

Ter visie - Faciliteer de arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en ondernemingsraad¹

dr. J.P.H. Zwemmer en dr. I. Zaal²

Steeds vaker passeren werkgevers de vakbonden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en sluiten zij een arbeidsvoorwaardenregeling (avr) met de ondernemingsraad (OR). Recent gebeurde dit bij Gall & Gall en eerder bij Jumbo en Action. Uit een enquête van werkgeversvereniging AWWN volgt dat bijna 60% van de werkgevers de voorkeur geeft aan onderhandelen met de OR. Slechts ongeveer 20% van de respondenten wil nog afspraken maken met de vakbonden. Daarvoor bestaan verschillende redenen. In sommige sectoren is al jarenlang geen nieuwe cao gesloten. De laatste Cao voor de Slijterij- en liep bijvoorbeeld af in 2013. Een andere reden is dat bedrijfstak-cao's voor werkgevers onvoldoende mogelijkheden tot maatwerk bieden. Sectoren vervagen en – vooral de secundaire en tertiaire – arbeidsvoorwaarden uit cao's sluiten niet altijd meer aan bij de specifieke wensen van werkgevers en de betrokken werknemers. Een laatste reden is dat de representativiteit van vakbonden afneemt en zij vooral de oudere werknemers vertegenwoordigen. De OR is gekozen door alle werknemers en is daarom democratisch gelegitimeerd. Om deze redenen is de met de OR gesloten avr, ondanks de hierna genoemde problemen bij de binding van werknemers aan een avr, een aantrekkelijk alternatief voor cao's gesloten met vakbonden.

Het is op grond van het huidige recht mogelijk een avr met de OR overeen te komen, ook indien deze primaire arbeidsvoorwaarden betreft. Uit wetsgeschiedenis³ en jurisprudentie⁴ volgt dat dergelijke overeenkomsten rechtsgeldig zijn. Zij hebben de status van een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 lid 2 WOR.⁵ Alleen indien de werkgever gebonden is aan een cao, zijn afspraken met de OR nietig

(art. 32 lid 3 WOR). Aan de avr is echter wel een aantal praktische en juridische complicaties verbonden. Hieronder stippen wij er een aantal aan.

In de eerste plaats is de avr – in tegenstelling tot de cao – niet automatisch van toepassing op individuele werknemers. Met andere woorden: de avr heeft geen normatieve werking, nu deze niet onder de reikwijdte van art. 1 Wet Cao valt. Dit betekent dat in beginsel iedere werknemer moet instemmen met de toepassing van de avr. Eenzijdige toepassing van de avr op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers zou kunnen worden opgehangen aan een in de arbeidsovereenkomsten opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding, maar dan moet aan de kant van de werkgever wel sprake zijn van een zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW) bij toepassing van de avr. Ondanks overeenstemming met de OR over de wijziging van een arbeidsvoorwaarde, wordt in de rechtspraak niet snel aangenomen dat daarmee een dergelijk zwaarwichtig belang aanwezig is.⁶ De avr zou naar onze mening wel zonder instemming van de werknemer van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst wanneer deze in de individuele arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd op grond van een incorporatiebeding. Vaak is in de arbeidsovereenkomst van de werknemers een dergelijk beding opgenomen, maar dit verwijst dan doorgaans naar de geldende cao. Alleen indien het incorporatiebeding in zeer algemene bewoordingen is geformuleerd en bijvoorbeeld verwijst naar 'de collectieve regeling die op de werkgever van toepassing is', zou kunnen worden gesteld dat een avr onder de reikwijdte van dit beding valt. In dat geval kan een individuele werknemer zich echter op het standpunt stellen dat hij redelijkerwijze niet kon verwachten dat een met de OR gesloten avr op grond van dit beding zou worden geïncorporeerd in zijn arbeidsovereenkomst.⁷ Incorporatie van de door de werkgever met de OR overeengekomen avr zal derhalve expliciet moeten worden overeenge-

1. Een verkorte versie van dit artikel is op 23 maart 2018 als opinie gepubliceerd in het *FD*.
2. Johan Zwemmer is Universitair Docent aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe. Ilse Zaal is Universitair Hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
3. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26.
4. President Rechtbank 's-Gravenhage 19 mei 1992, *JAR* 1992/22 (*Grabowsky*).
5. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, *JAR* 2012/226 (*Mercedes Benz*).

6. Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685.
7. Vgl. Kantonrechter Haarlem 5 april 2017, *JAR* 2017/126 (*Transavia*).

komen met de werknemer.⁸ Daarbij achten wij het mogelijk dit af te spreken in de vorm van een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding op basis waarvan telkens de meest recente versie van de door de werkgever met de OR overeengekomen avr automatisch van toepassing wordt op de arbeids-overeenkomst.⁹ Wij menen dat bij de incorporatie van deze toekomstige wijzigingen niet telkens door de werkgever hoeft te worden aangetoond dat hij een zwaarwichtig belang heeft bij incorporatie van toekomstige versies van de avr. Eenzijdige wijziging en incorporatie zijn twee verschillende methoden van binding en de toets van art. 7:613 BW geldt alleen bij de wijziging van een in de arbeids-overeenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde.¹⁰ Wij constateren dat de maatstaf dat sprake moet zijn van een zwaarwichtig belang in de wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie niet wordt erkend als een zelfstandige toets bij incorporatie van de cao (ook niet als deze is gesloten met een niet-representatieve bond) en zien geen reden hierover anders te oordelen in de situatie waarin sprake is van een met een OR gesloten avr. Wel kunnen individuele werknemers zich – bij een wijziging in negatieve zin van de in hun arbeidsovereenkomsten geïncorporeerde nieuwe avr – beroepen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Om te voorkomen dat individuele werknemers met succes opkomen tegen automatische toepassing van de gewijzigde avr is het van belang dat de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over een nieuwe avr laat bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige. Dat kan een specialistisch bureau zijn op het gebied van arbeidsvoorwaardenvorming in de betrokken sector, maar ook een vakbond. Een tweede probleem betreft de algemeenverbindendverklaring van de bedrijfstak-cao. De werking van een avr kan teniet gedaan worden als de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bedrijfstak-cao algemeen verbindend verklaart (AVV). In dat geval zijn immers alle werknemers in de bedrijfstak gebonden aan de AVV-cao; afwijking daarvan is nietig (art. 3 Wet AVV). Werkgevers met een eigen ondernemings-cao kunnen bij de minister om dispensatie verzoeken van de voor hen geldende bedrijfstak-cao. Werkgevers met een avr krijgen deze dispensatie niet. Tot slot rijzen vragen over de duur, uitleg, naleving en nawerking van de avr. Anders dan bij de cao ont-

breekt hier een wettelijke regeling. Een cao heeft bijvoorbeeld een maximale duur van vijf jaar, terwijl een overeenkomst tussen OR en werkgever in beginsel voor onbepaalde tijd is. Ook een nieuwe OR is gebonden aan deze overeenkomst, maar deze kan proberen de geldigheid daarvan te betwisten. Bij Gall & Gall werden bij nieuwe verkiezingen bijvoorbeeld vakbondsleden als OR-lid verkozen die vervolgens de afspraken met de vorige OR van tafel probeerden te krijgen. Het is van belang dat werkgever en OR hierover duidelijke afspraken maken. Aan het onderhandelen met de OR kleven dus risico's voor de werkgever (en OR). Wij verwachten niet dat werkgevers zich zullen laten weerhouden van het sluiten van een avr met de OR en dat het in de toekomst juist veel vaker gaat voorkomen dat afspraken over arbeidsvoorwaarden met de OR worden gemaakt. Dat zou naar onze mening aanleiding moeten zijn voor een aanpassing van de bestaande regelgeving in die zin dat wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de werknemer automatisch is gebonden aan de door de werkgever met de OR overeengekomen avr en de toepassing van de avr niet wordt doorkruist door het van kracht worden van een AVV-cao in de betrokken bedrijfstak. Gedacht kan worden aan de volgende maatregelen die niet alleen het gebruik van de avr faciliteren, maar ook waarborgen bieden.

(1) Regel in de wet dat een met de OR gesloten avr van toepassing is op alle werknemers indien een meerderheid van 2/3 van de werknemers schriftelijk heeft ingestemd met incorporatie van de avr in de arbeidsovereenkomst. In dat geval is de avr slechts dan niet van toepassing wanneer dit gelet op de individuele situatie van de werknemer in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Toekomstige wijzigingen van de avr die in overleg tussen de werkgever en de OR tot stand zijn gekomen worden vervolgens automatisch van toepassing op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers indien de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over de nieuwe avr heeft laten bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige.

(2) Grote werkgevers die een avr afsluiten met hun OR kunnen bij de minister om dispensatie verzoeken van de bedrijfstak-cao. Ter voorkoming van een te ver gaande 'versnippering' van arbeidsvoorwaardenregelingen, kan daarbij de voorwaarde worden gesteld dat slechts dispensatie wordt verleend indien de avr van toepassing wordt op meer dan 500 werknemers. Werkgevers met een dergelijke omvang krijgen op basis van de huidige regelgeving in het algemeen ook dispensatie van een bedrijfstak-cao indien zij een ondernemings-cao hebben gesloten. De minister zou nadere voorwaarden kunnen stellen aan dispensatie. Ook hier kan worden gedacht aan het stellen van het vereiste dat de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over de nieuwe avr heeft laten bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige. Op deze manier wordt voorkomen dat de OR te makkelijk akkoord gaat of uitgaat van onvolledige of onjuiste informatie bij het akkoord gaan met een avr.

8. De werkgever kan natuurlijk besluiten de avr eenzijdig te gaan toepassen zonder dat deze expliciet is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, maar dan blijft het risico bestaan dat de werknemer zich hier op enig moment tegen gaat verzetten. De kans dat de werkgever dan wint met een beroep op stilzwijgende aanvaarding van toepassing van de avr door de werknemer zal niet groot zijn, zeker niet als in de arbeidsovereenkomst van de werknemer een incorporatiebeding is opgenomen dat verwijst naar een bepaalde cao.

9. Hoge Raad 22 mei 1992, JAR 1992/33.

10. Kantonrechter Roermond 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159.

(3) De avr kan slechts worden aangegaan voor een periode van vijf jaar. Daarna kan deze stilzwijgend worden verlengd. Naleving kan worden gevraagd door de OR, ook namens de individuele werknemers.

Met deze maatregelen wordt een kader gecreëerd waarbinnen werkgever en OR afdwingbare afspraken kunnen maken over de arbeidsvoorwaarden van de in de onderneming werkzame werknemers. Bovendien worden hiermee waarborgen ingebouwd ter bescherming van de positie van werknemers en OR-leden. In dit verband merken wij op dat het feit dat de OR met de werkgever onderhandelt over de avr niet onverenigbaar is met de medezeggenschapsrechtelijke verhouding die tussen de OR en de werkgever (onderneming) bestaat op grond van de WOR en waarbij het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen vooropstaat.¹¹ Nu het door de OR met de werkgever onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden niet voortvloeit uit de WOR, is hij hier niet gebonden aan deze doelstellingen. De OR (of een hiervoor door de OR ingestelde commissie) kan dus volledig met het oog op de belangen van de werknemers onderhandelen over de avr. Het feit dat de leden van de OR in dienst zijn van de werkgever maakt hun positie niet per definitie afhankelijker dan die van de vakbond. De vakbonden worden immers ook gefinancierd door de werkgever(s) bij de totstandkoming van de cao. Wanneer werkgever en OR op enig moment niet tot overeenstemming zouden komen over een nieuwe avr, staat het de werknemers vrij gebruik te maken van hun stakingsrecht. De OR zou hier dan de organiserende rol van de vakbond op zich moeten (kunnen) nemen. Hierover en over andere door de werkgever en de OR tegenover elkaar in acht te nemen (spel)regels bij het onderhandelen over de avr, kunnen afspraken worden gemaakt in een convenant of regeling tussen werkgever en OR.

11. Zie ook Kantonrechter Utrecht 12 februari 2016, ECLI: NL:RBMNE:2016:717.

Annotatie

Het arrest Altun e.a.

(C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63).

Bewijskracht van een in Bulgarije afgegeven E 101-verklaring die volgens het land van ontvangst, België, op frauduleuze wijze is verkregen

mr. H.H. Voogsgeerd¹

1. **Geen bewijskracht van een E 101-verklaring afgegeven voor in een andere lidstaat gedetacheerde werknemers in geval van fraude. Betekenis van het rudimentaire algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik.**

Het arrest gewezen door de grote kamer van het Hof van Justitie van de EU gaat over de vraag of aan de 'ijzeren regel' van bewijskracht van een door het thuisland afgegeven E 101-verklaring onder bepaalde omstandigheden een uitzondering kan worden gemaakt. De E 101-verklaring is een document dat wordt afgegeven door de autoriteiten van het thuisland van gedetacheerde werknemers en hierin staat vermeld dat de betrokken werknemers voor de aangegeven duur onderworpen blijven aan de socialezekerheidsregels van het thuisland, wanneer zij in een andere lidstaat van de Unie werken. De verklaring is geregeld in de uitvoeringsverordeningen (respectievelijk Verordening (EEG) Nr. 574/72 en sinds 1 mei 2010 Verordening (EG) Nr. 987/2009) en niet in de coördinatieverordening zelf (Verordening (EEG) nr. 1408/71 en sinds 1 mei 2010 Verordening (EG) nr. 883/2004) zelf. In het geding is art. 11 lid 1 Verordening (EEG) Nr. 574/72 van toepassing op de feiten in het hoofdgeding.

1. Herman Voogsgeerd is UD bij de vakgroep BEB (Bedrijfsrecht, Europees Recht en Belastingrecht) van de Rijksuniversiteit Groningen.

1.1. De feiten

In de bouwsector is de vennootschap naar Belgisch recht Absa actief. Na een grondig onderzoek concludeert de Belgische Sociale Inspectie dat Absa vanaf 2008 geen personeel in dienst had en alle taken uitbesteedde aan Bulgaarse ondernemingen. Deze ondernemingen detacheren vervolgens Bulgaarse werknemers die beschikken over de vereiste E 101-verklaring die is afgegeven door de bevoegde Bulgaarse instantie. In beginsel is België gehouden de geldigheid van deze verklaring te accepteren. Maar uit een door een Belgische onderzoeksrechter gelast onderzoek zou zijn gebleken dat de Bulgaarse ondernemingen geen activiteiten van betekenis in Bulgarije zelf uitoefenden. En dit is wel een voorwaarde van een rechtsgeldige detachering. Omdat hier niet aan is voldaan, is er sprake van fraude en de gedetacheerde werknemers hadden dus aangesloten moeten zijn bij het betere Belgische stelsel van sociale zekerheid. Na kennis genomen te hebben van dit onderzoek verzoekt de Belgische Sociale Inspectie, met de nodige argumenten, de Bulgaarse bevoegde instantie om de betrokken E 101-verklaringen te herzien of in te trekken. Deze instantie verschaft na enige tijd een brief met daarin vermeld de door de instantie afgegeven verklaringen en de mededeling dat deze op het moment van de aanvraag in Bulgarije voldeden aan de wettelijke vereisten. In de brief is niet ingegaan op de Belgische onderzoeken en de geconstateerde en bewezen fraude.

Het Belgische Openbaar Ministerie vervolgt Absa en anderen in hun hoedanigheid van werkgever voor het (doen) laten verrichten van arbeid in België door Bulgaarse werknemers die daar niet zijn

toegelaten. Ook hebben zij verzuimd aangifte te doen bij de Belgische instelling die belast is met de inning van de socialezekerheidsbijdragen voor de betrokken werknemers en die aan te sluiten bij de Belgische Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. De rechter in eerste aanleg spreekt de verdachten vrij omdat de E 101-verklaringen regelmatig en regelmatig zijn afgegeven door de Bulgaarse instantie. In beroep houdt het Hof van Beroep in Antwerpen rekening met de onderzoeken en veroordeelt de betrokkenen wegens fraude. In cassatie vraagt de Belgische hoogste rechter, het Hof van Cassatie, het Europese Hof van Justitie om een uitspraak over de vraag of een eenmaal uitgereikte E 101-verklaring door een andere rechter kan worden vernietigd of buiten toepassing gelaten, indien de feiten die aan de rechter worden voorgelegd toelaten vast te stellen dat er sprake is van fraude bij het verkrijgen van die verklaring.

1.2. Conclusie A-G H. Saugmansgaard Øe van 9 november 2017

De A-G heeft een sterk pleidooi gehouden voor de noodzaak van fraudebestrijding, nu dat door de Belgische inspectie zo concreet is vastgesteld en bewezen. Recht zou moeten ophouden waar misbruik begint. In oudere jurisprudentie heeft het Hof van Justitie steeds erop gehamerd dat misbruik van recht en fraude met concrete gegevens moet worden aangetoond, teneinde het vrije verkeer van werknemers en vrije vestiging niet bij voorbaat te veel te belemmeren.² In de onderhavige zaak is dit nu juist concreet aangetoond en bewezen. De A-G komt met het onderscheid tussen objectieve en subjectieve aspecten van fraude.³ Indien alleen aan het objectieve aspect zou worden voldaan kan men nog niet spreken van fraude maar slechts van rechtsmisbruik. Om te kunnen spreken van fraude is ook een subjectief element, de bedoeling te frauderen, nodig. Dit zou volgen uit het eerdere arrest van het Hof in de zaak *Hongarije/Slowakije*.⁴ Het objectieve element is het niet hebben voldaan aan de twee voorwaarden om een E 101-verklaring te verkrijgen (zie par. 3). Het subjectieve element is de intentie van de betrokken ondernemingen waarbij kennelijk sprake is van een opzettelijk handelen of nalaten teneinde een voordeel te verkrijgen via afgifte van de E 101-verklaring. Dit gemaakte onderscheid tussen objectieve en subjectieve aspecten kan niet anders dan de traditionele terughoudendheid verklaren om daadwerkelijk fraude aan te nemen op de interne markt. In de onderhavige zaak heeft de Belgische bevoegde instelling voldoende concrete feiten op tafel gelegd teneinde beide aspecten te kunnen aantonen.

