de nationale rechter het recht tussen particulieren zo toepassen dat het strookt met de doelstellingen en bewoordingen van het EU-recht. En bovendien kunnen particulieren van een lid-staat schadevergoeding vorderen wanneer deze in gebreke is gebleven om een Richtlijn in nationale voorschriften om te zetten.

Vragen rondom de rechtstreekse en de horizontale werking van internationale normen zijn dikwijls lastig te beantwoorden. Om die reden is de rechter in Nederland soms geneigd om die vragen niet dogmatisch te beoordelen, maar de internationale norm te laten doorwerken via de 'open' normen van het recht, zoals de redelijkheid en billijkheid.[43]

19.9 Toezicht op de naleving van internationale normen

Traditioneel werd het toezicht op internationale normen tamelijk slapjes geregeld, omdat staten liever niets van hun soevereiniteit prijsgaven.[44] Heel langzaam is daar een kentering in gekomen. De meeste internationale verdragen of organisaties kennen heden ten dage comités die toezien op de naleving van het verdrag. De staten zijn verplicht aan de comités te rapporteren en de comités doen ook vaak uitspraken. Die hebben echter geen bindende kracht al gaat er soms toch wel enige pressie van uit. Slechts in uitzonderlijke gevallen is aan individuen een klachtrecht toegekend.

Bij de Internationale Arbeidsorganisatie bestaat een deskundigencomité, dat toezicht houdt op de naleving van de Verdragen en Aanbevelingen van die organisatie. Het doet dat aan de hand van rapporten, die de regeringen insturen. Maar het is ook mogelijk dat lid-staten of organisaties van werkgevers of werknemers klachten naar de IAO sturen, die dan door dit deskundigencomité bezien kunnen worden.[45] Soms geeft men daar dan een 'opinie' over, die kan worden overgenomen door de Internationale Arbeidsconferentie. In ernstige gevallen kan vanuit de IAO zelfs een onderzoek worden ingesteld. Een aparte procedure heeft de IAO

43 Een mooi voorbeeld daarvan is Ktg. Gorinchem 8 December 1986, *Rechtspraak Rassendiscriminatie* 1986/1987, nr 138.

44 L. Betten, Het succes en falen van internationale toezichtsprocedures inzake de naleving van sociale grondrechten, *NJCM-Bulletin* 1988, p. 289.

45 Vgl. M.J.A.C. Driessen, in A.T.J.M. Jacobs (red.), *Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimum-normen van de IAO en de Raad van europa*, Deventer, 1992, p. XVII-XIX.

ingesteld voor de vakverenigingsvrijheid. Dit wordt beschouwd als een dusdanig zwaar grondrecht van de IAO dat hiervoor een speciaal comité in het leven is geroepen. Klachten op dit gebied worden extra serieus behandeld.
Een soortgelijke procedure bestaat ten aanzien van het IVBPR- en het IVESC-Verdrag[46] van de Verenigde Naties en het Europees Sociaal Handvest[47] en de Gedragscode voor multi-nationale ondernemingen. In deze gevallen hebben vakbonden echter niet een eigen klachtmogelijkheid en zijn zij ook niet betrokken bij het geven van het uiteindelijke oordeel. Bij het Mensenrechtencomité dat toeziet op de naleving van het IVBPR kunnen ook individuen een klacht indienen, omdat Nederland het daartoe strekkende Protocol heeft bekrachtigd. De uitspraak op deze klacht is echter evenmin bindend. Hetzelfde geldt in het kader van het rassendiscriminatieverdrag van de VN.[48]

Deze zwakke vormen van internationaal toezicht zal velen niet erg aanspreken, omdat zij nauwelijks rechtstreeks vruchten afwerpen voor de individuele rechtsverhouding. Maar voor wie meer structureel de rechtsontwikkeling volgt, zijn deze toezichthoudende procedures toch niet te versmaden.
Zo hebben klachten van de FNV bij de IAO, begin jaren tachtig, ertoe bijgedragen dat Nederland is afgestapt van de rechtstreekse overheidsinmenging in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (zie par. 9.10).[49]
Een uitspraak van het Mensenrechten-comité van de VN deed in 1987 de Centrale Raad van Beroep 'omgaan' in zijn standpunt over de toepasselijkheid van art. 26 IVBPR (de algemene non-discriminatiebepaling) op de sociale zekerheid (zie par. 19.3 en 19.8). De Hoge Raad acht de 'Conclusions' van het Deskundigencomité van het ESH 'gezaghebbend' voor de interpretatie van dit ESH.[50]
Vanuit dit perspectief is het toch altijd nuttig voor de burgers om in rechtsgeschillen de nationale rechter te wijzen op normen in IAO- of VN-Verdragen, in het ESH enz. Wellicht kan deze ervan worden overtuigd dat een bepaalde vage nationale norm ingevuld kan worden met een concrete internationale norm. Of zelfs dat een nationale norm buiten toepassing zou moeten blijven wegens strijd met een internationale norm. Met dat laatste zijn de rechters overigens voorzichtig, onder meer refererend aan de in de vorige paragraaf uiteengezette problematiek van de rechtstreekse en horizontale werking.

46 Vgl. A.P.M. Coomans in *NJCM-Bulletin* 1992, p. 862.
47 Recentelijk werd de toezichthoudende procedure bij het ESH ietwat verbeterd in een Protocol. Dit is stilzwijgend door het Nederlandse parlement goedgekeurd via *Kamerstukken* 23 042; zie ook J.G.C. Schokkenbroek en A.W. Heringa in *NJCM-Bulletin* 1991, p. 396.
48 Spectaculair benut in de zaak Yilmaz-Dogan, zie RR no. 55; M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997.
49 Vgl. L. Betten, Regering overstag na ILO-missie, *SMA* 1984, p. 490.
50 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 onder r.o. 3.2; voor een samenvatting van de opinies van dit Deskundigencomité A.W. Heringa, in *SR* 1988, p. 41 en 77.

Een sterkere vorm van internationaal toezicht treft men aan bij het Europese Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. De justitiabele die meent dat een bepaalde situatie in strijd is met dit verdrag, kan – als hij alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput – in beroep komen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, gevestigd te Straatsburg.[51] Uitspraken van dit Hof zijn bindend in onze nationale rechtsorde.[52]

In het kader van de Europese Unie geldt een sterk supra-nationaal toezicht. De Europese Commissie waakt nauwgezet over de toepassing van het gemeenschapsrecht in de lid-staten. Als die toepassing niet in orde wordt bevonden kan zij zich wenden tot het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat de lid-staat ertoe kan verplichten zijn recht in overeenstemming te brengen met de EU-regels (art. 169 EG).[53] Ook kan een ander EU-land zo'n zaak aan het Hof voorleggen (art. 170 EG-Verdrag).
Alle burgers van de EU kunnen voor hun nationale rechter het EU-recht als hoogste norm inroepen; de nationale rechter moet dan het EU-recht voorrang geven. Verkeert hij in onzekerheid of een nationale bepaling in overstemming is met het EU-recht dan *kan* hij het Hof van Justitie van de EG om een 'prejudicile' beslissing vragen. Daarin geeft dit Hof dan een bindende uitleg over het gemeenschapsrecht. De hoogste nationale rechter *moet* zoiets zelfs vragen, tenzij de zaak helder is of reeds in een eerdere uitspraak is opgehelderd (art. 177 EG).
Maar let op: het is de rechter die zo'n stap neemt. Burgers kunnen zich niet zelf met dit type vragen tot het Hof van Justitie van de EG wenden.[54]

19.10 Internationale verbanden van werkgevers en werknemers

Om op internationaal niveau pressie en lobby-activiteiten te kunnen uitoefenen, hebben vakbonden en werkgevers zich sinds vele jaren ook internationaal georganiseerd.
De eerste internationale organisaties van werknemers ontstonden al in de vorige eeuw.[55] Maar de vakbeweging was ideologisch sterk verdeeld en

51 Volgens tot eind 1998 geldende regels kon de justitiabele niet rechtstreeks naar het Hof, maar moest de klacht eerst voorgelegd worden aan de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.

52 Vgl. L. Betten, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Legal Order of the European Communities*, Den Haag 1985, p. 49.

53 Eventueel met een soort dwansom, zie art. 171 EG (nieuw).

54 Vgl. P. Kapteyn/P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 5e druk, Deventer 1995. Slechts in geschillen met de EU zelf kan een EU-burger zich tot het Hof wenden, waarbij men dan vaak begint bij het EU-gerecht van eerste aanleg (bijvoobeeld een ambtenaar van de EU met een arbeidsgeschil).

55 Vgl. J.P. Windmuller/S. Pursay, The International Trade Union Movement, in R. Blanpain/C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer 1998.

dat heeft ertoe geleid dat aan het einde van de Eerste Wereldoorlog drie verschillende wereldwijde organisaties zijn ontstaan – een driedeling die tot op heden is gebleven. Naast elkaar treft men aan:
- het Internationaal Verbond van Vrije Vakverenigingen, dat neutrale en sociaal-democratische vakbonden omvat;
- het Wereldverbond van de Arbeid, dat christelijke vakorganisaties verenigt;
- het Wereldvakverbond, dat communistische vakbonden verbindt.

De beide laatste leiden echter nog slechts een uiterst pover, zo niet zieltogend bestaan!

Naast deze vakverbonden hebben in sommige gevallen de vakbonden van verschillende landen zich ook bedrijfstakgewijze aaneengesloten (de zgn. beroepssecretariaten). Voorbeelden daarvan zijn de International Transport Workers' Federation en de Algemene Bond van Werkers in de Automobielindustrie.
Ook zijn de vakbonden van de democratisch geregeerde Europese landen gaan samenwerken teneinde bij de verschillende Europese instanties invloed te kunnen uitoefenen. Daarbij is bijna elk ideologisch onderscheid achterwege gebleven – praktisch alle grote vakcentrales van werknemersorganisaties zijn verenigd in het Europees Verbond van Vakverenigingen.
Eveneens in Europees verband aaneengesloten zijn er weer bedrijfstaksgewijze verbonden, zoals de Europese Federatie van Werknemers in de Landbouw.

Ook aan werkgeverskant bestaan er veel internationale confederaties,[56] te weten:
- op mondiaal-algemeen niveau (de IOE),
- op mondiaal-bedrijfstakniveau (bijv. de International Shipping Federation),
- op Europees-algemeen niveau (de UNICE),
- op Europees-bedrijfstakniveau (bijv. COPA wat de landbouw betreft).

Al deze organisatiestructuren, zowel aan werkgevers- als aan werknemerskant, zijn tamelijk los. De internationale organisaties kunnen de bij hen aangesloten bonden tot niets verplichten en zij zullen dat ook niet proberen. Zaken als internationaal collectief onderhandelen, het afsluiten van internationale cao's of het organiseren van internationale stakingen staan nog steeds in de kinderschoenen.[57]
Meestal strekt de internationale samenwerking van werknemers resp. werkgevers niet verder dan het formuleren van gemeenschappelijke

56 Vgl. J.J. Oechslin, International Employers' Organizations, in R. Blanpain/C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer 1998.

57 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn 1986.

doelstellingen die door de nationale organisaties moeten worden waargemaakt.

