

Ontwikkelingen in het sociaal recht: van ongelijkheidscompensatie naar bijstand

Willem Plessen

In de volgende bijdrage breng ik in kaart wat de afgelopen periode de hoofdontwikkelingen zijn geweest in het Nederlandse sociaal recht. Ik zal tevens aangeven welke ontwikkelingen ons vermoedelijk te wachten staan na de eerste regeringsverklaring van kabinet Balkenende II. Tijdens het schrijven van deze bijdrage kwam in het najaarsoverleg tussen de sociale partners en het kabinet een sociaal akkoord tot stand, verder te noemen het 'Najaarsakkoord'. Ik geef ook aan wat de gevolgen van dat akkoord zijn voor de behandelde onderwerpen.

Een typering van de ontwikkelingen in het sociaal recht van de afgelopen jaren is dat tijdens de kabinetten Kok enkele voor werknemers belangrijke versterkingen van hun positie tot stand zijn gekomen. In de eerste plaats valt te noemen de versterking van de positie van mensen met een onduidelijke rechtspositie (afroepcontracten, uitzendcontracten, min-max, et cetera. Verder valt te constateren dat de privé-situatie van de werknemer iets is waar de werkgever nauwelijks meer omheen kan. Er is sprake van 'privétisering' van de arbeidsverhouding. Ten slotte: in de Wet op de ondernemingsraden en de structuurwetgeving is de (collectieve) positie van de werknemers versterkt.

Over de arbeidsongeschikte werknemer, zijn arbeidsrechtelijke positie en zijn uitkering is tijdens de kabinetten Kok weliswaar veel gedacht en gesproken, maar alleen de Wet verbetering poortwachter zag het licht: die vormt in wezen een precieze vastlegging van wat in rechtspraak allang was bepaald.

Op essentiële terreinen van het arbeidsrecht, bijvoorbeeld het collectief arbeidsrecht en het ontslagrecht (de dubbele route van ontbinding via de kantonrechter en die via (nu) de CWI) hebben de kabinetten Kok niets tot vrijwel niets laten zien. Ook Balkenende II heeft daarvoor geen plannen.

Mr. dr. W. Plessen is hoofd Sociale Zaken bij de Randstad Groep Nederland en docent Arbeidsrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Van het tweede kabinet Balkenende valt op het gehele arbeidsrechtelijke terrein vrijwel niets te verwachten. Ter compensatie van het afschaffen van de fiscale voordelen van prepensioen en VUT-regelingen (en dergelijke) zullen werknemers met name tijd mogen sparen voor hun oude dag, de levensloopregeling; verder zal er nog een stukje aan de zorgwetgeving worden gebreid, ook te financieren uit het levenslooppotje. Maar daarmee zal de arbeidsrechtelijke koek op zijn.

Op het terrein van de sociale zekerheid daarentegen zijn essentiële versoeringen te verwachten. Ex-werknemers zullen veel eerder in de bijstand belanden, waar nu nog recht op (verlengde) WW en/of WAO bestaat. Het belang van behoud van betaalde arbeid zal daarmee navenant toenemen.

In enkele woorden gezegd, de kabinetten Kok gaven (nog) compenserend sociaal recht te zien. Balkenende II vormt het begin van een ruwer sociaal recht, dat (ex-)werknemers sneller de glijbaan naar de bijstand zal tonen. Het Najaarsakkoord 2003 stelt een deel van de ruwte uit.

In deze bijdrage zal ik achtereenvolgens de hoofdzaken behandelen van het sociaal recht van het afgelopen decennium. Als thema's komen aan de orde:

- de arbeidsongeschikte werknemer;
- de flexibilisering van het arbeidsrecht;
- de privatisering van de arbeidsverhouding;
- collectieve arbeidsverhoudingen;
- de Werkloosheidswet;
- de levensloopregeling.

De arbeidsongeschikte werknemer, de WAO'er

Met de voortdurende dreiging dat Nederland een miljoen mensen in de WAO zal hebben, zijn er in de afgelopen decennia steeds initiatieven geweest om 'iets' met de zieke werknemer te doen.

Er waren wijzigingen in het arbeidsongeschiktheidsbegrip van de WAO zelf. Luidde het criterium in de jaren tachtig nog dat de betrokkene ongeschikt moest zijn voor passende arbeid, rest er nu nog slechts: algemeen geaccepteerde arbeid waartoe de werknemer met zijn krachten en bekwaamheden in staat is.

De Wet verbetering poortwachter¹

Op het moment vormt de Wet verbetering poortwachter, die per 1 januari 2002 in werking is getreden, onderwerp van gesprek op menige werkvloer, omdat er nogal wat procesregels zijn bijgekomen rond de reïntegratie van arbeidsongeschikte werknemers. De wet beoogt de arbeidsrechtelijke positie van de (ten dele) arbeidsongeschikte werknemer te versterken en de werkgever te prikkelen op een georganiseerde wijze aan zijn ziekteverzuim te werken. De mogelijke sancties daarbij zijn overigens niet gering: de UWV, die de reïntegratie-inspanningen van de werkgever beoordeelt, kan immers besluiten dat de werkgever een extra jaar voort moet gaan met de doorbetaling van het loon aan de zieke werknemer.

Die wet is in wezen een uitgebreide codificatie van het al geldende recht op basis van de (overigens ingrijpende) rechtspraak zoals die zich reeds jaren (vanaf 1985!) heeft ontwikkeld na het arrest Van Haaren/CHV² en het arrest taxi Hofman³: de (ten dele arbeidsongeschikte) werknemer heeft aanspraak op passende arbeid en moet zijnerzijds een aanbod van passende arbeid aanvaarden (respectievelijk de artikelen 7:658a en 660a BW). Die rechtspraak is gegrondvest op twee belangrijke open normen in het arbeidsrecht, te weten het beginsel van goed werkgeverschap en het beginsel van goed werknemerschap.

Een opmerkelijk element van de Wet verbetering poortwachter is de bepaling dat de werkgever moet bevorderen dat inschakeling van de werknemer in het bedrijf van een andere werkgever plaatsvindt als hij zelf geen passende arbeid meer beschikbaar heeft. Voor het eerst in de geschiedenis van het arbeidsrecht moet de werkgever zijn zorg bieden buiten zijn eigen onderneming.

