

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20845> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Erkens, M.Y.H.G. (Yvonne)

Title: Rechtspleging in arbeidszaken

Issue Date: 2013-04-25

2

Criteria voor arbeidsrechtspraak

2.1 Inleiding

De beginselen van behoorlijke rechtspraak vormen de grondslag van elke vorm van overheidsrechtspraak.¹ Het zijn echter niet die beginselen die het uitgangspunt vormen voor dit onderzoek, hoewel sommigen daarvan wel ter sprake komen.²

In dit hoofdstuk worden criteria geformuleerd voor de inrichting van arbeidsrechtspraak. Daarbij is het uitgangspunt dat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de specifieke kenmerken van het arbeidsrecht en van arbeidsrechtelijke conflicten. Dat betekent, dat als eerste de karakteristieken van het arbeidsrecht en van het soort conflicten dat zich op dit gebied voordoen aan een nader onderzoek zullen worden onderworpen.

In de paragrafen 2.2 en 2.3 komen de kenmerken en functies van arbeidsrecht aan de orde en wordt onderzocht wat kan worden beschouwd als bijzondere kenmerken van arbeidsrechtelijke conflicten. Op basis daarvan wordt in paragraaf 2.4 een aantal criteria voor arbeidsrechtspraak geformuleerd.

Op de achtergrond spelen daarbij de kwaliteit van rechtspraak in het algemeen alsmede de vraag naar nut en noodzaak van specialisatie van rechtspraak een rol. Daaraan wordt in paragrafen 2.5 en 2.6 aandacht besteed.

In Nederland fungeert de kantonrechter als arbeidsrechter. Omdat de kantonrechter in diverse categorieën van zaken absoluut bevoegd is, kunnen de verschillende 'petten' die hij draagt, verwarrend werken. Wat geldt voor de kantonrechter als

1 Vele processualisten hebben zich over de hoofdbeginselen van rechtspraak uitgelaten. In zijn onderzoek naar het behoorlijkheidsgehalte van bijzondere geschilprocedures op het gebied van het sociaal recht noemt Van der Heijden als beginselen van behoorlijke rechtspraak onpartijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid, schriftelijke procedureregeling, hoor/wederhoor en hoor/beslisbeginsel, decisieverplichting, openbaarheid en redelijke termijn, beslissing dient door motivering te worden gedragen en de motivering moet recht doen aan het standpunt van partijen, P.F. van het Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1984, blz. 31-53.

2 Arbeidsrechtelijke procedures eisen naast juridisch deskundigheid ook bepaalde vaardigheden zoals zittingsvaardigheden, daarover J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

arbeidsrechter, hoeft immers niet op te gaan voor de kantonrechter die recht spreekt in een civiele zaak over een (kleine) geldvordering. Om die reden zal worden aangeduid wanneer met kantonrechter enkel de kantonrechter in zijn hoedanigheid van arbeidsrechter wordt bedoeld.

2.2 Arbeidsrechtspraak tegen de achtergrond van de functies en kenmerken van het arbeidsrecht

1. Functies

De meeste rechtsgebieden hebben een ordenende functie. Het arbeidsrecht levert een bijdrage aan de organisatie van de arbeidsmarkt en de ordening van de rechtsverhouding van werkgever en werknemer.

Nu ordening bij elke vorm van geschilbeslechting in meer of mindere mate een rol speelt, heeft het voor het ontwikkelen van criteria voor arbeidsrechtspraak weinig onderscheidend vermogen. Twee andere functies van het arbeidsrecht – bescherming en ongelijkheidscompensatie – hebben dat onderscheidende vermogen wel.

