

Woord vooraf

De eerste druk van *Arbeidsovereenkomstenrecht en sociaalzekerheidsrecht* kwam uit in 1992. Ik vermeldde toen dat er 500.000 werkzoekenden waren in ons land. Momenteel ligt het percentage werklozen op 3,3%. Dat is voor Europese en Nederlandse begrippen weliswaar laag, maar er is geen optimisme waarneembaar. Zeker niet waar het om bepaalde bevolkingsgroepen gaat. Hoewel er binnen de arbeidsmarkt op sommige terreinen al een zekere krapte waar te nemen is, wordt op termijn een verdere krapte op de arbeidsmarkt voorspeld. Alleen al het vertrek van de babyboomers van de arbeidsmarkt die vlak na de oorlog geboren werden, zal uiteindelijk toch opgevangen moeten worden. Aan de andere kant neemt daarmee ook het aantal gepensioneerden zodanig toe, dat steeds vaker de vraag wordt gesteld of de lasten van ons pensioenstelsel op termijn wel te dragen zijn. Bij het ter perse gaan van deze druk was een omvangrijk Pensioenakkoord tot stand gekomen, dat nog vele aanpassingen in wetgeving met zich mee zal brengen. De eerste daarvan is al meegenomen in deze druk, namelijk de tijdelijke fixatie van de AOW-gerechtigde leeftijd op 66 jaar en 4 maanden en de stijging van de AOW-leeftijd vanaf 2022.

De afgelopen zevenentwintig jaar stonden, voor wat betreft het sociaal recht, in het teken van in hoofdzaak vier ontwikkelingslijnen:

- Voor wat betreft het arbeidsrecht was er in de eerste plaats een zekere trend naar liberalisering van de regels. Voorbeelden daarvan zijn de Arbeidstijdenwet en de vakantieregeling (vakantie boven het minimum is in te ruilen voor geld).
- Eveneens in het arbeidsrecht: een verdere privatisering, waarvan de kern is dat de werkgever steeds meer rekening moet houden met de privésituatie van de werknemer. Die valt onder andere te zien in de Wet arbeid en zorg.
- Ten slotte in het arbeidsrecht is er de tendens de positie van flexwerkers te versterken (de Wet flexibiliteit en zekerheid, de Wet werk en zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans) en het ontslagrecht meer overzichtelijk en goedkoper te maken.
- In het sociaalzekerheidsrecht ligt de nadruk op activering van uitkeringsgerechtigden, wat in concreto doorgaans neerkomt op versoering van de aanspraken.

In de vorige druk van dit boek konden we volstaan met beperkte wijzigingen. In de huidige druk zijn de aanpassingen ingrijpender: vlak voor het ter perse gaan ervan werd in de Eerste Kamer de Wet arbeidsmarkt in balans aangenomen. Dat resulteert voor een groot deel in aanpassingen van hoofdstuk 8, Ontslagrecht, maar ook in andere hoofdstukken heeft deze wet geleid tot aanpassingen. We zijn blij dat we die nog tijdig konden aanbrenge. In de tekst van het boek is de wet aldus verwerkt, dat ervan wordt uitgegaan dat die in werking is getreden. De regelgeving die eraan voorafging, wordt niet meer als zodanig behandeld. Aldus wordt voorkomen dat én het oude recht én het

overgangsrecht van de WAB behandeld moet worden. Dat zou de overzichtelijkheid van het boek allerminst ten goede zijn gekomen.

Op de website van de uitgever zullen zo nodig doorgevoerde wijzigingen, die *niet* in het boek staan, worden weergegeven. Zie daarvoor www.uitgeverijparis.nl.

Bij eerdere drukken van dit boek heb ik inhoudelijk hulp gehad van onder anderen de heren A.T.J.M. Jacobs, G.J.J. Heerma van Voss en F. Pennings. Mw. L. van Woelik bood en biedt administratieve ondersteuning. De laatste elf drukken zijn tot stand gekomen in samenwerking met de heer P.M.M. Massuger.

Ik dank hen allen zeer.

Bij dezen richten we ook een woord van dank aan onze nieuwe uitgever, Uitgeverij Paris. We zijn er erg verheugd over dat hij bereid bleek tot voortzetting van de uitgave van dit boek bij zijn uitgeverij.

Deze nieuwe druk is afgesloten per 2 juli 2019. Onveranderd is dat wij ons aanbevelen houden voor opmerkingen van onze lezers.

Mr. dr. W.G.M. Plessen, mede namens mr. P.M.M. Massuger
's-Hertogenbosch/Goirle, juli 2019

1 Sociaal recht, algemeen

- 1.1 Geschiedenis van het sociaal recht
- 1.2 Het moderne sociaal recht: een rustig bezit?
- 1.3 Begripsbepaling en bronnen van het sociaal recht
- 1.4 Het Nederlandse sociaal recht vergeleken met andere stelsels
- 1.5 Klassieke en sociale grondrechten

Het arbeidsovereenkomstenrecht en sociaalzekerheidsrecht maken deel uit van het sociaal recht. In het sociaal recht gaat het om werk, loon, arbeidsomstandigheden, ontslag, vakbonden, werkgevers, de rol van de overheid, cao's, stakingen, uitkering bij arbeidsongeschiktheid enzovoort. Zaken die bijna dagelijks de voorpagina van de krant halen. Zaken ook die miljoenen mensen raken, omdat zij te maken hebben met hun bestaansmogelijkheden. Over al die onderwerpen is in de afgelopen honderdtwintig jaar een complex van rechtsregels ontstaan – te veel om in dit korte bestek te behandelen. Daarom concentreert dit boek zich op de hoofdzaken van het sociaal recht, en meer specifiek op de hoofdzaken van het arbeidsovereenkomstenrecht en het sociaalzekerheidsrecht.

In dit hoofdstuk bespreken we de geschiedenis en de rechtsbronnen van het sociaal recht. Daarnaast wordt ingegaan op de rol van de grondrechten.

1.1 Geschiedenis van het sociaal recht

We zeiden al dat de regels van het sociaal recht 'in de afgelopen honderdtwintig jaar' zijn ontstaan. Eeuwen eerder waren er natuurlijk ook rechtsregels omtrent de arbeid en de behoeftigen, maar die waren niet met de huidige te vergelijken.

Met de komst van de Industriële Revolutie (het eerst in Engeland vanaf circa 1750) en met de grote maatschappelijke/politieke omwenteling in de tijd van de verlichting en de Franse Revolutie (1789), werden de oude samenlevingsstructuren weggevaagd en kwam er een nieuwe sociale ordening in Europa. In die nieuwe ordening bestond geen slavernij of horigheid meer. Alle mensen werden als vrije en gelijkwaardige burgers beschouwd. Zij werden geacht met elkaar op voet van gelijkheid individuele rechtsbetrekkingen aan te gaan. De Staat en tussenliggende verbanden (zoals de vrijheidsbeperkende gilden)

mochten in het economisch leven niet meer tussenbeide komen. Vrijheid in het economisch leven stond hoog in het vaandel.

Het sociaal recht was zo rond 1840 nog op de achterkant van een postzegel te schrijven. Dat leidde in de praktijk bepaald niet tot ideale toestanden. Integendeel, de mogelijkheden om op traditionele wijze in het levensonderhoud te voorzien namen af. Grote groepen mensen verhuisden naar de steden en meldden zich bij de fabrieken – wier aantal in hoog tempo toenam – om daar in loondienst te gaan werken.

Het burgerlijk recht mocht dan uitgaan van een volledige contractvrijheid, voor dat immense leger van werkzoekenden bestond er in feite geen enkele kans om goede arbeidsvoorwaarden te bedingen.

Zo hoopte de maatschappelijke ellende zich in de loop der negentiende eeuw op: kinderarbeid, arbeidsdagen van wel veertien uur of meer, hongerlonen, erbarmelijke werkomstandigheden, perioden van grote werkloosheid, nauwelijks recht op inkomen voor wie niet in staat was om te werken door die werkloosheid, door ziekte of ouderdom. In de industriële centra van West-Europa ontstond een omvangrijk lompoproletariaat.

Er kwam verzet. Maatschappijhervormers stonden op, met name in kringen van socialisten, maar ook onder progressieve liberalen en christenen. Her en der braken opstanden en oproeren uit. Campagnes werden gevoerd voor uitbreiding van het kiesrecht, zodat parlementen de regeringen onder druk zouden kunnen zetten om sociale hervormingen door te voeren. Werknemers sloten zich aaneen, richtten vakbonden op en gingen in staking om van de werkgevers loonsverbetering af te dwingen.

Successievelijk kwamen er wetten die de vorming van vakbonden legaliseerden, het strafrechtelijk verbod van staking tenietdeden, de kinderarbeid afschaften, de arbeidstijd aan banden legden, de veiligheid van de arbeid verhoogden, de uitbetaling van lonen veiligstelden, de arbeiders verzekerden voor de geldelijke gevolgen van ziekte, werkloosheid, kindertal, ouderdom en overlijden, ontslagregels introduceerden, de collectieve arbeidsovereenkomst regelden, rechten op een minimumloon en een minimumvakantie vastlegden, medezeggenschap voorschreven en zo meer.

Deze wetten vormen het moderne sociaal recht.

1.2 Het moderne sociaal recht: een rustig bezit?

Het moderne sociaal recht is dus de uitkomst van een emancipatiebeweging. Van een beweging om de werkende bevolking te verheffen uit de staat van feitelijke achterstelling waarin zij eeuwenlang had moeten leven. Een emancipatie die er inderdaad toe geleid heeft dat er op het hoogtepunt van de 'verzorgingsstaat', begin jaren zeventig van de vorige eeuw, in Nederland volledige werkgelegenheid heerste, de armoede verdwenen leek te zijn en alle arbeiders behoorlijke lonen, vakantie en dergelijke genoten. Wat overigens niet wegnam dat er ook in die jaren veel onvrede was, vooral over de ongelijke verdeling van de welvaart.