Trefwoordenregister

A
aanneming van werk 53
aansprakelijkheid
– fouten van de werknemer 113
– van de werkgever m.b.t. arbeidsomstandigheden 94
aansprakelijkheidsverdeling, schade aan derden 114
aanstellingskeuring 39
aanvullend recht, regeling van opdracht 53
aanvullend/regelend recht, gradatie rechtsbronnen 68
aanvullende pensioenverplichting 291
aanvullende pensioenverzekering 82
aanvullende pensioenvoorziening 287
– regels 291
aanwijzing tot naleving, arbeidsinspectie 101
aanwijzingsbevoegdheid, werkgever 109
aanzegdag 155
AAW 250
ABW 268, 300
actie, van onbehoorlijk werk 205
additionele werkverschaffing 34
administratiefrechtelijke sancties 330
administratieve boete 331
adviesrecht, OR 219
afwijkingsmogelijkheid, loonaanspraak 76
AKW, verzekerden en rechthebbenden 295
alfa-hulpen, arbeidsovereenkomst 59
algemeen verbindendverklaring, CAO 63, 182
Algemeen Verbond Bouwbedrijf, zie: AVBB
Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, zie: AAW
algemene bijstand 304
Algemene Bijstandswet, zie: ABW
algemene juridische sancties, handhaving arbeidsrecht 119
Algemene Kinderbijslagwet, zie: AKW
Algemene nabestaandenwet, zie: Anw
Algemene Ouderdomswet, zie: AOW
Algemene Weduwen- en Wezenwet, zie: AWW
Algemene Werkgeversvereniging, zie: AWV
Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, zie: AWBZ
Algemene Wet Gelijke Behandeling, zie: AWGB
ambtenaren, pensioenvoorziening 83
ambtenarenrecht 24
– bescherming van bezoldiging 82
– in arbeidszaken 129
– ontslagrecht 171
– tuchtrecht 123
ambtenarenstaking 211
Ambtenarenwet, rechtspositie overheidspersoneel 55
ambtenarenzaken, rechtspraak 129
Anw 293
AOW 287
AOW-uitkering
– hoogte 290
– recht op 289
arbeidsbemiddeling, koppelbazen 37
arbeidsbureau 32
– beroepskeuzevoorlichting 33
– scholingsmaatregelen 33
arbeidsconflict
– acties 200
– collectief 194

arbeidscontract
– flexibel 56
– kind tot 16 jaar 49
arbeidsduur, wettelijke maximale 86
arbeidsgehandicapten, reïntegratie arbeidsproces 46
arbeidsgeschiktheidsschatting 260
arbeidsgeschillen, bemiddeling bij 126
Arbeidsinspectie
– controle op arbeidstijdenwet 88
– klachtenprocedure naleving arbeidsrecht 126
– naleving Arbowet 100
arbeidskundige 259
arbeidsmarkt, begripsomschrijving 30
arbeidsomstandigheden
– civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever 94
– publiekrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever 97
Arbeidsomstandighedenwet, zie: Arbowet
arbeidsongeschiktheid
– Arbodienst 254
– IOAW en IOAZ 284
– kortdurende 251
– langdurige 258
– loondoorbetaling 251
– loonvordering 78
– vaststelling mate 259
– wegens zwangerschap 258
arbeidsongeschiktheidspercentage 262
arbeidsovereenkomst
– alfa-hulpen 59
– beëindiging van 137
– kenmerken 51
– ontbindende voorwaarde 140
– ontbinding door rechter 163
– overgang bij contractsovername 116
– thuisarbeid 57
– uitzendkracht 58
– voor bepaalde tijd 138
– vormvereisten 60
– wijzigingsbeding 66
arbeidsrecht 31
– bemiddeling bij geschillen 126
– handhaving van 119
arbeidsrelatie
– rechten en verplichtingen 102
– toetsing van wijzigingen 111
Arbeidstijdenwet 85
– jeugdige werknemers 87
– kinderarbeid 48
– normen 86
– sanctionering 88
arbeidsverhoudingen, Burgerlijk Wetboek 50
arbeidsverleden 271
arbeidsvoorwaarden, wijzigingsbeding 109
arbeidsvoorwaardenvorming
– overheid 191
– semi-overheid 193
Arbeidsvoorzieningswet, zie: Arbvo-wet
Arbeidswet 84
arbeidszaken
– civiele rechtspraak 128
– internationaal privaatrecht 133
arbo-beleid, werkgever 98
Arbobesluit 97
Arbo-dienst 99
– arbeidsongeschiktheid 254
Arbowet 97
– controle en sancties 100
– normen 98
– werkgeversverplichtingen 98
– werkingssfeer 99
– werknemersverplichtingen 98
Arbvo-wet 32
Armenwet 300
ATV-dagen 93
AVBB 177
AWBZ 297
– verstrekking 298
AWGB, discriminatieverbod 40
AWV 177
AWW 293
AWW-pensioen, korting bij ander inkomen 294

B

bedrijfshulpverleners, Arbowet 99
bedrijfsongevallen, aansprakelijkheid werkgever 95
bedrijfsorganisatie, publiekrechtelijke 186
bedrijfsrechtspraak, geschillen arbeidsrecht 127
bedrijfstak-CAO 61
bedrijfsvakantie 91
beëindiging van arbeidsovereenkomst 137
– met wederzijds goedvinden 141
beëindiging WW-uitkering 275
beperkingenpatroon 259
bereikbaarheidsdiensten, kwantitatieve beperkingen 86
beroep
– op gewoonte/gebruik 67

– tegen beslissing RDA 151
beroepskeuzevoorlichting, arbeidsbureau 33
beroepsziekten, aansprakelijkheid werkgever 95
bescherming van bezoldiging, ambtenarenrecht 82
bestaanszekerheid
– nabestaanden 293
– ouderen 286
bestuurlijke taken, arbeidsinspectie 89
betaald verlof 91
bevallingsuitkering 258
bevel tot stillegging van het werk, arbeidsinspectie 101
bezetting 206
bezoldiging ambtenaren 82
Bijdrageregeling Bedrijfstaksgewijze Scholing 34
bijstand 243, 300
– algemene 304
– bijzondere 305
– recht op 302
– sancties 308
bijstandsuitkering
– aanvragen 306
– verplichtingen 307
bijstandswetgevingstructuur 302
bijzondere wettelijke bepalingen, werknemers 54
bijzondere bijstand 305
bijzondere omstandigheden, loon bij verhindering 75
bilaterale verdragen 339
blokkade 205
boete, sanctiemaatregel handhaving arbeidsrecht 122
bovenwettelijke aanspraken, iao 60
Bureaus voor Rechtshulp 130

C

CAO
– algemeenverbindendverklaring 182
– centraal overleg 183
– definitie 61
– geldigheid 62
– inhoud 179
– overleg 178
CBA 32
CBA-vergunning, particuliere arbeidsbemiddeling 35
Centra voor Vakopleiding van Volwassenen 34
centraal overleg 183
Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening, zie: CBA
Centrale Raad van Beroep 327
Christelijk Nationaal Vakverbond, zie: CNV
cia/CAO-bedingingen, nietigheid bij tegenstrijdigheid WMM 80
CNV 174
collectief
– arbeidsconflict 194
– ontslag 149
– overleg overheidssector 65
collectieve arbeidsovereenkomst, zie: CAO
collectieve arbeidsvoorwaardenvorming 173
College van Toezicht Sociale Verzekeringen (CTSV) 326
Commissie gelijke behandeling
– anti-discriminatiewetgeving 42
– arbeidsgeschillen 131
– geschillen gelijke beloning naar geslacht 81
concurrentiebeding 169
conglomeraat van rechtspersonen 59
contractsovername, overgang arbeidsovereenkomst 116
contractsvrijheid, arbeidsmarkt 30
controle en sancties, Arbowet 100
conversie 155

D

dagloonbegrip 315
deskundige bijstand, werkgever m.b.t. Arbowet 99
directe discriminatie 41
directeuren van vennootschappen, wettelijke bepalingen 54
disciplinaire maatregelen
– ambtenaren 123
– handhaving arbeidsrecht 120
– procedure op opleggen van 121
– weigering functiewijziging 112
discriminatie
– bij selectieprocedure 40
– naar geslacht 45
– naar nationaliteit 43
– naar ras 42
– van gehandicapten 46
– verbod 106
DIVOSA 325
dood werknemer/werkgever 140
doorbetaling van loon, bij verhindering werkgever 76

driekwart-dwingend recht, gradatie rechtsbronnen 69

E
EEG-executieverdrag, internationaal privaatrecht arbeidszaken 134
eigen bijdrage, sociale zekerheid 312
eigen rechtstelsel, werknemers 55
einde van rechtswege, arbeidsovereenkomst 137
eis tot naleving, arbeidsinspectie 101
enquêterecht, vakbond 233
erkenningsstaking 202
Europees Verdrag inzake Migrerende Werknemers 336
Europees Verdrag inzake het recht m.b.t. verbintenissen uit overeenkomst, zie: EVO
Europese Code inzake Sociale Zekerheid 336
Europese Unie 337
EVO, internationaal privaatrecht arbeidszaken 133
extra vakantie-uitkering 91

F
faillissement
– loonvordering 73
– opzegtermijn 156
Federatie Nederlandse vakbeweging, zie: FNV
financiering, arbeidsvoorzienings-organisatie 32
flexibele arbeidsrelaties 56
FNV 174
fraude, sociale uitkeringen 247
freelancers, overeenkomsten van opdracht 58
functiewaarderingssystemen, gelijke beloning naar geslacht 81
Fusiecode 235
fusiegedragsregels 235

G
gedeeld/gezamenlijk werkgeverschap 59
gehandicapte werknemers, loonaanspraak 80
geheimhoudingsplicht, werknemers 113
geldelijke vergoeding, vakantiedagen 91
geldigheid, CAO 62
gelijke beloning, naar geslacht 81
gemeentelijke sociale dienst 325
georganiseerde staking 194
geschiedenis, sociaal recht 19
geschillen arbeidsrecht, bemiddeling bij 126
geschillenregeling, OR 226
getuigschrift 169
gewetensbezwaren, goed werkgever-/werknemerschap 104
gewoonte of gebruik, beroep 67
gezagsverhouding, arbeidsovereenkomst 52
gezondheid, medezeggenschap 227
goed werkgever-/werknemerschap 102
gouden handdruk 166
grondrechten
– horizontale werking 28
– sociaal recht 27
– vrijheid van arbeidskeuze 30
gunstigheidsbeginsel, hiërarchie rechtsbronnen 68

H
halfwezenuitkering 293
handelsvertegenwoordigers, wettelijke bepalingen 54
handhaving arbeidsrecht 119
herleving van het recht op WW 276
herziening, uitkering WAO/Waz/Wajong 264
hiërarchie, rechtsbronnen 67
horizontale werking
– discriminatieverbod IVBPR 40
– grondrechten 28
huur/arbeidsovereenkomst 53

I
iao, zie: individuele arbeidsovereenkomst
illegale werknemers, tewerkstellingsvergunning 44
indirecte discriminatie 41
individuele arbeidsovereenkomst (iao) 60
– staking 207
informatierecht, OR 218
inkomenspolitiek 189
inkomensvoorzieningen, bij werkloosheid 268
inspanningsverplichting, opdracht 53
instemmingsrecht, OR 221
instructiebevoegdheid, werkgever 66
internationaal privaatrecht, arbeidszaken 133

Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten 335
Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten 335
internationale normen
– rechtskracht op sociaalrechtelijk vlak 340
– toezicht op naleving 342
internationale verbanden
– werkgevers 345
– werknemers 344
Internationale Arbeidsorganisatie 332
internationalisering, sociaal recht 27
interne bedrijfsregelingen 66
IOAW (Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers 268, 284
IOAZ (Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk gewezen zelfstandigen 268, 284