Bescherming en ongelijkheidscompensatie

Wanneer de arbeidsrelatie van werkgever en werknemer wordt beschouwd, wordt meestal als eerste kenmerk de beschermingsbehoefte van de werknemer genoemd. In eerste instantie was dat bescherming tegen de ontstane gevaren van de geïndustrialiseerde samenleving. Die historische achtergrond van het arbeidsrecht mag inmiddels bekend verondersteld worden: ten tijde van de industriële revolutie ruilden grote groepen werkenden hun bestaan als zelfstandige – boer, koopman – in en werden afhankelijk van arbeid in loondienst. De technologische vooruitgang maakte het mogelijk om het productieproces te mechaniseren, waardoor arbeiders geconcentreerd in fabrieken hun arbeid gingen verrichten. De arbeidsomstandigheden waren slecht, de arbeidstijden onverantwoord lang. Het besef ontstond dat er maatregelen nodig waren om aan de ontstane misstanden een einde te maken. Zo kwam een specifiek regelkader tot stand dat zag op de bescherming van de onzelfstandige beroepsbevolking tegen de risico's van de moderne industriële samenleving.³

Bescherming is dus de eerste belangrijke pijler van het arbeidsrecht. Die vorm van klassieke bescherming tegen gevaren bepaalt nog steeds de huidige arbeidsomstandigheden- en arbeidstijdenwetgeving.

Wanneer we de focus verleggen van de sociaaleconomische achtergrond van het rechtsgebied naar de individuele relatie van werkgever en werknemer, dan is duidelijk dat het arbeidscontract een juridische relatie doet ontstaan tussen in principe ongelijke partijen. De werknemer is voor zijn bestaanszekerheid geheel of ten dele afhankelijk van het inkomen dat hij verdient door zijn arbeid ter beschikking te

³ Zie o.m. A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1988, blz. 22-73; W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 1.2.

stellen aan de werkgever. De werknemer is niet alleen afhankelijk in de arbeidsverhouding, maar ook economisch afhankelijk van de arbeidsverhouding; omwille van de laatste aanvaardt hij het eerste.⁴

Die ongelijkheid werkt door in de proceskansen wanneer de werkgever en werknemer zich als procespartijen tegenover elkaar bevinden; de processuele ongelijkheidscompensatie komt aan de orde in hoofdstuk 7.⁵

In de definitie van de arbeidsovereenkomst – artikel 7:610 lid 1 BW – is die ongelijkheid terug te vinden: '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.' Een concretisering van de gezagsverhouding is te vinden in het instructierecht van de werkgever zoals geformuleerd in artikel 7:660 BW: 'De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.'

De bescherming van werknemers tegen de risico's die samenhangen met het arbeidsproces, vindt plaats door het stellen van normen zoals in de Arbwet en de compensatie van de ongelijkheid op het individuele niveau door de bepalingen van dwingend en semidwingend recht in Boek 7 Titel 10 BW. Tezamen vormen zij de twee zijden van de medaille van de ongelijkheidscompensatie. De compensatie van die ongelijkheid van partijen vormt aldus een belangrijk onderdeel van de beschermende functie van het arbeidsrecht.⁶ Die beschermende functie zal daarom bij de handhaving door de rechter een rol dienen te spelen.

Of ongelijkheidscompensatie (nog) hét leidende beginsel van het arbeidsrecht vormt, wordt van tijd tot tijd ter discussie gesteld.⁷ Enerzijds wordt de vraag opgeworpen of de huidige werknemer nog wel zo veel bescherming nodig heeft. Verwezen wordt dan naar de hoogopgeleide professional, die inhoudelijk beter op de hoogte is dan zijn

4 M.G. Levenbach, 'De wet op de arbeidsovereenkomst en het nieuwere arbeidsrecht', in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, blz. 161.

5 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, blz. 8.

6 A.A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie' in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, blz. 72-73; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 1.4. Heerma van Voss formuleert het iets uitgebreider: met ongelijkheidscompensatie wordt volgens hem bedoeld dat het sociaal recht tracht economische ongelijkheid te compenseren, G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 1.3.