Nochtans blijven sommige lidstaten, waaronder de Republiek Ierland, Polen en Hongarije het rechtszekerheidsbeginsel inroepen: het socialezekerheidsrecht van slechts één lidstaat kan maar van toepassing zijn. Dit beginsel moet volgens de A-G wijken indien de autoriteiten van het land van ontvangst klip en klaar vastgesteld hebben dat sprake is van fraude. Dit is het geval in *Altun e.a.* In dat geval kan een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel niet meer worden gehonoreerd.

In een eerdere zaak was dit nog niet het geval. In deze zaak, *A-Rosa Flussschiff* (C-620/15, ECLI:EU:C:2017:12) met een conclusie van dezelfde A-G Saugmansgaard Øe, was er discussie tussen de Franse bevoegde instantie en een Zwitsers orgaan over de door de laatste afgegeven E 101-verklaring voor werknemers die op Duitse schepen in Frankrijk werkzaam waren. De onderneming met zetel in Duitsland had een filiaal opgericht in Zwitserland, dat bevoegd was met betrekking tot het personeel. Volgens de Franse instantie was er een probleem met die werknemers, omdat deze als seizoensarbeiders permanent in Frankrijk werkzaam waren en dus helemaal niet over een E 101-verklaring zouden mogen beschikken maar gewoon in Frankrijk premie sociale verzekeringen zouden moeten betalen. Het Franse orgaan verzoekt het Zwitserse orgaan de betreffende E 101-verklaring in te trekken, maar deze reageert met een algemene constatering dat, wanneer werknemers slechts in één staat werkzaam zijn, zij dan daar premies sociale verzekering moeten afdragen. De A-G en het Europese Hof zijn in deze zaak heel erg duidelijk. Zolang een E 101-verklaring is afgegeven voor bepaalde gedetacheerde werknemers, bestaat een rechtsvermoeden dat deze in overeenstemming met de regels aangesloten zijn bij het socialezekerheidsstelsel van het land van oorsprong. Nu de dialoog tussen beide betrokken Franse en Zwitserse organen nog niet is afgesloten en ook geen gebruik is gemaakt van de bemiddelingsprocedure in de Verordening bij uitleggingsmoeilijkheden (art. 84bis lid 3 Verordening (EEG) nr. 1408/71) kan de Franse instantie niet eenzijdig van mening zijn dat de betrokken gedetacheerde werknemers niet binnen de detacheringbepaling van de Verordening vallen. Zoals de A-G opmerkt kan een lidstaat zich binnen de EU niet beroepen op reciprociteit: het recht van de EU bindt de lidstaten ongeacht of een andere lidstaat dit niet nakomt. Kortom: unilateraal optreden is uit den boze.

In de onderhavige zaak *Altun e.a.* speelt dit niet. Fraude is aangetoond en bewezen en dat maakt deze zaak anders. De A-G concludeert dat de rechter van het ontvangstland een E 101-verklaring buiten toepassing mag laten indien deze heeft vastgesteld dat deze verklaring op frauduleuze wijze is verkregen of is ingeroepen.

1.3. Uitspraak Hof van 6 februari 2018

Het Hof van Justitie heeft in hoofdzaak de conclusie van de A-G gevolgd. Het Hof begint met een aantal constatering die al in eerdere rechtspraak aan de orde is gekomen. Zo bestaat de tweede titel van Ver-

2. Zie bijvoorbeeld de arresten *Paletta I* (C-45/90, ECLI:EU:C:1992:236), *Paletta II* (C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182) en *Centros* (C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126).

3. Zie de conclusie, punt 49 en volgende.

4. Zaak C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630, punt 58.

ordering (EEG) nr. 1408/71 uit een volledig en eenvormig stelsel van conflictregels die een conflict over het toepasselijk recht moeten voorkomen en de rechtszekerheid dienen en daarmee ook het vrije verkeer van werknemers binnen de EU. In principe is de sociale wetgeving van het werkland van toepassing, tenzij hierdoor juist complicaties voor de betrokken werknemers en de ondernemingen worden geschapen. In dat geval zijn er uitzonderingen op het werklandbeginsel voorzien. Eén zo'n uitzondering is de mogelijkheid van detachering op het grondgebied van een andere lidstaat van de EU (art. 14 punt 1 onder a Verordening (EEG) nr. 1408/71). Om deze uitzondering toe te mogen passen zijn er twee voorwaarden waaraan moet worden voldaan. Ten eerste de aanwezigheid van een organische band tussen uitzendende onderneming en gedetacheerde werknemer gedurende de detachingsperiode. Ten tweede dat de bovengenoemde onderneming 'doorgaans activiteiten van betekenis verricht op het grondgebied van de lidstaat waar zij is gevestigd' (rechtsoverweging 34). De door de lidstaat van vestiging afgegeven E 101-verklaring leidt tot een vermoeden dat aan die twee voorwaarden voldaan wordt. Is zo een verklaring eenmaal afgegeven en niet herroepen of ingetrokken, dan is die in beginsel bindend en kan de wetgeving van een andere lidstaat niet van toepassing zijn.

De instanties van de lidstaat van vestiging en die van het gastland zijn verplicht tot loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU) en dit beginsel hangt weer samen met een ander beginsel, dat van wederzijds vertrouwen tussen de instanties van de lidstaten. Hoewel de lidstaat van ontvangst zich in beginsel moet houden aan de afgegeven E 101-verklaring, dient de instantie in de thuisstaat die de verklaring heeft afgegeven na geuite twijfels in de lidstaat van ontvangst, opnieuw te onderzoeken of de verklaring juist is dan wel eventueel moet worden ingetrokken. In geval van een conflict tussen de twee betrokken instanties is er een 'verplichte' procedure voor de Administratieve Commissie, genoemd in de verordening. Slaagt deze er ook niet in het conflict op te lossen, dan is een niet-nakomingsprocedure mogelijk onder art. 259 VWEU en dan kan het Hof van Justitie EU zich hierover uitspreken.

Het nieuwe van dit arrest *Altun e.a.* zit in de aanwezigheid van fraude en misbruik. Het algemene beginsel van Unierecht dat fraude en misbruik van recht verboden zijn, speelt daarmee een grote rol. Bij de vaststelling van fraude zijn een objectief en een subjectief element betrokken. Indien de instantie van de lidstaat waar de werknemers zijn gedetacheerd met concrete nieuwe informatie komt waaruit fraude blijkt, eist het beginsel van loyale samenwerking dat de instantie die de E 101-verklaring heeft afgegeven opnieuw onderzoekt of de verklaring terecht gegeven is. Indien deze heroverweging niet binnen een redelijke termijn gebeurt, kunnen de door de Belgische instantie verzamelde gegevens over de fraude een rol spelen in een gerechtelijke procedure in België in die zin dat de Belgische rechter de betrokken E 101-verklaringen

niet in aanmerking neemt. Dit is in deze zaak het geval omdat de Bulgaarse instantie niet heeft gereageerd op de door de Belgische sociale inspectie in Bulgarije verzamelde gegevens over de fraude. De Belgische rechter mag doorgaan met het vaststellen van de aansprakelijkheid van de betrokken ondernemingen onder het Belgisch recht. Er moet hierbij wel voldaan zijn aan het recht op een eerlijk proces en de betrokken ondernemingen moeten in staat worden gesteld de gegevens te weerleggen.

2. Loyale samenwerking tussen de lidstaten (art. 4 lid 3 VEU) is gebaseerd op wederzijds vertrouwen

De loyale samenwerking tussen de lidstaten en hun organen is aangehaald in de zaak *Altun e.a.* Wij kennen deze loyale samenwerking al uit het oude EEG-Verdrag van 1958. Het beginsel van loyale samenwerking is op dit moment geregeld in art. 4 lid 3 VEU. In de uitvoering en handhaving van het Europese recht moeten de lidstaten met de Unie wederzijds samenwerken. Ook onderling dienen de lidstaten samen te werken in het uitvoeren en handhaven van Unierecht. Op de Europese interne markt moeten economische actoren als ondernemingen en werknemers niet onnodig lastiggevalen worden met procedurele vereisten indien zij gebruik maken van de gewaarborgde economische vrijheden binnen de EU. Het verdient de voorkeur probleemgevallen eerst op te lossen via communicatie tussen de bevoegde instanties van de twee betrokken lidstaten. Hierbij is enerzijds ICT en anderzijds een voldoende mate aan vertrouwen tussen de instellingen van de lidstaten nodig. Voor de interne markt kennen we het IMI, het Internal Market Information System. Ook wat de coördinatie van de sociale zekerheid binnen de Unie betreft geldt die loyale samenwerking en is er een speciale procedure in Verordening (EEG) nr. 1408/71 genoemd (art. 80 e.v.). In een voorstel tot wijziging van de Verordeningen (EG) Nr. 883/2004 en (EG) Nr. 987/2009 wordt ook gewerkt met registers waarin data tussen de lidstaten kunnen worden gedeeld.⁵ Ook de voorgestelde Europese Arbeidsautoriteit zou hier een complementerende rol kunnen gaan spelen.⁶

Er is een duidelijk verband tussen loyaal samenwerken en vertrouwen. In de Duitse taal en in de interne Duitse situatie spreekt men wel van 'Bun-

5. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 883/2004 betreffende coördinatie van de sociale-zekerheidsstelsels en Verordening (EG) Nr. 987/2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) Nr. 883/2004 [COM (2016) 815 final]. Een betere regeling voor gedetacheerde werknemers ten einde de arbeidsmobiliteit te verbeteren is een kernstuk van dit voorstel.
6. M. Houwerzijl, 'De Europese Arbeidsautoriteit, een logische stap in de bestrijding van misstanden bij grensoverschrijdende arbeid', TRA 2018/45.

destreue' (Bondstrouw) tussen de deelstaten en het federale niveau. Men zou dus voor de EU van gemeenschaps- of Unietrouw kunnen spreken. Het beginsel van wederzijds vertrouwen wordt actueel door de discussie over fundamentele waarden, onafhankelijke rechtspraak en de eisen waaraan een rechtsstaat moet voldoen in enkele Oost-Europese lidstaten. De huidige president van het Europese Hof, Lenaerts, stelt in een artikel dat vertrouwen verdiend kan worden door effectieve naleving van de fundamentele rechten door lidstaten.⁷ Wederzijds vertrouwen is in ieder geval een Europees constitutioneel beginsel waarbij de EU als een gemeenschap van waarden wordt gedefinieerd.⁸ In het genoemde artikel gaat Lenaerts vooral in op legitieme uitzonderingen op de wederzijdse erkenning van rechterlijke uitspraken. Maar ook in de zaak *Altun e.a.* gaat het om legitieme uitzonderingen op de wederzijdse erkenning van E 101-verklaringen en hierbij is zeker ook het beginsel van wederzijds vertrouwen aan de orde. Indien men wil profiteren van de regels van de interne markt in het algemeen en die met betrekking tot het detacheren van werknemers uit lidstaten naar andere lidstaten in het bijzonder, dient men op zijn minst het Unierecht volledig te respecteren.

3. Voorwaarden waaraan een rechtsgeldige detachering moet voldoen

In deze detacheringszaken gaat het dan vooral om de voorwaarden waaraan detachering moet voldoen, dat is dat de onderneming die werknemers detachert 'gewoonlijk' activiteiten in het land van oorsprong uitvoert. Indien die onderneming als activiteit heeft het detacheren van werknemers, zal deze activiteit voornamelijk in het thuisland moeten worden verricht. De tweede voorwaarde is dat in ieder geval gedurende de duur van de detachering de organische band tussen die onderneming en de gedetacheerde werknemers blijft bestaan.⁹ In *Altun e.a.* gaat het om de eerste voorwaarde: 'gewoonlijk' activiteiten in het land van herkomst uitvoeren. Dit is een eis waaraan de onderneming die detachert moet voldoen, niet de gedetacheerde werknemers. Sterker nog, de onderneming mag speciaal werknemers in eigen lidstaat werven om die vervolgens, zonder dat ze activiteiten hebben uitgeoefend in de eigen lidstaat, meteen te detacheren in een andere lidstaat van de Europese Unie.¹⁰

Dat is inherent aan de business case en aan de interne markt. Indien de onderneming personeel ter beschikking stelt, moet het dat hoofdzakelijk in de thuisstaat doen. Is dat niet het geval, dan moeten de betrokken werknemers aangesloten worden bij het werkland, de lidstaat van ontvangst van de 'gedetacheerde' werknemers.

Op de andere voorwaarde voor een geldige detachering, dat de organische band tussen onderneming en werknemers moet blijven bestaan gedurende de periode van detachering, had het Hof kunnen ingaan in *Herbosch Kiere*.¹¹ Deze zaak betrof een Belgisch bedrijf dat via onderaannemingsovereenkomsten een Iers bedrijf inschakelde dat vervolgens personeel naar België stuurde. Wie oefent in België het gezag uit over dit personeel dat over een Ierse E 101-verklaring beschikt? Het Hof gaat niet inhoudelijk in op deze vraag en volstaat met erop te wijzen dat de betrokken gedetacheerde werknemers in Ierland sociaal verzekerd zijn en dat het land van ontvangst niet op eigen houtje mag nagaan of de organische band bestaat. Dit moet de thuisstaat doen met inachtneming van het beginsel van loyale samenwerking. Deze overweging is vreemd in het licht van de onderhavige zaak. Hier is het land van ontvangst juist wel op eigen houtje gaan onderzoeken of de betrokken Bulgaarse ondernemingen in eigen land doorgaans activiteiten verrichten. Het Europese Hof lijkt te oordelen dat het beter is dat de thuisstaat dit doet en niet het land van ontvangst van de betrokken gedetacheerde werknemers.

Daarnaast is er het in *Altun e.a.* veelvuldig aangehaalde arrest *A-Rosa Flussschiff*.¹² Daar ging het, zoals ik eerder vermeldde, om seizoensarbeiders in de Franse toerismeindustrie, waarbij een Zwitsers filiaal van een Duitse onderneming de detachering regelde. Het was daar niet duidelijk vastgesteld dat deze seizoensarbeiders ook in Zwitserland werkzaam waren. Dit laatste is op zich geen probleem, mits de organische band tussen de Duits/Zwitserse onderneming en de gedetacheerde seizoensarbeiders maar behouden is gebleven gedurende het gehele tijdvak van detachering. Essentieel is of de Zwitserse onderneming ook in Zwitserland gewoonlijk activiteiten verricht. Dit is niet genoeg aan de orde gekomen in de zaak, ook door de nog niet goed uitgekristalliseerde communicatie tussen de Zwitserse en de Franse bevoegde instanties.

4. Misbruik, misbruik van recht en/of fraude. Van een rudimentair naar een algemeen rechtsbeginsel van Unierecht

De terminologie, fraude, misbruik, misbruik van recht is niet altijd even consequent in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. In het

7. K. Lenaerts, 'La Vie Après l'Avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust', *Common Market Law Review* 54, pp. 805 e.v., 2017.

8. K. Lenaerts, *ibidem*, p. 806. Zie ook het advies van het Hof over de toetreding van de EU tot de Raad van Europa, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

9. Besluit nr. 128 van de Administratieve Commissie, punt 1, gewijzigd door Besluit nr. 162 van 31 mei 1996.

10. Besluit nr. 128 van de Administratieve Commissie, punt 1, gewijzigd door Besluit nr. 162 van 31 mei 1996.

11. C-2/05, ECLI:EU:C:2006:69.

12. C-620/15, ECLI:EU:C:2017:12.

arrest *Hongarije/Slowakije* wordt in rechtsoverweging 58 gesproken over 'het bewijzen van misbruik' (en dus niet over 'fraude', HV) en daarvoor zijn de al genoemde objectieve en subjectieve elementen nodig.¹³ Wordt hier niet 'misbruik' enerzijds en het 'bewijzen van misbruik' anderzijds door elkaar gehaald? Of moet het 'bewijzen van misbruik' gelijkgesteld worden aan 'fraude'? Waarschijnlijk dat laatste. Indien beweerd misbruik bewezen is mag men pas spreken van fraude. In het voorstel voor een verordening voor betere regels voor de wijze van toepassing van Verordening (EG) Nr. 883/2004, de opvolger van Verordening (EEG) nr. 1408/71, stelt de Europese Commissie de volgende definitie van fraude voor: 'elk opzettelijk handelen of elk opzettelijk nalaten te handelen dat tot doel heeft socialezekerheidsuitkeringen te verwerven of te ontvangen of de betaling van socialezekerheidsbijdragen te vermijden en dat in strijd is met de wetgeving van een lidstaat'.¹⁴ Het element opzet is hier zeer sterk aanwezig, en dit is een verbetering. Maar het voorstel is voor de onderhavige zaak niet relevant.

De A-G in *Altun e.a.* maakt een duidelijk onderscheid tussen rechtsmisbruik, waarbij alleen aan het objectieve criterium voldaan is, en fraude, waarbij ook aan het subjectieve criterium voldaan is. Dit kan gerelateerd zijn aan oudere jurisprudentie van het Europese Hof waarbij het gebruik maken van de vier economische vrijheden duidelijk onderscheiden wordt van misbruik. Gebruik maken is juist iets dat moet worden gestimuleerd, omdat dit de onderliggende bedoeling van de interne marktregels is. Misbruik moet bewezen worden aan de hand van concrete gegevens. En fraude is daarbij dan nog weer een gekwalificeerd misbruik, waarbij ook de intentie misbruik te plegen bewezen is, het zogenoemde subjectieve element. Gebruik van de economische vrijheden is toegestaan, maar misbruik en fraude niet. Alleen moeten misbruik en fraude wel bewezen worden.¹⁵ Bij fraude zou een sanctie kunnen volgen, terwijl bij misbruik slechts het voordeel uit het van toepassing zijn van het Unierecht ontnomen kan worden.¹⁶ In die zin is er een verschil tussen fraude en alleen rechtsmisbruik.