J
jongeren
– arbeidscontract 49
– beperkingen arbeidstijdenwet 87
jurisprudentie, overgang arbeidsovereenkomst 117

K
Kaderregeling arbeidsinpassing 34
kantonrechter
– geschillen arbeidszaken 128
– vordering bij ongelijke beloning naar geslacht 81
kapiteins scheepvaart, wettelijke bepalingen 54
kenmerken arbeidsovereenkomst 51
kinderarbeid 48
kinderbijslag 295
Kinderwet-Van Houten 48
klachtenprocedures, naleving arbeidsrecht 126
klassieke grondrechten, sociaal recht 27
koppelbazen, arbeidsbemiddeling 37
kort geding arbeidszaken 129
kortdurende arbeidsongeschiktheid 251
kortdurende WW-uitkering 271
kortstondige werkonderbreking 205
kring der verzekerden
– sociale verzekering 243
– volksverzekering 320
– werknemersverzekering 317
– WW 284
– ZFW 300

L
Landelijk instituut sociale verzekeringen 323
langdurige arbeidsongeschiktheid 258
langzaamaan-actie 205
leer/arbeidsovereenkomst 53
leer van de Hoge Raad, precontractuele verhouding 38
loon
– bij verhindering werkgever 75
– bij verhindering werknemer 74
– definitie 71
– recht op doorbetaling 76
loonaanspraak, gehandicapten 80
loonadministratie 313
loonbescherming, plotseling noodzakelijke productie-vermindering 77
loonbetaling, wettelijke bepalingen 71
loondervingsuitkering, WAO 261
loondervingsverzekering 245
loondoorbetaling, bij arbeidsongeschiktheid 251
loongerelateerde WW-uitkering 270
loonhoogte, wettelijke bepalingen 79
looninhouding/-beperking 72
loonpolitiek 189
loonvordering
– bij faillissement 73
– recht op 78
– wettelijke rente 72
LTO-Nederland 178

M
maatregelen, arbeidsinspectie 101
maximale arbeidsduur 86
medezeggenschap
– bij veiligheid en gezondheid 227
– in top van onderneming 228
– (multinationale) onderneming 230
– onderwijs 237
– overheid 237
– regeling, bij fusie 235
– vormen 212
medezeggenschapsrecht 213
MHP (Vakcentrale voor Middelbaar en Hoger Personeel) 174
Mijnwet 100
militaire dienstplicht, onbetaald verlof bij vervulling van 93
minimum loon 80

minimumniveau, bezoldiging ambtenaren 82
misbruik en oneigenlijk gebruik, sociale zekerheid 247
MKB-Nederland 178
moderne sociaal recht 20
multinationale onderneming, medezeggenschap 230

N
nabestaandenuitkering 293
nachtdiensten, kwantitatieve beperkingen 86
Nederlands sociaal recht, vs. overige landen 26
nevenarbeid 112
– concurrentiebeding 169
nietigheid
– bedingen cia/CAO in strijd met de WMM 80
– ontslag, loonvordering 78
niveaus, rechtsbronnen 67
norm gelijke behandeling, naar geslacht 45
normenconflict, rechtsbronnen 68
normering
– arbeidstijdenwet 86
– Arbowet 98
NS-arrest, stakingsrecht 196
nul-urenvergunning, zie: vergunning tot werktijdverkorting 77

O
objectieve rechtvaardiging, discriminatie 40
octrooiaanspraak 115
OESO 335
onbetaald verlof 92
onderkruipverbod, uitzendwerk 37
onderneming
– medezeggenschap in top van 228
– medezeggenschap (multinationale) 230
– structuurregeling 230
ondernemings-CAO 61
ondernemingsraad, zie: OR
ongelijkheidscompensatie, arbeidsrecht 25
Ongevallenwet 94
ontbindende voorwaarde in arbeidsovereenkomst 140
ontbinding arbeidsovereenkomst
– wegens gewichtige redenen 164
– wegens tekortkoming in de nakoming 167
ontheffing/vrijstelling, arbeidstijdenwet 85
ontslag
– op staande voet 157
– rechtsvordering 168
ontslagrecht 135
– ambtenaren 171
– dubbel 136
ontslagvergunning, procedure 147
opdracht, arbeidsverhoudingen 53
oproepcontracten 57
– loonvordering 78
opzegging arbeidsovereenkomst 143
– kennelijk onredelijk 151
– onregelmatig 156
opzegtermijn 154
– faillissement 156
opzegverbod
– BBA 146
– in BW en AWGB 144
OR
– bemiddeling bij geschillen arbeidsrecht 126
– bevoegdheden 218
– geschillenregeling 226
– instelling, verkiezing en werkwijze 215
ouderdomspensioen 287
ouderschapsverlof, onbetaald 92
outplacement 105
overeenkomsten van opdracht, freelancers 58
overheidspersoneel, rechtstelsel 55
overheidssector, collectief overleg 65
overlegregeling, arbeidstijdenwet 85
overlijden, loon bij verhindering 75
overtredingen van de Arbowet 101
overwerk
– afwijkingen arbeidsduur bij 86
– regeling afwijking arbeidsduur bij 89
– weigering 90

P
particuliere arbeidsbemiddeling 35
particuliere ziektekostenverzekering 297
passende arbeid
– WW 280
– ZW-formule 257
pauzeregeling, arbeidstijdenwet 87
pensioenbreuk 292
pensioenfonds 325
Pensioen- en Spaarfondsenwet 292
pensioenverplichting, aanvullende 291

pensioenverzekering, recht op aanvullende 82
pensioenvoorziening
– aanvullende 287
– ambtenaren 83
– nabestaanden en wezen 293
– regels aanvullende 291
plicht instructies te volgen, werknemer 109
plicht tot feitelijke tewerkstelling 107
plicht tot gelijke behandeling 106
politieke staking 204
politionele bevoegdheden, arbeidsinspectie 89
precontractuele verhouding, verbintenissenrecht 38
premieheffing
– sociale zekerheid 311
– wijze van 313
privaatrechtelijke boete, loonvordering 72
privacyrecht, goed werkgever-/werknemerschap 103
procedure, opleggen disciplinaire maatregel 121
procedurele normen, toetsing besluiten werkgever 106
procesbevoegdheid, vakbond 130
productievermindering, loonbescherming bij plotseling noodzakelijke 77
proeftijd 161
publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie 186

R

Raad van Commissarissen, medezeggenschap 228
Raad van Europa 336
rassendiscriminatie 42
RBA's (Regionale Besturen voor de Arbeidsvoorziening) 32
REA (Wet Reïntegratie Arbeidsgehandicapten) 46
recht op arbeid 31
– discriminatie 40
– individuele arbeidsrelatie 107
rechtbronnen, normenconflict 68
rechten en plichten werkgever/-nemer, sollicitatiefase 38
rechtsbescherming, sociale zekerheid 327
rechtsbijstand, in arbeidszaken 130
rechtsbronnen, hiërarchie 67
rechtsconflict, staking 200
rechtskeuze, internationaal privaatrecht arbeidszaken 134
rechtskundige dienst, vakbeweging 130
rechtspositie, werknemers bijzonder onderwijs 56
rechtspraak, in arbeidszaken 128
rechtstelsel, overheidspersoneel 55
rechtsvermoedens, arbeidsovereenkomst oproepkrachten 58
rechtsvordering, ontslag 168
rechtswinkels 130
referte-eis 272
Regeling aansprakelijkheid van de werkgever 94
Regeling namens bevoegd publiekrechtelijk orgaan 65
Regeling van gradaties van dwingendheid, rechtsbronnen 68
Regionale Besturen voor de Arbeidsvoorziening, zie: RBA's
regres 267
reïntegratie 266
– arbeidsgehandicapten 46
– gehandicapte werknemers 108
representativiteitsregeling 187
restverdiencapaciteit 259
resultaatsverplichting, aanneming van werk 53
Rijksoctrooiwet 115
risicoaansprakelijkheid, van de werkgever m.b.t. arbeidsomstandigheden 95
roostervrije dagen 93
rusttijden, normen arbeidstijdenwet 86

S

sancties
– administratieve en straf- 330
– bijstand 308
– controle Arbowet 100
– werkgever, handhaving arbeidsrecht 119
– werknemer, handhaving arbeidsrecht 124
– WW-uitkering 281
sanctionering, arbeidstijdenwet 88
schade berokkend aan derden, aansprakelijkheidsverdeling 114
schadeplichtigheid, onregelmatige opzegging 156
schadevergoeding, door werknemer 120

schakelfunctie, goed werkgever-/werknemerschap 103
schepelingen, wettelijke bepalingen 54
scheppen van nieuw recht, goed werkgever-/werknemerschap 105
scholingsmaatregelen, arbeidsbureau 33
schorsing
– loonvordering 78
– sanctiemaatregel handhaving arbeidsrecht 122
selectieprocedure, discriminatie 40
semi-dwingend recht, gradatie rechtsbronnen 69
SER (Sociaal-Economische Raad) 184
– invloed advies op sociaal recht 185
– besluit, fusiegedragsregels 235
Sociaal-Economische Raad, zie: SER
sociaal minimum, hoogte van 246
sociaal recht 19
sociale dienst 325
sociale grondrechten, sociaal recht 28
sociale regelgeving, overgang arbeidsovereenkomst 116
sociale uitkering, hoogte van 244
sociale verzekering
– kenmerken 243
– kring der verzekerden 243
– verplichtingen werkgever m.b.t. arbeidsomstandigheden 94
sociale voorziening
– kenmerken 242
– sociale zekerheid 242
sociale wetgeving
– uitzendkrachten 36
– strafrechtelijke sanctionering 132
sociale zekerheid 238
– Anw 293
– Awb 300
– financiering 310
– juridisering 247
– onderscheidingen 242
– toekomst 248
– toezicht op uitvoering 326
– uitvoeringsorganisatie 242, 322
Sociale verzekeringsbank 324
solidariteitsstaking 203
sollicitatiecode, ambtenaren 39
sollicitatiefase 38
spoedrecht, in arbeidszaken 129
staking
– ambtenaren 211
– bemiddeling 210
– betaling van werkwilligen 208
– erkennings 202
– georganiseerde 194
– gevolgen van onrechtmatigheid voor vakbond 207
– in strijd met CAO 202
– individuele arbeidsovereenkomst 207
– loonvordering 78
– om rechtsconflict 200
– politiek 204
– solidariteits- of sympathie- 203
– spelregel- en misbruiktoetsing 198
– strafrechtelijke kant 195
– tegen anderen dan eigen werkgever 203
– uitsluiting 209
– wilde 194
stakingsrecht 195
– voorbehouden 197
standaardregeling, arbeidstijdenwet 85
Stichting van de Arbeid 184
stiptheidsactie 205
strafrechtelijke sanctionering, sociale wetten 132
strafsancties 330
structuurregeling, onderneming 230
subsidies
– arbeidsinpassing 34
– Wet Reïntegratie gehandicapten 34
sympathiestaking 203

T
tewerkstellingsvergunning, illegale werknemers 44
thuisarbeid, arbeidsovereenkomst 57
tijdsverloop, algemeen verbindendverklaring CAO 64
Toeslagenwet 285
toetsingskader
– wijzigingen in de arbeidsrelatie 111
– goed werkgeverschap 106

U
uitkering
– fraude 247
– hoogte van sociale 244
– terugvordering/verrekening teveel ontvangen 329
uitkeringspercentage, WAO 262
uitkeringsrechten, werkloosheid 269
uitsluiting, staking 209
uitvoeringsorganisatie
– sociale zekerheid 242, 322
uitzendbureau's 36
uitzendkracht