7 Zie onder meer R.A.A. Duk, 'Uniform arbeidsovereenkomstenrecht', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld, Jubileumboek Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, blz. 25-34; P.F. van der Heijden, 'Ongelijkheden in beweging', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, blz. 53-65 en A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie' in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, blz. 67-80.

werkgever en zich in de arbeidsrelatie dus betrekkelijk vrij kan bewegen. Zo heeft Jacobs er in dat licht voor gepleit om de beschermende bepalingen omtrent de arbeidsovereenkomst niet te laten gelden voor werknemers boven een bepaald opleidings- dan wel inkomensniveau.⁸

Anderzijds vragen sommigen zich af of groepen die buiten de bescherming van het arbeidsrecht vallen – zoals opdrachtnemers die in de praktijk feitelijk afhankelijk zijn van een enkele opdrachtgever – daar niet onder moeten worden gebracht.⁹

Dat laatste werd ook betoogd tijdens een bijeenkomst ter ere van het honderdjarig bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Die wet zou de komende 100 jaar haar bestaansrecht moeten ontlenen aan verdere invulling van de ongelijkheidscompensatie voor met name de kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt ('equality of resources', verstaan als het uitgangspunt dat iedereen in principe evenveel toegangsmogelijkheden moet krijgen tot de arbeidsmarkt), omdat zij anno 2007 nog steeds behoefte hebben aan een vorm van effectieve ongelijkheidscompensatie.¹⁰

Al staan het gezagslement en de noodzaak tot ongelijkheidscompensatie van tijd tot tijd ter discussie, ook in het nieuwe millennium worden ze – al is het volgens sommigen bij gebrek aan beter – nog steeds beschouwd als het meest onderscheidende element van de arbeidsovereenkomst respectievelijk van het arbeidsrecht. Daarmee dient als uitgangspunt te gelden dat de rechter bij zijn optreden aandacht moet hebben voor die ongelijkheidscompensatie. Om van geval tot geval te kunnen inschatten of en – zo ja – in welke mate compensatie noodzakelijk is, zal de rechter bekend moeten zijn met het rechtsgebied en geoefend moeten zijn in het doorgronden van de relatie van partijen in de praktijk van alledag. Dat is gerelateerd aan de mate waarin hij in het rechtsgebied gespecialiseerd is (zie daarover paragraaf 2.5).

2. Kenmerken

Naast de hiervoor genoemde *functies* van het arbeidsrecht spelen bij toetsing ook de volgende *kenmerken* van het arbeidsrecht een rol.

Kenmerk 1 Invloed van de arbeidsomgeving op de juridische relatie

Een van de eerste in het Latijn gestelde adagia die eerstejaars rechtenstudenten bij het bestuderen van het civiele recht leren is 'Pacta servanda sunt', afspraken dienen te worden nagekomen. Het klassieke contractsbegrip gaat uit van gelijke partijen die in vrijheid contracten met elkaar kunnen afsluiten; gaan zij daartoe over, dan dienen zij zich aan de gemaakte afspraken te houden. Absoluut is dit uitgangspunt natuurlijk niet: zonder afbreuk te doen aan voornoemd leidend beginsel van het contractenrecht is in de jurisprudentie in de loop der jaren de gedachte ontwikkeld dat contracterende

8 A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994/30, blz. 1035-1044.

9 G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004; G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2012.

10 F.B.J. Grapperhaus, 'Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst', SER-symposium 6 november 2007.

partijen zorgplichten jegens elkaar hebben en zich mede door de belangen van de wederpartij moeten laten leiden.¹¹ Zo kunnen blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad ook in de precontractuele fase over en weer verplichtingen bestaan, terwijl na afloop van het contract er nog steeds sprake kan zijn van gehoudenheden tussen de voormalige contractspartners.¹²

