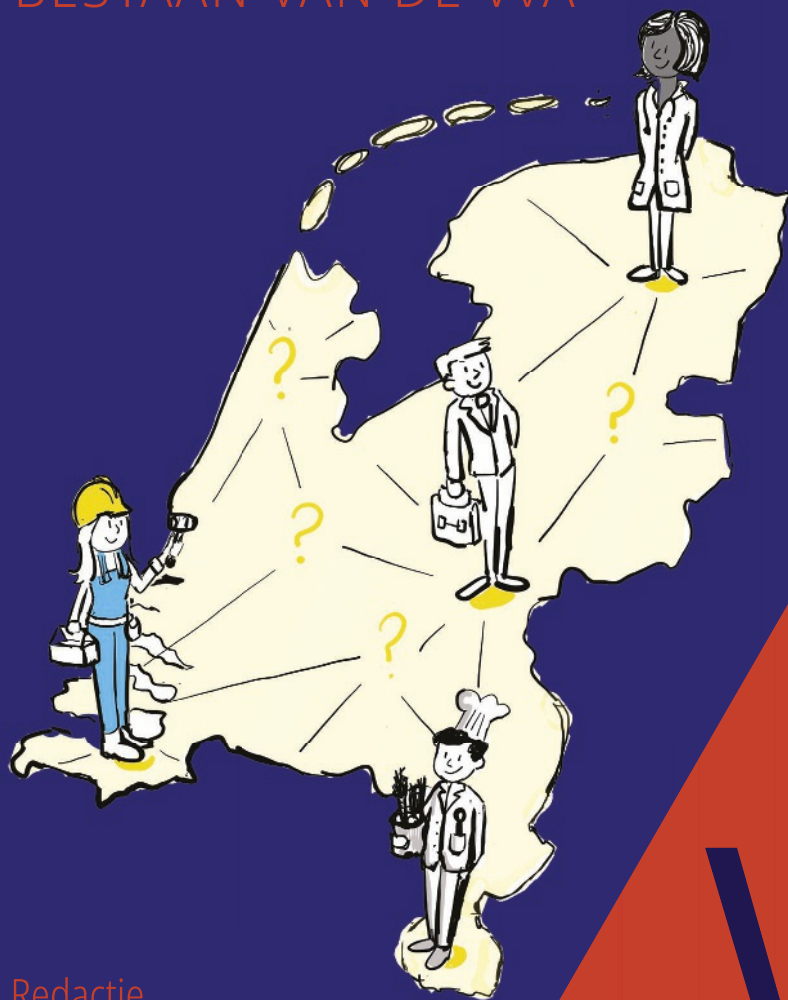


TRANSITIE EN ARBEID

BOEK TER GELEGENHEID
VAN HET 75-JARIG
BESTAAN VAN DE VvA



Redactie
Prof. mr. A.R. Houweling
Mr. dr. L.C.J. Sprengers

VvA

Boomjuridisch

Op dit moment komen verschillende ontwikkelingen samen die het doorvoeren van veranderingen in de arbeidsverhoudingen en het arbeidsrecht wenselijk en noodzakelijk maken. Tijdens het lustrumcongres van de VvA is hierop ingegaan aan de hand van verschillende deelonderwerpen, die in dit boek verder uitgewerkt worden. De thema's zijn: arbeidsongeschiktheid herschikt, waarin gezocht is naar een houdbaar en rechtvaardig systeem bij ziekte en arbeidsongeschiktheid; de rol van scholing als arbeidsmarktinstrument; de onafhankelijkheid van vakorganisaties in het kader van het afsluiten van cao's; de rechtsbescherming centraal: hoe om te gaan met het (toenemende) handhavingstekort in het arbeidsrecht; en arbeid over de grenzen heen, over de rol van het Europees handvest op het toepassen van het toepasselijk recht. In het slothoofdstuk worden de aanbevelingen uit de voorgaande hoofdstukken samengebracht en de uitkomsten geanalyseerd. Tevens zijn in deze bundel de teksten opgenomen van de toespraak van Diederik Samsom (kabinetschef van Eurocommissaris Frans Timmermans), over de noodzaak tot rechtvaardige uitvoering van de maatregelen als gevolg van de klimaattransitie en de inleiding van Karien van Gennip (minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), over de veranderingen in de arbeidsmarkt.

MET BIJDRAGEN VAN

D.M. Samsom, C.E.G. van Gennep, L. van den Berg, W.A. Faas, A.M.L. Goossens, M. de Kleine, W.L. Roozendaal, E.B. Wits, P. Kruit, B. Schouten, N. Jansen, R.D. Poelstra, E. Verhulp, P.Th. Sick, W.J.J. Wetzels, R. van Steenbergen, D.M.A. Bij de Vaate, C. van den Bor, W.H.A.C.M. Bouwens, J.H. Even, J.P. Vos, M.S. Wirtz, E. de Wind en B.J. Maes

ISBN 978-94-6212-756-2



9 789462 127562 >

Boomjuridisch

Transitie en arbeid

Boek ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan
van de VvA

Redactie:

Prof. mr. A.R. Houweling

Mr. dr. L.C.J. Sprengers

Boom juridisch

2022

Den Haag

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag
Omslagillustratie: Ingrid Nouwens van Imare
Foto's binnenwerk: Liesbeth Dingemans

© 2022 De auteurs | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressie-regeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

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.

ISBN 978-94-6212-756-2
ISBN 978-94-0011-216-2 (e-book)
NUR 825

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1	Inleiding	9
	A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers	
2	Toespraken tijdens lustrumcongres VvA	13
2.1	Klimaattransitie: de rechtvaardigheid bij de uitvoering is de grote uitdaging	13
	D.M. Samsom	
2.2	De veranderingen in de arbeidsmarkt	15
	C.E.G. van Gennep	
3	Arbeidsongeschiktheid herschikt	19
	L. van den Berg, W.A. Faas, A.M.L. Goossens, M. de Kleine, W.L. Roozendaal en E.B. Wits	
3.1	Inleiding	19
3.2	Medische beoordeling	20
3.2.1	Inleiding	20
3.2.2	Misvattingen over het arbeidsongeschiktheidspercentage; het wettelijk systeem	21
3.2.3	De praktijk: onder- en overcompensatie	23
3.2.4	Knelpunten bij de medische beoordeling	24
3.3	Sociaal medische dienstverlening	25
3.4	Activering van uitkeringsgerechtigden	28
3.4.1	Inleiding	28
3.4.2	Re-integratiebegeleiding	29
3.4.3	Activering door financiering ZW en WIA	30
3.4.4	Lastenverlichting voor kleine werkgevers	31
3.5	Aanbevelingen	33
3.5.1	Medische beoordelingen	33
3.5.2	Sociaal medische dienstverlening	34
3.5.3	Ingrepen in de Ziektewet	36
3.5.4	Tot slot	37
4	Scholing als arbeidsmarktinstrument	39
	P. Kruit en B. Schouten	
4.1	Inleiding	39
4.2	Scholing in het civiele arbeidsrecht	40
4.2.1	Inleiding	40
4.2.2	Scholing ex artikel 7:611a lid 1 BW	40

4.2.3	Artikel 7:611a lid 2-5: de implementatie van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn	42
4.2.4	Scholing ex artikel 7:669 lid 1 en 3 onder d BW	44
4.2.5	Tussenconclusie	45
4.3	Scholing onder de Werkloosheidswet	45
4.3.1	Inleiding	45
4.3.2	Scholingsregeling WW	46
4.3.3	Knelpunten van het beleid	47
4.3.4	Tussenconclusie	48
4.4	Naar een nieuwe invulling van scholing als arbeidsmarktinstrument	49
4.4.1	Inleiding	49
4.4.2	Optimaliseren van employability al tijdens het dienstverband	50
4.4.3	Scholing in ruil voor verlaging van ontslagkosten	51
4.4.4	Sancties bij niet-naleving	52
4.5	Conclusie en aanbevelingen	53
5	De onafhankelijkheid van vakorganisaties	55
	<i>N. Jansen, R.D. Poelstra en E. Verhulp</i>	
5.1	Inleiding	55
5.2	Over ficties in het Nederlandse cao-recht	56
5.3	De onafhankelijkheidsdiscussie: de stand van zaken	58
5.4	Internationale dimensie	63
5.4.1	Vooraf	63
5.4.2	ILO-Verdrag nr. 98	64
5.5	Onafhankelijkheid in nationale cao-wetgeving	68
5.6	Oplossingsrichtingen: Hoe kan nationaal recht in overeenstemming worden gebracht met ILO-Verdrag nr. 98?	71
5.6.1	Eerdere voorstellen	71
5.6.2	Nieuwe voorstellen	72
5.7	Afronding	79
6	Rechtsbescherming: het handhavingstekort in het arbeidsrecht	89
6.1	Inleiding	89
6.2	Rechtsbescherming in arbeidsszaken	89
	<i>P.Th. Sick en W.J.J. Wetzels</i>	
6.2.1	Inleiding: rechtsbescherming in arbeidsszaken	89
6.2.2	'Het systeem'	90
6.2.3	De rol van de rechter bij de rechtsbescherming	91
6.2.4	Het aantal procedures op arbeidsrechtelijk gebied	94
6.2.5	De rol van de rechtshulpverlener	98
6.2.6	Alternatieve vormen van geschiloplossing	99
6.2.7	Aanbevelingen	101
6.3	Staat van publiekrechtelijke handhaving	101
	<i>R. van Steenberg</i>	
6.3.1	Inleiding	101
6.3.2	Problematiek	102
6.3.3	Knelpunten	105

6.3.4	Mogelijke oplossingsrichtingen	115
6.3.5	Aanbevelingen	120
6.4	Handhaving door de vakorganisaties	121
	<i>D.M.A. Bij de Vaate, C. van den Bor en W.H.A.C.M Bouwens</i>	
6.4.1	Inleiding	121
6.4.2	Handhaving van in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden	124
6.4.3	Handhaving van niet in de cao neergelegde arbeidsrechtelijke normen	129
6.4.4	Slotbeschouwing	134
6.4.5	Aanbevelingen	135
7	Arbeid over de grenzen heen	137
7.1	Inleiding	137
7.2	Vanuit Den Haag of Brussel?	138
	<i>J.H. Even</i>	
7.3	Grondrechten in het EU-Grondrechtenhandvest: naar een minder selectieve toepassing van het derde correctief	143
	<i>J.P. Vos</i>	
7.3.1	Inleiding	143
7.3.2	Onjuiste implementatie van richtlijnen: (directe) werking en de correctieven	144
7.3.3	Horizontale directe werking van het Handvest: consistent of niet?	145
7.3.4	Maak een consistente keuze	149
7.4.	Botsingen in Europa: liberalisme, protectionisme of gewoon eerlijke mededinging?	149
	<i>J.H. Even</i>	
7.4.1	Inleiding	149
7.4.2	Belangrijk startpunt	150
7.4.3	De Detacheringsrichtlijn	151
7.4.4	Een periode van nadruk op de vrijheden door het Hof van Justitie	152
7.4.5	De gepercipieerde problemen en de roep om een nieuwe balans	153
7.4.6	De herziene Detacheringsrichtlijn en aanpalende (voorgenomen) maatregelen	154
7.4.7	Juridische oppositie tegen de herziening: de rechtszaken	154
7.4.8	Van liberalisme naar eerlijke mededinging?	155
7.4.9	Maar dan wel met een consequentie	155
7.5	Werkenden in Europa en het mededingingsrecht: op naar een glijdende schaal?	156
	<i>M.S. Wirtz</i>	
7.5.1	Inleiding	156
7.5.2	Collectief onderhandelen over werkvoorwaarden door zelfstandigen	158
7.5.3	Richtlijnen Platformwerk en cao's voor zelfstandigen	160
7.5.4	Economische afhankelijkheid	161

7.6. Over de toepassing van het op de internationale arbeidsovereenkomst toepasselijke recht	161
E. de Wind	
7.6.1 Inleiding	161
7.6.2 De rechtskeuze in een 'internationale arbeidsovereenkomst'	162
7.6.3 De controverse	162
7.6.4 Gruber Logistics	164
7.6.5 Rechtsvergelijking	165
7.6.6 De Nederlandse rechter	165
7.6.7 Tot slot	167
7.7 Migratierecht: op naar beter	168
B.J. Maes	
7.7.1 Inleiding	168
7.7.2 Van de huidige twee loketten in Nederland naar één	168
7.7.3 Verdergaande communitarisering	170
7.7.4 Het activeren van asielzoekers	171
7.7.5 Prioriteitsgenietend aanbod	171
7.7.6 Tot slot	173
7.8 Een weging van het voorgaande	173
8 Transitie en arbeid	175
A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers	
8.1 Inleiding	175
8.2 Arbeidsgeschiktheid herschikt	176
8.3 Scholing als arbeidsmarktinstrument	178
8.4 De onafhankelijkheid van vakorganisaties	178
8.5 Rechtsbescherming: het handhavingstekort in het arbeidsrecht	179
8.6 Arbeid over de grenzen heen	181
8.7 Slotbeschouwing	184
Over de auteurs	187

I Inleiding

A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers¹

Vanuit het verlangen naar meer sociale gerechtigheid door een beter recht van en voor de arbeid richtte Marius Gustaaf Levenbach op 25 mei 1946 de Vereniging voor Arbeidsrecht op. Hij adviseerde de regering in ballingschap over het Nederland van na de oorlog. Om de werkende klasse daadwerkelijk te beschermen, zo voorzag Levenbach, was een stevig juridisch kader nodig en een goede balans tussen de belangen van werkgevers en werknemers. Zie hier de kiem van ons latere poldermodel. Vanuit die visie richtte Levenbach in 1946 de Vereniging voor Arbeidsrecht op, waarin werkgevers, werknemers, rechterlijke macht, advocatuur en wetenschap waren en zijn vertegenwoordigd. Zo valt terug te lezen in het magazine *United* dat uitgebracht is ter gelegenheid van het 75-jarig jubileum van de Vereniging voor Arbeidsrecht.²

In de eerste statuten van de vereniging is als het doel van de VvA geformuleerd de bevordering van de studie van het arbeidsrecht door: (a) het bestuderen van positief arbeidsrecht en zijn grondslagen; (b) het bestuderen van wetsontwerpen en andere voorstellen en denkbeelden welke tot verandering in het positieve arbeidsrecht kunnen leiden; (c) alle andere wettige middelen. In de jaren zeventig is het doel gewijzigd in de kennis en ontwikkeling van het Nederlandse arbeidsrecht te bevorderen, met name de onderwerpen, rakende het arbeidsrecht, op wetenschappelijk verantwoorde wijze te doen bestuderen en kritisch te doen bezien.³

Een aangepaste variant, die nog meer benadrukt dat vanuit de VvA de ontwikkelingen in het arbeidsrecht beschouwd, becommentarieerd en mee geïnitieerd worden. Vanuit de vereniging is daar door de jaren heen actief invulling aan gegeven door liefhebbers en beoefenaars van het arbeidsrecht vanuit verschillende geledingen met elkaar in contact te brengen.

In het lustrumboek bij het 70-jarig jubileum hebben wij het inleidend hoofdstuk afgerond met de constatering: ‘Misschien moeten we met een knipoog naar de

1 Ruben Houweling is hoogleraar Erasmus School of Law (ESL); Loe Sprengers is voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht, eveneens verbonden aan de ESL en advocaat te Utrecht.

2 *United*, 25 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht, p. 27, uitgave mei 2021, www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl.

3 C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996: ontwikkelingen en thema’s’, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal & W. Zeijlstra, *Arbeidsrecht en mensbeeld*, Deventer: Kluwer 1996, p. 1-2.

WWZ constateren dat het arbeidsrecht “in transitie” is. Heel letterlijk bevinden we ons in een transitie van het oude ontslagrecht naar het nieuwe ontslagrecht.⁴ Daarbij werd niet alleen verwezen naar het ontslagrecht maar gesteld dat er nog meer in transitie is. Het (bereik van) het arbeidsrecht, de wijze waarop het sociale vangnet is vormgegeven, de discussie over de niet aflatende groei van zzp'ers, de rol van overheid als ‘regisseur’ of ‘een dienstverlener’, de zorg over en regelgeving vanuit Europa gaven aan dat het aantal vraagstukken op het terrein van arbeidsrecht onverminderd groot is. Daarbij ook nog wijzend op de technologische ontwikkelingen constateerden we dat we mogelijk aan de vooravond van een heel nieuw tijdperk staan. In dat boek zijn in de slothoofdstukken (hoofdstuk 8, 9 en 10) ook verslagen opgenomen van expertmeetings die gehouden zijn over deze ontwikkelingen. Dit heeft ook de basis gevormd voor verdere activiteiten vanuit de VvA in samenwerking met de VAAN die uitgemond zijn in een publicatie over het Wetboek van werk.⁵

Bij het 75-jarig jubileum van de VvA hebben we als thema gekozen ‘transitie en arbeid’. Een thema dat, zoals uit het voorafgaande blijkt, voortborduurde op ontwikkelingen die gaande zijn en ook reeds bij het 70-jarig jubileum werden gesignaleerd, maar toch een andere inhoud en dimensie heeft dan bij het 70-jarig jubileum voorzien. De urgentie tot veranderingen te komen is fors toegenomen. Op het moment dat we deze inleiding schrijven, staat het nieuws vol van personeelstekorten op de arbeidsmarkt die leiden tot verstoring bij geplande vliegvakanties via Schiphol, uitval van treinen, vierdaagse schoolweken in het primair onderwijs, horecazaken die een extra dag sluiten. Naarstig wordt gezocht naar oplossingen voor het personeelstekort.

Op het moment dat het 75-jarig lustrum gevierd werd tijdens het lustrumcongres op 19 mei 2022 is het feitelijk al het 76-jarige bestaan van de VvA. Vanwege COVID was het niet mogelijk om in 2021 fysiek bij elkaar te komen, een omstandigheid die bij het 70-jarig lustrum niet voorstelbaar was. De weerslag van COVID op de samenleving is groot geweest. Onder het motto van nood breekt wet zijn er de nodige tijdelijke regelingen getroffen om de gevolgen van de COVID-maatregelen op te vangen. De steunmaatregelen in het kader van de NOW waren mede nodig omdat op basis van de bestaande regeling over werktijdverkorting op een dusdanig grote schaal niet op korte termijn de hoeveelheid aanvragen verwerkt zou kunnen gaan worden. Ook was de regeling niet op een situatie als deze toegespitst. Het thuiswerken, dat voor die tijd bij veel organisaties een discussiepunt was in welke mate dat mogelijk zou moeten zijn, werd (noodgedwongen) een vanzelfsprekendheid. Nu is de vraag of en hoe teruggegaan moet worden naar de oude werkelijkheid. Ook hoe om te gaan op de werkvloer met verschillende

4 Ruben Houweling & Loe Sprengers, ‘Inleiding’, in: A.R. Houweling & L.C.J. Sprengers (red.), *70 jaar VvA: Einde van het begin*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 17-18.

5 A.R. Houweling (red.), *Wetboek van werk 2025*, VAAN-VvA expertgroep conceptdesign november 2019, www.wetboekvanwerk.nl.

COVID-vraagstukken, mede gerelateerd aan grondrechten en privacywetgeving, heeft de nodige aandacht gekregen.⁶

Ook de klimaatcrisis is in een stroomversnelling terechtgekomen. Het besef dat maatregelen nodig zijn in verband met het klimaat is de afgelopen decennia gestaag toegenomen. In het kader van de Europese Green Deal zijn ambitieuze doelstellingen geformuleerd door de 27 EU-lidstaten om van de Europese Unie uiterlijk in 2050 het eerste klimaatneutrale continent te maken.⁷

De noodzaak tot verduurzaming zal steeds meer merkbaar worden in de samenleving net als de consequenties die dit zal gaan hebben. De felle protesten van boeren tegen de stikstofmaatregelen maken duidelijk dat het gaat om pijnlijke keuzes die grote belangen raken. Ook in de arbeidsverhoudingen zal dit zijn weerslag krijgen. Het heeft gevolgen voor de arbeidsmarkt en de scholing om voldoende goed opgeleid personeel beschikbaar te krijgen om de klimaattransitie ook tijdig uit te kunnen voeren. Ook bij de vormgeving van de arbeid zowel wat betreft de huisvesting als mobiliteit zal de impact hiervan groot zijn.⁸

De ontwikkelingen in het arbeidsrecht zoals die ook geschetst werden in het lustrumboek bij het 70-jarig bestaan van de VvA *Einde van het begin*, hebben zich ook verder doorgezet. Belangrijke bouwstenen in het recente debat hierover zijn het rapport van de commissie-Borstlap⁹ en het SER MLT-advies over de arbeidsmarkt.¹⁰ In het regeerakkoord is opgenomen dat het eindrapport van de commissie-Borstlap en het hoofdstuk 'Arbeidsmarkt, inkomensverdeling en gelijke kansen' uit het SER MLT-advies de leidraad gaan vormen voor hoe de inrichting van de arbeidsmarkt van de toekomst eruit moet komen te zien.¹¹ De steeds concreter merkbaar wordende problemen in de arbeidsmarkt in veel sectoren maken de noodzaak om de regulering van de arbeidsmarkt aan te pakken groot.

Tot slot speelt ook de oorlog in Oekraïne een rol. De inval van Rusland in Oekraïne met de in reactie daarop vergaande (economische) sanctie maatregelen van de westerse landen hebben een steeds grote impact. Ook binnen de arbeidsverhoudingen zijn de effecten hiervan merkbaar.

Toen in 1946 de VvA werd opgericht, was er in de periode na de Tweede Wereldoorlog een breed gedragen besef in de samenleving dat maatregelen

6 Onder meer tijdens de bijeenkomst van de VvA op 15 maart 2020 waar een inleiding werd gehouden door Pascal Besselink over twee jaar COVID in het arbeidsrecht en door Inge de Laat over privacy en COVID.

7 In december 2019 heeft de Europese Commissie het Europese Green Deal-plan gepresenteerd dat vervolgens is vertaald in een Europese klimaatwet die in juni 2021 in werking is getreden en in een pakket van voorstellen van de Europese Commissie in juli 2021 om de economie om te vormen.

8 Zie over arbeidsrecht in COVID-, oorlog- en milieucrisis: A.R. Houweling, 'ARbeidsrecht: arbeidsrecht in tijden van oorlog', TAP 2022/88.

9 *In wat voor land willen we werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020.

10 SER-advies over sociaal economisch beleid 2021-2025, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, advies 21/08, juni 2021.

11 Coalitieakkoord 2021-2025, *Omzien naar elkaar, vooruit kijken naar de toekomst*, 15 december 2021, p. 23.

gewenst waren gericht op meer sociale gerechtigheid door een beter recht van en voor de arbeid, zoals Levenbach het toen verwoordde. Anno 2022 brengt de samenloop van de bovengeschetste ontwikkelingen met zich dat het noodzakelijk is om de wijze waarop de arbeidsmarkt gereguleerd is en het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht zijn vormgegeven te herzien. De transitie van de arbeid is aanstaande.

De noodzaak tot doorvoeren van veranderingen is groot. Er liggen al veel plannen klaar. Deze zullen nu vertaald moeten worden in beleid en maatregelen. Wat dit kan gaan betekenen en welke aanbevelingen daarbij mee te geven zijn, hebben we voorgelegd aan verschillende expertgroepen vanuit de VvA. Hun is gevraagd tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen naar de toekomst te kijken. Dit is verdeeld in zes verschillende thema's die in dit boek verder uitgewerkt worden. Over deze thema's heeft tijdens het lustrumcongres in sessies discussie plaatsgevonden binnen de VvA. De auteurs hebben de uitkomsten van deze discussies meegenomen bij de afronding van hun bijdrage aan dit lustrumboek.

In hoofdstuk 2 zijn om te beginnen de inleidingen opgenomen die gehouden zijn tijdens het lustrumcongres op 19 mei 2022: eerst de inleiding van Diederik Samsom, kabinetschef van Eurocommissaris Frans Timmermans, over de noodzaak tot rechtvaardige uitvoering van de maatregelen als gevolg van de klimaattransitie; vervolgens de inleiding van Karien van Gennip, minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, over de veranderingen in de arbeidsmarkt.

Daarna volgen de hoofdstukken met de bijdragen van de verschillende expertgroepen. In hoofdstuk 3 wordt onder de titel 'Arbeidsongeschiktheid herschikt' gezocht naar een houdbaar en rechtvaardig systeem bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. In hoofdstuk 4 komt de rol van scholing als arbeidsmarktinstrument aan de orde. De onafhankelijkheid van vakorganisaties in het kader van het afsluiten van cao's komt in hoofdstuk 5 aan bod. In hoofdstuk 6 staat de rechtsbescherming centraal: hoe om te gaan met het (toenemende) handhavingstekort in het arbeidsrecht? In hoofdstuk 7, met als titel 'Arbeid over de grenzen heen', wordt ingegaan op de rol van het Europees handvest en het toepassen van het toepasselijke recht. In het slothoofdstuk (hoofdstuk 8) zullen we de aanbevelingen uit de voorgaande hoofdstukken samenbrengen en de uitkomsten analyseren.

2 Toespraken tijdens lustrumcongres VvA

2.1 Klimaattransitie: de rechtvaardigheid bij de uitvoering is de grote uitdaging

D.M. Samsom¹

De EU heeft op 18 mei 2022 een plan gelanceerd dat ‘re-power EU’ heet en over het ‘re-poweren’ van de Europese Unie gaat, omdat we onafhankelijk willen worden van Russische fossiele brandstoffen.

We zijn natuurlijk allemaal op 24 februari 2022 wakker geschrokken, eigenlijk ook wakker geschrokken uit een langzame slaapwandeling van een steeds verdere afhankelijkheid van onze belangrijkste grondstof, fossiele brandstoffen, van die ene leverancier, Rusland.

Daar willen we nu snel van af. Dat betekent enorm veel en dat ga ik hier niet allemaal technisch uit de doeken doen, want andere aspecten van het plan zijn voor de Vereniging voor Arbeidsrecht relevanter, maar toch, we waren al op weg naar een klimaatbeleid met een ambitie om 55% minder CO₂ uit te stoten dan we nu doen.

Dat was voordat Poetin Oekraïne binnenviel. En dat was al een enorme opdracht met een enorme verduurzaming, technologische verandering in de samenleving tot gevolg.

En daar gooien we nu een schepje of eigenlijk een enorme schep bovenop. We gaan extra duurzame energie installeren. Als je dat uitdrukt in zonnepanelen dan gaat het om 2000 km² aan zonnepanelen of in huizen uitgedrukt 40 miljoen woningen met een zonnedak, die er extra bij moeten komen.

Het andere aspect van het plan heeft betrekking op extra energiebesparing. Dat gebeurt niet vanzelf, daarvoor moet je huizen isoleren, warmtepompen installeren, allerlei installaties veranderen. De hoeveelheid energiebesparing die we bovenop de al hoge ambitie gooien, is gelijk aan het energiegebruik van een land als Oostenrijk. Dus dat zijn enorme inspanningen extra bovenop wat we al wilden doen en dat betekent eigenlijk dat we de transitie die we al waren begonnen nog eens gaan versnellen. Het is alsof je in volle sprint nog eens moet accelereren en de wielrenners onder u weten hoe ingewikkeld dat is, dat kan alleen Mathieu van der Poel en wij, want we moeten wel.

De uitdaging daarbij is natuurlijk enerzijds technisch, al die zonnepanelen, al die windmolens die er moeten komen en anderzijds financieel, want het kost

¹ Diederik Samsom is kabinetschef van Eurocommissaris Frans Timmermans, die belast is met uitvoering van EU-klimaatbeleid.

veel aan investeringen. Overigens krijgen we er ook heel veel voor terug. We betalen nu met z'n allen als Europa 100 miljard euro per jaar aan Poetin voor zijn fossiele brandstoffen, als we daarmee op kunnen ophouden scheelt dat een hele hoop.

Die investeringen moeten nog wel eerst gedaan worden, dus financieel is dit een enorme uitdaging, maar sociaal is de uitdaging het allergrootst. Eigenlijk, en dat hebben wij vanaf het begin van de Green Deal al gezegd, moet dit een rechtvaardige transitie zijn, anders zal deze transitie gewoon niet plaatsvinden. En dat is nogal wat, want dit is een industriële revolutie zonder weerga.

Elke industriële revolutie is Darwinistisch van aard. Hij eindigt altijd met meer geld en meer macht in de hand van minder mensen. De eerste was de uitvinding van de stoommachine, de tweede ging over de massaproductie en dat heeft geleid tot de opkomst van de sociale beweging voor de rechten van arbeiders. Door de komst van allereerst de vakbonden, de socialisten, de sociaaldemocraten. In die lange geschiedenis is Europa er eigenlijk best aardig in geslaagd om elke keer de sociale schade van die revoluties binnen de perken te houden. Overigens dankbaar gebruik makend van de opbrengst van die revoluties, namelijk een verdriedubbeling van de welvaart. Elke industriële revolutie verdrievoudigde onze rijkdom op het Europese continent.

Je zou kunnen zeggen, zo terugkijkend, dat we het niet slecht hebben gedaan, er is nog veel verbetering mogelijk, maar we zijn een rechtvaardig stukje aarde. Maar nu deze, de vierde revolutie. Veel groter dan de voorgaande, veel sneller, en het is geen industriële revolutie die ons dit keer ook driemaal zo rijk maakt. Wel een industriële revolutie die we niet kunnen vormgeven zoals vroeger; eerst hervormen en daarna de schade repareren. Deze moet ingebakken zijn in de transitie zelf. Daardoor is de uitdaging zo enorm. Financieel: de koopkracht van mensen, die zetten we onder druk, die staat onder druk, die zetten we nog eens extra onder druk, daar moet je dus van alles voor doen om dat weer recht te breien. Maar dat is nog het makkelijke deel, dat gaat over herverdeling van inkomsten. Herverdelen is de moeder van alle politieke vraagstukken.

Het maatschappelijke vraagstuk gaat over werk. Het aantal banen dat door deze industriële revolutie ontstaat, zal groter zijn, dat weten we wel. Maar niet spectaculair groot. Zoveel ruimte is er niet, maar hij is vooral heel anders. De verbrandingsmotor houdt op te bestaan. Al die fabrieken die nu traditionele verbrandingsmotoren maken, veelal gelegen in Oost-Europa, verdwijnen en de elektrische motor vergt maar een zevende van het aantal uren om deze te maken in vergelijking met de verbrandingsmotor. Wat moeten we met die andere zes?

Windmolens maken, windmolens installeren, warmtepompen installeren, huizen verbouwen. Dat is allemaal ook mogelijk en nodig, maar het is dus wel andere arbeid, dus we zullen onze arbeidsmarkt moeten hervormen samen met die technische hervormingen. Dit zal niet pas daarna moeten gebeuren, dan zijn we te laat.

Dat moeten we reeds doen in tijden van krapte op de arbeidsmarkt waarbij er sprake is van een enorm tekort aan mensen. Dat is overigens wel de luxe kant van het probleem. Wanneer we dit zouden moeten doen in tijden van een enorme werkloosheid zou het probleem nog kwadratisch groter zijn. Ik zeg niet dat een tekort aan mensen geen probleem is, maar het is wel de luxe versie van

het probleem. Nu hebben we in ieder geval de mogelijkheid om mensen inderdaad snel van de ene naar de andere baan te helpen, omdat die banen er nu eenmaal zijn. De uitdaging is om daar de goede banen voor te creëren en de opleidingen erbij te zetten en daar zijn we tot nu toe in Nederland, maar ik moet zeggen in de rest van Europa, eigenlijk nog maar nauwelijks in geslaagd.

We houden voor een belangrijk deel op ons 18^e levensjaar op met leren, en voor steeds meer mensen geldt dat ze daarna op de universiteit nog even verder studeren, maar daarna houdt het dan wel op.

Met name voor mensen die vroeg gestopt zijn met leren gaat het daarna nooit meer verder. Dat kan niet langer zo. Dus we zullen onze arbeidsmarkt drastisch moeten hervormen om te zorgen dat deze revolutie überhaupt kan plaatsvinden en op een rechtvaardige manier.

Als je aan mij vraagt waar ik de meeste zorgen over heb, dan is het dat stukje. Niet die zonnepanelen, niet de elektrische auto's, ook niet de warmtepompen. De rechtvaardigheid van deze transitie, dat is onze uitdaging. En daar zult u aan kunnen bijdragen.

2.2 De veranderingen in de arbeidsmarkt

C.E.G. van Gennep²

We zijn hier vandaag vanwege een enorme mijlpaal die u vorig jaar al bereikte: vijfenzeventig jaar Vereniging voor Arbeidsrecht! Driekwart eeuw, waarin u zich op allerlei manieren heeft beziggehouden met arbeidsrecht. Met lezingen en discussiebijeenkomsten, en tal van publicaties. Ik heb zelf ervaring als werkgever, en ik weet hoe belangrijk het arbeidsrecht is. Ik vind het daarom heel erg mooi dat we in Nederland al driekwart eeuw een Vereniging voor Arbeidsrecht hebben. Oprecht een bijzonder lustrum. En wat een prachtige locatie heeft u uitgezocht voor uw lustrumcongres.

Als ik hier om mij heen kijk, in deze prachtige Heilige Bonaventurakerk, dan ben ik even heel ver weg van de hectiek van mijn ministerie. Dan voel ik een rust over mij komen, wetend dat deze kerk tien jaar geleden niet veel anders was, en honderd jaar geleden ook niet. En als ik vooruit in de tijd zou kunnen reizen, dan zou ik over een eeuw ongetwijfeld ook zien dat deze kerk min of meer gelijk is gebleven. Dat durf ik wel te zeggen, want dit gebouw geniet de bescherming van een rijksmonument. Maar los daarvan: alles ademt hier continuïteit, en dat is misschien ook wel de kern van het geloof: een vertrouwen in het constante.

Dat ik hier een verhaal ga houden over de arbeidsmarkt, is op het eerste gezicht misschien een beetje vreemd. Maar u zult zo merken dat het juist heel goed past. De arbeidsmarkt is helemaal niet constant. Die is juist constant in beweging. Die evolueert, transformeert, muteert. En niet altijd vanzelf de goede kant op.

Wat is er nu, terwijl we hier zitten, met die arbeidsmarkt en met het arbeidsrecht aan de hand? U als arbeidsrechtjuristen zult me dat vast haarfijn kunnen

² Karien van Gennip is minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in kabinet-Rutte IV.

uitleggen. En dat gaat u straks vast ook doen tijdens de QenA. Maar voor het zover is, zouden we ook even naar buiten kunnen lopen met zijn allen, naar de dichtstbijzijnde winkelstraat. We zouden in de etalages kunnen kijken, en dan weet ik vrij zeker wat u gaat zien: briefjes!

‘Personeel gevraagd.’

‘Medewerker gezocht.’

‘Wij zoeken een collega!’

‘Kom jij bij ons werken?’

Het kan u bijna niet zijn ontgaan, ze hangen echt overal. Er is een groot en breed tekort aan personeel. Er zijn op dit moment meer vacatures dan werklozen, en dat is een unieke situatie. Sinds het CBS de spanning op de arbeidsmarkt meet, is dat niet eerder voorgekomen. De effecten zijn merkbaar voor iedereen. En die zijn natuurlijk niet alleen maar negatief. Want veel werkgelegenheid betekent ook: veel kansen voor iedereen, ook voor mensen die anders langs de kant zouden blijven staan. Bijvoorbeeld omdat ze alleen parttime kunnen werken. Veel werkgelegenheid betekent vaak ook dat er ruimte is om je om te scholen. Soms met hulp van je nieuwe werkgever. Dat is allemaal mooi. Maar te veel krapte betekent ook dat het echt gaat knellen. Dat is voor niemand goed. Niet voor de werkenden zelf die een te zware last moeten dragen, omdat er te weinig collega's zijn om de klus te klaren. Ook niet voor de bedrijven, die hun ambities niet kunnen uitvoeren. En al helemaal niet voor de maatschappij, waar belangrijke sectoren vast dreigen te lopen. We hebben allemaal gelezen of gehoord wat er op Schiphol is gebeurd.

Maar Schiphol is geen uitzondering. Toen Ajax dit jaar landskampioen werd, kon de huldiging niet op het Museumplein plaatsvinden omdat er onvoldoende beveiligers waren. Er zijn ook winkels en restaurants die op sommige dagen eerder sluiten omdat ze onvoldoende personeel hebben. En als het buiten gaat stormen, dan is het maar te hopen dat uw dakpannen blijven liggen, want er is op korte termijn geen dakdekker te vinden die tijd heeft.

Dit zijn grote problemen voor ons allemaal. En het wrange is: we hebben in Nederland een onbenut arbeidspotentieel van 1,2 miljoen mensen. Dus aan de ene kant een ongekende krapte, maar aan de andere kant een groot arbeidspotentieel van mensen die kennelijk toch niet aan het werk komen.

De trends die daaraan ten grondslag liggen, zijn al een tijdje gaande. Want we wisten al langer dat het knelde in het onderwijs. En in de zorg. Cruciale sectoren voor onze maatschappij. De trends die leiden tot deze effecten zijn niet vandaag of gisteren ontstaan. U noemt ze allemaal in uw bundel. Vergrijzing. Digitalisering. Robotisering. Het klimaat, de gevolgen van twee jaar coronapandemie. En simpelweg demografie. We worstelen met een arbeidsmarkt waar er meer mensen met pensioen gaan dan er jonge mensen bij komen. Tegelijkertijd zijn er nog steeds mensen die willen en kunnen werken, maar die toch niet aan de slag komen. Denk aan een uitkeringsgerechtigde die het solliciteren heeft opgegeven, omdat hij alleen onzeker en tijdelijk werk kan krijgen, en heeft geconcludeerd dat dat niet loont. Hij wil de zekerheid van zijn uitkering niet

stopzetten voor de onzekerheid van een baan... Of denk aan de werkzoekende die goed gekwalificeerd is, maar bij elke sollicitatieprocedure weer afvalt vanwege zijn achternaam.

Mensen die geen werk vinden, terwijl er een schreeuwend personeelstekort is. Daar kunnen we ons niet bij neerleggen. Net zoals we ons niet kunnen neerleggen bij het feit dat, zoals ook het SCP heeft geconstateerd, jonge generaties steeds langer aarzelen om hun leven vorm te geven. Omdat er een optelsom van factoren is die ze onzeker maakt om stappen te zetten. Daardoor zijn zaken die vanzelfsprekend leken opeens minder haalbaar geworden. En dat heeft gevolgen. Die jonge generaties krijgen daardoor later kinderen, kunnen geen huis kopen, ervaren te veel onzekerheid.

Het kabinet wil gelijkwaardige kansen voor iedereen, een eerlijke beloning voor wie werkt, en een vangnet voor degenen die dat nodig hebben. Ook voor toekomstige generaties. Want die drie zaken zorgen voor bestaans- en inkomenszekerheid én een goed draaiende economie. Maar die waarden staan nu onder druk. Dat onderkende ook het vorige kabinet, aan de hand van rapporten van de commissie-Borstlap en de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid over de toekomst van de arbeidsmarkt. We kennen die rapporten allemaal. Ze geven ons richting en laten zien dat de arbeidsmarkt onderhoud nodig heeft.

Misschien staan we wat dat betreft wel op een kantelpunt. De afgelopen decennia hebben we gedacht dat individuele keuzevrijheid en de markt vanzelf een goed evenwicht zouden vinden voor iedereen. Onze regelgeving sloot grotendeels bij die gedachte aan. Sommigen onder ons, zouden dat misschien labelen als *laissez-faire*. En begrijp me niet verkeerd, de markt brengt nog steeds veel oplossingen. Maar zonder adequate normering en regulering loopt het op sommige terreinen wel spaak. Ik hoef maar een paar voorbeelden te citeren uit het rapport van de commissie-Borstlap, en u weet dat de balans is zoekgeraakt. De verpleegkundige die op vrijdagmiddag ontslag neemt en zich maandagmorgen voor hetzelfde werk als zelfstandige laat inhuren. De werknemer-met-flexibel-contract die precies hetzelfde doet als zijn collega-met-vast-contract, maar veel minder betaald krijgt. Allemaal in de categorie: herkenbaar, legaal, maar ook onwenselijk.

In de afgelopen tien jaar is er geleidelijk een disbalans in onze arbeidsmarkt gesloten. Een disbalans met nadelige maatschappelijke effecten, ook omdat scheidslijnen in de samenleving zich verdiepen. Die disbalans wordt mede gevoed door verschillen in contractvormen. En daarin speelt onze wetgeving een rol. Daar moeten en kunnen we iets aan veranderen, zodat onze arbeidsmarkt weer een plek wordt waar bestaans- en inkomenszekerheid centraal staan, naast excellentie en innovatie – daarvoor moet in een goed draaiende economie ruim baan zijn.

Dat zal tijd kosten. De arbeidsmarkt heeft er jaren over gedaan om uit balans te raken, nu zullen we maatregelen moeten nemen om dat stukje bij beetje weer in orde te maken. Dat wil ik op twee sporen doen. Op het ene spoor wil ik werken aan bestaanszekerheid. Waarbij er zekerheid komt voor mensen met tijdelijke en flexibele contracten. Waarbij we arbeidsongeschiktheidsverzekeringen regelen

voor zzp'ers. En waarbij we bedrijven wendbaarder maken. Op het andere spoor wil ik aan de slag met gelijkwaardige kansen. Door bijvoorbeeld te stimuleren dat mensen zich een leven lang ontwikkelen, en zo van werk naar werk kunnen.

Terwijl we de komende tijd de arbeidsmarkt stapje voor stapje hervormen, zullen we steeds rekening moeten houden met een nieuwe werkelijkheid. Want ondertussen staat de wereld niet stil. We moeten daarbij wel steeds datzelfde doel voor ogen houden: een samenleving die gelijkwaardige kansen biedt. Zodat ook toekomstige generaties hun eigen leven vorm durven blijven geven. Zich deel voelen van de toekomst. En dat brengt me terug in deze kerk, waar de werkelijkheid hetzelfde lijkt te blijven. Het brengt me ook terug bij u.

Toen Marius Gustaaf Levenbach de Vereniging voor Arbeidsrecht in 1946 oprichtte, was de Tweede Wereldoorlog net voorbij. Levenbach wilde de werkende klasse beschermen met een stevig juridisch kader. Hij had daarover al tijdens de oorlog contact met de regering in ballingschap. En hij wilde een goede balans vinden tussen de belangen van werkgevers en werknemers. Die wens voelt aan als een constante. Want dat willen we anno 2022 nog steeds. Dat zien we heel mooi als we naar de lustrumboeken van uw vereniging kijken. Want ik gebruikte eerder het woord 'kantelpunt', maar eigenlijk is verandering natuurlijk een constante.

Bij uw 70-jarig bestaan verscheen er een lustrumboek waarin de inleiding afsloot met de constatering dat we 'mogelijk aan de vooravond van een heel nieuw tijdperk staan'. De woorden 'in transitie' vielen ook herhaaldelijk. Vijf jaar later, bij uw 75-jarig jubileum, koos u een thema dat er verdacht veel op leek: 'Transitie en arbeid'. En ik durf te wedden dat u over een paar jaar, bij uw tachtigste verjaardag, opnieuw naar diezelfde woorden zult grijpen. Meer transitie. Andere transitie. Nog steeds transitie!

In die zin is praten over de arbeidsmarkt op deze plek die voelt als een constante wellicht veel toepasselijker dan het op het eerste gezicht lijkt. Want als er iets constant is dan is het wel dat de arbeidsmarkt constant verandert. Verandering is de constante, dat heeft u in uw 75-jarige bestaan zelf kunnen constateren. Ik wil u graag nog feliciteren met dat lustrum – ook al bent u inmiddels alweer 76 jaar. Corona stond dit congres vorig jaar in de weg. Fijn dat we het dit jaar in kunnen halen. Ik wens u nog een inspirerende middag, en zoals je dat dan hoort te zeggen: op naar de volgende 75!

3 Arbeidsongeschiktheid herschikt

L. van den Berg, W.A. Faas, A.M.L. Goossens, M. de Kleine, W.L. Roozendaal en E.B. Wits¹

3.1 Inleiding

In de afgelopen decennia is er veel veranderd in het stelsel van inkomensbescherming bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Mijlpalen waren de privatisering van de Ziektewet in 1996, de afschaffing van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) in 1998, de invoering van de Wet arbeidsongeschiktheid zelfstandigen in 1998 (geldend tot 2004), de introductie van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) in 2005 en de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters (Bezava) in 2013. Het stelsel kent zo zijn sterke kanten, maar is nog altijd voor verbetering vatbaar.

Uit verschillende hoeken worden voorstellen aangedragen om het stelsel te verbeteren. Zo heeft de huidige regering zich voorgenomen ‘hardheden’ in de WIA te onderzoeken.² Ook de commissie-Borstlap, de Stichting van de Arbeid en de Sociaal-Economische Raad (SER) hebben aanbevelingen gedaan over de loon-doorbetalingsverplichting bij ziekte en de verzekering tegen arbeidsongeschiktheid.³ De vakbonden CNV, FNV en VCP hebben een witboek ‘Hardheden in de WIA’ als petitie aangeboden aan de Tweede Kamer met daarin een aantal voorstellen om de door de bonden gesignaleerde hardheden op te lossen.⁴

Verbeteringen zijn meer noodzakelijk dan ooit: zo is om de klimaattransitie te kunnen realiseren veel meer arbeidskracht nodig dan nu beschikbaar. Ook zijn er grote tekorten aan medewerkers in onder meer de zorg en het onderwijs en worden deze alleen maar groter. Een onnodig verblijf in een arbeidsongeschiktheidsregeling is kortom nog minder aanvaardbaar dan dit al was. In deze bijdrage

1 Lucy van den Berg is universitair docent arbeidsrecht aan de VU, Jim Faas is verzekeringsarts onafhankelijke expertises, Anneloes Goossens is beleidssecretaris VNONCW, Madeleine de Kleine is bedrijfsarts, Willemijn Rozendaal is hoogleraar Sociaal Zekerheidsrecht VU, Erica Wits is advocaat te Utrecht.

2 Coalitieakkoord Rutte IV 15 december 2021, p. 24.

3 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020; Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 11; Sociaal-Economische Raad, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, ontwerpadvies 21/08, juni 2021 en *Middellangetermijnadvies (MLT) SER, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, juni 2021.

4 CNV, FNV, VCP, *Witboek hardheden in de WIA*, Petitie aangeboden aan de Tweede Kamer op 5 april 2022.

lichten wij enkele knelpunten uit met betrekking tot de huidige inrichting van het stelsel van inkomensvoorziening en re-integratie, namelijk de medische beoordelingssystematiek in de Ziektewet (ZW) en de WIA (par. 3.2), de sociaal-medische dienstverlening in de praktijk (par. 3.3) en de sterke en zwakke punten van de bevordering van re-integratie (par 3.4). Wij eindigen met een aantal aanbevelingen (par. 3.5).

3.2 Medische beoordeling

3.2.1 Inleiding

In het systeem van inkomensbescherming en re-integratie bij ziekte en arbeidsongeschiktheid in de werknemersverzekeringen hangt veel af van de medische en arbeidskundige beoordeling. De toegang tot en de hoogte van een uitkering zijn ervan afhankelijk. Voor de ZW is relevant of de belanghebbende werknemer door ziekte ongeschikt is voor zijn arbeid.⁵ Voor de zogeheten Eerstejaars ZW-beoordeling voor vangnetters zonder werkgever en de WIA gaat het om de vraag hoeveel hij kan verdienen met passende arbeid.⁶ Voor de WIA is bovendien van belang of hij wellicht niet alleen volledig, maar ook duurzaam arbeidsongeschikt is.⁷ De methodiek van de beoordeling van arbeidsongeschiktheid is in de vorige eeuw geleidelijk ontwikkeld in de uitvoeringspraktijk en jurisprudentie en uiteindelijk neergelegd in het Schattingsbesluit.⁸ Bij de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling staat veel op het spel. De uitkomst kan voor de uitkeringsaanvrager het verschil uitmaken tussen een onvoorwaardelijke loongerelateerde uitkering,⁹ een voorwaardelijke¹⁰ of een lagere¹¹ of zelfs geen ZW- of WIA-uitkering, waardoor hij (uiteindelijk) terugvalt naar een bijstandsuitkering met een gezinsinkomens- en vermogenstoets.¹² De schattingsmethodiek wordt door velen ervaren als abstract en onrealistisch. Er klinken geluiden om deze methodiek aan te passen. Zo vindt de Stichting van de Arbeid dat gewerkt moet worden aan een reële en minder theoretische schatting en vinden ook de vakbonden dat de beoordeling door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) te ver af staat van de praktijk.¹³

5 Art. 19 ZW.

6 Art. 19aa ZW, art. 5 WIA jo. Schattingsbesluit.

7 Art. 4 WIA.

8 Besluit van 8 juli 2000, Stb. 2000, 307, zoals laatstelijk gewijzigd in Stb. 2022, 237.

9 Art. 29 ZW, art. 47 WIA, art. 59 WIA. Met onvoorwaardelijk wordt bedoeld: zonder inkomenseis. Deze eis geldt niet voor de ZW-uitkering, de IVA-uitkering en de LGU, wel voor de LAU.

10 De voorwaarde voor het ontvangen van een loonaanvullingsuitkering is het voldoen aan de inkomenseis, die wordt gesteld op de helft van de restverdiencapaciteit. Art. 60 lid 1 onder a jo. lid 2 WIA.

11 Art. 62 WIA (de vervolguitering; deze kan worden aangevuld met de Toeslagenwet).

12 Voor 35-minners is aanvraag van een WW-uitkering veelal mogelijk. Na afloop van de WW-uitkering of in gevallen waarin (bijvoorbeeld door het niet behalen van de referte-eis) geen recht bestaat op WW, komt de Participatiewetuitkering in zicht.

13 Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 11 (www.stvda.nl/-/media/stvda/downloads/publicaties/2020/advies-

3.2.2 Misvattingen over het arbeidsongeschiktheidspercentage; het wettelijk systeem

In de praktijk is er veel onbegrip voor de schattingssystematiek. Er is frustratie bij werknemers: 'Ik ben veel zieker dan mijn buurman en hij krijgt wél een uitkering'; 'Er zijn helemaal geen vacatures voor monteur printplaten!'. Bij werkgevers komen foutieve aannames voor: 'Mijn werknemer kan nog maar 20 uur werken, want zij is voor 50% arbeidsongeschikt'. De schattingsprocedure is berucht vanwege het feit dat zo moeilijk aan belanghebbenden is uit te leggen hoe de schatting nu eigenlijk tot de vaststelling van een arbeidsongeschiktheidspercentage leidt, en wat de belanghebbende aan moet met de 'geduide functies'. Terwijl het ziektebegrip voor werknemers met een arbeidsovereenkomst samenhangt met het niet kunnen verrichten van 'de bedongen arbeid' (het eigen werk), gaat de WIA-beoordeling daarnaast uit van het verlies van verdien capaciteit van ten minste 35% ten opzichte van het inkomen op de eerste ziektedag. Dat zorgt ervoor dat er een aanzienlijke groep mensen is met arbeidsbeperkingen die twee jaar lang onder het BW-ziektebegrip viel, geen WIA-uitkering ontvangt. Dit wordt vaak als onbegrijpelijk ervaren; mensen zijn immers al twee jaar ziek als ze aan de WIA-poort komen. De afstand tussen wat iemand in theorie aan arbeidsmogelijkheden heeft en de beschikbaarheid van de geduide functie in de praktijk is bovendien vaak erg groot.¹⁴ Erger is dat vergelijkbare misvattingen ook bij de wetgever leven. Zo is bij de vormgeving van de WIA ten onrechte gedacht dat belanghebbenden die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, slechts lichte beperkingen hebben.¹⁵

Hoe zit het wettelijk systeem dan in elkaar en wat is de oorzaak van genoemde misvattingen? Dit is het systeem dat sinds de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) (ingevoerd in 1967) ten grondslag ligt aan het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid. Met de komst van de WIA in 2005 is dit beoordelingssysteem in de basis ongewijzigd gebleven.

Bij het bepalen van het arbeidsongeschiktheidspercentage gaat het om een toets naar de gevolgen die de medische beperkingen hebben voor het verdienvermogen van een werknemer. Hiertoe vindt een loonkundige vergelijking plaats tussen het inkomen dat een werknemer kon verdienen vóórdat hij ziek werd met het inkomen dat hij met zijn beperkingen theoretisch nog kan verdienen. Wanneer een ziekenverzorgende en een medisch specialist allebei 'long COVID' oplopen, dezelfde beperkingen ervaren, en nog dezelfde theoretische functies kunnen vervullen, dan kan het gebeuren dat de arts een uitkering krijgt, maar de ziekenverzorgende niet.¹⁶ De verhoging van de drempel van 15% naar 35% arbeidsongeschiktheid om in aanmerking te komen voor een uitkering bij invoering van de

wia.pdf); CNV, FNV, VCP, *Witboek hardheden in de WIA*, Petitie aangeboden aan de Tweede Kamer op 5 april 2022.

14 Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 11. Sociaal-Economische Raad, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, ontwerpadvies 21/08, juni 2021, p. 23.

15 Stichting van de Arbeid, *Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 17.

16 Voorbeeld ontleend aan Belia Heilbron & Anouk Kootstra, 'Het UWV keurt zijn eigen vlees', *De Groene Amsterdammer* 30 maart 2002.

WIA, heeft dit effect nog eens versterkt.¹⁷ De Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) heeft zich overigens kritisch uitgelaten over deze ondergrens: deze is niet in overeenstemming met de verdragsverplichtingen (ILO Verdrag 121).¹⁸

De verzekeringarts van het UWV beoordeelt welke beperkingen een werknemer heeft als gevolg van zijn ziekte. De arbeidsdeskundige van het UWV bekijkt vervolgens welke theoretische functies deze zieke werknemer nog kan vervullen met deze beperkingen. Het gaat om theoretische functies in de zin dat er geen vacature hoeft te zijn. Daar is voor gekozen, omdat er anders sprake zou zijn van het afdekken van het werkloosheidsrisico, wat een heel ander type risico is en tevens sterk conjunctuurafhankelijk en daarmee zorgt voor grote verschillen in de uitkomsten van beoordelingen al naar gelang de stand van de arbeidsmarkt.¹⁹ De geduide functie moet wel echt voorkomen op de Nederlandse arbeidsmarkt²⁰ en de werknemer moet in staat zijn deze functie te verrichten.

Bij de functieduiding door de arbeidsdeskundige kan het gaan om relatief eenvoudige functies, zoals printplaatmonteur, modinette, lokettist openbaar vervoer. De werknemer moet deze functies direct, zonder nadere opleiding, kunnen vervullen. Het hieraan gekoppelde loon is relatief laag. Indien voor de specialist en de ziekenverzorgende dezelfde functies worden geduid, dan is de inkomensval van de specialist procentueel veel hoger dan die van de ziekenverzorgende. Deze inkomensval bepaalt het arbeidsongeschiktheidspercentage.²¹ Bij een terugval van 35% of meer ontstaat het recht op een WIA-uitkering. Het kan dus zijn dat een chirurg met de ziekte van Parkinson volgens de normen van het Schattingsbesluit volledig arbeidsongeschikt is, maar een schoonmaakster met dezelfde ziekte niet. Beiden kunnen nog de heel lichte functie van lokettist openbaar vervoer vervullen. De chirurg verliest hiermee het grootste deel van zijn inkomen, met een (vermoedelijke) IVA-uitkering tot gevolg²² maar de schoonmaakster nauwelijks, wat haar de status van 35-minner geeft. Voor de chirurg is deze conclusie mogelijk onbevredigend omdat hij wel een groot inkomensverlies lijdt, maar nog wel kan werken. Voor de schoonmaakster is deze uitkomst onbevredigend, omdat zij door haar klachten misschien nauwelijks kans heeft om daadwerkelijk een baan te krijgen waarmee zij het geschatte restverdienvermogen kan verdienen.

17 In het Schattingsbesluit zijn de eisen voor de selecties van functies bovendien in 2004 versoepeld (Stb. 2004, 434, aanpassing van met name art. 9 onder a SB) waardoor sneller wordt uitgekomen op een laag of geen arbeidsongeschiktheidspercentage.

18 Zie: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III, Part 1A, Genève: ILO 2011, p. 746 e.v. en S. Klosse, 'Is de tijd rijp voor een eigen verzekeringsregime voor werkschade?', TRA 2015/77.

19 Sinds 1989 is er geen sprake meer van 'verdiscontering' van het werkloosheidsrisico in de arbeidsongeschiktheidsverzekering (destijds de WAO).

20 Arbeidsdeskundigen reizen stad en land af om via bedrijfsbezoeken functies te inventariseren.

21 Zie voor een uitvoerige uitleg: A. Goossens, 'Hervorming WAO moet beter worden afgerond', ESB april 2019, 104(4772) en E. Wits, 'Wat iedere arbeidsrechtjurist zou moeten weten van de WAO en WIA', *ArbeidsRecht* 2009/10.

22 Inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten, vaak aangevuld tot 80% van zijn inkomen tot zijn pensioen via een hiaat- en excedentverzekering.

3.2.3 De praktijk: onder- en overcompensatie

Hoe pakt dit systeem uit in de praktijk? Werknemers met lagere inkomens hebben een veel minder grote kans op een WGA-uitkering,²³ terwijl hun kans op werkhervatting nauwelijks verschilt met de groep die wel een WIA-uitkering heeft, omdat zij valt in de groep met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35-80%.²⁴ Doordat een laag arbeidsongeschiktheidspercentage maar in beperkte mate iets zegt over de ernst van de beperkingen, vallen veel 35-minners tussen wal en schip. De 35-minners zonder werkgever komen in de praktijk maar moeilijk aan een nieuwe baan. De 35-minners die nog passende arbeid bij de oude werkgever verrichten, hebben weliswaar nog steeds recht op 're-integratie' (in het eerste spoor), maar ze ontberen inkomensbescherming bij heruitval wegens ziekte. Bovendien is de no-riskpolis van de ZW in slechts zeer bijzondere gevallen van toepassing.²⁵ Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor belanghebbenden met een WGA-uitkering zonder baan. Zodra de loongereleerde fase van de uitkering is verstreken, valt de belanghebbende die niet minstens de helft verdient van zijn restverdiencapaciteit, terug op de zogeheten vervolguitkering. Die bedraagt slechts 28% tot 50,75% van het minimumloon (art. 62 lid 1 jo. art. 61 lid 6 WIA). Ook daarvoor geldt dat het vaak onrealistisch is om te verwachten dat deze persoon nog voldoende werk kan vinden. De lage uitkering ligt bovendien beneden de minimumgrens die het door Nederland geratificeerde ILO Verdrag 121 voorschrijft (60% referteloon).²⁶

Een minder vaak genoteerd probleem is dat door de schattingsmethodiek de WIA ook kan overcompenseren: hoe hoger het inkomen, hoe eerder de werknemer de drempel van 35% arbeidsongeschiktheid haalt. Een geringe medische beperking kan daarvoor soms volstaan.

Er zijn dus enerzijds mensen die een uitkering krijgen zonder deze echt nodig te hebben, en anderzijds mensen die geen uitkering krijgen terwijl ze die wél nodig hebben. Dit betekent zowel onderbenutting van het in deze tijd zo nodige arbeidspotentieel, als het wegglijden in armoede van mensen die geen andere opties hebben.²⁷

Dit systeem van het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid is al tientallen jaren oud en voor zover ons bekend, zijn er geen ideeën voor een alternatief. Ook de commissie-Borstlap, de Stichting van de Arbeid en de SER reppen in hun adviezen over de WIA niet over een ander systeem voor de vaststelling van de

23 Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten.

24 UWV Monitor Arbeidsparticipatie 2020 - WGA 35-80: 47% en WIA 35-min: 50%.

25 P.H. Burger & P.S. Fluit, 'De omvang en strekking van de no-riskpolis: driedubbele of niet verzekerde arbeid bij hernieuwde uitval', TRA 2012/75.

26 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations 2010/2011, Report III, Part 1a, p. 746-749. M.J.A.C. Driessen, 'ILO en WIA; haat en liefde?', TRA 2011/73.

27 Zie voor schrijnende voorbeelden: J. Witteman & M. de Ruiter, 'Ziek in de bijstand is een dubbele straf', *de Volkskrant* 2 april 2022.

arbeidsongeschiktheid.²⁸ Wel worden enige voorstellen gedaan voor verbetering van de huidige manier van de schatting door de Stichting van de Arbeid. Het proces van claimbeoordeling moet transparanter worden en beter worden uitgelegd. De functies in het Claimbeoordelings- en Borgingssysteem (CBBS) moeten meer gaan aansluiten op de praktijk, en de geduide functies moeten meegenomen worden in de dienstverlening naar werk.²⁹ De SER beveelt aan om de drempel naar 15% terug te brengen.³⁰ De vakbonden onderschrijven deze aanbevelingen, en voegen daaraan toe dat de lage vervoluitkering moet worden verhoogd. In paragraaf 3.5 gaan wij hier verder op in.

3.2.4 Knelpunten bij de medische beoordeling

De medische en arbeidskundige beoordeling vervult als gezegd een scharnierfunctie in het systeem van inkomensbescherming van ziekte. Het geeft uitkeringsaanvragers al dan niet toegang tot uitkeringen. De beoordeling door het UWV is echter niet alleen van belang voor de uitkeringsaanvrager, maar ook voor derden zoals zijn (ex-)werkgever en de door hem ingeschakelde bedrijfsarts.³¹ Moet de werkgever langer het loon doorbetalen omdat de bedrijfsarts volgens het UWV niet de juiste aanpak heeft gekozen in de diagnose of het re-integratietraject van de zieke werknemer?³² Krijgt de werkgever een rekening voor de ZW- of WIA-uitkering in de vorm van een hogere premie of het zelf betalen van de uitkering als eigenrisicodragers? Die rekening komt niet als de werknemer nog genoeg kan verdienen, of als hij juist volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is.³³

De vaak grote en ook nog eens tegengestelde belangen tussen de werkgever en de (ex-)werknemer vereisen een zorgvuldige medische beoordeling. De driehoeksverhouding legt een grote druk op het UWV om een beslissing te nemen waar zowel de werknemer als de werkgever zich in moet kunnen vinden. In hoeverre een medische beoordeling al dan niet daadwerkelijk recht doet aan de situatie van de belanghebbende kan evenwel juridisch gezien niet gemakkelijk worden blootgelegd. Bij geschillen over de uitslag van de keuring moet uiteindelijk de rechter een knoop doorhakken. Aangezien de rechter geen medi-

28 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020; Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 11; Sociaal-Economische Raad, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, ontwerpadvies 21/08, juni 2021 en Middellangetermijnadvies (MLT) SER, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, juni 2021.

29 Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 16.

30 SER Middellangetermijnadvies (MLT) SER, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, juni 2021.

31 De bedrijfsarts kan met succes aansprakelijk worden gesteld, zie bijv. Rb. Noord-Nederland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:754.

32 Zo niet, dan kan een loonsanctie, ziekengeldsanctie of verhaalsanctie worden opgelegd. Art. 25 WIA en art. 39 a lid 1 ZW.

33 De WGA-uitkering wordt aan de werkgever toegerekend, de IVA-uitkering niet, evenmin als de WW-uitkering aan een 35-minner. IVA-uitkeringen worden gefinancierd uit het Algemeen Arbeidsongeschiktheidsfonds. Hiervoor gelden sinds 1 januari 2022 twee landelijk uniforme premies, waarbij wordt gedifferentieerd naar grootte van werkgever.

sche kennis heeft, doet hij de beoordeling inhoudelijk niet over. Hij toetst voornamelijk of het besluit zorgvuldig tot stand is gekomen. Het onderzoek moet inzichtelijk en consistent zijn en deugdelijk worden gemotiveerd.³⁴ De rechter kan indien hij twijfelt aan de zorgvuldigheid van het medisch of arbeidskundig onderzoek, een eigen deskundige inschakelen. Belanghebbenden slagen er echter maar moeilijk in om de rechter aan het twijfelen te brengen over de conclusies van de verzekeringsarts.³⁵

Het is aldus niet goed mogelijk om via een gerechtelijke procedure de uitkomst van een WIA-beoordeling te veranderen, bijvoorbeeld om alsnog een WGA-uitkering te verkrijgen. Dit hangt deels samen met de aard van het bestuursrecht en deels met gebreken in het tot stand komen van het rechterlijk oordeel.³⁶ Het is opmerkelijk dat de claimbeoordeling door het UWV pas sinds kort veel publieke aandacht krijgt, wellicht als gevolg van de toeslagenaffaire. Zo is onlangs aandacht gevraagd voor de keuringspraktijk van het UWV, die soms willekeurig en onzorgvuldig aandoet, bijvoorbeeld omdat in ongelijksoortige gevallen toch steeds dezelfde diagnoses terugkomen.³⁷

3.3 Sociaal medische dienstverlening

Ook vanuit het perspectief van het UWV bestaan echter knelpunten, die veel te maken hebben met te hoge verwachtingen van de wetgever van de methodieken waar artsen over kunnen beschikken.

Een van de moeilijkste beslissingen, waarvan tegelijkertijd veel afhangt, is de vraag of de arbeidsongeschiktheid van de keurling duurzaam is.³⁸ Het is voor verzekeringsartsen zeer moeilijk om hierover te oordelen, terwijl hieraan als gezegd ingrijpende gevolgen zijn verbonden. De KNMG houdt de regel aan dat behandelend artsen geen uitspraken mogen doen over arbeidsbeperkingen van een patiënt. Overleg met behandelend artsen is daarom maar van beperkt nut. Belangrijker probleem voor verzekeringsartsen is nog dat bij veel aandoeningen de wetenschappelijke kennis hierover maar weinig handvatten biedt voor eenduidige prognoses. Dit geldt bijvoorbeeld voor psychische klachten. Momenteel kampt bijna de helft van de werknemers die langer dan twee jaar ziek zijn en een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvragen met psychische problemen. Maar

34 Art. 6 lid 6 WIA en art. 4 Schattingsbesluit, en o.a. CRvB 2 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3840.

35 J. Faas, *Bruggen bouwen over de kenniskloof* (diss. Amsterdam VU), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019 en annotatie E. van den Boogaard bij ECLI:NL:CRVB:2021:1960, USZ 2021/366.

36 Zie uitgebreid in de vorige noot genoemde proefschrift van Faas en de artikelen van Investico, verschenen in *De Groene Amsterdammer* en *Trouw* op 30 maart 2022, 'Het UWV keurt zijn eigen vlees' en 'Keuringsbedrijf Psyon misbruikt leugentest bij medisch onderzoek UWV-zaken', www.platform-investico.nl/artikel/experts-kritisch-over-werkwijze-uwv-keurings-bedrijf-psyon/.

37 Zie voor een kritisch onderzoek naar de keuringspraktijk de in de vorige noot genoemde artikelen.

38 I. Louwse, *Predictive modelling in insurance medicine* (diss. Amsterdam VU), 2020. Zie ook: I. Louwse e.a., 'Gebruik van een beslissing bij de prognosestelling', *TBV* 2020 (28), p. 18-24. NB In 2020 waren er 3.500 bezwaarzaken die betrekking hadden op het duurzaamheidsaspect. Op circa 23.000 medisch-arbeidsdeskundige bezwaarzaken in totaal is dat een aandeel van 15%. Bron: UWV Bezwaar en Beroep.

in het geval van psychische klachten oordelen zelfs gespecialiseerde behandel-
laars zeer uiteenlopend over dezelfde gevallen. Hoe moeten verzekeringsartsen
dan tot een eenduidig oordeel komen? De claimbeoordeling van de verzekerden
met psychische klachten is inderdaad niet optimaal, zo blijkt uit onderzoek.³⁹
Er is sprake van onderherkenning van stemmings- en angststoornissen bij de
WIA-claimbeoordeling door verzekeringsartsen.

De Centrale Raad blijft niettemin hameren op een deugdelijk onderbouwd oor-
deel over de duurzaamheid van de (volledige) arbeidsgeschiktheid:

'De inschatting van de verzekeringsarts van de kans op herstel in het eerste jaar
en daarna dient te berusten op een concrete en deugdelijke afweging van de
feiten en omstandigheden die bij de betreffende individuele verzekerde aan de
orde zijn. In het geval de inschatting van de kans op herstel berust op een (inge-
zette) medische behandeling, is een onderbouwing vereist die ziet op het moge-
lijke resultaat daarvan voor de individuele verzekerde.'⁴⁰

De juridische noodzaak om een objectief en onafhankelijk besluit te nemen,
botst op de medische werkelijkheid dat ziektebeelden vaak niet eenduidig zijn,
moeilijk te objectiveren zijn of een onvoorspelbaar verloop hebben. De mens is
geen machine en zijn mogelijkheden kunnen wel geschat worden, maar zeker
niet met wiskundige precisie vastgesteld voor een specifiek moment, laat staan
voor de toekomst.

Een in de praktijk wellicht nog veel knellender probleem is het grote tekort aan
verzekeringsartsen.⁴¹ Er zijn op dit moment al enorme achterstanden, en bij
gelijke werkwijze zal de vraag naar sociaal-medische dienstverlening in 2027
naar verwachting 31% hoger zijn dan het beschikbare aanbod van verzekerings-
artsencapaciteit. Als oorzaken worden genoemd een toenemende vraag door
bijvoorbeeld vergrijzing, de stijging van de AOW-leeftijd, de verplichte AOV
voor zelfstandigen, en een afnemend aanbod van verzekeringsartsen. Bijgevolg
moeten er keuzes gemaakt worden. Veel capaciteit gaat nu naar de Eerstejaars
ZW-beoordelingen, WIA-keuringen en heroverwegingen in bezwaar en beroep.⁴²
Door de opgelopen achterstanden werkt het systeem niet zoals beoogd. Bij de
WIA-keuring komt het UWV bijvoorbeeld vaak niet toe aan het tijdig toetsen van
het re-integratieverslag, zodat geen loonsanctie meer kan worden opgelegd (zie
art. 25 lid 11 WIA). Ook is er onvoldoende aandacht voor herbeoordelingen in
de WIA. Herbeoordelingen op initiatief van het UWV worden niet, of niet tijdig,

39 Inspectie SZW, *Claimbeoordeling WIA bij psychische problematiek*, mei 2018. Wel besteden beleid
en uitvoering (UWV en GGZ) in het kader van re-integratie juist veel speciale aandacht aan
de doelgroep met ernstige psychische problemen. Een voorbeeld hiervan zijn de Indivi-
duële Plaatsing en Steun (IPS-)trajecten.