– arbeidsovereenkomst 58
– sociale wetgeving 36
– wettelijke bepalingen 54
Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 335

V
vakantie
– geldelijke vergoeding van 91
– recht op 90
vakantiedagen, opnemen van 92
vakbond 173
– bemiddeling bij geschillen arbeidsrecht 126
– enquêterecht 233
– procesbevoegdheid 130
Vakcentrale voor Middelbaar en Hoger Personeel, zie: MHP
vakcentrales 174
vakverenigingsvrijheid 174
vangnetregeling, ZW 252
veiligheid, medezeggenschap 227
Veiligheidswet 94
verbintenissenrecht, precontractuele verhouding 38
verbod op nevenarbeid 112
Verenigde Naties 335
Vereniging van Nederlandse Gemeenten 325
verenigingen van werkgevers 177
vergoeding, aanpassingskosten reïntegratie gehandicapte werknemers 108
vergunning particuliere arbeidsbemiddeling, CBA 35
vergunning tot werktijdverkorting 77
verjaring, vakantie-aanspraken 91
verjaringstermijn, vorderingsrecht 72
verlate loonbetaling, sancties 72
verplichte toepassing, CAO 62
Verstrekkingenbesluit Ziekenfondsverzekering 298
vervolguitkering
– WAO 261
– WW 271
vervroegd uittreden, zie: VUT
verzekering tegen ziektekosten 297
verzoek om wetstoepassing, arbeidsinspectie 100
victimisatie, handhaving arbeidsrecht 125
VN-verdragen 335
VNO-NCW 178
volksverzekering
– kring der verzekerden 320
– premieheffing 315
voorkeursbeleid, werkgevers 42
voorrangsregels zorgvoorzieningen 299
voorschot WW 282
voorwaarden, vaststelling vakantietijdstippen 92
vordering kantonrechter, ongelijke beloning naar geslacht 81
vorderingsrecht
– terzake van CAO-rechten 63
– verjaringstermijn 72
vormvereisten, arbeidsovereenkomst 60
vrije artsenkeuze 299
vrijstelling/ontheffing, arbeidstijdenwet 85
VUT 288
VUT-regeling 288

W
Waadi, uitzendwerk 36
wachtdagen, arbeidsongeschiktheid 252
Wajong 251
– uitkering 258
– voorwaarden, hoogte en duur uitkering 263
WAO 250
– premie 312
– Toeslagenwet 285
– uitkering 258
– voorwaarden, hoogte en duur uitkering 261
Waz 251
– premie 312
– uitkering 258
– voorwaarden, hoogte en duur uitkering 263
weduwenuitkering, zie: nabestaandenuitkering
werkaanvaarding 282
werkervaringsplaats, jongere werklozen 35
werkgever
– aanwijzingsbevoegdheid 109
– civielrechtelijke aansprakelijkheid m.b.t. arbeidsomstandigheden 94
– instructiebevoegdheid 66
– internationale verbanden 344
– publiekrechtelijke aansprakelijkheid m.b.t. arbeidsomstandigheden 97
– sancties bij handhaving arbeidsrecht 119

– verplichtingen m.b.t. Arbowet 98
werkgeversorganisaties 177
werkgeverspremie 313
werkgeversverenigingen 177
werkingssfeer
– arbeidstijdenwet 85
– Arbowet 99
werkloosheid 268
– definitie 273
– hoogte uitkeringen 270
– IOAW en IOAZ 284
– uitkeringsrechten 269
– verwijtbaar 277
Werkloosheidswet, zie: WW
werknemer
– aansprakelijkheid bij fouten van 113
– aansprakelijkheid voor schade 120
– bijna volkomen vrij verkeer in EU lid-staten 337
– instellingen bijzonder onderwijs, rechtspositie 56
– internationale verbanden 344
– plicht instructies te volgen 109
– verplichtingen m.b.t. Arbowet 98
werknemerspremie 313
werknemersverzekering
– kring der verzekerden 317
– premieheffing 315
werkonderbreking
– kortstondige 205
– wettelijke regeling 124
werktijdregeling 89
werkweigering, sanctiemaatregel handhaving arbeidsrecht 124
werkwilligen, betaling bij staking 208
Wet arbeidsongeschiktheids-voorziening jonggehandicapten, zie: Wajong
Wet arbeidsongeschiktheids-voorziening zelfstandigen, zie: Waz
Wet Bestuurdersaansprakelijkheid 37
Wet bevordering arbeidsinpassing 34
Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen, zie: WGB
Wet inkomensvoorziening kunstenaars, zie: Wik
Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, zie: IOAW
Wet inkomensvoorziening voor oudere en gedeeltelijk gewezen zelfstandigen, zie: IOAZ
Wet Inschakeling Werkzoekenden 35
Wet Ketenaansprakelijkheid 37
Wet Minimumloon, zie: WMM
Wet Minimumvakantiebijslag 80
Wet op de kernenergie 100
Wet op de sociale werkvoorziening, zie: Wsw
Wet op de arbeidsongeschiktheids-verzekering, zie: WAO
Wet op de (re)integratie arbeids-gehandicapten, zie: Wet Rea
Wet op de ondernemingsraden, zie: WOR
Wet Rea (Wet op de reïntegratie arbeidsgehandicapten) 266
– subsidies 34
Wet Samen 43
Wet Stimulering Arbeidsdeelname Minderheden, zie: Wet Samen
Wet Voorzieningen Gehandicapten, zie: WVG
wettelijke bepalingen, loonbetaling 71
wettelijke regeling, werkonderbreking 124
wettelijke rente, gevorderde loonbedrag 72
wettelijke verplichtingen, loon bij verhindering 74
wezenuitkering 293
WGB 45
wijziging
– arbeidsrelatie 111
– vaststelling vakantietijdstippen 92
wijzigingsbeding
– arbeidsovereenkomst 66
– arbeidsvoorwaarden 109
Wik 268, 308
wilde staking 194
WMM, werkingssfeer 80
WOR 214
Wsw 35
– arbeid 265
WVG 309
WW 268
– herleving van het recht op 276
– kring der verzekerden 284
– passende arbeid 280
– Toeslagenwet 285
WW-premie 312
WW-uitkering
– beëindiging 275
– kortdurende 271
– loongerelateerd 270
– op minimumniveau 271
– sancties 281
– verplichtingen 277

– verrichten van onbeloonde werkzaamheden met behoud van 283
– vervolguitkering 271
WW-voorschot 282

Z
ZFW 297
– kring der verzekerden 300
– verstrekking 298
ZFW-premie 312
Ziekenfonds 298, 324
Ziekenfondsraad 326
Ziekenfondswet, zie: ZFW
ziekmelding, procedures 253
ziekte
– dekking ZW 256
– loon bij verhindering 74
– tijdens vakantie 91
ziektedagen, afschrijving 252
ziektekostenverzekering 297
Ziektewet, zie: ZW
'zijn arbeid' 257
zoogrecht met doorbetaling van loon 88
zorg voor oudere werknemers 105
zorgverzekering 297
zorgvoorziening, voorrangsregels 299
ZW 250
– Toeslagenwet 285
– vangnetregeling 252
– zwangerschaps- en bevallingsuitkering 258
ZW-formule, passende arbeid 257
ZW-premie 312
ZW-uitkering, weigeringsgrond 255
zwangerschaps- en bevallingsverlof
– arbeidstijdenwet 87
– onbetaald verlof bij 93
zwangerschapsuitkering 258
zwart werken 37

Jurisprudentieregister

Afdeling geschillen Raad van State

1972-10-16	NJ/AB 1974, 199	301
1988-06-28	JABW 1988, 335	308
1990-03-13	PS 1990, 326	301
1990-08-28	JABW 1990, 269	305
1990-12-14	JABW 1991, 32	305
1991-01-11	JABW 1991, 66	304
1991-06-24	JABW 1991, 219	304
1991-12-23	PS 1992, 130	301
1992-02-28	PS 1992, 329	301
1992-10-08	PS 1993, 234	301
1992-10-27	NJB 1993, 3	302

Afdeling rechtspraak Raad van State

1978-05-26	AB 1978, 430	215
1991-07-31	KG 1991, 293	44

Centrale Raad van Beroep

1931-06-18	AB 1931, 558	317
1953-07-07	AB 1953, 843	278
1953-11-10	AB 1954, 100	274
1957-06-26	Doc.Org. SV 1957, 241	255
1958-03-12	RSV 1958, 77	320
1958-10-17	RSV 1958, 139	257
1958-11-07	RSV 1959, 157	279
1959-04-10	RSV 1959, 114	257
1960-03-03	RSV 1960, 83	317
1960-05-29	RSV 1960, 201	300
1963-01-08	RSV 1963, 16	257
1964-10-27	RSV 1964, 184	257
1965-01-26	RSV 1965, 33	279
1969-04-22	RSV 1969, 115	256
1970-03-17	RSV 1970, 126	279
1971-07-16	RSV 1971, 273	256
1972-04-04	RSV 1972, 209	317

1972-04-06	RSV 1972, 214	317
1973-02-23	RSV 1973, 228, 229	256, 257
1973-10-03	RSV 1974, 106	289
1973-11-02	RSV 1974, 133	257
1974-01-08	RSV 1974, 216	295
1974-01-24	RSV 1974, 365	256
1974-02-08	RSV 1972, 366	256, 257
1974-02-19	RSV 1974, 249	321
1974-02-22	RSV 1974, 257	256
1974-02-25	RSV 1974, 258	316
1974-04-16	RSV 1974, 340	278
1974-12-09	RSV 1975, 169	313
1975-02-18	RSV 1975, 280	319
1975-05-07	RSV 1975, 427	278
1975-07-03	RSV 1975, 475	278
1975-10-29	RSV 1976, 105	260
1975-11-03	RSV 1976, 108	319
1975-12-24	RSV 1976, 171	260
1976-11-17	NJ/AB 1977, 180	328
1976-11-30	RSV 1977, 47	316
1976-12-14	RSV 1977, 51	317
1977-01-04	RSV 1977, 84	320
1977-01-06	RSV 1977, 88	278
1977-01-19	RSV 1977, 108	260
1977-02-09	RSV 1977, 164	257
1977-04-26	RSV 1977, 230	320
1977-06-28	AB 1978, 426	317
1977-06-28	AB 1978, 143	317
1977-07-12	RZA 1977, 77.050	298
1977-09-08	RSV 1978, 26	277
1977-12-30	RSV 1978, 169	319
1978-04-20	RSV 1978, 273	77
1978-05-03	RSV 1978, 280	260
1978-10-04	RSV 1979, 11	256
1978-10-04	RSV 1979, 11	256
1978-12-18	RSV 1979, 72	260
1979-02-14	RSV 1979, 103	257
1979-09-10	RSV 1980, 26	260
1979-10-03	RSV 1980, 31	257
1979-12-21	RSV 1980, 104	256
1980-01-08	RSV 1980, 197	318
1980-04-15	RSV 1980, 209	319
1980-07-28	RSV 1981, 261	278
1980-07-29	RSV 1981, 11	319
1980-08-26	RSV 1980, 280	316
1980-10-08	RSV 1981, 44	256
1981-05-19	RSV 1981, 207	320
1981-07-14	RSV 1981, 259	280
1981-09-07	RSV 1982, 47	260
1981-10-21	RSV 1982, 126	256
1982-02-25	RSV 1982, 168	279
1982-05-07	RSV 1983, 4	259
1982-10-11	RSV 1983, 25	261
1982-10-21	AB 1983, 35	211
1983-02-01	RSV 1983, 117	296