Juist in het arbeidsrecht spelen naast de in het civiele recht gebruikelijke contractuele gegevens ook omgevingsfactoren een rol. Tegen die achtergrond onderscheidt Heerma van Voss de contractstheorie en de institutionele theorie. De *contractstheorie* vloeit voort uit de meer klassieke civilistische benadering, die het contract sterk bepalend wil laten zijn voor de arbeidsverhouding, de *institutionele* theorie is meer publiekrechtelijk geïnspireerd en gaat ervan uit dat een arbeidsverhouding niet een puur individuele zaak is tussen één werknemer en één werkgever, maar dat de werknemer toetreedt tot een samenwerkingsverband, de onderneming.¹³ De werknemer maakt deel uit van de arbeidsorganisatie en daarbinnen dient hij te functioneren. Om binnen die organisatie te kunnen blijven functioneren, moet de werknemer bereid zijn zich aan te passen aan veranderende omstandigheden binnen de organisatie. Het contract is in deze visie niet allesbepalend.¹⁴ Volgens Heerma van Voss is een keuze tussen beide benaderingen niet nodig, hij is er voorstander van arbeidsrechtelijke problemen vanuit beide gezichtspunten te bekijken. Wat in het contract geregeld is, moet serieus genomen worden, maar dient te worden gezien in het licht van de omstandigheden en hetgeen dat partijen in redelijkheid van elkaar mochten verwachten.

In de uitspraak in de zaak Van der Lely vs. Taxi Hofman¹⁵ toonde de Hoge Raad zich volgens de meeste auteurs een aanhanger van de institutionele leer door te oordelen dat artikel 7:611 BW voor de werknemer meebrengt dat hij op redelijke voorstellen

11 P.F. van der Heijden, 'De wederkerige dienstbetrekking', in: P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 45.

12 J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, onder meer aangehaald door P.F. van der Heijden, 'De wederkerige dienstbetrekking', in: P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 45-46.

13 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van arbeidsrecht*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 29, Deventer: Kluwer 1999, blz. 120-121; G.J.J. Heerma van Voss, 'Commentaar artikel 7:611 BW', in: P.F. van der Heijden (Ed.), *Arbeidsovereenkomst (losbladig)*, Deventer: Kluwer, aantekening 4.1. Van Slooten introduceerde in 1999 de term 'arbeidsrechtelijke' in plaats van 'institutionele' benaderingswijze als tegenhanger van de contractuele benaderingswijze, omdat in zijn visie het accent binnen de institutionele visie ligt op het organisatorische aspect van de arbeidsovereenkomst, terwijl er ook wijzigingsmotieven zijn die daarmee geen verband houden, J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, blz. 62-66.

14 G.J.J. Heerma van Voss, 'Flexibilisering en individuele arbeidsovereenkomst', in: F. Pennings (red.), *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 1996, blz. 28-29; P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht, Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging; 2001-1*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, blz. 13 en 101-102.

15 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767, JAR 1998/199, LjN ZC2688.

van de werkgever verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.¹⁶ De omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid kunnen dus tot wijziging van het contract leiden.¹⁷ In het tien jaar later gewezen arrest in de zaak *Stoof vs. Mammoet* heeft de Hoge Raad de *Taxi Hofman* formule vastgehouden, maar de toepassing ervan willen concretiseren; het enkele 'contract is contract' is (nog steeds) onvoldoende.¹⁸

Van Slooten introduceerde in 2005 de leer van de sociaal betrokken derde als alternatief voor het contractuele dan wel institutionele denken. De leer van de sociaal betrokken derde is de arbeidsrechtelijke variant van de leer van de contractueel betrokken derde; zij onderscheidt zich van die leer in het algemene vermogensrecht door toevoeging van de bijzondere elementen van het arbeidsrecht.¹⁹

Nadere uitwerking blijft hier achterwege: wat hier vooral telt, is dat Van Slooten de invloed van de arbeidsomgeving op de juridische relatie onderkent en daaraan belang toedicht.

Slotsom is dat in arbeidszaken de rechter zich doorgaans niet kan beperken tot de uitleg van het contract; vaak zal hij aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten vaststellen hoe de verplichtingen over en weer liggen of voor wiens risico een ontstaan conflict komt. Bij het beoordelen van die omstandigheden speelt de arbeidsomgeving een belangrijke rol.

Kenmerk 2 Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming

In de tweede plaats is kenmerkend voor het arbeidsrecht dat arbeidsvoorwaarden die op het *individuele* niveau hebben te gelden, vaak op het *collectieve* niveau overeengekomen worden.