40 CRvB 4 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1896.

41 UWV Jaarverslag 2020, par. 2.2; Kamerstukken II 2020/21, 26448, nr. 645 (Kamerbrief
toekomst sociaal-medisch beoordelen).

42 Onlangs is zelfs een wetswijziging doorgevoerd om voorschotten ook aan eigenrisico-
dragers in rekening te kunnen brengen, zie de Wet van 15 december 2021, Stb. 2021, 627
(Verzamelwet SZW 2022) en verder: L. van den Berg, 'De Verzamelwet SZW 2022: kleine of
substantiële gevolgen voor de eigenrisicodrager?', TRA 2022/17.

uitgevoerd.⁴³ Dit kan betekenen dat een werknemer die op het moment van de keuring nog niet geheel is gerevalideerd, in de WGA belandt en er vervolgens niet meer uitkomt. Het tekort aan verzekeringsartsen leidt dan tot ten onrechte betaalde uitkeringen. WGA-gerechtigden die niet onder het UWV vallen maar onder een ex-werkgever die eigenrisicodragers is, worden juist veel vaker geconfronteerd met herbeoordelingen, omdat eigenrisicodragers hier proactief in zijn om de uitkeringslasten te beperken. Het komt geregeld voor dat een aanvraag voor een herbeoordeling tot een lager arbeidsongeschiktheidspercentage leidt, zelfs als de eigenrisicodragers primair een IVA-uitkering beoogde.⁴⁴ Het tekort aan verzekeringsartsen leidt dus ook tot een ongelijk speelveld tussen publiek verzekerde werkgevers en eigenrisicodragers, en een ongelijke behandeling van hun (ex-)werknemers.

Het tekort aan medische begeleiding door het UWV heeft nog andere gevolgen dan de vertraging van het claimbeoordelingsproces. De grote druk op verzekeringsartsen om de vraag aan beoordelingen het hoofd te bieden, leidt eveneens tot een grotere afstand tussen UWV en verzekerde. De claimbeoordeling is slechts een 'relatief losse schakel'⁴⁵ in het re-integratietraject van de verzekerde, waarin hij het UWV verder niet vaak meer tegenkomt. De budgetten voor activering en begeleiding zijn sinds de laatste recessie flink teruggeschoefd bij het UWV.⁴⁶ Verzekeringsartsen hebben nauwelijks contact met de begeleidende bedrijfsartsen in het voortraject, noch worden zij ingezet voor begeleiding van uitkeringsgerechtigden. Daardoor worden re-integratiekansen gemist en mogelijk onnodige uitkeringen verstrekt. Een belangrijk obstakel is de gebrekkige communicatie en samenwerking tussen de verschillende beroepsgroepen zoals bedrijfsartsen, verzekeringsartsen, arbeidskundigen en re-integratiebedrijven. Volgens de Werkwijzer Poortwachter is de verzekeringsarts bij de 'poortwachters-toets' wel verplicht om contact op te nemen met de bedrijfsarts als hij tot een afwijkend oordeel komt, en heeft hij daarbij een verhoogde motiveringsverplichting.⁴⁷ Het advies van de bedrijfsarts over de belastbaarheid van de werknemer zal naar verwachting binnenkort zelfs leidend worden bij de poortwachterstoets door het UWV.⁴⁸ Toch komt dit overleg in een veel te laat stadium en waarborgt het niet een 'overdracht' van de begeleiding van de werknemers aan het UWV.

43 De voorraad herbeoordelingen neemt toe, zie UWV Achtmaandenverslag 2021, p. 17.

44 J. Faas, 'Het duurzaamheids criterium: niet uitvoerbaar!', *Afwikkeling Personenschade* 2022, afl. 1.

45 Inspectie SZW, *Onderzoek WIA-claimbeoordeling bij psychische problematiek*, mei 2018.

46 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), deel 2, Den Haag 2020, p. 56; WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, WRR-rapport nr. 102, Den Haag 2020, p. 174.

47 Werkwijzer Poortwachter, par. 11.4. CRvB 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:926; CRvB 17 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:591; CRvB 27 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1888.

48 Het voorstel behelst o.a. een nieuw art. 65 lid 2 WIA, dat luidt: 'Bij de beoordeling gaat het UWV uit van de weergave van de ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte die blijkt uit de door de in artikel 25, vijfde lid, bedoelde personen of arbodienst verleende bijstand met betrekking tot de advisering over de ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte van de verzekerde.' Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35589, nr. 2.

Er zijn diverse voorstellen gedaan om het tekort aan verzekeringsartsen op te lossen, variërend van het aantrekkelijker maken van het beroep tot het invoeren van een regiemodel waarbij andere professionals worden ingezet onder regie van de verzekeringsarts.⁴⁹ Voor ons onderwerp is in het bijzonder van belang het voorstel om de Eerstejaars Ziektewet-beoordeling (EZWB) af te schaffen of te beperken tot evidente gevallen.⁵⁰ De EZWB is een tijdrovende beoordeling, en slechts een derde van de gevallen leidt tot verandering in de uitkerings situatie. Daaraan kunnen wij toevoegen dat het ongerechtvaardigd aandoet dat mensen die toch al geen baan meer hebben, aan strengere criteria worden onderworpen voor hun inkomensbescherming dan arbeidsongeschikten die nog wel een baan hebben.⁵¹ Daarnaast wordt een aanpassing van de IVA voorgesteld: door cliënten bij meer dan 80% arbeidsongeschiktheid en na vijf jaar in de WGA automatisch naar de IVA te laten doorstromen, vermindert de vraag naar WIA-herbeoordelingen. In paragraaf 3.5 komen wij terug op deze voorstellen.

3.4 Activering van uitkeringsgerechtigden

3.4.1 Inleiding

Een aantal grote wetgevingsoperaties in de jaren negentig had als doel om activering van uitkeringsgerechtigden te bewerkstelligen. De privatisering van de Ziektewet in 1996 en de verdere uitbouw met de Wet verbetering poortwachter in 2001 en de Wet verlenging uitbreiding loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte in 2004 waren bedoeld om werknemers en werkgevers aan te sporen tot re-integratie-inspanningen en hiermee het beroep op de WAO te verkleinen. De uitkeringsstructuur van de WIA in 2005 moest zorgen voor het centraal stellen van arbeidsgeschiktheid in plaats van arbeidsongeschiktheid. De hybride financiering en premiedifferentiatie van de WAO sinds 1998 en de ZW sinds 2013 moest werkgevers prikkelen zich meer in te zetten voor re-integratie van hun (ex-)werknemers. De keuze voor premiedifferentiatie in de WAO maakte het noodzakelijk om de AAW, een volksverzekering tegen arbeidsongeschiktheid voor alle ingezetenen, af te schaffen.⁵² Inmiddels is gebleken dat deze ‘systematische’ wijzigingen niet op alle fronten succes hebben gehad.

49 Gupta Strategists, *De toekomst van sociaal-medische dienstverlening*, december 2020, in opdracht van UWV, Ministerie van SZW en de NVVG.

50 Gupta Strategists, *De toekomst van sociaal-medische dienstverlening*, december 2020, in opdracht van UWV, Ministerie van SZW en de NVVG.

51 De CRvB achtte dit evenwel niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. CRvB 10 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:57: het onderscheid tussen vangnetters en werknemers in dienstbetrekking is niet ongerechtvaardigd omdat zij minder bestendige arbeid verrichten.

52 Sinds 1976 werden in de Algemene arbeidsongeschiktheidswet (AWW) alle ingezetenen tegen het risico van arbeidsongeschiktheid verzekerd op minimumloonniveau. De WAO fungeerde sindsdien als aanvulling op de AAW-uitkering voor werknemers. Om de effectiviteit van de premiedifferentiatie in de WAO te verzekeren was het nodig om de hele uitkering ten laste van werkgevers te brengen; daarom werd het AAW-deel afgeschaft voor werknemers en voor niet-werknemers vervangen door de Wajong en de WAZ. Zie W.L. Roozendaal, ‘Verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen’, TPV 2019/39.

3.4.2 Re-integratiebegeleiding

De introductie van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte in het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt macro-economisch gezien als een succes aangemerkt, omdat het aantoonbaar tot minder instroom in de WAO of WIA heeft geleid.⁵³ Een sterk punt van het systeem is dat de werkgever de werknemer intensief kan begeleiden en prikkels heeft om dat te doen. De werking van het Poortwachtersysteem is niettemin nog voor verbetering vatbaar. Zo blijkt uit onderzoek dat inzet op re-integratie in het tweede spoor niet vaak genoeg wordt ingezet, terwijl dit wel succesvol zou kunnen zijn.⁵⁴

Een gemiste kans in het huidige re-integratiestelsel is echter het versnipperde aanbod van re-integratiebegeleiding zodra de betrokkene geen baan meer heeft. De begeleidingsmogelijkheden zijn dan afhankelijk van de vraag op welke inkomensvoorziening men recht heeft, maar de behoefte aan begeleiding valt daar niet mee samen.⁵⁵ Vele arbeidsongeschikten vallen tussen wal en schip na verlies van een baan of na afwijzing van de WIA-aanvraag.⁵⁶ Ook vangnetters in de ZW, werknemers die hun werkgever verloren tijdens ziekte zoals uitzendkrachten en werknemers met een bepaaldetijdcontract, hebben aanzienlijk minder re-integratiekansen.⁵⁷

Uit instroomcijfers van het UWV volgt inderdaad dat vangnetters zonder werkgever beperktere re-integratiekansen hebben dan vangnetters met werkgever.⁵⁸ De arbeidsparticipatie van deze groep is bovendien conjunctuurgevoeliger.⁵⁹ Degenen die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn bij de eerstejaarsbeoordeling of de WIA-beoordeling, vallen soms terug op de WW. Hoewel deze groep soms ernstige medische beperkingen heeft, zijn ook voor hen de re-integratiekansen suboptimaal, al komen zij sinds 2019 wel in aanmerking voor begeleiding.⁶⁰ De gemeente zou alle gaten kunnen vullen, maar ook gemeenten hebben twee derde van hun budgetten voor activering en begeleiding verloren.⁶¹ Dit is

53 Ph.R. de Jong e.a., *Van WAO-debakel naar WIA-mirakel*, Den Haag: Ape/Astri 2010, p. 308-309; SEO, *Activering en bescherming in de sociale zekerheid*.

54 Panteia, *De beleidsonderzoekers en SEO, De theorie en praktijk van re-integratie in het tweede spoor*, Zoetermeer 2016. Als uitvloeisel van het in 2018 aangekondigde maatregelenpakket inzake loondoorbetaling bij ziekte wordt in het ZonMW-programma *Verbetering re-integratie tweede spoor* met experimenten onderzocht hoe re-integratie in het tweede spoor beter te benutten, zie: www.zonmw.nl/nl/onderzoek-resultaten/preventie/programmas/programma-detail/verbetering-re-integratie-tweede-spoor/. Zie ook: www.beleidsonderzoekers.nl/wp-content/uploads/2021/03/Kennissynthese-re-integratie-tweede-spoor.pdf.

55 De aanspraak op begeleiding bij re-integratie is tijdens de wachttijd afhankelijk van het recht op loon; daarna van de aanspraak op het soort WIA-uitkering en de status van de werkgever als al dan niet ERD; voor werklozen is het afhankelijk van het hebben van een WW-uitkering, bijstandsuitkering, of geen uitkering.

56 Voor 35-minners die in de WW terechtkomen, is er sinds 2019 wél dienstverlening.

57 Zie de UWV Monitor arbeidsparticipatie arbeidsbeperkten 2021, p. 59.

58 J. Murre & J. Jansen, 'Flexkracht blijft vaker niet-duurzaam arbeidsongeschikt dan vaste werknemer', *ESB* 2019, 104(4772), p. 155-157.

59 UWV Monitor arbeidsparticipatie arbeidsbeperkten 2020.

60 Zie Position Paper FNV, CNV e.a., inzake UWV Dienstverlening Wia-35-min, juni 2021.

61 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), deel 2, Den Haag 2020, p. 56.

opmerkelijk aangezien activering en re-integratie een belangrijke doelstelling van het socialezekerheidsrecht is geworden sinds de jaren tachtig.

Om deze gaten te vullen heeft de Stichting van de Arbeid voorgesteld om de groep die niet in aanmerking komt voor een WIA-uitkering automatisch toegang tot de WGA-dienstverlening te geven bij toekenning van een WW-uitkering.⁶² In paragraaf 3.5 komen wij hier op terug.

3.4.3 Activering door financiering ZW en WIA

Vanaf de jaren negentig is de wetgever bij het re-integratiebeleid gaan kiezen voor marktwerking en financiële prikkels.⁶³ Een van de uitwerkingen van dit beleid was het al besproken 'poortwachterstelsel'. Een andere belangrijke uitwerking van de activering door middel van financiële prikkels komt tot uitdrukking in de financiering van de ZW en de WAO resp. WIA. In 1998 is voor de WAO het eigenrisicodragen ingevoerd, en in 2013 voor de ZW. Eigenrisicodragers zijn werkgevers die de ZW- of WIA-uitkering die toegekend wordt aan een (ex-) werknemer, zelf betalen, in plaats van een gedifferentieerde premie. Dit financieringsstelsel wordt ook wel omschreven als het 'hybride' financieringsstelsel, omdat de financiering van de werknemersverzekeringen bestaat uit zowel rechtstreekse betaling van uitkeringen als uit verschillende vormen van (gedifferentieerde) premies. Het aandeel in de totale Nederlandse loonsom van eigenrisicodragers lag in 2021 rond de 50%.

De positie van de uitkeringsgerechtigde die in dienst is of was bij een eigenrisicodragers is bijzonder, omdat hij vaak niet rechtstreeks te maken krijgt met het UWV, maar te maken heeft met de eigenrisicodragers, bijvoorbeeld voor de uitbetaling van zijn uitkering en zijn re-integratie. De positie is ook bijzonder omdat de eigenrisicodragers een belang heeft bij het verlagen of beëindigen van de uitkering. De reden voor invoering van deze financieringsstructuur van de ZW en WIA is als gezegd de 'prikkelwerking': het moet werkgevers prikkelen om ziekte te voorkomen of uitkeringsafhankelijkheid te beperken door re-integratie. Voor grote werkgevers geldt door de individueel gedifferentieerde premie of het eigenrisicodragen een toerekening van ZW- en WGA-lasten van maximaal twaalf jaar.

De hybride financiering heeft ook gevolgen voor werknemers. In bepaalde gevallen differentieert de materiewetgeving tussen publiek verzekerde werknemers en verzekerden van eigenrisicodragers als het gaat over aan de wetgeving te ontleen rechten en verplichtingen.⁶⁴ Zo dient de eigenrisicodragers voor de ZW zijn zieke uitkeringsgerechtigden te re-integreren alsof zij nog bij de eigenrisicodragers in dienst zijn. Anderzijds heeft de eigenrisicodragers voor de WIA een grote

62 Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020, p. 16.

63 Y. Hoekstra, 'SUWI: Private en publieke verantwoordelijkheden. Van inkomenszekerheid naar baanzekerheid', SR 2002/4, p. 116 en E.J. Kronenburg-Willems, 'SUWI en Poortwachter: meer reïntegratie?', SR 2003, p. 111 e.v.

64 L. van den Berg, 'Re-integratie door de eigenrisicodragers volgens de ZW: de route naar een vast dienstverband?', TRA 2022/21.

mate van autonomie bij de invulling van zijn re-integratieverantwoordelijkheid. De WGA-uitkeringsgerechtigde heeft hierdoor nauwelijks wettelijke waarborgen op re-integratiebegeleiding door de eigenrisicodragers.

De vraag is of dit hele stelsel van prikkels door financiering wel werkt. Er is nog geen overtuigend bewijs dat verzekerden van eigenrisicodragers daadwerkelijk grotere kansen hebben op het vinden van nieuw werk of dat het leidt tot meer re-integratie-inspanningen. Onderzoek uit 2018 wijst bijvoorbeeld uit dat schadelastbeheersing door eigenrisicodragers voor de WGA gedurende lange tijd hoofdzakelijk plaatsvond door middel van het aanvechten van de WGA-toekenning, of de toerekening daarvan aan de eigenrisicodragers.⁶⁵ Recenter onderzoek laat zien dat WGA-uitkeringsgerechtigden minder re-integratiebegeleiding krijgen dan publiek verzekerden en ook negatiever oordelen over de ontvangen begeleiding.⁶⁶ De jurisprudentie over de ZW en WIA bevat tal van voorbeelden die dit beeld bevestigen.⁶⁷ Ook cijfers van het UWV over de doorstroom van verzekerden van de WGA naar de IVA bevestigen dat ingeval er sprake is van een werkgever met een financieel belang, relatief vaker doorstroom naar de IVA plaatsvindt.⁶⁸ Of de uitstroom uit de WGA daadwerkelijk samenhangt met het vinden van passend werk, is dus de vraag. Bovendien is het de vraag of het speelveld tussen de publiek verzekerde werkgever en de eigenrisicodragers nu materieel nog gelijk is, aangezien de eigenrisicodragers meer invloed heeft op de besluitvormingsprocessen. In ieder geval leidt het stelsel tot een bijzondere rechtspositie voor de belanghebbende die in dienst is of was bij een eigenrisicodragers, waarvan men zich kan afvragen of dit gerechtvaardigd is. Uit de praktijk komen verder aanwijzingen dat de rechten van verzekerden op een correcte afhandeling van hun rechten door de private uitvoerders niet goed gewaarborgd zijn.⁶⁹

3.4.4 Lastenverlichting voor kleine werkgevers

Een keerzijde van de re-integratie- en financiële verplichtingen van werkgevers is dat ze een prikkel vormen voor risicoselectie bij het aannemen en afstoten van personeel met een gezondheidsrisico. Werkgevers kunnen risico's ontwijken door te kiezen voor flexibele arbeidsrelaties. Hoewel er geen overtuigend bewijs is dat het grote aandeel en de sterke groei van de 'flexibele schil' in Nederland een gevolg is van specifieke (veranderingen in) wettelijke regulering, is wel

65 APE onderzoek & advies, *De rol van private verzekeraars in het hybride WGA-stelsel*, rapport nr. 1631, Den Haag 2018.

66 SEO, *Ervaringen van werknemers met de ZW en de WGA in de hybride markt*, 2020, p. 44-46. ZW-verzekerden van eigenrisicodragers krijgen wel meer re-integratiebegeleiding, maar ervaren de ontvangen begeleiding negatiever dan publiek verzekerden, zie p. 17 en 24.

67 Vgl. CRvB 21 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1128; (toerekening ZW-uitkering bij ongeschiktheid voor zijn arbeid); CRvB 26 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:962 (beroep op IVA-toekenning/WGA-intrekking met terugwerkende kracht).

68 UWV Monitor arbeidsparticipatie arbeidsbeperkten 2020, p. 37 e.v. Deze monitor strekt zich hoofdzakelijk uit over de periode, waarin de mogelijkheid van eigenrisicodragerschap zich uitsluitend uitstrekte tot de groep 'WGA-vast'. Eventuele effecten van de Wet verbetering hybride markt zijn pas zichtbaar vanaf 2023.

69 W.L. Roozendaal, 'De zieke vangnetter met een eigenrisicodragers als ex-werkgever', TRA 2017/49.

duidelijk dat de Nederlandse wetgeving voldoende ruimte heeft geschapen voor een forse groei van het aantal flexibele dienstverbanden.⁷⁰ Vooral kleine werkgevers lijken te trachten de lasten die dit voor hen met zich brengt, waaronder de loondoorbetalings- en re-integratieverplichtingen tijdens ziekte, te ontlopen door zo min mogelijk werknemers in vaste dienst te nemen.⁷¹ Mensen met een arbeidsbeperking of een (vermeend) verhoogd risico op ziekteverzuim blijken inderdaad aangewezen op vormen van flexibele arbeid met slechtere arbeidsvoorwaarden.⁷²

Het kabinet-Rutte III heeft met de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) beoogd het aangaan van vaste contracten te bevorderen en dat van flexibele contracten te beperken. Hoewel maatregelen op het terrein van ziekte en arbeidsongeschiktheid geen deel uit maakten van de genoemde wet, bestonden er op dit terrein tijdens de regeerperiode van het kabinet-Rutte III wel degelijk plannen.⁷³ In het vorige regeerakkoord was onder meer te vinden, dat het tweede jaar loondoorbetaling voor kleine werkgevers (tot 25 werknemers) zou worden gecollectiviseerd. Hierbij zouden de financiële verantwoordelijkheid en een aantal re-integratieverplichtingen in het tweede jaar overgaan naar het UWV. Voor dit tweede jaar zouden kleine werkgevers een collectieve lastendeckende premie gaan betalen.⁷⁴ Omdat deze plannen op weinig draagvlak onder sociale partners konden rekenen, zijn bijna alle van de in het regeerakkoord opgenomen maatregelen op het terrein van ziekte en arbeidsongeschiktheid in de prullenbak verdwenen.

Anno 2022 is uitsluitend het voornemen om kleine werkgevers via de premieheffing werknemersverzekeringen tegemoet te komen in de kosten van de 'poortwachtersverplichtingen' gerealiseerd, zij het dat de oorspronkelijke plannen van een generieke premiekorting zijn omgevormd naar een gedifferentieerde Arbeidsongeschiktheidsfondspremie (Aof-premie).⁷⁵ Sinds 1 januari 2002 betalen kleine werkgevers een lage Aof-premie, (middel)grote werkgevers een hoge. Met deze besparing op de premiekosten kunnen kleine werkgevers makkelijker een 'verzuimontzorgverzekering' afsluiten, zo is de gedachte. Anno 2022 zijn er geen aanwijzingen dat er meer specifieke op het midden- en kleinbedrijf (mkb) gerichte maatregelen gericht op 'verlichting' voor het mkb op stapel staan. De maatregelen ter verzachting van het poortwachtersleed voor het mkb liggen dus vooral op het terrein van de premies werknemersverzekeringen. Naast de per 2022 ingevoerde differentiatie naar grootte van werkgevers voor het Aof en

70 P.T. de Beer & E. Verhulp, 'Is wettelijke regulering de oorzaak van de groei van flexibel werk in Nederland?', TRA 2017/83.

71 G. Brummelkamp, L. de Ruig & W. Roozendaal, Prikkel en knelpunten. Hoe werkgevers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte beleven, Zoetermeer: Panteia 2014, p. 46 e.v.

72 IBO-rapport *Geschied voor de Arbeidsmarkt*, bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29544, nr. 780.

73 Zie uitgebreid Van den Berg, TRA 2019/27.

74 Deze voorgestelde maatregelen waren al eerder te vinden in het IBO-rapport *Geschied voor de Arbeidsmarkt*, bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29544, nr. 780.

75 Daarnaast is er nog het wetsvoorstel, dat voorziet in het leidend maken van het oordeel van de bedrijfsarts bij de poortwachterstoets, zie Kamerstukken II 2020/21, 35589, nr. 2. Het plan was om deze maatregel al in oktober 2021 in werking te laten treden, maar het wetsvoorstel is na de val van Rutte III controversieel verklaard, zie Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1046.

de keuze voor sectorale in plaats van individueel gedifferentieerde premie voor het Werkloosheidswet en Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf), geldt voor de poortwachtersverplichtingen en voor de uit de ZW- en WIA voortvloeiende re-integratieverplichtingen van zieke verzekerden nog altijd een uniform regime.

3.5 Aanbevelingen

3.5.1 Medische beoordelingen

In paragraaf 1 hebben wij uiteengezet welke nadelen aan het huidige systeem van loonkundige schatting van arbeidsongeschiktheid kleven. Het is inherent aan het ontwerp van het huidige wettelijke systeem dat dit tot onder- en overcompensatie leidt voor wat betreft het recht op uitkering. Om dat aspect te veranderen zou het sinds 1967 bestaande systeem van vergelijking van het maatmanloon met het restloon moeten worden vervangen door een ander systeem. Een alternatief voor het huidige systeem is bij ons weten nog niet geopperd.⁷⁶ Ook de SER, de Stichting van de Arbeid en FNV reppen niet over een alternatief. Een nieuwe wijze van bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid zal niet alleen de door Europese regels vereiste minimale bescherming moeten bieden, ze moet ook nog een uitvoerbaar zijn en rechtvaardig. Deze uitdaging laten wij graag over aan het Interdepartementaal Beleidsonderzoek, dat dit wellicht kan meenemen in de opdracht na te denken over vereenvoudiging van de sociale zekerheid, waarbij ook fundamenteel naar het stelsel gekeken dient te worden.⁷⁷

Dat neemt niet weg dat de precieze vormgeving van de beoordelingssystematiek kan worden verbeterd. Wij kunnen ons vinden in het terugbrengen van de drempel naar 15%, zoals voorgesteld door de SER in het Middellangetermijnadvies (MLT).⁷⁸ Hierdoor wordt de positie van werknemers die met vergelijkbare beperkingen kampen als werknemers met een hoger arbeidsongeschiktheidspercentage gelijkgetrokken. Dit geldt ook voor het verhogen van de vervolguitkering. Ook kunnen er hogere eisen worden gesteld aan de actualisering van het CBBS en kan het gebruik daarvan inzichtelijker worden gemaakt voor belanghebbenden.

De Stichting van de Arbeid pleit (evenals de SER in het MLT) voor een reële en minder theoretische schatting. Zo zouden de geduide functies als leidraad kunnen gelden bij de re-integratie.⁷⁹ De vulling van het CBBS gebeurt echter al aan de hand van reëel bestaande functies. Natuurlijk zou de arbeidsdeskundige meer oog kunnen hebben voor wat beter past bij de betrokkene, maar naar ons oordeel zal dit onmiskenbaar leiden tot willekeur en mogelijk zelfs tot de

76 Zie voor een internationale vergelijking P. de Jong e.a., *Arbeitsongeschiktheid in zes Europese landen; een literatuuronderzoek*, Den Haag 2016. Alleen in Oostenrijk wordt ook rekening gehouden met passende arbeid. Een alternatief is bijv. alleen rekening houden met een urenbeperking (Duitsland).

77 Kamerstukken II 2021/22, 35975, nr. 1, p. 29 (Najaarsnota 2021).

78 SER, *Middellangetermijnadvies (MLT), Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, juni 2021.

79 Stichting van de Arbeid, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, Aanbevelingen aan de minister van SZW*, juli 2020.

uitvoeringspraktijk van vóór 1987, waarin het werkloosheidsrisico nog werd verdisconteerd en de schatting meestal resulteerde in 80-100%. Wij steunen deze adviezen voor een reëlere schatting dus niet.

Wij denken wel dat er verbetering mogelijk is van de communicatie over de beoordelingssystematiek. Verzekerden kunnen in een veel eerder stadium op de komende schatting en de gevolgen daarvan voorbereid worden. Ook bij nadere herbeoordelingen of veranderingen in de WIA-uitkering kunnen verzekerden worden geïnformeerd. Dat zou kunnen door het UWV of door voor dit doel opgeleide onafhankelijke klantbegeleiders. Richt bijvoorbeeld een informatiepunt in, dat volledig los staat van het UWV, waar werknemers terecht kunnen met vragen over werkhervatting. In de praktijk durven veel uitkeringsgerechtigden geen vragen te stellen over werkhervatting, bang dat zij opgeroepen zullen worden voor een herbeoordeling. Dit informatiepunt kan ook onafhankelijke en deskundige *second opinions* geven van de medische beoordeling door de verzekeringsarts. Zodoende wordt meer recht gedaan aan een daadwerkelijk *equality of arms*. Daarnaast kan het informatiepunt voorlichting geven over de vele positieve prikkels die de WIA bevat om weer te gaan werken. Biedt vanuit dit punt werknemers tweemaal per jaar een ‘servicegesprek’ aan, om te bekijken aan welke dienstverlening behoefte is. Biedt (weer) de mogelijkheid van een IRO (individueel re-integratietraject) aan. Houdt mensen in beeld, geef aandacht.⁸⁰ Dit is werken met de menselijke maat en leidt niet tot willekeur, in tegenstelling tot het schatten op functies die de arbeidsdeskundige naar zijn idee beter vindt passen bij de betrokkene.

3.5.2 Sociaal medische dienstverlening

Het duurzaamheids criterium is medisch-inhoudelijk te discutabel gebleken om als rechtszeker uitgangspunt te dienen voor het onderscheid tussen volledig arbeidsongeschikt WGA versus IVA. Een oplossing hiervoor is er niet als dit criterium onveranderd in de wet blijft staan. Wij zien als een mogelijke denkrichting het formuleren van een nieuw criterium voor de IVA-doelgroep waarin het een medisch criterium wordt en geen loonkundig criterium, voor een zeer kleine groep belanghebbenden met ernstige beperkingen. Na de instroom in de IVA kan een monitoringsperiode van een bepaalde periode worden aangehouden, bijvoorbeeld vijf jaar. Die monitoring moet dan uiteraard in de uitvoering wel worden gefaciliteerd en serieus ter hand genomen. Na die periode stopt het monitoren (beargumenteerde uitzonderingen daargelaten) en worden de contacten gericht op re-integratie gestaakt. Uitkeringsgerechtigden die op enig moment ook later hulp willen bij re-integratie moeten daar een beroep op kunnen blijven doen, zonder meteen geconfronteerd te worden met een herbeoordeling van het recht op uitkering. Motivatie dient altijd ondersteund te worden en niet gefrustreerd door een inkomensval.

Wij pleiten meer in het algemeen voor een flexibeler en meer op samenwerking gerichte benadering van medische beoordelingen waarin de sociaal-medische

⁸⁰ De Beleidsonderzoekers, *Hoe kan re-integratie in tweede spoor een succes zijn?*, 2021, p. 67.

beoordeling door verzekeringsartsen ingebed is in de sociaal-medische begeleiding door bedrijfsartsen, en deskundigen uit allerlei beroepsgroepen met elkaar samenwerken. Bedrijfsartsen zouden bijvoorbeeld al in een veel eerder stadium verzekeringsartsen kunnen betrekken bij hun keuzes in de begeleiding.⁸¹ Al ruim voordat de WIA-keuring nadert, zouden bedrijfsarts en verzekeringsarts samen de mogelijkheden van de belanghebbende met hem in kaart kunnen brengen. Regelmatige contactmomenten tussen belanghebbende en sociaal-medische begeleiders zijn cruciaal, ook na de keuring, om verwachtingen en doelstellingen aan te passen aan het ziekteverloop van de patiënt. Doorlopende begeleiding op het gebied van inzetbaarheid en participatie zou voorafgaand aan de WIA kunnen worden gecoördineerd door of onder supervisie van de bedrijfsarts en daarna door een verzekeringsarts. Geef daarbij prioriteit aan de begeleiding van gemotiveerde belanghebbenden.

Deze voorstellen zullen door het huidige tekort aan verzekeringsartsen ook bemenst moeten worden met andere daartoe opgeleide professionals. Het is denkbaar dat het wetsvoorstel dat voorziet in het leidend maken van het medisch oordeel van de bedrijfsarts bij de poortwachterstoets,⁸² de behoefte aan inzet van verzekeringsartsen enigszins kan laten dalen. In dat geval is uitsluitend nog een arbeidsdeskundige beoordeling door het UWV van de re-integratie-inspanningen nodig. Aan de andere kant kleven er vanuit het perspectief van werknemersbescherming de nodige bezwaren aan het voorstel, onder meer bestaand uit het mogelijke verlies van re-integratiekansen en het verleggen van het procesrisico van aansprakelijkstelling van de arbodienst of bedrijfsarts van onjuiste medische oordelen van de werkgever naar de werknemer.⁸³

Hoewel het tekort aan verzekeringsartsen er niet eenvoudig door kan worden opgelost, zou het ons inziens de moeite waard zijn om in te zetten op het gezamenlijke beoordelingskader dat thans ontwikkeld wordt voor het UWV en de bedrijfsarts. Dit gezamenlijke beoordelingskader zal er immers toe (kunnen) leiden dat de verzekeringsarts en de bedrijfsarts bij de beoordeling van de inzetbaarheid tot soortgelijke resultaten komen.

De sociaal-medische begeleiding zou voorts een veel bredere doelgroep kunnen hebben die minder gekoppeld is aan een uitkering en veel meer aan behoefte. Werkzoekenden met een gezondheidsprobleem zouden aanspraak moeten kunnen maken op begeleiding ongeacht de vraag of zij ZW-, WIA-, WW-, Wajong- of bijstandsgerechtigde of zonder uitkering zijn. De Stichting van de arbeid heeft

81 In dat licht valt te wijzen op projecten waarin moeite wordt gedaan om een gemeenschappelijk begrippenkader te ontwerpen waarmee verschillende beroepsgroepen uit de voeten kunnen en met elkaar kunnen overleggen. Zie www.zonmw.nl/nl/onderzoek-resultaten/preventie/werk/beschrijving-arbeidsbelastbaarheid-re-integratiemogelijkheden-bar/ en www.bar-project.nl/.

82 Het voorstel behelst o.a. een nieuw art. 65 lid 2 WIA, dat luidt: 'Bij de beoordeling gaat het UWV uit van de weergave van de ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte die blijkt uit de door de in artikel 25, vijfde lid, bedoelde personen of arbodienst verleende bijstand met betrekking tot de advisering over de ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte van de verzekerde.' Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35589*, nr. 2.

83 Zie ook P.S. Fluit, 'Oordeel bedrijfsarts leidend bij loonsanctie', *TRA 2021/10*.

specifiek aandacht gevraagd voor de toegang tot begeleiding voor 35-minners die een WW-uitkering krijgen en daarna wellicht een bijstandsuitkering. Hetzelfde geldt onzes inziens voor personen die geen Wajong-uitkering hebben gekregen ondanks hun handicap, en vanwege inkomens- en vermogenstoetsen al dan niet een bijstandsuitkering krijgen; en voor niet-publiek verzekerde arbeidsongeschikte zelfstandigen. Wij sluiten ons aan bij het pleidooi van het UWV om een uitlooperperiode voor de specifieke UWV-re-integratiedienstverlening aan 35-minners en zo mogelijk een gezamenlijk wetoverschrijdend kader voor het UWV en gemeenten te ontwikkelen, zodat ongeacht de uitkeringssituatie van de betrokkene zo goed mogelijk rekening wordt gehouden met de bestaande arbeidsbeperkingen van de betrokkene.⁸⁴

De voorgestelde oplossingen staan hier en daar op gespannen voet met de financiering van de ZW en de WIA. De wijze van financieren moet betrokkenen prikkelen om zieke werknemers resp. uitkeringsgerechtigden aan een baan te helpen. Juist deze prikkels maken het noodzakelijk om op het scherpst van de snede te oordelen over de precieze belastbaarheid en de prognose van herstel van belastbaarheid. Wij brengen daarnaast in herinnering dat de hybride financiering de reden is geweest om de AAW af te schaffen. Dit heeft gezorgd voor een lacune in inkomensbescherming bij arbeidsongeschiktheid voor jonggehandicapten en zelfstandigen. Het is de vraag of de verwachting dat financiële prikkels automatisch tot meer re-integratie leiden, wel bewaarheid is geworden. Wij pleiten voor een inventarisatie van de kosten en baten van de keuze voor dit financieringssysteem. Een heroverweging van het hybride stelsel zal ook de bijzondere positie van de vangnetter met een eigenrisicodrager als (ex-)werkgever moeten beslaan. Deze vangnetter en zijn (ex-)werkgever worden tijdens de re-integratie geconfronteerd met allerlei complexe, al dan niet door de wetgever beoogde dubbele rechtsbetrekkingen.⁸⁵ Er is zoals gezegd nog steeds veel onbekend over de vraag in hoeverre het hybride financieringssysteem van de ZW en de WGA en de mogelijkheid van eigenrisicodragerschap daadwerkelijk tot activering van uitkeringsgerechtigden leidt in de zin dat zij hervatten in nieuwe arbeid. Specifieker onderzoek naar de (exacte) reden van de uitstroom, van verzekerden uit de ZW en de WGA, is gewenst. Hiernaast is het introduceren van een wettelijk re-integratieright van de verzekerde jegens de eigenrisicodrager een te overwegen optie.

3.5.3 Ingrepen in de Ziektewet

Wij denken dat het loslaten van de EZWB een zeer welkome bijdrage zou leveren niet alleen aan het terugdringen van de vraag naar medische beoordelingen, maar ook aan de rechtvaardigheid van de inkomensbescherming van vangnetters.

Een al lang gekoesterde wens is ten tweede om alsnog 35-minners die bij hun werkgever blijven werken en opnieuw uitvallen, opnieuw verzekerd te achten en

84 UWV Position paper Dienstverlening 35-min (UWV file:///Users/lucyvandenbergh/Downloads/424dd835-d91e-4615-9503-bd5f538c5eee.pdf).

85 L. van den Berg, 'Re-integratie door de eigenrisicodrager voor de ZW: de route naar een vast dienstverband?', TRA 2022/21.

in de doelgroep van de no-riskpolis te laten vallen.⁸⁶ De werkgever krijgt dan het loon dat hij bij ziekte moet betalen vergoed door het UWV. Dit vergroot de kans dat zij hun werk bij hun werkgever behouden. Er is geen enkele rechtvaardiging voor het feit dat de collega die net wél de drempel van 35% haalt, wél onder de no-riskpolis valt en de 35-minner niet. Deze weeffout lijkt ook terug te voeren op de misvatting dat het re-integreren van een 35-minner wegens weinig beperkingen niet te moeilijk zal zijn. Daarnaast valt ook de groep WIA-gerechtigden die na de wachttijd nog steeds passende arbeid – en dus geen nieuw bedongen arbeid – verrichten (in beginsel⁸⁷) niet onder de no-riskpolis.

Er zijn aanwijzingen dat het doel van de no-riskpolis – het verbeteren van de arbeidsmarktpositie van arbeidsgehandicapten en arbeidsbeperkten – niet volledig wordt behaald. Dit hangt samen met de omstandigheid dat het voor werkgevers – in verband met de medische privacy – moeilijk is te achterhalen of een werknemer onder de no-riskpolis valt.⁸⁸ Bovendien zijn veel arbeidsongeschikten en 35-minners onbekend met de toepasselijkheid van de no-riskpolis, of zijn ze er in verband met het stigmatiserende effect voor beducht de (toekomstige) werkgever hierover in te lichten omdat ze bang zijn dat ze hierdoor niet worden aangenomen.⁸⁹ Werkgevers kunnen voor de groep arbeidsbeperkten die onder de doelgroep banenafpraak vallen aan de hand van het doelgroeppregister eenvoudig nagaan of ze onder de no-riskpolis vallen. Deze mogelijkheid bestaat niet ten aanzien van personen met een WIA-uitkering en 35-minners. Het is het overwegen waard de laatstgenoemde groep ook in het doelgroeppregister op te nemen. Hiervoor is een verdere verkenning nodig van de vraag of de opname van de groep WIA-uitkeringsgerechtigden en 35-minners de arbeidsmarktkansen in het doelgroeppregister vergroot.⁹⁰

Daarnaast valt te overwegen de materiële bescherming van de no-riskpolis niet te beperken tot (70% van) het (maximum)dagloon van de betreffende werknemer, maar ook een voorziening te treffen voor de gemaakte re-integratiekosten.

3.5.4 Tot slot

In deze tijd van transitie en toenemende tekorten op de arbeidsmarkt op essentiële terreinen is het meer dan ooit zaak dat iedereen die kan participeren, adequaat wordt gere-integreerd. Het Nederlandse systeem van inkomensbescherming en re-integratie bij ziekte en arbeidsongeschiktheid bevat tal van

86 Hier is destijds wel op aangedrongen bij de minister, zie Kamerstukken II 2007/08, 28333, nr. 102.

87 Zie verder W.L. Roozendaal, in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 5.9. Zie ook P.S. Fluit, 'No-riskpolisbeleid ten aanzien van de 35-minner, blij met een dode mus?', TRA 2022/27.

88 Kamerstukken II 2017/18, 29544, nr. 843, p. 1-2; Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 956, p. 3; L. De Ruig & M. Sax, *De no-riskpolis in breder perspectief*, Leiden: De beleidsonderzoekers 2020, p. 6. De werknemer zelf is pas twee maanden na de start van het dienstverband – in verband met een mogelijke proeftijd – verplicht de werkgever te informeren over de toepasselijkheid van een no-riskpolis, zie art. 38b ZW.

89 N. Raap, 'Aan de slag met de no-riskpolis', TRA 2022/29.

90 N. Raap, 'Aan de slag met de no-riskpolis', TRA 2022/29.

prikkels gericht op werkhervatting en beoogt op diverse onderdelen maatwerk te leveren. In deze bijdrage zijn we onder meer ingegaan op de prikkels in het poortwachtersysteem, de uitkeringsstructuur van de WIA en de hybride financiering van de ZW en de WGA. Ook zijn we ingegaan op de (implicaties voor de) sociaal-medische beoordelingen en de begeleiding.

Het stelsel als geheel is naar onze mening een deugdelijk systeem. Wel hebben wij geconstateerd dat (de uitvoering van) het stelsel enkele gebreken vertoont en in bepaalde opzichten tegen zijn grenzen aanloopt. De loonkundige vergelijking die bij de schatting wordt gemaakt leidt tot zowel onder- als overcompensatie. Werknemers met veel beperkingen komen bij een laag inkomen niet in aanmerking voor een WIA-uitkering, terwijl werknemers met een hoog inkomen met geringe beperkingen deze uitkering wél toegekend krijgen. Voor de schattings-systematiek als geheel zien wij echter vooralsnog geen goed werkbaar alternatieven. Op punten is echter verbetering mogelijk. Het duurzaamheids criterium voor de IVA is bijvoorbeeld medisch-inhoudelijk te discutabel gebleken om als rechtszeker uitgangspunt te dienen voor het onderscheid tussen volledig arbeidsongeschikt WGA versus IVA. Wij hebben een voorstel gedaan voor een alternatief criterium. Wij denken voorts dat de schattingsmethodiek aanvaardbaarder kan worden als gewerkt wordt aan een eerlijker procedure. Het is voor werknemers nu te moeilijk om via een procedure bij de rechter de medische beoordeling door het UWV met succes aan te vechten. Dit kan worden verbeterd door structurele voorziening in onafhankelijke keuringen.

Wat de re-integratie betreft lijkt de wetgeving soms doorgeschoten te zijn in de wens precieze doelgroepen te omschrijven, zoals bij doelgroepen voor sociaal-medische begeleiding en de no-riskpolis. In andere gevallen geeft de wetgever te veel ruimte en zijn er te weinig (wettelijke) waarborgen voor inkomensbescherming en re-integratie, zoals ten aanzien van verzekerden van WGA-eigenrisicodragers. Een belangrijke wens is daarom om in te zetten op sociaal-medische begeleiding voor een veel bredere doelgroep waarbij de begeleiding minder gekoppeld is aan een uitkering of het al dan niet kiezen voor eigenrisicodragen, en veel meer aan behoefte. De hybride financieringsstructuur en het poortwachterssysteem lijken (nog) niet optimaal bij te dragen aan succesvolle re-integratie van (voormalige) werknemers, maar stimuleert wel het aantal juridische procedures over (onder meer) de arbeidsongeschiktheids-schatting en herbeoordelingen. Dit brengt extra spanning op de uitvoerbaarheid van de WIA door (onder meer) de verzekeringsarts. Wij vragen aandacht voor de vraag of dit financieringssysteem nog steeds de optimale keuze is.

Met onze aanbevelingen pleiten wij – in lijn met de recente adviezen van de SER en de Stichting van de Arbeid – niet voor een complete herziening van het stelsel. Met de voorgestelde suggesties hopen wij een bijdrage te leveren aan de verdere verbetering van de waarborg- en activeringsfunctie van het stelsel.

4 Scholing als arbeidsmarktinstrument

P. Kruit en B. Schouten¹

4.1 Inleiding

Scholing speelt een steeds belangrijkere rol bij de inrichting van de arbeidsmarkt. ‘Een leven lang ontwikkelen’, zo luidt een van de belangrijkste aanbevelingen van het rapport van de Commissie Regulering van Werk (ook wel de commissie-Borstlap genoemd) over de toekomst van de Nederlandse arbeidsmarkt.² Ook het SER-rapport uit 2021 benadrukt het belang van scholing voor een toekomstbestendige arbeidsmarkt.³ Nog meer dan nu al het geval is, moet de focus komen te liggen op scholing en ontwikkeling van werknemers gedurende hun gehele loopbaan. Vanuit de verschillende actoren op de arbeidsmarkt – werkgevers, werknemers en overheid – bestaat een belang bij scholing. Voor de werkgever betekent een goed opgeleide werknemer dat deze werknemer een betere arbeidsprestatie kan leveren en de werkgever hieraan dus een groter rendement ontleent. Voor de werknemer betekent scholing de mogelijkheid tot persoonlijke groei, ontwikkeling en betere carrièrekansen, hetgeen zich vertaalt in een hoger inkomen en meer werkplezier. Voor de overheid betekent scholing dat goed geschoolde werknemers sneller en beter passend werk vinden, hetgeen leidt tot dalende uitkeringslasten, hogere belastinginkomsten en op macro-economisch vlak nutsmaximalisatie door een veerkrachtige arbeidsmarkt.

Als iedereen belang heeft bij goede scholing van werknemers, waarom gebeurt dit in de praktijk dan nog te weinig, getuige de reeds aangehaalde rapporten die recent over scholing verschenen? Het antwoord laat zich raden: een continue scholing van werknemer kost tijd en geld. In deze bijdrage gaan wij op zoek naar een balans in de verdeling van de verantwoordelijkheid van de permanentescholingsplicht. Welke verantwoordelijkheid moet er komen te liggen bij werkgevers, de overheid en de werknemer zelf? Wij inventariseren in paragraaf 4.2 eerst welke scholingsverantwoordelijkheden er op dit moment al bestaan in het civiele arbeidsrecht (de verhouding werkgever-werknemer) en hoe de verdeling in tijd en kosten momenteel is geregeld. In paragraaf 4.3 doen wij hetzelfde voor het sociaalzekerheidsrecht in de verhouding overheid-werknemer. In paragraaf 4.4 zetten wij onze gedachten uiteen over het verder ontwikkelen

1 Pascal Kruit is advocaat te Oostvoorne; Björn Schouten is advocaat te Amsterdam en universitair docent aan de Universiteit Leiden.

2 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020.

3 *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving* (SER-rapport Sociaal economisch beleid 2021-2025), Den Haag 2021.

van scholing als arbeidsmarktinstrument, inclusief ons idee bij de verdeling van tijd en kosten die met deze scholing gepaard gaan. In paragraaf 4.5 sluiten wij af met een korte conclusie en een aantal aanbevelingen.

4.2 Scholing in het civiele arbeidsrecht

4.2.1 Inleiding

De scholingsplicht van de werkgever heeft in het Nederlandse arbeidsrecht met de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) al een specifieke wettelijke verankering in artikel 7:611a BW gekregen. Per 1 augustus 2022 is de in deze bepaling neergelegde scholingsplicht vanwege de implementatie van de Richtlijn voorspelbare en transparante arbeidsvoorwaarden verder uitgebreid. Daarnaast is voor de werkgever een scholingsplicht neergelegd in afdeling 9 van Boek 7.10 BW, het ontslagrecht, meer in het bijzonder in artikel 7:669 lid 1 en lid 3 onder d. In deze paragraaf staan wij achtereenvolgens stil bij de scholing ex artikel 7:611a lid 1 BW (par. 4.2.2), de uitbreiding hierop door de implementatie van de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (par. 4.2.3) en de scholing ex artikel 7:669 lid 1 en 3 onder d BW (par. 4.2.4). Wij sluiten af met een korte tussenconclusie (par. 4.2.5).

4.2.2 Scholing ex artikel 7:611a lid 1 BW

De bepaling van artikel 7:611a BW staat in de wet sinds de invoering van de WWZ in 2015. Oorspronkelijk kende dit artikel slechts één lid:

‘De werkgever stelt de werknemer in staat scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen.’

Sinds de invoering van de Wet voorspelbare en transparante arbeidsvoorwaarden op 1 augustus 2022 zijn er vier leden aan artikel 7:611a BW toegevoegd en is voornoemde tekst omgenummerd in lid 1. De reikwijdte van de wettelijke scholingsplicht ex artikel 7:611a lid 1 BW kent twee uitwerkingen. In de eerste plaats is de werkgever verplicht een werknemer scholing aan te bieden die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn (lees: de huidige) functie. Wij noemen dit in het vervolg van deze bijdrage de noodzakelijke scholing. In de tweede plaats is de werkgever verplicht scholing aan te bieden voor het geval de functie van de werknemer (in de toekomst) komt te vervallen of de werknemer niet langer in staat is zijn functie te vervullen. Wij noemen dit in het vervolg van deze bijdrage de *employability*-scholing.

De wettekst zelf, noch de parlementaire geschiedenis bevat duidelijke aanknopingspunten voor de wijze waarop de scholingsplicht voor noodzakelijke

scholing in de praktijk moet worden ingevuld.⁴ Bij scholing die noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie, kan in ieder geval worden gedacht aan verplicht gestelde scholing, bijvoorbeeld de verplichte opleidingspunten die jaarlijks door onder andere notarissen, advocaten of BIG-geregistreerde zorgverleners moeten worden behaald. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het onderhouden van noodzakelijke vliegvaardigheden van piloten.⁵ Dergelijke scholing valt onder het bereik van artikel 7:611a BW aangezien het een noodzakelijke voorwaarde is voor de uitoefening van de functie: een *conditio sine qua non*.

Ook de tweede uitwerking van de scholingsplicht is door de WWZ-wetgever niet verder geduid. Wel blijkt uit de tekst van artikel 7:611a BW dat de scholing 'redelijkerwijs' van de werkgever te vergen moet zijn. Duidelijke richtsnoeren voor de inhoud, duur en vorm zijn niet concreet terug te vinden in de wet of de parlementaire geschiedenis. Wel valt af te leiden dat aansluiting kan worden gezocht bij het ook met de WWZ geïntroduceerde artikel 7:669 lid 1 BW.⁶

In de rechtspraak wordt maar zelden een beroep gedaan op de scholingsplicht van artikel 7:611a BW. De Hoge Raad heeft zich over de reikwijdte van de scholingsplicht van artikel 7:611a BW nog niet uitgesproken. Wel heeft advocaat-generaal De Bock in haar conclusie bij de *Ecofys*-beschikking enkele alinea's gewijd aan artikel 7:611a BW in relatie tot de ontslaggrond disfunctioneren.⁷ De advocaat-generaal geeft aan dat artikel 7:611a BW beoogt een nadere invulling te geven aan het beginsel van goed werkgeverschap, zo blijkt zowel uit de toelichting op de bepaling als uit de plaatsing direct na artikel 7:611 BW.⁸ Voor de invulling van de scholingsplicht sluit de advocaat-generaal voor beide hiervoor genoemde uitwerkingen van de scholingsplicht aan bij het bepaalde in artikel 7:669 BW, respectievelijk lid 3 onder d en lid 1. Voor de scholingsplicht voor de eigen functie kan worden aangesloten bij het vereiste als genoemd in de d-grond, namelijk dat een werknemer niet kan worden ontslagen wegens disfunctioneren indien dit het gevolg is van onvoldoende scholing. Hieruit volgt dat de werknemer de gelegenheid moet krijgen om de voor de functie benodigde kennis en vaardigheden actueel te houden. De scholingsplicht speelt verder een rol in het kader van de herplaatsingsplicht, zoals die is neergelegd in artikel 7:669 lid 1 BW. Daarin is bepaald dat de werkgever gehouden is zorg te dragen voor scholing van de werknemer als een functie daardoor als passend kan worden aangemerkt. Het bepaalde in artikel 7:611a BW, dat de scholingsverplichting ook geldt voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien

4 Zie: P.A. Hogewind-Wolters & P. Kruit, 'Scholing van werknemers: nog veel te leren, maar voor wiens rekening?', TAP 2021/88; P.A. Hogewind-Wolters & W.A. Zondag, Sdu Commentaar Arbeidsrecht thematisch, thema scholing, Den Haag: Sdu 2020, K.G.F. van der Kraats, J.J.M. de Laat & A.R. Houweling, Sdu Commentaar Artikelsgewijs 2020, 611a BW Boek 7, C.3 en A.M. de Witte, 'De invloed van scholing op de kosten van ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/36.

5 Zo werd Ryanair veroordeeld tot het onderhouden van de vliegvaardigheden van zijn vliegtuigen op grond van art. 7:611a BW (zie Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 1 november 2018, JAR 2018/291).

6 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 29. Zie ook uitgebreid: P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018, nr. 2.

7 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933 (*Ecofys*) en bijbehorende concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:341.

8 *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 24.

de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen, sluit hierop aan.⁹

In zeven jaar tijd is slechts een handjevol uitspraken gepubliceerd waarin een beroep werd gedaan op artikel 7:611a BW.¹⁰ In acht van de twaalf uitspraken werd voor de invulling van artikel 7:611a BW enkel aangesloten bij de eigen functie.¹¹ Ten aanzien van de tweede uitwerking van artikel 7:611a BW – de employabilityscholing – valt op dat slechts in één uitspraak hierop een beroep wordt gedaan.¹² De Kantonrechter Utrecht overwoog hierin dat aansluiting moet worden gezocht bij het bepaalde in artikel 7:669 lid 1 BW en de in dit verband gegeven toelichting op artikel 9 van de Ontslagregeling. Uit de toelichting volgt dat de optie scholing is gekoppeld aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. De kantonrechter legt daarmee de verplichting tot employabilityscholing beperkt uit.

4.2.3 Artikel 7:611a lid 2-5: de implementatie van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn

Met ingang van 1 augustus 2022 heeft Nederland de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (ook wel de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn genoemd) geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De richtlijn heeft tot doel de arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren door transparantere en beter voorspelbare arbeidsvoorwaarden te bevorderen en gelijktijdig te zorgen voor aanpassingsvermogen op de arbeidsmarkt.¹³

Onderdeel van deze implementatiewet is de uitbreiding van artikel 7:611a BW met de leden 2 tot en met 5:

2. Wanneer de werkgever op grond van toepasselijk Unierecht, toepasselijk nationale recht, een collectieve arbeidsovereenkomst, of een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan verplicht is zijn werknemers scholing te verstrekken om het werk waarvoor zij zijn aangenomen uit te voeren, wordt de in lid 1 bedoelde scholing kosteloos aangeboden aan de werknemers,

⁹ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:341, par. 3.43.

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9536; Rb. Noord-Nederland 16 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2490; Rb. Midden-Nederland 15 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2263; Rb. Noord-Holland 22 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3773; Rb. Noord-Holland 7 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2362; Rb. Limburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8683; Rb. Midden-Nederland 10 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2501; Ktr. Haarlem 28 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2017:7912; Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443; Rb. Limburg 16 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5225; Rb. Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1425; Rb. Midden-Nederland 5 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5197.

¹¹ Zie hierover uitgebreid P.A. Hogewind-Wolters & P. Kruit, 'Scholing van werknemers: nog veel te leren, maar voor wiens rekening?', TAP 2021/88.

¹² Rb. Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1425.

¹³ De richtlijn bevat verduidelijkingen en aanscherpingen van rechten van werknemers ten opzichte van Richtlijn 91/553/EEG, die met deze richtlijn wordt ingetrokken. De Europese wetgever heeft dit noodzakelijk geacht, gezien de flexibilisering van de arbeidsmarkt en de opkomst van 'atypische' vormen van werk, waaronder de Commissie (vaste) deeltijdse en tijdelijke banen verstaat.

beschouwd als arbeidstijd en, indien mogelijk, vindt deze plaats tijdens de tijdstippen waarop arbeid verricht moet worden.

3. Lid 2 is niet van toepassing op de werknemer die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van een natuurlijk persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat. Onder het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden wordt mede verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden.

4. Een beding waarbij de kosten van scholing als bedoeld in lid 2 worden verhaald op of verrekend met geldelijke inkomsten uit hoofde van de dienstbetrekking van de werknemer, is nietig.

5. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in de leden 2 of 4 aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend.

Uit lid 2 en 4 volgt dat wanneer de werkgever een verplichting heeft tot het aanbieden van scholing op grond van het Unierecht, nationaal recht, cao of besluit van een bestuursorgaan, er aan deze verplichte scholing een viertal rechtsgevolgen wordt verbonden:

- a. de scholing moet kosteloos worden aangeboden;
- b. de scholing wordt beschouwd als werktijd;
- c. de scholing moet zo veel als mogelijk onder werktijd worden gevolgd;
- d. er mag geen studiekostenbeding of verrekeningsbeding (bijv. ex art. 7:673 lid 6 BW) worden overeengekomen.

Hieruit volgt dat de werkgever in relatie tot zijn werknemers alle tijd en kosten voor de ‘verplichte scholing’ voor zijn rekening moet nemen. Hierbij verdient opmerking dat uit overweging 37 van de preambule van de richtlijn valt af te leiden dat onder verplichte opleiding *niet* wordt verstaan beroepsopleidingen of opleidingen die werknemers verplicht moeten volgen voor het verkrijgen, behouden of vernieuwen van een beroepskwalificatie, zolang de werkgever niet verplicht is deze aan te bieden aan de werknemer op grond van het Unierecht of het nationale recht of een cao.¹⁴

Interessant is vervolgens om te onderzoeken welke scholing er onder de in lid 2 genoemde scholing valt. Is bijvoorbeeld de in lid 1 genoemde scholingsplicht ook een ‘uit nationaal recht voortvloeiende verplichting om scholing aan te bieden’? Hierover is in het parlementaire debat enige discussie geweest, maar uit de memorie van antwoord blijkt dat de in lid 1 genoemde scholing ook onder het bereik van lid 2 valt.¹⁵ Nu in paragraaf 4.2.2 is geconstateerd dat de in artikel 7:611a lid 1 BW genoemde scholing uit twee componenten bestaat, te weten de noodzakelijke scholing en de employabilityscholing, lezen wij in het antwoord van de minister dat voor beide typen scholing de werkgever de rekening betaalt. Hierbij moet echter wel de kanttekening worden gemaakt dat het voor wat betreft de employabilityscholing enkel ziet op scholing voor functies bij de eigen werkgever en dat de scholing beperkt is tot ‘hetgeen redelijkerwijs van de

¹⁴ Richtlijn 2005/36/EG (Beroepskwalificatierichtlijn).

¹⁵ Kamerstukken I 2021/22, 35962, C, p. 3 (MvA).

werkgever kan worden geverg'd'. Bovendien wordt bij de noodzakelijke scholing het behalen en behouden van beroepskwalificaties uitgezonderd. Van een brede op de arbeidsmarkt georiënteerde scholingsplicht is dus ook in het nieuwe artikel 7:611a BW geen sprake.

4.2.4 Scholing ex artikel 7:669 lid 1 en 3 onder d BW

In het ontslagrecht komt het vereiste van scholing op twee plaatsen terug. In artikel 7:669 lid 1 BW heeft de wetgever als algemene voorwaarde voor ieder ontslag (behalve verwijtbaar handelen als bedoeld in de e-grond) bepaald dat alvorens tot ontslag kan worden overgegaan eerst moet worden onderzocht of de werknemer in een andere passende functie kan worden herplaatst, al dan niet met behulp van scholing. Ook in de d-grond (disfunctioneren) heeft de wetgever bepaald dat als voorwaarde voor ontslag geldt dat het disfunctioneren niet mag zijn veroorzaakt door onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer.

Hoewel er vele honderden uitspraken over de d-grond en de herplaatsingsplicht bestaan, wordt slechts in een handjevol uitspraken concreet geprocedeerd over het vraagstuk van de reikwijdte van de scholingsplicht.¹⁶ In uitspraken van het Hof Amsterdam en het Hof Den Haag werd geoordeeld dat scholing in het kader van de d-grond moet zien op specifieke scholing gericht op de aard van de tekortkoming in het functioneren van de werknemer.¹⁷ Algemene cursussen en trainingen volstaan in die situatie niet, aldus beide hoven. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde daarentegen dat een meer algemene cursus 'feedback geven en ontvangen' voldoende is om het functioneren van de werknemer te verbeteren.¹⁸ Wij menen dat het beperken van de scholingsplicht tot specifieke tekortkomingen van de werknemer in het licht van artikel 7:669 lid 3 BW logisch is – het disfunctioneren mag op basis van deze ontslaggrond immers niet het gevolg zijn van onvoldoende scholing – maar deze norm koppelen aan de inkleuring van artikel 7:611a BW, zoals advocaat-generaal De Bock voorstelt, ligt niet voor de hand. Dit zou immers betekenen dat een werknemer enkel scholing moet ontvangen indien hij op bepaalde punten tekortschiet, terwijl de bedoeling van de wetgever met artikel 7:611a BW nu juist was om de werknemer gedurende zijn hele loopbaan bij de werkgever te laten (bij)scholen. De eerste focus van artikel 7:611a BW ligt daarbij op het 'state of the art' zijn in de eigen functie (eerste uitwerking). Indien dit voor de eigen functie niet nodig

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9489; Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430; Ktr. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3114; Rb. Den Haag 29 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6695; Ktr. Amsterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8683; Ktr. Tilburg 18 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838; Ktr. Utrecht 25 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1425; Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420; Rb. Midden-Nederland 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

17 Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430. Zie in dezelfde lijn ook Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420; Rb. Midden-Nederland 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9489.

is omdat de werknemer 'bij' is, dan moet de werknemer worden geschoold voor eventuele onvoorziene omstandigheden in de toekomst (tweede uitwerking). Er is derhalve altijd 'scholing' te doen. Met deze benadering is niet verenigbaar dat scholing pas in beeld komt wanneer de werknemer zijn werk onvoldoende uitvoert.¹⁹

4.2.5 Tussenconclusie

De invoering van de scholingsplicht van artikel 7:611a BW heeft tot op heden weinig effect en betekenis gehad in de rechtspraak. De scholingsplicht wordt maar weinig ten tonele gevoerd, en als dit al het geval is dan wordt deze vaak (te) restrictief uitgelegd. Dit nodigt werknemers niet uit om hierop vaker een beroep te doen.

De toevoegingen in artikel 7:611a BW als gevolg van de implementatie van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn zullen de positie van de werknemer versterken als het gaat om scholing die noodzakelijk is voor het uitvoeren van de eigen functie of een toekomstige functie bij de eigen werkgever. De Arbeidsvoorwaardenrichtlijn strekt zich echter niet uit tot bredere op de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt gerichte scholing. In het kader van het denken in werkzekerheid in plaats van baanzekerheid biedt artikel 7:611a BW nog steeds weinig houvast.

Ook de scholingsplicht in het ontslagrecht is voornamelijk enkel gericht op de eigen functie (d-grond) of herplaatsing bij de eigen werkgever.

Onze tussenconclusie is dan ook dat de werkgever uitsluitend verantwoordelijk is voor scholing gericht op de positie van de werknemer binnen het eigen bedrijf. Van de werknemer wordt, behalve de scholingsinspanning zelf, geen bijdrage in tijd of geld gevraagd. Scholing als civielrechtelijk arbeidsmarkt-instrument vindt tot op heden met de huidige wet- en regelgeving niet plaats.

4.3 Scholing onder de Werkloosheidswet

4.3.1 Inleiding

De Werkloosheidswet (WW) geeft de werkloos geworden werknemer de mogelijkheid om tijdens de periode waarin hij een WW-uitkering geniet scholing te ondergaan. Die mogelijkheid is voor de werknemer niet onbepaald, omdat hij op grond van artikel 16 lid 2 WW beschikbaar moet zijn om arbeid te aanvaarden. Indien scholing ervoor zorgt dat de werknemer gedurende minder uren beschikbaar is om arbeid te verrichten, zal dat in beginsel leiden tot een verlaging van de uitkering. Artikel 76 WW vormt hierop echter een uitzondering. Hierin is bepaald dat als de werknemer die recht heeft op een WW-uitkering deelneemt of gaat deelnemen aan een voor hem, naar het oordeel van het UWV, noodzakelijke opleiding of scholing, het recht op de WW-uitkering blijft bestaan. Artikel 16 lid 4 WW bepaalt bovendien dat een werknemer die niet

19 Zie in gelijke zin P.A. Hogewind-Wolters & P. Kruit, 'Scholing van werknemers: nog veel te leren, maar voor wiens rekening?', TAP 2021/88.

voldoet aan het vereiste dat hij beschikbaar dient te zijn voor arbeid, omdat hij een opleiding volgt als bedoeld in artikel 76 WW, toch als werkloos wordt aangemerkt.

4.3.2 Scholingsregeling WW

Dit roept de vraag op onder welke omstandigheden het UWV kan oordelen dat sprake is van noodzakelijke scholing of opleiding als bedoeld in artikel 76 WW. Op grond van artikel 76 lid 2 WW is dit criterium nader uitgewerkt in de door de minister van SZW opgestelde Scholingsregeling WW. In artikel 1 lid 1 van de Scholingsregeling WW is bepaald dat het recht op uitkering tijdens noodzakelijke opleiding of scholing als bedoeld in artikel 76 WW blijft bestaan, indien de opleiding of scholing bestaat uit het systematisch verwerven van kennis dan wel vaardigheden volgens een vooraf vastgesteld programma, waarbij de verworven kennis en vaardigheden worden getoetst. De opleiding mag bovendien op grond van artikel 2 Scholingsregeling WW in beginsel niet langer dan een jaar duren.

Het noodzakelijkheids criterium zelf is in artikel 1 lid 2 van de Scholingsregeling WW opgedeeld in twee cumulatieve vereisten, die beide aannemelijk moeten zijn voor het UWV. Het eerste vereiste luidt dat de werknemer niet zonder opleiding of scholing een voor hem passend beroep of functie kan uitoefenen op de arbeidsmarkt en dat de voorgestelde opleiding of scholing daartoe een adequaat middel is. Volgens de toelichting op de Scholingsregeling WW zal het in de regel alleen gaan om personen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Bij de intake van de aanvraag om een WW-uitkering wordt door het UWV vastgesteld of er een grote afstand is tot de arbeidsmarkt. Daarbij kan aan de orde komen dat er een scholingsbehoefte is. In de persoon gelegen factoren zullen daarbij een rol kunnen spelen zoals vooropleidingen, arbeidsverleden, de duur van de werkloosheid, eerdere perioden van werkloosheid, leeftijd, sociale achtergrond en de noodzaak van verandering van beroep in verband met handicap of intellectuele capaciteiten.²⁰

Het tweede vereiste houdt in dat de opleiding of scholing relevant is voor de arbeidsmarkt. Dit vereiste is nader ingevuld in de Beleidsregels Scholing UWV 2021.²¹ Op basis van artikel 2 van deze beleidsregels is scholing arbeidsmarkt-relevant als is voldaan aan een van de volgende criteria:

1. Er is sprake van een baanintentie of baangarantie, die blijkt uit een door de toekomstige werkgever en de werknemer ondertekende verklaring of arbeidsovereenkomst, dan wel een mondelinge verklaring door de werkgever. Uit de verklaring moet blijken dat de toekomstige werkgever voornemens is om de werknemer na het behalen van het certificaat of diploma een dienstbetrekking aan te bieden. Die dienstbetrekking dient bovendien uiterlijk op de eerste dag van de maand direct volgend op de maand waarin de werknemer de scholing met een diploma of certificaat heeft afgerond aan te vangen. De omvang van de dienstbetrekking dient minimaal hetzelfde aantal uren per

²⁰ Strt. 2004, 163.

²¹ Strt. 2021, 28009.

week als de wekelijkse studiebelasting van de scholing te bedragen en duurt minimaal zes maanden.

2. De werknemer kan na het volgen van de scholing een door het UWV vastgesteld kansrijk beroep vervullen.
3. De werknemer maakt naar genoegen van het UWV inzichtelijk dat hij met het behalen van het certificaat of diploma een reële kans heeft op werk in dienstbetrekking of om als zelfstandig ondernemer in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien. Daarvoor moet de werknemer inzichtelijk maken tot welk (zelfstandig) beroep of functie de scholing opleidt. Als de werknemer in een dienstbetrekking wil werken, dan geeft hij het UWV inzicht in de vacatures die hij na het afronden van zijn scholing kan vervullen. Wil de uitkeringsgerechtigde als zelfstandig ondernemer gaan werken dan maakt de uitkeringsgerechtigde inzichtelijk op welke wijze hij na het volgen van de scholing als zelfstandig ondernemer in zijn onderhoud kan voorzien.

Tot slot beoordeelt het UWV naast de hiervoor genoemde criteria ook de schoolbaarheid van de werknemer. Op grond van artikel 5 van de Beleidsregels Scholing UWV 2021 vindt deze beoordeling plaats aan de hand van drie criteria:

- de cognitieve vaardigheden van de werknemer: de werknemer moet voldoen aan de formele instroomeisen die het opleidingsinstituut stelt aan personen die de scholing willen gaan volgen;
- de belasting en de belastbaarheid van de werknemer: de uitkeringsgerechtigde is gemotiveerd én is zowel fysiek als mentaal voldoende belastbaar om de scholing met goed gevolg af te kunnen ronden én de functie of het beroep, waar de scholing voor opleidt, uit te voeren; én
- de persoonlijke omstandigheden van de werknemer: de persoonlijke omstandigheden van de uitkeringsgerechtigde moeten zodanig zijn dat hij in staat is om de scholing met goed gevolg af te kunnen ronden.

