

Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie



ANNALEN VAN HET
THIJMGENOOTSCHAP
jaargang 98 (2010), aflevering 5

Thijmgenootschap

vereniging voor wetenschap en levensbeschouwing

Onder redactie van de wetenschappelijke raad

prof.dr. Edith H.L. Brugmans (voorzitter)

prof.mr.drs. J. Sebastiaan L.A.W.B. Roes (secretaris)

Leden

dr. Christina Bode

prof.mr.dr. Martin A.M. Buijsen

dr. Luca Consoli

dr. Harm J.M.J. Goris

Prof.dr. Rolf Hoekstra

prof.dr. Eelke de Jong

prof.dr. Rudi A. te Velde

prof.dr. Gerard Wiegiers

prof.dr. Theo Wobbes

Redactiesecretariaat

Groesbeekseweg 125 – 6524 CT Nijmegen

tel. 024-3611631

e-mail: j.roes@jur.ru.nl

www.thijmgenootschap.nl

Ledenadministratie

Bureau Interface

Joh. Vijghstraat 34 – 6524 BT Nijmegen

e-mail: thijmgenootschap@ioi.nl

Irene Asscher-Vonk

Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie

*Over de betekenis van maatschappelijk
verantwoord ondernemen voor de
arbeidsrelatie*

THIJMESSAY 2010

VALKHOF PERS

Het Thijmgenootschap, vereniging voor wetenschap en levensbeschouwing, is opgericht in 1904 en draagt sinds 1947 de huidige naam, geïnspireerd op J.A. Alberdingk Thijm, literator, kunstkenner en cultuurdrager. Deze vereniging van christelijke intellectuelen zet zich in voor wetenschappelijke publicaties met een actueel, levensbeschouwelijk accent. Voor een lidmaatschap zie de laatste pagina.

Bestuur Thijmgenootschap

prof.dr. Wim B.H.J. van de Donk, voorzitter

prof.mr.drs. J. Sebastiaan L.A.W.B. Roes, secretaris

drs. Roland E.C. van der Pluym, penningmeester

prof.dr. Edith H.L. Brugmans

prof.dr. Sophie C. van Bijsterveld

ISBN 978 90 5625 341 7

© 2010 by the author

Omslagillustratie: H.N. Werkman, *De kinderen in het bosch*, 1941
(Joods Historisch Museum, Amsterdam)

Omslagontwerp en boekverzorging: Brigitte Slangen

Opmaak: Peter Tychon

Verspreiding in België:

Maklu-Distributie, Antwerpen

Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. *No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

Inhoud

Woord vooraf 7

1. Inleiding 9
2. Rechten en plichten van de arbeidsovereenkomst 19
 - 2.1 Inleiding 19
 - 2.2 Rechtvaardigheid invullen: belangen onderkennen, erkennen, afwegen 21
 - 2.3 Waar vinden we rechtsregels met betrekking tot de arbeidsovereenkomst? 30
 - 2.4 De kwaliteitstoets 37
 - 2.5 Conclusie 40
3. De invulling van de rechtvaardigheid in de 20ste eeuw 42
 - 3.1 Inleiding 42
 - 3.2 1907-1940 48
 - 3.2.1 Wetgeving 49
 - 3.2.2 Ontwikkeling vage normen 51
 - 3.2.3 Cao's 51
 - 3.2.4 Samenvatting 1907-1940 52
 - 3.3 1945-1999 53
 - 3.3.1 Wetgeving 53
 - 3.3.2 Ontwikkeling vage normen 59
 - 3.3.3 Cao's 60
 - 3.3.4 Samenvatting 1945-1999 61
 - 3.4 Vanaf 1999 61
 - 3.4.1 Wetgeving 62
 - 3.4.2 Ontwikkeling vage normen 66
 - 3.4.3 Cao's 66
 - 3.4.4 Samenvatting vanaf 1999 67
 - 3.5 Conclusie 68

4. Van belang naar recht	73
4.1 Inleiding	73
4.2 Onderkennen	77
4.3 Erkennen	78
4.4 Afwegen	93
4.5 Conclusie	95
5. Rechtvaardigheid nu	98
5.1 Inleiding	98
5.2 Belangen onderkennen	100
5.3 Belangen als aanspraken erkennen	105
5.4 Afweging	116
5.5 Conclusie	119
6. Rechtvaardigheid bereiken	122
6.1 Inleiding	122
6.2 Regels?	125
6.3 Bevorderen	129
6.4 Handhaven	133
6.5 Conclusie	135
Over de auteur	137

Woord vooraf

Dit boek bevat beschouwingen over de vraag waartoe partijen bij een arbeidsovereenkomst – werkgever en werknemer – tegenover elkaar verplicht zijn. Die vraag wordt echter maar zeer ten dele behandeld. Het gaat er mij met name om op zoek te gaan naar de verplichtingen die gezien kunnen worden als eis van rechtvaardigheid *in de tijd waarin we nu leven en op de plaats waar wij nu leven*. De beschouwingen zijn geschreven vanuit de gedachte dat het bevorderen van rechtvaardigheid een plicht is van alle burgers. Wat dat bevorderen concreet behelst is deels universeel, deels ontwikkelt het zich naar tijd en plaats.

Ik heb geschreven vanuit mijn juridische achtergrond. Het werk richt zich echter met name ook tot het niet-juridisch publiek. Om de toegankelijkheid te vergroten heb ik geprobeerd het aantal verwijzingen en noten tot een minimum te beperken.

Bij het schrijven heb ik veel gehad aan discussies die ik mocht voeren met Willemijn Roozendaal en Mijke Houwerzijl. Met de eerste in verband met haar proefschrift, met de tweede in verband met de onderhavige tekst. Mijke Houwerzijl heeft ook het manuscript meermalen gelezen en was steeds bereid met mij over de tekst discussies aan te gaan. Ik ben haar daarvoor veel dank verschuldigd.

Amsterdam, 23 september 2010

1. Inleiding

Van Dullemen, Spaarmans en Jalkens werken bij het grote bouwbedrijf Hanzen. Geraakt door de televisiebeelden over de verwoestingen ten gevolge van de aardbeving in Haïti, vatten ze het plan op hulpgoederen te verzamelen in het bedrijf, die naar Haïti te brengen en gedurende twee weken bij te dragen aan humanitaire hulp en zo mogelijk de wederopbouw ter plaatse. Zij vragen aan hun werkgever onbetaald verlof voor deze actie. Hoe moet de werkgever met dit verzoek omgaan?

Bij Bakkerij Piet, een broodfabriek, wordt door de afdeling Afval afgewerkt vet niet op de door de milieuwetgeving voorgeschreven manier verwijderd, omdat de betreffende personeelsleden dat te omslachtig vinden. Toevallig merken Piet en Klaas, collega's van een andere afdeling, dit. Zij hebben geen zin als verlinker te boek te staan, en zwijgen. Na drie maanden merkt de chef van de afdeling Afval wat er gebeurt, en komt er bovendien achter dat Piet en Klaas al lang op de hoogte waren. De chef stelt voor niet alleen de 'daders' maar ook Piet en Klaas onverwijld op te zeggen, in het geval van Piet en Klaas omdat zij nagelaten hebben iets tegen de vetlozing te (doen) ondernemen. Is de handelwijze van Piet en Klaas verwijtbaar in het kader van de arbeidsovereenkomst? Hebben zij een plicht geschonden?

Onderneming Antia, een grootwinkelbedrijf, wil een code gaan hanteren, volgens welke kleding die door kinderarbeid tot stand is gekomen niet langer verkocht zal worden. Hierdoor zal de samenwerking met het in India gevestigde bedrijf Samad verbroken moeten worden: dit bedrijf kan niet garanderen dat de kleding 'kinderarbeidvrij' is.

Het opbouwen van een nieuw leveranciersnet zal een flinke investering vergen. De ondernemer vraagt de ondernemingsraad advies over dit voorgenomen besluit. De ondernemingsraad vreest dat de concurrentiepositie van het bedrijf schade zal oplopen, en adviseert negatief. De ondernemer schort het besluit een maand op en neemt dan toch het besluit. Is het besluit in overeenstemming met de redelijkheid?

Spencer, Bergmans en Van der Wind, werknemers bij L en F, een bedrijf dat tropische vruchten importeert, achten het met hun geweten niet verenigbaar dat de ananassen geïmporteerd worden uit een land waar de vrijheid van meningsuiting is beknot. Voorheen werden de ananassen geïmporteerd uit landen waar dat niet het geval was. S, B en W weigeren daarom werkzaamheden te verrichten die met de 'foute' ananassen samenhangen. De werkgever reageert hierop door de werknemers te schorsen, als voorbereiding op een onverwijld ontslag wegens werkweigering. Terecht?

In deze voorbeelden gaat het in wezen om de vraag waartoe werkgever en werknemer tegenover elkaar verplicht zijn. Die vraag is voor een belangrijk deel beantwoord in wetten, in cao's en in individuele afspraken. Maar niet helemaal. Er is geen wet die verplicht extra onbetaald vrijaf te geven om humanitaire hulp te verlenen. Het melden van verspilling, waar dan ook in de onderneming, zal niet steeds in de functieomschrijving van de werknemer staan. Voor de vraag met welke leveranciers een onderneming in zee zal gaan, zal meestal geen regeling bestaan; in enkele gevallen is er een convenant waarin een beleid terzake is neergelegd. Een garantie van 'zuivere producten' wordt gewoonlijk niet aan de werknemer gegeven, wel kent het ontslagrecht een regeling met betrekking tot gewetensbezwaren.

We moeten op zoek naar het antwoord op de vraag waartoe partijen *nog meer*, boven de vastgelegde regels, gehouden zijn. In het contractenrecht is de regel dat de ver-

plichtingen en rechten van werkgever en werknemer worden gevormd en aangevuld door de redelijkheid en billijkheid. We kunnen dit zien als een regel van rechtvaardigheid. Voor het beantwoorden van vragen als hierboven gesteld moeten we op zoek naar die rechtvaardigheid, naar de meta-norm die de inhoud van de arbeidsverhouding bepaalt.

Waar heeft de werkgever recht op? Wat voor werk of prestatie? Wat wil hij daarvoor geven? De werkgever zal zijn behoeften aan een bepaalde vorm van arbeid, voor een bepaalde tijd, met een bepaalde deskundigheid, proberen te bevredigen op de arbeidsmarkt en binnen de onderneming. Voor die behoeftebevrediging zal hij een tegenprestatie moeten betalen. Aan de andere kant: de werknemer zal zijn arbeidskracht, voor de door de werkgever gewenste tijd, beschikbaar stellen mits daar een tegenprestatie tegenover staat. In de relatie van werkgever en werknemer gaat het er in wezen om wat de een nodig heeft, en wat de ander daarvoor wil terugkrijgen. We weten het allemaal: als er te weinig bouwvakkers zijn zal de werkgever die bouwvakkers nodig heeft proberen door betere arbeidsvoorwaarden of door andere positieve aspecten zijn concurrenten op de arbeidsmarkt, de andere werkgevers die bouwvakkers nodig hebben, de pas af te snijden. Bij een overvloed aan academici van een bepaalde opleiding zal de neiging bij de startende academici zijn de eisen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet te hoog te stellen. Wensen van werkgevers met betrekking tot een concurrentiebeding kunnen sneller op inwilliging rekenen wanneer geldt: 'voor jou tien anderen'. Richting, aard en kwaliteit van wederzijdse rechten en verplichtingen – hoe ook vastgelegd, in wet, cao, afspraak – worden in beginsel bepaald door de wet van vraag en aanbod: op de markt.

Dat de markt als regulator fungeert, is zoiets als opmerken dat mensen bij hun mondelinge communicatie gebruik maken van proza, stelt Amartya Sen.¹ Maar moet dit zover gaan dat de markt, de wet van vraag en aanbod, de enige of voornaamste regulator is van menselijke verhoudingen, zoals de arbeidsverhouding?

Erkenning van het marktmechanisme betekent niet dat we per definitie met de resultaten tevreden zijn. Tevreden kunnen we pas zijn als het resultaat optimaal is, en dat is, zo leert de geschiedenis, niet altijd het geval. Een waarschuwing tegen het geloof in de heilzame werking van de markt vormen de arbeids- en levensomstandigheden in de 19de eeuw, een tijd waarin het economisch liberalisme als evangelie gold. Dat evangelie was, wat de relatie tussen werkgever en werknemer betreft, neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, de tekst waarin de relaties tussen burgers geregeld worden. De regeling was zeer summier: het vertrouwen op een rechtvaardige uitkomst was gebaseerd op de gedachte dat het volwassen, vrije, zelfredzame burgers betrof die door de wetgever niet aan banden gelegd moesten worden. Hun welbegrepen eigenbelang zou zorgen voor een optimale uitkomst.

Algemeen werd echter aan het einde van de 19de eeuw erkend dat de markt tekortschoot als middel om een optimaal resultaat bij arbeidsverhoudingen te bereiken. Voorwaarde voor een optimaal resultaat zou tenminste zijn dat de partijen op de markt vrij en mondig zijn. De burgers, deelgenoten aan de arbeidsrelatie, waren echter niet in gelijke mate vrij en mondig. De sociaal-economische situatie maakte dat de ene kant, de werknemerskant, afhankelijk was van de andere kant, de werkgever. En afhankelijkheid is geen basis voor een optimaal resultaat.

De premisse dat de markt tot optimale resultaten leidt, blijkt niet te kloppen. Dat blijkt uit de ook voor tijdgenoten in het oog springende uitkomst: er was sprake van stuitend onrecht. Het was die uitkomst – onrechtvaardig lage lonen, massale armoede, uitbuiting – die ertoe leidde dat het geloof in de markt als regulator van deze verhoudingen verlaten werd. Bij het zoeken naar het antwoord op de vraag of sprake is van recht of onrecht is een evaluatie van de uitkomst, de effecten, richtinggevend.² Als de orthodoxie leidt tot schrijnend leed, deugt de orthodoxie niet.

De constatering dat de markt niet tot een optimaal resultaat leidde (om het zacht uit te drukken), was aanleiding voor de radicale wijziging van het recht met betrekking tot de arbeidsverhouding, in 1907.

Het geloof in de heilzame werking van de markt is in de eerste jaren van de 21ste eeuw (wederom) tot een fundamentalistische orthodoxie geworden. Het economisch liberalisme is honderd jaar na het tot stand komen van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, die ten behoeve van de rechtvaardigheid de markt beperkingen oplegde, weer zo vanzelfsprekend dat het niet verdedigd hoeft te worden. Het gebruik van de middelen van de markt om doeleinden te bereiken wordt als vanzelfsprekend aanbevolen.

Waarschuwingen tegen het marktfundamentalisme werden aan het einde van de 20ste eeuw en in de eerste jaren van de 21ste eeuw niet gehoord of geloofd. Op dezelfde wijze als in de 19de eeuw werd uitgegaan van een ferm geloof in de individuele capaciteiten van mensen. Zoals Van der Heijden en Noordam het beschrijven: 'De werknemer van tegenwoordig (rond 2000) is goed opgeleid, geëmancipeerd, individualistisch (...).'³ Die eigenschappen maken in de visie van de beleidsmakers mogelijk dat weer meer op de markt geleund wordt, een leunen dat juridisch de gedaante krijgt van deregulering, liberalisering, flexibilisering en het hanteren van financiële prikkels. Niet wordt nagegaan of de resultaten van de orthodoxie rechtvaardig zijn, dan wel of onrecht in de maatschappij voorkomt.

Daarmee doen we de maatschappij tekort. Wij hebben als burgers de verantwoordelijkheid en de opdracht te streven naar een rechtvaardige maatschappij. Die verantwoordelijkheid moet er in ieder geval toe leiden dat we kritische vragen stellen. Kunnen we erop rekenen dat het resultaat optimaal wordt? Hoe is het resultaat wanneer het ultieme ruilmiddel van de markt, geld, niet alleen instrument wordt voor het bereiken van doeleinden, maar doel op zichzelf, en maatstaf van menselijk handelen? Waartoe leiden de methoden van de markt, met name het gebruik maken van

financiële prikkels, wanneer zij de vrijwel exclusieve methoden voor het reguleren van menselijk handelen worden? Zoals bijvoorbeeld gebeurt wanneer aangenomen wordt dat beperking van uitkeringsduur en -hoogte van de w w de uitkeringsgerechtigde zonder meer zal aanzetten tot beter zoekgedrag op de markt, al zal dat in sommige gevallen inderdaad het geval zijn.

Maatschappelijke ontwikkelingen hebben nieuwe belangen en nieuwe problemen in verband met de rechtvaardigheid aan het licht gebracht. Ontwikkelingen op het terrein van de communicatie maken mogelijk dat wij ons onontkoombaar bewust zijn van die problemen, waar ook ter wereld. De voorbeelden waarmee dit hoofdstuk begon geven daarvan blijk.

Thomas Friedman beschrijft in *The World is Flat*⁴ de gevolgen van de informatierevolutie voor de arbeid. Internet maakt mogelijk dat *around the clock*, over de hele wereld, arbeid wordt verricht. Internet boort daarbij een heel nieuw reservoir van kostenefficiënties aan. De technische capaciteiten van 'het net' maken het mogelijk te profiteren van de verschillen tussen landen en werelddelen niet alleen in tijd, maar ook en vooral in niveau van kosten van levensonderhoud. Werkzaamheden worden naar de andere kant van de wereld uitbesteed omdat de taak dan sneller is verricht (gaat 's nachts door), maar vooral omdat de taak dan goedkoper wordt verricht.

De markt waarop de burger/werknemer opereert is ook door de informatie- en communicatierevolutie mondiaal geworden. Zijn positie wordt niet alleen bepaald door de aan- of afwezigheid van lokale concurrenten, maar vooral ook door de omstandigheid dat er, letterlijk, grenzeloze mogelijkheden zijn om de taak die hij zou kunnen verrichten, te laten verrichten. De markt dicteert zowel de prijs voor de arbeid als de condities waaronder die wordt verricht. In *The World is Flat* wordt gejuicht over het tempo, de flexibiliteit, en ook de andere mogelijkheden die outsourcing, met gebruik maken van de technische hulpmiddelen

van nu, de bedrijven biedt. Maar is dat het optimale resultaat?

Het optimale resultaat komt tot stand door niet alleen dienstbaar te zijn aan de *economische* ontwikkeling. De economie en de resultaten van economisch handelen zijn slechts hulpmiddelen om tot werkelijke vooruitgang te komen. Vooruitgang die bestaat in het bevorderen van rechtvaardigheid door het terugdringen van onrecht en het vergroten van de vrijheid.

De rechtvaardigheid eist nader onderzoek van de taak van het recht in deze ontwikkeling. Nagegaan moet worden of de aangewende middelen worden gebruikt voor het doel waartoe zij tot stand gebracht zijn. Met andere woorden, of de rechtsregels die worden gebruikt bij deze ontwikkeling beogen de rechtvaardigheid te bevorderen, of slechts instrumenteel zijn aan het bereiken van het economisch resultaat. Wordt die vraag niet gesteld, dan is dat op zichzelf een teken dat het streven naar rechtvaardigheid tekort gedaan wordt. Bovendien moet nagegaan worden wat de *effecten* zijn van de regels, zoals die op een gegeven moment bestaan. Is het effect dat onrecht wordt verminderd of laten ze onrecht onbedreigd voortbestaan?

Er zijn dus twee waarschuwingssignalen die duidelijk maken dat we onze opdracht, het streven naar een rechtvaardige maatschappij, uit het oog aan het verliezen zijn. Het eerste waarschuwingssignaal is dat de regel losgeweekt is van het doel van het recht, en niet rechtvaardigheid zoekt, maar uitsluitend dienend is aan de markt. Het tweede, dat onrecht en onrechtvaardigheid onbedreigd voortbestaan. Die twee waarschuwingssignalen staan met elkaar in verband. Een regel die niet zoekt onrecht te keren, staat niet in dienst van rechtvaardigheid. Niet te verwachten is dat door het toepassen van een dergelijke regel onrecht wordt uitgebannen.

Wat gaat er mis wanneer het evangelie van de markt fundamentalistisch gepredikt wordt, wanneer geld de maat

wordt van alle dingen? Wat er honderdvijftig jaar geleden misging is dat de arbeids- en levensomstandigheden van werknemers, waaronder vrouwen en kinderen, door de wetten van vraag en aanbod in een bepaalde maatschappelijke constellatie tot onder een aanvaardbaar minimum zakten. Zodat ingrijpen in de markt noodzakelijk werd.

Wat er in de afgelopen jaren misging is dat het streven naar maximering van geldelijke beloning leidde tot vervreemding, tot graaien, tot egoïsme. De waardigheid die het werk voor werknemers met zich brengt kalft af.⁵ De moderne manier van werken wordt vaak gekenmerkt door een zwakke loyaliteit en toewijding bij het werk.⁶ Werknemers ervaren een gemis aan duurzame menselijke relaties en duurzame doeleinden bij de arbeid.

De arbeidsverhouding kent, zo moeten we ook nu constateren, belangentegenstellingen die zich niet door regels van vraag en aanbod op rechtvaardige wijze laten oplossen. Voor oplossing is weging van de intrinsieke waarde van belangen nodig. De focus op het functioneren van de markt leidt af van het onderkennen, erkennen en afwegen van andere dan financiële belangen. Belangen die juist door het persoonlijk karakter van de arbeidsovereenkomst gewaardeerd moeten worden. Belangen van waarde die weerloos zijn op de markt.

De geschiedenis van het sociaal recht is de geschiedenis van het temmen van de markt. Van het mitigeren van de effecten van de markt, om belangen van werkgevers en werknemers te beschermen. Die belangen zijn deels van financiële aard, en betreffen dan bescherming van bestaanszekerheid door een minimuminkomensniveau en een fatsoenlijke loonbetaling, door bescherming tegen gevaren. Die belangen betreffen ook de organisatie van de onderneming. Een redelijk bevel moet opgevolgd worden, ook al zegt de letter van de afspraak iets anders. De belangen betreffen bijvoorbeeld ook het inzetten van creativiteit en loyaliteit. Bijdragen waarvoor financiële compensatie niet genoeg is. En

waarvoor ook niet geldt dat hoe groter de financiële compensatie is, hoe beter de inzet. Iedere tijd kent de zoektocht naar het beschermen van belangen die specifiek voor die tijd zijn, naast het beschermen van belangen die zo in het wezen van de arbeidsovereenkomst versmolten liggen dat bescherming altijd zal geschieden. Een voorbeeld van het eerste is de specifieke regeling voor inwonend personeel, die nu niet meer nodig is. Een voorbeeld van het laatste is het voorschrift dat loon tijdig betaald moet worden. De zoektocht naar belangen die bescherming verdienen en het nadenken over hoe die bescherming geboden moet worden, kunnen worden aangeduid als het zoeken naar rechtvaardigheid.

Wat zijn de belangen die binnen de arbeidsovereenkomst hier en nu specifiek bescherming verdienen? Wat is er aan de hand in de maatschappij wat oplossing binnen de arbeidsverhouding vergt? Welke inhoud moet rechtvaardigheid thans hebben? Rechtvaardigheid als belang in zichzelf, als doel dat met het recht moet worden nagestreefd. Rechtvaardigheid als voortgang op een weg naar het uitbannen van onrecht. Wat is de uitkomst van de afweging van honorabele belangen van werkgever en werknemer, hier en nu?

We kunnen zien welke belangen beschermd moesten worden tegen verwoesting door de markt ten tijde van de industriële revolutie. We moeten op zoek gaan naar de belangen die niet tussen de wielen van de markt mogen komen in de tijd die we nu beleven. Met het zoeken naar de bescherming van die belangen zoeken we rechtvaardigheid, en dat is op zichzelf een essentieel belang van mensen. Rechtvaardigheid die bestaat in de verantwoordelijkheid van de sterke tegenover de zwakke. Een belang dat erin bestaat het adagium dat geven zaliger is dan ontvangen, te beleven. Een belang dat een eigen bescherming tegen marktfundamentalisme nodig heeft.

Dit boek is gewijd aan een zoektocht naar de inhoud van rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst hier en nu,

naar de belangen die vandaag de dag in het kader van de arbeidsovereenkomst moeten worden onderkend, erkenning verdienen en afgewogen moeten worden tegen de belangen van de wederpartij. Belangen als het in de gelegenheid zijn feitelijk bij te dragen aan humanitaire hulp, medewerking krijgen aan het voldoen aan milieueisen, als maatschappelijk verantwoord ondernemer bekendstaan en niets te maken hebben met kinderarbeid, kunnen protesteren tegen beknutting van de vrijheid van meningsuiting, zijn op de eerste bladzijde geschetst. Zijn dat ook belangen die de wederpartij bij de arbeidsovereenkomst moet respecteren? Behoort het tot de verplichtingen van werkgever en werknemer tegenover elkaar die belangen te respecteren? Hebben maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk burgerschap een plaats binnen de arbeidsovereenkomst?

NOTEN

- 1 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Allan Lane/Penguin Books 2009.
- 2 Ibidem, p. 86: 'To ask how things are going and whether they can be improved is a constant and inescapable part of the pursuit of justice.'
- 3 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaalrecht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging), Tjeenk Willink Deventer 2001.
- 4 Thomas Friedman, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, Penguin 32e dr. 2007.
- 5 Richard Sennett, *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, 1998, p. 33.
- 6 Ibidem, p. 26.

2. Rechten en plichten van de arbeids- overeenkomst

2.1 INLEIDING

De samenleving bestaat uit individuen en groepen die ieder hun eigen belangen hebben. 'Eigen' moet daarbij niet te beperkt worden opgevat. Het kan ook gaan om het belang bij te dragen aan het geluk van anderen. Natuurlijk van degenen die ons het meest nabij zijn: onze familie, onze vrienden. Maar ook het beschermen van verder weg levende 'naasten' kan een belang van een individu zijn. En ook 'belang' is misschien een te beperkt woord, zeker als het alleen als materieel belang wordt opgevat. Het gaat om alles wat voor de persoon van waarde is. Het belang in het levensonderhoud te kunnen voorzien, het belang zichzelf te zijn, het belang zich als fatsoenlijk burger te kunnen gedragen.

De belangen kunnen tegengesteld zijn aan, botsen met belangen van anderen. Hier heeft het recht een functie. Met recht kan orde geschapen worden in de chaos van intermenselijke betrekkingen. Afspraken krijgen een label: arbeidsovereenkomst, huurovereenkomst, koop, en met dat label een aantal eigenschappen en gevolgen.

Het recht ordent niet alleen, het stuurt ook. Rechtsregels zijn een uitdrukking van wat de wetgever, ruimer, de rechtsvormer, juist vindt in een bepaalde situatie. Wat hij een goede oplossing vindt voor een bepaald conflict. Hij kiest voor een bepaalde oplossing omdat hij die beter vindt dan de andere mogelijke oplossingen.

Betrekkelijk zeldzaam zijn regels die uitsluitend ordenen, die tot stand gebracht zijn puur omdat er nu eenmaal een regel moet zijn. Dit zijn regels waarvan de inhoud niet

een ethische lading heeft, regels die neutraal zijn. De regel dat het verkeer aan de rechterkant van de weg rijdt is een voorbeeld van zo'n neutrale regel. Bij het opstellen daarvan zat niet een idee voor dat rechts rijden moreel beter, rechtvaardiger is dan links rijden. Andere wetgevers, in andere landen, hebben een andere keuze gemaakt, ze kozen voor links rijden. Wanneer eenmaal de keuze gemaakt is, krijgt het rechts rijden wel een zekere morele lading: wij vinden het in Nederland beter dan links rijden. Niet om de intrinsieke waarde van de regel, maar om de waarde van de afspraak, van het feit dat er ordening is. Als we ineens links zouden gaan rijden zou dat leiden tot chaos, en chaos, niet het links rijden op zich, is waar ons rechtsgevoel zich tegen verzet.

Hoe zit het met de arbeidsovereenkomst? De arbeidsovereenkomst is een door het recht beheerste relatie. Op de arbeidsovereenkomst zijn rechtsregels van toepassing. Wie een arbeidsovereenkomst aangaat, betreedt een woud van rechten en plichten. Sommige van die rechten en plichten vloeien voort uit wat de betrokkene zelf heeft afgesproken. Andere zijn in de wet of de cao vastgelegd. De regels zijn uitdrukking van wat de wetgever, of de sociale partners, juist vonden in die situatie.

De regeling van de arbeidsovereenkomst bevat een groot aantal expliciete normen. Zij betreffen de arbeid, het loon, de mate waarin de ene partij zich naar de andere moet voegen, bijvoorbeeld in het verschuiven, uitbreiden of inkrimpen van de arbeidstijd. Zij schrijven voor over welke onderwerpen overleg met de werknemersvertegenwoordigers gepleegd moet worden. Daarnaast zijn er ook vage normen van toepassing op de arbeidsovereenkomst: de regeling schrijft bijvoorbeeld voor dat partijen zich als goed werkgever en werknemer tegenover elkaar moeten gedragen. Hier staat de inhoud van de rechten en verplichtingen niet op voorhand vast, maar wordt nader ingevuld. Bij de invulling van die rechten en plichten is een belangrijke rol weggelegd voor jurisprudentie. De rechter maakt per geval uit hoe het recht in casu geldt.

Het aangaan van de arbeidsovereenkomst brengt ook verplichtingen en rechten op grond van sociale zekerheidswetten, in ieder geval de werknemersverzekeringen (Werkloosheidswet (ww), Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA)), met zich. Die rechten en plichten hebben weer invloed op die uit de arbeidsovereenkomst. De Werkloosheidswet beïnvloedt het ontslag. De WIA beïnvloedt de rechten en plichten in verband met reïntegratie.

In dit hoofdstuk worden rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst in het algemeen besproken. Daarbij gaat het erom welke belangen onderkend worden, of zij als belangen binnen de arbeidsovereenkomst erkenning vinden en hoe zij afgewogen worden tegen andere belangen (par. 2.2). De resultaten van dat onderkennen, erkennen en afwegen zijn neergelegd in rechtsregels (par. 2.3). Het onderwerp van dit boek is de inhoud van rechtvaardigheid binnen de arbeidsovereenkomst. In paragraaf 2.4 zal ik bespreken hoe nagegaan kan worden of en zo ja op welke wijze de rechtvaardigheid in het resultaat – de concrete verplichting, het concrete recht – tot uiting komt. De wijze waarop de rechten en plichten in de loop van de tijd in afspraken, regels en geschilbeslechting concreet zijn ingevuld, zal in de volgende hoofdstukken worden besproken.

2.2 RECHTVAARDIGHEID INVULLEN: BELANGEN ONDERKENNEN, ERKENNEN, AFWEGEN

Het is duidelijk dat de *inhoud* van het begrip rechtvaardigheid afhankelijk van tijd en plaats een andere inkleuring krijgt. Hoe wordt de inhoud van het begrip rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst vastgesteld?

Waar gaat het om? Het antwoord op de vraag wat de rechtvaardigheid binnen de arbeidsovereenkomst moet inhouden, met andere woorden hoe partijen zich tegenover elkaar hebben te gedragen, wordt gevonden in een proces dat drie stappen bevat. In de eerste plaats moeten belangen

onderkend worden, dat wil zeggen dat vastgesteld moet worden welke belangen de partijen ieder hebben. Sommige belangen zullen een universeel karakter hebben, bijvoorbeeld het belang van de werkgever bij continuïteit van de onderneming en bij een optimale arbeidsprestatie, en het belang van de werknemer bij bescherming van zijn lichamelijke integriteit. In alle bedrijfstakken en sectoren zullen deze belangen te onderkennen zijn, nu, in het verleden en in de toekomst. Andere belangen zijn meer specifiek voor een bepaalde periode of een bepaalde bedrijfstak. Denk bijvoorbeeld aan het belang van de ondernemer om zijn arbeidsbestand in omvang snel aan te passen aan veranderende marktomstandigheden. Dit belang zal op sommige momenten en in sommige sectoren scherper aanwezig zijn dan in andere.