Arbeidsvoorwaardenbepalingen die in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn opgenomen, werken voor gebonden werkgevers en werknemers op het individuele niveau automatisch en dwingend door op grond van de artikel 9, 10, 12 en 13 van de Wet cao. Een gebonden werkgever zal die voorwaarden ook dienen na te leven ten opzichte van ongebonden werknemers op grond van artikel 14 Wet cao.

16 Daarover onder meer P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht, Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Handelingen der Nederlandsche Juristen Vereeniging*; 2001-1, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, blz. 102; Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 70. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 10.8.

17 Van der Heijden bespreekt nog enige arresten van de Hoge Raad waaruit de relativiteit van de inhoud van het arbeidscontract blijkt: P.F. van der Heijden, 'De wederkerige arbeidsbetrekking', in: P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 50-53.

18 Aldus G.J.J. Heerma van Voss in zijn noot onder de uitspraak, Hoge Raad 11 juli 2008, NJ 2011/185, JAR 2008/204, RAR 2008/128, LfN BD1847.

19 J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA Amsterdam 2005, blz. 18.

Een cao dient te worden beschouwd als een 'package deal', waarbij een voordeel op een bepaald onderdeel staat tegenover inleveren op een ander. Een afgesloten cao is het resultaat van onderhandelingen en kan daardoor meestal gekarakteriseerd worden als de vastlegging van een compromis.²⁰

Met de juridische vormgeving van de cao en de typering van haar inhoud dient in de geschilbeslechtingfase rekening gehouden te worden. Dat speelt bijvoorbeeld bij de belangenafweging: een zuiver individuele belangenafweging kan met het package deal karakter interfereren, het veranderen of verwijderen van een onderdeel tast in meer of mindere mate het tot stand gekomen eindresultaat als geheel aan.²¹ Datzelfde geldt voor de vaststelling van de exacte inhoud van de cao-teksten: het compromiskarakter maakt een cao-tekst vaak voor meerderlei uitleg vatbaar. Daaruit vloeit dan weer de vraag voort hoe de rechter de tekst moet interpreteren.

Voor de uitleg van civiele contracten is in de rechtspraak de zogenoemde Haviltex-norm aanvaard: bij de uitleg van contracten moet niet alleen gekeken worden naar de taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract, maar komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.²²

Nu een cao kan worden gekwalificeerd als een geschrift waarin een overeenkomst of andere regeling is neergelegd die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of formulering daarvan terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is, zal voor de uitleg ervan een andere dan de Haviltex-norm hebben te gelden. Individuele werknemers op wie een cao van toepassing is hebben niet aan de onderhandelingstafel gezeten; zaken die bij de onderhandelingen een rol hebben gespeeld zijn de werknemer dus ook niet bekend. De Hoge Raad heeft daarom in 1993 geoordeeld dat de bewoordingen van de cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.²³ In een arrest van latere datum voegt de Hoge Raad daaraan toe dat het bij de uitleg van

20 Zie hierover onder meer W.J.P.M. Fase, J. van Drongelen, *CAO-recht, Het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring ervan*, Deventer: Kluwer 2004, blz. 114.

21 Konijn signaleert iets dergelijks bij de toepassing van het algemene civiele leerstuk van misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 juncto 3:59 BW) binnen de arbeidsrelatie: 'In het geval van een arbeidsovereenkomst wordt voorzien dat een individu in sommige gevallen nadelen moet accepteren ten behoeve van het collectieve belang. Als in die gevallen een individuele, privaatrechtelijke belangenafweging wordt gemaakt, wordt de bedoeling van de regeling doorkruist', Y.Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, blz. 300.

22 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, LJN AG4158.

