

HOOFDARTIKEL

Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht

Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere arbeidsverhoudingen

A.R. Houweling & G.W. van der Voet

1 Inleiding

Er bestaat tegenwoordig een hele waaier aan bijzondere arbeidsverhoudingen die in de afgelopen eeuw geheel of gedeeltelijk een eigen regeling hebben gekregen.¹ Gedacht kan worden aan de bijzondere rechtspositie van de ambtenaar, de docent en de bestuurder, maar ook aan die van de zeevarende, de gesubsidieerde arbeider, de grenswerker, de flexwerker enzovoort. Dat de discussie met betrekking tot de keuze voor een uniforme of gedifferentieerde regeling van arbeidsverhoudingen nog steeds actueel is, blijkt uit het feit dat de wetgever er vrij recent nog voor heeft gekozen om de bestuurder van een beursgenoteerde naamloze vennootschap (nv) bij wet uit te zonderen van het arbeidsovereenkomstenrecht (met nog meer differentiatie tot gevolg),² terwijl de wetgever tevens recentelijk heeft aangekondigd de bijzondere status van de ambtenaar gelijk te willen trekken met die van de 'gewone werknemer' (wat weer tot uniformering zou leiden).³ Ook in de

- 1 Zie uitvoerig A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012. Een aantal van de arbeidsverhoudingen beschreven in de bundel 'Bijzondere arbeidsverhoudingen' werd in 1998 al beknopt in beeld gebracht in een speciale editie van het tijdschrift *ArbeidsRecht* onder de titel *Een waaier van werknemers*. Zie voorts *De arbeidsovereenkomst: bijzondere gevallen I.4*, Elsevier 2008 (losbl.). Voor de goede orde merken wij op dat in deze bijdrage het object van onderzoek 'bijzondere arbeidsverhoudingen' is. Daaronder verstaan wij een van het reguliere recht afwijkend stelsel van regelingen dat voor een specifieke groep werkers geldt. Differentiatie op grond van getalscriteria (denk aan verschillende vormen van medezeggenschap naargelang de omvang van de organisatie) of differentiatie naar inkomen (artikel 7:650 lid 6 BW) vallen buiten het bereik van dit onderzoek. Zie hierover o.m. I.P. Asscher-Vonk & S.S.M. Peters, *Algemeen of gedifferentieerd: een regeling van de arbeidsovereenkomst voor allen of klassenwetgeving*, *Sociaal Recht* 2007, 11, p. 365 e.v.
- 2 Zie Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, nr. 275. De rechtsverhouding tussen de bestuurder en een beursgenoteerde naamloze vennootschap kan niet meer worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (artikel 2:132 lid 3 BW).
- 3 Kamerstukken II 2011/12, 32 550 (Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren).

literatuur wordt regelmatig gepleit voor meer differentiatie⁴ dan wel meer uniformering.⁵

Als wij een eeuw terugblikken, blijkt dat de toenmalige wetgever bij de vormgeving van de wettelijke regeling van het arbeidsovereenkomstenrecht zoals die in 1909 in werking trad, bewust koos voor een uniforme regeling die voor alle 'arbeiders' zou hebben te gelden.⁶ Een gedifferentieerd stelsel van afzonderlijke arbeidsrechtelijke regelingen voor bijzondere beroepsgroepen werd uitdrukkelijk van de hand gewezen. Zo'n stelsel zou volgens Drucker namelijk slechts aanleiding geven tot afbakeningsproblemen en rechtsonzekerheid.⁷ Gezien de parlementaire geschiedenis van de huidige wettelijke regeling in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), zou men verwachten dat het creëren (of handhaven) van afwijkende regelingen voor bepaalde arbeidsverhoudingen uitdrukkelijk door de wetgever is/wordt gemotiveerd en dat aan de vormgeving van dergelijke bijzondere arbeidsverhoudingen bewuste keuzes en/of principes ten grondslag liggen.

In deze bijdrage zal – na een korte schets van de verschillende bijzondere arbeidsverhoudingen – de vraag centraal staan naar de door de wetgever aangevoerde rechtvaardigingsgrond(en). Gaat het bijvoorbeeld steeds om een groep werknemers voor wie het aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie niet meer (onverkort) opgaat? Is een bijzondere arbeidsverhouding aangewezen indien de arbeidsverhouding voor een belangrijk deel door andere rechtsgebieden wordt gekleurd, zoals het bestuursrecht of het verenigingsrecht? Gaat het om de aard van de werkzaamheden die een 'eigensoortige regeling' nu eenmaal noodzakelijk maakt? Of is sprake van een louter historisch gegroeid fenomeen, dat wettelijk in stand wordt gehouden? In het verlengde daarvan staat de vraag centraal of al die rechtvaardigingsgronden anno 2013 nog steeds opgaan.

Bij dit alles zal tevens aandacht worden besteed aan de vraag welke ontwikkelingen zich ten aanzien van bijzondere arbeidsverhoudingen in het buitenland voordoen, dan wel hebben voorgedaan. In hoeverre kennen andere Europese landen een uniform dan wel een gedifferentieerd arbeidsrechtelijk stelsel? Op welke wijze

4 Recentelijk nog Beltzer, die pleit voor het buiten het arbeidsrecht plaatsen van alle bestuurders van nv's en bv's (zie R.M. Beltzer, *De Wet bestuur en toezicht – over een amendement dat niet ver genoeg gaat*, *ArbeidsRecht* 2013, 3, p. 3-6). Daarnaast kan gedacht worden aan Jacobs, die differentiatie naar inkomen heeft voorgesteld (zie A.T.J.M. Jacobs, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, NJB 1994, p. 1042 en in gelijke zin: A.T.J.M. Jacobs, *Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie*, in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80. Zie voorts Asser/Heerma van Voss 2012 (7-V), nr. 37; G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Deventer: Kluwer 2004, p. 361-363.)

5 Zie bijvoorbeeld het betoog van Cremers en Bijleveld over de rechtspositie van huishoudelijk personeel: L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, *Een baan als alle andere?! De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Leiden: Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2010.

6 C.J. Loonstra & M. Westerbeek, *Honderd jaar definitie van de arbeidsovereenkomst: moet het anders?*, SMA 2007, 11/12, p. 414-415; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 57-63.

7 H.L. Drucker, *Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract*, RM 1887, p. 54-59.

zijn deze arbeidsrechtelijke stelsels vormgegeven en welke ontwikkelingen doen zich aldaar voor?

De antwoorden op deze vragen bieden ons mogelijk inzicht in de wijze waarop het arbeidsrecht zich in Europa – in het bijzonder Nederland – ontwikkelt en zal dienen te ontwikkelen: naar meer uniformiteit of juist meer differentiatie?

2 Uniformiteit als hoofdregel

2.1 *De keuze voor uniformiteit in 1907*

Vóór 1907 werd de rechtspositie van de ‘werknemer’ bepaald door slechts drie artikelen in het Burgerlijk Wetboek, namelijk door de artikelen 1637 tot en met 1639 BW, die waren gerubriceerd onder de titel ‘Van huur van dienstboden en werklieden’ (ook wel aangeduid als het ‘dienstbodenrecht’). Deze regeling voorzag niet in een duidelijk criterium wanneer sprake was van het huren van ‘dienstboden’ of ‘werklieden’.⁸ De behoefte aan meer rechtszekerheid en een verbeterde wettelijke regeling inzake arbeidsverhoudingen werd aan het einde van de negentiende eeuw steeds meer onderkend.⁹ In de opmaat naar de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werd in zowel wetenschappelijke als politieke kringen de vraag aan de orde gesteld of er voor alle werkenden één uniforme regeling moest komen, of dat juist gekozen moest worden voor afzonderlijke regelingen voor de verschillende categorieën werkenden. Lang niet alle werkers zouden namelijk dezelfde mate van bescherming behoeven. Al helemaal niet indien deze bescherming dwingend zou worden opgelegd.

Drucker – de ontwerper van ons huidige wettelijke arbeidsovereenkomstenrecht – was een sterke pleitbezorger van een uniforme regeling. Nadat hij de rechtspraak met betrekking tot de begrippen ‘huur van dienstboden en werklieden’ uitvoerig had geanalyseerd, kwam hij tot de conclusie dat de wetgever geen afzonderlijke regelingen moest ontwerpen voor verschillende categorieën werkenden. Dat zou enkel leiden tot allerlei afbakeningsproblemen en daarmee tot rechtsonzekerheid. Letterlijk motiveerde hij dit standpunt als volgt:

‘De wetgever, die het arbeidscontract regelt, zal wellicht tot de overtuiging komen, dat niet voor alle dienstverhuurders dezelfde bepalingen kunnen gelden, dat veeleer voor sommige categorieën afzonderlijke voorschriften noodig zijn. In dat geval zal hij grenslijnen moeten trekken. Welnu, indien hij daartoe overgaat, raadplege hij de ervaring en spiegele zich aan de eindelooze en onvruchtbare discussiën, die over de uitlegging der woorden dienstboden en werklieden in ons B.W. zijn gevoerd. Hij vermijde het, opnieuw de scheidslijn op deze of dergelijke wijze te trekken. Is een betere te vinden? Zeker niet gemakkelijk. Onze rechtspraak kan ook dit leren, dat van al de tot dusver gebezigde kenmerken: de ondergeschiktheid, de aard van den arbeid, enz., enz., het eene al moeilijker is te hanteeren dan het andere. En dit verschijnsel

8 Zie o.m. Drucker 1887, p. 54-59.

9 Loonstra & Westerbeek 2007, p. 414 en 415; Loonstra & Zondag 2010, p. 57-63.

staat niet op zich zelf; elders is men met soortelijke onderscheidingen op dezelfde zwarigheden gestuit.¹⁰

In het parlement – met name bij de leden van de Eerste Kamer – werd de keuze voor een algemene regeling inzake ‘arbeidscontracten’ zeer kritisch ontvangen. In het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer werd zelfs gesproken van de:

‘(...) doodende uniformiteit der voorgestelde regeling’.¹¹

Volgens verscheidene Eerste Kamerleden waren de dienstbetrekkingen waarin arbeid werd geleverd naar hun aard en karakter zo ongelijk, dat zij onmogelijk in één regeling zouden kunnen worden gevat.¹² Zo brachten zij in het Voorlopig Verslag naar voren:

‘De arbeid van een dienstbode heeft een heel ander karakter dan die van een arbeider in de fabriek.’

Voorts achtten verschillende Kamerleden het onbegrijpelijk dat er in ieder geval geen onderscheid werd gemaakt tussen ‘intellectueelen arbeid’ en ‘physischen arbeid’. Zij stelden daarom een alternatief voor, waarbij onderscheid werd gemaakt tussen drie categorieën arbeiders, te weten:

1. arbeiders in fabrieks- en handwerksnijverheid (waaronder mede de inwonende arbeiders);
2. dienstboden;
3. alle overige in loondienst zijnde personen (met uitzondering van directeuren van naamloze vennootschappen die feitelijk als werkgever fungeerden).¹³

De regering verwierp deze kritiek en verdedigde met kracht haar gekozen uitgangspunt van een uniforme regeling door te wijzen op de moeilijkheid om de verschillende onderscheidingen af te bakenen. Volgens de regering zou dit enkel tot meer rechtsonzekerheid leiden, daar vooraf niet duidelijk zou zijn of men onder categorie 1, 2 of 3 zou vallen. Daarnaast achtte de regering de gedachtegang onjuist dat een uniforme regeling geen recht zou doen aan ‘accentverschillen’ binnen verschillende beroepsgroepen. Verwezen werd onder meer naar de verschillende wettelijke bepalingen inzake het loon, variërend van ‘gewoon loon’ tot ‘stukloon’, waarmee recht werd gedaan aan verschillende categorieën werkers (fabrieksarbeiders tot stukwerkers). Zo ‘dodelijk’ behoefde de uniforme regeling

10 H.L. Drucker, *Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst*, RM 1894, p. 548.

11 A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst, Deel I*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1907, p. 151. Zie voor de kritiek vanuit de Tweede Kamer: p. 58-59. Zie ook E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 10-15.

12 Zie bijvoorbeeld het betoog van Van Wichen en Talma dat ‘landbouwers’ en ‘fabrieksarbeiders’ niet op één lijn gesteld konden worden. Drucker merkte hierover op dat zodra een uitzondering gemaakt zou worden voor ‘boerenpatroons’, tal van anderen een uitzonderingspositie zouden claimen waarmee men weer terug bij af zou zijn. Bles 1907, p. 144, 149 en 151.

13 Bles 1907, p. 152.

dus niet te zijn.¹⁴ Om die reden stemde uiteindelijk zowel de Tweede als de Eerste Kamer in met een uniforme regeling. Tijdens het parlementaire debat is vervolgens uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of de volgende arbeidsverhoudingen wel of niet onder het bereik van de Wet op de arbeidsovereenkomst moesten vallen:

- a. bedienaren van de godsdienst;
- b. dienstboden;
- c. leerlingen;
- d. bestuurders van nv's en van coöperatieve verenigingen en
- e. handelsreizigers.¹⁵

Steeds gold echter als uitgangspunt dat ook deze 'arbeiders' onder de uniforme regeling van de artikelen 1637a e.v. BW zouden vallen. Slechts twee groepen arbeiders werden uitdrukkelijk van de nieuwe regeling uitgezonderd, te weten:

1. de arbeidsverhouding tussen de rederij en de schipper, alsmede tussen de schipper en diens scheepsofficieren en scheepsgezellen; en
2. personen in dienst van de staat, provincie, gemeente, waterschap of publiekrechtelijk lichaam (oftewel: de ambtenaren).¹⁶

De eerste categorie – de zeevarenden – werd uitgezonderd omdat daarvoor reeds een 'opzettelijke regeling' in het Wetboek van Koophandel (WvK) was getroffen en deze arbeidsverhouding zo exceptioneel was dat die niet onder de uniforme regeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst diende te vallen. De tweede categorie – personen in dienst van de overheid – werd uitdrukkelijk uitgezonderd om een duidelijk onderscheid te maken tussen ambtenaren en niet-ambtenaren in afwachting van een afzonderlijke wettelijke regeling (de Ambtenarenwet).¹⁷ Waarom de categorie zeevarenden zo uitzonderlijk was dat deze niet onder het reguliere arbeidsrecht kon worden gebracht en waarom er in de wet een duidelijk onderscheid moest worden gemaakt tussen ambtenaren en niet-ambtenaren, werd opvallend genoeg echter niet verder gemotiveerd.

14 Bles 1907, p. 155 t/m 157.

15 Zie Bles 1907, p. 167 respectievelijk p. 185, 203, 204 en 207.

16 Zie A.E. Bles, De Wet op de arbeidsovereenkomst, Deel II, Den Haag: Gebr. Belinfante 1908, p. 416.

17 Bles 1908, p. 427.

2.2 Uniformiteit nog steeds het uitgangspunt

De voorkeur¹⁸ van de wetgever uit 1907/1909 voor een uniforme regeling sluit goed aan bij ons huidige denken over wetgevingskwaliteit.¹⁹ Zo vloeit uit kwaliteitseisen voor de regelgeving – meer in het bijzonder uit ‘het vereiste van onderlinge afstemming’ – voort dat onnodige en ongewenste verscheidenheid in regelgeving ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties dient te worden vermeden.²⁰ In plaats daarvan dient in alle gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld zoveel mogelijk te worden gestreefd naar harmonisatie van regelgeving.²¹ Afwijking van een algemene wet mag slechts indien dit noodzakelijk is en in de memorie van toelichting expliciet is gemotiveerd.²² Dit alles om te voorkomen dat ons totale wetgevingscomplex (dat sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw qua omvang enorm uit de hand is gelopen²³) voor het bedrijfsleven, de burgers, de rechterlijke macht en het overheidsapparaat onoverzienbaar en daardoor onuitvoerbaar en niet langer te handhaven wordt.

Mogelijk belangrijker nog is het algemene gelijkheidsbeginsel en het daaraan verbonden discriminatieverbod, zoals dat onder meer is opgenomen in de artikelen 20 en 21 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest).²⁴ Nationale wetgevers en rechters hebben daar rekening mee te houden bij de uitvoering van het Unierecht, zo volgt uit artikel 51 lid 1 EU-Handvest. Gewezen zij voorts onder meer ook op de artikelen 1 en 7 van de Universele

18 Molenaar noemde het zelfs een van de vier beginselen van de Wet op de arbeidsovereenkomst. De andere drie beginselen waren (1) het privaatrechtelijke karakter, (2) het dwingend recht, en (3) de aan de rechter toegekende vrijheid van oordeel. Zie A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*. Het geldende recht. Tweede deel A, Zwolle: Tjeenk Willink 1957, p. 31 en 32.

19 De grondslag voor een algemeen wetgevingsbeleid is gelegd in de nota *Zicht op wetgeving* (Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2). Dit nog altijd actuele beleid heeft als doelstelling de rechtstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van wetgeving te verbeteren door daaraan kwaliteitseisen te stellen, te weten: (a) het vereiste van rechtmatigheid en het verwerklijken van rechtsbeginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, (b) doeltreffendheid en doelmatigheid, (c) subsidiariteit en evenredigheid, (d) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, (e) onderlinge afstemming, en (f) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Deze kwaliteitseisen zijn op 18 november 1992 nader uitgewerkt in de *Aanwijzingen voor de regelgeving* (Stcrt. 2005, 87). Dat is een circulaire van de minister-president die periodiek wordt bijgewerkt en dient als naslagwerk voor Nederlandse wetgevingsjuristen. Bij het redigeren van algemeen verbindende teksten is afwijking van deze aanwijzingen slechts toegestaan indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden.

20 Nota *Zicht op wetgeving*, p. 25 en 26.

21 Zie tevens *Aanwijzing 47 (Ar)*.

22 Zie *Aanwijzing 49 (Ar)*.

23 Zie over de noodzaak tot deregulering in die periode en de naar aanleiding daarvan uitgevoerde dereguleringsoperaties uitgebreid: G.W. van der Voet, *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 150-170.

24 PbEG 18 december 2000, C364/11. Sinds 2000 kent de Europese Unie een geschreven grondrechtencatalogus: het Handvest. Dit Handvest is in 2007 aangepast en met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 bindend geworden. Het Handvest heeft de status van primair recht. Dit volgt uit artikel 6 lid 1 VWEU, dat luidt als volgt: ‘De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.’

verklaring van de rechten van de mens (UVRM), artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 1 lid 1 van het Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), die eveneens een uitvloeisel vormen van het algemene gelijkheidsbeginsel en die een algemenere werkingssfeer hebben (en dus niet alleen betrekking hebben op het Unierecht).²⁵ Hoewel deze normen niet direct doorwerken in de individuele arbeidsverhoudingen, wordt in de literatuur het standpunt verdedigd dat het gelijkheidsbeginsel heeft te gelden als norm voor algemene regelgeving.²⁶ Dat betekent dat de wetgever niet geheel vrij is in de keuze voor juridische differentiaties, maar deze keuzes dient te kunnen verantwoorden. Zo mag volgens Peters slechts onderscheid worden gemaakt met het oog op een legitiem doel, bestaande uit een daadwerkelijk probleem of belang, en dient het onderscheid voorts een geschikt middel te zijn om dit doel te bereiken, mag het doel niet op een alternatieve, voor de betrokkenen minder vergaande wijze kunnen worden bereikt en dient het onderscheid proportioneel te zijn in verhouding tot het te bereiken doel.²⁷

Ten slotte rijst de vraag of verschillende bijzondere arbeidsverhoudingen niet in strijd zijn met het communautaire werknemersbegrip. Met andere woorden, dwingt ook Europa ons (op onderdelen) tot meer uniformiteit?²⁸

Dit alles maakt het van belang kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden die de wetgever indertijd heeft aangevoerd bij de invoering van de bijzondere (van de uniforme wettelijke regeling uit 1909 afwijkende) wettelijke regelingen van bepaalde arbeidsverhoudingen.

25 In de horizontale verhouding tussen een werkgever en een werknemer werkt dit beginsel door via open normen als het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW, zij het dat dit beginsel daarbinnen slechts mee wordt gewogen in een meer algemene 'onaanvaardbaarheidstoets' (HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (Parallel Entry/KLM)). Zie hierover uitgebreid: D.J.B. de Wolff & P.E.M.S. Humblet, *Gelijke behandeling van werknemers in België en Nederland*, Sociaal Recht 2008, 59.

26 Zie o.a.: S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 460 e.v. Zie ook: Asscher-Vonk & Peters 2007, p. 365 e.v en I.P. Asscher-Vonk, *Parallel Entry – gelijke behandeling in het hok?*, in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Deventer: Kluwer 2011, p. 212 en 213. Zie evenwel kritisch ten aanzien van de vraag of sprake is van een algemeen gelijkheidsbeginsel in arbeidsverhoudingen: A.W. van Leeuwen, *Inleiding*, in: A.W. van Leeuwen (red.), *Eenheid in verscheidenheid (VvA nr. 40)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 7-9 en in gelijke zin J.M. van Slooten, *Non-discriminatie als basiswaarde van het sociaal recht*, in: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.): *De waarde(n) van het arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu 2013, p. 55-59. Overigens werken de normen via bijvoorbeeld het goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) vaak (indirect) wel weer door in arbeidsverhoudingen.

27 Zie Peters 2006, p. 466-469.

28 Zie hierover onder meer C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Het begrip werknemer in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief*, *ArA* 2001/1, p. 1-29. Zie voorts HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, *AR* 2010-0907 (Danosa).

3 Bijzondere arbeidsrechtelijke regelingen en hun rechtvaardigingsgronden

3.1 Inleiding

In dit onderzoek wordt onder ‘bijzondere arbeidsverhouding’ verstaan de arbeidsverhouding waarbij in loondienst arbeid wordt verricht en waarop het reguliere arbeidsrecht (titel 7.10 BW) niet of niet geheel van toepassing is of de arbeidsverhouding voor een belangrijk deel (mede) door additionele – buiten titel 7.10 BW gelegen – wet- en regelgeving wordt gevormd. In de paragrafen 3.2 tot en met 3.12 zullen wij achtereenvolgens kort ingaan op de arbeidsverhoudingen die zijn behandeld in de bundel ‘Bijzondere arbeidsverhoudingen’,²⁹ te weten: de ambtenaar, de docent, de geestelijke, de bestuurder van de nv of bv, de zeevarende, de BES-werknemer, de handelsagent en -vertegenwoordiger, de uitzendkracht, de werknemer van een insolvente werkgever, de (deeltijd) huishoudelijk werker/particuliere zorgverlener en de door de overheid gesubsidieerde werknemer. Van deze bijzondere arbeidsverhoudingen vormt de werknemer in dienst van een insolvente werkgever een bijzondere categorie. Zoals hierna zal worden toegelicht, is dit de enige bijzondere arbeidsverhouding waarbij partijen de arbeidsverhouding als zodanig niet aangaan, maar door omstandigheden in een bepaalde (nieuwe) verhouding tot elkaar komen te staan. Niet worden besproken de arbeidsverhouding van de sporter, de internationale werknemer, de zelfstandige zonder personeel (zzp’er) en de vrijwilliger. De sporter die in loondienst werkt, valt namelijk gewoon onder het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht,³⁰ evenals

29 Houweling & Van der Voet 2012. Hoewel deze bundel veel bijzondere arbeidsverhoudingen beschrijft, bevat deze geen uitputtend overzicht. Zo is daarin onder meer niet ingegaan op de rechtspositie van de oudere werknemer. Vanuit conceptueel perspectief valt dit te rechtvaardigen, daar er – nog – geen afzonderlijke wet- en regelgeving voor oudere werknemers van kracht is. Omdat deze groep werknemers ons voor nieuwe vraagstukken en uitdagingen stelt, is het niet onwaarschijnlijk dat in de toekomst wel afzonderlijke wet- en regelgeving van kracht wordt. Vgl. Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar, SER Advies 2006-3. Op 29 mei 2012 is een wetsvoorstel ingediend dat moet bewerkstelligen dat de rechtspositie van AOW’ers wordt versoepeld, waardoor zij aantrekkelijker worden op de arbeidsmarkt. Er wordt onder meer voorgesteld de volgende maatregelen door te voeren: loondoorbetaling bij ziekte van maximaal zes weken; beperkte re-integratieverplichtingen bij ziekte; toepasselijkheid minimumloon; verruiming ketenregeling voor ouderen. Zover is het thans nog niet. Zie over oudere werknemers in het arbeidsrecht afzonderlijk eerder: G.W. van der Voet & A.R. Houweling (red.), *Wat doen we met de oudere werknemer?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 en uiteraard de dissertatie van Heemskerk: M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

30 Zijn bijzondere rechtspositie wordt vooral veroorzaakt doordat een woud aan verenigingsrechtelijke reglementen op hem van toepassing is. In dat verband speelt dus vooral de vraag of het arbeidsrecht daar (al dan niet op Europees niveau) niet wat tegenwicht aan zou moeten bieden (de vraag speelt dus of voor hem niet juist een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling dient te worden gecreëerd). (Zie hierover: L.J.M. Langedijk, *De sporter*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 159 e.v.)

de internationale werknemer,³¹ terwijl de vrijwilliger en de zzp'er door de wetgever juist volledig van het arbeidsovereenkomstenrecht zijn uitgezonderd en niet werkzaam zijn in een loondienstverhouding (de gezagsverhouding en/of de loonverplichting ontbreken).³² Wij ronden deze exercitie vervolgens af met een korte tussenconclusie in paragraaf 3.13.