Aan de kant van de werknemer zijn belangen aan te wijzen waarvan niet voor te stellen is dat zij op een bepaald moment minder van belang zullen zijn. Ik denk dan aan veiligheid, bestaanszekerheid, bescherming tegen discriminatie, bescherming van bestaanszekerheid. Daarnaast zien we dat in bepaalde perioden sommige belangen meer accent krijgen. Denk bijvoorbeeld aan het belang van scholing en opleiding, het belang van ontplooiing. Ook het belang om zorgtaken en arbeidstaken te kunnen combineren wordt thans veel meer benadrukt dan een halve eeuw geleden.

In de maatschappelijke realiteit zijn, naast belangen die altijd bescherming zullen blijven eisen, nieuwe belangen te onderkennen. Dat kan het gevolg zijn van veranderingen in de samenleving, bijvoorbeeld de toegenomen rol van de media. Ook een andere organisatie van de arbeid, bijvoorbeeld outsourcing, brengt andere belangen van zowel werkgever als werknemer naar voren. Het eerste voorbeeld uit hoofdstuk 1 betreft het werknemersbelang bij te dragen aan hulpverlening. Die behoefte kan te maken hebben met de menselijke behoefte solidariteit te tonen en een goed

mens te zijn. Een ander werknemersbelang dat uit de voorbeelden van hoofdstuk 1 naar voren komt is het belang naar het geweten te mogen handelen. Zijn dit ook belangen die als belangen van werknemers tegenover werkgevers erkend moeten worden, en tegen de belangen van de werkgever afgewogen? Eist de rechtvaardigheid dat die erkenning en afweging plaatsvindt? Een beleid of regel ter zake zou als kenmerk moeten hebben dat hij als doel heeft het bevorderen van rechtvaardigheid en het terugdringen van onrecht. De vraag zou in een open discussie besproken moeten worden, open ook in die zin dat niet alleen het eigenbelang, maar ook maatschappelijke belangen argumenten kunnen opleveren die in de discussie een rol spelen. Een open discussie wil zeggen dat buiten de eigen kring gekeken wordt. De vraag of erkenning van deze belangen in de arbeidsovereenkomst zou bijdragen aan de rechtvaardigheid, moet beantwoord worden door te bezien of het doel van de erkenning gericht is op rechtvaardigheid, of het effect van de erkenning zal zijn dat onrecht teruggedrongen wordt en of het onderkennen en erkennen van het belang in een open discussie plaatsvindt.

Aan welk belang moet de werkgever tegemoet komen, dat wil zeggen: welke belangen vinden *erkenning* in de arbeidsovereenkomst? Ik noem hieronder een aantal belangen die op dit moment erkenning vinden.

Door bescherming tegen onveilige situaties wettelijk voor te schrijven erkent de wetgever dat de werknemer aanspraak heeft op bescherming van leven en lichamelijke integriteit. Recht op vakantie, ook geregeld in de wet en in cao's, vormt de erkenning van het feit dat de werknemer iemand is die rust nodig heeft, en ook een zekere vrijheid. Gelijkebehandelingsregels beschermen de werknemer tegen een specifieke vorm van onrechtvaardigheid, namelijk discriminatie. De werknemer is een drager van grondrechten, waaronder het recht op gelijke behandeling. Ook de Wet Bescherming Persoonsgegevens legt verplichtingen op vanuit respect voor de grondrechten, in dat geval het recht

op persoonlijke levenssfeer. De wet kent ook enige bepalingen die de werknemer rechten geven in verband met zijn positie als burger. In dat verband is het recht op politiek verlof te noemen, en ook het verbod op ontslag tijdens het vervullen van de militaire dienstplicht (in Nederland tegenwoordig vooral van belang voor buitenlandse werknemers). Als burger, als sociaal burger, heeft de werknemer gelegenheid en tijd nodig om naasten te verzorgen en verplegen. De Wet arbeid en zorg voorziet hierin ten dele door dat belang als recht binnen de arbeidsovereenkomst te erkennen. De werknemer als lid van een familie wordt erkend met de diverse verlofregelingen die ook in de Wet arbeid en zorg zijn neergelegd. De werknemer als leergierige en zich ontplooiende mens wordt tegemoet gekomen in de voorschriften met betrekking tot opleiding en scholing die in collectieve arbeidsovereenkomsten te vinden zijn.¹ De wet geeft de werknemer recht op reïntegratie bij ziekte. Dat recht bestaat alleen voor zolang de werkgever een loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte heeft. Door dit reïntegratievoorschrift wordt de werknemer erkend als persoon die aanspraak heeft op weer aan het (aangepast) werk gaan. Het belang van de werknemer zich in arbeid te ontplooiën wordt erkend, al is die erkenning beperkt. Erkenning van dit belang vindt men ook door voorschriften in cao's.

De belangen en behoeften die ik hierboven noemde zijn belangen en behoeften die voor de wetgever of cao-partijen aanleiding waren om in te grijpen in de vorm van concrete regels waarin rechten en plichten van beide partijen worden vorm gegeven. En die regels komen op omdat er behoeften in de maatschappij zijn of ontstaan die door de regelgever onderkend worden, en die erkenning en bescherming krijgen in de wetgeving.

We constateren dat de wet en collectieve arbeidsovereenkomsten met allerlei aspecten van het mens-zijn van de werknemer rekening houden. Allerelei onderkende belangen van de werknemer vinden in de arbeidsovereenkomst

erkenning. Dat gebeurt door expliciete regels. Maar dat gebeurt ook doordat de wet ruimte creëert om de expliciete, context- en tijdgebonden regels aan te vullen en te concretiseren. Het gaat dan om de doorwerking van de redelijkheid en billijkheid in de arbeidsovereenkomst.

De wet is veel minder expliciet wat betreft de verplichtingen die de werknemer tegenover de werkgever heeft, dan omgekeerd. Belangen van de *werkgever* zijn dus veel minder expliciet in regelgeving erkend dan belangen van de werknemer. Het zijn slechts een paar artikelen, waarvan één, art. 7:661 BW, eigenlijk niet een voor de arbeidsovereenkomst specifieke verplichting van de werknemer is, maar een beperking van de verplichting tot schadevergoeding, zoals die uit het gewone verbintenissenrecht zou voortvloeien. Deze bepaling is dus meer een specifiek recht van de werknemer, en zou in de alinea hierboven thuishoren. De eerste wettelijke bepaling die specifieke verplichtingen van de werknemer omschrijft, art. 7:659 BW, gaat over de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten. Hier wordt het belang van de werkgever, zijn recht de arbeid te doen verrichten op de wijze, maar ook door wie hij dat wil, gerespecteerd. De tweede bepaling, art. 7:660 BW, verplicht de werknemer zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid en die ter bevordering van de goede orde. Is die verplichting niet onderdeel van de afspraak, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Deze regel moet dan ook eerder gezien worden als een beperking of een nadere concretisering van de verplichtingen die al uit het contract voortvloeien. Uit deze bepaling kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat voorschriften die het terrein van het verrichten van de arbeid en de goede orde in de onderneming te buiten gaan, niet zonder meer tot de verplichtingen van de werknemer en de aanspraken van de ondernemer behoren. De bepaling komt dus tegemoet aan de belangen die de werkgever als organisator van de arbeid heeft, maar tegelijkertijd komt ze tegemoet aan de belangen

van de werknemer. Art. 7:660a BW regelt expliciet verplichtingen van de werknemer bij ziekte, en is gericht op reïntegratie. Deze bepaling is ingevoerd bij de Wet Verbetering Poortwachter, wetgeving die in het leven is geroepen om het aantal langdurig arbeidsongeschikten terug te dringen. Het is het spiegelbeeld van art. 7:658a BW, waarin de werkgever verplicht wordt bij te dragen aan de reïntegratie van de werknemer. Een en ander staat in verband met de verplichting van de werkgever gedurende de eerste twee jaar van de ziekte van de werknemer het loon door te betalen. De reïntegratieverplichting uit die laatste bepaling is beperkt tot de periode dat de werkgever een loondoorbetalingsverplichting heeft. Beide bepalingen lijken vooral het belang van de werkgever bij beperking van de loondoorbetaling te honoreren, en het belang van de arbeidsongeschiktheidskassen bij beperking van de instroom.

Tot zover een aantal expliciete verplichtingen, en een karakterisering van welk beeld van werkgever en werknemer daaruit spreekt. De verplichtingen van werkgever en werknemer tegenover elkaar, de rechten van werkgever en werknemer tegenover elkaar zijn echter zoals gezegd niet alleen bepaald door de expliciete verplichtingen die in wet, cao of individuele arbeidsovereenkomst zijn neergelegd. De verplichtingen van partijen tegenover elkaar worden mede bepaald door de redelijkheid en billijkheid, voor het arbeidsovereenkomstenrecht herhaald in het voorschrift dat werkgever en werknemer zich tegenover elkaar als goed werkgever en goed werknemer moeten gedragen. De bepaling is tot stand gekomen onder meer om nieuwe ontwikkelingen een plaats te kunnen bieden in de verhoudingen tussen werkgever en werknemer. De verplichtingen van werkgever en werknemer zijn niet in beton gegoten, maar reageren op de veranderingen in tijd en plaats.

Wat zijn de 'nieuwe' belangen van de werkgever? Welke veranderingen in tijd en plaats geven aanleiding tot een invulling van het begrip goed werkgever/goed werknemer in deze tijd? Welk belang van de werknemer, welk belang

van de werkgever moet op dit moment onderkend worden? En hebben werkgevers en werknemers in bepaalde sectoren andere belangen dan in andere sectoren?

Om op het spoor te komen welke belangen van werkgever en werknemer onderkend moeten worden, is het nodig oor en oog open te houden voor signalen uit de samenleving. Wat zegt het toenemende gebruik van sociale netwerken op internet over belangen en behoeften van mensen, die ook werknemers en werkgevers zijn? Wat betekent de verandering in de samenstelling van de beroepsbevolking (meer arbeidsdeelname vrouwen) voor te onderkennen belangen? Welke belangen worden duidelijk wanneer immigratiestromen veranderen, of door andere oorzaken de diversiteit op de arbeidsmarkt toeneemt?

Uit de voorbeelden in het eerste hoofdstuk komt het belang van de werkgever bij goede naleving van milieuwetgeving, en maximale inspanning van werknemers daarbij, naar voren. Ook het belang imago voordeel te verwerven door niet door kinderarbeid tot stand gebrachte producten te gebruiken, is geschetst. Beide typen belangen kunnen gekenmerkt worden als belangen die raken aan maatschappelijk verantwoord ondernemen, zoals de belangen van de werknemers die in de voorbeelden geschetst worden samenhangen met fatsoenlijk burgerschap. Zijn dit gerechtvaardigde belangen?

Is het belang van de werkgever bij goede naleving van milieuwetgeving, respectievelijk bij protesteren tegen kinderarbeid, een belang dat *gericht is op* rechtvaardigheid? We kunnen de economische waarde van fatsoenlijk ondernemen constateren. Voor de vraag of een op bescherming van dat belang gerichte regel rechtvaardig is, zal het doel van rechtvaardigheid tenminste mede een rol moeten spelen. De tweede vraag is of het beleid dat of de regel die het belang beschermt, als *effect* zal hebben dat onrecht wordt verkleind. Het vergt nauwgezet onderzoek van alle effecten die een bepaald beleid heeft, om hier uitspraak over te kunnen doen. En misschien zal de uitspraak behelzen dat de

maatregel op zichzelf nog niet leidt tot terugdringen van onrecht, maar dat daar meer maatregelen bij moeten komen. Nemen we het voorbeeld van de kinderarbeid, dan zou onderzoek kunnen uitwijzen dat het alleen maar weigeren van producten die door kinderarbeid tot stand gekomen zijn leidt tot vergroting van het onrecht, namelijk de armoede. Pas wanneer de maatregel gepaard gaat met andere, bijvoorbeeld op onderwijs gerichte maatregelen, is er sprake van het terugdringen van onrecht.

We komen bij een derde eis die gesteld moet worden als het erom gaat rechtvaardigheid te bereiken of onrecht terug te dringen. Een *open discussie* is noodzakelijk. Die open discussie vergt dat de verzoeken, de belangen van werknemers en werkgevers, van alle betrokkenen (*stakeholders*) besproken worden, en dat de argumenten voor de besluitvorming duidelijk worden gemaakt. Vindt de discussie plaats binnen de ondernemingsraad, dan is goede argumentering eveneens een onmisbaar aspect. Wordt de regel gevormd door een rechterlijke beslissing, dan zullen de eis dat een dergelijke beslissing gemotiveerd wordt en de mogelijkheid van hoger beroep waarborgen geven voor het rechtvaardigheidsgehalte.

Zijn de belangen onderkend en als gerechtvaardigd aan te merken, dan is de volgende stap na te gaan of die belangen en behoeften voor *erkenning* binnen de arbeidsovereenkomst in aanmerking komen. Niet alle belangen en behoeften komen daarvoor in aanmerking. Er zijn immers zaken die buiten de arbeidsrelatie staan, en die daar ook buiten moeten blijven. Tenminste, naar de opvatting van hier en nu. De wens van werknemers gelegenheid te geven op het werk te breien zal waarschijnlijk op dit moment minder positief worden ontvangen dan de wens fitness tijdens de lunchpauze te faciliteren.

Voor een deel is ook de vraag of een belang erkenning, behartiging binnen de arbeidsovereenkomst verdient, onderhevig aan verandering, afhankelijk van tijd en plaats. Twee voorbeelden zijn al genoemd. De erkenning van de

wetgever, in de Wet arbeid en zorg, van het belang dat de werknemer tegenover de werkgever heeft om verlof te nemen voor de acute verzorging van zieke huisgenoten is van recente datum (2001). Een ander voorbeeld is de inkomensvoorziening tijdens ziekte van de werknemer. Pas in de jaren negentig van de vorige eeuw is het belang van de werknemer op inkomensvoorziening gedurende de eerste twee jaar van zijn ziekte tegenover de werkgever erkend. Vóór die tijd vond dat belang in hoofdzaak erkenning in de relatie tussen de werknemer en de kassen van de sociale zekerheid, met name de Ziektewet.

Binnen de arbeidsovereenkomst vindt een aantal constant aanwezige belangen erkenning terwijl sommige belangen per definitie buiten de grenzen van de arbeidsovereenkomst (lijken te) vallen. Welke criteria worden aangelegd om de grens te trekken welke belangen binnen de arbeidsovereenkomst erkenning verdienen?

Ten slotte zal, omdat in de arbeidsrelatie het recht van de één een plicht van de ander impliceert, een *afweging* moeten plaatsvinden tussen de belangen van werkgever en werknemer. Ik heb hierboven voorbeelden uit de ontwikkeling van het sociaal recht in de 20ste eeuw gegeven, om te laten zien welke belangen van werkgever en werknemer onderkend worden, en onder welke omstandigheden zij erkenning binnen de arbeidsovereenkomst vinden. Ook voor de vraag op welke wijze afweging van de belangen moet plaatsvinden kan de ontwikkeling van het sociaal recht van de 20ste eeuw als wegwijzer dienen. Op welke wijze vindt belangenafweging plaats? Welke omstandigheden van het geval spelen daarbij een rol?

2.3 WAAR VINDEN WE RECHTSREGELS MET BETREKKING TOT DE ARBEIDS- OVEREENKOMST?

De wederzijdse rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer zijn neergelegd in regels die uit verschillende bronnen voortkomen. Regels die elkaar bovendien onderling beïnvloeden. Wat partijen onderling kunnen afspreken, bijvoorbeeld, vindt zijn grens in de wet en de toepasselijke cao.

De belangrijkste bron van rechten en verplichtingen van de arbeidsovereenkomst is ongetwijfeld de *cao*. Op de vraag waartoe een werknemer verplicht is, en waarop hij recht heeft, zal hij in vele gevallen antwoorden: dat staat in mijn cao. Ik laat hier de vele juridische vraagstukken over werkingssfeer en uitleg van de cao onbesproken: feit is dat wat in cao's is afgesproken rechtstreeks of indirect van grote invloed is op de arbeidsvoorwaarden in Nederland.

De cao is het resultaat van onderhandelingen tussen vakbonden en werkgevers. Het belang van collectieve onderhandelingen is internationaal erkend. In de cao zijn arbeidsvoorwaarden vastgelegd die in de onderliggende arbeidsovereenkomsten hebben te gelden. Hoeveel loon, hoe lang werken, hoeveel vakantie. Welke vergoeding voor dienstreizen, welke vergoeding voor werkkleding. In welke gevallen is er een verplichting tot overwerk, en hoe wordt die extra-inspanning beloond? Inzet van de onderhandelingen zijn de wederzijdse belangen bij de arbeidsovereenkomst. In de onderhandelingen wordt beslist of het betreffende belang (het belang van vrije tijd, het belang overwerk te kunnen opdragen bijvoorbeeld) een plaats krijgt in de regeling. Het onderhandelingsresultaat, de in de cao neergelegde regel, is het sluitstuk van het proces waarbij de belangen van werkgevers en werknemers tegen elkaar worden afgewogen. De partijen die een cao sluiten zijn niet volkomen vrij om de cao inhoud te geven. Op een aantal pun-

ten geeft de wet randvoorwaarden aan. Meestal minimumnormen, waar de cao niet onder mag duiken. Doet hij dat toch, dan prevaleren de wettelijke regels. Het gaat bijvoorbeeld over minimumloon en minimumvakantiebijslag, over minimumvakantie.

Een in beginsel belangrijke bron van regels die tussen werkgever en werknemer gelden is, het spreekt vanzelf, de afspraak die zij hebben gemaakt: het *individuele arbeidscontract*. Maar ook, juist, aan de inhoud van het individuele arbeidscontract zijn in wet en cao randvoorwaarden gesteld. Want in de onderhandelingen tussen een werknemer die een baan zoekt en een werkgever die werk aanbiedt, kan machtsonevenwichtigheid ontstaan die de belangen van de werknemer fnuikt. Voor de onderhandeling blijft daarom slechts de ruimte die wet en cao de partijen laten. De individuele arbeidsovereenkomst legt voor individuele werkgevers en werknemers de overeenkomst vast, mondeling of schriftelijk. Juist omdat veel onderwerpen inhoudelijk in wet of cao regeling vinden, is de individuele regeling vaak summier.

De *wet* is, na de cao, de belangrijkste bron van arbeidsrechtelijke rechten en plichten. Het gaat om de regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek, om afzonderlijke privaatrechtelijke wetten, bijvoorbeeld de Wet arbeid en zorg, en om een aantal publiekrechtelijke wetten, bijvoorbeeld de Arbeidsovereenkomstenwet. Wettelijke regels met betrekking tot de arbeidsovereenkomst schrijven vaak *dwingend* voor waaraan men zich in de arbeidsovereenkomst te houden heeft. Een van de wet afwijkende afspraak mist dan rechtskracht. De voorschriften zijn vaak beschermend van aard. Het in de regels beschermde belang is in vele gevallen bestaanszekerheid. De regels beogen de bestaanszekerheid van de werknemer te beschermen door grenzen te stellen aan de vrijheid van de werkgever. Er zijn verschillende terreinen waarop die vrijheid wordt beperkt. Een voorbeeld: de werkgever mag alleen in bepaalde vor-

men loon betalen: wettig Nederlands betaalmiddel of girale betaling is de voornaamste. En hij mag dus – dat was de aanleiding van de bepaling – het loon niet uitbetalen in de vorm van sterke drank, goederen van de fabriek of onder de verplichting dat het loon op een bepaalde manier besteed moet worden.

De wet beperkt ook de werkgever in zijn vrijheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hij heeft toestemming nodig van een overheidsorgaan, en moet bovendien een opzegtermijn in acht nemen. Voorts mag het ontslag niet kennelijk onredelijk zijn. Vermijdt de werkgever deze ontslagroute, dan is hij afhankelijk van de ontbindingsbeslissing – en de daarbij behorende beslissing met betrekking tot de ontslagvergoeding – van de kantonrechter.

Expliciete wettelijke voorschriften hebben betrekking op de gelijke behandeling van de werknemers, zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, leeftijd, handicap of chronische ziekte. Deze voorschriften beogen de werknemer te beschermen in zijn belang van gelijke kansen op de arbeidsmarkt en in de arbeidsovereenkomst. De wetten beperken de vrijheid van de werkgever de werknemer die hij wil in dienst te nemen, promotie te laten maken, bepaalde taken te laten verrichten. Hij mag zich bij die beslissingen niet laten leiden door discriminatoire overwegingen.

De wetgever is niet steeds vrij in het regelen van de rechten en plichten op de manier die hem het meest juist voorkomt. *Internationale afspraken, verdragen*, bijvoorbeeld van de Verenigde Naties, de Internationale Arbeidsorganisatie of de Europese Unie beperken de wetgever in zijn vrijheid, en werken in sommige gevallen rechtstreeks in op de verhoudingen van burgers. Juist de genoemde regels met betrekking tot gelijke behandeling zijn voorbeelden daarvan. Inhoud en zelfs uitleg van die regels is Europees-rechtelijk bindend voorgeschreven.

Wetgever en sociale partners, de Europese Unie en de Verenigde Naties, de werkgever en werknemer hebben zich ingespannen om de arbeidsrelatie te reguleren en zekerheid te creëren: zekerheid over wat mag, wat niet, wat moet, wat niet. Daarbij zijn de belangen van partijen onderkend, erkend, afgewogen tegen de belangen van de wederpartij, en als de wetgever, de sociale partners, werkgever en werknemer samen, dat rechtvaardig vonden, gehonoreerd. Het doel dat de diverse regelgevers voor ogen stond is zo een plaats in de regeling gegeven. Rechtvaardigheid naar de opvattingen van dat moment is op die wijze in de regeling nagestreefd.

Aan deze wijze van regelen kleeft tenminste één belangrijk bezwaar. En dat bezwaar is nu juist de keerzijde van het feit dat de regelingen expliciet zijn, en dat ze zijn vastgelegd. De regelingen zijn daarmee in de tijd waarin ze tot stand kwamen, en in de omstandigheden waarop zij reageerden, gefixeerd.

Houden de regelingen voldoende rekening met de veranderingen in de omstandigheden die in de loop van de tijd – de geldingsduur van de wettelijke regeling, van de cao, de looptijd van het arbeidscontract – zich kunnen voordoen, zo kan men zich afvragen. Doen de regelingen wel voldoende recht aan bijzondere omstandigheden? Houden de wettelijke regelingen, die een algemeen karakter hebben, voldoende rekening met de individuele belangen en omstandigheden, met de situatie in een sector of bedrijfstak? Deze vragen zullen soms ontkenkend moeten worden beantwoord.

De wetgever heeft een middel gezocht om dat probleem op te lossen. Een middel overigens dat in het hele overeenkomstenrecht wordt aangegrepen om de mogelijkheid te creëren dat de regels ook werkelijk recht brengen, dat het recht ook werkelijk op plaats en tijd toegesneden rechtvaardigheid is. Dat middel is toepassing van het concept van de redelijkheid en billijkheid. Dit is een vage, door de rechter in te vullen norm. Hij maakt mogelijk dat rekening

wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval.

De toets of een oplossing, een cao-voorschrift, een wettelijke regel, redelijk en billijk is, beslist of de regels die gelden werkelijk recht zijn. Die toets wordt in een aantal gevallen uitdrukkelijk voorgeschreven. Een door de werkgever gegeven voorschrift, met het oog op reïntegratie, moet *redelijk* zijn (7:660a BW). Indien een der partijen de arbeidsovereenkomst *kennelijk onredelijk* opzegt, kan dat aanleiding zijn tot schadevergoeding (art. 7:681 BW). De wet verwijst daarbij zelf al naar die specifieke omstandigheden die bij het oordeel een rol moeten spelen. Als voorbeeld van kennelijk onredelijk ontslag noemt art. 7:681 BW het afwijken van *in de bedrijfstak krachtens wettelijke regeling of gebruik geldende getalsverhouding- of anciënniteitsregeling, tenzij hiervoor zwaarwichtige gronden aanwezig zijn*.

Bovenal, de werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een *goed werkgever* en een *goed werknemer* te gedragen. Dus in al hun verkeer moet de kwaliteit van redelijkheid, van rechtvaardigheid, mede een rol spelen.

De vage normen leveren in hun toepassing per definitie een probleem op. Wat is de inhoud van redelijkheid? Wat is een goede werkgever? Wanneer is een opzegging kennelijk onredelijk? De wet geeft in het laatste geval wat voorbeelden, maar die zijn uitdrukkelijk niet anders dan als voorbeelden bedoeld. Dat laat ons dus zitten met de vraag hoe de inhoud van de rechtvaardigheid wordt vastgesteld. Het gaat om rechten en plichten uit het arbeidscontract. Bij dispuut daarover is het de burgerlijke rechter die beslissingen neemt over de inhoud daarvan. En de wetgever heeft uitdrukkelijk die bevoegdheid aan de rechter gelaten.

Van belang is dus de rol van de *jurisprudentie*. Vage normen in het arbeidsovereenkomstenrecht hebben de mogelijkheid geopend dat nieuwe ontwikkelingen, nieuwe ideeën over wat hoort in de arbeidsovereenkomst, een plaats krijgen in de verplichtingen tussen werkgever en werknemer.

De beslissing of het honoreren van een bepaald belang, het beschermen van een bepaald goed tot de verplichtingen van de werkgever of de werknemer behoort, wordt bij geschil door de rechter genomen. Het goed werkgeverschap en goed werknemerschap is met name het vehikel waardoor vernieuwingen in het arbeidsrecht zijn binnengekomen. De verplichting bepaalde fundamentele rechten van de werknemer te respecteren bijvoorbeeld, is langs de weg van het goed werkgeverschap de arbeidsovereenkomst binnengekomen. Ook de vraag of een werknemer met een beroep op gewetensbezwaren wijziging van zijn verplichtingen uit arbeidsovereenkomst kan afdwingen, is in het kader van het goed werkgeverschap aan de orde gekomen. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak waarin een verpleegster op grond van haar geweten weigerde mee te werken aan abortus op medische indicatie. Zij schond daarmee, zo stelde de werkgever, haar verplichtingen uit arbeidsovereenkomst. Daarom werd zij overgeplaatst en vervolgens geschorst. De rechter oordeelde dat goed werkgeverschap, rechtvaardigheid, in casu echter niet meebracht dat zij teruggeplaatst moest worden.² Goed werkgeverschap heeft ook een concretisering gekregen in de vorm van zorg voor personen die blijvend ongeschikt voor hun eigen arbeid zijn geworden: goed werkgeverschap brengt mee dat de werkgever onder omstandigheden de verplichting heeft passende arbeid aan te bieden die de werknemer nog wel kan doen.³

Vaak betekent het meewegen van bepaalde belangen in het kader van het goed werkgeverschap (of de redelijkheid) een erkenning van een *gegroeid of groeiend rechtsbewustzijn*. In een later stadium wordt de erkenning van die belangen dan soms explicieter neergelegd, in de vorm van een wettelijke regeling. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met betrekking tot de mogelijkheid verlof te krijgen voor het verrichten van zorgtaken. Aanvankelijk vond die erkenning plaats door uitleg van het begrip goed werkgeverschap. Thans is een aantal kernrechten op dit gebied wettelijk neergelegd in de

Wet arbeid en zorg. Vage normen fungeren dus ook als *voortrekkers* van concrete, wettelijke normen.

Goed *werknemerschap* heeft vooral vanaf het einde van de 20ste eeuw in de jurisprudentie nadere invulling gekregen. De verplichtingen van de goede werknemer nopen hem in te stemmen met redelijke voorstellen van de werkgever in verband met wijzigingen van de organisatie van de onderneming, tenzij dat redelijkerwijze niet van hem te vergen is.⁴

De rechten en plichten zijn, zo kunnen we samenvatten, deels expliciet neergelegd in wet, cao, overeenkomst. In sommige gevallen in internationale verdragen of de grondwet. Daarnaast vloeit een aantal rechten en plichten voort uit het voorschrift van redelijkheid en billijkheid. Dit laatste voorschrift, dat een algemene rechtvaardigheidsnorm behelst, geldt voor het gehele verbintenissenrecht. Het is bovendien expliciet voor de arbeidsovereenkomst geregeld in het voorschrift dat werkgever en werknemer zich tegenover elkaar als goed werkgever en goed werknemer moeten gedragen, en in de toevoeging van de kwalificatie 'redelijk' aan talrijke voorschriften. De expliciete regels bevatten gestolde rechtvaardigheid, namelijk het in regels vastgelegde resultaat van de afweging van belangen tussen werkgever en werknemer op tal van punten. De invulling van de redelijkheid en billijkheid is een weerspiegeling van de belangen en behoeften van werkgever en werknemer in de mate waarin het recht, op dat moment, meent dat die belangen door de wederpartij gehonoreerd moeten worden. Bij redelijkheid en billijkheid gaat het om vloeiende rechtvaardigheid: rechtvaardigheid die afhankelijk van tijd en plaats een andere gedaante kan aannemen.

2.4 DE KWALITEITSTOETS

In dit boek is de vraag aan de orde welke kwalitatieve eisen aan de normering van rechten en plichten van werkgever en werknemer worden gesteld. Zijn er belangen die meer erkenning verdienen dan andere? Welke belangen moeten worden beschermd? Zijn er posities die ertoe leiden dat een bijzonder gewicht gehecht moet worden aan belangen van bepaalde partijen? Dit zijn vragen waarop het antwoord mede de rechtvaardigheid bepaalt.

De toets of met de regeling rechtvaardigheid wordt bereikt bevat drie stappen. Allereerst moet vastgesteld worden of de regeling op rechtvaardigheid is gericht. De meeste regels worden tot stand gebracht omdat de regelgever vond dat de betreffende regel goed was. Waarvoor goed? Verschillende doelen kunnen beoogd zijn bij het tot stand brengen van regels. Genoemd zijn al de regels die – puur – een ordeningsdoel hebben: rechts rijden (en niet links).

Met sociaalrechtelijke regels wordt meestal meer dan puur ordening beoogd. De regels die in de loop van de 20ste eeuw tot stand zijn gebracht, zijn niet ‘neutraal’ in de zin dat het er niet toe doet of links of rechts gereden wordt, als er maar een regel is. De regels hebben wel degelijk een doel dat ermee beoogd wordt. En het doel dat de regelgever voor ogen heeft is niet steeds hetzelfde.

Ik wijs als voorbeeld op de ontwikkelingen met betrekking tot het sociaalzekerheidsrecht. Hoofddoel van de sociale zekerheidsregels was altijd het zorgen voor bestaanszekerheid. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw kwam het bewustzijn op dat de sociale zekerheid ook mensen de kans moest geven aan het maatschappelijke leven deel te nemen. En vanaf 2000 zien we als doel van sociale zekerheid dat mensen gestimuleerd worden om aan de arbeidsmarkt deel te nemen, omdat de arbeidsmarkt die mensen nodig heeft.⁵ Recent lijkt dus sprake te zijn van een kanteling van de doelstelling. Het lijkt erop dat sociaalzekerheidsrecht vooral dienend moet zijn aan de economische

ontwikkeling, het goed functioneren van de arbeidsmarkt, het mogelijk maken van internationale concurrentie.

Arbeidsrechtelijke regels hebben traditioneel het doel van bescherming van de werknemer en compensatie van de machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer. De laatste jaren waait er een andere wind. Ontslagrecht wordt bekeken vanuit de vraag of het bijdraagt aan het goed functioneren van de arbeidsmarkt, dan wel juist dat functioneren – opgevat als het faciliteren van de voorziening in personeel – verstoort.⁶

Mag, kan de overheid die keuze maken? Kunnen rechtsregels op het gebied van arbeidsrecht en sociale zekerheid gebruikt worden om in de eerste plaats een economisch doel te bereiken? Kan het sociaal recht puur instrumenteel worden? Is het dan nog *recht*? Er is een formeel antwoord mogelijk op deze vraag. Dat formele antwoord gaat uit van de wijze waarop de regel tot stand is gekomen. Is dat gebeurd op de wijze die daarvoor in onze maatschappij is bepaald? Zo ja, dan is er sprake van een rechtsregel. De vraag of iets een rechtsregel is, wordt door het staatsrecht beantwoord: is hij tot stand gekomen op de voorgeschreven wijze?