Economische
kentering

Vanaf 1973 keerde evenwel het economisch tij. Er nestelde zich een hardnekkige werkloosheid en ook de armoede leek in onze samenleving te zijn teruggekeerd. Tegen het eind van de jaren zeventig kwam er daarnaast toenemende bijval voor degenen die meenden dat het sociaal recht te ver was doorgeschoten. Het zou te beknellend zijn geworden voor het bedrijfsleven;

de financiële lasten zouden te zwaar zijn en de regels te star. Daarom zou het concurrentievermogen van ons bedrijfsleven geleidelijk aan teruggelopen zijn.

Om dat te verhelpen moest in deze visie ook het sociaal recht enkele stappen terugdoen: minder lasten voor het bedrijfsleven door een lager niveau van sociale uitkeringen en minimumlonen, minder regels ('deregulering'), meer flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagbeleid van ondernemingen, in de regeling van de arbeidstijden en taakinhoud van de arbeiders enzovoort. Als gevolg van die tijdgeest is er in de jaren tachtig van de vorige eeuw in het sociaal recht pas op de plaats gemaakt. Hier en daar werden zelfs enkele stappen teruggedaan, al is het, zeker in Nederland, over de hele linie genomen niet echt tot een afbraak gekomen. Grote delen van ons socialezekerheidsstelsel zijn de laatste jaren ter discussie gesteld en aangepast (bijvoorbeeld de Ziektewet, de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, de Zorgverzekeringswet en de organisatie van de sociale verzekeringen); ook het arbeidsrecht is er anders uit komen te zien door onder andere de aanpassing van het arbeidsovereenkomstenrecht aan de rest van het Burgerlijk Wetboek (BW) en het in werking treden van de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999, 16 jaar respectievelijk 21 jaar later gevolgd door verdere versoeringen van het ontslagrecht en een beperkte mate van versterking van de positie van flexwerkers ten gevolge van de Wet werk en zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans.

Pas op de plaats

Het sociaal recht reflecteert de ups en downs van de economie en de grote veranderingen in de wereldpolitiek. Het wordt daarin onophoudelijk heen en weer geslingerd tussen nu eens de drang naar meer vrijheid, dan weer de behoefte aan een grotere bescherming in het economisch leven.

Uit de geschiedenis zouden wij de les kunnen trekken, dat een radicale afschaffing van het sociaal recht onder het motto 'vrijheid voor het economisch leven' een bedrieglijke voorspiegeling is: niemand zou de rechteloosheid van de arbeider uit de negentiende eeuw terugwensen.

Aan de andere kant valt niet te betwisten dat het sociaal recht voortdurend kritisch beschouwd moet worden. Het kan te star worden, het kan misbruikt worden, mensen de prikkel tot creativiteit of tot inspanning ontnemen. Het sociaal recht vormt nu eenmaal een afspiegeling van de bestaande sociaaleconomische structuur. Daarom moet het onvermijdelijk mee veranderen met die structuur, al gaat dat niet altijd zonder problemen. Soms loopt het sociaal recht bij die veranderingen achter en wordt het niet meer als toereikend ervaren. Soms vormt het juist een van de katalysatoren van die verandering.

De jaren negentig van de twintigste eeuw laten een nieuw evenwicht zien tussen de belangen van werkgevers en werknemers. Het inmiddels wereldberoemde 'poldermodel', waarin sociale partners en overheid in goed overleg samen de verantwoordelijkheid nemen voor de inrichting van de arbeidsverhoudingen, resulteerde per 1 januari 1999 in een grote aanpassing van het arbeidsrecht. De meest kwetsbare groepen werknemers (afroepcontractanten en dergelijken) kregen een sterkere rechtspositie, terwijl werkgevers de mogelijkheid kregen om drie aaneengesloten contracten voor bepaalde tijd aan te bieden zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

Poldermodel

Inmiddels staan de veranderingen in het sociaal recht in de nieuwe eeuw vooral in het teken van versoering en bezuiniging.

In de laatste decennia zien we vier ontwikkelingslijnen in het sociaal recht:

- Voor wat betreft het arbeidsrecht is er in de eerste plaats een zekere trend naar liberalisering van de regels. Voorbeelden daarvan zijn de Arbeidstij-

denwet (par. 5.1) en de vakantieregeling (vakantie boven het minimum is in te ruilen voor geld, subpar. 5.2.1).

- Eveneens in het arbeidsrecht: een verdere privétisering, waarvan de kern is dat de werkgever steeds meer rekening moet houden met de privésituatie van de werknemer. Die valt onder andere te zien in de Wet arbeid en zorg (subpar. 5.2.3).
- Ten slotte in het arbeidsrecht is er de tendens de positie van flexwerkers te versterken (de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999, de Wet werk en zekerheid per 1 januari/juli 2015 en de Wet arbeidsmarkt in balans, per 1 januari 2020) en het ontslagrecht meer overzichtelijk en goedkoper te maken, dit laatste met name als gevolg van de laatste twee wetten.
- In het sociaalzekerheidsrecht ligt de nadruk op activering van uitkeringsgerechtigden, wat in concreto doorgaans neerkomt op versoering van de aanspraken. Voorbeelden daarvan zijn de WIA (hoofdstuk 13), de WW (hoofdstuk 14) en de Participatiewet (par. 16.2).

1.3 Begripsbepaling en bronnen van het sociaal recht

Het actuele sociaal recht is de vrucht van een groeiproces van honderden-twintig jaar en vormt een bont geheel van her en der te vinden regels. We kennen in Nederland geen ‘Wetboek van Arbeidsrecht’, laat staan een ‘Wetboek van Sociaal Recht’. We kennen ook geen speciale ‘arbeidsrechtbanken’.

Definitie sociaal recht

Wetenschappers hebben zich uitgeput in het bedenken van een goede definitie van het begrip sociaal recht. In dit boek lossen we die kwestie pragmatisch op en vatten als sociaal recht op:

- het arbeidsrecht (inclusief het ambtenarenrecht);
- het medezeggenschapsrecht;
- het sociaalzekerheidsrecht.

Per 1 januari 2020 krijgen de meeste ambtenaren ook te maken met het reguliere arbeidsrecht. Desondanks zullen we er hier en daar nog naar verwijzen (zie met name par. 3.3).

Rechtsbronnen

Waar treffen we het sociaal recht aan? Juridisch gezegd: wat zijn de rechtsbronnen van het sociaal recht?

Internationale verdragen en andere internationale regelingen

Internationale verdragen en regelingen worden met name behandeld in hoofdstuk 19 van dit boek. In het algemeen moet worden vastgesteld dat het Europese recht een steeds grotere rol gaat spelen in het Nederlands sociaal recht. Zo is Europese regelgeving richtinggevend bij de overgang van ondernemingen (zie par. 6.10).

De Grondwet

Art. 19 lid 3 van de Grondwet regelt bijvoorbeeld de vrijheid van arbeidskeuze. Het is vaak aan de wetgever om de bepalingen van de Grondwet uit te werken; de rechter mag wetten niet aan de Grondwet toetsen (zie hierover ook par. 1.5).

Overige wetten in formele zin

Het gaat in het sociaal recht niet alleen om civielrechtelijke wetten, bijvoorbeeld de regeling van de arbeidsovereenkomst, zoals we die vinden in het Burgerlijk Wetboek. Er zijn ook veel bestuursrechtelijke wetten van belang, zoals de Arbeidsomstandighedenwet en de socialeverzekeringswetten.

Wetten in materiële zin (niet zijnde wetten in formele zin)

We kennen bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet (een wet in formele zin), die nader uitgewerkt is in het Arbeidsomstandighedenbesluit en de Arbeidstijdenwet met het Arbeidstijdenbesluit. Ook vindt men belangrijke algemene maatregelen van bestuur (AMvB's) in het socialezekerheidsrecht, zoals een AMvB krachtens art. 5 van de Werkloosheidswet, die nader uitwerkt wanneer er sprake is van een dienstbetrekking in de zin van die wet.

Rechtspraak

Ook in het sociaal recht speelt rechtspraak een belangrijke rol bij de uitleg van regelingen. Zo is in het arbeidsrecht, naast de rechtspraak van de rechtbank, sector kanton, en de voorzieningenrechter, de rechtspraak van de Gerechtshoven maar met name van de Hoge Raad van groot belang; in het socialezekerheidsrecht met name die van de sector bestuursrecht van de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep.

Collectieve en individuele arbeidsovereenkomsten

Individuele overeenkomsten zijn in het recht een belangrijke bron voor rechten en plichten. Een karakteristiek verschijnsel in het arbeidsrecht is daarnaast de collectieve arbeidsovereenkomst (cao), gesloten tussen een of meer werkgevers of een of meer werkgeversorganisaties en een of meer werknemersorganisaties, die voor groepen van werknemers en (een) werkgever(s) een belangrijke bron is voor de rechten en plichten over en weer.

Gebruik en gewoonte

Net als in het civiel recht speelt de gewoonte als rechtsbron nog slechts een beperkte rol in de bepaling wat rechten en plichten tussen werkgever en werknemer zijn. In dit boek zullen we er dan ook slechts zelden op terugkomen.

Dogmatisch gesproken valt het sociaal recht niet in te delen bij de grote hoofdstromingen in ons recht: het civiel recht, het strafrecht of het staats- en bestuursrecht. Het bevat elementen uit al die onderdelen en kent bovendien zijn eigen specifieke instituten, zoals de zojuist genoemde cao of de ontslagvergunning. Zo heeft het sociaal recht zijn invloed doen gelden op het uitermate individualistische civiel recht en het bestuursrecht aangevuld met elementen van wetgeving.