De formulering van de wetgever is die van een inspanningsverplichting. De toekomst zal leren hoe ver deze reikt. Heeft de werkgever voldaan aan zijn verplichting als hij een telefoontje pleegt met een bevriende collega of zal hij vervolgens ten minste een reïntegratiebedrijf een opdracht moeten geven tot externe herplaatsing? Het is nog te vroeg om te kunnen constateren of deze regeling echt een kanteling in de arbeidsverhoudingen gaat betekenen.

Met de invoering van de Wet verbetering poortwachter is het einde van de aanpassing van de wetgeving rond arbeidsongeschiktheid nog allerminst in zicht.

De WAO, loondoorbetaling tweede ziektejaar

In het regeerakkoord van kabinet Balkenende II staat het voorstel om de WAO ingrijpend te veranderen en wel tegen de achtergrond van het SER-advies daarover van maart 2002, 'Werken aan arbeidsongeschiktheid, Voorstellen WAO-beleid', nr. 02/05. Het kabinet heeft daaruit echter slechts genomen wat het beviel.

Voortaan zullen alleen volledig arbeidsongeschikten, van wie wordt vastgesteld dat zij minimaal vijf jaar lang niet zullen kunnen werken, aanspraak hebben op een WAO-uitkering.

Gedeeltelijk arbeidsongeschikten vallen terug op de WW (als zij daarop al aanspraak hebben, zie verderop in deze bijdrage onder het kopje 'Werkloosheidswet') of de IOAW, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk werkloze werknemers. Gedeeltelijk arbeidsongeschikten die nog deels werken, ontvangen een aanvulling op hun loon. Over de vraag of die aanvulling uit publieke of private middelen moet komen, heeft het kabinet nog geen besluit genomen.

In het Najaarsakkoord hebben kabinet en sociale partners de kern van de voorstellen van het kabinet niet aangetast. Op slechts één onderdeel kwam een aanpassing, namelijk dat de vermelde aanvulling een uitkering wordt op 70% van het minimumloon, waarin het inkomen van de partner geen rol zal spelen (deze gedachte zat ook al in het SER-advies).

Ook werd de gedachte van het kabinet (overeenkomstig het SER-advies) gehandhaafd dat werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, geen WAO-uitkering ontvangen en bij de werkgever in dienst blijven.

Van het SER-advies is met name gesneuveld dat de uitkering van volledig en duurzaam arbeidsongeschikten zou worden verhoogd van 70 tot 75%. In het Najaarsakkoord is die verbetering evenmin terug te vinden. Dat geldt ook voor het onderdeel dat de nieuwe regels alleen zouden gaan gelden voor nieuwe gevallen. Alle bestaande WAO'ers zullen worden herkeurd en onder de nieuwe regels gaan vallen.

Een tweede wijziging die kabinet Balkenende II wil, is de doorbetaling van 70% van het loon door de werkgever aan de zieke werknemer gedurende het tweede ziektejaar. De werkgever zou in het tweede jaar het loon niet mogen aanvullen boven de vermelde 70% en wel op straffe van het niet-plaatsvinden van de WAO-keuring. In het Najaarsakkoord is dat 'verbod' op aanvulling vervallen.

Het wetsontwerp hierover is al ingediend. Het kabinet wil dat de wet op 1 januari 2004 in werking zal treden.

Tendensen

De Wet verbetering poortwachter geeft met name een verduidelijking van de procesregels rond de reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer. Er is mijns inziens geen sprake van een verdere beschermende werking van het arbeidsrecht.

Bij de plannen rond de WAO staan beperking van de toegang en vermindering van de kosten voorop. Het Najaarsakkoord 2003 voorkomt dat gedeeltelijk arbeidsongeschikten in de bijstand belanden. Het vervangt (de nadelen van) de bijstand met een uitkering op 70% van het minimumniveau, waarin geen toets is opgenomen omtrent het inkomen van de partner of het hebben van vermogen.

Flexibilisering van en in het arbeidsrecht en ontslagrecht

Al snel na zijn aantreden gaf de toenmalige minister Melkert de stoot tot de mijns inziens meest ingrijpende set van wijzigingen in onze arbeidsverhoudingen van de afgelopen decennia toen hij in december 1995 verzocht om advies inzake flexibiliteit en zekerheid aan de Stichting van de Arbeid (StAR). Het eenstemmige advies van de StAR lag er al in april 1996. Per 1 januari 1999 trad de Wet flexibiliteit en zekerheid in werking.

De hoofddeal van sociale partners en overheid destijds was loonmatiging in ruil voor flexibiliteit (eis werkgevers) en zekerheid (eis werknemers), een en ander onder handhaving van het (nog steeds, zie 'Het ontslagrecht, geen nieuws', vigerende) ontslagrecht. Flexibiliteit moest gereguleerde flexibiliteit worden en het moest gedaan zijn met contracten waaraan geen enkele of slechts hoogst moeizaam een aanspraak te ontfemen was.

Flexibiliteit en zekerheid is inmiddels drie keer geëvalueerd.⁴ Ik zet de hoofdthema's op een rijtje. Vervolgens komt in deze paragraaf kort de 'interne' flexibilisering aan de orde zoals we die allengs leren kennen in het arbeidsrecht. Ik sluit deze paragraaf af met een korte passage over het ontslagrecht.

Contracten voor bepaalde tijd/einde onduidelijke arbeidsrelaties

Werkgevers kregen met het invoeren van de nieuwe regels rond contracten voor bepaalde tijd, artikel 7:668a BW, een tot dan toe onge-

kende mogelijkheid tot flexibilisering. Voor de invoering van Flexibiliteit en zekerheid was de regeling (van artikel 7:668 lid 3 BW) dat als twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar binnen 31 dagen opvolgden, er sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst die diende te worden opgezegd (met ontslagvergunning). Werkgevers bedachten oplossingen voor dat gebrek aan flexibiliteit met onder meer wat later draaideurconstructies werden genoemd. De HR zette daar door enkele arresten het mes in, maar daarmee verviel niet de behoefte van werkgevers aan flexibiliteit. Constructies rond contracten voor bepaalde tijd werden voor werkgevers echter te riskant.