Een ander – meer inhoudelijk – antwoord is het volgende. Of een regel *rechts*regel genoemd mag worden, hangt af van de bijdrage die die regel levert aan het vergroten van de rechtvaardigheid of het terugdringen van de onrechtvaardigheid. In mijn afscheidscollege⁷ heb ik betoogd dat aan regulering van de arbeidsrelatie – door wetgever, door partijen – altijd de eis van rechtvaardigheid gesteld moet worden. Dat standpunt wordt met name voor het arbeidsrecht en sociaalzekerheidsrecht ondersteund door de omstandigheid dat in de literatuur steeds de nadruk gelegd wordt op de noodzaak tot *rechtvaardige* oplossingen te komen.⁸

Ten tweede gaat het om het effect van de regel. Leidt toepassing van de regel ertoe dat rechtvaardigheid wordt vergroot? Of bestendigt, mogelijk zelfs vergroot toepassing van de regel het bestaan van onrecht?

De derde vraag in verband met het rechtvaardigheidsgehalte van een regeling is of de regel tot stand is gekomen in een open discussie, met oog voor de wederzijdse posities en voor de effecten van de regel. Open discussie betekent dat het besluitvormingsproces zo plaatsvindt dat voor alle argumenten aandacht is, en dat ook rekening wordt gehouden met de belangen van anderen dan direct betrokkenen.⁹ Het vaststellen van rechten en plichten geschiedt op verschillende niveaus: individueel, collectief, nationaal, internationaal. De vraag of de discussie open gevoerd wordt, óf er wel een discussie gevoerd wordt, moet op het betreffende niveau worden gezien. In de 19de eeuw werden arbeidsvoorwaarden tussen individuele werkgever en werknemer vastgesteld. Door de economische en sociale posities van partijen was van een open discussie op dat niveau geen sprake.

Wanneer de vaststelling van arbeidsvoorwaarden op collectief niveau gebeurt, bij cao, wordt de machtsongelijkheid (deels) gecompenseerd, en is eerder te verwachten dat de uitkomst rechtvaardig zal zijn, omdat door het grotere machtsverwicht de discussie opener zal zijn. Bij cao-overleg vormt de mogelijkheid van beide partijen 'nee' te zeggen, zoals gegarandeerd door het internationaal beschermde collectief actierecht, een bijdrage aan de mogelijkheid een open discussie te voeren.

Bij overleg binnen de onderneming is de wijze waarop de werknemersvertegenwoordiging (ondernemingsraad) geëquipeerd is en de wijze waarop bescherming tegen benadeling geregeld is basisvoorwaarde voor het mogelijk maken van een open discussie. Goede regels met betrekking tot faciliteiten van de ondernemingsraad en bescherming van leden van de ondernemingsraad tegen benadeling is voor een open discussie een voorwaarde. Vindt vaststelling van rechten en plichten in wetgeving plaats, dan is voor een open discussie nodig dat de wetgeving deugdelijk is voorbereid, en dat het parlement, volledig voorgelicht, met kennis van zaken het onderwerp behandelt, met be-

wustzijn van de consequenties, ook de verder weg liggende consequenties. Een open discussie betekent dat bij de discussie, op welk niveau ook, in de medezeggenschap, in de bedrijfstak, in de Tweede Kamer, de deelnemers over de muur van hun eigenbelang heen kunnen kijken.

Voor een open discussie is dus deskundigheid, machts-evenwicht en de bereidheid buiten het eigenbelang te kijken nodig.

2.5 CONCLUSIE

In het recht gaat het om het beschermen van honorabele belangen. Belangen worden onderkend, erkend en tegen andere afgewogen. De methode van rechtsvorming – van het bevorderen van rechtvaardigheid – voor de relatie tussen werkgever en werknemer bestaat uit het tot stand brengen van regels door de wetgever, door de sociale partners en door de contractspartijen zelf. Die regels moeten, om het predicaat recht te dragen, voldoen aan bepaalde eisen: zij moeten zich richten op rechtvaardigheid en zij mogen geen onrechtvaardige effecten hebben. De inhoud van de regels wordt gevormd door gerechtvaardigde belangen van werkgever en werknemer te onderkennen, als recht en plicht binnen de arbeidsovereenkomst te erkennen en de belangen van werkgever en werknemer op dat punt tegen elkaar af te wegen. Daarbij moet de rechtvaardigheid doel zijn, en moet het oog open blijven voor de effecten. In dit hele proces is een open discussie onontbeerlijk.

NOTEN

- 1 G.J. Heerma van Voss, *Scholing in het sociaal recht*, Kluwer Deventer 2008.
- 2 Hof's-Gravenhage 24 juni 1981, NJ 1986, 6, p. 110.
- 3 HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 Van Haaren/Cehave.
- 4 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.

- 5 SER-advies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet, publ. nr. 2005/06.
- 6 A.P. Deelee, E.L.W. de Jongen en S. Visser, *Employment Protection Legislation*, The Hague, November 2006. CPB-document 2006.
- 7 I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, Kluwer Deventer 2009.
- 8 Zie de literatuur genoemd bij hoofdstuk 7 van mijn afscheidscollege *Dienend sociaal recht*.
- 9 Cf. Sen, *The Idea of Justice*, p. 125.

3. De invulling van de rechtvaardigheid in de 20ste eeuw

3.1 INLEIDING

In het sociaal recht geschiedt de onderkenning, erkenning en afweging van belangen van werkgever en werknemer in veel gevallen door de wetgever of door cao-partijen. In de regeling van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar is de idee van de rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst gesteld. Wat op een bepaald moment rechtvaardig werd gevonden, is neergeslagen in wetten, in cao's en in rechterlijke uitspraken. Samen maken die de regeling van de arbeidsovereenkomst en geven antwoord op de vraag: wat zijn de rechten van de arbeidsovereenkomst, wat zijn de plichten? Het stramien van wetten en cao's laat meer of minder ruimte voor individuele oplossingen: de norm is meer of minder vaag. In individuele gevallen wordt de oplossing voor belangentegenstellingen gevonden door de onderhandelingen van individuele partijen en in beslissingen van de rechter.

Onderzoek van de inhoud van regels van wet, cao en jurisprudentie is daarom de aangewezen weg om na te gaan welke belangen in de loop van de 20ste eeuw onderkend werden en binnen de arbeidsrelatie erkenning vonden en hoe zij werden afgewogen tegen de belangen van de wederpartij. De uitkomst van dit onderzoek zal laten zien welke criteria gelden bij de beslissing onderkende belangen juist *binnen de arbeidsrelatie* te erkennen. Ook het antwoord op de vraag op welke wijze de belangenafweging plaatsvindt krijgt daardoor contouren. In dit hoofdstuk zal het sociaal recht van de 20ste eeuw in verband met het beantwoorden van deze vragen worden besproken.

De bespreking start in 1907, het jaar waarin de Wet op de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek tot stand komt. Dat moment markeert wat de regeling van de arbeidsovereenkomst betreft het afscheid van het economisch en politiek liberalisme dat in de 19de eeuw gezichtsbepalend was. Dat liberalisme vindt zijn kernachtigste uitdrukking in de opvatting dat wanneer iedere burger handelt in welbegrepen eigenbelang, daardoor het maatschappelijk en economisch optimum bereikt wordt. De samenleving bestaat, daar ging die visie impliciet van uit, uit vrije en onafhankelijke burgers, die hun eigenbelang wél begrepen, en over de middelen – de intellectuele, de karakterologische – beschikten om het eigenbelang na te streven.

Het liberalisme ging uit van de individuele mens. De Franse Revolutie had een einde gemaakt aan de standenmaatschappij, en aan de gilden die de individuele vrijheid beknotten. De afkeer van die organisatiedwang was zo groot dat in een wettelijke regel het organiseren om gezamenlijk op te treden om arbeidsvoorwaarden af te spreken – zowel aan werkgevers- als aan werknemerskant – verboden werd. Dit Coalitieverbod was zelfs van een strafsancie voorzien.

De economische structuur veranderde in de loop van de 19de eeuw, de bedrijfsvoering werd zakelijker, en de belangen tegenstelling tussen arbeider en werkgever werd steeds manifester. Het economisch liberalisme beheerste de gang van zaken in de fabrieken en werkplaatsen. Daar werd de productie georganiseerd met zo min mogelijk kosten en een zo hoog mogelijke opbrengst. Toen, net als nu, was arbeid een belangrijke kostenfactor. De ondernemer voerde onderhandelingen met de vrije, zelfbeschikkende burger met het doel zijn loonkosten zo laag mogelijk te houden. Daartoe dwong hem de concurrentie. De arbeider op zijn beurt moest in ieder geval zijn arbeidskracht van vandaag verkopen. Daartoe dwong hem de honger, en die van zijn vrouw en kinderen.

Concurrentie was de sturende kracht: ieder joeg zijn

eigen belang na. Dat deden de ondernemers, en die moesten dat wel doen, anders gingen zij te gronde. Dat deden ook de arbeiders, die met elkaar concurreerden om een plaats op de arbeidsmarkt en in de onderneming. Die concurrentie tussen werknemers was bij het eenvoudige werk (zeker in vergelijking met de kennis en vaardigheden die in de werkplaatsen van de oude handwerkslieden, in de ateliers van meester en gezellen nodig was) een prijsconcurrentie. Een en ander leidde tot lonen die onrechtvaardig laag werden geacht en tot onmenselijk lange arbeidstijden.

Waardoor gaf de markt onrechtvaardige uitkomsten? In de eerste plaats doordat rechtvaardige arbeidsverhoudingen als doel geen aanwijsbare plaats had in de besluitvormingsprocessen. In de tweede plaats doordat de onderhandelingen plaatsvonden op een markt die gekenmerkt werd door ongelijkwaardigheid van partijen. De discussie waarin de onderhandelingen werden gevoerd, was daardoor niet open. Ongelijkwaardigheid bestond ten eerste in een verschil in opleidingsniveau en ontwikkeling tussen werkgever en arbeider. Ongelijkwaardigheid vloeide ook voort uit de economische betekenis die de arbeid voor de individuele arbeider heeft enerzijds, en voor de ondernemer/werkgever anderzijds. Voor de arbeider betekende geen arbeid: geen eten voor zichzelf, voor vrouw en kinderen. Geen arbeid betekende voor de arbeider: het verdienpotentieel van vandaag is verloren. De arbeid van vandaag moet vandaag verkocht worden. Je kunt niet arbeidskracht opslaan en wachten tot zich een gunstiger prijs voordoet. We kennen de marktkoopman die aan het eind van de dag zijn kersen in prijs verlaagt: hij neemt liever genoeg met een lage prijs dan dat hij, omdat de kersen onverkocht blijven en morgen verrot zijn, van inkomen verstoken is. Zo is het ook met de arbeider. Hij kan de arbeidskracht van vandaag niet opslaan tot morgen. Aan de andere kant ligt dat anders. Voor de werkgever betekende 'deze arbeider niet': dan mogelijk 'tien andere'. Het resultaat was onmenselijk lange arbeidsdagen, voor uiterst schrale lonen.¹

Daarbij komt dat de fundamentele zwakte van de ene partij niet gecorrigeerd werd door collectief optreden. Afspraken die de concurrentie op het terrein van arbeidsvoorwaarden zouden beperken, waren immers verboden in het Coalitieverbod. Pas na de afschaffing van dit verbod, in 1872, kon openlijk gezamenlijk worden opgetreden en kon de discussie over de rechten en plichten opener worden gevoerd.

Wat gaat dit verhaal van honderdvijftig jaar geleden ons vandaag nog aan? Over die tijden denken heeft de charme van Dickens lezen, van de musical *Les Misérables* zien. Het geeft de gelukzalige *frisson* van hen die binnen zitten, terwijl buiten de regen tegen de ramen gutst. Maar het verhaal is hier verteld omdat het een verklaring is van de keuzen die de wetgever maakte toen hij het onrecht wilde keren.

Is het verhaal nog actueel? Nee, kun je volmondig antwoorden. De arbeider is werknemer geworden. Hij is door opleiding en sociale bescherming, en ook door het optreden van vakorganisaties, werkelijk een vrije, geëmancipeerde, maatschappelijk onafhankelijke burger geworden. De werknemer wordt door wettelijke regels beschermd tegen precies die misstanden die bij het gloren van de 20ste eeuw aanwezig waren. De maatschappij rond de arbeid is fundamenteel veranderd.

Maar bij deze constatering passen toch een paar kritische opmerkingen. Wat onveranderd is, is de tucht van de markt. Onveranderd is dat kostenminimalisatie voor een onderneming de weg is naar overleven en naar winst maken. En de aard van de waar die de werknemer kan aanbieden is onveranderd gebleven: nog steeds kan hij wat hij vandaag aanbiedt niet bewaren voor later. Anders is, inderdaad, het opleidingsniveau van de werknemer. Anders is de wettelijke bescherming, die onvergelijkelijk is toegenomen. Het collectief vaststellen van arbeidsvoorwaarden, waardoor de loonconcurrentie en de concurrentie op de arbeidsmarkt is ingeperkt, is eveneens een veranderde factor.

Scheiden deze factoren ons afdoende van de onrechtvaardigheid van honderdvijftig jaar geleden? Hoe zeker kunnen we zijn van een rechtvaardige uitkomst? Het vertrouwen op een rechtvaardige uitkomst steunt op drie pilaren.

De eerste pilaar waarop het vertrouwen op een rechtvaardige uitkomst in de huidige maatschappij steunt, is de opleiding en status, de mate van emancipatie van de partij en bij de arbeidsovereenkomst. Ik geloof niet dat ik met cijfers hoef aan te tonen dat het opleidingspeil van werknemers sterk verhoogd is, en dat in allerlei opzichten sprake is van een maatschappelijke en intellectuele ontwikkeling die een grotere gelijkheid tussen de twee kanten bij het arbeidsproces met zich brengt. Intussen moeten we ons wel blijven afvragen of opleiding en scholing over de gehele bevolking, over alle bevolkingsgroepen, bij beide seksen, voldoende gespreid is. En voorts of bij het gebruik maken van arbeidskrachten uit andere landen mogelijk sprake is van een grotere intellectuele onbalans tussen hen die het werk geven en hen die het werk nemen.

De tweede pilaar die het vertrouwen op rechtvaardigheid ondersteunt, heeft als inscriptie 'eendracht maakt macht'. Het beperken van concurrentie op de arbeidsmarkt door collectief arbeidsvoorwaarden af te spreken en het effect van die afspraken op individuele arbeidsovereenkomsten wettelijk te regelen, compenseert de onevenwichtigheid die het gevolg is van het als eenling optreden, en daardoor geen vuist kunnen maken: voor jou immers tien anderen. Is de collectiviteit, is de solidariteit, nog wat zij was? Deze pilaar is nogal dun, en vertoont scheuren. Werknemers sluiten zich in steeds mindere mate aan bij een vakbond. Niet alleen in Nederland, maar in de hele wereld. De *power* achter de onderhandelingen die de vakbonden nog steeds voeren, dreigt daardoor uitgehold te raken.

De derde pilaar is het corpus van regelingen dat een basis geeft van rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst. Dat corpus bevat niet alleen expliciete regels die uit-

drukken welke belangen de wetgever of de sociale partners (bij een cao) op een bepaald moment erkenden en lieten prevaleren. Dat corpus bevat ook zogenaamde vage begrippen, zoals goed werkgever, goed werknemer, kennelijk onredelijk ontslag. Door het toepassen van die vage begrippen wordt het weefsel van de rechtvaardigheid steeds vernieuwd en aangevuld.

Rechtvaardigheid is een containerbegrip. Het omvat al datgene dat, al dan niet specifiek afgesproken of vastgelegd, behoort tot de verplichtingen van burgers tegenover elkaar, of van de overheid tegenover burgers en vice versa. De invulling van het begrip rechtvaardigheid ontwikkelt zich in de tijd, naar gelang de maatschappelijke omstandigheden. De verhoudingen in een bepaalde sector kunnen een specifieke invulling van rechtvaardigheid vergen. De feitelijke situatie en ontwikkeling in het sociaal recht laat dat zien. In dit hoofdstuk onderzoek ik met name de derde pilaar: wat de inhoud van de rechtvaardigheid in de vorige eeuw was, en hoe die zich heeft ontwikkeld. Daarmee schets ik de veranderingelijkheid van de inhoud van rechtvaardigheid bij de arbeidsovereenkomst, en de invloeden die daarop vanuit de maatschappij uitgeoefend worden.

Ik kies drie perioden om na te gaan hoe de inhoud van de rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie zich heeft ontwikkeld. De eerste is 1907-1940. In 1907 is als gezegd de uitvoerige wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek neergelegd. De tweede periode is 1945-1999. Het is te verwachten dat vanaf 1945, het einde van de Tweede Wereldoorlog, nieuwe opvattingen over rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie een rol gaan spelen. En ten slotte geeft de laatste eeuwwisseling (ik kies de periode vanaf 1999) aanleiding de vraag te stellen of in de arbeidsrelatie een verschuiving in de opvattingen over wat rechtvaardig is, valt waar te nemen. In deze laatste periode zien we bijvoorbeeld het doorbreken van de informatierevolutie. Ook de Europeanisering en mondialisering druk-

ken hun stempel. Bij dit onderdeel bespreek ik ook herzieningen van de sociale zekerheidswetgeving. Wat periodisering betreft klopt dit niet helemaal. De betreffende ombuigingen van de sociale zekerheid begonnen, onder druk van de toegenomen kosten van met name de arbeidsongeschiktheidsverzekering, al in de jaren negentig van de 20ste eeuw.

Ik ga de ontwikkeling van de inhoud van het begrip rechtvaardigheid na aan de hand van wetgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten en jurisprudentie. In de wetgeving wordt neergelegd wat op een bepaald moment door de wetgever als rechtvaardig, als behoorlijk in de relatie tussen werkgever en werknemer, op een bepaald punt, wordt aangemerkt. In collectieve arbeidsovereenkomsten wordt dat wat werkgevers en werknemers in een bepaalde sector of bedrijfstak rechtvaardig en behoorlijk vinden, als verplichtingen over en weer vastgelegd. De jurisprudentie over de zogenaamde ‘vage begrippen’ (goed werkgever en goed werknemer, redelijk bevel, kennelijk onredelijk ontslag) weerspiegelt het oordeel van de rechter over hoe de rechtvaardigheid in deze relatie, op dit moment, ingevuld moet worden op punten die de wetgever of cao-partijen open hebben gelaten.

3.2 1907-1940

In 1907 kwam de Wet op de arbeidsovereenkomst tot stand. Dat jaar markeert het afscheid van de 19de eeuw, die wat betreft de arbeidsverhoudingen gekenmerkt wordt door de opvatting dat de regulering daarvan een zaak was van individuele burgers. De arbeidsverhouding onderscheidde zich in de ogen van de 19de-eeuwse beleidsmakers en wetgevers niet van andere contracten waarin burgers hun onderlinge relatie regelen. De 19de eeuw had echter ook het maatschappelijk falen van dat uitgangspunt getoond. Het armoedeprobleem, het probleem van de kinderarbeid, de uitbuiting en de omstandigheid dat de concurrentie

dwong tot kostenbesparing, ook over de ruggen van de arbeiders en de arbeidende klasse heen, toonde de noodzaak van een andere wijze van reguleren dan via het individuele contract. Het uitgangspunt dat de individuele regeling, in vrijheid tot stand gebracht, een optimaal resultaat zou te weeg brengen, werd in 1907 verlaten. De wetgever meende de machtsongelijkheid tussen werkgever en individuele werknemer te moeten corrigeren door het tot stand brengen van een wettelijke regeling. Deze kentering in de opvattingen had zich in het laatste kwart van de 19de eeuw doorgezet.²

3.2.1 *Wetgeving*

1907 is het jaar waarin een uitvoerige, wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst tot stand kwam. Daarmee nam de wetgever ook wanneer het ging om het reguleren van de relatie tussen burgers onderling, op het gebied van het privaatrecht dus, afscheid van het uitgangspunt dat de wetgever zich had te onthouden van ingrijpen in arbeidsverhoudingen. Al eerder was dat gebeurd op het gebied van het publiekrecht. Vanaf het laatste kwart van de 19de eeuw ontstonden wetten die voor bepaalde groepen beperkingen stelden aan de arbeidstijd. De regeling van 1907 was algemeen, dat wil zeggen, gold voor alle arbeidrelaties die voldeden aan de definitie ‘arbeid tegen loon in ondergeschiktheid’. De regeling kent specifieke kenmerken. Het gaat vaak om dwingend recht, regels waarvan afwijking in een individueel contract niet mogelijk is (bijvoorbeeld de voorschriften over de toegestane en verboden loonvormen). Een ander kenmerk is dat de wetgever reageert op concrete, op dat moment bestaande misstanden. De misstanden waar de wetgever zich tegen keerde hadden bijvoorbeeld betrekking op de wijze van loon betalen (verbod van het truckstelsel, dat is uitbetaling in goederen van de fabriek, verbod van gedwongen winkelnering, voorschrift van tijdige betaling). Ten slotte valt op de tamelijk grote vrijheid van de

rechter om de rechten en plichten van partijen nader in te vullen. Dat gebeurt door vage omschrijvingen als ‘goed werkgever – goed werknemer’, ‘redelijk bevel’.

De wetgever heeft voorts de bescherming van de werknemers willen bevorderen door het optreden van collectiviteiten te voorzien van een wettelijke regeling. Die wetgeving, tot stand gekomen in 1927 en 1937, signaleerde het vertrouwen dat de wetgever had in de beschermende kracht van collectief optreden.

Een derde terrein waarop de wetgever zijn zorg voor de arbeidende mens demonstreerde was het terrein van veiligheid, arbeidsomstandigheden en arbeidstijd. De regulering van de veiligheid was gericht op bescherming van het belang van lichamelijke integriteit. De regulering van de arbeidstijd betekende dat de wetgever de arbeider als mens gerespecteerd wilde zien. Als mens met een leven ook buiten de onderneming. De beperking van de arbeidsduur die door de Arbeidswet 1919 werd voorgeschreven beoogde niet alleen te beschermen tegen een arbeidsduur die de gezondheid van de arbeiders zou ondermijnen. De wetgever beoogde de arbeidstijd zo te beperken dat de arbeider de gelegenheid zou hebben deel te nemen aan het maatschappelijk leven. Voorstellen dienaangaande waren vanaf het begin van de 20ste eeuw in het parlement in discussie. Aan de handelingen Tweede Kamer 1908/9³ ontleen ik het volgende citaat: ‘Ik wensch, Mijnheer de Voorzitter, de beperking van den arbeidsduur te verdedigen in het belang van de gezondheid, zedelijkheid, het familieleven en de beschaving in het algemeen (...) Er liggen in ons volk nog schatten van energie, schatten ook van liefde voor de kunst, kennis en ontwikkeling, wanneer men slechts den arbeider tijd geeft zich daaraan te wijden.’

Het vierde complex wetgeving dat in de hier beschreven periode tot stand kwam, was de sociale zekerheidswetgeving. Het betreft hier de Ziektewet en de Ongevallen- en Invaliditeitswet. De verzekering in geval van werkloosheid werd pas later wettelijk geregeld. Maar ook met dit onder-

werp hield de overheid zich in het interbellum al intensief bezig. De regeling en uitvoering van de werkloosheidsverzekering waren aan de vakbonden overgelaten. Maar die werden door de overheid gesubsidieerd. Door de voorwaarden die de overheid aan de subsidieverlening verbond werd op de inhoud van de regelingen invloed uitgeoefend. Door de sociale verzekeringen werden de zieken, de door een ongeval getroffen, de werklozen, geholpen in hun levensonderhoud te voorzien en beschermd tegen ondergraving van hun bestaanszekerheid. Maar ook werd daarvoor de collectiviteit van werknemers beschermd tegen concurrentie door werklozen en arbeidsongeschikten, die zonder vervangend inkomen om in hun levensonderhoud te voorzien zouden instemmen met minimale arbeidsvoorwaarden.

3.2.2 *Ontwikkeling vage normen*

De algemene verplichting zich als goed werkgever en goed werknemer te gedragen leidde in de hier beschreven periode slechts incidenteel tot rechtspraak. Daarbij was vooral de vraag aan de orde of de werkgever verplicht was de werknemer feitelijk te werk te stellen. In de literatuur werd de vraag of er recht op tewerkstelling bestond (waarover de jurisprudentie wisselend was) beantwoord door te wijzen op de verplichting van de werkgever het loon door te betalen wanneer door een voor zijn risico komende oorzaak (denk aan afbranden van de fabriek) niet gewerkt kon worden. Hieruit volgt, aldus Molenaar, dat de werkgever geen arbeid hoeft te verschaffen, als hij maar loon betaalt.⁴

3.2.3 *Cao's*

In de periode van 1907 tot de Eerste Wereldoorlog vraagt de ontwikkeling van de vakorganisatie aandacht. De vakbonden kenden groei en successen, landelijke bonden kwamen naar voren.⁵ Dat schiep mede de voorwaarde voor het

tot stand komen van collectieve arbeidsovereenkomsten. In 1927 werd een wettelijke regeling in het leven geroepen, de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, die het rechtsgevolg van de cao voor de onderliggende individuele arbeidscontracten regelde, gevolgd door de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten van 1937, die de mogelijkheid in het leven riep dat cao-bepalingen effect zouden hebben voor alle daarvoor in aanmerking komende arbeidsrelaties in de betreffende sector.

De eerste collectieve arbeidsovereenkomsten kwamen vanaf 1894 tot stand.⁶ De cao's bevatten bepalingen vooral betreffende arbeidstijd, met name de maximum arbeidsduur per dag, en loon.⁷ Daarnaast vonden ook andere onderwerpen regeling. Veel van de sociale verworvenheden die thans wettelijk geregeld zijn, vinden hun oorsprong in de cao.⁸ Voorbeelden zijn: vakantie en vakantietoeslag, minimumloon en de regeling van de opzegtermijn, en ook het beginsel dat een ontslag redelijk moet zijn. Deze onderwerpen hebben allemaal vóór de Tweede Wereldoorlog regeling in collectieve arbeidsovereenkomsten gevonden.

3.2.4 *Samenvatting 1907-1940*

De periode 1907-1940 wordt gekenmerkt door zorg voor de arbeider. Zorg voor zijn bestaanszekerheid. Die mocht niet worden ondergraven door onaanvaardbare praktijken van werkgevers, door arbeidsongeschiktheid of werkloosheid, door onredelijk en onverhoeds ontslag. De bescherming werd gerealiseerd door enerzijds het collectief optreden van werknemers te stimuleren en te versterken. Vakbonden gebruikten hun *power* door inkomenszekerheid en andere sociale verworvenheden af te dwingen: redelijk ontslag, vakantie. De wetgever beoogde de arbeider anderzijds te beschermen door concreet en dwingend in te grijpen. Begrip voor de diversiteit van het economisch leven, en voor de veranderlijkheid van de eisen daarvan inspireerde

ertoe aan de rechter de invulling van redelijkheid en billijkheid over te laten.

3.3 1945-1999

De naoorlogse periode staat aanvankelijk in het teken van het herstel van de economie en de arbeidsverhoudingen. In de sociale wetgeving wordt het ideaal van ‘freedom from fear – freedom from want’⁹ nagestreefd door sociale zekerheidswetten tot stand te brengen die alle ingezetenen omvatten (volksverzekeringen). Voorts door de bescherming van de bestaanszekerheid van werknemers steeds meer uit te bouwen. Het laatste kwart van de 20ste eeuw laat echter zien dat zekerheid voor de werknemers ervaren wordt als knellend keurslijf voor de werkgever, met name op het terrein van het ontslagrecht. Voorts leidt de economische ontwikkeling tot versobering en stelselherziening van de sociale verzekeringswetten. De invloed van de E(E)G, ten slotte, neemt toe en blijkt fundamentele herziening van het sociale recht nodig te maken. Door de invloed van de internationale regelingen, vooral de Europese, wordt het in Nederland traditionele kostwinnersmodel juridisch onhoudbaar. Het kostwinnersmodel bleek de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te fnuiken.

3.3.1 *Wetgeving*

De eerste sociaalrechtelijke wetgeving in de naoorlogse periode was tijdens de laatste oorlogsjaren, in contact tussen het verzet en de Londense regering, voorbereid. Het betreft het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) waarmee gepoogd werd de dreigende chaos in het bevrijde Nederland wat de arbeidsverhoudingen betreft te voorkomen. Het Besluit bevatte regels met betrekking tot overheidsbeheersing van arbeidsvoorwaarden, regels met betrekking tot wederindienstneming van arbeiders die ten gevolge van oorlogsomstandigheden buiten hun schuld

hun baan waren kwijtgeraakt, en het voorschrift dat voor opzegging (toen: zowel door werkgever als door werknemer) van de arbeidsovereenkomst toestemming van een overheidsorgaan nodig was. Het Besluit was duidelijk bedoeld om de arbeidsverhoudingen te ordenen en te stabiliseren, ten behoeve van de wederopbouw van de Nederlandse economie. In dat licht moeten we bijvoorbeeld het voorschrift zien dat ook de werknemer toestemming voor ontslag nodig had. De wetgever creëerde zo een middel waardoor de bedrijven zich konden verweren tegen een uittocht van werknemers naar bedrijfstakken die mogelijk meer betaalden, maar voor de wederopbouw minder cruciaal waren. Art. 4 BBA, dat de herplaatsing in hun dienstbetrekking voorschrijft van Nederlandse werknemers wier arbeidsverhouding onvrijwillig ten gevolge van de oorlogsomstandigheden was geëindigd, en art. 5 BBA, dat herstel van de arbeidsverhouding van de werknemer wiens arbeidsverhouding was geëindigd na de bevrijding van Nederland door oproeping in werkelijke dienst of dienstneming als oorlogsvrijwilliger voorschrijft, hadden duidelijk de strekking de werknemers te beschermen tegen een bepaalde vorm van werkverlies.

Het BBA is nog steeds geldend recht. Wel zijn er in de loop der tijden wijzigingen in aangebracht. Het accent ligt nu op het voorkomen van onredelijk ontslag en op het beschermen van werknemers, speciaal degenen wier positie op de arbeidsmarkt zwak wordt geacht.

De wetgever zou in de periode 1945-1999 de werknemer steeds meer beschermen tegen ontslag. Allerlei voorschriften werden in het BW opgenomen of vervolmaakt, terwijl het BBA bleef voortbestaan. Tegen dat 'dubbele ontslagrecht' is vrijwel steeds bezwaar geweest. Maar de vraag welke verworvenheden te behouden, en hoe die te reguleren, heeft de gemoederen zo verdeeld gehouden dat tot op de dag van vandaag geen oplossing voor dit probleem is gevonden.

Een zeer belangrijke uitbreiding van het ontslagrecht kwam in 1953 tot stand. Het betrof de wettelijke regeling van schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, de verlenging van de opzegtermijn wegens de duur van de dienstbetrekking en de introductie van de ontslagverboden: de aanwijzing van situaties waarin opzegging verboden is.

Het belang van de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag is zeer toegenomen door het arrest Lampe/De Vries uit 1962.¹⁰ In die uitspraak besliste de Hoge Raad dat een opzegging kennelijk onredelijk is – en dus aanspraak op schadevergoeding oplevert – wanneer weliswaar de reden van opzegging te billijken is, maar wanneer er onvoldoende, bijvoorbeeld door het aanbieden van een schadevergoeding, rekening is gehouden met de gevolgen van het ontslag voor deze specifieke werknemer. De rechtspraak waarin een ontslag kennelijk onredelijk werd verklaard omdat de werkgever onvoldoende had gedaan om de gevolgen van de opzegging te verzachten, bijvoorbeeld door het treffen van een afvloeiingsregeling, is sedertdien aanzienlijk toegenomen.¹¹

De in 1953 door de wetgever geregelde verlenging van de opzegtermijn wegens de duur van de dienstbetrekking kreeg legislatief vervolg met extra verlenging voor werknemers die op het moment van opzegging 45 jaar of ouder zijn, en een minimumtermijn voor werknemers van vijftig jaar en ouder die tenminste een jaar in dienst zijn geweest. De opzegtermijn die werknemers in acht hadden te nemen werd ook verlengd naar de mate dat het dienstverband langer had geduurd, maar de verlenging was de helft van die van de werkgever. De opzegverboden, geïntroduceerd in 1953 in het Burgerlijk Wetboek, voor ziekte en militaire dienst, hebben gestaag uitbreiding ondervonden. In een toenemend aantal situaties acht de wetgever opzegging ongeoorloofd: zwangerschap, de periode na de bevalling, lidmaatschap van de ondernemingsraad of plaatsing op de kandidatenlijst, maar ook discriminatie, enzovoort.