1983-03-01	RSV 1983, 133	320
1983-08-22	RSV 1983, 232	317
1983-11-01	RSV 1984, 32	278
1983-11-09	RSV 1984, 180	274
1983-12-13	PS 1984, 141	320
1983-12-27	RSV 1984, 68	320
1984-01-10	RSV 1984, 90	280
1984-03-07	RSV 1984, 232	256
1984-03-27	RSV 1984, 157	317
1984-04-24	RSV 1985, 69	280
1984-05-02	RSV 1984, 204	256
1984-07-10	RSV 1985, 96	315
1984-08-03	RSV 1985, 27	260
1984-09-18	RSV 1985, 47	296
1984-10-11	AB 1985, 476	171
1984-10-26	TAR 1985, 6	171
1984-11-06	RSV 1985, 56	295
1984-11-29	TAR 1985, 33	208
1984-12-18	RSV 1985, 107	279
1984-12-31	RSV 1985, 126	328
1985-01-15	RSV 1985, 140	279
1985-07-12	RSV 1986, 36	320
1985-10-04	RSV 1986, 21	318
1985-12-06	RSV 1986, 113	295
1986-02-07	RSV 1986, 196	296
1986-02-07	RSV 1986, 187, 188	317, 319
1986-02-14	RSV 1986, 190	320
1986-10-01	RSV 1987, 140	315
1986-10-08	RSV 1987, 142	256
1986-11-11	RSV 1988, 2	176
1986-11-16	RSV 1989, 45	318
1987-02-25	RSV 1988, 45	318
1987-03-04	RSV 1987, 206	295, 296
1987-03-09	RZA 1987, 119	298
1987-03-25	RSV 1987, 172	289
1987-04-09	RSV 1987, 226	296
1987-08-11	RSV 1988, 105	278, 280
1987-09-02	RSV 1988, 98	290
1987-09-30	RSV 1988, 1	319
1987-12-23	RSV 1988, 190	280
1988-02-14	RSV 1989, 66	313
1988-02-18	RSV 1988, 247	260
1988-03-23	RSV 1988, 244	289
1988-06-15	RSV 1989, 41	295
1988-07-06	PS 1988, 739	316
1988-07-20	RSV 1989, 74	313
1988-08-10	RSV 1989, 94	247
1988-09-14	RSV 1989, 95	327
1988-09-22	RSV 1989, 102	329
1988-11-09	RSV 1989, 118	257
1988-11-11	RSV 1989, 120	264
1988-11-16	RSV 1989, 66	319
1988-11-16	RSV 1989, 124	256
1988-12-07	RSV 1989, 67	293
1988-12-14	RSV 1989, 166	37

1989-01-03	RSV 1989, 179	256
1989-01-13	RSV 1989, 208	329
1989-02-02	RSV 1989, 219	261
1989-03-29	RSV 1989, 300	315
1989-06-07	RSV 1990, 42	320
1989-06-22	RSV 1990, 51	329
1989-07-13	RSV 1990, 68	329
1989-07-20	RSV 1989, 305	329
1989-08-16	RSV 1990, 286-287	318
1989-08-29	RSV 1990, 83	329
1989-09-06	RSV 1990, 150	295
1990-02-28	PS 1990, 388	293
1990-03-07	AB 1990, 404	289
1990-04-11	RSV 1990, 286-287	318
1990-04-12	RSV 1990, 123, 305	262, 299
1990-04-19	RSV 1990, 307	262
1990-04-24	RSV 1990, 224	274, 275
1990-04-24	PS 1990, 484	275
1990-05-02	AB 1990, 375	316
1990-05-18	RSV 1991, 194	331
1990-07-31	RSV 1991, 29	278
1990-08-14	RSV 1990, 355	278
1990-09-05	RSV 1991, 54	317
1990-10-23	RSV 1991, 96, 102	275, 278
1990-11-21	RSV 1991, 127, 262	295, 319
1991-01-29	RSV 1991, 170	283
1991-04-29	RSV 1991, 221, 250	282
1991-08-06	RSV 1992, 6	275
1991-08-27	RSV 1992, 29	283
1991-10-29	PS 1991, 37	284
1991-12-20	PS 1992, 187	289
1992-10-08	PS 1992, 772	290
1992-10-27	RSV 1993, p. 101	74
1992-11-17	RSV 1993, 38	261
1992-12-23	PS 1993, 393	318
1993-12-21	RSV 1994, 132	331
1994-06-14	RSV 1994, 234	276
1996-04-29	SR 1997, 348	318

Gerechtshoven

Amsterdam

1972-04-13	NJ 1972, 192	196, 203
1973-10-18	NJ 1974, 143	188
1981-10-22	NJ 1983, 23	235
1985-03-28	TAR 1985, 114	211
1987-04-02	KG 1987, 195	329
1987-11-12	KG 1987, 301	201
1989-12-14	NJ 1990, 78	199, 206
1992-07-30	KG 1992, 340	178
1993-03-18	JAR 1993, 193	41

's-Gravenhage

1981-06-24	NJ 1982, 6	109

1987-03-13	PRG. 1987, 2761	198
1987-03-13	KG 1987, 274	201
1988-01-15	NJ 1989, 672	206
1990-09-11	NJ 1991, 350	128
1992-01-21	KG 1992, 184	133
's-Hertogenbosch		
1987-07-02	NJ 1987, 451	103
1991-10-02	PRG. 1992, NR. 3603	169
1992-02-18	NJ 1992, 509	198
1992-04-14	NJ 1992, 758	134
1994-04-17	NJ 1985, 202	150

Hof van Justitie EG

1978-03-16	Jur. 1978, 825	299
1979-05-31	Jur. 1979, 1977	299
1982-09-23	Jur. 1982, 3027	320
1985-02-07	NJ 1985, 900-902	117
1987-12-17	NJ 1989, 674	117
1988-05-05	NJ 1989, 712	117
1989-10-17	Jur. 1989, p. 3199	41
1990-05-17	NJ 1992, 436	292
1990-05-27	JUR. 1990, P. 1990	338
1990-11-08	Jur. 1990, p. 3941	40, 45
1991-03-31	Jur. 1981, p. 911	41
1992-05-19	NJ 1992, 476	117
1992-06-04	JAR 1992, 43	224
1992-10-12	JAR 1993, 15	117
1992-12-16	JAR 1993, 46	117
1994-04-14	NJ 1995, 149	117, 118
1994-09-28	JAR 1994, 236 en 253	42
1995-10-17	JAR 1995, 234	42
1996-02-06	JAR 1996, 45	224
1996-03-07	JAR 1996, 98	224
1996-03-07 zaak C-171/94 en C-172/94	NJ 1997, 172	117
1996-10-15 zaak C-298/94	NJ 1997, 464; Jur. 1996, p. I-4989-5022; JAR 1996, 254	118
1997-03-11 zaak C-13/95	JAR 1997, 91	118
1997-11-11	JUR. 1997, I-6363	338

Hoge Raad

1925-01-23	NJ 1925, 381	76
1930-02-27	NJ 1930, 977	162
1933-12-08	NJ 1924, 661	90
1936-11-12	NJ 1937, 247	138
1937-06-11	NJ 1937, 987	138
1940-02-07	NJ 1940, 180	54
1945-11-30	NJ 1946, 62	82

1946-01-02	NJ 1946, 106	157
1949-11-11	NJ 1950, 140	51
1951-06-08	NJ 1952, 144	127
1952-01-08	NJ 1952, 243	138
1952-03-14	NJ 1952, 173	77
1952-06-27	NJ 1952, 488	162
1953-05-08	NJ 1953, 418	139
1953-06-12	NJ 1953, 638	158
1953-12-18	NJ 1954, 242	70, 71
1954-02-05	NJ 1954, 782	158
1954-04-09	NJ 1954, 446, 788	162, 176
1955-11-18	NJ 1956, 28	90
1955-12-23	NJ 1956, 183	142
1956-05-04	NJ 1956, 299	66
1956-12-07	NJ 1958, 445	82
1957-06-07	NJ 1957, 527	63
1957-12-13	NJ 1958, 35	51
1958-06-27	NJ 1958, 457	105
1959-06-19	NJ 1959, 588	76
1960-01-15	NJ 1960, 84	196
1961-03-17	NJ 1961, 237	54
1961-11-03	NJ 1962, 192	92
1961-11-24	NJ 1962, 54	147
1961-12-01	NJ 1962, 78, 79	51, 152
1962-01-12	NJ 1962, 275	76
1962-03-23	NJ 1962, 167	138
1962-06-08	NJ 1963, 526	90, 125
1962-11-09	NJ 1962, 473	79
1964-06-26	RSV 1964, 145	313
1964-11-06	NJ 1965, 88	78
1966-04-29	NJ 1966, 301	170
1966-05-26	NJ 1966, 345	166
1966-06-26	NJ 1966, 457	121, 125
1967-11-17	NJ 1968, 163	52
1969-01-17	NJ 1969, 251	142
1969-03-21	NJ 1959, 321	51
1970-01-16	NJ 1970, 156	176
1970-03-20	NJ 1970, 250	160
1970-05-22	NJ 1970, 419	156
1971-01-15	NJ 1971, 187, 305	82, 146
1972-04-19	RSV 1972, 231	327
1973-12-14	NJ 1974, 92	166, 167
1974-01-11	NJ 1974, 235	142
1974-11-29	NJ 1975, 211	143
1975-02-14	NJ 1975, 252	160
1975-12-05	NJ 1976, 223	143
1976-03-19	NJ 1976, 407	180
1976-05-07	NJ 1977, 55	209
1977-06-28	NJ 1978, 17	165, 166
1977-10-25	NJ 1977, 55	208
1977-11-25	NJ 1978, 176	205
1977-11-26	NJ 1977, 268	160
1978-03-31	NJ 1978, 325	116, 170
1978-04-14	NJ 1979, 245	96
1978-11-17	NJ 1979, 140	51, 53, 57

1978-12-01	NJ 1979, 185	152
1979-01-05	NJ 1979, 207	72, 161
1979-02-09	NJ 1979, 629	124
1979-03-09	NJ 1979, 467	170
1979-04-06	NJ 1979, 492	90
1979-05-11	NJ 1979, 441	168
1979-06-29	NJ 1979, 612	54
1979-10-19	NJ 1980, 57	146
1979-11-02	NJ 1980, 227	130
1979-11-23	NJ 1980, 228	38
1980-01-18	NJ 1980, 348	64
1980-01-25	NJ 1980, 264	105, 108
1980-05-23	NJ 1980, 633, 502, 503	58, 152, 161
1980-05-30	NJ 1980, 634	80
1980-09-19	NJ 1981, 131	159
1980-11-21	NJ 1981, 143	159
1980-12-12	NJ 1981, 202	168
1981-01-23	NJ 1981, 392, 184	142, 155
1981-02-26	NJ 1981, 379	170
1981-03-13	NJ 1981, 513, 505	125 en 158, 181
1981-03-20	NJ 1981, 507	39
1981-03-27	NJ 1981, 492	44
1981-05-22	NJ 1988, 40	113
1981-06-03	NJ 1982, 206	70
1981-11-06	NJ 1982, 100	157
1982-01-22	NJ 1982, 505	129
1982-02-05	NJ 1982, 316	142
1982-05-28	NJ 1982, 544	173
1982-05-28	NJ 1983, 2	142
1982-06-18	NJ 1983, 723	38
1982-10-15	NJ 1983, 79;	166
1982-10-15	NJ 1984, 21	96
1982-10-29	NJ 1983, 230	54
1982-11-05	NJ 1983, 231	53, 57
1982-12-10	NJ 1982, 687	41
1983-01-14	NJ 1983, 457	142
1983-04-14	NJ 1983, 458	142
1983-05-20	NJ 1983, 702	162
1983-05-27	NJ 1983, 758	107
1983-06-10	NJ 1984, 60, 20, 147	54, 63, 95, 182, 183
1983-07-01	NJ 1984, 130	166
1983-10-21	NJ 1984, 109, 255, 296	138, 156, 165
1983-12-23	NJ 1984, 332	162
1984-03-30	NJ 1985, 350	92, 158
1984-06-01	NJ 1984, 721	159
1984-06-26	NJ 1985, 530	43
1984-09-14	NJ 1985, 244	162
1984-09-28	NJ 1985, 245, 246	79, 123, 149
1985-01-25	NJ 1985, 559	38
1985-03-29	NJ 1986, 84	129
1985-09-27	ROR 1985, 32	223
1985-10-18	NJ 1986, 340	113
1985-11-08	NJ 1986, 309	108
1985-11-22	NJ 1986, 275	167
1985-12-06	NJ 1986, 230	162