De regeling is nu dat werkgevers niet hoeven op te zeggen als het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het aantal van drie, dan wel een duur van drie jaar niet overschrijdt. Contracten voor bepaalde tijd lopen alsdan van rechtswege af. Indien die overschrijding wel geschiedt, vindt van rechtswege omzetting plaats in een contract voor onbepaalde tijd.

Waarom is deze wijziging ingrijpend en in hoeverre biedt de wetgever ongelijkheidscompensatie?

Uit de laatste evaluatie⁵ blijkt dat werkgevers op grote schaal van dit type contract gebruik zijn gaan maken. In wezen is de proefperiode ingrijpend uitgebreid, zonder dat de bepaling rondom de proeftijd zelf echt⁶ is aangepast.

Daarnaast lopen werkgevers die met voorovereenkomstconstructies werkten, door de telregel van drie gemakkelijk het risico – huns ondanks – van rechtswege contracten voor onbepaalde tijd te hebben gesloten. Deze en dergelijke arbeidsrechtelijk min of meer onduidelijke constructies hebben enorm aan populariteit ingeboet en daar zijn – voorzover mij bekend – geen andere, even flexibele voor in de plaats gekomen.

Ook de positie van werknemers met onduidelijke contracten werd verbeterd. De wetgever introduceerde het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst als mensen gedurende drie maanden wekelijks, dan wel ten minste 20 uur per maand arbeid verrichten voor een en dezelfde werkgever (de artikelen 7:610a en b BW). Inhoudelijk is het begrip arbeidsovereenkomst ongewijzigd gebleven. De procesrechtelijke positie van de werknemer is echter belangrijk versterkt doordat hij slechts enkele feiten hoeft te stellen, waartegenover de werkgever de bewijslast van tegendeel heeft.

Afrondend: met name de nieuwe regeling voor de contracten voor bepaalde tijd en de regeling van het rechtsvermoeden hebben de positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever versterkt. De wetgever heeft (waarschijnlijk effectief) zijn best gedaan om de werknemer met een onduidelijke en ongereguleerde arbeidsrelatie een krachtig houvast te bieden in de richting van zijn werkgever. Meer gereguleerde arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn ervoor in de plaats gekomen c.q. erbij gekomen.

Van der Heijden en Noordam evalueren de Wet flexibiliteit en zekerheid als een ordening die een minimumbescherming aan werknemers biedt en tegelijkertijd sociaal verantwoord is.⁷ Ik zou menen dat het kwalitatieve aspect overheerst en dat met name het meer en meer verdwijnen van onduidelijke en ongereguleerde arbeidsrelaties en de omzetting daarvan naar gereguleerde vooral moeten worden gekarakteriseerd als een ingrijpen door de wetgever in het algemene verbintenisrecht ten faveure van de betrokken werknemers. Anders gezegd, het arbeidsrecht vervult hier voluit zijn beschermende werking. Dit geldt evenzeer ten aanzien van de hierna te bespreken uitzendovereenkomst.

De uitzendovereenkomst⁸

Een ander belangrijk piéce de résistance van Flexibiliteit en zekerheid vormt zonder twijfel de uitzendovereenkomst. Nadat medio 1998 het vestigen van een uitzendbureau werd vrijgegeven en niet langer meer onderworpen was aan een vergunning⁹, werd het BW per 1 januari 1999 uitgebreid met een afdeling over de uitzendovereenkomst (de artikelen 7:690 en 691 BW).

De kern is dat de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is geworden, waarbij het uitzendbureau de werkgever is en de 'inlener' de derde die tijdens de looptijd van de opdracht de dagelijkse leiding en het toezicht uitoefent.

Gedurende de eerste 26 weken van de overeenkomst kan het uitzendbureau (schriftelijk) bedingen dat het einde van de opdracht van de inlener tevens het einde van de arbeidsovereenkomst is (het zogenoemde uitzendbeding). In dat geval moet ook de uitzendwerknemer het recht krijgen onverwijld op te zeggen.

Na die 26 gewerkte weken mag de uitzendonderneming nog de mogelijkheden benutten van de contracten voor bepaalde tijd, zoals die hiervoor onder 'Contracten voor bepaalde tijd/einde onduidelijke arbeidsrelaties' zijn behandeld.

Van beide bepalingen kan krachtens de wet bij CAO worden afgeweken. Dat is in de grootste uitzend-CAO, die van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU), ook gebeurd. De vijfjarige bepalingen terzake lopen 1 januari 2004 af. CAO-partijen hebben onlangs een principeakkoord gesloten dat in nieuwe, sterk vereenvoudigde vijfjarige bepalingen voorziet met een looptijd van 2004-2009.

De impact van wet en CAO op de uitzendbranche is groot. Blijkens evaluatie¹⁰ heeft gemiddeld weliswaar 85% van de uitzendkrachten een rechtsverhouding met het uitzendbureau waarin het uitzendbeding is afgesproken (het klassieke uitzenden), maar daartegenover staat een gemiddeld percentage van 11% dat een contract voor bepaalde tijd en 4% dat een contract voor onbepaalde tijd heeft. Het betreft naar schatting ongeveer 80 000 personen.

Voor de invoering van Flexibiliteit en zekerheid vormden dergelijke contracten een absolute uitzondering. Nu vormen zij een substantieel deel van de rechtsverhoudingen van uitzendondernemingen met hun medewerkers.

Net als in de vorige subparagraaf moet ook hier de conclusie zijn dat in de uitzendbranche de positie van werknemers belangrijk is versterkt. Het arbeidsrecht vervult zijn vanouds bekende beschermende functie.