Het keurslijf van het ontslagrecht snoerde met name de opzegging door de werkgever in. De toenemende strakheid waarmee het ontslagrecht geregeld was, met name de regels van toepassing op door de werkgever gegeven opzegging, leidde tot het zoeken naar ontsnappingsroutes. Men zocht naar wegen om de opzegging te vermijden. Die werden gevonden door van allerlei vormen van flexibele arbeid gebruik te maken, bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze eindigen immers van rechtswege wanneer de tijd waarvoor zij zijn aangegaan verstreken is. Het gebruik van deze rechtsfiguur om het ontslagrecht te omzeilen was voorzien door de wetgever van 1953. Die schreef om die reden opzegging voor wanneer het ging om een *voortgezette* overeenkomst voor bepaalde tijd. De praktijk bedacht de draaideurconstructie: overeenkomsten voor bepaalde tijd werden afgewisseld met perioden waarin de werknemer via tussenkomst van een uitzendbureau in de onderneming werkte. De Hoge Raad legde het gebruik van de draaideurconstructie aan banden in het Campina-arrest. De Hoge Raad oordeelde dat een redelijke wettoepassing meebrengt dat de constructie niet mag leiden tot het ontnemen van de door de wet gewaarborgde ontslagbescherming.¹²

Ook op andere terreinen van het arbeidsovereenkomstenrecht kwam in de beschreven periode wetgeving tot stand. Opvallend is dat het in veel gevallen ging om wetgeving die reeds in collectieve arbeidsovereenkomsten neergelegde regels vervolgens voor alle werknemers regelde. Dat was bijvoorbeeld het geval met de vakantiewetgeving en met de regeling van het minimumloon.

Vanaf 1975 dringt regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling in de Nederlandse wetgeving door. De aanleiding daarvoor, en ook de noodzaak, moet gezocht worden in Europese regelgeving. Een Richtlijn Gelijk Loon voor Mannen en Vrouwen volgde op een al in het E(E)G-verdrag in 1957 neergelegd voorschrift van gelijke beloning van mannen en vrouwen (toen art. 119). De Europese gelijke

behandelingswetgeving zou zich gestaag uitbreiden, het Nederlandse recht implementeerde de voorschriften en principes. Dat betekende een koersverandering, niet alleen in Nederland maar ook in andere West-Europese landen. Waar traditioneel de bescherming van werknemers werd gerealiseerd door specifieke groepen bijzondere bescherming te geven, werd thans gelijke behandeling de regel, behoudens nauwkeurig omschreven uitzonderingen. Het verbod van nachtarbeid voor vrouwen bijvoorbeeld werd in strijd geacht met de Europees-rechtelijke voorschriften en dus afgeschaft. Hetzelfde gebeurde met kostwinnersvergoedingen.

De gelijke behandelingswetgeving in Nederland is gestaag uitgebreid. De Algemene wet gelijke behandeling van 1994 verbiedt onderscheid op de grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. In de 21ste eeuw zou nog een verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte en een Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid worden toegevoegd.

Het onderwerp medezeggenschap is vanaf 1950 wettelijk geregeld in de Wet op de ondernemingsraden. De betreffende wetgeving is sedertdien regelmatig fundamenteel gewijzigd. De wettelijke regeling kan beschouwd worden als uitvoering van het Grondwetsvoorschrift van art. 19 tweede lid, dat de wetgever verplicht regels tot stand te brengen met betrekking tot de positie van werkenden, en met betrekking tot medezeggenschap. Medezeggenschap is een eis van democratie: het gaat om het recht invloed te hebben op beslissingen waardoor men getroffen wordt. De Wet op de ondernemingsraden schept condities voor een open discussie over beleid en regelgeving binnen de onderneming. Bovendien draagt medezeggenschap bij aan het beter functioneren van de onderneming.

De sociale zekerheidswetgeving breidde zich in deze periode uit. De werknemersverzekeringen Werkloosheids-

wet en Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) zagen het licht. De wens bestaanszekerheid voor de bevolking te garanderen leidde voorts tot een aantal volksverzekeringen (Algemene Ouderdomswet, de Algemene Weduwen en Wezenwet, de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten) die van toepassing waren op alle ingezetenen. Deze volksverzekeringen fungeerden als een bodem van bestaanszekerheid. Als vangnet van bestaanszekerheid fungeerde de Algemene Bijstandswet, die voor alle Nederlanders hier te lande bescherming tegen behoeftigheid bood.

De sociale zekerheidswetten richtten zich aanvankelijk uitsluitend op inkomensbescherming. Andere doelstellingen werden daar in de loop van de tijd aan toegevoegd. In de WAO, in 1967, was een bepaling opgenomen die verstrekkingen regelde die zouden leiden tot inschakeling in het arbeidsproces of verbetering van de levensomstandigheden (art. 60). Met de WAO werd dus ook ontplooiing als doelstelling in een werknemersverzekering gelegd. De gedachte dat wie door arbeidsongeschiktheid of weduwschap was getroffen weer in het arbeidsleven moest integreren, werd in de jaren negentig nadrukkelijk onderdeel van wetgeving.

Doordat het beginsel van gelijke behandeling, voorgeschreven door de E(E)G Richtlijnen en VN-verdragen,¹³ in de Nederlandse wetgeving een plaats moest krijgen, ondergingen ook de sociale zekerheidswetten een grondige stelselwijziging. De wetgeving die het tot dan toe gangbare maatschappelijke model accommodeerde, moest aangepast worden. Waar de sociale zekerheid was afgestemd op het in Nederland gebruikelijke gezinsmodel van man als kostwinner, vrouw als verzorgster van gezin en kinderen en eventueel medeverdiener, eiste het Europese en internationale recht individualisering van de sociale zekerheidsregelingen.

3.3.2 *Ontwikkeling vage normen*

Zag de rechter kans de veranderende maatschappelijke inzichten te laten reflecteren in de uitleg van vage normen? Een belangrijke mijlpaal op dit terrein was de uitleg in de jurisprudentie van kennelijk onredelijk ontslag in 1961, hierboven al genoemd. De bescherming van werknemers tegen ontbreken van inkomen en bestaansonzekerheid, juist die werknemers die daar door leeftijd of andere omstandigheden het meest behoefte aan hebben, zien we in de beschreven periode ook bij de uitleg van een andere bepaling van het Burgerlijk Wetboek. In het arrest Van Haaren/Cehave uit 1985¹⁴ gaf de Hoge Raad een nieuwe invulling van het begrip 'goed werkgever'. Het ging in dit geval om een werknemer, Van Haaren, die voor zijn eigen werk blijvend arbeidsongeschikt was geworden. Van Haaren was oorspronkelijk afzakker/palleteerder. Afzakker wil zeggen: het bedienen van de automatische afzakmachine. Palletteren wil zeggen het verslepen van zakken, in casu kunstmest. Van Haaren bood de werkgever aan het deel van het oorspronkelijke werk dat hij nog wel kon doen, namelijk het bedienen van de automatische afzakmachine, te verrichten, dan wel andere passende arbeid te verrichten. De Hoge Raad formuleerde de regel dat indien een arbeider blijvend ongeschikt is de bedongen arbeid te verrichten en hij aanbiedt andere passende arbeid te verrichten, de werkgever op grond van de bepaling dat hij zich als goed werkgever heeft te gedragen, verplicht is de werknemer daartoe in staat te stellen, tenzij dat redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

Ook buiten het terrein van de arbeidsongeschiktheid kwam jurisprudentie met betrekking tot goed werkgeverschap tot stand. Deze ontwikkeling kan worden toegeschreven aan een drietal oorzaken. In de eerste plaats was de wetgever in de jaren tachtig weinig actief op het gebied van het arbeidsrecht. Het accent van de arbeidsrechtelijke rechtsvorming verschoof daardoor naar de rechter. De

tweede reden is de maatschappelijke tendens dat burgers voor de oplossing van geschillen meer en meer een beroep doen op de rechter. Ten derde namen de kwantiteit en kwaliteit van de rechtshulp in arbeidszaken toe.¹⁵ Het goed werkgeverschap bleek een vehikel om tal van verfijningen in de verplichtingen van de werkgever aan te brengen.

De invulling van de verplichtingen van de goede werknemer sluimerde als Doornroosje tot 1998.¹⁶ De uitspraak die de schone slaapster wakker kuste, namelijk het arrest van de Hoge Raad in de zaak-Van der Lely/Taxi Hofman¹⁷ reken ik, omdat de volle impact van deze uitspraak na 2000 duidelijk werd, tot de periode 1999-nu; in paragraaf 3.4.2 volgt een bespreking van deze uitspraak.

3.3.3 *Cao's*¹⁸

In de naoorlogse periode werd aanvankelijk ten dienste van de wederopbouw met betrekking tot de ontwikkeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden beheersing aan de dag gelegd. Pas de jaren zestig en zeventig van de 20ste eeuw laten stevige loonstijgingen en een positieve ontwikkeling van de koopkracht zien. De daaropvolgende periode van economische verslechtering leidde tot de introductie in collectieve arbeidsovereenkomsten van onderwerpen als werktijdverkorting, Vrijwillige Uittredingsregelingen (VUT), extra ouderendagen en scholings- en werkervaringsplaatsen voor jongeren. Aanvullingen op wettelijke sociale zekerheid waren een vast item in collectieve arbeidsovereenkomsten. Ook in die sfeer liggen afvloeiingsregelingen. In cao's, of in een apart met vakbonden overeengekomen 'sociaal plan', werden in toenemende mate afvloeiingsregelingen getroffen.¹⁹ Ook kinderopvang was een item dat in de cao's werd gevonden. Eind jaren tachtig was de 36-urige werkweek algemeen, met flexibele arbeidstijden. De looneisen in de onderhandelingen waren toen weer laag. De vakbonden leverden zo een bijdrage aan behoud en verbetering van de Nederlandse concurrentie-

positie en daardoor tot vergroting van de werkgelegenheid. Het onderwerp flexibele beloning werd in collectieve arbeidsovereenkomsten geïntroduceerd.

3.3.4 *Samenvatting 1945-1999*

Deze periode laat een ongekeerde groei, kwalitatief en kwantitatief, zien van het sociale recht. De wetgever richtte zich in de naoorlogse periode op compensatie van de sociaal-economische machtsongelijkheid van werkgever en werknemer. Hij deed dat door de bestaanszekerheid van werknemers te beschermen in regelingen die de werkgever zwaardere verplichtingen oplegden dan de werknemer. Wetgeving, zowel arbeidsrechtelijk als sociaalzekerheidsrechtelijk, voorzag in bescherming van de bestaanszekerheid van de werknemers en beoogde ontplooiing en emancipatie van werknemers te bevorderen. De Europese Gemeenschap ontwikkelt zich gaandeweg tot een legislatieve factor van belang, met name doordat ten gevolge van de gelijkebehandelingsregels wetgeving en praktijken die het traditionele gezinsmodel accommodeerden, onhoudbaar bleken.

3.4 VANAF 1999

De wetgeving op het terrein van het sociaal recht vanaf 1999 (wat het sociale zekerheidsrecht betreft als gezegd al in het decennium hiervóór) zocht een antwoord te geven op verschillende maatschappelijke en economische ontwikkelingen. Het eerste decennium van de 21ste eeuw laat een toegenomen behoefte van werkgevers aan flexibiliteit zien. Oorzaak daarvan lijkt de door Europeanisering en mondialisering toegenomen concurrentie, en de toegenomen snelheid van het verkeer. Een andere voor het sociaal recht zeer relevante omstandigheid is de andere samenstelling van de arbeidsmarkt en de beroepsbevolking. In de eerste plaats als gevolg van de immigratie, in de tweede plaats

als gevolg van de toegenomen arbeidsdeelname van vrouwen en van de wijze waarop zij deelnemen. In de derde plaats als gevolg van het veranderde opleidingsniveau van de participanten op de arbeidsmarkt.

Aan de andere toerusting van de werknemers worden wel gedachten over eigen verantwoordelijkheid verbonden, die mede de in deze periode plaatsvindende afbouw van de sociale zekerheid ondersteunen. Al deze omstandigheden veroorzaken hun eigen problematiek waarop het recht een antwoord zoekt in een maatschappij die een verschuiving van een agrarische en industriële naar een diensteneconomie laat zien.

De afbouw van de sociale zekerheidswetgeving was al in de jaren negentig van de vorige eeuw ingezet, en werd doorgezet in het eerste decennium van de 21ste eeuw.

Ten slotte moest het recht een antwoord vinden op de veranderde maatschappelijke realiteit op economisch en sociaal terrein. De veranderde realiteit betreft het toegenomen belang van de interne Europese markt, de mondialisering van de economieën, de informatierevolutie.

3.4.1 Wetgeving

Aan het einde van de 20ste eeuw werd de noodzaak sterk gevoeld de behoefte aan flexibiliteit van ondernemingen te verzoenen met de behoefte aan zekerheid van werknemers.

De behoeften van de onderneming waren veranderd door de veranderingen in de wereld van de economie: globalisering, internationalisering, informatisering. De behoefte aan zekerheid werd enerzijds te veel bevredigd, vond men, door de regelgeving tot dan toe, anderzijds was de bescherming van flexibele werknemers onder de maat. Een en ander leidde tot de Wet flexibiliteit en zekerheid van 1999.

Deze wet markeerde een omslagpunt. Voor het eerst werd de vanaf 1907 waarneembare trend van steeds verdergaande bescherming van werknemers op sommige punten

omgebogen. Dat gebeurde bijvoorbeeld op het terrein van de duur van de opzegtermijn. De verregaande differentiëring tussen werknemers, met bijbehorende bescherming, werd teruggebracht tot het aangeven van een viertal staffels, met bijbehorende opzegtermijn: diensttijd korter dan vijf jaar, vijf tot tien jaar, tien tot vijftien jaar of langer dan vijftien jaar. De maximale, door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn is verkort. Deze was 26 weken, en is nu vier maanden, waarbij wanneer toestemming ingevolge het BBA was gevraagd, de termijn nog met een maand wordt verkort. De rond de eeuwwisseling gerealiseerde wijziging van het Ontslagbesluit (het uitvoeringsbesluit van het BBA) waarin de toetsingsmaatstaven voor het ontslagbeleid op grond van art. 6 BBA waren neergelegd hield ook een verlichting van de ontslaglast voor de werkgever in. Ontslag om bedrijfseconomische redenen waartegen de werknemer zich niet verzet, leidt niet (meer) tot verwijtbare werkloosheid. Daardoor werd het aantal gevallen van verzet tegen ontslag verkleind. Voorts werd het omslagpunt, waarop in geval van einde van overeenkomsten voor bepaalde tijd opzeggingsbepalingen gaan gelden, verlegd van het moment dat de eerste voortzetting van de bepaalde tijdovereenkomst werd beëindigd naar het moment dat een keten van meer dan drie opeenvolgende overeenkomsten ontstaat, dan wel de keten een duur van 36 maanden overschrijdt.

De wet van 1999 bevatte voorts een pakket regels dat van belang is voor de bescherming van flexibele werknemers. De regeling van de positie van uitzendkrachten, en met name de kwalificatie van uitzendkrachten als werknemers met een arbeidsovereenkomst, droeg bij aan verhoging van de zekerheid voor deze werknemers. Ook de regeling van de weerlegbare rechtsvermoedens verbetert de positie van flexibele werknemers. Die regeling verbeterde de bewijspositie van flexibele werknemers met betrekking tot het bestaan van de arbeidsovereenkomst, en met betrekking tot de loonaanspraak. Voorts bevatte deze wet-

geving een regeling van de minimale aanspraak op loon voor oproepkrachten, en een vernieuwde regeling van de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij geen werk. Het werd minder gemakkelijk dat risico op de werknemer te leggen. Voorts vond een herziening van de regeling van de proeftijd en van de regeling van de overeenkomst voor bepaalde tijd plaats. Deze laatste wijziging bood werkgevers een zekere verruiming om van het bepaaldetijdcontract gebruik te maken.

Na 1999 werd tevens belangrijke wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling tot stand gebracht. De noodzaak daartoe was door de EG-regelgeving gegeven. Het gaat om de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (2003) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (2003). Voorts was de wetgever actief op het terrein van regelingen die combinatie van beroepsarbeid met andere activiteiten moeten faciliteren. Als zodanig zijn te noemen de Wet aanpassing arbeidsduur (2000) en de Wet arbeid en zorg (2001). Deze regelingen dwingen de werkgever bij de organisatie van de arbeidstijd rekening te houden met wat privébelangen van de werknemer genoemd kunnen worden. Het gaat om het belang de beroepsarbeid naar eigen wens te beperken, en het belang verlof op te kunnen nemen in verband met een door huiselijke of familieomstandigheden ontstane noodzaak, zoals een probleem met de waterleiding, plotselinge ziekte van een kind, enzovoort.

De discussie over het ontslagrecht, met name over de positie van het BBA, werd in deze tijd onverminderd voortgezet. Inderdaad is het merkwaardig dat een in 1945 als tijdelijk bedoelde maatregel nog steeds de hoeksteen van het ontslagrecht is. Die merkwaardigheid is minder groot wanneer men zich realiseert dat het ontslagrecht sedertdien gegroeid is *in samenhang met* dat BBA. En voorts dat de toepassing van het BBA in de loop der jaren is geëvolueerd. De wetgever onderneemt in de periode na 1999, net als in de voorafgaande decennia, verdere pogingen om het ontslag-

recht te wijzigen. Deze pogingen lijken ingegeven door de gedachte dat een minder streng ontslagrecht de flexibiliteit op de arbeidsmarkt zal vergroten. Onder meer met het oog op het functioneren van het ontslagrecht wordt in 2006 een wijziging in de Werkloosheidswet ingevoerd.

Ten slotte wordt deze periode gekenmerkt door een heroverweging van de met sociale zekerheidswetgeving te bereiken doeleinden. Wetgevende maatregelen die daardoor uitdrukkelijk gemotiveerd waren lagen in het verlengde van de in de jaren negentig van de 20ste eeuw gerealiseerde hervormingen. Voorstellen de Werkloosheidswet te wijzigen werden gemotiveerd door erop te wijzen dat de Werkloosheidswet de functie van smeerolie van de arbeidsmarkt heeft.²⁰ Sociale zekerheid moet leiden tot hogere arbeidsparticipatie, mensen beter in staat laten zijn de maatschappelijke uitdagingen het hoofd te bieden, naast het tegemoet komen aan de behoefte aan zekerheden die mensen ook hebben, zo luidde de regeringsopvatting.²¹ In 2004 werd de toegang tot de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, die in 1997 was ingevoerd om de voordien in de AAW geborgde verzekering van zelfstandigen tegen langdurige arbeidsongeschiktheid te kunnen continueren, afgesloten. De motivering om de verzekering van zelfstandigen tegen de geldelijke gevolgen van langdurige arbeidsongeschiktheid te schrappen is kort gegeven in de Memorie van Toelichting: ‘Om de arbeidsparticipatie structureel te bevorderen zal de werking van de sociale zekerheidsregelingen moeten worden verbeterd. Dat geldt voor de werkloosheidsregelingen (...), voor de hervorming van de WAO en voor de WAZ, welke laatste wordt afgeschaft.’²² In de Memorie van Toelichting worden als argumenten genoemd: ‘In een aantal Europese landen worden verzekeringen tegen arbeidsongeschiktheid voor zelfstandigen niet tot de verantwoordelijkheid van de overheid geregeld. Dit hangt ermee samen dat het arbeidsongeschiktheidsrisico voor zelfstandigen op zich goed privaat verzekeraar is.

Zelfstandigen kiezen zelf uitdrukkelijk voor het zelfstandig ondernemerschap, met de daarbij behorende kansen en risico's.' En tenslotte klinkt principieel: '(thans) overheerst de gedachte dat overheidsbemoedienissen alleen dan gewenst is, als een bepaalde activiteit privaat niet goed verricht kan worden.'

De wetgever heeft in het laatste decennium met name de belangen van de economie en de arbeidsmarkt op het oog. De belangen van de individuele werkgever en werknemer komen slechts indirect aan bod.

3.4.2 *Ontwikkeling vage normen*

In de periode vanaf 1999 ontwikkelde de jurisprudentie over de van de werknemer te vergen flexibiliteit zich verder. In 1998 wees de Hoge Raad het al eerder genoemde arrest Van der Lely/Taxi Hofman²³ dat op dit punt baanbrekend was. Het ging om de vraag of goed werknemerschap met zich brengt dat een werknemer een bepaalde flexibiliteit met betrekking tot de inhoud van zijn arbeid aan de dag legt. De Hoge Raad overwoog dat 'de verplichting zich als goed werknemer te gedragen meebrengt dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd'. Op dit arrest volgden in de rechtspraak verdere uitwerkingen en nuances.

3.4.3 *Cao's*

De trend van flexibele beloning, die in de loop van de jaren negentig was ingezet, zette door. In 2001 heeft 66% van de cao's bepalingen over flexibele beloning.²⁴ Regels over de standaard werkweek, over overwerk en werk op ongunsti-

ge tijdstippen in relatie tot de beloning behoren voorts tot het kernbestanddeel van de cao.

In het eerste decennium van de 21ste eeuw is er veel belangstelling voor cao-bepalingen die gericht zijn op employability, dat wil zeggen het realiseren van een (bredere) inzetbaarheid van werknemers. In 2009 bevatten vrijwel alle cao's bepalingen over scholing. Een aantal betreft algemene scholing, terwijl ook erkenning van verworven competenties een onderwerp is dat thans in cao's regeling vindt. Een groot aantal cao's regelt ontwikkelingsplannen in allerlei soorten. Het percentage cao's met werkgelegenheidsbepalingen daalde in de periode 2002-2005, maar stijgt vanaf 2006 weer.²⁵

3.4.4 *Samenvatting vanaf 1999*

De wetgeving die in deze periode tot stand gekomen is, is in de eerste plaats het product van de Europeanisering. Het lidmaatschap van de Europese Unie dwingt tot implementatie van de EG-richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling. Wetgeving die de werkgever dwingt rekening te houden met de privéomstandigheden en -wensen van de werknemer met betrekking tot arbeidstijd en verlof kwam in deze periode tot stand. Ook voordien waren er uiteraard rampspoeden als in de Memorie van Toelichting bij de Wet arbeid en zorg genoemd: malheur aan het huis, ziekte van huisgenoten, die aanwezigheid eisten. Maar de grote maatschappelijke verandering die regeling van verlof nodig maakte was dat, anders dan in een groot deel van de 20ste eeuw, niet meer het model huisvrouw/kostwinner standaard was. Waar we in 1973 nog konden schrijven²⁶ dat de Nederlandse sociale wetgeving uitging van het model van de man als kostwinner en de vrouw belast met de zorg voor het huishouden en de opvoeding van de kinderen, was door de massale deelneming aan de arbeid van (gehuwde) vrouwen de situatie drastisch veranderd. Het belang dat de malheur aan het huis of de ziekte adequate aandacht krijgt, was

zeker al lang onderkend. Maar de erkenning daarvan als belang van de werknemer in de arbeidsovereenkomst, en de afweging vervolgens van dat belang tegen het belang van de werkgever, werd nodig door de maatschappelijke ontwikkeling die als kenmerk heeft het verdwijnen van het paar kostwinner/huisvrouw en de daarbij behorende taakverdeling.

De wetgeving op het gebied van sociale zekerheid ademt de ideologie van de markt. De Werkloosheidswet moet gewijzigd worden omdat de arbeidsmarkt niet gehinderd – integendeel gefaciliteerd moet worden. Deels – wat de korting op de uitkeringen betreft – tot schade van bescherming van het inkomen, wat altijd een kerndoelstelling van de sociale zekerheid is geweest. Wat de sociale zekerheid betreft, in het bijzonder op het gebied van de arbeidsongeschiktheid, ademt de wetgeving de sfeer van de (private) verzekeringsmarkt. De ontwikkeling van de jurisprudentie met betrekking tot vage normen, met name het goed werknemerschap, sluit aan bij de opvattingen over vergrote flexibiliteit die in de wetgeving hun neerslag hebben gevonden. De collectieve arbeidsovereenkomsten in de betreffende periode richten zich ook op verbetering van de arbeidsmarkt, en wel door het beter equiperen van werknemers voor brede inzetbaarheid.

3.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk zocht ik het antwoord op de vraag welke belangen van werkgever en werknemer in de afgelopen eeuw werden onderkend, erkend en tegen elkaar afgewogen. Ik signaleer dat er een accentverschuiving is van de belangen die beschermd worden. Die verschuiving is uitgesproken aanwezig bij twee onderwerpen.

Het eerste onderwerp is ontslagrecht. Het ontslagrecht is op dit moment het meest uitgewerkte deel van het sociaal recht, zowel in wetgeving als in jurisprudentie. Het wettelijk ontslagrecht is de neerslag van het oordeel van de

wetgever over rechtvaardig, fatsoenlijk ontslag op een bepaald moment. Het wettelijk ontslagrecht bevat voorts op verschillende plaatsen open normen: *kennelijk onredelijk ontslag*, *dringende redenen*, *gewichtige redenen*, enzovoort. Volop gelegenheid dus voor de rechter om de inhoud van de rechtvaardigheid nader te bepalen. Het belang van het ontslagrecht voor de arbeidsrelatie en de partijen daarbij is evident. De wijze waarop aan de relatie een einde gemaakt kan worden, beslist over het hebben van een baan of niet: over bestaanszekerheid. Ontslag betekent voor mensen vaak werkloosheid, en dat vaker voor ouderen en voor mensen met een eenzijdig arbeidsverleden dan voor anderen. De wijze waarop aan de arbeidsrelatie een einde gemaakt wordt kan ook een doorslaggevende invloed hebben op de bedrijfsvoering van de werkgever. Een verkoper in een bakkerij die onverhoeds bij een ander gaat werken, een sleutelfiguur die naar de concurrentie gaat: schade voor de werkgever. Een werkgever die schade oploopt door een slecht presterende werknemer: ook dat zijn belangen die regulering in het ontslagrecht vinden. Maar ook het belang van de werknemer zich te verbeteren in een andere baan en het belang van de werkgever de omvang van zijn personeelsbestand alert aan te passen aan de economische omstandigheden moeten in ogenschouw worden genomen. Het ontslagrecht fungeert ook als deksel op de doos van andere rechten en plichten die binnen de arbeidsrelatie een plaats hebben.²⁷ Het ontslagrecht garandeert dat op het handhaven van die rechten (bijvoorbeeld: de vordering het juiste loon uitbetaald te krijgen, de verwezenlijking van het recht op vakantie, een terechte aanwijzing met betrekking tot arbeidstijden) niet al te gemakkelijk met verbreking van de arbeidsrelatie gereageerd kan worden. De belangen van de werkgevers die mede door de ontwikkelingen op EG-gebied en op het gebied van de wereldhandel naar voren zijn gekomen leiden echter tot kritische vragen over deze wijze van beschermen van bestaanszekerheid.

Juist de uitvoerigheid van de wettelijke regeling maakt dat in collectieve arbeidsovereenkomsten thans vrij weinig over ontslagrecht wordt geregeld. In het verleden heeft de ontwikkeling in cao's de aanzet gegeven tot nieuwe ontwikkelingen met betrekking tot ontslag. Voorts geven cao's soms regelingen die met bedrijfsspecifieke omstandigheden rekening houden.

Het tweede onderwerp dat ontwikkeling van de rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie demonstreert is de flexibiliteit die partijen tegenover elkaar binnen de arbeidsovereenkomst te betonen hebben. Als werknemersbelangen krijgen toerusting voor flexibiliteit, voor employabiliteit aandacht. Flexibiliteit van werknemers, zo opgevat, lijkt vooral een werkgeversbelang te zijn. Flexibiliteit is nodig om de mondiale concurrentie en de snelle veranderingen als onderneming te kunnen opvangen.

Rekening houden met de omstandigheden van de werknemer, met zijn privéleven, wordt als verplichting van de werkgever erkend. De maatschappelijke ontwikkelingen, met name de andere samenstelling van de arbeidsmarkt, leiden ertoe dat ruimte voor gezinstaken binnen het domein van werkgever en werknemer regeling moet vinden. Bij de arbeidsrelatie is immers de werknemer als persoon betrokken. Zijn persoonlijke omstandigheden en behoeften, en wijzigingen daarin, zullen tot aanpassing van de arbeidsrelatie aanleiding geven. Dit geldt te meer omdat de arbeidsrelatie een duurrelatie is, een relatie die zich over een zekere periode uitstrekt. Dat laatste gegeven maakt bovendien dat behoefte zal bestaan aan aanpassing van de oorspronkelijke verplichtingen van de werknemer: in hoeverre moet daaraan tegemoet gekomen worden?

Aan de andere kant maakt de omstandigheid dat de onderneming op de golven van de economische ontwikkeling haar koers moet bepalen dat aanpassing van de inhoud van de rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer nodig is. De vraag is gesteld, en in de rechtspraak beantwoord, in hoeverre de werknemer rekening moet

houden met de omstandigheden van de onderneming waar hij werkzaam is, en in hoeverre hij opdrachten en verzoeken moet inwilligen die te maken hebben met wijzigingen en ontwikkelingen in en rond de onderneming.

NOTEN

- 1 Vgl. H. Hoefnagels, *Een eeuw sociale problematiek*, Roermond/Maaseik 1966, p. 47.
- 2 M.G. Levenbach, *Nederlands Bestuursrecht*, Deel III, Samson Alphen aan den Rijn 1964, p. 441.
- 3 Geciteerd bij A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, tweede deel B, Alphen aan den Rijn 1958, p. 1180.
- 4 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Eerste deel A, Tjeenk Willink Zwolle 1953, p. 110.
- 5 Levenbach, *Nederlands Bestuursrecht*, Deel III, p. 445.
- 6 Molenaar, *Arbeidsrecht*, Eerste deel A, p. 657-661.
- 7 Luuk Brug en Harry Peer (red.), *Collectief geregeld. Uit de geschiedenis van de cao*, Stichting FNV 1993, p. 199.
- 8 W.J.P.M. Fase, *C.A.O.-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepaling ervan*, Samson Alphen aan den Rijn 1982, p. 15.
- 9 Twee van de vier vrijheden die F.D. Roosevelt en W. Churchill in 1941 in het Atlantic Charter opnamen.
- 10 HR 1 december 1961, NJ 1962, 78.
- 11 H.L. Bakels, *Arbeidsrechtspraak. Civiele rechtspraak in arbeidzaken*, Kluwer Deventer 8e herz. dr. 1990, p. 257.
- 12 HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. PAS.
- 13 Met name het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Verdrag van 16 december 1966, Trb. 1969, 99.
- 14 HR 8 november 1985 NJ 1986, 309, m.n. PAS.
- 15 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Kluwer Deventer 2e dr. 1999, p. 4-5.

