

Woord vooraf

Ruim 20 jaar na de eerste druk van dit boek mogen ondergetekenden al de 15e druk van het boek verzorgen. We hebben onze werkzaamheden daarvoor afgerond op 1 januari 2024.

We hopen daarmee weer een geheel geactualiseerde uitgave tot stand te hebben gebracht.

We ronden deze druk af in de periode dat kabinet-Rutte IV is gevallen en er in november 2023 verkiezingen voor de Tweede Kamer hebben plaatsgevonden. Juist in deze laatste periode van het demissionaire kabinet heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid enkele wetsontwerpen (al dan niet ter internetconsultatie) aangebracht. Het gaat om wijzigingen rond flexcontracten, de zzp-constructie, aanpassingen in de uitzendovereenkomst, re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar voor kleine en middelgrote werkgevers alsmede beleidsvoornemens wat betreft het concurrentiebeding. Vanzelfsprekend worden die in de tekst als beleidsvoornemens benoemd, hoezeer hun uiteindelijke lot in verband met de uitslag van de vermelde verkiezingen ook onzeker is. Daarnaast zijn er veel, zij het doorgaans kleinere, actualisaties aangebracht.

Op de website van de uitgever zullen – zo nodig – doorgevoerde wijzigingen, die definitief zijn, worden weergegeven. Zie daarvoor www.uitgeverijparis.nl.

We hebben met veel genoegen aan deze nieuwe druk gewerkt. We hopen dat u als lezer ook tevreden bent. Natuurlijk houden we ons voor op- en aanmerkingen aanbevolen.

Mr. dr. Willem Plessen en mr. Piet Massuger
's-Hertogenbosch/Goirle, januari 2024.

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 120 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 120 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 14 uur of meer, hongerslonen, 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 desnoeds 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 Ziekwet, 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 en 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 is er in het arbeidsrecht 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, de Wet arbeidsmarkt in balans per 1 januari 2020 en de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden per 1 augustus 2022) en het ontslagrecht meer overzichtelijk en goedkoper te maken, dit laatste met name als gevolg van de Wet werk en zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans.
- 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 'arbeidsrechtrechtbanken'.

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.

Sinds 1 januari 2020 hebben 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 speelt 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 sociaalzekerheidsrecht, zoals een AMvB krachtens art. 5 van de Werkloosheidswet, die aanvullingen geeft op het begrip 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 sociaalzekerheidsrecht 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 verstreming 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 rechtssystemen 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? Soms 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 de vrijheid van meningsuiting en het recht op lichamelijke integriteit). Voor ambtenaren zijn die beperkingen zelfs wettelijk geregeld, zie art. 10 en 11 Ambtenarenwet 2017.

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 sociaalzekerheidsrecht.
 - b het arbeidsrecht en bestuursrecht.
 - c het arbeidsrecht, medezeggenschapsrecht en sociaalzekerheidsrecht.
 - 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** Art. 19 lid 1 Grondwet luidt als volgt: 'Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.' Henk is al 5 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.