Flexibilisering van de arbeidsovereenkomst en goed werknemerschap
Wijzigingen in het sociaal recht zijn vaak het resultaat van wetgeving, zoals ik onder meer in 'Contracten voor bepaalde tijd/einde onduidelijke arbeidsrelaties' en 'De uitzendovereenkomst' liet zien, of van CAO-afspraken. Ook de rechtspraak speelt op sommige terreinen van aanpassing van het sociaal recht een grote rol. Een sterk voorbeeld biedt de rechtspraak rondom de wijziging van de arbeidsovereenkomst.

De rechtspraak heeft die grote rol al zeker bij de invulling van de open normen van het arbeidsrecht. Hiervoor (in 'De arbeidsongeschikte werknemer, de WAO'er') kwam reeds aan de orde dat de open norm van het goed werkgeverschap essentieel was bij de ontwikkeling van de rechtspositie van de ten dele arbeidsongeschikte werknemer.

Als we over interne flexibiliteit in het arbeidsrecht spreken, is de zich stilaan ontwikkelende, open norm van goed werknemerschap essentieel. Eigenlijk komt die erop neer dat de werknemer die na gewijzigde omstandigheden van de werkgever een redelijk verzoek krijgt tot aanpassing van de arbeidsovereenkomst, zich twee keer moet bedenken voordat hij 'Nee' zegt.

In de woorden van het taxi Hofman-arrest¹¹ werd terzake overwogen dat de werknemer ‘op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met de 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 gevegd. Zulks wordt niet anders indien die omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen’.

Het taxi Hofman-arrest heeft, ook in de gepubliceerde lagere rechtspraak, navolging gekregen.¹² De arbeidsovereenkomst strekt partijen in het algemeen ‘tot wet’. De werknemer mag er daarom op vertrouwen dat de werkgever slechts onder bijzondere omstandigheden effectief wijziging van de overeenkomst kan doorvoeren.

De casus in het taxi Hofman-arrest illustreert hoe ver die bevoegdheid strekt. Het ging hier om een in eerste aanleg als taxichauffeur aangenomen medewerker, die arbeidsongeschikt was geworden en als passende arbeid bij de werkgever een kantoorbaan ging vervullen. Dat werk deed hij jarenlang, totdat hij weer geheel arbeidsgeschikt werd verklaard en in staat werd geacht weer als taxichauffeur aan het werk te gaan. De werkgever had een (redelijk geacht) belang om in het aantal kantoorbanen te snijden en verzocht de ex-taxichauffeur opnieuw die functie te gaan vervullen. De Hoge Raad overwoog als geciteerd; de taak van de ex-taxichauffeur, inmiddels administratief medewerker, kon ingrijpend worden aangepast.

In de verdere rechtspraak vindt men nog enkele voorbeelden van wijzigingen in de taak die volgens de rechter door de beugel konden, bijvoorbeeld het geven van andere (inhoudelijke) lessen dan afgesproken.¹³ Maar ook andere essentiële wijzigingen van de arbeidsovereenkomst werden aanvaard. Bijvoorbeeld:

- *Overplaatsing van de werknemer naar een andere vestiging van de werkgever*
Doorgaans zal die zijn grond vinden in een reorganisatie.¹⁴ De werkgever heeft natuurlijk goed acht te slaan op de belangen van de werknemer, maar zelfs bijvoorbeeld een behoorlijke reisafstand zal de werknemer onder omstandigheden moeten accepteren.¹⁵
- *Functieverlaging*
Doorgaans zal de werkgever in het geval van functieverlaging wel doorbetaling van het overeengekomen loon moeten aanbieden, wil er sprake zijn van een redelijk aanbod.¹⁶ Soms acht de rechter zelfs verlaging van het salaris (bij functieverlaging) toegelaten.¹⁷ Perspectief op hernomen doorgroei wordt daarbij soms een belangrijke factor geacht.¹⁸ Bij een ontbinding kan de kantonrechter voor het vast-

stellen van de C-factor (de verwerking van de mate van schuld van de werkgever of de werknemer) van de vergoeding rekening houden met de vraag of de werknemer een redelijke functieaanpassing zonder goede reden heeft geweigerd.¹⁹ Ook kan hij dan in negatieve zin afwijken van het sociaal plan.²⁰

Het lijkt niet juist om te zeggen dat de Hoge Raad met het taxi Hofman-arrest de sluizen open heeft gezet voor alle denkbare wijzigingen van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst is 'niet zo lek als een mandje'.²¹ Maar 'afpraak = afspraak' en daarmee is de kous af, behoort tot het verleden. Kantonrechters wegen (in gepubliceerde rechtspraak) de belangen van werkgevers en werknemers zorgvuldig af. Van de werknemers wordt een 'redelijke mate van flexibiliteit' gevergd.

Het terrein van de wijziging van de arbeidsovereenkomst is zo een domein waarop de rechtspraak de behoefte aan met name werkgeverskant aan flexibiliteit – zij het nog schetsmatig – invult. De werknemer mag er echter op rekenen dat de werkgever terzake zwaarwegende argumenten moet aandragen om zijn gelijk te krijgen. De compenserende functie van het arbeidsrecht krijgt hier een tegenwicht: de werkgever vindt steun als hij ondanks de (arbeidsrechtelijke) afspraak een andere invulling van de arbeidsovereenkomst wenst.

Het ontslagrecht, geen nieuws

Met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is ook gepoogd de ontslagroute langs het Arbeidsbureau, inmiddels CWI, wat aantrekkelijker te maken, zulks ten detrimente van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Daartoe is onder meer in de wet bepaald (artikel 7:672 lid 4 BW) dat de overeengekomen of wettelijke opzegtermijn van de werkgever die die route bewandelt, met een maand wordt verkort, dit tot een minimum van een maand. Daarnaast is de toewijzing van een verzoek om een uitsluitend economisch gefundeerde ontslagvergunning versneld.²²

Onderzoek wijst uit²³ dat daarmee de gang naar de kantonrechter niet minder populair is geworden. Uit in april 2003 gepubliceerde cijfers van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat over 2002 het aantal verzoeken om een ontslagvergunning (inclusief verzoeken bij collectief ontslag) ruim 84 000 en het aantal verzoeken om ontbinding bij de rechter 68 331 beliep.