23 HR 17 september 1993, NJ 1994/173, JAR 1993/234, LJN ZC1059 (Gerritse/Has) en HR 24 september 1993, NJ 1994/174, JAR 1993/236, LJN ZC1072 (Hol/EIM)

cao-bepalingen niet gaat om de subjectieve bedoelingen van partijen, maar dat wel acht kan worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van rechtsgevolgen waartoe onderscheiden, op zich zelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.²⁴

Het gaat er samengevat om welke betekenis van de tekst voor de gemiddelde aan de cao onderworpen werknemer die niet bij de onderhandelingen betrokken was, redelijkerwijs kenbaar en begrijpelijk is.²⁵

De arbeidsrechter zal dus met de aard van cao-bepalingen rekening dienen te houden en bij de vaststelling van hun inhoud een van het commune civiele recht afwijkende koers moeten varen.²⁶ Voor het vinden van de meest aannemelijke interpretatie van aan hem voorgelegde cao-teksten zal de rechter mede moeten letten op de geschiedenis en het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming tegen de achtergrond van de onderliggende arbeidsverhoudingen binnen de sector.²⁷

De kwestie van *collectief* versus *individueel* speelt niet alleen op het gebied van cao-bepalingen, maar ook wanneer de vraag opkomt naar de gebondenheid van de individuele werknemer aan een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling die niet de status heeft van cao, zoals een sociaal plan. Kan een werknemer bijvoorbeeld een individueel bepaalde ontslagvergoeding afdwingen of moet hij genoegen nemen met de ontslagvergoeding opgenomen in het voor hem geldend sociaal plan? In de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters is hierover het volgende bepaald.²⁸

“In afwijking van aanbeveling 3.1 (de ABC-formule, YE) zal de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens reorganisatie van het bedrijf een vergoeding toekennen overeenkomstig een terzake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met de tot de CAO onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval is aanbeveling 3.1 van toepassing, zij het dat, indien slechte financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn.”

24 HR 31 mei 2002, NJ 2003/110, JAR 2002/153, LJV AE2376.

25 S.F. Sagel, 'DSM/Fox en de uitleg van arbeidsrechtelijke contracten – het laatste woord?', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/3, blz. 60; conclusie AG Spier bij HR 28 oktober 2011, NJ 2012/199, LJV BQ2324, nr. 6.9 -6.14.

26 Over de verhouding tussen de Haviltex-norm en de cao-norm o.m. G.C. Boot, 'Voor een appel en een ei: DSM/Fox', *Arbeidsrecht* 2004/8/9, blz. 50 e.v. Boot stelt dat ook bij toepassing van de cao-norm de partijbedoeling centraal wordt gesteld: slechts de wijze waarop die partijbedoeling wordt vastgesteld vindt bij de cao-norm op (iets) andere wijze plaats. Du Perron spreekt van een vloeiende overgang tussen de cao-maatstaf en de Haviltex-formule. Binnen de cao-maatstaf mogen partijbedoelingen meewegen, mits deze naar objectieve maatstaven uit de openbare bronnen kenbaar zijn; het uitgangspunt bij Haviltex zijn de verwachtingen van partijen, maar binnen de Haviltex-maatstaf winnen argumenten voor een uitleg naar objectieve maatstaven aan gewicht naarmate de overeenkomst naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, C.E. du Perron, noot bij HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, JAR 2004/83, LJV AO1427 (DSM/Fox).

27 E. Verhulp, 'De uitleg van cao-bepalingen', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003/1, blz. 28, verwijzend naar T. Koopmans, 'Rechtsvinding in arbeidszaken door de Hoge Raad', in: *Symposium Jurisprudentie Arbeidsrecht*, JAR 1997, blz. 10.

28 Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters inzake toepassing van artikel 7:685 BW, 1 januari 2009, Aanbeveling 3.7.

Als rechtvaardiging van deze generieke afwijking wijst de Aanbeveling met zoveel woorden op het collectieve karakter van reorganisatieontslag en het feit dat het sociaal plan maatwerk is; inbreuk daarop verstoort het soms fragiele evenwicht. De waarde die aan de collectief tot stand gekomen regeling wordt gehecht, bepaalt hier dus de uitkomst van de afweging.

Het is aan de rechter om in het individuele geval uit te maken of hij de Aanbevelingen van de Kring volgt of niet. In beide gevallen zal hij zich echter rekenschap dienen te geven van de spanning tussen de individuele wens en de collectieve regeling en een oplossing moeten zoeken die met die spanning rekening houdt op een wijze die recht doet aan de uitgangspunten van het arbeidsrecht.