4.3.3 Knelpunten van het beleid

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat scholing of opleiding tijdens een WW-uitkering aan strenge vereisten gebonden is. Ook blijkt hieruit dat veel van de aannemelijkheidseisen bij de werknemer zelf zijn neergelegd en het UWV een betrekkelijk terughoudende rol lijkt in te nemen. Dat beeld wordt bevestigd door het externe onderzoek dat het UWV heeft laten verrichten naar de vraag hoe postinitiële arbeidsmarktgerichte scholing vanuit het UWV op een succesvolle wijze kan worden geïmplementeerd. Dit onderzoek heeft geresulteerd in het rapport *Succesfactoren voor postinitiële arbeidsmarktgerichte scholing*.²² Uit dit onderzoek blijkt dat het succes van postinitiële arbeidsmarktgerichte scholing vooral afhankelijk is van vijf succesfactoren:

- de fundering: de inbedding in de persoonlijke leefsituatie en het re-integratieproces als geheel;
- de coach: het belang van intensieve persoonlijke *face-to-face* begeleiding met oog voor eventuele beperkingen;

22 *Succesfactoren voor postinitiële arbeidsmarktgerichte scholing*, ArtéduC/Blackbird 2020.

- de deelnemer: het zelf stellen van doelen en geleidelijke toename van eigen regie;
- de leeromgeving: maatwerk in een leerwerkomgeving;
- transfer: het bevorderen van toepassing van het geleerde in de eigen situatie met oog voor basisvaardigheden.

Uit het onderzoek blijkt dat het huidige scholingsbeleid van het UWV op diverse onderdelen tekortschiet. Ten aanzien van de eerste succesfactor (de fundering) is gebleken dat de kennis bij en de informatievoorziening door het UWV onvoldoende is. Ook sloot de timing van het onderzoek naar scholing in veel gevallen niet aan bij de leefsituatie van de werknemer (of de mogelijkheid van scholing werd in een te laat stadium onderzocht. Ten aanzien van de tweede succesfactor (de coach) is uit het onderzoek gebleken dat de kennis en kunde van de hulpprofessionals binnen het UWV tekortschiet om de rol als coach adequaat op te pakken. Ook de bureaucratie staat aan het optimaal opereren als coach in de weg. Ook bij de derde succesfactor (de deelnemer) werden belemmeringen geconstateerd. Zo was de ervaring van werknemers dat zij te weinig regie konden uitoefenen over de opleidingsdoelen en was de ervaring van het UWV dat de regelgeving te belemmerend kan werken, waardoor potentie van de werknemer onbenut blijft. Ten aanzien van de vierde succesfactor (de leeromgeving) werd in het onderzoek geconstateerd dat weliswaar voor zowel het UWV als voor de werknemers duidelijk was hoe een succesvolle leeromgeving, waarin leren en werken worden gecombineerd, moest worden vormgegeven, maar in de praktijk bleek dat meer maatwerk wenselijk is en ook de begeleiding kon worden verbeterd. Ook de samenwerking met partners zoals het leerwerkloket, opleiders en werkgevers kon worden verstevigd. Tot slot werd geconstateerd dat de beleidsregels van het UWV rondom scholing als belemmerend werden ervaren, omdat deze beleidsregels uitgaan van een concreet uitzicht op een andere baan na afronding van de opleiding. Bij het onderzoek naar de laatste succesfactor (de transfer) werd geconstateerd dat meer inhoudelijke sturing op de inhoud van de scholing gewenst was, met name waar de scholingsbehoefte niet zozeer lag op het gebied van arbeidsgerichte scholing, maar vooral op het gebied van basisvaardigheden (zoals een taalcursus). Door meer inhoudelijke sturing op de inhoud van de scholing zou de aansluiting van de scholing en de praktijk kunnen worden verbeterd.

4.3.4 Tussenconclusie

Positief is de constatering dat ook vanuit de WW door de overheid een scholingsmogelijkheid wordt geboden waarbij de werknemer in de gelegenheid wordt gesteld een opleiding te volgen die hem helpt het vinden van een nieuwe werkkring te vergemakkelijken. Uit onderzoek is echter gebleken dat deze scholingsfaciliteit in de praktijk weinig rendement kent. Onze constatering is dat de doelgroep te beperkt is met vrijwel enkel de mensen met een grote afstand tot de arbeidsmarkt. Voorts is het initiatief en de uitwerking dan weer aan deze doelgroep gelaten, terwijl deze doelgroep hiertoe niet goed in staat blijkt. Er wordt te weinig een regierol vervuld door het UWV, gebaseerd op de reële kansen op de arbeidsmarkt (van de toekomst).

4.4 Naar een nieuwe invulling van scholing als arbeidsmarktinstrument

4.4.1 Inleiding

Dit alles roept de vraag op hoe scholing als effectief middel kan worden ingezet in de transitie van baanbehoud naar werkbehoud. In deze bijdrage doen wij een aanzet voor een wijze waarop scholing op een bredere manier kan worden verankerd in arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke regelgeving. Dit is geen in beton gegoten voorstel, maar wij beogen hiermee enkel een aanzet te geven voor verdere discussie over dit onderwerp. In het door ons voorgestelde model achten wij het van belang dat zowel werkgever als werknemer actief wordt gestimuleerd om al tijdens het dienstverband aandacht te besteden aan het versterken van de positie op de arbeidsmarkt door scholing. Dit vergt investeringen van beide partijen, wat betekent dat moet worden gezocht naar een evenwichtige verdeling van de baten en lasten. Bij het ontwerp van het voorgestelde model hebben wij ons laten inspireren door een andere wet die – op een geheel ander gebied – daadwerkelijk heeft geleid tot activering van zowel werkgever als werknemer, namelijk de Wet verbetering poortwachter (WVP). De WVP heeft een systeem in het leven geroepen waarin de werkgever de werknemer bij arbeidsongeschiktheid actief zal moeten begeleiden bij de re-integratie. Zo zal de werkgever de werknemer in staat moeten stellen om in het kader van de re-integratie passende arbeid te verrichten en, zo dat niet mogelijk is bij de eigen werkgever, zorg te dragen voor re-integratie in het tweede spoor. Daarbij zal de werkgever in het kader van de WIA een plan van aanpak moeten opstellen en geregeld moeten bijwerken en na het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid moeten zorgdragen voor een eerstejaarsevaluatie. Bij dit alles laat de werkgever zich bijstaan door een bedrijfsarts die zorgdraagt voor de probleemanalyse(s). De werkgever is op grond van artikel 14 Arboret bovendien verplicht om gebruik te maken van de diensten van een Arbodienst. De werknemer zal op grond van artikel 7:660a BW op zijn beurt actief moeten meewerken aan zijn re-integratie. Als de werknemer dit niet doet, kan de werkgever het loon van de werknemer op grond van artikel 7:629 lid 3 en 6 BW stopzetten respectievelijk opschorten. Houdt de werkgever zich niet aan zijn re-integratieverplichtingen dan kan hij na twee jaar arbeidsongeschiktheid worden geconfronteerd met een loonsanctie. Indien het in ernstige mate veronachtzamen van de re-integratieverplichtingen door de werkgever leidt tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kan het handelen van de werkgever bovendien worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, met als gevolg dat de werkgever kan worden geconfronteerd met een billijke vergoeding.²³

Hoewel de precieze mate waarin de WVP heeft bijgedragen aan de daling van het ziekteverzuim en de instroom in de WAO/WIA niet eenduidig valt te kwantificeren, is uit onderzoek gebleken dat de WVP hieraan een evidente bijdrage heeft geleverd. Rond of kort na het moment waarop de WVP is ingevoerd is een trendbreuk zichtbaar geworden, met name op het gebied van langdurig

23 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33-34.

verzuim.²⁴ In maart 2014 concludeerde het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) dat vanaf 2002, sinds de invoering van de Wet verbetering poortwachter, het ziekteverzuim steeds verder is gedaald en in de voorgaande achttien jaar niet zo laag was geweest.²⁵

Een vergelijkbaar systeem zou naar onze mening, indien dit wordt toegepast op postinitiële scholing, een succesvolle bijdrage kunnen leveren aan de transitie van baan- naar werkbehoud. Het door ons voorgestelde model ziet er als volgt uit.

4.4.2 Optimaliseren van employability al tijdens het dienstverband

Zowel de werkgever als de werknemer wordt al tijdens het dienstverband verplicht om te werken aan de employability van de werknemer. Deze employability houdt niet alleen verband met de mogelijkheid van voortzetting van de arbeidsovereenkomst bij de eigen werkgever, maar ook – voor het geval die arbeidsovereenkomst op enig moment eindigt – met de mogelijkheid tot het vinden van een dienstverband elders.

Naar analogie van artikel 14 Arbowet wordt de werkgever verplicht om een gespecialiseerde employabilitycoach in de arm te nemen. Deze employabilitycoach zal periodiek een employabilitygesprek voeren met de werknemers van de organisatie. Het doel van deze employabilitygesprekken is om samen met de werknemer te onderzoeken op welke wijze de inzetbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt kan worden vergroot. Bij deze gesprekken zal zowel aandacht worden besteed aan de persoonlijke ambities en omstandigheden van de werknemer, als aan de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de manier waarop scholing die positie kan verbeteren. De employabilitycoach dient niet alleen goed in staat te zijn om een goede inschatting te maken van de manieren waarop de arbeidsmarktpositie van de werknemer kan worden geoptimaliseerd, maar hij moet ook een coachende functie vervullen. Dat wil zeggen: hij zal een rol moeten spelen bij het overtuigen van de werknemers van het belang van werken aan employability en werknemers moeten kunnen ondersteunen als er behoefte is aan persoonlijkere begeleiding.²⁶

De periodieke employabilitygesprekken zullen per individuele werknemer leiden tot een employabilityadvies. Onderdeel van dat advies vormt ook een scholingsadvies. Welke scholing voor de werknemer wordt geadviseerd zal sterk afhangen van omstandigheden zoals de sector waarin de werknemer werkzaam is, het arbeidsverleden en de ervaring van de werknemer, zijn opleidingsniveau en (om)scholingsmogelijkheden. Bij dit employabilityadvies worden niet alleen de persoonlijke voorkeuren en ambities van de werknemer betrokken, maar ook vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zowel in het heden als in de toekomst.

Het employabilityadvies vormt de leidraad voor de scholingsactiviteiten die de werknemer ook tijdens het dienstverband met de werkgever zal ondernemen.

24 Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter, 1 maart 2006, p. 85-86. Te raadplegen op www.kennisplatformwerkeninkomen.nl. Zie tevens Kamerstukken II 2005/06, 30510, nr. 3, p. 2-3.

25 Artikel 'Ziekteverzuim op laagste punt sinds 1996', 31 maart 2014. Te raadplegen op www.cbs.nl.

26 Uit het UWV-onderzoek is immers gebleken dat een coachende, stimulerende begeleider het rendement aanzienlijk omhoog kan krijgen.

Bij de vormgeving van dit alles wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de hiervoor besproken succesfactoren voor postinitiële arbeidsmarktgerichte scholing. Zo zal de employabilitycoach zijn begeleidende en adviserende rol goed moeten vervullen, zal de werknemer regie moeten hebben op de scholingsdoelen die in het scholingsadvies terechtkomen en zullen de adviezen maatwerk moeten leveren. Ook zal in de adviezen moeten worden voorzien in een wijze waarop de scholing in een leerwerkproces kan worden ingebed en hoe opgedane kennis zo snel mogelijk in de praktijk kan worden gebracht.

Verder stellen wij voor dat de opzegtermijn bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wordt verlengd naar vier tot zeven maanden, afhankelijk van de duur van het dienstverband. Tijdens deze langere opzegtermijn wordt de werknemer in staat gesteld om te zoeken naar een andere baan, aanvullende opleidingsactiviteiten te verrichten of een eventuele stage te lopen. Het is onze verwachting dat door de combinatie van een verschuiving van de focus naar het vergroten van employability al tijdens het dienstverband met een langere opzegtermijn, de instroom in de WW zal afnemen, zeker gezien de huidige krapte op de arbeidsmarkt.

De kosten van de dienstverlening van de employabilitycoach en de scholing zelf komen in beginsel voor rekening van de werkgever. Aangezien dit zal leiden tot een aanzienlijke kostenverhoging voor de werkgever zal daar, om de verdeling van de baten en lasten voor werkgever en werknemer in balans te houden, voor de werkgever iets tegenover moeten staan.

4.4.3 Scholing in ruil voor verlaging van ontslagkosten

Mogelijkheden om de verdeling van baten en lasten voor werkgevers en werknemers in balans te houden zien wij vooral op het gebied van het ontslagrecht. In het huidige systeem van het ontslagrecht zal de werkgever voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in beginsel een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW nodig hebben. De aanwezigheid van die redelijke grond wordt door het UWV of de kantonrechter preventief getoetst. Daarnaast zal de werkgever bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een opzegtermijn in acht moeten nemen die – uitgaande van de wettelijke termijn op grond van artikel 7:672 lid 2 BW – varieert tussen één en vier maanden, afhankelijk van de duur van het dienstverband. Ook moet de werkgever in de meeste gevallen een transitievergoeding betalen. Voorstelbaar zou zijn dat in ruil voor een actief employabilitybeleid tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, zowel de preventieve ontslagtoets als de verplichte transitievergoeding worden afgeschaft. Die eerste maatregel is tamelijk verstrekkend, maar sluit naar onze mening aan bij de gewenste transitie van baanzekerheid naar werkzekerheid. Ook zou het afschaffen van de preventieve ontslagtoets ertoe leiden dat Nederland op het gebied van ontslagbescherming meer in de pas zal lopen met andere Europese landen. Ten aanzien van de transitievergoeding geeft artikel 7:673 lid 6 BW reeds nu de wettelijke mogelijkheid om kosten van employabilitymaatregelen en scholing op de transitievergoeding in mindering te brengen. Werkgever en werknemer moeten hier wel vooraf overeenstemming over bereiken. De mogelijkheid om overeen te komen dat dergelijke kosten in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding, wordt door een gebrek aan prikkels in de praktijk nauwelijks benut. Sinds de Wet voorspelbare en transparante

arbeidsvoorwaarden is bovendien de vraag of artikel 7:673 lid 6 BW verder aan nut heeft ingeboet, omdat de scholing die voor aftrek in aanmerking komt op grond van artikel 7:611a lid 2 BW veelal voor rekening van de werkgever behoort te blijven en verrekening met de transitievergoeding op grond van artikel 7:611a lid 4 niet langer is toegestaan. Ons voorstel is daarom om het vrijwillige karakter van 7:673 lid 6 BW te veranderen in een verplicht karakter, door enerzijds scholing voor rekening van de werkgever al tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst te verplichten en anderzijds de transitievergoeding in het geheel af te schaffen.

Voor een verzoek tot vernietiging van het ontslag of herstel van de arbeidsovereenkomst is in ons voorstel geen plaats meer. Dat wil echter niet zeggen dat er voor de werknemer geen mogelijkheid meer zal zijn om te ageren tegen een evident onredelijk ontslag. Naar onze mening moet de werknemer nog altijd een billijke vergoeding kunnen vorderen als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Die omvang van die vergoeding mag bovendien aanzienlijk zijn, om hiervan een zeker afschrikwekkend effect te laten uitgaan.

Door de ontslagkosten te verminderen en de uitsparing van die kosten verplicht aan te wenden voor het vergroten van employability al tijdens het dienstverband met de werkgever, wordt de focus verlegd van baanbehoud naar werkbehoud en wordt invulling gegeven aan ‘een leven lang leren’. Het bijkomende voordeel van deze maatregelen is dat door vermindering van de lasten voor werkgevers bij ontslag, zij naar verwachting eerder zullen overgaan tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁷ Dit zal de transitie van baanbehoud naar werkbehoud verder bevorderen en bovendien de kloof tussen vast en flex verkleinen.

4.4.4 Sancties bij niet-naleving

Evenals bij de WVP is ons systeem gebaat bij een sanctiestelsel dat erop gericht is om zowel werkgevers als werknemers te stimuleren hun verplichtingen na te komen. Ook hierbij kan de WVP naar onze mening als inspiratiebron dienen. Waar de naleving van de re-integratieverplichtingen door de werkgever worden getoetst aan de WIA-poort, is voorstelbaar dat de scholingsinspanningen worden getoetst aan de WW-poort.

De werkgever zal per werknemer een employabilitydossier moeten opbouwen, waar het scholingsverslag van de employabilitycoach onderdeel van uitmaakt. Bij toetreding van de werknemer tot de WW zal het UWV beoordelen of de werkgever zijn verplichtingen heeft nageleefd. Mocht dat niet het geval zijn, dan zal dat voor de werkgever leiden tot een kostenverhogende maatregel. Daarbij kan worden gedacht aan een verhoging van de WW-premie voor de werkgever. Ook kan worden gedacht aan het verhaal van (een deel van) de WW-uitkering op de werkgever.

Ook de werknemer zal zich blijvend moeten inspannen om zijn employability te vergroten, zowel tijdens het dienstverband als na afloop daarvan. Volgt de werknemer het advies van de employabilitycoach niet op, dan kan dat leiden tot

²⁷ In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020, p. 64-67.

een verlaging van de WW-uitkering of het oordeel dat de werknemer verwijtbaar werkloos is in de zin van artikel 24 WW.

4.5 Conclusie en aanbevelingen

De transitie van baanbehoud naar werkzekerheid die op de Nederlandse arbeidsmarkt moet worden gerealiseerd, wordt blijkens verschillende onderzoeksrapporten breed gedragen. Scholing speelt hierin een cruciale rol. De moderne werknemer zou voortdurend in ontwikkeling moeten zijn zodat hij steeds de bij de veranderende vraag beschikbaar zijnde baan kan invullen. Onze inventarisatie van het huidige arsenaal aan regelgeving in zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke context levert op dat er weliswaar op behoorlijk wat plaatsen in de wet aandacht wordt besteed aan scholing van werknemers c.q. uitkeringsgerechtigden, maar dat een brede op de vraag van de arbeidsmarkt georiënteerde aanpak ontbreekt. Voorts blijkt uit onze inventarisatie dat de discussie over ‘waar leggen we de rekening neer?’ nog onvoldoende is gevoerd. Het nog verder verzwaren van de lasten van de arbeidsovereenkomst voor werkgevers lijkt onmogelijk, gelet op de relatief zware last die een Nederlandse werkgever in verhouding tot zijn Europese collega’s reeds heeft.

Wij doen in deze bijdrage een eerste aanzet tot het nadenken over een andere oplossingsrichting waarbij het aanbieden en volgen van scholing voor zowel werkgever als werknemer minder vrijblijvend wordt en met financiële prikkels wordt ondersteund. De inzet van een employabilitycoach die – vergelijkbaar met de bedrijfsarts – verplicht moet worden ingeschakeld leidt ertoe dat al gedurende het dienstverband concreet werk wordt gemaakt van scholing die bij de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt aansluit. Volgen werkgever en werknemer de adviezen van de employabilitycoach niet op, dan heeft dat voor de werkgever gevolgen voor de te betalen WW-lasten en voor de werknemer voor de hoogte van zijn WW-uitkering. In ruil voor de verzwaarde scholingsinspanningen van de werkgever vervalt de preventieve ontslagtoets en de verplichte transitievergoeding. Hiermee komt de nadruk van de werkgeversverplichtingen te liggen op de periode tijdens het dienstverband en worden de ontslagkosten als het ware anders besteed.

Concreet doen wij de volgende aanbevelingen:

- al tijdens dienstverband verplichte employabilityscholing voor werkgever en werknemer;
- begeleiding door employabilitycoach, die periodiek scholingsverslag oplevert;
- bij ontslag langere wettelijke opzegtermijnen (wij denken aan vier tot zeven maanden) zodat de werknemer ruim tijd heeft om ander werk te vinden;
- geen preventieve ontslagtoets en dossieropbouw meer;
- geen ontslagvergoeding tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever;
- UWV toetst scholingsverslag (als ware het een re-integratieverslag) aan WW-poort;
- indien voldoende is gedaan door de werkgever: werknemer krijgt WW-uitkering en UWV neemt verplichte scholing naar beschikbare banen vanaf dat moment over. Indien werknemer niet meewerkt, of tijdens

dienstverband onvoldoende heeft meegewerkt leidt dat tot een verlaging van de WW-uitkering of levert dat verwijtbaar handelen in de zin van artikel 24 WW op;

- indien onvoldoende is gedaan door de werkgever: verhoging van de WW-premie en/of betaling van (een deel van) de WW-uitkering van de werknemer. Ook vormt dit onder omstandigheden een aanleiding voor een billijke vergoeding, want schending van de scholingsplicht levert ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op.

5 De onafhankelijkheid van vakorganisaties

N. Jansen, R.D. Poelstra en E. Verhulp¹

5.1 Inleiding

Herziening is noodzaak, anders gaat het cao-stelsel failliet door zijn eigen tekortkomingen. Met deze opmerking sloot toenmalig hoogleraar arbeidsrecht en inmiddels oud-minister Grapperhaus in de zomer van 2015 een artikel in het FD over de Cao Retail Non-Food af.² Wat was het geval? Werkgeversvereniging Inretail passeerde bij de onderhandelingen over een nieuwe cao de twee grootste bonden in de sector en sloot een nieuwe cao met twee kleinere vakbonden, waarvan er één nauwelijks leden had in de sector.³

De cao-onderhandelingen in de retail non-food leidde tot Kamervragen over onder meer de wenselijkheid van de algemeenverbindendverklaring wanneer een cao is afgesloten met een vakbond die een zeer gering aantal leden heeft.⁴ Asscher, toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), antwoordde dat in het Nederlandse cao-recht de beginselen van onderhandelings- en contractsvrijheid vooropstaan en dat het niet aan het kabinet is te beoordelen welke partijen een cao zouden moeten afsluiten. Ledentallen van vakbonden spelen bij de algemeenverbindendverklaring geen rol, maar dat neemt niet weg dat vakbonden wel moeten zoeken naar draagvlak bij leden en niet-leden, aldus Asscher.⁵

Het probleem van kleine vakbonden is niet alleen dat zij nauwelijks werknemers vertegenwoordigen, maar ook dat zij een nauwelijks met werkgevers gelijkwaardige onderhandelingskracht hebben. Kleine vakbonden in het cao-overleg roept

1 Niels Jansen is universitair docent Arbeidsrecht aan de UvA. Roy Poelstra is promovendus bij de leerstoelgroep Arbeidsrecht en Sociale Zekerheidsrecht aan de UvA. Par. 4 t/m 6 van deze bijdrage zijn een bewerking van het promotieonderzoek van de medeauteur R.D. Poelstra. In het onderzoek wordt een vijftal procedurele basisprincipes geformuleerd voor het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, onder meer het basisprincipe van onafhankelijkheid. Het promotieonderzoek zal eind 2022 worden afgerond. Zie hierover meer: R.D. Poelstra, 'Procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021/3. Evert Verhulp is hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA.

2 F. Grapperhaus, 'Cao-faillissement', *FD* 14 augustus 2015.

3 De huidige Cao Retail Non-Food heeft een looptijd van 1 januari 2021 t/m 30 juni 2022 en naast de vakbonden De Unie en AVV zijn ook de bonden CNV Vakmensen en RMU werknemers partij.

4 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 3151.

5 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 3151, antwoord 6.

dus niet alleen vragen op met betrekking tot draagvlak en representativiteit,⁶ maar ook met betrekking tot tegenmacht. Een fundamentele met die tegenmacht samenhangende kwestie betreft de onafhankelijkheid van vakbonden. De onafhankelijkheid van vakbonden heeft in de Nederlandse rechtspraktijk hernieuwde aandacht gekregen nadat vakbond LBV in de zomer van 2021 akkoord ging met een verlenging van de uitzend-cao terwijl die cao door de grote vakbonden was opgezegd. Het vermeende gebrek aan onafhankelijkheid van vakbond LBV leidde tot Kamervragen,⁷ een – niet gepubliceerde – initiatiefnota over de aanpassing van het cao-systeem van twee Kamerleden⁸ en – *last but not least* – een verzoek van het Committee of Experts van de ILO (CoE) aan Nederland om onder meer uit te leggen welke criteria in het Nederlandse recht worden gebruikt om de onafhankelijkheid van vakorganisaties te kunnen bepalen.⁹ De onafhankelijkheid van vakorganisaties is volgens het CoE ‘inseperable from the very existence of a trade union movement that must effectively represent the interests of the workers and is therefore essential to ensure the authenticity of the entire collective bargaining process’. In deze bijdrage onderzoeken wij in de kern de rol van de onafhankelijkheid van vakbonden in het Nederlandse cao-recht en de verhouding tot de belangrijkste ILO-verdragen die gaan over het collectief overleg.

In paragraaf 5.2 bespreken we de ficties omtrent vertegenwoordiging en belangenbehartiging in het Nederlandse cao-recht. De legitimatie van het systeem hangt in belangrijke mate samen met onder meer de onafhankelijkheid van vakbonden. In paragraaf 5.3 schetsen we de stand van zaken omtrent de onafhankelijkheidsdiscussie in Nederland. In paragraaf 5.4 bespreken we vervolgens de internationale dimensie en de waarde die in het internationale recht aan de onafhankelijkheid van vakorganisaties wordt gesteld. Vervolgens bespreken we in paragraaf 5.5 op welke wijze de onafhankelijkheid in het nationale cao-recht tot uitdrukking komt en welke criteria worden gebruikt om de onafhankelijkheid te kunnen vaststellen. Tot slot geven we in paragraaf 5.6 antwoord op de vraag of en zo ja hoe het nationale recht in lijn is of kan worden gebracht met het internationale recht.

5.2 Over ficties in het Nederlandse cao-recht

Het Nederlandse cao-recht kent als uitgangspunt dat de werknemer is gebonden aan de cao op basis van zijn lidmaatschap van de cao-sluitende vakbond. In het geval de werknemer lid is van die vakbond werken de normatieve bepalingen van de cao automatisch en dwingend door in zijn arbeidsovereenkomst en worden ze daar onderdeel van. Dit op de Wet Cao gebaseerde uitgangspunt

6 Zie over representativiteit en draagvlak: SER-advies, *Verbreiding draagvlak cao-afspraken*, augustus 2013 (advies 13/03) en N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

7 Kamervragen II 2020/21, vragen, 2021Z10765.

8 Zie R. de Lange & R. Winkel, ‘Cao-circus trekt steeds minder bezoekers’, FD 11 oktober 2021.

9 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

van automatische doorwerking geldt voor een klein deel, naar schatting minder dan 15%,¹⁰ van de werknemers in Nederland. Toch valt 73% van de werknemers onder een cao.¹¹ Dat voor zoveel meer werknemers dan er vakbondsleden zijn de arbeidsvoorwaarden door een cao worden bepaald, komt omdat de cao veelal in de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt verklaard.

De heersende leer¹² betoogt dat de werkgever verplicht is de cao, waaraan hij zelf is gebonden, van toepassing te verklaren op de arbeidsovereenkomst met al zijn werknemers, maar dat betoog berust op een wel zeer ruime interpretatie van artikel 14 Wet CAO.¹³ Hoe dat ook zij, in de praktijk verklaren werkgever en werknemer de cao waaraan de werkgever is gebonden vrijwel altijd van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Dat gebeurt door een zogenoemd incorporatiebeding. Het initiatief tot het incorporeren van de cao komt over het algemeen van de werkgever. Deze werkgever is gebonden aan de cao en kan vaak niet weten wie van zijn werknemers een gebonden werknemer is¹⁴ en wie niet. Belangrijker is dat de werkgever de toepassing van de cao ook bedingt omdat hij wil voorkomen dat hij met iedere werknemer individueel over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden moet onderhandelen. Dat zou ook kunnen leiden tot ongerechtvaardigde ongelijke behandeling en daarvan wil een werkgever, terecht, ver weg blijven. Daarbij komt dat het de vraag is of de werknemer de toepassing van de cao moet aanvaarden om toch gebonden te zijn aan de bepalingen van de cao die afwijken van driekwartdwingend recht.¹⁵ Werknemers aanvaarden de toepasselijkheid van de cao vaak als een voldongen feit en realiseren zich veelal niet dat ze die toepassing geheel of gedeeltelijk kunnen weigeren. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is die ruimte die de werknemer heeft om te onderhandelen over de toepasselijkheid van de cao wel juridisch aanwezig, maar feitelijk zal die zeer gering zijn. De werknemer zal zich in dat stadium vaak niet vrij voelen over de toepasselijkheid van de cao te onderhandelen, als hij al weet dat dat kan, omdat dan de kans bestaat dat de werkgever afziet van het sluiten van de overeenkomst. Aan het in de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaren van de cao worden zowel individuele (1) als collectieve gevolgen (2) verbonden.

Individueel (1) geldt dat de cao – als ware de werknemer een gebonden werknemer – van toepassing is en de inhoud van de arbeidsovereenkomst dicteert. Juridisch wordt voor de toepassing van de cao geen verschil gemaakt tussen de toepasselijkheid van de cao op grond van gebondenheid van partijen of toepasselijkheid op grond van incorporatie. Het gevolg van de incorporatie is dus dat de ongebonden werknemer net als de gebonden werknemer wordt geacht zijn onderhandelingsmacht te hebben overgedragen aan de cao-sluitende vakbond(en). Als

10 Uit onderzoek van het CBS blijkt dat in 2020 18% van de werknemers lid is van een vakbond en dat 26% daarvan ouder is dan 65 jaar: <https://longreads.cbs.nl/nederland-in-cijfers-2020/welk-percentage-van-de-werknemers-is-lid-van-een-vakbond/>.

11 www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2021/49/werknemers-onder-reguliere-cao-2014-2020.

12 Zie bijv. W.J.P.M. Fase, *C.A.O.-recht*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1982, p. 55.

13 E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', *TRA* 2014/74; ook: N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 122.

14 Het is immers verboden het vakbondslidmaatschap te verwerken, zie art. 9 lid 1 AVG.

15 Zie Hof Den Haag 20 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:585.

de cao geldt krachtens gebondenheid door lidmaatschap is dat – het geacht worden de onderhandelingsmacht te hebben overgedragen – niet bezwaarlijk: krachtens de Wet Cao behoort de werknemer die lid wordt van een vakbond te weten dat die vereniging hem kan binden aan de afspraken die die vereniging met zijn werkgever of diens werkgeversorganisatie maakt. Voor een ongebonden werknemer met een incorporatiebeding geldt dat niet: deze werknemer wordt geacht zijn onderhandelingsmacht te hebben overgedragen aan een vereniging waarvan hij geen lid is en die soms door de werkgever wordt geselecteerd als cao-partij. Daarbij komt dat de ongebonden werknemer op wiens arbeidsovereenkomst de cao van toepassing is verklaard ook een eerder wel door lidmaatschap gebonden werknemer kan zijn, maar wiens vakbond de thans geldende cao niet heeft willen aanvaarden. Door de incorporatie verliest de vakbond zo een belangrijk middel om in de onderhandelingen druk uit te oefenen, te weten het niet aanvaarden van de cao om zo te voorkomen dat zijn leden worden gebonden aan een cao die zij niet hebben gewenst.

Collectief (2) geldt als vereiste voor het algemeen verbindend verklaren van een cao dat die cao moet gelden voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen. Bij het bepalen van die belangrijke meerderheid worden de werknemers meegeteld van wie in de arbeidsovereenkomst de cao van toepassing is verklaard. Op deze manier ontstaat een (min of meer) democratische rechtvaardiging voor het algemeen verbindend verklaren van cao's: de meerderheid van de werknemers in de bedrijfstak heeft die werking tenslotte al aanvaard. Als die aanvaarding een bewuste keuze zou zijn, zou het daarop baseren van de algemeenverbindendverklaring een behoorlijk fundament hebben. Wij vermoeden evenwel dat van een dergelijke bewuste keuze geen sprake is.

De veronderstelling dat de ongebonden werknemer die in de arbeidsovereenkomst de toepasselijkheid van de cao aanvaardt, dat bewust doet en daarmee een belangrijk deel van zijn onderhandelingsmacht aan de cao-sluitende vakbond overdraagt, lijkt ons daarmee op zijn minst discutabel. Dat geldt ook voor de veronderstelling dat indien de cao geldt voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen daarin op zich een rechtvaardiging kan worden gevonden om de cao algemeen verbindend te verklaren. In het cao-recht worden deze ficties geaccepteerd vanwege de premisse dat wanneer vakbonden een cao aangaan, zij daarbij onderhandelen namens alle werknemers en dat ook behoorlijk doen. Die premisse is onder meer discutabel als vakbonden onvoldoende onafhankelijk zijn en daarmee is de onafhankelijkheid van vakorganisaties een van de belangrijkste draagbalken van het cao-recht. Zonder die draagbalk zakt het cao-recht vroeg of laat ineen.

5.3 De onafhankelijkheidsdiscussie: de stand van zaken

Het onafhankelijkheidsvraagstuk heeft in Nederland pas in het begin van de eenentwintigste eeuw voor het eerst echt aandacht gekregen in onder meer het overheidsbeleid. Aanleiding voor die aandacht waren een aantal dispensatieverzoeken waarbij vragen rezen rondom de mate van onafhankelijkheid van de

bij die verzoeken betrokken vakbonden.¹⁶ Het beleid met betrekking tot de verbindendverklaring van cao-bepalingen en dispensatie daarvan is vastgelegd in het Toetsingskader AVV, dat voor het eerst verscheen in 1999.¹⁷ In het toetsingskader was destijds een ruimhartig dispensatiebeleid opgenomen dat mede voortkwam uit een groeiende behoefte (van met name werkgevers) aan differentiatie en maatwerk.¹⁸ Het ruimhartige dispensatiebeleid uit die tijd bracht mee dat wanneer een onderneming een eigen cao had gesloten, dat dan bijna automatisch dispensatie volgde.¹⁹

In 2006 werd het ruimhartige dispensatiebeleid aangescherpt en werd een onafhankelijkheidseis toegevoegd aan het dispensatiebeleid, die meebrengt dat de cao-partijen die een eigen rechtsgeldige cao zijn overeengekomen en om dispensatie verzoeken, ten opzichte van elkaar onafhankelijk moeten zijn. De onafhankelijkheidseis gold al ten aanzien van de cao waarvan verbindendverklaring werd gevraagd (lees: de sector-cao), en die eis ging vanaf 2006 dus ook gelden voor de cao waarvoor dispensatie werd gevraagd (lees: de ondernemings-cao). Volgens Rojer en Van der Veldt liggen aan deze aanscherping in belangrijke mate de dispensatieverzoeken van de LOGIN-cao's in de vervoerssector ten grondslag.²⁰ De LOGIN-cao was een door advocaat Vallenduuk en vakbond LBV ontworpen model-cao waarvan vervoersondernemingen gebruik konden maken. Een onderneming diende daarvoor advocaat Vallenduuk te machtigen, die dan tegen betaling optrad als onderhandelaar en ondertekenaar.²¹ In totaal kozen 22 afzonderlijke ondernemingen voor deze constructie en werden voor 22 identieke LOGIN-ondernemings-cao's dispensatieverzoeken van de Cao Beroepsgoederenvervoer ingediend. De minister van SZW besloot naar aanleiding van de dispensatieverzoeken tot een onderzoek naar de LOGIN-cao's, maar volgens de minister was 'onvoldoende komen vast te staan dat de noviteit van de cao's, qua organisatie, structuur en het verloop van de cao-onderhandelingen niet voldeden aan de uit het Toetsingskader AVV voortvloeiende vereisten om voor dispensatie in aanmerking te komen'.²² Niet lang daarna werd het besluit tot dispensatieverlening van onderneming Getru overigens met terugwerkende kracht ingetrokken omdat Getru een flink deel van haar werknemers lid had gemaakt van LBV blijkbaar zonder hun medeweten en ook hun contributie betaalde.²³

16 In 1979 adviseerde de SER over de representativiteit van vakorganisaties in het cao-overleg (*Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten vervolg op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiek-rechtelijke colleges)*, SER 1979/06, 20 april 1979) en in dat advies bleef de onafhankelijkheid onbesproken.

17 Stcrt. 1999, 240.

18 M.F.P. Rojer & C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', ARBAC, oktober 2010, par. 3.

19 Toetsingskader AVV, par. 6.2 (Stcrt. 1999, 240).

20 M.F.P. Rojer & C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', ARBAC, oktober 2010, par. 4. Zie ook Stcrt. 2006, 232, p. 27.

21 Zie de vorige noot.

22 Stcrt. 2004, 50 (rubriek Algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen).

23 'Dispensatie Getru Login-CAO ingetrokken', *Nieuwsblad Transport* 6 juli 2005 en M.F.P. Rojer & C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', ARBAC, oktober 2010, noot 20.

In een door de Stichting vervoegd uittreden in het Beroepsgoederenvervoer tegen Van Wijnen BV (een van 22 ondernemingen die een LOGIN-cao was aangegaan en dispensatie van de Cao Beroepsgoederenvervoer had verkregen) aanhangig gemaakte civielrechtelijke procedure over de werkingssfeer van de vut-cao stond de rechtsgeldigheid van de LOGIN-cao ter discussie.²⁴ Kort gezegd was het uitgangspunt in de werkingssfeer van de vut-cao dat deze niet van toepassing was op een onderneming met een eigen cao. De stichting stelde dat een redelijke interpretatie van het begrip cao in de Wet Cao meebrengt dat niet van een cao kan worden gesproken indien aan werknemerszijde geen sprake is van een organisatie die werknemers in het betrokken bedrijf verenigt. Daarvan was volgens de stichting onder meer geen sprake indien aan het tot stand komen van de 'cao' geen daadwerkelijk arbeidsvoorwaardenoverleg is voorafgegaan, maar simpelweg handtekeningen zijn gezet onder een door een advocatenkantoor aangereikt model, zoals bij de LOGIN-cao. Van Wijnen BV verwees in haar verweer naar het hiervoor aangehaalde onderzoek van de minister en stelde dat uit dit onderzoek was gebleken dat een adequate belangenbehartiging van werknemers voldoende was gewaarborgd. Volgens Van Wijnen BV voldeed de door haar gesloten cao aan alle wettelijke voorwaarden en was die dus rechtsgeldig overeengekomen. Het gerechtshof verwierp de stelling van de stichting wegens een onvoldoende feitelijke onderbouwing in het licht van de gemotiveerde ontkenning van Van Wijnen BV.²⁵

De situatie rondom de LOGIN-cao was dus een belangrijke reden voor de minister om het Toetsingskader AVV aan te scherpen. Na de aanscherping van het dispensatiebeleid en een nadere concretisering van het begrip onafhankelijkheid in het Toetsingskader AVV, leek de problematiek rondom de onafhankelijkheid van vakbonden gesmoord. Zowel bij de verbindendverklaring als bij de dispensatie diende de minister van SZW vanaf dat moment immers te onderzoeken of vakorganisaties wel voldoende onafhankelijk van de werkgever zijn. De praktijk van het cao-overleg ontwikkelde zich echter in een nieuwe richting die de discussie weer nieuw leven inblies. Daar waar kleine (lees: niet of minder onafhankelijke) vakbonden eerst vooral incidenteel en op ondernemingsniveau actief waren, verloren de grote bonden in het tweede decennium van de eenentwintigste eeuw structureel positie in het cao-overleg en dat gebeurde ook op sectoraal niveau. De toename van het aantal onderhandelingspartijen aan werknemerszijde is door Helmer en Jaspers aangeduid als 'proliferatie' of 'multiplicatie' van onderhandelingspartijen.²⁶ Helmer en Jaspers stelden in een publicatie in 2015 de vraag of 'de algemene, brede(re) werking van de cao onder druk komt te staan indien allerhande verschillende samenwerkingsverbanden van werknemers een cao met een werkgever(sorganisatie) sluiten'. Daarmee hadden Helmer en Jaspers onder meer oog op de opkomst van zogenoemde 'gele' vakbonden waarvan de onafhankelijkheid kwestieus is. Hoewel Helmer en Jaspers in 2015 op basis van gegevens van het ministerie van SZW concludeerden dat het effect van proliferatie tot dan

24 Hof 's-Gravenhage 12 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8862.

25 Hof 's-Gravenhage 12 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8862, r.o. 3.4. In cassatie is niet opgekomen tegen het oordeel van het hof in r.o. 3.4 (ECLI:NL:HR:2008:BG1681).

26 J.L.A. Helmer & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk', TRA 2015/23.

relatief beperkt was, omdat in 2014 slechts negentien cao's waren gesloten door vakbonden waarvan de onafhankelijkheid kwestieus was,²⁷ luidde Grapperhaus in 2015 wel al de noodklok toen – zoals aangestipt in de inleiding – in de Inretail non-food een sector-cao werd afgesloten met kleine vakbonden. Bepalingen van deze cao werden algemeen verbindend verklaard en dat leidde tot Kamervragen. De minister van SZW 'verschool' zich bij de beantwoording van de vragen achter de onderhandelings- en contractsvrijheid van cao-partijen.²⁸ Zoals hiervoor opgemerkt biedt het Toetsingskader AVV wel een grond voor de minister om de onafhankelijkheid van cao-partijen (ten opzichte van elkaar) te onderzoeken en te betrekken in het besluit tot verbindendverklaring, maar de minister refereerde in de beantwoording van de vragen niet aan deze mogelijkheid, waardoor de indruk bestaat dat het Toetsingskader AVV in de praktijk toch weinig waarborgen biedt voor voldoende onafhankelijkheid van cao-partijen. Daarbij verdient opmerking dat bij het verzoek om algemeenverbindendverklaring door cao-partijen geen gegevens over de mate van onafhankelijkheid dienen te worden verstrekt.²⁹

Vanaf 2020 kreeg de problematiek rondom de onafhankelijkheid van vakbonden hernieuwde aandacht na een onderzoek van Investico³⁰ en strubbelingen in het cao-overleg in de uitzendsector.³¹ Uit het onderzoek van Investico bleek dat in 2019 al één op de tien cao's werd gesloten zonder de grote vakbonden en ruim 50.000 werknemers werkten onder een cao die tot stand was gekomen door vakbonden waarvan de onafhankelijkheid kwestieus is. Denk aan de schilders, call-centermedewerkers en de horecabeveiligers. Het onderzoek van Investico richtte zich onder meer op de financiering van de alternatieve (kleinere) vakbonden. Omdat deze vakbonden nauwelijks leden hebben, zijn zij voor het voortbestaan in grote mate afhankelijk van de werkgeversbijdrage. Investico berekende dat het Alternatief voor de Vakbond (dat is een van de bonden waarvan de onafhankelijkheid ter discussie wordt gesteld) minder dan 3% van de inkomsten uit contributie haalt. De overige 97% komt van werkgevers met wie de vakbond cao's sluit.³² Twee derde hiervan komt bovendien uit maar één sector: de detailhandel. Vakbond LBV, de vakbond die partij was bij de LOGIN-cao's, is een andere vakbond waarvan de onafhankelijkheid ter discussie staat. De LBV wilde Investico geen inzage geven in de boeken waardoor niet duidelijk is welk deel van haar inkomsten van werkgevers komt. Onderhandelen met de LBV mag, maar hoort eigenlijk niet, zo liet VNO-NCW zich al eens ontvallen. VNO-NCW noemde

27 J.L.A. Helmer & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk', TRA 2015/23, par. 3.4.

28 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 3151.

29 Zie anders wat betreft de representativiteit (art. 2.2 Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring).

30 E. Woutersen & M. Rotman, 'Slechte cao verdienmodel van "spookvakbonden"', Investico 4 maart 2020.

31 'Vakbonden kwaad op piepkleine bond die lot 200.000 uitzendkrachten bepaalt', NOS 1 juni 2021.

32 E. Woutersen & M. Rotman, 'Slechte cao verdienmodel van "spookvakbonden"', Investico 4 maart 2020. Zie ook R. Delhaas & D. Davidson, 'Cao in de uitverkoop', Argos (radioprogramma) 4 maart 2020.

cao-onderhandelingen met LBV 'de Antillenroute van de arbeidsverhoudingen'.³³ Naast het Alternatief voor de Vakbond en LBV die ook op sectoraal niveau actief zijn, zijn er nog een flink aantal alternatieve werknemersorganisaties die soms met hulp van werkgevers zijn opgericht en met name op het niveau van de onderneming een cao aangaan. Denk aan WIM bij Ikea, Frank bij Randstad, Qlix bij KPN en Vacos bij SuikerUnie.³⁴

In de lente van 2021 stemde LBV in met een verlenging van de uitzend-cao('s) die juist was opgezegd door de grote vakbonden. Door de opzegging van de cao zouden allerlei uitzonderingen op het wettelijke uitzendregime (die de positie van uitzendwerknemers verslechteren ten opzichte van de wet) niet meer gelden en die situatie zou toch met name voor uitzendwerkgevers slecht uitpakken. De vakbonden zegden de cao op omdat de werkgeversorganisaties niet bereid waren tegemoet te komen aan de eisen van de vakorganisaties die zouden moeten leiden tot meer werk- en inkomenszekerheid van uitzendkrachten. Niettemin besloot LBV dus in te stemmen met een verlenging van de uitzend-cao en haalde daarmee de woede van de grote vakbonden op de hals.³⁵ Het onderzoek van Investico en de verlenging van de uitzend-cao door LBV leidde tot nieuwe Kamervragen,³⁶ een (niet openbaar gemaakte) notitie van Kamerleden Van Dijk en Van Kent over aanpassing van het cao-recht³⁷ en een klacht van vakbonden FNV en CNV bij het CoE.³⁸

De reactie van de minister van SZW op de Kamervragen was ontwijkend. Volgens de minister is nader onderzoek naar de ontwikkeling van cao's nodig om te kunnen beoordelen of sprake is van een toename van het aantal cao's dat zonder de grote bonden is afgesloten. Uit de beantwoording van de vragen blijkt verder dat de minister van SZW nog steeds grote waarde hecht aan de contracts- en onderhandelingsvrijheid van partijen. De financiering van vakbonden door werkgevers acht de minister pas problematisch wanneer door het verlenen van steun met financiële of andere middelen beoogd is om werknemersorganisaties onder controle te plaatsen. De minister toont zich vooralsnog niet bereid tot een wijziging van het systeem. Het CoE heeft Nederland naar aanleiding van de door FNV en CNV ingediende klachten erop gewezen dat de onafhankelijkheid van vakorganisaties onlosmakelijk verbonden is met het bestaan van een vakbeweging die op effectieve wijze de belangen van werknemers behartigt en daarom essentieel is voor het bestaan van het collectief overleg. Het comité heeft Nederland in dat

33 G. Herderschee, 'Vakbond voor al uw cao's', *de Volkskrant* 25 juli 1998 en G. Herderschee, 'Bermudadriehoek bedreigt cao', *de Volkskrant* 26 juni 2003.

34 E. Woutersen & M. Rotman, 'Slechte cao verdienmodel van "spookvakbonden"', Investico 4 maart 2020.

35 'Vakbonden kwaad op piepkleine bond die lot 200.000 uitzendkrachten bepaalt', NOS 1 juni 2021.

36 Kamervragen van Van Kent van 10 maart 2020 en Kamervragen van Van Kent van 15 juni 2021.

37 Zie R. de Lange & R. Winkel, 'Cao-circus trekt steeds minder bezoekers', FD 11 oktober 2021.

38 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

kader onder meer gevraagd om gedetailleerde informatie ten aanzien van onder meer de criteria die worden toegepast (in wetgeving en rechtspraak) in het kader van de onafhankelijkheid van vakorganisaties. Een reactie van de Nederlandse regering wordt aankomende zomer verwacht.

5.4 Internationale dimensie

5.4.1 Vooraf

In deze bijdrage staat de vraag centraal of, en zo ja in hoeverre, de onafhankelijkheid van vakbonden een rol speelt (en zou moeten spelen) in het Nederlandse cao-recht. Het antwoord op deze vraag kan niet worden gegeven zonder acht te slaan op internationale normen, in het bijzonder de normen die zijn opgesteld door de ILO. In ILO-verband zijn criteria geformuleerd met betrekking tot de onafhankelijkheid van vakbonden en deze criteria zijn relevant voor de Nederlandse rechtspraak. Het CoE beoordeelt in hoeverre de nationale wet- en regelgeving van verdragstaten in overeenstemming is met normen die voortvloeien uit de door deze staten geratificeerde ILO-conventies. Verdragsstaten zijn jaarlijks verplicht aan het CoE te rapporteren over de wijze waarop zij de door hen geratificeerde verdragen hebben geïmplementeerd.³⁹ De CoE beoordeelt de landenrapportages en publiceert haar bevindingen en conclusies jaarlijks in een rapport: *The Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*.

In het rapport van 2022 heeft het CoE de Nederlandse Staat verzocht informatie te verstrekken over de criteria die in de nationale wet- en regelgeving worden toegepast ter beoordeling van de onafhankelijkheid van vakbonden (zie ook par. 6.3.2).⁴⁰ Dit verzoek tot informatieverstrekking is neergelegd bij de Nederlandse staat naar aanleiding van de observaties die door FNV en CNV zijn voorgelegd aan het CoE. FNV en CNV stellen in hun observaties, zo valt te lezen in het CoE-rapport, dat het Nederlandse model van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming wordt ondermijnd, omdat het in Nederland is toegestaan voor werkgevers(organisaties) te besluiten een (avv-)cao af te sluiten met kleine vakbonden of vakbonden die onvoldoende onafhankelijk zijn.⁴¹

Naar aanleiding van de observaties heeft het CoE ook een en ander opgemerkt over het belang van onafhankelijke vakbonden. Zoals hiervoor opgemerkt is volgens het CoE de onafhankelijkheid van organisaties van werknemers ten

39 Zie art. 22 ILO-Constitution.

40 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

41 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 266.

opzichte van de werkgever of een groep werkgevers van essentieel belang.⁴² De onafhankelijkheid van vakbonden is volgens het CoE ‘inseparable from the very existence of a trade union movement that must effectively represent the interests of the workers and is therefore essential to ensure the authenticity of the entire collective bargaining process’.⁴³

5.4.2 ILO-Verdrag nr. 98

De verdragstekst en interpretaties die eraan kunnen worden gegeven

De norm dat vakbonden onafhankelijk moeten zijn van werkgevers (organisaties), en moeten zijn gevrijwaard van beïnvloeding door werkgevers (organisaties), is terug te voeren op artikel 2 ILO-Verdrag nr. 98 en de interpretaties die aan de verdragstekst moeten worden gegeven. Dit verdrag, officieel genoemd het Verdrag betreffende de toepassing van beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen, is in 1993 door Nederland geratificeerd.⁴⁴

Wat kan op basis van de verdragstekst en de interpretaties die aan de verdragstekst worden gegeven, worden gezegd over de waarde die de ILO hecht aan onafhankelijke vakbonden?

De interpretaties die aan de verdragstekst kunnen worden verbonden, kunnen worden afgeleid uit de *case law* (ofwel aanbevelingen) van een ander ILO-supervisieorgaan, te weten het Committee of Freedom of Association (CFA). Het CFA houdt toezicht op de correcte naleving en implementatie door verdragsluitende staten van de ILO-Verdragen nrs. 87 en 98 betreffende de vakverenigingsvrijheid respectievelijk het recht op collectief onderhandelen. Deze door het CFA uitgebrachte aanbevelingen geven inzicht over de wijze waarop de abstracte normen uit de ILO-Verdragen nrs. 87 en 98 moeten worden geïnterpreteerd. De aanbevelingen van het CFA worden, hoewel zij niet juridisch bindend zijn, als gezaghebbend aangemerkt.⁴⁵

Te beginnen bij de verdragstekst van ILO-98. Wat vermeldt ILO-Verdrag nr. 98 over de onafhankelijkheid van vakbonden? Anders dan in het eerder aangehaalde ILO-rapport van het CoE wordt de term ‘onafhankelijkheid’ niet gebezigd in het verdrag. In de verdragstekst wordt de term ‘inmenging’ gebruikt in plaats van de term ‘onafhankelijkheid’. In de eerste drie bepalingen van ILO-98 zijn regelingen opgenomen met betrekking tot de bescherming van werknemers (organisaties) en werkgevers (organisaties) tegen handelingen van inmenging bij elkaar. De artikelen 1 tot en met 3 van het verdrag hebben volgens Boonstra tot doel werknemers en hun organisaties te beschermen tegen han-

42 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

43 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, Application of International Labour Standards 2022, International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

44 Trb. 1972, 105, Trb. 1979, 79 en Trb. 1994, 26.

45 A.T.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom/H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 281; Rapport commissie-Dijkstal, *Advies normeren en waarderen. Advies rechtspositie politieke ambtsdragers*, Breda: Koninklijke Broerse en Peereboom 2007, p. 29.

delingen van werkgeverszijde die tot doel hebben de invloed van werknemersorganisaties te beperken.⁴⁶

Artikel 1 ILO-98 bepaalt dat werknemers bescherming moeten genieten tegen handelingen van werkgevers die vakbondsdiscriminatie vormen. Denk hierbij aan het bieden van ontslagbescherming aan vakbondsleden. Artikel 2 ziet in het bijzonder op de bescherming tegen inmenging van werknemersorganisaties ten opzichte van werkgevers(organisaties) en vice versa en artikel 3 legt aan verdragsluitende staten de verplichting op naar nationale omstandigheden aangepaste maatregelen te treffen ter verzekering van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden binnen de nationale context.

In artikel 2 ILO-Verdrag nr. 98 zijn, zoals reeds kort aangestipt, normen opgenomen die het tegengaan van inmenging (lees: het voorkomen van aantasting van de onafhankelijkheid van vakbonden (maar ook van werkgevers(organisaties)) moeten waarborgen. Het gaat daarbij om directe hetzij indirecte inneming door de agenten of leden van de werkgeversorganisaties. De organisaties van werknemers moeten worden beschermd tegen de inmenging van werkgevers(organisaties) ten aanzien van de oprichting van vakorganisaties, de uitoefening van werkzaamheden door de vakbond of bij het beheer van de werknemersorganisaties. Het tweede lid verduidelijkt wat in het bijzonder onder inmenging in de zin van het verdrag wordt verstaan: daden die gericht zijn op het bevorderen van de oprichting van werknemersorganisaties, die door werkgevers of werkgeversorganisaties worden beheerd, of op het verlenen van steun met financiële of andere middelen aan werknemersorganisaties, met het doel deze organisaties onder controle van werkgevers of werkgeversorganisaties te plaatsen.

Uit de *case law* van het CFA kan worden afgeleid dat uit het tweede artikel van het verdrag de eis voortvloeit dat werknemersorganisaties hun activiteiten volledig onafhankelijk van werkgevers moeten kunnen uitoefenen.⁴⁷ Het CFA stelt verder dat werkgevers zich niet mogen bemoeien met interne aangelegenheden van vakorganisaties. Werkgevers moeten ten aanzien van interne vakbonds-aangelegenheden een grote terughoudendheid in acht nemen.⁴⁸ Pogingen van werkgevers om marionettenvakbonden op te richten, alsmede de bemoeienis van een werkgever bij de oprichting van een 'schijnvakbond', worden door het CFA aangemerkt als daden van inmenging door de werkgever in het functioneren van een vakbond. Dergelijke daden van inmenging vormen volgens het comité ernstige schendingen van de vakverenigingsvrijheid.⁴⁹ Ook de inmenging door een werkgever in de vorm van invloed uitoefenen op de samenstelling

46 K. Boonstra, *The ILO and the Netherlands. Different views concerning government influence on the relationship between workers and employers* (diss. Leiden), 1996, p. 76.

47 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1188.

48 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1192.

49 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1194 en 1195.

van het vakbondsbestuur, is volgens het CFA een ernstige schending van de vakverenigingsvrijheid.⁵⁰

Uit de *case law* van het CFA kan verder worden afgeleid dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden het recht hebben deel te nemen aan het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg en rechtsgeldig cao's mogen afsluiten.⁵¹

'Participation in collective bargaining and in signing the resulting agreements necessarily implies independence of the signatories from the employer or employers' organizations, as well as from the authorities. It is only when their independence is established that trade union organizations may have access to bargaining.'⁵²

Verdragsstaten dienen de hierboven genoemde normen uit ILO-98 nader uit te werken in nationale wetgeving, teneinde te waarborgen dat vakbonden⁵³ op adequate wijze worden beschermd tegen inneming door werkgevers of hun organisaties. Anders verwoord, verdragsluitende staten dienen, om te voldoen aan hun verdragsverplichtingen, criteria te formuleren die in overeenstemming zijn met de uit artikel 2 ILO-98 voortvloeiende normen, ter waarborging en bescherming van onafhankelijke vakbonden (en het collectief overleg). Dit laatste volgt ook expliciet uit de *case law* van het CFA. De verdragsstaat moet in de nationale wetgeving bepalingen opnemen die zorgen voor een adequate bescherming van werknemersorganisaties tegen deze inneming.⁵⁴ Het moet daarbij gaan om duidelijke en precieze bepalingen.

Doorwerking ILO-Verdrag in nationale rechtsorde

Nederland kent een (gematigd) monistisch systeem. Normen van internationaal recht maken deel uit van de nationale rechtsorde vanaf het moment waarop de normen voor het Koninkrijk bindend worden.⁵⁵ De bepalingen uit ILO-Verdrag nr. 98, waaronder dus ook begrepen artikel 2, zijn echter niet aan te merken als – in de woorden van artikel 93 en 94 Grondwet – bepalingen 'die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden'. De verdragsbepalingen leggen aan verdragstaten de (positieve) verplichting op om op nationaal niveau normen vast te stellen die de onafhankelijkheid van vakbonden jegens werkgevers(organisaties) op adequate wijze beschermen. De bepalingen uit ILO-98 roepen, gelet op de redactie

50 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1206.

51 International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5de (herziene) versie, Genève: ILO 2006, par. 966 en 967/ Digest 2018, par. 1373.

52 International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5de (herziene) versie, Genève: ILO 2006, par. 966; International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1373.

53 En ook werkgevers en hun organisaties.

54 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1216.

55 L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 41-42.

van de verdragsbepalingen, geen rechtsgevolgen in het leven voor particulieren, omdat die naar hun inhoud niet eenieder verbindend zijn. De bepalingen uit het verdrag hebben geen rechtskracht voor of jegens burgers. Dit betekent dat burgers ten overstaan van de nationale rechter geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de verdragsbepalingen en rechtstreeks kunnen afdwingen dat de verdragsbepalingen binnen de nationale context worden nageleefd.⁵⁶ Ter illustratie: een vakbond kan niet met een rechtstreeks beroep op artikel 2 ILO-98 de rechter verzoeken een cao nietig te verklaren, indien een van vakbonden die de cao heeft afgesloten niet-onafhankelijk is. Verder geldt, nu de bepalingen uit ILO-98 niet eenieder verbinden, dat artikel 94 Grondwet geen toepassing vindt. Ingevolge deze grondwetsbepaling heeft de Nederlandse rechter de bevoegdheid en plicht de toepassing van een wet in formele zin achterwege te laten, indien de wet niet verenigbaar is met een verdragsbepaling die naar zijn inhoud eenieder verbindt.⁵⁷

Ofschoon artikel 2 ILO-Verdrag nr. 98 naar zijn inhoud niet eenieder verbindend is, is de verdragsbepaling wel degelijk van betekenis binnen de Nederlandse rechtsorde. 'Niet eenieder verbindende'-bepalingen kunnen op drie manieren van betekenis zijn voor het interne recht. Ten eerste geldt dat voor het Koninkrijk bindende normen afkomstig van volkenrechtelijke organisaties deel uit maken van de rechtsorde van het Koninkrijk. De normen zijn onderdeel van het interne recht en de staat is verplicht het verdrag, zodra het in werking is getreden, na te komen.⁵⁸ Verdragsbepalingen die naar hun inhoud niet eenieder verbinden, zijn namelijk wel bindend voor nationale wetgevende, besturende en rechterlijke organen.⁵⁹ De inhoud van de verdragsbepaling en de nationale taak- en bevoegdheidsverdeling tussen organen van de overheid, bepalen uiteindelijk welk overheidsorgaan uitvoering moet geven aan de verdragsbepaling hetzij deze dient toe te passen.⁶⁰

Ten tweede kunnen 'niet eenieder verbindende'-verdragsbepalingen via verdragsconforme interpretatie van nationaal recht werking hebben binnen de

56 Eenieder verbindende verdragsbepalingen hebben rechtskracht jegens burgers (particulieren), zij hebben rechtstreekse werking. Het zijn bepalingen die rechtsgevolgen in het leven (kunnen) roepen voor burgers, inhoudende dat bepalingen die naar hun inhoud ieder verbindend zijn een bron zijn van individuele rechten, plichten en/of aanspraken. Afhankelijk van de redactie van de verdragsbepaling kan een burger de norm tegenwerpen of inroepen jegens de overheid (verticale verhouding) of jegens een andere burger (horizontale werking). Zie uitgebreid: J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 327.

57 M. Chébtî, *Rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende internationale verdragsbepalingen. De bijdrage van de Nederlandse rechter aan het bevorderen van de internationale rechtsorde en de noodzaak dit te kunnen blijven doen*, WB Bundel 'Wetenschappelijk Bijdragen' (www.hogeraad.nl/bedrijfsvoering/wetenschappelijk-bureau/publicatie/). Zie ook par. 2.28 in concl. A-G Plas 17 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:522 bij HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449.

58 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 163.

59 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 369.

60 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 369

nationale rechtsorde. Verdragsconforme interpretatie houdt met zoveel woorden in dat een regel van nationaal recht zo wordt uitgelegd dat deze verenigbaar of in lijn is met een internationaalrechtelijke norm.⁶¹ Verdragsconforme interpretatie berust op de presumptie dat de staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen wenst na te komen.⁶² De nationale wetgever wordt geacht uit het internationale recht voortvloeiende verplichtingen niet te willen schenden en het nationale recht uit te leggen en vast te stellen in overeenstemming met het internationaal recht waar de staat aan is gebonden.

En als derde, tevens laatste optie, kan een verdragsbepaling die niet eenieder verbindt, via reflexwerking binnen de Nederlandse rechtsorde werking hebben. Reflexwerking houdt in dat de rechter bij de invulling van open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid of goed werkgeverschap, rekening houdt met uit het internationale recht afkomstige normen waaraan Nederland gebonden is.⁶³ Hier worden de normen uit het internationale recht dus niet rechtstreeks toegepast, maar kan door de rechter worden geoordeeld dat een bepaalde situatie, gelet op een uit het verdragsrecht afkomstige norm, (on)redelijk en (on)billijk is.

5.5 Onafhankelijkheid in nationale cao-wetgeving

In ILO-verband wordt dus veel waarde gehecht aan onafhankelijke vakbonden. Het CoE acht onafhankelijke vakbonden een essentieel element van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg en de legitimatie daarvan en onlosmakelijk verbonden met het bestaan van de vakbeweging. Verdragsluitende staten moeten de onafhankelijkheid van vakbonden in hun nationale wetgeving (zo dadelijk komen wij terug op de verplichtingen die voor Nederland voortvloeien uit ILO-Verdrag nr. 98) waarborgen. In hoeverre komt Nederland deze uit ILO-Verdrag nr. 98 voortvloeiende verplichting na? En welke vereisten en criteria worden in het Nederlandse cao-recht gesteld ten aanzien van de onafhankelijkheid van vakbonden? We bespreken deze vragen.

In een bijdrage uit 2006 waarin Jaspers onder meer de problematiek rondom de zogeheten 'gele bonden' bespreekt, omschrijft hij het Nederlandse systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming als 'zeer liberaal'.⁶⁴ Hij wijst erop dat Nederland geen wettelijke regeling kent voor de erkenning van vakbonden. Jaspers wijst er daarnaast op dat in de Wet Cao vrijwel geen formele vereisten zijn neergelegd waaraan organisaties van werknemers moeten voldoen om als

61 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 369; L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 56.

62 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 372-373; L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 56-57.

63 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 374.

64 A.Ph.C.M. Jaspers, 'Gele bonden' in Nederland', SR 2004, 1.

vakbond te kunnen opereren en rechtsgeldig cao's te kunnen afsluiten. Om als cao-partij in Nederland op te kunnen treden, is slechts vereist dat de cao-afsluitende partij een vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid die tevens statutair bevoegd is tot het afsluiten van cao's.⁶⁵ Verder dienen cao's op grond van artikel 4 Wet op de loonvorming bij de minister van SZW te worden aangemeld en dient de minister een kennisgeving van ontvangst te hebben verzonden alvorens zij in werking kunnen treden. Verdere formele vereisten, zoals een representativiteitsvereiste of de voorwaarde onafhankelijk te zijn van de tegenpartij in het arbeidsvoorwaardenoverleg, worden op basis van de Wet Cao of andere wetten niet gesteld.⁶⁶ Binnen het Nederlandse stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is het daarom mogelijk dat een nauwelijks representatieve of weinig of niet-onafhankelijke vakbond als vakvereniging kan opereren en rechtsgeldig cao's kan afsluiten met werkgevers of organisaties daarvan.

In de Wet Cao ligt aldus niet het vereiste besloten dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden mogen onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden en cao's mogen afsluiten. Voor zover het Nederlandse cao-recht verlangt dat sprake moet zijn van onafhankelijkheid tussen werknemers(organisaties) en werkgevers(organisaties) is dat in het kader van de algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen, zoals in paragraaf 3 al aan de orde kwam. Uit punt 4.2 van het Toetsingskader AVV volgt dat cao-afsluitende partijen onafhankelijk van elkaar moeten zijn. Hierbij wordt verwezen naar ILO-Verdrag nr. 98. In punt 4.2 van het Toetsingskader Avv staat het volgende:

‘Op basis van artikel 2 van de Wet CAO moeten verenigingen van werkgevers of van werknemers krachtens hun statuten bevoegd zijn tot het afsluiten van een cao. De verenigingen moeten één of meer leden hebben in de werkingssfeer van de overeenkomst. De verenigingen van werkgevers en werknemers moeten onafhankelijk van elkaar zijn, dat wil zeggen dat ze vrij moeten zijn van inmening van de één in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties (ILO-verdrag 98).’

De tekst van het Toetsingskader AVV, onder punt 4.2, lijkt te impliceren dat alleen onafhankelijke vakbonden bevoegd zijn tot het aangaan van cao's. Van Steenbergens stelt in dit verband dat op basis van de tekst van punt 4.2 Toetsingskader AVV, artikel 2 Wet Cao zo moet worden gelezen dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden rechtsgeldig cao's kunnen afsluiten.⁶⁷ Wij volgen Van Steenbergens hier niet in. Een dergelijke interpretatie biedt wel een oplossing voor de problematiek rondom (de opkomst van) weinig onafhankelijke vakbonden die rechtsgeldig cao's kunnen aangaan en in die zin zou de interpretatie onze steun hebben. Immers, indien punt 4.2 Toetsingskader AVV meebrengt dat artikel 2 Wet Cao zo zou moeten worden gelezen dat uitsluitend onafhankelijke

65 Zie art. 1 lid 1 en art. 2 Wet Cao.

66 Volledigheidshalve merken wij op dat cao's conform art. 4 Wet op de loonvorming bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid moeten worden aangemeld.

67 H. van Steenbergens, 'Geen cao zonder onafhankelijke vakbond. Het belang van onafhankelijke vakbonden en hoe dat te waarborgen; naar het voorbeeld van Duitsland', TAP 2021, afl. 1, p. 22-28.

werknemersverenigingen cao's kunnen afsluiten, dan is het voor niet-onafhankelijke vakbonden niet langer mogelijk rechtsgeldig cao's aan te gaan. Het risico dat een werkgever een cao kan sluiten met een weinig onafhankelijke bond die tegemoetkomt aan de eisen van de werkgever, om daarmee de gevestigde bonden die zich te hard zouden opstellen in het cao-overleg buiten de deur te houden, wordt hiermee verkleind.

Vanuit zuiver juridisch-dogmatisch oogpunt achten wij de redenering van Van Steenberghe echter niet geheel juist. Het Toetsingskader AVV is een beleidsregel in de zin van artikel 1.3 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De in het Toetsingskader AVV opgenomen beleidsregels zijn regels die aangeven hoe de minister van SZW zijn discretionaire bevoegdheid in het kader van de algemeenverbindendverklaring kan uitoefenen. De regels omschrijven onder meer waaraan avv- en dispensatieverzoeken moeten voldoen. Deze regels binden de minister, niet burgers. Daarnaast is het Toetsingskader AVV opgesteld als beleidsregel bij de Wet Avv, niet bij de Wet Cao. Punt 4.2 van het Toetsingskader AVV kan derhalve weinig betekenen bij het uitleggen van artikel 2 Wet Cao.

De onafhankelijkheid tussen vakbonden en werkgevers(organisaties) speelt – zoals ook in paragraaf 5.3 al aan de orde kwam – wel expliciet een rol bij het verlenen van dispensatie van een algemeen verbindend verklaarde cao. Dispensatie wordt slechts verleend aan cao-partijen die voldoende onafhankelijk zijn ten opzichte van elkaar (zie punt 7 Toetsingskader AVV). In het kader van punt 4.2 (avv-verzoek) en punt 7 (dispensatie) van het Toetsingskader AVV worden de volgende criteria gebruikt bij de beoordeling van de onafhankelijkheid van cao-partijen:

1. de historie van de werknemersvereniging en werkgever(s)vereniging);
2. de lidmaatschapsbasis van de werknemers- en werkgeversvereniging;
3. de organisatie en structuur van de werknemers- en werkgeversvereniging;
4. de financiën van (met name) de werknemersvereniging;
5. de faciliteiten die door de werkgever(s) geboden worden aan bestuurders/leden van de werknemersvereniging;
6. de voorgeschiedenis van de cao(-onderhandelingen).

Opmerking verdient dat in het Toetsingskader AVV een nadere concretisering van deze toch redelijk abstracte omschrijvingen ontbreekt. In de volgende paragraaf komen we op deze criteria terug.