Tijdens de behandeling van Flexibiliteit en zekerheid in de Tweede Kamer zegde minister Melkert onder grote druk toe een commissie van deskundigen te laten nadenken over de mogelijkheid om het ontslag-

vergunningssysteem af te schaffen en ontslagen achteraf door de rechter te laten beoordelen op hun redelijkheid.

De vervolgens ingestelde Commissie Afschaffing Duaal Ontslagstelsel (ADO) heeft daartoe met enkele mitsen en maren inderdaad geadviseerd en wel in maart 2000. De Stichting van de Arbeid (StAR), die terzake door de opvolger van minister Melkert, De Geus, om advies werd verzocht, heeft na een beraad van ruim twee jaar medio 2003 geadviseerd alles bij het oude te laten.

Werkgevers- en werknemersorganisaties willen geen aanpassing van het ontslagrecht; het niet-aantasten ervan was immers een 'part of the deal' bij Flexibiliteit en zekerheid. Het valt niet te verwachten dat kabinet Balkenende II dit StAR-advies zal negeren.

Privétisering van de arbeidsverhouding

Bij de aanvang van Paars speelde de privé-situatie van de werknemer c.q. zijn privé-belang nog slechts een ondergeschikte rol in het arbeidsrecht. Een verzoek om parttime te mogen werken kon bijvoorbeeld nog redelijk eenvoudig worden afgewezen. Met een deugdelijke motivering kwam een werkgever doorgaans ongeschonden weg (zie bijvoorbeeld Pres. Amsterdam, 27.7.1995, JAR 1995/176).

Naast gewone vakantie waren er vanouds twee vormen van verlof. In de eerste plaats was dit het zogenoemde calamiteitenverlof (het inmiddels vervallen artikel 7:629b BW). Dit was aan de orde bij 'zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden'. Daaronder vielen dan de bevalling van de echtgenote en het overlijden van huisgenoten of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en in de tweede graad van de zijlijn. Een eenvoudig griepje van het kind viel daar dus niet onder. Veel CAO's gaven wel verdergaande aanspraken.

Een andere bekende vorm van extra verlof wegens privé-omstandigheden was die in verband met de zwangerschap en de bevalling, een verlofperiode van dertien weken, met een uitkering van 100% van het overeengekomen loon (thans hoofdstuk 3 van de Wet arbeid en zorg (Waz), zie hierna onder d).

Tijdens Paars is een sterke privétisering van de arbeidsrelatie opgetreden. Ik signaleer achtereenvolgens:

a *Een wijziging van de Arbeidstijdenwet*

Inhoudende dat de werkgever terzake van de arbeids- en rusttijden

zo veel mogelijk rekening houdt met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer (artikel 4:1, zie ook de preambule van de wet²⁴). Inmiddels is aanvullend een wet in werking getreden die bepaalt dat de werkgever alleen op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen af mag wijken van een voorstel terzake van de werknemer. Voorts kan de werknemer nog slechts zondagarbeid worden opgedragen met zijn uitdrukkelijke instemming.

b *De Wet aanpassing arbeidsduur arbeidsovereenkomst (Waa)*

Krachtens deze wet kan de werknemer een verzoek doen om aanpassing (doorgaans benedenwaarts) van zijn arbeidsduur. Inwilliging van het verzoek kan de werkgever slechts weigeren op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen. Een weigeringsgrond kan dus niet gelegen zijn in een enkelvoudige kanttekening dat het onpraktisch is.

Tijdens de kamerbehandeling werd als voorbeeld de onderwijssector gegeven, waarbij door toewijzing van een verzoek leerlingen met 'te veel' (hoeveel??, WP) leerkrachten zouden worden geconfronteerd (zie *Handelingen Tweede Kamer 2000/2001*, p. 5894). Rechters blijken niet gauw bereid werkgevers hierin tegemoet te komen.

c *De Wet op het ouderschapsverlof*

Deze wet is met de inwerkingtreding van de Waz enigermate aangepast. Het komt erop neer dat de werknemer recht heeft op (onbetaald) ouderschapsverlof ter grootte van dertien maal de overeengekomen arbeidsduur per week. De werkgever heeft alleen het recht om het verlof te weigeren op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen indien de arbeid in het buitenland wordt verricht. Anders niet.

d *Bij de Wet arbeid en zorg²⁵ is voorts nog het zogenoemde kortdurend zorgverlof ingevoerd*, doorbetaald (in ieder geval 70% van het overeengekomen loon), voor ten hoogste twee maal de overeengekomen arbeidsduur per week gedurende een jaar, voor de noodzakelijke zorg bij ziekte van nabije relaties. Hier zien we dat de werkgever het verzochte verlof alleen mag weigeren op grond van een 'zodanig zwaarwegend bedrijfsbelang dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'. Weliswaar laat de wettekst – anders dan bij de Waa – enige ruimte voor belangenafweging, maar erg groot lijkt die niet.²⁶

Voorts is het *calamiteitenverlof* zoals dat reeds bestond ('zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden') inhoudelijk²⁷ ongewijzigd in de Waz opgenomen. De jonge vader/moeder (niet bevallen!) wordt extra verrast met twee dagen verlof tegen 100% van het loon, zonder dat de werkgever overigens een weigeringsgrond heeft.

e Ook past in deze rij van verlof en bevoegdheidsverdeling (met enige moeite, ik geef het toe) de *nieuwe vakantie-regeling* (artikel 7:638 BW). Die houdt in dat de werkgever de vakantie van de werknemer vast-

stelt overeenkomstig de wensen van die laatste, tenzij 'gewichtige redenen' zich daartegen verzetten. Voorheen luidde het dat de werkgever de vakantie vaststelde na overleg met de werknemer. (Ook) in de wet heeft nu de werknemer die om privé-redenen vakantie op bepaalde tijdstippen wenst, de lead.

- f In voorbereiding is een wetsontwerp van kabinet Balkenende II dat het mogelijk maakt dat werknemers *langdurig zorgverlof* opnemen. De werknemer moet daar zelf voor sparen via zijn 'levensloop'-potje (zie nader 'Prepensionering/VUT en levensloopregelingen').