Het algemene beginsel van gemeenschapsrecht (nu Unierecht) dat rechtsmisbruik is verboden vinden we ook terug in vele arresten buiten de vier vrijheden. Bijvoorbeeld in *Kofoed* waar het om een richtlijn (90/34) betreffende een gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen e.d. gaat.¹⁷

13. C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630.

14. Voorgesteld art. 2, punt 4 van het voorstel, zie voor het voorstel noot 5.

15. *Paletta I* (ECLI:EU:C:1992:236) en *II* (ECLI:EU:C:1996:182), *Centros* (ECLI:EU:C:1999:126), *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (ECLI:EU:C:2006:544), allemaal arresten met betrekking tot de economische vier vrijheden.

16. Zie het arrest *Halifax e.a.*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 en de conclusie van A-G Poiares Maduro in die zaak, ECLI:EU:C:2005:200.

17. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408.

Bij misbruik kan een justitiabele zich niet beroepen op een voordeel te verkrijgen uit toepassing van het Unierecht. Het Hof verwijst naar art. 11 lid 1 sub a van deze richtlijn waarin expliciet vervat is dat in geval het hoofddoel of een der hoofddoelen van de aandelenruil belastingfaude of -ontwijking is, een lidstaat het te verkrijgen voordeel uit toepassing van Unierecht teniet mag doen. Deze bepaling weerspiegelt, aldus het Hof, het algemene beginsel van gemeenschapsrecht dat rechtsmisbruik is verboden (rechtsoverweging 38), in geval van fraude of misbruik mag geen beroep worden gedaan op gemeenschapsrecht (nu: Unierecht). Denemarken had art. 11 lid 1 sub a echter niet omgezet in Deens recht. In 2007 bij het wijzen van dit arrest *Kofoed* verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich nog ertegen dat richtlijnen aan particulieren verplichtingen kunnen opleggen. Richtlijnconforme uitleg staat wel toe aan de nationale rechter te onderzoeken of het nationale recht een beginsel van verbod van rechtsmisbruik kent. In het recente arrest *Cussens* van november 2017 is het Hof duidelijker.¹⁸ Het beginsel van verbod van misbruik is een algemeen beginsel van Unierecht dat rechtstreekse werking heeft en rechtstreeks toepasselijk is in het recht van de lidstaten, zelfs bij ontbreken van een nationale bepaling waarbij dit beginsel is omgezet. Dit arrest betrof uitlegging van de Zesde BTW-richtlijn.¹⁹ *Kofoed* is nu verouderd en het beginsel van verbod van misbruik is van een rudimentair beginsel een algemeen beginsel van Unierecht geworden en het heeft daarmee dezelfde status als bijvoorbeeld het algemene beginsel van verbod van leeftijdsdiscriminatie. Het geldt bij verordeningen, zoals die met betrekking tot de coördinatie van socialezekerheidsstelsels, maar ook bij richtlijnen en de economische vier vrijheden van de interne markt.

5. Concluderend en blik op een nieuwe zaak

In *Altun e.a.* heeft het Europese Hof duidelijk gemaakt dat door de instanties van de lidstaat van ontvangst van de gedetacheerde werknemers bewezen fraude met E 101-verklaringen in het land van oorsprong van deze werknemers een grond is om de verklaring terzijde te leggen. Dit past in de lijn van eerdere uitspraken waarin werd vastgehouden aan de 'ijzeren' bewijskracht in verband met de rechtszekerheid op de Europese interne markt, in gevallen waarin die fraude nog niet bewezen was of de communicatie tussen de bevoegde instanties van beide betrokken lidstaten van de EU nog niet tot een bevredigend einde was gebracht.

In *Altun e.a.* ging het om de voorwaarde voor een geldige detachering dat de detacherende onderneming doorgaans activiteiten moet ontplooiën in het land van oorsprong. In het Belgische onderzoek

18. C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881.

19. Richtlijn 77/388/EEG.

was bewezen dat dat niet het geval was. Over de andere voorwaarde voor een geldige detachering, het behoud van een organische band tussen de uitzendende onderneming en de gedetacheerde werknemers gedurende de periode van detachering, is het Hof minder duidelijk geweest tot nog toe.

Onlangs zijn prejudiciële vragen gesteld door een Franse rechter over valse E 101-verklaringen in de zaak C-370/17 (*CRPNPAC e.a.*) waarbij het gaat om de onderneming Vueling Airlines die is gevestigd op luchthaven Charles de Gaulle. Deze onderneming had alleen grondpersoneel aangemeld bij de Franse instellingen van sociale zekerheid. Ander personeel beschikt over een E 101-verklaring die als woonplaats Spanje aanwees en hen dus aansloot bij het Spaanse stelsel van sociale zekerheid. Maar uit Frans onderzoek naar de vermelde woonplaats was gebleken dat de meerderheid van de gedetacheerde werknemers geen Spaans ingezetene was. Tegen Vueling werd vervolging ingesteld onder meer wegens het mogelijk maken van zwartwerk en fraude, omdat de werknemers alleen waren aangetrokken met het doel om op Frans grondgebied te gaan werken. Dit laatste is echter toegestaan volgens besluit van de Administratieve Commissie.

De belangrijkste vraag in deze nieuwe zaak is dan ook of de afgegeven E 101-verklaringen geldig blijven, zelfs al heeft de Franse rechter definitief vastgesteld dat hierbij sprake is geweest van 'fraude of misbruik van recht'. In deze zaak is van belang of er voldoende communicatie is geweest tussen de Franse en de Spaanse bevoegde instanties en of de onderneming, dus Vueling, ook in Spanje 'gewoonlijk' activiteiten verricht. Lastig hierbij is dat het bij Vueling gaat om een luchtvaartmaatschappij en deze zal zonder twijfel in het Spaanse luchtruim activiteiten verrichten. Men mag ook werknemers uit andere lidstaten vanuit Spanje detacheren, mits die dan zijn aangesloten bij het Spaanse stelsel van sociale zekerheid. Ook is van belang of de fouten in de E 101-verklaring en de fout weergegeven woonplaats voldoende zwaar zijn om de E 101-verklaring ongeldig te verklaren. Het Hof zal hierover uitsluitel moeten geven. Er blijft voldoende reden de verordeningen over coördinatie van de sociale zekerheid te moderniseren, zoals de Europese Commissie ook van plan is.²⁰

20. Zie noot 5.

Annotatie

Over het Albatros-arrest en hoe alleen besef van het verleden ons het heden kan doen verstaan. Hoge Raad

9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180

mr. N. Jansen¹

1. Inleiding

In een aantal sectoren, zoals de schoonmaak en de catering, is in de cao bepaald dat bij een contractswisseling als gevolg van bijvoorbeeld een heraanbesteding door de opdrachtgever alle (of een groot deel van de) werknemers die op het project werkzaam zijn, een nieuwe arbeidsovereenkomst (onder dezelfde arbeidsvoorwaarden) aangeboden moeten krijgen bij de onderneming die het project verwerft. Met deze cao-verplichting is veelal bedoeld werknemers aanvullende bescherming te bieden met betrekking tot het behoud van werkgelegenheid bij de wisseling van een contractuitvoerder. Op grond van de Richtlijn inzake de overgang van onderneming behoudt een werknemer weliswaar zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij een overgang, maar niet altijd kan een contractswisseling worden beschouwd als een 'overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt', waardoor de Richtlijn soms toepassing mist.² De cao-verplichting beoogt werknemers op dit punt tegemoet te komen. In hoeverre een werkgever bij een contractswisseling verplicht is werknemers over te nemen, is een kwestie van uitleg van de toepasselijke cao-bepaling. In deze bijdrage bespreek ik het *Albatros*-arrest waarin de Hoge Raad overwoog dat art. 38 van de cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: schoonmaak-cao) en de in dit artikel voorkomende term heraanbesteding beperkt moet worden uitgelegd. Die beperkte uitleg lijkt niet in overeenstemming met de strekking van het artikel,

dat wil zeggen met een redelijke uitleg kijkend naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van die uitleg, maar is verdedigbaar op basis van eerdere rechtspraak met betrekking tot deze cao-bepaling.

2. Feiten

Bij het Crowne Plaza Hotel in Amsterdam werd tot 3 december 2012 door werknemers van het schoonmaakbedrijf Albatros schoonmaakwerk verricht. Op 3 december 2012 werd Albatros failliet verklaard en de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van Albatros zijn op 6 december 2012 opgezegd door de curator. Op 13 december 2012 sloot de curator van Albatros met schoonmaakbedrijf CSU een overeenkomst over de overname van activa uit de failliete boedel van Albatros. Onderdeel van deze activatransactie was het schoonmaakcontract met het Crowne Plaza Hotel, waardoor op initiatief van de curator een contractswisseling plaatsvond. Een aantal werknemers van Albatros trad met terugwerkende kracht per 3 december 2012 bij CSU in dienst en zette het werk bij het Crowne Plaza Hotel ongewijzigd voort. De arbeidsvoorwaarden van het overgenomen personeel werden door CSU bij indiensttreding aangepast, in die zin dat een weekendtoeslag verviel. Bij brief van 21 juni 2013 hebben de overgenomen werknemers geprotesteerd tegen deze wijziging, omdat de wijziging in strijd zou zijn met art. 18 van de (destijds geldende) cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Art. 18 van de cao bevatte een toeslagregeling voor het werken tijdens avond-, nacht- en weekenddiensten en op feestdagen. Met ingang van 1 juli 2010 werd de toeslagregeling in de cao ongunstiger voor werknemers die in een hotel werkzaam zijn, in die zin dat het recht op de toeslagpercentages verviel. Er gold evenwel een overgangsregeling die meebracht dat werknemers die op 30 juni 2010 werkzaam waren in een hotel recht bleven houden op de toeslagpercentages. Dit recht verviel op het moment van vrijwillige

1. Niels Jansen is docent en onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam.

2. Zie HR 8 juni 2007, JAR 2007/2013; R.M. Beltzer & J.P.H. Zwemmer, 'De uitleg van artikel 43 van de schoonmaak-cao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?', *ArA* 2008/1, p. 99 e.v. en Ktr. 's-Hertogenbosch 26 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2013.

uitdiensttreding. CSU stelde zich op het standpunt dat in deze zaak sprake was geweest van vrijwillige indiensttreding van de werknemers die voorheen voor Albatros in het Crowne Plaza Hotel werkzaam waren geweest, zodat CSU niet gehouden was de oude toeslagpercentages te blijven voldoen.

3. Eerste aanleg en appel

In eerste aanleg betoogde CSU dat de overgangsbepaling in de cao verkregen rechten beoogt te beschermen ten opzichte van de eigen werkgever of diens rechtsopvolgers. CSU stelde zich op het standpunt dat in deze zaak geen sprake was van een overgang van onderneming noch van een contractswisseling die CSU verplichtte werknemers over te nemen, zodat CSU niet kon worden aangemerkt als rechtsopvolger. CSU stelde dat zij de betreffende werknemers van Albatros geheel onverplicht een arbeidsovereenkomst had aangeboden, waarbij zij geheel vrijwillig op dit aanbod zijn ingegaan en waarbij van tevoren duidelijk was dat de weekend- en feestdagtoeslagen niet langer zouden worden vergoed, zodat de overgangsbepaling niet van toepassing was. De kantonrechter verwierp het standpunt van CSU en wees de vorderingen van de werknemers toe. Volgens de kantonrechter waren werknemers niet vrijwillig uit dienst getreden nu de curator de arbeidsovereenkomsten had opgezegd en zij in het verlengde daarvan het aanbod van CSU hadden geaccepteerd.

CSU is van dit oordeel in hoger beroep gekomen en stelde in appel dat de kantonrechter niet tot dit oordeel had kunnen komen. Volgens CSU konden de werknemers jegens haar geen beroep doen op de overgangsregeling. CSU was een nieuwe werkgever en niet als rechtsopvolger van Albatros te beschouwen. Door het beroep op de overgangsbepaling te honoreren, kende de kantonrechter volgens CSU een te vergaande reikwijdte toe aan art. 38 van de cao, waarin de overnameverplichting in geval van een contractswisseling is opgenomen. Op grond van de schoonmaak-cao is van een contractswisseling sprake 'als een werkgever een object verwerft door heraanbesteding, waaronder ook wordt verstaan een aanbesteding als gevolg van opzegging van het contract door het schoonmaak/glazenwassersbedrijf.' De reikwijdte van art. 38 van de cao is voor deze zaak relevant, omdat in het geval van een contractswisseling als bedoeld in de cao, een aanbod van een nieuwe werkgever zodanig dient te zijn dat het cao-loon en andere op de cao gebaseerde rechten moeten worden gerespecteerd. Deze grief van CSU bracht mee dat het zwaartepunt van de juridische discussie in appel verschoof van de uitleg van de overgangsbepaling in de cao, naar de uitleg van art. 38 over contractswisseling. Het Gerechtshof Amsterdam overwoog dat de situatie van een overname van een contract als gevolg van een biedingsprocedure geïnstigeerd door de curator en met kennelijke instemming van Crowne Plaza, zoals in de *Albatros*-zaak was gebeurd, gelet op het beschermende karakter van art. 38 van de schoon-

maak-cao redelijkerwijs ook dient te vallen onder het begrip contractoverneming in de zin van de cao. Het hof verwierp het betoog van CSU en liet het oordeel van de kantonrechter in stand, waarna CSU in cassatie ging.

4. Conclusie van de A-G

De A-G stelde voorop dat in de cao niet is voorzien in de situatie dat een opdrachtnemer failliet gaat. Dat in art. 38 van de cao niets staat over een faillissementssituatie brengt volgens de A-G evenwel niet mee dat art. 38 dan niet geldt. Het is volgens de A-G goed denkbaar dat een opdrachtgever in overleg met de curator een biedingsprocedure opzet om via een heraanbesteding een nieuw schoonmaakbedrijf te vinden. Zo'n situatie zou volgens de A-G zonder meer vallen onder het bereik van art. 38 van de cao. In de *Albatros*-zaak heeft de curator de biedingsprocedure opgezet, maar wel met de kennelijke instemming van Crowne Plaza. De A-G heeft zich in de conclusie op het standpunt gesteld dat het niet goed verdedigbaar is dat in die situatie, die niet fundamenteel verschilt met de situatie dat Crowne Plaza zelf de procedure georganiseerd zou hebben, art. 38 van de cao niet zou gelden. De A-G heeft de door het gerechtshof gekozen benadering gevolgd.

5. Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in zijn arrest de conclusie van de A-G niet gevolgd en het arrest van het hof vernietigd. De Hoge Raad heeft onder verwijzing naar de cao-norm overwogen dat uit de tekst van art. 38 van de schoonmaak-cao volgt dat de overnameverplichting van toepassing is in geval van een heraanbesteding. In het begrip 'heraanbesteding' ligt volgens de Hoge Raad besloten dat daarvan slechts sprake is indien deze plaatsvindt door dezelfde opdrachtgever als degene die het project waarom het gaat, eerder aanbesteedde. In de *Albatros*-zaak heeft de biedingsprocedure plaatsgevonden op initiatief van de curator en de enkele omstandigheid dat dit is gebeurd met de kennelijke instemming van Crowne Plaza is volgens de Hoge Raad onvoldoende om te kunnen spreken van een heraanbesteding door Crowne Plaza. De tekst van art. 38 cao, de strekking daarvan en de voor partijen kenbare toelichting daarbij bieden geen steun voor het andersluidende oordeel van het hof, aldus de Hoge Raad.³

De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat aan de omstandigheid dat art. 38 ertoe strekt de betrokken werknemers te beschermen tegen de gevolgen van een heraanbesteding niet de gevolgtrekking kan worden verbonden dat een biedingsprocedure zoals in de *Albatros*-zaak onder het toepassingsbereik

3. HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180, r.o. 3.5.3 (*Albatros*).

van art. 38 cao valt, zonder dat daarvoor in de tekst van of toelichting bij art. 38 cao steun is te vinden.⁴

6. Annotatie

6.1. Inleiding

Als uitgangspunt voor de uitleg van de bepalingen van een cao geldt de zogenoemde cao-norm die inhoudt dat in beginsel de bewoordingen daarvan en de eventueel daarbij behorende schriftelijke (en kenbare) toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de cao, voor zover deze niet uit de cao-bepalingen of de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld. Bij de uitleg kan onder meer acht worden geslagen op elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Bij toepassing van de cao-norm kan aldus geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Dat wordt niet anders indien dergelijke andere stukken algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden.⁵

Opvallend aan het *Albatros*-arrest is in de eerste plaats dat de Hoge Raad bij de uitleg van art. 38 van de schoonmaak-cao doorslaggevende waarde toekent aan de tekst van de cao-bepaling. Na het *Condor*-arrest⁶ uit 2016 werd hier en daar voorzichtig gedacht aan het einde van een overwegend tekstuele interpretatiemethode bij de uitleg van cao-bepalingen.⁷ Hoewel die gedachte alleen al vanwege de bijzondere situatie in de *Condor*-zaak te ver ging, heeft de Hoge Raad in het *Albatros*-arrest bevestigd dat bij de uitleg van een cao-bepaling nog steeds belangrijke zo niet doorslaggevende betekenis toekomt aan de exacte bewoordingen van die bepaling.⁸ Een zwaluw maakte ook in dit verband nog geen zomer. In de tweede plaats roept dit arrest de vraag op waarom de Hoge Raad zo weinig waarde lijkt te hechten aan de kennelijke strekking van art. 38 die, kijkend naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een redelijke uitleg van de tekst, toch lijkt te zijn dat alle werknemers die op een bepaald project werkzaam zijn, bij de overdracht van dat project hun werkgelegenheid op dat

project behouden en dan met name wanneer de Richtlijn die bescherming niet biedt. Als dat inderdaad de strekking is, dan verdient toch – in lijn met de oordelen van het gerechtshof en de A-G – met het oog op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen een wat ruimere interpretatie van het begrip heraanbesteding de voorkeur, zodat werknemers op wat meer bescherming kunnen rekenen bij een contractswisseling. Dit mag misschien zo zijn, maar de historie van de overnameverplichting uit de schoonmaak-cao maken de overwegingen van de Hoge Raad in het *Albatros*-arrest wel begrijpelijk en ik licht dit toe in de volgende subparagraaf.