1.4 Het Nederlandse sociaal recht vergeleken met andere stelsels

Het sociaal recht zoals Nederland dat kent, is niet uniek in de wereld. Alle geïndustrialiseerde landen hebben in nagenoeg dezelfde periode sociale rechtsregels gekregen. Het ene land eerder dan het andere, mede afhankelijk van het tempo van industrialisering.

Het Nederlandse sociaal recht heeft het meeste gemeen met het sociaal recht in de parlementair-democratische staten van West-Europa. Toch zijn er ook met deze 'buurlanden' nog talloze verschillen op onderdelen. Het sociaal recht is nu eenmaal ook de uitdrukking van nationale machtsverhoudingen

tussen politieke stromingen, het sluit aan op nationale gebruiken, instellingen enzovoort.

Kennisneming van andere stelsels van sociaal recht is een belangrijke methode om ook een betere, meer kritische kijk te krijgen op het eigen sociaal recht. En de toenemende verstrengeling van de juridische en de sociaaleconomische orde van Nederland met die van andere landen maakt dat ook menige sociaalrechtelijke verhandeling een rechtsvergelijkende beschouwing niet meer kan ontberen.

1.5 Klassieke en sociale grondrechten

Ondanks alle verschillen tussen de nationale rechtssstelsels zijn er ook elementen in het sociaal recht, die meer en meer als 'grondrechten' worden gezien die in iedere beschaafde rechtsorde nageleefd behoren te worden.

Klassieke grondrechten

Oorspronkelijk werden alleen de zogenoemde klassieke grondrechten onderkend: vrijheid van meningsuiting, van vergadering enzovoort. Dat zijn grondrechten die de overheid verplichten zich te onthouden van inmenging in het leven van de burgers. Een aantal van die 'klassieke' grondrechten raakt ook het gebied van het sociaal recht, zoals het verbod op slavernij en dwangarbeid of de verenigingsvrijheid die ook als vakverenigingsvrijheid gestalte moet krijgen.

Verticale en horizontale werking

Deze klassieke grondrechten hebben in beginsel slechts een beschermende functie tegen de overheid, gezien vanuit de burger: de zogenoemde verticale werking. Inmiddels erkent men meer en meer dat grondrechten ook zouden moeten werken in de relatie tussen burgers, de zogenoemde horizontale werking. Ook in het sociaal recht vindt die gedachte meer en meer ingang. Met name waar de burger tegenover een machtige particuliere organisatie staat: de werknemer tegenover een werkgever.

Zo brengt bijvoorbeeld het grondrecht van vrijheid van meningsuiting met zich mee dat de burger de vrijheid heeft publiekelijk zijn mening te uiten over het gedrag van de Staat. Maar geldt diezelfde vrijheid ook tegenover de werkgever waar het diens behandeling, strategie aangaat? Vaak zal die meningsuiting tegenover derden onrechtmatig geacht worden jegens de werkgever; intern in het bedrijf echter zal het grondrecht die derdenwerking doorgaans wel hebben.

Sociale grondrechten

De meeste fundamentele problemen in het sociaal recht nopen de overheid echter niet zozeer tot onthouding, maar juist tot een positieve bemoeienis met het leven van de burgers, om voor hen billijke arbeidsvoorwaarden, medezeggenschap, sociale zekerheid en dergelijke te verzekeren. Dit soort rechten is men sociale grondrechten gaan noemen.

Zij zijn ten dele 'zachter' dan de klassieke grondrechten – het zijn vooral opdrachten aan de wetgever, die deze behoort te vervullen in de mate waarin dit voor hem in een gegeven tijd en op een gegeven plaats mogelijk is. Welke grondrechten onze wetgever heeft erkend, valt in de eerste plaats af te leiden uit de Grondwet, waarin sinds 1983 ook een aantal sociale grondrechten is opgenomen, zoals het recht op een behoorlijke sociale zekerheid en het recht op gefinancierde rechtshulp voor minderdraagkrachtigen. In de tweede plaats zijn heel wat grondrechten vervat in internationale documenten die Nederland onderschreven heeft (zie hoofdstuk 19).

Maar als men daaruit heeft opgemaakt dat een bepaald recht de kwalificatie 'grondrecht' verdient, is daarmee nog niet gezegd dat een grondrecht absolute voorrang heeft. Immers, ook grondrechten moeten onder omstandigheden beperkingen lijden.

Grondrecht
geen absolute
voorrang

1

Voorbeeld 1.1

Het grondrecht op respectering van de persoonlijke levenssfeer zal soms toch beperkt moeten worden (denk aan kleding-eisen in sommige beroepen). Voor ambtenaren zijn die beperkingen zelfs wettelijk geregeld, zie art. 10 en 11 Ambtenarenwet 2017, in werking per 1 januari 2020.

Daarnaast ontstaat een probleem als twee grondrechten met elkaar in botsing komen.

Botsing van
grondrechten

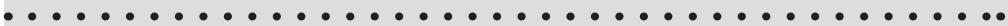
Voorbeeld 1.2

Krachtens het gelijkheidsbeginsel kan men concluderen dat homoseksuelen niet benadeeld mogen worden bij het in dienst nemen. Maar moet dat ook gelden voor het bijzonder onderwijs, wanneer men daar op basis van de vrijheid van godsdienst niet toe wil overgaan? Hier botsen het non-discriminatiebeginsel en het beginsel van vrijheid van godsdienst.

De afweging tussen twee van die grondrechten is vaak ingewikkeld, en het staat niet op voorhand vast welk de overhand moet krijgen.

Vragen

1



Meerkeuzevragen

- 1.1 In dit boek verstaan we onder het sociaal recht:
- a het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht.
 - b het arbeidsrecht en bestuursrecht.
 - c het arbeidsrecht, medezeggenschapsrecht en socialezekerheidsrecht.
 - d het arbeidsrecht, inclusief het ambtenarenrecht, en het medezeggenschapsrecht.
- 1.2 Naast de rechtsregels vervat in gewone wetten, algemene maatregelen van bestuur en rechtspraak, is voor het sociaal recht in het bijzonder een zeer belangrijke bron:
- a de Grondwet.
 - b de cao.
 - c het gebruik.
 - d de afspraak met de ondernemingsraad.
- 1.3 Klassieke grondrechten zijn:
- a grondrechten die de overheid verplichten zich te onthouden van inmenging in het leven van de burgers.
 - b grondrechten die betrekking hebben op de relatie tussen overheid en burgers.
 - c grondrechten die betrekking hebben op de relatie tussen burgers.
 - d grondrechten die de overheid nopen tot een positieve bemoeienis met het leven van de burgers.

Open vragen

- 1.1 Wat zijn de rechtsbronnen van het sociaal recht?
- 1.2 Wat is het verschil tussen de verticale en horizontale werking van grondrechten?

Casus

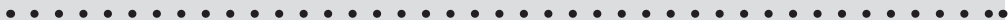
- 1.1 Artikel 19 lid 1 Grondwet luidt als volgt: 'Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.' Henk is al vijf jaar werkloos. Hij start een procedure tegen de overheid en doet daarbij een beroep op aangehaald artikel omdat hij graag aan de slag wil. Met wat voor soort grondrecht hebben we hier te maken? Heeft de vordering van Henk kans van slagen?

1.2

De door een Nederlands bedrijf ingeschakelde arbodienst heeft geconstateerd dat werknemers die niet roken, veel gezonder zijn dan de rokende werknemers. De bedrijfsarts heeft daarom de directie van het bedrijf geadviseerd bij het werven van nieuw personeel uitsluitend met niet-rokers een arbeidsovereenkomst te sluiten.

Geef gemotiveerd aan of de directie in strijd met art. 1 van de Grondwet handelt, als het advies van de bedrijfsarts wordt opgevolgd.

1



2

Op weg naar werk

- 2.1 Vrije keuze van arbeid
- 2.2 Recht op arbeid
- 2.3 Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
- 2.4 Arbeidsvoorzieningsinstrumenten
- 2.5 Particuliere arbeidsbemiddeling
- 2.6 Uitzendbureaus
- 2.7 Koppelbazen en zwartwerken
- 2.8 Sollicitatiefase
- 2.9 Ongelijke behandeling en discriminatie
- 2.10 Arbeid door kinderen en jeugdigen
- 2.11 Arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten

Een belangrijk aandachtsgebied van het sociaal recht wordt gevormd door de arbeidsmarkt – het abstracte forum waar werkgevers op zoek zijn naar arbeidskrachten en waar werknemers op zoek zijn naar werk. Vrijheid van arbeidskeuze en contractvrijheid zijn hierbij belangrijke begrippen. Deze begrippen worden in dit hoofdstuk behandeld. Verder wordt ingegaan op een aantal manieren waarop de overheid bijdraagt aan vermindering van de werkloosheid. Ook ongelijke behandeling en discriminatie komen aan bod.

2.1 Vrije keuze van arbeid

Het zoekproces op de arbeidsmarkt wordt nog altijd hoofdzakelijk beheerst door het beginsel van de contractvrijheid. Werkgevers en werknemers zijn in overwegende mate vrij om wel of geen dienstbetrekking aan te gaan.

De werknemerskant van deze vrijheid wordt beschermd door het grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze: het recht van de werknemer om niet tot het verrichten van bepaalde arbeid gedwongen te worden – een klassiek grondrecht (zie par. 1.5), daterend uit de tijd waarin slavernij en dwangarbeid nog aan de orde van de dag waren. Dit grondrecht werd in 1983 ook in de Nederlandse Grondwet opgenomen (art. 19 lid 3).