3.2 *De ambtenaar*

Een van de oudste en meest bijzondere afwijkende rechtspositionele regelingen is die van de ambtenaar. Zo is titel 7.10 BW in het geheel niet van toepassing op de ambtenaar (artikel 7:615 BW), evenmin als het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (artikel 2 lid 1 sub a BBA). In plaats daarvan valt de ambtenaar onder de Ambtenarenwet. Omdat de ambtenaar niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst maar op grond van een publiekrechtelijke aanstelling, is de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) voorts niet rechtstreeks van toepassing (artikel 1 spreekt immers over 'arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen'). Afspraken met de vakbonden over collectieve arbeidsvoorwaarden dienen daarom eerst te worden opgenomen in een publiekrechtelijk arbeidsvoorwaardenreglement, alvorens de ambtenaar er rechten aan kan ontlenuen.³³ Sinds 1998 zijn op de ambtenaar weliswaar de gewone werknemersverzekeringen van toepassing, maar hij valt daarnaast nog steeds onder dure wachtgeldregelingen. Hoewel de ambtenaar sinds 1995 tevens onder de Wet op de ondernemingsraden (WOR) valt, wordt het adviesrecht van de ondernemingsraad (or) door de ruime uitleg van de Hoge Raad van 'het primaat van de politiek' als bedoeld in artikel 46d WOR sterk ingeperkt.³⁴ De formele rechtspositie van de ambtenaar wordt tot slot gereguleerd door de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zodat voor de ambtenaar ook nog eens een hele andere rechtsgang geldt.

Men zou verwachten dat deze ingrijpende verschillen door de wetgever indertijd uitvoerig zijn gemotiveerd, maar niets is minder waar. Jellinghaus zet in zijn bijdrage over de ambtenaar uiteen hoe het ambtenarenrecht is ontstaan.³⁵ Hij beschrijft dat het pas rond de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen,

31 Ten aanzien van de internationale werknemer speelt vooral de vraag of de Nederlandse rechter wel bevoegd is en het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht wel van toepassing is. Voorts kunnen er naast het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht ook nog buitenlandse voorrangregels gelden. (Zie hierover o.a.: E.K.W. van Kampen, *De internationale werknemer*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 275 e.v.).

32 Zij het met uitzondering van artikel 7:658 lid 4 BW (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, JIN 2012, 72 (Davelaar/Allspan)). Ten aanzien van deze arbeidsverhoudingen speelt vooral de vraag of en zo ja in hoeverre deze niet onder delen van het arbeidsrecht (waaronder het arbeidsovereenkomstenrecht) dienen te worden gebracht. Zie hierover: A.R. Houweling, *De zzp'er*, en W.A. Zondag, *De vrijwilliger*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 403 e.v. resp. p. 641 e.v. Zie voorts: G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (oratie Universiteit Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2012.

33 Zo is de rechtspositie van de rijksambtenaar beschreven in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) en die van de meeste gemeenteamttenaren in de CAR-UWO (collectieve arbeidsvoorwaardenregeling en bijbehorende uitvoeringsovereenkomst).

34 HR 20 mei 2005, JAR 2005, 156. Zie uitvoerig P.A.M. Witteveen, *Over knippen en scheren bij overheidsmedezeggenschap*, ArA 2007/3, p. 61 e.v.

35 S.F.H. Jellinghaus, *De ambtenaar*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 26 en 27.

omdat er behoefte bestond de rechtspositie van de overheidsmedewerker op schrift te stellen.³⁶ De eerste vastlegging in Nederland kwam tot stand door de Grondwet van 1814. Daarin was opgenomen dat ambtenaren werden betaald uit de staatskas en dat overheden om die reden regelingen voor hun medewerkers moesten opstellen. In 1887 kwam de Nederlandse Juristen-Vereniging met een preadvies over de vraag of er voor ambtenaren een speciale status moest worden ontwikkeld.³⁷ Volgens rapporteur Fokker werd de ambtenarenstatus gelegitimeerd door het doel waarop de werkzaamheid van de overheidswerknemer is gericht en door het feit dat deze persoon staatsgezag uitoefent. Niet iedereen in overheidsdienst behoefde volgens deze visie dus een ambtelijke aanstelling te hebben. Tot een verdere algemene regeling kwam het vervolgens gedurende lange tijd niet. Pas in 1929 werd de (huidige) Ambtenarenwet (AW) aangenomen. Opvallend is dat de eerdere benadering van Fokker daarin is verlaten: er wordt slechts gekeken naar de vraag of men werkzaam is in de openbare dienst of niet (artikel 1 lid 1 AW). Alleen dit criterium is sindsdien bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een ambtelijke aanstelling.³⁸ Op deze ruime uitzonderingspositie van het overheidspersoneel is door de jaren heen regelmatig kritiek geuit in wetenschap en politiek.³⁹

Mede ten gevolge daarvan is vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw een proces gestart om de rechtspositie van de ambtenaar te hervormen en zoveel mogelijk te normaliseren (gelijk te trekken met de rechtspositie van de gewone werknemer). Dit 'normalisatieproces' leidde onder meer tot het brengen van de ambtenaar onder de reikwijdte van de WOR en de reguliere werknemersverzekeringen. Voorlopig sluitstuk van dit normaliseringsproces vormt het op 3 november 2010 door de Tweede Kamerleden Koşer Kaya (D66) en Van Hijum (CDA) ingediende voorstel tot wijziging van de Ambtenarenwet en een aantal andere wetten, met het doel de rechtspositie van ambtenaren in overeenstemming te brengen met de rechtspositie van werknemers die werkzaam zijn op basis een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (ook wel bekend als de Wet normalisering rechtsposi-

36 Zie hieromtrent ook P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, *Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2008, p. 15-19; M. Stekelenburg, *200 jaar werken bij de overheid*, deel 1 en 2, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999; B.B.B. Lanting, *Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidswerknemers*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2009, p. 38-69.

37 E. Fokker, *Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?*, 1897, en het verslag van het verhandelde in de 28ste Juristen-Vergadering 1897. Zie hieromtrent ook A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, Den Haag: Vuga 1991, p. 36 e.v.

38 *Handelingen der Staten-Generaal 1927/28*, Bijlage nr. 392, p. 3.

39 Zie o.a.: S. Wiarda, *De verhouding van ambtenaar en arbeidscontractant in het tegenwoordige ambtenarenrecht*, 1936, p. 48; A.M.R.G.L. Noy, *De positie van de arbeidscontractant nader beschouwd*, SMA 1985, p. 669-679 en p. 740-748; T. van Peijpe, *De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer*, SMA 1994, p. 200; P.E.M. Messer-Dinissen, *De Rijksarbeidscontractant*, Den Haag: Vuga 1995, en Asscher-Vonk & Peters 2007, p. 368-370. Zie voor een recent overzicht van deze discussie voorts: F.M. van der Meer e.a., *Naar een overheid en ambtenarenstatus nieuwe stijl*, Leiden: Centrum voor Publieke Sector hervormingen 2011.

tie ambtenaren).⁴⁰ In de kern komt dit wetsvoorstel erop neer dat ongeveer 95% van de ambtenaren werkzaam zal zijn op basis van een arbeidsovereenkomst en onder de werkingssfeer van het BBA zal komen te vallen. Voor de toepassing van de Ambtenarenwet zullen zij echter ‘ambtenaar’ genoemd blijven worden. De Ambtenarenwet zal namelijk een aantal zaken (blijven) regelen die betrekking hebben op de kerncompetenties van de ambtenaar en die de grondslag vormen van de ambtelijke integriteit en status. Het gaat dan om zaken die uitstijgen boven het reguliere arbeidsvoorwaardenoverleg, zoals het integriteitsbeleid, de ambtseed/-belofte, de klokkenluidersregeling, de vrijheid van meningsuiting versus de plicht tot geheimhouding enzovoort.

Deze invalshoek lijkt ons principiële juist. Evenals Sprengers vragen wij ons echter af waarom een aantal groepen ambtenaren – te weten politieke ambtsdragers, rechterlijke ambtenaren, militaire ambtenaren, dienstplichtigen, notarissen en gerechtsdeurwaarders – in het wetsvoorstel van normalisering wordt uitgesloten en waarom hun rechtspositie in een aparte wettelijke regeling dient te worden geregeld. Ook voor hen lijkt immers te kunnen worden volstaan met een aanvullende regeling in de Ambtenarenwet van de zaken die betrekking hebben op hun bijzondere ambtelijke kerncompetenties.⁴¹ Hier zou naar onze mening nog eens kritisch naar gekeken moeten worden.

3.3 *De docent*

In de onderwijssector zien wij dat zich op grond van de vrijheid van onderwijs – zoals gewaarborgd in artikel 23 van de Grondwet (Gw) – een tweedeling voordoet tussen openbaar onderwijs (verzorgd door de overheid) en bijzonder onderwijs (verzorgd door het particulier initiatief).

Docenten werkzaam bij een school voor openbaar onderwijs zijn (doorgaans) werkzaam op basis van een ambtelijke aanstelling en vallen onder het ambtenarenrecht. Dat er geen overtuigende rechtvaardiging bestaat voor deze bijzondere rechtspositie, kwam reeds aan de orde in de vorige paragraaf. Dat normalisering van de arbeidsverhouding van deze docent geen aanleiding tot problemen hoeft te geven, blijkt voorts uit het feit dat in de praktijk al docenten in het openbaar onderwijs op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Denk bijvoorbeeld aan de wettelijke regeling van de docent werkzaam bij een school voor openbaar onderwijs die ressorteert onder een zogenoemd ‘samenwerkingsbestuur’ (het bestuur van een stichting die tevens één of meer scholen voor bijzonder onderwijs in stand houdt).⁴²

Docenten werkzaam in het bijzonder onderwijs, zijn weliswaar werkzaam op basis van een reguliere arbeidsovereenkomst, maar zijn uitgesloten van de bescherming

40 Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nrs. 1-3. Zie over dit wetsvoorstel o.a.: M.Th. van Wel, Het wetsvoorstel ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’. Een kennismaking met de inhoud van het wetsvoorstel, TAR 2011, 3, p. 127-137. Ook K.P.D. Vermeulen & C.I. van Gent, Ambtenaren worden gewone werknemers, TAP 2011, 2, p. 12, en L.C.J. Sprengers, Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt een arbeidsovereenkomst, maar blijft een ambtenaar, TRA 2011, 35, p. 13-19.

41 Sprengers 2011, p. 15.

42 Artikel 17 WPO en artikel 53c lid 1 WVO.

van het BBA. Artikel 2 lid 1 sub b BBA zondert het ‘onderwijzend en docerend personeel dat in dienst is van onderwijsinrichtingen, die onder het beheer staan van een natuurlijke of rechtspersoon’ namelijk uit van de werkingssfeer van het BBA. De reden hiervoor is gelegen in de waarborging van de vrijheid van onderwijs en het feit dat het bijzonder onderwijs sinds 1905 reeds een ‘eigen rechtsbescherming’ van het personeel kende, bestaande uit de bijzondere rechtsgang naar de ‘Commissie van Beroep’. Bij de invoering van deze commissies van beroep hebben indertijd verschillende motieven een rol gespeeld.⁴³ Zo werd in de eerste plaats beoogd om de rechtspositie van de docent in het bijzonder onderwijs gelijk te trekken met de rechtspositie van de docent in het openbaar onderwijs (de ontslagbescherming van de docent in het openbaar onderwijs was toen namelijk uitgebreider dan die van zijn collega in het bijzonder onderwijs).⁴⁴ Met een verbetering van de rechtspositie van de docent binnen het bijzonder onderwijs beoogde de wetgever onder meer ook de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs in het geheel te stimuleren. In de tweede plaats werd eigen kringenrechtspraak wenselijk geacht om geschillen die met de identiteit van de school te maken hebben, te kunnen voorleggen aan mensen die uit de eigen kring afkomstig zijn.

De uitzondering in artikel 2 lid 1 sub b BBA wordt door de Hoge Raad echter ruim uitgelegd, waardoor ook onderwijzend personeel dat niet onder een aparte rechtspositieregeling met extra rechtsbescherming valt, de bescherming van het BBA moet missen.⁴⁵ Dit valt naar onze mening überhaupt niet te rechtvaardigen.⁴⁶ In de literatuur wordt voorts gesignaleerd dat aan de identiteit gerelateerde ontslaggeschillen nauwelijks nog voorkomen: het leeuwendeel van de geschillen wijkt niet af van de geschillen die men ook in andere maatschappelijke sectoren aantreft.⁴⁷ Wanneer er wel sprake is van een zogenoemd ‘richtinggeschil’, dan moet de burgerlijke rechter bovendien prima in staat worden geacht zich daarover op een adequate manier uit te spreken. In dat verband wijst Noorlander erop dat in

43 Zie hierover uitgebreid onder meer: C.W. Noorlander, *De Docent*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 84.

44 Behalve aan het commune arbeidsrecht toetst de commissie van beroep daarom sinds jaar en dag tevens aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie hierover: C.W. Noorlander, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsmaatstaven voor de Commissie van Beroep*, in: het bijzonder bij ontslag, in: F.H.J.G. Brekelmans, H.E. Mertens & D.A.M. Schilperoord (red.), *De Commissie van Beroep in het onderwijs. Snel en rechtvaardig (liber amicorum prof. mr. L.H. van den Heuvel)*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2011, p. 57-65.

45 HR 19 oktober 1979, NJ 1980, 57. Zo vallen hieronder onder meer een docent van de kappersacademie, een rijinstructeur, een zweminstructrice, een lerares in dienst van een talenpracticum, en een tennisleraar. Anders kan de situatie zijn waarin het onderwijsdoel binnen de inrichting onderschikt is aan andere commerciële doelen (waarbij kan worden gedacht aan een instructeur brandbestrijding werkzaam bij een onderneming die brandblusapparaten produceert). Zie J. Meijer & A.A.J. Kouwenhoven 2010, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht, BBA, artikel 2, C.2*; zie voorts o.a. Rb. Rotterdam 4 oktober 1974, NJ 1976, 116 en Rb. Zwolle 5 februari 1986, Prg. 1986, 2481. Zie ook H. Uhlenbroek, *De uitzonderingen op het BBA: binnenkort geen uitzondering meer?*, in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Deventer: Kluwer 2011, p. 82-84.

46 Zie ook: Noorlander 2012, p. 95.

47 Noorlander 2012, p. 95. Zie eerder: L.J.M. de Leede, P.F. van der Heijden & W.J.J. Beurskens, *Plaats en functie van de commissies van beroep voor het bijzonder onderwijs*, Advies aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, januari 1996, p. 11 e.v., p. 47.

het beperkte aantal aan de vrijheid van richting gerelateerde zaken waarover de burgerlijke rechter zich de afgelopen decennia heeft gebogen, niet gebleken is van enige bezwaren naar aanleiding van de wijze waarop hij deze heeft beslecht. Dit kan volgens Noorlander worden verklaard vanuit het feit dat de burgerlijke rechter zich over het algemeen beperkt tot een rechtmatigheidstoets en zich niet uitlaat over de levensbeschouwelijke beleidsaspecten van het ontslag. Op dit punt laat de rechter aan schoolinstellingen dus een duidelijke mate van vrijheid. Evenals Noorlander komen wij daarmee tot de conclusie dat er geen wezenlijke, principiële redenen te bedenken zijn die pleiten voor handhaving van de commissies van beroep.⁴⁸ Het feit dat de commissies van beroep een laagdrempelige vorm van geschillenbeslechting vormen, die over het algemeen naar tevredenheid functioneert,⁴⁹ rechtvaardigt naar onze mening niet het verschil in ontslagbescherming met de gewone werknemer. Het betreft hier immers geen noodzakelijk verschil.

De docenten werkzaam in het primair en voortgezet onderwijs zijn voorts uitgesloten van de WOR. Voor hen geldt namelijk een speciaal voor deze scholen in het leven geroepen medezeggenschapswet: de in 2007 in werking getreden Wet medezeggenschap op scholen (WMS).⁵⁰ Kenmerkend voor deze wet is dat ze 'ongedeelde medezeggenschap' voorschrijft. Dat wil zeggen dat de vertegenwoordigers van het personeel en de vertegenwoordigers van ouders en/of leerlingen⁵¹ deelnemen aan een en hetzelfde medezeggenschapsorgaan: de medezeggenschapsraad. De keuze voor ongedeelde medezeggenschap past volgens de wetgever bij de pedagogische functie van scholen in het funderend onderwijs.⁵² Deze functie zou namelijk betrokkenheid van de ouders bij de gang van zaken binnen de school vereisen en zou noodzaken tot interactie tussen de ouders en de leerkrachten bij de uitoefening van de medezeggenschap. Anders dan bij ondernemingen – waar zakelijke en vaak tegenstrijdige belangen de boventoon voeren – zou binnen scholen het gezamenlijke belang van goed onderwijs voorts centraal staan. Om onnodig tegenstrijdige adviezen van verschillende medezeggenschapsorganen te voorkomen achtte de wetgever het daarom beter de vertegenwoordigers van ouders en leerkrachten in één medezeggenschapsorgaan te laten plaatsnemen. Het is echter zeer de vraag of de pedagogische functie de keuze voor het systeem van ongedeelde medezeggenschap rechtvaardigt. Gezien hun soms strijdige deelbelangen en het ervaringsfeit dat de oudergeleding door een kennisachterstand veelal wordt ondergesneeuwd door de personeelsgeleding van de medezeg-

48 Noorlander 2012, p. 94.

49 Zie het onderzoeksrapport van het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep, juli 2012.

50 De geschiedenis van de medezeggenschap in het onderwijs is nog vrij jong. Vóór de invoering van de WMS gold sinds 1981 de Wet Medezeggenschap Onderwijs (de WMO 1981, die in 1992 ingrijpend werd gewijzigd en sindsdien werd aangeduid als de WMO 1992). Vóór die tijd gold voor scholen in het bijzonder onderwijs de WOR, maar deze werd in de praktijk nauwelijks nageleefd.

51 Bij scholen in het voortgezet onderwijs kunnen leerlingen ook zelf deelnemen aan de medezeggenschapsraad.

52 Kamerstukken II 2005/06, 30 414, nr. 3, p. 8.

genschapsraad,⁵³ valt niet goed in te zien waarom de ouders en de docenten niet vertegenwoordigd kunnen worden door eigen medezeggenschapsorganen (door een ouderraad respectievelijk een ondernemingsraad) die alleen tezamen vergaderen wanneer zij dit aangewezen achten. Er ontbreekt ons inziens kortom een overtuigende rechtvaardiging voor het niet van toepassing zijn van de WOR op de docent in het basis- en voortgezet onderwijs.⁵⁴

De uitzondering die in artikel 5 lid 2 sub c van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) wordt gemaakt op het algemene discriminatieverbod in artikel 5 lid 1 AWGB, met het oog op 'de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat', achten wij tot slot wel gerechtvaardigd, omdat wij geen andere mogelijkheid zien waarop de vrijheid van onderwijs (artikel 23 lid 2 en 6 Gw.) zou kunnen worden gewaarborgd. Ook hier is echter de nodige discussie over geweest.⁵⁵

3.4 *De geestelijke*

De geestelijke is in beginsel niet uitgesloten van de werkingssfeer van titel 7.10 BW. Het antwoord op de vraag of een kerkelijk ambtsdrager werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, is alleen niet uitsluitend afhankelijk van de vraag of is voldaan aan de elementen van artikel 7:610 lid 1 BW. Aan kerkgenootschappen komt namelijk een ruime mate van vrijheid toe bij de vormgeving van de rechtspositie van de kerkelijk ambtsdrager. Deze vrijheid vloeit voort uit het beginsel van de scheiding van kerk en staat, dat een onderdeel vormt van de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van godsdienst (artikel 6 Gw). Op grond van dit beginsel dient de overheid zich te onthouden van bemoeienis op dit vlak. Om die reden is de geestelijke uitgesloten van de werkingssfeer van het BBA (artikel 2 lid 1 sub c BBA) en valt hij evenmin onder de AWGB (artikel 3 AWGB).⁵⁶ Van Kooten, die op fraaie en gedetailleerde wijze de arbeidsrechtelijke rechtspositie van de priester, de religieuzen en de rooms-katholieke pastoraal werkers (geestelijken binnen de Rooms-Katholieke Kerk (RKK)), de predikanten en de pastoraal kerkelijk werkers (geestelijken binnen de Protestantse Kerk Nederland (PKN)) en overige geestelijken (binnen gereformeerde kerken en andere geestelijke stromingen) heeft beschreven, stelt aan het eind van zijn bijdrage vast dat sprake is van een 'ongedachte veelheid van rechtsverhoudingen tussen geestelijken en de kerkgenootschappen waaraan zij zijn verbonden'.⁵⁷ Het feit dat aan kerkgenootschappen op grond van het beginsel van scheiding van kerk en staat het recht op vrij-

53 F. Smit & J. Claessen, Medezeggenschap in het onderwijs, Instituut voor toegepaste Sociale Wetenschappen 1995, p. 124.

54 Zie ook Noorlander 2012, p. 101-104.

55 Wij verwijzen hiervoor naar Noorlander 2012, p. 90-93.

56 Gewezen zij tevens op de in artikel 2:2 BW gecodificeerde kerkgenootschappelijke autonomie. Vgl. ook Uhlenbroek 2011, p. 85 en 86.

57 T. van Kooten, De geestelijke, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 105 e.v. en p. 154 e.v.

heid van organisatie toekomt (waaronder ook het creëren van een eigen kerkelijke rechtsgang valt), maakt volgens hem dat de overheid zeer terughoudend moet zijn in de toepassing van het commune arbeidsrecht op deze rechtsverhoudingen. Van Kooten stelt vervolgens vast dat in de literatuur en jurisprudentie een tendens zichtbaar is waarbij de rechtsbetrekking tussen een beoefenaar van een geestelijk ambt en een kerkgenootschap steeds meer wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst.⁵⁸ Men komt tot deze conclusie aan de hand van een ruime benadering van het begrip gezagsverhouding, waarbij de overweging in het Imam II-arrest⁵⁹ – dat het niet onderworpen zijn aan instructies ten aanzien van de godsdienstige aspecten van de werkzaamheden, een instructiebevoegdheid voor de overige aspecten niet uitsluit – leidend lijkt. In het verlengde daarvan is volgens Van Kooten in de literatuur gepleit voor een ‘dubbele rechtsbetrekking’: naast een kerkrechtelijke band bestaat dan tevens een arbeidsrechtelijke band. Of naast een kerkrechtelijke (rechts)verhouding tevens sprake is van een arbeidsovereenkomst, is volgens Van Kooten onder meer afhankelijk van de gekozen vorm van kerkregering en de wijze waarop in het kerkelijk statuut inhoud is gegeven aan de rechtspositie van de geestelijke. Gebleken is volgens hem dat zich daarin grote verschillen voordoen, niet alleen per kerkgenootschap, maar ook daarbinnen. Zo zijn een priester en een religieuze binnen de RKK volgens hem doorgaans niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, maar is een pastoraal werker dat wel. Een predikant voor gewone werkzaamheden binnen de PKN is evenmin werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, maar een kerkelijk werker weer wel. Beide kerkgenootschappen hebben de rechtsposities van de betrokken kerkelijke ambtsdragers vrij uitgebreid geregeld. Ook kennen zij – niet zelden meerdere – kerkelijke rechtsgangen. Deze lijken volgens Van Kooten vooralsnog te voldoen aan de eisen van behoorlijk procesrecht.

Bij andere kerkgenootschappen dan de PKN of RKK is de rechtspositie van de kerkelijk ambtsdrager volgens Van Kooten vaak minder duidelijk. Ook daar zal dit aan de hand van de gekozen vorm van kerkregering en het kerkelijk statuut moeten worden vastgesteld en zal moeten worden nagegaan of een kerkelijke rechtsgang is voorgeschreven en of die rechtsgang voldoet aan de eisen van behoorlijk procesrecht.⁶⁰ De uitkomst daarvan mag – indien deze het karakter van een bindend advies heeft – bovendien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar zijn. Zo kan een onredelijke uitkomst volgens Van Kooten zijn dat een sociaal vangnet geheel ontbreekt. Een kerkgenootschap zal hierin moeten hebben voorzien. Dat kan bijvoorbeeld door eigen kerkelijke voorzieningen en fondsen te creëren. Als dat niet mogelijk of wenselijk is, kan een kerkgenootschap gebruikmaken van het arbeidsrecht: door deel te nemen aan de verplichte werknemersverzekeringen voorziet men immers ook in een sociaal vangnet.

58 Van Kooten 2012, p. 154 e.v.

59 HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757.

60 Bij kerkgenootschappen waar een kerkelijke rechtsgang ontbreekt of die rechtsgang niet voldoet aan de eisen van een behoorlijke procesorde, heeft de burgerlijke rechter meer mogelijkheden de verbintenis tussen het kerkgenootschap en de geestelijke – in weerwil van het standpunt van het kerkgenootschap hieromtrent – als arbeidsovereenkomst te kwalificeren.

