

1 Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss¹

1.1 Inleiding

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

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

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

1.2 Europees arbeidsrecht uit Straatsburg

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

1.2.1 ESH

Hoewel we geneigd zijn te denken dat sociale mensenrechten niet direct toepasbaar zijn in de rechtspraak, is dat toch te algemeen gesteld.² Het Nederlandse stakingsrecht is grotendeels gebaseerd op het ESH, omdat de wetgever niet in staat was hierover wetgeving tot stand te brengen en er uiteindelijk voor heeft gekozen te volstaan met ratificatie van het verdrag. De Hoge Raad heeft toen de helpende hand toegestoken door aan art. 6 lid 4 ESH rechtstreekse werking toe te kennen in de zin van art. 93 Grondwet. Daarmee is aan het stakingsrecht in Nederland een juridische basis gegeven, die door partijen ook in de praktijk kan worden ingeroepen. Bovendien is in dat arrest waarde gehecht aan de ‘gezaghebbende’ conclusies van het Comité van Deskundigen bij het ESH.³ Voor de beantwoording van daaruit voortvloeiende rechtsvragen kan weer worden geput uit diezelfde rechtsbronnen. Dat gebeurde bijvoorbeeld met de vraag of stakers disciplinair mogen worden gestraft⁴ en waar de grenzen liggen van het stakingsrecht.⁵ Op deze wijze heeft zich een levendige ontwikkeling voorgedaan met betrekking tot de interpretatie van art. 31 ESH, dat de uitzonderingen op de rechten van het ESH vermeldt. Nu is dit een uitzondering, omdat de meeste bepalingen van het ESH zich niet voor rechtstreekse werking lenen. En de meeste arbeids-

2 A.W. Heringa, *Sociale grondrechten: hun plaats in de gereedheidskist van de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

3 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 668 (*NS*).

4 HR 22 april 1988, *NJ* 1988, 952 (*Veurink*).

5 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 292, *JAR* 2000/63 (*Bonden/Sara Lee*).

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

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

1.2.2 EVRM

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9 HR 11 december 1998, *JAR* 1999/61 (*St-Wood/Bouw- en Houtbond FNV*).

10 EHRM 6 april 2000, appl.nr. 34369/97 (*Thlimmenos/Griekenland*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Toch begint het grondrechtelijke denken in Nederland wel tot ontwikkeling te komen. Recentelijk publiceerden zowel de Vereniging voor Arbeidsrecht²⁰ als de FNV²¹ over dit onderwerp. Er wordt nogal eens gepleit voor een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers.²² Vaak wordt die discussie op een zeer nationaal niveau gevoerd, zoals recentelijk de door Cliteur aangezwengelde discussie of de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren niet te ver gaat en in strijd komt met de ministeriële verantwoordelijkheid.²³ Aan het EVRM wordt dan slechts marginaal aandacht besteed. Toch is dat een gemis, omdat op dit niveau wel sprake is van constitutioneel denken; over art. 10 EVRM bestaat uitgebreide jurisprudentie. In het arrest *Fuente Bobo/ Spanje* oordeelde het EHRM dat een ontslag na kritische opmerkingen over de werkgever in strijd was met art. 10 EVRM.²⁴

1.3 Europees arbeidsrecht uit Brussel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Europees arbeidsrecht uit Luxemburg

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

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

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

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

29 HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. 1-3979 (*Dekker/VJV*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5 Beïnvloeding Nederlands recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.6 Conclusie

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

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