- 16 Zie A.M. Luttmer-Kat in: W.H.A.C.M. Bouwens et al. (red), *Sociaal recht, de grenzen verkend*, Kluwer Deventer 1994, p. 317.
- 17 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.
- 18 A T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Kluwer Deventer 2e dr. 2005, p. 60-70.
- 19 Bakels, *Arbeidsrechtspraak*, p. 257.
- 20 SER-advies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet, publ. nr. 2005/06.
- 21 Begroting Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2009, Kamerstukken 30 370, nr. 3, p. 1.
- 22 Kamerstukken II 2003-2004, 29497, 3, p. 1.
- 23 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.
- 24 Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, p. 72.
- 25 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009.
- 26 L.H. van den Heuvel en I.P. Asscher-Vonk, *Rapport Vrouw en sociale zekerheid*, ministerie SZW, 1973.
- 27 Zie D. Christe en T. van Peijpe, *Functionies van ontslagrecht*. In: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Kluwer Deventer 2009, p. 23 e.v.

4. Van belang naar recht

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is beschreven welke belangen van werkgever en werknemer in de loop van de 20ste eeuw en in het eerste decennium van de 21ste eeuw zijn onderkend, welke belangen erkenning hebben gevonden binnen de arbeidsrelatie en welke afweging van de belangen tussen werkgever en werknemer door wetgever, sociale partners en rechter heeft plaatsgevonden. Anders gezegd: het vorige hoofdstuk beschreef hoe de rechtvaardigheid tussen werkgever en werknemer werd ingevuld, welke belangen van werkgever en werknemer in de 20ste en het begin van de 21ste eeuw getransformeerd werden in aanspraken tegenover de werkgever respectievelijk de werknemer. In de loop van honderd jaar bleven bepaalde belangen constant. Bijvoorbeeld het belang van de *werknemer* van bescherming van de bestaanszekerheid door een deugdelijk ontslagrecht, en door behoorlijke voorzieningen wanneer niet gewerkt kan worden bij ziekte, arbeidsongeschiktheid of werkloosheid. In de loop van de afgelopen eeuw zijn ook nieuwe belangen van werknemers gearticuleerd. Het belang aandacht te kunnen besteden aan bezigheden buiten de beroepsarbeid vond vanaf het begin van de 20ste eeuw erkenning binnen de Arbeidswet, die de werktijden regelde. Het belang arbeid en zorgtaken te combineren ligt weliswaar in het verlengde van het zojuist genoemde belang, maar werd zeer lang niet als een typisch met het *werknemerschap* samenhangend belang gezien. Dat gebeurde pas toen de mate waarin vrouwen op de arbeidsmarkt toetraden betekenend toenam (vanaf de jaren zeventig ongeveer) en als consequentie daarvan de arbeidsdeling

tussen mannen en vrouwen wijzigde en diffuser werd. Niet langer was de kostwinner als enige of voornamelijk met beroepsarbeid belast, en diens gevolge (grotendeels) vrijgesteld van zorgtaken, terwijl de huisvrouw, voor wie de kostwinner in het levensonderhoud voorzag, zich primair aan zorgtaken wijdde. Het ruimte en gelegenheid hebben voor zorgtaken werd daardoor een belang van de werknemer, en gezien de kenmerken die het werknemerschap heeft, een belang dat erkenning binnen de arbeidsovereenkomst nodig heeft. Een ander werknemersbelang dat ten gevolge van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt in het laatste kwart van de 20ste eeuw en het eerste decennium van de 21ste eeuw geprononceerd naar voren kwam, was het belang van employabiliteit. Brede inzetbaarheid wordt van het grootste belang geacht om de werknemer werkzekerheid, en daardoor bestaanszekerheid te verschaffen.

Een constant belang van de *werkgever* is natuurlijk het kunnen beschikken over toegewijde, loyale werknemers. Het belang van een flexibel arbeidsbestand dat naar gelang de eisen van de economie snel kan worden aangepast, komt in het laatste kwart van de 20ste eeuw verscherpt naar voren. De toegenomen concurrentie ten gevolge van het ontstaan van een Europese en een mondiale markt veroorzaakt dit belang. De veranderingen in het economisch profiel van Nederland, waarmee de ontwikkeling van landbouw en industrie naar een diensteneconomie wordt bedoeld, brachten met zich dat hogere en constant actuele scholing van werknemers voor de werkgever belangrijk was.

De wijze waarop die belangen, ook de constante, bescherming vonden veranderde in de loop van de eeuw. De methode van regeling veranderde. Een aantal belangen, bijvoorbeeld het belang bij rechtvaardig ontslag, werd aanvankelijk in cao's geregeld. Vanaf 1953 regelt de wet de gevolgen van een kennelijk onredelijk ontslag. Het onderwerp vakantie, vóór de Tweede Wereldoorlog in cao's geregeld, werd in de jaren zestig van de 20ste eeuw wettelijk geregeld.

Ook traden wijzigingen op in de kring waarbinnen bescherming gerealiseerd werd. De bescherming van de bestaanszekerheid door een inkomensvoorziening tijdens werkloosheid ligt voor het eerste begin van de werkloosheid binnen de arbeidsverhouding, doordat de werkgever gedurende de opzegtermijn loon moet betalen dan wel, bij nalaten van een opzegtermijn, schadevergoeding. Bij langer durende werkloosheid is bestaanszekerheid van werknemers een belang dat nu eens erkenning vindt binnen de kring van de vakvereniging, dan weer in de collectiviteit van de bedrijfstak c.q. (alle) werkgevers en werknemers.

Een verschuiving van de kring waarbinnen de regeling een plaats krijgt, ziet men ook bij de inkomensvoorziening tijdens ziekte. Vanaf de inwerkingtreding van de Ziektewet, in het begin van de 20ste eeuw, is de bescherming van het werknemersbelang bij inkomensvoorziening tijdens ziekte grotendeels erkend als recht en plicht binnen de collectiviteit van de bedrijfstak, waar werknemers en werkgevers binnen die bedrijfstak aan bijdragen, overigens niet alleen in financiële zin, maar ook bestuurlijk. Vanaf het midden van de jaren negentig van de 20ste eeuw wordt het belang van inkomensbescherming tijdens ziekte meer en meer als recht binnen de relatie tussen (individuele) werkgever en werknemer gezien, en wordt het belang van de werknemer dat hiermee gemoeid is erkend als recht tegenover de werkgever en plicht van de werkgever tegenover de werknemer. Er is dus een keuzemogelijkheid om onderkende belangen van werkgevers en werknemers te erkennen als verplichting en recht van werkgever en werknemer tegenover elkaar, dan wel als recht en verplichting binnen een andere kring. Waarom wordt het belang van de werknemer zorgtaken te kunnen combineren met beroepsarbeid vertaald in een verplichting van de werkgever? Dat het belang door veranderingen in de maatschappij aan de oppervlakte kwam hebben we gezien. Wat was de reden het belang te dienen door een werkgeversverplichting? Deze vraag kan met een wedervraag beantwoord worden: kon in het belang van de

werknemer tijd te hebben voor zorgtaken anders dan via de arbeidsovereenkomst worden voorzien? Het is de werkgever die op grond van de arbeidsovereenkomst aanspraak heeft op de tijd van de werknemer.

De verplichting redelijke bevelen en aanwijzingen op te volgen binnen de arbeidsovereenkomst is binnen de arbeidsovereenkomst op de werknemer gelegd. Het is duidelijk dat de werkgever een organisatorisch belang heeft bij gehoorzaamheid en loyaliteit van de werknemers. De aard van de organisatie en de bijzondere kenmerken van de werkgever of ondernemer maken de gehoorzaamheid en loyaliteit nodig. En die gehoorzaamheid en loyaliteit moeten als verplichting van werknemers geformuleerd worden, omdat het functioneren van de onderneming rust op de werknemers, en op de wijze waarop zij hun taak vervullen. De onderneming of werkgever heeft de werknemers *nodig* om zijn doel te bereiken en zijn belangen gediend te krijgen.

De regelgevers: de wetgever, cao-partijen, rechter hebben intussen wel oog voor het feit dat het om wederzijdse belangen en om wederzijdse rechten en plichten gaat. Afweging van die belangen vindt plaats bij het tot stand komen van de regel, of wordt expliciet voorgeschreven bij het uitoefenen van het recht. Een belangenafweging is bijvoorbeeld te zien in de wijze waarop de mogelijkheid de arbeidstijd aan te passen, is geregeld. Daarbij is rekening gehouden met de omstandigheid dat kleine ondernemingen moeilijker aan de verplichtingen zullen kunnen voldoen dan grotere. Belangenafweging wordt vaak ook expliciet voorgeschreven bij het toekennen van rechten: ontslag mag niet kennelijk onredelijk zijn, bijvoorbeeld. Een belangenafweging, ten slotte, is in ieder element van het gedrag en de besluitvorming van contractspartijen tegenover elkaar voorgeschreven in de algemene norm van redelijkheid en billijkheid, welke norm voor het arbeidsrecht is vertaald door het voorschrift zich als een goed werkgever en goed werknemer te gedragen.

De beschrijving in hoofdstuk 3 geeft een beeld van de uitkomst van de overwegingen welke belangen van de partijen bij de arbeidsovereenkomst binnen de arbeidsovereenkomst erkend moeten worden, en hoe die belangen tegen elkaar worden afgewogen. In hoofdstuk 3 is, met andere woorden, een beschrijving gegeven van de rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst in de 20ste en begin 21ste eeuw, zoals die gestalte kreeg door het optreden van wetgever, sociale partners en rechter. Wat is af te leiden uit de geschiedenis van de 20ste en begin 21ste eeuw? Wat leert die ons met betrekking tot de vraag welke omstandigheden ertoe leiden dat bepaalde belangen onderkend worden? Aan welke criteria moeten eenmaal onderkende belangen van werkgever en werknemer voldoen om binnen de arbeidsovereenkomst erkenning te vinden? Wat is de les van de geschiedenis met betrekking tot de vraag hoe de afweging moet plaatsvinden tussen de belangen van werkgever en werknemer? Inzicht in de factoren die deze processen beïnvloeden kan een richtingaanwijzer voor de toekomst opleveren. De kennis die we verwerven door de geschiedenis te beschrijven en te analyseren kan voorspellend zijn voor belangen die we in de komende tijd zullen moeten onderkennen, en bepalend voor de criteria die we moeten aanleggen voor het erkennen van die belangen binnen de arbeidsovereenkomst en voor de wijze waarop afweging van de belangen tegenover elkaar moet plaatsvinden. Wat in het recente verleden gebeurde kan ons helpen bij het verwezenlijken van de rechtvaardigheid in de arbeidsovereenkomst in de toekomst.

4.2 ONDERKENNEN

De eerste stap naar invulling van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar op een rechtvaardige wijze bestaat in het onderkennen van belangen van beide partijen. Nieuwe tijden brengen nieuwe belangen aan het licht, blijkt uit de in hoofdstuk 3 weergegeven ge-

schiedenis. Naast belangen die altijd met de positie van de werknemer samenhangen, zoals het belang van bescherming tegen bestaansonzekerheid, gevaren en oververmoeidheid, zien we, afhankelijk van de maatschappelijke ontwikkeling, nieuwe belangen als werknemers- of werkgeversblangen opkomen. Aan werknemerskant zagen we het belang opkomen in staat te zijn zorgtaken te verrichten. De werkgever zal altijd de arbeid van de werknemer nodig hebben, maar ontwikkelingen in de economie zullen de schijnwerper richten op bepaalde belangen van de werkgever in dit verband. Dat werknemers creatief zijn, bijvoorbeeld. Of het belang dat flexibel met het personeelsbestand kan worden omgegaan. We kunnen ook denken aan het belang van de ondernemer zijn onderneming tegen imagoschade te beschermen. We komen dergelijke belangen op het spoor door het oor te luisteren te leggen bij de discussies die in de media worden gevoerd. Wensen, in het overlegcircuit (bijvoorbeeld Sociaal Economische Raad, Stichting van de Arbeid) of bij cao-onderhandelingen op tafel gelegd, kunnen ook een aanwijzing zijn voor nieuwe belangen die om onderkenning werven. Ten slotte kan de inzet bij (rechts)disputen over wat het goed werkgeverschap/goed werknemerschap vergt een aanwijzing zijn van belangen die nu in de maatschappij opkomen.

4.3 ERKENNEN

Het is vervolgens de vraag of een belang van werkgever of werknemer, een belang dat manifest wordt in een maatschappelijke ontwikkeling, erkend wordt als recht en plicht binnen de arbeidsovereenkomst. Waardoor wordt een belang van de werknemer iets dat de werkgever zich moet aantrekken? Waarom moet een belang van de ondernemer/werkgever door de werknemer gediend worden? We kunnen ons niet voorstellen dat het belang van werknemers bij goed weer als zij vakantie genieten, als recht tegenover de werkgever in de arbeidsovereenkomst wordt neergelegd.

Reeds niet, omdat het belang 'goed weer' zich niet als een afdwingbaar recht laat formuleren. Maar een verzekering, die uitkering doet wanneer geen goed weer is genoten, is wel denkbaar en zou ook binnen de mogelijkheden van de onderneming liggen. Ondernemingen bieden hun werknemers immers medewerking bij allerlei verzekeringen aan: arbeidsongeschiktheids(gat)verzekeringen, ziektekostenverzekeringen, enzovoort. Of in feite een werkgever verplicht is een dergelijke verzekering af te sluiten voor zijn werknemers hangt af van regels en afspraken daaromtrent, en van de vraag of goed werkgeverschap eist dat een dergelijke verzekering wordt afgesloten. Regels en afspraken op dit gebied (verzekering tegen slecht weer tijdens de vakantie) zijn mij niet bekend. Wetgever en (collectieve) contractspartijen hebben dus tot nu toe niet het afsluiten van een dergelijke verzekering als eis van rechtvaardigheid aangemerkt. Op dit moment lijkt mij niet waarschijnlijk dat het als eis van goed werkgeverschap wordt aangemerkt dat een dergelijke verzekering wordt gesloten. Dit oordeel berust op beschouwing van de maatschappij, en inschatting van wat maatschappelijk in de verhouding tussen werkgever en werknemer zo belangrijk gevonden zal worden, dat een dergelijke verplichting wel wordt aangenomen. Bij dat maatschappelijk oordeel zullen ideeën over de respectieve posities van werkgever en werknemer zeker een rol spelen.

Het belang van regelmatige loonbetaling is een voorbeeld van een belang van de werknemer dat als recht in de arbeidsovereenkomst tegenover de werkgever wettelijk is geregeld. Dit belang van de werknemer zal onmiddellijk onderkend worden. Ook lijkt het voor de hand te liggen dat het de werkgever is die dit belang moet dienen. Immers, loon is de tegenprestatie van de kant van de werkgever voor de arbeid. Natuurlijk moet de wederpartij bij de overeenkomst, waarbij de arbeid verricht wordt, dat loon betalen. Maar waarom moet hij, en geen ander, zorgen voor de juiste, regelmatige loonbetaling? Hier is het antwoord: wie

anders zou het kunnen? De wijze waarop het loon betaald wordt hangt onverbrekkelijk samen met de loonbetaling zelf, en vloeit dus voort uit de verplichtingen op grond van de wederkerige overeenkomst. Het belang van de werkgever beschermd te worden tegen ongerechtvaardigde concurrentie is eveneens een belang waarvan bescherming op andere wijze dan door een verplichting van de wederpartij niet goed voorstelbaar is. Hier is weer de aard van de relatie beslissend voor de wijze waarop het belang erkenning vindt: binnen de arbeidsrelatie.

Ter bescherming van het belang van de werknemer bij bestaanszekerheid in geval hij door ziekte en werkloosheid niet kan werken, heeft de wetgever pas aan het einde van de 20ste eeuw voor erkenning binnen de arbeidsrelatie gekozen. Wat de inkomensbescherming tijdens ziekte betreft, die werd lang slechts voor een klein deel gedurende betrekkelijk korte tijd (aanvulling op de Ziektewetuitkering) als verplichting op de werkgever gelegd. Argumenten van solidariteit leidden ertoe de bedrijfstak als kring aan te wijzen waarbinnen het belang van de werknemer bij inkomenszekerheid erkenning vond. Andere argumenten leidden ertoe dat aan het einde van de 20ste eeuw de bescherming van het belang van werkgever en werknemer binnen de arbeidsovereenkomst zelf werd gelegd. Efficiency-argumenten speelden daarbij een rol. De noodzaak van terugging van het ziekteverzuim was onderkend en voor het bereiken van dat doel, door preventie en door reïntegratie-inspanningen, is de werkgever de aangewezen figuur. Om de werkgever te stimuleren de betreffende inspanningen te verrichten is het middel van het financieel belang ingezet: niet langer is het voornamelijk de verzekering die de gevolgen van een falend preventie- en reïntegratiebeleid voelt. Het is de werkgever die van geslaagde inspanningen op dit terrein zelf geniet.

Welke criteria kunnen worden aangelegd voor de 'erkenbaarheid' van het belang? De geschiedenis van het sociaal recht in de 20ste en 21ste eeuw bekijken leert het volgende.

Steeds is rekening gehouden met de aard van de arbeidsovereenkomst. Als de aard van de arbeidsovereenkomst zou ik dan willen aanduiden de omstandigheid dat het gaat om een duurovereenkomst, waarbij in de meerderheid van de gevallen sprake is van economische en sociale onevenwichtigheid tussen de partijen. Ook spelen de typische kenmerken van werkgever en werknemer een rol. Als typisch kenmerk van de werknemer is aan te merken zijn afhankelijkheid van de arbeidsovereenkomst voor zijn bestaanszekerheid, en de omstandigheid dat hij als persoon bij de arbeidsovereenkomst betrokken is. Met andere woorden dat alles wat in of in verband met de arbeidsovereenkomst gebeurt hem als persoon raakt. En persoon is niet een eenduidig begrip. In zijn persoon verenigt ieder mens, en ook iedere werknemer, een groot aantal identiteiten. Een werknemer is ook lid van een familie, burger, lid van een levensbeschouwelijke groepering. Een werknemer behoort tot een bepaalde nationaliteit of etnische groepering.

Ook de werkgever heeft kenmerken die hem tot een bijzondere contractspartij maken. De onderneming/werkgever moet de belangen van de onderneming en van haar eigenaars behartigen. De eigenaars zijn vaak een anonieme groep, die met het doel van geld verdienen eigenaar zijn geworden. De werkgever/onderneming functioneert binnen de maatschappij, en oefent grote invloed uit op de maatschappij. Die invloed kan positief zijn, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de onderneming in maatschappelijke behoeften voorziet, de omstandigheid dat de onderneming werkgelegenheid in de regio creëert, de omstandigheid dat de onderneming bijdraagt aan maatschappelijke doelen (culturele, charitatieve, sportieve) in de regio. De invloed van de onderneming op de maatschappij kan ook een negatieve zijn. Denk aan vervuiling en andere milieuoverlast. Denk ook aan het gebruik maken van te goedkope arbeid, aan het teweegbrengen van sociale vervuiling.

Uit de in het vorige hoofdstuk beschreven ontwikkeling komt ook naar voren dat het aspect van doelmatigheid

een belangrijke rol speelt. Dat aspect is verbonden met de aard van de arbeidsovereenkomst. Omdat nu eenmaal de werknemer als persoon gebonden is bij de arbeidsovereenkomst, zullen bepaalde belangen, hem als persoon betreffend, binnen de arbeidsovereenkomst bescherming moeten vinden. Omdat het de werkgever is die invloed kan uitoefenen op preventie van arbeidsongeschiktheid en op reïntegratie (gegeven de noodzaak van preventie en reïntegratie als algemeen belang en als belang van de werknemers) wordt die verplichting op de werkgever gelegd: preventie en reïntegratie kunnen het meest efficiënt door werkgevers bevorderd worden, zo meent de wetgever op een bepaald moment. Aan de andere kant, het is de werknemer die de arbeid verricht. Voor het op een bepaalde manier – milieuefficiënt bijvoorbeeld – verrichten van de arbeid zal de werkgever de werknemer nodig hebben.

De vraag of een belang zich ertoe leent vertaald te worden in een verplichting van werkgever en werknemer is niet een vast gegeven. Van sommige belangen van werknemers is het moeilijk zich voor te stellen dat zij een plaats kunnen krijgen binnen de rechten van de werknemer tegenover de werkgever en vice versa. In het belang een rustige plek te hebben om te breien zal niet snel door een afdwingbaar recht worden voorzien, een goede gelegenheid bieden voor het geven van borstvoeding is een wettelijke plicht van de werkgever.

De geschiedenis van het sociaal recht vanaf 1907 tot nu overziend komt een aantal aspecten van de arbeidsovereenkomst naar voren die relevant zijn bij het beantwoorden van de vraag of een belang voldoet aan de criteria om getransformeerd te worden tot recht en verplichting van werkgever en werknemer. De volgende zeven aspecten dienen zich aan: een dergelijk belang moet passen binnen de aard van de *rechtsfiguur* waarbinnen de norm geldt (a), het belang moet zich verdragen met de *tradities* binnen het rechtsgebied waar het hier om gaat (b), en gelet moet worden op de bijzondere *kenmerken van het rechtsgebied* waar

het hier om gaat (c). Voorts moet recht gedaan worden aan de bijzondere *kenmerken van de relatie* (d), moeten de *beginselen* van het rechtsgebied gerespecteerd worden (e). Ten slotte is van belang dat recht gedaan wordt aan de bijzondere kenmerken van de ene partij, de *werkgever* (f), en aan de bijzondere kenmerken van de andere partij, de *werknemer* (g). Ik werk hieronder elk van deze aspecten wat uit.

a. De *rechtsfiguur* waarbinnen de invulling van de wederzijdse rechten en verplichtingen, de rechtvaardigheid, gestalte moet krijgen is de verbintenis, en wel een die voortvloeit uit een overeenkomst, de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst is een *tweezijdige overeenkomst*: er is sprake van samenhangende, wederzijdse rechten en verplichtingen. Deze omstandigheid heeft bepaalde gevolgen. Dat er sprake is van een verbintenis tussen twee burgers¹ kleurt de verplichtingen en rechten. De figuur van de overeenkomst gaat in beginsel uit van gelijkwaardige burgers, die in vrijheid hun rechten en plichten bepalen. Er is echter een algemeen voorschrift voor een zorgplicht daarbij, een verplichting rekening te houden met de wederpartij, namelijk het voorschrift van redelijkheid en billijkheid. De norm van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW), dan wel de norm van goed werkgeverschap/werknemerschap (art. 7:611 BW) geldt binnen de verbintenis. Voor de relatie tussen overheid en burger ligt dit anders. Daar geldt dat de zorgplicht van de overheid voor haar burgers en de verplichtingen van de burgers aan de overheid verankerd zijn in de Grondwet.

De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst verbindt in het leven roept, heeft gevolgen voor de scheidslijn tussen belangen die wel en belangen die niet in rechten binnen de arbeidsovereenkomst kunnen worden getransformeerd. Me dunkt dat een belang van een werknemer alleen voor 'vertaling' in een verplichting van de werkgever in aanmerking komt wanneer het in het algemeen binnen de macht van de werkgever ligt het betreffende belang te

honoreren. Een argument om een belang ter behartiging bij werkgever of werknemer te leggen kan zijn, en is ook vaak, dat de werkgever of de werknemer *nodig* is voor het behartigen van dat belang. Zonder medewerking van de werkgever kan de werknemer geen tijd vrijmaken voor zorgtaken. Zonder inzet van de werknemers kan de werkgever geen veilig bedrijf voeren. Zonder inspanning van de werkgever kan reïntegratie van werknemers niet gerealiseerd worden.

Bij de vraag of een belang van een werknemer zich leent voor honorering door de werkgever speelt, in verband met de aard van de rechtsverhouding, de *specificiteit* van het betreffende belang een rol. Het gaat immers om een verbintenis. Schending van een verplichting uit die verbintenis brengt rechtsgevolgen (onder omstandigheden bijvoorbeeld schadevergoedingsplicht) met zich. Omdat, juist in verband met die rechtsgevolgen, de schending tamelijk exact bepaald (en voorspeld) moet kunnen worden, moet de behartiging van het belang aangeduid kunnen worden in de vorm van specifieke, concrete verplichtingen.

Bij de vraag of een belang van de werkgever zich leent voor vertaling in een plicht van de werknemer raken we ook de vraag van de grondrechten. Het belang van een werkgever dat een werknemer zich ook in de privésituatie op een bepaalde manier gedraagt, bijvoorbeeld zich onthoudt van drugsgebruik, moet wel voldoende verband met de arbeid hebben om voor vertaling in een afdwingbaar recht in aanmerking te komen.²

Het gaat dus om specifieke belangen van werknemer of werkgever die een plaats hebben binnen de relatie tussen werkgever en werknemer en die zich lenen voor voldoening door de werkgever dan wel de werknemer hetzij omdat zij 'van nature' tot de (zorg)plicht van de werkgever en/of werknemer behoren, hetzij omdat voldoening door de werkgever of werknemer efficiënt is of noodzakelijk voor het bereiken van het doel. Partijen kunnen een belang binnen de arbeidsovereenkomst brengen, door uitdrukkelijk

een bepaald beleid van de werkgever vast te leggen. De mogelijkheid belangen van een partij binnen de sfeer van afdwingbare rechten te brengen is echter, juist door de belangen van de wederpartij, niet onbeperkt.

De omstandigheid dat het gaat om een door het recht beheerste relatie leidt ten slotte tot het stellen van kwalitatieve eisen aan belangen van werkgever en werknemer in verband met de vertaalbaarheid in verplichtingen van de wederpartij bij de arbeidsovereenkomst. Of een belang erkenning vindt, hangt mede af van de vraag of het een gerechtvaardigd belang is.

b. Past behartiging van het belang binnen de arbeidsovereenkomst binnen de *tradities* van het arbeidsrecht?

Een van de belangrijkste tradities van het arbeidsrecht, die zelfs in een internationaal beschermd grondrecht is neergelegd, is de rol die *collectiviteiten* daarin hebben. Daarbij gaat het vooral om het optreden van de vakorganisatie in de sector en van de werknemersvertegenwoordigingen op ondernemingsniveau. De bijzondere plaats van de vakorganisatie binnen het arbeidsrecht blijkt allereerst uit de regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst. De wetgever heeft geregeld dat de afspraken die door vakorganisaties met werkgevers of werkgeversorganisaties worden gemaakt, een bijzonder effect hebben op de relaties van de bij die overeenkomst betrokkenen. De werkgever moet wat bij cao is afgesproken ook nakomen ten opzichte van werknemers die niet lid zijn van een vakvereniging die de cao heeft afgesloten. De Wet algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten gaat nog een stap verder in het geven van een specifieke, en machtige, werking aan de afspraken die door sociale partners zijn gemaakt. De bijzondere plaats van de vakorganisatie als deelnemer aan regelgeving blijkt voorts uit de omstandigheid dat door regelingen van vakorganisaties (cao's) in een aantal gevallen van overigens dwingend recht kan worden afgeweken (driekwart-dwin-

gend recht). Van het verbod van opzegging tijdens ziekte bijvoorbeeld kan slechts bij cao of een vergelijkbare regeling worden afgeweken. De bijzondere betekenis van de werknemersvertegenwoordiging op ondernemingsniveau, de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging blijkt allereerst uit de regeling in de Wet op de ondernemingsraden, waarin vastgelegd is dat de werkgever de instemming of het advies van de ondernemingsraad nodig heeft voor een aantal beslissingen die hij als ondernemer moet nemen. Maar de bijzondere positie van de werknemersvertegenwoordiging blijkt vooral uit de verplichting van de werkgever met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overleg te plegen. De wetgever erkent overigens ook de bijzondere positie van de werknemersvertegenwoordiging. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de Wet arbeid en zorg. In die wet wordt afwijking van wettelijke regels toegestaan, mits dat geschiedt door een collectiviteit. Onder collectiviteit wordt hier ook verstaan de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Het aspect van collectiviteit brengt verschillende zaken met zich. In de eerste plaats dat wanneer in collectief overleg – cao-overleg, overleg in de ondernemingsraad of met de personeelsvertegenwoordiging – op erkenning wordt aangedrongen, het belang daardoor een zwaarder gewicht krijgt. In de tweede plaats dat het belang van de collectiviteit een eigen plaats heeft bij het erkennen van belangen in de arbeidsovereenkomst.

c. Het rechtsgebied van het sociaal recht, of arbeidsrecht, heeft *bijzondere aspecten*. Een bijzonder aspect van het arbeidsrecht is bijvoorbeeld dat de belangen van personen en groepen, *buiten de contractspartijen* op sommige plaatsen een belangrijke rol spelen. De erkenning van de gevolgen die contractuele afspraken kunnen hebben voor personen die buiten de contractspartijen staan vindt men bijvoorbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht. De Arbeidsomstandighedenwet regelt in art. 10 de verplichting

van de werkgever doeltreffende maatregelen te nemen ter voorkoming van gevaar dat kan ontstaan voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen dan de werknemers, door de arbeid die de werkgever door zijn werknemers doet verrichten in een bedrijf of in de onmiddellijke omgeving daarvan (art. 10 Arbowet). Art. 11 Arbowet verplicht de werknemer naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen. Een ander voorbeeld is de regel van art. 25, eerste lid sub 1 Wet op de ondernemingsraden. Daar is een adviesrecht aan de ondernemingsraad toegekend wanneer de ondernemer voornemens is een besluit te nemen tot het treffen van een belangrijke maatregel in verband met de zorg van de onderneming voor het milieu. Waar art. 27 Wet op de ondernemingsraden de daarin geregelde toestemmingsbevoegdheid uitdrukkelijk beperkt tot de omstandigheid dat de regeling betrekking heeft op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen, legt art. 25 Wet op de ondernemingsraden niet een dergelijke beperking aan. Belangen van de 'buitenwereld' hebben dus een uitdrukkelijke plaats in de regeling van de arbeidsovereenkomst.

d. Een van *de bijzondere kenmerken* van de arbeidsovereenkomst is dat het een duurrelatie betreft. Anders dan bijvoorbeeld bij koop het geval is, is de relatie niet bedoeld om na een of enkele prestaties beëindigd te zijn. Arbeidsrelaties zijn meestal bedoeld om voor onbepaalde tijd te duren: partijen blijven in beginsel langdurig bij elkaar. De invloed die dat heeft op de inhoud van de rechten en plichten van partijen is bijvoorbeeld dat aanpassing aan veranderde omstandigheden soms gevergd kan worden.

Een bijzonder kenmerk van de arbeidsrelatie is voorts dat één van de partijen, de werknemer, gehouden is de opdrachten en aanwijzingen van de andere partij op te volgen. De werknemer is met andere woorden ondergeschikt. Ten slotte moet er aandacht zijn voor het feit dat de werk-

nemer ook als burger bepaalde rechten en plichten heeft, en verantwoordelijkheden en loyaliteiten draagt waarvan de verwezenlijking door het bestaan van en de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst invloed kan ondervinden.

De werknemer is ook in hoge mate als persoon *betrokken* bij de arbeid. De omstandigheid dat de werknemer als persoon betrokken is heeft meerdere betekenissen. In de eerste plaats de betekenis dat wat in de arbeidsrelatie gebeurt, hem ook als persoon treft. Arbeidsomstandigheden, sfeer op het werk: het beïnvloedt allemaal de persoon van de werknemer. Voorts dat rekening gehouden moet worden met de omstandigheid dat de werknemer deel uitmaakt van andere verbanden dan de arbeidsgemeenschap zoals gezin, gemeente, vereniging: een werknemer heeft verschillende identiteiten. Omdat in veel gevallen de werknemer voor een aanzienlijk deel van zijn tijd zijn krachten aan de onderneming wijdt kunnen die andere identiteiten in de knel komen. Dat kan ook gebeuren doordat de filosofie van de onderneming waar de werknemer werkt, strijdig is met zijn geweten.

Het ontwikkelen en ontplooiën van vaardigheden en bezigheden zal voor een belangrijk deel in en via de arbeid geschieden, daarbuiten is simpelweg geen tijd en gelegenheid dat te doen. Het persoonlijk karakter van de arbeidsrelatie brengt ten slotte met zich dat bijzondere zorg te eisen is wat de arbeidstijd betreft. De regeling van de arbeidstijden, zowel de omvang van de verrichte arbeid als de tijden waarop, zal grote impact hebben voor de persoon van de werknemer en de privérelaties waar hij deel van uitmaakt.