6.2. Achtergrond bij art. 38 schoonmaak-cao

De overnameverplichting bij een contractswisseling is al geruime tijd onderdeel van de schoonmaak-cao en de reikwijdte van deze overnameverplichting was ruim tien jaar geleden onderwerp van een cassatieprocedure in de *ISS*-zaak. Het draaide in deze zaak om art. 43 van de schoonmaak-cao en dit artikel kan worden beschouwd als de oudere versie van art. 38 waarover het in de *Albatros*-zaak ging. Tussen partijen werd in de *ISS*-zaak geprocedeerd over de vraag of van heraanbesteding in de zin van de schoonmaak-cao sprake was indien een heraanbesteding niet via de opdrachtgever maar via een aan hem gelieerde onderneming verliep. Het hof en de Hoge Raad oordeelden op basis van een taalkundige uitleg dat van heraanbesteding in de zin van de cao slechts sprake was, indien het contract door dezelfde opdrachtgever opnieuw wordt aanbesteed. De Hoge Raad overwoog in het *ISS*-arrest dat het weliswaar de kennelijke bedoeling van de overnameverplichting is om tegemoet te komen aan de moeilijkheid dat de Richtlijn overgang van onderneming in de schoonmaaksector soms tekortschiet, maar dat daaruit nog niet voortvloeit dat cao-partijen een zodanig ruime regeling hebben willen treffen die meebrengt dat voor toepassing van de overnameverplichting bij contractswisseling voldoende is dat het een aanbesteding betreft die betrekking heeft op werkzaamheden die voorheen ten behoeve van de aanbestedende onderneming werden verricht.⁹ Volgens de Hoge Raad gaat het te ver om te stellen, zoals *ISS* deed, dat de strekking van de overnameverplichting uit de schoonmaak-cao is dat alle werknemers die op een bepaald project werkzaam zijn, bij de overdracht van dat project hun werkgelegenheid op dat project behouden en de nieuwe opdrachtgever hun daartoe een nieuwe arbeidsovereenkomst dient aan te bieden.

Het *ISS*-arrest werd destijds in de literatuur kritisch ontvangen.¹⁰ Grapperhaus vond de uitleg van

4. Idem.

5. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678.

6. HR 25 november 2016, NJ 2017/114 (FNV/Condor).

7. HR 25 november 2016, NJ 2017/114 (FNV/Condor).

8. Zie A. Stege, 'Uniek geval of inleiding op beperking van de reikwijdte van de cao-norm bij de uitleg van ondernemings-cao's', *ArA* 2017/3.

9. HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/2013.

10. R.M. Beltzer & J.P.H. Zwemmer, 'De uitleg van artikel 43 van de schoonmaak-cao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?', *ArA* 2008/1, p. 99 e.v.; F.B.J. Grapperhaus, 'HR, 08-06-2007, nr. C06/020HR',

het begrip heraanbesteding te beperkt en wees erop dat de Hoge Raad bij de uitleg van de overnameverplichting had moeten aansluiten door de Hoge Raad zelf vastgestelde kennelijke bedoeling van cao-partijen bij die verplichting een zo veel mogelijk bij de Richtlijn 2001/23/EG aansluitende situatie te creëren, ofwel: wanneer een economische entiteit met behoud van identiteit verplaatst wordt van het ene juridische kader naar het andere juridische kader in het economisch verkeer, gaan de rechten en verplichtingen mee over.¹¹ Voor het leerstuk van overgang van onderneming hoeft geen sprake te zijn van een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger¹² en zo zou het dan ook moeten zijn met heraanbesteding. Het gaat er niet zozeer om dat dezelfde persoon opnieuw aanbesteedt, maar dat hetzelfde project opnieuw wordt aanbesteed.¹³

De beperkte uitleg die de Hoge Raad in het ISS-arrest aan het begrip heraanbesteding in de zin van de overnameverplichting uit de schoonmaak-cao heeft gegeven, heeft cao-partijen niet aangezet tot een wijziging van dit begrip in de cao. In de huidige overnameverplichting wordt nog steeds gesproken van contractswisseling na heraanbesteding. Cao-partijen hebben zich kennelijk verzoend met de beperkte uitleg die de Hoge Raad aan het begrip heraanbesteding heeft gegeven, in die zin dat het initiatief van de aanbesteding steeds bij de opdrachtgever moet liggen en dat de daadwerkelijke opdrachtgever moet (her)aanbesteden. Ware dit anders, dan had het op de weg van cao-partijen gelegen de cao-tekst aan te passen. Hoewel op het ISS-arrest dus wel het nodige is aan te merken, hebben cao-partijen de cao-tekst niet aangepast. In 2015 heeft de Hoge Raad wat betreft de strekking van art. 38 van de schoonmaak-cao de overwegingen van het ISS-arrest herhaald, althans daarnaar verwezen en ook na dit arrest is de cao-tekst niet aangepast.¹⁴ In het licht van het voorgaande bevreemdt het niet dat de Hoge Raad in het *Albatros*-arrest het begrip heraanbesteding wederom beperkt heeft uitgelegd, in die zin dat het initiatief van de aanbesteding steeds bij de opdrachtgever moet liggen en dat een verkoop door de curator van het schoonmaakcontract aan een andere uitvoerder uit de failliete boedel, niet op één lijn kan worden gesteld met een contractswisseling na heraanbesteding. Ook bij een ruime interpretatie van de term heraanbesteding uit de schoonmaak-cao, in die zin dat het initiatief daarvan niet steeds bij de opdrachtgever hoeft te liggen, is het nog maar de vraag of dan ook bij een contractswisseling in een faillissementssi-

tuatie een overnameverplichting van de onderneming die het schoonmaakcontract uit de failliete boedel verkrijgt, bestaat. Zowel een ontkennend als een bevestigend antwoord is naar mijn mening verdedigbaar. Laat ik beginnen met een bevestigend antwoord. De Hoge Raad overwoog in het ISS-arrest dat met art. 43 van de cao (en thans art. 38) kennelijk bedoeld is (door cao-partijen) tegemoet te komen aan de moeilijkheid dat de Richtlijn overgang van onderneming niet op iedere contractswisseling van toepassing is.¹⁵ Ter illustratie wijs ik erop dat in het Verenigd Koninkrijk bij iedere contractswisseling de Richtlijn van toepassing is. Een ruime interpretatie van de term heraanbesteding en een werknemersvriendelijke toepassing van de overnameverplichting zou dan meebrengen dat alle werknemers die op een bepaald project werkzaam zijn, bij elke contractswisseling hun werkgelegenheid op dat project behouden en dat de nieuwe opdrachtgever hun daartoe dus bij iedere contractswisseling een nieuwe arbeidsovereenkomst dient aan te bieden, zelfs wanneer zo'n contractswisseling plaatsvindt in een faillissementssituatie. De omstandigheid dat in het nationale recht de regels van overgang van onderneming zijn uitgesloten bij faillissement (art. 7:666 e.v. BW) doet daaraan dan niet af, omdat de cao bij een ruime interpretatie van de term heraanbesteding steeds bescherming biedt wanneer de Richtlijn dat niet doet. Zoals gezegd, is ook een ontkennend antwoord verdedigbaar en misschien wel beter. Volgens de Hoge Raad is het de kennelijke bedoeling van cao-partijen dat met art. 38 van de schoonmaak-cao wordt tegemoetgekomen aan de moeilijkheid die toepassing van de Richtlijn biedt bij een contractswisseling, omdat niet bij iedere contractswisseling sprake is van de overgang van een economische entiteit met behoud van identiteit. Als op het punt van identiteitsbehoud discussie kan bestaan, omdat bijvoorbeeld geen activa mee is overgegaan, biedt de overnameverplichting van art. 38 van de schoonmaak-cao aanvullende werknemersbescherming. Werknemers behouden hun werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, ongeacht of de Richtlijn van toepassing is. Onder het Nederlandse recht zijn de regels met betrekking tot de overgang niet van toepassing bij faillissement en de Richtlijn laat deze uitzondering toe. Hierover bestaat geen discussie (voor zover het faillissement op liquidatie is gericht¹⁶) en gesteld kan worden dat in die situatie aanvullende bescherming via de band van de cao juist niet voor de hand ligt. De cao biedt in dat geval alleen aanvullende bescherming wanneer redelijkerwijs twijfel kan bestaan over toepassing van de Richtlijn in geval van een heraanbesteding vanwege de omstandigheid dat geen activa en/of personeel is overgegaan. Bij deze iets minder rui-

Ondernemingsrecht 2008/14 en M.D. Ruizeveld, 'Art. 43 Schoonmaak cao: van mogelijk misbruik bij de uitleg tot overgang van onderneming', *SR* 2007/65.

11. F.B.J. Grapperhaus, 'HR, 08-06-2007, nr. C06/020HR', *Ondernemingsrecht* 2008, 14.

12. Zie onder andere: R.M. Beltzer, 'Dertig jaar overgang van onderneming een lijst van wensen', *SMA* 2007, afl. 2.

13. Zie ook F.B.J. Grapperhaus, 'HR, 08-06-2007, nr. C06/020HR', *Ondernemingsrecht* 2008, 14.

14. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3634.

15. HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/2013, r.o. 3.6.2 Voor de moeilijkheden met betrekking tot toepasselijkheid van de Richtlijn bij een contractswisseling verwijs ik naar Ktr. 's-Hertogenbosch 26 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2030.

16. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*).

me uitleg van het begrip heraanbesteding is er wel reden een situatie zoals in de *ISS*-zaak onder het bereik van de overnameverplichting uit de cao te laten vallen (aangebesteding via een gelieerde onderneming), maar een situatie zoals in de *Albatros*-zaak niet (aangebesteding door de curator).

7. Conclusie

Wanneer het oordeel van de Hoge Raad in de *Albatros*-zaak los wordt gezien van het *ISS*-arrest, is de strikte interpretatie van de term heraanbesteding in de schoonmaak-cao in het licht van de strekking van de cao-bepaling (afgeleid uit de tekst (die de wil van de partijen bij de cao weergeeft) en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen) niet goed te begrijpen. De overnameverplichting is volgens de Hoge Raad kennelijk bedoeld om werknemers aanvullende bescherming te bieden bij een contractswisseling en de strikte interpretatie van de term heraanbesteding doet afbreuk aan het werknemersbeschermende karakter van die verplichting. In het licht van het *ISS*-arrest zijn de overwegingen van de Hoge Raad in het *Albatros*-arrest echter een heel stuk beter te begrijpen. Na de strikte interpretatie van de Hoge Raad uit 2007 hebben cao-partijen niet gekozen voor een andere term dan heraanbesteding of er blijk van gegeven deze interpretatie niet te volgen. De cao-tekst is op dit punt niet gewijzigd en cao-partijen hebben zich kennelijk verzoend met de interpretatie uit het *ISS*-arrest. In het licht daarvan is het begrijpelijk dat de Hoge Raad op deze strikte interpretatie niet is teruggekomen in de *Albatros*-zaak. Overigens is het zeer de vraag of betrokken werknemers op basis van een ruime interpretatie van de term heraanbesteding de zaak hadden gewonnen. De cao beoogt weliswaar aanvullende bescherming te bieden wanneer over de toepasselijkheid van de Richtlijn discussie kan bestaan, maar in deze zaak was sprake van een faillissementssituatie en dan bestaat er in beginsel geen discussie over toepasselijkheid van de Richtlijn. Als cao-partijen – en dan denk ik met name aan de vakbonden – een ruimere interpretatie van art. 38 van de schoonmaak-cao voorstaan, dan is het aan hen om de tekst van deze bepaling in een volgende cao aan te passen.

De medezeggenschapsaspecten van de AVG

mr. D.J.A. Vesters en mr. C.P.C. Meyer-de Swaan¹

‘Veel bedrijven niet klaar voor nieuwe privacywet’, kopte recent het *NRC Handelsblad*.² De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) is al in mei 2016 in werking getreden, maar pas sinds 25 mei 2018 van toepassing op het Nederlandse bedrijfsleven. De tussenliggende periode van twee jaar moest door werkgevers en toezichthouders worden benut om zich goed voor te bereiden op de AVG. Desondanks is bij veel werkgevers pas laat het besef ontstaan dat aandacht moet worden besteed aan de AVG. Niet handelen overeenkomstig de AVG kan namelijk resulteren in aanzienlijke boetes.³ Een behoorlijke naleving van de AVG maakt dat de werkgever van alles moet doen in zijn organisatie. In dat verband komt de ondernemingsraad (OR) verschillende rechten toe.⁴ In dit artikel zullen wij de rechten van de OR (het initiatiefrecht, het informatierecht, het instemmingsrecht en het adviesrecht) aan de hand van de toepassing van de AVG in de praktijk bespreken. In dat kader zullen wij ook ingaan op de situatie waarin een OR zijn instemming in een consultatietraject onthoudt en de mogelijke gevolgen daarvan voor de implementatie van de AVG. Alvorens dit te doen, zal het kader van de AVG worden geschetst. Daarbij zullen in het bijzonder de verantwoordelijkheden en plichten van de werkgever worden besproken.

1. De Algemene Verordening inzake Gegevensbescherming

Gelet op de grote hoeveelheid aandacht over het onderwerp privacy, zal het niemand zijn ontgaan dat de AVG van toepassing wordt.⁵ De AVG vervangt de EU-privacyrichtlijn⁶ en zal in de plaats treden van

de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en het Vrijstellingsbesluit. Hoewel zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens het uitgangspunt is van zowel de AVG alsook de Wbp, zorgt de komst van de AVG voor de nodige veranderingen in het privacylandschap. Zo wordt de werknemer (de betrokkene⁷) een aantal nieuwe rechten toegekend ter versterking van de controle over zijn of haar persoonsgegevens⁸ (waaronder het recht op beperking⁹, het recht van vergetelheid¹⁰ en het recht op dataportabiliteit¹¹), ziet de werkgever (de verwerkingsverantwoordelijke¹²) zich geconfronteerd met een grotere verantwoordelijkheid en meer verplichtingen en kan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) hogere boetes opleggen.¹³ Voor een meer uitvoerige beschrijving van de verschillen tussen de Wbp en de AVG wordt verwezen naar het artikel van Nabben en Post Uiterweer.¹⁴

De werkgever is verantwoordelijk voor de rechtmatige en zorgvuldige verwerking van de persoonsgegevens van (onder andere) zijn werknemers. Daartoe dienen in de AVG voorgeschreven plichten te worden nageleefd, welke naleving door de werkgever moet kunnen worden aangetoond.¹⁵ Relevant in dit verband is art. 5 AVG. Daaruit volgt dat persoonsgegevens moeten worden verwerkt in overeenstemming met een reeks van algemene beginselen. Zo dient een gegevensverwerking (onder andere) rechtmatig, behoorlijk en transparant te zijn, dient de verwerking te voldoen aan specifieke verzameldoelen en mogen de persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk.¹⁶ Om aantoonbaar invulling te kunnen geven aan al deze voorgeschreven beginselen moet de werkgever ten minste de volgende maatregelen nemen.¹⁷

1. Danny Vesters en Carola Meyer-de Swaan zijn beiden advocaat bij Boontje Advocaten.
2. *NRC Handelsblad* 19 april 2018, ‘Veel bedrijven niet klaar voor nieuwe privacywet’.
3. Art. 83 AVG.
4. Zie ook S. Schermerhorn & S.R. Blankestijn, ‘De rol van de ondernemingsraad bij de implementatie van de Algemene Verordening inzake Gegevensbescherming’, *ArbeidsRecht* 2018/15.
5. Op 4 mei 2016 is de AVG gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. De AVG is twintig dagen na deze publicatie in werking getreden. De AVG is vanaf 25 mei 2018 van toepassing.
6. Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van per-

soonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

7. Art. 4 sub 1 AVG (zie ook art. 1(a) Wbp).
8. Art. 12-23 AVG.
9. Art. 18 AVG.
10. Art. 19 AVG.
11. Art. 20 AVG (recht op overdraagbaarheid van gegevens).
12. Art. 4 sub 7 AVG (zie ook art. 1 sub d Wbp).
13. Art. 83 AVG.
14. P.A. Nabben & E.C. Post Uiterweer, ‘De Europese privacy verordening: werkgever, bent u er klaar voor?’, *ArbeidsRecht* 2017/21.
15. Art. 5 lid 2 AVG.
16. Art. 5 lid 1 sub a-f AVG.
17. In het schema is per maatregel een verwijzing opgenomen naar de relevante artikelen van de AVG alsook

	Maatregelen	Artikel AVG	Artikel Wbp
A	Passende beveiligingsmaatregelen treffen.	Art. 24 (32)	Art. 13
B	Rekening houden met het principe van privacy by design & default.	Art. 25 (32)	Art. 13 (14)
C	Afspraken maken met verwerkers.	Art. 28	Art. 13, 14
D	Een register van verwerkingsactiviteiten bijhouden.	Art. 30	Art. 30 lid 3 (28-30)
E	Een datalek melden bij de AP en mogelijk ook bij de werkgever.	Art. 33, 34	Art. 34a lid 2
F	Voorafgaand aan een risicovolle verwerkingsactiviteit een PIA uitvoeren.	Art. 35	-
G	Voorafgaand aan een nieuwe risicovolle verwerkingsactiviteit de AP raadplegen.	Art. 36	Art. 31, 32, 51 lid 2
H	Mogelijk een FG aanstellen.	Art. 37, 38, 39	Art. 62, 63 en 64
I	Werknemers informeren over de verwerking van hun persoonsgegevens, het doel daarvan en hun rechten.	Art. 5 (12-23)	Art. 6 (33-44)

De werkgever doet er verstandig aan alle door hem te nemen maatregelen op te nemen in een beleid. In dat verband is ook een rol voor de OR weggelegd. Om die rol zo concreet mogelijk te kunnen koppelen aan de hiervoor genoemde maatregelen zal hierna allereerst een toelichting worden gegeven op de verschillende soorten maatregelen die de werkgever moet treffen.