Resumerend: in het Nederlandse cao-recht speelt de onafhankelijkheid tussen werknemers(organisaties) en werkgevers(organisaties) alleen een rol in het kader van de algemeenverbindendverklaring van cao's en bij de beoordeling van dispensatieverzoeken. Noch in de Wet Cao, noch in het Toetsingskader Avv wordt als voorwaarde gesteld dat, overeenkomstig ILO-Verdrag nr. 98, werknemersverenigingen onafhankelijk zouden moeten zijn van werkgevers(verenigingen) alvorens zij mogen deelnemen aan het cao-overleg en rechtsgeldig cao's kunnen aangaan. Naar onze mening komt Nederland daarmee niet zijn verplichtingen na die ILO-Verdrag nr. 98 aan de wetgever oplegt met betrekking tot het waarborgen en beschermen van de onafhankelijkheid van vakbonden in nationale wet- en regelgeving. Als verdragspartij is Nederland verplicht op grond van

ILO-Verdrag nr. 98 (art. 2 en 3) in de nationale context regels op te stellen ter waarborging van vakbonden die volledig vrij zijn van inmenging, dus onafhankelijk, van werkgevers(organisaties), alsmede erop toezien (regels maken) dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden aan het collectief overleg mogen deelnemen en (rechtsgeldig) cao's mogen afsluiten.

5.6 Oplossingsrichtingen: Hoe kan nationaal recht in overeenstemming worden gebracht met ILO-Verdrag nr. 98?

5.6.1 Eerdere voorstellen

Jaspers heeft eerder de vraag gesteld of het geen tijd is een wettelijke regeling te ontwerpen die onder meer de onafhankelijkheid van vakbonden regelt.⁶⁸ Volgens hem kunnen de *case law* van de ILO-supervisieorganen en het Britse model van certificering van onafhankelijke vakbonden dienen als inspiratie. Grapperhaus en Stege hebben ook verwezen naar het Britse systeem.⁶⁹ In het Verenigd Koninkrijk wordt de onafhankelijkheid van vakbonden beoordeeld door de zogeheten Certification Officer aan de hand van de criteria die zijn neergelegd in de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act (TULRCA) van 1992. Aan vakbonden die voldoende onafhankelijk worden bevonden, wordt een Certification of Independence verstrekt en vakbonden die daarover beschikken, mogen collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden.⁷⁰

Van Steenbergen heeft geopperd artikel 2 Wet Cao zo uit te leggen dat daarin gelezen wordt dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden rechtsgeldig cao's kunnen afsluiten. Hij acht het niet nodig de Wet Cao op dit punt aan te passen.⁷¹ De toets moet door de rechter worden uitgevoerd. In het voorstel van Van Steenbergen kunnen onafhankelijke vakbonden de rechter vragen voor recht te verklaren dat een werknemersvereniging niet-onafhankelijk is en dat als gevolg daarvan de cao wegens strijd met artikel 2 Wet Cao op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig is.⁷² In de slotopmerking oppert Van Steenbergen dat het tevens mogelijk is de tekst van artikel 2 Wet Cao als volgt te wijzigen:

‘Verenigingen van werkgevers of van werknemers zijn slechts bevoegd tot het aangaan van een collectieve arbeidsovereenkomst indien hun statuten deze bevoegdheid met name noemen, zij één of meer leden hebben in de werksfeer van de overeenkomst en zij onafhankelijk van elkaar zijn, dat wil zeggen

68 A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Gele bonden in Nederland’, SR 2004, 1.

69 F.B.J. Grapperhaus & A. Stege, ‘De representativiteit van de vakbond in relatie tot de ongebonden werknemer’, SMA 2008, p. 114.

70 A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?’, ARA 2008/1, p. 4-42. Zie ook Section 6 t/m 8 van de Trade Union Labour Relations 1992 Act.

71 H. van Steenbergen, ‘Geen cao zonder onafhankelijke vakbond. Het belang van onafhankelijke vakbonden en hoe dat te waarborgen; naar het voorbeeld van Duitsland’, TAP 2021, afl. 1, p. 22-28.

72 H. van Steenbergen, ‘Geen cao zonder onafhankelijke vakbond. Het belang van onafhankelijke vakbonden en hoe dat te waarborgen; naar het voorbeeld van Duitsland’, TAP 2021, afl. 1, p. 22-28.

vrij van inmenging van de één in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties.’

Criteria voor de beoordeling van onafhankelijkheid zouden dan in de memorie van toelichting moeten worden opgenomen.

Grapperhaus en Stege zijn van mening dat de voorwaarde moet gelden dat een vakbond die partij is bij een cao onafhankelijk moet zijn.⁷³ Deze voorwaarde kan volgens Grapperhaus en Stege worden gerechtvaardigd op grond van ILO-Verdrag nr. 98 waaruit voortvloeit dat werkgevers- en werknemersorganisaties onafhankelijk van elkaar moeten zijn. Evenals Van Steenberghe vinden Grapperhaus en Stege het niet nodig de Wet Cao op dit punt te wijzigen. Via wetsinterpretatie is het mogelijk om de onafhankelijkheid als voorwaarde te stellen. Boonstra lijkt eveneens van mening te zijn dat niet-onafhankelijke vakbonden niet bevoegd moeten kunnen zijn tot het aangaan van cao’s.⁷⁴ Anders dan Van Steenberghe, Grapperhaus en Stege vindt zij er, in eerste instantie, wel wat voor te zeggen het vereiste van onafhankelijkheid in artikel 1 Wet Cao op te nemen.⁷⁵ Zij plaatst hier wel een kritische kanttekening bij. Zij acht de handhaving ervan lastig en denkt dat het systeem van arbeidsverhoudingen ernstig wordt belast als bij elke cao de onafhankelijkheid van de cao-partijen moet worden getoetst.

5.6.2 Nieuwe voorstellen

Overeenkomstig de uit ILO-Verdrag nr. 98 voortvloeiende verplichtingen, en de problematiek die gepaard gaat met (de opkomst van) weinig onafhankelijke vakbonden in het cao-overleg, achten wij het van groot belang de onafhankelijkheid van vakbonden te waarborgen ook binnen de Nederlandse context. Dit kan op verschillende manieren gebeuren en hieronder verkennen wij een aantal opties. De eerste twee voorstellen strekken ertoe aan de rechtspraak leerstukken aan te reiken die kunnen worden toegepast om het internationaal-rechtelijke vereiste van onafhankelijke vakbonden toe te passen in de context van het huidige nationale cao-recht. Met het derde, en tevens laatste voorstel, willen wij aan de wetgever een aantal opties meegeven over de wijze waarop het Nederlandse cao-recht in overeenstemming kan worden gebracht met de normen uit ILO-Verdrag 98.

Rechtsvinding door rechter: verdragsconforme interpretatie en reflexwerking

Het waarborgen van de onafhankelijkheid van vakbonden in het Nederlandse cao-recht wordt in de eerste twee voorstellen overgelaten aan de rechter. Via de in de rechtsleer en rechtspraak ontwikkelde leerstukken van verdragsconforme

73 F.B.J. Grapperhaus & A. Stege, ‘De representativiteit van de vakbond in relatie tot de ongebonden werknemer’, SMA 2008, p. 114.

74 K. Boonstra, ‘Van “yellow unions” tot internetbonden: hoe garanderen we onafhankelijkheid?’, in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 129.

75 K. Boonstra, ‘Van “yellow unions” tot internetbonden: hoe garanderen we onafhankelijkheid?’, in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 129.

interpretatie en reflexwerking kan de Nederlandse rechter de normen uit artikel 2 ILO-Verdrag 98 toepassen in het Nederlandse cao-recht. Hieronder leggen wij kort uit hoe dit via respectievelijk de verdragsconforme interpretatie of reflexwerking mogelijk is.

Verdragsconforme interpretatie

Via het leerstuk van verdragsconforme interpretatie legt de rechter nationaal recht zo veel mogelijk uit in het licht van een internationaalrechtelijke norm waaraan Nederland gebonden is. Artikel 1 Wet Cao bepaalt dat onder cao wordt verstaan de overeenkomst die is aangegaan door een of meer werkgevers(verenigingen) of een of meer werknemersverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid. Ingevolge artikel 2 Wet Cao zijn werknemersverenigingen slechts bevoegd tot het aangaan van cao's indien zij daartoe statutair bevoegd zijn. De rechter kan overwegen dat artikel 1 en/of artikel 2 Wet Cao zo moeten worden uitgelegd, dat gelet op artikel 2 ILO-Verdrag 98 en de *case law* van het CFA, uitsluitend onafhankelijke vakbonden bevoegd zijn tot het rechts-geldig afsluiten van cao's. Collectieve overeenkomsten die worden afgesloten door niet-onafhankelijke vakbonden, dus in strijd met artikel 1 en/of artikel 2 Wet Cao, kwalificeren niet als cao of zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.⁷⁶

Reflexwerking

De in de rechtsleer ontwikkelende doctrine van 'reflexwerking' houdt in dat de rechter bij de invulling van een wettelijk voorschrift dat een open norm bevat, bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, rekening houdt met een internationaalrechtelijke norm. Dit leerstuk kan door de rechter bijvoorbeeld worden toegepast in de situatie waarin een werkgever besluit een cao te sluiten met een niet-onafhankelijke vakbond, terwijl daarvoor telkens een cao werd gesloten met een gevestigde, onafhankelijke vakbond. Deze situatie is met name relevant voor werknemers die via een dynamisch incorporatiebeding gebonden zijn aan de cao.

De rechter heeft hier de mogelijkheid de werking van het dynamisch incorporatiebeding te beperken via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Normen uit internationale verdragen, zoals het vereiste van onafhankelijke vakbonden uit ILO-Verdrag 98, kunnen immers via reflexwerking open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid, inkleuren. De rechter kan in dit verband overwegen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer op grond van een dynamisch incorporatiebeding (en ongeacht de tekst van dat beding) wordt gebonden aan een nieuwe cao die is gesloten door een niet-onafhankelijke vakbond.⁷⁷

76 Zie in dit verband ook Rb. Gelderland 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5378. De rechter lijkt in deze zaak het leerstuk van verdragsconforme interpretatie toe te passen. Art. 3 Waadi wordt door de rechter mede uitgelegd in het licht van de tekst van art. 7 ILO-Verdrag nr. 181.

77 Vgl. Rb. Amsterdam 1 februari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AV1661.

Onafhankelijkheid vakbonden opnemen in de Wet Cao

In een nieuw vorm te geven artikel 1 lid 1 onder a Wet Cao kan expliciet worden vermeld dat uitsluitend onafhankelijke vakbonden rechtsgeldig cao's kunnen aangaan. De wetsbepaling zou als volgt kunnen luiden:

‘Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer onafhankelijke verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’

In een eventueel nieuw aan de Wet Cao toe te voegen artikel 1 lid 1 onder b Wet Cao kunnen artikel 2 ILO-Verdrag nr. 98 en de door de ILO-supervisieorganen tot stand gebrachte normen omtrent de onafhankelijkheid van vakbonden worden verankerd. Het door ons voorgestelde artikel 1 lid 1 onder b Wet Cao zou als volgt kunnen luiden:

‘Organisaties van werknemers moeten vrij van inmenging, dus onafhankelijk, zijn van werkgevers of hun organisaties, met betrekking tot de oprichting, inrichting van hun organisatiestructuur en alle andere interne aangelegenheden, uitoefening van hun werkzaamheden en activiteiten, hun beleidsbepaling, beheer van hun organisaties en financiering. Wanneer de toepasselijkheid van een cao in de arbeidsovereenkomst is bedongen, geldt hiervoor het bepaalde in artikel 7:613 BW indien de cao is aangegaan met een niet-onafhankelijke organisatie van werknemers.’

In een nieuw op te stellen beleidsregel onder de naam ‘Leidraad onafhankelijkheid vakbonden’ kunnen criteria worden neergelegd die omschrijven wat onder onafhankelijk in de zin van artikel 1 lid 1 onder a en b wordt verstaan. De door ons voorgestelde tekst van artikel 1 lid 1 onder c Wet Cao nieuw die een wettelijke basis voor deze leidraad moet bieden, luidt dan als volgt:

‘Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld met betrekking tot wat onder onafhankelijkheid wordt verstaan in de zin van het eerste lid onder a en onder b.’

Toelichting bij voorgestelde wetsteksten

Artikel 1 lid 1 onder a Wet Cao (nieuw) brengt mee dat overeenkomsten die worden gesloten met een of meer niet-onafhankelijke vakbonden, niet kwalificeren als cao in de zin van de Wet Cao. De rechtsgevolgen, onder meer de normatieve werking op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet Cao, die de wet aan cao's verbindt, zullen niet intreden indien een overeenkomst over arbeidsvoorwaarden wordt gesloten door een of meer afhankelijke vakbonden. Het gaat in dat geval om een ‘gewone’ overeenkomst. Daarbij moet worden geregeld dat de incorporatie van een dergelijke overeenkomst niet zonder meer leidt tot toepassing daarvan in de arbeidsovereenkomst. Indien een werkgever in de

arbeidsovereenkomst bedingt dat een dergelijke overeenkomst van toepassing is, wordt de daadwerkelijke toepassing van die overeenkomst of iedere wijziging van die overeenkomst beschouwd als een wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Op een dergelijke wijziging is artikel 7:613 BW van toepassing.

Een nadere uitwerking van de onafhankelijkheidscriteria kan worden neergelegd in een ministeriële regeling, de eerdergenoemde 'Leidraad onafhankelijkheid vakbonden' (hier gaan wij later nader op in). De normen uit het Toetsingskader AVV kunnen in deze regeling worden geïncorporeerd, maar ook worden aangevuld met extra criteria, uit bijvoorbeeld de *case law* van het CFA. De criteria uit de leidraad geven inzicht in de normen die relevant zijn bij de beoordeling van de onafhankelijkheid van een vakbond. Hierbij spelen alle normen in hun onderlinge verhouding een rol.

Beoordeling onafhankelijkheid vakbonden

Vervolgens is de vraag welk orgaan toetst of een vakbond onafhankelijk is en op welk moment deze toetsing moet plaatsvinden. Vooropgesteld dient te worden dat, overeenkomstig de *case law*, het te verkiezen orgaan dat de onafhankelijkheidstoets uitvoert, 'alle waarborgen van onafhankelijkheid en objectiviteit'⁷⁸ dient te bieden. Het ligt daarom niet voor de hand organisaties van werknemers zelf de onafhankelijkheidstoets uit te laten voeren. Zij kunnen er te veel belang bij hebben een concurrerende vakbond als niet-onafhankelijk te beoordelen, en daarmee deze vakbond uit te sluiten van het cao-overleg. Onzes inziens kan de toets worden uitgevoerd door de minister van SZW. Die heeft immers al ervaring met het beoordelen van de onafhankelijkheid van vakbonden in kader van dispensatieverzoeken. Een andere eis vanuit de *case law* van het CFA is dat het besluit tot het al dan niet toekennen van het predicaat onafhankelijke vakbond, openstaat voor beroep.⁷⁹ Wij willen dan ook aanbevelen de beslissing van de minister van SZW over de (on)afhankelijkheid van een vakbond, vatbaar te maken voor beroep bij de civiele- of bestuursrechter. Denkbaar is ook dat de nadere regels voor de beoordeling van de onafhankelijkheid van een vakbond worden opgenomen in de door de SER voorgestelde Code verantwoord arbeidsmarktgedrag en de daaraan verbonden Codekamer de toetsing daarvan uitvoert.⁸⁰

Het toetsen van de onafhankelijkheid van een vakbond kan op twee momenten geschieden: (1) periodiek, bijvoorbeeld per vijf jaar, (2) na het sluiten van de cao. Bij de eerste optie dienen vakbonden verschillende gegevens over te leggen, zoals de jaarcijfers, die inzicht geven in hoeverre de vakbond overeenkomstig de normen uit de Leidraad onafhankelijkheid vakbonden, als onafhankelijk kan

78 International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5de (herziene) versie, Genève: ILO 2006, par. 967; International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1374.

79 International Labour Office, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, zesde editie 2018, Genève: ILO, par. 1218.

80 Zie het SER-advies 21/08, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, p. 20.

worden beoordeeld. Vakbonden die slagen voor de toets, krijgen een certificaat of een erkenning en mogen gedurende de periode van certificering of erkenning deelnemen aan het cao-overleg en kunnen rechtsgeldig cao's aangaan. Hierbij is wel van belang dat de onafhankelijkheid van de vakbonden die reeds een certificaat hebben verkregen periodiek, bijvoorbeeld om de vijf jaar, wordt gecontroleerd. Indien een vakbond niet langer voldoet aan de criteria voor onafhankelijkheid, wordt het certificaat van onafhankelijkheid of de erkenning ingetrokken. Het is de vakbond dan niet langer toegestaan deel te nemen aan het cao-overleg. Vakbonden die, hoewel zij niet langer over het certificaat beschikken, toch besluiten aan het cao-overleg deel te nemen, kunnen geen rechtsgeldige cao's afsluiten. Door deze vakbonden gesloten collectieve overeenkomsten kwalificeren niet als cao en kunnen hoogstens als overeenkomst doorwerken in de arbeidsovereenkomst, waarbij indien dat leidt tot wijziging van arbeidsvoorwaarden de toets van artikel 7:613 BW geldt.

Ook kan ervoor worden gekozen de onafhankelijkheidstoets op een later moment te laten plaatsvinden: nadat het cao-overleg heeft plaatsgevonden en een cao is afgesloten. In deze situatie heeft in principe elke vakbond toegang tot het cao-overleg. Bij het aanmelden van de cao ex artikel 4 Wet op de loonvorming zal dan tevens moeten worden beoordeeld door de minister van SZW of de vakbond voldoende onafhankelijk is. Een cao kan uitsluitend in werking treden indien deze is gesloten door een vakbond die slaagt voor de door de minister van SZW uitgevoerde onafhankelijkheidsbeoordeling. Cao's aangegaan door vakbonden die onvoldoende onafhankelijk zijn, treden niet in werking en zijn nietig ex artikel 3:40 lid 2 BW. Deze mogelijkheid heeft niet onze voorkeur, omdat pas nadat het hele onderhandelingstraject is afgerond duidelijkheid zal ontstaan over de geldigheid of werking van de cao (of overeenkomst).

Het is denkbaar de beoordeling van de onafhankelijkheid van vakbonden niet over te laten aan de minister van SZW, maar neer te leggen bij de rechter. Hoe ziet dit model eruit? Net als in het huidige model zijn alle werknemersverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en die statutair bevoegd zijn tot het aangaan van cao's, in eerste instantie bevoegd tot het afsluiten van een cao. Als achteraf, dus na het afsluiten van de cao, twijfels bestaan over de onafhankelijkheid van een van de cao-afsluitende vakbonden, kan de rechter worden verzocht vast te stellen dat de desbetreffende vakbond niet-onafhankelijk is. De rechter kan daarbij gebruikmaken van criteria die zijn vastgelegd in de Leidraad onafhankelijkheid vakbonden. Wanneer de rechter vaststelt dat de vakbond inderdaad niet-onafhankelijk is, heeft dat tot gevolg dat de cao nietig is. Ook dit systeem heeft het nadeel dat pas nadat de onderhandelingen zijn afgerond duidelijkheid zal ontstaan over de wijze waarop de gesloten overeenkomst werkt, en dat achten we minder wenselijk.

Uitleg normen/normen in Leidraad Onafhankelijkheid

Voor de indicatoren van onafhankelijkheid die in de nog vorm te geven Leidraad onafhankelijkheid moeten worden neergelegd, kan aansluiting worden gezocht bij de normen die zijn ontwikkeld in verband met het Toetsingskader Avv en de normen uit de *case law* van het CFA. De in het Toetsingskader Avv opgenomen indicatoren voor onafhankelijkheid zijn abstract geformuleerd en bieden

daarom – onzes inziens – weinig houvast bij de beoordeling van de onafhankelijkheid van een vakbond. Om het mogelijk te maken een concretere afweging te maken achten wij het van belang de indicatoren van onafhankelijkheid uit het Toetsingskader Avv nader te concretiseren. Wij doen hieronder in dat verband een voorstel. In dit voorstel geven wij per indicator uit het Toetsingskader Avv aan hoe die bijdraagt aan de vaststelling of sprake is van een (on)afhankelijke vakbond. In de toelichting bij de indicatoren is deels de *case law* van het CFA verwerkt, maar er zijn ook elementen in verwerkt die wij van belang achten bij de beoordeling van de onafhankelijkheid van een vakbond. Bij de beoordeling van de onafhankelijkheid van een vakbond dienen de verschillende indicatoren in hun onderlinge samenhang te worden beschouwd. Niet een enkele indicator is beslissend. Het gaat erom dat een vakbond, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, gelet op de indicatoren, in zijn geheel gezien als (on)afhankelijk kan worden beoordeeld.

De volgende criteria zijn opgenomen in het Toetsingskader Avv:

1. de historie van de werknemersvereniging en werkgever(s)vereniging;
2. de lidmaatschapsbasis van de werknemers- en werkgeversvereniging;
3. de organisatie en structuur van de werknemers- en werkgeversvereniging;
4. de financiën van (met name) de werknemersvereniging;
5. de faciliteiten die door de werkgever(s) geboden worden aan bestuurders/ leden van de werknemersvereniging;
6. de voorgeschiedenis van de cao(-onderhandelingen).

Ad 1 De historie van de werknemersvereniging

De historie van de vakbond ziet met name op de vraag hoe en onder welke omstandigheden een vakbond tot stand is gekomen. Een aanwijzing dat een vakbond onvoldoende onafhankelijk is, is wanneer een vakbond door of in samenspraak met een werkgever is opgericht. Een werkgever kan bijvoorbeeld een vakbond oprichten (of daarbij helpen) met het doel een onderhandelingspartner in het leven te roepen die (ten dele) onder zijn controle staat. Daarmee kan het voor de werkgever mogelijk worden cao's te sluiten die te eenzijdig zijn belangen dienen en te weinig de belangen van de bij de cao betrokken werknemers.

Een vakbond die door of in samenspraak met een werkgever is opgericht, hoeft niet per definitie afhankelijk van de werkgever te zijn. Denkbaar is dat een werkgever helpt bij de oprichting van een vakbond, omdat in de bedrijfstak waarin de werkgever zich bevindt geen vakbonden aanwezig zijn, maar de werkgever veel belang hecht aan goede arbeidsverhoudingen en het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg.

Ad 2 De lidmaatschapsbasis van de werknemers- en werkgeversvereniging

Wanneer werknemers niet geheel vrij zijn te kiezen lid te worden van een vakbond, maar in feite verplicht zijn lid te worden van een vakbond, vormt dit een aanwijzing dat de vakbond onvoldoende onafhankelijk is. Het hebben van leden en het aantal daarvan, kan ook iets zeggen over de onafhankelijke financiële basis van de vakorganisatie.

Ad 3 De organisatie en structuur van de werknemers- en werkgeversvereniging

Vanuit werkgeverszijde mag geen sprake zijn van inmenging of beïnvloeding bij interne aangelegenheden van de vakbond, bijvoorbeeld: de samenstelling van het bestuur, de vormgeving van de statuten, aanwijzing van vakbondsonderhandelaars, beleidsbepaling, de vaststelling van de wijze waarop de belangen van de werknemers worden behartigd, besteding van de financiën en (belangenbehartigende)activiteiten van de vakbond.

Wanneer vanaf werkgeverszijde invloed kan worden uitgeoefend op de samenstelling van de beleidsbepalende en besturende organen van de vakbond, vormt dit een aanwijzing dat een vakbond onder de controle van de werkgever staat en zich waarschijnlijk weinig onafhankelijk van de werkgever zal opstellen in het cao-overleg. Dit geldt evenzo voor de situatie waarin de vakbond slechts bepaalde belangenbehartigende activiteiten kan verrichten nadat toestemming is verkregen van de werkgever. De vakbond kan zich hier niet vrij, dus niet onafhankelijk, van de werkgever opstellen.

Ad 4 De financiën van de werknemersvereniging

Het gaat hierbij om de mate waarin de vakbond financieel onafhankelijk is van de wederpartij, de werkgever of werkgeversorganisaties, waarmee het arbeidsvoorwaardenoverleg wordt gevoerd. De financiële onafhankelijkheid van een werknemersorganisatie draagt bij aan het waarborgen dat een werknemersorganisatie onafhankelijk c.q. autonoom kan functioneren en voldoende is gevrijwaard van inmenging door een werkgever of werkgeversorganisatie. Het draagt eraan bij dat de werknemersorganisatie in het arbeidsvoorwaardenoverleg voldoende tegenwicht kan bieden en durft te bieden tegen de werkgever respectievelijk werkgeversorganisatie. Een vakbond moet bovendien over voldoende financiële middelen beschikken om zijn belangenbehartigende taken en activiteiten – naar eigen inzicht – uit te kunnen voeren en een stakingskas te kunnen opbouwen.

De financiële onafhankelijkheid van een werknemersvereniging kan onder meer worden afgeleid uit de verhouding tussen inkomsten uit ledencontributies en de inkomsten uit werkgeversbijdragen. Een vakbond die zijn inkomsten in belangrijke mate verkrijgt uit ledencontributies zal eerder als (financieel) onafhankelijk aangemerkt worden dan een vakbond die zijn inkomsten voornamelijk haalt uit werkgeversbijdragen die worden verkregen wegens het afsluiten van cao's. Indien een vakbond in belangrijke mate afhankelijk is van door de werkgever verstrekte financiële middelen, dan kan dit een potentiële bedreiging vormen voor de onafhankelijkheid van de vakbond. Een financieel afhankelijke vakbond kan zich genoodzaakt voelen (te snel) akkoord te gaan met de eisen die worden gesteld vanaf werkgeverszijde, zodat een cao kan worden afgesloten en de vakbond de werkgeversbijdrage voor zichzelf kan veiligstellen.

Aangezien het in Nederland goed gebruik is dat vakbonden gelden ontvangen uit werkgeversbijdragen, kan het voorkomen dat een vakbond in een specifiek bedrijf of specifieke bedrijfstak in belangrijke mate afhankelijk is van deze bijdrage omdat de vakbond in het bedrijf of de bedrijfstak weinig of geen leden heeft. Dit hoeft niet per definitie te betekenen dat de desbetreffende vakbond onvoldoende onafhankelijk is. De mate waarin de onafhankelijkheid van de

vakbond moet worden beoordeeld, hangt samen met de wijze waarop de financiering van de vakbond in algemene zin is vormgegeven en de mate waarin de vakbond zich onafhankelijk opstelt in het cao-overleg (zie ook indicator nr. 6, de voorgeschiedenis van de cao(-onderhandelingen)).

Het is daarom denkbaar vakbonden te verplichten inzicht te geven in de onderlinge verhouding van hun inkomstenstromen, opdat kan worden gecontroleerd in welke mate zij financieel (on)afhankelijk zijn van werkgevers(organisaties).

Ad 5 De faciliteiten die door de werkgever(s) geboden worden aan bestuurders/leden van de werknemersvereniging

Vakbonden en vakbondsleden, in het bijzonder kaderleden, mogen niet (volledig) afhankelijk zijn van de door de werkgever geboden faciliteiten. Het gaat hier om faciliteiten die nodig zijn om vakbonden in staat te stellen hun belangenbehartigende activiteiten in vrijheid, dus volledig onafhankelijk van de werkgever, voor te bereiden en uit te oefenen. Vakbonden moeten bijvoorbeeld over eigen ruimte beschikken waarin ze bijeenkomsten kunnen houden en hun activiteiten kunnen voorbereiden. Vakorganisaties moeten ook, zonder dat zij daarvoor de toestemming van de werkgever behoeven, gebruik kunnen maken en beschikken over informatiekanalen ten behoeve van aankondigingen vanuit de organisatie aan de leden. Bijvoorbeeld het bekendmaken van de namen van vertegenwoordigers of contactpersonen van de vakorganisatie, het organiseren van achterbanraadplegingen, het drukken en verspreiden van flyers en brochures en het kunnen doen van aankondigen over vergaderingen en activiteiten.

Ad 6 De voorgeschiedenis van de cao(-onderhandelingen)

Deze indicator helpt bij de beoordeling van de mate waarin een vakbond zich door de tijd heen onafhankelijk, dus volledig vrij, van werkgevers(organisaties) heeft opgesteld in de verschillende cao-overleggen waarbij de vakbond betrokken is geweest. Indien bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van een vakbond in meerdere overlegsituaties, dus in verschillende bedrijven of bedrijfstakken, al dan niet op regelmatige basis, ter discussie staat of is gesteld, dan vormt dit de aanleiding te vermoeden dat onafhankelijkheid van de vakbond in het geding is.

5.7 Afronding

Naar onze mening waarborgt Nederland de onafhankelijkheid van vakbonden onvoldoende, en handelt daarmee in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit internationale verdragen. Belangrijker is nog wel dat door het optreden van niet-onafhankelijke vakbonden het cao-systeem, dat zorgt voor de arbeidsvoorwaarden van ongeveer 8 miljoen werknemers, in de kern wordt aangetast omdat het machtsevenwicht dat met collectief onderhandelen wordt beoogd, wordt verstoord. Een verstoring van het machtsevenwicht is weer onwenselijk omdat dat leidt tot onvoldoende draagkrachtige uitkomsten van het collectieve overleg en versnippering daarvan en dus tot concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Dat leidt weer tot onrust op de arbeidsmarkt met alle negatieve gevolgen die daaraan verbonden zijn, zoals stakingen en

snelle baanwisselingen. Het is daarom belangrijk dat de onafhankelijkheid van vakbonden in Nederland beter wordt gewaarborgd. Het waarborgen van onafhankelijkheid van vakbonden door regelgeving is niet eenvoudig omdat verschillende indicatoren van afhankelijkheid of onafhankelijkheid elkaar soms tegenspreken en ze alleen in onderling verband en samenhang beschouwd tot een oordeel over de (on-)afhankelijkheid kunnen leiden. In deze bijdrage hebben we onderzocht hoe kan worden geregeld dat aan de vakbonden de eis van onafhankelijkheid kan worden gesteld. Ook hebben we nader onderzocht hoe kan worden getoetst of een vakbond voldoet aan de eis van onafhankelijkheid. We hopen dat we hiermee kunnen bijdragen aan betere collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, want onze arbeidsmarkt verdient een cao-overleg met uitsluitend onafhankelijke vakbonden.















6 Rechtsbescherming: het handhavingstekort in het arbeidsrecht

6.1 Inleiding

Het arbeidsrecht kenmerkt zich door een stelsel van regels die voor een deel gebaseerd zijn op het uitgangspunt dat door middel van regelgeving de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer gecompenseerd wordt. Deels heeft het arbeidsrecht een duidelijk privaatrechtelijk karakter gebaseerd op de contractuele verhouding tussen partijen in een arbeidsrelatie, maar voor een deel kenmerkt zich het arbeidsrecht ook door een publiekrechtelijk karakter daar waar dwingendrechtelijke regels beogen de rechtspositie van de werknemers maar ook van een goed werkende arbeidsmarkt te reguleren.

Regels krijgen pas effectieve betekenis indien de naleving daarvan ook op een goede wijze is te realiseren. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het nalevingstekort in het arbeidsrecht. Sick en Wetzels gaan in op de individuele rechtsbescherming in arbeidszaken (par. 6.2). Vervolgens gaat Van Steenberghe in op de staat van de publiekrechtelijke handhaving van het arbeidsrecht (par. 6.3). Tot slot bespreken Bij de Vaate, Van den Bor en Bouwens de mogelijkheden van de handhaving van arbeidsrechtelijke regels door de vakbonden (par. 6.4).

6.2 Rechtsbescherming in arbeidszaken

P.Th. Sick en W.J.J. Wetzels¹

6.2.1 Inleiding: rechtsbescherming in arbeidszaken

Papier is geduldig. Hoe goed de verplichtingen tussen de verschillende actoren in het arbeidsrecht in wet- en regelgeving en jurisprudentie ook zijn geregeld, de mate waarin zij daadwerkelijk in staat zijn de bescherming van hun rechten te effectueren wordt in belangrijke mate mede door andere factoren bepaald. Zonder het oogmerk te hebben daarin compleet te zijn, besteden wij in deze bijdrage aan verschillende van die factoren aandacht, en bespreken wij of er aanleiding is ons zorgen te maken over de effectieve rechtsbescherming in het arbeidsrecht. Daarvoor is het noodzakelijk dat we duidelijk maken wat we bedoelen wanneer we de term ‘rechtsbescherming’ gebruiken. Wij hebben

¹ Pauline Sick is advocaat te Amsterdam; Wim Wetzels is kantonrechter bij de rechtbank Rotterdam. Deze bijdrage is geheel op persoonlijke titel geschreven.

daarbij met name op het oog de wijze waarop de rechten van actoren in het arbeidsrecht worden beschermd doordat hun geschillen daarover op een adequate manier worden opgelost. Wij hanteren daarom in deze bijdrage als definitie van het begrip ‘rechtsbescherming’: ‘de mogelijkheid tot bescherming van vermeende of bestaande rechten door middel van een bindende, materiële beslechting van daarover bestaande geschillen, op een zorgvuldige, objectieve en effectieve wijze’, waarbij wij ons beperken tot het arbeidsrecht. We bespreken in dit verband achtereenvolgens:

- ‘het systeem’ waarbinnen de geschilbeslechting plaatsvindt (par. 6.2.2);
- de rol van de rechter bij de rechtsbescherming (par. 6.2.3);
- het teruglopend aantal procedures in arbeidszaken (par. 6.2.4);
- de kwaliteit van de rechtshulpverleners (par. 6.2.5); en
- een aantal vormen van alternatieve geschiloplossing (par. 6.2.6).

Wij sluiten onze bijdrage af met enkele aanbevelingen (par. 6.2.7).

6.2.2 ‘Het systeem’

Zoals bekend gelden arbeidszaken als zogenoemde aardzaken, hetgeen betekent dat de kantonrechter ingevolge artikel 93 onder c Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) absoluut bevoegd is kennis te nemen van alle arbeidsgeschillen, ongeacht de hoogte van het financieel belang van de zaak. Alleen voor arbeidsgeschillen van bestuurders van een besloten vennootschap (bv) of naamloze vennootschap (nv) geldt dat op grond van de artikelen 2:241 en 2:131 BW de handelskamer van de rechtbank absoluut bevoegd is. Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen met ingang van 1 juli 2021 is artikel 2:131 BW van overeenkomstige toepassing op de stichting en vereniging.² Afhankelijk van de aard van de vordering in een arbeidszaak moet de zaak door middel van een dagvaarding of een verzoekschrift aan de kantonrechter worden voorgelegd. Artikel 7:686a lid 2 BW bepaalt dat gedingen die op het in, bij of krachtens afdeling 9, titel 10 van Boek 7 BW bepaalde zijn gebaseerd, met een verzoekschrift moeten worden ingeleid, waarbij volgens lid 3 van genoemd artikel geldt dat alle daarmee verband houdende vorderingen ook bij verzoekschrift kunnen worden ingediend. Alle andere arbeidszaken moeten worden ingeleid door middel van een dagvaarding.³ Tegen de beslissing van de kantonrechter in arbeidszaken staat in beginsel over de hele linie hoger beroep open bij het gerechtshof. Voor dagvaardingszaken geldt echter dat op grond van artikel 332 Rv geen hoger beroep mogelijk is als de vordering een lager bedrag belooft dan € 1.750. Voor verzoekschriftprocedures bestaat een dergelijke beperking niet en op grond van de artikelen 358 jo. 261 Rv staat tegen alle eindbeschikkingen in arbeidszaken hoger beroep open. Artikel 7:683 BW regelt het arbeidsprocesrecht in hoger beroep en cassatie.⁴ Tegen de uitspraak van het gerechtshof in een arbeidszaak staat in beginsel cassatie open bij de Hoge Raad.

2 Zie onder meer Rb. Rotterdam 26 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11703.

3 Zie voor een uitgebreide behandeling van deze problematiek het tweeluik van J.P. Quist, ‘Dagvaarding of verzoekschrift? That’s the question’, TAP 2021/279 en TAP 2022/3.

4 Zie onder meer D.M.A. Bij de Vaate, ‘Ontslagprocesrecht: perikelen in hoger beroep’, *ArbeidsRecht* 2017/1.

6.2.3 De rol van de rechter bij de rechtsbescherming

Rechtsvorming in arbeidszaken door Hoge Raad

De rechter en in het bijzonder de Hoge Raad heeft een rechtsvormende taak.⁵ Die rechtsvormende taak sluit aan bij het doel van de cassatie in artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO): het bevorderen van de rechts-eenheid en de rechtsontwikkeling. Ten aanzien van de rechtsvormende bezigheid van de Hoge Raad op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht heeft Duk in 2002 al geconcludeerd dat die belangrijker is dan men op basis van zijn beperkte taak bij de voor dat rechtsgebied zo belangrijke gemengde (dat wil zeggen uit recht en feit opgebouwde) beslissingen zou aannemen.⁶ Zeker na de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 heeft de Hoge Raad in een aantal uitspraken duiding gegeven aan de wet, waarbij de Hoge Raad in sommige gevallen een rechtsvormende taak op zich genomen heeft, mede omdat de wetgever op belangrijke onderdelen punten heeft laten liggen. Het misschien wel duidelijkste voorbeeld is volgens ons de Kolom-beschikking.⁷ Daarin heeft de Hoge Raad beslist dat de wettelijke regeling ten aanzien van de transitievergoeding weliswaar niet voorziet in een aanspraak op een dergelijke vergoeding bij gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar dat desalniettemin de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding moet worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Daarbij valt te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De Hoge Raad creëert in deze uitspraak als het ware een buitenwettelijk recht op de transitievergoeding voor het geval sprake is van een gedwongen substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur. Dekker⁸ heeft, volgens ons terecht, geconcludeerd dat de Kolom-beschikking niet goed lijkt te passen bij andere uitspraken over de transitievergoeding, waarin nu juist is benadrukt dat de wetgever bedoeld heeft om te komen tot een eenvoudig en duidelijk systeem, waarin de voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en de regels voor de berekening daarvan nauwkeurig in de wet zijn vastgelegd. Des te opvallender is dat de Hoge Raad die lijn niet heeft willen doortrekken naar de situatie dat geen sprake is van verlies van arbeidsuren, maar verlies aan verdienvermogen, bijvoorbeeld het geval dat de werknemer als gevolg van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid zijn oorspronkelijke functie niet meer kan uitoefenen, maar wel een lager betaalde functie.⁹ Een ander voorbeeld dat volgens ons in het oog springt als het gaat om de rechtsvormende taak is de Xella-zaak,¹⁰ waarin de Hoge Raad heeft beslist dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW

5 C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012, 11, p 3 e.v.

6 R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en rechtsvorming in het arbeidsrecht', *ArA* 2002/3, p. 18.

7 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, NJ 2019/323, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

8 F.M. Dekker, 'De Hoge Raad maakt pas op de plaats', *TRA* 2020/89.

9 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749, NJ 2022/113, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

10 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

gehouden is mee te werken aan beëindiging van een slapend dienstverband, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Die uitspraak heeft nieuwe vragen opgeroepen, waarover de procureur-generaal recent heeft geconcludeerd en waarin de Hoge Raad binnenkort een beslissing zal nemen.¹¹

Voorts wijzen wij in dit verband op de uitspraak van de Hoge Raad van 7 februari 2020, waarin niet zozeer een arbeidsrechtelijke, maar veel meer een algemeen vermogensrechtelijke insteek is gekozen. In die zaak ging het om de vraag of een arbeidsovereenkomst op grond van bedrog vernietigd kon worden. De werkneemster die benoemd was tot statutair bestuurder en directeur van een zorginstelling had bij haar sollicitatie haar CV ‘opgepoetst’ en allerlei opleidingen vermeld die zij in werkelijkheid niet had gevolgd. Die omstandigheid was voor de werkgever reden haar op staande voet te ontslaan. Tevens stelde de werkgever dat er grond bestond voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrog. Dat zou voor de werkgever betekenen dat ook de loonbetaling voorafgaande aan het ontslag op staande voet ongedaan gemaakt zou moeten worden. Het gerechtshof achtte vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrog in beginsel mogelijk, maar alleen indien door het bedrog de arbeidsovereenkomst ‘vrijwel nutteloos zou zijn geworden’. Dat was in dit geval echter niet aan orde, reden waarom het hof de vernietiging afwees. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het hof en volgde daarbij advocaat-generaal De Bock, die concludeerde dat het buitengerechtelijk inroepen van de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst door de werkgever niet leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Volgens de advocaat-generaal en de Hoge Raad hoeft voor zo’n vernietiging niet de eis te worden gesteld dat de arbeidsovereenkomst ‘vrijwel nutteloos is’.

Een ander voorbeeld waarin de Hoge Raad een arbeidsrechtelijk probleem vanuit een algemeen vermogensrechtelijk oogpunt benadert, is de *Victoria*-beschikking.¹² In die beschikking heeft de Hoge Raad met zoveel woorden geoordeeld dat de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst niet voorziet in gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:671b BW en dat ook niet gebleken is dat de wetgever, die de regeling relatief kort geleden heeft herzien, in de mogelijkheid zou hebben willen voorzien. In een overweging ten overvloede heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat de partiële ontbindingsmogelijkheid wel mogelijk is, wanneer de ontbinding wordt gebaseerd op artikel 7:686 BW. De Hoge Raad heeft daaraan toegevoegd dat die ontbinding geen recht geeft op de transitievergoeding, zonder dat verder toe te lichten. De Hoge Raad ziet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:686 BW kennelijk als een op zichzelf staande mogelijkheid, los van de WWZ. Dat is volgens ons niet te rijmen met het systeem dat de WWZ-wetgever heeft willen creëren, te weten een compleet stelsel van ontslagregels met limitatief in de wet opgenomen gronden, zonder dat daarnaast een heel andere route gevolgd kan worden. Zowel de *Victoria*-beschikking als de beschikking in de hiervoor genoemde ‘bedrogzaak’ draagt naar onze mening bij aan verdere privatisering van het arbeidsrecht,

11 Concl. P-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (Ammerlaan) en concl. P-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:137 (ESD-SIC).

12 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

een ontwikkeling waarvan wij geen voorstander zijn. Terecht concludeert Boot dat die ontwikkeling de stabiliteit van het door de wetgever neergezette WWZ-gebouw niet ten goede komt.¹³

Een ander voorbeeld dat wij noemen is de *Wilco*-zaak.¹⁴ In die zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat sprake is van een zekere onevenwichtigheid in het wettelijk stelsel ten aanzien van de mogelijkheden van de appèlrechter. Indien de rechter in hoger beroep immers oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen, kan hij de arbeidsovereenkomst – en daarmee de loonaanspraak van de werknemer – met terugwerkende kracht herstellen (art. 7:683 lid 3 BW). Indien de rechter in hoger beroep daarentegen oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen, kan hij de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht beëindigen. Als in de laatste situatie loon moet worden doorbetaald, loopt de werkgever een voor de loonbetaling doorslaggevend procesrisico dat de werknemer in de spiegelbeeldige situatie niet loopt. Daarvoor lijkt geen behoorlijke rechtvaardiging te bestaan. De Hoge Raad heeft er in die zaak tevens op gewezen dat de voor 1 juli 2015 geldende regeling van ontslag op staande voet nagenoeg ongewijzigd is overgenomen in de nieuwe wet, terwijl de parlementaire geschiedenis van de WWZ geen aanwijzingen bevat dat bij de invulling of toepassing van de vereisten voor en de gevolgen van een ontslag op staande voet materiële wijzigingen zijn beoogd ten opzichte van het voordien geldende arbeidsrecht. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in deze zaak geoordeeld dat de werknemer geen recht heeft op loon, ondanks het feit dat de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigd had, maar het hof tot de conclusie was gekomen dat het ontslag op staande voet wel terecht was gegeven. De Hoge Raad heeft daarbij tevens geoordeeld dat het niet verrichten van de werkzaamheden voor rekening en risico van de werknemer komt. Hoewel de appèlrechter volgens de wetsgeschiedenis niet de mogelijkheid heeft om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te beëindigen, heeft de Hoge Raad deze mogelijkheid als het ware materieel gecreëerd.

Zoals hiervoor ook al vermeld is het de taak van de Hoge Raad om de leemtes op te vullen die de wetgever heeft laten ontstaan, maar wij doen een beroep op de Hoge Raad daarbij uit te gaan van de specifieke beschermingsgedachte van het arbeidsrecht. Wij ondersteunen de hartenkreet van Houweling en Loonstra,¹⁵ die zich afvroegen of er überhaupt nog van een stelsel gesproken kan worden, als de inconsistenties in *Victoria* over wel en niet gedeeltelijk ontbinden of de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging van de overeenkomst als alternatief voor ontslag op staande voet probleemloos geaccepteerd worden.

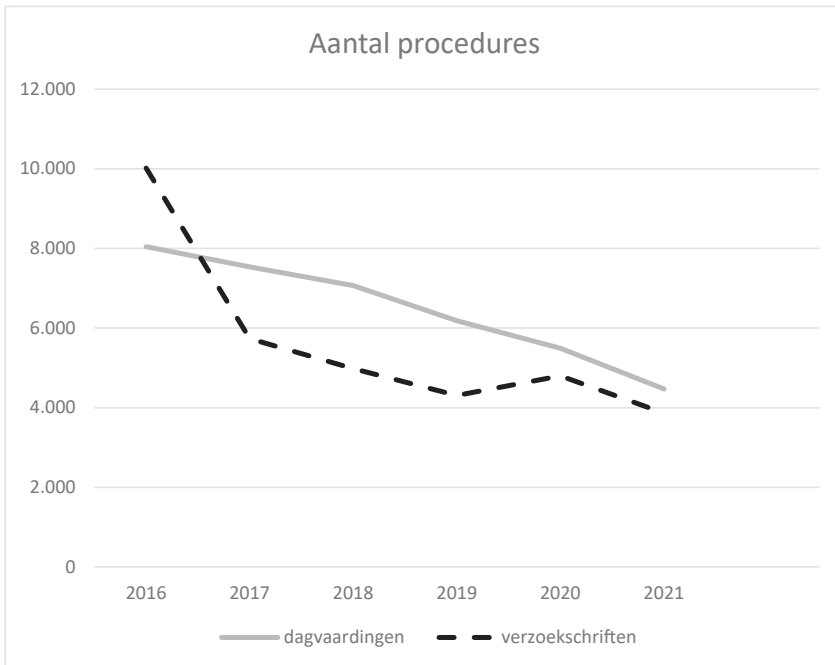
13 G.C. Boot, 'Privatisering van het arbeidsrecht', TRA 2020/89.

14 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209, NJ 2019/54, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

15 A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: het is wat het is, en zo is het', in: *Liber Amicorum prof. mr. L.G. Verburg* (Onderneming en recht nr. 124), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

6.2.4 Het aantal procedures op arbeidsrechtelijk gebied

Sinds de invoering van de WWZ is het aantal procedures op arbeidsrechtelijk gebied significant gedaald. Onderstaande grafiek, gebaseerd op cijfers afkomstig van de Raad voor de rechtspraak is in onze ogen veelzeggend:



Bij deze cijfers moet bedacht worden dat die enigszins een vertekend beeld geven, aangezien na de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 tot en met eind 2016 binnen de rechtspraak in verband met werkdrukaspecten procedures meerdere keren geteld werden als er meerdere verzoeken, bijvoorbeeld ook een provisioneel verzoek ex artikel 223 Rv, gedaan werden door de werknemer en bijvoorbeeld ook tegenverzoeken gedaan werden door de werkgever. Vanaf 1 januari 2017 wordt iedere procedure slechts eenmaal geregistreerd, ongeacht het aantal verzoeken c.q. tegenverzoeken.

Zelfs als met die vertekening rekening wordt gehouden, is sprake van een enorme daling. Wij hebben daarvoor geen eenduidige verklaring. Weliswaar heeft de wetgever met de invoering van de WWZ beoogd het ontslagrecht eenvoudiger te maken,¹⁶ maar naar onze mening is die doelstelling niet gerealiseerd, zeker niet gezien de hiervoor in paragraaf 3.1 genoemde uitspraken van de Hoge Raad. De vermeende vereenvoudiging kan volgens ons dus geen verklaring vormen voor de forse daling van het aantal procedures. Een ander doel van de wetgever was om het ontslagrecht eerlijker en minder kostbaar te maken. Dat zou mogelijk

¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

wel een verklaring kunnen zijn voor het lagere aantal procedures, omdat in de rechtspraak zo langzamerhand wel is uitgekristalliseerd dat de lat voor de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever betrekkelijk hoog ligt en de werknemer in een ontbindingsprocedure niet zo snel recht heeft op een billijke vergoeding. Dat leidt ertoe dat partijen wellicht sneller geneigd zijn om een geschil over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te regelen in die zin dat de werkgever aan de werknemer de transitievergoeding aanbiedt, eventueel met een plus(je) om de werknemer te bewegen akkoord te gaan met een vaststellingsovereenkomst. Ook de omstandigheid dat procederen nu eenmaal (veel) geld kost, zal voor veel partijen ongetwijfeld reden vormen om te trachten het geschil in onderling overleg tot een oplossing te brengen. Ten slotte zullen ook arbeidsmarktfactoren een belangrijke invloed hebben op het aantal procedures. Naarmate de arbeidsmarkt krapper wordt en de kansen op ander werk voor de werknemer groter zijn, zal de werknemer immers sneller geneigd zijn om in te stemmen met een regeling en zal het minder snel tot een procedure komen. Wat ons betreft hoeft de forse daling van het aantal procedures niet problematisch te zijn als partijen op goede gronden besluiten om het arbeidsgeschil onderling te regelen. De daling is daarentegen wel zorgwekkend als de vermindering van het aantal procedures wordt ingegeven door het feit dat procederen te duur en te ingewikkeld is. Bij die financiële aspecten staan wij hierna nog verder stil.

Beperkingen aan de omvang van processtukken in hoger beroep

Per 1 april 2021 zijn in de Landelijk procesreglementen zoals die gelden voor het procederen in hoger beroep regels opgenomen, die (kort gezegd) de omvang van processtukken in hoger beroep begrenzen tot een maximumaantal pagina's. Deze regels hebben geleid tot een vonnis in een kort geding, dat was aangespannen door 62 advocaten. In het kortgedingvonnis heeft de voorzieningenrechter prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.¹⁷ In afwachting van het antwoord daarop van de Hoge Raad heeft de voorzieningenrechter besloten dat de nieuwe regels niet hoeven te worden opgeschort. Op het moment van het afronden van deze bijdrage heeft de Hoge Raad de prejudiciële vragen nog niet beantwoord. Wel heeft procureur-generaal De Bock een lijvige conclusie (die overigens ruimschoots langer is dan het door de hoven voorgeschreven maximum) opgeleverd.¹⁸ De kern daarvan is dat de beperkingen die de hoven aan de processtukken stellen, volgens de procureur-generaal toelaatbaar zijn, omdat zij gebaseerd kunnen worden op de eisen van een behoorlijke rechtspleging. De regels zijn niet in strijd met artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), waarin het recht op toegang tot de rechter is verankerd, of met het beginsel van hoor en wederhoor. De procesreglementen mogen volgens de procureur-generaal echter niet bepalen dat een processtuk dat te lang is, in zijn geheel wordt geweigerd. Een dergelijke weigering leidt namelijk tot niet-ontvankelijkheid, en voor zo'n ingrijpende sanctie is een wettelijke grondslag vereist, die ontbreekt.

17 Rb. Den Haag (vzr.) 11 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5927.

18 Concl. P-G 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1228.

Over deze nieuwe regels is vooral bij advocaten veel beroering ontstaan. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft blijkens diverse berichten op haar website¹⁹ laten weten fundamentele juridische bezwaren tegen de maatregelen te hebben. De tegenstanders maken zich onder andere zorgen over de effecten van de beperkingen aan de omvang van processtukken op een effectieve procesvoering. Men acht de regels in strijd met het recht op toegang tot de rechter en de goede procesorde, en mogelijk met het maatschappelijk belang van een behoorlijke waarheidsvinding.²⁰ Men vreest, met andere woorden, een negatief effect van de regels op de zorgvuldige, objectieve en effectieve wijze van geschilbeslechting uit onze definitie van rechtsbescherming.

Of die vrees terecht is, zal de praktijk moeten leren. In haar conclusie bespreekt de procureur-generaal de ervaringen die inmiddels zijn opgedaan met de maximalisering van de omvang van processtukken in hoger beroep. Blijkens de conclusie is die bespreking beperkt tot de ervaringen van de hoven.²¹ Het is dan ook niet erg verrassend dat volgens de hoven het maximumaantal pagina's 'in veruit de meeste gevallen [lijkt] te volstaan'. De hoven baseren zich daarbij op het aantal verzoeken dat hen bereikt om een langer processtuk in te mogen dienen, dat zij als beperkt aanduiden. Daaruit kan volgens de procureur-generaal worden geconcludeerd dat

'in 95% van de gevallen genoeg wordt genomen met het indienen van een processtuk met een maximale lengte van het voorgeschreven aantal pagina's. Het overgrote deel van de advocaten vindt het kennelijk niet nodig om een langer processtuk in te dienen. Kennelijk gaat er een normerende werking uit van het aantal van 25 pagina's.'

De vraag is of inderdaad de conclusie gerechtvaardigd is dat in de meeste gevallen 'kan worden volstaan' met een processtuk dat verplicht in omvang is beperkt. Met het oog op welk doel 'kan worden volstaan'? Wordt daarmee de *zorgvuldigheid* waarmee geschillen worden beslecht, evenzeer gediend als de *efficiency* waarmee dat gebeurt? Ons zijn (nog) geen onderzoeken bekend waarin die vraag wordt beantwoord.

Volgens de procureur-generaal is geen sprake van schending van het recht op hoor en wederhoor, omdat partijen de mogelijkheid hebben om te verzoeken om toestemming tot het indienen van een langer processtuk.²² Die onderbouwing lijkt ons wel wat mager. De primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen van zijn rechten op hoor en wederhoor wordt op die manier bij de rechtzoekende gelegd. Dat lijkt ons ten onrechte. Het recht op hoor en wederhoor is fundamenteel voor een behoorlijke rechtsbescherming. Dat fundamentele recht moet – als primair uitgangspunt – niet door de rechtzoekende zelf, maar door het systeem (de wet, de rechter) worden gewaarborgd en gefaciliteerd. Beperkingen daarop

19 Zie www.advocatenorde.nl.

20 Rb. Den Haag (vzr.) 11 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5927, r.o. 4.2.

21 Zie concl. P-G 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1228, par. 3.

22 Zie concl. P-G 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1228, par. 6.

behoeven naar onze opvatting, en anders dan volgens de procureur-generaal, op zijn minst een wettelijke basis (zie ook art. 19 Rv, eerste volzin).²³

Daar komt nog een andere overweging bij. Zoals hiervoor al bleek is de instroom van arbeidsrechtelijke procedures in eerste aanleg de afgelopen jaren sterk teruggelopen. Als afgeleide daarvan zal hetzelfde gelden voor zaken waarin hoger beroep wordt ingesteld. Ook onze eigen praktijkervaring is dat hogerberoepzaken in arbeidsgeschillen meer en meer worden beperkt tot de echt ingewikkelde gevallen. Juist omdat die instroom afneemt, en omdat het vaak gaat om ‘moeilijke’ zaken, zou wat ons betreft de nodige terughoudendheid moeten worden betracht met het stellen van beperkende eisen aan de omvang van processtukken in hoger beroep. Anderzijds geldt dat wij als raadsheer-plaatsvervanger de ervaring hebben dat partijen in de processtukken in hoger beroep vaak een-op-een de inhoud van de processtukken in eerste aanleg overnemen. Dat dient wat ons betreft geen redelijk doel, want uiteraard neemt het hof ook kennis van de inhoud van die processtukken, ongeacht de vraag of die inhoud is opgenomen in de processtukken in hoger beroep.

Financiële belemmeringen voor de toegang tot de rechter

In de afgelopen jaren is veel te doen geweest over de gefinancierde rechtshulp. Nadat de afgelopen jaren adviezen uit het veld om aanzienlijk meer geld uit te trekken voor de gefinancierde rechtshulp, door de politiek verantwoordelijkheden steevast werden afgewezen, heeft ook hier de toeslagenaffaire zijn effect niet gemist. Het kabinet-Rutte IV dat op 10 januari 2022 is aangetreden, heeft alsnog besloten om de komende jaren in totaal € 550 miljoen extra te reserveren voor de gefinancierde rechtsbijstand.²⁴ In de troonrede werd in dit verband zelfs expliciet verwezen naar het belang van rechtszekerheid en de sociale advocatuur.

Dat is natuurlijk mooi, maar daarmee zijn lang niet alle financiële belemmeringen die aan een goede rechtsbescherming in de weg kunnen staan, weggenomen. Slechts een klein deel van de rechtzoekenden komt immers in aanmerking voor gefinancierde rechtshulp. Ook voor de overige rechtzoekenden kunnen de kosten van een gerechtelijke procedure afschrikwekkend zijn en een reden zijn om er maar van af te zien. Het is niet ondenkbaar dat de teruggelopen instroom van arbeidsrechtelijke procedures mede wordt veroorzaakt door de toegenomen complexiteit van arbeidsrechtelijke geschillen en daaruit voortvloeiende opgelopen kosten van een gerechtelijke procedure. Wat ons betreft is dat een meer voor de hand liggende verklaring dan de veronderstelling dat de belofte die de wetgever deed bij de invoering in 2015 van de WWZ is inge-

23 Art. 19 Rv luidt: ‘De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. Bij zijn beslissing baseert de rechter zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.’

24 Met het extra geld komt het kabinet tegemoet aan de motie-Klaver/Ploumen van eind april 2021, die met een overweldigende Kamermeerderheid werd aangenomen. In die motie, een direct gevolg van de toeslagenaffaire, kreeg de regering de opdracht de sociale advocatuur te ondersteunen in de geest van de commissie-Van der Meer.

lost. Die belofte was dat de WWZ (in elk geval) het ontslagstelsel (naast sneller en eerlijker) eenvoudiger en goedkoper zou maken. Dat gebeurde echter niet. Niet voor niets zag de regering al in 2017 in de ervaringen met de WWZ in de rechtspraak²⁵ aanleiding voor aanpassingen, zoals de invoering van de i-grond, die overigens in de praktijk nauwelijks door rechters wordt gehonoreerd. Uit rechtspraakonderzoek in de periode 2015-2018 bleek bovendien dat meer dan een derde van de ontbindingsverzoeken werd afgewezen.²⁶ Ongetwijfeld zal van die ervaringen een filterende werking zijn uitgegaan (in die zin dat partijen er vaker voor zullen kiezen een minnelijke schikking te bereiken). Maar of dat betekent dat hun *rechtsbescherming* (in de zin zoals wij dat begrip in deze bijdrage hanteren) daarmee is gebaat, valt te betwijfelen. Veeleer betekent het dat een toenemend beroep wordt gedaan op hun onderhandelingsvaardigheden en zelfredzaamheid.

Dat werpt de vraag op naar de kwaliteit van de rechtshulpverlening. In hoeverre is die een belemmerende factor voor een effectieve rechtsbescherming?

6.2.5 De rol van de rechtshulpverlener

Als onze veronderstelling, gebaseerd op onze praktijkervaring, juist is, dat sprake is van een toenemende complexiteit van arbeidsrechtelijke geschillen die de rechter (nog) bereiken, dan wordt eens te meer de kwaliteit van de rechtshulpverlener een factor van belang voor een effectieve rechtsbescherming. Al jaren wordt op allerlei manieren hard gewerkt aan het vergroten van de kwaliteit van de rechtshulpverlening. Dat varieert van de deskundigheidseisen die de Raad voor de Rechtsbijstand in de inschrijvingsvoorwaarden stelt tot het verplichte aantal opleidingspunten dat advocaten op grond van de op hen van toepassing zijnde regels moeten behalen en de verplicht voorgeschreven registratie van het rechtsgebied waarop zij werkzaam zijn. Zijn die inspanningen voldoende? Wij wagen ons niet aan een beoordeling daarvan. Wel hebben we recent twee voorbeelden gezien van arbeidsrechtelijke uitspraken waarin de rechter aanleiding zag zich kritisch uit te spreken over de kwaliteit van de rechtshulpverlener. De kantonrechter in Haarlem kraakte een aantal zeer kritische noten over de processtukken van de eisende partij waarvan nauwelijks chocola kon worden gemaakt, en verzuchtte vervolgens:

25 Rapport Evaluatie Ontslaggronden Wwz, UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016, p. 13-14; aan de Tweede Kamer gezonden als bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34351, nr. 18. Verder: A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, VAAN-VvA WWZ-evaluatieonderzoek 2016, Den Haag: Boom juridisch 2016.

26 A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar Wwz-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', TAP 2016/264; J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulp, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz', Amsterdam: HSI 2017; A.R. Houweling, P. Kruit & I.H. Kersten, 'Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018 - Van een vast "muizengaatje" naar een nog vaster "konijnenhol"', TAP 2018/266; P. Kruit & I.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *Arbeidsrecht* 2020/16. Zie ook: P. Kruit, 'There are three kinds of lies: lies, damned lies, and statistics', *Arbeidsrecht* 2021/21.

‘De goedwillende lezer geraakt hier in een “film noir” waaruit ontsnapping slechts mogelijk is door diep te zuchten en het stuk enige tijd weg te leggen. Wie mocht menen dat het voorgaande overdreven is en/of quasi-grappig bedoeld: geen van beide is het geval. Goede rechtspraak bedrijven kan niet zonder behoorlijke stukken. Gedingsstukken dienen zo kort en beknopt mogelijk te zijn, dus zonder eindeloze omzwervingen en herhalingen, alles op straffe van afnemende helderheid en onnodig tijdverlies voor de rechterlijke macht.’²⁷

Een ander voorbeeld is een uitspraak van de Rotterdamse kantonrechter, die blijkens de uitspraak nauwelijks wijs kon worden uit het petitum in het verzoekschrift en dat niet onder stoelen of banken stak en vervolgens concludeerde dat het de gemachtigde van de werknemer zou sieren als hij de proceskosten voor zijn rekening zou nemen waarin de werknemer veroordeeld werd omdat zijn verzoeken afgewezen werden.²⁸ De werknemer heeft tegen die uitspraak hoger beroep aangetekend en daarin heeft gerechtshof Den Haag op 22 maart 2022 een tussenbeslissing gegeven.²⁹ Uit die uitspraak blijkt dat de formulering van het petitum van het beroepschrift niet lijkt aan te sluiten bij artikel 7:683 BW. Het hof heeft de stellingen van de werknemer zeer welwillend gelezen en een tussenbeslissing gegeven waarin de werkgever de gelegenheid is geboden zich nader uit te laten over een aantal specifieke vraagpunten.

Uit deze incidentele uitspraken kan naar onze mening geen algemene conclusie worden ontleend over de kwaliteit van de rechtshulpverlening. Desalniettemin is blijvende aandacht voor opleiding en specialisatie van advocaten in het arbeidsrecht en strak toezicht op de naleving van de in dat kader gestelde eisen wat ons betreft essentieel voor een adequate rechtsbescherming. Dat geldt temeer voor andere rechtshulpverleners in het arbeidsrecht, aangezien voor hen vaak geen opleidingseisen gelden.

6.2.6 Alternatieve vormen van geschiloplossing

Mediation

In de afgelopen decennia is steeds meer ruimte gekomen voor alternatieve vormen van geschiloplossing. De zorgwekkende toename van de doorlooptijden van gerechtelijke procedures is een van de belangrijkste aanjagers van deze ontwikkeling. Een recent onderzoek onder advocaten door het *Advocatenblad* geeft een zorgwekkend beeld van de trage afhandeling van gerechtelijke procedures en de ernstige gevolgen daarvan voor de rechtzoekenden.³⁰ Het is begrijpelijk dat naar andere wegen van geschiloplossing wordt gezocht, waarvan het verloop door partijen meer kan worden beïnvloed, die veel sneller zicht geven op een definitieve afwikkeling, en waarin ook ruimte is voor aspecten van het geschil buiten de zuiver juridische. Vooral mediation heeft in de laatste decennia een grote vlucht genomen en is, zeker in het arbeidsrecht, een vertrouwde bekende geworden. Wij vertrouwen de lezer met de voordelen van mediation

27 Rb. Noord-Holland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8408, r.o. 5.2 en 5.3.

28 Rb. Rotterdam 9 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3378.

29 Hof Den Haag 22 maart 2022, zaaknr. 200.297.095/01, niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

30 *Advocatenblad* 2022, nr. 102, p. 11 e.v.

bekend. Nadelen zijn er natuurlijk ook. Mediation kan soms ervaren worden als een verplichte rituele dans en/of (slechts) als middel dat wordt ingezet om te komen tot een voldragen ontslaggrond. Een bevredigend verloop van de mediation wordt in belangrijke mate bepaald door de kwaliteit van de mediator (dat is de kracht, maar tegelijkertijd de zwakte van mediation). En mediation is ook niet de logische keuze als een principiële uitspraak over een juridisch geschilpunt verlangd wordt. Toch kan mediation in belangrijke mate bijdragen aan een effectieve rechtsbescherming als in deze bijdrage bedoeld. Een goed verlopen mediation leidt immers tot 'een bindende, materiële beslechting van (...) bestaande geschillen, op een zorgvuldige, objectieve en effectieve wijze'.

Arbitrage

Arbitrage is in het arbeidsrecht wat minder bekend. Arbitrage is geregeld in artikel 4:1020 e.v. BW (de wet is herzien in 2015). Arbitrage is particuliere rechtspraak door particuliere rechters, op basis van een daartoe schriftelijk gemaakte contractsafpraak. Arbitrage heeft ten opzichte van een procedure bij de rechter een aantal voordelen, waaronder bekendheid vooraf met de persoon van de arbiters die over het geschil oordelen, arbiters die over specifieke deskundigheid beschikken, een snelle afwikkeling van de zaak en vooral ook anonimiteit. De zitting met arbiters is, anders dan bij de overheidsrechtspraak, in beginsel besloten en bovendien worden de arbitrage-uitspraken in beginsel niet gepubliceerd. Een nadeel van arbitrage is dat de kosten vaak veel hoger zijn dan bij reguliere rechtspraak. Dat is vermoedelijk de belangrijkste reden dat arbitrage zich niet mag verheugen in heel grote populariteit bij arbeidsgeschillen. Ook bindend advies wordt niet vaak ingezet bij arbeidsgeschillen. De hiervoor genoemde voordelen deelt het bindend advies met arbitrage. Een voordeel van arbitrage boven een bindend advies is dat naleving van bindend advies via de overheidsrechter moet worden afgedwongen in een vervolprocedure, terwijl bij arbitrage een verzoek aan de voorzieningenrechter om een arbitraal vonnis ten uitvoer te mogen leggen volstaat.

Net als arbitrage is de procedure van artikel 96 Rv een relatieve onbekende in het arbeidsrecht. Ten onrechte, menen wij. In het verleden heeft een van ons al vaker 'reclame' gemaakt voor deze wijze van geschilbeslechting in arbeidzaken,³¹ maar helaas heeft die 'campagne' weinig succes gehad. Als voordelen van de procedure ex artikel 96 Rv geldt dat partijen bij de meeste gerechten een kantonrechter op naam kunnen aanzoeken, partijen kunnen maximale invloed uitoefenen op het verloop van de procedure (bijvoorbeeld een of twee keer schriftelijke uitwisseling van standpunten, wel of niet een mondelinge behandeling), de doorlooptijd is vaak veel korter dan in een reguliere procedure,³² de kosten zijn lager (geen exploitkosten en vaak geldt het laagste

31 Zie onder meer W.J.J. Wetzels, 'Arbitrage voor fl. 160,- per zaak', *Praktisch Procederen* 1998/0, p. 13 e.v.; W.J.J. Wetzels, 'Omgekeerde prorogatie', *Praktisch Procederen* 2005/5, p. 143 e.v.; W.J.J. Wetzels, 'Dagvaarden in het arbeidsrecht', in: C.J. Frikke e.a., *Arbeidsprocesrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 37; W.J.J. Wetzels, 'Nieuw leven voor de procedure ex artikel 96 Rv in de pilot van de Rotterdamse Regelrechter', *TAP* 2019/60.

32 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BR4705, waarin een geschil over een concurrentiebeding werd afgerond in circa 2,5 maand met twee keer schriftelijke uitwisseling van standpunten van partijen en een mondelinge behandeling.

griffierecht) en partijen kunnen afspraken maken over de vraag of al dan niet appèl openstaat tegen de uitspraak van de kantonrechter. Het grootste nadeel van de procedure ex artikel 96 Rv is dat beide partijen moeten instemmen met deze wijze van afdoening van de zaak. Weliswaar is met ingang van 1 september 2017 een tweede lid aan artikel 96 Rv toegevoegd dat het mogelijk maakt dat één partij zich op basis van die bepaling tot de kantonrechter wendt, maar dan is het de taak van de kantonrechter om te onderzoeken of de andere partij bereid is mee te werken aan de artikel 96 Rv-procedure. Blijkt die partij daartoe niet bereid, dan eindigt de weg van artikel 96 Rv en zal de verzoeker/eiser alsnog moeten besluiten of hij een reguliere procedure aanhangig wil maken.³³

6.2.7 Aanbevelingen

Vorenstaande overdenkingen brengen ons tot de volgende aanbevelingen:

- Benoem in de Hoge Raad een raadsheer met bijzondere kennis van en affiniteit met het arbeidsrecht.
- Rechters zouden beperkingen aan de omvang van processtukken niet zonder wettelijke basis moeten willen afdwingen.
- Het ‘eigen beursje’ voor wanpresterende rechtshulpverleners verdient een herinroductie (door een uitbreiding van art. 245 Rv).
- De procedure ex artikel 96 Rv moet en kan in arbeidszaken vaker van stal worden gehaald.
- De Orde van Advocaten moet strikter toezicht houden op de kwaliteit van de rechtshulpverlening, met name in arbeidszaken.
- Nagedacht moet worden over een laagdrempelige procedure, zonder veel kosten, om arbeidszaken aan een speciaal daarvoor aangestelde rechter voor te leggen.