1985-12-13	NJ 1986, 293	78
1986-01-03	NJ 1986, 700	161
1986-04-04	NJ 1986, 549;	167
1986-04-04	NJ 1987, 678	140
1986-04-25	NJ 1986, 624	153, 166
1986-05-30	NJ 1986, 688, 702	52, 147, 196-198, 203, 205, 340, 343
1986-06-13	NJ 1986, 715	110, 162
1986-06-20	NJ 1987, 35	199
1986-09-12	NJ 1987, 247, 267	142, 143
1986-10-24	NJ 1987, 292, 293	144, 163
1986-11-07	NJ 1987, 226	198, 205, 206
1986-11-21	NJ 1987, 351	141
1986-12-16	NJ 1987, 321 en 322	101
1986-12-19	NJ 1987, 320	80
1986-12-24	NJ 1987, 903	234
1987-01-09	NJ 1987, 948	96
1987-01-10	NJ 1987, 936	180
1987-03-20	NJ 1988, 17	152
1987-04-10	NJ 1988, 5	153
1987-05-01	NJ 1988, 20	163
1987-05-20	NJ 1987, 973	218
1987-06-12	NJ 1988, 59	64
1987-06-19	NJ 1988, 70	65, 130
1987-06-26	NJ 1988, 208, 93	92, 221
1987-07-08	NJ 1988, 107, 232	159, 162
1987-10-02	NJ 1988, 233	163
1987-10-07	NJ 1988, 854	220
1987-10-23	NJ 1988, 1077, 234, 235	38, 117, 170
1987-10-30	NJ 1988, 191	117
1987-11-13	NJ 1989, 698	132
1987-12-20	NJ 1988,282	157
1988-02-05	NJ 1988, 894	159
1988-02-06	JAR 1998, 83	93
1988-02-19	NJ 1988, 468	139, 156
1988-03-04	NJ 1989, 4	167
1988-03-11	NJ 1988, 508	159
1988-03-25	NJ 1988, 582	142
1988-04-15	NJ 1988, 951	143
1988-04-22	NJ 1988, 952	208
1988-05-13	NJ 1989, 72	166
1988-05-20	NJ 1989, 1032	95
1988-06-10	NJ 1988, 954	91
1988-10-07	NJ 1989, 335, 56, 240	66, 79, 117
1988-10-14	NJ 1989, 74	167
1988-11-18	NJ 1989, 344	58
1988-11-25	NJ 1989, 730	41, 79
1989-01-06	NJ 1989, 713	117
1989-03-03	NJ 1989, 471, 549, 489	79, 158, 159
1989-03-10	NJ 1990, 185	159
1989-04-07	NJ 1989, 533	79
1989-04-14	NJ 1990, 469, 412	247, 330
1989-04-21	NJ 1989, 572, 783	121, 152
1989-05-12	NJ 1989, 596, 801	107, 108, 147, 153, 161
1989-05-19	NJ 1989, 802	167

1989-06-02	NJ 1990, 726	267
1989-06-09	NJ 1990, 56	167
1989-06-16	NJ 1989, 655	143
1989-11-03	NJ 1990, 699	315
1989-11-17	NJ 1990, 572	95
1989-12-01	NJ 1990, 451	157, 166, 168
1989-12-08	NJ 1990, 474	72
1990-01-10	RvdW 1990, 23	234
1990-01-12	NJ 1990, 475, 662	73, 90, 125, 150
1990-01-26	NJ 1990, 499	59, 71, 124, 167
1990-02-09	NJ 1990, 393	117
1990-03-09	NJ 1990, 561	144
1990-04-06	NJ 1990, 573	96
1990-04-20	NJ 1990, 702, 729	113, 168, 170, 219
1990-05-18	NJ 1990, 565	330
1990-06-01	NJ 1990, 715	169
1990-06-15	NJ 1990, 716	96, 97
1990-07-09	NJ 1991, 215, 127	51, 121
1990-09-21	NJ 1991, 4	53
1990-10-26	NJ 1991, 132	306
1990-11-02	NJ 1991, 25	79
1990-11-30	NJ 1991, 492	130
1990-12-07	NJ 1991, 596	95
1990-12-21	NJ 1991, 235	157
1991-01-04	NJ 1991, 270	108
1991-01-18	NJ 1991, 273	78
1991-01-25	NJ 1991, 597	71
1991-02-01	NJ 1991, 322	59
1991-02-05	NJ 1991, 402	331
1991-03-22	NJ 1991, 420	96
1991-04-05	NJ 1991, 422	152
1991-04-12	NJ 1991, 449	155
1991-04-17	RSV 1991, 213;	315
1991-04-17	BNB 1991, 205	327
1991-04-19	NJ 1991, 690	200, 201, 207
1991-05-03	NJ 1991, 705	149
1991-05-24	NJ 1991, 706	205
1991-05-31	NJ 1991, 647, 679	38, 79
1991-06-07	NJ 1991, 708	72
1991-06-14	NJ 1992, 173	52
1991-06-21	NJ 1991, 743	91
1991-09-13	NJ 1991, 225;	40, 45
1991-09-13	NJ 1992, 130	163
1991-09-20	NJ 1991, 785	142
1991-10-18	NJ 1991, 821;	330
1991-10-18	NJ 1992, 3	162
1991-11-22	NJ 1992, 508, 707	140, 197
1991-12-13	NJ 1992, 441	108
1992-03-06	NJ 1992, 509, 79	141, 167
1992-03-20	RN 1992, 280;	304
1991-03-20	NJ 1992, 495, 725	145, 146
1992-04-03	NJ 1992, 412	152
1992-04-24	JAR 1992, 13, 23;	39, 166, 170
1992-04-24	NJ 1992, 689	81
1992-05-08	NJ 1992, 480	163

1992-05-22	NJ 1992, 607	66
1992-06-12	JAR 1992, 40	328
1992-06-26	JAR 1992, 42	224
1992-07-01	JAR 1992, 52	131
1992-07-07	NJ 1983, 35	225
1992-07-08	JAR 1992, 53	167
1992-08-10	JAR 1992, 75	159
1992-09-10	JAR 1992 100	130
1992-10-02	JAR 1992, 101	78
1992-10-09	JAR 1992, 102	167
1992-10-16	NJ 1993, 264	115
1992-10-23	JAR 1992, 116	166
1992-11-06	JAR 1992, 132	208
1992-11-13	NJ 1993, 265	145
1992-11-27	NJ 1993, 273	58
1992-12-11	NJ 1996, 229;	191
1992-12-11	JAR 1993, 14	192
1993-01-08	JAR 1993, 33	117
1993-02-09	NJ 1991, 146	63
1993-02-12	JAR 1993, 63	167
1993-02-19	JAR 1993, 62	167
1993-03-17	JAR 1993, 77	224, 225
1993-04-02	NJ 1993, 612	65, 90
1993-04-16	NJ 1993, 367	72
1993-04-23	NJ 1993, 504;	157
1993-04-23	JAR 1993, 121	162
1993-05-07	RVDW 1993, 101;	340
1993-05-07	JAR 1993, 15;	107
1993-05-07	NJ 1995, 259	81
1993-06-25	NJ 1993, 686	97
1993-07-01	NJ 1993, 666, 667, 687;	78, 95, 96, 106
1993-07-01	JAR 1993, 177, 178, 195	106, 122, 128, 160
1993-09-03	JAR 1993, 223	153
1993-09-10	JAR 1993, 233	292
1993-09-17	JAR 1993, 234;	181
1993-09-17	NJ 1994, 173	181
1993-09-24	JAR 1993, 235, 236	167, 181
1993-10-08	JAR 1993, 244;	117
1993-10-08	NJ 1994, 188	159
1993-12-24	NJ 1994, 419	117
1993-12-31	JAR 1994, 31	157
1994-01-28	NJ 1994, 20	72
1994-02-25	NJ 1994, 450	125
1994-02-28	NJ 1994, 420	64
1994-03-25	NJ 1994, 390, 744	92, 142
1994-04-08	NJ 1994, 704;	107
1994-04-08	JAR 1994, 95	142
1994-05-27	NJ 1995, 136;	115
1994-05-27	JAR 1994, 134	115
1994-06-10	JAR 1994, 135	125
1994-06-17	NJ 1994, 757	52
1994-06-24	JAR 1994, 154;	72
1994-06-24	NJ 1995, 137	95
1994-09-09	NJ 1995, 113	110
1994-09-16	JAR 1994, 214	53

1994-09-23	NJ 1995, 127	97
1994-09-30	JAR 1994, 233	107
1994-10-07	NJ 1995, 171	169
1994-10-28	NJ 1995,128	159
1994-11-11	JAR 1994, 268	199
1994-11-11	NJ 1995, 152	199
1995-01-13	JAR 1995, 35;	48, 163
1995-01-13	NJ 1995, 430	107
1995-01-24	NJ 1995, 450	158
1995-01-27	JAR 1995, 50	89
1995-02-24	NJ 1995, 450	158
1995-03-30	JAR 1995, 97	164
1995-04-07	JAR 1995, 98	152
1995-04-28	JAR 1995, 111	142
1995-04-28	NJ 1995, 651	92
1995-06-30	JAR 1995, 152	157, 160
1995-06-30	NJ 1996, 52	157
1995-10-20	JAR 1995, 251	46
1995-10-27	JAR 1995, 254	162
1995-11-10	NJ 1996, 125	92
1995-11-17	JAR 1995, 273	128
1997-03-21	JAR 1997, 70	200

Kantongerechten

Alkmaar		
1989-12-20	Prg. 1990, nr. 3238	93
1993-07-31	PRG. 1993, 3987	165
Alphen aan den Rijn		
1976-11-02	PRG. 1977, 1153	165
Amsterdam		
1977-07-14 en 1977-11-03	Prg. 1979, nr. 1365	71
1986-04-24	JABW 1986, 233	308
Apeldoorn		
1990-02-06	NJ 1990, 696	222
1993-03-28	JAR 1993, 184	122
Arnhem		
1984-03-26	NJ 1984, 413	165
Assen		
1965-12-09	SMA 1966, p. 208	109
Breda		
1983-09-26	NJ 1984, 223	144
Eindhoven		
1990-05-03	NJ 1991, 262	59