Uiteraard moet dit grondrecht onder omstandigheden beperkingen lijden, bijvoorbeeld in geval van een noodtoestand. Ook in minder ernstige situaties

Vrijheid van
arbeidskeuze

kan dit grondrecht soms niet volledig worden uitgeoefend. Zo is soms nevenarbeid verboden of bevat de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding (zie subpar. 8.7.3). We kenden tot 1 juli 1996 een transfersysteem in het betaald voetbal, maar moesten dat afschaffen omdat de Europese rechter het in strijd achtte met de vrijheid van arbeidskeuze.

De vrijheid van werkgevers om een dienstbetrekking aan te gaan, is niet grondwettelijk gegarandeerd. Ze vormt wel een van de uitgangspunten van het burgerlijk recht. In de loop der jaren is ze aan enige restricties onderworpen. Ze is bijvoorbeeld beperkt door bepaalde cao-bedingen, door de invloed van de ondernemingsraad (zie par. 11.3), door het antidiscriminatiebeginsel en het idee van positieve discriminatie (zie par. 2.9). Zo is er toch een aantal niet onbelangrijke uitzonderingen ontstaan op de contractvrijheid van werkgevers.

Contractvrijheid
van werkgevers

2.2 Recht op arbeid

Hoewel er veel wordt gesproken over een 'recht op arbeid', is dat in de praktijk meer een politiek programmapunt dan een recht waarmee men naar een werkgever, een overheidsinstantie of een rechter kan stappen om een baan te eisen.

Toch ziet de overheid het als een uitvloeisel van het programmatische 'recht op arbeid' om te blijven ijveren voor een terugdringing van de werkloosheid, al was het alleen al als voortvloeisel van art. 19 lid 1 van de Grondwet, waarin haar de opdracht wordt gegeven voldoende werkgelegenheid te bevorderen.

De economische politiek van de overheid staat voor een belangrijk deel in het teken van het verminderen van de werkloosheid. We zouden kunnen zeggen dat de overheid daar, op vier manieren, min of meer direct toe bijdraagt:

- 1 via openbare arbeidsbemiddeling (par. 2.3);
- 2 via veelsoortige arbeidsvoorzieningsinstrumenten, zoals subsidieregelingen (par. 2.4);
- 3 door particuliere arbeidsbemiddeling toe te staan (par. 2.5);
- 4 door uitzendbureaus toe te staan (par. 2.6).

2.3 Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

In het begin van de twintigste eeuw bestonden er gemeentelijke 'arbeidsbeurzen'. Ze hadden tot taak werknemers te vinden voor werkgevers, maar vooral ook om werkgevers te zoeken bij werkloze werknemers. Na de Tweede Wereldoorlog gingen deze instituten lange tijd door het leven als Gewestelijk Arbeidsbureau. Nadien heeft dit instituut een aantal reorganisaties ondergaan, en heette het laatstelijk Centrum voor Werk en Inkomen (CWI).

uwv

Vanaf 1 januari 2009 is het CWI opgegaan in het UWV, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen. Het UWV is een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) en voert in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de (werknemers)verzekeringen uit, zoals WW, WIA, Wajong, WAO, WAZ, WAZO en Ziektewet (zie hierna hoofdstuk 12). Het CWI heet vanaf die datum het UWV. Wat voorheen vestigingen waren van het CWI zijn nu vestigingen van het UWV. Het aantal ervan is teruggebracht van 130 naar 30 regionale vestigingen.

Een aantal taken die het UWV en de CWI's uitvoerden zijn bij het UWV komen te liggen. Het betreft onder andere het verstrekken van tewerkstellingsvergunningen (zie subpar. 2.9.3) en het behandelen van ontslagaanvragen (par. 8.4). Het UWV is daarnaast zijn oude taken blijven vervullen, taken die vooral op het terrein liggen van de uitvoering van de werknemersverzekeringen.

Het UWV heeft met name tot taak:

- inschrijving als werkzoekende;
- (gratis) bemiddeling bij het zoeken naar (nieuw) werk of ... werknemers;
- het afgeven van ontslagvergunningen (zie verder hoofdstuk 8).

In een aantal gemeenten heeft men een zogenaamd Werkplein tot stand gebracht. Daarin werken doorgaans het UWV en de Gemeentelijke Sociale Dienst (zie par. 12.2) samen. Vaak zijn er op de Werkpleinen ook andere organisaties te vinden zoals onderwijsinstellingen, uitzendbureaus en re-integratiebedrijven. Werkpleinen hebben geen wettelijke verankering zodat het per regio verschilt of er een Werkplein is en zo ja, wat er de samenstelling van is.

Werkplein

Een van de hoofdtaken van het UWV is het behulpzaam zijn van werknemers bij het vinden van werk en werkgevers bij het vinden van arbeidskrachten. Enkele uitgangspunten zijn:

Uitgangspunten
UWV

- a De bemiddeling is in principe kosteloos.
- b Er vindt geen bemiddeling plaats voor bedrijven waar vacatures zijn ontstaan door staking en dergelijke, en evenmin voor werkzoekenden die betrokken zijn bij zo'n actie.
- c Zijn de aangeboden arbeidsvoorwaarden in het zoekende bedrijf erg afwijkend van het gebruikelijke, dan moet dat aan de werkzoekende worden medegedeeld.
- d Het UWV mag niet meewerken aan discriminatoire praktijken.

De meeste werkzoekenden zijn bij het UWV wel bekend, omdat inschrijving bij het UWV in het algemeen een voorwaarde vormt om voor een werkloosheidsuitkering in aanmerking te komen (zie par. 14.11). Maar wat het aanbod van banen betreft ligt dat wezenlijk anders, omdat werkgevers zelden hun vacatures bij het UWV melden.

2.4 Arbeidsvoorzieningsinstrumenten

De overheidsbemoeienis met de arbeidsmarkt bestaat er niet alleen in dat een publieke organisatiestructuur voor de arbeidsvoorziening in stand wordt gehouden. Ook stelt de overheid instrumenten beschikbaar om werkzoekenden en vooral werkgevers over de streep te trekken om een arbeidsrelatie aan te gaan.

We onderscheiden:

- 1 Beroepskeuzevoorlichting.
- 2 Arbeidsmedische advisering.
- 3 Het (bemiddelen bij het) beschikbaar stellen van allerhande subsidies, zoals de loonkostenvoordelen voor onder anderen oudere werknemers en arbeidsgehandicapte werknemers en het lage-inkomensvoordeel voor het in dienst nemen van werknemers met een uurloon tussen €10,05 en €12,58 (2019).
- 4 Scholing voor werkzoekenden.

We vermelden voor de goede orde dat deze opsomming allerminst volledig is. Voor meer informatie verwijzen we naar specialistische literatuur.

2.5 Particuliere arbeidsbemiddeling

2

Definitie arbeidsbemiddeling

In de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) zijn regels opgenomen met betrekking tot de arbeidsbemiddeling door derden, dat wil zeggen door anderen dan het UWV.

Arbeidsbemiddeling heeft tot doel het tot stand brengen van een arbeidsovereenkomst tussen de persoon die bemiddeld wordt en de onderneming of instelling waarvoor bemiddeld wordt. Het bureau dat bemiddelt, is bij de arbeidsovereenkomst die tot stand komt geen partij.

Buiten het UWV zijn er ook andere organisaties die zich bezighouden met arbeidsbemiddeling. Het betreft een bont gezelschap van enerzijds organisaties met winstoogmerk, zoals muziek- en theaterbureaus, voetbalmakelaars, headhunters, outplacementbureaus en dergelijke. Anderzijds zijn er ook arbeidsbemiddelingsorganisaties zonder winstoogmerk. Men komt deze tegen in een aantal bedrijfstakken zoals de havens en de metaalsector, en ze berusten vaak op een gezamenlijke aanpak van werkgevers en vakbonden. De regels waaraan de arbeidsbemiddelingsbureaus zich moeten houden, bepalen onder andere dat zij voor de bemiddeling geen tegenprestatie van de werkzoekende mogen bedingen. Daarnaast mag er niet bemiddeld worden voor arbeidsplaatsen in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, waar een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, art. 3 Waadi.

2.6 Uitzendbureaus

Naast de organisaties die zich op arbeidsbemiddeling toeleggen, zijn er de uitzend- en uitleenbedrijven. Zij vallen niet onder de regeling van de 'arbeidsbemiddeling door derden' (zie par. 2.5) omdat zij niet terugtrekken zodra een contact tussen een werknemer en een werkgever tot stand is gekomen. Zij blijven actief betrokken bij de arbeid die verricht wordt en zijn in juridische zin de werkgever van degenen die zij plaatsen.

De uitzendkracht is namelijk in dienst bij het uitzendbureau (zie subpar. 3.1.1) en dat uitzendbureau plaatst die arbeidskracht bij een bedrijf of instelling. De uitzendkracht treedt niet in dienst van die inlener; die biedt wel leiding en toezicht aan de uitzendkracht. Dat bedrijf betaalt het uitzendbureau voor zijn dienstverlening en van dit bedrag betaalt het uitzendbureau o.a. de uitzendkracht.

Geen vergunning

Er is geen vergunning nodig om een uitzendbureau te beginnen. Wel dient een uitzendbureau zich aan enkele regels te houden die de wet (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs) stelt:

- Arbeidskrachten mogen alleen maar ter beschikking worden gesteld door ondernemingen of rechtspersonen die als zodanig in het handelsregister zijn ingeschreven.
- Aan de uitzendkracht dienen onder andere het loon en de overige vergoedingen zoals die gelden bij de inlener te worden voldaan, tenzij er een eigen cao op de uitzendkracht van toepassing is. In dat geval mag gedurende een beperkte periode worden afgeweken. Voor 90% van de uitzendkrachten geldt een eigen cao. In dat geval heeft de uitzendkracht alleen aanspraak op enkele loonbestanddelen, zoals die voor vergelijkbare vaste medewerkers gelden.