A. Beveiligingsmaatregelen

De werkgever dient passende technische en organisatorische maatregelen te treffen om te waarborgen en te kunnen aantonen dat de gegevensverwerking geschiedt in overeenstemming met de AVG.¹⁸ De wijze waarop de werkgever hier invulling aan dient te geven schrijft de AVG niet voor. De AVG voorziet enkel in een aantal richtlijnen. Zo vermeldt art. 32 lid 1 AVG dat technische en organisatorische maatregelen onder meer het volgende omvatten: de pseudonimisering en versleuteling van persoonsgegevens, het vermogen om op permanente basis de vertrouwelijkheid, integriteit, beschikbaarheid en veerkracht van de verwerkingssystemen en diensten te garanderen, het vermogen om bij een fysiek of technisch incident de beschikbaarheid van en de toegang tot de persoonsgegevens tijdig te herstellen en een procedure voor het op gezette tijdstippen testen, beoordelen en evalueren van de doeltreffendheid van de technische en organisatorische maatregelen ter beveiliging van de verwerking. Concrete voorbeelden van technische maatregelen

zijn (onder andere) encryptie en het opzetten van een firewall.¹⁹ Concrete voorbeelden van organisatorische maatregelen zijn het opzetten van een autorisatiebeleid²⁰ en een *clean desk policy*.

B. Privacy by design en default

Privacy by design en *default* houdt kort gezegd in dat de werkgever aandacht besteedt aan de privacy bij de ontwikkeling van nieuw beleid of het ontwerp van nieuwe systemen waarmee persoonsgegevens worden verwerkt.²¹ Welke exacte technische en organisatorische maatregelen de werkgever moet nemen om hieraan invulling te geven, is niet eenduidig aan te geven. In ieder geval moet rekening worden gehouden met de stand van de technieken, de uitvoeringskosten, met de aard, de omvang, de context en het doel van de verwerking, alsook met de risico's voor de werknemer. De werkgever dient daartoe interne beleidsmaatregelen op te stellen en toe te passen. Dergelijke maatregelen kunnen onder meer bestaan uit het minimaliseren van de verwerking van persoonsgegevens, pseudonimisering, het creëren van transparantie en het in staat stellen van de werknemer om controle uit te oefenen.²²

de Wbp. Het expliciet opnemen van deze artikelen laat in een oogopslag zien dat veel van hetgeen in de AVG is geregeld, ook reeds was geregeld in de Wbp.

18. Art. 24 en 32 AVG.

19. Ministerie van Justitie en Veiligheid, Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, p. 62.

20. Ministerie van Justitie en Veiligheid, Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, p. 62.

21. Art. 25 en 32 AVG.

22. Art. 25 AVG, overweging 78.

C. Verwerkers en verwerkersovereenkomsten

Een verwerker is een door de werkgever ingeschakelde derde partij die ten behoeve van de werkgever persoonsgegevens verwerkt.²³ De AVG bepaalt dat alleen die verwerkers mogen worden ingeschakeld die voldoende deskundig en betrouwbaar zijn.²⁴ De uitvoering van de verwerking door een verwerker dient te worden geregeld in een overeenkomst (of anderszins bindende rechtshandeling).²⁵ Deze overeenkomst dient in schriftelijke vorm, waaronder in elektronische vorm, te worden opgesteld en dient ten minste de volgende zaken te regelen: het onderwerp en de duur van de verwerking, de aard en het doel van de verwerking, het soort persoonsgegevens, de categorieën van betrokkenen en de rechten en verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke.²⁶

D. De registerplicht

Het uitgangspunt is dat iedere werkgever verplicht een verwerkingsregister moet bijhouden.²⁷ Alleen wanneer een werkgever minder dan 250 personen in dienst heeft, is er geen verplichting tot het bijhouden van een register, tenzij de verwerking waarschijnlijk een risico voor de rechten en vrijheden van de werknemers met zich brengt, de verwerking niet-incidenteel is of er sprake is van de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens of gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen of strafbare feiten.²⁸ Aangezien veruit de meeste verwerkingen niet-incidenteel zijn, zal in de praktijk slechts een beperkt aantal werkgevers met minder dan 250 werknemers een geslaagd beroep kunnen doen op voornoemde uitzonderingen.²⁹ Ons idee is dan ook dat zo goed als iedere werkgever er verstandig aan doet om een register aan te leggen. Het register geeft een beschrijving van de belangrijkste informatie over de diverse verwerkingen van persoonsgegevens binnen de organisatie van de werkgever. Het register zelf bevat geen persoonsgegevens, maar verschaft enkel inzicht in de diverse verwerkingsactiviteiten. Het register dient in schriftelijke vorm, waaronder in elektronische vorm, te worden opgesteld.³⁰ In art. 30 lid 1 sub a-g AVG is vermeld wat in ieder geval moet worden opgenomen in het register.³¹

23. Art. 4 sub 8 AVG.

24. Art. 28 AVG, overweging 28.

25. Art. 28 AVG, overweging 28.

26. Art. 28 lid 3 AVG.

27. Art. 30 AVG.

28. Art. 30 lid 5 AVG.

29. *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 55.

30. Art. 30 lid 3 AVG.

31. Het register mag dus worden opgemaakt in een tekstverwerkingsbestand, een spreadsheet, speciaal daartoe bestemde software of elke andere schriftelijke vorm.

E. Inbreuk in verband met persoonsgegevens

De AVG bevat een verplichting om onder omstandigheden een inbreuk in verband met persoonsgegevens (datalek) mede te delen aan de AP (en de werknemer).³² Een datalek is een inbreuk op de beveiliging die leidt tot de vernietiging, het verlies, de wijziging, de ongeoorloofde verstrekking of de ongeoorloofde toegang tot doorgezonden, opgeslagen of anderszins verwerkte persoonsgegevens. In beginsel moet ieder datalek aan de AP worden gemeld. Alleen die datalekken waarbij het onwaarschijnlijk is dat de inbreuk een risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen zijn uitgezonderd van de meldplicht. Wanneer wordt vastgesteld dat de inbreuk op de persoonsgegevens een hoog risico voor de werknemer inhoudt, dient de werkgever ook aan de werknemers mede te delen dat sprake is geweest van een inbreuk in verband met persoonsgegevens. De werkgever dient alle datalekken te documenteren in een overzicht van datalekken.³³ De werkgever doet er ook verstandig aan een datalekprotocol op te stellen zodat duidelijk is wat wanneer moet worden gedaan in het geval van een datalek.

F. De PIA

Wanneer een voorgenomen verwerking van persoonsgegevens waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van werknemers, is de werkgever verplicht daaraan voorafgaand een PIA (Privacy Impact Assessment dan wel gegevensbeschermingseffectbeoordeling) uit te voeren.³⁴ Een PIA is een instrument om van voorgenomen regelgeving of projecten waarbij persoonsgegevens worden verwerkt, de effecten voor werknemers op een gestructureerde en gestandaardiseerde wijze in kaart te brengen en te beoordelen. Op basis hiervan worden maatregelen getroffen om deze effecten voor werknemers te voorkomen of te verkleinen. Ook toont de werkgever met de PIA aan dat hij aan de vereisten van de AVG heeft voldaan voor die verwerkingsactiviteit.

G. Voorafgaande raadpleging van de AP

Wanneer uit een PIA blijkt dat een voorgenomen gegevensverwerking een hoog risico voor de werknemer inhoudt, en dit risico niet wordt weggenomen door het treffen van risicobeperkende maatregelen, is de werkgever verplicht de voorgenomen verwerking voor te leggen aan de AP.

32. Art. 33 en 34 AVG. Zie ook Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Guidelines on Personal data breach notification under regulation 2016/679, aangenomen 3 oktober 2017, 17/EN WP250.

33. Art. 33 lid 5 AVG.

34. Zie ook Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Richtsnoeren voor gegevensbeschermingseffectbeoordelingen en bepaling of een verwerking 'waarschijnlijk een hoog risico inhoudt' in de zin van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk herzien en goedgekeurd op 4 oktober 2017, 17/NL WP248.

H. Functionaris gegevensbescherming

De FG ziet intern toe op de naleving van de AVG en informeert en adviseert de werkgever hierover.³⁵ De FG is ook het aanspreekpunt voor de werknemer.³⁶ Slechts in een aantal in de AVG voorgeschreven gevallen is het aanstellen van een FG echter verplicht.³⁷ Dat is het geval als de organisatie: (i) een overheidsinstantie of overheidsorgaan is, (ii) de organisatie hoofdzakelijk is belast met verwerkingen die vanwege hun aard, omvang en/of doeleinden regelmatige en stelselmatige observatie op grote schaal van betrokkenen vereisen, (iii) de organisatie hoofdzakelijk is belast met verwerkingen die de grootschalige verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens met betrekking tot strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten behelzen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij ziekenhuizen of onderzoeksinstellingen die gebruik maken van gezondheidsgegevens. Een FG kan ook vrijwillig worden aangesteld door de werkgever. Wanneer de keuze wordt gemaakt een FG vrijwillig aan te stellen, dient de werkgever er rekening mee te houden dat deze FG in dat geval dezelfde taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en positie heeft als wanneer deze verplicht zou moeten worden aangesteld. Wanneer iemand in een vergelijkbare rol wordt aangesteld, bijvoorbeeld een 'privacy officer' of een 'medewerker gegevensbescherming', dan moet het binnen en buiten de organisatie van de werkgever duidelijk zijn dat deze persoon niet de formele rol van FG bekleedt.

I. Informatieplicht

De werkgever heeft de plicht om zijn werknemers te informeren over zijn gegevensverwerkingen. Meer specifiek hebben werknemers het recht om te weten wat er met hun persoonsgegevens gebeurt en waarom. Ook moeten zij bewust worden gemaakt van de risico's van de gegevensverwerking, de regels die ervoor gelden, de waarborgen en de manier waarop zij hun rechten met betrekking tot de verwerking van gegevens kunnen uitoefenen. De AVG schrijft voor welke informatie de werkgever ten minste moet verstrekken.³⁸ Op grond van deze verplichting stellen werkgevers in de praktijk een privacybeleid op, wijzigen ze arbeidsovereenkomsten, handboeken, reglement en protocollen en wordt er een 'privacy statement/notice' opgesteld. Gelet op de door de werkgever te treffen maatregelen A tot en met I en de daarmee verband houdende regelingen, is het duidelijk dat de werkgever allereerste plichten in acht moet nemen om de rechtmatige en zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens in zijn organisatie te kunnen garanderen.

Weliswaar vloeien die plichten rechtstreeks voort uit de AVG, echter hoe daar in de dagelijkse praktijk vorm en inhoud aan wordt gegeven is veelal afhankelijk van de beleidsvrijheid van de werkgever. Daarbij zullen diverse besluiten worden genomen die betrokkenheid van de OR vereisen.

2. De rol van de OR

In het hiernavolgende zal de rol van de OR worden beschreven, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan de diverse rechten van de OR. Voor een antwoord op de vraag welke OR bevoegd is bij (internationale) concerns en wat te doen bij een ontbrekende OR, verwijzen wij naar het artikel van Schermerhorn en Blankestijn.³⁹

2.1. Informatierecht

In art. 31 WOR e.v. is het informatierecht vastgelegd. Dit recht wordt onderverdeeld in enerzijds het actieve en anderzijds het passieve informatierecht. Art. 31 lid 1 WOR bevat het actieve informatierecht. Op grond hiervan heeft de OR het recht de werkgever alle inlichtingen en gegevens te vragen die hij redelijkerwijs nodig heeft voor zijn taakvervulling. Hiermee wordt bedoeld op de uitoefening van de wettelijke bevoegdheden van de OR, zoals het advies- en instemmingsrecht, maar ook het initiatiefrecht.⁴⁰ De werkgever is verplicht zo spoedig mogelijk aan dit verzoek te voldoen. Het passief informatierecht is onder meer neergelegd in art. 31 lid 2-4 en art. 31a-31d WOR en ziet op de verplichting van de ondernemer om informatie (over bijvoorbeeld het beloningsbeleid) proactief aan de OR te verstrekken.⁴¹ Er geldt geen passief informatierecht op het gebied van privacy.

In het licht van de AVG zal met name het actieve informatierecht relevant zijn als de implementatie van de AVG (nog) niet op de agenda van de werkgever staat of de OR hier niet of nauwelijks bij betrokken is. Aangezien het instemmingsrecht en mogelijk ook het advies- en initiatiefrecht een rol van betekenis spelen bij de implementatie van de AVG (waarover later in dit artikel meer), kan de OR op basis van deze bevoegdheid informatie opvragen over de wijze waarop de AVG in het algemeen en de daaruit voortvloeiende verplichtingen in het bijzonder, binnen de organisatie zullen worden nageleefd. Aan de hand van de verkregen informatie kan de OR vervolgens nagaan in hoeverre hij op grond van het advies- en/of instemmingsrecht bij

35. Art. 39 lid 1 AVG.

36. Art. 38 lid 4 AVG.

37. Art. 37 lid 1 AVG. Zie ook Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Richtlijnen voor functionarissen voor gegevensbescherming (Data Protection Officer, DPO) 2016/679, laatstelijk herzien en goedgekeurd op 5 april 2017, 16/NL WP243.

38. Art. 13 en 14 AVG.

39. S. Schermerhorn & S.R. Blankestijn, 'De rol van de ondernemingsraad bij de implementatie van de Algemene Verordening inzake Gegevensbescherming', *Arbeidsrecht* 2018/15.

40. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 14.

41. F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 234-235.

het implementatieproces betrokken (had) moet(en) worden.

2.2. Initiatiefrecht

De OR kan (al dan niet op grond van de verkregen informatie) ook gebruik maken van het in art. 23 lid 2 en 3 WOR neergelegde initiatiefrecht. Op grond van deze bevoegdheid kan de OR zowel tijdens, als buiten de overlegvergadering zelfstandig zaken op de agenda van de werkgever plaatsen. In dat kader kan de OR ook een deskundige raadplegen.⁴² Uit de regelgeving rondom het initiatiefrecht volgt onder meer dat een voorstel dat tijdens een overlegvergadering wordt gedaan, niet aan vormvereisten is gebonden. Dit kan tijdens dezelfde vergadering mondeling worden afgedaan. Een initiatiefvoorstel dat buiten een overlegvergadering wordt gedaan, dient de OR daarentegen schriftelijk en gemotiveerd in te dienen. Na bespreking van het voorstel in ten minste één overlegvergadering zal de werkgever op zijn beurt schriftelijk en gemotiveerd moeten aangeven of, en zo ja, hoe hij naar aanleiding van het voorstel zal besluiten.

De OR zou het initiatiefrecht kunnen gebruiken in het kader van een voorstel tot het vrijwillig instellen van een FG, het vrijwillig uitvoeren van een PIA of het vrijwillig vooraf raadplegen van de AP. Zoals hiervoor toegelicht is de werkgever slechts onder voorwaarden verplicht deze maatregelen te nemen. Gelet op een zorgvuldige naleving van de AVG en derhalve een volwaardige bescherming van persoonsgegevens, kan het echter verdedigbaar zijn dergelijke OR-initiatieven in te willigen. Het is uiteraard aan de OR om dit nader te onderbouwen.

Gezien de complexiteit van de AVG is het overigens de vraag of een OR in de praktijk daadwerkelijk gebruik zal maken van het informatie- en initiatiefrecht. De meeste OR-leden zijn immers geen privacy-expert. Op grond van art. 16 en 22 WOR kunnen OR-leden zich echter laten bijstaan door een deskundige, die hen hierover kan adviseren. Dit zou voor OR-leden drempelverlagend kunnen werken. Desalniettemin verwachten wij dat een OR weinig gebruik zal maken van het informatie- en initiatiefrecht.

2.3. Het instemmingsrecht

Het instemmingsrecht is vastgelegd in art. 27 WOR. Het ziet op (voorgenomen) besluiten waarvoor de ondernemer de instemming van de OR nodig heeft voordat hij deze definitief kan nemen. Het instemmingsrecht is beperkt tot de in art. 27 lid 1 WOR limitatief genoemde aangelegenheden, waarbij het doel van de aangelegenheid bepalend is.⁴³ Het instemmingsrecht is verder beperkt tot besluiten van algemene strekking. Dat zijn regelingen en syste-

men met een duurzaam karakter, die bij herhaling kunnen worden toegepast. De besluiten moeten van toepassing zijn op alle, dan wel een groep in de onderneming werkzame personen. Art. 27 WOR is niet van toepassing op incidentele besluiten met betrekking tot individuele werknemers.⁴⁴

Zonder de instemming van de OR of de vervangende toestemming van de kantonrechter is het besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van de in art. 27 lid 1 WOR genoemde aangelegenheden nietig. Voorwaarde daarvoor is wel dat de OR tijdig een beroep op de nietigheid van het besluit doet. Dat wil zeggen: binnen één maand (i) na de schriftelijke mededeling daarvan aan de OR, of – bij het uitblijven van een dergelijke mededeling – (ii) nadat de OR gebleken is van de uitvoering of toepassing van het besluit. De OR zal dan ook een beroep op de nietigheid moeten doen als hij weigert instemming te verlenen of hem in strijd met de WOR niet om instemming is gevraagd en de ondernemer het besluit desondanks gaat uitvoeren.⁴⁵ De OR kan de kantonrechter in dat geval verzoeken de ondernemer een verbod tot uitvoering van het besluit (al dan niet onder oplegging van een dwangsom) op te leggen.

2.3.1. Art. 27 lid 1 sub k WOR

Art. 27 lid 1 sub k WOR is wat ons betreft het meest relevante instemmingsrecht in relatie tot de AVG. Sub k schrijft voor dat een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot (i) de verwerking en (ii) de bescherming van persoonsgegevens van in de onderneming werkzame personen instemmingsplichtig is. Bij de invoering van sub k is besproken hoe dit instemmingsrecht zich verhoudt tot de Wet Persoonsregistraties (WPR), de voorloper van de Wbp.⁴⁶ Anders gezegd: of de reikwijdte van het instemmingsrecht beperkt wordt als er enkel sprake is van de uitvoering van een wettelijke plicht. Het lijkt namelijk niet logisch dat de OR dan een instemmingsrecht heeft. In de literatuur wordt hierover gesteld dat de OR alleen een instemmingsrecht heeft voor zover de ondernemer beleidsvrijheid heeft bij de uitvoering van de wet.⁴⁷ Verburg werkt dit nader uit aan de hand van de MvT.⁴⁸ Kort en goed stelt hij dat de Wbp tot zelfregulering verplicht, als gevolg waarvan er bij de implementatie van deze wet *altijd* sprake is van beleidsvrijheid. Deze beleidsvrijheid moet ingevuld worden met instemming van de OR. Als

42. Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 14.

43. Zie ook: HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, JAR 2003/18 (Holland Casino).

44. Zie F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 200; L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 350-351.

45. F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 212.

46. Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 12.

47. F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 208-209; L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 371-372.

48. Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 12.

gevolg hiervan zijn volgens Verburg *alle* regelingen over de verwerking van persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen op grond van sub k instemmingsplichtig.⁴⁹

De vraag is nu of deze redenering eveneens opgaat voor de AVG. Wij zijn van mening dat dit vaak het geval zal zijn. De AVG legt de ondernemer weliswaar een aantal keiharde verplichtingen op, maar laat hem beleidsvrijheid bij de implementatie daarvan. Werkgevers die in het kader van de AVG beleid opstellen zullen in de meeste gevallen ook gebruik maken van deze beleidsvrijheid, als gevolg waarvan de besluitvorming instemmingsplichtig zal zijn. In ieder geval voor dat deel van de besluitvorming waarbij gebruik is gemaakt van de geboden beleidsvrijheid. Een voorbeeld ter illustratie. Als een werkgever op grond van art. 30 AVG verplicht is een verwerkingsregister aan te leggen, zal het besluit tot het aanleggen van dit register niet instemmingsplichtig zijn. Als de werkgever in dat kader echter beleid opstelt dat ruimer wordt geformuleerd dan hetgeen op grond van de AVG is voorgeschreven, zal dit wel instemmingsplichtig zijn. Van dergelijk beleid is sprake als dit (bijvoorbeeld) voorschrijft welke personen toegang hebben tot het register, hoe vaak het register periodiek zal worden geëvalueerd of als op grond van het beleid meer wordt geregistreerd dan door de AVG wordt voorgeschreven. Ook de aanstelling van een FG is in dit kader illustratief. Als de werkgever op grond van art. 37 AVG verplicht is een FG aan te stellen, zal het aanstellingsbesluit niet instemmingsplichtig zijn. De besluitvorming dienaangaande zal echter veelal gepaard gaan met regelingen die zien op de wijze waarop de FG in de onderneming wordt gepositioneerd, zoals een taak- en functieomschrijving van de FG. Als deze omschrijving verder gaat dan hetgeen in art. 39 AVG is bepaald, zal het instemmingsrecht wel van toepassing zijn. Het instemmingsrecht strekt ons inziens echter niet zover dat de OR ook geconsulteerd moet worden over de vraag welke persoon als FG benoemd zal worden.⁵⁰ Ook de vrijwillige aanstelling van een FG (of een daarmee vergelijkbare functionaris) valt buiten de verplichtingen van de AVG en zal ons inziens dus instemmingsplichtig zijn.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat besluitvorming niet instemmingsplichtig is als de betrokken aangelegenheid inhoudelijk (dat wil zeggen: zonder enige beleidsvrijheid op ondernemingsniveau) in een cao of publiekrechtelijke regeling van arbeidsvoorwaarden is geregeld.⁵¹ Op grond van

art. 27 lid 3 WOR is het instemmingsrecht dan niet van toepassing.

2.3.2. Art. 27 lid 1 sub l WOR

In het kader van de AVG zou art. 27 lid 1 sub l WOR ook van toepassing kunnen zijn. Sub l ziet op voorgenomen besluiten over een regeling met betrekking tot voorzieningen die (i) gericht zijn op of (ii) geschikt zijn voor waarneming van, of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen. Bij 'gericht zijn' gaat het om zogenaamde digitale werknemervolgsystemen, die gericht zijn op waarneming of controle. Hierbij kan gedacht worden aan een prikklok, GPS- of camerasysteem, geautomatiseerd activiteitsysteem of tijdregistratiesysteem. Sub l ziet echter ook op voorzieningen die 'geschikt' zijn voor waarneming of controle. In dit verband kan het instemmingsrecht dus ook aan de orde zijn als de voorziening niet bedacht is voor waarneming of controle, maar wel als zodanig gebruikt kan worden.⁵²

Aangezien met werknemervolgsystemen ook persoonsgegevens worden verwerkt (denk aan een activiteitsysteem op basis waarvan vastgelegd wordt wanneer welke werknemers bepaalde werkzaamheden verrichten) zal de AVG kunnen noodzaken tot het opstellen of aanpassen van dergelijke regelingen. De besluitvorming dienaangaande zal instemmingsplichtig zijn.

2.3.3. Art. 27 lid 1 sub d, e, f WOR

Er zijn uiteraard ook andere regelingen denkbaar die als gevolg van de AVG onder de loep moeten worden genomen, aangezien op basis hiervan eveneens persoonsgegevens worden verwerkt. Hierbij valt te denken aan instemmingsplichtige regelingen op het gebied van screening van (potentiële) werknemers, het ziekteverzuim en het re-integratiebeleid. Het (her)schrijven van beleid dienaangaande zal ook instemmingsplichtig zijn op grond van art. 27 lid 1 sub d (een regeling op het gebied van ziekteverzuim of re-integratiebeleid) en sub e WOR (een regeling op het gebied van aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid). De implementatie van de AVG kan dan ook een zeker 'domino-effect' hebben.

2.4. Adviesrecht

Op grond van art. 25 WOR is de ondernemer verplicht de OR advies te vragen over een voorgenomen besluit met betrekking tot de in art. 25 lid 1

49. Zie ook: Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2017, JAR 2018/1, ECLI:NL:RBAMS:2017:7888 (Apple), overweging 4.4.

50. Dit in tegenstelling tot de preventiemedewerker, waarvoor art. 13 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet voorschrijft dat (i) de keuze voor de deskundige werknemer en (ii) diens positionering, wordt bepaald met instemming van die ondernemingsraad of persoonsvertegenwoordiging.

51. F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 210-211; L.G. Ver-

burg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 374-379.

52. Zie ook: Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2017, JAR 2018/1, ECLI:NL:RBAMS:2017:7888 (Apple), overweging 4.2.

WOR genoemde aangelegenheden van bedrijfseconomische, financiële of organisatorische aard. Het advies moet schriftelijk worden ingediend, op een zodanig tijdstip dat de OR nog wezenlijke invloed kan uitoefenen op het besluitvormingsproces. De OR wordt vervolgens in de gelegenheid gesteld binnen een redelijke termijn advies uit te brengen. Als het definitieve besluit van de ondernemer niet in lijn is met dit advies, is de in art. 25 lid 6 WOR opgenomen wachttijd van één maand van toepassing. Gedurende deze periode kan de OR op grond van art. 26 WOR beroep bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam (OK) instellen vanwege de kennelijke onredelijkheid van het besluit.

2.4.1. Art. 25 lid 1 sub k WOR

In het licht van de AVG zou art. 25 lid 1 sub k WOR van belang kunnen zijn. Sub k verwijst naar voorgenomen besluiten met betrekking tot de invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening. Sub k ziet derhalve op de besluiten over automatiseringstrajecten en procesinnovatie, zoals voorzieningen die zien op kantoor- en procesautomatisering, informatietechnologie, micro-elektronica of nieuwe materialen.⁵³ Dit subonderdeel is destijds in de WOR opgenomen vanuit de gedachte dat de invoer van nieuwe technologieën vaak verstrekken gevolgen heeft voor de bedrijfsvoeringen en de werknemers. Het is echter niet helemaal duidelijk wanneer sprake zal zijn van een 'belangrijke' technologische voorziening. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat dit onder meer het geval is als het besluit op den duur kan leiden tot een verlies van een belangrijk aantal arbeidsplaatsen, dan wel een belangrijke verandering van de arbeid of de arbeidsomstandigheden.⁵⁴ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat ook in geval van een gefaseerde of in kleine besluiten opgeknipte besluitvorming sprake kan zijn van een belangrijk besluit, als ten tijde van de besluitvorming voorzienbaar is dat op termijn sprake zal zijn van een belangrijke verandering voor de onderneming en de werknemers.⁵⁵

In het kader van de verplichtingen uit de AVG met betrekking tot de systeembeveiliging en het volgen van het beginsel van *privacy by design* en *privacy by default* kan een ondernemer zich genoodzaakt voelen bestaande IT-systemen aan te passen of te vervangen. Deze besluitvorming zou onder art. 25 lid 1 sub k WOR kunnen vallen. Wij verwachten echter

niet dat dit snel het geval zal zijn. Voor toepasselijkheid van sub k dient immers sprake te zijn van een belangrijke verandering voor de onderneming en de werknemers, hetgeen niet noodzakelijkerwijs het geval is als bestaande IT-systemen worden aangepast of vervangen.⁵⁶ In het kader van de implementatie van de AVG verwachten wij dan ook dat het adviesrecht een minder grote rol zal spelen.

3. De praktijk

Gelet op het voorgaande zullen wij tot slot stilstaan bij de praktijk. Meer in het bijzonder: de situatie dat een OR in het kader van een consultatietraject zijn instemming onthoudt en de mogelijke consequenties daarvan voor het implementatieproces. Zoals hierboven aangegeven, heeft de werkgever in dit geval de mogelijkheid op grond van art. 27 lid 4 WOR de vervangende toestemming van de kantonrechter te vragen. De kantonrechter zal deze toestemming slechts geven als (i) de beslissing van de OR om instemming te onthouden onredelijk⁵⁷ is of (ii) het voorgenomen besluit geveerd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen. In het kader van de redelijkheidstoets zal een rechter de zienswijzen van partijen tegen elkaar afwegen. Als de belangen van de OR even zwaar wegen als die van de werkgever, wordt het verzoek om vervangende toestemming in principe afgewezen, tenzij de werkgever kan aantonen dat hij een zwaarwegend belang heeft. Uit de rechtspraak blijkt bovendien dat rechters zich bij de beoordeling van voornoemde criteria terughoudend opstellen.⁵⁸ Gezien het grote aantal afwijzingen in de praktijk, blijkt het lastig om vervangende toestemming te verkrijgen.

De vraag dient zich aan of dit mogelijk anders is in het kader van de implementatie van de AVG. De AVG verplicht de werkgever immers uitvoering te geven aan een groot aantal duidelijk omschreven verplichtingen, waarbij hem een bepaalde mate van beleidsruimte geboden wordt. De ruimte die de OR in het kader van het instemmingstraject heeft om invloed uit te oefenen op de besluitvorming zal dan ook navenant kleiner zijn dan normaal. Dit zou

53. F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2018, p. 174; L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 302-303, nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 1996/97*, nr. 9 (hierna: *Nota n.a.v. Verslag*), p. 13-14.

54. *Kamerstukken II 1995/96*, 24615, nr. 3, p. 42.

55. *Kamerstukken II 1995/96*, 24615, nr. 3, p. 42; *Nota n.a.v. Verslag*, p. 49-50, p. 14.

56. Als er sprake is van een adviesplichtig besluit op grond van art. 25 lid 1 sub k WOR, kan ook art. 25 lid 1 sub n WOR van belang zijn. Sub n ziet op een besluit tot het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht aan een externe deskundige, mits de adviesopdracht ziet op een van de in art. 25 lid 1 WOR genoemde aangelegenheden.

57. HR 24 januari 2014, NJ 2016/395, ECLI:NL:HR:2014:159 (*OR/Stena Line*), r.o. 3.5.2: van onredelijkheid is sprake als de argumenten van de werkgever voor het nemen van het besluit zwaarder wegen dan de argumenten van de OR voor het onthouden van instemming, zie ook: noot Ilse Zaaij onder 1 bij beschikking Ktr. Amsterdam 12 januari 2016, TRA 2016/38.

58. Zie bijv.: Rechtbank Midden-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2223, r.o. 5.2.

er dan ook toe kunnen leiden dat een rechter eerder vervangende toestemming zal verlenen, omdat het onthouden van instemming onredelijk is, dan wel het voorgenomen besluit geveerd wordt door zwaarwegende redenen. Als gevolg hiervan zal de werkgever – zij het na enige vertraging – alsnog uitvoering kunnen geven aan de besluitvorming in het kader van de AVG.

Hierover bestaat weinig rechtspraak. In een zaak bij de Rechtbank Den Haag stelde de werkgever dat het besluit geveerd werd door een zwaarwegend belang door onder meer naar de wettelijke verplichtingen uit de Tabakswet te verwijzen. De rechter hechtte groot belang aan dit betoog en onderzocht in hoeverre de besluitvorming op basis van deze wet noodzakelijk was. In dit geval noodzaakte de wet echter slechts tot een deel van de besluitvorming (wel tot het besluit om één buitenruimte als rookgebied aan te wijzen, maar niet tot het besluit om de rookruimte binnen niet in gebruik te nemen). Nu de werkgever niet aannemelijk had gemaakt dat de nakoming van de wet door ingebruikname van de binnenruimte in het gedrang zou komen, heeft hij volgens de rechter geen zwaarwegend belang bij dit deel van het besluit. Het onthouden van instemming werd daarom niet onredelijk bevonden.

In het licht van de AVG is deze uitspraak interessant. Als de OR zijn instemming onthoudt en de werkgever die zich onder verwijzing naar de AVG beroept op een zwaarwegend belang zal hij gedegen moeten onderbouwen waarom de AVG tot dit beleid noodzaakt.⁵⁹ Bovendien zal de werkgever niet enkel met een verwijzing naar de AVG kunnen volstaan als er sprake is van beleidsvrijheid.

Ook de niet gepubliceerde uitspraak over de OR van een veiligheidsregio is interessant.⁶⁰ Het ging hier om voorgenomen besluitvorming die verband hield met beleid in het kader van de uitvoering van de Wet Veiligheidsregio's. Bij de uitvoering daarvan had de werkgever aansluiting gezocht bij de door Ambulance Zorg Nederland als branchenorm vastgestelde 3-jaarlijks (in plaats van de voorheen geldende 5-jaarlijkse) assessment. De OR was het niet eens met deze verhoogde frequentie van de assessment en onthield zijn instemming. De kantonrechter hechtte groot belang aan de door deze brancheorganisatie ontwikkelde norm. De rechter was dan ook van oordeel dat de weigering van de OR om in te stemmen met het voorgenomen besluit

onredelijk was en verleende vervangende toestemming. In het kader van de implementatie van de AVG is ook deze uitspraak relevant. De 'Artikel 29 werkgroep' – het samenwerkingsverband van Europese toezichthouders – heeft de door de AVG gegeven beleidsruimte namelijk deels ingevuld met haar uitleg ten aanzien van de AVG en de door de werkgroep opgestelde richtlijnen/opinies.⁶¹ Als een werkgever bij het invullen van de beleidsruimte onder de AVG aansluiting zoekt bij de publicaties van deze werkgroep, verwachten wij dan ook dat een rechter sneller zal oordelen dat het onthouden van de instemming dienaangaande onredelijk zal zijn.

4. Tot slot

De OR heeft een arsenaal aan rechten tot zijn beschikking in relatie tot de AVG. Daar waar de werkgever tot nu toe niet of nauwelijks iets heeft ondernomen ter uitvoering van de AVG kan de OR gebruikmaken van zijn initiatief- en informatierecht. Deze rechten kunnen tevens fungeren als opstap voor verdere consultatie. Met name het instemmingsrecht zal hierbij een belangrijke rol spelen. Werkgevers zullen in het kader van de implementatie van de AVG immers beleid opstellen, waarbij zij veelal gebruik zullen maken van de door de AVG geboden beleidsvrijheid. De besluitvorming dienaangaande zal instemmingsplichtig zijn. In ieder geval voor dat deel van de besluitvorming waarbij gebruik is gemaakt van de geboden beleidsvrijheid.

Ingeval een OR zijn instemming in een consultatieproces onthoudt, zal de werkgever vervangende toestemming van de kantonrechter kunnen vragen. Alhoewel deze toestemming over het algemeen niet snel verkregen wordt, verwachten wij dat dit in het kader van het implementatieproces anders zal zijn. Gezien de beperkte beïnvloedingsruimte van de OR in het kader van het implementatieproces, zal een rechter naar onze verwachting eerder van mening zijn dat het onthouden van instemming door de OR onredelijk is, dan wel dat het voorgenomen besluit door zwaarwegende redenen geveerd wordt. Als gevolg hiervan zal sneller vervangende toestemming verleend worden. Een onsuccesvol instemmingsstraject zal dan wel tot vertraging, maar niet tot stagnatie van het implementatieproces leiden.

59. Rechtbank Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBD-HA:2018:1970, r.o. 3.2 en 5.5. Zie tevens Rechtbank Middelburg 11 april 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AW0721 over vervangende toestemming in het kader van rookbeleid. Zie ook: Rechtbank Zeeland-West-Brabant 26 april 2017 ECLI:NL:RBZWB:2017:3827; in het kader van een verzoek om vervangende toestemming in verband met een voorgenomen besluit tot afschaffing van een 13e maand overwoog de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat 'indien een 13e maand in strijd met de CAO Woondiensten is dat een dwingend argument is om die af te schaffen' (r.o. 2.2 en 3.3.1).

60. Zie <https://www.sprengersadvocaten.nl/publicaties/weigering-instemming-or-onredelijk>.

61. Zie bijvoorbeeld Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming, Ministerie van Justitie en Veiligheid, p. 53-54: de definiëring van criteria op basis waarvan dient te worden vastgesteld of de verplichting tot aanstelling van een FG bestaat en de in het kader van de FG opgestelde richtlijnen/opinies.

Actualiteit

De Wet arbeidsmarkt in balans

prof. dr. R.M. Beltzer¹

1. Inleiding

De in 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid (Wwz), de eerste grote wijziging van het ontslagrecht van dit millennium, heeft van het begin af moeite gehad zichzelf geliefd te maken. De wet was nog niet in werking getreden of de kritieken zwollen al aan. De twee hoofddoelen van de wet – het eenvoudiger, begrijpelijker en eerlijker maken van het ontslagrecht en het verkleinen van het beschermingsniveau tussen ‘flex’ en ‘vast’ – zouden met deze wet niet worden gehaald. De onheilspropheten lijken op punten gelijk te hebben gekregen. Hoewel de gewijzigde ketenregeling, ondanks voorstellingen van flexaficionado's, niet tot veel (juridische en maatschappelijke) problemen heeft geleid, bewerkstelligde het grondenstelsel dat rechters – soms: al te² – voorzichtig oordeelden, hetgeen voor onzekerheid bij werkgevers zorgde. De verplichte transitievergoeding leidde, zoals te verwachten was, tot ontwijkend gedrag bij werkgevers.³ Inmiddels lijken overigens inderdaad meer vaste contracten te worden aangeboden, maar het is zeer twijfelachtig of de Wwz daar enige rol in heeft gespeeld en of deze koerswijziging niet veeleer is veroorzaakt door het feit dat de economische groei al elf kwartalen op rij voortduurt.⁴ Payrolling bestaat, maatregelen

in de Ontslagregeling ten spijt, nog steeds en andere vormen van flexibiliteit, zoals contracting, lijken onverminderd populair.⁵

De Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) heeft als doel de scherpe kanten van de Wwz af te vijlen en enkele zaken juist aan te scherpen. Uitdrukkelijk heeft de wetgever als doel het vaste contract aantrekkelijker te maken (waartoe flexibele arbeid tegelijkertijd minder aantrekkelijk wordt gemaakt). Bij de volgende thema's worden wetswijzigingen voorgesteld:

- oproep-/afroepcontracten;
- ketenregeling;
- proeftijd;
- een nieuwe (cumulatie)ontslaggrond: de i-grond;
- transitievergoeding;
- payroll;
- premiewijzigingen sociale zekerheid;
- informatie aan de werknemer.

De meeste van bovengenoemde thema's zijn een gevolg van geentileerd maatschappelijk ongenoegen.⁶ Het wetsvoorstel zag op 9 april jl. het levenslicht en is tot en met 7 mei voorwerp geweest van internetconsultatie. De keuze voor een dergelijke consultatie is verstandig na de veelal terechte kritiek uit de praktijk op de Wwz, welke wet in de relatief korte periode van zeven maanden het gehele wetgevingstraject had doorlopen. De consultatieperiode heeft 278 reacties opgeleverd, sterk variërend in omvang en hoeveelheid aangestipte thema's.⁷

1. Ronald Beltzer is hoogleraar Arbeid & Onderneming aan de Universiteit van Amsterdam.
2. Zoals in het geval van toetsing aan de d(isfunctioneren)-grond, waarbij rechters soms aan alle eisen toetsten die het UWV voorheen bij zijn eigen toets hanteerde. Het UWV diende en dient ook nu echter, anders dan de rechter, het publieke belang van de arbeidsmarkt; voorts kon een werknemer na een verleende toestemming voor opzegging van het UWV als uitgangspunt geen ontslagvergoeding krijgen, terwijl een dergelijke vergoeding in geval van ontbinding door de rechter nu juist regel was. De Hoge Raad heeft in de *Decor*-beschikking (ECLI:NL:HR:2018:182) inmiddels geoordeeld dat de UWV-regels slechts door de rechter behoeven te worden betrokken in zijn oordeelsvorming.
3. Ik roep het 'ING-relletje' in herinnering, waarbij toenmalig minister Asscher van SZW verhaal ging halen bij ING toen bekend werd dat deze bank-verzekeraar erop aanstuurde voor inwerkingtreding van de Wwz arbeidsovereenkomsten te beëindigen c.q. niet voort te zetten om zo betaling van een transitievergoeding te ontlopen.
4. Zie de column van Mathijs Bouwman van zaterdag 19

mei 2018 in *het Financieele Dagblad*, p. 23.

5. FNV is een procedure begonnen tegen PostNL, dat stelt dat de daar werkzame pakkeetsorteerders werkzaam zijn op basis van contracting, en niet op basis van uitzending. Ware dat laatste het geval, dan zou PostNL verplicht zijn art. 8 Waadi (de loonverhoudingsnorm) te respecteren. Nu kan het de sorteerders een ander – lager – loon betalen, hetgeen de FNV bestrijdt.
6. Een bijzondere is de aanpassing van de proeftijdregeling. Ik heb sinds de inwerkingtreding van de Wwz nimmer enige klacht over deze regeling vernomen.
7. De meest omvangrijke komt van de gelegenheidscombinatie van de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) en de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN). Hun gezamenlijke reactie heeft een hoog 'told you so'-karakter.

In deze bijdrage zal ik enkele in de WAB geregelde onderwerpen nader beschouwen. Gezien de relatie van de WAB tot het regeerakkoord voor het Kabinet-Rutte III, zal ik eerst behandelen welke thema's de WAB nu juist niet regelt.

2. Wat niet wordt geregeld

De titel van het wetsvoorstel belooft het een en ander. Hoewel 'balans' op zichzelf beschouwd een neutrale term is, zal menig een pas van een balans willen spreken, indien en zodra de belangrijkste knelpunten van de huidige arbeidsmarkt worden geredresseerd. Het kabinet had ook het voornemen een dergelijke balans te slaan. Aan het begin van het tweede hoofdstuk van het huidige regeerakkoord staat (op p. 22) te lezen:

'We staan er economisch goed voor. Maar wie inzoomt, ziet dat te veel mensen daar nog niet van meeprofiten. De realiteit is dat de arbeidsmarkt knelt voor werkgevers én werknemers. Veel verantwoordelijkheden voor de arbeidsrelatie zijn te eenzijdig bij werkgevers belegd. Wie fatsoenlijk omgaat met zijn werknemers ondervindt concurrentienadeel van bedrijven die handige constructies bedenken om lonen te drukken en risico's af te wentelen. Vaste werknemers, flexwerkers en zzp-ers zijn onbedoeld concurrenten van elkaar geworden. Perspectief op een vaste baan is vaak ver weg. Dat geldt voor jongeren, dat geldt voor ouderen, en ook voor mensen met een arbeidshandicap. Te veel mensen komen er gewoon niet tussen. Het is tijd om onze arbeidsmarkt te moderniseren. De sleutel naar een eerlijker arbeidsmarkt ligt in de gelijktijdige beweging: vast werk minder vast maken en flexwerk minder flex. Het is de ambitie van dit kabinet dat meer mensen aan het werk kunnen gaan in contracten voor onbepaalde tijd. Zelfstandigen moeten de ruimte krijgen om te ondernemen. Schijnzelfstandigheid wordt aangepakt. Dit akkoord bevat maatregelen vanuit de verantwoordelijkheid van het kabinet om een nieuwe balans aan te brengen op de arbeidsmarkt. De economie vraagt om een nieuw evenwicht tussen zekerheid en kansen. We zien uit naar de samenwerking met sociale partners, die vanuit hun verantwoordelijkheid eveneens stappen kunnen zetten voor een eerlijker arbeidsmarkt.'

Men leest hier een voornemen met een geïntegreerd pakket maatregelen te komen ('gelijktijdige beweging'). Ook in het zogenoemde Integraal Afwegingskader bij de WAB blijkt deze wens:

'Het kabinet zet met een breed pakket aan maatregelen in op het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid. Beoogd wordt dat het voor werkgevers aantrekkelijker wordt om een vast contract aan te gaan en dat voor werkenden meer perspectief op ze-

kerheid ontstaat. Dit moet leiden tot bestendiger arbeidsrelaties die aansluiten bij de behoeften van werkgevers en werknemers. Daarom worden in dit wetsvoorstel voorstellen gedaan om de wetgeving op het terrein van flexibele arbeid, de WW en het ontslagrecht te herzien. Deze voorstellen maken onderdeel uit van een breder pakket aan maatregelen die in samenhang gezien een nieuwe balans op de arbeidsmarkt aanbrengen tussen zekerheid en kansen voor werkgevers, werknemers en zzp'ers.'

Een regeling voor zelfstandigen, ter onderscheiding van werknemers, lijkt echter ver weg. De zinsnede over veel verantwoordelijkheden die bij de werkgever worden gelegd vindt ook geen weerklank in de WAB: zo is het hoofdpijndossier over loondoorbetaling bij ziekte in mijn optiek de achilleshiel van het huidige vaste contract niet terug te vinden in de voornemens. Ik zwijg nog maar over dat andere dossier dat tot hoofdbrekens leidt en waar een oplossing niet in het verschiep lijkt te liggen: pensioen. Minister Koolmees lijkt met de WAB vooral een daad te stellen. Het wetsvoorstel raakt aan aan gelegenheden die de polder niet indringend bezighouden.⁸ Maar laten wij niet verzuren: het betere is immers de vijand van het goede. Tijd te bezien of het wetsvoorstel als het goede kan worden bestempeld.

3. De inhoud van de WAB

3.1. Minder flexwerk: oproep/afroep

De WAB past de regeling aan voor werknemers die een zogenoemde oproepovereenkomst hebben met uitgestelde prestatieplicht – in dat geval staat vast dat een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat, anders dan in de variant waarin slechts een voorovereenkomst is gesloten en partijen pas een arbeidsovereenkomst sluiten zodra de werknemer gehoor geeft aan een oproep (die hij steeds naast zich neer kan leggen). De reden voor deze aanpassing is dat de wetgever als knelpunt ervaart dat het aantal personen met een oproepcontract en/of met een onduidelijk aantal uren de laatste jaren is gestegen, de aanpassingen in de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Wwz ten spijt. Het zou volgens cijfers van het CBS gaan om 946.000 personen.⁹ Om de positie van deze werkenden te versterken, wordt een forse aanpassing van art. 7:628a BW voorgesteld. Ingeval geen vaste werktijden zijn overeengekomen, dient de oproep om te komen werken minstens vier dagen van tevoren te zijn gedaan, en wel 'schriftelijk of elektronisch'. Geschiedt dat later,

8. En is ook daar niet volledig. Denk aan de onduidelijke positie van het leerstuk van de ontbindende voorwaarde en de problematiek rond herplaatsing binnen concerns.

9. CBS Statline 2018: <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=82646NED&D1=0&D2=0&D3=0&D4=3-10&D5=39,44,49,54,59,64,69,1&VW=T>.

dan bestaat geen verplichting gehoor te geven aan de oproep. De vraag is of oproepkrachten hier nu op zitten te wachten – zij zullen immers vaak geld willen verdienen. Wordt de oproep binnen vier dagen ingetrokken dan bestaat niettemin de plicht het loon te betalen, een termijn die bij cao kan worden aangepast. Ook deze intrekking dient weer schriftelijk of elektronisch te geschieden. Verder regelt art. 7:628a BW dat:

- de werkgever jaarlijks in de 13e maand een aanbod doet voor vaste uren bij alle contracten waarin de gegarandeerde arbeidsomvang niet of niet eenduidig is overeengekomen;
- waarbij de aangeboden gemiddelde arbeidsduur gebaseerd is op de gemiddelde gewerkte arbeidsduur in de voorgaande 12 maanden (de referentieperiode);
- en, indien de werkgever geen aanbod doet, de werknemer recht heeft op niet-genoten loon vanaf de uiterlijke datum waarop de werkgever het aanbod had moeten doen.

De maatregelen vormen zeker een versterking van de positie van de oproepkracht, al is deze in het algemeen te 'repareren' via de cao. Hoeveel aanbiedingen na een jaar zullen plaatshebben, kan ik moeilijk overzien. Voorts is interessant wat niet is geregeld. Onder de huidige regeling is het mogelijk dat een oproepkracht gedurende een periode van een dag voor enkele losse oproepen meer krijgt dan wanneer hij de volle dag zou hebben gewerkt en wel omdat art. 7:628a BW de oproepkracht telkens drie uur loon per oproep belooft indien aan bepaalde, in het artikel genoemde, voorwaarden is voldaan. Mij dunkt dat dat een ongewenst gevolg is van een strikte lezing van de bepaling.¹⁰ Er lijkt mij bovendien geen aanleiding te bestaan specifieke functies waarbij zich dit kan voordoen, zoals in het taxivervoer en bij 'dragers' bij begrafenisondernemers, op dit punt te bevoordelen.

3.2. De ketenregeling: bijna terug naar de Wet flexibiliteit en zekerheid

Door de Wwz is de ketenregeling van art. 7:668a BW aangescherpt, in die zin dat het minder aantrekkelijk en gemakkelijk moest worden werknemers langere tijd op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te laten werken. Het oude systeem van 3 x 3 x 3 (drie contracten in drie jaar waarbij een tussenpoos van maximaal drie maanden tussen twee contracten de keten liet doorlopen) werd gewijzigd in 3 x 2 x 6 – een verkorting naar twee jaar dus, en de tussenpoos werd verlengd naar zes maanden zodat contracten voor bepaalde tijd eerder werden 'gevangen' door de ketenregeling.¹¹ Deze regeling heeft bij mijn weten niet tot veel problemen geleid.

De rechtspraak vanaf de introductie van de Wwz telt weliswaar een aanzienlijk aantal uitspraken over de ketenregeling als zodanig, maar deze uitspraken betreffen niet enige verwarring omtrent of ongenoegen met de nieuwe regeling, afgezien van overgangsrechtelijke problematiek.

De wetgever constateert echter dat al bij de introductie van de Wwz twijfels bestonden of de verkorting naar twee jaar wel zo'n goed idee was.¹² Ter rechtvaardiging voor het terugdraaien van deze wijziging naar drie jaar lezen we in de memorie van toelichting op p. 23 het volgende:

'De vrees was dat deze verkorting ertoe zou leiden dat juist veel flexwerkers eerder hun baan zouden verliezen in plaats van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zouden krijgen. Dit zou ervoor zorgen dat mensen juist sneller in een draaideur van tijdelijke contracten zouden komen, doordat ze dan al na twee jaar op zoek moeten naar een nieuwe baan. Los van de wettelijke regulering beïnvloeden tal van factoren (zoals de stand van de economie) de afwegingen van werkgevers en werkenden de vorm waarin in een arbeidsrelatie wordt aangegaan. De regering is van mening dat de huidige termijn van twee jaar als te knellend wordt ervaren voor werkgevers en dat werknemers niet gebaat zijn bij deze termijn.'

Een andere wijziging in de ketenregeling betreft een speciale positie voor invallers in het primair onderwijs. Deze zijn, indien zij een zieke docent vervangen, uitgezonderd van de ketenregeling. Blijkbaar is hun lobby sterk geweest, mede getuige het feit dat de memorie van toelichting er bijna vier pagina's aan besteedt.

Dat de wetgever oog heeft voor speciale noden in bepaalde ondernemingen/sectoren blijkt uit de aanpassing van het nog niet zo lang bestaande derdiende lid. Door het verwijderen van de eis dat als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden functies gedurende maximaal negen maanden kunnen worden uitgeoefend – waarmee in feite wordt bedoeld op seizoenswerk wordt het mogelijk de verkorting van de tussenpoos van zes maanden naar minimaal drie maanden breder in te zetten. De wetgever spreekt in dit verband van 'terugkerend tijdelijk werk'. Een dergelijke verkorting dient haar basis in een cao te vinden.

De aanpassing biedt werkgevers zeker meer flexibiliteit. Ik heb zo mijn twijfels over nut en noodzaak van de aanpassing naar drie jaar. De mogelijkheid meer maatwerk te leveren juich ik wel toe. Zoals te verwachten valt bij een complexe regeling als deze, is dat het overgangsrecht voor de nodige vragen zal zorgen, mede door de gewijzigde afwijkingsmogelijkheden. De overgang van het pre-Wwz-tijdperk

10. Een lezing die de Hoge Raad hanteert in zijn uitspraak van 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907.

11. Op deze regeling bestaan verschillende uitzonderingen, die ik in deze bijdrage laat voor wat zij zijn.

12. Zie bijvoorbeeld de motie van de leden Voortman/Pieter Heerma, *Kamerstukken II* 2014/15, 33818, nr. 73 en het debat van 2 juli 2015, *Handelingen II* 2014/15, 113104.

naar de Wwz leidde in totaal tot zo'n veertig mogelijke combinaties van afwijkingen (cao-afwijking in aantal en/of duur contracten, inclusief de speciale regeling voor uitzending). De wetgever wil het nu simpeler houden. De regeling in de WAB zou onmiddellijke werking moeten krijgen (p. 28 van de memorie van toelichting):

'De onmiddellijke werking van de ketenbepaling houdt in dat op een arbeidsovereenkomst die eindigt op of na 1 januari 2020, een ketenbepaling van 3 jaar van toepassing is, ook als de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor 1 januari 2020. Dit is uiteraard anders indien bij cao in het voordeel van de werknemer is afgeweken van de ketenbepaling, zoals deze na inwerking-treding van de wetwijziging luidt. In dat geval blijven de cao-bepalingen die ten voordele van de werknemer zijn van kracht.'

Ik ga er bij deze formulering van uit dat een verkorting van de tussenpoos wordt beschouwd als een afwijking ten nadele van werknemers.

3.3. De proeftijd: een vermeend probleem?

De Wwz bracht geen wijzigingen met zich voor de termijn van de proeftijd. Hele generaties zijn opgegroeid met het maximum van twee maanden, en de wijziging die de Wet flexibiliteit en zekerheid eind jaren '90 bracht – een maximum van een maand voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot twee jaar – was een breuk met het verleden. Nu stelt de wetgever een verlenging naar vijf maanden voor indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Bij een contract voor twee jaar of langer kan de proeftijd op maximaal drie maanden worden gesteld.

Om misbruik te voorkomen is zulks slechts mogelijk indien werkgever en werknemer voor het eerst met elkaar een arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Vraagt een nieuwe arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen wezenlijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer, dan is een nieuwe proeftijd toch toegestaan, mits deze maximaal twee maanden duurt (of: één maand bij een contract voor bepaalde tijd tot twee jaar). Voorts wordt bepaald dat indien de werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd opzegt, hij slechts een beroep op een concurrentiebeding kan doen indien dat noodzakelijk is wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en hij dit de werknemer gemotiveerd en schriftelijk of elektronisch mededeelt. De wetgever trekt hier een vergelijking met het contract voor bepaalde tijd, waar dezelfde eis geldt. Het woord 'elektronisch' vindt men daar overigens niet terug (wel in het voorgestelde art. 7:628a BW, zie hiervoor) en de toevoeging wekt wat bevreemding. We zijn inmiddels toch wel zo gevorderd in de vaart der volkeren dat niemand meer twijfelt over het antwoord op de vraag of een e-mail als 'schriftelijk' kan worden beschouwd.

Het is de vraag waar de wijziging van de proeftijdregeling vandaan komt. Ik heb er in de periode 1997-2017 nimmer over gelezen, en de proeftijdregeling was duidelijk voor iedereen. De wetgever zegt er op p. 65 van de memorie van toelichting het volgende over:

'Voor werkgevers kan er een belemmering zijn om werknemers bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst meteen een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden, omdat nog niet of niet voldoende duidelijk is of de werknemer geschikt is voor de arbeid. Werkgevers zijn hierin terughoudend mede gezien de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met een langere proeftijd wordt het direct aangaan van een contract voor onbepaalde tijd of een contract voor bepaalde tijd van twee jaren of langer aantrekkelijker gemaakt voor werkgevers. Een werkgever heeft langer de tijd om te beoordelen of de werknemer geschikt is over de gevraagde capaciteiten om het werk uit te oefenen. De werknemer is gebaat bij het direct aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in plaats van eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en vervolgens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het voorkomt langere periodes van onzekerheid voor de werknemer.'

In feite is het voorstel een *leap of faith*: we hebben geen ervaring met werkgeversgedrag op dit punt. Men kan dus twijfelen over het vertrouwen van de wetgever in de bereidheid van werkgevers meer contracten voor onbepaalde tijd aan te bieden. Overigens levert een rondje langs Europese velden het beeld op dat onze huidige maximumtermijn van twee maanden aan de korte kant is:

1. Duitsland: 6 maanden, maar opzegtermijn van 2 weken;
2. België: 7-14 dagen (blauwe boord); 1-6 maanden (witte boord); 1-12 maanden (boven zekere inkomensgrens);
3. Frankrijk: 2-4 maanden, verdubbeling mogelijk;
4. Spanje: 15 dagen-6 maanden;
5. Verenigd Koninkrijk: 6 maanden;
6. Italië: cao bepaalt, maar in praktijk maximaal 6 maanden;
7. Zweden: 6 maanden.

3.4. De cumulatiegrond: i

Een veelgehoorde klacht is dat het grondenstelsel van art. 7:669 BW tot te veel rechtsonzekerheid leidt – werkgevers dienen minimaal één voldragen grond te bewijzen (hoewel de werkgever in sommige gevallen kan volstaan met 'aannemelijk

maken' dat de grond bestaat¹³) en een cocktail van gronden, bijvoorbeeld een combinatie van de d-, e- en g-grond, volstaat niet. De h-grond kan niet als restgrond worden gebruikt indien feitelijk sprake is van een van de andere gronden en wordt in de praktijk vooral benut voor onderpresterende bijzondere functionarissen, in het bijzonder statutair bestuurders.

Nieuwe wetgeving leidt, zeker wanneer zij een breuk met het verleden beoogt, tot voorzichtigheid bij rechters, en er zullen ongetwijfeld situaties zijn geweest waarin een werkgever het ontslag van een werknemer bij de rechter niet rond kreeg waar dat vroeger wel zou zijn gelukt.¹⁴ De vraag is echter of het grondenstelsel nu werkelijk heeft geleid tot veel onverkwikkelijke situaties. Uit onderzoek van Arbeidsmarkt Research UvA BV blijkt dat in de periode van juli 2015 tot december 2017 circa 600 keer een ontbindingsverzoek bij rechtbanken is ingediend waarin ontbinding is verzocht. Daarvan werden 175 verzoeken afgewezen, net iets minder dan 30% dus.¹⁵ Dit percentage vertoont opmerkelijke gelijkenis met het aantal afwijzingen vóór de Wwz: 30%. Daarnaast kan men zich afvragen of de scherpe kanten niet nu al van het grondensysteem zijn gehaald, zeker nu een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond) in de rechtspraak met een zekere lenigheid wordt uitgesproken.¹⁶

Hoe dit ook zij, de wetgever ziet aanleiding een nieuwe grond te introduceren. Is sprake van een combinatie van de gronden c-h (dus niet: de a- of b-grond, die immers door het UWV wordt getoetst) en leidt deze tot een situatie waarin in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst voortzet, dan kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden op basis van de nieuwe i-grond. Uitdrukkelijk is bepaald dat de rechter alle gronden ambtshalve toepast op basis van art. 25 Rv.¹⁷ Dat brengt mee, dat indien de werkgever kan aantonen dat sprake is van een d-grond, het de rechter vrijstaat de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de g-grond, of op de i-grond indien hij meent dat sprake is van een combinatie van disfunctioneren en een verstoorde arbeidsverhouding. Hoe die verhouding – of welke verhouding

dan ook – in de praktijk zal worden vormgegeven, blijft koffiedik kijken. Duidelijk is dat de i-grond de rechter meer mogelijkheden biedt maatwerk te leveren en een ongelukkig arbeidshuwelijk te ontbinden.

Tegenover deze flexibiliteit staat dat de rechter de transitievergoeding kan verhogen tot 150%. Ook hier rijst de vraag hoe rechters in de praktijk deze vergoeding zullen 'berekenen' en of vuistregels zullen ontstaan (een voorbeeld: een matige arbeidsmarktpositie is standaard + 25%). De billijke vergoeding staat hier overigens los van, al zie ik al wel uitspraken voor mij waarin de kantonrechter de (ernstige) verwijtbaarheid van de werkgever meeneemt in de hoogte van de extra transitievergoeding, wat tot een moeizame relatie met de eisen van de billijke vergoeding zal kunnen leiden. Ook zal men zich rekenschap moeten geven van het technische feit dat de transitievergoeding een wettelijke vergoeding is en men deze dus strikt genomen niet hoeft te vorderen en de extra transitievergoeding door de rechter wordt toegekend. Dat laatste brengt mee dat de werkgever in de gelegenheid zou moeten worden gesteld zijn verzoek tot ontbinding in te trekken (art. 7:686a lid 6 BW) indien de verhoging hem niet bevalt.

3.5. Wijzigingen in de transitievergoeding

Afgezien van de hiervoor behandelde 150%-regeling bij de i-grond, stelt de wetgever nog enkele wijzigingen van de regeling van de transitievergoeding voor. En anders dan bij andere voorgestelde wijzigingen, vermoed ik dat deze voorstellen op vrijwel algemene instemming kunnen rekenen. De belangrijkste wijziging betreft het voorstel het recht op een transitievergoeding op de eerste dag te laten ingaan – de vergoeding krijgt zo (weer) het karakter van een spaarkaart. Vlak na de Wwz adverteerden advocaten al met hun advies aan werkgevers voor de 7-8-8-constructie te kiezen: een eerste contract voor zeven maanden (zodat een proeftijd mogelijk was), gevolgd door nog twee contracten voor bepaalde tijd (het maximumaantal) binnen de maximumtermijn van 24 maanden, zodat noch een onbepaaldetijdcontract zou ontstaan, noch een transitievergoeding zou zijn verschuldigd. 'Flex to the max' zullen sommigen hebben gedacht, waar anderen een arbeidsrelatie zagen waar toch vooral Schraalhans keukenmeester was. De WAB maakt een deel van deze constructie, namelijk waar het de betaling van de transitievergoeding betreft, zinneloos. Overgangsrechtelijk gezien is voor de vraag of een transitievergoeding verschuldigd is het moment waarop deze verschuldigd wordt bepalend, en dat is het einde van de arbeidsovereenkomst. Ik stel mij zo voor dat 31 december 2019 een populaire datum zal blijken te zijn waarop bepaaldetijdcontracten eindigen.

De hogere opbouw vanaf het moment dat de werknemer tien jaar in dienst is, vervalt met de WAB. Hiermee wordt, zo vermeldt de wetgever (op p. 67 van de memorie van toelichting), het verschil in kosten tussen het contract voor onbepaalde tijd en

13. Zie o.a. HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*).

14. Rechters hebben zulks geventileerd, blijkens onderzoek van het HSI. Zie het *Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ* 29 juni 2016, p. 13.

15. Een schriftelijke bron heb ik niet voorhanden. Mijn kennis is gebaseerd op een op 18 mei jl. gehouden presentatie van R.D. Rietveld die onderzoekster is bij Arbeidsmarkt Research UvA BV.

16. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2478: ontbinding tijdens arbeidsongeschiktheid; en Rechtbank Limburg 14 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6829: geen ontslag op staande voet voor slordige werknemer, maar wel een verstoorde arbeidsverhouding (door datzelfde gedrag).

17. Zie p. 62 van de memorie van toelichting bij het wetsontwerp.

dat voor bepaalde tijd verder verkleind. Twee voorstellen tot wijzigingen die al langer in de pijp lijn zaten, betreffen de compensatie van de werkgever voor de transitievergoeding voor langdurig arbeidsongeschikten en de speciale regeling bedrijfsbeëindiging wegens ziekte of pensionering.¹⁸ Ik laat deze voorstellen hier verder rusten.

3.6. Payrolling: een wankle regeling

De zogenoemde harde payroll, waarbij het werkgeverschap geheel door de payroller wordt overgenomen, heeft al tot veel discussies geleid. Na jaren van onzekerheid heeft de Hoge Raad in het arrest *Care4Care* bepaald dat payrolling kan worden beschouwd als een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW.¹⁹ Dit leidde direct tot het gevolg dat ook in de payrollconstructie gebruik zou kunnen worden gemaakt van het verlichte ontslagregime van art. 7:691 BW (o.a.: soepeler ketenregeling). Het voorgestelde art. 7:692a BW sluit deze mogelijkheid in het eerste lid al uit. Belangrijk(er) is de wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Samengevat leiden de wijzigingen van art. 8 en 8a Waadi ertoe dat de gepayrolde werknemer recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als personeel van de inlener zou hebben gekregen als zij hetzelfde werk zouden hebben uitgevoerd. Deze gelijkstelling betreft niet alleen primaire arbeidsvoorwaarden, maar ook secundaire. Voor pensioen geldt, om uitvoeringstechnische redenen, een speciale regeling: de pensioenregeling moet 'adequaat' zijn volgens regels van een nader vast te stellen AMvB.

Een wettelijke regeling van de payrollconstructie vraagt om een definitie, ter onderscheiding van, in het bijzonder, de 'normale' uitzendovereenkomst'. Die staat in het voorgestelde art. 7:692 BW dat ik in zijn geheel citeer:

'De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.'

De verschillen met de uitzendovereenkomst zijn duidelijk: payrolling ziet niet op het bijeenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en de werkgever kan alleen met toestemming van de inlener aan een ander ter beschikking worden gesteld. Beide verschillen zijn wat mij betreft reden de

hele constructie met de grootste mogelijke argwaan te bezien. Ik licht dit toe. Uitzending heeft, in het bijzonder in art. 7:690 en 7:691 BW, een wettelijke basis gekregen in de Wet flexibiliteit en zekerheid, na jarenlange discussie. De reden dat voor uitzending een ander (ontslag)regime mocht gelden, zag op de allocatieve functie ervan: uitzender, inlener én uitzendkracht schoten er wat mee op. Dat gold ook voor andere, destijds bestaande en in de wetgeschiedenis genoemde vormen van driehoeksverhoudingen, zoals de arbeidspools in de haven. Het is om die reden – en geen andere – dat de wetgeschiedenis vermeldt dat niet alleen de klassieke uitzending onder de definitie van art. 7:690 BW valt. Zij is nooit bedoeld om driehoeksverhoudingen te vangen die niets te maken hebben met het bijeenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zoals payrolling – dat toen nog niet bestond.

Payrolling is goed voor de payrollorganisatie – die ervoor betaald krijgt – en de inlener – die 'ontzorgd wordt', zoals in de memorie van toelichting bij de WAB meermalen wordt gemeld. De payrollwerknemer is niet beter af, integendeel. Er is geen enkele aanleiding payrolling anders te behandelen dan de normale arbeidsovereenkomst. Daar komt nog bij dat het mijn opvatting is dat de payrollwerkgever in het algemeen helemaal niet als werkgever kan worden beschouwd, omdat hij geen gezag uitoefent. Wezen gaat voor schijn, en alle werkgeversgezag als bedoeld in art. 7:610 BW ligt simpelweg bij de inlener. Dat de inlener door middel van een uitdrukkelijke afspraak van zijn werkgeverschap af wil, zou juridisch irrelevant moeten zijn. En dat is het soms ook, getuige rechtspraak van de Hoge Raad.²⁰ Daar komt bij dat heden ten dage wordt aangenomen dat de uitzender nog wel werkgeversgezag heeft, terwijl leiding en toezicht, conform de definitie van art. 7:690 BW, bij de inlener liggen.²¹ Met andere woorden: de uitzendovereenkomst moet verder aan alle voorwaarden van art. 7:610 BW voldoen. Het restgezag zit in het feit dat de uitzendkracht zich dient te houden aan aanwijzingen van het uitzendbureau, zoals bijvoorbeeld bij ziekmelding, maar ook – en zelfs in het bijzonder – ten aanzien van het voortzetten van de werkzaamheden bij de inlener. Het voorgestelde art. 7:692 BW maakt nu echter duidelijk dat zelfs dat restgezag aan de payrollwerkgever wordt ontnomen – de payrollwerkgever kan de werknemer slechts met toestemming van de inlener elders plaatsen, waarmee de vraag kan worden gesteld of art. 7:692 BW niet in feite bewerkstelligt dat het artikel tot een tegenstrijdigheid met art. 7:610 BW leidt. Een belangrijke vraag aan de wetgever is: waarom zou ontzorgen volgens de wetgever het bestaansrecht van payrolling gepaard moeten gaan met een arbeidsovereenkomst

18. Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 2.

19. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356. Het artikel is veelvuldig becommentarieerd. Zie o.a. J.P.H. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *TvO* 2017/1, p. 30-41 en K. Dorenbos, R. Mourits & C.L. Waterman, 'Care4Care/StiPP: vloek of zegen?', *TAO* 2016/4, p. 154-169.

20. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*Striching Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

21. Zie o.a. Van Slooten, Vegter & Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 1 bij art. 7:690 BW (Grapperhaus).

elders dan waar men feitelijk geïntegreerd is? De voorstellen komen op mij kunstmatig over.

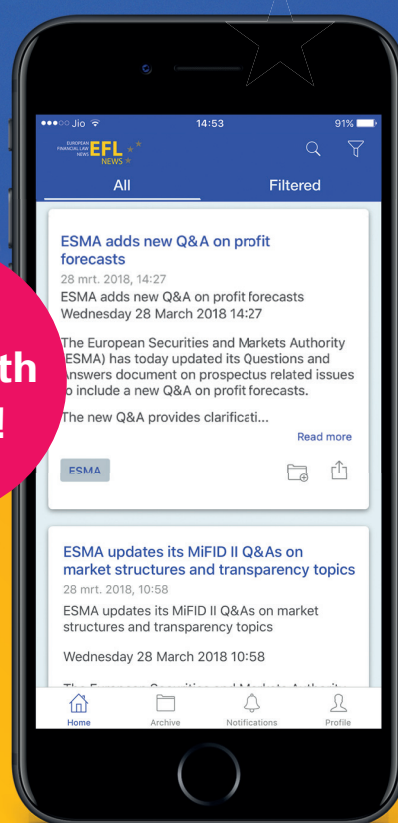
4. Slot

Een nauwkeurig geijkte balans zal de WAB niet brengen. Daarvoor ontbreken oplossingen voor de belangrijke arbeidsmarktdossiers over pensioen en zelfstandige arbeid en het muurvast zittende thema loondoorbetaling bij ziekte. Het wetsvoorstel is veeleer te beschouwen als een vijl die de Wwz van scherpe kanten ontdoet (maar tegelijkertijd nieuwe vragen oproept), en als een *patch* die een hoofddoel van de Wwz – het aantrekkelijker maken van het vaste contract en het minder aantrekkelijk maken van flexibele arbeid – dichterbij moet brengen. Sommige keuzes zijn voor meer discussie vatbaar dan andere. Weinigen zullen zich verzetten tegen aanpassing van de regeling van de transitievergoeding. De proeftijdregeling komt als een verrassing, en de tamelijk uitgewerkte payrollregeling schiet zichzelf in de voet door de onmogelijke definitie: er wordt naar mijn smaak te veel werk gemaakt van het beheersen van payrolling, terwijl afschaffing ervan – althans: het onmogelijk maken dat de payroller als werkgever optreedt – (Europees) veel meer voor de hand zou hebben gelegen.

All financial markets legal and regulatory news

EFLnews provides you with all financial markets legal and regulatory news items issued by the EC (European Commission, ECB, EBA, EIOPA, ESMA), and national financial markets authorities (in Belgium, France, Germany, Italy, Luxemburg, the Netherlands, Spain and the United Kingdom).

**Try
one month
for free!**



Website, app and email service

View on your mobile device all news items of the financial markets authorities of your choice. Receive all relevant news by email and select your key sources for push alerts by app on a real time bases.

Easy to forward & file relevant news

News items can easily be forwarded to others and items you wish to keep can be stored in easy-to-create folders so you can read them later in the office or at home in your EFLnews web account.

More than ten users

Subscribing to EFLnews on one account with one invoice is possible from more than ten users, please indicate when registering.

Subscription based

EFLnews is offered for € 10 per month (ex VAT) on subscription basis for single user and has a minimum subscription period of one year.

Register via the *EFLnews app* or via <https://eflnews.info>.

Stay ahead of the competition! For lawyers in:

- Banking
- Insurance
- Asset management
- Investment services
- Financial markets
- Payment services
- Pension funds

Stay up to date and download the app.