Gorinchem		
1986-12-08	Rechtspraak Rassen-discriminatie, '86/'87, nr. 138	342
Groenlo		
1993-06-07	JAR 1993, 185	133
's-Gravenhage		
1992-03-25	PRG. 1992, 3731	163
Haarlem		
1992-01-08	RN 1992, 279	330
Harderwijk		
1990-02-05	NJ 1990, 604	166
1990-09-12	NJ 1991, 144	163
Heerenveen		
1985-10-08	NJ 1986, 506	109
Hilversum		
1995-09-02	JAR 1992, 104	134
Hoofddorp		
1988-05-10	PRG. 1988, 3093	165
Maastricht		
1984-05-23	NJ 1985, 228	104
Rotterdam		
1979-09-19	SMA 1979, P. 874	182
1986-06-25	ROR 1986, 38	222
1990-08-21	Prg. 1990, nr. 3370	79
1992-08-10	JAR 1992, 122	224
1998-03-25	JAR 1998, 93	39
Sittard		
1988-09-02	NJ 1990, 537	110
1993-08-27	NJCM-Bulletin 1993, p. 919	109
Tilburg		
1988-04-21	Prg. 1989, nr. 3099	93
1990-04-12	PRG. 1990, NR. 3258	161
1993-01-14	PRG. 1993, 3912	182
Utrecht		
1977-06-30	PRG. 1978, 1229	165
1983-04-20	NJ 1984, 221	144
1990-05-18	Prg. 1990, nr. 3288	125
1992-12-24	JAR 1993, 25	133
1994-04-29	JAR 1994, 125	164
Zaandam		
1991-02-07	NJ 1991, 658	296

Koninklijk Besluit

1981-02-10	JABW 1981, 147	308
1983-06-29	Stb. 1983, 300	80
1985-11-15	Stb. 605	289
1985-12-03	Stb. 632	289
1986-07-12	JABW 1986, 142	308
1986-12-24	Stb. 655	319
1988-05-03	JABW 1989, 267	306
1989-01-29	Stb. 1989, 475	266
1989-08-23	Stb. 402	318
1990-01-02	Stb. 38	290
1990-02-21	Stb. 1990, 92	227
1991-11-20	Stb. 590	298
1991-12-20	Stb. 756	296
1992-11-14	Stb. 602	229
1993-02-24	Stb. 1993, 143	56
1995-12-01	Stb. 604	307
1996-06-19	Stb. 1996, 360	308
1997-12-24	Stb. 1997, 801	265

Ondernemingskamer

1979-06-21	NJ 1980, 71	233, 235
1980-05-01	NJ 1981, 271	220
1981-12-10	NJ 1983, 24	235
1983-06-23	NJ 1984, 571	232
1985-08-29	NJ 1986, 578	235
1985-12-19	SR 1986, 61	234
1986-01-23	ROR 1986, 18	220
1986-03-06	NJ 1988, 124	220
1986-04-03	ROR 1986, 21	220
1986-06-26	NJ 1987, 976	218
1986-11-27	ROR 1986, 31	220
1987-03-12	ROR 1987, 10	220
1987-04-16	ROR 1987, 40	235
1987-10-08	NJ 1988, 99	234
1988-06-30	ROR 1988, 9	220
1989-02-02	NJ 1990, 86	230
1989-02-16	ROR 1989, 7	232
1990-06-14	ROR 1990, 21	230
1991-04-11	ROR 1991, 21	230
1991-11-28	ROR 1992, 7	221
1992-09-24	JAR 1992, 86-87	230
1992-10-17	JAR 1992, 113	232
1997-05-15	JAR 1997, 140	220

Presidenten Rechtbank

Alkmaar

1989-08-09	ROR 1989, 35	221

Almelo
1988-04-20 ROR 1988, 8 221

Amsterdam
1981-07-07 NJ 1981, 424 235
1982-08-26 RvdW / KG 1982, 150 38
1989-12-14 ROR 1989, 33 227
1991-01-17 KG 1991, 56 59

Breda
1985-12-09 KG 1986, 28 104

's-Gravenhage
1989-09-06 KG 1989, 345 130
1992-05-19 NJ 1993, 342 222

Groningen
1981-04-24 NJ 1982, 249 221
1994-06-09 JAR 1994, 147 67

Haarlem
1990-02-20 NJ 1991, 568; KG 1990, 212 222, 223, 225

Maastricht
1983-12-19 RM 1984, 32 221

Middelburg
1980-12-23 NJ 1981, 87 109

Rotterdam
1988-11-02 SR 1988, 371 229

Zwolle
1990-09-07 KG 1990, 370 38

Rechtbanken

Alkmaar
1988-07-25 NJ 1989, 796 222

Almelo
1991-08-30 KG 1991, 308 189

Amsterdam
1958-03-27 NJ 1958, 245 196
1981-07-07 NJ 1981, 424 (Ford) 207
1982-01-20 NJ 1984, 101 188
1986-03-25 KG 1986, 184 189
1986-12-04 SMA 1987, P. 116 189
1987-12-23 KG 1988, 36 198
1988-03-22 KG 1988, 204 198
1989-01-30 KG 1989, 88 170
1989-04-05 Prg. 1989, nr 3080 221
1990-02-16 KG 1990, 90, 99 198, 201

1990-05-21	KG 1990, 194	199
1991-06-13	KG 1991, 221	199
1992-02-26	JAR 1992, 17	182
1992-07-27	JAR 1992, 84	198
1992-08-13	JAR 1992, 63	188
1994-12-14	JAR 1995, 14	116
Arnhem		
1987-12-24	NJ 1988, 309	163
Assen		
1987-06-02	NJ 1988, 572	68
Breda		
1989-12-19	KG 1990, 46	198
1990-04-03	NJ 1991, 282	72, 79
Dordrecht		
1987-02-05	KG 1987, 108	163
's-Gravenhage		
1964-12-08	NJ 1965, 7	188
1967-03-29	SMA 1967, p.280	188
1985-05-10	RvdW/KG 1985, 168	189
1987-07-02	KG 1987, 314	188, 189
1988-07-06	NJCM-Bulletin 1989,p181	151
1989-09-05	KG1989, 366	188
1989-12-05	KG 1990, 25	191
1992-12-09	JAR 1993, 12	151
1993-06-18	JAR 1993, 154	200
Haarlem		
1989-04-12	KG 1989, 233	199
's-Hertogenbosch		
1989-03-03	Prg. 1989, nr. 3047	96
Leeuwarden		
1993-06-19	JAR 1993, 155	200
Middelburg		
1990-12-12	NJ 1993, 346	315
Roermond		
1991-07-12	KG 1991, 264	189
Rotterdam		
1982-06-16	RvdW/KG 1982, 103	188, 189
1987-03-04	KG 1987, 156	188
1988-01-15	KG 1988, 80	206
1988-08-05	KG 1988, 347	198
1988-12-14	KG 1989, 31	183
1989-05-25	KG 1989, 243	208
1991-11-11	KG 1992, 23	206
1993-04-27	JAR 1993, 114	227

1993-05-13	JAR 1993, 136	188
1993-06-17	JAR 1993, 153	199
Utrecht		
1969-06-06	NJ 1969, 301	202
1979-06-15	SMA 1979, P. 655	198
1982-03-11	NJ 1982, 346	211
1982-07-07	Prg. 1982, nr. 1812	109
1991-06-21	KG 1991, 256	201
1991-09-25	KG 1991, 346	199
1992-04-05	JAR 1992, 20	199
1992-04-28	JAR 1992, 49	207
1993-05-13	NJ 1993, 431	200

Raad van Beroep

's-Hertogenbosch		
1992-04-30	PS 1992, 351	275
Utrecht		
1987-12-15	RSV 1988, 188	278

Raad van State

1991-08-20	JABW 1991, 275	306

Sociaal Economische Raad

1979-03-16	ROR 1971-1984, 144	230
1983-09-27	ROR 1971-1984, 146	230

Artikelenregister

Algemeen Rijkambtenarenreglement

39	317
50	102
80	123
81	123
82-84	123
105-110a	191
110f-110l	192

Algemene Arbeidsongeschiktheidswet

21, lid 1	255
80, lid 3	327
83-88	331

Algemene Bijstandswet

1:2, lid 3	131
3	246, 303
3, lid 4	304
4	303
6	305
6c jo. 17	301
7	301, 302
9	303
9, lid 1 onder c	208
10	303
13	302, 301, 303
14	304, 308
14, lid 1	308
14a-14f	308
18	304
19	306
20, lid 3	307
21	306
25	306
26, lid 3	304
29 e.v.	302, 304
30	304
31	304
33	305
34	305
35	305
36	305
39, lid 2	306
39-41	305
42-54	306
43	307
43, lid 2 onder f	307
44	307
52	307
54	307
65	304
65-66	307
66 e.v.	304
67	306
74	328
78-90	329
92-105	330
106-115	307
107	307
113	307
115	307
116	325
120	325
130-131	326
134	312
140	328
141-142	308
141-143	331
142a	308

Algemene Kinderbijslagwet

7	295
7-10	296
11	296
12	296
13	296
15	296
17a e.v.	296
18, lid 2	296
29a	312
31, lid 3	327
34-40	331

Algemene Ouderdomswet

1	246
2	320
3	320
3, lid 1	320
6	315
6, lid 1 onder a	320
6, lid 1 aanhef en onder b	320
6, lid 2	320
7	289
8	290
9	290
9, lid 3	246
9a	290
10	290
13	289
13, lid 1	315
14	289
16	289
18	289, 290
19	290, 291
24	329
24a	329
28-33	291
45	290, 321
47-48	243
53, lid 3	327
58	290
62-69	331

Algemene Nabestaandenwet

1	293
3	246, 293
14	293
16	293
17	293
18	294
22-25	294
26-29	294
30-32	294
63	321
64	243
66	327
75-95	331

Algemene wet bestuursrecht

8:5	151
8:52	328
8:81	130

Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten

10	299
33	324
48	326
66-76	331

Algemene Wet Gelijke Behandeling

1, sub c	41
2, lid 1	41
2, lid 3	42
2, lid 4	43
2, lid 5, sub b	43
5, lid 2	47
5, lid 3-5	47
8	144
11-21	42, 131
21	132

Ambtenarenwet

1	129
125	55, 82, 123
125, lid 1	191
125a	113, 171
125a-125d	29

Arbeidsomstandighedenwet

2	101
2, lid 6	100
3	98

4	98
4a	98
5	98
6	98
7	146
8, lid 5	146
9	98
10	98
12	98, 101
13	98
14	98
14, lid 2	227
16	98
17-21a	99
22	99
23b	99
24	97, 101
24a	98
25	98
27	100
28	100
31a	99
35	101
36	101
37	101
38 jo. 37, lid 1	99
40	100
40/42	228
57	101

Arbeidstijdenwet

1:1	86
1:2, lid 2	48
2:1	86
2:2	86
2:3	86
2:4	86
2:5	86
2:6	86
3:2 jo 1:2	48
3:2-5	49
4:1	87
4:2	87
4:3	88
4:4	87
4:5	87
4:6	87
4:7	87
4:8	88
4:9	87
5:1	86
5:3	86
5:3, lid 1	87
5:4	86
5:4, lid 4	87
5:5, lid 1	87
5:6	87
5:7	86
5:8	86
5:9	86
5:10	87
5:11	87
5:12	86
5:13	85
5:14	85
8:1	88
8:3	89
8:4-8:5	89
8:6	89
8:8	89
8:10	89
11:3	88