- Het uitzendbureau mag geen uitzendkrachten uitzenden naar bedrijven waar gestaakt wordt.

Uitzenden vereist niet dat het bij de derde te verrichten werk tijdelijk is, noch vereist het een beperkende allocatiefunctie, aldus de Hoge Raad op 4 november 2016, *JAR* 2016/286, die daarmee een einde maakte aan een lange discussie. De Hoge Raad geeft in dat arrest ook aan dat voor zover de toepassing van de regels van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet verenigen met wat de wetgever daarbij voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen te stellen.

Met de totstandkoming van de Wet arbeidsmarkt in balans heeft de wetgever dat gedaan. Met de inwerkingtreding van die wet, per 1 januari 2020, geldt voor arbeidskrachten, die in het kader van payrolling te werk worden gesteld, dat zij recht hebben op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die voor werknemers gelden werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Dit is dus uitgebreider dan wat er voor de reguliere uitzendkracht geldt, die doorgaans alleen aanspraak hebben op enkele, overigens essentiële loonbestanddelen, die ook voor de reguliere krachten gelden.

2.7 Koppelbazen en zwartwerken

De regeling van de arbeidsbemiddeling door de overheid en de aanvankelijke scepsis tegen de uitzendbureaus, maken deel uit van de algemene zorg over het optreden van allerhande ‘bemiddelaars’ op de arbeidsmarkt. Zij kunnen de rust en orde op de arbeidsmarkt verstoren, bijvoorbeeld door een schaarse arbeidskracht met hoge beloningen weg te lokken. Maar omgekeerd evenzeer, door allerlei sociale verworvenheden te ontduiken, zoals de sociale zekerheid, de cao’s, het minimumloon en de regeling van de arbeidstijd (het zogenoemde ‘zwartwerken’).

Met name de beruchte koppelbaas blijkt bijna onuitroeibaar te zijn, ondanks de hiervoor genoemde wetgeving.

Om deze misstanden tegen te gaan zijn weer verdere maatregelen genomen, die met name de inlenende werkgevers sterker verantwoordelijk stellen voor een bonafide gang van zaken, zoals de ketenaansprakelijkheid, die het inlenende bedrijf aansprakelijk stelt voor de inning van de sociale premies. Inmiddels is die verantwoordelijkheid nog verder uitgebreid in die zin dat ieder der ondernemingen in de (uitleen)keten aansprakelijk is voor het loon van de uitzendkracht. Bij uitzenden komt het vaak voor dat werknemers worden doorgeleend aan een derde onderneming. De uitzendkracht kan dan (uiteindelijk) alle ondernemingen in de keten aanspreken voor zijn loon. Deze regeling geldt overigens in alle situaties waarin meer partijen bij de arbeidsovereenkomst van de werknemer betrokken zijn, denk bijvoorbeeld aan de bouw. Verder is in de wet (art. 7a Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag) bepaald dat het minimumloon van werknemers voortaan niet contant mag worden uitbetaald. Dat moet giraal gebeuren. Deze bepaling is in de wet opgenomen omdat contante betaling erg fraudegevoelig is. Zo komt het bijvoorbeeld voor dat werkgevers stellen dat er een bepaald bedrag aan loon betaald is terwijl er niet of minder betaald is. Met deze wijziging is de bewijspositie van de werknemer versterkt. Daarnaast mag een inlener, op straffe van hoge boetes, tegenwoordig alleen nog maar gebruikmaken van arbeidskrachten

die ter beschikking gesteld zijn door een uitzendbureau dat als zodanig is geregistreerd in het handelsregister.

2.8 Sollicitatiefase

2

Zodra werkgever en werknemer met elkaar in contact zijn gekomen, is de sollicitatiefase ingetreden. Er bestaat op dat moment nog geen arbeidscontract tussen beiden – soms zal snel blijken of werkgever en werknemer inderdaad met elkaar in zee willen, soms kan dat een maandenlange procedure zijn. Wat zijn de rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer in deze sollicitatiefase?

Precontractuele verhouding

Aangezien de wet hieromtrent nauwelijks iets zegt, moet men deze vraag benaderen vanuit de algemene beginselen van het verbintenissenrecht. Van belang daarin zijn de algemene regels die van toepassing zijn op een verhouding als er nog (net) geen contract tot stand gekomen is; we spreken dan over de regels betreffende de zogenoemde precontractuele verhouding. Centraal staat daarin de verplichting van beide partijen om hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. De leer van de Hoge Raad op dit punt (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017) wordt dan toegepast op de rechten en plichten van partijen gedurende de sollicitatiefase.

Samengevat komt die leer erop neer dat, hoe verder de onderhandelingen over de eventueel af te sluiten arbeidsovereenkomst met een bepaalde gegadigde gevorderd zijn, des te moeilijker de werkgever zich nog aan het effectief afsluiten van een arbeidsovereenkomst kan onttrekken, wil hij zich niet schadeplichtig maken, al is het nog onzeker hoever deze schadeplichtigheid strekt. Wellicht is zelfs in bepaalde gevallen een vordering om toch effectief in dienst te worden genomen toewijsbaar.

Verzwijgen gegevens

Is eenmaal een arbeidsovereenkomst gesloten en blijkt achteraf dat er tijdens de sollicitatiefase laakbaar gedrag heeft plaatsgevonden, dan kan het omgekeerde gebeuren. Zo kan het verzwijgen van bepaalde voor de functie relevante gegevens als grondslag dienen voor een ontslag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (zie verder hoofdstuk 8). Denk aan gegevens over vroegere werkzaamheden en werkgevers, over ziekten, een strafblad, politieke of godsdienstige overtuiging. De werkgever mag echter over dit soort zaken alleen vragen stellen als ze relevant zijn voor de baan in kwestie. Als de vragen relevant waren, moet de werknemer er naar waarheid op geantwoord hebben; als de vragen niet relevant waren, hoefde de werknemer er ook niet naar waarheid op te antwoorden.

Zwangerschap Gezinsvoornemen

Het openlijk of bedekt vragen naar zaken als zwangerschap en gezinsvoornemen van een sollicitant wordt ongeoorloofd geacht op grond van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (zie subpar. 2.9.4).

Medisch onderzoek

Een medisch onderzoek in het kader van selectie van sollicitanten is alleen toegestaan, voor zover aan de vervulling van de functie bijzondere eisen wat betreft de medische geschiktheid moeten worden gesteld. Het klassieke voorbeeld hiervan is de piloot, aan wie bijvoorbeeld op het vlak van het gezichts- en het reactievermogen hoge eisen mogen worden gesteld.

Voor het overige zijn aanstellingskeuringen verboden. De wetgever beoogt hiermee te voorkomen dat medische selectie ten aanzien van nieuw personeel een rol speelt. Na de privatisering van de Ziektewet (zie par. 12.1) en wijziging van de daaraan gerelateerde loondoorbetalingsplicht voor de werk-

gever (zie par. 4.4), bestond de indruk dat werkgevers in verhoogde mate overgingen tot aanstellingskeuringen met als gevolg dat mensen met een arbeidsongeschiktheidsrisico zeer slechte kansen op de arbeidsmarkt hadden.

Algemeen routinematig onderzoek tijdens de dienstbetrekking valt niet onder de beperkingen voor de aanstellingskeuringen. De regels van medische ethiek en de tuchtregels die voor artsen gelden, zijn van toepassing. Pogingen om de rechten en plichten van werkgevers tijdens de sollicitatiefase al op voorhand beter te omschrijven hebben nog niet tot wetgeving geleid. Wel bevatten cao's ter zake soms nog bepaalde normen en sommige bedrijven hanteren een eigen sollicitatiecode. Ook is er een code vanuit de beroepsgroep van de hr-professionals opgesteld, die door hen vaak wordt toegepast, de zogenoemde NVP-sollicitatiecode (Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling). Ook die vormt echter geen onderdeel van het thans geldend recht.

NVP-
sollicitatiecode

2

2.9 Ongelijke behandeling en discriminatie

De werkgever die een baan aan te bieden heeft, zal meestal een keuze kunnen maken uit verschillende gegadigden. Hij zal de juiste persoon proberen aan te stellen, lettend op opleiding, bekwaamheden en dergelijke. Daar is niets op tegen, maar bedenkingen rijzen zodra de werkgever gaat selecteren op basis van vooroordelen betreffende godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, nationaliteit, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Overigens dient niet alleen de werkgever attent te zijn ten aanzien van discriminatie, ook het UWV en uitzendbureaus dienen ervoor te waken dat zij betrokken worden in discriminerend gedrag op de arbeidsmarkt. In de volgende subparagrafen komen verschillende soorten discriminatie aan de orde.

2.9.1 Objectieve selectie of discriminatie?

Er zijn de afgelopen decennia verschillende wettelijke voorschriften tot stand gebracht om discriminatie tegen te gaan. Tegen niet uitdrukkelijk bij de wet verboden discriminatie kan men soms wel degelijk opkomen met een verwijzing naar de grondrechten die zijn vervat in onze Grondwet en in internationale verdragen (zie subpar. 2.9.8 en hoofdstuk 19).

Er ligt echter een belangrijk probleem in de vraag wanneer er sprake is van discriminatie en hoe dat aan te tonen is.

Wanneer
discriminatie?