Als persoon wordt iemand door zijn werknemerschap ook geraakt doordat hij *geïdentificeerd* wordt met de onderneming waar hij werkt. Iemand die bij een onderneming met een bepaalde maatschappelijke signatuur werkt, zal in zijn privéleven daarvan de invloed ondervinden, doordat hij geïdentificeerd wordt met die onderneming, of doordat de onderneming in verband met haar signatuur bepaalde eisen aan de werknemer stelt.

Er moet nagegaan worden of de behoeften en verlangens van de werknemer als persoon ertoe leiden dat van de werkgever gevegd kan worden dat hij aan de bevrediging van die behoeften en verlangens zijn medewerking verleent. Dat antwoord varieert naarmate de maatschappij verandert. In de Wet arbeid en zorg en in de Arbeidstijdenwet is een rekening houden met de gezinsomstandigheden en privébelangen in verband met zorg voor anderen geregeld. Dit is deels relatief recente wetgeving. Dertig jaar geleden werd het niet tot de verantwoordelijkheden van de werkgever gerekend de werknemer in staat te stellen de zorg voor een acute noodsituatie thuis op zich te nemen. De vraag of het belang van de werknemer acute problemen in zijn huiselijk leven op te lossen leidt tot verplichtingen van de werkgever werd toen niet gesteld, laat staan positief beantwoord.

Het persoonlijke karakter van de arbeidsrelatie heeft een ander effect aan de kant van de werkgever. Daar zal dit kenmerk vooral bij aangaan en verbreken van de arbeidsrelatie een belangrijke invloed kunnen hebben, wat vraagt om zorgvuldig afwegen tegen de belangen van de wederpartij. Bij kleine ondernemingen en bij particuliere huishoudens zal dit in het bijzonder gelden.

Binnen de arbeidsrelatie is sprake van wederzijdse afhankelijkheid. De ondernemer/werkgever is afhankelijk van de werknemers om zijn beleid te voeren. In bepaalde – uitzonderlijke – situaties zal zelfs van afhankelijkheid van een bepaalde werknemer sprake zijn, wanneer een bijzondere deskundigheid of positie op de markt van die werknemer aanwezig is. Werknemers zijn van de werkgever afhankelijk voor hun bestaanszekerheid. Deze laatste afhankelijkheid heeft in de meeste gevallen betrekking op een bepaalde werkgever. Verlies van die relatie betekent bedreiging van de bestaanszekerheid.

e. Ieder rechtsgebied kent zijn eigen *beginselen*: uitgangspunten die een rol spelen bij het bepalen van de doelstellin-

gen, methoden en inhoud van het betreffende rechtsgebied. Waar gaat het om bij dit stuk van het recht? Welke gedachte is richtinggevend? Het antwoord op die vraag wordt in voortdurende maatschappelijke en juridische discussie gezocht. De discussie vindt plaats op nationaal niveau, bijvoorbeeld in de (vak)literatuur en bij het tot stand brengen van wetgeving. Een van de in de literatuur genoemde beginselen van het sociaal recht is het beginsel van ongelijkheidscompensatie. De erkenning dat er sprake is van een verschil in sociale en economische macht tussen werkgever en werknemer heeft geleid tot verscheidene reacties.

Een van die reacties is dat de wet een aantal voorschriften geeft waarvan afwijking niet is toegestaan, ja zelfs nietig is. De overweging dat de werknemer niet in staat is met voldoende kracht zijn eigen belangen te verdedigen heeft de wetgever ertoe gebracht sommige afspraken ontoelaatbaar en nietig te verklaren. De wettelijke regeling levert dan compensatie voor de economische en sociale ongelijkheid die de onderhandelingspositie van een van de partijen zozeer ondermijnt, dat voor het gewenste, rechtvaardig geachte resultaat ingrijpen in de partijautonomie noodzakelijk is. Niet alleen door dergelijk ingrijpen poogt de wetgever de machtsongelijkheid te compenseren. Dat gebeurt ook door het ondersteunen van het optreden van collectiviteiten, zoals hierboven uiteengezet.

Een ander beginsel dat in het arbeidsrecht tot uitdrukking komt is het beschermingsbeginsel. Het arbeidsovereenkomstenrecht beoogt de ene partij, de werknemer, te beschermen tegen de bedreigingen die het gevolg zijn zowel van de arbeid zelf van als de sociale en economische condities waaronder hij zijn arbeid ter beschikking stelt. Bij die bescherming heeft de werkgever een uitdrukkelijke rol. De bescherming tegen de gevaren van de arbeid zelf moet hij bijvoorbeeld bieden op grond van een bepaling van het Burgerlijk Wetboek. De bescherming tegen de gevolgen van de sociaal-economische positie van waaruit de werknemer zijn arbeid ter beschikking stelt vinden we in de

regels die de loonbetaling van waarborgen voorzien en onder meer in de regels die voorschrijven dat bij opzegging een termijn in acht genomen moet worden.

f. De *werkgeverspartij* kan allerlei gedaanten aannemen. Van de persoonlijke, kleine eenmanszaak waarin ook van de kant van de werkgever sprake is van een bijzondere persoonlijke betrekking, tot een rechtspersoon waarin de dagelijkse leiding in handen is gelegd van functionarissen die op hun beurt ook werknemers zijn. In vele gevallen is de werkgever een anonieme figuur, een rechtspersoon, terwijl de werknemer als persoon bij de arbeidsovereenkomst betrokken is. In gevallen waar het gaat om kleine werkgevers, in het midden- en kleinbedrijf of in de particuliere huishouding bijvoorbeeld, is echter zeer wel denkbaar dat goed werknemerschap de werknemer verplicht met privéomstandigheden van de werkgever rekening te houden.

Kenmerk van de werkgeverspartij is voorts dat hij belast is met de behartiging met verscheidene belangen, zowel economische als sociale. De werkgever moet bovendien aandacht schenken aan collectieve belangen, naast het individuele belang van de onderscheiden werknemers. Ook belangen buiten de onderneming zelf spelen een rol bij de keuzen die de werkgever maakt. Dat gaat om de effecten die het ondernemingsbeleid heeft op de economie, op het milieu, op de maatschappij, enzovoort.

Het bijzondere is dat de ondernemer bij de keuzen die hij maakt en bij het beleid dat hij voert, zich moet bedienen van de werknemers. Via de werknemers moet de onderneming ook haar rol ten opzichte van de collectiviteit van werknemers spelen, en ten opzichte van de buitenwereld en de toekomstige generaties. De werkgever heeft werknemers voor de vervulling van al zijn taken nodig. Arbeidsrechtelijke regelingen erkennen uitdrukkelijk het bedrijfs- of dienstbelang als factor die bij beslissingen over de rechten en plichten van werknemers meegenomen moet worden. Een voorbeeld is te vinden in de Wet aanpassing

arbeidsduur. Deze wet geeft de werknemer het recht zijn arbeidsduur aan te passen. De wet geeft tevens nauwkeurig aan onder welke omstandigheden welke belangen van de onderneming niettemin een rol mogen spelen. Het ondernemingsbelang zal voor grote ondernemingen andere gevolgen hebben, wat betreft de toepasselijkheid van arbeidsrechtelijke regels en wat betreft de inhoud van arbeidsrechtelijke verplichtingen. De wet maakt dan ook in veel gevallen onderscheid naar omvang van de onderneming.³

g. Ook de *werknemer* heeft, als contractspartij, bijzondere kenmerken. Een bijzonder kenmerk is de economische afhankelijkheid die met zijn positie samenhangt. De werknemer is afhankelijk *van* de arbeid, maar hij is ook afhankelijk *in* de arbeid. De werknemer is afhankelijk van de arbeid omdat de arbeid in de meeste gevallen voor hem de enige of voornaamste manier is om in het levensonderhoud te voorzien. Dit maakt dat verlies van de arbeid zijn bestaanszekerheid negatief beïnvloedt. De dreiging van verlies van de arbeidsovereenkomst heeft door die afhankelijkheid een bijzondere impact. Het kenmerk van afhankelijkheid van de arbeid eist bijzondere zorgvuldigheid bij het verbreken van de relatie. De werknemer is ook afhankelijk *in* de arbeid. Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst wordt, expliciet of impliciet, afgesproken dat de werknemer zich zal houden aan de opdrachten en aanwijzingen hem door of namens de werkgever gegeven. De organisatie van een onderneming is ook niet goed denkbaar op een andere wijze dan dat leiding aan de werkzaamheden wordt gegeven. In de huidige ondernemingsstructuur wordt die leiding gegeven door of namens de werkgever. Dit brengt met zich dat de werknemer ook in de arbeid afhankelijk is. Ook dit kenmerk heeft gevolgen voor de inhoud van de rechten en plichten in de arbeidsovereenkomst. Dit kenmerk heeft de wetgever er bijvoorbeeld toe gebracht voorschriften met betrekking tot medezeggenschap tot stand te brengen. Dit

kenmerk van de werknemer kan er ook toe leiden dat de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst in algemenere zin meebrengen dat binnen de onderneming een open discussie wordt gevoerd over onderwerpen die met de arbeidsrelatie in verband staan.

4.4 AFWEGEN

Met het onderkennen van het belang van werkgever of werknemer, en het positief beantwoorden van de vraag of het belang voor erkenning binnen de arbeidsovereenkomst in aanmerking komt, is het proces van transformatie van belang naar recht nog niet voltooid. Rechtvaardigheid, dat wil zeggen honoreren van de gerechtvaardigde belangen van *alle* partijen, eist dat een afweging plaatsvindt. Gaat honorering van het belang van de een niet te veel ten koste van het belang van de wederpartij?

Een voorbeeld. Het belang van de werkgever bij onbesproken gedrag van zijn medewerkers kan zeer wel onderkend worden. Dit belang zou er zich voor lenen in de arbeidsovereenkomst als recht neergelegd en gepreciseerd te worden, of als verplichting van een goed werknemer aangemerkt te worden. Het gaat immers om gedrag dat zich laat voorstellen als een verplichting waar een recht tegenover staat. De plicht of het recht mag niet strijdig zijn met de tradities en bijzondere aspecten van het arbeidsrecht. Juist de bijzondere kenmerken van de relatie, en dan met name de omstandigheid dat het een duurrelatie betreft, maken dat dit belang als recht van de werkgever geldt. De werkgever ten slotte is voor het beschermen van zijn belang, dat ook omschreven kan worden als bescherming van zijn reputatie, afhankelijk van de werknemer die, op zijn beurt, de bescherming van dit belang in zijn macht heeft.

Of dit belang inderdaad als recht zal kunnen gelden hangt af van de belangenafweging die, na het onderkennen en erkennen van het belang, moet plaatsvinden. Wanneer het belang van de werkgever zou eisen dat een werknemer

zeer in zijn persoonlijke levenssfeer of anderszins wordt beperkt, zou de afweging van dat belang tegen het belang van de werkgever als uitkomst kunnen hebben dat aan het belang van de werkgever niet of slechts beperkt binnen de arbeidsovereenkomst het karakter van recht wordt toegekend.

Op welke wijze moet de belangenafweging plaatsvinden? Hiervan geeft het sociaal recht van de 20ste eeuw verschillende voorbeelden. De aard van het te beschermen belang aan de ene kant blijkt mede van invloed te zijn op het aantal en type omstandigheden (dus: soort belangen) dat aan de andere kant wordt meegewogen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat bij de vraag of terecht een onverwijld ontslag is gegeven, alle omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang, in ogenschouw moeten worden genomen.⁴ Wanneer het gaat om gedrag dat discriminerende effecten heeft, mogen alleen argumenten aan de andere kant gewogen worden waaruit blijkt dat met de gewraakte handeling een legitiem doel werd beoogd, en dat de gewraakte handeling tot dat doel nuttig en noodzakelijk was, terwijl de gewraakte handeling in een juiste verhouding stond tot het te bereiken doel. Wanneer het te wegen belang een maatregel is die op het vrij verkeer van werknemers, een van de grondbeginselen van de Europese Gemeenschap, inbreuk maakt, is de maatregel volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap slechts toelaatbaar 'wanneer hij een legitieme, met het Verdrag verenigbare doelstelling nastreeft en zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de toepassing van de betrokken maatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling te verzekeren en niet verder gaan dan ter bereiking van deze doelstelling noodzakelijk is.'⁵ De Hoge Raad heeft in een al wat oudere uitspraak een model gegeven voor het afwegen van belangen die essentieel geacht worden, en waarvan de behartiging alleen door medewerking van de werkgever kan plaatsvinden, tegen het

belang van de werkgever bij het ongestoord voortgang vinden van de productie. In dat geval ging het om een verzoek van de werknemer om vrijaf voor het vervullen van godsdienstige plichten. De Hoge Raad besliste dat de werkgever, wanneer de werknemer over voldoende vrije dagen beschikt, aan het verzoek tot vrijaf gevolg moet geven, tenzij de belangen van de werkgever ernstig worden geschaad door de afwezigheid van de werknemer op die dag.⁶ De wetgever daarentegen laat bij het honoreren van het belang van vrijaf wegens de noodzakelijke verzorging van een zieke echtgenoot of kind geen ruimte voor belangen van de werkgever: op zulk verlof heeft de werknemer, althans gedurende een bepaalde korte periode, recht.⁷ Deze ‘royalere’ houding van de wetgever is neergelegd in wetgeving die circa twintig jaar jonger is dan het betreffende arrest.

Een vaste regel voor de afwegingsmethodiek is niet te geven. Aanwijzing kan zijn de sfeer waarin het door het ‘tegenrecht’ bedreigde recht zich bevindt. Daarbij valt op dat het belang van de organisatie of de beheersing van de onderneming vaak hoog wordt aangeslagen. Ook wordt – onder invloed van het Europees recht – aan gelijke behandeling veel gewicht toegekend.

4.5 CONCLUSIE

Het gaat bij rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst om belangen van werkgever of werknemer. Belangen die daarbuiten staan komen niet direct in aanmerking om vertaald te worden in rechten en plichten binnen de arbeidsovereenkomst. Van belangen als het goed functioneren van de arbeidsmarkt, het realiseren van een evenwichtige groei, het terugdringen van het beroep op de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen moet nagegaan worden of zij belangen van (een van de) contractspartijen zijn: is dat niet het geval, dan ligt de bescherming van die belangen binnen de arbeidsovereenkomst niet voor de hand. Ook overigens moet een belang voldoende passen binnen de arbeidsrela-

tie, gezien de specifieke aspecten daarvan, om als recht dan wel plicht van werkgever of werknemer aangemerkt te kunnen worden.

Niettemin moet het belang van de partijen van de arbeidsovereenkomst niet te eng als uitsluitend individueel eigenbelang worden opgevat. Het karakter van de arbeidsovereenkomst, de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst een door het recht beheerste relatie is, en de bijzondere kenmerken van de contractspartijen, leiden ertoe dat ook buiten de strikt individuele belangen van contractspartijen gekeken moet worden om na te gaan of er sprake is van verplichtingen en rechten van de partijen. De omstandigheid dat de werknemer als persoon, en in hoge mate, betrokken is bij de arbeidsovereenkomst leidt ertoe dat ook met buiten de enge sfeer van de individuele belangen gelegen belangen rekening gehouden moet worden. De werknemer is een persoon die familiale, maatschappelijke en morele verplichtingen heeft. Uitdrukkelijk is die stap in een aantal gevallen al door de wetgever gezet. Steeds moet nagegaan worden of erkenning van bepaalde belangen in het kader van de arbeidsovereenkomst een eis van rechtvaardigheid is. De positie van de werknemer, maar ook de positie van de werkgever en de onderneming in de maatschappij, geeft aanleiding de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst niet te beperkt te formuleren.

NOTEN

- 1 Bedoeld is dat hier van een privaatrechtelijke relatie sprake is. Het gebruik van het woord 'burger' sluit niet uit dat aan werkgeverskant een rechtspersoon, en niet een natuurlijke persoon, optreedt.
- 2 HR 14 september 2007, JAR 2007/250 (Hyatt/Dirksz), zie W.L. Roozendaal, Ara 2008, nr. 1.
- 3 Het onderzoek van S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht* (dissertatie Nijmegen 2006), wijst een aantal regelingen

aan waarin de omvang en kwaliteit van de rechten van werknemers mede afhankelijk is van de omvang van de onderneming waar zij werkzaam zijn.

- 4 HR 21 januari 2000, JAR 2000/45.
- 5 HvJ EG 16 maart 2010, nr. C-325/08.
- 6 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350.
- 7 Wet arbeid en zorg art. 5:1.

5. Rechtvaardigheid nu

5.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 heb ik betoogd dat het werken van de markt, voor zover dat opgevat wordt als het streven naar (puur) financieel gewin, niet richtingbepalend kan en mag zijn voor het sociaal recht. Het vertrouwen op (puur) financiële prikkels als besturingsinstrument van maatschappelijke verhoudingen schiet per definitie tekort. De verhouding van werkgever en werknemer moet immers geladen zijn met rechtvaardigheid, dat wil zeggen dat honorabele belangen van beide partijen onderkend, erkend en tegen elkaar afgewogen worden om een rechtvaardig resultaat te bereiken.

Hier en nu hebben wij de opdracht de rechtvaardigheid opnieuw uit te vinden en invulling te geven, passend voor de maatschappij en de tijd waarin wij nu leven. Daarbij moeten we acht slaan op de twee in hoofdstuk 1 genoemde signalen die waarschuwen dat we onze opdracht, het bereiken van een rechtvaardige samenleving, uit het oog aan het verliezen zijn. Het eerste waarschuwingssignaal is dat de regel losgezongen is van het doel van het recht, en niet rechtvaardigheid zoekt maar dienstbaar is aan de markt. Het tweede is dat onrecht en onrechtvaardigheid onbedreigd voortbestaan.

In dit hoofdstuk gaat het om de inhoud van rechtvaardigheid hier en nu. Dat wil zeggen: te onderzoeken is welke belangen van werkgever en werknemer we hier en nu onderkennen. Daarna komt de vraag of die belangen binnen de arbeidsovereenkomst erkenning moeten krijgen, en welk gewicht zij moeten krijgen in de afweging tegen de belangen van de wederpartij.

Dat *andere* belangen dan voorheen erkenning vragen ligt voor de hand. Door maatschappelijke veranderingen komen andere belangen van werkgever en werknemer dan voorheen naar voren. Hoofdstuk 3 heeft laten zien dat de maatschappelijke en economische situatie waarin partijen zich bevinden voor een belangrijk deel bepalend zijn voor de belangen die zij hebben. Dit geldt zowel voor werkgever als voor werknemer. De constatering dat de maatschappelijke en economische situatie in de laatste honderd jaar sterk is veranderd en dat daardoor ook de positie en mogelijkheden van de werknemer veranderd zijn, is zoals al eerder gemeld door Van der Heijden en Noordam beschreven in hun pre-advies aan de Nederlandse Juristenvereniging van 2001.¹ De economische en sociale veranderingen die met name de informatisering en mondialisering voor ondernemingen met zich brengen, zijn in beeld gebracht door Thomas Friedman in zijn boek *The World is Flat*.²

Een en ander mag echter niet doen vergeten dat een aantal basisbelangen *onveranderd* is gebleven. Deze belangen krijgen misschien alleen daarom minder articulatie omdat de bescherming ervan goeddeels in wetten, cao's en jurisprudentie is vastgelegd. Afhankelijkheid van arbeidsinkomen is echter, om een voorbeeld te noemen, nog steeds een realiteit voor de meerderheid van de werknemers. De constatering dat de wereld veranderd is, dat anders geëquipeerde werknemers een bijdrage leveren aan een resultaat dat in anders uitgeruste ondernemingen tot stand komt, verandert daar niets aan. De behoefte aan bestaanszekerheid blijft. De omstandigheid dat bescherming van die zekerheid thans in wetten en regelingen is vastgelegd, betekent dat als we spreken over rechtvaardigheid hier en nu we niet op de bodem beginnen: we bouwen voort op een fundament dat gelegd is. Wanneer de positie van de werknemers verbeterd is vergeleken met honderd jaar geleden, is dat mede dankzij de bescherming die het sociaal recht hem in die honderd jaar heeft geboden. De verbeterde positie kan geen argument zijn om de bescherming waar hij op steunt, af te breken.

5.2 BELANGEN ONDERKENNEN

Wat zijn de belangen, samenhangend met recente maatschappelijke ontwikkelingen, die hier en nu onderkend moeten worden? Wat betekenen recente maatschappelijke ontwikkelingen voor werknemers en werkgevers? In vroeger jaren richtte het sociaal recht zich op het doel: oplossing van bestaansonzekerheid, armoede, machteloosheid in het werk. Waarop moet het recht zich nu richten? Welke inhoud heeft de *rechtvaardigheid* die ook de arbeidsovereenkomst moet doordringen, anno 2010?

Voor het onderkennen van de belangen van werkgever en werknemer die de rechtvaardigheid hier en nu kleuren is nodig de relevante maatschappelijke ontwikkelingen te bezien. Ik zal mij niet vertillen aan een beschrijving van de vele, onderling samenhangende ontwikkelingen die tot een wijziging van de methoden, verhoudingen en belangen in ondernemingen hebben geleid, kwantitatief en kwalitatief te vergelijken met de industriële revolutie. Ik volsta met het samenvatten van die ontwikkelingen in de trefwoorden verschuiving van landbouw en industrie naar diensten, mondialisering en informatisering. De verschijnselen die met die trefwoorden worden aangeduid hangen samen. Het gaat over het wegvallen van natuurlijke beperkingen en handelsbarrières die samenhangen met de plaats waar een bedrijf gevestigd is, en het ten gevolge daarvan toenemen van de internationale handel en concurrentie tussen bedrijven. De verbeterde transportmiddelen dragen bij aan de ontwikkeling van internationale handel en het ontstaan van een globale markt. De mondialisering is mogelijk gemaakt door de verbetering van de communicatiemiddelen. In de eerste plaats internet, waardoor contacten gemakkelijker en efficiënter onderhouden kunnen worden.

De maatschappelijke veranderingen nopen ondernemingen tot aanpassing. De toegenomen behoefte aan flexibilisering, waarover hiervoor al is geschreven, komt voort

uit de snelheid waarmee markten en afzetmogelijkheden verschuiven. Het streven naar kostenbeheersing krijgt nieuwe impulsen door de mogelijkheid veel meer dan voorheen te outsourcen en productie in landen met lage lonen te laten plaatsvinden. De ten gevolge van de globalisering en liberalisering van de arbeidsmarkt zich voordoende mogelijkheden leiden tot migratiestromen waardoor kostenbesparingen op arbeid in landen met een hoger loonniveau via bijvoorbeeld grensoverschrijdende detachering van werknemers (Poolse aspergestekers) kan plaatsvinden. Thomas Friedman beschrijft in het al genoemde *The World is Flat* de wijze waarop informatie- en communicatietechnologie globalisering mogelijk maakt en arbeid naar werknemers ver weg brengt. Die ontwikkeling leidt tot – door Friedman als zegenrijk beschreven – globale competitie en verhoging van de levensstandaard van de middenklassen in India bijvoorbeeld en tot een andere kwaliteit van dienstverlening (overnight, binnen een dag). Dat kan behalve voor de onderneming ook zegenrijk zijn voor de consument en voor de werknemers in landen waarnaar de outsourcing plaatsvindt.

Een direct in het oogspringende tegenkant van de zegeningen van outsourcing en detachering is de toegenomen concurrentie op de arbeidsmarkt die de werknemers door dergelijke processen ondervinden. Een keerzijde van de zegeningen is ook de verdergaande fragmentering van productieprocessen. Richard Sennett beschrijft in *The Corrosion of Character*³ de consequenties van het werken in wat hij het nieuwe kapitalisme noemt, voor de werknemers. Een van de kenmerken van het werken in het nieuwe kapitalisme is, zo stelt hij, dat taken niet klip en klaar omschreven zijn. De functie-inhoud wordt nader ingevuld en vaak gewijzigd. Werknemers ondervinden daardoor in toenemende mate onzekerheid en missen samenhang in hun taken. Zij hebben het gevoel dat hun unieke bijdrage niet meer van waarde is. De moderne manier van werken wordt gekenmerkt door een zwakke loyaliteit en toewijding (com-

mitment) aan het werk, observeert Sennett.⁴ Hoe zit het dan met de inherente waardigheid van het werk? Het besef van de werknemer dat er samenhang tussen de verschillende taken is, draagt bij aan de inherente waardigheid van het werk. Inherente waardigheid in het werk is een belang dat reeds door Diderot onderkend werd.⁵ De moderne manier van werken vormt een bedreiging voor de klassieke methoden van het op peil brengen van de waardigheid van de werknemers omdat er geen beroep wordt gedaan op hun vakbekwaamheid, en geen appel op hun loyaliteit en creativiteit. Een gebrek aan duurzame menselijke relaties en duurzame doeleinden wordt gevoeld. Hoe is het besef van loyaliteit, toewijding en doel terug te brengen in de arbeid?

De malaise wordt mede veroorzaakt doordat werknemers niet meer de richting en het doel van hun arbeid beleven. Het productieproces is gefragmenteerd, de bijdrage aan het productieproces niet duurzaam. Onder die omstandigheden ligt het ervaren van zinloosheid van de arbeid voor de hand. Het bevorderen van de gemeenschapszin van werknemers, het bevorderen van de inherente waardigheid van werknemers, het vergroten van de mogelijkheid dat werknemers verantwoordelijkheid nemen, dienen zich derhalve aan als werknemersbelang.

Tot de relevante maatschappelijke ontwikkelingen behoren ook de explosief toegenomen informatie- en communicatiemogelijkheden. Daardoor worden niet alleen de hierboven beschreven ontwikkelingen als outsourcing en het op andere wijze gebruik maken van arbeid in andere landen en werelddelen bevorderd. Ook worden door die informatie en communicatie werknemers bewust gemaakt van hun positie als wereldburgers, en ondernemingen van hun positie in de wereld en het effect van hun daden op de wereld.

Welke belangen van werkgever en werknemer kunnen we in deze veranderde maatschappij onderkennen? We moeten beseffen dat belang niet per se betekent eigenbelang. Sen⁶ zet zich af tegen de gedachte dat mensen zelf-

zuchtig op zoek zijn naar vergroting van hun eigen welzijn en financiële welvaart. Hij bekritiseert de gedachte dat mensen rationeel handelen als zij puur hun eigenbelang zoeken. In *Sens mensbeeld*, en ik voel mij door zijn argumentatie overtuigd, zijn mensen morele wezens. Zij streven naar een goed leven, ook in de zin van moreel, ethisch goed. Het zich bekommeren om het welzijn van anderen is daarbij een opdracht. De erkenning van dit soort bovenmateriële belangen is niet nieuw. In de christelijke leer is de gedachte dat geven zaliger is dan ontvangen ferm verankerd.⁷ Een gedachte die in de evangeliën is terug te vinden, en die ook Boeddha formuleerde, houdt in dat het belang van de mens ook wordt gediend doordat hij het belang van anderen dient. De verplichting te delen met de machtelozen, en de verantwoordelijkheid voor minderbedeelden, vloeit volgens Gautama Boeddha voort uit de asymmetrie van de macht, uit het machtiger – rijker – zijn dan anderen.⁸ Ook de behoefte loyaal te zijn is aanwijsbaar. Sen wijst erop dat het streven goed te zijn en bij te dragen aan het welzijn van anderen, onderdeel van het menselijk leven is. Waarop zal het geven, dat tot de basisbehoeften van de mens behoort, zich richten? Hier spelen de mondialisering en de ontwikkelde informatie- en communicatietechniek ook een rol. Het besef dat we onderdeel zijn van een keten gebruikers van de aarde, maakt dat we ons bewust zijn van onze verbondenheid met en verantwoordelijkheid tegenover de bewoners van de wereld en de leden van toekomstige generaties. Het lidmaatschap van de mondiale gemeenschap eist solidariteit met de noden en verlangens van die mondiale wereld. Die noden en verlangens worden ons onontkoombaar duidelijk gemaakt door de moderne communicatiemiddelen. Bovendien moeten we ons realiseren dat een mens niet door één identiteit, bijvoorbeeld werknemer, wordt gekenmerkt, maar dat hij lid is van verschillende groepen. Ook burger, vader, consument, lid van een vereniging, kiezer enzovoort zijn identiteiten, naast het werknemerschap, die een mens definiëren.⁹ En de huidige mens is tevens wereldburger.

Het gaat er dus om zaken op het spoor te komen die aan de belangen van werknemers en ondernemingen *in hun verschillende identiteiten* recht doen.

De eisen die aan de werknemer worden gesteld mogen niet conflicteren met, nee, moeten bijdragen aan de verantwoordelijkheden en behoeften die hij heeft als lid van de verschillende gemeenschappen. Bijdragen aan een rechtvaardiger samenleving is ook bijdragen aan rechtvaardiger arbeidsverhoudingen, recht doen aan een van de basisbehoeften van de (arbeidende) mens. De werknemer moet ook in zijn hoedanigheid van werknemer bijdragen aan de realisering van de verantwoordelijkheden voor het economisch leven, het milieu en het welzijn van mensen, ook toekomstige. Daarbij speelt ook de behoefte trots te zijn op het werk dat men doet, zoals Sennett in zijn genoemde boek signaleert.

Er is ook een economisch belang aan werknemerskant bij het tonen van solidariteit te signaleren: de bescherming tegen oneerlijke concurrentie en onderbieding op de arbeidsmarkt. Als bewoner en gebruiker van de omgeving van de onderneming ten slotte heeft de werknemer er een eigen belang bij dat de onderneming zorgvuldig met het milieu omgaat.

Daarvan plukt de werknemer als burger, als bewoner van de aarde, en als mogelijke concurrent op de arbeidsmarkt de vruchten. Bovendien wordt daardoor tegemoet gekomen aan de behoefte trots te kunnen zijn op het bedrijf waar hij werkt, en daarmee loyaal te kunnen zijn. Het bovenstaande betekent de onderkenning van de belangen van werknemers bij fatsoenlijk ondernemersgedrag, bij maatschappelijk verantwoord ondernemen door de onderneming waar zij werkzaam zijn.

Ook aan de kant van de ondernemer speelt het belang van fatsoenlijk opereren een rol. In het voorbeeld uit hoofdstuk 1 wilde de ondernemer een beleid gaan voeren waarbij

niet gebruik gemaakt wordt van door kinderarbeid tot stand gekomen producten. Het belang van de onderneming ligt in de basisbehoefte fatsoenlijk op te treden, en wordt nog bevestigd door recente discussies en regelgeving betreffende Corporate Governance.

Er zijn voorts ook aan ondernemers/werkgeverskant economische argumenten om maatschappelijk verantwoord ondernemen te zien als verplichting van de onderneming tegenover de werknemers. De werkgever moet zorg dragen voor de continuïteit van de onderneming. Is hij daarbij geholpen als hij dat doet op een wijze die maatschappelijk verantwoord kan worden genoemd?¹⁰ Het betreffende handelen draagt bij aan het behalen van ondernemingsdoelen. In dat verband is aan de orde dat het beleid de omzet en de kwaliteit van productie of dienstverlening kan doen stijgen. Voorts is de vraag of het beleid de aantrekkelijkheid van de onderneming als werkgever doet stijgen. Ook overigens is imagowinst een mogelijk, en beoogd, effect van het beleid. Het beleid kan ook leiden tot beter gemotiveerd en loyaler personeel, omdat het mede tegemoet komt aan de hierboven aangeduide belangen van werknemers, wat bevorderlijk is voor innovatie.

5.3 BELANGEN ALS AANSPRAKEN ERKENNEN

De rechtvaardigheid binnen de arbeidsverhouding betekent dat de rechtvaardigheid ook buiten de arbeidsverhouding wordt nagestreefd, voor zover dat binnen de mogelijkheden van de arbeidsrelatie ligt. Rechtvaardigheid binnen de arbeidsverhouding brengt met zich dat zowel de werknemer als de werkgever gezien wordt in zijn diverse rollen en posities. Zoals we de werknemer ook zien in zijn positie als lid van een familie, en daar rekening mee houden, zo moeten we de ondernemer ook zien als onderworpen aan de wetten en regels van een bepaald land, en daar moeten de werknemers rekening mee houden.