Overziet men het zorg(slag)veld, dan was de productie van de kabinetten Kok niet gering en is de werknemer in belangrijke mate langszij bij de werkgever gekomen. De Wet aanpassing arbeidsduur kwam nog tot stand op de golven van hoogconjunctuur en bij een krappe arbeidsmarkt. Toch vormt deze een belangwekkende, nieuwe uitwerking van het beginsel van goed werkgeverschap, die een grote betekenis heeft voor de arbeidsverhoudingen. Hetzelfde geldt mijns inziens – zij het in iets mindere mate – voor de nieuwe vormen van (zorg)verlof. Men trof immers weliswaar in veel CAO's al regelingen aan op dit vlak, maar de omvang ervan is sterk vergroot en de mogelijkheden tot weigering zijn voor de werkgever nog slechts beperkt.

Samenvattend moet de conclusie zijn dat de paarse wetgever een zeker niet onbelangrijke wijziging heeft aangebracht in de arbeidsverhoudingen in verband met de privé-situatie van de werknemer ten faveure van de werknemer. Balkenende II zal nog een laatste stukje aan de zorgdeken hechten. Menige werkgever is van opvatting dat de wetgever hier te ver is doorgeschooten in zijn streven de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer te compenseren.

Collectieve arbeidsverhoudingen

Op het terrein van de regelgeving rond collectieve arbeidsvoorwaardenvorming hebben de twee paarse kabinetten weinig opgeleverd. Op dit gebied is slechts vermeldenswaard dat de beleidslijnen die gelden bij algemeenverbindendverklaring van CAO's, zijn gepubliceerd.²⁸ Ook kabinet Balkenende II heeft op dit vlak niets in het vooruitzicht gesteld. Het lijkt erop dat de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst van 1927 en de wet die het algemeen verbindend verklaren van CAO's regelt (van 1937), als een rustig bezit kunnen worden beschouwd. Tenslotte is ruim 80% van de werkenden in ons land door een CAO gebonden, ondanks het feit dat de organisatiegraad maar ongeveer 24% bedraagt.

Mijns inziens zijn twee (bijna-)producten van Paars op het collectieve terrein, namelijk van de structuur van ondernemingen en de medezeggenschap, wel van belang.

In de eerste plaats gaat het om de inmiddels door de Eerste Kamer aangevaarde wijziging²⁹ van de Structuurregeling, die de verhoudingen bepaalt tussen het management (raad van bestuur), de toezichthouder (raad van commissarissen), de werknemers en de aandeelhouders bij grotere ondernemingen (geplaatst kapitaal ten minste dertien miljoen euro, een OR is ingesteld en er zijn ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam).³⁰

Het gaat in dezen om de verhouding werknemers (i.c. OR) en aandeelhouders. In de Structuurregeling zoals die nu nog luidt, kunnen aandeelhouders, OR en raad van bestuur kandidaten voor het lidmaatschap van de raad van commissarissen voordragen, te benoemen door die raad. In het wetsontwerp wordt de gehele raad benoemd door de aandeelhouders (artikel 2:158 lid 4 BW). Op zich is niet nieuw dat de OR een voordracht kan doen. Wel dat de OR ten aanzien van eenderde van de commissarissen het recht van voordracht (het zogenoemde versterkte recht van aanbeveling, artikel 2:158 lid 6 BW) heeft, die weer door de zittende commissarissen aan de aandeelhoudersvergadering moeten worden voorgelegd. De laatste kan de voordracht alleen terzijde schuiven met tweederde van de uitgebrachte stemmen, die ten minste eenderde van het kapitaal vertegenwoordigen (artikel 2:158 lid 9 BW). Anders gezegd, ten opzichte van de vorige Structuurwet wordt de positie van de OR in ieder geval formeel versterkt. De positie van (de afgevaardigden van) de werknemers in de raad van commissarissen is steviger verankerd.

Vervolgens is in 1998 met de Wet op de ondernemingsraden de medezeggenschapspositie van werknemers versterkt. Alle ondernemingen waarin meer dan 50 personen werkzaam zijn, dienen nu een ondernemingsraad te hebben die alle bevoegdheden heeft die tot dan toe slechts waren voorbehouden aan ondernemingsraden van ondernemingen waar meer dan 100 personen werkzaam waren. Het aparte zogenoemde lichte regime van (voorheen) artikel 35a WOR is verdwenen. Belangrijk daarvan was dat de ondernemer bij belangrijke sociaal-economische beslissingen alleen advies aan de OR hoefde te vragen als er verlies van de arbeidsplaats of een belangrijke verandering van de arbeid voor ten minste een vierde van het personeel mee gemoeid was.

De verplichting van ondernemingen met tussen de 30 en 50 personeelsleden om een OR te hebben is daarmee vervallen. In de grote groep

van ondernemingen met tussen de 50 en 100 personeelsleden is de mogelijke inbreng van de ondernemingsraad en daarmee van werknemers echter sterk verbeterd.³¹

Daarnaast is de positie van met name uitzendmedewerkers versterkt. Zij tellen nu mee als in de onderneming werkzame personen en kunnen ook medezeggenschap claimen in de onderneming waardoor zij worden uitgezonden; daarnaast hebben zij ook een claim bij de inlener indien ze daar 24 maanden onafgebroken werkzaam zijn geweest.

Werkloosheidswet

Ingrijpen in de regels rond uitkeringen was onder de kabinetten Kok nauwelijks aan de orde. Op de essentiële punten bleven WAO en WW overeind.

In 'De arbeidsongeschikte werknemer, de WAO'er' behandelde ik de voornemens van kabinet Balkenende II rond de WAO. De voornemens in verband met de WW zijn eveneens ingrijpend.

In de eerste plaats heeft het kabinet al een wetsontwerp ingediend tot afschaffing van de vervolgitkering. Afhankelijk van hun arbeidsverleden genieten werkloze werknemers thans eerst een loongerelateerde werkloosheidsuitkering. De minimumduur is zes maanden en de maximumduur bedraagt vijf jaar. Na afloop van de loongerelateerde uitkering bestaat er op grond van de WW (artikel 48) daarna een recht op een vervolgitkering voor de duur van twee jaar. Voor de werknemer die op de eerste dag van de werkloosheid 57,5 jaar en ouder is, belooft die maximaal 3,5 jaar. De vervolgitkering bedraagt 70% van het voor de werknemer geldende minimumloon.

Afschaffing van de vervolgitkering betekent dat werklozen vanuit de loongerelateerde WW onmiddellijk in de bijstand belanden. Ouderen van 50+ komen dan in de IOAW (de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk werkloze werknemers) terecht. Die kent – anders dan de bijstand – geen vermogenstoets en de inkomenstoets is beperkter dan die van de bijstand.

In de tweede plaats wenste het kabinet blijkens de regeringsverklaring de door de kantonrechter vastgestelde vergoedingen terzake van ontbinding van de arbeidsovereenkomst geheel te korten op de WW. Later luidde het dat de helft van die vergoedingen zou worden gekort. In het Najaarsakkoord werd afgesproken dat de korting in het geheel niet door zou gaan.

In de derde plaats is er het voornemen dat werkgevers die werknemers van 57,5 jaar en ouder ontslaan, een boete zouden moeten betalen. Deze gaat 15 of 30% bedragen van de door de werknemer te ontvangen WW-uitkering met een maximum van 3% van de loonsom van de werkgever. Dit laatste is zo voorgesteld om kleine werkgevers niet in te hoge mate te belasten. Voorts zouden 57,5 jaar oude werkloze werknemers weer moeten solliciteren. Dat laatste – de sollicitatieplicht voor werknemers van 57,5 jaar en ouder – is met het Najaarsakkoord weer komen te vervallen.

In de vierde plaats wenst kabinet Balkenende II de referte-eis voor de WW te wijzigen van 26 uit 39 gewerkte weken voor het ontslag in 39 uit 52 weken. Daardoor komen vooral mensen die meer seizoensgebonden werkzaam zijn, minder snel in aanmerking voor de WW.

Voorts wil het kabinet het zogenoemde fictieve arbeidsverleden (samenhangend met de leeftijd) afschaffen en de duur van de uitkering geheel afhankelijk stellen van het feitelijke arbeidsverleden.

In het Najaarsakkoord is afgesproken dat eerst ('zwaarwegend') SER-advies terzake zal worden gevraagd voordat het kabinet tot indiening van een wetsontwerp zal overgaan.

Overziet men het geheel van de voornemens van kabinet Balkenende II op het stuk van de WW, dan is er sprake van een radicale reductie van de WW-kosten. Voor werkloze werknemers wordt de functie van de WW als (loongerelateerd) vangnet sterk verminderd en zal de bijstand (c.q. de IOAW voor ouderen) eerder als optie restereren.

Prepensionering/VUT en levensloopregelingen

In het regeerakkoord van kabinet Balkenende II is afgesproken de fiscale faciëring van prepensioen en VUT-regelingen te beëindigen met een overgangsregeling voor de bestaande aanspraken.

In plaats daarvan wil het kabinet de mogelijkheid openen dat werknemers maximaal 12% van hun jaarsalaris gaan sparen en dat spaartegoed tot maximaal twee jaar voor de pensioendatum aanwenden (om eerder met pensioen te gaan).

In het Najaarsakkoord is afgesproken de plannen tot afschaffing van de fiscale faciëring van VUT en dergelijke tot 1 april 2004 aan te houden, zodat kabinet en StAR in de tussenliggende periode in de gelegenheid zijn tot overeenstemming te komen over een pakket waarin fiscale faci-

liëring van VUT en dergelijke en levensloopregelingen beide hun plaats hebben.

In wezen gaat het hier mijns inziens om een verschuiving van de kosten van prepensioen richting werknemer. In bedrijfstakken met fysiek zware arbeid zal zo – vermoedelijk tot verdriet van werkgevers én werknemers – de compenserende functie van het sociaal recht enigermate uit het zicht raken.

Slot

In voorgaande bijdrage zijn de belangrijke tendenties van wijzigingen in het sociaal recht aan de orde gekomen, zoals die zich volgens mij uit de gezichtshoek van personeelsmanagers het afgelopen decennium hebben voorgedaan.

Ik heb veel weggelaten. Een greep: de omvorming van UVI's naar UWV, van Arbeidsbureau naar CWI, de nieuwe arbeidsomstandigheden- en arbeidstijdenwetgeving en de nieuwe gelijke-behandelingsgeboden die zich vanuit Brussel aandienen, zoals recent het verbod tot leeftijdsdiscriminatie.

En menige personeelsmanager zal wellicht in zijn praktijk juist weer andere essenties van wijziging van sociaal recht hebben ontmoet dan die ik heb behandeld. Het zij zo.

Ik vat mijn betoog samen. Onder Paars zijn nog enkele belangrijke verschuivingen totstandgekomen in het sociaal recht (met name het arbeidsrecht) die een compenserende functie hadden: de werknemer kreeg nog een stukje extra rechtszekerheid in zijn situatie. Ik doel hier onder meer op werknemers met onduidelijke arbeidsverhoudingen en de ontegenzeggelijke privétisering van de arbeidsverhouding.

Met de komst van kabinet Balkenende II lijkt een kentering op te treden. Omdat dat kabinet nog geen wetgevende productie heeft op de behandelde terreinen, vallen geen definitieve conclusies te trekken. Vooral nog lijkt het kabinet niet van zins paarse verworvenheden teniet te doen. De contouren die zich aandienen, lijken echter vooral de positie van de werkloze en arbeidsongeschikte werknemers te betreffen. Voor hen lijkt een verruiming te gaan optreden. De glijbaan naar de bijstand komt (voor sommigen: veel) eerder in zicht.

S U M M A R Y

From labour law to welfare

In this article an outline is given of the recent main developments in Dutch social law. It is also indicated which developments are to be expected regarding the first policy statement of the present Balkenende II-government. While writing this article a social agreement was realised in the autumn wage negotiations between social partners and the government (the 'autumn wage agreement').

During the two Kok-governments there have been developments in social law which have helped to strengthen the position of workers importantly. First there is the stronger position of people having a weak legal position (stand by contracts, agency contracts, min-max contracts et cetera). Second there is the fact that an employer can no longer neglect the employees' private situation. It is a matter of 'privatation' of the labour relation. And finally: the (collective) position of employees has become stronger under the 'workers council act' and the structure legislation.

During the two Kok-governments much attention and discussion have been given to the disabled employee, his position from the point of view of industrial law and his benefit, but only the 'Improvement Gatekeeper Act' saw the light: this law is basically a precise record of what has long been legally determined.

In important fields of industrial law, for example collective industrial law and the right of dismissal, the two Kok-governments have done almost nothing. The Balkenende-government also has no plans in this respect.

In the whole field of industrial law practically nothing should be expected from the present government. To compensate abolition of fiscal advantages of pre-retirement and early retirement regulations employees are particularly allowed to save time for their old age, the 'course of life regulation'. Furthermore the care regulations will be extended a bit, also to be financed from the 'course of life fund'. Here the industrial law cake will definitively be eaten.

In the field of social security, however, essential economizing is to be expected. Former employees will find themselves with Social Security much sooner, where at this moment they are entitled to (extended) unemployment benefits or disablement insurance benefits. The importance of retaining paid work will increase correspondingly.

In summary: the Kok-governments showed (some) compensating social legislation. Balkenende II however is the beginning of a 'rougher' social legislation, leading (ex-)employees much sooner to the slide to Social Security.

This article deals with the following core issues of social legislation in the past decades:

- the disabled employee;
- more flexible industrial law;
- 'privatisation' of the labour relation;
- collective labour relations;
- unemployment act;
- 'course of life regulations'.

Noten

- 1 Zie over deze wet met name B. Barentsen en J.M. Fleuren-van Walsem (2002). *Wet verbetering poortwachter*. Deventer.
- 2 HR 8.II.1985, NJ 1986, 309.
- 3 HR 26.6.1998, NJ 1998, 767.
- 4 Laatstelijk rapport Berenschot/KUB, 'Flexibiliteit en zekerheid, effecten en doeltreffendheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid', uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, februari 2002.
- 5 Rapport Berenschot/KUB, a.w., I, p. 23.
- 6 Wel is bepaald dat een proeftijd voortaan schriftelijk moet worden aangegaan en dat de proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter dan twee jaar of zonder eindtijdstip (bijvoorbeeld een project) maximaal een maand kan bedragen.
- 7 Preadvies, a.w., pp. 43-44.
- 8 Zie hierover met name F.B.J. Grapperhaus en M.M. Janssen (1999). *De uitzendovereenkomst*. Deventer.
- 9 Als gevolg van de invoering van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs per 1 juli 1998. Stp. 306; zie Grapperhaus, a.w., hoofdstuk 5.
- 10 Rapport Berenschot/KUB, a.w., II, p. 4.
- 11 HR 26.6.1998, JAR 1998/199.
- 12 Allereerst het andere taxi-arrest: HR 28.4.2000, JAR 2000/120. Lagere rechtspraak: Ktr. Rotterdam, 23.6.1999, JAR 1999/141; Ktr. Haarlem, 15.2.2002, JAR 2002/54; Ktr. Hoorn, 22.2.2002, JAR 2002/71; Ktr. Schiedam, 30.7.2001 en Ktr. Schiedam, 11.6.2002, JAR 2002-170. Zie voor eerdere rechtspraak: G.J.J. Heerma van Voss (1999). *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing voor het arbeidsrecht*. Alphen aan den Rijn, tweede druk, pp. 130-132.
- 13 Ktr. Rotterdam, 25.8.1993, JAR 1993/225; zie recent Ktr. Utrecht, 3.5.2000, JAR 2000/131, waar de CAO eenzijdige urenvermindering door de werkgever zonder ontslag toeliet en de kantonrechter die optie sauveerde.

- 14 Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht, 25.2.1992, Prg. 1992, nr. 3628; Ktr. 's-Hertogenbosch, 3.2.1992, Prg. 1992, nr. 3628.
- 15 Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht, 10.6.1997, Prg. 1997, nr. 4837.
- 16 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. 's-Gravenhage, 4.10.1990, KG 1990, 396; voorts Pres. Rb. Leeuwarden, 21.3.2000, JAR 2000/99.
- 17 Aldus de kantonrechter in JAR 2002/170.
- 18 Ktr. Amsterdam, 6.12.2000, JAR 2000/42.
- 19 Zie bijvoorbeeld Ktr. Alkmaar, 13.7.2000, JAR 2000/195; functiewijziging tijdens zwangerschap: Rb. Haarlem, sectie Kanton, 15.2.2002, JAR 2002/54.
- 20 Ktr. Delft, 24.2.2000, JAR 2000/49.
- 21 Aldus wel Dienand Christe in *de Volkskrant* van 15.4.2003.
- 22 Artikel 2:6 van het Ontslagbesluit, *Stcrt*, 2002, 53.
- 23 Rapport Berenschot/KUB, a.w., I, pp. 34-35.
- 24 Zie ook P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, a.w., p. 23.
- 25 Zie hierover D.J.B. de Wolff (2002). *Wet arbeid en zorg*. Deventer.
- 26 TK 27207, nr. 3, p. 55 en volgende.
- 27 Wel is nu slechts nog afwijking mogelijk bij CAO: artikel 4:7 Waz, in plaats van bij schriftelijke (arbeids)overeenkomst.
- 28 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaren van CAO-bepalingen, *Stcrt*, 1998, 240, laatstelijk gewijzigd bij besluit d.d. 14.6.2002, *Stcrt*, 2002, nr. 114.
- 29 TK 28179.
- 30 Zie ook R.H. van het Kaar (1999). 'Rechtsorde en corporate governance'. In: P.F. van der Heijden (red.). *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?* Den Haag, pp. 57-80.
- 31 Van der Heijden en Noordam behandelen deze beide wijzigingen ook, a.w. pp. 93-95, maar verbinden daaraan geen kwalitatieve consequenties.