Discriminatie is het maken of teweegbrengen van onderscheid op ongerechtvaardigde gronden. Wanneer de wet een uitgebreide regeling van het discriminatieverbod geeft (bijvoorbeeld m/v-discriminatie), dan moet worden aangenomen dat geen enkele uitzondering is toegelaten buiten die waarin de wet zelf voorziet. Is de grond voor discriminatie niet zo expliciet in de wet genoemd (bijvoorbeeld discriminatie wegens uiterlijk), dan mag worden aangenomen dat een ongelijke behandeling wel geoorloofd is als daarvoor zakelijke gronden bestaan, waaraan uiteraard elke gedachte van discriminatie vreemd moet zijn.

Vaak valt een bepaald handelen meteen als discriminatie te onderkennen, omdat overduidelijk discriminerende maatstaven worden aangelegd – men spreekt dan van directe discriminatie. Voorbeelden van directe discriminatie zijn het niet-aanstellen van een sollicitant omdat het een vrouw is of omdat de sollicitante zwanger is. Daarnaast treft men indirecte discriminatie aan.

Directe en
indirecte
discriminatie

Daarvan is sprake als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft, art. 1 lid 1 onder c Algemene wet gelijke behandeling. Onder onderscheid op grond van geslacht wordt ook verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.

VOORBEELD 2.1

Zo is een regeling die alleen aan fulltimers een toeslag biedt, indirect discriminerend. Die regeling heeft immers tot gevolg dat vrouwen, die veel minder vaak fulltime werkzaam zijn, minder snel recht hebben op die toeslag. Ook dergelijke indirecte discriminatie is niet geoorloofd, tenzij deze haar verklaring vindt in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie.

In een arrest van het HvJ EU van 14 maart 2017 (*JAR* 2017/96), oordeelde het Hof dat van directe discriminatie geen sprake is bij een verbod tot het dragen van religieuze tekens (in dit geval een hoofddoek door een moslima) indien dit verbod is gebaseerd op een algemeen bedrijfsreglement dat strekt tot het verbieden van zichtbare politieke, filosofische en religieuze tekenen op het werk, en niet berust op stereotypen of vooroordelen tegenover een of meer specifieke godsdiensten dan wel tegenover religieuze overtuigingen in het algemeen. Een dergelijk verbod zou wel indirecte discriminatie op grond van godsdienst kunnen opleveren. Ook daarvan oordeelde het Hof dat geen sprake was nu dergelijke discriminatie gerechtvaardigd kan zijn door het streven een door de werkgever in het betrokken bedrijf gevoerd beleid van religieuze en levensbeschouwelijke neutraliteit te handhaven. Daarbij geldt dan wel dat het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen.

Omdat de traditionele procesregel 'wie stelt moet bewijzen' juist bij discriminatie tot moeilijkheden leidt, heeft de wetgever bij seksdiscriminatie de positie van werknemers versterkt. De partij die meent gediscrimineerd te zijn, kan volstaan met het aannemelijk maken van een vermoeden ervan (met bijvoorbeeld statistisch materiaal), waarna op de van discriminatie betichte partij de last rust om aan te tonen dat er niet gediscrimineerd werd. Er is hier zo sprake van een gedeeltelijke omkering van de bewijslast. Onder het discriminatieverbod vallen niet de voorzieningen die ertoe dienen om een bepaalde bevolkingsgroep die in een achterstandssituatie verkeert, speciaal te ondersteunen.

Positieve actie en discriminatie

Dit kan het karakter aannemen van louter positieve actie (ondersteuningsmaatregelen) of – verdergaand – van positieve discriminatie (voorkeursbehandeling).

Positieve discriminatie bestaat al lang ten behoeve van gehandicapten (zie subpar. 2.9.5) en wordt soms ook bepleit ten behoeve van vrouwen (zie subpar. 2.9.4) en etnische minderheden (zie subpar. 2.9.3).

Nog weinig uitgekristalliseerd is de vraag waar in ons recht de grenzen liggen van de aanvaardbaarheid van positieve discriminatie. Wel heeft met name het Hof van Justitie van de EU veel uitspraken gedaan op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, waarin het voorkeursbeleid wat nader uitgewerkt is. Uit die rechtspraak blijkt dat regelingen die vrouwen een

absoluut en onvoorwaardelijk voorrangrecht geven, niet in overeenstemming zijn met het voorkeursbeleid (HvJ EU 17 oktober 1995, *JAR* 1995/234 (*Kalanke*)). In elk individueel geval zal er een objectieve beoordeling moeten plaatsvinden die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten, en zal aan de vrouwelijke kandidaat geen voorrang worden gegeven wanneer een of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan (HvJ EU 11 november 1997, *JAR* 1997/264 (*Marschall*)).

2.9.2 Discriminatie naar ras

Het oudste bestaande discriminatieverbod betreft de discriminatie naar ras. Die is, in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf, strafrechtelijk verboden in art. 429quater Wetboek van Strafrecht (Sr).

Wetboek van Strafrecht

Civielrechtelijk is discriminatie naar ras verboden in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Dit discriminatieverbod laat onverlet een voorkeursbehandeling van personen uit een etnische of culturele minderheidsgroep om feitelijke ongelijkheden op te heffen.

Algemene wet gelijke behandeling

2.9.3 Ongelijke behandeling op grond van nationaliteit

De Algemene wet gelijke behandeling verbiedt ook onderscheid naar nationaliteit. Strafrechtelijk slaat het discriminatieverbod naar ras ook op discriminatie op grond van 'nationale afkomst', maar daaronder valt niet elk onderscheid wegens nationaliteit. Binnen de Europese Unie is het maken van onderscheid tussen eigen werknemers en werknemers die onderdaan zijn van een andere EU-lidstaat, nagenoeg verboden (zie par. 19.5).

Wat de tewerkstelling van personen van buiten de Europese Unie betreft, is het voornaamste nog toegestane onderscheid dat zij slechts bij uitzondering in ons land worden toegelaten. Zij hebben een zogenoemde tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning (dit is een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd onder de beperking 'arbeid in loondienst' of 'lerend werken') nodig krachtens de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Zo'n vergunning wordt in principe geweigerd als er een 'prioriteit genietend' aanbod aanwezig is (lees met name: er Nederlanders of andere EU-onderdanen voor die baan beschikbaar zijn). De tewerkstellingsvergunning moet door de werkgever worden aangevraagd voor een concrete baan.

Tewerkstellingsvergunning/
gecombineerde vergunning

VOORBEELD 2.2

De Zambiaanse spits van Ajax heeft een tewerkstellingsvergunning; de Italiaanse van Feyenoord niet.

Om ervoor te zorgen dat buitenlanders die reeds langere tijd legaal in Nederland gewerkt hebben, niet eindeloos afhankelijk blijven van een tewerkstellingsvergunning, kent de WAV het systeem van de aantekening als men beschikt over een krachtens de Vreemdelingenwet 2000 afgegeven verblijfsvergunning en men rechtmatig in Nederland verblijf houdt of gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar heeft beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning voor bepaalde tijd en nadien zijn hoofdverblijf niet buiten Nederland heeft gevestigd. Men heeft dan recht op een aantekening op het verblijfsdocument waaruit blijkt dat aan die vergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid, en er

Aantekening

is dan geen tewerkstellingsvergunning nodig. Ook andere categorieën, zoals asielgerechtigden en personen die om humanitaire redenen zijn toegelaten, kunnen een aantekening krijgen.

Wordt een buitenlander in dienst genomen in strijd met de bepalingen van de WAV, dan is sprake van een beboetbaar feit en riskeert de buitenlander uitzetting. Leent een uitzendbureau iemand uit die niet tewerkgesteld mag worden, dan riskeert zowel het uitzendbureau als de inlener een boete. Het voorgaande betekent echter niet dat de arbeidsovereenkomst met zo'n 'illegaal' nietig is. De werkgever kan wel de kantonrechter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

2.9.4 Discriminatie naar geslacht

Een vorm van discriminatie die steeds meer onder vuur is komen liggen, is de discriminatie naar geslacht. Vooral onder invloed van regelgeving van de EU (zie par. 19.5) heeft de wetgever daartegen een aantal wettelijke bepalingen uitgevaardigd. Eerst alleen tegen het aspect van de ongelijke beloning, daarna tegen discriminatie in het algemeen in de arbeidsvoorwaarden, de wervingsprocedure, de scholing en dergelijke.

Wet gelijke
behandeling
van mannen en
vrouwen

De bewuste wetgeving werd in 1989 samengevoegd tot een Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB). Een essentiële gelijkebehandelingsnorm is voor het arbeidsrecht opgenomen als art. 7:646 in het Burgerlijk Wetboek (BW).

De wetgever heeft ook het onderscheid in verband met zwangerschap, bevaling en moederschap als directe discriminatie aangemerkt. Dergelijk onderscheid, dat in de praktijk nog al eens ten nadele van de vrouw wordt gemaakt (bijvoorbeeld bij sollicitaties, zie par. 2.8), is alleen ter bescherming van de vrouw toegestaan (art. 7:646 lid 3 BW).

Intimidatie

Onder direct onderscheid valt ook een verbod op intimidatie en een verbod op seksuele intimidatie. Hiermee wordt de positie van de vrouwelijke werknemers nog wat versterkt. Intimidatie is 'het gedrag dat met het geslacht van een persoon verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd', art. 7:646 lid 7 BW. Seksuele intimidatie is 'enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd', art. 7:646 lid 8 BW.

Seksuele
intimidatie

De wetgeving staat echter de mogelijkheid om een onderscheid te maken niet in de weg. Dat onderscheid moet dan wel beogen vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen om nadelen op te heffen of te verminderen of het moet samenhangen met de beroepsactiviteiten en de daarvoor noodzakelijke opleidingen. De wet noemt uitdrukkelijk het geestelijk ambt (artikel 5 WGB), maar in het 'Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn' worden ook andere beroepen genoemd, waaronder dat van mannequin en het Korps Mariniers.