Arbeidsvoorzieningswet

1, lid f	32
1, lid 1, sub h	35
2 jo. 8	32
12	32
25	32
38	32
39	32
42	32
71	33
72-74a	33
75	33
78-81	33
79	33
82	35
82-89	36
98	33
99-105	33
118	36

Beroepswet

1	327
18	129

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen

1	146
1, onder b, sub 2	
1, sub e	71

2	147
6	142, 147, 274
6, lid 2	147
6, lid 2 onder a	157
6, lid 3-5	148
6, lid 10	151
8	77, 78, 274
8, lid 2, onder b	77
9	139
9, lid 1	147
9, lid 3	147

Burgerlijk Wetboek

Boek 1	
247	49
392	303
81	303
Boek 2	
63a-63j	229
131	164
131/241	128
153-164	228
241	164
263-275	228
345-347	234
349a	235
648	103
Boek 3	
13	163
35	142
40	145
44	142
305a	131
306-312	267
308	72
359	234
Boek 6	
2	103, 143
74	157, 160
91-94	170
106	124, 163, 169
107a	267
108-109	95
119	72
119-120	147
127	73
159	116
162	38, 45, 151, 207
203	329
216-230	142
228	142
248	62, 67, 143, 181
633	71
677-679	163
677, lid 3	160
685	164
Boek 7	
12	50
162	114
170, lid 1	114
170, lid 3	114
265	150
265 e.v.	168
400	50
400 e.v.	59
610	50, 51, 53, 54, 57
610-691	23
610b	58
610a	58
611	79, 102, 104, 105, 106, 107, 121, 122, 124, 163
612, lid 1	49
612, lid 2-4	49
613	66, 110
617	71
618	62, 67, 79
620	71
622	68, 71
623	71
625	71, 72, 147
626	72
627-628	210
627	74, 160, 207, 209
628	76, 77, 91, 122, 123, 174, 209, 274
629	39, 74, 251, 257
629, lid 1 en 3	254
629, lid 2	252
629, lid 4	254
629, lid 5	254
629, lid 8	252
629, lid 9	252
629a, lid 1 en 6	254
629a, lid 3 onder c	257
629b	69, 75, 91, 274
631	71
632	71, 73
633	73
634	90
634-645	90
634, lid 3	
635	91

637 91, 252
638 92
639 91
641 91
641, lid 2 169
643 92, 144
644 92
646 45, 81
647, lid 1 126, 144
648 45, 81, 105
648, lid 1 144
650 60, 122, 170
651 122
653 169
655 60
656 169
657 161
658 94, 95, 97, 114
659 51
659, lid 2 117
660 66, 102, 109, 121
660, lid 4 144
660, lid 5 144
660, lid 6 144
660, lid 7 144
661 114, 118
662 117
662-666 116
663 117
664 116
665 117
666 117
667, lid 2 138, 139, 143
667, lid 3 139
667, lid 3 en 4 140
667, lid 4 143
668, lid 1 en 2 139
668a 140
669 143
670 93
670, lid 1 144
670, lid 2 144
670, lid 3 144
670, lid 5 175
670a 146
670b 146
670b, lid 1 145, 157, 162
670b, lid 5 145
672 154
672, lid 1 155
672, lid 2 156
672, lid 3 156
674 75, 140
675 140
676 162
677-679 157
677, lid 1 157, 158, 159
677, lid 2 156, 162
677, lid 4 156, 157
677, lid 5 145
678 onder i 113
680 156
680, lid 5 156
681 151, 153, 162
682 153, 155
682, lid 2 154
682, lid 3 153
683, lid 2 145
684 139
685 74, 117, 139, 150, 167, 279
685, lid 11 166
686 150, 168
687-689 55
690 58
690-791 55
691 69
752, lid 6 138
785 165

Boek 7a
1637i/j 154
1638d 77
1639 50, 53
1640-1651 53

Coördinatiewet Sociale Verzekering

4, lid 1 315
6-9 315
6, lid 1 en 2 71
9, lid 1 252
10-15 313
16a e.v. 313
16d 313
17 243
18 331
18a 327

EG-Verdrag

48 341, 342
48-51 337
118 e.v. 339
119 292, 341, 342

Europees Overeenkomstenverdrag

3	134
6, lid 1	134
6, lid 2	133
7	134

Europees Sociaal Handvest

1	31
1, lid 2	79, 120
5	174
6	202, 207, 210
6, lid 4	196, 211, 340
31	197

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden

4	336
6	151, 167, 331
8	103
11	174
14	336

Faillissementswet

40	156
40, lid 4	73
239	156

Grondwet

1	40
7	113
10	103
17	127
19	212
19, lid 1	32
19, lid 3	30
20	247
20, lid 3	301
93	340
94	340
109	212

Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten

17	103
26	40, 341, 342
169	343
170	343
171	343

Invoeringswet Arbeidsvoorziening

7	35

Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid

34	270
52, lid 1	265

Militaire Ambtenarenwet

3	123

Organisatiewet Sociale Verzekeringen

3-16	326
17-29	324
19-20	324
30-64	323
32-33	324
52	324
67-74	314
108-113	331

Rijksoctrooiwet 1995

12	115
14	115
97-118	128
97 jo. 141	131
114, lid 2	131
116	129
152	128
289	129

Toeslagenwet

1	246
3	285
5	285
26	312
40-43	331

Werkloosheidswet

3	317
3, lid 1	318
3, lid 2	318
4	318
5	319
6, lid 1 sub d	318
6, lid c	318
8	284, 318
16, lid 1	273
16, lid 1a	274
16, lid 2	273, 274
16, lid 3	274
17, onder b	272
17a	272
17b, jo. 42 lid 4	272
19	276
19, lid 1 onder j	243
19, lid 1 onder l	208
19, lid 5	276
19, lid 7	209
20	275, 276
20, lid 3	275
21	276
22	275
23	275
24	277, 279
24, lid 1 onder b	280
24, lid 3	280
25	281
25, lid 1 onder a	277
26	275
26, lid 1 sub f	277
26, lid 1 onder d	277
27	275
27, lid 1 en 2	281
27, lid 4	281
27, lid 5	281
27a	281
30, lid 1	282
30, lid 2	282
31	282
33	282
35	274
36	329
36a	329
42	271
42-47	270
43	324
45	316
47, lid 2	273
48-52	271
51, lid 2	273
52a-52i	271
53-60	319
59	324
61-68	73
63, lid 3	74
66	74
75	283
76	283
83, lid 1	313
83, lid 2	315
85, lid 1	315
90, lid 1a	314
131-135	331

Wet arbeid vreemdelingen

1, onder 4e	44
4	44
7	44
8, lid 1	44
23	44

Wet arbeidsongeschiktheids-voorziening jonggehandicapten

2, lid 1	258
2, lid 2	261
2, lid 5	259
5-6	263
8	263
12	265
13	265
17, lid 1	264
28	264
31, lid 3	265
37-39	264
40-46	264
64	312

Wet arbeidsongeschiktheids-voorziening zelfstandigen

2, lid 1	258
2, lid 2	261

2, lid 4	259
2-7	263
8	263
9	263
13	265
14	265
19, lid 1	264
35	264
38, lid 3	265
45-47	264
48-54	264

Wet Financiering Volksverzekeringen

9	315
19-24	243
48-51	327

Wet Flexibiliteit en Zekerheid

XXI	154

Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen

1a	45
1b	45
3	45
4	45
5	45
7-12	45, 81
12a e.v.	45

Wet inkomensvoorziening kunstenaars

8	325
36	312

Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers

3	246
11	325
26, lid 4	280
47-49	331
57	312

Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen

3	246
11	325
26, lid 4	280
47-49	331
57	312

Wet Melding Collectief Ontlsag

3	149
4	149
7	149
7, lid 4	150
6, lid 3	150
6a	150

Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag

2, lid 2 en 3, lid 1	
4	80
6	71
8, lid 3	80
15, lid 3	71
18a	132
18c	72
19	80

Wet op de allocatie van arbeidskrachten door intermediairs

8-11	37

Wet op de Arbeidsongeschiktheids-verzekering

3	317
3, lid 1	318
3, lid 2	318
4	318
5	319
6, lid 1, sub d	318
6, lid 1c	318
7-7b	318
14	316

18, lid 1	258
18, lid 2	261
18, lid 5	159
21	262
21a	261
21b	261
22	262
25-29	264
29a-29g	264
30	264
30, lid 1	255
34	264
36, lid 2	264
37	265
38	265
42, lid 3	265
43, lid 1	264
44, lid 3	266
46	264
49, lid 1	264
59a en b	261
77, lid 1	315
81-86	319
90	267
91	95
92-98	331

Wet op de Bedrijfsorganisatie

41	184
66	186

Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst

1	61, 173, 177, 179
1, lid 3	175
4-7	182
9	62
10	62
12	62
14	62, 63, 64, 182
14a	116
14a, lid 2	116
18-19	179

Wet op de Loonvorming

1, sub e	71
5	65
6	65
8	190
10	190, 191

Wet op de Ondernemingsraden

1	217
1, lid 3	216
1, lid d	215
2, lid 1	215
4	216
5	216
8	217
9	217
10	217
12	217
13	224
14	217
15	217, 227
15, lid 3	216
16	224
17	224
17 en 18	224
18, lid 3	227
20	219
20, lid 2 en 3	219
21	224
22, lid 1	217
22, lid 2 en 3	218
22a	227
23	222, 223
23-23c	217
23c	224
24, lid	217
25	149, 219, 221, 223, 232, 236
25, lid 1	219
25, lid 2	219
25, lid 5	220
25, lid 6	220
26	220, 224, 226, 232
26, lid 2 en 5	221
26, lid 4	220
27	91, 221, 223, 226
27, lid 1	222
27, lid 2	223
27, lid 3	222, 227
27, lid 4	223
27, lid 5 en 6	223
28	126, 223, 227
29	224
30	224
31	218
31c	218
32	224
33	216

34	216
35	216
35b	225
35c	225
35c en 35d	225
36	226
37-46	226
46d	237
48	217

Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten

7	266
15	266
16	266
17	266
22-27	266
28-33	266

Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van CAO's

1	182
2	182
2a	116
2, lid 1	189
2, lid 1-3	64
2, lid 5	182
2, lid 5, onder a	127
3	63
4	189
5, lid 4-6	65
10	132

Wet Voorzieningen Gehandicapten

2	325

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

429 e.v.	226
429a e.v.	166, 330

Wetboek van Koophandel

396-452p	54

Wetboek van Strafrecht

44	123
225	331
272	113
273	113
273, lid 2	113
355 e.v.	123
429quater	42, 45

Ziekenfondswet

1	246
3	317
3, lid 1	300, 318
5	300
8, lid 1	299
9	299
15, lid 1	315
15, lid 3 en 4	313
15, lid 4	315
17, lid 1	315
17, lid 4	313
34 e.v.	324
50	326
51	326
67	326
83a	95
83c	95
84-92a	331

Ziektewet

3	317
3, lid 1	318
3, lid 2	318
4	253, 318
5	253, 319
6, lid 1, sub d	318
6, lid 1c	318
6, lid 2	319
7-8a	318
15	316
19	256, 257
29, lid 2	253
29, lid 4	255
29, lid 6	253
29a	253
29a, lid 1	258
29a, lid 3 en 7	258
29b	253
30	257
32	265

35	255	52a	267
36	255	60	314
43	243	60, lid 1	315
44, lid 1 onder a	255	64-72	319
46, lid 1 en 2	319	76-83	331
52/52b	95		