Verdiene deze belangen van werkgever/onderneming

en werknemer *erkenning* in de arbeidsovereenkomst? Moet het belang van de werknemer dat zijn werkgever zich op een maatschappelijk verantwoorde manier gedraagt en hem in staat stelt zich als fatsoenlijk burger te gedragen beschouwd worden als recht uit de arbeidsovereenkomst? Het zich gedragen op een maatschappelijk verantwoorde manier bij het uitvoeren van de werkzaamheden, en het zich inzetten voor innoveren en het ontwikkelen en innovatie van maatschappelijk verantwoorde methoden, kortom het door iedere deelnemer aan het bedrijf streven naar maatschappelijk verantwoord ondernemen is een essentiële en noodzakelijke bijdrage om het ondernemingsdoel te bereiken. Het voorbeeld in hoofdstuk 1, dat ging over de werknemers die de andere kant uitkeken als hun collega's op niet-zorgvuldige wijze afval loosden, geeft dat aan. Het bijdragen aan een rechtvaardiger samenleving is een wezensbehoefte en een fundamentele verplichting van mensen. Omdat werknemers hun menselijke expressie voor een belangrijk deel vinden binnen de arbeidsovereenkomst, moet ook binnen die overeenkomst dit aspect een rol spelen, naast aspecten als bestaanszekerheid, ontplooiing, enzovoort. Aan de andere kant is het bijdragen aan een betere samenleving, althans het voorkomen dat schade wordt toegebracht aan de samenleving, een wezensplicht van ondernemingen. Voor het vervullen van die wezensplicht heeft de onderneming haar werknemers nodig.

Toch moeten we ons afvragen of maatschappelijk verantwoord ondernemen en zich als fatsoenlijk burger gedragen niet per definitie een activiteit is die de grenzen van de arbeidsovereenkomst te buiten gaat. Het kenmerkende van maatschappelijk verantwoord ondernemen is toch dat het zich uitstrekt buiten de grenzen van de onderneming. Dat het gaat om de plaats van de onderneming in de maatschappij, in de regio, in de wereld, en de invloed die zij daarop uitoefent. Dat het gaat om betrokkenheid bij en respect voor stakeholders, waarbij niet in de eerste plaats is gedacht aan werknemers en aandeelhouders, maar aan anderen die

de gevolgen van het ondernemingshandelen ondervinden. Het gaat om omwonenden, om mensen in landen waaruit de onderneming importeert, aan landen waarnaar de onderneming zijn producten en afval exporteert. Het gaat om gedrag op markten.

Essentieel voor maatschappelijk verantwoord ondernemen is dat bij de beslissingen die dat gedrag bepalen niet (alleen) financiële argumenten, overwegingen in verband met de financiële positie of zelfs de continuïteit van de eigen onderneming een rol spelen, maar dat ook de belangen dáár, de belangen buiten de onderneming, buiten de regio, in de wereld, sterk meewegen. Welke redeneringen kunnen er dan toe leiden dat die belangen dáár, van mensen die ver van het bed van werkgever en werknemer staan, mede antwoord geven op de vraag of werkgever en werknemer aan hun verplichtingen tegenover elkaar voldoen? Met andere woorden, hoe kunnen we beargumenteren dat goed werkgeverschap en goed werknemerschap niet alleen betrekking hebben op prestaties die de wederpartij in enge zin ten goede komen, maar ook op prestaties ten behoeve van anderen, ver weg, later?

Een eerste antwoord is dat het begrip naaste door de ontwikkelingen in de communicatie een andere inhoud heeft gekregen. De naaste is degene van wiens wel en wee we op de hoogte zijn, en bij wie we betrokken zijn. Het betreft ook mensen in andere landen, het betreft ook volgende generaties. In onze geglobaliseerde wereld zijn er veel meer samenhangen dan die welke door de contractband tot stand komen en worden gestructureerd. Dat is overigens een constatering die het Nederlandse burgerlijk recht al heel lang doet in het leerstuk van de onrechtmatige daad: verbintenissen kunnen ook ontstaan anders dan uit overeenkomst. Verbintenissen: verplichtingen tot fatsoenlijk gedrag, tot vermijden van schade, vloeien voort uit de omstandigheid dat wij allen deelgenoot zijn aan dezelfde maatschappij.

Het tweede argument is dat de werkgever er wel degelijk zelf (ook economisch) belang bij heeft dat de werknemer zich als maatschappelijk burger gedraagt en bijdraagt aan het maatschappelijk verantwoord ondernemen. Maatschappelijk verantwoord ondernemen brengt immers allerlei voordeel met zich. Vaak wordt reputatiewinst genoemd. Het kan ook het toegang krijgen tot nieuwe markten zijn.

Het derde argument is dat ondernemen op een wijze die maatschappelijk verantwoord is een doel op zichzelf is dat de onderneming nastreeft, omdat dat tot zijn doeleinden *moet* behoren: de onderneming kan niet voortbestaan wanneer zij zich eenzijdig en geïsoleerd opstelt. Van schade aan het milieu zal de onderneming vroeger of later, zelf of in haar opvolgers, de schade ondervinden. Onzorgvuldig omgaan met mensen, met lokale bevolking of gedogen dat mensenrechten geschonden worden, zal de positie van die onderneming op de lokale arbeidsmarkten verslechteren. Bijdragen aan goede arbeidsvoorwaarden ook bij de leveranciers, zorg voor onderwijs en bestrijding van armoede leggen de fundamenten voor gezonde afzetmarkten, voor goed opgeleide en gemotiveerde medewerkers, voor goede en veilige grondstoffen.

En er is een vierde argument, dat betrekking heeft op imago. Wanneer wij ons schamen voor de slavernij van vorige eeuwen, wanneer wij ons schamen voor de vervuiling die wij en onze voorouders hebben aangericht, wanneer wij ons schamen voor het kortetermijndenken en het graaien op de financiële markten van het begin van de 21ste eeuw, is dat op zichzelf een argument om ernaar te streven de schaamte te voorkomen en ondernemingshandelen te creëren dat gezien mag worden en waar we trots op zijn. Dat geldt ook voor de bijdragen van werknemers aan het ondernemingshandelen. Als we zien dat maatschappelijk verantwoord ondernemen een zakelijk en moreel en het imago betreffend ondernemingsdoel is, is het duidelijk dat ook het bijdragen aan het bereiken van dat doel tot de verplichtingen van de werknemer behoort.

Een juridisch argument voor het erkennen van maatschappelijk verantwoord ondernemen als onderdeel binnen de arbeidsovereenkomst kan als vijfde naar voren gebracht worden. Maatschappelijke elementen van het ondernemen hebben reeds voor een deel van de ondernemingen rechtens erkenning hebben gevonden. De Corporate Governance Code 2008¹¹ heeft in Best Practices II.1.2. en III.1.6 de invulling van de behoorlijkheid van ondernemingsbestuur met elementen van maatschappelijk verantwoord ondernemen erkend.

Op de zesde plaats, ook op grond van andere normen zijn verplichtingen van de ondernemer in verband met maatschappelijk verantwoord ondernemen erkend.¹² (Verslagleggen over) bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen ligt dus in de sfeer van de verplichtingen van de werkgever. Voor het realiseren van zijn verplichtingen heeft hij werknemers nodig, die op hun beurt mogen verwachten dat de werkgever ook deze verplichting naleeft.

Hoe zit het aan de kant van de werknemers? Welke argumenten zijn er om maatschappelijk gedrag van de werkgever als een eigen belang van de werknemer en als aanspraak of plicht uit de arbeidsovereenkomst te zien? Welke belangen moeten erkenning vinden in de arbeidsovereenkomst? Dat wil zeggen welke belangen moeten een rol spelen bij het vaststellen van wat de rechten en wat de verplichtingen zijn uit de arbeidsovereenkomst? Niet alle belangen van de werknemer kunnen op het bordje van de werkgever worden gelegd. Is bijvoorbeeld het belang van een werknemer in de buurt van goede scholen voor zijn kinderen te wonen, een belang dat de werkgever zich moet aantrekken? Is het belang bij goede gezondheidszorg een belang dat de werkgever zich moet aantrekken? Er zijn voorbeelden van (grote) werkgevers die het tot hun personeelsbeleid rekenen voor huisvesting, sportverenigingen enzovoort zorg te dragen. Maar hoort dit in het algemeen tot de verplichtingen uit arbeidsovereenkomst? Is het belang van de werkne-

mer bij te dragen aan opbouwwerk in een rampgebied een belang dat de werkgever verplicht is te beschermen? Sommige werkgevers stellen hun werknemers daartoe in staat. Behoort het tot de verplichting van (alle) goede werkgevers om dit belang te behartigen?

In hoofdstuk 4 is een aantal criteria aangegeven waaraan een belang, gegeven bepaalde aspecten van de arbeidsovereenkomst, moet voldoen om te kunnen worden erkend als belang binnen de arbeidsovereenkomst, en te leiden tot aanspraken en verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst. In hoofdstuk 1 zijn vier voorbeelden geschetst van dilemma's die juist betrekking hadden op maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk burgerschap. Ik pas nu de criteria van hoofdstuk 4 toe op de voorbeelden van hoofdstuk 1.

Het eerste voorbeeld betrof Van Dullemen, Spaarmans en Jalkens, werkzaam bij het grote bouwbedrijf Hanzen, die onbetaald verlof vragen om daadwerkelijk hulp te kunnen bieden in een door een natuurramp getroffen gebied. Kan dit, door de verlofvraag uitgedrukt, belang als aanspraak uit de arbeidsovereenkomst aangemerkt worden? Het is een aanspraak die denkbaar is in de rechtsfiguur van de tweezijdige verbintenis. De actie zou kunnen passen binnen de tradities van het arbeidsrecht, waarin de solidariteit een belangrijke rol speelt. Wel moet opgemerkt worden dat het niet een specifiek arbeidsrechtelijke solidariteit betreft, bijvoorbeeld gericht op werknemers in het rampgebied. Het erkennen van een dergelijk recht lijkt te passen bij de bijzondere aspecten van het rechtsgebied, namelijk dat ook aandacht bestaat voor belangen buiten de enge kring van de contractspartijen. Tegen dit laatste kan ingebracht worden dat het traditioneel gewoonlijk gaat om belangen die rechtstreeks invloed ondervinden van wat binnen de arbeidsovereenkomst gebeurt. Bij dit voorbeeld lijkt dat niet het geval. De bijzondere kenmerken van de relatie, namelijk dat het een duurrelatie betreft die boven-

dien een groot deel van de tijd van de werknemers in beslag neemt, maken dat het realiseren van dit belang van de werknemer, anders dan door inwilliging van het verzoek door de werkgever, niet mogelijk is. De werknemers hebben dus de werkgever nodig voor het verwezenlijken van hun belang. Deze actie past bij de beginselen van het sociaal recht, bescherming van de sociaal en economisch zwakkere. De bijzondere kenmerken van de werknemerspartij, en dan in het bijzonder de sociale en economische afhankelijkheid, brengen met zich, wederom, dat zonder medewerking van de werkgever dit belang van de werknemers niet verwezenlijkt kan worden. De bijzondere positie van de werkgever, dat hij voor het realiseren van zijn doelstellingen de werknemers nodig heeft, kan een rol spelen bij het afwegen van de belangen, maar doet geen afbreuk aan de constatering dat het belang voor erkenning als aanspraak op grond van de arbeidsovereenkomst aangemerkt kan worden.

In het in hoofdstuk 1 gegeven voorbeeld van de broodfabriek waar slordig met afval werd omgegaan, is de vraag aan de orde of werknemers verplicht zijn, op grond van de arbeidsovereenkomst, overtreding van voorschriften betreffende handhaving van milieuvoorschriften te rapporteren, ook wanneer zij niet een specifieke, expliciete handhavingstaak hebben. Hier is een belang van de werkgever aan de orde, namelijk het belang om aan milieuvoorschriften te voldoen. Ook een reputatiebelang is duidelijk. Deze werkgeversbelangen eisen optreden van de kant van de werknemers dat past binnen een tweezijdige verbintenis. In het bijzonder de omstandigheid dat werknemers verplicht zijn de arbeid naar beste vermogen te verrichten, en de afhankelijkheid van de onderneming voor het beschermen van zijn belang van de wijze waarop de werknemers ook wat dit punt betreft optreden, maken dat erkenning van het belang als aanspraak van de werkgever voor de hand ligt. Van de in hoofdstuk 3 genoemde aspecten zal vooral het aspect dat de werkgever bijzondere kenmerken heeft, relevant zijn. De verschillende verantwoordelijkheden van de

werkgever, en de omstandigheid dat hij voor het dragen van die verantwoordelijkheid van de inzet en loyaliteit van de werknemers afhankelijk is, leveren een argument om het behartigen van dit belang binnen de arbeidsovereenkomst te leggen. De bijzondere kenmerken van de andere partij, de werknemer, leiden ertoe dat dit niet zonder meer kan gebeuren. De afhankelijkheid van de werknemer in en van de arbeid eisen dat de werkgever zorg draagt voor bescherming van de werknemer tegen victimisatie en represailles wanneer hij zich manifesteert als klokkenluider van de misstand, het niet juist verwerken van afval. Door die zorg van de werkgever, bijvoorbeeld door een klokkenluidersregeling in het leven te roepen, kan de werkgever voorts het signaal geven dat hij het melden van misstanden een belangrijke zaak vindt.

Het derde voorbeeld, de ondernemingsraad die zich om economische redenen verzet tegen een 'kinderarbeidvrij' beleid van de onderneming, is een grensgeval. Het voeren van beleid is bij uitstek het prerogatief van de ondernemer. Het aantal beslissingen waar de ondernemingsraad instemmingsrecht bij heeft, is beperkt en betreft met name onderwerpen van sociale aard. De Wet op de ondernemingsraden geeft bij bepaalde beslissingen van economische aard adviesrecht aan de ondernemingsraad. Bij afwijken van dat advies kan de ondernemingsraad in beroep. De jurisprudentie leert dat het in beroep vooral gaat om de vraag of de juiste procedure is gevolgd, niet zozeer over de redelijkheid van het voorgenomen besluit zelf. Dus zelfs als het besluit een dergelijk beleid te voeren al adviesplichtig is, zal naar het huidige recht de invloed van de werknemers op deze beslissing zeer beperkt zijn. Wel kan de in het voorbeeld beschreven situatie gezien worden als het aangaan van een discussie die mogelijk zal leiden tot regels, afspraken waarin belangen van beide partijen worden afgewogen. Via de weg van bijvoorbeeld een convenant met de ondernemingsraad kan het bewuste onderwerp een plaats krijgen in de arbeidsrelaties in de betreffende onderneming.

Het vierde voorbeeld ging over Spencer, Bergmans en Van der Wind, werknemers bij L en F, een bedrijf dat tropische vruchten importeert. Zij achten het met hun geweten niet verenigbaar dat de ananassen geïmporteerd worden uit een land waar de vrijheid van meningsuiting is beknot. Voorheen werden de ananassen geïmporteerd uit landen waar dat niet het geval was. S, B en W weigeren daarom werkzaamheden te verrichten die met de ‘foute’ ananassen samenhangen. De werkgever reageert hierop door de werknemers te schorsen, als voorbereiding op een onverwijld ontslag wegens werkweigering. Bij het oordeel of het onverwijld ontslag terecht zou zijn, is onderdeel van de afweging of de opdracht werkzaamheden te verrichten die met ‘foute’ ananassen samenhangen redelijk is. Gewetensbezwaren van werknemers tegen de inhoud van werkzaamheden zijn in het verleden wel in de rechtspraak aan de orde geweest. Het ging bijvoorbeeld om een verpleegkundige die om gewetensredenen haar medewerking aan abortus op medische indicatie weigerde, en om een werknemer van een verzekeringsmaatschappij die zijn medewerking aan verzekering van bontjassen weigerde. Bij het oordeel of de werknemer verplicht was de werkzaamheden te verrichten, spelen verschillende overwegingen een rol en vindt een afweging plaats tussen de belangen van de werkgever en van de werknemer. Voor het betoog dat hier gevoerd wordt is van belang dat, hoezeer men de uitkomst kan bekritisieren, het belang van de werknemer als gewetensvol mens binnen de arbeidsovereenkomst tot op zekere hoogte erkenning vindt.¹³ Juist door de bijzondere kenmerken van de relatie, die een zo groot deel van het leven van de werknemer in beslag neemt, en hier wordt weer bedoeld op zijn afhankelijkheid van de arbeid, is het passend de bescherming van het geweten van de werknemer als recht in de arbeidsovereenkomst te erkennen. Of in casu inderdaad de werknemers de werkzaamheden mogen weigeren, hangt mede af van de hieronder te bespreken afweging van de belangen van de werkgever en werknemer.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat werkgever en werknemer ook tegenover elkaar de verplichting hebben bij te dragen aan fatsoenlijk ondernemen en fatsoenlijk burgerschap. De voornaamste argumenten zijn naar mijn smaak dat maatschappelijk verantwoord ondernemen een belang is van werknemers en werkgevers en dat gezien de aard van de relatie werkgever en werknemer elkaar nodig hebben om dat belang te dienen.

Waaruit bestaat die bijdrage aan maatschappelijk verantwoord ondernemen die als plicht op de werkgever en werknemer ligt? Hier kan onderscheid gemaakt worden tussen het bepalen van de inhoud van de bijdrage, het leveren van de bijdrage zelf en het handhaven van de verplichting de bijdrage te leveren.

Allereerst is het de vraag hoe de inhoud moet worden bepaald van de bijdrage die werkgever en werknemer moeten leveren aan het fatsoenlijk ondernemen. Wat moet deze werkgever, wat moet deze werknemer of wat moeten de werknemers in dit bedrijf doen? In het algemeen kan men in maatschappelijk verantwoord ondernemen de aspecten milieu, goede sociale verhoudingen en mensenrechten onderscheiden. Bij ieder van die aspecten laat zich een negatieve en een positieve verplichting denken. De negatieve verplichting van zorg voor het milieu betreft bijvoorbeeld het zorgvuldig omgaan met afval, het reduceren van geluidsoverlast, enzovoort. De positieve verplichting zou kunnen bestaan uit het doen van onderzoek, het stimuleren van creativiteit en ideeën, het uitdragen van het belang van een zorgvuldige omgang met het milieu. Bij het aspect goede sociale verhoudingen is een negatieve verplichting het afzien van het gebruik maken van social dumping. Daarmee wordt bedoeld dat ten koste van de sociale verhoudingen in een bepaald land, gebruik wordt gemaakt van goedkope arbeid uit een ander land. De positieve verplichting zou bestaan in het faciliteren van bijdragen aan goede sociale verhoudingen en charitatieve doelen door de werknemers van

het bedrijf. Wat betreft het aspect van de mensenrechten, is de negatieve verplichting het niet gebruik maken van goederen of diensten die tot stand zijn gekomen op een wijze die afbreuk aan mensenrechten doet of waarbij geprofi-teerd is van disrespect voor mensenrechten. Denk aan het verkopen van door kinderarbeid vervaardigde voetbal-len. De positieve verplichting bestaat in bijvoorbeeld het bevorderen van onderwijs in landen waar een onderne-ming zaken mee doet. Een ander voorbeeld is het gebrui-ken van handelscontacten om het punt van de vrijheid van meningsuiting of de positie van vrouwen en minderheden onder de aandacht te brengen van overheid en publiek in landen waar de betreffende onderneming zaken mee doet. Het ligt voor de hand dat het fatsoenlijk ondernemingsbe-leid past bij het algemene ondernemingsbeleid. Een bank, bijvoorbeeld, zal 'van nature' zich met microfinanciering of schuldhulp kunnen bezighouden, een bouwonderneming met behoud van bouwkundig erfgoed, een charitatieve instelling met bescherming van mensenrechten.

Hoe wordt, in de tweede plaats, de bijdrage geleverd aan de uitvoering van het betreffende beleid? Het gaat om recht doen aan belangen die verbonden zijn met de onderneming en de werknemer en zien op identiteiten van werknemer of ondernemer die onverbrekkelijk met andere identiteiten zijn verbonden. De bijdrage moet daarom geleverd worden door het behartigen van de maatschappelijke belangen in te weven in alle dagelijkse handelingen van werkgever en werknemer. Dit beleid moet vastgesteld worden bij het kiezen van strategie en beleid van de onderneming. Een bij-zondere verantwoordelijkheid ligt bij de ondernemings-raad, met name waar het gaat om het vormgeven van beleid van de onderneming.

Het onderdeel handhaven van de verplichting was aan de orde in het voorbeeld in hoofdstuk 1 betreffende het op niet juiste wijze dumpen van afval. De algemene verplich-ting bij te dragen aan maatschappelijk verantwoord onder-nemen brengt mee dat werknemers alert moeten zijn op

handelingen en situaties die maatschappelijk verantwoord ondernemen in gevaar brengen. Het hoort tot hun verplichtingen als goed werknemer ook op deze wijze bij te dragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen.

5.4 AFWEGING

Dan komen we aan het afwegen van de belangen van werkgever en werknemer tegenover elkaar.

In het eerste voorbeeld van hoofdstuk 1, het voorbeeld van het opbouwwerk in Haïti, moet het belang van de werknemers, hun bijdrage aan hulpverlening, die zij vanuit hun opvatting over fatsoenlijk burgerschap willen geven, afgewogen worden tegen het belang van de werkgever bij ongestoorde productie. Voor de afgewegingsbeslissing kan steun worden gezocht bij de wijze waarop die belangenafweging plaatsvindt wanneer verlof in verband met andere honorabele belangen wordt gevraagd, bijvoorbeeld om godsdienstige redenen. Bij die afgeweging moeten de ernst en de maatschappelijke relevantie van het belang dat de basis vormt van het verzoek uitdrukkelijk aan de orde komen. We kunnen ons ook voorstellen, als we het voorbeeld een beetje veranderen, dat de onderneming werknemers wil uitzenden naar een rampgebied om daar hulpwerkzaamheden te verrichten, zulks vanuit de door die onderneming gevoelde maatschappelijke verantwoordelijkheid. Tegen het belang van de onderneming, de medewerking van haar werknemers te hebben aan inzet voor een specifiek aspect van fatsoenlijk burgerschap (hulp aan een rampgebied), moet afgewogen worden het belang dat de werknemer heeft om medewerking te weigeren. Daarbij komt het me voor dat de bijdrage niet in redelijkheid gevergd zou kunnen worden indien de medewerking van de werknemer een bedreiging vormt voor zijn grondrechten, bijvoorbeeld het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit. Wanneer de uitzending naar Haïti, in verband met de noodhulp, bedreiging van de lichamelijke integriteit van de werknemer

inhoudt (bijvoorbeeld omdat de situatie aldaar nog verre van stabiel is), dan zou dat een goede reden zijn om het belang van de werknemer te laten prevaleren boven het belang van de werkgever.

Hoe verder af te wegen? Zouden elementen in de afweging kunnen zijn de overweging dat een bepaald belang 'dichtbij' de werknemer is, en een ander verder weg? Zou het belang van een werknemer in een land waar zijn familie woont opbouwwerkzaamheden te verrichten zwaarder wegen dan het belang die werkzaamheden in een willekeurig ander land te verrichten? De omstandigheid dat een werknemer zich persoonlijk extra betrokken voelt bij het belang dat hij wil gaan beschermen, zou in de afweging naar mijn mening een rol moeten spelen.

Hoe verloopt de afweging in een situatie als geschetst in het tweede voorbeeld uit hoofdstuk 1, de werknemers die overtreding van milieuvoorschriften door andere werknemers niet melden? Dan moeten tegen elkaar afgewogen worden het belang van de werkgever bij optimale naleving van milieuwetgeving en het belang van de werknemer niet als verklikker te boek te staan. Mogelijke negatieve consequenties voor de werknemer moeten meegewogen worden. Wanneer de positie van de werknemer niet beschermd wordt door een behoorlijke klokkenluidersregeling, zal het belang van de werkgever lichter gewogen moeten worden, en zal er mogelijk zelfs geen sprake zijn van een meldingsverplichting. Is die er wel, dan zal het gewicht van het werkgeversbelang bij het naleven van milieuvoorschriften zwaar meewegen.

In hoofdstuk 1 is ook als voorbeeld de vraag gesteld of een ondernemingsraad terecht bezwaar heeft tegen het doen van een investering waardoor de onderneming niet langer van door kinderarbeid vervaardigde producten gebruik zal maken. Hier staat het belang van de werkgever bij maatschappelijk verantwoord ondernemen, een belang dat onder meer bestaat uit het behoud van een goede reputatie

van de onderneming, tegenover het economisch belang van tegen concurrerende prijzen produceren, waarvan de ondernemingsraad zich de verdediger toont. Hoe de belangen af te wegen? In de open discussie die in de ondernemingsraad moet plaatsvinden worden de belangen aan werkgeverskant afgewogen tegen de werknemersbelangen. Een rol zal daarbij spelen in hoeverre de wederzijdse belangen met rechtvaardigheid geladen zijn, dat wil zeggen zich richten op een rechtvaardig doel en streven naar eliminering van onrechtvaardige effecten.

In het voorbeeld van de werknemers die weigeren ananassen afkomstig uit een land met een totalitair regime te verwerken is het duidelijk dat werknemers er belang bij hebben, als burger, dat de onderneming waar zij werkzaam zijn zich verre houdt van totalitaire regimes. Dit belang moet afgewogen worden tegen het belang van de onderneming om wel in dergelijke landen zaken te doen. Wat voor belangen mogen aan de kant van de werkgever meewegen? Economische belangen, bijvoorbeeld dat de grondstoffen in het betreffende land goedkoper te betrekken zijn? Sociale belangen tegenover het eigen personeel, bijvoorbeeld het meewerken opdat de veiligheid van eigen personeel ter plaatse gegarandeerd wordt? Roozendaal¹⁴ heeft erop gewezen dat de uitslag van de belangenafweging onder meer afhangt van de vraag of de opdracht van de werkgever beschouwd moet worden als een – door een legitiem doel – ingegeven inbreuk op het grondrecht van de werknemer, dan wel als – al dan niet grensoverschrijdend – gebruik van de gezagsbevoegdheid van de werkgever. In het geval van inbreuk op de grondrechten gaat het erom of een legitiem doel aanwezig was, en of de betreffende inbreuk voor het bereiken van dat doel nuttig en noodzakelijk was.

Beschouwen we de belangenafweging in het licht van de vraag of de werkgever bevoegd was de opdracht te geven, dan wordt die bevoegdheid afgeperkt door een drietal grenzen. De voorschriften moeten zien op het verrichten van de arbeid of de bevordering van de goede orde in de onderne-

ming. Het ligt voor de hand om daarnaast de uitoefening van de gezagsbevoegdheid in verband te brengen met de verplichting zich als een goed werkgever te gedragen. Voorts is een grens gelegen in het doel van het voorschrift (een aanwijzing over de arbeid of orde in de onderneming). Ik duid deze grens aan als de rechtmatigheid van de gezagsuitoefening. Ten derde is een grens gelegen in de wijze waarop het voorschrift wordt gegeven (goed werkgeverschap en redelijkheid van de opdracht). Het gaat met andere woorden om de redelijkheid van de gezagsuitoefening.

5.5 CONCLUSIE

Oog voor de nadelige gevolgen van het nieuwe kapitalisme en voor andere maatschappelijke ontwikkelingen doet (nieuwe) belangen van werkgevers en werknemers onderkennen. Het betreft belangen die mede beschermd kunnen worden door de klassieke arbeidsrechtelijke methoden van het regelen van invloed op productieprocessen, via bijvoorbeeld medezeggenschap en via het optreden van collectiviteiten in cao-overleg en andere overlevormen.

Belangen die hier en nu, onder invloed van de maatschappelijke en economische ontwikkelingen, onderkend worden betreffen het functioneren van de werknemer als mens, als bewust en fatsoenlijk burger, en van de onderneming als maatschappelijk verantwoorde onderneming. Die belangen lenen zich voor erkenning als rechten en plichten in de arbeidsrelatie. Daarmee worden de rechten van werkgever en werknemer, die bescherming binnen de arbeidsovereenkomst vinden, aangevuld. De werkgever heeft recht op bijdragen van werknemers die voor hem onmisbaar zijn voor het nemen van zijn verantwoordelijkheden. De invulling van rechtvaardigheid hier en nu in de arbeidsovereenkomst moet mede gezocht worden in maatschappelijk verantwoord ondernemen. Daarmee wordt het vervullen van verplichtingen van de onderneming tegenover de maatschappij mogelijk gemaakt en wordt recht gedaan aan de belan-

gen van de werknemer, als moreel en ethisch verantwoordelijk burger te leven in verbondenheid met anderen.

De belangen van de werkgever bij maatschappelijk verantwoord ondernemen lopen deels parallel met de belangen van de werknemers. Het gaat dan bijvoorbeeld om het tegengaan van social dumping, wat tevens de werknemer tegen concurrentie op de arbeidsmarkt beschermt. Bijdragen aan het maatschappelijk verantwoord beleid van de ondernemer kan ook een offer van de werknemers betekenen. Bijvoorbeeld omdat het zorgvuldig omgaan met afvalstoffen het dagelijkse werkproces vertraagt. Belangenafweging is aangewezen. Deze moet niet anders plaatsvinden dan in andere situaties waarbij in het kader van de arbeidsovereenkomst belangenafweging geboden is. Alle omstandigheden van het geval moeten een rol spelen. Mede een rol moet spelen dat het belang van maatschappelijk verantwoord ondernemen weliswaar een belang is dat tot de interessesfeer van de wederpartij behoort, maar tevens dat maatschappelijk verantwoord ondernemen als belang partijen overstijgt en dat de maatschappelijke belangen die ermee gemoeid zijn, voor een groot deel afhankelijk zijn van de medewerking van werkgever, respectievelijk werknemer.

NOTEN

- 1 Van der Heijden en Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht*.
- 2 Friedman, *The World is Flat*.
- 3 Sennett, *The Corrosion of Character*, 1998.
- 4 Ibidem, p. 26.
- 5 Ibidem, p. 33.
- 6 Sen, *The Idea of Justice*, p. 176-179.
- 7 Paulus, Hand. 20.35. Zie ook Myrra Vernooy-Dassen, *Het is zaliger te geven dan te ontvangen*, oratie Radboud 2008, in verband met zorg voor bejaarden.
- 8 Sen, *The Idea of Justice*, p. 251.

- 9 Verg. Amartya Sen, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, Norton 2006.
- 10 In een recent SER-advies Diversiteit in het Personeelsbestand, 2009/03 wordt nagegaan wat de positieve effecten kunnen zijn van diversiteit in het personeelsbestand. Het in dat advies gehanteerde toetsingsschema is ook in het onderhavige werkje te gebruiken, al is het maar omdat het bevorderen van diversiteit in de het personeelsbestand beschouwd kan worden als een vorm van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zie ook het SER-advies De winst van waarden, publ. nr. 2000/11.
- 11 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen, Den Haag 2008.
- 12 Zie bijvoorbeeld A.G. Castermans en J. van der Weide, Een tramlijn door Jeruzalem, *Ars Aequi* 2010, p. 404 e.v. Zie ook A.J.A.J. Eijsbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Preadviezen aan de Nederlandse Juristen-Vereniging 2010, Kluwer Deventer 2010.
- 13 Verg. SER-advies 90/10 en zie art. 7:681 BW, tweede lid sub e.
- 14 W.L. Roozendaal Ara 2008, nr. 1.

6. Rechtvaardigheid bereiken

6.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 is een viertal voorbeelden geschetst die te maken hebben met de vraag: wat eist de rechtvaardigheid tussen werkgever en werknemer? We kunnen besluiten het antwoord op de vragen in die voorbeelden open te laten, het te laten geven door de werking van de markt. De werkgever kan in het eerste voorbeeld, van de werknemers die onbetaald verlof willen hebben om hulp te verlenen in een door een natuurramp getroffen gebied, instemmen omdat hij het belang van deze activiteit onderkent (imagowinst, tevreden werknemers), of omdat hij vindt dat het belang in de arbeidsovereenkomst erkend moet worden en bovendien van mening is dat de belangen om in te stemmen (belangen van de werknemers plus enige ondernemingsbelangen) zwaarder wegen dan het belang van een bescherming tegen verstoring van de gang van zaken in de onderneming, die kan ontstaan door de afwezigheid van de werknemers.