Omdat het arbeidsrecht volgens Van Kooten niet zelden meer rechtsbescherming biedt aan de geestelijke, stelt hij voor in het algemeen als uitgangspunt te hantieren dat het commune arbeidsrecht op rechtsverhoudingen tussen geestelijken en kerkgenootschappen van toepassing is,⁶¹ tenzij kerkgenootschappen de hun toekomstige vrijheid van organisatie hebben benut met een voldoende uitgewerkte rechtspositionele regeling en eventueel een kerkelijke rechtsgang die voldoet aan de eisen van behoorlijk procesrecht. In de laatste situatie dient het kerkelijk statuut – en de daarop gebaseerde kerkelijke rechtsgang(en) – volgens hem voorrang te hebben. Daarnaast verdient het volgens Van Kooten aanbeveling om het Rariteitenbesluit⁶² zodanig te wijzigen dat kerkgenootschappen kunnen opteren voor een fictieve dienstbetrekking: daardoor behoudt men het geheel kerkeigen karakter van de rechtsverhouding en kan men daarnaast ook participeren in het sociaal vangnet dat de werknemersverzekeringen bieden.

Wij volgen Van Kooten in zijn redenering en overwegen daarin nog een stapje verder te gaan. Gezien het uitgangspunt van uniformiteit en ongelijkheidscompensatie, menen wij dat kerkgenootschappen die kiezen voor een eigen rechtspositionele regeling er goed aan zouden doen deze toch zoveel mogelijk te laten aansluiten bij het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht, en alleen op die punten af te wijken waar dat met het oog op de bijzondere eisen van de ambtsuitoefening en de kerkgenootschappelijke organisatie noodzakelijk is. Met het oog daarop zouden deze rechtspositieregelingen ook met regelmaat dienen te worden aangepast om te voorkomen dat de arbeidsrechtelijke bescherming van de geestelijke verouderd ten opzichte van die van de reguliere werknemer. Rechters die een uitspraak van een kerkelijk college slechts marginaal mogen toetsen, zouden ons inziens tot het oordeel moeten kunnen komen dat zo'n uitspraak 'in redelijkheid onaanvaardbaar' is als de kerkelijke rechtspositieregeling de geestelijke aanzienlijk minder bescherming biedt dan het reguliere arbeidsrecht, terwijl elke redelijke grond daarvoor ontbreekt.

Wij menen voorts dat de geestelijke die niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, rechten kan ontlenen aan Europese implementatiewetgeving zoals de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), nu daarin – anders dan in de AWGB – geen uitzondering wordt gemaakt voor de geestelijke. Voorts menen wij dat deze geestelijke valt onder de werkingssfeer van de Arbeidstijdenwet (Artw) en de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) indien hij onder het gezag van het kerkgenootschap werkzaam is (artikel 1:1 lid 2 sub a Artw respectievelijk artikel 1 lid 2 sub a onder 1 Arbowet). Wij achten het evenmin uitgesloten dat de geestelijke een beroep kan doen op artikel 7:658 lid 4 BW,

61 Ervan uitgaande dat de elementen van een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 BW aanwezig zijn.

62 De geestelijke is momenteel uitgesloten op grond van artikel 8 lid 1 sub d van het Rariteitenbesluit (Besluit van 24 december 1986, Stb. 1986, 655).

nu deze bepaling door de Hoge Raad ruim wordt uitgelegd.⁶³ De geestelijke die voldoet aan de voorwaarden uit het op artikel 2 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) gebaseerde gelijkstellingsbesluit,⁶⁴ kan naar onze mening voorts ook aanspraak maken op het wettelijk minimumloon. Tot slot zouden wij willen pleiten voor een aanpassing van het Rariteitenbesluit, in die zin dat de geestelijke standaard onder de werknemersverzekeringen komt te vallen, met daarbij een overgangsregeling voor geestelijken die reeds een kerkelijke uitkering ontvangen. Wij beseffen dat dit leidt tot een beperking van de kerkelijke autonomie, maar menen dat die beperking gerechtvaardigd is met het oog op het belang van de geestelijke, het algemeen belang bestaande uit de solidariteitsgedachte, en de grondwettelijke taak van de overheid om te zorgen voor bestaanszekerheid van de bevolking (artikel 20 Gw). Dit temeer daar er geen duidelijk voordeel lijkt te bestaan voor kerkelijke instanties om op dit punt eigen (veelal duurdere) voorzieningen te treffen.

3.5 *De bestuurder van de nv of bv*

Bijzonder aan de rechtspositie van de bestuurder van de nv of bv is met name het feit dat voor hem geen voorafgaande toestemming aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) hoeft te worden gevraagd (op grond van artikel 6 lid 9 BBA jo. artikel 6 lid 1 BBA) en het feit dat de rechter in geval van kennelijk onredelijk ontslag geen veroordeling tot herstel van de arbeidsverhouding (artikel 2:134/2:244 lid 3 BW) kan uitspreken.⁶⁵ Verburg wijst er treffend op dat de uitzonderingspositie van de bestuurder is terug te voeren op het feit dat hij opereert op het snijvlak van twee rechtsgebieden – het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht –, welke beide rechtsgebieden voor een groot deel een dwingend-rechtelijk karakter hebben.⁶⁶ Daar waar het arbeidsrecht zich richt op ongelijkheidscompensatie, richt het vennootschapsrecht zich op het waarborgen van een passend systeem van ‘checks and balances’, bestaande uit goed en efficiënt toezicht op het bestuur en evenwicht in de machtsverhoudingen tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de vergadering van aandeelhouders. De uitzonderingspositie van de bestuurder lijkt daarmee een legitiem doel te dienen en daartoe een passend en noodzakelijk middel te vormen.

Het is de vraag of dit ook geldt ten aanzien van de door middel van de Wet Bestuur en Toezicht met ingang van 1 januari 2013 gecreëerde uitzonderingspositie voor de bestuurder van de beursgenoteerde vennootschap.⁶⁷ In artikel 2:132

63 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, JIN 2012, 72 (Davelaar/Allspan), m.nt. Houweling en AV&S 2012, 11, m.nt. Houweling en Schneider. Wel is zo dat de Rechtbank Utrecht onlangs nog bepaalde dat een vrijwilliger niet altijd een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW toekomt (zie Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 (X/Henk Brunt Groep c.s.) m.nt. Schneider in JIN 2013, 44). De vraag is of laatstgenoemde uitspraak in overeenstemming is met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Feit is in ieder geval dat de Hoge Raad blijkens het arrest Davelaar/Allspan veel gewicht toekent aan de beschermingsgedachte die aan artikel 7:658 lid 4 BW ten grondslag ligt.

64 Besluit van 2 september 1996, Stb. 1996, 481.

65 Besluit van 14 oktober 2008, Stcrt. 2008, 210.

66 L.G. Verburg, *De bestuurder van de nv of bv*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 210 en 211.

67 Stb. 2011, 275 en Stb. 2012, 455.

lid 3 BW werd namelijk een verbod opgenomen om met een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Deze bij amendement⁶⁸ doorgevoerde wijziging diende onder meer te voorkomen dat falende bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij hun vertrek een hogere ontslagvergoeding zouden meekrijgen dan een vast jaarsalaris (volgens best practice bepaling II.2.8 van de Nederlandse Corporate Governance Code zou een bestuurder bij zijn vertrek maximaal een vergoeding ter hoogte van zijn laatstverdiende jaarsalaris dienen mee te krijgen). Dit kan echter niet voorkomen worden door de bestuurder uit het arbeidsrecht te halen. De hoogte van de ontslagvergoeding is immers doorgaans het gevolg van een vooraf tussen de bestuurder en de vennootschap afgesproken ontslagvergoeding. Terecht wijst onder meer Verburg er volgens ons voorts op dat als men de bestuurder van een beursfonds onbepaald werkzaam wil kunnen laten zijn op basis van tijdelijke arbeidscontracten, deze afwijking van artikel 7:668a BW, even goed als de afwijking van artikel 7:682 BW, in Boek 2 BW had kunnen regelen.⁶⁹ Hetzelfde geldt voor de verplichting de arbeidsongeschikte bestuurder te laten re-integreren in het tweede spoor (artikel 7:658a lid 1 BW). Daarmee is naar onze mening overtuigend vastgesteld dat de uitzondering van de bestuurder van de beursgenoteerde nv van het arbeidsrecht geen passend en noodzakelijk middel is om de daarmee beoogde doelen te realiseren. De nieuwe uitzonderingspositie zorgt bovendien voor veel onduidelijkheden, zodat de rechtspraak niet met deze wijziging gediend lijkt.⁷⁰ Desondanks wordt er in de literatuur wel voor gepleit om alle bestuurders van nv's en bv's uit te zonderen van het arbeidsrecht.⁷¹ Daartoe wordt het aloude argument gebruikt dat de bestuurder van de nv of bv goed voor zichzelf kan zorgen en geen behoefte heeft aan ongelijkheidscompensatie. Er zouden zich voorts geen afbakeningsproblemen voordoen, omdat heel duidelijk is vast te stellen of sprake is van een bestuurder of niet. Dit is op zichzelf juist, maar anderzijds bestaan er grote verschillen tussen bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen enerzijds en bestuurders van bv's in het midden- en kleinbedrijf anderzijds. Wij stellen ons dan ook ten eerste de vraag of deze voorgestelde wijziging niet te ingrijpend is voor de laatstgenoemde categorie, die mogelijk wel degelijk behoefte heeft aan (bepaalde vormen van) arbeidsrechtelijke bescherming (waaronder bijvoorbeeld het recht op loondoorbetaling bij ziekte). De voorgestelde wijziging dient met andere woorden mogelijk niet in alle gevallen een legitiem doel. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief valt nog een aantal bezwaren te noemen (zie hierna). Daarom voelen wij vooralsnog meer voor het advies van Verburg, waar hij stelt: 'De duiding van de arbeidsovereenkomst heeft altijd bestaan, *don't fix it, if it isn't broken.*'⁷²

68 Het betrof het amendement van de Tweede Kamerleden Weekers en Van Vroonhoven-Kok (Kamerstukken II2009/10, 31 763, nr. 10).

69 Verburg 2012, p. 226 en 227.

70 Hiervoor verwijzen wij naar de uitvoerige bespreking daarvan door: J.H. Bennaars & I. Zaal, Arbeidsrechtelijke consequenties van het bestuur en toezicht, Tijdschrift Arbeid & Onderneming 2012, p. 13-19.

71 Beltzer 2013, p. 5 en 6.

72 Verburg 2012, p. 227.

3.6 *De zeevarende*

De zeevarenden zijn, zoals hiervoor al aangegeven, in 1907 uitgezonderd van het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht omdat voor zeevarenden reeds een ‘opzettelijke regeling’ in het WvK was getroffen en deze arbeidsverhouding zo exceptioneel was dat die niet onder de uniforme regeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst diende te vallen. In feite was die ‘opzettelijke regeling’ echter simpelweg het resultaat van een codificatie van het handelsrecht zoals dat door de eeuwen heen in de praktijk vorm had gekregen.⁷³ Het WvK omvatte namelijk het Nederlandse handelsrecht en werd in 1838 ingevoerd ter vervanging van de Franse ‘Code de Commerce’. Omdat de handelsvaart een belangrijk onderdeel van de Nederlandse handel vormde, wekt het geen verbazing dat het wetboek een uitgebreide regeling van de arbeidsovereenkomst tussen de kapitein en de schepeling bevatte.

De arbeidsrechtelijke positie van zeevarenden werd aanvankelijk volledig beheerst door de regeling in het WvK. Deze – uit 1838 daterende – regeling is namelijk zo’n zeventig jaar ouder dan het in 1909 ingevoerde, reguliere arbeidsovereenkomstenrecht.⁷⁴ Bij wet van 14 juni 1930 is de regeling in het WvK grondig herzien.⁷⁵ Sindsdien geldt het maritieme arbeidsrecht uit het WvK officieel als ‘lex specialis’ ten opzichte van het ‘gewone’ arbeidsovereenkomstenrecht in het BW. De memorie van toelichting bij de wet van 1930 zegt hierover namelijk het volgende:

‘(...) er is in het algemeen geen reden de algemeene regeling van de arbeidsovereenkomst niet ook van toepassing te doen zijn op de arbeidsovereenkomst van de kapitein en schepelingen, behoudens de wijzigingen, welke noodzakelijk zijn op grond van de bijzondere omstandigheden, waaronder op eene zeereis de arbeid wordt verricht.’⁷⁶

De regeling in het tweede Boek van het WvK – dat tot 20 augustus 2013 de kern van het Nederlandse maritieme arbeidsrecht vormt⁷⁷ – bevat maar liefst ruim 120 wetsartikelen. De regeling is daarmee een stuk omvangrijker dan die van de ‘gewone werknemer’ in titel 7.10 BW. Het WvK maakt onderscheid tussen de kapitein (derde titel) en de schepeling (vierde titel). Op grond van artikel 375 WvK respectievelijk artikel 397 WvK zijn op de arbeidsovereenkomst van de kapitein en de schepeling de bepalingen uit het BW van toepassing, voor zover daarvan in het WvK niet is afgeweken. Artikel 391 WvK bevat een opsomming van de

73 Zie voor de geschiedenis van het recht van toepassing op Nederlandse zeevarenden: P. Schuman, *Tussen vlag en voorschip. Een eeuw wettelijke en maatschappelijke emancipatie van zeevarenden ter Nederlandse koopvaardij 1838-1940*, Amsterdam: De Bataafsche Leeuw 1995.

74 Wet van 13 juli 1907, Stb. 193. De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 trad in werking op 1 februari 1909.

75 Deze wet trad in werking op 1 oktober 1937 (Stb. 1937, 280).

76 Kamerstukken II 1928/29, 190, nr. 3, p. 12. Zie overeenkomstig: A. Schadee, *Wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst van kapitein en schepelingen*, uitgave van de Bond van werkgevers in de koopvaardij te Rotterdam, 1931, p. 5 en 6.

77 Uiterlijk op 20 augustus 2013 zal de nieuwe regeling van het maritieme arbeidsovereenkomstenrecht in afdeling 7.10.12 NBW in werking treden.

bepalingen uit het BW die niet van toepassing zijn op de dienst van de kapitein aan boord van het schip. Artikel 450b WvK bevat die opsomming ten aanzien van de scheepeling.

De regeling in het WvK is echter sterk gedateerd, om welke reden bij de implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag uit 2006⁷⁸ is besloten een groot deel van de daarin voorkomende bijzondere bepalingen te laten vervallen (de rechtvaardigingsgrond daarvoor was namelijk door de jaren heen komen te ontbreken). Besloten werd de regeling in gehalveerde en gemoderniseerde vorm over te hevelen naar de nieuw gecreëerde afdeling in titel 7.10 BW, te weten afdeling 12. Daarbij is nog meer de aansluiting gezocht bij het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht. Zo staat in artikel 7:696 lid 1 Nieuw BW (NBW) dat de bepalingen van de afdelingen 1 tot en met 9 en 11 van titel 7.10 BW van overeenkomstige toepassing zijn op afdeling 12, voor zover daarvan in afdeling 12 niet is afgeweken.⁷⁹ Deze schakelbepaling heeft tot gevolg dat – na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling – de verschuldigde verhoging bij niet tijdige betaling van het loon ex artikel 7:625 BW, de samentelling van perioden van ziekte ex artikel 7:629 lid 10 BW, de mogelijkheid tot het overeenkomen van een proeftijdbeding ex artikel 7:652 BW, en de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW ook van toepassing zullen zijn op de arbeidsovereenkomst van de zeevarende. Artikel 7:696 lid 1 BW geeft voorts expliciet aan dat artikel 7:617 BW en artikel 7:692 BW niet van toepassing zijn op afdeling 12.⁸⁰

Het merendeel van de bepalingen in afdeling 12 vormt een implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag uit 2006. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de ‘status aparte’ voor de zeevarende gerechtvaardigd wordt door het feit dat hij werkzaam is in een geglobaliseerde bedrijfstak waarbinnen internationale verdragen bijzondere eisen stellen aan zijn bescherming en arbeidsvoorwaarden. Het is als zeer positief te waarderen dat de wetgever de verplichting tot implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag heeft benut om de regeling te moderniseren en over te brengen naar titel 7.10 BW. Dit sluit namelijk aan bij de gelaagde structuur van het BW en het belang van (zoveel mogelijk) uniformiteit binnen het arbeidsrecht.

Hoewel de nieuwe wettelijke regeling een flinke bijdrage levert aan de gewenste uniformering van het maritieme arbeidsovereenkomstenrecht, lijkt de wetgever hier en daar nog wat kansen tot verdere uniformering te hebben laten liggen.

78 In het door de International Labour Organisation (ILO) tot stand gebrachte Maritiem Arbeidsverdrag is een veelheid aan verouderde ILO-verdragen met betrekking tot de rechtspositie van de zeevarende samengebracht en gemoderniseerd.

79 Kamerstukken II 2010/11, 32 534, nr. 2, p. 16.

80 Dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag van artikel 7:692 BW ten aanzien van de zeevarende niet geldt, vindt zijn oorzaak volgens de indienende ministers in het feit dat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) niet van toepassing is in de maritieme sector (zie Kamerstukken II 2010/11, 32 534, nr. 3, p. 46 en 47). Dit is naar onze mening wat kort door de bocht, omdat de WML in sommige gevallen weldegelijk op een zeevarende van toepassing kan zijn. Toegegeven kan echter worden dat Nederlandse inleners in de meeste gevallen te maken zullen hebben met buitenlandse uitzendkrachten die niet onder de werkingssfeer van de WML vallen.

Gewezen zij onder meer op de handhaving van de uitsluiting van zeevarenden van de regeling van overgang van onderneming (artikel 7:666 lid 2 BW), het verbod op het overeenkomen van een concurrentiebeding (artikel 7:700 NBW) en het verbod op het geven van een proeftijdontslag tijdens de reis (artikel 7:721 NBW). Dit zijn voorbeelden van voor de zeevarende geldende bijzondere bepalingen, waartoe naar onze mening geen of onvoldoende rechtvaardiging bestaat.⁸¹

3.7 De BES-werknemer

Sinds de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk der Nederlanden op 10 oktober 2010 – ten gevolge waarvan Curaçao en Sint-Maarten autonome landen werden binnen het Koninkrijk, en de eilanden Bonaire, Sint-Eustatius en Saba (afgekort als de ‘BES-eilanden’) juist in het Nederlandse staatsbestel werden ingevoegd – is ons arbeidsrecht een nieuwe bijzondere arbeidsverhouding rijker: die van ‘de BES-werknemer’. Het arbeidsrecht dat op de BES-werknemer van toepassing is, is voor een belangrijk deel nog terug te vinden in Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek BES (BWBES, het voormalige Nederlands-Antilliaanse BW). De daarin opgenomen regeling komt van oudsher overeen met de regeling in het Europees-Nederlandse BW, zij het dat er sinds de inwerkingtreding van het Statuut in 1954 – toen de voormalige koloniën op wetgevingsgebied autonoom werden – zich verschillen zijn gaan voordoen.⁸² Uitgangspunt is thans dat de Nederlands-Antilliaanse regelgeving op de BES-eilanden op termijn zal worden vervangen door Nederlands recht. Ten aanzien van de BES-werknemer is het echter nog niet zover. Hoewel het hier (formeel) om een Nederlandse werknemer gaat, gelden voor hem op bepaalde onderdelen andere regels dan voor de Europees-Nederlandse werknemer. Soms zijn deze regels gunstiger en soms minder gunstig dan de in het Europese deel van Nederland geldende regels. Een enkele maal levert een afwijking niet onmiddellijk een materieel ander beschermingsniveau op. Als afwijkingen ten gunste van de BES-werknemer noemt Dekker:

- de nietigheid van het concurrentiebeding (artikel 7A:1613v BWBES);⁸³
- de uitkering bij volledige arbeidsongeschiktheid wegens een ongeval: 100% van het loon gedurende het eerste jaar en 80% gedurende de periode daarna (artikel 5 lid 2 Wet ongevallenverzekering BES);⁸⁴
- de bevoegdheid van de minister om voorwaarden aan een ontslagvergunning te verbinden, waaronder de voorwaarde dat een bepaalde afvloeiingsregeling

81 Zie uitgebreider: G.W. van der Voet, V.V.G. Bergwerf & E.F.V. Boot, De zeevarende, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 348-359.

82 F.M. Dekker, De BES-werknemer, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 370 en 371. Dekker schreef eerder over arbeidsrecht in ‘de West’ in het onderhavige tijdschrift. Zie F.M. Dekker, Ontslagrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (1), ArA 2010/2, p. 3 e.v., en Ontslagrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (2), ArA 2010/3, p. 3 e.v.

83 Een concurrentiebeding zou in de kleine samenlevingen op de eilanden een te grote beperking van de arbeidsmogelijkheden opleveren. Met name ten aanzien van de werknemers in de hogere functies zou het recht op vrije arbeidskeuze daarmee volledig illusoir worden gemaakt. Zie Dekker 2010, p. 375-378. Zie eerder: F.B.J. Grapperhaus, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waartoe waarvoor?, ArA 2003/2, p. 6.

84 Dekker 2010, p. 389.

moet worden getroffen (artikel 4 Wet beëindiging arbeidsovereenkomsten (WBA BES));⁸⁵ en

- het wettelijke recht op een ontslagvergoeding (de Cessantiewet BES).⁸⁶

Als afwijkingen ten nadele van de BES-werknemer noemt Dekker voorts:

- het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst bevat strengere voorwaarden (artikel 7A:1613ca BWBES);⁸⁷
- de regeling van het arbeidsreglement is nog van toepassing, in plaats van de regeling van het eenzijdig wijzigingsbeding (artikelen 7A:1613i tot en met 7A:1613l BWBES);⁸⁸
- de regeling overgang van onderneming is niet van toepassing;⁸⁹
- de proeftijdregeling is minder complex (artikel 7A:1615n BWBES);⁹⁰
- de vakantieregeling is anders vormgegeven (Vakantiewet 1949 BES);⁹¹
- het vereiste van toestemming bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt niet in alle gevallen (artikel 4 WBA BES);⁹²
- er gelden andere bijzondere opzegverboden (artikelen 7A:1614aa en 1615h BWBES).⁹³

85 Stb. 2010, 605. Zie o.m. voor de gevallen waarin dit recht bestaat en de wijze waarop deze vergoeding wordt berekend: Dekker 2010, p. 392-394.

86 Dekker 2010, p. 395-399.

87 Om 'losse krachten' buiten het rechtsvermoeden te laten vallen bevat deze bepaling de voorwaarde dat wekelijks tenminste acht uur moet zijn gewerkt en maandelijks tenminste 35 uur. Artikel 7:610a BW daarentegen spreekt slechts over 'wekelijks' dan wel gedurende tenminste twintig uur per maand. Zie Dekker 2010, p. 371-374.

88 Op de BES-eilanden geldt nog de aan artikel 7:613 BW voorafgaande regeling van het arbeidsvoorwaardenreglement (zie Dekker 2010, p. 378-380).

89 Dit is immers Europese implementatiewetgeving (zie Dekker 2010, p. 384-387).

90 Deze regeling is minder complex dan de regeling in artikel 7:652 BW, die naast het schriftelijkheidsvereiste en de eis dat de proeftijd voor beide partijen gelijk dient te zijn, slechts mag worden aangegaan voor een maximale duur van twee maanden (zie Dekker 2010, p. 374 en 375).

91 Deze vakantieregeling is los van de Nederlandse vakantiedagenregeling tot stand gekomen, zodat zich nogal wat verschillen tussen beide regelingen voordoen. Zo gaat de Caribische vakantiedagenregeling uit van minimaal vijftien vakantiedagen bij een fulltime dienstverband in plaats van twintig vakantiedagen (zie Dekker 2010, p. 381-384).

92 Op de BES-eilanden is voorafgaande toestemming voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen vereist bij tussentijdse opzegging, terwijl dat volgens het Europees-Nederlandse arbeidsrecht ook vereist is in geval van opzegging tegen het einde van de contractsdur (zie Dekker 2010, p. 391 en 292).

93 Er bestaan vrij veel verschillen als het gaat om de geldende bijzondere opzegverboden. Zo is het opzegverbod tijdens ziekte op de BES-eilanden beperkt tot een jaar en geldt het opzegverbod tijdens zwangerschap alleen tijdens zwangerschapsverlof (zie Dekker 2010, p. 394 en 395).

Verschillen die niet onmiddellijk een materieel verschil in beschermingsniveau van de werknemer tot gevolg hebben, zijn volgens Dekker tot slot:

- de loondoorbetalingsplicht geldt slechts ‘gedurende een betrekkelijk korte tijd’ (artikel 7A:1614c BWBES) en heeft slechts een aanvullend karakter ten opzichte van de uitkering bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte (ex de artikelen 3 en 5 van de Wet ziekteverzekering BES);⁹⁴
- de niet-toepasselijkheid van de kantonrechttersformule.⁹⁵

Dekker wijst er vervolgens op dat afwijkingen van het Nederlandse recht zich blijken het (nieuwe) artikel 1 lid 2 van het Statuut nog slechts mogen voordoen als deze zijn gebaseerd op een van de daarin genoemde rechtvaardigingsgronden:

‘Bonaire, Sint Eustatius en Saba maken elk deel uit van het staatsbestel van Nederland. Voor deze eilanden kunnen regels worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat en andere factoren waardoor deze eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland.’

Indien een beroep wordt gedaan op deze bepaling, zal steeds moeten worden gemotiveerd waarom de desbetreffende factor(en) deze specifieke afwijkende maatregel rechtvaardig(t)(en), met inachtneming van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.⁹⁶

Ten aanzien van de door hem geconstateerde verschillen tussen het ‘Caribische’ en het ‘Europees-Nederlandse’ arbeidsrecht stelt Dekker vast dat daartussen geen enkele samenhang bestaat en dat een grondgedachte daarachter ontbreekt. In veruit de meeste gevallen concludeert Dekker dan ook dat de ‘bijzondere’ rechtspositie van de BES-werknemer ongerechtvaardigd is. Dit verbaast hem op zichzelf niet. Hij wijst er – ons inziens terecht – op dat het arbeidsovereenkomstenrecht vooral wordt gestuurd door sociale waarden en opvattingen,⁹⁷ zodat het naar zijn aard weinig op heeft met de omstandigheden die volgens artikel 1 lid 2 van het Statuut grond kunnen zijn voor afwijkende regelgeving (de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat). Enkel ten aanzien van het concurrentiebeding en de cessantia-uitkering meent Dekker dat de BES-werknemer in een dusdanig ongelijke positie verkeert ten opzichte van de Europees-Nederlandse werknemer,

94 Dekker 2010, p. 388-390.

95 Dekker 2010, p. 399-401.

96 Kamerstukken II 2009/10, 32 213, nr. 3, p. 4.

97 Vergelijk P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, i.h.b. p. 74-95.

dat een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is.⁹⁸ Wij kunnen dit oordeel van Dekker volledig onderschrijven.

3.8 *De handelsagent en de handelsvertegenwoordiger*

Net als bij de zeevarende was de rechtspositie van de handelsagent en handelsvertegenwoordiger (toen nog 'handelsreiziger' genoemd) aanvankelijk geregeld in het WvK (in 1936 in de artikelen 75a tot en met 75p en 75q tot en met 75t WvK). Voor Nederland geldt dat in 1936 de bescherming van de agent noodzakelijk werd geacht, omdat de handelsagent en -reiziger werden gezien als 'de economisch zwakkere partij'.⁹⁹ In 1977 werd de door België, Nederland en Luxemburg ontworpen eenvormige Benelux-Overeenkomst betreffende de agentuurovereenkomst geïmplementeerd in de artikelen 74a tot en met 74s WvK.¹⁰⁰ De belangrijkste materiële wijziging die werd ingevoerd, was een verplichte klantenvergoeding voor de handelsagent bij einde van de overeenkomst. De bepalingen inzake de handelsreiziger bleven ongewijzigd. Naar aanleiding van de Agentuurrichtlijn¹⁰¹ werd de bestaande regeling van de agentuurovereenkomst in 1989 licht gewijzigd.¹⁰² In 1993 werd de regeling van de agentuurovereenkomst vervolgens van het WvK overgeheveld naar Boek 7.7 BW (waar de opdrachtovereenkomst wordt geregeld). De regeling inzake de handelsvertegenwoordiger bleef in 1993 opgenomen in het WvK (namelijk in de artikelen 75 tot en met 75c WvK). Op 1 april van 1997 werd echter ook deze regeling overgeheveld naar het Burgerlijk Wetboek, namelijk naar titel 7.10 BW (waarbij de handelsreiziger 'handelsvertegenwoordiger' ging heten). De handelsvertegenwoordiger is thans geregeld in de artikelen 7:687-689 BW.

Op grond van artikel 7:428 BW is een agentuurovereenkomst een overeenkomst waarbij de ene partij – de principaal – aan de andere partij – de handelsagent – opdraagt, en deze zich verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten *zonder aan deze ondergeschikt te zijn*. Artikel 7:687 BW omschrijft de overeenkomst van handelsvertegenwoordiging als een *arbeidsovereenkomst* waarbij de ene partij – de handelsvertegenwoordiger – zich tegenover de andere partij – de patroon – verbindt tegen loon dat geheel of gedeeltelijk uit provisie bestaat, bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen en deze eventueel in naam van de patroon te sluiten. Beide wettelijke definities geven gelijk de kern van

98 Het Europees-Nederlandse voorzieningenniveau en met name de sociale zekerheid zullen niet zonder meer voor de BES-eilanden gaan gelden, omdat voorkomen moet worden dat de eilanden economisch worden geïsoleerd in de regio of worden geconfronteerd met ongewenste migratie. Omdat de Werkloosheidswet niet van toepassing is op de BES-eilanden, acht Dekker het bestaan van de Cessantiewet BES niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De cessantia-uitkering kan zijns inziens worden beschouwd als een voorziening ter overbrugging van een periode van werkloosheid, dus als een soort privaatrechtelijke WW-uitkering (zie Dekker 2010, p. 399).

99 T.J. Dorhout Mees, Nederlands Handels- en Faillissementsrecht, Amsterdam: Bohn 1947 deel I, paragraaf 2.59.

100 Trb. 1974, nr. 4. Zie voorts Kamerstukken II 1970/71, 11 022, nr. 3.

101 Richtlijn 86/653, PbEG1986, L382-17.

102 Wet van 5 juli 1989, Stb. 312, die op 1 november 1989 in werking is getreden.

beide rechtsfiguren weer: de handelsagent is een zelfstandige ondernemer, terwijl de handelsvertegenwoordiger een werknemer is. Voor de handelsvertegenwoordiger betekent dit dat alle bepalingen van titel 7.10 BW van toepassing zijn, alsmede alle overige ‘werknemerswetten’. Artikel 7:688 BW verklaart voorts een groot aantal bepalingen uit titel 7.7(4) BW van overeenkomstige toepassing. Deze bepalingen zien op de provisieregeling, die zo kenmerkend is voor deze werknemer. Omdat de bepalingen over de hoogte van en het recht op provisie voor handelsagenten en handelsvertegenwoordigers gelijk zijn, wordt bij deze bepalingen aansluiting gezocht. In geval er geen loon of provisie onder het minimumloon wordt genoten, dient de patroon dit aan te vullen tot het minimumloon. Dit is het gevolg van het feit dat sprake is van een ‘werknemer’ (artikel 7:628 BW/WML).¹⁰³

Voor de handelsagent geldt het voorgaande niet onverkort. Hoewel ook de handelsagent een beroep kan doen op recht op provisie indien de principaal geen gebruik maakt van zijn diensten (vergelijk artikel 7:435 BW), is het niet zonder meer gezegd dat de handelsagent ook steeds ten minste het minimumloon dient te ontvangen.¹⁰⁴ Daar staat tegenover dat de handelsagent recht heeft op een klantenvergoeding bij einde van de (duur)overeenkomst (artikel 7:422 BW). Andere belangrijke verschillen tussen handelsagenten enerzijds en handelsvertegenwoordigers/werknemers anderzijds zijn de mogelijk vergaande aansprakelijkheidstellingen van de handelsagent (artikel 7:429 BW). Schriftelijk kan worden bedongen dat de handelsagent instaat voor de goedheid van de debiteur. Ook geldt er een eigen concurrentiebeding (met een maximum temporeel bereik van twee jaar) en gelden er afwijkende regels bij ontslag. Zo leidt een stilzwijgende verlenging van een tijdelijke agentuurovereenkomst tot een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Verder zijn opzegging en ontbinding van de overeenkomst mogelijk, waarbij soms toestemming van het BBA noodzakelijk is (indien de handelsagent een natuurlijk persoon is en valt binnen de reikwijdte van artikel 1 BBA). Wel zien we in de rechtspraak – juist ook bij de vaststelling van de ‘klantenvergoeding’ – een zekere reflexwerking aan arbeidszaken.¹⁰⁵

Betekent deze analoge toepassing van ‘610-rechtspraak’ op de handelsagent dat de handelsagent – gelijk aan de handelsvertegenwoordiger – in titel 7.10 BW kan worden opgenomen? Wij menen van niet. De handelsagent is een principiële andere rechtsfiguur dan de handelsvertegenwoordiger. De handelsagent is een zelfstandig ondernemer en daarom in beginsel niet te vergelijken met een werknemer. Omdat de handelsagent wel een bijzondere relatie aangaat met zijn princi-

103 Hof Amsterdam 22 mei 2003, JAR 2003, 165.

104 Indien de agent doorgaans voor één opdrachtgever werkt, het verlenen van bemiddeling zijn hoofdberoep is en hij zich doorgaans door niet meer dan twee andere personen laat bijstaan, is ook de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) van toepassing. Artikel 2 lid 2 WML. Van het Kaar/T&C Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2012, aant. 3.

105 Vgl. Hof Leeuwarden 10 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV0723 (Kumoweld BV/X), over de opzegging van een agentuurovereenkomst wegens dringende reden naar analogie van artikel 7:677 BW; Ktr. Haarlem 17 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8843 (PR Advices B.V. c.s./Exploitatie Circuit Park Zandvoort B.V.), over de ontbinding van de agentuurovereenkomst. Artikel 7:685 BW is deels van overeenkomstige toepassing.

paal – en daarvan mogelijk in vergaande mate afhankelijk kan zijn –, kent de wet de handelsagent specifieke bescherming toe. De vraag of deze bescherming nog verder moet strekken, beantwoorden ook Bitter en Polet ontkenkend. Het ontbreken van de gezagsverhouding, alsmede de onwenselijkheid om van de richtlijn afwijkende rechtsbescherming te genereren, achten zij daartoe doorslaggevend.¹⁰⁶ Daarentegen zien wij wel in de wettelijke regeling van de handelsagent een mooi voorbeeld voor eventuele regulering van de rechtspositie van zzp'ers. De handelsagent neemt namelijk een positie in tussen de gewone opdrachtnemer enerzijds en de werknemer anderzijds. Precies dat tussengebied wordt in sommige (lid)staten van een bijzondere rechtsbescherming voorzien, die eventueel geüniformeerd zou kunnen worden (een regeling voor alle tussencategorieën).¹⁰⁷ Wat de handelsvertegenwoordiger betreft, zou men zich kunnen afvragen of een bepaling achterin titel 7.10 BW nu wel zo nuttig is. Fraaier wellicht is aan artikel 7:610 BW een extra lid toe te voegen waarin de definitie van een handelsvertegenwoordiger wordt gegeven. Hetzelfde geldt overigens voor de uitzendkracht. De bijzondere regels inzake provisie zouden met een verwijzingsbepaling in de afdeling over 'loon' moeten staan.¹⁰⁸

3.9 De uitzendkracht

Afdeling 7.10.11 BW bevat een aantal bijzondere bepalingen met betrekking tot de uitzendovereenkomst (de artikelen 7:690 tot en met 692 BW). De 'uitzendovereenkomst' wordt daarin gedefinieerd als de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De bijzondere regeling is ingevoerd in 1999 als onderdeel van de Flexwet. Doel daarvan was het creëren van duidelijkheid omtrent de aard van de relatie met de uitzendkracht.¹⁰⁹ De regeling gaat echter verder dan het creëren van duidelijkheid. De ontslagbescherming van de uitzendkracht wordt daarin namelijk afgezwakt. Zo wordt in artikel 7:691 lid 1 BW bepaald dat de ketenregeling ex artikel 7:668a BW pas na 26 weken van toepassing is. In lid 2 en 3 van artikel 7:691 BW wordt voorts bepaald dat in de uitzendovereenkomst gedurende de eerste 26 weken schriftelijk kan worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt, doordat de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht aan de inlener op verzoek van de inlener ten einde komt (het zogenoemde 'uitzendbeding'). Gedurende deze periode mag de uitzendkracht zijn arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau zelf ook onverwijld opzeggen. De flexibele arbeidsrelatie heeft in die zin dus een wederkerig karakter. Blijkens

106 J.W. Bitter & J.E. Polet, De handelsagent en de handelsvertegenwoordiger, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 482 en 483.

107 Zo kent bijvoorbeeld Duitsland de *arbeitnehmerähnliche Person* en het Verenigd Koninkrijk de *worker* als onderscheidende rechtsfiguren van de werknemer en de zelfstandige.

108 Overigens zij opgemerkt dat bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk over de inpassing van de provisieregeling voor handelsreizigers is gesproken. Zie Bles 1907, p. 207.

109 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

artikel 7:691 lid 7 BW mag de termijn van 26 weken als bedoeld in lid 1 tot en met 3 bij cao worden verlengd. Van die mogelijkheid is in de praktijk ook gebruikgemaakt. Zo bevat de ABU-cao het zogenoemde 'fasensysteem', waarin de termijn van 26 weken is opgerekt tot 78 weken (de 'A-fase').¹¹⁰ Daarna begint de ketenregeling volgens de ABU-cao te lopen. Deze kent een duur van twee jaar of acht tijdelijke contracten (de 'B-fase'), waarna men uiteindelijk in aanmerking komt voor een vast contract.

Ook indien sprake is van een vast contract, geldt voor de uitzendkracht echter minder ontslagbescherming. Artikel 4:2 lid 2 Ontslagbesluit jo. Bijlage B bepaalt namelijk dat het afspiegelingsbeginsel in geval van een uitzendkracht niet onverkort geldt, namelijk alleen bij de betrokken inlener en bij andere inleners bij wie vier of meer uitzendkrachten werkzaam zijn in dezelfde uitwisselbare functie. Artikel 4:2 lid 3 Ontslagbesluit bevat voorts een hardheidsclausule. Indien het uitzendbureau aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde tewerk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, kan het UWV deze werknemer bij toepassing van het afspiegelingscriterium buiten beschouwing laten. Het afspiegelingsbeginsel biedt de uitzendkracht kortom weinig bescherming.

De rechtvaardiging voor de zwakke ontslagbescherming van de uitzendkracht wordt gevormd door de allocatiefunctie van uitzendbureaus (bestaande uit het samenbrengen van vraag en aanbod naar arbeid), die haar nut op onze arbeidsmarkt in de praktijk had bewezen en behouden diende te blijven.¹¹¹ Zo staat in de memorie van toelichting bij deze regeling:

'Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen. Tegelijkertijd vormt deze vrijheid een onzekere factor voor de werknemer voor wat betreft zijn arbeid en inkomen. (...)

De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden.'¹¹²

Wij achten dit een legitiem doel en gaan ervan uit dat het gekozen middel passend is, aangezien het systeem in de praktijk blijkt te werken. We vragen ons echter wel af of de termijn van maar liefst 78 weken wel noodzakelijk is en of niet met een kortere termijn kan worden volstaan (meer in het bijzonder vragen wij ons af

110 Er zijn daarnaast nog ander cao's (de NBBU-cao en de NVUB-cao) die een eigen afwijkende regeling kennen.

111 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

112 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10. Zie ook p. 33.

of het überhaupt nodig is om de termijn van 26 weken met betrekking tot de geldigheid van het uitzendbeding bij cao te kunnen verlengen). Tegelijkertijd is het natuurlijk zo dat de uitzendkracht geen enkele garantie heeft dat zijn uitzendwerkgever hem na afloop van die flexibele periode ook daadwerkelijk in vaste dienst zal nemen. Het komt ons zelfs waarschijnlijk voor dat dit laatste eerder uitzondering zal zijn dan regel. In dat licht bezien is de uitzendkracht dus misschien juist wel gebaat bij een zolang mogelijk durende flexibele fase. Hij heeft in die periode immers de grootste kans op werk en zolang hij als uitzendkracht aan de slag is, bestaat tevens de mogelijkheid dat de inlener hem een dienstverband aanbiedt. Van die laatste mogelijkheid zal hij het vooral dienen te hebben, aangezien uitzendarbeid naar zijn aard nu eenmaal tijdelijk is. Dit laatste volgt ook uit de memorie van toelichting, waarin staat:

‘In de praktijk gaat het dan dus alleen om organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook *tijdelijk* [cur-sivering ARH en GWvdV] aan derden ter beschikking te stellen.’¹¹³

Wij zijn het tot slot met Zwemmer eens dat payrollrolling niet onder de bijzondere regeling in afdeling 7.10.11 BW zou dienen te vallen.¹¹⁴ Zwemmer wijst erop dat bij payrollrolling als driehoeksrelatie – waarbij het payrollbedrijf het werkgeverschap op zich neemt – zich twee varianten voordoen.¹¹⁵ In de eerste variant werft en selecteert de latere inlener van het payrollbedrijf de werknemer, waarna deze werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een door de latere inlener aangezocht payrollbedrijf. In de tweede variant was de werknemer eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst bij de latere inlener en sluit hij een arbeidsovereenkomst met een door de (voormalige) werkgever aangezocht payrollbedrijf. In beide varianten gaat het payrollbedrijf de werknemer op basis van een opdrachtovereenkomst exclusief en permanent ter beschikking stellen aan die inlener. Het payrollbedrijf heeft dus geen allocatiefunctie, zodat er geen rechtvaardigingsgrond voor verminderde ontslagbescherming van de payrollwerknemer bestaat. Opvallend genoeg sloot toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner, blijkens zijn brief aan de Tweede Kamer in maart 2010, toepasselijkheid van deze bijzondere regeling op de arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf echter niet uit. Zo stelde de minister in zijn brief:

‘Naar de letter van de wet wordt dus in het geheel niet als vereiste gesteld dat er sprake is van een allocatieve functie. Wanneer er een conflict speelt tussen twee van de partijen van de “driehoeksrelatie” en dit conflict wordt aan de rechter voorgelegd, toetst de rechter aan de wettekst van artikel 7:690 BW. De rechter toetst dan of er in het betreffende geval sprake is van een uitzen-

113 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10. Zie ook p. 33.

114 J.P.H. Zwemmer, De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payroll-werknemer, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 505 t/m 507.

115 Zwemmer 2012, p. 505.

dovereenkomst of van een gewone arbeidsovereenkomst, dan wel de rechter gaat er al vanuit dat er sprake is van een werknemer die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam is. Er zijn inmiddels diverse uitspraken van kantonrechters inzake payrolling gedaan. Bij het merendeel van die uitspraken stelt de rechter, of gaat hij ervan uit, dat de werknemer werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. In een enkel geval is de rechter van mening dat er sprake is van een gewone arbeidsovereenkomst met de inlener. Ik deel dan ook niet de algemene stelling van de heer Zwemmer dat er bij payrolling geen sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW omdat naar zijn mening de allocatieve functie ontbreekt. Als de driehoeksrelatie op zichzelf voorwerp van een arbeidsconflict is, zal de rechter aan de hand van de feiten en omstandigheden van de desbetreffende payrollconstructie toetsen of er al dan niet aan artikel 7:690 BW (uitzendovereenkomst) wordt voldaan dan wel aan de vereisten van artikel 7:610 BW (de “gewone” arbeidsovereenkomst).¹¹⁶

Evenals Zwemmer achten wij dit standpunt van de minister onjuist. De rechter heeft zich bij de uitleg van artikel 7:690 BW immers mede te laten leiden door de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de parlementaire toelichting daarop. Dat er in het verleden rechters zijn geweest die aan die bedoeling voorbij zijn gegaan, maakt nog niet dat die uitspraken juist zijn. Gelukkig nemen wij in meer recente uitspraken een kritischere houding ten aanzien van payrollconstructies waar, waarbij een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf c.q. verminderde ontslagbescherming van de payrollwerknemer niet zomaar wordt aangenomen.¹¹⁷

3.10 *De werknemer van de insolvente werkgever*

De rechtspositie van de werknemer verandert aanzienlijk wanneer zijn werkgever in staat van surseance of faillissement geraakt. Met name de faillietverklaring van de werkgever heeft grote invloed op de arbeidsrechtelijke bescherming van deze werknemer. Zo hoeft er geen toestemming te worden gevraagd voor zijn ontslag (artikel 6 lid 2 sub c BBA) en geldt er een opzegtermijn van slechts maximaal zes weken (artikel 40 Faillissementswet (Fw)). De wetgever gaat er voorts vanuit dat de bijzondere opzegverboden in de artikelen 7:670 en 7:670a BW evenmin van

¹¹⁶ Brief van 24 maart 2010, kenmerk: AV/AR/2010/4573, p. 3 en 4.

¹¹⁷ Zie o.a.: Ktr. Enschede 4 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ6630; Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2012:BZ5108; Ktr. Rotterdam 21 december 2012, zaaknr. 13915112 VZ VERZ 12-8983; Ktr. Amsterdam 10 oktober 2012, zaaknr. 1374727 EA VERZ 12-1502; en Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861. Zie anders o.a. Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW0819.

toepassing zijn, hoewel deze stelling in de literatuur wordt genuanceerd.¹¹⁸ Gewezen zij voorts op het feit dat de regeling overgang van onderneming in de artikelen 7:662 e.v. BW niet geldt in geval van een doorstart vanuit faillissement (artikel 7:666 BW) en op het feit dat de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat bij een vanwege het faillissement gegeven ontslag in beginsel geen ontslagvergoeding hoeft te worden betaald, ook niet als de gevolgen voor de werknemers ingrijpend zijn en er, met het oog daarop, voor het faillissement een sociaal plan was afgesloten.¹¹⁹

De reden voor deze bijzondere rechtspositie is gelegen in het feit dat het arbeidsrecht dat tijdens het faillissement geldt, niet alleen het resultaat dient te zijn van een afweging van de belangen van de werkgever enerzijds en de belangen van de werknemer anderzijds – wat bij het reguliere arbeidsrecht het geval is –, maar dat tevens de belangen van de overige faillissementscrediteuren dienen te worden meegewogen. Juist met het oog op de belangen van die overige crediteuren heeft de wetgever de (loon)vorderingen van de werknemer – die vanaf de faillissementsdatum boedelschulden zijn krachtens artikel 40 Fw – willen beperken tot maximaal zes weken. Vermeden moest namelijk worden dat de vorderingen van de werknemer verhoudingsgewijs tot onverantwoorde hoogte zouden oplopen.¹²⁰ Van der Pijl wijst op het feit dat een belangrijk verschil tussen de werknemer van de insolvente werkgever en andere werknemers met een bijzondere arbeidsverhouding is dat bij het aangaan van de arbeidsverhouding door de eerstgenoemde in de meeste gevallen nog geen sprake zal zijn geweest van een bijzondere arbeidsverhouding.¹²¹ Zijn rechtspositie transformeert namelijk door de toestand waarin zijn werkgever komt te verkeren. Het ontbreken van keuzevrijheid bij het aangaan van deze bijzondere arbeidsverhouding vraagt volgens Van der Pijl om extra alertheid en aandacht voor de vraag of het maken van uitzonderingen op het reguliere arbeidsrecht redelijk is en of het misschien ook niet anders kan en wellicht zelfs moet. Hij betoogt vervolgens dat ingeval de curator besluit niet alle werknemers te ontslaan, hij in beginsel het afspiegelingsbeginsel zou die-

118 Kamerstukken II 1987/88, 19 810, nr. 5, p. 6. In de literatuur wordt verdedigd dat de civiele opzegverboden wel van toepassing zijn, tenzij de activiteiten van de onderneming worden beëindigd (overeenkomstig artikel 7:670b lid 2 BW). Zie o.a. R.M. Beltzer & J. van der Pijl, De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement, in L.G. Verburg & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 207-238. Zie eerder reeds: A.M. Luttmer-Kat, *Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens insolventie van de werkgever*, in: A.M. Luttmer-Kat (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Jaarboek Insolad 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 6.

119 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662, r.o. 3.3 (Van Gelder/Papier).

120 Om die reden kwam de Hoge Raad in het van Gelder/Papier-arrest dan ook tot het oordeel dat bij een vanwege het faillissement gegeven ontslag in beginsel geen ontslagvergoeding behoeft te worden betaald. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de wijzigingen in 1953 en 1988, overweegt de Hoge Raad vervolgens dat artikel 40 Fw niet uitsluit dat een ontslag door de curator kennelijk onredelijk kan zijn, maar dat het om uitzonderingsgevallen gaat, waarbij bijvoorbeeld gedacht moet worden aan het aanleggen van een kennelijk onredelijke maatstaf bij de selectie van een voor ontslag in aanmerking komende deel van de werknemers.

121 J. van der Pijl, *De werknemer van een insolvente werkgever*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 515.

nen te hanteren, op straffe van kennelijke onredelijkheid van het ontslag.¹²² Voorts betoogt hij dat in de situatie waarin de boedel een positief saldo laat zien, er geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor de verminderde ontslagbescherming.¹²³ Dit geldt evenmin in de situatie waarin de curator na de faillissementsdatum nieuwe werknemers in dienst neemt om nog wat lopende opdrachten van de onderneming af te ronden.¹²⁴ Tot slot pleit hij ervoor in de Faillissementswet op te nemen dat als de curator binnen een termijn van vier weken na de faillissementsdatum – dus spoedig – tot ontslag overgaat, de verkorte opzegtermijnen gelden en de opzegverboden in artikel 6 BBA en in de artikelen 7:670 en 670a BW niet van toepassing zijn.¹²⁵ Laat de curator de werknemers echter eerst nog een tijd lang doorwerken, dan bestaat er volgens hem geen rechtvaardiging meer voor deze verminderde ontslagbescherming. Deze dient immers slechts om de curator in staat te stellen de arbeidsovereenkomsten in het belang van de boedel (en daarmee dat van de gezamenlijke schuldeisers) *op korte termijn na het faillissement* te laten eindigen om de daaruit voortvloeiende boedelschulden zo beperkt mogelijk te houden. Wij kunnen ons volledig vinden in dit betoog.