6.3 Staat van publiekrechtelijke handhaving

R. van Steenberghe³⁴

6.3.1 Inleiding

De afgelopen jaren is veel gesproken over noodzakelijke veranderingen in het arbeidsrecht. Ook instanties belast met de publiekrechtelijke handhaving en hun ketenpartners³⁵ hebben erop aangedrongen om niet alleen in het arbeidsrecht, maar ook in het bestuurs- en strafrecht wijzigingen door te voeren om maatschappelijk ongewenst geachte ontwikkelingen en verdienmodellen tegen te kunnen gaan. Daarbij gaat het ook, en niet in de laatste plaats, om wijzigingen in beleid en werkwijze van de publiekrechtelijke handhavers.

33 Zie over de procedure ex art. 96 Rv in arbeidsgeschillen tevens R.C. Hartendorp, ‘Naar een de-escalerend procesrecht: de mogelijkheden van 96 Rv voor het arbeidsrecht. Goed werkgever- en werknemerschap en de wijze van procederen’, *ArbeidsRecht* 2013/13.

34 Rik van Steenberghe is beleidsmedewerker bij de FNV.

35 Onder ketenpartner wordt in deze bijdrage verstaan: een andere organisatie waarmee de eigen activiteiten (kunnen) worden afgestemd omdat die organisatie eerder of later een rol speelt in het traject rond dezelfde (rechts)personen.

In deze bijdrage wordt eerst de voor publiekrechtelijke handhaving ontstane problematiek geschetst (par. 6.3.2). Dan volgt een overzicht van de knelpunten in de handhaving (par. 6.3.3). Vervolgens worden mogelijke oplossingsrichtingen voor het geschetste handhavingstekort genoemd en de aandachtspunten daarbij (par. 6.3.4). Tot slot volgt een aantal aanbevelingen (par. 6.3.5).

6.3.2 Problematiek

De commissie-Borstlap concludeerde in haar rapport *In wat voor land willen wij werken?* dat de publiekrechtelijke regels lastiger te handhaven zijn vanwege de ruime keuzemogelijkheden in contractvormen in Nederland.³⁶ Daarbij gaat het onder meer om de Wet op het minimumloon (Wml), de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers uit de Europese Unie. De naleving van deze wetten wordt gecontroleerd en gehandhaafd door de Nederlandse Arbeidsinspectie (de nieuwe naam voor de Inspectie SZW sinds 1 januari 2022, hierna: Arbeidsinspectie), maar ook werknemers en hun vertegenwoordigers hebben hierbij een taak. Door onder meer onduidelijkheid rondom de afbakening van werknemers en zelfstandigen en het gebruik van driehoeksrelaties is voor de toepassing van sommige arbeidswetten soms niet duidelijk welke wettelijke regels en/of collectieve afspraken van toepassing zijn.

Deze publiekrechtelijke regels moeten zorgen voor een bodem in de arbeidsmarkt en met name juist de meest kwetsbare werkenden beschermen. Dit is een groep die de komende tijd eerder toe- dan afneemt vanwege de toenemende neerwaartse druk op prijzen en daarmee op lonen in bepaalde (arbeidsintensieve) sectoren en het, vanwege het vrij verkeer van werknemers en diensten, ruime internationale aanbod van arbeidskrachten aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Waar het gaat om het beroepsgoederenvervoer berust het toezicht bij de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT).

In een rapportage aan de Tweede Kamer³⁷ merkt de Arbeidsinspectie op dat er een voortdurende zoektocht is naar het goedkoper maken van de productiefactor arbeid. Bedrijven hebben veel mogelijkheden om arbeidskosten te reduceren en dat doen zij ook. Variërend van verplichte huur van kleine leefruimtes en zwartwerken tot arbeidsuitbuiting, detachering binnen de Europese Economische Ruimte (EER) en gefingeerde situaties waardoor werknemers stagiairs of zelfstandigen lijken. Internationale concurrentie leidt tot druk op prijzen en lonen. Dit is een van de mechanismen die kunnen leiden tot oneerlijk werk.³⁸ Internationalisering

36 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (Eindrapport Commissie Regulering van Werk), Den Haag 2020, p. 43-44.

37 Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1080.

38 Inspectie SZW, 'Staat van eerlijk werk 2019. Risico's aan de onderkant van de arbeidsmarkt', p. 4 onderscheidt de volgende ontwikkelingen: I Mondiale sociaaleconomische ontwikkelingen:

1. Toenemende internationale concurrentie leidt in bepaalde sectoren tot een neerwaartse druk op prijzen en daarmee op lonen.

zorgt er immers voor dat de prijs van steeds meer producten en diensten op de Europese of wereldmarkt wordt bepaald. In sectoren waar (internationale) concurrentie een grote rol speelt, kunnen lagere loonkosten het verschil betekenen tussen voortbestaan of ondergaan van bedrijven. Hierbij moet echter niet uit het oog verloren worden dat lage loonkosten ook gepaard kunnen gaan met hoge winsten. Dan gaat het niet om het voortbestaan van het bedrijf, maar om een verdienmodel dat voor een belangrijk deel op lage loonkosten is gebaseerd. Beide oogmerken leiden tot een voortdurende zoektocht naar het goedkoper maken van arbeid, vooral in sectoren waar de factor arbeid een groot aandeel heeft in de totale bedrijfskosten. Ruim 10% van alle werkenden (werknemers en zzp'ers) hebben een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt. Dit zijn mensen met een laag loon en een flexibel contract en laagbetaalde (schijn)zelfstandigen. Juist bij deze groep is sprake van een cumulatie van arbeids- en bestaanszekerheidsrisico's. Zij hebben vaker te maken met oneerlijk werk en uitbuiting, staan vaker bloot aan fysieke belasting en gevaarlijke stoffen én kennen een verhoogde instroom in een werkloosheids-, bijstands- of arbeidsongeschiktheidsuitkering.

De Arbeidsinspectie komt bij inspecties verschillende typen constructies tegen die bedrijven gebruiken om hun arbeidskosten te reduceren. Deze werkwijzen – kort weergegeven³⁹ in onderstaande tabel, inclusief indicatieve kostenvoordelen⁴⁰ – komen in de praktijk ook in combinatie voor, waardoor kostenvoordelen aanzienlijk kunnen zijn.

2. Het vrij verkeer van diensten en personen draagt bij aan een ruim internationaal aanbod van goedkope arbeid.

3. Digitalisering en een groeiende vraag naar gemaksdiensten zorgen voor een groei van de platformeconomie met risico's voor de bescherming van werknemers. II De regulering en werking van de Nederlandse arbeidsmarkt: 4. Veelvormigheid van toegestane arbeidsrelaties draagt bij aan mogelijkheden van onderbetaling en schijnconstructies. 5. Het stimuleren van ondernemerschap en de mogelijkheid van turboliquidaties scheppen de gelegenheid voor vluchtig ondernemerschap. 6. Het sociale zekerheidsstelsel en de geringe ervaren pakkans creëren ruimte voor zwartwerk en uitkeringsfraude. III Kwetsbare arbeidskrachten en het risico op arbeidsuitbuiting: 7. De aanwezigheid van kwetsbare groepen maakt uitbuiting, ernstige benadeling en crimineel werkgeverschap mogelijk.

39 De werkwijzen worden nader toegelicht in Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1080, p. 3-5.

40 Dit kostenvoordeel is steeds gebaseerd op bij inspecties geconstateerde situaties en geschat als voordeel ten opzichte van het bedrag dat de werkgever anders had moeten betalen. Voor de vergelijkbaarheid is het steeds uitgedrukt als besparing ten opzichte van de totale werkgeverslasten bij WML-loon. Een werkwijze kan ook besparen ten opzichte van cao-loon, maar voor de vergelijkbaarheid is WML-loon de basis.

Nr	Werkwijze	Indicatief kostenvoordeel
1	Verlagen drempels voor buitenlands arbeidsaanbod door huisvesting aan werknemers te bieden: uitzendbureaus/werkgevers genereren zo veel mogelijk inkomsten via verplichte huur van beperkte leefruimte in een pand of woning op een vakantiepark.	10-25%
2	Zwartwerken: werkgevers hebben werkenden, die soms wel en soms geen uitkering hebben, in dienst zonder dit op papier te hebben en betalen hun loon zwart uit.	15-40%
3	Detachering vanuit een EER-land naar Nederland. Werkgevers hebben een A1-verklaring voor hun werknemers, waardoor zij de lagere sociale premies van dat EER-land betalen.	10-40%
4	Verschijningsvormen van het reduceren van verzuimkosten (ziekte, arbeidsongeschiktheid) en ziektekosten.	5-15%
5	Werkgevers betalen de (meer) gewerkte uren niet uit.	25-50%
6	24-uurs zorg: niet alle gewerkte uren worden uitbetaald.	20-60%
7	Verkapte vormen van 'stukloon' waarbij niet de feitelijk gewerkte uren worden uitbetaald.	25-40%
8	Loon giraal betalen, maar deels contant moeten terugbetalen of doorstorten, of geld wordt op rekening gestort die niet van werknemer is.	10-40%
9	Werkgevers en bemiddelaars figneren werkervarings- of stageplaatsen, terwijl feitelijk regulier werk wordt verricht.	40-75%
10	Schijnzelfstandigheid: werkgevers laten zzp'ers werk verrichten, terwijl feitelijk sprake is van een werkgever-werknemerrelatie.	15-30%
11	Schijnvennoten die als zelfstandig ondernemer lijken te werken terwijl feitelijk sprake is van werknemerschap.	10-50%
12	Werkgevers houden uitzendkrachten in de goedkopere eerste fase van hun uitzendcontract	15-20%
13	Arbeidsuitbuiting zoals bedoeld in artikel 273f Wetboek van Strafrecht (Sr): werkgevers maken inbreuk op de persoonlijke vrijheid van werkenden met het doel hen uit te buiten.	50-100%

Arbeidsuitbuiting en ernstige benadeling zijn een *dark number* vanwege het heimelijke karakter. Dit bemoeilijkt de detectie en aanpak. Schattingen van arbeidsuitbuiting lopen uiteen van enkele honderden tot circa 21.000 gevallen.⁴¹ De Algemene Rekenkamer hanteert een actualisatie van 2.000 tot 21.000 gevallen.⁴²

Het gaat hier om arbeidssituaties waar de ene persoon een ander dwingt om arbeid te verrichten met het doel die ander uit te buiten en om situaties met allerlei vormen van slecht werkgeverschap waarbij de werknemers veel te weinig betaald krijgen, veel te lange werkdagen moeten maken en/of illegale arbeid verrichten en arbeidsomstandigheden zeer onveilig of ongezond zijn. Arbeidsmigranten zijn een extra kwetsbare groep. Hun aantal op de Nederlandse arbeidsmarkt is niet onaanzienlijk.⁴³ De huidige krapte op de arbeidsmarkt zet de werkgevers en hun organisaties er niet toe aan om werknemers in Nederland te werven door betere arbeidsvoorwaarden te bieden, maar door in te zetten op

41 Inspectie SZW, *Staat van eerlijk werk 2017. Loon naar werken?*, p. 8.

42 Algemene Rekenkamer, *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen*, 2021, p. 35.

43 In 2017 werden volgens het CBS ruim 838.000 banen vervuld door buitenlandse werknemers. Bron: CBS, www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/14/bijna-180-duizend-banen-vervuld-door-polen. In Inspectie SZW, *Rapport arbeidsmigranten*, 2021, p. 13 wordt een uitsplitsing gemaakt per sector.

nog meer goedkope arbeidsmigranten.⁴⁴ De huidige inspecteur-generaal van de Arbeidsinspectie is hierover buitengewoon kritisch:

‘De maatschappelijke opgaves en kosten verbonden aan migratie komen niet tot uitdrukking in de kosten/baten-afweging van uitzendbureaus/werkgevers. Daarmee wentelen zij die lasten in die zin af, niet alleen in het hier en nu maar ook voor latere generaties.’⁴⁵

‘Nu al zien we dat er een verschuiving optreedt waarbij het aandeel werkenden van buiten de EER toeneemt en van steeds verder komt. De afwenteling van externe effecten staat het denken over wat in de Nederlandse of Europese context een duurzame en inclusieve arbeidsmarkt moet zijn in de weg.’⁴⁶

Je zou aan de genoemde werkwijzen, de verdienmodellen om arbeidskosten te reduceren, ook nog kunnen toevoegen het sluiten van cao's met 'vakbonden'⁴⁷ die geld verdienen met het ter wille zijn van de betreffende bedrijven om te kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden of het sluiten van 'ondernemingsovereenkomsten' met de ondernemingsraad om hetzelfde doel te bereiken. Deze opties leiden eveneens tot een neerwaartse druk en tot concurrentie op arbeidsvoorwaarden. In zijn meest recente rapport over de toepassing van verdragen en aanbevelingen (zie ook par. 5.4.1)⁴⁸ heeft het Comité van Deskundigen van de ILO de Nederlandse regering verzocht om gedetailleerde actuele informatie te verstrekken over (1) de beschikbare mechanismen om te garanderen dat bij de onderhandelingen over en de sluiting en verlenging van cao's rekening wordt gehouden met de wil van de meest representatieve vakbonden; (2) de criteria die worden toegepast om de onafhankelijkheid van een vakbond te beoordelen en eventuele bestaande jurisprudentie ter zake; en (3) het aantal gesloten en verlengde cao's, waarbij de ondertekenende vakbond niet de meest representatieve in de onderneming of sector is. Daarbij onderstreept het Comité het belang van onafhankelijke vakbonden: 'The reality of independence is inseparable from the very existence of a trade union movement that must effectively represent the interests of the workers and is therefore essential to ensure the authenticity of the entire collective bargaining process.'

6.3.3 Knelpunten

Landelijk beleid

Nederland staat internationaal bekend om zijn handhavingstekort en gunstig fiscaal klimaat. Dat maakt ons land niet alleen voor criminele organisaties (drugs) aantrekkelijk om zich te vestigen, maar voor buitenlandse

44 Zie hierover Frank Kalshoven, 'De werkgeverslobby kiest voor plat eigenbelang op de korte termijn', *de Volkskrant* 19 februari 2022.

45 Jaarverslag 2021 Nederlandse Arbeidsinspectie, p. 24.

46 Jaarverslag 2021 Nederlandse Arbeidsinspectie, p. 28.

47 Zogenoemde gele bonden, ook wel nepvakbonden of schootbonden genoemd. Zie daarover H. van Steenberghe, 'Geen cao zonder onafhankelijke vakbond', *TAP* 2021/1.

48 Application of International Labour Standards 2022. Report III (Part A). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference 110th Session, 2022, p. 267.

ondernemingen in het algemeen. De bedrijfskosten zijn relatief laag en wettelijke beperkingen relatief gering. Zo maken de ruime mogelijkheden om nachtarbeid te verrichten Nederland aantrekkelijk voor distributiecentra⁴⁹ en bevorderden de relatief ruime mogelijkheden om medezeggenschap te beperken de verplaatsing van het moederbedrijf van Gorillas naar Nederland.⁵⁰ Activiteiten die het milieu schaden, worden gedoogd of met het verlenen van een vergunning toegestaan en tegen schijnzelfstandigheid wordt niet opgetreden door belasting te heffen en sociale premies te innen.⁵¹

Het gemak waarmee in Nederland een bv zonder financiële inleg kan worden opgericht en later weer geliquideerd, maakt dat het eenvoudig is om aansprakelijkheden, bijvoorbeeld voor loon, te ontlopen. Grensoverschrijdende briefbusconstructies en plofbv's kunnen worden gebruikt voor zaken als witwassen en faillissementsfraude. Nederland kent een hele dienstenindustrie die zich toelegt op het opzetten van bv-constructies om verantwoordelijkheden weg te organiseren en winsten af te dekken, ten koste van vorderingen van werknemers. In dit kader is nog van belang op te merken dat Nederland op de twaalfde plaats staat in de nieuwste ranglijst van de Financial Secrecy Index⁵² en een actieve lobby voert tegen al te veel openheid over wie de uiteindelijke eigenaar zijn van of zeggenschap hebben over een onderneming.⁵³

Nederland met zijn open economie bepaalt zelf voor een belangrijk deel de lage prijs voor producten en diensten en heeft de randvoorwaarden gecreëerd om deze laag te houden, ook in de vorm van fiscale regelingen en subsidies. Zo stimuleert de LIV-regeling⁵⁴ ondernemingen om de loonkosten laag te houden, omdat bij een te grote loonstijging de subsidie wegvalt. En van de ET-regeling⁵⁵

49 'In België begint de nacht al om 20:00 uur', FD 1 november 2021; 'Arbodeskundigen: nachtwerk is een groot risico, begeleiding schiet tekort', FD 1 november 2021.

50 'Gorillas past bedrijf aan: Duitse flitsbezorger nu Nederlands', NRC 21 februari 2022.

51 Zie hierover ook de brief van de FNV van 3 februari 2022, <https://fnvsawebprd.blob.core.windows.net/fnvmediacontainer/fnv/attachments/fnv/1c/1c38649a-a9fd-4d65-aad4-96d198b488f5.pdf>.

52 De Financial Secrecy Index (FSI), opgesteld door Tax Justice Network, rangschikt wereldwijd landen op basis van hun juridische en financiële systemen en in hoeverre die het mogelijk maken voor personen en bedrijven om vermogen te verbergen en geld wit te wassen. Nederland neemt de twaalfde plek in en doet het daarmee slechter dan beruchte belastingparadijzen als de Kaaimaneilanden en Cyprus. Bron: Tax Justice Nederland, www.taxjustice.nl/nederland-in-top-20-van-nieuwe-ranglijst-financial-secrecy-index-2022.

53 Access Info Europe, 'Open company registers across EU at risk because of revenue concerns of just three Member States', www.access-info.org/2021-06-03/open-company-registers-eu-at-risk. Zie ook: www.zylstra.org/blog/2022/05/a-look-at-the-eu-high-value-data-list.

54 Regeling Lage Inkomens Voordeel, ook wel bekend als Primarkpremie. Volgens deze regeling krijgen bedrijven subsidie voor personeel dat maximaal een kwart meer verdient dan het minimumloon. Dit prikkelt bedrijven om de lonen laag te houden. Met name kledingwinkels als Primark, H&M en Zara en callcenters gebruiken de subsidie om de lonen laag te houden en de eigen kosten te drukken. Soms delen zij de subsidie met het personeel, maar ook dat staat loonsverhogingen in de weg.

55 Fiscale regeling, bedoeld om arbeidsmigranten die extra kosten moeten maken voor bijvoorbeeld huisvesting, tegemoet te komen. Met deze regeling kunnen zij een belastingvrije vergoeding krijgen voor extraterritoriale kosten (ET-kosten). In de praktijk wordt deze regeling ingezet om brutoloon uit te ruilen tegen onbelaste en premievrije vergoedingen. De prikkel is daarbij om de kosten zo hoog mogelijk te houden en daarmee het sociale-zekerheidsloon zo laag mogelijk.

kunnen uitzendbureaus misbruik maken door kosten ten onrechte van het brutoloon van buitenlandse uitzendkrachten af te trekken, waardoor ze veel minder sociale premies hoeven te betalen.

Dit zijn beleidskeuzen met een uitstralingseffect naar de handhavers en het handhaven. Scheidend inspecteur-generaal Marc Kuipers van (toen nog) de Inspectie SZW:

‘Nederland is kampioen schimmige constructies. Met onderaannemers die weer onderaannemers in dienst hebben, noem maar op. Er is geen land ter wereld waar werkgevers met hulp van accountants zoveel juridische constructies weten te verzinnen. We zijn ook kampioen flexwerk, dat doen we met payroll, met zzp, met detachering, met min/max-contracten. Daar zijn we echt uitzonderlijk in.’⁵⁶

De inspecteurs-generaal, verenigd in de Inspectieraad, hebben in twee brieven⁵⁷ voorstellen gedaan om publiek vertrouwen in onafhankelijk toezicht te bevorderen. Zij pleiten voor een Wet op de rijksinspecties om het publiek vertrouwen in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rijksinspecties een solide wettelijke basis te geven. Eerder noemde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) onafhankelijkheid een noodzakelijke voorwaarde voor een onpartijdige houding van de toezichthouder ten opzichte van de verantwoordelijke minister en de onder toezicht gestelden.⁵⁸

In dit verband is in elk geval opmerkelijk dat de bedoelde inspecties thans uiterst terughoudend zijn in handhaving. Verzoeken om handhaving door de vakbonden worden, al dan niet formeel,⁵⁹ veelal genegeerd. Volgens FNV exemplarisch is de weigering van de minister namens de ILT om onderzoek in te stellen naar misstanden bij transportbedrijf De Rooy. Dat liet chauffeurs uit Oekraïne, Wit-Rusland en Roemenië weken tot maanden achter elkaar bivakkeren in vrachtautocabines, hoewel dit op grond van Europese rij- en rusttijdenwetgeving verboden is en in Nederland aangemerkt als zwaarste overtreding uit die wetgeving. Bij besluit van 28 juni 2019 heeft de minister van Infrastructuur en Waterstaat het verzoek van FNV om handhavend op te treden afgewezen. Uiteindelijk concludeert de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 9 maart 2022⁶⁰ dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat de minister, in het verzoek van FNV, in samenhang bezien met de uitkomsten van het eigen inspectierapport van ILT aanleiding had moeten zien om nader onderzoek te verrichten. De Afdeling oordeelde ook dat de minister (ILT) niet heeft voldaan aan een eerdere gerechtelijke uitspraak om onderzoek in te stellen naar het mogelijk overtreden van het verbod op weekendrust in vrachtwagencabines.

56 ‘Na vijf jaar vertrekt Marc Kuipers bij de Inspectie SZW: “In Nederland is de arbeider de verliezer”’, *Trouw* 12 mei 2021.

57 Brieven van 11 mei (www.rijksinspecties.nl/publicaties/brieven/2020/06/26/brief-aan-bzk-evaluatie-inzake-rijksinspecties) en 10 december 2020 (www.rijksinspecties.nl/publicaties/brieven/2020/12/16/tweede-brief-evaluatie-aanwijzingen-inzake-rijksinspecties).

58 WRR-rapport 89, *Toezen op publieke belangen*, 2013, p. 151.

59 Voorbeelden van niet formeel negeren zijn niets meer laten horen, niet terugkoppelen, aan het lijntje houden.

60 ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:685.

De bestuurder FNV Transport en Logistiek: ‘Het niet handhaven is een rode loper voor malafide bedrijven die Nederland zien als vrijhaven waar alles kan.’⁶¹

Wet- en regelgeving

Niet alleen het nationale gedoogbeleid is een knelpunt, maar ook wet- en regelgeving. Dat onderkennen ook de inspecteurs-generaal. Zij merken in hun brief van 10 december 2020 op dat zij tegen ontwikkelingen die niet verboden maar wel schadelijk zijn, formeel niet handhavend kunnen optreden, maar die ontwikkelingen wel onder de aandacht kunnen brengen van de maatschappij, bestuurders, marktpartijen en wetgevers, zodat er tijdig bijgestuurd kan worden. Zonder omslag in het landelijk beleid gaat er natuurlijk niets veranderen, maar als de wil tot het aanpakken van de ook door de Arbeidsinspectie gesignaleerde schadelijke verdienmodellen aanwezig is, kunnen knelpunten in wet- en regelgeving worden weggenomen. Wat zijn dan die knelpunten?

In diverse Europese richtlijnen op het gebied van het arbeidsrecht is de bepaling opgenomen dat de lidstaten moeten voorzien in sancties, die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Nederland kiest in de regel echter niet voor strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties, maar volstaat met erop te wijzen dat werknemers naar de civiele rechter kunnen stappen. Dat biedt uiteraard veel minder bescherming. In de meeste gevallen zal de drempel naar de rechter te hoog zijn. In de woorden van de ILO: ‘Especially in workplaces where trade union representation is low, such as in SMEs, workers are unlikely to be in a sufficiently strong position to take over responsibility from the labour inspectorate for enforcing the legal obligations.’⁶²

Bij de handhaving van de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden heeft de Arbeidsinspectie geen rol, bij die van de Arbeidstijdenwet en de Waadi slechts een marginale en bij die van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) geen waar het gaat om belangrijke verplichtingen als het melden van beroepsziekten en het verlenen van medezeggenschap op het specifieke terrein van veilig en gezond werken, inclusief het vergezelschap van leden van de ondernemingsraad en hun recht zich met de inspecteur tijdens zijn bezoek aan het bedrijf buiten tegenwoordigheid van anderen te onderhouden (art. 12 lid 4 Arbowet).

Er staat geen boete op overtreding van de artikelen 8 en 8a Waadi. Een vakbond of een individuele werknemer kan een overtreding melden bij de Arbeidsinspectie, die vervolgens een onderzoek instelt en daarvan rapporteert aan de melder. Die kan dan vervolgstappen zetten, bijvoorbeeld een civiele rechtszaak starten. Het loonverhoudingsvoorschrift is een belangrijk instrument in de aanpak van schijnconstructies. Door de gekozen handhavingsconstructie bestaat echter het risico dat veel overtredingen onopgemerkt blijven, bijvoorbeeld in sectoren en bedrijven waar sociale partners weinig ingangen hebben en waar individuele werknemers kwetsbaar zijn en daarom niet durven te claimen en te procederen. Ook kunnen procedures zo lang duren dat rechthebbende migranten inmiddels niet meer te vinden zijn.

61 Persbericht FNV van 9 maart 2022, www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/vervoer/2022/03/inspectiedienst-deed-volgens-raad-van-state-onvold.

62 ILO, GB.322/INS/13/7, 2014, 130, p. 25.

Wettelijke knelpunten in de publiek-private samenwerking

Hiermee komen we bij wettelijke knelpunten in de publiek-private samenwerking. Iedereen die in Nederland werkt, heeft recht op eerlijk, gezond en veilig werk. Het is daarom belangrijk dat afspraken uit een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) worden nageleefd. Het is ongewenst als werkgevers een cao niet naleven om de kosten van arbeid te verlagen. Cao-partijen zijn zelf verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van cao's. Als zij vermoeden dat bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's ontrokken worden, kunnen zij bij de Arbeidsinspectie een verzoek of een melding doen om een onderzoek in te stellen. Het doel is sociale partners te ondersteunen bij hun aanpak van niet-naleving van (algemeen verbindend verklaarde) cao's met als beoogd resultaat gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde werkplek. Ook het tegengaan van oneerlijke concurrentie wordt hiermee beoogd.

De Arbeidsinspectie kan cao-partijen en arbeidskrachten op verschillende wijzen ondersteunen om werkgevers te bewegen tot eerlijk loon voor eerlijk werk. Zij doet deze onderzoeken alleen op verzoek van derden.⁶³ De knelpunten bij de melding van een vermoeden van niet-naleving van het loonverhoudingsvoorschrift (art. 8 en 8a Waadi) zijn al besproken. Vergelijkbare knelpunten doen zich voor bij een verzoek om een onderzoek naar aanleiding van een vermoeden van niet-naleving van een cao (art. 10 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV)) en bij de melding van een vermoeden dat een staking wordt gebroken (art. 10 Waadi). In het laatste geval is een probleem dat de Arbeidsinspectie in het geval bij een staking gebruik van onderkruipers wordt gemaakt geen boete kan opleggen aan de overtreder. Vakbonden moeten achteraf aantonen welke schade ze hebben geleden, hetgeen erg lastig vast te stellen is. Iets anders is dat thans volgens de wet alleen de uitlener in overtreding is en niet de inlener en dus niet de werkgever in wiens bedrijf gestaakt wordt en die dus gebruikmaakt van onderkruipers. Daarbij moet bedacht worden dat het breken van een collectieve actie een zeer ingrijpende inbreuk is op het grondrecht van collectieve actie en dat bij overtreding van het verbod om van onderkruipers gebruik te maken via de civiele rechter slechts een minieme schadevergoeding wordt toegewezen. Het kunnen beboeten van zowel de inlener als de uitlener zou de publiekrechtelijke handhaving ten goede komen. Het gebruik van onderkruipers zou nog effectiever kunnen worden tegengegaan als de intraconcernexceptie (art. 1 lid 3 aanhef en onder c Waadi) zou worden afgeschaft. Die exceptie maakt het mogelijk dat een dochteronderneming werknemers uit het concern bij een staking straffeloos kan laten invliegen. Op het belang van een effectieve publiek-private samenwerking gaan we hierna in.

Gebreken in wetgeving om uitbuiting adequaat aan te kunnen pakken

De Arbeidsinspectie constateert ook gebreken in wetgeving om maatschappelijk schadelijke constructies die bedrijven gebruiken om hun arbeidskosten te reduceren adequaat aan te kunnen pakken. Zo is arbeidsuitbuiting een uitingsvorm van mensenhandel en opgenomen in artikel 273f Wetboek van

63 Zie over deze samenwerking en de (goede) resultaten daarvan: Inspectie SZW, *Aanpak schijnconstructies en cao-naleving 2014-2018*, 2018.

Strafrecht (Sr). Dit is een ernstig misdrijf gericht tegen de persoonlijke vrijheid. Arbeidsuitbuiting is het bewust werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten of tewerkstellen van een persoon met gebruik van dwang met als doel deze persoon uit te buiten. Kwetsbare mensen worden dan doelbewust onder dwang, geweld of afpersing tewerkgesteld of er wordt daarbij misbruik gemaakt van de omstandigheden of van de kwetsbare positie van werkenden. Het 'enkele uitbuiten' is echter thans geen strafbaar zelfstandig delict. Naast (mogelijke) arbeidsuitbuiting in strafrechtelijke zin bestaan arbeidssituaties met ernstige misstanden en slecht werkgeverschap. Daartoe beschikt de Arbeidsinspectie over het instrumentarium in de huidige arbeidswetten. Omdat dit aanschurkt tegen maar niet gelijk is aan arbeidsuitbuiting, heeft de Arbeidsinspectie het begrip 'ernstige benadeling' geïntroduceerd. Ernstige benadeling betreft de situatie waarin een werkgever de arbeidswetten voor loon, arbeidstijden, arbeidsomstandigheden en/of legaal werk een of meer malen in ernstige mate overtreedt: er is dan sprake van een ernstige overtreding van een of meer van deze wetten. De Arbeidsinspectie acht het noodzakelijk dat ook handelingen die door de Inspectie als ernstige benadeling worden betiteld, strafbaar worden. Zij denkt daarbij aan een economisch delict waarbij het structureel en/of in ernstige mate overtreden van arbeidswetten ten koste van een werknemer strafbaar wordt gesteld.⁶⁴ Deze gedachte vergt nog wel de nodige uitwerking.

Instrumentarium en werkwijze

Voor het adequaat kunnen uitoefenen van haar taken dient de Arbeidsinspectie over de vereiste capaciteit en middelen te beschikken. Ook dient zij die doelmatig in te zetten.

Na jarenlange bezuinigingen begint de capaciteit weer langzaam toe te nemen. Die is echter nog steeds onvoldoende. Naar aanleiding van een klacht van de Nederlandse vakcentrales hierover (en over niet-naleving door Nederland van andere bepalingen van de ILO-verdragen nrs. 81, 129 en 155)⁶⁵ oordeelde de ILO dat, hoe welkom en effectief publiek-private samenwerking en andere vormen van samenwerking ook mogen zijn, die de taken van de Arbeidsinspectie op het gebied van handhaving en naleving niet kunnen vervangen. Verwijzend naar de artikelen 10 en 16 van ILO-Verdrag nr. 81 verzoekt de ILO de Nederlandse regering te waarborgen dat het aantal en de frequentie van inspecties voldoende zijn om te verzekeren dat de Arbeidsinspectie haar taken effectief kan vervullen zodat de diverse wettelijke verplichtingen op alle werkplekken worden nageleefd, niet in de laatste plaats in ondernemingen die niet gerekend worden tot hoogerisicosectoren en in kleine ondernemingen.⁶⁶ De huidige beperkte capaciteit leidt ertoe dat het overgrote deel van de ondernemingen in Nederland geen bezoek van de Arbeidsinspectie te duchten heeft. Verder leidt die tot lange doorlooptijden bij onderzoek. Dat heeft weer tot gevolg dat bij werknemers, medezeggenschapsorganen en vakbonden het beeld ontstaat dat je niets aan de Arbeidsinspectie hebt: ze komt toch niet. Dat kan met zich meebrengen dat er minder overtredingen worden gemeld. De beperkte capaciteit

64 Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1080.

65 Zie hierover ook P. van der Heijden, 'De ILO en het Nederlandse arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2018, afl. 1, p. 12-13.

66 ILO, GB.322/INS/13/7, 2014, 130, p. 21-27.

bevordert ook dat inspecties worden aangekondigd,⁶⁷ zodat ondernemingen de benodigde gegevens en eventuele monsters al klaar kunnen leggen en de benodigde mensen beschikbaar zijn. Dat bespaart tijd. Dat leidt er echter ook toe dat diverse misstanden niet aan het licht komen.

De capaciteit die de Arbeidsinspectie heeft, moet zij ook wel benutten. Daarvan is nog onvoldoende sprake. Zo constateerde de Algemene Rekenkamer dat de kans dat een melding van arbeidsuitbuiting uiteindelijk leidt tot een opsporingsonderzoek afneemt. In 2016 werd naar 19 van de 69 meldingen een opsporingsonderzoek gestart (ongeveer 27%) en in 2019 naar 4 van de 106 (ongeveer 4%).⁶⁸

Zowel de Arbeidsinspectie zelf als externen vragen om meer handhavingsinstrumenten. Die vergen echter tegelijkertijd een uitbreiding van de capaciteit. Zo heeft de Arbeidsinspectie in de uitzendsector op dit moment een inspectiedekking (het aantal bedrijven dat de Arbeidsinspectie jaarlijks bereikt met haar interventies) van slechts 1%. Op grond van de uitbreiding waartoe in het huidige regeerakkoord is besloten, zal de inspectiedekking in 2023 verdubbelen naar 2%.⁶⁹ Het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten stelt voor om de toezichtcapaciteit gericht op de uitzendbranche te verhogen met 90 fte's (een stijging van 150%, van 60 naar 150 fte's).

De Arbeidsinspectie zou met het oog op het kunnen handhaven graag meer gebruik kunnen maken van rechtsvermoedens, zoals een bepaling in het BW over een vermoeden van werknemerschap om schijnzelfstandigheid aan te kunnen pakken en een bepaling in de Wml (analoog aan art. 23 lid 2 Wav) over een vermoeden gedurende ten minste zes maanden werkzaam te zijn geweest om onderbetaling aan te kunnen pakken.⁷⁰ Het Aanjaagteam bepleit onder meer een verplichte certificering voor uitzendbureaus, een boete voor inleners die werken met een niet-gecertificeerd uitzendbureau, een bestuursverbod voor malafide bestuurders, het loskoppelen van arbeidscontract en huurcontract en verbeterde samenwerking en gegevensdeling bij toezichthouders en handhavende instanties.⁷¹

De Arbeidsinspectie kan, zoals eerder aangestipt, lang niet altijd een boete opleggen. Bovendien zijn de boetes zo laag dat ze wegvallen bij de winsten die bedrijven maken met hun voor zowel werknemers als de samenleving schadelijke verdienmodellen. De Arbeidsinspectie zou veel effectiever kunnen handhaven als door misstanden verkregen winsten zouden kunnen worden afgeroomd. Ook zijn slechts weinig overtredingen aangemerkt als misdrijf en staat op slechts weinig overtredingen gevangenisstraf. Dat kan het voor bedrijven aantrekkelijk maken om zich in Nederland te vestigen, maar is op den duur funest voor het vertrouwen van werknemers en het publiek in handhaving en uiteindelijk in de rechtsstaat.

De instrumenten die de Arbeidsinspectie heeft, moet zij ook wel benutten. Dat lijkt beter te kunnen.

67 Stichting Maatschappij en Veiligheid, *Een gedeelde verantwoordelijkheid. Niet zonder regie!*, 2014, p. 7; Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Brand bij Chemie-Pack te Moerdijk*, 2011, p. 8.

68 Algemene Rekenkamer, *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen*, 2021, p. 25.

69 Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, *Geen tweederangsburgers*, p. 22.

70 Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, *Geen tweederangsburgers*, p. 53.

71 Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, *Geen tweederangsburgers*, p. 4.

Zo merkt de Algemene Rekenkamer op dat de Arbeidsinspectie de afgelopen jaren geen bedrijf heeft stilgelegd vanwege het ernstig benadelen van werknemers. Gezien de ernst van de problematiek vindt zij het opmerkelijk dat onderzoeken naar ernstige benadeling uiteindelijk nauwelijks leiden tot zwaardere sancties die de Inspectie SZW kan inzetten, zoals de last onder dwangsom en (preventieve) stillegging.⁷²

Een tweede voorbeeld dat vragen oproept, is de aanpak van een aspergeteler in Linne. Die moest een boete van € 85.000 betalen, omdat hij seizoensarbeiders onder erbarmelijke omstandigheden op het bedrijf liet werken en wonen. Het bedrijf moest € 70.000 boete betalen voor het overtreden van de Wml en € 15.000 wegens het niet over kunnen leggen van een deugdelijke administratie van gewerkte uren en rusttijden per werknemer. Vast stond dat de werkgever minder uren had uitbetaald dan er daadwerkelijk waren gewerkt. Dat deed hij door de reistijden tussen de verschillende akkerlanden van de werktijd af te trekken. Hoeveel uren de seizoensarbeiders exact hebben gewerkt en wat zij exact betaald hebben gekregen is volgens de Arbeidsinspectie niet meer na te gaan, onder meer omdat de baas de urenbriefjes heeft weggegooid. Dat maakt het volgens de Arbeidsinspectie onmogelijk om van de werkgever een nabetaaling aan de werknemers te eisen.⁷³ Deze conclusie is om twee redenen zeer onbevredigend. In de eerste plaats omdat het weggooien van bewijsmateriaal lijkt te lonen en in de tweede plaats omdat de seizoensarbeiders met lege handen blijven staan. Op grond van de Arbeidstijdenrichtlijn en -wet en de daarop gebaseerde jurisprudentie komt het niet bijhouden van de urenadministratie voor rekening van de werkgever en kan de rechter de werkgever verplichten een nabetaaling te doen op basis van de opgave van het aantal gewerkte uren door de werknemers.⁷⁴ In samenspraak met de vakbonden had dat geregeld kunnen worden. Ook aan Deliveroo had de Arbeidsinspectie een eis tot naleving van de arbeidswetten, zoals de Wml, de Arbeidstijdenwet en de Arbeidsomstandighedenwet, kunnen stellen, nu de rechter ook in hoger beroep heeft geoordeeld dat de bezorgers werknemers zijn in plaats van zelfstandigen.⁷⁵

Overigens blijft ook de Belastingdienst passief na de rechterlijke uitspraak dat de bezorgers van Deliveroo werknemers zijn. Dat brengt die bezorgers in een onmogelijke positie. Kunnen zij ervan uitgaan dat de Belastingdienst hen nu ook als werknemers beschouwt en Deliveroo aanspreekt op de werkgeversverplichting om belasting af te dragen of moeten zij er rekening mee houden dat zij op enig moment een navordering van de Belastingdienst krijgen omdat zij als zelfstandige in gebreke zijn gebleven om belastingaangifte te doen? En wat betekent het voor het vertrouwen in de rechtspraak, de handhaving en de rechtsstaat als een onderneming rechterlijke uitspraken zonder gevolgen kan negeren?⁷⁶ Volgens de Algemene Rekenkamer heeft de Belastingdienst – ge-

72 Algemene Rekenkamer, *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen*, 2021, p. 32.

73 www.nlarbeidsinspectie.nl/actueel/nieuws/2022/03/11/aspergeteler-krijgt-85.000-euro-boete-i.v.m.-onderbetaling-arbeidsmigranten.

74 HvJ EU 14 mei 2019, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO); Hof Amsterdam 20 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7878; Rb. Leeuwarden 17 februari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL5837.

75 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/62.

76 In gelijke zin: Marike Stellinga, 'Schijnzelfstandig in niemandsland', NRC 9 april 2022.

ven het wettelijke kader en de omvang van de problematiek van de schijnzelfstandigheid – onvoldoende inzetbare handhavingscapaciteit, zowel in kwantitatieve zin (aantal mensen) als in kwalitatieve zin (kennisniveau). De ‘pakkans’ voor onder meer schijnzelfstandigheid is mede daardoor laag en dat maakt het lastig om verschillende opdrachtgevers en zelfstandigen gelijk te behandelen. Meer capaciteit en een gelijke behandeling in de handhaving vergroten de kans op acceptatie van de handhaving én de automatische naleving door opdrachtgevers en zelfstandigen.⁷⁷

Samenwerking

Voor handhaving zijn ogen en oren van groot belang. Zo noemt de Arbeidsinspectie meldingen van personen en organisaties cruciaal voor de aanpak van arbeidsuitbuiting en ernstige benadeling.⁷⁸ Inspecteurs, toezichthouders, werknemers, vakbonden, allemaal zien ze zaken die niet deugen. Ze zien niet allemaal hetzelfde en ze kunnen niet allemaal hetzelfde met wat ze zien. Hetzij omdat ze de bevoegdheden of de specifieke kennis niet hebben, hetzij omdat ze de tijd niet hebben. Daarom is samenwerking, waaronder het delen van gegevens, van groot belang.

De Algemene Rekenkamer concludeerde onlangs dat de ogen en oren van de inspecteurs van de Arbeidsinspectie onvoldoende benut worden. Al deze inspecteurs kunnen tijdens werkplekcontroles situaties van arbeidsuitbuiting en ernstige benadeling tegenkomen. Het is daarom belangrijk dat inspecteurs signalen van mogelijke arbeidsuitbuiting herkennen en melden. Inspecteurs die een training hebben gehad in het herkennen van signalen van arbeidsuitbuiting of ernstige benadeling zien het herkennen van die signalen vaker als hun taak. Zij melden die ook vaker. Toch weten ze niet altijd waar ze signalen moeten melden en wat de vervolgpcedure is, of zij verantwoordelijk blijven voor het opvolgen van die melding. Voor veel inspecteurs zijn de signalen niet genoeg om er direct een melding van te maken. Zij geven aan dat hier meer voor nodig is, bijvoorbeeld dat ze zelf echt een ‘gevoel’ moeten hebben dat er sprake is van arbeidsuitbuiting of ernstige benadeling voordat ze tot melden overgaan. Sommige inspecteurs maken hierbij ook al een inschatting of de Arbeidsinspectie de melding oppakt. Als die kans volgens hen klein is, doen ze soms geen melding.⁷⁹ Wat voor arbeidsuitbuiting en ernstige benadeling geldt, geldt waarschijnlijk in meerdere of mindere mate ook voor andere misstanden. Ook samenwerking met instanties in andere landen is van belang. De organisatie van allerlei schijnconstructies is vaak grensoverschrijdend. Voor de coördinatie van gezamenlijke inspecties kan in de toekomst hopelijk effectief gebruik worden gemaakt van de diensten van de Europese Arbeidsautoriteit.⁸⁰

77 Algemene Rekenkamer, *Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid*, 2022, p. 38.

78 Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1080, p. 9.

79 Algemene Rekenkamer, *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen*, 2021, p. 37-39.

80 Deze in 2019 opgerichte organisatie bevordert de samenwerking tussen EU-landen, coördineert gezamenlijke inspecties, maakt analyses en risicobeoordelingen, en bemiddelt in geschillen tussen EU-landen op het gebied van grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit. Deze nog jonge organisatie zal naar verwachting pas tegen 2024 volledig operationeel zijn.

De Arbeidsinspectie wil ook de bewustwording, kennis en meldingsbereidheid van ketenpartners verhogen door voor hen voorlichtingsbijeenkomsten te organiseren. Ketenpartners geven echter aan twijfels te hebben of melden zinvol is. Voor hen is niet duidelijk wat er gebeurt met de meldingen die zij bij de Arbeidsinspectie doen.

De samenwerking van de Arbeidsinspectie met ketenpartners is belangrijk als het gaat om ernstige situaties waarin slachtoffers meervoudig afhankelijk zijn van hun werkgever. Alleen dan is bescherming en hulp aan slachtoffers mogelijk. Dat kan de drempel voor inspecteurs om misstanden te melden verlagen. Zo kan steun voor slachtoffers geregeld worden. Een gemeente kan bijvoorbeeld optreden als slachtoffers gehuisvest worden op een plek waar dat niet mag en vakbonden kunnen de slachtoffers bijstaan door het voeren van een civielrechtelijke procedure om het verschuldigde loon (terug) te vorderen.⁸¹ Er zijn, zoals eerder vermeld, meerdere voorbeelden van succesvolle samenwerking, ook grensoverschrijdend, tussen de Arbeidsinspectie en vakbonden, waarbij de Arbeidsinspectie handhaaft op de wet (Wml) en de vakbonden – met behulp van een onderzoeksrapport van de Arbeidsinspectie – op de cao.⁸²

Vooraf arbeidsmigranten bevinden zich in een kwetsbare positie en kunnen de weg naar vakbonden of rechtshulpverleners op eigen kracht niet goed vinden. Dat komt ook doordat het vakbonden die de belangen van deze werkenden willen behartigen, door een deel van de werkgevers zeer moeilijk wordt gemaakt. De vakbondsvertegenwoordigers worden eenvoudig niet toegelaten op de werkplekken, laat staan tot de registratie van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die de werkgevers moeten bijhouden. Daardoor kunnen ze niet goed zicht krijgen op de naleving van de wet en de cao's. Het onthouden van faciliteiten aan vakbonden is echter in strijd met de regels van de ILO op het terrein van vrijheid van vakvereniging. Daarom hebben FNV en CNV de minister in oktober 2021 verzocht om een wettelijke regeling die de toegang van vakbonden tot de werkvloer waarborgt, zodat zij hun vakbondstaken adequaat kunnen vervullen.⁸³ Ter vergelijking: in buurland Duitsland zijn de vakbondsrechten beter en fundamenteeler geregeld – met als kern artikel 9 lid 3 van de Grondwet⁸⁴ – dan in Nederland, ook op dit vlak. In het Duitse regeerakkoord 2021-2025⁸⁵ lezen we: 'Wir schaffen ein zeitgemäßes Recht für Gewerkschaften auf digitalen Zugang in die Betriebe, das ihren analogen Rechten entspricht.' Laagdrempelige toegang van werkenden tot de vakbonden is niet alleen van

81 Algemene Rekenkamer, *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen*, 2021, p. 41.

82 Inspectie SZW, *Aanpak schijnconstructies en cao-naleving 2014-2018*, 2018.

83 K. Boonstra, 'ILO-vakbondsrechten voor arbeidsmigranten', TRA 2022/20, p. 3.

84 'Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.'

85 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 'Mehr Fortschritt Wagen', p. 71.

belang voor de werkenden zelf,⁸⁶ maar ook voor de handhaving van arbeidswetten, aangezien de vakbonden de Arbeidsinspectie niet alleen om een onderzoek kunnen verzoeken (waar de werkenden dat zelf niet durven), maar ook van voor de handhaving essentiële informatie kunnen voorzien, die zij niet direct van de werkenden ontvangt.⁸⁷

De Arbeidsinspectie moet dan wel wat met die informatie doen, zoals een onderzoek starten en de resultaten van dat onderzoek delen met de ketenpartners. Dat onderzoek moet dan niet beperkt blijven tot onderzoek naar overtredingen die alleen de Arbeidsinspectie kan handhaven. Met de onderzoeksresultaten moeten de ketenpartners ieder op hun eigen terrein tot actie kunnen overgaan en waar nodig zal gezamenlijk moeten kunnen worden opgetreden. Maar ook als een inspectie of toezichthouder in het kader van een specifiek handhavingsproject overtredingen tegenkomt die niet onder het project vallen, dan is het van belang dat deze overtredingen gemeld worden aan collega's binnen en buiten de betreffende dienst, zodat ook hiertegen opgetreden kan worden.

6.3.4 Mogelijke oplossingsrichtingen

Met de publiekrechtelijke handhaving is het in Nederland slecht gesteld. Er is duidelijk sprake van een handhavingstekort. Zolang als dit tekort echter gezien wordt als een lokkertje voor buitenlandse bedrijven om zich hier te vestigen en voor gevestigde bedrijven om niet te vertrekken is verbetering niet mogelijk. Zonder wil geen weg. Dat betekent ook dat er een einde moet komen aan het gedogen en faciliteren van schimmige constructies en flexwerkvarianten op de arbeidsmarkt en dat fiscale regelingen en subsidies die deze constructies in feite faciliteren worden afgebouwd. Nederland moet door een koerswijziging zo snel mogelijk af zien te komen van typering als 'narcostaat', 'belastingparadijs', 'gedoogland' of 'afvoerputje van Europa'.

Om dat te onderstrepen is het van belang dat politiek (investerings- en vestigings)beleid enerzijds en onafhankelijke handhaving van arbeidswetten anderzijds zichtbaar worden losgekoppeld. Het pleidooi van de Inspectieraad voor een Wet op de rijksinspecties om het publiek vertrouwen in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rijksinspecties een solide wettelijke basis te geven verdient ondersteuning. Het heeft iets ongemakkelijks als de minister tevergeefs de rechter ervan tracht te overtuigen dat voor handhaving geen goede gronden bestaan, terwijl dat niet ondersteund wordt door een 'eigen' inspectierapport.

De inspecteurs-generaal moeten ontwikkelingen die niet verboden maar wel schadelijk zijn, onder de aandacht kunnen brengen van de maatschappij, bestuurders, marktpartijen en wetgevers, zodat er tijdig bijgestuurd kan worden. Inspecteurs moeten kunnen handhaven zonder teruggefloten te worden.

86 D. Kramer, I. van Gardingen & K. Boonstra, 'De Europese detachering van derdelanders', *NJB* 2022/18, p. 1449.

87 Zie hierover ook: Peer Review on 'Enhancing whistleblower protection through better collaboration between responsible authorities – a tool to prevent and tackle work-related crime', Peer Country Comments Paper: The Netherlands, 2019, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=21944&langId=en>.

Knelpunten voor handhaving in de wetgeving moeten worden opgelost. Het advies van de SER over het sociaal-economisch beleid 2021-2025⁸⁸ bevat diverse voorstellen om concurrentie op arbeidsvoorwaarden via schijnconstructies en ongewenste verdienmodellen tegen te gaan. Zo koppelt de SER zijn pleidooi voor betere regulering van uitzendwerk aan strikte handhaving. Diezelfde koppeling maakt de SER ten aanzien van de introductie van een rechtsvermoeden van werknemerschap om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Het moratorium op publiekrechtelijke handhaving door de Belastingdienst dient te worden opgeheven. Ook in het voorstel voor een Europese platformrichtlijn wordt een rechtsvermoeden van werknemerschap geïntroduceerd. Artikel 4 schrijft voor dat ‘the legal presumption shall apply in all relevant administrative and legal proceedings. Competent authorities verifying compliance with or enforcing relevant legislation shall be able to rely on that presumption’. Artikel 5 voegt daaraan toe: ‘Such proceedings shall not have suspensive effect on the application of the legal presumption.’

Zoals gezegd beschouwt Nederland bepalingen in Europese richtlijnen op het gebied van het arbeidsrecht die lidstaten voorschrijven met het oog op de naleving te voorzien in sancties die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, in de regel al bij voorbaat als geïmplementeerd, aangezien werknemers naar de civiele rechter kunnen stappen. Wellicht hangt dit deels samen met een verschil dat Verhulp ziet tussen hoe er in Nederland en België naar arbeidsverhoudingen wordt gekeken. Waar het in Nederland iets is tussen de werknemer en de werkgever, geldt het in België meer als een publieke zaak. ‘Kijk naar het verschil in het aantal schijnzelfstandigen’, zegt hij. ‘In Nederland wordt daarop amper gehandhaafd omdat opdrachtgever en -nemer er beiden mee instemmen. In België gebeurt dat wel en daar is het aantal zzp’ers veel kleiner.’⁸⁹

De Nederlandse opstelling hangt ongetwijfeld ook samen met de aanwijzingen voor de regelgeving 9.4 (zuivere implementatie) en vooral 9.5 (lastenluwe implementatie).⁹⁰ Zuivere implementatie houdt in dat in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Lastenluwe implementatie houdt in dat bij implementatie gekozen wordt voor de implementatiewijze die de minste lasten oplegt aan de door de regeling geraakte bedrijven, met het oog op hun concurrentiepositie. De toelichting biedt echter wel een opening: voorstelbaar is dat een andere keuze wordt gemaakt omwille van de handhaafbaarheid.

Interessant in dit verband is de *Opinion on ensuring better and broader protection, compliance and enforcement* van het Raadgevend Comité voor veiligheid en gezondheid op de arbeidsplaats.⁹¹ Daarin wijst het Comité erop dat handhaving niet alleen van belang is ter bescherming van de werknemer, maar ook om eerlijke concurrentie op Europees niveau te waarborgen. Met het oog op een adequate

88 SER-advies 21/08, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, 2021.

89 ‘Waarom pakken de Belgen PostNL zoveel harder aan?’, *de Volkskrant* 31 maart 2022.

90 De Aanwijzingen voor de regelgeving vormen het kader dat wetgevingsjuristen van de centrale overheid in acht horen te nemen bij het opstellen van regelgeving. De huidige aanwijzingen zijn op 1 januari 1993 (Strt. 1992, 230) voor het eerst vastgesteld en nadien regelmatig gewijzigd. Zie www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/aanwijzingen-voor-de-regelgeving.

91 Doc n 1986-01-19/EN, 10 december 2019.

en effectieve handhaving moeten de nationale arbeidsinspecties van de lidstaten een verscheidenheid aan maatregelen kunnen inzetten. Hoewel het in deze Opinie gaat om de naleving van nationale bepalingen die zijn geïmplementeerd op basis van de Europese Kaderrichtlijn ter verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk⁹² en de daarop gebaseerde individuele en aanverwante richtlijnen, gaat de argumentatie ook op voor andere Europese richtlijnen. De regering zou nog eens opnieuw moeten bezien in hoeverre op bestaande verplichtingen die voortvloeien uit Europese richtlijnen op het gebied van het arbeidsrecht inderdaad sancties staan die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Die achterwege laten om de concurrentiepositie van in Nederland gevestigde bedrijven te versterken ten opzichte van bedrijven elders in de Europese Unie verdraagt zich slecht met het principe van eerlijke concurrentie op Europees niveau. Bovendien beogen de betreffende richtlijnen juist om werknemers bescherming te bieden in verband met hun afhankelijkheidspositie. Daarop gelet is, zoals de ILO al opmerkt, de mogelijkheid van werknemers om hun baas voor de rechter te slepen een onvoldoende instrument. Arbeidsmigranten hebben veelal niet eens toegang tot een vakbond, laat staan dat ze een rechtszaak weten en vooral durven aan te spannen.

Onder knelpunten in wet- en regelgeving zijn verschillende suggesties gedaan die handhaving kunnen bevorderen, zoals een wijziging van artikel 273f Sr.

Als de Arbeidsinspectie in meer gevallen een boete op kan leggen verschuift daardoor het accent van civiele naar publieke handhaving. Op zichzelf is het natuurlijk volstrekt niet onlogisch om publieke handhavers te belasten met de handhaving van publieke wet- en regelgeving en de handhaving van civiele overeenkomsten en verbintenissen aan civiele partijen over te laten, waarbij werknemers een beroep moeten kunnen doen op vakbonden om hun ongelijkheidspositie op te heffen en bijvoorbeeld aanspraken op nabetalingen te gelde kunnen maken.

Op alle in de tabel genoemde constructies om op oneerlijke wijze geld te verdienen zou een bestuurs- en/of strafrechtelijke sanctie moeten staan. Dat zou kunnen door deze constructies deels beboetbaar te maken in de diverse sociale wetten en deels als strafbare feiten toe te voegen aan de Wet op de economische delicten. Effectiever is het waarschijnlijk om het Belgische voorbeeld van een afzonderlijk Sociaal Strafwetboek⁹³ te volgen, waarin diverse vormen van sociale fraude strafbaar zijn gesteld. Onder sociale fraude wordt dan verstaan 'elk misbruik inzake het socialezekerheidsrecht, het arbeidsrecht en de sociale bijstand waarbij men zich probeert te onttrekken aan de regelgeving en de bij-

92 Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PbEU 1989, L 183). Deze richtlijn verplicht de lidstaten onder meer om werkgevers te verplichten een werknemersvertegenwoordiger in het leven te roepen met een specifieke taak op het gebied van de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Nederland heeft deze specifieke taak aan de OR toebedeeld (art. 12 Arbwet). Op het niet instellen staat echter geen sanctie. Evenmin staat een sanctie op het niet bieden van de mogelijkheid bij een inspectie de inspecteur te vergezellen en zich hiermee buiten gehoorsafstand van de werkgever te onderhouden.

93 Gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 1 juli 2010 en in werking getreden op 1 juli 2011, www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2010/06/06/2010A09589/justel.

horende lasten van de overheid'.⁹⁴ Daarin worden sancties gesteld, waaronder gevangenisstraffen, op overtredingen van bepalingen in sociale wetten die in Nederland thans zonder sanctie zijn of waarop in Nederland slechts een relatief geringe boete wordt gesteld. Zo kan krachtens artikel 190 Sociaal Strafwetboek de werkgever worden bestraft, die in zijn onderneming geen ondernemingsraad opricht en krachtens artikel 191 de werkgever die de ondernemingsraad niet de inlichtingen verstrekt die hij daaraan moet verstrekken. Ook kan de werkgever worden bestraft die het loon of vakantiegeld van de werknemer niet heeft uitbetaald of het niet heeft uitbetaald op de datum dat het loon invorderbaar is (art. 162). Op diverse vormen van sociale dumping⁹⁵ staat een gevangenisstraf van maximaal drie jaar. Dit wetboek draagt ongetwijfeld bij aan de in verhouding tot Nederland activistischer handhaving in België.⁹⁶ Arbeidsauditeur⁹⁷ Gianni Reale: 'Naast de belangen van de rechtsstaat hebben we altijd ook zeer veel aandacht voor de slachtoffers. Soms stoppen we lucratieve criminele activiteiten, en ik kan me inbeelden dat niet iedereen op dat moment daar even blij mee is'.⁹⁸

De introductie van meer strafbare feiten vergt meer capaciteit voor de publieke handhavers.⁹⁹ Dat is ook een logische conclusie als je het bestaande handhavingstekort wilt oplossen. Zo moet de Arbeidsinspectie op grond van ILO-Verdrag nr. 81 immers waarborgen dat de diverse wettelijke verplichtingen op alle werkplekken worden nageleefd, niet in de laatste plaats in ondernemingen die niet gerekend worden tot hoogrisicosectoren en in kleine ondernemingen. Ook het Raadgevend Comité benadrukt het belang hiervan in de genoemde Opinie: 'Unannounced visits must take place in all sectors/branches, assuring that "inspection pressure" is felt in all sectors/branches.' De ILO wijst er voorts op dat het met enige regelmaat onaangekondigd bezoeken van alle bedrijven ertoe bijdraagt dat werknemers zonder te hoeven vrezen voor benadeling misstanden bij de Arbeidsinspectie kunnen melden.¹⁰⁰ Ook voor die onaangekondigde inspecties in alle bedrijven is meer capaciteit nodig.

94 www.siod.belgie.be/nl/sociale-fraude.

95 Een geheel van handelingen waarbij door middel van het niet naleven van de geldende nationale, Europese en internationale regelgeving afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de werknemer of de zelfstandige in kwestie waardoor de opdrachtgever een oneerlijk verkregen concurrentieel voordeel geniet dat hij zonder de overtreding van de regelgeving niet zou kunnen bekomen hebben en waardoor de overheid op deze manier inkomsten misloopt.

96 Over de vraag of het, bovenop het strafbaar stellen van sociale fraude, toegevoegde waarde zou hebben als Nederland net als België (SIOD) een speciale afdeling voor sociale misdrijven binnen het Openbaar Ministerie zou hebben, lopen de meningen uiteen. Zie daarover 'Misstanden bij PostNL: waarom treedt België harder op dan Nederland?' *Trouw* 1 april 2022.

97 De arbeidsauditeur stuurt de sociale-inspectiediensten en de politiediensten aan bij het onderzoek inzake sociaalstrafrechtelijke misdrijven, zoals inbreuken inzake zwartwerk, arbeidsveiligheid, loonbescherming, fraude met uitkeringen, inbreuken inzake tachograaf.

98 'Gianni Reale pakt PostNL aan: "De mensenhandel en sociale dumping die wij dagelijks tegenkomen, is zeer schrijnend"', *De Morgen* 31 maart 2022.

99 Wat voor de Arbeidsinspectie geldt, geldt ook voor de andere rijksdiensten als de ILT, de FIOD en de Belastingdienst, maar ook voor de gemeenten, provincies, omgevingsdiensten en waterschappen en voor het Openbaar Ministerie. Al deze instanties moeten voldoende handhavingscapaciteit hebben.

100 ILO, GB.322/INS/13/7, 2014, 130, p. 30.

Meer capaciteit is nodig voor het vergroten van de pakkans. De Arbeidsinspectie komt, zoals gezien, in de praktijk diverse verdienmodellen tegen. Deze zijn lucratief door de combinatie van hoge winsten, een geringe pakkans en verhoudingsgewijs lage straffen waarmee het plegen ervan wordt bedreigd. Als de pakkans wordt vergroot, blijft overeind dat de verhouding tussen hoge winsten en verhoudingsgewijs lage straffen het plegen van de misstanden nog steeds aantrekkelijk kan maken. Dit kan worden tegengegaan door de onrechtmatig verkregen winsten af te romen. Nog afschrikwekkender waarschijnlijk is de sanctie van gevangenisstraf voor de overtreders. Hoe groter de kans dat snel en effectief tegen overtreders wordt opgetreden, hoe groter de kans dat misstanden worden gemeld. Dat leidt dan ook weer tot de noodzaak van extra capaciteit.

Mede met het oog op een Europees *level playing field* zou onderzoek gedaan kunnen worden naar de sancties van het afromen van winsten en het opleggen van gevangenisstraffen in geval van het overtreden van arbeidswetten in andere lidstaten van de Europese Unie, zoals België.

Naast een flinke capaciteitsuitbreiding met de daarbij behorende adequate scholing is meer samenwerking tussen ketenpartners, ook grensoverschrijdend, zowel nodig om misstanden te signaleren (meer ogen en oren) als om ze effectief aan te kunnen pakken. Daartoe moeten onafhankelijke vakbonden in de gelegenheid worden gesteld om de werkplekken te bezoeken, ook die van arbeidsmigranten. Vakbonden werken al grensoverschrijdend samen en kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het signaleren en aanpakken van grensoverschrijdende misstanden. Vaak is het bevragen van werknemers noodzakelijk om te weten te komen wat zich daadwerkelijk afspeelt. Vakbondvertegenwoordigers kunnen dat gemakkelijker doen dan autoriteiten, mits zij worden toegelaten uiteraard. Bovendien kunnen vakbonden namens werknemers in rechte nakoming van hun rechten vorderen.

Digitale instrumenten kunnen (naar het voorbeeld van de belastingaangifte) worden gebruikt om het voldoen aan een aantal basisverplichtingen van bedrijven in kaart te brengen: de aanwezigheid van een basiscontract met een gecertificeerde arbodienst en van een risico-inventarisatie en -evaluatie, waarmee – indien aanwezig – het medezeggenschapsorgaan heeft ingestemd. In dit verband kan ook de aanwezigheid van beroepsziekten genoemd worden. Artikel 14 ILO-Verdrag nr. 81 schrijft voor dat beroepsziekten bij de Arbeidsinspectie moeten worden gemeld. Nederland heeft tot dusverre verzuimd om dit wettelijk te regelen en is daarover door de ILO aangesproken.¹⁰¹ Het Raadgevend Comité zegt hierover: ‘Where such notifications are made to an institution other than the Inspectorate, the notifications shall also be made available to the inspectorates.’¹⁰²

Op het gebied van arbeidsomstandigheden lijkt er al decennialang geen vooruitgang in het terugdringen van arbeidsrisico's. Het lijkt er haast op dat beroepsziekten en arbeidsongevallen nu eenmaal bij het economisch bedrijf horen:

101 ILO, GB.322/INS/13/7, 2014, 130, p. 28-29.

102 Doc n 1986-01-19/EN, 10 december 2019, p. 6.

waar gehakt wordt, vallen spaanders; waar gewerkt wordt, vallen slachtoffers. Een campagne zoals de geslaagde maatschappelijke campagne om het jaarlijkse aantal verkeersslachtoffers fors te reduceren zie je in het bedrijfsleven niet. Misschien komt het ook omdat achtereenvolgende kabinetten steevast de boodschap hebben uitgedragen dat veilig en gezond werken primair de verantwoordelijkheid van sociale partners is, zoals arbeidsverhoudingen dat in het algemeen zijn in de visie van de Nederlandse overheid.

Ratificatie van ILO-Verdrag nr. 187 inzake het promotioneel kader voor de veiligheid en gezondheid op het werk zou hierin verandering kunnen brengen. Het doel van dit verdrag is de promotie van veiligheid en gezondheid bij het werk. Daartoe dienen landen beleid te ontwikkelen. Het middel bij uitstek daarvoor is een nationaal programma, onder leiding van de overheid. Omdat de leiding van een nationaal programma in handen van de overheid zou moeten komen, werd tien jaar geleden, tegen de wens van de werknemersorganisaties in, besloten om dit verdrag niet te ratificeren. Doorslaggevend was toen het feit dat dit verdrag de verdeling van de verantwoordelijkheid tussen overheid en sociale partners zou doorkruisen.¹⁰³

In 2019 nam de ILO echter een resolutie aan¹⁰⁴ waarin zij opriep voorstellen in overweging te nemen om het recht op gezonde en veilige werkomstandigheden toe te voegen aan het raamwerk van fundamentele arbeidsrechten.¹⁰⁵ Lidstaten van de ILO worden geacht uit hoofde van hun lidmaatschap deze fundamentele arbeidsrechten te respecteren. Bovendien werkt de SER momenteel aan een advies over de Arbovisie 2040, een langetermijnvisie op het arbeidsomstandighedenbeleid. De daaraan gekoppelde Beleidsagenda zal vervolgens zo veel mogelijk in gezamenlijkheid worden vorm gegeven en uitgevoerd.¹⁰⁶ Daarmee lijkt het argument dat het verdrag niet past bij de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en sociale partners inmiddels achterhaald.

6.3.5 Aanbevelingen

Na bovenstaand overzicht van de problematiek van misstanden op de arbeidsmarkt, de knelpunten in de publiekrechtelijke handhaving, het belang van samenwerking tussen ketenpartners en mogelijke oplossingsrichtingen, volgt hier een aantal beknopt geformuleerde aanbevelingen aan de verantwoordelijke minister en de regering om het gesignaleerde handhavingstekort aan te pakken:

- Maak een eind aan het beleid van vrijheid-blijheid voor het bedrijfsleven. Ook in Nederland dienen bedrijven arbeidswetten en werknemersbelangen te respecteren. Daarmee is een publiek belang gediend.
- Maak een eind aan verdienmodellen die zijn gebaseerd op schending of ontduiking van publieke wet- en regelgeving, inclusief ILO-verdragen. Pas daartoe wetgeving aan en/of introduceer nieuwe wetgeving, zoals een sociaal strafwetboek.

103 Kamerstukken II 2011/12, 29427, nr. 84.

104 GB.337/INS/3/2.

105 Deze zien op het afschaffen van kinderarbeid, het verbod op discriminatie, het verbod op dwangarbeid en op eerbiediging van het recht op vereniging en collectief onderhandelen.

106 Kamerstukken II 2020/21, 25883, nr. 413.

- Stel op de overtreding van publieke wet- en regelgeving publieke sancties, die ook handhaafbaar zijn. Dat stelt eisen aan de formulering van de regels.
- Zorg voor een rijk en gevarieerd arsenaal aan sancties voor inspecties, toezichthouders, Openbaar Ministerie en diensten, die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, inclusief de mogelijkheid om door misstanden verkregen winsten af te romen.
- Waarborg de onafhankelijkheid van de inspecties en toezichthouders, die minder terughoudend moeten zijn in het inzetten van de beschikbare handhavingsinstrumenten, ook de zwaardere.
- Vergroot de capaciteit van de Arbeidsinspectie zodanig dat zij door middel van in aantal en frequentie voldoende (onaangekondigde) inspecties haar taken effectief kan vervullen zodat de diverse wettelijke verplichtingen op alle werkplekken worden nageleefd, niet in de laatste plaats in ondernemingen die niet gerekend worden tot hoogerisicosectoren en in kleine ondernemingen. Benut ook de mogelijkheid van digitale instrumenten.
- Vergroot ook de capaciteit van de andere publieke handhavers.
- Stimuleer dat de Arbeidsinspectie haar werkwijze verbetert door beter samen te werken met ketenpartners, waaronder de vakbonden, ook op Europees en mondiaal niveau. Dit impliceert sneller en uitvoeriger terugkoppelen en beter communiceren.
- Stel samen met sociale partners een nationaal programma op om bestaande arbeidsrisico's daadwerkelijk te reduceren. Ratificeer daartoe ILO-Verdrag nr. 187 en respecteer het bredere raamwerk van fundamentele arbeidsrechten.

6.4 Handhaving door de vakorganisaties

D.M.A. Bij de Vaate, C. van den Bor en W.H.A.C.M. Bouwens¹⁰⁷

6.4.1 Inleiding

De rode draad die door het arbeidsrecht loopt, is de bescherming van de werknemer als sociaaleconomisch afhankelijke partij. Deze krijgt vorm door een versterking van zijn juridische positie ten opzichte van zijn werkgever.¹⁰⁸ Voor sommige werknemers lijkt deze bescherming echter een lege huls te (zijn) (ge)worden. De laatste decennia is een trend waarneembaar waarbij werkgevers steeds meer gebruikmaken van atypische contractsvormen en schijnconstructies om daarmee de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht – en de daarmee gepaard gaande kosten – te vermijden.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Vivian Bij de Vaate, Cara van den Bor en Willem Bouwens zijn werkzaam aan de Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk als universitair hoofddocent, promovenda en hoogleraar.

¹⁰⁸ P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht, over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 85. Zie ook: C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid* (diss. Amsterdam UvA), Universiteit van Amsterdam 2014, p. 16 e.v.

¹⁰⁹ OECD 2022, *Self-employment rate* (indicator), doi: 10.1787/fb58715e-en (geraadpleegd op 25 april 2022); OECD 2022, *Temporary employment* (indicator), doi: 10.1787/75589b8a-en (geraadpleegd op 25 april 2022); G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 228.

In deze trend past ook de opkomst van platformarbeid.¹¹⁰ Platformbeheerders – zoals Uber of Deliveroo – maken, net als sommige andere werkgevers, op grote schaal (oneigenlijk) gebruik van opdrachtovereenkomsten, resulterend in een nagenoeg onbeschermde positie van de door hen ingezette arbeidskrachten.

Het arbeidsrecht kent bij de handhaving van arbeidsrechtelijke normen een belangrijke rol toe aan de individuele werknemer. Hij kan de werkgever aanspreken tot naleving door een vordering in te dienen bij de civiele rechter.¹¹¹ Bij de effectiviteit van deze handhavingmethode kunnen vraagtekens worden geplaatst. Voor veel werkenden zal het aanspannen van een juridische procedure tegen de werkgever/opdrachtgever een brug te ver zijn, bijvoorbeeld omdat zij vrezen dat de wederpartij daarin aanleiding zal zien over te gaan tot beëindiging van de arbeidsrelatie of tot andere represailles.¹¹² Bovendien zijn werkenden niet altijd op de hoogte van hun rechten, zijn de kosten van het voeren van een juridische procedure hoog en is de uitkomst vaak onzeker.¹¹³

Daarbij komt dat een deel van de werkenden niet zit te wachten op de status van ‘werknemer’ en de toepasselijkheid van het arbeids- en socialezekerheidsrecht die daarvan het gevolg is. Deze status kan meebrengen dat (netto) een lagere vergoeding wordt ontvangen voor de verrichte arbeid.¹¹⁴ De werkgever zal immers aan allerlei (vaak kostbare) verplichtingen moeten voldoen. Denk bijvoorbeeld aan het risico van loondoorbetaling bij ziekte, zorgfaciliteiten, loonheffing, de afdracht van (werkgevers- en werknemers)premies voor de werknemersverzekeringen, pensioenpremies en bijdragen voor bij cao ingestelde fondsen.¹¹⁵ Bovendien komt de zelfstandig werkende in aanmerking voor diverse fiscale voordelen.¹¹⁶ Als gevolg van een en ander kan een situatie ont-

110 Zie voor meer over de veranderende arbeidsmarkt en de kwalificatievraag o.a.: SER, *Mens en technologie: samen aan het werk*, oktober 2016; S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’, *ArA* 2017/11, p. 63-65; M.S. Houwerzijl, ‘Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning’, *TRA* 2017/14; P.T. de Beer & M.J. Keune, ‘De toekomst van het Nederlandse arbeidsbestel’, *TRA* 2019/3 en P.Th. Sick, ‘Deliveroo: terecht bezorgd’, *TRA* 2019/24.

111 Art. 3:296 jo. art. 6:248 BW.

112 Vgl. M. Kullmann, ‘De handhaving van het arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties’, *TRA* 2016/3. Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30678, nr. 3, p. 2; *Kamerstukken II* 2016/17, 34573, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, nr. 3, p. 37.

113 G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 226; J.G.J. Rinkes & J.M.P. Verstappen, ‘De toekomstige vormgeving van het civiele procesrecht’, in: M.L. Hendrikse (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98; M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg*, Den Haag: RMO advies 2004, p. 61.

114 Zie in dat verband: *Kamerstukken I* 2015/16, 34036, H, Bijlage rapport ‘IBO zelfstandigen zonder personeel’, Den Haag 2015. Uit dit rapport blijkt ook dat bij gelijke reserveringen voor werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid en aanvullend pensioen een zzp’er netto aanzienlijk meer overhoudt van de opbrengsten van zijn arbeid dan een werknemer (zie in het bijzonder de tabellen op p. 120-122).

115 Zo blijkt uit een in 2021 gehouden enquête van zes platformbedrijven onder bijna 1300 bezorgers, chauffeurs en klussers die via hen aan het werk zijn, dat een ruime meerderheid van deze groep de voorkeur geeft aan de status van zzp’er als het werknemerschap leidt tot een lager netto-inkomen. Zie ‘Uber en Deliveroo: Chauffeurs en maaltijdbezorgers willen helemaal niet in loondienst’, *Trouw* 8 oktober 2021.

116 Inmiddels worden aftrekposten zoals de zelfstandigenaftrek en de mkb-vrijstelling voor een deel afgebouwd. Zie *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, J, p. 7.

staan dat geen van beide partijen bij de individuele overeenkomst een belang ervaart bij handhaving van dwingend voorgeschreven arbeidsrechtelijke normen.

Niet-nakoming van die normen kan de arbeidsmarkt echter verstoren. Wanneer een opdrachtgever die oneigenlijk atypische contractsvormen of schijnconstructies gebruikt, zijn diensten als gevolg van het niet toepassen van arbeidsrechtelijke normen kan aanbieden tegen een lagere prijs dan bedrijven in dezelfde bedrijfstak die deze normen wel in acht nemen, ontstaat een ongelijk speelveld.¹¹⁷ Dit kan er bovendien toe leiden dat laatstgenoemde bedrijven zich genoodzaakt voelen ook te kiezen voor andere rechtsvormen dan de arbeidsovereenkomst.¹¹⁸ Het is derhalve ook voor bedrijven die zich wel aan de arbeidsrechtelijke normering onderwerpen, alsmede voor de daar werkzame werknemers, van belang dat het oneerlijk verworven concurrentievoordeel teniet wordt gedaan.

Nu de drempels om naleving van arbeidsrechtelijke normen af te dwingen voor individuele werkenden hoog zijn en de corrigerende werking van het overheids-toezicht (te) beperkt,¹¹⁹ komt de vraag op in hoeverre vakorganisaties handhavend kunnen optreden. Zij zijn als *repeat player* vaak beter in staat om een (procedurele) vuist te maken tegen werkgevers dan individuele werknemers die als zogenoemde *one shotters* in het algemeen niet de expertise, (proces)ervaring en middelen hiervoor hebben.¹²⁰ De vakorganisaties hebben bovendien een belang bij handhaving van arbeidsrechtelijke normering wanneer werkenden in een bepaalde onderneming daar zelf niet op aandringen. Onderbieding bedreigt immers ook de positie van andere ondernemingen in de bedrijfstak en daarmee indirect de (in de wet en cao's neergelegde) arbeidsvoorwaarden van degenen die daar werkzaam zijn.

Hierna gaan wij in op de mogelijkheden van vakorganisaties om naleving van arbeidsrechtelijke normen af te dwingen en de daaraan verbonden beperkingen.¹²¹ Eerst behandelen wij de mogelijkheden om op te komen tegen niet-naleving van arbeidsvoorwaardenbepalingen die zijn opgenomen in cao's. Vervolgens bespreken wij het instrumentarium dat de vakorganisaties ter beschikking staat om op te komen tegen schending van arbeidsrechtelijke normen die in andere

117 Vergelijk de overwegingen die de wetgever ten grondslag heeft gelegd aan de Wet aanpak schijnconstructies (Kamerstukken II 2014/15, 34108, nr. 3, p. 1-6).

118 Vgl. L.F. Vosko e.a., *Closing the enforcement Gap*, University of Toronto Press 2020, p. 39.

119 Zie ook de bijdragen van Wetzels & Sick en Van Steenbergen aan deze bundel.

120 M. Galanter, 'Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law & Society Review* 1974, nr. 1, p. 95-160; M. ter Voert & C. Klein Haarhuis, *Rechtshulp gemist?*, WODC: Den Haag 2015.

121 Voor deze bespreking is mede geput uit: C. van den Bor & D.M.A. Bij de Vaate, 'Collectief procederen door de vakbond', *TRA* 2020/12; C. van den Bor, 'Inhoudelijke aspecten van handhaving op grond van artikel 3:305a BW en de verhouding tot het cao-instrumentarium', *TRA* 2021/45; D.M.A. Bij de Vaate, 'Collective redress and workers' rights in the Netherlands', *European Labour Law Journal* 2021, nr. 4, p. 455-474 en C. van den Bor, 'Naleving van cao-bepalingen – HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (FNV/Vennootschap X) en HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (Inforcontracting/SNCU)', *ArA* 2021/2.

wet- en regelgeving zijn neergelegd. Deze bijdrage wordt afgesloten met een slot-beschouwing en een aantal aanbevelingen.

6.4.2 Handhaving van in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden

Handhavingsinstrumenten in de Wet CAO

Uit artikel 1 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) volgt dat de cao twee grondtypen kent. Aan werknemerskant worden cao's gesloten door (een of meer) werknemersverenigingen, terwijl aan werkgeverszijde de cao niet alleen met een vereniging van werkgevers kan worden aangegaan, maar ook rechtstreeks met een of meer individuele werkgevers. Bij de eerste categorie gaat het om bedrijfstak- of sector-cao's; bij de tweede is veelal sprake van ondernemings- of concern-cao's.

Partijen bij de cao zijn op grond van het algemeen verbintenissenrecht aan die overeenkomst gebonden. Voor een ondernemings- of concern-cao geldt daarom dat de vakbond overeenkomstig het algemeen verbintenissenrecht nakoming van de cao-bepalingen kan vorderen van de contracterende werkgever(s).¹²²

Voor de bedrijfstak- en sector-cao voorziet de Wet CAO in een speciale regeling. Degene die tijdens de looptijd van de cao lid zijn of worden van een van de cao-partijen, en onder de werkingssfeer van die cao vallen, zijn op grond van artikel 9 lid 1 Wet CAO aan die cao gebonden. Zij zijn ingevolge het tweede lid van dit wetsartikel tegenover alle partijen bij die cao gehouden om de voorschriften uit de cao die op hen betrekking hebben, te goeder trouw ten uitvoer te brengen als hadden zij zichzelf daartoe verbonden. Op deze manier verkeren werkgevers die lid zijn van een partij bij de cao, in dezelfde positie als in het geval dat zij de overeenkomst rechtstreeks met de vakbond hadden gesloten.¹²³

Uit het arrest CNV/Pennwalt uit 1997 volgt dat de vakbond als contractspartij een zelfstandig recht heeft nakoming te vorderen van een door hem met de werkgever gesloten cao, in het bijzonder indien het gaat om de in de cao opgenomen verplichtingen van die werkgever jegens zijn werknemers.¹²⁴ De werknemersorganisatie kan uit eigen hoofde nakoming vorderen. Indien de werkgever in de uitspraak wordt veroordeeld tot het verrichten van een prestatie jegens zijn werknemers, dient de rechter de toewijzing van een door de vakbond ingestelde nakomingsvordering in het dictum echter wel te beperken tot werknemers die jegens hun werkgever aanspraak op naleving *wensen* te maken en ook *kunnen* maken.¹²⁵

Het ging in de zaak CNV/Pennwalt om een vordering van de werknemersorganisatie die inhield dat de werkgever het tegoed aan vrije snipperdagen van elk van de werknemers moest vermeerderen met de door hem in strijd met de cao in de periode tussen kerst en oud en nieuw eenzijdig vastgestelde vaste snipper-

122 Art. 3:296 jo. art. 6:248 BW.

123 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

124 Uit HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, r.o. 3, NJ 1988/70, m.nt. Stein (FTA/AGCA) blijkt dat een op dit artikellid gebaseerde nakomingsvordering van de vakbond zelfs betrekking kan hebben op de bepalingen die na het verstrijken van de looptijd van de betreffende cao nawerken.

125 HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, r.o. 3.5 en 3.6, JAR 1998/39.

dagen. De ‘wensen/kunnen-bepanking’ betekende volgens de Hoge Raad in deze kwestie dat de nakomingsvordering van de vakorganisatie bijvoorbeeld geen betrekking kon hebben op werknemers die vóór de betreffende periode reeds alle snipperdagen hadden opgenomen, die bij voorafgaand overleg te kennen hadden gegeven in de betreffende periode snipperdagen te willen opnemen of die bewust afstand hadden gedaan van hun recht op de omstreden snipperdagen.

Het arrest riep vragen op over de precieze reikwijdte van de wensen/kunnen-clausule. Deze werden door de Hoge Raad voor een deel opgehelderd in het arrest *FNV/Inretail* uit 2018.¹²⁶ In die uitspraak overwoog de Hoge Raad in de eerste plaats dat de nakomingsvordering van de vakorganisatie gericht kan worden zowel tegen een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao als, op grond van artikel 9 Wet CAO, tegen individuele leden daarvan. Verder benadrukte de Hoge Raad dat voor toewijzing van die vordering niet is vereist dat er werknemers zijn die zich hebben verzet of die bezwaar hebben gemaakt tegen de handelwijze van hun werkgever.

Verdere verduidelijking volgde in het arrest *FNV/X* uit 2021. De Hoge Raad geeft daarin te kennen dat de overweging uit het *CNV/Pennwalt*-arrest, dat de toewijzing van de nakomingsvordering alleen betrekking kan hebben op de nakoming van een verplichting van de werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak kunnen maken, geen andere strekking heeft dan dat de werkgever op vordering van een werknemersorganisatie slechts gehouden kan zijn tot het verrichten van een prestatie jegens zijn werknemers indien en voor zover deze werknemers in hun verhouding tot de werkgever recht hebben op deze prestatie.¹²⁷ De overweging dat toewijzing van deze vordering alleen betrekking kan hebben op het verrichten van een prestatie jegens de werknemers die daarop aanspraak wensen te maken, moet volgens de Hoge Raad worden bezien in het licht van de in die zaak bestaande, uit de desbetreffende cao voortvloeiende mogelijkheid voor de werknemers om er zelf voor te kiezen in de genoemde periode snipperdagen op te nemen. In dat geval zijn de in deze periode van het tegoed afgeschreven dagen niet aan te merken als door de werkgever ten onrechte vastgestelde snipperdagen. Het ging dus om een vordering die betrekking had op een recht ten aanzien waarvan de cao de werknemer een individuele keuzemogelijkheid liet. In zo'n geval kan niet door de toewijzing van de vordering van de werknemersorganisatie een prestatie aan de werknemer worden opgedrongen. Ontbreekt een keuzemogelijkheid, dan hoeft toewijzing van een nalevingsvordering van de werknemersorganisatie niet afhankelijk te worden gesteld van de wens van de werknemers tot nakoming van de prestatie. Dat zou zich volgens de Hoge Raad ook niet goed verdragen met het uitgangspunt dat een werknemersorganisatie die partij is bij een cao, als contractspartij uit eigen hoofde nakoming kan vorderen van in die cao opgenomen verplichtingen en het

126 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/184, m.nt. Stege, NJ 2019/148, m.nt. Barentsen (*FNV/Inretail*). Zie daarover ook: C.P. Robben & S.N. de Valk, ‘Handhaving van cao’s en contractsvrijheid (deel I)’, TRA 2019/46 en ‘Handhaving van cao’s en contractsvrijheid (deel II)’, TRA 2019/55.

127 HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, r.o. 3.3.7 (*FNV/Vennootschap X*); bevestigd in HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (*Infcontracting/SNCU*).

daaraan ten grondslag liggende eigen belang van de werknemersorganisatie bij naleving van de cao.

Hoewel het belang van de wens van de individuele werknemer in de recente arresten van de Hoge Raad sterk wordt gerelativeerd, kan deze in onze optiek ook buiten het geval dat de (niet-algemeenverbindendverklaarde) cao in een individuele keuzemogelijkheid voorziet, relevant zijn.¹²⁸ Dit hangt samen met het gegeven dat op grond van artikel 9 lid 1 Wet CAO alleen degenen die tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, lid zijn of worden van een vereniging welke de cao heeft aangegaan, en die onder de werkingssfeer van die cao vallen, door die cao gebonden zijn. Voor gebonden werknemers geldt dat de arbeidsvoorwaardenbepalingen van de cao automatisch dwingend doorwerken in die overeenkomst die zij met een gebonden werkgever aangaan. Ieder beding tussen gebonden werkgever en gebonden werknemer dat in strijd is met de cao waaraan zij beide gebonden zijn, is nietig en wordt van rechtswege vervangen door de bepaling die in de cao is opgenomen (art. 12 Wet CAO).¹²⁹ Bevat de individuele overeenkomst geen regeling omtrent een bepaalde aangelegenheid, dan geldt tussen partijen hetgeen daaromtrent in de cao is neergelegd (art. 13 Wet CAO). Bijzonder aan de nietigheid van artikel 12 Wet CAO is dat deze absoluut is. Dit betekent dat zij door iedere belanghebbende kan worden ingeroepen.¹³⁰ Zien gebonden partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst af van uit de cao voortvloeiende rechten en verplichtingen, dan komt dat neer op een met de cao strijdig, en daarom nietig, beding.¹³¹ Uit lid 2 van artikel 12 Wet CAO volgt dat cao-partijen deze nietigheid kunnen inroepen zonder dat zij hun belang daarbij hoeven aan te tonen.¹³²

Een en ander ligt anders ingeval de werkgever gebonden is, maar de werknemer niet. Om onderbieding van de cao te voorkomen, verplicht artikel 14 Wet CAO gebonden werkgevers de arbeidsvoorwaardenbepalingen van die cao ook na te komen bij arbeidsovereenkomsten die hij aangaat met werknemers die niet gebonden zijn. Het betreft een verplichting van driekwart dwingend recht. Cao-partijen kunnen anders overeenkomen. In de praktijk komt deze bepaling neer op een verplichting voor de gebonden werkgever om ongebonden werknemers (volgens de meeste auteurs: ook degenen die reeds bij hem in dienst zijn¹³³)

128 Zie daarover ook de noot van B. Barentsen onder ECLI:NL:HR:2021:413, NJ 2022/115 en N. Jansen & M. ten Broeke, 'Het vakbondsgereedschap bij cao-naleving I: de vordering tot nakoming', *ArbeidsRecht* 2022/10.

129 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6. Zie HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4276 (Boonen/Quicken).

130 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6. Derden kunnen de strijdige afspraken dus negeren. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/612 en M.M. Olbers, 'Handhaving van de cao', *SMA* 1988, p. 218.

131 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 4, p. 23 en, uitgebreid, C. van den Bor, 'Naleving van cao-bepalingen', *ArA* 2021/2.

132 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

133 Zie o.a. G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in art. 14 van de Wet op de CAO', *SMA* 1979, p. 215-229, en W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93. Zie echter ook Kamerstukken II 1925/27, 166, nr. 4 nr. 4, p. 16, waarin wordt overwogen dat de cao zich volgens de regel van het artikel niet uitstrekt over reeds aangegane arbeidsovereenkomsten, alsmede E. Verhulp & N. Jansen, aant. 3 bij art. 14 Wet CAO, 'Welke hij aangaat' of ook is aangegaan?', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

de arbeidsvoorwaarden uit de cao aan te bieden. Veelal voldoet de gebonden werkgever aan deze verplichting door in de arbeidsovereenkomst een (dynamisch) incorporatiebeding op te nemen, dat de arbeidsvoorwaardenbepalingen van de (huidige en toekomstige) cao van toepassing verklaart op de individuele arbeidsovereenkomst.

Voor de toepassing van een niet-algemeenverbindendverklaarde cao op de individuele arbeidsovereenkomst met een ongebonden werknemer is derhalve steeds diens instemming vereist. Artikel 12 Wet CAO is op deze relatie niet van toepassing. Met de cao strijdige bedingen zijn geldig. Artikel 14 Wet CAO beperkt alleen de gebonden werkgever in zijn contractsvrijheid; voor een niet-of anders georganiseerde werknemer heeft het artikel geen rechtsgevolgen.¹³⁴ Dit betekent dat de vakbond wel nakoming van de in artikel 14 neergelegde verplichting kan vorderen, bijvoorbeeld dat de werkgever ongebonden werknemers aanbiedt om de cao toe te passen,¹³⁵ maar afdwingen dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao tegen de wil van deze werknemers daadwerkelijk worden toegepast op hun arbeidsovereenkomst, lijkt slechts mogelijk wanneer in die overeenkomst een incorporatiebeding of eenzijdigwijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW is opgenomen.

Tot slot kan de vakbond die partij is bij de cao op grond van artikel 15 en 16 Wet CAO de gebonden werkgever aanspreken tot vergoeding van de (immateriële) schade wanneer de werkgever de cao-bepalingen of zijn artikel 14-verplichting niet nakomt. Voor vergoeding komt niet alleen in aanmerking de schade die de vakbond zelf lijdt, maar ook die welke zijn leden lijden. Een vakbond kan een dergelijke vordering derhalve ook instellen als zijn leden vanwege hun afhankelijke positie zelf niet durven te ageren tegen hun werkgever.¹³⁶

Handhavinginstrumenten in de Wet AVV

De bepalingen van een cao kunnen voor een gehele bedrijfstak of sector algemeen verbindend worden verklaard (art. 2 lid 1 Wet AVV). Het gevolg van algemeenverbindendverklaring is dat ook werkgevers en werknemers die niet verenigingsrechtelijk of contractueel gebonden zijn, de betreffende bepalingen moeten naleven. De wetgever stond bij de totstandkoming van de wet voor ogen om de gevolgen van de verbindendverklaarde bepalingen van een cao voor de individuele arbeidsovereenkomst gelijk op te laten lopen met die van artikel 12 en 13 Wet CAO.¹³⁷ Artikel 3 Wet AVV bevat met het oog daarop een regeling die het equivalent vormt van die twee wetsartikelen.

Het eerste lid van artikel 3 Wet AVV bepaalt dat elk beding strijdig met de verbindendverklaarde bepalingen overeengekomen tussen werkgevers en werknemers van wie de arbeidsovereenkomst binnen de werkingssfeer van de verbindendverklaring valt, nietig is. Gevolg daarvan is dat ook de individuele arbeidsovereenkomsten met werknemers die niet reeds op grond van artikel 9 Wet CAO aan die cao gebonden zijn, gedurende de looptijd van die verbindend-

¹³⁴ Zie ook HR 7 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:78 (Suk/Brittania). Vgl. A-G Spier onder HR 20 december 2002, JAR 2003/19.

¹³⁵ Vgl. N. Jansen & M. ten Broeke, 'Het vakbondsgereedschap bij cao-naleving I: de vordering tot nakoming', *ArbeidsRecht* 2022/10.

¹³⁶ Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 7.

¹³⁷ Kamerstukken II 1936/37, 274, nr. 3, p. 5.

verklaring dwingend worden genormeerd door de betreffende cao-bepalingen. Hun eventuele wens om niet door die cao te worden geraakt, doet daar niet aan af.

In het tweede lid van artikel 3 Wet AVV heeft de wetgever voorzien in een regeling op grond waarvan derden in ieder geval de nietigheid van strijdige bedingen kunnen inroepen. De bevoegdheid is toegekend aan verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers of werkgevers wier leden partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop de verbindendverklaring van toepassing is. Niet vereist is derhalve dat de vakbond betrokken was bij de totstandkoming van de cao. In lijn met artikel 15 en 16 Wet CAO wordt in het vierde lid van artikel 3 Wet AVV voorzien in een mogelijkheid voor diezelfde verenigingen om vergoeding te vorderen van de (immateriële) schade die zichzelf of de leden lijden.

Hoewel de Wet AVV geen specifieke bepaling kent waarin verenigingen uitdrukkelijk een mogelijkheid wordt toegekend om een vordering tot nakoming van algemeenverbindendverklaarde bepalingen in te stellen, wordt sinds jaar en dag aangenomen dat zo'n vordering mogelijk is.¹³⁸ Dit lijkt recent ook *en passant* te zijn bevestigd door de Hoge Raad in de zaak van FNV tegen Vennootschap X, waarin het ging om een vordering tot naleving van de algemeenverbindendverklaarde CAO Pluimvee.¹³⁹ Volgens een arrest van het gerechtshof Amsterdam uit 2007 bestaat de bevoegdheid een dergelijke nakomingsvordering in te stellen ook (rechtstreeks) ten behoeve van werknemers die geen lid zijn van de betreffende vereniging.¹⁴⁰

Door cao-partijen ingestelde rechtspersonen belast met handhaving

In diverse cao's wordt door cao-partijen een paritair orgaan aangewezen voor de controle op naleving en de handhaving van die cao. Dit is onder meer gebeurd in de taxibranche (voorheen Sociaal Fonds Taxi, thans Sociaal Fonds Mobiliteit), de bouw (Stichting Technisch Bureau Bouw & Infra), de particuliere beveiliging (controleorgaan Sociaal Fonds Particuliere Beveiliging) en de uitzendbranche (Stichting Naleving Cao voor de Uitzendkrachten (hierna: SNCU)). Het gaat meestal om een aparte stichting of een commissie vallend onder het in de bedrijfstak werkzame sociaal fonds.¹⁴¹ De werkzaamheden van het orgaan worden veelal gefinancierd uit een verplichte bijdrage van werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen.¹⁴²

138 Hof Amsterdam 7 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4011, r.o. 2.7.2. Vgl. S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam GU), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 96 en p. 145; P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1956, p. 58 e.v.; W.J.P.M. Fase, *cao-recht*, Alphen aan de Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 127-129 en W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *cao-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 182-184.

139 HR 19 maart 2021 ECLI:NL:HR:2021:413, r.o. 3.3.2 (FNV/Vennootschap X). Zie voor meer hierover: C. van den Bor, 'Naleving van cao-bepalingen', *ArA* 2021/2.

140 Hof Amsterdam 7 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4011, r.o. 2.7.2, RAR 2008, 5.

141 Zie M. van Essen & W. Brinkman, *Toezicht op de naleving van cao-afspraken*, Rapportage onderzoek A-advies 2013.

142 Inhouding van een bijdrage op het salaris van de werknemer is op grond van art. 7:631 lid 2 sub c BW slechts mogelijk indien het fonds voldoet aan de nadere voorwaarden neergelegd in het Besluit fondsen en spaarregelingen van 23 januari 1972 (Stb. 1973, 33), zoals sindsdien gewijzigd.

In 2014 oordeelde de Hoge Raad in de zaak SNCU/Tido Vesta dat cao-partijen in een (algemeenverbindendverklaarde) cao toezicht en handhaving kunnen overdragen aan een door henzelf ingestelde privaatrechtelijke rechtspersoon.¹⁴³ De Hoge Raad constateerde dat cao-partijen in de uitzendsector de bevoegdheden die zij hebben op grond van artikel 3 Wet AVV en hun procesbevoegdheid rechtsgeldig op grond van de cao en de bijbehorende statuten en reglementen hebben gedelegeerd aan de SNCU en dat dit moet worden gezien als nadere concretisering of uitwerking van artikel 3 Wet AVV in verbinding met artikel 15 Wet CAO. Omdat de cao-bepalingen en de bijbehorende statuten en reglementen algemeen verbindend waren verklaard, was SNCU bevoegd tot het vorderen van schadevergoeding wegens niet-naleving van de algemeen verbindend verklaarde cao van Tido Vesta.¹⁴⁴ In het arrest *Inforcontracting/SNCU* uit 2021 heeft de Hoge Raad bevestigd dat ook toewijzing van een door een paritair orgaan ingestelde nakomingsvordering onafhankelijk is van de wens van de werknemers tot nakoming van de gevorderde prestatie.¹⁴⁵

6.4.3 Handhaving van niet in de cao neergelegde arbeidsrechtelijke normen

De handhavinginstrumenten die de vakorganisatie ter beschikking staan uit hoofde van de Wet CAO en Wet AVV kunnen door de vakorganisaties gebruikt worden om naleving van de in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden af te dwingen. Soms zijn cao-bepalingen zo geformuleerd dat zij ook als grondslag kunnen dienen voor handhaving van normen die niet in de cao zelf, maar in andere wet- en regelgeving zijn neergelegd. Zo treffen we in diverse cao's bepalingen aan die de werkgever verplichten al datgene te doen en na te laten, wat een goed werkgever in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten.¹⁴⁶ Bepalingen als deze kunnen als 'schakelbepaling' fungeren,¹⁴⁷ in die zin dat zij de vakorganisatie het cao-instrumentarium aanreiken om nakoming te bewerkstelligen van in andere wet- en regelgeving opgenomen arbeidsrechtelijke normen. Van een goed werkgever mag immers worden verwacht dat hij jegens zijn werknemers de dwingendrechtelijke bepalingen uit bijvoorbeeld titel 7.10 BW, de Wet arbeid en zorg, de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet naleeft.

143 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458 (*Tido Vesta/SNCU*). Vgl. M.M. Olbers, 'Handhaving van de cao', SMA 1988, p. 209, die al opmerkte dat geen wetsbepaling zich verzet tegen een zodanige overdracht van taken.

144 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458, r.o. 3.3.1 (*Tido Vesta/SNCU*). Dat verenigingen van werkgevers of van werknemers op wier verzoek een verbindendverklaring is uitgesproken, de Nederlandse Arbeidsinspectie op grond van art. 10 Wet AVV kunnen verzoeken een onderzoek naar de naleving van de algemeenverbindendverklaarde cao te doen instellen, staat er volgens de Hoge Raad niet aan in de weg dat toezicht en onderzoek door een privaatrechtelijke rechtspersoon als SNCU wordt uitgeoefend.

145 Zie HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537.

146 Zie bijv. art. 2 lid 1 CAO Detailhandel aardappelen, groenten en fruit, art. 1.8 CAO Nederlandse Universiteiten en art. 6 CAO Groothandel in bloemen en planten.

147 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, 2^e druk (Reeks VvA 29), Deventer: Kluwer 1999, p. 7-8, ten aanzien van de mogelijkheden art. 7:611 BW te gebruiken om naleving af te dwingen van wetsbepalingen die geen eigen nalevingssysteem (of geen nalevingssysteem voor individuele arbeidsrelaties) kennen.

Ontbreekt een cao-bepaling als hiervoor bedoeld of betreft het een werkgever die niet (als cao-partij, door lidmaatschap van de contracterende werkgeversorganisatie of algemeenverbindendverklaring) gebonden is aan de cao, dan kan geen beroep worden gedaan op het cao-instrumentarium. Dat betekent echter niet dat de vakorganisaties in dat geval steeds met lege handen staan. Zij kunnen onder omstandigheden namelijk gebruikmaken van de mogelijkheid een collectieve actie in te stellen op grond van artikel 3:305a BW. Dit instrument is bijvoorbeeld door FNV aangewend in procedures tegen de platformbeheerders Deliveroo en Helpling.¹⁴⁸

Op grond van artikel 3:305a BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd. Een vakbond kan op basis van dit artikel een procedure starten ter bescherming van de belangen van de werknemers die hij vertegenwoordigt. Dit geldt onzes inziens ook voor een paritair orgaan gegoten in de rechtsvorm van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, voor zover het gaat om de behartiging van belangen die aan dat orgaan zijn toevertrouwd.

De belangen waarvoor de belangenorganisatie opkomt, moeten gelijksoortig zijn. Zij moeten zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden wordt bevorderd. Er moet in één procedure geoordeeld kunnen worden over de aan de orde gestelde vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden van de individuele belanghebbenden betrokken hoeven te worden, aldus de Hoge Raad.¹⁴⁹ De omstandigheid dat een aanmerkelijk deel van de personen op wie de collectieve vordering ziet niet instemt met de rechtsvordering, brengt volgens de Hoge Raad niet met zich dat de vordering niet zou zien op 'gelijksoortige belangen'.¹⁵⁰

De procederende organisatie moet sinds inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca) op 1 januari 2020 tevens voldoen aan bepaalde governancevereisten (3:305a lid 2 BW). Zo moet zij beschikken over een toezichthoudend orgaan, passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de interne besluitvorming voor de achterban en voldoende middelen om de kosten van de procedure te dragen. Ook gelden zekere transparantievoorschriften. Verder moet de organisatie beschikken over voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen van de rechtsvordering en het voeren van de procedure.

Het derde lid van artikel 3:305a BW stelt nog enkele aanvullende voorwaarden. Zo mogen de bestuurders die betrokken zijn bij de oprichting van de rechtspersoon geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben en moet de vordering een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechts-

148 Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 en Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (Deliveroo) en Ktr. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 en Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741 (Helpling).

149 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa).

150 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa).

sfeer. Bovendien moet de organisatie in de gegeven omstandigheden voldoende hebben getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de wederpartij.

Veelal zal het zeker voor de grotere vakorganisaties geen probleem zijn om aan de hiervoor besproken eisen te voldoen. Sinds de inwerkingtreding van de Wamca stelt de aanhef van artikel 3:305a lid 2 BW echter tevens uitdrukkelijk als eis dat de organisatie die de vordering instelt, 'gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen voldoende representatief is'. Volgens de wetgever impliceert dit dat op voorhand duidelijk moet zijn dat de belangenorganisatie kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt, hetgeen onder meer getoetst kan worden op basis van de bij een vereniging aangesloten leden. De representativiteitseis voorkomt volgens de memorie van toelichting dat een stichting of vereniging een rechtsvordering kan instellen zonder de vereiste ondersteuning van een achterban.¹⁵¹

Onduidelijk is wat de introductie van de representativiteitseis betekent voor de mogelijkheden van vakorganisaties om zich op het nieuwe artikel 3:305a BW te beroepen. Representativiteit van de belangenorganisatie was onder het oude regime reeds een gezichtspunt dat de rechter in zijn afweging diende te betrekken bij de invulling van het vereiste dat de 'belangen voldoende gewaarborgd zijn'.¹⁵² Dat heeft tot 2020 nimmer tot ontvankelijkheidsproblemen voor de vakorganisaties geleid. Onder het nieuwe recht heeft het representativiteitsvraagstuk echter aan belang gewonnen. Hoewel het ledental van de belangenorganisatie slechts een indicatie is van de representativiteit van die organisatie, is niet uitgesloten dat de rechter thans in ondernemingen of bedrijfstakken waar het ledental van de vakbonden (zeer) beperkt is, in die omstandigheid eerder dan voorheen aanleiding zal vinden om tot niet-ontvankelijkheid van de vordering te concluderen. Dat uit onderzoek blijkt dat in vrijwel alle sectoren de overgrote meerderheid (gemiddeld bijna 80%) van alle daar werkzame werknemers (zeer) tevreden is met de wijze waarop zij door de vakbonden worden vertegenwoordigd,¹⁵³ lijkt op zichzelf niet voldoende om te kunnen concluderen dat de betreffende vakbond ook in een specifiek geval kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de betrokken werknemers opkomt. Voorts is niet uitgesloten dat de representativiteitseis voor problemen zorgt op het moment dat de vakbond handhavend wil optreden, maar een (aanzienlijk) deel van de werkenden waarvoor de collectieve vordering wordt ingesteld die actie niet steunt.

Bij het voorgaande dient wel opgemerkt te worden dat de verzwaarde ontvankelijkheidsvoorwaarden die op 1 januari 2020 in artikel 3:305a BW zijn doorgevoerd vooral zijn ingegeven om te dienen als een filter voor ad hoc opgerichte organisaties die met name opereren vanuit winst oogmerk en de belangen van de personen voor wie zij opkomen niet op de eerste plaats hebben staan.¹⁵⁴ De laatste jaren nam het aantal claimorganisaties met hoofdzakelijk commerciële motieven namelijk fors toe. De wetgever heeft benadrukt dat de kritiek op de

151 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 19.

152 Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3, p. 13.

153 TNO/CBS, *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden*, 2020, p. 39.

154 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18.

praktijk zich niet zozeer richt op belangenbehartigers die al een lange staat van dienst hebben.¹⁵⁵ In het zesde lid van artikel 3:305a BW is mede daarom voorzien in een mogelijkheid voor de rechter om (ambtshalve) een belangenorganisatie toch ontvankelijk te verklaren zonder dat aan de ontvankelijkheidseisen van lid 2 onderdelen a tot en met e en lid 5 van het wetsartikel is voldaan.¹⁵⁶ Dit is mogelijk wanneer de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel én een zeer beperkt financieel belang heeft of wanneer de aard van het gevorderde of de aard van de rechtspersoon die vordert of zijn/haar achterban daartoe aanleiding geeft.¹⁵⁷ In de eerste jurisprudentie gewezen op basis van het nieuwe regime van artikel 3:305a BW is deze uitzondering van toepassing geacht op een vordering door de vakbonden, gelet op het maatschappelijk belang dat met de vordering gediend wordt.¹⁵⁸

Anders dan wel wordt aangenomen, geldt het representativiteitsvereiste ook voor de gevallen bedoeld in het zesde lid. Als gevolg van een door de Tweede Kamer aanvaard amendement zijn slechts de ontvankelijkheidsvereisten die zijn opgenomen in de onderdelen a t/m e van lid 2 uitgezonderd van toepassing, en niet het in de aanhef van dat artikellid neergelegde representativiteitsvereiste.¹⁵⁹ Ook op dat punt heeft echter te gelden dat het achterliggende doel is te voorkomen dat de procedure op grond van het zesde lid ook zou openstaan voor vorderingen door niet-representatieve rechtspersonen met winstoogmerk zonder band met Nederland. Bedoeling is derhalve niet de reeds gevestigde orde van belangenorganisaties te beperken.¹⁶⁰ Gelet op deze achtergrond zouden wij menen dat rechters niet te strenge eisen dienen te stellen aan extra ontvankelijkheidsvoorwaarden sinds 1 januari 2020 voor een beroep op artikel 3:305a BW, in het bijzonder de eis van representativiteit, daar waar het gaat om belangenbehartiging door de vakbonden. In de eerste jurisprudentie op basis van het gewijzigde artikel 3:305a BW wordt deze visie bevestigd. Zo overweegt rechtbank Oost-Brabant dat de FNV en CNV als zijnde grote landelijk opererende werknemersverenigingen die, blijkens hun statuten, de materiële en immateriële belangen behartigen van werkenden en niet werkenden, voldoende representatief zijn te noemen. Daaraan doet volgens de rechter niet af dat werknemers van de aangesproken werkgever slechts in zeer beperkte mate onderdeel zijn van de achterban van genoemde vakbonden.¹⁶¹ In gelijke zin oor-

155 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18 en nr. 6, p. 11. Vgl. Rb. Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414.

156 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 6, p. 11.

157 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 8 en 29.

158 Zie Rb. Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414; Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995.

159 Zie het amendement waarbij de oorspronkelijk voorgestelde uitzondering van het zesde lid werd beperkt (Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 14), alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, r.o. 4.26, en Rb. Den Haag 8 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.6. Anders, onder meer: Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.4; Rb. Den Haag 2 juni 2021, zaaknummer/rolnummer: C/09/588600/HA ZA 20-181 (raadpleegbaar via Centraal register voor collectieve vorderingen | Rechtspraak). Zie over deze kwestie tevens: T.S.F. Hautvast, 'Representativiteit onder de WAMCA', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2022/3.4.

160 Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 14.

161 Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995.

deelde de rechtbank Gelderland ten aanzien van een collectieve vordering ingesteld door de FNV.¹⁶²

Met inwerkingtreding van de Wamca is ook een nieuwe titel (14A) aan het derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) toegevoegd. Daarin wordt geregeld hoe een collectieve vordering op basis van artikel 3:305a BW moet worden ingesteld en afgewikkeld. Zo geldt een verplichting om de vordering op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen twee dagen na indiening in te schrijven in het op basis van artikel 3:305a lid 7 BW opgerichte register, waarin wordt bijgehouden welke collectieve acties aanhangig worden gemaakt (art. 1018c lid 2 Rv).¹⁶³ Met de aantekening in het register start een periode van drie maanden waarin de zaak stil ligt (lid 3) en andere belangenorganisaties – zoals andere vakbonden – in staat worden gesteld een collectieve vordering voor dezelfde gebeurtenis over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen in te stellen (art. 1018d Rv).¹⁶⁴ Melden zich gedurende die termijn andere organisaties, dan wijst de rechter daarna de geschiktste belangenbehartiger aan als exclusieve belangenbehartiger voor de collectieve vordering (art. 1018e Rv).¹⁶⁵ Verder beoordeelt de rechter voor welke nauw omschreven groep van personen de collectieve vordering wordt ingesteld (art. 1018e lid 2 Rv).¹⁶⁶ Die afbakening is met name van belang omdat de uitspraak op grond van het nieuwe artikel 3:305a BW bindend is voor alle personen ter bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt (art. 1018k Rv). Dit betreft een belangrijke wijziging ten opzichte van het oude regime van artikel 3:305a BW, waarbij de uitspraak alleen bindend was voor de formele procespartijen. Voor personen die behoren tot de nauw omschreven groep voor wie de collectieve vordering wordt ingesteld en die niet gebonden willen worden aan de uitspraak in de collectieve procedure, is er een opt-outmogelijkheid. Zij kunnen zich binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste een maand van de collectieve behartiging van hun belangen bevrijden door een schriftelijke mededeling aan de griffie te doen (art. 1018f Rv). Personen die dit hebben gedaan zijn vervolgens niet gebonden aan de uitspraak van de rechter in de gevoerde artikel 3:305a-procedure.¹⁶⁷

6.4.4 Slotbeschouwing

We hebben hiervoor geconstateerd dat vakorganisaties die partij zijn bij een cao diverse handvatten hebben om naleving van de daarin neergelegde

¹⁶² Rb. Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414. Vgl. Rb. Overijssel 8 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:708. De kantonrechter achtte FNV en CNV ontvankelijk in hun vorderingen gebaseerd op het nieuwe art. 3:305a BW. Geen discussie werd gevoerd over de representativiteit.

¹⁶³ Raadpleegbaar via: Centraal register voor collectieve vorderingen | Rechtspraak.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 38.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 33 en 40-46. Vgl. M.F.N. van Osch, 'De rol van de rechter in het wetsvoorstel massaschade in collectieve actie', *TvPP* 2018, afl. 4, p. 110. Als de aard van de collectieve vordering of van de eisers of de belangen van de personen voor wie zij opkomen daartoe aanleiding geven, kan de rechter ervoor kiezen om verschillende exclusieve belangenbehartigers in een collectieve actie aan te wijzen (art. 1018e lid 4 Rv).

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 43.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 33 en 46-47.

arbeidsvoorwaardenbepalingen af te dwingen van gebonden werkgevers. Zij kunnen uit eigen hoofde nakoming vorderen en zijn daarbij, behoudens ingeval de cao een keuzemogelijkheid laat, niet afhankelijk van de wens van werknemers tot nakoming van de prestatie. Dat geldt ook indien de cao algemeen verbindend is verklaard. In dat geval kunnen zelfs vakbonden die geen partij zijn bij de cao handhavend optreden. Het opdringen van de arbeidsvoorwaarden uit een niet algemeenverbindendverklarde cao aan een ongebonden werknemer is in beginsel niet mogelijk. Dit is echter een logisch uitvloeisel van het op contractuele leest geschoeide stelsel van de Wet CAO. Wel hebben de vakorganisaties in dat geval de mogelijkheid een schadevergoeding van de gebonden werkgever te vorderen.

Probleem is mogelijk wel dat de vakbonden niet over de middelen en menskracht bezitten om de controle en handhaving van cao's structureel ter hand te nemen. Het verdient daarom aanbeveling dat cao-partijen een gespecialiseerd paritair orgaan met deze taken belasten. De kosten daarvan kunnen door werkgevers en werknemers tezamen worden opgebracht. De instelling van een dergelijk orgaan is niet alleen in het belang van de in de onderneming of bedrijfstak werkzame werknemers, maar ook van de werkgeversorganisaties die partij zijn bij de cao. Het door onderbieding van de cao verworven concurrentievoordeel betekent immers dat tussen de ondernemingen die zich wel en niet aan de cao houden een ongelijk speelveld ontstaat, met alle arbeidsmarktversturende effecten van dien.

We hebben verder gezien welke mogelijkheden de vakorganisaties (en de bij cao ingestelde paritaire organen) hebben om ook naleving van niet in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden af te dwingen. Soms biedt de cao daarvoor een handvat. Zo is onzes inziens goed verdedigbaar dat gebonden werkgevers met een beroep op een in de cao voor de werkgever opgenomen verplichting om zich als goed werkgever te gedragen, het instrumentarium uit de Wet CAO en de Wet AVV kunnen inzetten om naleving van andere arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving af te dwingen. Ook hier geldt dat het opnemen van een dergelijke bepaling in de cao mede in het belang is van werkgevers(organisaties), omdat daarmee een oneigenlijk verworven concurrentievoordeel teniet kan worden gedaan.

Verder hebben we in deze bijdrage aandacht besteed aan de mogelijkheden van vakorganisaties (of een bij cao ingesteld paritair orgaan) om op grond van artikel 3:305a BW werkgevers met een 'collectieve actie' aan te spreken tot naleving van niet in de toepasselijke cao neergelegde arbeidsvoorwaarden. Deze mogelijkheid is in het bijzonder waardevol in die gevallen waarin de publiekrechtelijke handhaving tekortschiet. Vakorganisaties hebben dit wetsartikel diverse keren met succes gebruikt. Sinds 1 januari 2020 geldt voor de vordering op grond van artikel 3:305a BW evenwel uitdrukkelijk als ontvankelijkheidsvoorwaarde dat de organisatie die de vordering instelt, voldoende representatief is gelet op de achterban en omvang van de vertegenwoordigde vorderingen. Hoewel de achtergrond van de eis gelegen is in het voorkomen van ad hoc opgerichte claimorganisaties die met name vanuit winst oogmerk collectieve vorderingen instellen, kan de representativiteitseis, zeker in bedrijfstakken met een beperkte organisatiegraad en in gevallen waarin een (aanzienlijk) deel van de werkenden de collectieve vordering niet steunt, de inzet van het instrument door de vakorganisaties frustreren, enerzijds doordat veel meer formele

verweten door de aangesproken werkgever kunnen worden opgeworpen die de procedure onnodig belasten, anderzijds doordat niet uit te sluiten valt dat rechters daarin eerder dan voorheen aanleiding zullen zien tot het niet-ontvankelijk verklaren van de vakbond in de collectieve vordering. Dit achten wij onwenselijk, gelet op de belangrijke rol van de vakbonden bij de belangenbehartiging van werknemers en de arbeidsmarktversturende effecten die een gevolg zijn van omzeiling van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving. Wij zouden de wetgever daarom in overweging willen geven om in artikel 3:305a BW uitdrukkelijk te bepalen dat vakorganisaties, onder zekere voorwaarden, geacht worden representatief te zijn voor de belangen van de in de onderneming of bedrijfstak werkzame werknemers. Voor die voorwaarden zou aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 7:671a lid 3 BW, dat beschrijft aan welke vereisten een vakvereniging moet voldoen om als partij bij de cao een onafhankelijke en onpartijdige commissie aan te wijzen die in plaats van het UWV oordeelt over bedrijfs-economische ontslagen.

6.4.5 Aanbevelingen

Aan cao-partijen:

- Stel bij cao een paritair orgaan in dat wordt belast met het toezicht op en de handhaving van de in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden.
- Neem in de cao een bepaling op waarmee naleving van niet in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden kan worden afgedwongen, bijvoorbeeld een bepaling die de gebonden werkgever verplicht zich als goed werkgever te gedragen.

Aan de wetgever:

- Voeg aan artikel 3:305a BW een bepaling toe op grond waarvan vakorganisaties geacht worden representatief te zijn voor de belangen van de in de onderneming of bedrijfstak werkzame werknemers, indien zij in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen, zij krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid.

7 Arbeid over de grenzen heen

7.1 Inleiding

Aan het thema ‘arbeid over de grenzen heen’ zijn vele belangwekkende onderwerpen te verbinden. Onderwerpen die alle de moeite waard zijn om over te schrijven. Maar er moeten keuzes worden gemaakt.

Waarmee hebben we als internationaal georiënteerd land te maken?

We hebben in elk geval te maken met wetgeving. Daarbij is de vraag wie die regels stelt. Kunnen de arbeidsrechtelijke regels beter komen vanuit ons eigen Den Haag, of beter vanuit de EU-hoofdkwartieren in Brussel? Op dit thema gaat Even in paragraaf 7.2 in, waarbij de vraag centraal staat wanneer regels beter nationaal en wanneer deze beter Europees dienen te zijn.

Als regelgeving uit Brussel komt, staan met enige regelmaat twee rechten tegenover elkaar: sociale rechten en economische rechten. Beide soorten rechten komen in het onderstaande aan bod. In paragraaf 7.3 zet Vos uiteen op welke manier het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kan doorwerken en ter bescherming van de werknemer kan worden ingezet. In paragraaf 7.4 gaat Even in op een belangrijk economisch recht, de vrijheid van dienstverlening. Wat is hiervan de stand van zaken en hoe zijn daarin de ontwikkelingen? Een update wordt gegeven.

Bij sociale rechten wordt in de eerste plaats gedacht aan rechten van werknemers. Daarmee komt een andere belangrijke groep werkenden er wat bekaaid van af: de zelfstandigen. Die groep heeft in toenemende mate bescherming nodig, maar het verlenen van die bescherming is soms lastig, met name vanwege het EU-mededingingsrecht. Waar in het arbeidsrecht de collectieven (vakbonden en werkgeversvereniging) van alles mogen regelen ten gunste van werknemers, is dat ten aanzien van de zelfstandigen nogal anders. Toch is het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen niet altijd groot en is er een beweging gaande ook zelfstandigen meer te gaan behandelen als werknemers op het gebied van mededingingsrecht. Wirtz licht dit in paragraaf 7.5.

Deze tot nu toe nogal EU-rechtelijke exercitie doet onvoldoende recht aan het thema internationaal recht. Internationaal recht is immers niet beperkt tot EU-recht. Ook het recht van een land buiten de EU kan op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Reden om daarbij nader stil te staan. Hoe moet de Nederlandse rechter eigenlijk omgaan met de rechtskeuze in de internationale arbeidsovereenkomst, met name in het geval dat een kwestie moet worden beslecht door ander dan Nederlands recht? Daarover schrijft de Wind in paragraaf 7.6.

Tot slot kan migratierecht bij de bespreking van internationaal recht natuurlijk niet ontbreken. Arbeidsmigratie naar Nederland is natuurlijk ook een uiting van ‘arbeid over de grenzen heen’, met belangrijke invloed op de Nederlandse arbeidsmarkt. Wat zijn de huidige en toekomstige uitdagingen van het migratierecht en met name, waar kan het beter? Een overzicht hiervan geeft Maes in paragraaf 7.7.

In de afsluitende paragraaf 7.8 knopen de Wind en Even de onderdelen kort aan elkaar.

7.2 Vanuit Den Haag of Brussel?

J.H. Even¹

Arbeidswetgeving kan komen uit Den Haag of Brussel.² Nederland heeft als lidstaat op dit terrein immers ten dele zijn bevoegdheden aan de EU gedelegeerd. Er is sprake van een gedeelde bevoegdheid (art. 4 lid 2 onder b Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Voor elk wetgevend optreden van EU-instellingen zal een rechtsbasis in het EU-verdrag moeten zijn. Die zijn er op het gebied van arbeidsrecht genoeg. Zie bijvoorbeeld de lijst in artikel 153 VWEU. Dit rechtvaardigt de vraag wie het meest geschikt is tot arbeidsrechtelijke regelgeving over te gaan: Nederland of de EU? Hier speelt met name het subsidiariteitsbeginsel een rol. Dat beginsel kan nauwelijks worden onderschat, want dit raakt volgens de Commissie aan ‘de kern’ van hoe de Unie te werk gaat.³

Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die onder haar gedeelde bevoegdheid vallen, zoals arbeidsrecht, slechts op ‘indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt’ (art. 5 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)). De lidstaten gaan dus eerst. Pas als het hen niet goed lukt, komt de EU in beeld. In wezen wordt hierdoor het meest geschikte bestuursniveau in staat gesteld zijn verantwoordelijkheid uit te oefenen.⁴ Nauw verband met subsidiariteit houdt evenredigheid, ook wel proportionaliteit genoemd: ‘de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie [gaan] niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken’ (art. 5 lid 4 VEU). De Unie grijpt pas in als dat nodig is, in die mate die nodig is en met de minst ingrijpende juridische middelen. Hieronder zal vooral op subsidiariteit worden ingegaan.

Het subsidiariteitsbeginsel heeft niet altijd bestaan. Het is een reactie geweest op uitdijende Europese wetgeving in de jaren tachtig. Het werd geïntroduceerd bij het Verdrag van Maastricht (1992) en ging hand in hand met de mogelijkheid

1 Zef Even is hoogleraar Europees Arbeidsrecht aan de EUR en advocaat te Rotterdam.

2 Ik laat verdragen en regelgeving van andere internationale organisaties buiten beschouwing.

3 COM(2018)703 final, p. 2.

4 COM(2018)703 final, p. 3.

om arbeidsrechtwetgeving op Europees niveau tot stand te brengen op grond van gekwalificeerde meerderheid in plaats van unanimiteit. Het subsidiariteitsbeginsel is volgens dit Verdrag gericht op het nemen van besluiten ‘zo dicht mogelijk bij de burgers’.

Gaandeweg bestond behoefte aan nadere duiding van het subsidiariteitsbeginsel. Aan het Verdrag van Amsterdam (1997) werd een protocol toegevoegd over subsidiariteit en evenredigheid. Nadien is dat protocol uitgewerkt tot wat sinds het Verdrag van Lissabon (2007) protocol 2 VWEU is. Op grond hiervan moet de Commissie al voor de wetgevingshandeling breed raadplegen, rekening houdend met de regionale en lokale dimensie van het voorgenomen optreden. De ontwerpen worden door de Europese instellingen gemotiveerd in het licht van subsidiariteit en evenredigheid. Ieder ontwerp van wetgevingshandeling moet een subsidiariteits- en evenredigheidsmemorandum bevatten, ‘met een uitgebreide toelichting van de elementen op basis waarvan de naleving van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid kan worden beoordeeld’. Dit moet nopen tot de onderbouwde conclusie dat een doelstelling van de Unie beter kan worden bereikt door de Unie. Elk nationaal parlement kan gemotiveerd adviseren waarom het voorgenomen EU-optreden niet strookt met subsidiariteit. Als ten minste een derde van de nationale parlementen dat doet (‘gele kaart’), wordt het ontwerp opnieuw in overweging genomen. De relevante EU-instelling moet dan gemotiveerd beslissen het ontwerp te handhaven, te wijzigen of in te trekken. Als ten minste de helft van de nationale parlementen een dergelijk advies uitbrengt (‘oranje kaart’), moet het ontwerp ook worden heroverwogen. Als dit leidt tot handhaving, moet de Commissie dat ter overweging voorleggen aan de wetgever van de Unie. Die moet beslissen of het voorstel strookt met het subsidiariteitsbeginsel. Los van dit politieke toezicht (naleving van subsidiariteit is in wezen een politieke kwestie) is er ook juridisch toezicht. Het Hof van Justitie EU is bevoegd uitspraak te doen inzake ieder beroep wegens schending door een wetgevingshandeling van het subsidiariteitsbeginsel. Het Hof van Justitie stelt zich hier terughoudend op en laat de Europese wetgever een ruime beoordelingsmarge.⁵

Wat is nu het nut van subsidiariteit? Een doel is al genoemd: het besluit wordt zo dicht mogelijk bij de burger genomen. Dit is relevant voor het draagvlak van de beslissing.⁶ Het besluit kan bovendien goed worden ingepast in de bestaande regelgeving en (machts)verhoudingen van de lidstaat. Dit is zeker bij arbeidsrecht belangrijk, omdat de (collectieve) verhoudingen per lidstaat sterk verschillen. EU-wetgeving vergroot bovendien vaak de regeldichtheid en complexiteit, en zorgt voor inflexibiliteit op nationaal niveau. Dit komt mede vanwege de soms vergaande beslissingen van het Hof van Justitie. Het Hof eist ‘loyale medewerking’ van lidstaten en ‘nuttig effect’. Te vergaande harmonisatie binnen de EU leidt tot gebrek aan beleidsconcurrentie⁷ en kan knellend

5 Zie voor een samenvatting van de jurisprudentie van het HvJ: concl. A-G Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 110 (Hongarije/EP en Raad).

6 Zie hierover R. Leegte, ‘Voorop in Europa. Over de rol van de Tweede Kamer en nationale parlementen in de Europese Unie’, *Kamerstukken II 2013/14*, 33936, nr. 2.

7 Beleidsconcurrentie is in elk geval ten dele gunstig – er moet ruimte zijn voor het benutten van comparatieve voor- en nadelen – maar houdt ook risico’s in. Zie hierover: *Prioriteiten*

voelen.⁸ Natuurlijk staat daar tegenover dat Europees optreden, inclusief harmonisatie, ook gunstige kanten heeft. Problemen met grensoverschrijdende effecten kunnen beter Europees worden aangepakt, Europees optreden creëert schaaleffecten, en Europees optreden kan economische en sociale samenhang (cohesie) bevorderen.⁹ Dat laatste is in de praktijk voor arbeidsrecht vaak relevant: het wegnemen van een lager ontwikkelingsniveau kan verdere groei van de EU als geheel ten goede komen en cohesie op het gebied van belangen en waarden kan door hogere normen worden vergroot.¹⁰ Harmonisatie van regelgeving biedt bovendien zekerheid en mogelijkheden voor het bedrijfsleven en werknemers.¹¹ Steeds zal een balans tussen beide moeten worden gezocht: tot waar is centralisatie (harmonisatie) nuttig, en waar gaat het te ver en is decentralisatie nuttiger?

Er zijn aanwijzingen dat de EU-wetgever te ver neigt te gaan. Er zijn zorgen dat de toets aan subsidiariteit en evenredigheid beter en mogelijk strenger moet. De door destijds Commissievoorzitter Jean-Claude Juncker op 14 november 2017 opgerichte ‘taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden’ heeft dit onderzocht en is tot enkele aanbevelingen gekomen.¹² De taskforce adviseert te komen tot een beter gedeeld begrip van subsidiariteit. Een gedeeld begrip zal leiden tot een gestructureerdere en consequentere toepassing ervan en kan bijdragen tot het verminderen van zorgen en frustraties die het standpunt voeden dat de Unie te veel doet. De taskforce suggereert een ‘subsidiariteitstabel’ in te voeren die consequent gebruikt wordt en doet hiervoor een concreet voorstel in bijlage V. In die bijlage is vastgelegd dat, om de subsidiariteitstoets te doorstaan, aan de twee cumulatieve voorwaarden ‘EU-noodzaak’ en ‘EU-meerwaarde’ moet zijn voldaan. Voor elke toets is een lijst met vragen opgesteld. Deze inzichten hebben ingang gevonden in de in november 2021 aangepaste richtlijn ‘better Regulation’, waartoe ook de zogeheten *subsidiarity grid* (gebaseerd op de door de taskforce gesuggereerde vragenlijst) hoort.¹³ Hierin zijn vrij veel algemene vragen opgenomen, zoals de vraag of het gaat om een grensoverschrijdend probleem. Het bevat echter ook vragen over de aard van het probleem (tast het de kerndoelstellingen van de EU aan), de omvang van het

voor een fair Europa. Samen sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 27 en 28.

- 8 Zie de Staat van de Unie 2017 van voorzitter Jean-Claude Juncker: ‘De burgers willen niet dat Europa hen in hun dagelijks leven lastigvalt door elk aspect ervan te reguleren.’
- 9 Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 25.
- 10 Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 25.
- 11 Zie A. Schout & A. Nunes, ‘De Europese Commissie in balans? Ambitie, organisatie en macht’, Clingendael rapport oktober 2019, p. 11.
- 12 Zie het rapport van de taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden, *Actieve subsidiariteit. Een nieuwe manier van werken*, 10 juli 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_nl_o.pdf. De taskforce kan niet los worden gezien van het Witboek over de toekomst van Europa, beschouwingen en scenario’s voor de EU27 tegen 2025, COM(2017)2025 final. Hierin worden vijf scenario’s gegeven over de toekomst van de EU, waaronder het scenario ‘minder en efficiënter’.
- 13 Commission Staff working document, Better regulation guidelines, SWD(2021)305 final.

probleem (in veel of weinig lidstaten), de belasting die een EU-oplossing voor de lidstaten vormt en de verschillende standpunten en voorkeuren van betrokkenen. Een weging van de vragen ontbreekt overigens, hetgeen de voorspelbaarheid van de uitkomst verkleint. Dat neemt niet weg dat de Commissie met en rondom deze aanpak luid en duidelijk heeft laten weten dat ‘duidelijker moet worden aangegeven waarom zij in specifieke gevallen optreden op EU-niveau nodig acht’.¹⁴

Deze aandacht voor subsidiariteit lijkt aan te sluiten op het huidige nationaal-politieke speelveld. Bij sommige politici bestaat de angst dat de EU steeds meer terrein neemt (zich steeds meer bevoegdheden toe-eigent) ten koste van lidstaten. Zie bijvoorbeeld de goed onderbouwde initiatiefnota ‘De lidstaten weer aan het roer!’.¹⁵ Als voorbeeld van Europees landjepik werd hierin de oprichting van de ‘Europese pijler van sociale rechten’ genoemd, waarmee de Unie haar invloed op het sociale domein zou trachten te vergroten.¹⁶ De indiener van de initiatiefnota wil naar een EU met een flexibel open samenwerkingsverband van soevereine staten gebaseerd op de kernprincipes subsidiariteit, proportionaliteit, optimale verscheidenheid en gedifferentieerde samenwerking. De EU zou in het licht van subsidiariteit moeten optreden in ‘politieke vraagstukken die een duidelijk grensoverschrijdend karakter hebben en daarom vragen om een Europese oplossing’. Wat proportionaliteit betreft zou de EU niet verder mogen gaan dan ‘strikt noodzakelijk’. De initiatiefnota is door de toenmalige minister van Buitenlandse Zaken Blok positief ontvangen. Het kabinet onderschrijft genoemde kernprincipes, maar vindt dat deze niet nader hoeven te worden uitgewerkt. Het wetgevingsproces biedt namelijk al voldoende mogelijkheid om EU-voorstellen aan die kernprincipes te toetsen.¹⁷ De initiatiefnota heeft niet geleid tot wijzigingen, maar wel tot aanvaarding van de motie over de versterking van de rol van nationale parlementen.¹⁸ Hierin komt mede tot uitdrukking dat een sterkere rol van nationale parlementen in Europa onontbeerlijk is.

De angst voor flinke Brusselse inmenging op het gebied van arbeidsrecht is te begrijpen. In feite kan de EU vrijwel alles op het gebied van arbeidsrecht onder handen nemen. In Europa wordt immers een zogeheten ‘Europees sociaal model’ nagestreefd, dat niet wordt gedefinieerd en lastig is te duiden. Artikel 3 VEU noemt componenten hiervan: een sociale markteconomie met groot concurrentievermogen, gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang en met een hoog niveau van bescherming. Dat is veelomvattend. Dit geldt ook voor de ‘Europese pijler van sociale rechten’. Ook die is breed opgezet en wordt breed uitgevoerd. Is het bijvoorbeeld werkelijk nodig om te komen tot een Europees geregeld minimumloon, of een Europese oplossing voor platformarbeid? De thema’s zijn zonder meer van belang, maar is dit een EU-aangelegenheid of kan dit probleem beter nationaal worden geregeld? De

14 Mededeling van de Commissie, Samen zorgen voor betere regelgeving, COM(2021)219 final.

15 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 2.

16 Zie ook recent de motie van leden Léon de Jong en Maeijer, Kamerstukken II 2021/22, 35962, nr. 11: ‘verzoekt de regering zich actief te verzetten tegen EU-bemoediging met ons sociaal beleid en arbeidsmarktbeleid en de voortdurende stroom van bindende voorstellen en richtlijnen uit Brussel op het gebied van sociale zekerheid en arbeidsmarktbeleid niet te implementeren.’

17 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 3, p. 2.

18 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 4.

onderbouwing voor EU-ingrijpen lijkt dun. In het voorstel voor een richtlijn betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie staat onder het kopje ‘subsidiariteit’:¹⁹

‘Hoewel de lonen op nationaal niveau ondubbelzinnig onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, maken de grote verschillen op het gebied van de normen voor toegang tot toereikende minimumlonen deel uit van de arbeidsomstandigheden en leiden ze tot grote discrepanties op de eengemaakte markt, die het best op het niveau van de Unie kunnen worden aangepakt.’

En:

‘Maatregelen op EU-niveau zullen de stelsels voor de vaststelling van minimumlonen doeltreffender kunnen versterken dan maatregelen op nationaal niveau. Ze zullen duidelijkere verwachtingen creëren, voorkomen dat de voortgang partijdig of ongelijk is en het vertrouwen tussen de lidstaten en de sociale partners versterken.’

Als dat afdoende is om te komen tot EU-regelgeving, dan kunnen zo goed als alle arbeidsrechtelijke zaken onder vrijwel alle omstandigheden Europees worden opgepakt. Een duidelijk grensoverschrijdend karakter kennen beide problemen niet, terwijl de onderwerpen sterk nationaal van aard zijn: wat vindt een lidstaat een toereikend minimumloon en welke (platform)arbeid valt binnen de reikwijdte van de nationale definitie van arbeidsovereenkomst? Er lijkt hier weinig belang aan subsidiariteit te worden gehecht.²⁰ Dat lijkt mij vreemd voor een onderwerp dat volgens de Commissie de kern raakt van hoe de Unie te werk gaat. Waarom is EU-ingrijpen toch noodzakelijk bevonden?

Arbeidswetgeving is buitengewoon complex en kan per lidstaat erg verschillen. Het gaat over verschillende schijven, waaronder die van de sociale partners. Het betreft tal van onderwerpen, vaak niet grensoverschrijdend. Het zou, indachtig enerzijds de suggesties van de taskforce om te komen tot een beter gedeeld begrip van subsidiariteit en tot een ‘subsidiariteitstabel’ en anderzijds de in de initiatiefnota geuite vrees dat de invloed van de EU wel erg groot wordt en de aangenomen motie dat een sterkere rol van het nationale parlement onontbeerlijk is, misschien een idee zijn de bestaande *subsidiarity grid* te herijken. Ik kan me zelfs voorstellen dat een *grid* specifiek wordt ingericht voor het arbeidsrecht. Hierbij zou ten minste moeten worden ingegaan op het gewicht van wat een belangrijk onderdeel van subsidiariteit lijkt: is het probleem grensoverschrijdend en kan het (dus) wel of niet adequaat op nationaal niveau worden geadresseerd? En als het probleem in feite nationaal is, onder

19 COM(2020)628 final. Het betreft bovendien een politiek gevoelig onderwerp. Art. 153 lid 5 VWEU sluit toepassing van dat artikel op lonen uit.

20 De opmerking op p. 27 van het al genoemde SER-rapport *Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld*, dat ‘de verdeling van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten op sociaal terrein in balans is’ volg ik dus niet, althans niet zonder meer. Het kan zijn dat we geen ‘beleidsgebieden’ terug hoeven van de EU naar de lidstaten, zoals de SER opmerkt, maar dat neemt m.i. niet weg dat het op dit moment onduidelijk is en blijft wanneer de EU aan zet is en wanneer Nederland. Dat betekent dat onvoldoende helder is welke gebieden precies zijn ‘weggegeven’.

welke omstandigheden is de EU dan toch beter in staat het probleem op te lossen dan de individuele lidstaten? Waarschijnlijk zal er in dat *grid* veel aandacht moeten zijn voor vragen met betrekking tot de al genoemde economische en sociale samenhang en cohesie. Zo'n nadere uitwerking zou de duidelijkheid van de bevoegdheidsverdeling ten goede kunnen komen, de Europese instanties helpen bij het maken van keuzes en het draagvlak bij lidstaten voor die keuzes kunnen vergroten.

7.3 Grondrechten in het EU-Grondrechtenhandvest: naar een minder selectieve toepassing van het derde correctief

J.P. Vos²¹

7.3.1 Inleiding

Internationale grondrechtencatalogi hebben sinds jaar en dag invloed op het Nederlands recht. In het arbeidsrecht volgt de invloed vooral uit het EVRM, het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het primaire EU-recht. Tot die laatste categorie behoort op grond van artikel 6 lid 1 VEU inmiddels ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).²²

Het Handvest blijkt een reddingsboei voor particulieren die worden geconfronteerd met nationale bepalingen die strijdig zijn met EU-richtlijnen. Een Handvestbepaling kan onder omstandigheden met Unierecht strijdige nationale bepalingen opzijzetten en zelfs rechten toekennen, ook in geschillen tussen particulieren. Ik duid dit aan als horizontale directe werking.²³ De wenselijkheid van horizontale directe werking van het Handvest is niet onbetwist,²⁴ maar feit is dat het Hof van Justitie deze heeft aanvaard. In deze paragraaf betoog ik dat het Hof van Justitie dit te beperkt doet: voor een betere bescherming van Uniegrondrechten moet het Hof het 'derde correctief' breder toepassen.

De onderbouwing van mijn stelling begint bij de werking van EU-richtlijnen: horizontale directe werking van Unierecht speelt namelijk vooral waar lidstaten EU-richtlijnen niet goed implementeren.²⁵

21 Jan-Pieter Vos is wetenschappelijk docent arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit.

22 Meest recent gepubliceerde versie: *PbEU* 2016, C 202/389-405.

23 Ik hanteer de definitie van De Mol: 'de toepassing van een norm van Unierecht (i.c. een Uniegrondrecht) door de nationale rechter als zelfstandige toetsingsmaatstaf (directe werking) in een geschil tussen particulieren (horizontaal)'. M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Unie-grondrechten op de voet gevolgd', *AA* 2019, nr. 5, p. 371-382. Zie ook Asser/Hartkamp 3-1 2019/12. Er is discussie over de inhoud van het begrip. Zie bijvoorbeeld ook: A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie. De lessen uit Egenberger, Bauer en Cresco Investigation', *NtEr* 2019, nr. 3-4, p. 88-95; B.P. ter Haar, 'Rechtstreekse horizontale werking van het EU Handvest in getrapte vorm', *ArA* 2021, nr. 3, p. 74-85; S. Prechal, 'Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU', *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2020, p. 407-426 en concl. A-G M. Bobek 25 juli 2018, C-193/17, ECLI:EU:C:2018:614 (*Cresco Investigation*).

24 Bijvoorbeeld conclusie *Cresco Investigation*, reeds aangehaald, par. 131-145.

25 Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, r.o.65 (*Bauer en Broßonn*), waarin het Hof van Justitie pas aan

7.3.2 Onjuiste implementatie van richtlijnen: (directe) werking en de correctieven

In het sociale domein maakt de EU veel gebruik van richtlijnen. Die zijn ‘verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat (...), doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen’ (art. 288 VWEU).

Lidstaten implementeren richtlijnen niet altijd juist en/of op tijd. Een hierdoor benadeelde particulier heeft dan verschillende mogelijkheden. Soms kan hij een bepaling tegen een lidstaat inroepen (verticale werking).²⁶ De bepaling moet dan ‘inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn’, hoewel de bepaling aan lidstaten nog een zekere beoordelingsmarge kan laten.²⁷

Het Hof van Justitie heeft deze rechtspraak niet willen uitbreiden tot horizontale verhoudingen, want dan zou de EU particulieren ook met richtlijnen verplichtingen kunnen opleggen ‘terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen’.²⁸ Dit klinkt niet onlogisch, maar toch kan men kanttekeningen plaatsen. Zo is dit argument te algemeen, nu rechtstreekse werking van richtlijnen pas een vraag wordt nadat een lidstaat niet aan zijn implementatieverplichtingen voldoet en dan slechts enkel voor bepalingen die zich voor rechtstreekse werking lenen. Strikt genomen verliest de lidstaat slechts de ‘implementatievrijheid’.²⁹ Dan is er natuurlijk nog het argument van rechtszekerheid, maar hiertegen kan men inbrengen dat het Hof van Justitie heeft aanvaard dat ook particulieren het Unierecht moeten kennen.³⁰ Waarom zou dat voor verordeningen gelden en voor richtlijnen (zeker anno 2022) niet? De kritiek van Emmert werd al vroeg door advocaat-generaal Van Gerven omarmd,³¹ maar het Hof van Justitie houdt niettemin vast aan zijn lijn.³²

de Handvestbepalingen toekomt nadat het heeft benadrukt dat richtlijnconforme interpretatie de voorkeur verdient.

26 Het begrip ‘lidstaat’ wordt ruim uitgelegd. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez).

27 Bijvoorbeeld arrest Dominguez, reeds aangehaald, r.o. 33-35.

28 HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, r.o. 24 (Faccini Dori).

29 Zie F. Emmert, ‘Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?: Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!’, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 1992, nr. 3, p. 56-67.

30 Emmert wijst op HvJ EG 28 juni 1990, C-80/89, ECLI:EU:C:1990:269 (Behm) over een verordening over invoerrechten, maar inmiddels heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat dit ook voor richtlijnen geldt, zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, r.o. 61 (King): ‘De werkgever moet namelijk alle informatie vergaren met betrekking tot zijn verplichtingen ter zake’ [cursivering JRV].

31 Concl. A-G W. van Gerven 26 januari 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:30, par. 12 (Marshall).

32 Zie recent: HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (Thelen Technopark Berlin GmbH). Hierover L. Ratti, ‘The CJEU between lack of horizontal direct effect and disapplication of internal legislation’, <https://eela.eelc-updates.com/newsitem/the-cjeu-between-lack-of-horizontal-direct-effect-and-disapplication-of-internal-legislation> (laatst bezocht: 28 maart 2022).

Om hierdoor benadeelde particulieren tegemoet te komen, ontwikkelde het Hof van Justitie aanvankelijk twee ‘correctieven’: richtlijnconforme interpretatie³³ en staatsaansprakelijkheid.³⁴ Probleem is dat een succesvol beroep hierop mede afhangt van toeval.³⁵ Zo moet richtlijnconforme interpretatie maar net mogelijk zijn, of helpt het als men staatsaansprakelijkheid in jouw lidstaat eerder aanneemt dan het Hof van Justitie.³⁶ Beide correctieven zijn dus niet ideaal. Wellicht hierdoor ingegeven ontwikkelde het Hof van Justitie een derde correctief in de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*: het buiten toepassing laten van met een richtlijn strijdige bepalingen op grond van het ‘hogere’ algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Nationale bepalingen blijven dan niet buiten beschouwing door strijd met de richtlijn, maar door strijd met een ‘hogere’ algemeen beginsel van Unierecht, dat de richtlijn concretiseert.³⁷ Ondanks forse kritiek op deze benadering³⁸ heeft het Hof van Justitie dit derde correctief doorgetrokken en betreft het hierbij inmiddels ook het Handvest.³⁹ Effectief kunnen Handvestbepalingen dan ook horizontale directe werking hebben.

7.3.3 Horizontale directe werking van het Handvest: consistent of niet?

Inmiddels heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de eventuele horizontale directe werking van verschillende Handvestbepalingen, zoals artikel 21 (non-discriminatie),⁴⁰ artikel 27 (voorlichting en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming),⁴¹ artikel 31 lid 2 (voor wat betreft het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon)⁴² en artikel 47 (doeltreffende voorziening in rechte).⁴³ Niet in alle gevallen is de horizontale directe werking aanvaard. Over veel arbeidsrechtelijke ‘Handvest-kandidaten’ is nog niet beslist en zal nog duidelijkheid moeten ontstaan.⁴⁴

33 Bijvoorbeeld HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri of Rasmussen*). Hierover P.C. Vas Nunes, ‘Tegen de wet’, *ArA* 2016, nr. 3, p. 54-80.

34 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*); HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

35 Zie voor extra argumenten conclusie Marshall, reeds aangehaald, par. 12.

36 Zoals in Nederland: HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 (*Staatsaansprakelijkheid vakantiewetgeving*).

37 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*).

38 Bijvoorbeeld J. Mazák & M.K. Moser, ‘Adjudication by Reference to General Principles of EU Law: A Second Look at the Mangold Case Law’, in: M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (red.), *Judging Europe’s Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Londen: Hart Publishing 2013, p. 61-86.

39 Voor het eerst in HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

40 Onder meer *Egenberger*, reeds aangehaald en HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco Investigation*).

41 HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*Association de médiation sociale of AMS*).

42 Arrest *Bauer en Broßonn*, reeds aangehaald en HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften of Max-Planck*).

43 Arrest *Egenberger*, reeds aangehaald.

44 Zie over de sociale grondrechten in het Handvest uitvoerig F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, ‘Sociale grondrechten’, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41-80. In het bijzonder noem ik art. 31 lid 1, dat wellicht wel eens impact zou kunnen hebben op Richtlijn (EU) 2019/1152 (transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden).

In zijn jurisprudentie heeft het Hof van Justitie een eigen toetsingskader ontwikkeld: (1) om binnen het bereik van het Handvest te vallen moet de betrokken nationale situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen; en (2) het recht in kwestie moet technisch geschikt zijn om door te werken.

De criteria zijn op zich helder. Toch kan men vraagtekens plaatsen bij de uitwerking ervan.

Unierecht ten uitvoer brengen: moeilijk voorspelbaar

Het Handvest is blijkens artikel 51 lid 1 uitsluitend van toepassing op lidstaten ‘wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’.⁴⁵ Vaak is dit het geval als een nationale regeling een richtlijn uitvoert.⁴⁶ Dit is lastiger vast te stellen dan het lijkt. Dat de EU over bevoegdheden beschikt op een bepaald terrein, betekent namelijk niet altijd dat de betrokken nationale regeling Unierecht ten uitvoer brengt.⁴⁷ Zo vallen bovenwettelijke vakantieaanspraken als ‘nationale kop’ op artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG niet binnen het bereik van het Handvest.⁴⁸ Een toegepaste kop op het bepaalde in artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG, waardoor bepaalde sociale voorzieningen moeten worden toegepast op een economisch inactieve EU-burger, brengt de situatie dan weer wel binnen het bereik van het Handvest.⁴⁹

Ook is het mogelijk dat de richtlijn zelf (zoals de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG) een kop vormt op een – in dit geval – verdragsbepaling (art. 49 VWEU, dat echter een pendant kent in art. 15 lid 2 Handvest). Waar advocaat-generaal Szpunar meende dat hierdoor aan de betreffende richtlijnbevestiging horizontale directe werking toekwam, ging het Hof van Justitie hierin niet mee nu de fundamentele vrijheden niet van toepassing waren op een zuiver nationale situatie.⁵⁰

De manier waarop het Hof van Justitie opereert, maakt het soms lastig te voorspellen of het Handvest van toepassing is. Dat wil niet zeggen dat er geen redenen voor (kunnen) zijn, maar het is wel een constatering.

Technische geschiktheid: gebaseerd op betwistbare criteria

Valt de situatie binnen de werkingssfeer van het Handvest, dan is de vervolgvraag of de bepaling geschikt is voor horizontale directe werking. Waar de

45 Het Handvest richt zich niet tot particulieren. Uiteraard is dat in het kader van de horizontale directe werking voer voor discussie, maar het Hof van Justitie ziet hier geen enkel probleem. Zie arrest *Bauer*, reeds aangehaald, r.o. 87.

46 Bijvoorbeeld arrest *Bauer en Broßonn*, reeds aangehaald, r.o. 52-53.

47 HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, r.o. 36 (*Julian Hernández*).

48 HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:081 (TSN). In zijn conclusie (4 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:459) kwam A-G Bot overigens tot een ander oordeel. Hierover J.R. Vos, ‘Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht’, *AR-Updates* 2020, www.ar-updates.nl/commentaar/209200 (laatst bezocht: 17 maart 2022); M. de Mol, ‘De toepasselijkheid van Uniegrondrechten op nationale verdergaande beschermingsmaatregelen’, *NtEr* 2020, nr. 5-6, p. 155-162; F. de Cecco, ‘Minimum harmonization and the limits of Union fundamental rights review: TSN and AKT’, *Common Market Law Review* 2021, nr. 1, p. 187-200.

49 HvJ EU 15 juli 2021, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602 (*The Department for Communities in Northern Ireland*). Zie F.J.L. Pennings, ‘Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?’, *TRA* 2022/4.

50 Arrest *Thelen Technopark Berlin GmbH*, reeds aangehaald.

rechtswetenschap lang meende dat het verschil tussen ‘rechten’ en ‘beginselen’ (art. 51 lid 1 en 52 lid 5 Handvest) doorslaggevend zou zijn, hanteert het Hof van Justitie een eigen criterium:⁵¹ de bepaling moet dwingend en onvoorwaardelijk van aard zijn, zij hoeft niet nader te worden geconcretiseerd door Unie- of nationaalrechtelijke bepalingen.⁵² Is dat het geval, dan moet de rechter een met het Handvest strijdige bepaling buiten toepassing laten. Zo nodig kan aan een particulier zelfs een verplichting worden opgelegd.⁵³

Niet elke Handvestbepaling voldoet aan dit criterium, blijkt uit een vergelijking die het Hof van Justitie in *Bauer* maakt tussen artikel 27 en artikel 31 lid 2. Doordat artikel 27 het recht op voorlichting en raadpleging toekent onder verwijzing naar ‘de gevallen en (...) de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien’, is een nadere concretisering nodig, terwijl dit bij artikel 31 lid 2, dat ‘iedere werknemer’ het ‘recht’ geeft op ‘jaarlijkse vakantie met behoud van loon’ niet het geval is; artikel 31 lid 2 verwijst namelijk niet naar verdere bepalingen. De bepaling volstaat dus op zichzelf voor horizontale directe werking.⁵⁴

Hoe logisch dit ook lijkt, ook hier zijn kanttekeningen te plaatsen. Allereerst hecht het Hof van Justitie veel waarde aan de exacte formuleringen van het Handvest. Die zijn inderdaad zorgvuldig gewogen.⁵⁵ Maar als gezegd negeert het Hof van Justitie bijvoorbeeld het onderscheid tussen rechten en beginselen volledig en volgt zeker niet uit de tekst van het Handvest dat de bepalingen tegen particulieren zouden kunnen gelden. De formulering lijkt dus niet overal heilig.

Bovendien is zelfs bij toepassing van deze grammaticale benadering van het Handvest een andere uitkomst mogelijk. In Nederland kunnen verdragsbepalingen op grond van artikel 93 Gw ook rechtstreekse werking hebben als de overheid keuze- of beleidsvrijheid heeft bij het treffen van (implementatie)maatregelen.⁵⁶ Doorslaggevend is of een bepaling als objectief recht kan functioneren in de context waarin zij is ingeroepen.⁵⁷ Juist die context maakt bijvoorbeeld directe werking van artikel 27 goed pleitbaar: de Franse wetgeving paste het getalscriterium uit de Medezeggenschapsrichtlijn namelijk evident verkeerd toe – *nota bene* in

51 Zo ook Pennings & Peters 2021, p. 51. Het criterium is overigens niet nieuw, zo gold het zoals we zagen al voor de verticale directe werking van richtlijnen.

52 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 85.

53 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 92: betaling van een vergoeding voor niet-genoten vakantie aan de erfgenamen van de overleden oud-werknemer; arrest *Cresco Investigation*, punt 89: (op verzoek) Goede Vrijdag vrij geven, of een vervangende vergoeding betalen.

54 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 84-85.

55 Zie voor de ‘wetsgeschiedenis’ het boek (ruim 7000 pagina’s) van N. Coghlan & M. Steiert (red.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: the travaux préparatoires and selected documents*, European University Institute 2021. Zie ook <https://data.europa.eu/doi/10.2870/004119>.

56 Ik doel hier op verdragen buiten het EU-recht. Het EU-recht kent immers een eigen rechtsorde die direct in de lidstaten (door)werkt, zie HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*) en HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

57 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.3, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (Rookverbod).

strijd met een eerder ‘Frans’ arrest⁵⁸ – en deed daarmee direct afbreuk aan het recht op voorlichting en raadpleging. Natuurlijk kun je zeggen: dat volgt niet uit de Handvestbepaling. Maar hoe volgt dan uit artikel 31 lid 2 Handvest dat nabestaanden recht hebben op een vergoeding voor niet-genoten vakantie van een overleden (oud-)werknemer? Dat volgt zelfs niet eens uit de tekst van de richtlijn. Als je eenmaal binnen bent bij een Handvestbepaling, heb je naar het lijkt bijna carte blanche.

Een volgend punt van kritiek is dat een Handvestbepaling wat betreft de werksvraag van het Hof van Justitie niet in samenhang mag worden gelezen met de ‘concretiserende’ richtlijn, omdat de bepaling op zichzelf moet volstaan.⁵⁹ Tegelijk dóet het Hof van Justitie niet anders dan het in samenhang lezen van Handvest- en richtlijnbevestigingen. De ironie wil daarbij dat artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG, volgens het Hof van Justitie de concretisering van artikel 31 lid 2 Handvest, het recht op vakantie toekent ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie’, een soortgelijk voorbehoud. Waarom is het dan zo’n halszaak dat in het Handvest al dan niet verwezen wordt naar nadere Unie- en nationale wetgeving?⁶⁰

Tot slot heeft de redenering van het Hof van Justitie iets weg van een verkapt rechtszekerheidsargument. Dat is natuurlijk een belangrijk argument, maar Dorssemont vraagt zich terecht af waarom dat – in het geval van AMS – zo belangrijk is dat een grondrecht van werknemers moet wijken.⁶¹ Ik voeg daaraan toe dat het Hof van Justitie in soortgelijke rechtszekerheidsargumenten klaarblijkelijk geen beletsel ziet voor het toestaan van horizontale directe werking in het algemeen en herhaalt dat het Hof van Justitie al eerder heeft aanvaard dat particulieren geacht worden (ook) het Unierecht te kennen.⁶²

Al met al kan op de voortvarende redenering van het Hof van Justitie het nodige worden afgedongen.

58 HvJ EG 18 januari 2007, C-385/05, ECLI:EU:C:2007:37 (*Confédération générale du travail (CGT) e.a.*).

59 Arrest AMS, reeds aangehaald, r.o. 49.

60 Eerder betoogde ik dit in J.R. Vos, ‘Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht’, *ArA* 2019, nr. 2, p. 50-80.

61 F. Dorssemont, ‘The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect? Case C-176/12 Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and others, Judgment of 15 January 2014’, *Maastrecht Journal of European and Comparative Law* 2014, nr. 4, p. 704-722, i.h.b. p. 721.

62 Zie eerdere voetnoot: Emmert wijst op HvJ EG 28 juni 1990, C-80/89, ECLI:EU:C:1990:269 (*Behn*) over een verordening over invoerrechten, maar inmiddels heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat dit ook voor richtlijnen geldt, zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*), r.o. 61: ‘De werkgever moet namelijk alle informatie vergaren met betrekking tot zijn verplichtingen ter zake’ [cursivering JRV].

7-3-4 Maak een consistente keuze

Als het gaat om de werkingssfeer van het Handvest kan het Hof van Justitie dus duidelijker zijn, terwijl het bij de beoordeling van de geschiktheid van een bepaling voor horizontale directe werking ruimhartiger kan en mag zijn.

Zijn de argumenten van het Hof van Justitie dan allemaal onbegrijpelijk? Natuurlijk niet. Zeker dogmatisch is de benadering van het Hof van Justitie best te billijken. En ook ik zie heus dat een ongebreidelde horizontale directe werking problemen geeft.⁶³

Tegelijk is het zo dat het Hof van Justitie er met de introductie en vervolgens de uitbreiding van het derde correctief voor heeft gekozen horizontale directe werking te aanvaarden. Dat is een te billijken keuze, maar deze is niet vrijblijvend. Het Hof van Justitie heeft de poort naar het Handvest opengezet, maar zal nu moeten zorgen voor een acceptabel deurseleid. En als het daar niet aan wil, dan is het misschien goed de (on)mogelijkheid van horizontale directe werking van richtlijnen te herbezien, om te voorkomen dat sommige grondrechten qua bescherming buiten de boot vallen.

7-4. Botsingen in Europa: liberalisme, protectionisme of gewoon eerlijke mededinging?

J.H. Even

7-4.1 Inleiding

Europese vrijheden en arbeidsrecht willen wel eens botsen. Dat gebeurt met name waar arbeidsrecht de markt van een lidstaat wil beschermen tegen wat dan vaak 'sociale dumping' wordt genoemd, (te) kort gezegd en toegepast op de onderhavige bijdrage, het zo goedkoop aanbieden van arbeidskrachten, dat de arbeidsmarkt van de betrokken lidstaat wordt verstoord. De botsing tussen Europese vrijheden en arbeidsrecht speelt in de praktijk vooral bij de vrijheid van diensten (art. 56 e.v. VWEU). Werkgevers hebben het recht diensten te verlenen met eigen werknemers op het grondgebied van een andere lidstaat. In dergelijke gevallen is vaak niet alleen het recht van de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de uitgezonden werknemers, maar ook het sociaizekerheidsrecht en belastingrecht van dat land.⁶⁴ De dienstverrichter kan dan geregeld goedkoper opereren dan de bedrijven in de lidstaat waar de dienst wordt ontvangen. Dit effect wordt door menig lidstaat, waaronder Nederland, onwenselijk bevonden. Die lidstaten streven vaak gelijke arbeidsvoorwaarden na voor gelijke arbeid op dezelfde werkplek, ongeacht of het werk wordt verricht door een buitenlandse dienstverrichter of een nationaal bedrijf. Deze lidstaten willen aldus een 'gelijk speelveld': buitenlandse dienstverrichters moeten (zo veel mogelijk) dezelfde regels toepassen op

63 Zo moge blijken uit Vos 2019. A-G Bobek wijst op het gevaar van 'extreme vormen van rechterlijke creativiteit', concl. *Cresco Investigation*, par. 141.

64 Althans, vaak is het recht van de lidstaat van vestiging op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Zie ook J.H. Even, *Balanceren met detacheren*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 21-24.

hun werknemers als bedrijven die gewoonlijk in dat land werk verrichten met hun eigen werknemers. Die regels moeten dwingend worden opgelegd, want zij beogen de arbeidsmarkt te beschermen. Maar het opleggen van al die regels belemmert weer de vrije dienstverlening. Dat is tegen het zere been van de landen die profiteren van de vrijheid van diensten door het kunnen aanbieden van relatief goedkope arbeidskrachten. Waar moet de voorkeur naar uitgaan: het beschermen van de arbeidsmarkt van de lidstaat van het ontvangende land (protectionisme of gewoon eerlijke mededinging), of staat het vrije verkeer van diensten voorop (liberalisme)? Ik schets kort waar we vandaan komen, waar we staan en waar we mogelijk naar toe gaan.

7.4.2 Belangrijk startpunt

Een belangrijke zaak waarin de botsing tussen de vrijheid van diensten met het arbeidsrecht van het land van ontvangst van de dienst naar voren komt, betreft *Rush Portuguesa*.⁶⁵ Het Portugese *Rush Portuguesa* assisteerde een Frans bedrijf in onderaanneming met bouwwerkzaamheden aan een spoorlijn in Frankrijk. Portugal was net toetreden tot de EEG. Conform de Toetredingsakte gold voor Portugal al wel de vrijheid van dienstverrichting, maar de regels van het vrije verkeer van werknemers nog niet. *Rush Portuguesa* liet voor het verrichten van de werkzaamheden in Frankrijk haar werknemers uit Portugal overkomen. Zij vroeg hiervoor geen vergunningen aan. Naar Frans recht was dat in strijd met immigratiewetgeving en een boete volgde. *Rush Portuguesa* riep de vernietiging van de boete in en beriep zich op de vrijheid van dienstverrichting. Het Hof van Justitie volgde *Rush Portuguesa*. De Toetredingsakte wilde weliswaar vermijden dat zich ingevolge de toetreding van Portugal door een onmiddellijke, massale toevloed van werknemers verstoringen voor zouden doen op de arbeidsmarkt, maar die situatie was volgens het Hof van Justitie hier niet aan de orde. Het ging hier namelijk om de tijdelijke verplaatsing van werknemers die naar een andere lidstaat werden gezonden. Die werknemers keerden na voltooiing van hun taak terug naar hun land van herkomst, Portugal dus. De vrijheid van dienstverrichting verzet zich volgens het Hof van Justitie ertegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter verbiedt zich op zijn grondgebied met zijn personeel vrij te verplaatsen of hem aan beperkende voorwaarden te onderwerpen (zoals het aanvragen van werkvergunningen). Dit betekende dat *Rush Portuguesa* zich met haar Portugese personeel mocht verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. Dat nam volgens het Hof van Justitie echter niet weg dat Frankrijk wel andere dan deze immigratieregels mocht toepassen op de tewerkgestelde werknemers, om zodoende sociale dumping te voorkomen. Het gemeenschapsrecht belet de lidstaten volgens het Hof van Justitie niet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten te laten gelden voor eenieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever.

65 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142 (*Rush Portuguesa*).

Het Hof van Justitie poogde in deze zaak een zekere balans aan te brengen tussen de fundamentele vrijheden van (in dit geval) een Portugees bedrijf, en de belangen van een ander land, Frankrijk, waarin de diensten werden verricht, met name het belang om niet overspoeld te worden door goedkope arbeidskrachten (met een mogelijke verdringing van Franse werknemers tot gevolg). Dat kon Frankrijk voorkomen door eigen wetgeving of cao's toe te passen op deze Portugese werknemers. En passant zou dit een financieel voordeel opleveren voor de uitgezonden Portugese werknemers, die gebruik konden maken van de betere Franse arbeidsvoorwaarden.

7-4-3 De Detacheringsrichtlijn

In latere uitspraken bracht het Hof van Justitie nuanceringen aan op de mogelijkheid van lidstaten hun hele arbeidsrecht toe te passen op de tijdelijk gedetacheerde werknemers in dienst van dienstverrichters uit andere lidstaten. Met name mag zo'n verplichte toepassing van het arbeidsrecht van het tijdelijke werkland er niet toe leiden dat de dienstverrichter wordt geconfronteerd met dubbele lasten – lasten die zowel in het land van ontvangst als het land van vestiging van de dienstverrichter moeten worden betaald – zonder dat hier een reëel voordeel voor de werknemer tegenover staat.⁶⁶ Kort gezegd waren volgens het Hof van Justitie beperkende nationale maatregelen gerechtvaardigd als zij voldeden aan dwingende redenen van algemeen belang – zoals de bescherming van werknemers of het voorkomen van sociale dumping – voor zover (1) dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter al gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, (2) de maatregelen geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en (3) niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.⁶⁷

Deze ontwikkelingen resulteerden uiteindelijk in de Detacheringsrichtlijn van 1996.⁶⁸ In feite vormt de Detacheringsrichtlijn een compromis tussen twee tegenstrijdige belangen. Dit is enerzijds de vrijheid van dienstverrichting op de interne markt. Dit belang wordt gediend door zo min mogelijk belemmeringen in de uitoefening van deze vrijheid, dus ook geen belemmeringen op het gebied van arbeidsvoorwaarden. Anderzijds is er het gecombineerde belang van de bescherming van de arbeids- en sociale voorwaarden van gedetacheerde werknemers, die aanspraak kunnen maken op ten minste gelijke arbeidsvoorwaarden als de andere werknemers die op hetzelfde grondgebied werken, samen met het belang van de lidstaat waar de dienst wordt verricht om sociale dumping te voorkomen door een gelijk speelveld te creëren. Deze belangen worden gediend door toepassing van bepaalde arbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst op de gedetacheerde werknemers.⁶⁹

66 M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/87/EG* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 191-200.

67 Zie concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 25 e.v. (Hongarije/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie).

68 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEG 1997, L 18/1-6).

69 Zie ook preambule 5 Detacheringsrichtlijn: 'dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbie-

Op basis van de Detacheringsrichtlijn dient in geval van transnationale detachering binnen de EU de werkgever ten aanzien van zijn uitgezonden werknemers kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst toe te passen (art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn), behalve als de al van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden gunstiger zijn voor de gedetacheerde werknemer. In dat laatste geval blijven die gunstigere arbeidsvoorwaarden gelden (art. 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn). De kernarbeidsvoorwaarden kunnen blijken uit wet- en regelgeving, maar ook uit, (te) kort gezegd, algemeen verbindend verklaarde cao's. De Detacheringsrichtlijn staat de lidstaat toe extra arbeidsvoorwaarden verplicht te stellen voor de gedetacheerde werknemer, mits het gaat om bepalingen van openbare orde (art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn).

Deze kernarbeidsvoorwaarden betroffen (destijds al) in belangrijke mate goeddeels geharmoniseerde voorwaarden, zoals: maximale werk- en minimale rustperiode; minimumaantal betaalde vakantiedagen; gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk; beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren; en gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie. Een andere belangrijke kernvoorwaarde werd later in de EU meer geharmoniseerd, te weten de 'voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven'.⁷⁰ De belangrijke kernarbeidsvoorwaarde die niet was (en is) geharmoniseerd en daarmee de spannendste was, betrof het door de dienstverrichter moeten toepassen van 'minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen'. Op deze kernarbeidsvoorwaarde zagen dan ook de meeste geschillen. Zoals hierna zal blijken is deze kernarbeidsvoorwaarde inmiddels herzien.

7-4-4 Een periode van nadruk op de vrijheden door het Hof van Justitie

Vanaf de jaren 2000 leek het belang van de vrijheid van diensten het steeds meer te winnen van de wens voor 'eerlijke mededinging', dat wil zeggen de wens voor een min of meer gelijk speelveld op het gebied van arbeidsvoorwaarden in het tijdelijke werkland. De Commissie zette in 2004 met haar concept voor een Dienstenrichtlijn bijvoorbeeld in op het ondersteunen van de vrijheden.⁷¹ Diensten moesten makkelijker overal in de EU kunnen worden geleverd, zonder belemmeringen. En arbeidsrecht kon volgens de Commissie zo'n belemmering zijn. Het voornemen om de vrijheden maximaal te ondersteunen, mogelijk ook ten koste van het toepassen van de arbeidsrechtelijke regels uit het tijdelijke werkland, leidde echter tot verzet. Hierdoor is de tekst van de oorspronkelijke versie van de Dienstenrichtlijn sterk aangepast.⁷² In de uiteindelijke versie van de

diging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn'. Zie tevens HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, r.o. 30 (Sähköalojen ammattiliitto). Zie hierover verder concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 46 (Hongarije/Europes Parlement en Raad van de Europese Unie).

70 Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid.

71 Zie Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM 2004/0002 def).

72 Gewijzigd Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM 2006/0160 def).

Dienstenrichtlijn werd het arbeidsrecht buiten schot gelaten. Dat neemt niet weg dat de Detacheringsrichtlijn vervolgens op zo'n wijze door het Hof van Justitie is uitgelegd dat marktvrijheden geregeld boven beschermende nationale sociale rechten werden geplaatst. De lijst van kernarbeidsvoorwaarden is volgens het Hof van Justitie limitatief en kan niet met een beroep op het gunstigheidsbeginsel van artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn worden uitgebreid. Waar de lijst met een beroep op de openbare orde uit artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn wel kan worden uitgebreid, ligt de lat erg hoog. Een belemmering van de vrijheid van dienstverlening wordt bovendien snel aangenomen.⁷³

7-4-5 De gepercipieerde problemen en de roep om een nieuwe balans

De nadruk die was komen te liggen op de vrijheid van dienstverlening kreeg in de praktijk een grotere impact nadat de EU in 2004, 2007 en 2013 naar het oosten werd uitgebreid. Hierdoor werden de verschillen in sociale standaarden binnen de EU groter en daarmee ook de 'besparingen' die uit transnationale dienstverrichting kunnen voortvloeien. Een bedrijfsmodel dat is gebaseerd op een concurrentiestrategie waarbij goedkope arbeid wordt verschaft werd steeds interessanter. Tel hierbij op de crisis die in 2008 startte, waardoor arbeidsmarkten onder hoogspanning kwamen te staan, en het logische gevolg was dat een roep om maatregelen wel moest volgen. Die roep is gehoord en resulteerde in 2014 in de introductie van de Handhavingsrichtlijn.⁷⁴ Die richtlijn beoogt te bevorderen dat de kernarbeidsvoorwaarden daadwerkelijk worden nageleefd en misbruik en omzeiling van de toepasselijke regels wordt voorkomen en bestraft. In deze richtlijn zijn onder andere regels opgenomen over gegevensuitwisseling, grensoverschrijdende boete-inning, administratieve eisen en controlemaatregelen. De Handhavingsrichtlijn verstomde echter niet de wens van sommigen tot het herzien van de balans tussen de vrijheid van diensten en 'eerlijke mededinging'. België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk en Zweden wilden een modernisering van de Detacheringsrichtlijn met invoering van het beginsel van 'gelijke beloning voor gelijk werk op dezelfde plaats'. Bulgarije, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije en Tsjechië voelden daar echter weinig voor. Zij vonden het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk op dezelfde plaats onverenigbaar met de interne markt aangezien loonverschillen een rechtmatig element vormen van concurrentievoordeel voor dienstverrichters.

73 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*); HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*); en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Luxemburg*).

74 Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (de 'IMI-verordening') (PbEU 2014, L 159/11).

7.4.6 De herziene Detacheringsrichtlijn en aanpalende (voorgenomen) maatregelen

Ondanks deze grote verschillen in visie is in 2018 de herziene Detacheringsrichtlijn tot stand gekomen.⁷⁵ Polen en Hongarije stemden tegen en onthoudingen waren er van Kroatië, Litouwen, Letland en het Verenigd Koninkrijk.

De herziening betreft in feite een herijking van beide bovengenoemde (tegengestelde) belangen. Het evenwicht is herzien ten gunste van meer bescherming van de gedetacheerde werknemers en het gelijke speelveld (eerlijke mededinging). Door de herziene Detacheringsrichtlijn zijn samengevat de kernarbeidsvoorwaarden uitgebreid, met name door niet slechts het minimumloon van het land van ontvangst van de dienst voor te schrijven, maar meer in het algemeen de beloning. De kernarbeidsvoorwaarden worden bovendien na 12-18 maanden detachering uitgebreid naar vrijwel alle arbeidsvoorwaarden uit het land van ontvangst. Gedetacheerde uitzendkrachten worden expliciet onder de Uitzendrichtlijn gebracht, waardoor in principe hetzelfde beloningsniveau wordt gevolgd als gebruikelijk van toepassing binnen het bedrijf van de inlener. Naast de herziening van de Detacheringsrichtlijn spelen twee andere ontwikkelingen die verband houden met eerdergenoemde roep om een nieuwe balans. Dat betreft ten eerste de oprichting van de Europese Arbeidsautoriteit. Deze autoriteit dient onder andere eerlijke arbeidsmobiliteit binnen de EU te bevorderen en daarmee dus ook handhaving van de Detacheringsrichtlijn.⁷⁶ Daarnaast is er de beoogde aanpassing van de coördinatie van de sociale zekerheid, zoals vastgelegd in de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en (EG) nr. 987/2009.⁷⁷ Plannen tot aanpassing staan onverkort op de agenda.⁷⁸ De aanpassing beoogt onder meer wijziging van de regels met betrekking tot A1-verklaringen, om fraude en misbruik tegen te gaan.⁷⁹

7.4.7 Juridische oppositie tegen de herziening: de rechtszaken

De rechtsgeldigheid van de herziene Detacheringsrichtlijn is in rechte ter discussie gesteld door Hongarije en Polen.⁸⁰ Zij riepen de nietigheid ervan in,

75 Richtlijn 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 1996 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEU 2018, L 173/16-24).

76 Zie Verordening (EU) 2019/1149 van 20 juni 2019 tot oprichting van een Europese Arbeidsautoriteit (PbEU 2019, L 186/21-56). Daarvoor bestond het Europees platform voor de intensivering van de samenwerking bij de aanpak van zwartwerk. Zie Besluit (EU) 2016/344 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 (PbEU 2016, L 65/12), dat vanaf 25 mei 2021 geen gelding meer heeft.

77 Voorstel voor een Verordening van 13 december 2016 van het Europees Parlement en De Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 833/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels en Verordening (EG) nr. 987/2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 (COM 2016/0815 def).

78 Zie voor een recente update: het verslag van de Raad WSB van 6 december 2021 (21.501-31, AQ).

79 Zie o.a. het aangehaalde voorstel p. 16 en voor de toelichting hierop: Fiche (Nederland), *Wijziging coördinatieverordening sociale zekerheidsstelsels*, p. 4-5 via: www.rijksoverheid.nl.

80 HvJ EU 8 december 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001 (Hongarije/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie), HvJ EU 8 december 2020, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000 (Polen/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie).

onder meer omdat de herziening in strijd zou zijn met de vrijheid van dienstverlening: de gewijzigde richtlijn neemt het concurrentievoordeel weg dat in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters genieten doordat bij hen lagere lonen gelden dan in de ontvangende lidstaat. Het Hof van Justitie gaat hierin niet mee. Het Hof oordeelt dat de herziening een nieuw evenwicht tot stand heeft willen brengen tussen de factoren op basis waarvan in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen met elkaar kunnen concurreren, zonder dat een einde is gemaakt aan het eventuele concurrentievoordeel dat dienstverrichters uit bepaalde lidstaten zouden hebben. De herziening heeft niet tot gevolg dat alle op kosten gebaseerde mededinging wordt uitgeschakeld. Wel moet de dienstverrichter rekening houden met een reeks arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, waaronder de beloningscomponenten die in de lidstaat van ontvangst verplicht zijn, maar op andere kostencomponenten kan nog steeds worden geconcurrereerd en ook op de productiviteit of de efficiëntie van de desbetreffende werknemers.

Dat laatste lijkt ook voor de wetgever een belangrijke *driver* geweest te zijn, nu paragraaf 16 van de considerans van de herziene Detacheringsrichtlijn hier expliciet op ingaat: ‘in een daadwerkelijk geïntegreerde en concurrerende interne markt concurreren ondernemingen op basis van factoren als productiviteit, efficiëntie en het opleidings- en vaardighedeniveau van de arbeidskrachten, alsmede de kwaliteit van goederen en diensten en de mate van innovatie daarvan.’ Loonconcurrentie wordt naar de achtergrond geschoven, concurrentie op inhoud naar de voorgrond.

7.4.8 Van liberalisme naar eerlijke mededinging?

Er heeft zodoende een verschuiving plaatsgevonden van meer aandacht voor liberalisme naar meer aandacht voor eerlijke mededinging (hoewel dit laatste ongetwijfeld door sommigen zal worden uitgelegd als meer aandacht voor protectionisme). De verschuiving van aandacht van marktvrijheden naar sociale rechten lijkt te passen bij andere belangwekkende internationale rechtspraak, namelijk bij een recente uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁸¹ In de uitspraak met betrekking tot *Holship* oordeelde het Hof dat, waar de uitoefening van het recht op collectieve actie en de vrijheid van vestiging botsen, laatstgenoemde vrijheid geen ‘counterbalancing fundamental right’ is, maar (slechts) een element, hoewel een belangrijk element, dat moet worden meegewogen bij het antwoord op de vraag of het recht op collectieve actie dient te worden beknot. Sociale rechten gaan hier dus voor marktvrijheden.

7.4.9 Maar dan wel met een consequentie

De verschuiving van belangen ten laste van de vrijheid van dienstverlening en ten gunste van eerlijke mededinging en de rechten van gedetacheerde werknemers is een feit. Daar zal voor nu en in de toekomst rekening mee moeten worden gehouden. Dat betekent dat – kort gezegd – de belangen van de West- en

81 EHRM 10 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD004548717, JAR 2021/180 (*Holship*).

Noord-Europese landen hebben geprevaleerd boven de belangen van de Oost-Europese landen. Daar moet mijns inziens wat tegenover staan.

Het moet voor de dienstverrichters helder zijn welke arbeidsvoorwaarden zij precies moeten toepassen in het land waar de dienst wordt verricht. Dat is niet alleen een logisch gevolg van de verschuiving, maar zorgt m.i. ook voor een betere nakoming van de toepasselijke regels en is bovenal een wettelijk vereiste. Artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn bepaalt immers over de kernarbeidsvoorwaarden: 'De lidstaten zien erop toe dat de op de enige officiële nationale website verstrekte informatie juist en actueel is'. De Nederlandse website waarin informatie staat over kernarbeidsvoorwaarden is summier en bevat doorverwijzingen naar wetgeving in het Nederlands.⁸² Dat werpt nogal een barrière op voor buitenlandse dienstverrichters. Met de informatie over mogelijke toepasselijke algemeen verbindend verklaarde cao's is het niet beter gesteld. Er zijn op het moment van schrijven van deze bijdrage vertalingen in het Engels opgenomen van negen algemeen verbindend verklaarde cao's, waarvan er welgeteld drie nog in werking zijn.⁸³ De cao's hebben bovendien in de regel een uitermate complexe bepaling over de werkingssfeer, een bepaling die vaak vele pagina's bestaat. Het is voor de dienstverrichter die werknemers naar Nederland stuurt zoeken naar een speld in een hooiberg om te achterhalen welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn. Dat kan en moet beter. Vandaar mijn volgende aanbeveling: zorg voor duidelijke en actuele informatie in ten minste ook het Engels over de toe te passen voorwaarden die gelden bij uitzending van werknemers naar Nederland. Anders gezegd: Nederland, voldoe nu eens eindelijk aan het ter zake bepaalde in de Detacheringsrichtlijn!

7.5 Werkenden in Europa en het mededingingsrecht: op naar een glijdende schaal?

M.S. Wirtz⁸⁴

7.5.1 Inleiding

De ene werkende is de andere niet. In Europa wordt net zoals in Nederland geworsteld met de verschillen, of misschien juist met de overeenkomsten. Er zijn werkenden met toegang tot arbeidsrechtelijke bescherming en sociale zekerheid. Zij kunnen zich verenigen en laten vertegenwoordigen in collectieve onderhandelingen. Zij kunnen zodoende cao's laten afsluiten om hun arbeidsvoorwaarden te verbeteren, of staken als dit hen niet lukt. Dit zijn de werknemers met een arbeidsovereenkomst, die werken voor loon onder gezag van hun werkgever. Daarnaast zijn er werkenden die geen bescherming of sociale zekerheid hebben/willen, geen premies afdragen en zelf hun 'werkvoorwaarden' uitonderhandelen. Dit zijn zelfstandigen met (vaak) een opdrachtovereenkomst.

82 <https://english.postedworkers.nl/faq/frequently-asked-questions/wage/to-which-terms-of-employment-are-posted-workers-entitled>.

83 www.uitvoeringarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl/mozard/!suite86.schermo325?mVrg=207.

84 Monica Wirtz is als adviseur juridische zaken werkzaam bij AWWN.

Echte zelfstandigen dragen een ondernemersrisico en verschillen – in elk geval in theorie – in die zin van echte werknemers. Het mededingingsrecht in Europa, en daarmee ook in Nederland, gaat uit van het principe dat collectieve afspraken door deze zelfstandigen – ondernemingen – niet zijn toegestaan omdat zij de mededinging beperken.⁸⁵ Dat is anders voor werknemers: zij zijn geen ‘ondernemingen’ en het is wel toegestaan collectieve afspraken voor hen te maken.

In theorie is dit systeem goed te begrijpen. Het is in theorie dan ook niet erg dat, zoals Daskalova terecht zegt, op het gebied van collectief onderhandelen over voorwaarden mededingingsrecht en arbeidsrecht het meest van elkaar afwijken.⁸⁶ Beide rechtsgebieden gaan uit van het principe van bescherming van de zwakkere partij en proberen misbruik van marktmacht tegen te gaan. Het mededingingsrecht beschermt de consument, het arbeidsrecht de werknemer. Het arbeidsrecht beperkt de monopsonistische inkoopmacht van de werkgever op de arbeidsmarkt, door werknemers de mogelijkheid te bieden zich te verenigen en een hogere prijs (loon) voor hun arbeid af te dwingen.⁸⁷ Het mededingingsrecht verbiedt daarentegen om collectieve prijsafspraken te maken. Voor de (echte) ondernemer is dit uit den boze en dus zeker geen recht, voor de werknemer is het juist een grondrecht.⁸⁸ Dus maakt het nogal uit of je als ondernemer of als werknemer te boek staat.

Het Europese mededingingsrecht en arbeidsrecht lijken ook precies in elkaar te grijpen. Het mededingingsrecht adresseert de onderneming, die geen werknemer is, en het arbeidsrecht de werknemer, die geen onderneming is. Een onderneming is elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm en de wijze van financiering.⁸⁹ Een economische activiteit is iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.⁹⁰ Een werknemer kan geen onderneming zijn, aldus het Hof van Justitie: hij verricht immers geen economische activiteit als zelfstandige onafhankelijke eenheid.⁹¹ Een werknemer is iemand die onder gezag van de tegenpartij, de werkgever, arbeid verricht.⁹² Een onderneming is geen werknemer, want

85 HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Technicos Officials de Contas*). HvJ EU 6 februari 2014, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*).

86 V. Daskalova, ‘Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?’, *German Law Journal* 2018/3, p. 461-509.

87 D. Biggar, A. Fels & A. Heimler, ‘The Goals of Competition Law Debate and Competition Policy for Labor Markets’, *CPI Antitrust Chronicle* januari 2020; OECD, *Competition in Labour Markets*, Parijs: OECD Publishing 2020; OECD, *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*, Parijs: OECD Publishing 2019. <https://doi.org/10.1787/9ee00155-en>.

88 Art. 6 ESH, art. 11 EVRM en ILO-Verdragen 87 en 98; art. 12 en art. 28 Handvest; zie R. Hoekstra, ‘Het grondrecht op collectief onderhandelen van zelfstandigen versus het Europese mededingingsrecht’, *ArA* 2018, afl. 3.

89 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*); HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*).

90 HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215/78 en 218/78, ECLI:EU:C:1980:248 (*Van Landewyck/Commissie*).

91 HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Becu*).

92 HvJ EG 3 juli 1986, zaak 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*).

deze staat niet onder gezag. Een zelfstandige kan daarom in theorie geen cao afsluiten, omdat hij dan een prijsafsprake maakt met betrekking tot zijn economische activiteit die hij aanbiedt op de markt.⁹³

7.5.2 Collectief onderhandelen over werkvoorwaarden door zelfstandigen

Toch worden nu voorstellen gedaan die zelfstandig werkenden ondanks het verbod de mogelijkheid geven om collectief te onderhandelen over hun ‘werkvoorwaarden’. Waarom?

Dat komt omdat men zich meer realiseert dat het idee van de sterke zelfstandige niet steeds opgaat. Een deel van zelfstandig werkenden heeft een zwakke positie. Die groep zou volgens de Nederlandse regering baat kunnen hebben bij het collectief kunnen onderhandelen over de voorwaarden waaronder zij kunnen werken.⁹⁴ Deze discussie speelt sterk rondom platformwerk en de groeiende aantallen zelfstandigen, die – afhankelijk aan wie je het vraagt – beschermd moeten worden tegen uitbuiting, of die verantwoordelijk zijn voor verdringing van werknemers op de arbeidsmarkt en uitholling van cao-afspraken en sociale zekerheid.⁹⁵ Ook in Europa vindt men dat zwakkere zelfstandigen bescherming zouden moeten kunnen ontlenen aan collectief onderhandelen. Dit blijkt wel uit het voorstel voor richtsnoeren voor de toepassing van het kartelverbod (het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen) op cao's van zelfstandigen, waarin de Commissie aangeeft wanneer dergelijke afspraken toch moeten worden toegestaan.⁹⁶

Het overwegen van zo'n mogelijkheid komt van ver en is het voorlopige ‘hoogtepunt’ van een gestage ontwikkeling. Het idee van het afsluiten van een cao door of voor een zelfstandig werkende is immers niet altijd omarmd, hoewel het in Nederland op grond van artikel 1 lid 2 Wet CAO, dus cao-rechtelijk, wel altijd kon.⁹⁷ Sterker nog, ‘reguliere’ cao-afspraken, afgesloten voor vakbonden en

93 M.S. Wirtz, ‘De grenzen van de Albany-exceptie’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 182.

94 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219. Kamerstukken II 2019 /20, 31311, nr.235. (Voortgangsbrief ‘Werken als Zelfstandige’, 15 juni 2020); Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr.240. (Zevende Voortgang uitwerking maatregelen ‘Werken als zelfstandige’, 20 september 2021).

95 Bijvoorbeeld: *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 288, Kamervragen met antwoorden over Deliveroo die alle koeriers in loondienst gaat vervangen door (schijn)zelfstandigen, d.d. 26 oktober 2017; *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, 2789, d.d. 18 mei 2021, Antwoord op vragen over het bericht dat de rechtbank opnieuw bevestigt dat Deliveroo-bezorgers gewoon werknemers zijn; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; M. Canoy & K. Hellingman, ‘De Mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt’, *M&M* 2018, nr. 5; J. Truijens Martinez & S. Evans, ‘Is het mededingingsrecht de reddingsboei van zwakke zzp'ers?’, *TAC* 2019/8.

96 Communication of the Commission, Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons, Brussels 9 december 2021 C(2021) 8838 final; ook Eurofound, *Annual review of working life 2017*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018; Europese Commissie, *Inception Impact Assessment, Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application of EU competition rules*, Ref. Ares(2021)102652-06/01/2021.

97 Voor zover het aannemingen van werk of een overeenkomst van opdracht betreft.

werkgevers(organisaties) waren in eerste instantie ook niet zonder meer uitgezonderd van het kartelverbod. In 1999 besliste het Hof van Justitie in de Albany-rechtspraak dat op een cao, hoewel deze inherent mededingingsbeperkend is, het kartelverbod niet van toepassing is.⁹⁸ Bij hun gezamenlijke inspanning om werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren zouden sociale partners niet aan het kartelverbod gebonden moeten zijn, omdat dit de doelstellingen van sociale politiek van het Verdrag te veel zou ondermijnen. De Nederlandse wetgever nam dit over in artikel 16 Mededingingswet (Mw) en lange tijd werd alles wat in de buurt van sociale partners kwam vermeden door onze eigen kartelwaakhond, de NMa, de oude Autoriteit Consument en Markt (ACM).⁹⁹ Maar dit betreft cao's afgesloten voor werknemers, en geen cao's voor zelfstandigen. Want dat zijn natuurlijk 'gewoon' afspraken tussen ondernemers, dus de NMa keurde cao-afspraken voor zelfstandige remplaçanten af, als tariefafspraken tussen ondernemingen.¹⁰⁰ Het Hof van Justitie oordeelt anders in het FNV KIEM-arrest in 2014.¹⁰¹ Sommige zelfstandigen zijn naar het oordeel van het Hof van Justitie zo onzelfstandig dat zij niet als onderneming aangemerkt kunnen worden, maar als schijnzelfstandigen.¹⁰² Onder andere naar aanleiding van deze uitspraak is de ACM bijgedraaid in haar visiedocument van 2017.¹⁰³

Een stap verder is het onderzoek van de ACM in de Leidraad tariefafspraken in 2020, met de mogelijkheid voor zzp'ers om afspraken te maken in de cao. De interessantste mogelijkheid is een nieuwe duiding van de reeds bestaande tweede uitzondering op het kartelverbod, de uitzondering voor efficiëntieverbetering uit artikel 6 lid 3 Mw. Die uitzondering was oorspronkelijk bedoeld om afspraken die 'bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang' toe te staan, ondanks het feit dat ze de concurrentie beperken. Het nastreven van objectief vast te stellen sociale bescherming van zzp'ers kan volgens de ACM onder omstandigheden als een efficiëntieverbetering worden aangemerkt.

98 HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*) en HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens Handelsonderneming B.V.*); HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

99 Besluit NMa 14 december 2000, zaak 1012/51 (*Van Eck Havenservice B.V.*). Besluit NMa 24 oktober 2006, zaak 5170/8.B368 (CNV/VGT).

100 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, Visiedocument Den Haag, december 2007.

101 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219. HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM/Nederlandse Staat*).

102 Het Hof van Justitie construeert het begrip schijnzelfstandige als de zelfstandige die aan meer elementen van het begrip werknemer voldoet, zoals loon en gezag, dan aan elementen van het begrip onderneming; I. Graef & J. van den Boom, 'Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming?', in: N. Zekic, M. Houwerzijl & S. Montebovi (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming: Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 7.2.1.1.

103 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017.

7-5-3 Richtlijnen Platformwerk en cao's voor zelfstandigen

De Commissie heeft in de tussentijd twee voorstellen gedaan met een gelijk effect: de richtlijn betreffende de verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk¹⁰⁴ en de al genoemde richtsnoeren ter verduidelijking van de toepassing van het mededingingsrecht op cao's van zelfstandigen. Volgens de richtsnoeren mogen niet alleen werknemers en schijnzelfstandigen ('nep-werknemers') collectieve afspraken maken omdat ze geen ondernemingen zijn, maar ook sommige echte zelfstandigen worden ontzien. Dat zijn de zelfstandigen die men kan vergelijken met werknemers (maar dat niet zijn?), of zij nu schijnzelfstandig zijn of niet: de economisch afhankelijke zelfstandigen en de zij-aan-zij zelfstandigen. Zij vallen in de voorstellen buiten het bereik van het kartelverbod, zolang zij voldoen aan de voorwaarden voor de uitzondering voor cao's. Daarnaast worden ook andere echte zelfstandigen uit de wind van het kartelverbod gehouden wanneer zij onderhandelen in het kader van nationale of EU-wetgeving of wanneer er sprake is van een duidelijke disbalans in onderhandelingsmacht.¹⁰⁵ Het kartelverbod blijft van toepassing op deze ondernemingen, maar wanneer er onderhandeld wordt om arbeidsvoorwaarden naar aard en doel te verbeteren, zal de Commissie niet ingrijpen.

Voor platformwerkers – als ultieme zwakkere tegenpartij – heeft de Commissie zelfs een heel eigen regime voorgesteld. Kort gezegd worden platformwerkers in het voorstel aan de hand van elementen gedefinieerd, wordt een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap gecreëerd en krijgen zij het recht hun werkvoorwaarden collectief af te spreken. Bij de definitie van platformwerker spelen elementen van economische afhankelijkheid een grote rol. Denk bijvoorbeeld aan de beperkte vrijheid om werktijden te kiezen of het werk te aanvaarden of af te wijzen, een hoge mate van toezicht of controle op het werk en dergelijke. Eigenlijk doet dit denken aan de criteria die het Hof van Justitie introduceerde bij de schijnzelfstandige remplaçants in FNV KIEM, die door het Hof en in de richtsnoeren voor de toepassing van het kartelverbod als zij-aan-zij werkenden worden voorgesteld.¹⁰⁶

De voorstellen lijken een soort glijdende schaal voor te stellen. Uitgaande van werknemers, naar met werknemers te vergelijken werkenden – onder wie platformwerkers en schijnzelfstandigen – naar de echt zelfstandig werkenden met beduidend minder onderhandelingsmacht, tot aan echt zelfstandige ondernemers. De werknemers, de vergelijkbare werkenden en de echt zelfstandigen met minder marktmacht mogen afspraken maken die naar aard en doel hun arbeidsvoorwaarden verbeteren, zoals dat voor werknemers al gold sinds Albany.

104 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762 final.

105 De nationale of de Europese wetgever kan dan bij wet bepaalde groepen de vrijheid geven om te onderhandelen, zoals bijvoorbeeld in de cultuursector. Disbalans in onderhandelingsmacht wordt verondersteld wanneer er onderhandeld wordt met een hele sector of een (of meer) tegenpartij(en) die een omzet boven € 2 miljoen hebben of meer dan tien personen in de staf hebben.

106 Ook ACM, Leidraad Tariefafspraken zzp'ers, 20 juli 2020.

De echt zelfstandigen met marktmacht mogen geen afspraken maken op grond van het kartelverbod. Het lijkt bij dit alles te draaien om *economische afhankelijkheid*, waarmee we een onderneming onder het kartelverbod kunnen herkennen, als een soort mededingingsrechtelijk synoniem voor het gezagsbegrip van het arbeidsrecht.

7.5.4 Economische afhankelijkheid

Hoewel het mededingingsrecht geen internationaal grondrecht nastreeft, maar enkel doelstellingen van het Verdrag, is het feit dat er meer oog is voor de arbeidsmarkt en zijn zwakkere deelnemers interessant.¹⁰⁷ Kern hierbij is *economische afhankelijkheid*. Wellicht kunnen we in het ook op ‘zwakkere deelnemers gerichte’ arbeidsrecht hier inspiratie opdoen. Het gezagsbegrip kan dan mede aan de hand van economische afhankelijkheid worden ingevuld, met daarin een glijdende schaal met grenswaarden voor de verschillende categorieën.

7.6. Over de toepassing van het op de internationale arbeidsovereenkomst toepasselijke recht

E. de Wind¹⁰⁸

7.6.1 Inleiding

Men zal na lezing van de wat cryptische titel van dit onderdeel wellicht denken dat als het toepasselijke recht is gevonden, dit gewoon kan worden toegepast. Maar zo makkelijk is dit niet altijd. Zelfs (of juist) niet als partijen bij de arbeidsovereenkomst een rechtskeuze hebben gemaakt. Ter inleiding dient het volgende. In 1957 is de Europese Economische Gemeenschap (EEG) opgericht. De EEG stond aan de basis van de huidige Europese Unie (EU). In 1980 werden de lidstaten het eens over een uniforme regeling voor het toepasselijke recht op (onder meer) de arbeidsovereenkomst in grensoverschrijdende gevallen. Dat jaar werd in Rome namelijk het EEG-Verdrag inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst gesloten, ook wel het EVO genoemd.¹⁰⁹ Het EVO is voor Nederland pas in werking getreden op 1 september 1991.¹¹⁰ In het toelichtende rapport bij het EVO van Giuliano en Lagarde werd het belang voor de lidstaten aangegeven van een stelsel van uniforme verwijzingsregels: dit zou voorkomen dat een te grote verscheidenheid zou ontstaan tussen de internationaal privaatrechtelijke regels van de lidstaten en zou dus meer rechtszekerheid

107 Na afronding van dit artikel is als voorbeeld hiervan verschenen de *Guidelines on collective agreements bij solo self employed people*, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5796/.

108 Els de Wind is advocaat te Amsterdam.

109 Trb. 1980, 156.

110 Zie P. Vlas, ‘Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht geen revolutie maar ‘Evolutie’, TVVS 1991, nr. 91/9 voor de uitleg waarom dit pas na elf jaar gebeurde.

bieden.¹¹¹ In 2008 kwam Verordening Rome I in de plaats van het EVO.¹¹² Rome I is grotendeels een voortzetting van het EVO. Voor dit onderdeel is van belang dat artikel 3 en 6 EVO en artikel 3 en 8 Rome I zodanige gelijkheid met elkaar vertonen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie over de EVO-artikelen blijven gelden voor de Rome I-artikelen.

7.6.2 De rechtskeuze in een ‘internationale arbeidsovereenkomst’

Er is steeds meer sprake van ‘grensoverschrijdend werken’ waarbij moet worden gezocht – al dan niet op basis van een expliciete of impliciete rechtskeuze – naar het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Alhoewel in het EVO en Rome I in artikel 6 respectievelijk 8 een regeling is opgenomen voor het vinden van het toepasselijke recht, is dat niet altijd makkelijk gebleken. Een van de redenen hiervoor is dat al vanaf de totstandkoming van het EVO onduidelijkheid bestond over de uitleg van de bepaling over de rechtskeuze door partijen. Het staat partijen vrij het recht te kiezen dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, maar deze keuze mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij¹¹³ geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest, het zogenoemde ‘objectief toepasselijke recht’. Het is duidelijk dat deze bepaling is bedoeld om de werknemer als de ‘sociaal economisch zwakkere’ partij te beschermen tegen een door de werkgever opgelegde, voor de werknemer ‘ongunstige’ rechtskeuze. De vrijheid van rechtskeuze is groot: het gekozen recht hoeft niet eens verband te houden met de arbeidsrechtelijke verhouding.¹¹⁴ In de praktijk is het vaak zo dat de werknemer zich niet eens realiseert dat een rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst is gemaakt. En als dit al wel zo is, zal de werknemer veelal de gevolgen ervan niet overzien. Bovendien kan sprake zijn van een impliciete rechtskeuze, waarbij partijen weliswaar niet uitdrukkelijk een rechtskeuze hebben gemaakt, maar waarbij later, door een rechter of partijen zelf, bijvoorbeeld in onderhandelingen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, wordt vastgesteld dat die rechtskeuze impliciet toch is gemaakt.

7.6.3 De controverse

Er hebben sinds 1980 twee opvattingen bestaan over de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO (later art. 8 lid 1 Rome I). In de ene opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds van toepassing, ook al is het gekozen recht gunstiger voor de werknemer. De bepalingen van het gekozen recht gelden dan alleen als aanvulling op deze dwingende bepalingen. In de andere opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke

111 Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst door Mario Giuliano, hoogleraar aan de Universiteit van Milaan, en Paul Lagarde, hoogleraar aan de Universiteit van Parijs I (*PbEG* 1980, C 282/1-50).

112 Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (*PbEU* 2008, L 177/6-16). Overigens is het EVO nog steeds van toepassing op arbeidsovereenkomsten die voor 17 december 2009 zijn gesloten.

113 Waar wordt gesproken over hij en hem, moet ook zij en haar worden gelezen.

114 Concl. A-G Wahl 16 april 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, par. 25 (*Schlecker/Boedeker*).

recht alleen van toepassing als de werknemer daardoor beter wordt beschermd. Strikwerda is altijd overtuigd aanhanger gebleven van de eerste (door hem genoemde ‘enge’) opvatting.¹¹⁵ Partijen maken een rechtskeuze die dan ‘staat’. Deze opvatting biedt – aldus Strikwerda – een eenvoudig en hanteerbaar systeem, en bovenal rechtszekerheid. De werknemer kan niet aan *cherry picking* doen waarbij hij ondanks de gemaakte keuze voor een bepaald rechtsstelsel een beroep doet op voor hem gunstige bepalingen uit het gekozen recht én uit het objectief toepasselijke recht. De rechter zou zich bovendien geconfronteerd kunnen zien met een samenstel van niet op elkaar afgestemde regelingen waarbij moet worden bepaald welke regelingen uit welk rechtstelsel gunstiger zijn voor de werknemer. Dit is moeilijk en vergt tijd. Opgemerkt wordt dat deze situatie zich ook voordoet bij de toegestane partiële rechtskeuze (partijen maken een rechtskeuze alleen voor een bepaald onderdeel van de overeenkomst) en *dépeçage* (partijen maken meerdere, verschillende rechtskeuzes voor verschillende onderdelen van de overeenkomst).¹¹⁶ De heersende leer ten aanzien van de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO en artikel 8 lid 1 Rome I is echter steeds geweest dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht alleen dan van toepassing zijn als dit gunstiger uitpakt voor de werknemer. Vindt de werknemer onder het gekozen recht meer bescherming dan onder het objectief toepasselijke recht, dan vervangt het gekozen recht het objectief toepasselijke recht in zijn geheel. Deze door Strikwerda genoemde ‘ruime’ opvatting sluit beter aan bij het doel van het EVO en Rome I: de bescherming van de werknemer. Ook sluit deze beter aan bij het Rapport van Giuliano en Lagarde en de tekst van het EVO: de keuzevrijheid van partijen staat voorop en die wordt alleen beperkt ter bescherming van de werknemer, welke bescherming de werknemer in de ruime opvatting niet nodig heeft.¹¹⁷ Ook biedt de memorie van toelichting bij het EVO aanknopingspunten voor deze uitleg.¹¹⁸

Alhoewel er in lagere Nederlandse rechtspraak wel wordt verwezen naar de bescherming van de werknemer onder artikel 6 EVO en artikel 8 Rome I, geeft deze geen eenduidig beeld van welke opvatting wordt aangehangen. Vaak wordt volstaan met de opmerking dat de dwingende bepalingen moeten worden toegepast van het recht van de plaats waar gewoonlijk arbeid wordt verricht, wat dan veelal Nederlands recht is.¹¹⁹ Hierbij moeten we in ogenschouw nemen dat het vaak zo is dat het Nederlandse arbeidsrecht de werknemer een betere bescherming biedt en Nederlandse rechters wellicht om die reden al snel Nederlands

115 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 182.

116 E.K.W. van Kampen, E. de Wind & E.C.A. Pronk, *Sdu commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel II*, Den Haag: Sdu 2022, p. 3417-3418.

117 Rapport Giuliano & Lagarde (PbEG 1980, C 282/1-50), p. 33 ten aanzien van art. 6 EVO: ‘(...) de bepalingen die volgens het tweede lid toepasselijk zijn prevaleren boven die van het gekozen recht en worden in plaats daarvan toegepast, voor zover deze bepalingen de werknemer beter beschermen dan het gekozen recht.’

118 Kamerstukken II 1988/89, 21059, nr. 3, p. 2 en 15 (MvT goedkeuringswet EVO).

119 K.C. Henckel, ‘Rechtskeuze in het IPR-arbeidsrecht: enkele gedachten over het begunstigingsbeginsel’, *NIPR* 2021, afl. 2, p. 261 en K.C. Henckel, ‘Gruber Logistics. Een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 167 en de in noot 26 genoemde jurisprudentie.

recht toepassen. Op de vergelijking van rechtsstelsels of de verhouding tussen het gekozen recht en dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht wordt dan niet ingegaan. Ook de Europese jurisprudentie gaf geen uitsluitel op dit punt, waarbij aantekening verdient dat het Hof van Justitie pas sinds 2004 uitleggingsbevoegdheid heeft inzake het EVO en later Rome I.¹²⁰

7.6.4 Gruber Logistics

Totdat vorig jaar het Hof van Justitie duidelijkheid bood in de zaak *Gruber Logistics*.¹²¹ Het arrest betreft twee gevoegde zaken waarin de Roemeense rechter het Hof van Justitie om uitleg vroeg over artikel 8 lid 1 Rome I. Roemeense vrachtwagenchauffeurs, in dienst van een in Roemenië gevestigde onderneming, stelden dat zij gewoonlijk in Duitsland respectievelijk Italië werkten. Ondanks de rechtskeuze voor Roemeens recht in hun arbeidsovereenkomsten stelden zij recht te hebben op het hogere Duitse respectievelijk Italiaanse minimumloon. Het Hof van Justitie koos – in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona¹²² – voor de ruime opvatting: nu het minimumloon in Duitsland respectievelijk Italië hoger is, hebben de chauffeurs recht op het hogere loon zoals bepaald in het objectief toepasselijke recht, terwijl, zoals de advocaat-generaal in paragraaf 43 van zijn conclusie heeft beklemtoond, het gekozen recht van toepassing blijft op de rest van de contractuele verbintenis. Het Hof van Justitie stelt vervolgens expliciet¹²³ dat de nationale rechter eerst dient te bepalen wat het objectief toepasselijke recht is, vervolgens op basis van dit recht de regels dient vast te stellen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, om ten slotte het niveau van bescherming onder die regels met de regels van het gekozen recht te moeten vergelijken.¹²⁴ Dan pas zal kunnen worden vastgesteld welke regels van het objectief toepasselijke recht eventueel moeten worden toegepast naast het gekozen recht. Uit de tekst van artikel 8 lid 1 Rome blijkt dat de vraag of de bepalingen over minimumloon in het Duitse en Italiaanse recht kwalificeren als regels waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken moet worden beantwoord naar het objectief toepasselijke recht, in deze zaken Duits respectievelijk Italiaans recht.

Helaas motiveert het Hof van Justitie de keuze voor de ruime opvatting niet. Strikwerda stipt in zijn noot onder het arrest¹²⁵ aan dat het Hof van Justitie geen aandacht besteedt aan de betekenis van artikel 8 lid 1 Rome I en de ontstaansgeschiedenis van de bepaling noch aan de systematiek van de verwijzingsregeling inzake arbeidsovereenkomsten. Met name interessant is zijn observatie dat het

120 Deze uitleggingsbevoegdheid is gebaseerd op de Protocolen bij het EVO-Verdrag van 19 december 1988 die pas op 1 augustus 2004 in werking zijn getreden, Trb. 2004, 186 en 187.

121 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-2018/20, ECLI:EU:C:2021:600.

122 Concl. A-G Campos Sánchez Bordona 22 april 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:323 (*Gruber Logistics*).

123 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-2018/20, ECLI:EU:C:2021:600, r.o. 27 (*Gruber Logistics*).

124 Zie concl. A-G Campos Sánchez Bordona 22 april 2021, gevoegde zaken C 152/20 en C 218/20, ECLI:EU:C:2021:323, par. 64 e.v. (*Gruber Logistics*) voor het onderscheid tussen 'bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken' in art. 8 lid 1 Rome I en 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' in art. 9 Rome I.

125 NJ 2021/373.

Hof van Justitie niet ingaat op de vraag waarom bij de beperking van de rechtskeuzebevoegdheid moet worden gestreefd naar toepassing van het voor de werknemer gunstigste recht, terwijl bij het bepalen van het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze de begunstiging van de werknemer – waarover inmiddels behoorlijk wat Europese jurisprudentie bestaat – geen enkele rol speelt. Het getrapte stelsel voor het vinden van het objectief toepasselijk recht van artikel 8 lid 2, 3 en 4 Rome I (art. 6 lid 1 en 2 EVO) is er namelijk op gericht het bij de arbeidsverhouding nauwst betrokken rechtsstelsel van toepassing te laten zijn, ongeacht of dit stelsel de werknemer het gunstigst gezind is.¹²⁶

7.6.5 Rechtsvergelijking

Het Hof van Justitie kiest dus voor de ruime opvatting maar spreekt zich jammer genoeg niet uit over de vervolgvragen. Het stelt wel expliciet dat het de taak van de rechter is om de beschermingsniveaus van het objectief toepasselijke recht en het gekozen recht te vergelijken om zodoende te kunnen bepalen welke dwingende regels van het objectief toepasselijke recht en welke regels van gekozen recht moeten worden toegepast. Strikwerda stelt in zijn noot dat bij die rechtsvergelijking twee varianten denkbaar zijn. In de ene variant wordt het arbeidsrecht van beide rechtsstelsels als geheel met elkaar vergeleken en vindt het rechtsstelsel met het voor de werknemer hoogste beschermingsniveau toepassing. Het probleem hierbij is dat het voor een rechter schier onmogelijk is om het arbeidsrecht van het ene land met dat van het andere land te vergelijken. In de andere variant worden de regelingen over specifieke onderwerpen in elk van de beide rechtsstelsels met elkaar vergeleken. Dit zou voor de rechter overzichtelijker zijn, maar hierbij doemt het al genoemde probleem van *cherry picking* op: de voor de werknemer gunstigste bepalingen uit beide rechtsstelsels worden toegepast waarbij de werknemer beter wordt beschermd dan in het geval alleen het objectief toepasselijke of het gekozen recht van toepassing zou zijn geweest. Interessant is de vraag of de werknemer zich eigenlijk, ongeacht de aard van de zaak, al naar gelang het hem uitkomt kan beroepen op regelingen uit het ene dan wel uit het andere rechtsstelsel.¹²⁷ Na Gruber blijft het dus onduidelijk of hele rechtsstelsels moeten worden vergeleken of specifieke regelingen daaruit, maar ook hoe die vergelijking dan zou kunnen worden gemaakt. Het Hof van Justitie zal de betreffende punten in toekomstige zaken nader moeten uitwerken.

7.6.6 De Nederlandse rechter

Ondertussen geldt voor de Nederlandse rechter op de voet van artikel 10:2 BW dat de regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht – dus ook vreemd recht – ambtshalve moeten worden toegepast. In de memorie van toelichting werd ten aanzien van artikel 10:2 BW vermeld:

¹²⁶ Concl. A-G Wahl 16 april 2013, zaak C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, par. 26 (Schlecker/Boedeker): het criterium van nabijheid.

¹²⁷ A-G Wahl, Schlecker/Boedeker, par. 36 vindt van niet. De regels ter bepaling van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht mogen er niet toe leiden dat in alle gevallen, ongeacht de aard van het geding, het voor de werknemer gunstigste recht wordt toegepast.