Naast directe discriminatie komen ook veel situaties voor waarin benadeling wordt gevoeld door bijvoorbeeld mensen die herintreden in het arbeidsproces na een tijd buiten de beloonde arbeid te hebben gestaan. Omdat dit overwegend vrouwen zijn, kan het dan al snel gaan om vormen van indirecte discriminatie (zie subpar. 2.9.1). De wet verbiedt ook indirecte discriminatie, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is (art. 6 WGB).

Een onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur vormde vaak de basis voor indirecte discriminatie naar geslacht. Sinds 1997 is in het BW echter een bepaling opgenomen op basis waarvan een onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in de arbeidsvoorwaarden uitdrukkelijk is verboden (art. 7:648 BW). Ook hier geldt dat dit onderscheid wel gerechtvaardigd is indien daarvoor een objectieve grondslag bestaat.

Arbeidsduur

Om een effectieve bestrijding van discriminatie mogelijk te maken heeft de wetgever een aparte, laagdrempelige instantie in het leven geroepen: het College voor de rechten van de mens (zie subpar. 2.9.8 en par. 7.7). De wetgever heeft het College voor de rechten van de mens bevoegd verklaard te oordelen over mogelijke discriminatie en heeft belangenorganisaties op dit vlak een eigen procesbevoegdheid gegeven (zie par. 7.6).

College voor de rechten van de mens

2

Op overtreding van de voorschriften met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen staan de algemene sancties van het civiel recht ter beschikking: nietigheid, vervanging van de slechtere norm door de betere norm en schadevergoeding op basis van een tekortkoming in de nakoming (wanprestatie) of onrechtmatige daad (zie ook par. 2.8, 4.10 en subpar. 8.4.1). Bovendien is ook een strafrechtelijke sanctie mogelijk, maar dan moet er wel sprake zijn van discriminatie in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf (art. 429quater Sr).

De toenemende gevoeligheid voor onderscheid tussen mannen en vrouwen heeft inmiddels geleid tot de afschaffing van een aantal bepalingen dat vroeger juist ter wille van de bescherming van de vrouw getroffen is, zoals het verbod op nachtarbeid door vrouwen (zie subpar. 5.1.4). Van de andere kant worden her en der nieuwe maatregelen getroffen om vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen (positieve discriminatie, zie subpar. 2.9.1). Het wettelijke discriminatieverbod staat dit niet in de weg.

2.9.5 Discriminatie van gehandicapten

Traditioneel ondervinden gehandicapten veel problemen om aan de slag te komen. De privatisering van de Ziektewet per 1 maart 1996 (zie hierover verder hoofdstuk 4) heeft dit proces nog verder versterkt. Gehandicapten vallen al gauw buiten de boot. Om daar enig tegenwicht aan te bieden bestaan er diverse subsidieregelingen. Deze zijn terug te vinden in de WIA en de Wajong.

Daarnaast is er een algemeen verbod tot discriminatie van mensen met een handicap of chronische ziekte ingevoerd. De werkgever mag vanaf de sollicitatiefase tot en met de ontslagfase geen onderscheid maken tussen werknemers met en werknemers zonder handicap. Daaronder valt zelfs de verplichting voor de werkgever om aanpassingen aan te brengen op de werplek als dat voor de gehandicapte nodig is. Die aanpassingen kunnen zijn van materiële aard, bijvoorbeeld aangepast meubilair, maar ook van immateriële aard, bijvoorbeeld aangepaste werk- en rusttijden. Natuurlijk kent ook dit discriminatieverbod (begrijpelijk) uitzonderingen; zo mag een busonderneming visueel gehandicapten weigeren voor de functie van chauffeur.

Algemeen discriminatieverbod

Sinds 1 januari 2006 is discriminatie van gehandicapten ook strafbaar gesteld. Op basis van een uitspraak van het Europese Hof (HvJ EU 17 juli 2008, JAR 2008/8) geldt dit discriminatieverbod niet alleen voor werknemers met een handicap, maar ook voor werknemers die op grond van hun band met een gehandicapte minder gunstig worden behandeld dan hun collega's.

Met ingang van 1 mei 2015 is in werking getreden de Wet banenafpraak en quotum arbeidsbeperkten. Op basis hiervan is onder andere de Wet financiering sociale verzekeringen gewijzigd in die zin dat bedrijven met 25 of meer personeelsleden een quotumverplichting opgelegd kunnen krijgen voor het in dienst nemen van werknemers met een beperking. Of dat quotum wordt ingesteld, is afhankelijk van het aantal banen dat gecreëerd wordt voor mensen met een arbeidsbeperking. Wordt het quotum ingesteld en voldoet een werkgever niet aan het gestelde quotum, dan kan hem een boete van €5.000 per niet-ingevulde werkplek worden opgelegd. De wetgever wil met deze wet de arbeidsdeelname onder arbeidsbeperkten flink laten toenemen. Doordat werkgevers in de marktsector echter uit zichzelf al voldoende banen hadden gecreëerd voor mensen met een arbeidsbeperking, geldt er momenteel geen quotumverplichting. Voor overheidswerkgevers geldt er wel een quotum. Omdat het huidige systeem echter aangepast gaat worden zullen er tot 1 januari 2022 geen quotumheffingen worden opgelegd.

2.9.6 Leeftijdscriminatie en discriminatie in arbeidsvoorwaarden van tijdelijke werknemers

Uit de Europese regelgeving inzake gelijke behandeling zijn enkele jaren geleden twee nieuwe elementen in de Nederlandse wetgeving voortgevloeid.

Leeftijdsdiscriminatie

Het verbod tot leeftijdscriminatie geldt van de sollicitatie- tot en met de ontslagfase. Een belangrijke uitzondering is de leeftijdsgrens voor pensioen. De Hoge Raad heeft dat in 2018 nog eens bevestigd bij beantwoording van prejudiciële vragen met betrekking tot het recht op de transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, HR 20 april 2018, JAR 2018/129. De Hoge Raad gaf aan dat daar geen recht op is en dat de bepaling die dat regelt, zie paragraaf 8.6, niet in strijd is met het Europees recht nu er een legitieme grond is.

Ook het toekennen van een op ervaringsjaren gebaseerde loonsverhoging valt (in beginsel) buiten het verbod tot leeftijdscriminatie. Wel is bijvoorbeeld verboden een (indirecte onderscheidings)grond als 'pas afgestudeerd' of 'aankomend'. Immers, met dergelijke advertentieteksten worden vooral jongeren benaderd.

Tijdelijke werknemers

Tijdelijke werknemers moeten qua arbeidsvoorwaarden net zo behandeld worden als werknemers met een vast contract, art. 7:649 BW. Zo zullen zij bijvoorbeeld net zo goed als vaste medewerkers een eindejaarsuitkering moeten ontvangen. De wetgever maakt hierbij een uitzondering voor uitzendkrachten.

2.9.7 Discriminatie niet-georganiseerde werknemers

In sommige landen worden niet-vakbondsleden gediscrimineerd ten opzichte van vakbondsleden. Daar is een reden voor. Werknemers hebben hun betere arbeidsvoorwaarden vaak pas weten te verwerven door veelal harde strijd, waarin solidariteit bitter nodig was. Geeft men die verworvenheden meteen door aan ongeorganiseerden, dan neemt men een belangrijke organisatieprikkel weg. In bepaalde landen, zoals Engeland, gaat men zelfs zover dat in hele bedrijfstakken het krijgen van een baan slechts is weggelegd voor degenen die vakbondslid zijn (de zogenoemde closed shop).

Verplicht lidmaatschap

In Nederland leeft dat veel minder. Het verplichte lidmaatschap van een vakbond vond men alleen in het grafisch bedrijf. Inmiddels geldt het daar ook niet meer.

Het Nederlandse recht staat een onderscheid tussen georganiseerden en ongeorganiseerden slechts binnen enge grenzen toe:

Georganiseerd/
ongeorganiseerd

- Er mag niet gediscrimineerd worden tussen leden van de ene bond en de andere; hooguit tussen alle leden van bonden die cao-partij zijn aan de ene kant en overige werknemers aan de andere kant.
- Als er al een verplicht lidmaatschap geldt, zal er een dispensatieregeling moeten zijn voor personen die er principiële bezwaren tegen hebben.
- Cao-clausules die in dit soort zaken voorzien, kunnen weliswaar bestaan en ook in rechte gehandhaafd worden, maar ze lenen zich niet voor de zogenoemde algemeenverbindendverklaring (zie par. 3.9 en 9.6).

Over de vraag of men ook door de werkgever benadeeld mag worden omdat men vakbondslid is, vermeldt het Burgerlijk Wetboek uitsluitend een opzegverbod.

2.9.8 Overige discriminatie

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verbiedt onderscheid op het gebied van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. De wet voorziet in een aantal uitzonderingen, bijvoorbeeld ter bescherming van de vrijheid van instellingen op godsdienstige grondslag, instellingen van bijzonder onderwijs en instellingen op politieke grondslag.

De wetgever heeft het College voor de rechten van de mens in het leven geroepen, dat onder andere toeziet op de naleving van de AWGB en kan onderzoeken of er een onderscheid wordt gemaakt als genoemd in die wet. Ook zonder een wettelijke bepaling die discriminatie verbiedt, zullen bepaalde vormen van discriminatie niet toelaatbaar zijn. Dat zal met name het geval zijn wanneer ze niet objectief te rechtvaardigen zijn. Internationale regelingen (zie hoofdstuk 19) en de Grondwet kunnen in bepaalde gevallen een goed argument bieden om daartegen op te komen. Soms kennen cao's meer uitgebreide antidiscriminatiebedingen.