3.11 *De (deeltijd) huishoudelijk werker/particuliere zorgverlener*

Een werknemer die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van (of de zorg voor) de natuurlijke persoon tot wie hij in een dienstbetrekking staat, geniet in Nederland minder arbeidsrechtelijke bescherming dan een gewone werknemer. Deze werknemer:

- is uitgesloten van de werkingssfeer van het BBA (artikel 2 lid 1 onder d BBA);
- heeft slechts gedurende zes weken recht op loondoorbetaling bij ziekte (artikel 7:629 lid 2 BW);
- heeft een beperkter recht op informatie over de arbeidsverhouding (artikel 7:655 lid 4 BW);
- heeft bij zwangerschaps- en bevallingsverlof recht op een uitkering gerelateerd aan het minimumloon in plaats van aan het (maximum)dagloon (artikel 3:17 jo. artikel 3:18 Wet arbeid en zorg (WAZO));
- heeft geen recht op een uitkering bij adoptie- en pleegzorgverlof (via artikel 3:17 WAZO);
- is uitgesloten van de verplichte werknemersverzekeringen (artikel 6 lid 1 onder c Ziektewet (ZW)/Werkloosheidswet (WW)/Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), artikel 8 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA) verwijst naar artikel 6 ZW); en
- is uitgesloten van de werkingssfeer van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964), waardoor de werkgever geen belasting en premies op het loon hoeft in te houden (artikel 5 lid 1 Wet LB 1964).

122 Van der Pijl 2012, p. 533 en 534.

123 Van der Pijl 2012, p. 533 en 534.

124 Van der Pijl 2012, p. 521-523.

125 Van der Pijl 2012, p. 522, 525, 530 en 531.

Cremers-Hartman wijst er in haar bijdrage over de deeltijd huishoudelijk werker en particuliere zorgverlener op dat huishoudelijk personeel in Nederland altijd al een verminderde arbeidsrechtelijke bescherming heeft genoten.¹²⁶ Voor 2007 gold deze uitzonderingspositie echter alleen voor huishoudelijk personeel dat werkzaam was op minder dan drie dagen per week. Met de invoering van de Regeling Dienstverlening aan huis op 1 januari 2007 werd deze uitzondering verruimd tot werknemers die werken op minder dan vier dagen per week.¹²⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is het toepassingsbereik van de regeling verduidelijkt. Zo is overwogen dat de regeling toegepast kan worden op een breed scala aan werkzaamheden: huishoudelijk werk, oppaswerk, boodschappendienst en persoonlijke verzorging en verpleging, en ook op werkzaamheden van hoveniers, chauffeurs en plegers van klein onderhoud.¹²⁸ Feitelijk treft de uitzonderingspositie volgens Cremers-Hartman echter in hoofdzaak werksters, hulpen in de huishouding, kinderoppassen, alfahulpen, en zorgverleners in het kader van het persoonsgebonden budget (pgb).¹²⁹

De verminderde arbeidsrechtelijke bescherming was volgens de wetgever in het belang van de werkgelegenheid aan de onderkant van de samenleving en kon worden gerechtvaardigd vanwege de aard van het werk en vanwege de beperkte omvang van het dienstverband.¹³⁰ De aard van het werk – dat wordt verricht voor een particulier – brengt met zich dat ontslagbescherming op gespannen voet staat met het recht op een persoonlijke levenssfeer van de werkgever (artikel 5 lid 3 AWGB). Vandaar dat de ontslagbescherming zo beperkt mogelijk is gehouden. De uitsluiting van de werknemersverzekeringen en de standaard-informatieplicht bij indiensttreding dienen de administratieve lasten voor de particuliere werkgever te beperken, en de beperkte loondoorbetalingsplicht bij ziekte dient om de arbeid voor de particuliere werkgever betaalbaar te houden. Uit de beperkte omvang van het dienstverband kon volgens de wetgever voorts worden afgeleid dat deze werknemer geen behoefte had aan de reguliere werknemersbescherming: het ging immers om een bijverdienste en niet om het inkomen van een kostwinner.

Wat betreft dit laatste argument wijst Cremers-Hartman er terecht op dat de wetgever er daarbij helemaal aan voorbij is gegaan dat een huishoudelijk werker of

126 E. Cremers-Hartman, De (deeltijd) huishoudelijke werker en de particulier verzorger, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 559 en 560. Indien sprake is van een inwonende werknemer, geldt de bijzondere positie des te meer. Zo overwoog Meijer reeds: 'De inwonende arbeider staat uit den aard der zaak in menig opzicht in gansch andere verhouding tot den werkgever dan de uitwonende arbeider. De uitwonende arbeider verricht zijn dagtaak, ontvangt daarvoor zijn loon en heeft verder met zijn werkgever niet veel uit te staan. De inwonende arbeider daarentegen is een lid van het gezin van den werkgever, hetgeen voor den werkgever verschillende andere verplichtingen medebrengt dan de uitbetaling van het loon, en evenzoo voor den arbeider andere dan het verrichten van den bedongen arbeid.' Zie Meijers 1924, p. 13.

127 Stb. 2006, 682; de Regeling Dienstverlening aan huis bestaat uit de artikelen IV en XVI-XX van Belastingplan 2007 (Kamerstukken II 2006/07, 30 804, nr. 2).

128 Kamerstukken II 2006/07, 30 804, nr. 3, p. 47 en p. 76.

129 Cremers-Hartman 2012, p. 560.

130 Kamerstukken II 2003/04, 29 497, nr. 7, p. 10 en 11. Zie voorts: Cremers-Hartman 2012, p. 573 en 574.

particulier zorgverlener ook wel eens voor meerdere werkgevers zou kunnen werken. De facto kan deze werknemer dus fulltime werken, terwijl hij (of beter gezegd zij)¹³¹ nauwelijks ontslagbescherming geniet en niet terug kan vallen op een werkloosheids- of ziektebewaaring.¹³² Het argument van de te zware administratieve lasten acht Cremers-Hartman ook niet sterk. De particulieren in kwestie zijn volgens haar namelijk in de meeste gevallen hoogopgeleide personen en die moeten volgens haar toch wel in staat worden geacht te kunnen voldoen aan de desbetreffende administratieve verplichtingen. Bovendien bestaat er volgens haar ook nog altijd de mogelijkheid om deze taak uit te besteden aan een payrollbedrijf.¹³³ Cremers-Hartman wijst er tot slot naar onze mening terecht op dat, nu de werkzaamheden in kwestie doorgaans worden verricht door vrouwen, de wetgever hier indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, zonder daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond aan te voeren die voldoet aan de vereisten van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel. Bovendien is sprake van ongelijke behandeling van deeltijdwerkers.

Voor de meeste inperkingen bestaat volgens Cremers-Hartman niet eens een legitiem doel, omdat de wetgever zich bij de motivering daarvan uitsluitend bedient van algemene, generaliserende argumenten, zonder onderzoek te hebben verricht naar het bestaan van een daadwerkelijke behoefte aan de inperking. Slechts ten aanzien van de uitzondering van de werkingssfeer van het BBA kan zij zich voorstellen dat dit een passend en noodzakelijk middel is ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de particuliere werkgever. De uitzonderingspositie van de deeltijd huishoudelijk werker is volgens Cremers-Hartman echter voor het merendeel discriminatoir en in strijd met Europees recht en internationale verdragen zoals het VN-Vrouwenverdrag, het International Labour Organisation-verdrag (ILO-verdrag) 175 betreffende deeltijdwerk en het ILO-verdrag 189 inzake de bescherming van huishoudelijk personeel.¹³⁴

Wij zijn het volledig met Cremers-Hartman eens dat de uitzonderingspositie voor de deeltijd huishoudelijk werker en particuliere dienstverlener alleen te rechtvaardigen lijkt ten aanzien van de uitsluiting van het BBA en de beperkte loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.¹³⁵ Wij hopen dan ook dat de wetgever op korte termijn zal overgaan tot verbetering van de rechtspositie van deze werknemer.

131 Het merendeel van de huishoudelijk werkers en particuliere zorgverleners is vrouwelijk.

132 Cremers-Hartman 2012, p. 573.

133 Cremers-Hartman 2012, p. 576 en 577.

134 Nederland is daarover volgens Cremers-Hartman in 2010 door het Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEARC) om opheldering gevraagd. Het Comité voor Economische en Sociale Rechten dat toezicht houdt op de naleving van het Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten zou Nederland in 2010 zelfs hebben opgeroepen de rechtspositie van deeltijduishoudelijk werkers te verbeteren (zie Cremers-Hartman 2012, p. 578).

135 De loondoorbetalingsverplichting bij ziekte zou – met het oog op het werkgelegenheidsbelang – naar onze mening nog wel verder teruggebracht mogen worden, omdat zes weken loondoorbetaling wel erg veel gevraagd is van een particulier. Deze zou bijvoorbeeld kunnen worden teruggebracht tot een periode van maximaal twee weken, waarna deze werknemer gewoon zou moeten kunnen terugvallen op de Ziektewet.

3.12 *De door de overheid gesubsidieerde werknemer*

Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw probeert de Nederlandse overheid uitkeringsgerechtigden met een zekere afstand tot de arbeidsmarkt (vanwege lichamelijke, geestelijke en/of verstandelijke beperkingen) in staat te stellen om met behulp van overheidsgelden een volwaardige plaats in de maatschappij te veroveren.¹³⁶ Klosse beschrijft in haar uitgebreide bijdrage over deze 'gesubsidieerde werknemer' de verschillende vormen waarop dit gebeurt.¹³⁷ Zij onderscheidt daarbij twee hoofdcategorieën: (1) re-integratievoorzieningen en (2) gesubsidieerde arbeidsplaatsen.¹³⁸

De eerste hoofdcategorie gaat uit van de gedachte dat er maatregelen nodig zijn ter overbrugging van een uitkeringssituatie naar een werksituatie, om zo te voorkomen dat mensen die een uitkering ontvangen op een steeds grotere afstand tot de arbeidsmarkt komen te staan. Deze voorzieningen worden uit overheidsgelden gefinancierd en kunnen worden ingezet om uitkeringsgerechtigden aan een reguliere, ongesubsidieerde arbeidsplaats te helpen. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de 'no risk polis' als bedoeld in artikel 29b of 29d ZW.¹³⁹ Ook kan worden gedacht aan de loonkostensubsidie, waarmee werkgevers door middel van een (tijdelijke) vermindering van de loonkosten worden verleid om mensen met een beperkt verdienvermogen de kans te geven dit geldend te maken.¹⁴⁰ De ontslagbescherming van deze werknemers is echter aanzienlijk minder sterk dan die van een gewone werknemer, nu de Hoge Raad onlangs heeft aanvaard dat voor het stopzetten van een loonkostensubsidie een geldige ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen.¹⁴¹ Verder valt ook nog te denken aan verschillende vormen van werken met behoud van een uitkering, waaronder werken op basis van: (1) een proefplaatsing, (2) een participatieplaats of (3) loon dispensatie. Is de uitkeringsgerechtigde werkzaam op basis van een proefplaatsing of participatieplaats, dan verwerft hij niet de werknemersstatus: hij verricht onbeloonde werkzaamheden met behoud van uitkering. Belangrijk verschil tussen een proefplaatsing en een participatieplaats is dat een proefplaatsing maximaal drie maanden duurt,¹⁴² terwijl aan een participatieplaats een maximumduur van

136 Handelingen I 1965/66, 7171, nr. 23a, p. 3.

137 S. Klosse, *De door de overheid gesubsidieerde werknemer*, in: Houweling & Van der Voet 2012, p. 581 e.v.

138 Klosse 2012, p. 582 t/m 585.

139 Daarmee wordt het aantrekkelijk gemaakt voor werkgevers om bepaalde mensen in dienst te nemen door hen gedurende een periode van vijf jaar na het aangaan van het dienstverband (grotendeels) te vrijwaren van het risico van loondoorbetaling bij ziekte.

140 Zie voor de daaraan verbonden voorwaarden o.m.: artikel 37a Wet WIA, artikel 651 WAO, artikel 67f WAZ, artikel 59j Wajong (oud) en artikel 2:21 respectievelijk artikel 3:71 Wajong (nieuw).

141 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM Personenvervoer N.V./werknemer), m.nt. GWvdV in: AR Commentaar 2012/966. Het UWV WERKbedrijf houdt in zijn beleidsregels voorts ook rekening met het feit dat de loonkostensubsidie is komen te vervallen (zie Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012, p. 7-7).

142 Zie daarvoor nader artikel 37 Wet WIA, artikel 65g WAO, artikel 67e WAZ, artikel 59h respectievelijk artikelen 2:24 en 3:69 Wajong en artikel 10 lid 1 WWB.

maar liefst twee jaar is verbonden.¹⁴³ Is tot slot sprake van loondispensatie, dan verwerft men weliswaar de werknemersstatus, maar verdient men op basis van de arbeidsovereenkomst minder dan het wettelijk minimumloon. Dit verschil wordt gecompenseerd door middel van een aanvullende uitkering vanuit de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong), waardoor de werknemersstatus met de status van uitkeringsgerechtigde wordt gecombineerd.¹⁴⁴

De tweede hoofdcategorie is gebaseerd op de gedachte dat er specifieke voorzieningen nodig zijn voor mensen die niet onder 'normale' omstandigheden in hun levensonderhoud kunnen voorzien. Met het doel ook deze mensen zich persoonlijk en maatschappelijk te kunnen laten ontplooiën, is 'de sociale werkvoorziening' in het leven geroepen. De wettelijke grondslag hiervoor is verankerd in de Wet sociale werkvoorziening (Wsw).¹⁴⁵ Kenmerkend voor deze tweede grondvorm is dat wordt geaccepteerd dat er ook mensen zijn die door belemmeringen van lichamelijke, geestelijke en/of verstandelijke aard zodanig worden beperkt in hun functioneren, dat deelname aan het reguliere arbeidsproces, ook met ondersteunende voorzieningen, redelijkerwijs niet mogelijk is. De Wsw maakt het mogelijk voor deze specifieke groep om in dienst van een door de overheid in stand gehouden sociale-werkvoorzieningsbedrijf werkzaamheden te verrichten die zijn toegesneden op hun arbeidspotentieel.¹⁴⁶

Klosse constateert terecht dat het, rechtspositioneel gezien, voor de betrokkene nogal wat uitmaakt binnen welk kader hij gesubsidieerde arbeid verricht.¹⁴⁷ Mensen die geïndiceerd zijn voor de Wsw, zijn in principe verzekerd van een arbeidsplaats die is toegesneden op hun arbeidsmogelijkheden. Mocht het werk dat deze medewerkers verrichten uiteindelijk toch niet geschikt voor hen blijken, dan kunnen zij terugvallen op de Wsw en zal de gemeente voor hen een andere passende arbeidsplaats moeten zoeken. Bovendien verrichten zij arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst, waardoor zij in een positie worden gebracht die het verrichten van arbeid onder reguliere omstandigheden zo dicht mogelijk benadert. De consequenties die worden verbonden aan de verzaking van de plicht tot het verrichten van werkzaamheden verschillen evenzeer. Voor de Wsw-werknemers kan dit volgens Klosse een grond zijn voor ontslag, maar daartoe kan pas worden overgegaan als de betrokkene een ander passend werkaanbod heeft geweigerd.¹⁴⁸ Zolang zij hun indicatie voor de Wsw behouden, blijven zij dus in principe verzekerd van werk. De andere werkenden zullen met een korting op hun uitkering worden geconfronteerd. Klosse schetst daarbij het sombere beeld dat zij op deze

143 Zie daarvoor nader artikel 10a WWB, artikel 37b Wet WIA, artikel 65k WAO, artikel 76h WAZ en artikel 59l Wajong.

144 Besluit loondispensatie Wajong.

145 Wet van 23 november 1967, Stb. 687. Deze wet trad op 1 januari 1969 in werking. Zie ook Kamerstukken II 1965/66, 8609, nr. 3, p. 12.

146 Klosse 2012, p. 614-626. Een andere vorm van arbeid in Wsw-verband is 'begeleid werken'. De werknemer is dan niet in dienst van een Sw-bedrijf, maar van een reguliere werkgever (zie Klosse 2012, p. 618-620).

147 Klosse 2012, p. 625, 626 en 635.

148 Klosse 2012, p. 635 en 636.

wijze financieel worden geprikkeld om hun best te doen om uit de uitkeringssituatie te komen, zonder enkele garantie dat hun inspanningen uiteindelijk zullen leiden tot verkrijging van een reguliere werkplek.¹⁴⁹ Op dit punt zijn zij volgens Klosse namelijk volledig afhankelijk van de bereidheid van werkgevers om hen onder reguliere condities in dienst te nemen. Is die bereidheid er niet, dan zullen zij zich moeten blijven inspannen om dat doel te bereiken. Langdurige deelname aan re-integratietrajecten, met de daaraan verbonden verplichting om na verloop van tijd elke kans op werk aan te grijpen op straffe van verlaging of verlies van de uitkering, is volgens Klosse dan hun perspectief.

In een poging een einde te maken aan deze ongelijkheid kwam het kabinet in 2011 met het voorstel om alle bestaande regelingen samen te voegen in één uniforme regeling: de Wet werken naar vermogen (Wwnv).¹⁵⁰ Hoewel het streven naar uniformiteit lovenswaardig is, betreuren wij het evenals Klosse dat de gelijkstelling in dit plan vorm krijgt door een substantieel deel van de mensen die nu in het kader van de sociale werkvoorziening arbeid mogen verrichten, onder te brengen in een re-integratieregime.¹⁵¹ Binnen dat regime wordt de loondispensatieregeling namelijk aangereikt als hoofdmiddel om de kans op een reguliere arbeidsplaats te vergroten, terwijl tegelijkertijd de mogelijkheid mensen te laten werken met behoud van uitkering wordt verruimd.¹⁵² Het was beter geweest wanneer de wetgever had gekozen voor een uniforme regeling waarin het creëren van passende arbeidsmogelijkheden vooropstaat. Dit zou volgens Klosse bijvoorbeeld kunnen worden gewaarborgd, door gemeenten de verantwoordelijkheid te geven om voor mensen die niet in staat zijn het wettelijk minimumloon te verdienen, werk te creëren dat past bij hun arbeidsmogelijkheden. Essentieel hierbij is dat degene die dit werk verricht de werknemersstatus verwerft en dus dat dit werk, tegen betaling van het wettelijk minimumloon, op basis van een arbeidsovereenkomst wordt uitgevoerd. Omdat deze, door Klosse voorgestelde vorm het beste aansluit bij het oorspronkelijke uitgangspunt – dat deze mensen in een positie moeten worden gebracht die het verrichten van arbeid onder reguliere omstandigheden zo dicht mogelijk benadert – en er door de overheid tot op heden geen duidelijke rechtvaardiging is aangevoerd voor de in de Wwnv (en daarna in het huidige voorstel om te komen tot een uniforme Participatiewet) aangevoerde – van dit ideaal verder afstaande – oplossing, kunnen wij ons volledig in het voorstel van Klosse vinden.

3.13 Conclusie

Samenvattend kan aan het einde van deze paragraaf worden geconcludeerd dat de rechtvaardiging voor de afzonderlijke regeling van de arbeidsverhouding van de

149 Klosse 2012, p. 636.

150 Hoofddijnennotitie Werken naar Vermogen.

151 Klosse 2012, p. 636-640.

152 De Wwnv is eind 2012 vervangen door het voorstel om te komen tot een Participatiewet, die met ingang van 1 januari 2015 in werking zal dienen te treden. In dit voorstel is – evenals in de Wwnv – gekozen voor de vorm van loondispensatie en loonaanvulling. Uitgangspunt van de Participatiewet is voorts om deze mensen zoveel mogelijk in reguliere banen bij reguliere werkgevers onder te brengen. De overheid is van plan daartoe een quotum van 5% vast te stellen.

ambtenaar, de docent, de geestelijke en de statutair bestuurder van de nv of bv (zie paragrafen 3.2 tot en met 3.5) in haar algemeenheid is terug te voeren op hun *bijzondere taak*, op *grondwettelijke vrijheden* als de verenigingsvrijheid, de godsdienstvrijheid en/of de onderwijsvrijheid, dan wel op de *duale rechtsbetrekking* van deze werkenden. De rechtvaardiging voor de afwijkende regeling van de arbeidsverhouding van de zeevarende en van de BES-werknemer (zie paragrafen 3.6 en 3.7) is daarentegen vooral gelegen in het *internationale* respectievelijk het *regionale karakter* van die arbeidsverhouding. Bij de arbeidsverhoudingen van de handelsagent, de uitzendkracht, de werknemer van een insolvente werkgever, de huishoudelijk werker en de gesubsidieerde werknemer (zie paragrafen 3.8 tot en met 3.12) heeft de wetgever om uiteenlopende (princiële en/of praktische) redenen gekozen voor een *verlicht beschermingsregime*.

Opvallend is voorts dat ten aanzien van de meeste bijzondere regelingen kon worden geconcludeerd dat er (al dan niet op onderdelen) geen afdoende rechtvaardigingsgrond (meer) voor bestaat. Te denken valt daarbij aan de rechtspositie van de ambtenaar, de docent, de BES-werknemer, de payrollwerknemer, de huishoudelijk werker en de gesubsidieerde werknemer. Ook de arbeidsverhouding van de zeevarende, de geestelijke en de werknemer van een insolvente werkgever bleek echter op onderdelen vatbaar voor verdergaande normalisering. De afwijkende regeling van de rechtspositie van de statutair bestuurder bleek voorts op zich wel te rechtvaardigen, maar het uit het arbeidsrecht halen van de statutair bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap bleek geen passend en noodzakelijk middel om de daarmee beoogde doelen te bereiken.

4 Bijzondere arbeidsverhoudingen in rechtsvergelijkend perspectief

Het Nederlandse arbeidsrecht is van origine gebaseerd op een uniforme regeling van rechtsbescherming. Zoals bleek in paragraaf 3, geldt voor een groot aantal werknemers evenwel afwijkende wet- en regelgeving. Kortom, het Nederlandse arbeidsrecht is een mix van uniforme wetgeving en bijzondere regelgeving voor specifieke werknemers. Voor deze bijzondere regelgeving is niet altijd (meer) een rechtvaardigingsgrond voorhanden. In hoeverre wijkt Nederland hiermee af van andere landen in Europa? Speelt in bijvoorbeeld Duitsland, België en Frankrijk ook een discussie over (meer) uniformiteit of juist differentiatie van arbeidsverhoudingen? Welke onderscheidingen treffen we zoal in Europa aan en welke trends zijn te ontwaren?

Om deze vragen te beantwoorden hebben wij alle landen van de Europese Unie (en Zwitserland) onderzocht. Daarbij is voornamelijk gebruikgemaakt van monografieën uit de International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, landrapporten van de ILO, literatuur, en wet- en regelgeving van de desbetreffende (lid)staten voor zover toegankelijk.¹⁵³ Het resultaat van dit onderzoek

¹⁵³ Van sommige landen – met name Oost-Europese – is de informatievoorziening beperkt geweest, waardoor geen uitputtende analyses hebben kunnen plaatsvinden.

was een enorme waaier aan arbeidsverhoudingen.¹⁵⁴ Hieruit hebben wij, om de omvang van onderhavig artikel enigszins binnen de perken te houden, noodgedwongen een selectie moeten maken. Achtereenvolgens zullen wij de volgende bijzondere arbeidsverhoudingen behandelen:

- blauwe boorden versus witte boorden (paragraaf 4.1);
- dure boorden: bestuurders en leidinggevend personeel (paragraaf 4.2);
- wisselende boorden: de ambtenaar, de huishoudelijk werker, de sporter, de stagiair, de thuiswerker, de zeevarende en overige boorden (paragraaf 4.3).

4.1 *Blauwe boorden versus witte boorden*

Veel Europese landen kennen in meer of mindere mate een onderscheid in rechtsbescherming tussen zogenoemde 'blauwe boorden' en 'witte boorden' (of hebben dit onderscheid gekend). Het daarmee gemaakte onderscheid in fysieke arbeid en intellectuele arbeid is veelal historisch gegroeid en vindt zijn oorsprong met name in de industrialisatie. Met de veranderingen in de maatschappij (toegenomen scholing) en het type werk (van simpel fabriekswerk naar complexe fabricage en werk in de dienstensector) is in veel lidstaten het juridische onderscheid tussen hand- en hoofdarbeid vervaagd en afgeschaft. Het onderscheid valt immers steeds moeilijker te rechtvaardigen naarmate de verschillende categorieën werkers minder van elkaar verschillen. Om die reden oordeelde het Duitse Constitutionele Hof in 1990 dat dit onderscheid ongrondwettig is, omdat het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁵⁵ Slechts heel fragmentarisch treft men thans nog sporen in de Duitse wetgeving aan die aan dit onderscheid herinneren.¹⁵⁶ Op dezelfde gronden (schending van het gelijkheidsbeginsel, artikel 10bis Grondwet) heeft Luxemburg het onderscheid tussen *employé privés* en *ouvrier* in 2008 opgeheven. Deze werknemers heten thans allemaal *salarié*.¹⁵⁷ In Zwitserland is het onderscheid tussen witte en blauwe boorden reeds in 1971 opgeheven.¹⁵⁸ Ook in Zweden wordt het onderscheid tussen witte en blauwe boorden als achterhaald beschouwd. Dit onderscheid was voornamelijk gebaseerd op traditie en organisa-

154 Illustratief zijn alleen al de ruim 46 verschillende atypische arbeidsovereenkomsten in Italië. C. Tealdi, Typical and atypical employment contracts: the case of Italy, MPRA Paper No. 39456, p. 1. Een fraai overzicht van arbeidsverhoudingen (waaronder bijzondere) geeft ook het recent verschenen ILO-rapport Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation nr. 198, ILO 2013. Zie uitvoerig over Recommendation nr. 198 en de kwalificatievraag: C.J. Loonstra, Het afbakeningsprobleem van de arbeidsovereenkomst. Kanttekeningen in internationaal en rechtsvergelijkend perspectief, in: C.J. Loonstra (e.a.), De werkgever in beweging, Den Haag: Sdu 2009, p. 9-20.

155 BVerfGE 30 mei 1990, 1 BvL 2/83, vol. 82, p. 126-156.

156 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 58 en 59; R.E. Lutringer & M.S. Dichter, Germany, in: L. Keller & T.J. Darby (red.), International labor and employment laws, Washington BNA Books 2003, p. 4-8.

157 Memorial 15 mei 2008, A 60, inwerkingtreding 1 januari 2009, Loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique. Zie ook: G. Castegnaro & A. Claverie, Single employment status: the end of blue and white collars, International Law Office, 2009.

158 Enkel in de algemene federale wet (Arbowet) wordt nog onderscheid gemaakt tussen beide categorieën werkers, daar waar het werktijd en recht op betaling van overwerk betreft. Zie A. Berenstein, P. Mahon & J.P. Dunand, National Monographs Switzerland. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2010, p. 85.

torische omstandigheden. Een bijkomende factor die dit onderscheid verklaart, is het feit dat het voor witteboordenwerknemers vroeger bij collectieve overeenkomsten verboden werd lid te worden van dezelfde brancheorganisatie als de blauweboordenwerknemers.¹⁵⁹ In de wet noch in collectieve overeenkomsten is ooit getracht het onderscheid tussen beide typen werknemers te definiëren. Het onderscheid heeft – behoudens in een aantal cao's – geen juridische significantie meer.¹⁶⁰ In de Roemeense Wet op de arbeidsovereenkomst van 1929 werd nog een duidelijk onderscheid gemaakt tussen hand- en hoofdarbeid. De invoering van tal van communistische wetgeving in de jaren vijftig heeft dit onderscheid evenwel weggenomen.¹⁶¹ Ook Slowakije,¹⁶² Slovenië,¹⁶³ Letland,¹⁶⁴ Litouwen,¹⁶⁵ Hongarije¹⁶⁶ en Bulgarije¹⁶⁷ kennen geen juridisch onderscheid (meer) in deze categorieën werkers. Wel kan men in het type werk nog een zeker onderscheid zien tussen 'geschoolde arbeiders' en 'niet-geschoolde arbeiders', dat sterk doet denken aan hoofd- en handarbeid. Juridisch heeft deze onderscheiding geen enkele betekenis. In Malta treft men enkel ten aanzien van de proeftijd en werktijd een zekere differentiatie naar werkers aan. Voor het overige kent Malta een uniform arbeidsrecht.¹⁶⁸ In een aantal landen heeft het onderscheid tussen hand- en hoofdarbeid nimmer een rol gespeeld. Gedacht kan worden aan Ierland en het Verenigd Koninkrijk.¹⁶⁹

In andere landen is het onderscheid echter nog zeer actueel. Een mooi voorbeeld is de huidige regeling in België, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen

159 A. Adlercreutz & B. Nyström, National Monographs Sweden. Introduction, Kluwer Law International 2009, p. 32.

160 Adlercreutz & Nyström 2009, p. 32 en p. 76.

161 R. Dimitriu, National Monographs Romania. Part I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2013, p. 53.

162 H. Baranová & A. Olšovská, National Monographs Slovak Republic. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2011, p. 81 en 82.

163 Z. Vodovnik, National Monographs Slovenia. Part I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2011, p. 81 en 82.

164 I. Tāre, National Monographs Latvia. Part I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2012, p. 69.

165 J. Andriuskeviciute & I. Nekrosius, National Monographs Lithuania. Part I. The Individual Labour Relations, Kluwer Law International 2009, p. 63.

166 Hongarije kent een uniforme uitleg van het arbeidsovereenkomstenrecht, met een indirect onderscheid naar type werk dat grofweg als hand- en hoofdarbeid gekwalificeerd kan worden. Het indirecte onderscheid bestaat uit waardering van de arbeid (hoger loon) en heeft geen juridische betekenis. Zie J. Hajdu, National Monographs Hungary. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2010, p. 106-108.

167 V. Mrachkov, National Monographs Bulgaria. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2010, p. 71 e.v.

168 De proeftijd mag ten aanzien van 'hoger opgeleid' personeel dat ten minste tweemaal het minimumloon ontvangt, het dubbele bedragen van de reguliere proeftijd. Zie M. Brincat & E. Zammit, National Monographs Malta. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2006, p. 39 met verwijzing naar par. 109 en 110.

169 Spanje en Portugal kennen evenmin het onderscheid tussen hand- en hoofdarbeid. Of zij dit nimmer hebben gekend, is onduidelijk. Beide landen kennen wel bijzondere arbeidsverhoudingen, zoals speciale regels voor bestuurders, waarover later meer.

arbeiders en bedienden.¹⁷⁰ Tal van wettelijke regels verschillen naargelang er sprake is van een arbeider of een bediende. Zo gelden voor bedienden in beginsel langere proeftijden (zes tot twaalf maanden, afhankelijk van het loon) dan voor arbeiders (zeven tot veertien dagen). Dat zou verklaard kunnen worden door het feit dat iemands intellectuele arbeid over een langere periode gemeten moet worden voor een goed beeld, terwijl handarbeid zich vrij gemakkelijk en duidelijk manifesteert. Grote verschillen zijn ook zichtbaar bij de te hanteren opzegtermijnen. De wettelijke opzegtermijnen voor een werkgever bij ontslag van een arbeider met een dienstverband van twintig jaar bedroeg tot voor kort 56 dagen, terwijl de in acht te nemen termijn bij ontslag van bedienden, afhankelijk van de hoogte van diens loon, ten minste drie maanden per anciënniteitsperiode van vijf jaar, oftewel ten minste twaalf maanden, bedroeg.¹⁷¹ Daarbij verschilt tevens de aanvang van de opzegtermijn: voor arbeiders vangt deze termijn aan bij de betekening van het ontslag, terwijl bij bedienden deze termijn pas op de eerste dag van de volgende maand aanvangt.¹⁷² Daar staat dan wel weer tegenover dat arbeiders aanspraak maken op een forfaitaire ontslagvergoeding en profiteren van een gunstig(er) bewijsrecht met betrekking tot de vermeende onrechtmatigheid van het ontslag. Bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte die korter dan veertien dagen duurt, heeft de arbeider de eerste dag van arbeidsongeschiktheid geen recht op loon (zogenoemde Carenzdag). Voor bedienden geldt deze Carenzdag niet. De gedachte is dat arbeiders vanwege hun ongezonde levensstijl misbruik zouden maken van loondoorbetaling tijdens ziekte/dan wel vaker ziek zouden zijn, terwijl een bediende die zich ziek zou melden *echt* ziek mocht worden geacht. Ook met betrekking tot het concurrentiebeding, ontslag(vergoedingen) en tal van andere regels gelden afwijkende regels tussen beide categorieën werknemers. Het onderscheid tussen beide categorieën staat al jaren ter discussie, daar de objectieve rechtvaardiging voor het in stand houden van dit stelsel simpelweg ontbreekt. Het Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof genoemd) had reeds in 1993 geoordeeld dat het onderscheid tussen ‘manuele en intellectuele arbeid’ de

170 Aanvankelijk werd alleen arbeiders krachtens de wet van 1900 bescherming geboden. Bedienden hadden deze bescherming niet nodig, daar zij zo dichtbij de werkgever stonden dat zij afdoende in staat werden geacht voor hun eigen belangen op te komen, aldus de wetgever. In 1922 kwam echter toch een regeling voor bedienden, hoofdzakelijk om hen te onderscheiden van arbeiders en te voorkomen dat zij zich zouden aansluiten bij een vakbeweging. Bij wet van 3 juli 1978 zijn beide regelingen samengevoegd, maar is het onderscheid behouden gebleven. Zie voor een overzicht R. Birk & R. Blanpain (red.), *Statuut werkman-bediende: arbeidsrechtelijke en sociologische kanttekeningen*, Brugge: die Keure 1992, en *Voorstel van resolutie betreffende het statuut van de werknemer en de afschaffing van het onderscheid tussen arbeider en bediende*, Senaat nr. 5-25/1, 2010/2011. Vgl. ook De Wolff & Humblet 2008.

171 Met ingang van 1 januari 2012 zijn er nieuwe wettelijke opzegtermijnen ingevoerd die enkel gelden voor arbeidsovereenkomsten gesloten *vanaf* 1 januari 2012. Met de nieuwe wettelijke regeling is een zekere harmonisatie van de verschillende opzegtermijnen bewerkstelligd, maar zal men nog lange tijd met de oude wettelijke regeling van doen hebben. Zie o.m. S. Nerinckx & L. Vandenplas, *Opzeggingstermijnen in de ban van het gelijkheidsbeginsel*. De wet van 12 april 2011 en het arrest nr. 125/2011 van het Grondwettelijk Hof, Oriëntatie 2011/10, p. 308 e.v. Eerder is middels cao nr. 75 de opzegtermijn voor arbeiders aangepast.

172 Vergelijk R. Blanpain, Sire, zijn er domme werknemers in ons land? *Klaaglied voor een werkman*, Brugge: die Keure 2001, p. 21.

verschillen in opzegtermijn 'bezwaarlijk objectief en redelijk zou kunnen verantwoord worden'.¹⁷³ Het Hof achtte toen evenwel de onmiddellijke afschaffing van dit onderscheid niet gepast en gunde de wetgever en sociale partners enige tijd om tot geleidelijke harmonisatie te komen.¹⁷⁴ In 2011 kreeg het Grondwettelijk Hof opnieuw de vraag voorgelegd of het onderscheid in opzegtermijnen (en Carenzdagen) niet in strijd zou zijn met het grondrecht van gelijke behandeling. Het Hof herhaalde zijn standpunt uit 1993, maar voegde er ditmaal aan toe dat de gevolgen van het wettelijke onderscheid wat betreft de opzegtermijnen en Carenzdagen tot uiterlijk 8 juli 2013 moeten worden gehandhaafd.¹⁷⁵ Omdat de wetgever reeds in 1993 is gewaarschuwd en inmiddels tal van initiatieven zijn genomen tot harmonisatie, gunt het Hof de wetgever in feite nog even de tijd om orde op zaken te stellen. Lukt dat niet (tijdig), dan sorteert het dictum van het Hof per 8 juli 2013 direct rechtseffect. Voor zover ons bekend is de Belgische wetgever er niet in geslaagd vóór 8 juli 2013 de wetgeving aan te passen. Wel is op 5 juli jongstleden een politiek akkoord bereikt tussen de minister van Werk, de federale regering en sociale partners in een zogenoemd 'compromisvoorstel eenheidsstatuut voor arbeiders en bedienden'. Dit akkoord zal de komende maanden in wetgeving moeten worden omgezet. Het voorziet in een gelijkschakeling van opzegtermijnen en geleidelijke afschaffing van de Carenzdagen. De beoogde inwerking-tredingsdatum is 1 januari 2014. De regeling voorziet in een eerbiedigende werking van verworven rechten. Hoewel het arrest uitsluitend betrekking had op opzegtermijnen en Carenzdagen, geeft het Hof in niet mis te verstane woorden aan dat het onderscheid in andere wet- en regelgeving evenmin objectief gerechtvaardigd is. De sociale partners hebben daarom afgesproken volgens een 'dwingend tijds kader' stap voor stap het onderscheid tussen arbeiders en bedienden op te heffen. Het zal dus nog enige jaren duren voordat dit onderscheid echt is verdwenen.¹⁷⁶

In Finland treft men eveneens een wettelijk onderscheid tussen witte en blauwe boorden aan, waarbij witte boorden net als in België langere opzegtermijnen genieten.¹⁷⁷ In gelijke zin Italië. Artikel 2095 van het Italiaans Burgerlijk Wetboek

173 Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, B.6.2.1.

174 In 2001 oordeelde het hof in gelijke zin ten aanzien van regels rondom 'willekeurig ontslag': Arbitragehof 21 juni 2001, nr. 84/2001.

175 Grondwettelijk Hof 7 juli 2011, nr. 125/2011.

176 Zie over de impact en de mogelijke consequenties van dit arrest onder meer: S. Verstraelen, Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid, RW 2011-12, nr. 28, p. 1230-1240; Nerinckx & Vandenplas 2011, p. 308 e.v.; I. van Hiel, Geduld Grondwettelijk Hof over onderscheid arbeiders-bedienden is op, De Juristenkrant, 2011-233, p. 1 en 2. De vraag hoe dit onderscheid dient te worden rechtgetrokken is een tweede ('levelling up of levelling down?'), lijkt met het eenheidsstatuut te zijn beantwoord: verworven rechten bij dezelfde werkgever worden gerespecteerd en vanaf 1 januari 2014 gaat een algemene regeling gelden voor arbeiders en bedienden. Of en hoe de overige verschillen moeten worden weggewerkt is nog niet duidelijk. Zie over de regeling onder meer: <www.s-p-a.be/artikel/eenheidsstatuut-voor-arbeiders-en-bedienden/> (laatstelijk geraadpleegd op 8 juli 2013).

177 A. Suviranta, National Monographs Finland. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 1999, p. 70.

onderscheidt maar liefst vier typen werknemers, te weten: managers (*dirigenti*), leidinggevenden (*quadri*), witte boorden (*impiegati*) en blauwe boorden (*operai*).¹⁷⁸ In Frankrijk treft men ook nog het onderscheid tussen hand- en hoofdarbeid aan, maar dan voornamelijk op het terrein van medezeggenschap en competentie van Arbeidsrechtbanken.¹⁷⁹ Denemarken kent nog steeds een wettelijk onderscheid tussen arbeiders en bedienden (*Funktionærer*).¹⁸⁰ Wie als bediende kwalificeert, is gedefinieerd in artikel 1 Funktionærloven. Vier categorieën bedienden worden onderscheiden, te weten (1) winkelbedienden, (2) technisch en/of klinisch personeel niet zijnde handarbeid of industriearbeid, (3) leidinggevenden, en (4) personen die voornamelijk werk onder 1 of 2 verrichten (een restcategorie dus). De afbakening van de verschillende categorieën werkers leidt tot tal van juridische geschillen. Voor het antwoord op de vraag of iemand een winkelbediende is, wordt getoetst of sprake is van 'aan- en verkoop'. Naar Deens recht is dit niet het geval indien het aangekochte ter plekke wordt geconsumeerd. Bijgevolg is het personeel van een hoogwaardig restaurant *geen* witteboordenwerknemer, terwijl een verkoper in een broodzaak die een halfje fijn volkoren inpakt voor in- en verkoop *wel* kwalificeert als witteboordenwerknemer.¹⁸¹ Ook hier gelden voor witte boorden tal van afwijkende regels (opzegtermijn, ontslagvergoeding, spelregels rondom het concurrentiebeding). Oostenrijk kent eveneens een stelsel waarin onderscheid wordt gemaakt tussen blauwe en witte boorden. Witte boorden genieten langere opzegtermijnen (ten minste zes weken versus twee weken voor blauwe boorden), gunstigere loonbetaling tijdens ziekte, eigen vakbonden en eigen regels voor medezeggenschap. De politieke wens is te komen tot een uniforme regeling van het arbeidsrecht. Op een aantal terreinen, zoals ten aanzien van de ontslagvergoedingen, heeft inmiddels een zekere harmonisatie plaatsgevonden.¹⁸² Op veel andere terreinen nog niet. Gelijk aan België lijkt de status quo voorlopig te worden gehandhaafd, mede vanwege de enorme kosten die het 'leveling up' van blauwe boorden voor werkgevers met zich brengt, alsmede de wijziging van tal van maatschappelijke structuren (eigen vakbond, verschillende rech-

178 Al zijn de wettelijke verschillen tussen beide categorieën werknemers in belangrijke mate opgeheven door cao's en recente wetgeving. Nog steeds is er een merkbaar verschil tussen de categorieën. In het bijzonder gelden er speciale regels voor *dirigenti*. Zie T. Treu, National Monographs Italy. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2011, p. 36 en 37.

179 J.P. Laborde & J. Rojot, National Monographs France. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2011, p. 72 en 73.

180 Vgl. J. Sand, Denmark, in: L. Keller & T.J. Darby (red.), International labor and employment laws, Washington BNA Books 2008, 12-10 en 12-11.

181 Zie O. Hasselbalch, National Monographs Denmark. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2012, p. 56 en 57.

182 De regeling *Abfertigung Neu 1 januari 2003*. Zie uitvoerig: M.E. Risak, National Monographs Austria. Part I. Individual Labour Law, Kluwer International Law 2010, p. 37 en 38. Vgl. ook J. Feichtinger, K. Lehner & W. Pöschl, Austria, in: W.L. Keller & T.J. Darby (red.), International labor and employment laws, Washington BNA Books 2008, 9-14.

ters, eigen verzekeringen, enzovoort).¹⁸³ In de woorden van Blanpain: ‘Het onderscheid arbeider-bediende is de *catégorie mere* in het arbeidsrecht, wat de soorten arbeidsovereenkomst betreft. Het is het zwaard van Damocles en terzelfder tijd de basis van waaruit groepen werknemers in zekere mate sociologisch getypeerd worden en een stuk maatschappelijke ordening wordt opgebouwd. Het afschaffen van het onderscheid zou een rechtvaardiging van heel wat maatschappelijke structuren op drijfzand zetten: een van de redenen van het in stand houden ervan.’¹⁸⁴ Het voorgaande geldt ook voor Griekenland. Hoewel het onderscheid tussen *ypállili* (witte boorden) en *ergátes* (blauwe boorden) allang niet meer objectief gerechtvaardigd wordt geacht, vindt harmonisatie maar gestaag plaats.¹⁸⁵

• *Conclusie*

Het voorgaande leert ons dat bijna alle Europese landen een gedifferentieerd stelsel van arbeidsrecht voor witte en blauwe boorden hebben gekend of nog steeds kennen. Deze stelsels staan onder druk. Veel landen hebben afstand genomen van dit laatnegentiende-eeuwse denkmodel, omdat het simpelweg niet meer objectief te rechtvaardigen valt. De sociaalmaatschappelijke verhoudingen alsook de inhoud van het werk (simpel fabriekswerk is dusdanig technisch en complex geworden dat niet langer verdedigbaar is dat geen sprake is van (ook) hoofd-arbeid) zijn dusdanig veranderd dat dit gedifferentieerde stelsel niet langer houdbaar is. De wijze waarop uniformering plaatsvindt, verschilt evenwel van land tot land. Aanleiding tot hervormingen vormt meestal een uitspraak van een constitutioneel hof of initiatieven van sociale partners. In reactie hierop vindt soms uniformering expliciet bij wet plaats, zoals de introductie van het *statut unique* in Luxemburg laat zien. Naast algehele uniformering treft men ook partiële uniformering aan, om zo de scherpe randen van het onhoudbare gedifferentieerde stelsel af te halen (bijvoorbeeld door enkel de opzegtermijnen en ontslagvergoedingen te harmoniseren, zoals Oostenrijk en Griekenland hebben gedaan). Vaak wordt het wettelijke onderscheid in stand gelaten, maar hebben sociale partners in cao’s het onderscheid nagenoeg opgeheven.

Interessant is de constatering dat in vrijwel heel Europa de *communis opinio* heerst dat het onderscheid naar hand- en hoofdarbeid juridisch niet houdbaar is. Desalniettemin kost het landen vaak grote moeite het verschil (echt) op te heffen. Dit heeft veelal te maken met het feit dat de hele samenleving op dit onderscheid is

183 De hoge kosten voor het bedrijfsleven waren voor Luxemburg destijds een reden om de harmonisatie ‘financieel neutraal’ te volbrengen in samenspraak met de sociale partners. Oftewel, in gezamenlijk overleg moest worden bezien op welke onderdelen ‘leveling up’ dan wel ‘leveling down’ zou plaatsvinden.

184 R. Blanpain, *Gelijke behandeling: twee opmerkelijke arresten van het Hof van Justitie en het Arbitragehof*, T.S.R. 1993, p. 328.

185 In 2010 zijn de opzegtermijnen voor witte boorden aangepast bij Wet nr. 3863/2010 van juli 2010. De opzegtermijnen zijn aanmerkelijk verkort tot nog maar zes maanden voor witte boorden (was voorheen maximaal 24 maanden). Saillant detail is dat voor blauwe boorden nog steeds geen wettelijke opzegtermijn geldt. Zie ook: T. Koniaris, *National Monographs Hellas. Part I. The Individual Employment Relation*, Kluwer International Law 2001, p. 98-100 en G.S. Kounoupis, *Greece*, in: W.L. Keller & T.J. Darby (red.), *International labor and employment laws*, Washington BNA Books 2008, 13-9.

ingericht. Wijziging van de juridische status brengt zulke vergaande wijziging in maatschappelijke structuren en ook enorme kosten voor het bedrijfsleven met zich, dat het voor de politiek een dusdanig gevoelig dossier is dat men het liever onaangeroerd laat.

Voorts laten diverse landenrapportages zien dat het ontzettend moeilijk is hand- en hoofdarbeid te kwalificeren. De onderscheidingen worden daardoor kunstmatig en onrechtvaardig (zie bijvoorbeeld Denemarken). In retrospectief kan dan ook met recht gesteld worden dat Drucker bij het vormgeven van ons arbeidsrecht zijn tijd ver vooruit was door geen onderscheid in hoofd- en handarbeid aan te brengen.

4.2 *Dure boorden: bestuurders, leidinggevend en (top)managers*

Wordt het onderscheid in witte en blauwe boorden als achterhaald begrepen en vindt op tal van terreinen uniformering plaats, op 'managementniveau' ziet men juist (een toenemende) differentiatie in rechtsbescherming zich voltrekken. Steeds treft men daarvoor de volgende rechtvaardiging aan: werknemers die dichtbij de werkgever staan hebben (1) andere belangen (behartiging nodig; zij staan veelal tegenover de andere werknemers) en (2) zijn zeer wel in staat hun eigen boontjes te doppen.

Daarbij geldt dat in een flink aantal landen een bijzondere arbeidsverhouding is ingericht voor het directieniveau onder de (statutair) bestuurder. Een mooi voorbeeld vormen de zogenoemde *Leitende Angestellte* in het Duitse recht. Deze groep werknemers is niet vergelijkbaar met gewone werknemers, maar vervult door hun functie eerder een werkgeversrol. Wie als *Leitende Angestellte* kwalificeert, is een feitelijk oordeel en verschilt naargelang de relevante wetgeving (zo kan men een *Leitende Angestellte* zijn wat arbeidstijden betreft, maar hoeft men dat niet te zijn in het kader van ontslagrecht). Ook hier doen zich kwalificatievragen voor en is de formele toekenning van 'werkgeverstaken' (zoals de bevoegdheid tot het aannemen en ontslaan van personeel) niet voldoende, maar gaat het om de feitelijke uitoefening van deze taken.¹⁸⁶ Voor *Leitende Angestellten* geldt onder meer dat zij geen herstel van de arbeidsovereenkomst kunnen vorderen, alsook dat andere onderdelen van het ontslagrecht niet op hen van toepassing zijn.¹⁸⁷ Bestuurders van de onderneming vallen niet onder *Leitende Angestellten*, maar worden geacht een zogenoemde 'freiem Dienstverhältnis' (overeenkomst van opdracht) met de werkgever te hebben. Zij zijn dus niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.¹⁸⁸ Ook Oostenrijk kent deze rechtsfiguur.¹⁸⁹

Een vergelijkbare groep vormen de *cadres* in Frankrijk. Werknemers die vanwege hun hoge positie in de onderneming vooral het belang van de werkgever dienen

186 BAG 14 april 2011- 2 AZR 167/10:

187 Zie § 14 Kündigungsschutzgesetz. Vgl. Jacobs 1993, p. 122.

188 In Malta wordt een bestuurder geacht niet werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, tenzij dit uitdrukkelijk is overeengekomen. Vgl. M. Brincat & E. Zammit, National Monographs Malta. General Introduction, Kluwer Law International 2006, p. 36 met verwijzing naar Ingloft/AX Holding Industrial Tribunal 26 mei 1999, nr. 1035.

189 Vgl. Feichtinger, Lehner & Pöschl 2008, p. 9-23. Voor hen geldt niet de bijzondere regel van 'herziening' door het medezeggenschapsorgaan.

en ook een zekere ‘werkgeversrol’ op zich nemen. Voor hen geldt (afhankelijk van de omvang van het totale managementteam in de onderneming, ten minste 25 personen) een eigen medezeggenschapsstructuur en vertegenwoordiging.¹⁹⁰ Ook hier zien we in wetgeving differentiatie naar het type leidinggevende. Als voorbeeld kan de wijziging in de Arbeidstijdenwet worden genoemd. Daarin wordt een drietal typen ‘cadres’ gedefinieerd, te weten: (1) de persoon met grote vrijheid en eindverantwoordelijkheid, die het hoogste salaris binnen de onderneming verdient (voor hem geldt de arbeidstijdenwet niet); (2) de persoon wiens managementtaken prima zijn in te plannen en wiens werktijden niet veel afwijken van de werknemers waaraan hij leiding moet geven (hem komt een forfaitaire overwerkvergoeding toe); en (3) de tussenvariant (waarvoor een compensatie in tijd of geld gevonden moet worden).¹⁹¹ In de rechtspraak wordt ook rekening gehouden met de deze drie typen managers, waarbij van het eerste type manager meer wordt verlangd het belang van de werkgever voorop te stellen dan van het tweede type.¹⁹²

In Spanje treft men een soortgelijk onderscheid aan. Personen die onderdeel uitmaken van het bestuur van de onderneming zijn van het arbeidsrecht uitgesloten.¹⁹³ Personen werkzaam direct onder de zeggenschap van het bestuur, maar met een grote autonomie, hebben een speciale arbeidsverhouding (senior management), terwijl de groep ‘gewoon leidinggevendens’ volledig onder het commune arbeidsrecht valt. Voor de categorie ‘senior management’ gelden speciale regels voor onder meer ontslag (opzegging zonder reden is toegestaan, mits drie maanden opzegtermijn in acht wordt genomen) en vertegenwoordiging (verbod op passieve verkiezingen).¹⁹⁴

Italië kent de zogenoemde *dirigenti*, een groep werknemers die vergelijkbaar is met de senior managers in Spanje. Voor hen gelden aparte werktijden en speciale regels bij ontslag.¹⁹⁵ Op grond van artikel 10 van Wet nr. 604/1966 zijn zij uitgesloten van het individueel ontslagrecht. ‘Dirigenti’ zijn voorts uitgesloten van de Italiaanse versie van de Wet melding collectief ontslag (zowel wat betreft hun eigen rechten, als wat betreft het getalscriterium), hetgeen eind 2012 tot een inbreukprocedure van de Europese Commissie heeft geleid.¹⁹⁶ Ten slotte vallen zij niet onder artikel 1 van decreto legislativo n. 368, 2001 attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall’ UNICE, dal CEEP e dal CES (wetsbesluit nr. 368 inzake arbeidsovereenkom-

190 Laborde & Rojot 2011, p. 74.

191 Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, hoofdstuk 3.

192 Laborde & Rojot 2011, p. 75.

193 L.M. Flórez & M.M. González, in: W.L. Keller & T.J. Darby (red.), *International labor and employment laws*, Washington BNA Books 2003, p. 6-11.

194 KB 1382/1985, 1 augustus 1985.

195 P. Mandruzzato, Italy, in: W.L. Keller & T.J. Darby (red.), *International labor and employment laws*, Washington BNA Books 2003, p. 5-22. Zie ook: T. Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 1998, p. 37-39.

196 Vgl.: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1145_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom> (laatstelijk geraadpleegd op 1 april 2013). P.M. Berkowitz & T. Meüller-Bonanni, *International Labor and Employment Law*, American Bar Association 2006, p. 105.

sten voor bepaalde tijd). Voor 'dirigenti' heeft geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te worden aangetoond (tot maximaal vijf jaar).¹⁹⁷ Werknemers die geen autonome zeggenschap hebben, maar wel een belangrijke leidinggevende functie, worden *quadri* genoemd (vergelijkbaar met 'cadres' in Frankrijk).

In Slowakije wordt ook gedifferentieerd in type managers (of bestuurders). De topmanager komt een bijzondere positie toe, omdat het aspect van ondergeschiktheid in zijn arbeidsrechtelijke betrekking vaak niet of in onvoldoende mate aanwezig is. Er wordt onderscheid gemaakt tussen zogenoemde 'topmanagers' en 'lijnmanagers'. De eerste groep managers heeft tevens zitting in het bestuur, terwijl de tweede groep managers de status van leidinggevende-werknemer heeft. Aangenomen wordt dat topmanagers hun werk verrichten op basis van een managementovereenkomst die wordt beheerst door het algemeen vermogensrecht (overeenkomst van opdracht). Ten aanzien van de lijnmanagers geldt dat zij toezicht houden op hun ondergeschikte werknemers. Zij doen dit evenwel in relatie tot de werkgever, waardoor hun werk het karakter van afhankelijk werk heeft. Zij hebben daardoor een arbeidsovereenkomst die op grond van wettelijke bepalingen wordt aangevuld met 'leidinggevende taken'. Dit maakt het mogelijk om deze werknemers gemakkelijk(er) te ontslaan, indien zij in deze taakuitoefening tegenvallen (gelijk aan onze 15 april-arresten).¹⁹⁸ In Roemenië geldt voor het management dat het werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, maar dat de proeftijd voor deze managers langer kan zijn, evenals de ten aanzien van hen geldende opzegtermijn. Ook kunnen disciplinaire sancties enkel op hen van toepassing zijn en zijn zij uitgesloten van lidmaatschap van een vakbond.¹⁹⁹ In gelijke zin ook Hongarije. Voor 'leidinggevend' is daar tevens een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor een langere duur dan vijf jaar mogelijk (wat daar het wettelijk maximum is voor 'gewone' werknemers), zijn cao's niet op hen van toepassing, is voor hen geen aanspraak op een overwerkvergoeding mogelijk en bestaat een verdergaande aansprakelijkheid voor schade aan de werkgever (al dan niet door ontslagname van de werknemer).²⁰⁰

In het Deense recht worden 'leidinggevend' en 'bestuurders' in feite ingesloten in een van de vier categorieën van witte boorden (artikel 1 lid 1 sub c Funktionærloven). De sociale partners hebben afgesproken dat deze categorieën werknemers geen lid van dezelfde vakbond mogen zijn als de overige werknemers. Het doel is te voorkomen dat de werknemer-leidinggevende in een loyaliteitsconflict terechtkomt.²⁰¹ Op meer indirecte wijze treffen we een soortgelijke onderscheiding aan in België. Daar wordt althans binnen de categorie 'bedienden'(witte boorden) onderscheid gemaakt tussen lage en hoge bedienden (afgemeten aan de loonsom). In Zweden worden bestuurders (*företagsledandeställning*) uitgesloten van het

197 Berkowitz & Mèuller-Bonanni 2006, p. 101. Ook in Litouwen is een uitzondering gemaakt voor bepaalde tijdscontracten en benoeming in bestuur. Vgl. Andriuskeviciute & Nekrosius 2009, p. 69.

198 Barancová & Olšovská 2011, p. 75 en 76.

199 Dimitriu 2013, p. 54 en 55.

200 Hajdu 2010, p. 107.

201 Vgl. Hasselbalch 2012, p. 59.

Lagen om Anställningskydd (het ontslagrecht). Het moet dan gaan om bestuurders die met de werkgever gelijkgesteld kunnen worden. De enkele benoeming tot CEO is onvoldoende: de bestuurder moet echt te onderscheiden zijn van gewone werknemers. Ter rechtvaardiging van deze differentiatie wordt aangevoerd dat dergelijke werknemers dichterbij de werkgever staan en aan hem loyaal zijn, alsook dat zij doorgaans dermate andere arbeidsvoorwaarden genieten dat bescherming gelijk aan gewone werknemers niet gerechtvaardigd zou zijn. Over de kwalificatie van bestuurder wordt regelmatig geprocedeerd.²⁰²

In andere Europese landen vindt uitsluiting van het commune arbeidsovereenkomstenrecht voor hooggeplaatst personeel niet of nauwelijks plaats,²⁰³ maar wordt wel rekening gehouden met hun positie bij de uitleg van begrippen als 'goed werknemerschap/goede trouw' en/of worden zij wel uitgesloten van bepaalde publiekrechtelijke regelingen.²⁰⁴ Net als in Nederland doen zich dikwijls kwalificatievraagstukken voor daar waar de bestuurder tevens enig aandeelhouder is van de rechtspersoon. Over de vraag of voldaan is aan het 'ondergeschiktheids criterium' oftewel de 'gezagsverhouding', wordt verschillend geoordeeld.²⁰⁵

• Conclusie

Uit de vorige paragraaf bleek dat vrijwel alle landen in de EU het algemene onderscheid tussen witte en blauwe boorden (hoofd- en handarbeid) niet langer objectief gerechtvaardigd achten. Een geheel ander beeld tekent zich af in deze paragraaf. In vrij veel landen zien we (vergaande) differentiatie met betrekking tot de rechtsbescherming van bestuurders. Wie als bestuurder kwalificeert, verschilt van land tot land. In een flink aantal landen zien we deze differentiatie zich reeds aftekenen op het niveau van het lagere management. Gesteld zou kunnen worden dat het onderscheid tussen blauwe en witte boorden thans is verworpen tot een onderscheid tussen gewone boorden en *dure* boorden. Het onderscheid is niet langer geënt op handarbeid versus hoofdarbeid, maar op 'uitvoerende werknemer' versus '(quasi-)werkgeversgezagdragende werknemer'.

De differentiatie in rechtsbescherming ziet veelal op uitsluiting van bepaalde publiekrechtelijke regelgeving, zoals de arbeidstijden en recht op overwerkvergoeding. Ook gelden er veelal afwijkende regels bij ontslag (variërend van buiten beschouwing laten van getalscriteria, andere ontslagvergoedingen en opzegtermijnen tot algehele uitsluiting van het reguliere ontslagrecht). In veel landen wordt ten aanzien van 'managerial personnel' specifieke regelgeving inzake non-concurrentie voorgeschreven. Zeker in landen waar voor het overige non-concurrentiebedingen niet zijn toegestaan, ziet men vervolgens dat voor 'managerial

202 Vgl. T. van Peijpe & R. Blanpain, *Employment protection under strain*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer International 1998, p. 79; A short introduction to Swedish labour law, Stockholm: Tagg 2012, p. 33.

203 Men komt ook wel partiële uitsluiting tegen, bijvoorbeeld alleen ten aanzien van arbeidstijdenregelingen en de mogelijkheid tot het aangaan van een concurrentiebeding. Vgl. Suviranta 1999, p. 70 en 71.

204 Vgl. Berenstein, Mahon & Dunand 2010, p. 86.

205 Zie voor een mooie discussie in het Verenigd Koninkrijk: S. Deakin & G.S. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. 191-193.

personnel' uitzonderingen zijn gemaakt. Ook ten aanzien van lidmaatschap van een vakbond en het passief stemrecht in medezeggenschapsorganen ziet men veelal dat het 'managerial personnel' wordt uitgesloten. Als rechtvaardiging voor dit onderscheid wordt doorgaans aangevoerd dat deze werknemers andere belangen hebben dan de gewone werknemers, danwel dat zij vanwege hun gedeeltelijke werkgeversrol in loyaliteitsproblemen gebracht worden indien zij verenigd zouden zijn in dezelfde vakbond of medezeggenschapsorganen. Ook de werkgever heeft andere belangen ten aanzien van 'managerial personnel' dan het gewone personeel (denk bijvoorbeeld aan het belang bij een concurrentiebeding). Het feit dat deze werknemers dichtbij de werkgever staan, vormt steeds de rechtvaardiging. Dat wordt voorts aangevuld met de stelling dat zij in een betere onderhandelingspositie verkeren (waardoor zij minder bescherming behoeven), terwijl anderzijds ditzelfde argument (dichtbij de werkgever) wordt gebruikt om *meer* rechtsbescherming te geven (langere opzegtermijnen bijvoorbeeld). Gedoeld wordt dan veelal op het feit dat een werkgever zijn managers gemakkelijker kan ontslaan, maar daarvoor wel een opzegtermijn of vergoeding moet betalen.

Geheel onproblematisch is deze onderscheiding niet. Het niet of juist wel toekennen van een bepaalde uitkering of (cao-)recht, enkel gestaafd op de categorale indeling van een werker als manager of leidinggevende, kan opnieuw op gespannen voet staan met het gelijkheidsbeginsel, aldus het Cour de Cassation (Chambre Sociale) in 2009 in Frankrijk.²⁰⁶ Voorts leidt het uitsluiten van 'managerial personnel' soms tot strijdigheid met EU-recht. Het bekende voorbeeld is uiteraard het arrest Danosa, waarin een vrouwelijk lid van een directiecomité van een kapitaalvennootschap specifieke zwangerschapsrechtelijke werknemersbescherming niet toekwam naar nationaal recht (het Letse Wetboek van Koophandel stond een nagenoeg onmiddellijk ontslag toe, terwijl voor de gewone werkneemsters een opzegverbod gold). Het Hof van Justitie oordeelde dat de eventuele uitsluiting van het arbeidsrecht en daarmee van het opzegverbod tijdens zwangerschap in strijd was met de uitleg van het communautaire werknemersbegrip.²⁰⁷ In gelijke zin oordeelde de Europese Commissie in het geval van uitsluiting van een specifieke groep leidinggevend (de 'dirigenti' in Italië) voor de vaststelling van het getalscriterium in de zin van Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag. Een dergelijke uitsluiting tast niet alleen de rechten van de leidinggevend zelf aan, maar ook de eventuele rechten van derden (de gewone werknemers), omdat het uitsluiten van leidinggevend net het verschil kan maken tussen wel of geen 'collectief ontslag'.

Het voorgaande laat ons zien dat in vrijwel alle landen rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van leidinggevend en bestuurders. In zekere zin zou gesteld kunnen worden dat een verdergaande differentiatie op het niveau van het (hoger) management past binnen een Europese trend. Echter, ook hier dient opnieuw rekening te worden gehouden met de objectieve rechtvaardiging van de litigieuze afwijkende regels, met de grenzen die het EU-recht aan verdere diffe-

206 Vgl. Cour de Cassation Sociale 1 juli 2009, nr. 07-42.675. In casu ging het om het bij cao toekennen van 25 vakantiedagen aan niet-leidinggevend en 30 dagen aan leidinggevend.

207 HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, AR 2010-0907.

rentiatie stelt en met de problematische categorisering van typen bestuurders en managers. In bijna alle landen bepaalt ‘case law’ in welk type bestuurder de werker wordt ingedeeld.

Omdat het Nederlandse arbeidsrecht in titel 7.10 BW gekenmerkt wordt door het gebruik van open normen en daarmee ruimte biedt aan de rechter tot concrete invulling over te gaan, zijn wij van mening dat een aparte regeling van de rechtspositie van ‘managerial personnel’ in Nederland niet nodig behoeft te zijn. Rechters kunnen nu immers al rekening houden met het feit dat zij te maken hebben met bijvoorbeeld een lid van het managementteam in plaats van met een gewone werknemer. Uiteraard staat of valt deze mogelijkheid tot differentiatie door middel van rechtspraak met de bereidheid van rechters om niet alle werknemers ‘over één kam te scheren’.²⁰⁸

4.3 *Wisselende boorden: de ambtenaar, de huishoudelijk werker, de sporter, de stagiair, de thuiswerker, de zeevarende, de flexwerker en overige boorden*

Naast het onderscheid blauwe boorden versus witte boorden en daarbinnen of daarnaast het onderscheid tussen gewone boorden en dure boorden (‘managerial personnel’), komen we in Europa nog tal van andere bijzondere arbeidsverhoudingen tegen. In deze paragraaf bespreken we de in de verschillende (lid)staten meest voorkomende bijzondere arbeidsverhoudingen. We sluiten deze paragraaf af met een restcategorie vermeldenswaardige regelingen, die niet (per se) veelvoorkomend zijn.

4.3.1 *Ambtenaren*

Vrijwel alle onderzochte (lid)staten kennen aan werkers in het publieke domein een aparte status toe. Daarbij dient wel onmiddellijk de kanttekening geplaatst te worden dat qua materiële rechtsbescherming veel regels tussen ambtenaren en werknemers zijn geharmoniseerd.²⁰⁹ Specifieke regelgeving treft men aan op het terrein van (het recht op) staken en collectieve onderhandelingen, alsook op het terrein van ontslagbescherming. In sommige (lid)staten wordt uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen typen ambtenaren. Op ambtenaren die werkzaam zijn voor publieke lichamen en geen bijzondere gezagstaak uitoefenen, is het gewone arbeidsrecht van toepassing. Op ambtenaren werkzaam voor bijvoorbeeld

²⁰⁸ Omdat van dit soort werknemers een grote(re) mate van flexibiliteit en aanpassingsvermogen mag worden verwacht, zouden rechters ten aanzien van deze werknemers bijvoorbeeld sneller een zwaarwichtig belang bij de wijziging van hun takenpakket aanwezig kunnen achten. Ook zou een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van deze werknemers sneller kunnen worden toegewezen. Ten aanzien van werknemers op deze positie – die veel autonomie in hun werk genieten en in feite de werkgeverstaken uitvoeren – ligt het immers niet voor de hand dat er eerst een maandenlang dierend verbetertraject in gang gezet wordt op het moment dat de CEO concludeert dat het managementteamlid niet langer goed kan inspelen op de eisen van de markt (met mogelijk dramatische gevolgen voor de onderneming).

²⁰⁹ Vgl. bijvoorbeeld Deakin & Morris 2009, p. 160 en 161. Zie meer algemeen A.C. Neal, Public Sector Industrial Relations – Some developing trends, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2001, p. 233 e.v.

de politie of het Koninklijk Huis zijn speciale regels van toepassing.²¹⁰ De bijzondere taak – het dienen van de Kroon en het uitoefenen van openbaar gezag – wordt doorgaans aangevoerd ter legitimatie van afwijkende regelgeving.²¹¹ Het toegestane gebruik van arbeidscontractanten varieert van land tot land. Zo staat Spanje slechts werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst toe voor een bepaalde duur of specifieke opdracht.²¹²

4.3.2 Huishoudelijk personeel

Veel staten kennen ook speciale wetgeving voor *huishoudelijk personeel*. Naar Belgisch recht wordt zo'n werker een dienstbode genoemd: een werknemer die zich verbindt tegen loon en om onder gezag van een werkgever in de hoofdzaak huishoudelijke arbeid te verrichten in verband met de huishouding van de werkgever of van zijn gezin (artikel 5 Arbeidsovereenkomstenwet).²¹³ Voor dienstboden bestaat een aantal specifieke regels, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de werktijden en vakantie, huisvesting en beëindiging van de overeenkomst. Er gelden afwijkende regels voor loondoorbetaling tijdens ziekte (de verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte is aanmerkelijk korter dan ten aanzien van de andere arbeiders en bedienden), en de arbeidsovereenkomst kent een verplichte proeftijd van twee weken.²¹⁴ In gelijke zin kennen de Finse *Författningssamling Suomen Asetus kokoelma*²¹⁵ en de Oostenrijkse *Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz*²¹⁶ specifieke regels ten aanzien van huishoudelijke werknemers. Ook hier zijn met name werktijden, overwerk, vakantieaanspraken en (recht op) overwerkvergoedingen gereguleerd, alsmede de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever. Bij een (tijdelijke) verhuizing van de werkgever (niet zijnde een vakantie) geldt voorts een verkorte opzegtermijn voor de werknemer.²¹⁷ In Litouwen geldt min of meer hetzelfde, aangevuld met beëindiging van rechtswege als bijzondere ontslaggrond bij het overlijden van de werkgever.²¹⁸ Dit in tegenstelling tot het Belgische recht, alwaar de arbeidsovereenkomst met de overleden werkgever niet van rechtswege eindigt (artikel 33 Arbeidsovereenkomstenwet). In Zweden is het huishoudelijk personeel geheel uitgesloten van de bijzondere ontslagbescher-

210 Vgl. S. Hardy, National Monographs Great Britain. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2012, p. 95 en 96.

211 Zie onder meer: A.H.L. de Becker & K. Deckers, Normalisering van de ambtelijke status: een rechtsvergelijkende kijk op de Nederlandse situatie, TRA 2013, 33, p. 5-11. Vgl. ook: A. Adlercreutz & B. Nyström, National Monographs Sweden, The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2009, p. 75.

212 M.A. Olea & F. Rodríguez-Sañudo, National Monographs Spain. Part. I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2009, p. 53.

213 P.E.M.S. Humblet e.a., Synopsis van het Belgisch arbeidsrecht, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 287.

214 Zie artikel 108 Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten e.v.

215 Nr. 951 of 1977.

216 BGBl. nr. 235/1962, laatstelijk gewijzigd bij BGBl. I nr. 100/2002.

217 In Zweden geldt een soortgelijke rechtsbescherming sinds 1970. Adlercreutz & Nyström 2009, p. 76. Ook Spanje kent bijzondere wetgeving op dit terrein. Vgl. Koninklijk Besluit 1424/1985. Zie voorts: Olea & Rodríguez-Sañudo 2009, p. 49.

218 Andriuskeviciute & Nekrosius 2009, p. 71 e.v.

mingsregels.²¹⁹ In het Verenigd Koninkrijk was huishoudelijk personeel aanvankelijk uitgesloten van de Race Act. Bijgevolg kon de vrouwelijke werker geen beroep op deze regeling doen. Inmiddels is de wet aangepast en dient het indirecte onderscheid (veelal zijn vooral vrouwen werkzaam in de huishouding) de toets van objectieve rechtvaardiging te doorstaan. Als rechtvaardigingsgronden worden aangevoerd de intieme band tussen werkgever en werknemer, alsook de bijzondere kennis voor het werk en sociale verhoudingen tussen partijen.²²⁰ De ILO heeft in 2011 minimum(arbeids)voorwaarden opgesteld om uitbuiting van huishoudelijk personeel te voorkomen.²²¹ Deze zien eveneens op loon, werktijden, vakantie, werkveiligheid en redelijke opzegtermijnen.

4.3.3 *Thuis- en telewerkers*

Ten aanzien van thuiswerkers zien we verschillende ontwikkelingen. Sommige (lid)staten, zoals Duitsland, hebben bijzondere regelgeving voor thuiswerkers opgesteld, daar zij strikt genomen niet onder de definitie van de 'arbeidsovereenkomst' vallen wegens het ontbreken van (effectief) gezag.²²² Omdat zij anderzijds wel afhankelijk zijn van de werkverschaffer, vallen thuiswerkers (*Heimarbeiters*) binnen de categorie *arbeitnehmerlähnliche Personen* en is hun rechtspositie ondergebracht in het *Heimarbeitsgesetz*. De belangrijkste zaken die geregeld worden zijn hoogte van het loon, recht op loon bij ziekte, (betaald) vakantieverlof en de mogelijkheden tot lidmaatschap van vakbonden en deelname aan medezeggenschap.²²³ In gelijke zin ook België.²²⁴ In Frankrijk geniet een thuiswerker in beginsel dezelfde bescherming als een gewone werknemer. Dit is ook geheel in lijn met het ILO-verdrag betreffende thuiswerk 1996, dat als uitgangspunt gelijkheid van thuiswerkers en gewone werknemers voorschrijft.²²⁵ Ook hier gelden evenwel bijzondere regels met betrekking tot vakantieverlof en vakantieloon.²²⁶ Het Verenigd Koninkrijk maakt geen onderscheid in thuiswerkers en werkers op het kantoor. Men is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst of is dat niet. Speciale wetgeving voor thuiswerkers – met uitzondering van minimumloon – is er niet, ook al worden zij als een kwetsbare groep beschouwd.²²⁷ In Griekenland dient een werkverschaffer binnen vijftien dagen na aanvang van de werkzaamheden een schriftelijke overeenkomst met de thuiswerker overeen te komen, bij gebreke waarvan de verhouding wordt gekwalificeerd als zijnde een arbeidsover-

219 Van Peijpe & Blanpain 1998, p. 79; A short introduction to Swedish labour law, Stockholm: Tagg 2012, p. 33.

220 Vgl. ELL 2012, p. 97.

221 Domestic Workers Recommendation (ILO 2011, nr. 201).

222 In gelijke zin ook Spanje: Olea & Rodríguez-Sañudo 2009, p. 52 en 53.

223 M. Schmidt & M. Weiss, National Monographs Germany. Part I. The Individual Employment Relationship, Kluwer International Law 2008, p. 48 en 49.

224 Humblet.a.2002, p. 293-296; R. Blanpain, National Monographs Belgium. Part I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2012, p. 128 e.v.

225 ILO-Verdrag nr. 177. In Nederland vinden we de thuiswerker vooral terug in het Arbobesluit, artikel 1.1 lid 5 sub d-f.

226 Laborde & Rojot 2011, p. 84 en 85. In gelijke zin Roemenië en Slovenië: Dimitriu 2013, p. 57; Vodovnik 2011, p. 109.

227 Deakin & Morris 2009, p. 152 en 153; Hardy 2012, p. 105 en 106.

eenkomst. Is een overeenkomst wel tot stand gekomen, dan wordt deze vermoed een afhankelijke opdrachtovereenkomst te zijn.²²⁸

Interessant is de constatering dat in veel lidstaten het 'thuiswerk' als een uitstervend fenomeen van de late negentiende dan wel vroege twintigste eeuw werd beschouwd, maar dat medio jaren negentig een hernieuwde belangstelling voor thuiswerk is ontstaan met de komst van technische hulpmiddelen (telewerk, telecomputing). In sommige staten wordt expliciet een onderscheid gemaakt tussen thuiswerkers en telewerkers. De gedachte is dat telewerkers 'gewone werknemers' zijn op een andere locatie, terwijl thuiswerkers in beginsel niet onder de directe zeggenschap van de werkgever vallen.²²⁹ Andere staten stellen zich juist op het standpunt dat zowel telewerk als thuiswerk door werknemers en niet-werknemers kan geschieden en dat in beide gevallen adequate regelgeving is geboden.²³⁰ Een andere opvallende gemene deler bij een aantal landen is het bestaan van een paritaire commissie (bestaande uit regionale vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersverenigingen) voor het vaststellen van een redelijk loon. De gedachte is dat thuiswerkers zich niet of niet gemakkelijk laten vertegenwoordigen door vakbonden. Als er geen cao van toepassing is, zijn er in bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk en Italië commissies die in plaats van de vakbonden het redelijke loon en andere arbeidsvoorwaarden vaststellen. Het gebrek aan collectiviteit en het daaraan inherente gevaar van uitbuiting en misbruik door werkgevers zijn voor bijna alle staten aanleiding geweest wettelijke regelgeving voor thuiswerkers vorm te geven. De nadruk ligt daarbij op inkomensbescherming (minimumloon). De handhaving van deze wetgeving laat veelal te wensen over, juist omdat thuiswerkers zo verspreid over het land zitten en handhaving daardoor (te) kostbaar is.²³¹

4.3.4 Sporters

Een aantal lidstaten kent speciale wetgeving voor professionele sporters, zoals Spanje en België.²³² Additionele regelgeving naast het verenigings- en/of handelsrecht werd noodzakelijk geacht, omdat sporters lange tijd buiten het arbeidsrecht werden gehouden en daardoor *de facto* en *de jure* rechteloos waren. Inmiddels vindt uitdrukkelijke incorporatie van het arbeidsrecht op deze rechtsverhouding plaats (bij wet of cao). Een aantal lidstaten kent enkel op deelgebieden speciale regelgeving voor sporters (bijvoorbeeld uitsluiting van de arbeidstijdenregelingen).²³³ In Slowakije worden topatleten erkend als zelfstandige beroepsbeoefenaars, maar kunnen zij ook in dienst zijn van de sportvereniging. In het laatste geval gelden de gewone regels van het arbeidsrecht. Ook hier gelden EU-regels, zoals het verbod op hoge transfersommen wegens strijdigheid met artikel 45 van

228 Koniaris 2001, p. 102 en 103.

229 Vgl. Treu 2011, p. 48 en 49.

230 Vgl. J.M.V. Gomes & C. de Oliveira Carvalho, National Monographs Portugal. Part I. The Individual Employment Relation, Kluwer International Law 2011, p. 45.

231 Berenstein, Dunand & Mahon 2010, p. 87, 88 en 98. Vgl. ook: Adlercreutz & Nyström 2009, p. 77.

232 Koninklijk Besluit 1006/1985.

233 Vgl. Berenstein, Dunand & Mahon 2010, p. 122. Zie ook: Vodovnik 2011, p. 200.

het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).²³⁴ In Italië vallen sporters onder bijzondere regelingen, zoals de *collaborazioni coordinate e continuative* (en diens opvolgers). Dit is een contractsvorm waarbij de werker zelfstandige activiteiten verricht, maar wel is ingebed in een organisatie. De materiële onderschikking aan de werkgever ontbreekt en als zodanig valt hij niet onder het reguliere arbeidsrecht.²³⁵

4.3.5 Stagiairs en leer-werktrajecten

Opvallend is dat in veel van de ons omringende landen aandacht en speciale wetgeving bestaat voor leer-arbeidstrajecten. Het doel van deze bijzondere arbeidsverhoudingen is starters of werklozen aan het werk te krijgen. Zo kennen veel (lid)staten speciale regelgeving voor stagiairs. Veelal staat deze regeling in het teken van een betere aansluiting van de studie op de arbeidsmarkt, het voorkomen van jeugdwerkloosheid en het stimuleren van de economie. In België is in beginsel het gewone arbeidsrecht van toepassing op de stagiair.²³⁶ Wel gelden er specifieke vereisten, zoals dat de stagiair tussen de 16 en 18 jaar oud moet zijn, er geldt een proefperiode van minimaal een maand en maximaal drie maanden, en de stagiair dient een vergoeding, die wordt beschouwd als loon, te ontvangen gelijk aan een percentage van het minimumloon. In Denemarken dient de stagiair voorafgaand aan zijn werkzaamheden bij een onderneming eerst een opleiding te volgen bij een school, waarvan de opleidingsvereisten door de overheid worden vastgesteld.²³⁷ Er geldt een proeftijd van drie maanden en de overeenkomst wordt aangegaan voor bepaalde tijd, in beginsel zonder mogelijkheid om tussentijds op te zeggen. Ook in Duitsland is onderwijs op speciale scholen, naast werkzaamheden in een onderneming, deel van een stageovereenkomst (aldus de *Berufsausbildungsgesetz*).²³⁸ Bovendien is het een vereiste om een examen af te leggen om toegelaten te worden tot het stagetraject, dat qua duur varieert van twee tot drie jaar, en is het alleen bij bepaalde beroepsgroepen mogelijk om stage te lopen. In gelijke zin Oostenrijk. Daar dient een werkgever bovendien de werknemer na afloop van de beroepsopleiding gedurende een zekere tijd (enkele maanden) in dienst te nemen.²³⁹ Het arbeidsrecht is zoveel mogelijk naar analogie van toepassing op de overeenkomst met de 'leerschool', voor zover de stageovereenkomst zich daartegen niet verzet. Dit geldt ook voor stagiairs in Frankrijk. De status van 'werknemer' is op de stagiair van toepassing zolang dit niet tegen de principes van de stageovereenkomst ingaat.²⁴⁰ In het Verenigd Koninkrijk wordt het arbeidsrecht zoveel als mogelijk toegepast.²⁴¹ Dat geldt ook voor de stagiairs in de hiervoor genoemde (lid)staten. In Griekenland wordt onderscheid gemaakt tussen

234 Vgl. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93 (Bosman) en HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08 (Olympique Lyonnais/Olivier Bernard, Newcastle United FC).

235 Tealdi, in noot 154, p. 13, 14 en 16.

236 Blanpain 2012, p. 124 e.v.

237 Hasselbalch 2012, p. 64 en 65.

238 Schmidt & Weiss 2008, p. 70 en 71.

239 Risak 2010, p. 54 t/m 56.

240 Laborde & Rojot 2011, p. 78 e.v. Vgl. voor Slovenië: Vodovnik 2011, p. 87-89.

241 Hardy 2012, p. 98 en 99.

stagiairs bij wie tijdens de stage het educatieve deel de overhand heeft en stagiairs die productieve arbeid verrichten en tegelijkertijd kennis vergaren.²⁴² De eerste groep kwalificeert niet als werker, terwijl dat bij de tweede groep wel het geval is, met tot gevolg dat op de tweede groep de algemene en specifieke regelgeving van het arbeidsrecht van toepassing is. De stagiair dient tussen de 14 en 20 jaar oud te zijn. In Italië wordt onderscheid gemaakt tussen drie soorten stageovereenkomsten.²⁴³ De eerste kan worden aangegaan met jongeren vanaf 15 jaar voor de duur van maximaal drie jaar en houdt rekening met de leerplicht. Het tweede type kan worden aangegaan met jongeren van 18 tot 29 jaar voor de duur van twee tot vijf jaar. De derde categorie is voor dezelfde leeftijdsgroep, met als aanvulling dat een formele onderwijskwalificatie kan worden behaald. In Spanje zijn eveneens leer-werktrajecten bij wet geregeld (*contrato para la formación*). Gelijk aan veel van de hiervoor genoemde leer-werktrajecten bepaalt de overheid welke beroepsopleidingen in aanmerking komen voor de speciale regelgeving.²⁴⁴ De werkers dienen ten minste 15% van de tijd opleiding te genieten en ontvangen ten minste 60% tot 75% van het gebruikelijke loon in de branche.²⁴⁵ Werkgevers ontvangen doorgaans een vergoeding voor de duur van het leer-werktraject van de (lagere) overheid.

In sommige landen, zoals Malta, was de rechtspositie van de stagiair niet geregeld. Inmiddels kan een stagiair doorgaans aanspraak maken op dezelfde rechten als werknemers.²⁴⁶ In het Verenigd Koninkrijk, Finland en Zwitserland zijn in beginsel eveneens dezelfde wettelijke regels als voor gewone werknemers van toepassing.²⁴⁷ Zweden en Denemarken hebben geen bijzondere wetgeving op het terrein van stagiairs. De beroepsopleiding valt onder het onderwijsrecht, terwijl het 'werk' onder het arbeidsrecht valt. Een leer-werktraject met eigen regelgeving bestaat niet.²⁴⁸ Het voorgaande toont evenwel aan dat doorgaans sprake is van een duale (of gemengde) rechtsverhouding waarin het arbeidsrecht niet onverkort van toepassing is. In bijna alle (lid)staten wordt de leerarbeidsovereenkomst als een heel bijzondere vorm van een (gemengde) arbeidsovereenkomst gezien. Het bijzondere zit hierin dat niet zozeer het loon de tegenprestatie voor de bedongen arbeid behelst, maar de verplichting een goede beroepsopleiding te genieten (aanbieden van educatief werk).²⁴⁹ In sommige (lid)staten wordt een quotum voorgeschreven naar rato van de bedrijfsomvang, in andere (lid)staten dient een werkgever een percentage van de loonsom af te staan aan een leer-werktraject, terwijl in weer andere (lid)staten het leer-werktraject wordt gestimuleerd door middel van

242 Koniaris 2001, p. 103-105.

243 Treu 2011, p. 50-53.

244 In gelijke zin ook Roemenië: Dimitriu 2013, p. 56.

245 Olea & Rodríguez-Sañudo 2009, p. 96 en 97.

246 Brincat & Zammit 2006, p. 38 en 39.

247 Vgl. voor het Verenigd Koninkrijk Deakin & Morris 2009, p. 144 en 145. Zie voorts: Berenstein, Dunand & Mahon 2010, p. 91, 92 en 98; Suviranta 1999, p. 72.

248 Adlercreutz & Nyström 2009, p. 76.

249 Laborde & Rojot 2011, p. 78-80.

loonsubsidies.²⁵⁰ De belangrijke verschillen met gewone werknemers zijn dat een stagiair in een leer-werktraject geen aanspraak heeft op ontslagvergoedingen en niet of nauwelijks ontslagbescherming geniet.

4.3.6 Zeevarenden (*maritieme werkers*)

Een groot aantal (lid)staten heeft afzonderlijke regels voor maritieme arbeiders. Vaak is deze regelgeving nader gedifferentieerd in regelgeving met betrekking tot zeevaart, binnenscheepvaart en visserij. Een enkele keer worden ook opmerkingen gemaakt over werk op een booreiland (al dan niet op het continentaal plat). De eigenheid aan de zeearbeid (men bevindt zich op een schip op open zee, waardoor inherent sprake is van een geheel eigensoortige rechtsbetrekking) brengt met zich dat deze materie veelal (gedeeltelijk) los van het commune arbeidsrecht wordt geregeld. Het Maritiem Arbeidsverdrag (MAV) en de daarop gebaseerde Europese Richtlijn inzake maritieme arbeid (Richtlijn 2009/13/EG) versterken en uniformeren de regulering van deze categorie werkers in Europa.²⁵¹

4.3.7 Flexwerkers

Een belangrijke categorie werknemers vormen uiteraard de flexwerkers. In alle onderzochte landen komt men verschillende vormen van flexarbeid tegen. Tijdelijke arbeidsovereenkomsten, uitzendwerk,²⁵² oproepcontracten en verschillende vormen van ‘contracting’ maken onderdeel uit van het arbeidsrechtelijke debat. In veel opzichten zijn de regelingen en de discussies vergelijkbaar met de discussies die hierover in Nederland worden gevoerd. Bij uitzending zien we wel accentverschillen. Zo staan veel landen uitzending alleen toe in specifieke gevallen. Goede voorbeelden zijn Frankrijk en België. Is van een van de wettelijk toegestane gronden geen sprake, dan ontstaat er in Frankrijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de inlener, ook als het uitzendbureau de formele werkgever is. Voorts mag de uitzendovereenkomst niet langer dan achttien maanden duren.²⁵³ In België volgen er in geval van overtreding strafrechtelijke sancties en wordt mogelijk de uitleenvergunning van het uitzendbureau ingetrokken. Voor tijdelijke arbeid zien we in veel landen het vereiste van ‘objectieve redenen’, bij gebreke waarvan een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Bij uitzendarbeid zien we verschillende vormen van regulering, variërend van *sui generis* overeenkomsten tot arbeidsovereenkomsten met de uitlener

250 Een tussencategorie vormt de zogenoemde Startbaanovereenkomst (SBO) in België. Deze overeenkomst slaat eveneens een brug tussen opleiding en arbeidsmarkt, maar vereist niet per se een leer-werktraject. Jongeren tot 26 jaar komen in aanmerking voor een SBO. Werkgevers die niet meewerken aan het creëren van deze arbeidsplaatsen, dragen in financiële zin bij. Zie Humblet e.a. 2002, p. 301 en 302.

251 Blanpain 2012, p. 117; Hasselbalch 2012, p. 66 en 67; Suviranta 1999, p. 71; Brincat & Zammit 2006, p. 39; Vodovnik 2011, p. 90; J.J. Pichrt & M. Stefko, National Monographs Czech Republic. Part. I. Individual Industrial Relations, Kluwer International Law 2009, p. 127; Hardy 2012, p. 90 en 98; Adlercreutz & Nyström 2009, p. 76; Berenstein, Dunand & Mahon 2010, p. 88, 89 en 99.

252 In Duitsland is uitzendarbeid geregeld in het *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* en kent eenzelfde rechtsverhouding toe aan de drie-partij-relaties als in Nederland.

253 Laborde & Rojot 2011, p. 88.

en/of de inlener.²⁵⁴ Een opvallende vorm van flexarbeiders is de zogenoemde *Arbeitsplatzteilung*. Dit is een vorm van parttime werk, waarbij een baan met verschillende werknemers wordt gedeeld. Als de ene werknemer niet kan werken, komt de ander daarvoor in de plaats.²⁵⁵

4.3.8 Overige boorden

Andere bijzondere arbeidsverhoudingen zijn stimuleringswerkplekken. Een voorbeeld is de PWA-werknemer in België. Deze werknemer kan via een plaatselijk werkgelegenheidsagentschap betaalde arbeid verrichten met behoud van zijn werkloosheidsuitkering.²⁵⁶ In Frankrijk komen werklozen en werkzoekenden (starters) in aanmerking voor een 'professionaliseringscontract'. Dit is een gesubsidieerde werkplek die sterk lijkt op de leer-arbeidsplaats (zie hiervoor). Doel is toe- en doorstroom op de arbeidsmarkt te bevorderen.²⁵⁷ Sommige (lid)staten hebben bijzonder arbeidsrecht voor veroordeelden.²⁵⁸ Veel (lid)staten hebben extra beschermende wetgeving voor jongeren en/of ouderen. Zo kent Duitsland bijvoorbeeld het *Jugendarbeitsschutzgesetz*. Het doel van deze bijzondere wetgeving is gelegen in het beschermen van jongeren en het voorkomen van schade aan jeugdigen (schade aan de gezondheid, maar ook het voorkomen van schooluitval).²⁵⁹ Voor ouderen zien we veelal bepaalde ontzietmaatregelen (met betrekking tot bijvoorbeeld werktijden, lonen en pensioenen). Overige arbeidsverhoudingen zijn die met geestelijken en vrijwilligers. In beide gevallen staat meestal de vraag centraal of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarover wordt verschillend geoordeeld. De bijzondere positie van de geestelijke wordt teruggevoerd op de aard van de werkzaamheden (de vrijheid van godsdienst), terwijl bij de vrijwilliger de afhankelijkheid en wederkerigheid ter discussie staan.²⁶⁰ Niet uitdrukkelijk besproken, maar veelal wel voorzien van eigen regelingen, zijn de handelsvertegenwoordiger en de handelsagent ('commercial traveler' of 'Handelsvertreter').

Een aantal (lid)staten heeft, ten slotte, bewust een tussencategorie – vergelijkbaar met onze BBA-werknemer – in de wet erkend. Zo kent bijvoorbeeld Duitsland de *arbeitnehmerähnliche Person* en het Verenigd Koninkrijk de *worker* als onderscheidende rechtsfiguren van de werknemer en de zelfstandige. Op hen is veelal bepaalde – maar zeker niet alle – arbeidsrechtelijke regelgeving van toepassing

254 Zie onder meer de discussie in het Verenigd Koninkrijk in de zaken Muscat en Dacas. De vraag met wie de arbeidsovereenkomst wordt gesloten, hangt af van de omstandigheden van het geval, maar is niet zelden te vinden bij de materiële werkgever (inlener). Zie Hardy 2012, p. 98-98.2.

255 Vgl. Schmidt & Weiss 2008, p. 62 en 63.

256 De werknemer krijgt betaald in de vorm van een voucher welke hem fiscaalrechtelijke voordelen geeft (aftrekpost). Zie Blanpain 2012, p. 141. Zie ook: Koniaris 2001, p. 105. Zie ook: Italië: Tealdi in noot 154, p. 7-9.

257 Laborde & Rojot 2011, p.80 en 81. Zie ook het zogenoemde Rosetta-plan in België: Startbaanovereenkomsten.

258 Bijzondere regelgeving geldt bijvoorbeeld ten aanzien van het loon: Olea & Rodríguez-Sañudo 2009, p. 50.

259 Schmidt & Weiss 2008, p. 72.

260 Zie o.a.: Deakin & Morris 2009, p. 157 en 158.

(meestal publiekrechtelijke regelingen, zoals minimumloon, arbeidstijden en specifieke ontslagbescherming).²⁶¹

4.4 *Conclusie rechtsvergelijking*

Welke conclusies zijn uit deze rechtsvergelijkende analyse te trekken? Allereerst kan worden vastgesteld dat alle Europese (lid)staten een zekere (vergaande) mate van gedifferentieerd arbeidsrecht kennen. Nergens hebben wij slechts één (uniforme) regeling voor werkers aangetroffen. Dat is vanwege de pluriformiteit aan werkers en werkgevers en de (inherente) dynamiek op de arbeidsmarkt ook niet zo verwonderlijk. Tegelijkertijd zien we in bijna alle landen een (neiging naar een) zekere harmonisatie van bepaalde regelingen. Veelal wordt getracht zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de regeling die geldt voor ‘gewone werknemers’. De afwijkende rechtsbescherming bestaat dan vooral uit accentverschillen binnen een voor het overige nagenoeg gelijk materieel arbeidsrecht. Een voorbeeld hiervan is het ambtenarenrecht. In veel landen is het materiële recht van ambtenaren en werknemers gelijk op een aantal uitzonderingen na, en zijn slechts de formele aanstelling en/of de rechtsgang verschillend.

De mate waarin differentiatie plaatsvindt, is sterk afhankelijk van het type wetgeving en rechtsvorming in de lidstaten. Daar waar – zoals in Nederland – veel gebruik wordt gemaakt van open normen en ruimte voor concrete invulling aan de rechters wordt overgelaten, zien we minder wettelijke regulering. In andere landen zien we dat voor elke, enigszins afwijkende arbeidsverhouding – hoe beperkt ook – een afzonderlijke regeling wordt getroffen, waarbij men zich met recht kan afvragen of die arbeidsverhoudingen wel het predicaat ‘bijzondere arbeidsverhouding’ zou moeten toekomen.

Interessant is voorts de constatering dat veel bijzondere arbeidsverhoudingen hun oorsprong vinden in tradities en gewoontes, met name als het gaat om onderscheidingen in hand- en hoofdarbeid en ambtenaren. Maar ook als het gaat om de wijze waarop het arbeidsrecht van toepassing zou moeten zijn op geestelijken of vrijwilligers, zien we dat tradities en historie hier een belangrijke rol spelen.

Een duidelijke ontwikkeling die in tal van (lid)staten zichtbaar is, is harmonisatie – noem het normalisering – van een groot aantal bijzondere arbeidsverhoudingen. Deze ontwikkeling vindt veelal om twee redenen plaats. Allereerst vanwege het toenemend besef dat voor sommige onderscheidingen simpelweg geen rechtvaardiging (meer) is aan te voeren. Deze beweging wordt gesterkt door tal van dwingendrechtelijk Unierecht dat lidstaten dwingt tot een zekere uniformering van materieel recht (zeker daar waar de richtlijn uitgaat van een communautair werknemersbegrip). De tweede reden voor harmonisatie is – net als in Nederland – te vinden in het belang van de overzichtelijkheid van het wetgevingscomplex. De diverse afzonderlijke regelingen leiden soms tot een oerwoud aan regelgeving dat niet of nauwelijks te hanteren valt. Het streven naar eenvormig-

²⁶¹ Vgl. ook *Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation No. 198, ILO 2013*, p. 22 e.v.

heid van wetgeving verdient om deze redenen navolging.²⁶² De realiteit is echter dat veel harmonisatie moeizaam op gang komt, omdat de maatschappelijke structuur en instituten zijn ingesteld op bestaande verhoudingen. Het voorbeeld van het Belgische onderscheid in hoofd- en handarbeid toont dit duidelijk aan.

Voorts blijkt uit ons onderzoek dat differentiatie altijd gepaard gaat met (nieuwe) kwalificatievraagstukken. Introduceert men een aparte categorie werkers, dan rijst onmiddellijk de vraag wie precies in aanmerking komt voor deze categorie. Mooie voorbeelden hiervan zijn de uitspraken op het terrein van het 'managerial personnel' in Zweden en Italië. Deze analyses tonen aan dat enkel indien heldere differentiatiecriteria voorhanden zijn, een subcategorie gevormd kan worden (mits allereerst de toets van objectieve rechtvaardiging wordt doorstaan). Deze eis van 'heldere criteria' vloeit ook voort uit Aanbeveling 198 (Employment Relationship Recommendation, 2006) van de ILO.

5 Eindconclusie

Geconcludeerd kan worden dat wij in Nederland te veel afzonderlijke regelingen van bijzondere arbeidsverhoudingen kennen. De meeste regelingen zijn het resultaat van een bepaalde traditie of gewoonte en zijn niet (of niet meer) objectief te rechtvaardigen. Met het oog op het gelijkheidsbeginsel en de huidige eisen van wetgevingskwaliteit (het belang van overzichtelijke, uitvoerbare en handhaafbare wetgeving) zou de wetgever er goed aan doen te streven naar meer uniformering. Mogelijk leidt uniformering niet ten aanzien van ieder type werknemer tot de meest optimale regeling, maar dat is altijd nog beter dan te belanden in 'Italiaanse toestanden' (waarbij in herinnering zij geroepen dat Italië maar liefst 46 bijzondere arbeidsverhoudingen en bijbehorende regelgeving kent).²⁶³ Zoals we in de ons omringende landen hebben gezien, leidt een veelheid van bijzondere regelingen immers tot veel afbakeningsproblemen en rechtsonzekerheid. Bovendien kan dit leiden tot procedures wegens schending van het gelijkheidsbeginsel.²⁶⁴

Waar het daarom vooral om gaat, is dat de regeling ten aanzien van alle verschillende typen werknemers *werkbaar* is. Daarbij wijzen wij er nogmaals op dat ons

262 Een voorbeeld is het Franse beleidsconcept van 'Contrat de Travail Unique' (CTU): een vooral door economen voorgestaan model van een uniform werkcontract dat geldt voor alle typen arbeid en veelal een verschraling van insidersbescherming inhoudt en een toenemende bescherming van outsiders bewerkstelligt. Zieuitvoerig B. Amable, *Qui veut le contrat de travail unique? La base sociale favorable à la flexibilisation du marché du travail en France*, CES 2013, p. 1. Veneziani verdedigde eerder al dat nagedacht zou moeten worden over een soort beginselenwet, als moderne vorm van arbeidsrecht: B. Veneziani, *The employment relationship*, in: B. Hepple & B. Veneziani, *The transformation of labour law in Europe*, Oxford: Hart 2009, p. 99 e.v.

263 Zie Tealdi in noot 154, p. 1.

264 Zie bijvoorbeeld de procedure bij het Belgische Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof genoemd) dat in 1993 oordeelde over het onderscheid tussen 'manuele en intellectuele arbeid', meer in het bijzonder over de verschillen in opzegtermijn (Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, B. 6.2.1). Zie voorts ook de zaak die aanhangig werd gemaakt bij het Franse Cour de Cassation Sociale, dat in 2009 oordeelde over het onderscheid tussen leidinggevenden en niet-leidinggevenden, meer in het bijzonder over het bij cao toekennen van 25 vakantiedagen aan niet-leidinggevenden en dertig dagen aan leidinggevenden (Cour de Cassation Sociale 1 juli 2009, nr. 07-42.675).

arbeidsrecht veel open normen kent, die de rechter voldoende ruimte bieden rekening te houden met het type werknemer dat hij voor zich heeft. Wij benadrukken daarbij tevens het belang dat rechters ook van deze mogelijkheid gebruikmaken en niet alle werknemers over één kam scheren. Maatwerk staat of valt immers met de kwaliteit van de rechtspraak.

Gezien de enorme differentiatie in arbeidsrechtelijke regelgeving die wij aantreffen in vrijwel alle Europese lidstaten, en de veelal beperkte of afwezige rechtvaardigingsgronden daarvoor, alsmede gezien de onmacht van nationale politici hier verandering in te brengen, ligt hier tot slot mogelijk ook een taak van de Europese Unie en de ILO.²⁶⁵ Met het oog op het gelijkheidsbeginsel zouden de Europese Unie en de ILO het harmonisatiestreven kunnen stimuleren door het creëren van nieuwe richtlijnen en aanbevelingen. Keren we terug naar het begin, dan kunnen we concluderen dat Drucker een ware visionair mag worden genoemd. Hij heeft een uiterst flexibel concept van de arbeidsovereenkomst ontworpen dat tot op de dag van vandaag navolging verdient.

265 Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat ook Europa een gedifferentieerd 'werknemersbegrip' hanteert. Wie als 'werknemer' kwalificeert varieert, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie, 'naargelang van het gebied dat in de beschouwing wordt betrokken'. Zie o.m. HvJ EG 12 mei 1998 Martínez Sala, C-85/96, Jurispr. p. I-2691, r.o. 31, en HvJ EG 13 januari 2004, Allonby, C-256/01, Jurispr. p. I-873, r.o. 63.