‘Met betrekking tot de regel dat ook het door de conflictenregel aangewezen (buitenlands) recht ambtshalve dient te worden toegepast, valt er in de eerste plaats op te wijzen dat deze regel, die in zekere zin in het verlengde ligt van de ambtshalve toepassing van het conflictenrecht, strookt met artikel 25 Rv en dat hij in de rechtspraak van de Hoge Raad vaste voet heeft gekregen (...) en ook in het buitenland veelal als geldend recht wordt aanvaard.’¹²⁸

De vraag is hoe dit in de praktijk wordt vormgegeven. Buitenlands recht is niet altijd goed toegankelijk voor de rechter en als het niet alleen gaat over het vinden van een specifieke wettelijk bepaling, maar over vergelijking van rechtsstelsels, zal de rechter ook verdergaande kennis moeten verkrijgen van het buitenlandse recht. De rechter zal het buitenlandse recht op dezelfde manier moeten toepassen als in het betrokken land gebeurt en zal daarvoor ook kennis van buitenlandse literatuur en rechtspraak moeten hebben.

Alhoewel de *lex fori* (het recht van de rechter) niet zonder meer mag worden toegepast, lijken – als eerder gememoreerd – Nederlandse rechters zich in grensoverschrijdende arbeidsgeschillen waarin de onderhavige materie speelt vaak te beperken tot de overweging dat de dwingende bepalingen van het gewoonlijke werkland – veelal Nederland – van toepassing zijn. Niet te achterhalen valt dan of rechtsstelsels of specifieke bepalingen daaruit zijn vergeleken. En dus ook niet of is geconcludeerd welke dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht gunstiger voor de werknemer zijn en dus moeten worden toegepast en welke regels van het gekozen recht ter aanvulling daarop blijven gelden.¹²⁹ Niet in alle gevallen zal het objectief toepasselijke recht kunnen worden gevonden op de voet van artikel 8 lid 2 Rome I (het gewoonlijke werkland) en zou de rechter – toegegeven: soms – moeten uitkomen bij het recht van het land waar de vestiging zich bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen (art. 8 lid 3 Rome I) of – al wat vaker – bij het recht van een ander land waarmee nauwere banden bestaan (art. 8 lid 4 Rome I). Diepgaande rechtsvergelijking is overigens waarschijnlijk niet in alle zaken nodig. Ik heb dit niet nader onderzocht, maar misschien was het in het merendeel van de zaken waarin is geconstateerd dat de Nederlandse rechter ‘zich er makkelijk van af maakte’ duidelijk dat Nederland het gewoonlijke werkland was én dat het objectief toepasselijke Nederlandse recht voor de werknemer gunstiger was dan het gekozen recht.

Dit neemt niet weg dat het Nederlandse procesrecht de rechter mogelijkheden verschaft om in iedere stand van de procedure partijen te vragen om stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, dus ook over buitenlands recht of over de vergelijking van meerdere rechtsstelsels of specifieke bepalingen daaruit (art. 22 Rv). Daarnaast kan de rechter partijen verzoeken stellingen nader te onderbouwen of nadere informatie

¹²⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 3, p. 8-10 (MvT bij art. 10:2 BW); verwezen wordt naar bijvoorbeeld HR 3 september 1999, NJ 2001/405 en HR 22 februari 2001, NJ 2003/483. De ambtshalve toepassing is beperkt in die zin dat in cassatie niet vernietigd mag worden op grond van onjuiste toepassing in feitelijke instantie van vreemd recht.

¹²⁹ K.C. Henckel, ‘Gruber Logistics, een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?’, *Tijdschrift voor Arbeidrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 167.

te verstrekken (art. 87 Rv).¹³⁰ Dit kan zowel in de dagvaardingsprocedure als in de verzoekschriftprocedure.¹³¹ Bij een mondelinge behandeling kan het helpen als de rechter een inhoudelijke agenda opstelt, waarin hij aanwijzingen kan geven en vraagpunten kan opwerpen.¹³² Partijen leggen ook wel zelf advies over van een externe deskundige over buitenlands recht, alhoewel dit relatief hoge kosten met zich brengt. De rechter kan daarop bovendien niet zomaar vertrouwen. Adviezen van partijdeskundigen leiden niet altijd tot dezelfde advisering als wanneer een rechter zelf advies zou vragen over het toepasselijke recht, omdat zij mogelijk geneigd zijn in het voordeel van die partij te schrijven die om het advies heeft verzocht. Deze adviezen zullen daarom vaak onderling verschillen. Zo wordt de rechter alsnog geconfronteerd met uiteenlopende adviezen over vreemd recht en zal hij zelf nader onderzoek moeten (laten) verrichten naar de inhoud van het buitenlandse recht.¹³³ Dit kan bijvoorbeeld door inlichtingen te vragen bij het Internationaal Juridisch Instituut (IJI). Het is ook mogelijk dat de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een deskundigenbericht beveelt (art. 194 Rv e.v.), waarbij onder meer gedacht kan worden aan de inschakeling van een instantie als het T.M.C. Asser Instituut.¹³⁴ Een rechter kan ook inlichtingen over buitenlands recht inwinnen op de voet van artikel 67 lid 1 Rv.¹³⁵ Ik betwijfel of dit in de praktijk vaak gebeurt.

7.6.7 Tot slot

We zullen moeten afwachten of rechters zich beter van hun taak zullen gaan kwijten wat betreft de toepassing van buitenlands arbeidsrecht, met name de vergelijking van de beschermingsniveaus van de werknemer naar het objectief toepasselijke recht en het gekozen recht. Wellicht dat zij de zaken op pragmatische wijze blijven afdoen, wat tot nu toe niet tot grote problemen heeft geleid.

130 A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, 143-147.

131 Zie art. 297 lid 6 Rv waarin is bepaald dat art. 87 t/m 90 Rv ook in de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn tenzij de aard van de zaak of de betreffende verzoekschriftprocedure zich hiertegen verzet.

132 H. ten Haaf in: *De Mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag; Boom juridisch 2019, p. 488 e.v.

133 R.J. Blauwhoff & J.M.J. Keltjens, 'Hoe een advies van het Internationaal Juridisch Instituut anno 2014 behulpzaam kan zijn. Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *Trema* januari 2014, p. 8 e.v.

134 Wie van de partijen uiteindelijk de kosten daarvan draagt, wordt bepaald in de proceskostenbeslissing (art. 237 Rv).

135 Overeenkomstig art. 3 Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Trb. 1968, 142).

7.7 Migratierecht: op naar beter

B.J. Maes¹³⁶

7.7.1 Inleiding

Migratierecht, ook wel arbeidsmigratierecht of *corporate immigration* genoemd, ziet kort gezegd op het mogelijk maken van legaal werken en verblijven van mensen in Nederland (*inbound*) of buiten Nederland (*outbound*). In beginsel is dat naar het immigratierecht van het (beoogde) werkland. Er zijn mij, behoudens Noord-Korea, geen landen bekend met echte, harde uitreisbeperkingen of -verboden, dus het omgekeerde – *emigratierecht* – bestaat eigenlijk niet.¹³⁷ In Nederland hebben we het bij arbeidsmigratierecht over de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) – in beginsel uitgevoerd door het UWV (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) – en de Vreemdelingenwet (Vw), uitgevoerd door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) (ministerie van Justitie en Veiligheid). Dit alles uiteraard met de onderliggende regelgeving, inclusief de vrij omvangrijke Vreemdelingencirculaire die een welhaast mythische status heeft in het Nederlandse vreemdelingenrecht, maar uiteindelijk toch maar een verzameling van beleidsregels is. Van belang is nog om een onderscheid te maken tussen regulier vreemdelingenrecht – daar gaat het met name over in deze bijdrage – en asiel. Verder is het natuurlijk zo dat alle EU-, EER- en Zwitserse onderdanen volledig zijn uitgesloten van de Wav en van de meeste delen van het vreemdelingenrecht nu er binnen de EU/EER (en Zwitserland) sprake is van vrij verkeer van personen en vrij werknemersverkeer. Daar gaat deze bijdrage niet over, maar wel over personen die niet over een EU-, EER- of Zwitserse nationaliteit beschikken: ‘derdelanders’ in het jargon.

In deze bijdrage wil ik vier concrete voorstellen doen hoe het immigratierecht in Nederland te verbeteren en aan te passen. De eerste suggestie betreft de indeling van de uitvoering van migratierecht: van twee loketten naar één (par. 7.7.2). De tweede suggestie houdt hiermee verband: ik pleit voor een verdergaande communautarisering, inclusief uitvoering, van (delen van) het reguliere migratierecht (par. 7.7.3). Ten derde meen ik dat we asielzoekers beter zouden moeten activeren (par. 7.7.4). Tot slot suggereer ik een inhoudelijke wijziging, de afschaffing van de toets aan prioriteitgenietend aanbod als hoofdregel van de Wav (par. 7.7.5).

7.7.2 Van de huidige twee loketten in Nederland naar één

De duale vormgeving van het Nederlandse arbeidsmigratierecht – Sociale Zaken gaat over toegang tot de arbeidsmarkt terwijl Justitie gaat over het verblijf

¹³⁶ Bart Maes is advocaat te Breda.

¹³⁷ Wel stellen bepaalde landen eisen aan uitreis, bijvoorbeeld voor arbeid. Denk aan de Philippine Overseas Employment Administration (POEA) waarbij een buitenlandse werkgever of een binnenlandse bemiddelaar bepaalde toezeggingen moet doen aan de Filipijnse autoriteiten wat betreft arbeidsvoorwaarden enz. teneinde uitbuiting van hun onderdanen in het buitenland tegen te gaan.

in Nederland¹³⁸ – is historisch te verklaren, maar is tegenwoordig een van de voornaamste redenen dat het Nederlandse (arbeids)migratierecht zo verschrikkelijk complex is: het is niet geschreven vanuit het oogpunt van de vreemdeling, de beoogde werkgever of zelfs maar de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt, maar vanuit het oogpunt van deze ongewenste bevoegdheidsverdeling. Dit kwam scherp aan het licht toen de Richtlijn¹³⁹ geïmplementeerd moest worden in Nederland in 2013 (als ik me niet vergis was Nederland zelfs te laat met de implementatie). De doelstelling van de richtlijn was en is om binnen Europa te komen tot één procedure voor zowel arbeid als verblijf, maar ook tot één document: een single permit. Zo luidt ook de eerste zin van de derde preambule bij de richtlijn:

‘De invoering van één enkele aanvraagprocedure die leidt tot een gecombineerde titel, die zowel een verblijfs- als een arbeidsvergunning omvat, in het kader van één administratieve handeling, zal bijdragen tot de vereenvoudiging en harmonisering van de regels die thans in de lidstaten van toepassing zijn.’

Voor veel lidstaten was dat een fluitje van een cent, maar in Nederland heeft dat, gelet op genoemde bevoegdheidsverdeling, tot een draak van een regeling geleid die de zogenoemde Gecombineerde vergunning verblijf en arbeid, oftewel de GVVA, heeft gebaard. Daar waar voorheen sprake was van twee procedures – één voor een tewerkstellingsvergunning (twv) bij het UWV en één voor een verblijfsvergunning (vvr, wat staat voor ‘verblijfsvergunning regulier’) bij de IND – is dat nu één procedure geworden. Hierbij wordt bij de aanvraag over en weer geschoven tussen UWV en IND, waardoor de behandelingsduur en afstemmingsproblematiek alleen maar groter zijn geworden.

Inhoudelijk zijn wel positieve wijzigingen ingevoerd. Zo heeft men van de gelegenheid gebruikgemaakt om de zogeheten TEV-procedure in te voeren: één procedure voor toegang én verblijf (vandaar: TEV) waardoor een separate MVV-aanvraag (machtiging tot voorlopig verblijf) tegenwoordig slechts nog een formaliteit is bij een Nederlandse vertegenwoordiging in het buitenland als de IND een inwilligend besluit heeft genomen.¹⁴⁰

Een belangrijke uitdaging voor Nederland is dan ook om zo snel mogelijk alles onder te brengen bij één instantie onder de auspiciën van één ministerie. Het ligt voor de hand dat dat de IND en het ministerie van Justitie en Veiligheid

138 En op de keper beschouwd ook nog Buitenlandse Zaken over de afgifte van visa voor kort verblijf – tegenwoordig vrijwel allemaal ‘Schengenvisa’ genoemd naar het stadje in Luxemburg waar de basis werd gelegd voor wat we tegenwoordig het ‘Schengenacquis’ noemen – en visa voor beoogd lang verblijf, de zogenoemde machtiging tot voorlopig verblijf (MVV). In de praktijk worden veel zaken echter door de IND waargenomen, althans wat de besluitvorming betreft. Bovendien zijn veel nationaliteiten inmiddels vrijgesteld van de visumplicht voor kort verblijf.

139 Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat, alsmede inzake een gemeenschappelijk pakket rechten voor werknemers uit derde landen die legaal in een lidstaat verblijven (PbEU 2011, L 343/1-9).

140 Dit los van de niet MVV-plichtige nationaliteiten waarvoor in wezen een iets eenvoudiger procedure geldt: Australië, Canada, Japan, Monaco, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten van Amerika en Zuid-Korea.

zouden moeten zijn. Dan kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nog wel ‘cosponsor’ zijn van bepaalde wet- en regelgeving, maar ligt de uitvoering tenminste wel op één plek en kan er werk gemaakt worden van het aanzienlijk vereenvoudigen én het verder digitaliseren van bepaalde procedures en processen.

7.7.3 Verdergaande communautarisering

Dat geldt a fortiori nu grote delen van het migratierecht, ook en vooral wat betreft arbeidgerelateerde verblijfsdoelen, inmiddels in hoge mate communautair van oorsprong zijn: de *blue card* (2009/50/EG), de ICT-regeling (2014/66/EU), de *single permit* (2011/98/EU), de Seizoensarbeidsrichtlijn (2014/36/EU), de Compilatierechtlijn wat betreft vrij verkeer en verblijf (2004/38/EG), de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG), langdurig ingezetene derdelanders (2003/109/EG) enzovoort komen allemaal uit Brussel en zijn allemaal in Nederland én in de andere lidstaten op de een of andere manier geïmplementeerd. Implementatie is eenvoudiger als immigratierecht in één hand wordt gelegd. Dat vermindert eenvoudigweg de complexiteit die verbonden is aan het uitrollen van regelgeving over twee instanties. Maar ook overigens is immigratierecht complex. Om die reden kan ook ten aanzien van zaken die niet meteen uit een richtlijn of een verordening naar voren komen, beter met één nationale instantie worden gewerkt. Denk aan Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije voor wat betreft Turken én de uitleg die het Hof van Justitie heeft gegeven in een lange rij jurisprudentie vanaf de zaak *Vander Elst*¹⁴¹ aan de vrijheid van dienstverrichting, thans gecodificeerd in de artikelen 56 en 57 VWEU. Beide, veelal op jurisprudentie gebaseerde, verblijfsdoelen met zeer verstrekkende gevolgen zijn niet meer weg te denken uit het (arbeids)migratierecht en vormen dan ook een verblijfsdoel op zich.¹⁴² Hetzelfde geldt voor de zogenoemde Zwitserlandovereenkomst waardoor ook Zwitsers zonder vergunning mogen werken en verblijven in de EU (en – zij het minder vergaand – omgekeerd). En hoewel de EU lastige tijden kent en een antiglobalistisch sentiment onder grote delen van de bevolking lijkt te heersen, verwacht ik – als de EU alle stormen doorstaat – een verdergaande communautarisering van in elk geval het arbeidsmigratierecht. Dat is, zeker gelet op de vier belangrijkste pijlers van de Unie, een goede zaak. Zelfs als dat betekent dat een deel van de uitvoering van het reguliere vreemdelingenrecht – waaronder in elk geval het arbeidsmigratierecht, dat toch het nauwst verbonden is met de interne markt – aan de EU zelf wordt geattribueerd en door de EU zelf wordt uitgevoerd. Met name de intra-EU-mobiliteit (lees: de erkenning door lidstaten van elkaars vergunningen) van derdelanders is immers nog steeds een belangrijke beperking binnen de EU/EER, een beperking die bijvoorbeeld aan Amerikanen niet uit te leggen valt. Dus tenzij ook de uitvoering op relatief korte termijn communautair wordt, kun je als lidstaat tegenover al dat EU-geweld maar beter een niet al te veel gefragmenteerde uitvoering hebben in eigen land en voorzien in een goed geoliede

141 HvJ EG 9 augustus 1994, C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310 (*Vander Elst/Office des migrations internationales*).

142 Zie bijvoorbeeld voor wat betreft ‘grensoverschrijdende dienstverlening’ art. 3.4 lid 1 aanhef en onder i Vreemdelingenbesluit (Vb).

machine die de marsorders uit Brussel wat betreft het reguliere vreemdelingenrecht prima kan implementeren. Dat is nu in Nederland niet het geval. Wij bevinden ons wat dat betreft overigens niet in *splendid isolation*; in bijvoorbeeld Duitsland met de verschillende ‘Länder’ is dit nog erger. En dat brengt aanzienlijke economische kosten met zich mee én comparatieve nadelen ten opzichte van bijvoorbeeld een machtsblok als de Verenigde Staten. Maar liever nog zie ik een verdergaande communautarisering – inclusief uitvoering – van (delen van) het reguliere migratierecht waarbij de EU, al is het maar om juridische en politieke redenen, beter verre kan blijven van het asielrecht. Daarvoor is het water veel te diep tussen de verschillende lidstaten. Dat is nu eenmaal de realiteit en wie dat niet inziet, bewijst de EU geen dienst.

7-7-4 Het activeren van asielzoekers

De Richtlijn tijdelijke bescherming (2001/55/EG) die nu voor het eerst is ingezet ten aanzien van Oekraïense oorlogsvluchtelingen is de heel specifieke uitzondering die voornoemde regel bevestigt. *Desperate times call for desperate measures*. Wat overigens wel interessant zou zijn is om na de oorlog – en laat ons hopen dat dat moment zeer dichtbij is – de vrije arbeidsmigratie met Oekraïne op de een of andere manier in stand te laten. Van nogal wat arbeidsmigranten die met name vanaf de jaren zestig naar Nederland zijn gehaald, is bekend dat zij (dan wel hun nakomelingen) wel terug zouden willen naar hun land van herkomst als ze daarmee maar niet hun recht zouden verliezen om terug te keren naar Nederland. In migratiekringen is al vaker gepleit voor meer circulaire migratie. De toetreding van de Oost-Europese landen en uiteindelijk de volledige toelating van Oost-Europeanen tot de West-Europese arbeidsmarkten heeft bewezen dat er een kern van waarheid in die theorie zit: zij keren met de op- en neergaande conjunctuur aldaar of alhier terug naar hun land van herkomst of andersom. Dat brengt mij bij een volgende uitdaging: het activeren van asielzoekers. Of het nou gaat om onderwijs of werk, feit is dat veel asielzoekers in stilte en inactiviteit wegwijnen. Dat is zonde van het talent dat op een relatief makkelijke manier ontsloten zou kunnen worden, zeker als de asielprocedures aanzienlijk ingekort kunnen worden en er eindelijk werk wordt gemaakt van een adequaat uitzettingsbeleid (bij ontstentenis waarvan de problemen aan de onderkant van de arbeidsmarkt – zwart werk, illegaliteit, enzovoort – welig zullen blijven tieren) waardoor je alleen de zogenoemde ‘statushouders’ (lees: toegelaten voor asiel in Nederland) overhoudt. Dat is een doelgroep met een enorme potentie. Met een sterk vergrijzende bevolking en derhalve een krimpend arbeidsmarktpotentieel, zal de wal het schip uiteindelijk wel keren want de markt vraagt – neen: smeekt – om ontsluiting van dat potentieel. Om van de statushouders zelf nog maar te zwijgen: die willen ook vooruit, deel uitmaken van en bijdragen aan hun nieuwe vaderland. En het is bovendien relatief eenvoudig én goedkoop. Een *quick win* dus.

7-7-5 Prioriteitsgenietend aanbod

En dat brengt mij bij de laatste grote uitdaging die ik binnen dit bestek kan beschrijven: het afschaffen of in elk geval sterk mitigeren van de hoofdregel van de Wv. Deze steen des aanstoots staat in artikel 8 lid 1 aanhef en in elk geval

onder a, b en c Wav waarbij het bepaalde onder lid 1 aanhef en onder a als volgt luidt: 'Onze Minister weigert een tewerkstellingsvergunning of Onze Minister van Veiligheid en Justitie weigert een gecombineerde vergunning: a. indien voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is.' Lees: eigen volk – in dit geval EU- en EER-onderdanen – eerst. Deze toch al behoorlijk vage en bijna niet te slechten hobbels bij de voorlaatste herziening van de Wav onder toenmalig minister Asscher zelfs nog aangescherpt en bij de laatste herziening ongemoeid gelaten. En dat is een gemiste kans want het leidt tot onnoemelijke administratieve rompslomp met zeer geringe kansen op succes: ruim 90% van alle 'vol te toetsen' aanvragen voor een twv of een GVVA wordt afgewezen. Nu hebben we gelukkig een heel arsenaal aan uitzonderingen op die hoofdregel, hetzij in de vorm van vrijstelling van de twv-plicht (deze zijn met name in het Besluit uitvoering Wav 2022 opgenomen), hetzij in de vorm van bijzonder twv's/GVVA's (deze zijn met name opgenomen in de Regeling uitvoering Wav 2022).

De bekendste uitzondering is waarschijnlijk de kennismigrantenregeling (die overigens niets met kennis *as such* te maken heeft, maar dat terzijde). Dat is een *single permit* die door een (beoogd) werkgever via een *single procedure* kan worden aangevraagd als hij of zij erkend is als referent voor de verblijfsdoelen arbeid en kennis en de (beoogde) werknemer een vast, maandelijks en naar Nederlandse maatstaven marktconform inkomen geniet van minimaal € 4.840¹⁴³ bruto per maand voor 30-jarigen en ouder (op het moment van binnenkomst) of € 3.549 bruto per maand voor 30-minners, alles exclusief minimaal 8% vakantietoelagen. Er is ook nog een verlaagd criterium waar vrijwel geen enkele werkgever zich van bewust is: € 2.543 bruto per maand exclusief minimaal 8% vakantietoelagen voor in Nederland op minimaal hbo-niveau afgestudeerden dan wel voor degenen die aan een door de IND gedefinieerde top-200 universiteit zijn afgestudeerd. Een schoolvoorbeeld van hoe het zou moeten.

Deze salariscriteria – waarbij er ook nog een criterium van € 5.670 bruto per maand exclusief vakantietoelagen geldt voor de *blue card*-regeling – lopen als een rode draad door het arbeidsmigratierecht heen: voor alles eronder geldt het restrictieve vreemdelingenbeleid en voor alles erboven lijkt een 'ja, tenzij-beleid' te gelden. Omvangrijke sectoren met grote tekorten – denk aan de zorg of technische beroepen – voldoen niet aan deze criteria. Werkgevers willen dergelijke salarissen misschien nog wel betalen – schaarste maakt immers duur – maar worden in de weg gezeten door standaard-cao's (hetgeen zeker in de zorg het geval is, nog los van de schier onoplosbare BIG-problematiek) of doorstaan de marktconformiteitstoets van het salaris niet. Ik pleit er dan ook voor om veel meer van ons arbeidsmigratierecht met gedifferentieerde salariscriteria die aansluiten bij (cao)normen binnen sectoren met grote tekorten te modelleren aan de hand van onze kennismigrantenregeling. Duitsland heeft deze oefening enkele jaren geleden in beperkte mate al gemaakt en ook België kent een omvangrijke groep 'knelpuntberoepen'. Ook wij hadden vroeger uitzonderingen voor bepaalde beroepsgroepen, maar die uitzondering bestaat nu in wezen alleen nog voor de Aziatische horeca: eerst een convenant waar niemand zich

143 Alle genoemde criteria zijn de 2022-criteria; de salariscriteria worden elk jaar met ingang van 1 januari geïndexeerd.

aan gehouden heeft en later een vaste regeling. Veel werkgevers in sectoren die veel belangrijker zijn en met veel grotere tekorten kampen, storen zich aan de status aparte voor de Aziatische horeca. Er zouden dus meer sectoren en/of beroepsgroepen moeten worden aangeduid, al dan niet gekoppeld aan een erkenning van de werkgever als referent en al dan niet gekoppeld aan een markt-c.q. cao-conform salariscriterium die via een *single procedure* leidt tot een *single permit*, alleen, geldig voor een bepaald beroep en/of een bepaalde sector. Deze lijst van beroepen en/of sectoren kan jaarlijks naar behoefte – lees: tekorten – worden herzien met respect voor reeds toegelaten vreemdelingen, evenals de daaraan gekoppelde salariscriteria. De gevreesde verdringing van lokaal aanbod zal uitblijven bij gebrek aan iets om te verdringen. In de zorg is er nu al een tekort van ca. 40.000 verpleegkundigen wat naar verwachting zal oplopen naar ca. 125.000. Uiteraard moeten de arbeidsvoorwaarden in die sector aanzienlijk verbeteren, maar met geld alleen ben je er niet. Er zijn eenvoudigweg te weinig kandidaten en er is hoogstens sprake is van een beperkte frictiewerkloosheid in die sector. Werkgevers vissen dus constant uit dezelfde, steeds kleiner wordende vijver. Dat vraagt om een gedurfde maar oh zo noodzakelijke, resolute aanpassing van de Wav die er wat mij betreft liefst morgen al mag komen.

7.7.6 Tot slot

Nu snap ik dat niet alle wijzigingen ineens kunnen worden doorgevoerd en er keuzes moeten worden gemaakt. Welnu, als ik een keuze zou moeten maken welke van deze vier wijzigingen op een zo kort mogelijke termijn door te voeren, zou ik kiezen voor de laatstgenoemde: de herziening van de hoofdregel in de Wav.

7.8 Een wegging van het voorgaande

Uit dit hoofdstuk volgt dat er behoefte bestaat aan duidelijkheid waar het de samenhang tussen EU-recht en nationaal recht betreft. Duidelijkheid over het antwoord op de vraag wie aan zet is op het gebied van arbeidsrechtwetgeving – is dat de lidstaat of de EU – maar ook duidelijkheid over de wijze van doorwerking van grondrechten uit het Handvest. De op dit moment ter zake gemaakte keuzes lijken niet altijd even consistent en voorspelbaar. Dat kan beter en daarvoor zijn in het voorgaande specifieke aanbevelingen gedaan.

Eenzelfde gebrek aan duidelijkheid wordt gesignaleerd ten aanzien van de in Nederland geldende kernarbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op naar Nederland gedetacheerde werknemers van een EU-dienstverrichter. Deze dienstverrichter moet op juiste wijze die kernarbeidsvoorwaarden toepassen, maar het is een bijzonder lastige zaak in het vizier te krijgen welke arbeidsvoorwaarden precies gelden. Ook dat kan en moet beter. Duidelijkheid is ook een thema op het gebied van toepasselijk recht op de internationale arbeidsovereenkomst. Het Hof van Justitie heeft weliswaar inmiddels vastgesteld hoe moet worden omgegaan met een situatie dat de rechtskeuze verschilt van het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst zonder die rechtskeuze, maar hoe dit in de

praktijk precies uitwerkt, blijkt lastig te bepalen. De pragmatische inslag van de Nederlandse rechter biedt hier mogelijk (een betere) uitkomst.

Verder wordt aandacht gevraagd voor knellende Europese regels voor zelfstandigen. Zij mogen in principe niet deelnemen aan collectieve onderhandelingen. Het kartelverbod staat hieraan in de weg. Dat absolute verbod staat echter op de tocht, omdat het besef groeit dat de verschillen tussen werknemers en zelfstandigen in de praktijk niet altijd groot zijn. De ontwikkeling in dit denken en de wens voor aandacht voor 'economische afhankelijkheid' worden fraai in beeld gebracht. Ook het Nederlandse migratierecht is onder de loep gelegd. Verbetering lijkt ook hier mogelijk. Dat zou onder meer kunnen worden vormgegeven door één loket voor te schrijven voor de uitvoering van migratierecht in plaats van de huidige twee loketten. De toets aan prioriteitgenietend aanbod wordt ter discussie gesteld en de suggestie wordt gedaan migratierecht in toenemende mate Europees te regelen.

Wij realiseren ons dat dit slechts een greep is uit het rijke en brede veld van 'arbeid over de grenzen heen'. Het hoofdstuk maakt duidelijk dat er genoeg te zeggen en te verbeteren valt op dit interessante terrein.

8 Transitie en arbeid

A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers

8.1 Inleiding

Deze lustrumbundel geeft een beeld van hetgeen op 19 mei 2022 tijdens het lustrumcongres van de Vereniging voor Arbeidsrecht aan de orde is gekomen. In de inleiding is teruggegrepen op het lustrumboek bij het 70-jarig jubileum van de VvA met als titel *Einde van het begin*. Daarin werden al ontwikkelingen gesignaleerd die aanleiding zouden gaan zijn om te komen tot aanpassingen in het arbeidsrecht, de arbeidsverhoudingen en de arbeidsmarkt. In verschillende rapporten en adviezen die nadien zijn verschenen, zijn ook voorstellen gedaan langs welke route veranderingen gerealiseerd zouden kunnen worden, denk aan het Wetboek van Werk, het rapport van de commissie-Borstlap en het SER MLT-advies. In het regeerakkoord is aangekondigd dat in de lijn van het rapport van de commissie-Borstlap en het SER MLT-advies wijzigingen doorgevoerd gaan worden. Tijdens haar inleiding op het congres lichtte minister Karien van Gennip op hoofdlijnen een tipje op van de sluier hoe de plannen in het regeerakkoord uitgewerkt zouden gaan worden. Op moment van afronden van de kopij voor dit boek is op 5 juli 2022 de hoofdlijnenbrief arbeidsmarkt van de minister van SZW verschenen waarin bevestigd wordt dat de arbeidsmarkt aan fundamenteel onderhoud toe is om deze toekomstbestendig te maken.¹ In die brief is een aantal maatregelen nader uitgewerkt met betrekking tot het stimuleren van duurzame arbeidsrelaties en het reguleren van flexibele arbeid waaronder het werken met of als zzp'er(s). Andere onderwerpen zoals de aanpassingen in de arbeidsongeschiktheidswetgeving en de arbeidsmarktinfrastructuur in samenhang met een actieplan levenslang ontwikkelen zullen binnenkort verschijnen.

In deze lustrumbundel met als titel *Transitie en arbeid* is een aantal ontwikkelingen belicht dat gevolgen zal hebben voor de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht. Aandacht is besteed aan de gevolgen van de klimaatverandering, ten aanzien waarvan Diederik Samsom erop gewezen heeft dat in het verleden iedere industriële revolutie geleid heeft tot een verdrievoudiging van de rijkdom in Europa, maar ook gepaard is gegaan met een ongelijke verdeling daarvan. De industriële revolutie ten gevolge van de klimaatcrisis is anders omdat er geen ruimte is om zoals bij de eerdere industriële revolutie eerst te hervormen en daarna de

¹ Brief minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan Tweede Kamer d.d. 5 juli 2022, Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarktbeleid, referentie 2022-0000148422.

schade ervan te herstellen. Het gaat om vraagstukken van herverdeling zowel in financiële zin voor de gevolgen voor de koopkracht, als de herverdeling van werk. Samsom ziet als grootste uitdaging om deze transitie rechtvaardig te laten verlopen.

Ook de COVID-pandemie heeft gevolgen gehad voor arbeidsmarkt en arbeidsverhoudingen. Zowel de grootschalige overheidsmaatregelen om de werkgelegenheid in stand te houden als het massale thuiswerken hebben in veel organisaties geleid tot een heroverweging ten aanzien van de vormgeving van de wijze en de plek waarop de arbeid verricht wordt, mede ingegeven door het steeds groter wordend besef dat de klimaatcrisis veranderingen op korte termijn vereist.

Ter voorbereiding op het congres is een zestal onderwerpen uitgekozen waarover experts gevraagd is een bijdrage te schrijven en tijdens het congres de discussie met de leden aan te gaan tijdens verschillende sessies. In deze bundel zijn de bijdragen terug te vinden, die afgerond zijn na het lustrumcongres, waardoor uitkomsten van de discussie tijdens de sessies nog meegenomen konden worden. Aan de auteurs is gevraagd om per deelonderwerp inzicht te geven in de ontwikkelingen en ook aanbevelingen te doen voor toekomstige wijzigingen die noodzakelijk dan wel gewenst zijn. Daaraan is door velen op enthousiaste wijze meegewerkt.

De intentie is niet geweest om een alomvattend beeld te schetsen van de benodigde wijzigingen om de problemen waarvoor de arbeidsmarkt, de arbeidsverhoudingen en het arbeidsrecht staan op te lossen. Daarvoor is het onderwerp te groot en zijn er ook al vele rapporten verschenen, zoals hiervoor vermeld. De intentie is een bijdrage te leveren aan het te voeren debat over wijzigingen, op een aantal belangrijke thema's. Dank gaat uit naar de auteurs dat zij zich over deze vragen hebben willen buigen en op die wijze een bijdrage aan het debat willen leveren.

Hierna worden de hoofdlijnen van de aanbevelingen uit ieder hoofdstuk kort samengevat, waarna wij afronden met enkele observaties aan het slot.

8.2 Arbeidsgeschiktheid herschikt

In hoofdstuk 3 van deze bundel zijn Lucy van den Berg, Jim Faas, Anneloes Goossens, Madelijn de Kleine, Willemijn Rozendaal en Erica Wits, een mooie samensmelting van wetenschap en praktijk, ingegaan op de vraag welke wijzigingen in de arbeidsongeschiktheidsregeling gewenst worden. De krapte op de arbeidsmarkt maakt de noodzaak tot het benutten van het arbeidspotentieel dat aanwezig is bij werknemers die in een arbeidsongeschiktheidsregeling zitten groter. De krapte op de arbeidsmarkt, zeker bij verzekeringsartsen, maakt ook dat de uitvoering van de regelingen onder druk staat. In de eerste aanbeveling wordt ingegaan op de medische beoordelingen.

Hoewel er in de bijdrage forse kritiek wordt geleverd op het systeem van de loonkundige schatting van arbeidsongeschiktheid en de effecten die dit tot gevolg kan hebben, wordt geen alternatief daarvoor voorgesteld. Mogelijke alternatieven gericht op een reëlere en minder theoretische schatting kunnen leiden tot een uitvoeringspraktijk die leidt tot meer willekeur (afhankelijk van het oordeel van de arbeidsdeskundige) en mogelijk tot een verdiscontering

van het werkloosheidsrisico in het schattingsbesluit, wat ongewenst wordt beschouwd. De uitkomsten van het interdepartementaal beleidsonderzoek hierover worden met belangstelling afgewacht. De auteurs sluiten zich aan bij het voorstel in het SER MLT-advies om de drempel van het arbeidsongeschiktheidspercentage in de WIA van 35% terug te brengen naar 15%.

Voorgesteld wordt om losstaand van het UWV een informatiepunt te creëren waar werknemers terecht kunnen met vragen over werkhervatting en van waaruit ook onafhankelijke en deskundige *second opinions* gegeven kunnen worden van de medische beoordeling door de verzekeringsarts. Dit om de *equality of arms* beter te waarborgen, waar het gezien de wijze waarop het medisch oordeel in procedures een doorslaggevende betekenis heeft, nu te veel aan schort.

Ten aanzien van de sociaal-medische dienstverlening wordt aanbevolen om het duurzaamheids criterium in de IVA te laten vervallen en daarvoor een nieuw criterium in te voeren waarin het een medisch criterium wordt en geen loonkundig criterium. Dit zal dan gelden voor een zeer kleine groep belanghebbenden met ernstige beperkingen. In de uitvoering wordt gepleit voor flexibeler en een meer op samenwerking gerichte benadering van medische beoordelingen waarin de sociaal-medische beoordeling door verzekeringsartsen ingebed is in de sociaal-medische begeleiding door de bedrijfsarts en deskundigen uit allerlei beroepsgroepen die samenwerken. Mogelijk dat het wetsvoorstel dat voorziet in het leidend maken van het medisch oordeel van de bedrijfsarts bij de poortwachterstoets de behoefte aan inzet van verzekeringsartsen ook kan doen dalen.

De sociaal-medische begeleiding zou tevens voor een veel bredere doelgroep ingezet moeten worden en minder gekoppeld worden aan het al dan niet hebben van een uitkering, maar veel meer aan de behoefte. Werkzoekenden met een gezondheidsprobleem zouden aanspraak moeten kunnen maken op begeleiding ongeacht of zij een uitkering dan wel welk soort uitkering zij hebben. Onderkend wordt dat dit gevolgen kan hebben voor de financiering van de ZW en de WIA. Voorgesteld wordt een inventarisatie te maken van de kosten en baten van de keuze voor dit financieringssysteem. Een heroverweging van het hybridestelsel zal ook de bijzondere positie van de vangnetters met een eigen risicodragers als (ex-)werkgever moeten beslaan.

Tot slot is voorgesteld om de no-riskpolis te verruimen zodat 35-minners die bij hun werkgever blijven werken en die opnieuw uitvallen onder de doelgroep van de no-riskpolis komen te vallen. Dat brengt wel met zich mee dat gekeken moet worden hoe ook bij de werkgever bekend kan worden dat het gaat om 35-minners met arbeidsbeperkingen. Nagegaan zou moeten worden of 35-minners ook in het doelgroepregister opgenomen zouden moeten worden om zo de arbeidsmarktkansen van deze groep te vergroten. Ook wordt aanbevolen om onder de no-riskpolis ook voorzieningen voor de gemaakte re-integratiekosten mee te nemen.

Conclusie van de auteurs is dat het stelsel als geheel een degelijk systeem is, maar dat het gebreken vertoont en in bepaalde opzichten tegen zijn grenzen aanloopt. Daarop zijn de aanbevelingen gericht.

8.3 Scholing als arbeidsmarktinstrument

In hoofdstuk 4 van deze bundel zijn Pascal Kruit en Björn Schouten ingegaan op de steeds belangrijkere rol die scholing speelt bij de inrichting op de arbeidsmarkt. Ze hebben in kaart gebracht hoe de scholingsverplichting in het civiele arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht inhoud heeft gekregen. Zij doen vergaande voorstellen om naar een nieuwe invulling van scholing als arbeidsmarktinstrument te komen. Ze hebben zich daarbij laten inspireren door het systeem dat bij de Wet verbetering poortwachter is geïntroduceerd.

Werkgever en werknemer worden al tijdens het dienstverband verplicht om te werken aan de *employability* van de werknemer, zowel gericht op de voortzetting van de arbeidsovereenkomst bij de eigen werkgever, maar ook met het oog op de mogelijkheden om een dienstverband elders te vinden. De werkgever dient een employabilitycoach in de arm te nemen die periodiek een employabilitygesprek met de werknemers van de organisatie zal voeren. Dit moet leiden tot een employabilityadvies per individuele werknemer. Daarbij moet niet alleen naar de persoonlijke voorkeuren en ambities van de werknemer gekeken worden, maar dienen ook de vraag en het aanbod op de arbeidsmarkt betrokken te worden. Het employabilityadvies vormt de leidraad voor de scholingsactiviteiten die de werknemer tijdens het dienstverband met de werkgever zal ondernemen. Voorgesteld wordt om de opzegtermijnen te verlengen naar vier tot zeven maanden afhankelijk van de duur van het dienstverband om zo de werknemer in staat te stellen te zoeken naar een andere baan of aanvullende opleidingsactiviteiten te verrichten of een stage te lopen. De werkgever dient de kosten hiervan voor zijn rekening te nemen, maar in ruil daarvoor zouden de ontslagkosten verlaagd moeten worden. Daartoe wordt voorgesteld om de preventieve ontslagtoets alsook de verplichte transitievergoeding af te schaffen. Vernietiging van het ontslag of herstel van de arbeidsovereenkomst zou niet meer mogelijk moeten zijn, maar bij een evident onredelijk ontslag moet wel de mogelijkheid blijven bestaan om een billijke vergoeding te kunnen vorderen, die een voldoende afschrikwekkend effect dient te hebben. In lijn met de WVP zouden bij de WW-poort de scholingsinspanningen getoetst moeten worden. De werkgever moet per werknemer een employabilitydossier opbouwen aan de hand waarvan het UWV bij toetreding van een werknemer tot de WW zal moeten beoordelen of de werkgever zijn verplichting heeft nageleefd. Indien dit onvoldoende is geschied kan dit als gevolg hebben een verhoging van de WW-premie voor de werkgever of verhaal van een deel van de kosten van de verstrekte WW-uitkering op de werkgever. Voor een werknemer die zich onvoldoende heeft ingespannen en het advies van de employabilitycoach niet heeft opgevolgd kan dat leiden tot een verlaging van de WW-uitkering of het oordeel dat de werknemer verwijtbaar werkloos is in de zin van artikel 24 WW.

8.4 De onafhankelijkheid van vakorganisaties

Niels Janssen, Roy Poelstra en Evert Verhulp hebben zich gebogen over een vraagstuk dat betrekking heeft op de arbeidsvoorwaardenvorming. Zij hebben onderzocht wat de rol van de onafhankelijkheid van de vakbonden in het Nederlandse cao-recht is en hoe dit zich verhoudt tot de belangrijkste ILO-verdragen over het

collectief overleg. Zij komen in hoofdstuk 5 tot de conclusie dat Nederland de onafhankelijkheid van vakbonden onvoldoende waarborgt en handelt in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit de internationale verdragen. Door het optreden van niet-onafhankelijke vakbonden wordt het cao-systeem zoals we dat kennen in de kern aangetast, omdat het machtsevenwicht dat bij het collectief onderhandelen wordt beoogd wordt verstoord. Dit leidt vervolgens weer tot onrust op de arbeidsmarkt.

Daarom vinden zij het belangrijk dat de onafhankelijkheid van de vakbond in Nederland beter wordt gewaarborgd. Oplossingen hiervoor zouden gezocht kunnen worden in de rechtsvinding door de rechter, door te kiezen voor een verdragsconforme interpretatie van artikel 1 en/of artikel 2 Wet CAO meer in lijn te brengen met de *case law* van het CFA dat uitleg geeft aan ILO-Verdrag nr. 98. Een andere optie is dat reflexwerking wordt toegekend aan de internationaalrechtelijke normen door bij de toetsing aan de hand van de redelijkheid en billijkheid deze betekenis toe te kennen. Dit kan met name relevant zijn voor werknemers die via een dynamisch incorporatiebeding gebonden worden aan een cao die met een niet-onafhankelijke vakbond tot stand is gekomen. Een andere optie is om wettelijk de criteria voor de bescherming van onafhankelijkheid van vakbonden te verankeren. De auteurs doen voorstellen tot aanpassing van artikel 1 lid 1 onder a, b en c Wet CAO. Indien aan de aldus in de wet opgenomen criteria met betrekking tot onafhankelijkheid niet wordt voldaan is een afspraak van een werkgever met een niet-onafhankelijke vakbond niet als een cao te kwalificeren, maar wel als een gewone overeenkomst. Indien sprake is van incorporatie van een dergelijke overeenkomst in de arbeidsovereenkomst zou het driekwart dwingend recht daarop niet van toepassing kunnen zijn en bij wijziging zou dan getoetst moeten worden aan artikel 7:613 BW of deze geoorloofd is.

Vervolgens bevelen zij aan dat de toetsing of aan de eisen van onafhankelijkheid wordt voldaan bij de minister van SZW moet worden gelegd. Dat oordeel moet vatbaar zijn voor beroep bij de civiele of bestuursrechter. Toetsing aan het onafhankelijke criterium dient op twee momenten te geschieden. Periodiek, bijvoorbeeld per vijf jaar, en na het sluiten van een cao. Indien niet voor de minister als toetsend orgaan gekozen zou worden, zou dit bij de rechter neergelegd kunnen worden. Deze zou dan dienen te toetsen aan de hand van de criteria die vastgelegd worden in een leidraad onafhankelijkheid vakbonden. Mocht een vakbond inderdaad als niet-onafhankelijk worden beoordeeld, dan dient de sanctie daarvan te zijn dat de cao nietig is.

8.5 Rechtsbescherming: het handhavingstekort in het arbeidsrecht

Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen zit vaak nog een groot verschil. Dat is ook de essentie van de vragen die in het hoofdstuk 6 bekeken zijn. In welke mate is het in het arbeidsrecht voldoende mogelijk om de naleving van de regels gerealiseerd te krijgen? En daarbij wordt ook de vraag gesteld door welke partijen dit kan of zou moeten gebeuren.

In paragraaf 6.2 zijn Paulien Sick en Wim Wetzels ingegaan op de rechtsbescherming in arbeidszaken. Zij zijn van mening dat de Hoge Raad arbeidsrechtelijke problemen te veel vanuit een algemeen vermogensrechtelijke oogpunt

benadert. Daarom doen zij een beroep op de Hoge Raad om bij het opvullen van de leemtes die de wetgever heeft laten ontstaan de specifieke beschermingsgedachte van het arbeidsrecht voorop te stellen. Zij bevelen dan ook aan om aan de Hoge Raad een raadsheer met bijzondere kennis en affiniteit van het arbeidsrecht toe te voegen.

Zij besteden aandacht aan de beperkingen die zijn aangebracht in de omvang van processtukken in hoger beroep in de landelijke procesreglementen. Zij zijn van oordeel dat hiervoor een wettelijke basis vereist is.

Ze hebben ook kritisch gekeken naar de rol van de rechtshulpverlener die van belang is voor de effectieve rechtsbescherming. Zij halen incidentele uitspraken aan waaruit kritiek blijkt op de kwaliteit van de rechtshulpverlening in het arbeidsrecht, maar vinden dat daar geen algemene conclusies uit getrokken kunnen worden over de kwaliteit van de rechtshulpverlening. Het is echter wel een punt van blijvende aandacht. Als uiterste middel stellen zij ook voor dat het 'eigen beursje' voor een wanpresterende rechtshulpverlener een herintroductie verdient.

Zij wijzen op het belang van alternatieve vormen van geschiloplossing als mediation en arbitrage. Bij die laatste variant bevelen zij aan om de procedure ex artikel 96 Rv waarbij partijen een geschil ter beslissing voorleggen aan de kantonrechter, die ze ook zelf kunnen kiezen, in arbeidszaken vaker van stal te halen. Voorts roepen zij de Orde van Advocaten op om strikter toezicht te houden op de kwaliteit van de rechtshulpverlening, met name in arbeidszaken. Tot slot zijn ze van mening dat er nagedacht moet worden over een laagdrempelige procedure, zonder veel kosten, om arbeidszaken aan een speciaal daarvoor aangestelde rechter voor te leggen.

Van Steenberghe gaat in paragraaf 6.3 in op de staat van de publiekrechtelijke handhaving. Hij komt tot de conclusie dat het met die publiekrechtelijke handhaving in Nederland slecht is gesteld en er duidelijk sprake is van een handhavingstekort. Als oplossingsrichtingen beveelt hij aan dat het politiek beleid (investerings- en vestigingsbeleid) en de onafhankelijke handhaving van arbeidswetten zichtbaar worden losgekoppeld. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de inspecties moeten met een solide wettelijke basis worden ondersteund.

Verder wijst hij op een aantal knelpunten in de handhaving van de wetgeving die moeten worden opgelost. Hij verwijst daarbij onder meer naar het SER MLT-advies met voorstellen om concurrentie op arbeidsvoorwaarden via schijnconstructie en ongewenste verdienmodellen tegen te gaan. Hij constateert dat Europese richtlijnen die aan lidstaten voorschrijven om met het oog op de naleving te voorzien in sancties die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, in Nederland in de regel al bij voorbaat als geïmplementeerd worden beschouwd, omdat werknemers naar de civiele rechter kunnen stappen. Hij beveelt aan om op alle gesignaleerde constructies waarmee op oneerlijke wijze geld verdiend wordt in het kader van het arbeidsrecht bestuurs- en/of strafrechtelijke sancties in te stellen. In dat kader verwijst hij naar het Belgische sociaal strafwetboek. Versterken van de publieke handhaving betekent ook dat er meer capaciteit nodig is om de pakkans te vergroten.

In paragraaf 6.4 gaan Vivian Bij de Vaate, Cara van den Bor en Willem Bouwens in op de handhaving van het arbeidsrecht door vakorganisaties. Zij besteden aandacht aan handhavingsinstrumenten in de Wet CAO, de Wet AVV en

door cao-partijen ingestelde rechtspersonen die belast zijn met de handhavingstaak. Ook gaan ze in op de mogelijkheden voor vakbonden voor handhaving van niet in cao neergelegde arbeidsrechtelijke normen via een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW op basis waarvan vakbonden bijvoorbeeld in de procedures tegen Deliveroo en Helpling hebben geprocedeerd. Zij bevelen aan om bij cao een paritair orgaan in te stellen dat belast wordt met het toezicht en de handhaving van de in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden. Voorts bevelen zij aan cao-partijen aan om in de cao een bepaling op te nemen waarmee de naleving van niet in de cao neergelegde arbeidsvoorwaarden kan worden afgedwongen, bijvoorbeeld door een bepaling op te nemen dat een gebonden werkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen. Door een dergelijke schakelbepaling in de cao worden de mogelijkheden tot naleving van arbeidsrechtelijke normen door vakbonden sterk vergroot.

Aan de wetgever bevelen zij aan om in de bepaling over de collectieve actie in artikel 3:305a BW de vereisten te benoemen waaraan een vakbond moet voldoen om voldoende representatief te worden geacht om op te treden voor de belangen van de in een onderneming of bedrijfstak werkzame personen.

8.6 Arbeid over de grenzen heen

In hoofdstuk 7 is een caleidoscopisch beeld gegeven van actuele ontwikkelingen over het thema arbeid over de grenzen heen. Deze bijdragen geven een mooi overzicht van onderwerpen die in het internationaal arbeidsrecht spelen.

Zef Even gaat in op de verhouding tussen Den Haag en Brussel op wetgevend terrein. Het subsidiariteitsbeginsel brengt mee dat de Europese Unie op het terrein van het arbeidsrecht slechts een rol heeft indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang van de gevolgen van het overwogen optreden beter door de EU kunnen worden bereikt. Even constateert dat er aanwijzingen zijn dat de EU-wetgever te ver neigt te gaan. De toets aan subsidiariteit en evenredigheid zou beter en mogelijk strenger moeten kunnen. Hij signaleert dat de aandacht voor subsidiariteit aansluit bij het huidige nationale-politieke speelveld waar meer focus is op verschuiving van bevoegdheden naar de lidstaten. Hij pleit voor het invoeren van een *specifieke subsidiarity grid* voor het arbeidsrecht waarbij steeds nagegaan zal worden of het probleem grensoverschrijdend is en dus wel of niet adequaat op nationaal niveau kan worden geadresseerd en zo niet of de EU dan toch beter in staat is het probleem op te lossen dan individuele lidstaten. Zo'n nadere uitwerking zou de duidelijkheid van de bevoegdheidsverdeling ten goede komen, de Europese instanties helpen bij het maken van keuzes en het draagvlak bij lidstaten voor die keuzes kunnen vergroten.

Jan Pieter Vos heeft het thema grondrechten in het EU-Grondrechtenhandvest behandeld. Hij stelt aan de orde dat benadeelde particulieren op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie aanvankelijk twee 'correctieven' hadden: richtlijnconforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid. Probleem daarbij is dat een succesvol beroep hierop mede afhangt van het toeval. Hij gaat in op een derde correctief dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie is geïntroduceerd in de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*. Daarin is al het derde correctief opgeno-

men, namelijk het buiten toepassing laten van een met een richtlijn strijdige bepaling op grond van strijd met een hoger algemeen beginsel van Unierecht, dat de richtlijn concretiseert. Daarbij is, om binnen het bereik van het Handvest te vallen, vereist dat de betrokken nationale situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en het recht in kwestie technisch geschikt is om door te werken. Vos is kritisch op deze rechtspraak van het Hof van Justitie, maar vindt het openzetten van de poort naar het Handvest door het Hof te billijken, maar dan zal er ook gezorgd moeten worden voor een acceptabel deurbelid. Zo niet dan is het goed de (on)mogelijkheid van horizontale directe werking van richtlijnen te herbezien om te voorkomen dat sommige grondrechten qua bescherming buiten de boot vallen.

In paragraaf 7.4 gaat Even in op botsingen in Europa over de keuze voor het liberalisme, protectionisme of gewoon eerlijke mededinging. Hij schetst de ontwikkelingen die hebben geleid tot de invoering van de Detacheringsrichtlijn en de Herziene detacheringsrichtlijn met aanpalende maatregelen. Het Hof van Justitie heeft naar aanleiding van een procedure opgestart door Hongarije en Polen geoordeeld dat de herziening van de Detacheringsrichtlijn een nieuw evenwicht tot stand heeft willen brengen tussen de factoren op basis waarvan de in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen met elkaar kunnen concurreren, zonder dat er een einde is gemaakt aan het eventuele concurrentievoordeel dat dienstverrichters uit bepaalde lidstaten zouden hebben. De herziening heeft niet tot gevolg dat alle op kosten gebaseerde mededinging wordt uitgeschakeld. Wel moet de dienstverrichter rekening houden met een reeks arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, maar op andere kostencomponenten kan steeds worden geconcurrereerd net als op de productiviteit en efficiëntie van de desbetreffende werknemers.

Even constateert dat de verschuiving van de belangen ten laste van de vrijheid van dienstverlening en ten gunste van eerlijke mededinging en de rechten van gedetacheerde werknemers een feit is. Hij vindt dat daar compensatie voor de belangen van de Oost-Europese landen tegenover zou moeten staan, omdat de belangen van de West- en Noord-Europese landen hebben geprevaleerd.

Verder beveelt hij de Nederlandse overheid aan om er eindelijk zorg voor te dragen dat voor dienstenverrichters helder is welke arbeidsvoorwaarden zij precies moeten toepassen in het land waar de dienst verricht wordt. Tijd voor duidelijke en actuele informatie, ten minste ook in het Engels, over de toe te passen voorwaarden die gelden bij uitzending van werknemers naar Nederland.

Monica Wirtz gaat in paragraaf 7.5 in op de positie van werkenden in Europa en het mededingingsrecht. Omdat het idee van sterke zelfstandigen niet steeds opgaat, worden er meer voorstellen gedaan die zelfstandig werkenden ondanks het verbod op mededinging de mogelijkheid geven om collectief te onderhandelen over hun werkvoorwaarden. Zij besteedt aandacht aan twee nieuw voorgestelde richtlijnen: de richtlijn betreffende verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk en de richtsnoeren ter verduidelijking van de toepassing van het mededingingsrecht op cao's van zelfstandigen. Niet alleen schijnzelfstandigen mogen collectief afspraken maken omdat ze geen ondernemingen zijn, maar ook sommige echte zelfstandigen. Zij concludeert dat de voorstellen een soort glijdende schaal lijken voor te stellen. Uitgaande van werknemers, maar met

werknemers te vergelijken werkenden – onder wie platformwerkers en schijnzelfstandigen, naar de echt zelfstandig werkenden met beduidend minder onderhandelingsmacht, tot aan echt zelfstandige ondernemers. Echte zelfstandigen met marktmacht mogen geen afspraken maken op grond van het kartelverbod. Bij dit alles lijkt het te draaien om de ‘economische afhankelijkheid’. Zij doet de suggestie dat het op zwakkere deelnemers gerichte arbeidsrecht hier mogelijkwijs ook inspiratie uit kan opdoen. Het gezagsbegrip kan dan mede aan de hand van de economische afhankelijkheid worden ingevuld met daarin een glijdende schaal met grenswaarden voor de verschillende categorieën.

Op de vraag bij welke rechter op basis van welk recht aangeklopt moet worden bij geschillen over grensoverschrijdende arbeid gaat Els de Wind in paragraaf 7.6 in. Zij schetst de twee opvattingen die over de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO, later artikel 8 lid 1 Rome I, zijn waar te nemen. In de ene, enge, opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds van toepassing, ook al is gekozen recht gunstiger voor de werknemer. In de andere, ruime, opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht alleen van toepassing als de werknemer daar beter door wordt beschermd. In een uitspraak van het Hof van Justitie uit 2021 inzake *Gruber Logistics* heeft het Hof voor de ruime opvatting gekozen. Roemeense chauffeurs hadden toch recht op het minimumloon in Duitsland respectievelijk Italië dat hoger lag op basis van het objectief toepasselijke recht. Daarvoor werd het van toepassing verklaarde Roemeens recht opzijgezet. Het Hof van Justitie bepaalde dat de nationale rechter eerst dient te bepalen wat het objectief toepasselijke recht is, vervolgens op basis van dit recht de regels dient vast te stellen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, om ten slotte het niveau van bescherming onder die regels met de regels van het gekozen recht te vergelijken. De taak van de rechter is dus om aan rechtsvergelijking te doen. De Wind heeft de indruk dat de Nederlandse rechter zich hier makkelijk van af maakt door er geregeld zonder meer van uit te gaan dat Nederland het gewoonlijke werkland is en het objectief toepasselijke Nederlandse recht voor de werknemer gunstiger is dan het gekozen recht. Zij wijst op mogelijkheden voor rechters om ook de bal terug te spelen naar partijen om hierover nadere informatie te verschaffen of om inlichtingen te vragen bij het Internationaal Juridisch Instituut of een deskundigenbericht te bevelen of inlichtingen over buitenlands recht in te winnen op grond van artikel 67 lid 1 Rv.

Tot slot gaat Bert Maes in op vier thema’s die spelen in het migratierecht. Hij doet een pleidooi om de huidige twee loketten in Nederland naar één loket terug te brengen. Bij de gecombineerde vergunning verblijf en arbeid constateert hij veel afstemmingsproblematiek omdat zowel het UWV als de IND daarbij betrokken is. Hij stelt voor om de *lead* bij de IND neer te leggen.

Ten tweede constateert hij een verdergaande communautarisering van het arbeidsmigratierecht. Omdat met name intra-EU-mobiliteit van derdelanders nog steeds een belangrijke beperking is binnen de EU/EER vindt hij dat de uitvoering van het reguliere vreemdelingenrecht voor een deel aan de EU zelf moet worden geattribueerd.

Ten derde roept hij op om meer mogelijkheden te creëren voor het activeren van asielzoekers. Hij verwijst daarbij naar de ad-hocregelingen die voor Oekra-

iners zijn getroffen. Het is zonde van al het talent bij asielzoekers dat verloren gaat omdat zij niet de mogelijkheid van onderwijs of werk krijgen.

Tot slot gaat hij in op de steen des aanstoots in artikel 8 lid 1 Wav waarin is bepaald dat een tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning geweigerd wordt indien voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgeniend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is. Lees: eigen volk eerst. Hij haalt uitzonderingen hierop aan, waarvan de bekendste de kennismigrantenregeling is. Hij pleit er dan ook voor om in het arbeidsmigratierecht veel meer met gedifferentieerde salariscriteria te werken die aansluiten bij (cao-)normen binnen sectoren met grote tekorten, te modelleren aan de hand van de kennismigrantenregeling. Er zouden dus meer sectoren en/of beroepsgroepen moeten worden geduid die via een *single procedure* leiden tot een *single permit*.

8.7 Slotbeschouwing

We staan aan de vooravond van de nodige stelselwijzigingen die doorgevoerd moeten worden om het functioneren van de arbeidsmarkt te verbeteren. Het besef dat het aan de overheid is om door middel van wetgeving duidelijkere kaders te stellen is toegenomen. Het overlaten aan de markt of aan sociale partners om normerend op te treden is onvoldoende succesvol gebleken. Zie bijvoorbeeld de grote toename van de flexibele schil en zzp'ers: de in sociale akkoorden uitgesproken doelstellingen dat vast werk met vaste arbeidskrachten moet worden ingevuld, hebben immers niet tot een afname van de flexibele schil geleid. Bovendien zijn de ook in deze bundel benoemde uitdagingen als klimaatcrisis en krapte op de arbeidsmarkt, te groot en te kwetsbaar om louter aan de markt over te laten. Een centrale regisseur die op tijd de juiste arrangementen treft, is meer dan ooit nodig. Het besef dat maatregelen gewenst zijn blijkt ook wel uit de overeenstemming die binnen de SER is bereikt over de te nemen maatregelen voor het middenlangetermijnbeleid. De wetgever heeft dan ook de terechte wens om in nauw overleg met sociale partners inhoud te geven aan de stelselwijzigingen. Want het succes van de wettelijke maatregelen is er mede sterk van afhankelijk hoe daaraan opvolging wordt gegeven aan de cao-tafels en in ondernemingen. Tegelijkertijd tikt de klok genadeloos hard door en kan het arbeidsmarktdossier als we niet tijdig actie ondernemen een arbeidsmarktcrisis worden. Er is werk aan de winkel.

Tegen de achtergrond van deze aanstaande wetswijzigingen willen we een aantal hoofdlijnen destilleren uit de bijdragen van de expertgroepen in deze bundel, die van belang zijn om mee te nemen.

Allereerst valt op dat het goed is aandacht te besteden aan de uitvoerbaarheid van de regelgeving. Dit kan zijn dat het stelsel als zodanig wel goed in elkaar zit maar dat het tegen de grenzen van uitvoerbaarheid aanloopt, zoals in hoofdstuk 3 ten aanzien van de arbeidsongeschiktheidsregelingen werd geconstateerd. Een goede toepassing van het systeem van keuring en herkeuring stopt door tekorten aan verzekeringsartsen. De opgelopen achterstanden leiden ertoe dat mensen langer dan nodig is inactief blijven en in de uitkering blijven hangen. Mede gezien de krapte op de arbeidsmarkt is het niet wenselijk dat op die wijze arbeidspotentieel onvoldoende benut wordt. Ook de onduidelijkheid rondom de kwalificatievraag leidt tot problemen in de uitvoering. In dat geval

ook omdat de handhaving tekortschiet, zoals uit hoofdstuk 6 is gebleken. Dit is een voorbeeld waarbij de wetgever met duidelijkere normen moet komen waarmee de praktijk ook uit de voeten kan. Een ander voorbeeld van problemen in de uitvoering kwam in hoofdstuk 7 aan de orde, met betrekking tot de moeilijke samenwerking van twee overheidsdiensten (UWV en IND) bij de gecombineerde vergunning verblijf en arbeid, die leidt tot veel tijdsoponthoud in de procedure. Deze voorbeelden maken duidelijk dat er allereerst al veel winst is te behalen door goed te kijken hoe de uitvoerbaarheid van regelingen verbeterd kan worden.

Ten tweede wordt het belang van de handhaving van de regels van het arbeidsrecht in verschillende bijdragen benadrukt. Het duidelijkst kwam dat naar voren in hoofdstuk 6 over het handhavingstekort in het arbeidsrecht. Indien naleving een ondergeschoven kind blijft, mag niet verwacht worden dat er veel kracht uitgaat van de (wettelijke) normen. Hier ligt een taak voor de overheid om zowel de effectiviteit van de handhaving te vergroten als oog te houden voor de *equality of arms*. Zie bijvoorbeeld de opmerkingen over het onafhankelijk positioneren van inspecties en voorzien van voldoende capaciteit, op welk vlak de regering ook al stappen heeft gezet. Maar zie ook de constatering dat het moeilijk is voor arbeidsongeschikten om in ZW- en WIA-procedures weerwoord te bieden aan het gewicht dat de bestuursrechter en de Centrale Raad van Beroep toekennen aan het medisch oordeel. De aanbeveling is gedaan om een informatiepunt op te richten waar ook *second opinions* gegeven kunnen worden om de *equality of arms* in dergelijke procedures te verbeteren. De aanbeveling om de toegang tot het recht te vergroten door het introduceren van een laagdrempelige procedure, lijkt vervuld te gaan worden door de aankondiging in de brief van de minister van 5 juli 2022 over de Hoofdlijnen Arbeidsmarkt dat overgegaan gaat worden tot het inrichten van arbeidscommissies vergelijkbaar aan de huurcommissies. Maar ook cao-partijen kunnen meer aandacht besteden aan het handhaven van cao-afspraken. Zo is de aanbeveling gedaan aan cao-partijen om (meer) over te gaan tot het instellen van rechtspersonen die belast worden met de handhavingstaak. En ook om door het opnemen in de cao van open normen als ‘goed werkgeverschap’ de ruimte te bieden om ook de naleving van andere arbeidsrechtelijke normen door vakorganisaties mogelijk te maken.

Een derde hoofdlijn die we uit de bijdragen destilleren, is het aandacht besteden aan de positie en rol van de vakbond als onafhankelijke partij in de arbeidsvoorwaardenvorming. De fundamenten van het cao-stelsel komen onder druk te staan, indien niet-onafhankelijke partijen een (hoofd)rol gaan spelen in de arbeidsvoorwaardenvorming. In hoofdstuk 5 is de aanbeveling gedaan om de onafhankelijkheid beter in rechtspraak en/of wetgeving te borgen in lijn met de uitleg van ILO-Verdrag nr. 98. Ook wordt voorgesteld om de minister dan wel de rechter de onafhankelijkheid te laten toetsen aan de hand van een op te stellen leidraad. In geval van afspraken met een niet-onafhankelijke vakbond zouden daar juridische consequenties aan verbonden kunnen worden ten aanzien van de status van de cao als ook ten aanzien van de toepasbaarheid van artikel 7:613 BW in geval van incorporatiebedingen. Ook in hoofdstuk 6 over het handhavingstekort in het arbeidsrecht wordt op verschillende plekken de betekenis benadrukt die vakbonden op dit vlak kunnen spelen. Het mag duidelijk zijn dat een onafhankelijke vakbond hierin eerder en vaker een rol zal willen vervullen

dan een vakbond die met inmenging van de werkgever tot stand is gekomen, dan wel een vakbond die onvoldoende afstand tot de werkgever heeft.

Tot slot wijzen we op de gevolgen voor de arbeidsmarkt die in verschillende bijdragen wordt benadrukt. Om de krapte op de arbeidsmarkt aan te pakken valt er nog veel winst te behalen als onbenut arbeidspotentieel wordt aangeboord. In hoofdstuk 3 is aanbevolen de sociaal-medische begeleiding te koppelen aan de behoefte van werkzoekenden met een gezondheidsprobleem en dit niet langer afhankelijk te laten zijn van de uitkering waar iemand in zit. Op die wijze wordt de inzetbaarheid van werkzoekenden met gezondheidsproblemen aanzienlijk vergroot. Ook zou het arbeidspotentieel van migranten beter benut moeten worden. In paragraaf 7.7.3 is gepleit voor het afschaffen van de regel in de WAV over het prioriteitsgebonden aanbod. Er zouden meer sectoren en/of beroepsgroepen moeten worden aangeduid waarin migranten werkzaam zouden kunnen zijn, met een vergelijking naar de kennismigrantenregeling, waarbij de behoeften op de Nederlandse arbeidsmarkt een belangrijke factor zouden moeten zijn. De meest vergaande voorstellen zijn gedaan in hoofdstuk 4, namelijk over het inzetten van scholing als arbeidsmarktinstrument. Daar wordt aanbevolen om op een vergelijkbare wijze als in de Wet verbetering poortwachter is gedaan, ook scholing als een hard criterium te hanteren waaraan zowel richting werkgever als werknemer sancties verbonden kunnen worden op moment dat een aanvraag voor een WW-uitkering aan de orde is. De behoefte op de arbeidsmarkt zou een belangrijk element dienen te zijn bij een op te stellen employabilityadvies en het daarop gebaseerde scholingsplan. Deze voorstellen dienen om het arbeidsaanbod beter te laten aansluiten bij de arbeidsbehoefte op de arbeidsmarkt.

Zo zijn er in deze bundel de nodige aanbevelingen gedaan die van pas kunnen komen bij de komende stelselherzieningen. Hieraan zal de komende jaren in de politiek, bij sociale partners, bij de beoefenaars van het arbeidsrecht nog de nodige aandacht worden besteed. Ook de Vereniging voor Arbeidsrecht zal daar in haar activiteiten de komende jaren de nodige aandacht aan besteden: 'arbeid(srecht) in transitie!'.

Over de auteurs

Lucy van den Berg	universitair docent Arbeidsrecht aan de VU
Cara van den Bor	promovenda aan de VU
Willem Bouwens	hoogleraar Arbeidsrecht aan de VU
Zef Even	hoogleraar Europees Arbeidsrecht aan de EUR en advocaat te Rotterdam
Jim Faas	verzekeringsarts onafhankelijke expertises
Karien van Gennep	minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Anneloes Goossens	beleidssecretaris VNONCW
Ruben Houweling	hoogleraar Arbeidsrecht aan de EUR
Niels Jansen	universitair docent Arbeidsrecht aan de UvA
Madelijn de Kleine	bedrijfsarts
Pascal Kruit	bestuurslid van de Vereniging voor Arbeidsrecht en advocaat te Oostvoorne
Bart Maes	advocaat te Breda
Roy Poelstra	promovendus bij de leerstoelgroep Arbeidsrecht en Sociale Zekerheidsrecht aan de UvA
Willemijn Roozendaal	hoogleraar Sociaal Recht aan de VU
Diederik Samsom	kabinetschef van Eurocommissaris Frans Timmermans, die belast is met uitvoering van EU- klimaatbeleid
Björn Schouten	advocaat te Amsterdam en universitair docent aan de Universiteit Leiden
Pauline Sick	advocaat te Amsterdam
Loe Sprengers	voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht, verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de EUR en advocaat te Utrecht
Rik van Steenbergem	beleidsmedewerker bij de FNV
Vivian Bij de Vaate	universitair hoofddocent aan de VU
Evert Verhulp	hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA
Jan-Pieter Vos	wetenschappelijk docent Arbeidsrecht aan de EUR
Wim Wetzels	kantonrechter bij de rechtbank Rotterdam
Els de Wind	advocaat te Amsterdam
Monica Wirtz	bestuurslid van de Vereniging voor Arbeidsrecht en adviseur juridische zaken werkzaam bij AWWN
Erica Wits	advocaat te Utrecht