2.10 Arbeid door kinderen en jeugdigen

De werkgever die overweegt personeel in dienst te nemen, moet rekening houden met enkele beperkingen. Zo is het hem praktisch geheel verboden kinderen in dienst te nemen sinds het Kinderwetje van Van Houten (1874). Kinderarbeid is nu verboden tot en met het zestiende levensjaar, gekoppeld aan de leerplicht. Er zijn slechts enkele uitzonderingen voor kinderen vanaf dertien jaar, zoals voor het verrichten van licht vakantiewerk, het behulpzaam zijn bij het bezorgen van kranten en hulp in winkels. Slechts in incidentele gevallen wordt hiervoor door de Inspectie SZW ontheffing verleend (het bekende voorbeeld van het opnemen van een reclamespotje met een kind als artiest).

De jongere vanaf zestien jaar heeft voor het afsluiten van een arbeidsovereenkomst geen toestemming nodig van de wettelijke vertegenwoordigers (art. 7:612 BW). Jongeren tot zestien jaar echter zijn, zoals de wet zegt, nog wel onbekwaam om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Zij hebben de toestemming nodig van hun wettelijk vertegenwoordiger(s). De wettelijke constructie is in deze echter praktisch: als de minderjarige vier weken arbeid heeft verricht in dienst van de werkgever, dan wordt hij geacht die toestemming te hebben. Toestemming vragen aan de wettelijk vertegenwoordiger(s) is dus niet nodig.

Jongeren tussen zestien en achttien jaar mogen wel in dienst worden genomen, maar de werkgever is beperkt in aard en omvang van de werkzaamheden die hij van hen kan vragen (zie subpar. 5.1.4).

2.11 Arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten

Onze wetgeving verbood tot 1 april 1997 het aangaan van een arbeidsovereenkomst tussen echtelieden. Per die datum is dat verbod vervallen. Sindsdien kunnen ook echtelieden een arbeidsovereenkomst aangaan.

Niet elke overeenkomst tot het verrichten van arbeid tussen echtgenoten is een arbeidsovereenkomst. De overeenkomst moet voldoen aan alle eisen die art. 7:610 BW stelt (zie subpar. 3.1.1). Zo moet onder andere voldaan worden aan het vereiste van de ondergeschiktheid, hetgeen tussen echtgenoten niet steeds het geval zal zijn.

Vragen

-
- Meerkeuzevragen**
- 2.1** Guido Z. solliciteert naar een baan als bewaker bij een particuliere beveiligingsdienst per augustus. Guido wordt aangenomen, echter onder voorwaarde dat hij van Amsterdam naar Tilburg verhuist, opdat hij ook bij een alarm kan worden ingeschakeld. Hij vindt in juni een geschikte woning en verhuist. Twee dagen voordat Guido zou beginnen, krijgt hij van zijn 'nieuwe werkgever' te horen dat iemand anders de baan krijgt. Kan dit zonder rechtsgevolgen?
- a Neen, dat mag alleen met instemming van de ondernemingsraad.
 - b Neen, want het is in strijd met een gesloten overeenkomst en leidt tot schadelijkheid.
 - c Ja, want ook in een proeftijd zou Guido zomaar ontslagen kunnen worden.
 - d Ja, want er is nog geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen.
- 2.2** Onder indirecte discriminatie wordt verstaan:
- a het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden.
 - b het onderscheid tussen gehuwd en ongehuwd samenwonenden.
 - c het onderscheid dat op het eerste gezicht te maken heeft met het zijn van man en vrouw.
 - d de situatie die niet rechtstreeks verboden is, maar die in de praktijk een discriminerend effect heeft.
- 2.3** Een Italiaan die in Nederland komt werken, heeft geen tewerkstellingsvergunning nodig. Dat volgt uit:
- a art. 2 lid 1 onder a Wet Arbeid Buitenlandse Werknemers.
 - b art. 2 Vreemdelingenwet.
 - c art. 3 lid 1 onder a Wet arbeid vreemdelingen.
 - d art. 19 lid 3 Grondwet.
- 2.4** Welke van de navolgende situaties c.q. regelingen is te beschouwen als een vorm van positieve discriminatie?
- a De gemeente Amsterdam geeft in het kader van haar zogenoemde doelgroepenbeleid voorrang aan de aanstelling van personen die behoren tot een van de door haar aangewezen doelgroepen (vrouwen, gehandicapten en etnische minderheden).
 - b Onderwijzend of docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen staande onder beheer van een natuurlijk persoon of rechtspersoon, hoeft bij ontslagname niet te beschikken over toestemming van het UWV.
 - c Personen die overwegend geestelijke arbeid verrichten, zijn uitgezonderd van de toepasselijkheid van de werknemersverzekeringen.
 - d Voor ambtenaren geldt sinds 2001 naast de WW-uitkering een bovenwettelijke uitkering waardoor zij bij werkloosheid een hogere uitkering ontvangen dan de meeste werknemers in het bedrijfsleven.

Open vragen

- 2.1** Is de sollicitant met wie de werkgever in een vergevorderd stadium van onderhandelen is over de indiensttreding, rechteloos, als de werkgever – alles afwegende – toch besluit van aanstelling van de sollicitant af te zien?
- 2.2** Noem enkele instrumenten die in Nederland ter beschikking staan ten behoeve van de bestrijding van de werkloosheid.
- 2.3** Is een werkgever bevoegd bij aanstelling van personeel sommige groepen te bevoordelen boven andere?
- 2.4** Wat is het verschil tussen arbeidsbemiddeling en uitzending?

Casus

- 2.1** Aangestoken door alle verhalen over een 'Europa zonder grenzen' heeft Henk van Dorst een bureau opgericht dat net afgestudeerde Tilburgse juristen wil helpen bij het vinden van een baan elders in de Europese Unie: The Eurolawyer. Hij bekijkt regelmatig een groot aantal West-Europese vacaturesites en slaat de vacatures voor juristen en juridisch medewerkers op in een databank. In de corridor tussen de gebouwen A en B hangt Henk affiches op van The Eurolawyer. Tilburgse juristen kunnen gratis kennismaken van de banen die Henk in zijn databank heeft staan, maar zij moeten een door Henk opgestelde verklaring tekenen. Deze houdt in dat als zij in de desbetreffende baan tewerkgesteld zullen worden, zij Henk een bijdrage verschuldigd zijn van 5% van hun eerste maandsalaris.
- a** Is een dergelijke vorm van arbeidsbemiddeling toegestaan?
- b** Mag Henk van Dorst een bijdrage vragen aan de juristen die hij bemiddelt?
- 2.2** Harry Aalders heeft zich niet onbetuigd gelaten bij tot rellen geëscaleerde protesten van gele hesjes te Z. Dat heeft hem zijn baan als postsorteerder bij PostNL gekost en hij is door de strafrechter wegens zijn betrokkenheid bij deze rellen tot een korte vrijheidsstraf veroordeeld. Als hij weer op vrije voeten is, solliciteert Harry, die een financiële achtergrond heeft, naar de post van kredietverstrekker bij de Rabobank in R. Op het vragenformulier staat onder andere de vraag: 'Bent u wel eens strafrechtelijk veroordeeld?' Harry beantwoordt deze vraag ontkennend en wordt vervolgens aangeworven. Na drie maanden hoort de directeur van de Rabobank te R. op een Rotaryavondje vertellen over ene Harry Aalders, die ... enzovoort, enzovoort.
- a** Mag tijdens een sollicitatiegesprek elke vraag gesteld worden en moet een sollicitant op elke vraag antwoord geven?
- b** Welke sanctie kan een werkgever toepassen als blijkt dat een sollicitant onjuiste gegevens verstrekt heeft tijdens een sollicitatiegesprek?
- 2.3** Het ministerie van Justitie en Veiligheid plaatst een advertentie in een landelijk dagblad waarin sollicitanten worden gevraagd voor de functie van opsporingsbeambte. Op de vacature kunnen zowel mannen als vrouwen solliciteren. De mannelijke sollicitanten moeten in verband met de aard van de werkzaamheden minstens een lengte hebben van 1,68 meter, terwijl de minimumlengte voor vrouwen 1,66 meter is. Stel dat uit wetenschappelijk onderzoek gebleken is dat de man gemiddeld 0,02 meter langer is dan de vrouw.

De heer Al solliciteert naar de genoemde functie. Schriftelijk wordt hem meegedeeld dat hij niet voor de functie in aanmerking komt, omdat hij een lengte heeft van 1,66 meter. De heer Al is teleurgesteld en onderzoekt of het ministerie in casu gehandeld heeft in strijd met art. 1 van de Grondwet. Geef hem gemotiveerd advies.

- 2.4** De zestienjarige Pieter gaat als schoonmaker werken bij een warenhuis. Hij heeft over deze baan niet gesproken met zijn ouders. Twee weken na het moment dat Pieter met de werkzaamheden is begonnen, ontdekt zijn vader dat Pieter een arbeidsovereenkomst heeft gesloten. Kan de wettelijk vertegenwoordiger van Pieter zich alsnog verzetten tegen de gesloten arbeidsovereenkomst?
- 2.5** De heer Van 't Veen heeft een kruideniersbedrijf in het centrum van Zandvoort. In het toeristenseizoen is het noodzakelijk dat zijn echtgenote en zoon Ivo (vijftien jaar) hem helpen in de winkel. Kan de heer Van 't Veen rechtsgeldig een arbeidsovereenkomst aangaan met zijn echtgenote en zijn zoon Ivo?