In het tweede geval, waarin broodfabriek Piet, waar sommige werknemers slordig met afval omgingen, ten tonele werd gevoerd, is het de vraag of het tot de verplichtingen van 'goede werknemers' behoort toevallig gesignaleerde slordigheden van deze aard te melden, en of, als dit al een verplichting is, een ontslag op staande voet een adequate reactie is. Van belang voor ons betoog is de vraag hoe ver de verplichting van de werknemer op dit punt reikt. Zeker, we kunnen het belang van de werkgever onderkennen. Ja, het is een belang waarvan behartiging en erkenning in de arbeidsovereenkomst voor de hand ligt. Op het punt van afweging wordt de situatie onzekerder. Melding van de misstand heeft mogelijk nadelige gevolgen voor de betrok-

ken werknemers (hun positie ten opzichte van collega's verslechtert). Het is voorstelbaar dat het belang van melding alleen zwaarder weegt dan het belang van de werknemers gevrijwaard te zijn van negatieve gevolgen van melding, wanneer de werkgever maatregelen heeft genomen om de schade van werknemers te voorkomen.

In het derde geval, onderneming Antia, weegt de ondernemingsraad het belang van goedkope productie zwaarder dan het belang van een productie zonder kinderarbeid, een belang dat de werkgever zich juist wil aantrekken. Bij een beroep als hier aan de orde zal de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam nagaan of de werkgever in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De juridische complicatie dat het Hof in zo'n geval vooral nagaat of er sprake is van de juiste procedure van besluitvorming, laat ik hier buiten beschouwing.

In het vierde geval, de 'besmette' ananassen, is het de vraag of werknemers hun gewetensbezwaren – hier betreffende de vrijheid van meningsuiting in een land waar hun werkgever zaken mee doet – op deze wijze kunnen en mogen beleven.

Het antwoord op deze vragen ligt niet klaar. Als er een geschil over ontstaat zal de rechter het antwoord zoeken door interpretatie van vage termen als 'goed werknemer', 'goed werkgever', 'redelijkheid', 'dringende reden'. Een dergelijke situatie leidt tot rechtsonzekerheid: onduidelijkheid over de rechten en plichten van partijen bij de arbeidsovereenkomst, totdat de rechter eventueel een uitspraak heeft gedaan. Mogelijk zal ook de uitkomst van het rechterlijk oordeel afwijken van wat de wetgever rechtvaardig zou hebben gevonden, wat in de publieke discussie rechtvaardig wordt gevonden of wat in een bepaalde sector als wenselijk wordt ervaren.

De voorbeelden in hoofdstuk 1 zijn geschetst als dilemma's. Wat voor middelen kunnen we toepassen om dit soort dilemma's op te lossen, en daardoor eraan bij te dra-

gen dat via de arbeidsovereenkomst invulling van rechtvaardigheid wordt gerealiseerd?

Bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk burgerschap kunnen worden geëist door regels en door de markt. Maatschappelijk verantwoord ondernemen biedt voor de onderneming een aantal voordelen.¹ Door maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt een aantal risico's vermeden of geminimaliseerd, met name het risico van imago-schade. Voorts voldoen beursgenoteerde ondernemingen, wanneer zij hun activiteiten van maatschappelijk verantwoord ondernemen rapporteren, aan een principe uit de Corporate Governance Code. Het welbegrepen eigenbelang zal althans deels ondernemingen aansporen zich maatschappelijk verantwoord te gedragen. En werknemers? Ook zij hebben 'natuurlijke' aansporingen voor fatsoenlijk burgerschap. Die schuilen in de aangeboren behoefte van mensen om bij te dragen aan de gemeenschap waarin zij leven.

Toch is verder nadenken en verdere discussie over het bevorderen van deze rechtvaardigheid nodig. Allereerst om belangen te kunnen onderkennen. Voorts om het eens te kunnen worden over erkenning en afweging van deze belangen. Het is immers van allerlei overwegingen afhankelijk of een belang binnen de arbeidsovereenkomst erkenning vindt, dan wel binnen een andere kring of relatie. Discussie is nodig om in de afweging tussen maatschappelijke fatsoensbelangen en kortetermijnwinst, of tussen kortetermijnbevrediging van verlangens en duurzame belangen, de balans te doen doorslaan richting rechtvaardigheid. Ook het element van afweging van de belangen van werkgever en werknemer tegenover elkaar levert onzekerheid op. Die belangen kunnen immers tegengesteld zijn.

Het recht levert zijn bijdrage aan de oplossing van problemen als deze door regels tot stand te brengen, door uitvoering van die regels te bevorderen en door naleving van die regels te handhaven.

6.2 REGELS?

Het probleem dat uit de voorbeelden van hoofdstuk 1 blijkt is tweërlei: in de eerste plaats is er onduidelijkheid over wat de rechtvaardigheid in concreto hier inhoudt en in de tweede plaats levert die onduidelijkheid onzekerheid op. Het recht zoekt het antwoord op dergelijke problemen in het formuleren van regels. In het proces van het tot stand brengen van regels wordt de discussie over onderkennen, erkennen en afwegen gevoerd en boven het niveau van de individuele onderneming en arbeidsverhouding uitgetild. In die discussie zullen belangen en effecten voor derden meegewogen kunnen worden. Het proces van tot stand brengen van regels in een democratische samenleving draagt, met andere woorden, in zichzelf condities voor het bevorderen van rechtvaardigheid: in de discussie zal het doel van de regelgeving aan de orde komen en zullen verwachte effecten in ogenschouw worden genomen.

De regels komen, als het gaat om wetgeving, tot stand in een democratisch proces, of, wanneer het om andersoortige regels gaat, in een door de democratie gewaarborgd proces. Waarborg voor het rechtvaardigheidsgehalte van die regels is allereerst dat er in de discussie aandacht wordt besteed aan het rechtvaardigheidsdoel van de regels en ten tweede dat er zicht is op en een oordeel wordt gevormd over de maatschappelijke effecten van die regels, de uitkomsten. Niet alleen binnen de arbeidsovereenkomst, binnen de landsgrenzen, maar ook in de wereld. Niet alleen nu, maar ook voor de toekomst. Bij formuleren van het doel en het vormen van dat oordeel heeft voorts de openbare discussie een belangrijke eigen rol. Een discussie die gevoerd moet worden met respect en hoffelijkheid. Het gaat er immers niet om alleen de stemmen te horen die precies dezelfde taal spreken als wijzelf, of die dezelfde spreekvaardigheid hebben. Juist de stemmen van elders kunnen ons de ogen openen voor de resultaten en uitkomsten van ons doen en laten.

Als (rechts)regels tot stand gebracht worden is er de keuze tussen wetgeving, (collectieve) arbeidsovereenkomsten of jurisprudentieregels. Vaak zien we tegenwoordig ook dat codes tot stand worden gebracht die geen bindende regels inhouden maar een soort pre-regelfunctie hebben: in ieder geval wordt de discussie erdoor bevorderd. Rechtsregels kunnen procedures voorschrijven (bijvoorbeeld dat een bepaald probleem voor advisering aan de ondernemingsraad moet worden voorgelegd), of materiële normen bevatten (bijvoorbeeld dat werknemers recht hebben op tien dagen onbetaald verlof per jaar voor het bijdragen aan hulpwerkzaamheden, dat het tot de verplichtingen van de goede werknemer behoort zich te voegen in beslissingen van de werkgever met betrekking tot de herkomst van grondstoffen).

De keuze voor de wijze van regelgeving beslist mede op welk niveau en binnen welke kring de discussie over het onderkennen, erkennen en afwegen van de belangen gevoerd wordt. De keuze voor de wijze van regelgeving bepaalt ook deels de mate van openheid van de discussie die in de regel – of het afzien van een regel – zal resulteren.

Het is een beetje afhankelijk van de politieke voorkeur of er snel of aarzelend naar het instrument van de *wetgeving* wordt gegrepen. Argument voor het tot stand brengen van wetgeving kan zijn dat het wenselijk is dat de betreffende norm algemeen toepasselijk is. Als het gaat om algemeen aanvaarde normen, waarbij een andere *rechtvaardige* keuze van betrokkenen eigenlijk niet goed voorstelbaar is, kan concretisering langs de weg van wetgeving aangewezen zijn. Die weg is gekozen bijvoorbeeld wanneer het gaat om voorschriften ten behoeve van het milieu. Het tot stand komen van wetgeving gaat ook gepaard met een algemene, nationale, door publiciteit begeleide open discussie, van advisering door de SER tot de behandeling in de Tweede Kamer, over de inhoud van de norm. Door dit door discussie ondersteunde democratisch proces wordt het rechtvaardigheidsgehalte van de regel bevorderd.

Anderzijds kan men op wetgeving als instrument van regelgeving aanmerken dat het in een traag proces tot stand komt. Voorts zal wetgeving, juist door haar algemene karakter, niet steeds rekening kunnen houden met de situaties en omstandigheden in een bepaalde bedrijfstak. Dit soort argumenten en ook overwegingen – behorende bij bepaalde politieke richtingen – die betrekking hebben op de wenselijkheid dat regels tot stand gebracht worden op een niveau zo dicht mogelijk bij de betrokkenen, leidt er in sommige omstandigheden toe dat ervoor gekozen wordt de vorming van recht over te laten aan autonome bronnen.

Het oer-voorbeeld van een autonome rechtsbron is de (*individuele*) *overeenkomst*. De afspraak tussen partijen strekt partijen tot wet, bindt partijen zoals de wetgever zou doen. In de klassiek-liberale opvatting van de 19de eeuw was de individuele afspraak de ideale manier om de verhouding tussen burgers te regelen. Het Burgerlijk Wetboek zoals dat in 1838 tot stand kwam steunde op die individuele afspraak. De steunpilaren waren de contractsvrijheid en de gelijkheid van de burgers.

Zoals geschetst in hoofdstuk 3 lenen niet steeds de maatschappelijke en economische verhoudingen zich ertoe te kunnen vertrouwen op rechtvaardige uitkomsten van het individuele (arbeids)contract. De steunpilaren blijken niet altijd even stevig om een gedegen discussie – een evenwichtige onderhandeling – te kunnen dragen en daardoor tot een rechtvaardig resultaat te komen. Evenwichtiger en opener discussie kan plaatsvinden wanneer de onderhandelingen *collectief* worden gevoerd. De reden voor de wetgever om collectieve partijen, werknemers- en werkgeversverenigingen, als regelgever aan te wijzen en te faciliteren is dat door het collectief optreden een compensatie zou kunnen optreden voor de onevenwichtigheid die partijen in de individuele verhouding kenmerkt. De weg van de collectieve arbeidsovereenkomst ligt voor de hand wanneer het gaat om verplichtingen die specifiek een bepaalde bedrijfstak

betreffen. Specifieke belangen en problemen, bijvoorbeeld in verband met outsourcing of immigratie, die zich in een bepaalde bedrijfstak manifesteren verdienen de aandacht van sociale partners, en discussie en besluitvorming op het niveau van werkgevers- en werknemersorganisaties.

Op het niveau van de *onderneming* zullen voornemens en plannen van de ondernemer verwezenlijkt kunnen worden in regelingen die voor de onderneming gelden. Bij het tot stand komen van dergelijke regels kan de ondernemingsraad een belangrijke rol spelen, als initiator én als adviseur en criticus. Maar ook zal in de ondernemingsraad een afweging plaatsvinden tussen eigenbelang en belang van anderen, buiten de onderneming. Het dilemma van werkgever Antia uit hoofdstuk 1, die iedere associatie met kinderarbeid wil vermijden, en de ondernemingsraad die de economische gevolgen daarvan vreest, is daar een voorbeeld van.

Op individueel niveau – expliciet als recht en verplichting in de arbeidsovereenkomst of impliciet als onderdeel van het goed werkgever- of werknemerschap – zal men de concretisering van belangen vinden die hetzij nog niet onderkend zijn als belangen van groepen, al dan niet in de bedrijfstak, hetzij waarvan collectieve erkenning nog niet voor de hand ligt. Nieuwe, nieuw ontdekte belangen zullen niet meteen op collectief niveau, maar eerst op individueel niveau veroverd moeten worden. Een rivier begint met een kleine bron. Voorstelbaar is voorts dat een specifieke vorm van fatsoenlijk burgerschap juist voor een bepaalde werknemer van belang is, omdat zijn biografie hem juist voor dit belang gevoelig maakt. Een werknemer die familie heeft in een door een natuurramp getroffen gebied zal mogelijk juist daarheen willen om hulp te bieden. Een vrouw die slachtoffer is geweest van huiselijk geweld zal proberen ook vanuit haar identiteit als werknemer bij te dragen aan de oplossing van het probleem van huiselijk geweld.

6.3 BEVORDEREN

Op welke wijze kan maatschappelijk verantwoord gedrag bevorderd worden? Dit is een vraag die zich opdringt als we kijken naar het tweede voorbeeld uit hoofdstuk 1: bij Bakkerij Piet, een broodfabriek, wordt door een afdeling afgewerkt vet niet op de door de milieuwetgeving voorgeschreven manier verwijderd, omdat de betreffende personeelsleden dat te omslachtig vinden. Hoe kan de werkgever bevorderen dat ‘peer pressure’ plaatsvindt zodat overtreding van de regels niet meer plaatsvindt, integendeel, dat werknemers actief en creatief op zoek gaan naar maatregelen die milieubelasting verminderen? Hoe kan de werkgever gedrag van werknemers dat bijdraagt aan maatschappelijk verantwoord ondernemen bevorderen?

Een niet ongebruikelijke methode om gewenst gedrag in een onderneming te bevorderen – en niet alleen in een onderneming – is gewenst gedrag extra te belonen. In de arbeidsrelatie gaat het dan om flexibele beloning. Is dit instrument nuttig om deze vorm van rechtvaardigheid te bereiken? Het instrument verdient in verband met ons onderwerp wel enige kritische beschouwing.

Flexibele beloning appelleert aan het menselijk instinct het eigenbelang – het financiële belang uit de arbeidsovereenkomst – te bevorderen. Kan men rekenen op gehoor geven aan dat appel ten behoeve van het dienen van belangen *buiten* de directe eigen kring? Ik twijfel. Flexibele beloning gaat, voorts, vooral uit van individuele prestaties. Streven naar betere individuele prestaties kan op twee manieren. Het individu kan proberen beter te zijn dan de groep waartoe hij behoort, of hij kan proberen te zorgen dat de groep waartoe hij behoort er slechter uitziet dan hij. In beide gevallen leidt het extra waarderen van individuele prestaties tot afbreuk aan loyaliteit en samenwerking, die juist als wezenskenmerken van het werken, gericht op maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk burgerschap, moeten worden beschouwd. Maatschappelijk

verantwoord ondernemen vergt immers maatschappelijke burgers, en dat zijn per definitie burgers die zich loyaal binnen de groep opstellen en het gezamenlijk resultaat boven de individuele verworvenheid stellen. Targets moeten dus betrekking hebben op boven-individuele prestaties, en altijd elementen van loyaliteit in zich dragen. Bij het formuleren van targets van bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen doet zich een derde probleem voor. Het is voor het bevorderen van maatschappelijk verantwoord werken en ondernemen essentieel dat over de grenzen van de eigen afdeling heen gekeken wordt, en dat de bredere loyaliteit een wezenlijk onderdeel van de prestatie is, zoals het maatschappelijk optreden van de onderneming bewustzijn toont dat de onderneming in de samenleving functioneert en daar niet los van kan worden gezien. Worden targets geformuleerd als targets van een bepaalde collectiviteit, dan zal ook de extra beloning toegekend moeten worden aan (de leden van) de groep.

Een vierde probleem dat aan de orde komt bij het (extra) belonen van maatschappelijk verantwoord gedrag is het probleem van het meten: op welk moment is de werknemer on target, hoe kan gemeten worden dat de werknemer eroverheen stijgt? Wat betreft bijdragen die zorg voor de leefomgeving en de continuïteit bevorderen, te denken is bijvoorbeeld aan het terugbrengen van afval op een afdeling of het ontwikkelen van ideeën voor het terugbrengen van geluidsoverlast voor de omgeving, kan ik me voorstellen dat streefcijfers vastgesteld kunnen worden die het presteren op dit punt meetbaar maken. Het moet voorts mogelijk zijn parameters te ontwikkelen die de bijdragen van het ondernemingsresultaat aan continuïteit van de onderneming in cijfers uitdrukken, en daarbij elementen als klanttevredenheid, reputatie, werknemerstevredenheid meenemen. De bijdrage aan dit aspect van maatschappelijk verantwoord ondernemen is een inspanning van de onderneming als geheel, waarbij ook weer de zorg voor de andere spelers in het veld een meebepalende factor moet zijn.

Bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen waar het betreft bijdragen aan goede sociale verhoudingen en bescherming van mensenrechten laten zich vooral kwalitatief omschrijven, minder in cijfers waar wel of niet aan voldaan is. Wel kan per onderneming worden afgesproken welk type bijdrage aan goede sociale verhoudingen en respect voor mensenrechten past bij de onderneming. Welk doel ligt voor de hand en is consistent met de onderneming als geheel? Een bouwbedrijf zal mogelijk bijdragen leveren aan restauratie of herbouw na een natuurramp. Of mogelijk maken dat zijn medewerkers daaraan een bijdrage leveren. Een reclamebureau zal zich kunnen inzetten voor het communiceren van bepaalde maatschappelijke waarden, en de inzet van medewerkers voor dat doel kan dan ook aangewezen worden als onderdeel van de arbeidsverplichting of als target die aanleiding geeft voor een extra beloning. Een onderwijsinstelling zal zich kunnen inzetten voor het verzorgen van alfabetiseringscursussen.

Het is mogelijk van tevoren af te spreken hetzij welk handelen of optreden aangemerkt zal worden als bijdrage aan maatschappelijk verantwoord ondernemen dat tot positieve geldelijke waardering leidt of tot afwezigheid van negatieve waardering. Het is ook mogelijk een procedure af te spreken voor het aanmerken van gedrag als bijdrage aan maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een dergelijke procedure zou moeten aangeven wie oordeelt, welke criteria de beoordelaars moeten hanteren, en op welke wijze het oordeel tot stand komt.

Een volgend punt waardoor vraagtekens bij flexibele beloning in dit verband gezet kunnen worden, is de *beloningsvorm* die gewoonlijk wordt gehanteerd. Is *geld* de beloning die passend is voor maatschappelijk verantwoord ondernemen of fatsoenlijk burgerschap, meer precies: extra geld? Past het bij het doel van maatschappelijk verantwoord ondernemen om de waardering voor de bijdrage daaraan in geld uit te drukken? Het komt mij voor dat er een zekere consistentie moet zijn in de boodschap die af-

gegeven wordt door de aanwijzing van het gedrag dat beloond wordt en de beloning. Beloning in geld zegt: geld is belangrijk. Dat is mogelijk nu juist niet de gewenste boodschap als het om maatschappelijk verantwoord ondernemen of fatsoenlijk burgerschap gaat. Wanneer de grote maatschappelijke opgave voor een bedrijf gelegen is in het terugdringen van het energiegebruik, liggen beloningen in de vorm van energieverblindende apparaten ook niet voor de hand. Wanneer zorg de core business van een bedrijf is, is het zaak de beloning en de targets niet zo te kiezen en samen te stellen dat daardoor het zorgement onderuit gehaald wordt.

Daarbij komt dat mogelijk prestatiebeloning juist voor een bepaald type werknemers als stimulans fungeert, en het de vraag is of dat nu de werknemers zijn van wie aandacht voor de maatschappelijke doelen en problemen, waarover het hier gaat, is te verwachten. Prestatiebeloning zal met name effectief zijn bij mensen die gevoelig zijn voor een financiële prikkel. Voor mensen die geld belangrijk vinden. En dan niet de basisbeloning, maar het meer dan het vaste deel krijgen. Mensen die graag meer verdienen dan hun collega's, en bereid zijn daarvoor inspanningen te leveren komen aan hun trekken. Door prestatiebeloning in geld toe te kennen geeft de onderneming het signaal af dat zij niet alleen de bijzondere prestatie erkent en waardeert, maar ook dat zij blij is met mensen die zich door geld laten prikkelen, die hun inzet mede afhankelijk maken van de (extra) financiële compensatie die ervoor gekregen wordt. Zijn dat de medewerkers waarvan we het moeten hebben als het gaat om maatschappelijk verantwoord ondernemen? Misschien, als we denken dat op die manier het streven naar deze vorm van rechtvaardigheid ook aantrekkelijk wordt voor werknemers die niet 'van nature' geneigd zijn hieraan aandacht te besteden.

De conclusie voor wat deze vorm van bevorderen betreft is dat de prikkel (de beloning) niet op gespannen voet mag

staan met het doel (bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen/fatsoenlijk burgerschap). Wanneer het doel is te komen tot meer maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk burgerschap, moet de stimulans daarvoor op z'n minst geen afbreuk doen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen. Denkbaar zou zijn de extra inspanning te belonen door die inspanning van de kant van de onderneming te matchen met een bepaalde inspanning op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Bijvoorbeeld: goed presteren op dit punt geeft het recht een bepaalde bijdrage aan een maatschappelijk doel naar keuze te laten doen. Het voordeel van een dergelijke beloningsvorm is dat hij de loyaliteit onderstreept en als katalysator kan werken voor verder maatschappelijk verantwoord ondernemen.

6.4 HANDHAVEN

De handhaving van de al dan niet expliciete voorschriften is een problematisch onderdeel van maatschappelijk verantwoord ondernemen dan wel fatsoenlijk burgerschap. Blijkt bijdragen aan maatschappelijk verantwoord ondernemen een verplichting op grond van de arbeidsovereenkomst te zijn, dan betekent dat een bijdrage aan de oplossing van dat probleem.

Het antwoord op de vraag wie nakoming van de verplichting moet borgen, is mede afhankelijk van het niveau waarop de verplichting is neergelegd. Naleving van individuele afspraken ligt in de handen van het individu. Handhaving van verplichtingen die in een cao zijn neergelegd ligt bij cao-partijen. Zijn de cao-verplichtingen ook arbeidsvoorwaarden, dan zijn het bovendien individuele partijen die op de naleving toezien. De bevordering van naleving van wettelijke verplichtingen ligt in handen van degene aan wie de wettelijke aanspraak is verleend. De wetgever kan kiezen voor een publiekrechtelijke regeling: dan ligt het toezien op naleving in overheidshanden. Een van de redenen

om de naleving op die wijze te organiseren kan zijn dat de belangen waar het om gaat de individuele belangen overstijgen. Dat zal bij belangen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen vaak het geval zijn. Een bijzondere plaats in verband met de naleving is toegekend aan de ondernemingsraad. Art. 28 Wet op de ondernemingsraden geeft de ondernemingsraad de taak naleving van voorschriften op het gebied van arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden van de in de onderneming werkzame personen te bevorderen. Voor zover de bevordering van het recht een fatsoenlijk burger te zijn impliciet deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden – naar mijn mening is dat het geval – heeft de ondernemingsraad dus een bevorderingstaak op dit gebied. In het vierde lid van art. 28 krijgt de ondernemingsraad uitdrukkelijk de opdracht de zorg van de onderneming voor het milieu te bevorderen.

De handhaving van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst ligt allereerst op de individuele partijen. Het zijn dus ook de individuele werknemer en de individuele werkgever die elkaar moeten aanspreken op de verplichtingen die voortvloeien uit maatschappelijk verantwoord ondernemen. Anders gezegd: als de verplichtingen uit maatschappelijk verantwoord ondernemen, en uit fatsoenlijk burgerschap, onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst zijn, is daarmee ook een manier om ze te handhaven gecreëerd. Moeten werknemers ook bijdragen aan de handhavingstaak van de ondernemer? Die vraag was aan de orde in het voorbeeld van de broodfabriek, waarbij het toezien op naleving van de voorschriften mogelijk ook impliciet in de verplichtingen van alle werknemers is vervat. Wanneer het bijdragen aan handhaven van voorschriften gericht op maatschappelijk verantwoord ondernemen en fatsoenlijk gedrag als onderdeel van de verplichtingen van de werknemer wordt erkend, moet daarbij onmiddellijk onder ogen worden gezien dat bescherming van die werk-

nemer onmisbaar is om de belangenafweging de gewenste uitkomst te laten hebben. Een procedure waarin bescherming tegen benadeling is geregeld, een goede klokkenluidersregeling, is daar een onmisbaar onderdeel van.

Ook op collectief niveau kan bijgedragen worden aan afdwingen van nakoming van verplichtingen tot maatschappelijk verantwoord ondernemen, in het bijzonder verplichtingen waarvan nakoming door enkelen uit de bedrijfstak tot concurrentienadeel tegenover de overigen zou leiden. Collectieve afspraken op bedrijfstaksniveau hebben de functie concurrentie op bepaalde punten uit te sluiten.

6.5 CONCLUSIE

Het recht eist het streven naar rechtvaardigheid en het tegengaan van onrecht als element in intermenselijke verhoudingen. Het leveren van inspanningen om rechtvaardigheid te vergroten is een plicht van alle burgers, op alle plaatsen, ook als werkgever en werknemer binnen de arbeidsrelatie. Het recht biedt methoden voor het vorm geven, bevorderen en handhaven van rechtvaardigheid binnen de arbeidsovereenkomst.

Regels zijn nodig voor het concretiseren en beschermen van rechten, maar ze zijn niet voldoende. Onmisbaar is ook een fundament in de maatschappij en onmisbaar is bovendien de voeding die uit de maatschappij komt en de inhoud van de rechten preciseert en vult. Publieke discussie, in de gremia en netwerken die zich daarvoor lenen, is onmisbaar om het vlees en de botten van de (nieuwe) inhoud van rechtvaardigheid in arbeidsrelaties te bepalen. Het is opmerkelijk dat waar een nieuwe inhoud mede nodig is door de informatiseringsrevolutie, diezelfde revolutie middelen aandraagt die ingezet kunnen worden om te komen tot een oplossing van de problemen. Internet maakt publieke discussie mogelijk op een ongekende schaal. Juist de onbegrensdeheid maakt het medium geschikt voor een publieke discussie waarin het onder meer gaat over de gevolgen van

bepaald handelen voor belanghebbenden die ver weg zijn.

Het aangaan van die open discussie is een plicht van ieder die invloed uitoefent op de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Van de wetgever, van de kiezers. Van de sociale partners en van de werkgevers en werknemers in de bedrijfstak. Van de ondernemingsraad en van de Raad van Commissarissen. Van de individuele werknemers en werkgevers.

NOTEN

I Zie bijvoorbeeld SER-advies De winst van waarden van 15 december 2000, publ. nr. 2000/11.

Over de auteur

Irene Asscher-Vonk is emeritus hoogleraar sociaal recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Zij heeft veel gepubliceerd op het gebied van het arbeidsrecht en de sociale zekerheid en over gelijke behandeling. Haar afscheidscollege *Dienend sociaal recht* (2009) bevat een pleidooi voor het benadrukken van de waarde rechtvaardigheid in de relatie tussen werkgever en werknemer. Het wetenschappelijk werk combineerde zij met diverse bestuursactiviteiten. Van 1988 tot 2006 was zij kroonlid van de Sociaal Economische Raad. Op dit moment vervult zij verscheidene adviserende, toezichthoudende en geschilbeslechtende functies.

Eerder verschenen in de reeks

ANNALEN VAN HET THIJMGENOOTSCHAP

Jaargang 93 (2005), aflevering 1

Eelke de Jong en Martin Buijsen, *Solidariteit onder druk?*

aflevering 2

G.A.M. Beekelaar & P. van Tongeren, *Stadsgezichten*

aflevering 3

Hub Zwart, *Denkstijlen*

aflevering 4 (Thijmessay)

Edith Brugmans, *Moreel scepticisme*

Jaargang 94 (2006), aflevering 1

Martin Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven?*

aflevering 2

Palmyre Oomen, Jan Osse & Vincent Kirkels (red.),
Cyberspace

aflevering 3

Rudi te Velde (red.), *Thomas van Aquino. Over waarheid*

aflevering 4 (Thijmessay)

Arnold Heertje, *Echte economie*

Jaargang 95 (2007), aflevering 1

Edith Brugmans, Paul Minderhoud & Joos van Vugt (red.),
Mythen en misverstanden over migratie

aflevering 2

Paul van Tongeren & Karin Pasmaan-de Roo (red.),
Voorbeeldig onderwijs

aflevering 3

Martin Buijsen, Wim van de Donk & Nicolette van
Gestel (red.), *Marktwerking versus solidariteit?*

aflevering 4 (Thijmessay)

Jan Thurlings, *Verzet of berusting?*

Jaargang 96 (2008), aflevering 1

Vincent Kirkels (red.), *Oude idealen in de nieuwe zorgmarkt*

aflevering 2

Eelke de Jong, Christina Bode & Edith Brugmans (red.),
Voedsel en globalisering

aflevering 3

Luca Consoli & Rolf Hoekstra (red.),
Technologie en mensbeeld

aflevering 4 (Thijmessay)

Peter J.A.N. Rietbergen,
Cultuurwegen, cultuurwerelden. Europa en/in Eurazië

Jaargang 97 (2009), aflevering 1

Edith Brugmans (red.), *De ziel in de literatuur*

aflevering 2

Gerard Wiegers & Edith Brugmans (red.), *Onverwachte impressies*

aflevering 3

Rudi te Velde & Harm Goris (red.), *Levensbeschouwelijke vorming*

aflevering 4 (Thijmessay)

Gerard Visser, *Niets cadeau*

Jaargang 98 (2010), aflevering 1

Christina Bode & Luca Consoli (red.), *Oud en Jong*

aflevering 2

Sebastiaan Roes, *Cultura animi*

aflevering 3

Rudi te Velde (red.), *In het spoor van Plato's Symposium*

aflevering 4

Palmyre Oomen, Theo Wobbes, Theo Bemelmans (red.),
Nanotechnologie

HET THIJMGENOOTSCHAP – vereniging voor wetenschap en levensbeschouwing – stelt zich ten doel wetenschappelijke reflectie te bevorderen vanuit een christelijk perspectief op ontwikkelingen in cultuur en samenleving.

De vereniging kent:

- een medische afdeling,
- een rechts- en bestuurskundige afdeling,
- een wijsgerige afdeling,
- een afdeling katholieke theologie.

Door lidmaatschap van het Thijmgenootschap

- * ontvangt u gratis de ‘Annalen van het Thijmgenootschap’ direct bij verschijnen (vier boeken per jaar).
- * ontvangt u mededelingen over de activiteiten.
- * ontvangt u uitnodigingen voor de congressen en andere activiteiten.

Zie voor actuele informatie: www.thijmgenootschap.nl.

Een lidmaatschap kost € 40,- per jaar, voor echtpaarleden € 45,-.

Voor algemene informatie over het Thijmgenootschap, voor het bestellen van publicaties of voor overige vragen, kunt u zich wenden tot:

Algemeen Secretariaat van het Thijmgenootschap
prof.mr.drs. J. Sebastiaan L.A.W.B. Roes
Groesbeekseweg 125 – 6524 CT Nijmegen
tel.: 024-3611631
e-mail: j.roes@jur.ru.nl

U kunt zich als lid opgeven bij:
Ledenadministratie van het Thijmgenootschap
Joh. Vijghstraat 34 – 6524 BT Nijmegen
e-mail: thijmgenootschap@ioi.nl

Ook voor (adres)wijzigingen en opzeggingen van uw lidmaatschap en vragen over uw contributie dient u zich te wenden tot de ledenadministratie.

Voor opgave: zie ommezijde.

Naam: Hr/Mw

Adres:

Postcode en woonplaats:

Eventueel afdeling:

Datum:

Handtekening: