

Tilburg University

Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie

Zekic, N.

Published in:
Sociaal recht

Publication date:
2011

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zekic, N. (2011). Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie. In W. G. M. Plessen, J. van Drongelen, & F. H. R. Hendrickx (Eds.), *Sociaal recht: Tussen behoud en vernieuwing - Liber amicorum Prof. dr. Antoine Jacobs* (pp. 59-72). Uitgeverij Paris.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie

Nuna Zekić

Inleiding

Al jaren is er veel discussie over de vraag in welke richting het arbeidsrecht zich moet ontwikkelen. Een illustratie hiervan is te vinden in het groenboek uitgegeven door de Europese Commissie in 2006 met als doel een discussie te starten over de hervorming en 'modernisering' van het arbeidsrecht.¹ Ook op nationaal niveau vinden vele debatten plaats die het arbeidsrecht direct dan wel indirect raken. Het ontslagrecht, in Nederland het meest bediscussieerd arbeidsrechtelijk onderwerp, wordt een 'rechtspolitiek mijnenveld' genoemd.² Vragen waarover gediscussieerd wordt raken dikwijls de kern van het arbeidsrecht. Moet er meer flexibiliteit worden ingebouwd in het arbeidsrecht? Hoe kan dan de zekerheid voor werknemers gewaarborgd blijven? Wat is het bereik van het arbeidsrecht en moet het niet worden verruimd (om zzp'ers in te sluiten) of juist worden beperkt (om de werknemers met topinkomens uit te sluiten)? Hierdoor wordt er al enige tijd over een 'crisis' in het arbeidsrecht gesproken.³

Het is dan ook niet verwonderlijk dat veel huidige universitaire onderzoeksprogramma's op het gebied van arbeidsrecht betrekking hebben op een of meer van die vragen. Hoe het recht behoort te luiden is volgens velen een vraag die de kern vormt van de rechtswetenschap.⁴ Daarbij proberen de meeste rechtswetenschappers een 'eigen' (juridische) inbreng binnen de discussie te ontwikkelen. Zij menen dat het (arbeids)recht niet alleen als een beleidsinstrument mag worden gezien, maar dat het een *eigen normatief kader* heeft. Wanneer nieuwe doelstellingen en nieuwe argumenten worden ingebracht, dan zal menig rechtswetenschapper deze afzetten tegen oude doelstelling en argumenten, en zeggen dat de nieuwe doelstellingen ten minste moeten passen binnen het bestaande (normatieve) systeem. Hoewel het dus uiterst relevant is wat de autoriteiten (de wetgever en de rechter) willen met het arbeidsrecht, menen deze rechtswetenschappers dat deze factoren niet doorslaggevend mogen zijn.⁵ Enkel omdat het arbeidsrecht (ook) kan worden gezien als een mechanisme om de arbeidsmarkt te regelen, betekent nog niet dat alle vragen die we ons kunnen stellen over

¹ EC, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.

² Bijv. A.G. Spier in HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305, conclusie 3.6.

³ A. Supiot (ed.), *Beyond employment: changes in work and the future of labour law in Europe*, Oxford: University Press 2001, p. 215.

⁴ J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 70.

⁵ J. Smits 2009, a.w. noot 4, p. 76.

de relatie tussen het arbeidsrecht en de maatschappij, gereduceerd kunnen worden tot arbeidsmarktvaartstukken.⁶

Rood was bijvoorbeeld van mening dat het arbeidsrecht zich niet zomaar moet aanpassen aan alle situaties, maar dat naar nieuwe oplossingen moet worden gezocht voor nieuwe situaties 'zonder de essentiële vereisten van het arbeidsrecht op te geven'.⁷ Veel (beginnende) onderzoekers die zich met dit soort vragen bezighouden, komen dan ook vroeg of laat terecht bij de vraag: wat is eigenlijk de essentie van het arbeidsrecht? Wat zijn zijn grondslagen en zijn functies? Zijn er in het arbeidsrecht *waarden* of *beginselen* te vinden die losstaan van enig politieke doeleinden? Ik noem dit, in navolging van Van der Heijden en Noordam, een 'normatief kader'.⁸ Een vraag die al deze vragen samenvat zou kunnen zijn: bezit het arbeidsrecht een normatief kader waartegen nieuwe ontwikkelingen kunnen worden afgezet?

Deze bijdrage heeft niet de ambitie om een antwoord te bieden op de vragen over de toekomst van het arbeidsrecht. Het doel is om te verkennen hoe in de arbeidsrechtelijke doctrine wordt gedacht over het hierboven genoemde normatieve kader. Daarbij zal het zwaartepunt liggen op *ongelijkheidscompensatie*, ook wel 'de belangrijkste doelstelling van het arbeidsrecht' genoemd.⁹

Normatief kader: een belangrijke plaats voor rechtsbeginselen

Hierboven is al vermeld dat het zoeken naar waarden en beginselen die ten grondslag liggen aan een rechtssysteem in feite past binnen één visie op het recht. Er bestaan natuurlijk verschillende theorieën over en visies op het recht. Naar mijn inzicht is de visie die ervan uitgaat dat, kort gezegd, het recht een praktische en een normatieve kant heeft, wijdverbreid.¹⁰ De praktische kant van het recht is erop gericht de samenwerking van burgers te vergemakkelijken en te optimaliseren. Duidelijke regels over de wijze waarop zal worden samengewerkt en over de verdeling van opbrengsten van de samenwerking zorgen ervoor dat

⁶ S. Hammond & P. Ronfeldt, 'Legal Methods: Asking New Questions about Law and the World of Work', in: K. Whitfield & G. Strauss, *Researching the World of Work: Strategies and Methods in Studying Industrial Relations*, Ithaca and London: ILR Press 1998, p. 237.

⁷ M. Rood, 'Internationalization: a new incentive for labour law and social security law', in *Labour law at the crossroads: changing employment relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*, Den Haag: Kluwer Law International, 1997, p. 149. Volgens Rood gaat het bij die essentiële vereisten om 'respect voor de menselijke waardigheid van de werknemer'.

⁸ P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 3-4.

⁹ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 35.

¹⁰ P. Rijpkema, *Rechtensrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2001, p. 81, 110.

er voldoende wederzijds vertrouwen is om te gaan samenwerken.¹¹ Volgens deze theorie is er echter altijd ook een normatieve kant van het recht aanwezig aangezien een doelmatige samenwerking op verschillende manieren gestalte kan krijgen. Wanneer we zeggen dat het recht de samenleving reguleert, dan moeten we erkennen dat er verschillende opvattingen bestaan over hoe dit moet gebeuren en dat die opvattingen sterk uiteen kunnen lopen.¹² In bestaande rechtsregels kunnen we de normatieve keuzes van een bepaalde jurisdictie terugvinden. Die keuzes zijn op hun beurt gemaakt vanuit bepaalde waardeopvattingen. De rechtsnormen vertegenwoordigen met andere woorden de heersende normatieve opvattingen.¹³ Zij laten bijvoorbeeld zien hoe wordt omgegaan met conflicterende belangen.

Benadrukken dat het arbeidsrecht een *ordeningsfunctie* heeft, komt mij, uitgaande van deze theorie, tamelijk overbodig voor.¹⁴ Alle recht ordent immers (de samenleving). Het gaat juist om hoe die ordening plaatsvindt. Hoe is de belangenafweging tot stand gekomen; welke (politieke) keuzes zijn daarbij gemaakt? Een samenleving ordenen op een volstrekt neutrale manier (dus bijvoorbeeld zonder keuzes te maken in wie welke rechten en plichten toekomen en hoe men zich behoort te gedragen) is onmogelijk. De normatieve keuzes zijn soms expliciet, soms impliciet, maar altijd aanwezig. De normatieve opvattingen spelen een rol bij de totstandkoming van wetten, maar ook bij de interpretatie van bestaande regels, vooral bij uitleg van vage normen. Wat bijvoorbeeld in concrete situaties onder 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap' dient te worden verstaan, is een vraag die doorgaans niet kan worden beantwoord zonder de onderliggende waarden te expliciteren.¹⁵

Deze waarden worden in de literatuur op uiteenlopende manieren geduid. Ze worden vaak rechtsbeginselen genoemd, maar ook grondslagen, uitgangspunten, fundamenten, (kern)elementen, basisfilosofie, pijlers enz. Hier wordt gesproken over *beginselen*. Daarmee wordt aangesloten bij de gebruikelijke juridische terminologie.¹⁶ Het gaat dus om normatieve beginselen die ten grondslag liggen aan het rechtssysteem als geheel.¹⁷ Gezegd kan worden dat de beginselen samen met het positieve recht, inclusief de (sociale) grondrechten en internationale normen, een normatief kader vormen waarbinnen nieuwe ontwikkelingen in het recht geplaatst kunnen worden met als doel onderzoek te verrichten naar de verhouding van deze ontwikkelingen tot het bestaande normatieve kader.

¹¹ Het recht kan daarnaast een bijdrage leveren aan het verkleinen van onderhandelingsproblemen en onderhandelingskosten.

¹² J. Smits 2009 a.w. noot 4, p. 93.

¹³ Hier wordt het woord 'normatief' gebruikt, omdat het gaat over wat mensen behoren te doen en niet wat ze feitelijk doen en waarom ze dat doen. Vlg. J. Smits 2009, a.w. noot 4.

¹⁴ Bijv. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5.

¹⁵ J.J.M. de Laat in Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarden(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 59.

¹⁶ Volgens Scholten is het rechtsbeginsel 'uitvloeisel van de ethische'. Waar hier gesproken wordt over 'normatieve waardeopvattingen', zou Scholten spreken van 'het zedelijk oordeel', zie G.J. Scholten, 'De methode van het privaatrecht', in *Asser Algemeen deel**, Kluwer 3^e druk.

¹⁷ P. Rijpkema, 'Aanpassing van de kantonrechttersformule is geen taak voor de rechter', *NJB* 2008, nr. 44-45.

Waarom nemen de rechtsbeginselen hier een belangrijke plaats in? Met name wanneer we ons de vraag stellen hoe het recht zou moeten zijn, dan volstaat het niet om enkel het positieve recht te bestuderen (dit wordt ook wel het *interne perspectief* genoemd).¹⁸ Dergelijk onderzoek kan bij zulke vragen vanzelfsprekend een belangrijke rol spelen omdat het inzicht biedt in bestaande regels en in eerder besliste gevallen, maar het geeft ons niet in voldoende mate een kader om nieuwe argumenten of eventuele toekomstige regels te toetsen. Vanuit een strikt intern perspectief kan de vraag wat een 'betere' oplossing is voor een probleem niet worden beantwoord.¹⁹ Sinzheimer heeft het zo gezegd: 'in times of sudden change, where the old disappears and the new craves recognition, a purely technical insight into the existing legal order is not sufficient'.²⁰

Het betrekken van rechtsbeginselen in dit type onderzoek is dus noodzakelijk, maar het is tevens niet onomstreden. Er is namelijk geen overeenstemming over de vraag welke rol rechtsbeginselen (kunnen) spelen bij rechtsvorming. Rechtsbeginselen zijn een belangrijk onderwerp binnen de juridische dogmatiek, maar het bestaan ervan en de rol die zij spelen, blijven controversiële punten onder de juristen. Veel juristen wijzen erop dat er feitelijk geen verschil is tussen een rechtsbeginsel en een (fundamentele) rechtsregel. Anderen willen weten wat nu de precies de inhoud van de vigerende rechtsbeginselen is en het liefst ook hun onderlinge prioriteit.²¹ Veel vragen over rechtsbeginselen zijn eigenlijk nog onbeantwoord. Is de wetgever bijvoorbeeld gebonden aan rechtsbeginselen? Scholten merkt in dit verband terecht op dat de wetgever 'macht' heeft over het recht: hij kan het beginsel in het positieve recht opnemen en hij kan het daaruit verwijderen.²² Hij kan het (al dan niet expliciet) bekrachtigen en hij kan er afstand van nemen. Rechtsbeginselen zijn dus ondergeschikt aan wetgeving. Maar ook in het geval dat de wetgever afstand neemt van een beginsel, kan het toch blijven bestaan wanneer het in de rechtspraak en de rechtshandhaving wordt gevolgd.²³ Dat kan bijvoorbeeld gebeuren bij de uitleg van een overeenkomst. We weten bijvoorbeeld dat enkel een taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst niet beslissend is. Doorslaggevend is wat partijen redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij men onder andere op de context moet letten.²⁴ Daarnaast dient alles door de bril van de redelijkheid en billijkheid te worden bekeken.²⁵ Art. 3:12 BW schrijft voor dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, onder andere rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen. Verhulp constateert dan ook dat hoewel het niet altijd

¹⁸ Ook wel 'juridisch dogmatisch' genoemd, maar typeringen als 'black letter law', 'positivistisch' en 'formalistisch' worden ook gebruikt.

¹⁹ J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010, p. 322.

²⁰ Geciteerd door Kahn-Freund, in O. Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, R. Lewis en J. Clark (eds.), Oxford: Blackwell 1981, p. 101.

²¹ Bijv. C.J. Loonstra in NJV-Verslag 8 juni 2001, a.w. noot 15, p. 22.

²² Scholten, a.w. noot 16. Wanneer een rechtsbeginsel in het positieve recht als een rechtsregel is neergelegd, kunnen we spreken van een 'gepositieerd rechtsbeginsel'. Een voorbeeld hiervan is het beginsel dat de werkgever en de werknemer zich als een goede werkgever en een goede werknemer dienen te gedragen, neergelegd in art. 7:611 BW.

²³ Scholten, a.w. noot 16.

²⁴ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermes/Haviltex).

²⁵ J.B.M. Vranken, 'Het hangt van de omstandigheden af', *Asser Algemeen deel****, 105, Kluwer 1^e druk.

expliciet gebeurt, arbeidsrechtelijke beginselen wel degelijk een rol spelen in de besluitvorming in het arbeidsrecht.²⁶

Het uitgangspunt is dan ook dat rechtsbeginselen in het veranderingsproces een grote rol horen te spelen, zowel bij totstandkoming van nieuwe wetten als door middel van rechterlijke rechtsvorming.²⁷ Zo dragen de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' op om bij het ontwerpen van regelingen rekening te houden met 'hogere regels', waaronder ook rechtsbeginselen worden verstaan.²⁸ Toch zijn velen sceptisch over de rol van rechtsbeginselen bij totstandkoming van wetten. Feit blijft in ieder geval dat beginselen zelden absoluut zijn, ze zijn algemeen en vaag en kunnen zelfs met elkaar conflicteren. Wat doen we wanneer rechtsbeginselen verschillende kanten op wijzen? Welke methode moet dan worden gevolgd om inconsistenties op te lossen? Samenhangend hiermee is de vraag of het arbeidsrechtelijk normatieve kader een beslissing in een bepaalde richting kan sturen. Als arbeidsrechtelijke beginselen immers algemeen en abstract zijn dan kunnen ze waarschijnlijk weinig bijdragen aan een kader waarbinnen nieuwe regels worden geplaatst, omdat ze 'grote elasticiteit kunnen vertonen en in wezen alle richtingen op kunnen buigen'.²⁹ Bekend is immers dat zelfs fundamentele rechten, die beschouwd kunnen worden als codificaties van algemene, ongeschreven rechtsbeginselen, weinig houvast bieden bij een concrete belangenafweging.³⁰

Rechtsbeginselen dicteren niet, zij wijzen een bepaalde richting.³¹ Ze kunnen inderdaad verschillende kanten op wijzen en met elkaar conflicteren. Een beoordeling en een weging van belangen blijft noodzakelijk. Rechtsbeginselen bieden geen dwingende oplossing voor concrete gevallen. Zo is bijvoorbeeld in het verleden het beginsel 'bescherming van economisch zwakkere werknemer' door Jacobs en anderen juist aangegrepen om te pleiten voor differentiatie van bescherming.³² Fase signaleert ook dit probleem, toch meent hij dat rechtsvorming consistent kan worden wanneer rechtsbeginselen een grotere rol zouden krijgen, ook al hebben we geen antwoord op de vraag wat de doorslag moet geven wanneer de beginselen niet met elkaar harmoniëren.³³ Volgens sommigen is het juist goed dat beginselen vaak in tegengestelde richting wijzen, omdat ze daardoor elkaar in toom en zodoende in evenwicht kunnen houden.³⁴ Door middel van rechtsvergelijking kan bovendien worden onderzocht hoe bepaalde beginselen worden toegepast in verschillende landen en tot welke consequenties dat heeft geleid. Het gaat er dan niet enkel om te laten zien hoe de regels in een

²⁶ E. Verhulp, 'Arbeidsrechtelijke beginselen of systemen?' *SMA* 2007, p. 213.

²⁷ P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, BJu 2001.

²⁸ Zie Aanwijzing 18 van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving, 7e wijziging, *Stcrt.* 2005, 87.

²⁹ A.F.M. Brenninkmeijer en G.J.J. Heerma van Voss, 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV', *NJB* 2001 vol.76 nr.21, p.975-982.

³⁰ J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, oratie Universiteit Leiden 2006, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

³¹ A. Soeteman, 'Rechtsbeginselen en positivisme!?', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009 nr. 1. Hij verwijst naar Dworkin.

³² A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, p. 1041. Zie ook bijv. G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. U. Leiden), Den Haag: Sdu 2005.

³³ W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?' *SMA* 2001 nr. 5, p. 254.

³⁴ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van Contractenrecht* (diss. Leiden) 1979, p. 4.

ander land luiden, maar om de argumenten achter en de consequenties van die regels te verkennen.

Als een normatief kader toch niet concrete antwoorden kan geven dan rijst de vraag waarom we ons bij rechtsvorming zouden moeten oriënteren op waarden of beginselen. Waarom niet simpelweg die rechtsregels aanvaarden die het meeste sociale welzijn genereren, zoals de economische visie op het recht voorschrijft? Er zijn veel rechtswetenschappers die deze methode aanhangen.³⁵ In Nederland is Barendrecht een goed voorbeeld.³⁶ Anderen zijn van mening dat dit economisch oordeel nooit de (juridisch) normatieve vraag kan vervangen.³⁷ De economische benadering is immers ook normatief, want zij gaat uit van premissen die niet iedereen aanvaardt. Het terugbrengen van preferenties van individuen op een en dezelfde (getalsmatige) noemer vereist ook een normatieve keuze: over de vraag welk bedrag toe te kennen aan welke waarde kan ook worden getwist. Daarnaast is het voor (rechts)wetenschappers ook interessant te onderzoeken waarom bepaalde preferenties of behoeften bestaan. De vraag is dan niet alleen welk belang gaat boven een ander belang, maar of het een gerechtvaardigd belang is. Levenbach omschrijft dit als volgt: 'Modellen en kwantificeringen (...) kunnen voor het recht uiterst nuttig zijn. Maar verklaringen van feiten en doelmatigheidsoordelen vormen nog geen recht. Het arbeidsrecht blijft essentieel een gebied van waarde-oordelen, van rechtvaardigheid.'³⁸

De arbeidsrechtelijke 'waarden'

Menig jurist zal dan ook niet alleen de economische benadering gebruiken; hij of zij zal ook wijzen op de normatieve kant van het recht, ervan uitgaande dat het recht uitdrukking geeft aan een specifieke conceptie van rechtvaardigheid en een daarin besloten liggende evenwicht van belangen.³⁹ Hoewel dat uiteraard niet een statisch geheel is, toch dienen veranderingen daarin zorgvuldig plaats te vinden. De vraag is nu of het arbeidsrecht ook een eigen (volwaardig) normatief kader behelst. Veel arbeidsrechtjuristen zijn van mening dat het arbeidsrecht wel degelijk een (juridisch) waardensysteem heeft, welke niet ondergeschikt gemaakt mag worden aan een economische of andere ratio.⁴⁰ Regelmatig wordt bijvoorbeeld gewaarschuwd om oog te blijven houden voor de *grondbeginselen van het sociaal recht*.⁴¹

³⁵ Dit kan worden geduid als de economische benadering van het recht.

³⁶ Bijv. J.M. Barendrecht, 'Een verfijndere kantonrechttersformule: de beste basis voor ontslagbescherming', *Arbeidsrecht* 2004, 38.

³⁷ J. Smits 2009, a.w. noot 4, p. 103.

³⁸ M.G. Levenbach, 'Veertig jaar arbeidsrecht', Afscheidscollege Amsterdam, 8 oktober 1966, in H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 26.

³⁹ Rijkema 2001, a.w. noot 10, p. 85.

⁴⁰ Uit het Verslag van het discussieforum betreffende het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht, gehouden op 1 en 2 februari 2007 te Leuven – Tilburg, *Arbeid Integraal* 2007/1 p. 159.

⁴¹ S. Klosse, 'Einde dienstbetrekking: exit arbeidsrit?' in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters, *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 173-174. Die grondbeginselen komen volgens haar neer op het recht op zelfontplooiing en gelijke kansen (wat tevens sociale grondrechten zijn).

Anderen zijn sceptisch over de rol van beginselen bij de totstandkoming van nieuwe wetten. Volgens Fase bijvoorbeeld zijn het andere factoren die een grotere invloed hebben op de inhoud van het sociale recht.⁴² Dat zijn a) *de politieke rationaliteit*, dat wil zeggen de tussen politieke partijen gemaakte afspraken, die de uiteenlopende wensen in de samenleving horen te vertegenwoordigen, b) *de economische omstandigheden en mogelijkheden* en c) *de juridisch-technische overwegingen*, waarmee bedoeld wordt dat bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving erop gelet wordt dat de nieuwe wetten (zo veel mogelijk) consistent zijn met het bestaande juridische systeem.⁴³

Daarnaast weten we dat het arbeidsrecht in vergelijking met andere rechtsgebieden altijd meer open is geweest voor de invloeden van andere disciplines en bewegingen.⁴⁴ Interessant is hier dat algemeen wordt aangenomen dat ons arbeidsrecht juist bestaat omdat de toepassing van het 'gewone' contractrecht op arbeidsverhoudingen een onwenselijke situatie zou opleveren. Zou het zo kunnen zijn dat slechts de 'klassieke' rechtsgebieden zoals het privaatrecht en het strafrecht een volledig ontwikkeld normatief kader hebben? De 'jongere' rechtsgebieden zoals het arbeidsrecht, maar ook bijvoorbeeld het belastingrecht, het consumentenrecht en het milieurecht, waren bewust ontworpen om bepaalde beleidsdoelen te verwezenlijken. Het toetsen van de mate waarin die doeleinden worden bereikt zou bij deze rechtsgebieden wellicht meer voor de hand liggen dan een toets aan het systeem. Velen zijn dan ook van mening dat bij deze rechtsgebieden het normatieve kader onvoldoende is ontwikkeld.⁴⁵

Ook wanneer we onderkennen dat de politieke verhoudingen, economische omstandigheden en de onderhandelingen tussen werkgevers en vakbonden ten tijde van bepaalde wetwijzigingen zeer relevante beïnvloedingsfactoren zijn,⁴⁶ blijft toch de stelling overeind dat er altijd ruimte is voor (normatieve) keuzes. Dat is ook het geval wanneer specifieke omstandigheden vragen om ingrijpen van de wetgever. Daarbij staan misschien de (politieke) doelen centraal, maar de wetgeving zal uiteindelijk ook onmiskenbaar beïnvloed worden door de geschiedenis, de cultuur en het reeds bestaande rechtssysteem van een land. Bekend is bijvoorbeeld dat bij het ontstaan van arbeidswetgeving veelvuldig aansluiting is gezocht bij Duitse bepalingen over de arbeidsovereenkomst, die op hun beurt weer voortbouwden op de Romeinsrechtelijke traditie.⁴⁷ Arbeidsrecht volgt naar mijn mening zowel een 'eigen' ontwikkeling als de doelen van de wetgever. De realiteit beïnvloedt het recht, maar het recht beïnvloedt ook de realiteit. Het arbeidsrecht reflecteert dus niet alleen de ad hoc keuzes om

⁴² Fase 2001, a.w. noot 34, p. 251.

⁴³ Fase 2001, a.w. noot 34, p. 251.

⁴⁴ H. Collins, 'The Productive Disintegration of Labour Law', *Industrial Law Journal* 1997, p. 295.

⁴⁵ J. Smits 2009, a.w. noot 4, p. 88; Heerma van Voss en Jaspers hebben bijv. in 1996 geconcludeerd dat het niet gelukt is om tot een theorievorming te komen over het eigen karakter van het sociaal recht. Zie G.J.J. Heerma van Voss en A.Ph.C.M. Jaspers, 'De uitdagingen van het sociaal recht: 10 jaar later', *Sociaal Recht* 1996, nr. 11, p. 283.

⁴⁶ Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. 1992, Deventer: Kluwer, p. 213.

⁴⁷ C.H.J. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht*, oratie UvA 2003, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 6-8.

bepaalde doelen te bereiken; we kunnen erin de resultanten vinden van verschillende keuzes op verschillende momenten van verschillende generaties, na lange toepassing, aanpassing, wederzijdse beïnvloeding en na (gedeeltelijke) internationalisering. Vanwege de aanwezigheid van die andere dan politieke beïnvloedingsfactoren kunnen we mijns inziens wel degelijk spreken van een normatief kader waartegen nieuwe argumenten kunnen worden afgezet.

Een ‘waardentoets’

Een andere vraag is of dit kader reeds voldoende uitgewerkt en gedefinieerd is. Er zijn verschillende manieren om de zoektocht naar de arbeidsrechtelijke beginselen te ondernemen. Eerst is het belangrijk te onderkennen dat er fundamentele beginselen zijn die in alle rechtsgebieden een grote rol spelen, dus ook in het arbeidsrecht. Zo beschouwt men *consistentie* en *coherentie* als fundamentele rechtswaarden. Daarnaast acht men de volgende drie doeleinden fundamenteel voor het recht: een ordening van het maatschappelijk leven die zowel *rechtvaardig* en *doelmatig* is en die *rechtszekerheid* biedt.⁴⁸ Coherentie, consistentie, rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid zijn voor het arbeidsrecht net zo belangrijke uitgangspunten als voor andere rechtsgebieden. We zijn hier echter op zoek naar beginselen die specifiek zijn voor het (Nederlandse) arbeidsrecht.⁴⁹

Dat blijkt geen eenvoudige taak. Het arbeidsrecht is immers verspreid over verschillende rechtsbronnen. Ons arbeidsrecht is niet alleen door de staat gecreëerd, maar daarnaast door autonome partijen, met name de werkgevers en de vakbonden. Naast wetgeving zijn de cao's en rechtspraak heel belangrijk, terwijl de samenhang tussen de diverse onderdelen niet altijd aanwezig is. Daarnaast wordt er in het arbeidsrecht relatief vaak gewerkt met vage begrippen als 'goed werkgeverschap'.⁵⁰ Dit alles maakt het moeilijker om vast te stellen hoe en in hoeverre de beginselen van het arbeidsrecht zijn geconcretiseerd en welke rol ze kunnen spelen in toekomstige ontwikkelingen.

Van der Heijden en Noordam hebben in 2001 een preadvies uitgebracht over de waarden van het sociaal recht.⁵¹ Dit is tot nu toe het omvangrijkste werk in Nederland over de waarden die ten grondslag liggen aan de normen in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht en daarmee een van de aanknopingspunten voor juristen die zich bezighouden met de

⁴⁸ C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, Vol. 2009, nr. 3, p. 202-225.

⁴⁹ Hier wordt bedoeld dat wat specifiek is voor het arbeidsrecht in vergelijking met andere rechtsgebieden. Het is ook mogelijk om te onderzoeken wat specifiek is voor het Nederlandse arbeidsrecht in vergelijking met arbeidswetgeving in andere landen, zoals Van Peijpe heeft gedaan: T. van Peijpe, 'Eigenaardigheden in het Nederlandse arbeidsrecht', *SMA* 2008, nr. 11/12, vanaf p. 446. Een voorbeeld in dit verband is het feit dat het Nederlandse arbeidsrecht geen onderscheid maakt tussen hoofd- en handarbeiders zoals in België, Frankrijk, Duitsland en Denemarken wel het geval is. Dit soort kenmerken zijn vanzelfsprekend ook zeer belangrijk bij rechtsvorming, maar in dit hoofdstuk zijn ze van ondergeschikt belang.

⁵⁰ E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer: Kluwer 1999, p. 41.

⁵¹ Van der Heijden & Noordam 2001, a.w. noot 8.

fundamentele beginselen van het Nederlandse sociale recht. Van de Heijden en Noordam formuleren zes *basiswaarden* ('algemeen erkende uitgangspunten die over een lange periode een belangrijke rol spelen bij de totstandkoming van sociale rechtsvorming') die zich hebben 'bewezen'.⁵² Dit zijn:

- verantwoordelijkheid,
- bestaanszekerheid,
- bescherming,
- solidariteit,
- non-discriminatie en
- participatie.

Hoe zij deze basiswaarden hebben geselecteerd, blijft onduidelijk. Zelf geven ze toe dat hun keuze 'iets subjectiefs' heeft, maar ze verwachten dat ze er niet ver naast zitten. De preadviseurs hebben uitsluitend gekeken naar de rechtsvorming van de twintig jaar voorafgaand aan het onderzoek (dus ongeveer van 1980 tot 2000). Daarnaast bespreken zij grotendeels alleen wetgeving als bron van sociale rechtsvorming.⁵³ Volgens De Laat en Fase zijn hierdoor sommige waarden minder naar voren gekomen. De Laat wijst erop dat sociaal recht de resultante is van meer dan een eeuw aan ontwikkelingen.⁵⁴ Wanneer men zich beperkt tot (de laatste) twintig jaar dan kan men een verkeerd beeld van de rechtsvorming krijgen. Fase neemt zelf een ruimere periode om zo een tijdlozer beeld van de *wezenskenmerken* van het sociale recht te schetsen en komt tot drie *pijlers*. Volgens hem is arbeidsrecht begonnen met de *beschermingswetgeving* (verbod van kinderarbeid is een voorbeeld); daarna is het *herstel van het contractuele evenwicht* tussen werkgever en werknemer het doel geweest (de Wet op de arbeidsovereenkomst en het CAO-recht zijn voorbeelden); en na de tweede wereldoorlog was de *zelfverwerkelijking van de mens* de ambitie die ten grondslag lag aan de wetgeving (medezeggenschapsrecht is daar een voorbeeld van).⁵⁵ De rode draad is dan steeds dat in het sociaal recht de arbeid niet als economisch goed centraal moet staan, maar de werkende als persoon.⁵⁶ Wanneer ook aandacht wordt besteed aan sociale rechtsvorming, anders dan door wetgeving, dan komen beginselen als *gelijke beloning voor gelijke arbeid* en *eerlijk verdeling van de werkgelegenheid* meer aan het licht.⁵⁷

Behalve dit preadvies is er weinig Nederlandse literatuur te vinden waarin de beginselen van het arbeidsrecht uitvoerig geanalyseerd worden.⁵⁸ In verscheidene handboeken over sociaal recht wordt in de inleidende paragrafen wel dikwijls kort stilgestaan bij de beginselen. Bescherming en ongelijkheidscompensatie zijn daarbij de meest aangehaalde begrippen.

⁵² Van der Heijden & Noordam 2001, a.w. noot 8, p. 75.

⁵³ Fase 2001, a.w. noot 34, p. 249.

⁵⁴ J.J.M. de Laat in NJV-Verslag 8 juni 2001, a.w. noot 15, p. 55.

⁵⁵ Fase 2001, a.w. noot 34, p. 251-252.

⁵⁶ Idem, p. 252.

⁵⁷ Idem, p. 252.

⁵⁸ Vgl. Noordam die in 1997 schrijft dat het hem opvalt dat een deugdelijke behandeling van het verschijnsel ongelijkheidscompensatie in de sociaalrechtelijke literatuur ontbreekt, F.M. Noordam, 'Een kontje van de wetgever', in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 107.

Volgens Loonstra en Zondag vormt het beginsel van ongelijkheidscompensatie het fundament van (de wettelijke bepalingen omtrent) het arbeidsrecht.⁵⁹

Bescherming en/of ongelijkheidscompensatie

‘Bescherming van de werknemer’ en ‘ongelijkheidscompensatie’ zijn dus veruit de twee meest genoemde beginselen van het arbeidsrecht. Wat meteen opvalt, is dat ze vaak door elkaar worden gebruikt. Ook Van der Heijden en Noordam noemen bescherming als een van de basiswaarden, waar volgens hen het begrip *ongelijkheidscompensatie* mee is verbonden.⁶⁰ Ze noemen ongelijkheidscompensatie niet als een aparte basiswaarde, wat erop wijst dat de begrippen min of meer hetzelfde inhouden. Toch wordt regelmatig benadrukt dat bescherming en ongelijkheidscompensatie niet hetzelfde zijn.⁶¹ Een uitvoerige analyse van het verschil tussen beide concepten heb ik in de literatuur echter niet kunnen aantreffen.

Bescherming van de werknemer als de zwakkere partij wordt als zo eigen gezien aan het arbeidsrecht, dat het gehele arbeidsrecht door sommigen beschermingsrecht genoemd wordt.⁶² Ongelijkheidscompensatie wordt als het belangrijkste kenmerk van het arbeidsrecht gezien. Men noemt het de ‘superbasiswaarde’, de ‘raison d’être’, de ‘essentie’ van het arbeidsrecht.⁶³ Onder ongelijkheidscompensatie verstaan Van der Heijden en Noordam het mechanisme om aan de werknemer meer rechten te geven dan aan de werkgever, teneinde de eerste in ieder geval juridisch op een gelijk niveau te brengen als de tweede.⁶⁴ Volgens Grapperhaus is ongelijkheidscompensatie een beginsel dat leidt tot een bepaalde inkleuring van de contractuele verhoudingen.⁶⁵ Individuele ongelijkheid tussen werknemer en werkgever wordt echter ook gecompenseerd op collectief vlak, door het promoten en bestendigen van het bestaan van collectieve onderhandelings- en inspraakmechanismen, wat wijst op een bredere werking van het beginsel dan een ‘inkleuring van verhoudingen’.

Zowel bescherming als ongelijkheidscompensatie acht men in elk geval nodig vanwege de ongelijke positie tussen de werkgever en de werknemer. Die ongelijkheid is juridisch en economisch (of feitelijk) van aard. Juridisch, omdat de werknemer zich, op basis van een overeenkomst, in een juridische ondergeschiktheid bevindt ten opzichte van de werkgever. De arbeidskracht is niet van de persoon te scheiden, dus wanneer de werkgever over de

⁵⁹ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 37-38.

⁶⁰ Van der Heijden & Noordam, a.w. noot 8, p. 85.

⁶¹ Heerma van Voss in NJV-Verslag 8 juni 2001, a.w. noot 15, p. 27.

⁶² Bijv. G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. UU, SDU uitgevers 2005, p. 7.

⁶³ C.J. Loonstra in NJV-Verslag 8 juni 2001, a.w. noot 15, p. 24-25; R.A.A. Duk, Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in volgelvlucht, in G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog*, Veertig jaar sociaal Maandblad Arbeid, p. 171 e.v.; O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, London: Stevens & Sons 1977, p. 6.

⁶⁴ Van der Heijden & Noordam, a.w. noot 8, p. 85.

⁶⁵ F.B.J. Grapperhaus en T. Schils, 'Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt', *Sociaal Recht* 2007, 74.

arbeidskracht van de werknemer beschikt, dan beschikt hij ook over de persoon van werknemer zelf en dus over een deel van diens leven.⁶⁶ Vanwege die juridische ondergeschiktheid bevindt de werknemer zich in een kwetsbare positie. Daaraan kan worden toegevoegd dat de ongelijkheid tussen beide ook economisch van aard is, omdat de werknemer voor zijn levensonderhoud van de werkgever afhankelijk is. Doorgaans is er op de arbeidsmarkt, uitzonderingen daargelaten, voldoende aanbod van werknemers. De werkgever heeft de werknemer minder nodig dan omgekeerd, waardoor hij tot op heden in een machtspositie verkeert.

Over deze 'dubbele ongelijkheid' lijkt de meeste overeenstemming te bestaan. Toch kan ook hier niet gesproken worden van eensgezindheid. De economische ongelijkheid werd in feite al tijdens de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in de Tweede Kamer betwist. Betoogd werd dat door de vrijheid van vakverenigingen en het middel van staking de gelijkheid van werknemers en werkgevers op economisch gebied zou zijn ingevoerd.⁶⁷ Vandaag de dag wordt het bestaan van ongelijkheid betwist op gronden van toenemende opleiding en scholing van de gemiddelde werknemer die hem in staat stellen steeds beter voor zichzelf op te komen. Zo vindt Hartlief het denken in termen van bescherming 'ouderwetse en eenzijdig'. Het vakgebied moet volgens hem nu plaats bieden aan 'vele goed geschoolde en mondige werknemers die meer geïnteresseerd zijn in keuzeruimte en contractvrijheid, dan in afgedwongen bescherming en dwingend recht'. De moderne werknemer kan wel zijn eigen boontjes doppen.⁶⁸ Van der Ven wilde ook liever niet werken met begrippen als afhankelijkheid en ondergeschiktheid, die volgens hem te veel ideologisch geladen waren. Dat waren maatschappelijke verschijnselen en geen juridische criteria 'waarop een systematische behandeling van het arbeidsrecht zou kunnen worden gebouwd'.⁶⁹ Volgens hem zou het beter zijn om te kijken naar het doel van het werken. Voor de werknemer is dat doel niet het arbeidsproduct, maar het levensonderhoud van zichzelf en degenen voor wie hij moet zorgen. De arbeidsverhouding is volgens hem primair een verhouding 'van den arbeidenden mens tot het doel van zijn arbeid'. Van der Ven pleitte er dan ook voor onder het arbeidsrecht alle menselijke economische arbeid onder te brengen, niet alleen arbeid in loondienst.

De arbeidsovereenkomst is echter, hoewel een bijzondere overeenkomst, toch een overeenkomst. En een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling. De arbeidsovereenkomst kan dus juridisch gezien nooit gaan om de verhouding van de werknemer tot zijn eigen arbeid, het moet gaan om de relatie tussen twee partijen (nu is dat de relatie werkgever – werknemer). Dit is bijvoorbeeld een van de oorzaken van het feit dat het niet eenvoudig is gebleken om beleidsdoelstellingen als 'van baan- naar werkzekerheid' te

⁶⁶ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 25.

⁶⁷ A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage 1907, p. 75.

⁶⁸ Hartlief is van mening dat de literatuur over de grondslagen van het arbeidsrecht sterk politiek is ingekleurd. Bovendien doet de HR ook aan politiek door de werknemer te blijven beschermen, T. Hartlief, 'De politiek van het arbeidsrecht', *NJB* 2008, 666.

⁶⁹ F.J.H.M. van der Ven, 'Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht', rede uitgesproken 1938 in Tilburg, in *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen aan den Rijn 1966, p. 163.

vertalen naar concrete normen in het arbeidsovereenkomstenrecht.⁷⁰ Wanneer werkzekerheid namelijk wordt uitgelegd als ‘arbeidsmarktperspectieven’, dan zien we dat het accent wordt verlegd van de relatie werkgever – werknemer naar de relatie werknemer – arbeidsmarkt.⁷¹ Meer kennis over wat arbeidsmarktperspectieven verhoogt voor verschillende groepen werknemers kan er mijns inziens echter wel ertoe bijdragen om de rechten en plichten binnen een overeenkomst op grond waarvan arbeid wordt verricht anders te formuleren, opdat (meer) werkzekerheid wordt gerealiseerd.

Daarnaast is het ondergeschiktheidscriterium een wezenlijk kenmerk van de arbeidsovereenkomst. Artikel 7:610, eerste lid van het BW luidt immers als volgt: De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt *in dienst* van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De ondergeschiktheid (of gezagsverhouding) wordt dus als bestaansvereiste aangemerkt.⁷² Het beginsel dat de werknemer als de zwakkere partij dient te worden beschermd vindt zijn oorzaak in de gezagsverhouding (de juridische ongelijkheid) en de economische ongelijkheid. Ook al is er veel veranderd in de arbeidsverhoudingen sinds de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907, toch menen de meeste arbeidsrechtjuristen dat de beschermingsgedachte in het arbeidsrecht nog steeds actueel is.⁷³ Oude ongelijkheden zijn misschien verdwenen, maar nieuwe zijn ervoor in de plaats gekomen.⁷⁴ Ook al bestaan er uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld medisch specialisten, de meeste werknemers zijn nog altijd uiteindelijk ondergeschikt aan hun werkgever, bijvoorbeeld omdat ze dagelijks bepaalde instructies van een leidinggevende moeten opvolgen. In de literatuur wordt dit beginsel dus nog steeds als wezenlijk voor het arbeidsrecht gezien.

Is arbeidsrecht echter gelijk te stellen aan beschermingsrecht? Dat zou naar mijn mening te ver gaan. Ook Jacobs is kritisch over de ongelijkheidscompensatie als het belangrijkste kenmerk van het sociaal recht.⁷⁵ Hij stelt de vraag of de idee van ongelijkheidscompensatie nog verder tot ontwikkeling is gekomen sinds de jaren tachtig, toen er een stagnatie in de ontwikkeling van het arbeidsrecht is opgetreden. Aan de hand van verschillende voorbeelden laat hij zien dat de wetgever de werknemer zeker niet in alle gevallen heeft willen bevorderen. Daarnaast stelt hij dat het ook zeker niet zo is dat de rechter steeds het voordeel gunt aan de werknemer, omdat die de zwakke partij is. Dat hebben anderen ook laten zien. Het beginsel blijkt niet zodanig door te werken dat bijvoorbeeld bij onduidelijkheid van een contractuele

⁷⁰ WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, vol. 77.

⁷¹ De Commissie Bakker heeft het concept vertaald naar twee elementen: ‘werkbudget’ en ‘transferperiode’. Zie Advies Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008.

⁷² A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Naar een nieuwe balans tussen werkgeversgezag en werknemersrecht’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 81.

⁷³ Zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 37, en E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, oratie Amsterdam UvA 2003, p. 6.

⁷⁴ P.F. van der Heijden, ‘Ongelijkheden in beweging’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 64.

⁷⁵ A.T.J.M. Jacobs, ‘Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80.

bepaling deze hoe dan ook in het voordeel van de werknemer wordt uitgelegd.⁷⁶ Zowel de toepassing van de Haviltex-formule als de taalkundige uitleg leidt niet per definitie tot een voordeliger uitkomst voor de werknemer dan wel voor de werkgever.⁷⁷

Conclusie

Welke conclusies kunnen we uit de bovenstaande verkenningen trekken? In elk geval dat er geen eenduidigheid bestaat over de vraag welk normatief kader het arbeidsrecht ons kan bieden. Ongelijkheidscompensatie neemt in dat kader als beginsel een belangrijke rol. Maar zoals Jacobs al heeft laten zien op een voor hem karakteristieke wijze betreft het slechts één van de 'leading principles' in het arbeidsrecht. Dit principe lijkt in onze tijd steeds minder erkend te worden. Hiertegenover kan worden gesteld dat, ook al is het beginsel dat de zwakkere partij dient te worden beschermd voor het eerst in het arbeidsrecht tot bloei gekomen, dit beginsel zich niet langer beperkt tot het arbeidsrecht. Naast de regelingen over huur en pacht, koop op afbetaling, huurkoop van onroerende zaken en agentuurovereenkomst, vinden we beschermingsregels ook terug in het algemene deel van het BW.⁷⁸ Volgens sommigen kan de bescherming van de zwakke partij nu zelfs als leidend beginsel van het Nederlandse contractenrecht worden gezien, nevensgeschikt aan contractvrijheid.⁷⁹

Een normatief kader waarin alle arbeidsrechtelijke en andere rechtsbeginselen helder in kaart zijn gebracht kan uiteindelijk toch niet een dwingende of onafhankelijke toets vormen voor rechtsontwikkeling. Er is geen rangorde in de waarden, en daardoor kan de beslissing de ene keer naar rechts de andere keer naar links buigen. Daarom kunnen we ons het kader misschien beter voorstellen als een veld waar de beginselen zich als magnetische polen gedragen.⁸⁰ Wat uiteindelijk (wettelijke) regels worden, hangt af van de sterkte van de aantrekkingskracht die de verschillende polen uitoefenen. Dit laat ook zien dat rechtswetenschap argumentatief van aard is.

Om die argumentatie zuiver te houden ligt er nog wel werk om de beginselen binnen het arbeidsrechtelijke normatieve kader beter uit te werken. Iedereen is bijvoorbeeld de vermogensrechtelijke benadering opgevallen die de Hoge Raad hanteert bij de beantwoording

⁷⁶ C.E. Dingemans en O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *Arbeidsrecht* 2001, 4.

⁷⁷ Anders is dat bij uitleg van vrijheidsbeperkende bepalingen, a.w. noot 74.

⁷⁸ A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 38. Zie bijv. art. 3:44 lid 4 BW dat zegt dat een rechtshandeling op grond van misbruik van omstandigheden kan worden vernietigd, waarbij misbruik van omstandigheden kan worden aangenomen bij noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid (opsomming is niet limitatief). Deze bieden ruimte aan de rechter om de zwakkere partij te beschermen, omdat subjectieve bedoeling tot benadeling niet is vereist.

⁷⁹ E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over verandering van paradigmata van het privaatrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 393.

⁸⁰ A. Christensen, *Protection of the Established Position: A Basic Normative Pattern*, Stockholm Institute for Scandianvian Law.

van de relevante rechtsvragen in de kennelijk onredelijke opzegging-jurisprudentie.⁸¹ De Hoge Raad heeft teruggегреpen naar gewone privaatrechtelijke regels voor het berekenen van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag, omdat de wetgever zijn verantwoordelijkheid niet neemt, maar ook omdat de literatuur ‘het tot op heden volledig heeft laten afweten’.⁸² De Hoge Raad heeft ervan afgezien de (aangepaste) kantonrechttersformule toe te passen, ook al zou dit wellicht de meest praktische en economisch gezien de beste oplossing zijn geweest.⁸³ Dit betekent een verschuiving in het leerstuk doorwerking van algemeen vermogensrechtelijke regels in het arbeidsrecht, maar het kan niet worden gezegd dat de Hoge Raad afstand heeft gedaan van het beschermingsprincipe. De persoon van de werknemer blijft immers centraal staan. Er wordt zo veel mogelijk gekeken naar echte schade die iemand lijdt als gevolg van kennelijk onredelijk opzegging van de arbeidsovereenkomst. Concrete omstandigheden en factoren die daarbij een rol spelen zijn o.a. de lengte van het dienstverband en de hoogte van de leeftijd van de ontslagen werknemer, maar ook de inspanningen van de werkgever en de werknemer om binnen de onderneming van de werkgever ander (passend) werk te vinden. Er is ruimte voor ongelijkheidscompensatie, maar zij moet steeds toegesneden zijn op een zeer specifieke en voortdurend variërende context.⁸⁴ Het is aan de wetenschap om deze belangrijke beslissingen van de Hoge Raad in het arbeidsrechtelijke normatieve kader te plaatsen.

⁸¹ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 m.nt. Verhulp (Van de Grijp/Stam); HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed). Zie A.R. Houweling, ‘De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?’ *Ars Aequi* september 2010, p. 574-578.

⁸² Aldus A.G. Spier in HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 en HR 21 mei 2010, *JAR* 2010,164, r.o. 3.12.

⁸³ Barendrecht zegt daarover: ‘Hoe voorspelbaarder de hoogte van de vergoeding wordt, hoe beter de arbeidsmarkt kan werken, en hoe minder individuele werknemers en werkgevers worden belast met het toch al zo ingrijpende ontslag.’ Zie J.M. Barendrecht, ‘Een verfijndere kantonrechttersformule: de beste basis voor ontslagbescherming’, *Arbeidsrecht* 2004, 38.

⁸⁴ Vgl. N.J.H. Huls, ‘De verburgerlijking van het sociaal recht’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 198.