Ter illustratie: de gelaagde structuur van het BW en de doorwerkingsdiscussie

Na de inwerkingtreding van titel 7.10 (nieuw) Burgerlijk Wetboek op 1 april 1997 verscheen de notitie Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht.²⁹ Een van kwesties die in de notitie wordt behandeld, is de verhouding tussen de nieuwe titel 7.10 en de boeken 3, 5 en 6 Burgerlijk Wetboek.

In tegenstelling tot het arbeidsrecht heeft het commune civiele recht – zoals reeds vermeld – als uitgangspunt de gelijkheid van partijen: partijen bij een overeenkomst zijn vrij met elkaar te contracteren en staan in principe onafhankelijk tegenover elkaar.³⁰ Het arbeidsrecht kent (relatief) veel dwingend recht, de dwingendrechtelijke regels maken inbreuk op het civielrechtelijke uitgangspunt van contractsvrijheid vanuit de idee van ongelijkheidscompensatie.³¹

Volgens de notitie is het uitgangspunt dat op de arbeidsovereenkomst de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6 van toepassing zijn in verband met de gelaagde structuur van het nieuwe BW.³² Hoofdregel bij samenloop is volgens de notitie cumulatie, zij het dat het mogelijk is dat een arbeidsrechtelijke regeling exclusieve werking heeft. Van dat laatste is sprake wanneer cumulatieve toepassing van het algemene vermogensrecht en het arbeidsrecht tot onaanvaardbare resultaten leidt dan wel in strijd is met het systeem of de strekking van de wet. Of dat zo is, is een vraag van uitleg. Het antwoord op die vraag dient gevonden te worden door een 'zorgvuldige interpretatie en na afweging van alle omstandigheden': of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, dient dus van geval tot geval te worden bezien.³³

29 Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, Kamerstukken II 1996-1997, 25 426, nr. 1.

30 Zij het dat ook in het contractenrecht betekenis wordt toegekend aan de positie en eigenschappen van de contractspartijen bij de inkleuring van een aantal contractenrechtelijke leerstukken, R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

31 A.F.M. Brenninkmeijer en G.J.J. Heerma van Voss, 'Een discussie over de rol van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, blz. 344.

32 Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, Kamerstukken II 1996-1997, 25 426, nr. 1, blz. 9.

Behalve als illustratie van het onderkennen van het eigen karakter van het arbeidsrecht kan de 'doorwerkingskwestie' hiermee ook dienen als extra ondersteuning voor het pleidooi voor een goed toegeruste rechter. Bij het beantwoorden van de vraag of een regel uit het algemene vermogensrecht geldt binnen de arbeidsverhouding, zal de rechter naast het beoordelen van de omstandigheden van het geval, de leidende beginselen van het commune civiele recht en het arbeidsrecht tegen elkaar af moeten wegen. Daarvoor dient hij voldoende ingevoerd te zijn in de bijzonderheden van het arbeidsrecht.

Kenmerk 3 Open normen: goed werkgever- en werknemerschap

Volgens artikel 7:611 BW zijn de werkgever en de werknemer verplicht zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Deze bepaling komt overeen met de norm van de redelijkheid en billijkheid van de artikelen 6:2 en 6:248 BW, maar afzonderlijke regeling in het arbeidsovereenkomstenrecht werd desondanks zinvol geacht. In de woorden van de wetgever: 'De speciale vermelding hier blijft echter waardevol, omdat de bepaling niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. In het bijzonder de verwijzing naar de norm van het goed werkgeverschap (...) heeft in de loop der jaren de mogelijkheid geboden om rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvattingen. (...) Een uitdrukkelijke verwijzing naar het goed werkgeverschap is dan op haar plaats. Zo wordt beter aangesloten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en zal het voor de partijen bij de arbeidsovereenkomst gemakkelijker levend recht zijn'.³⁴

Heerma van Voss ziet drie functies voor de norm van goed werkgeverschap. In de eerste plaats kan deze worden aangewend om de wijze te toetsen waarop de werkgever de instructiebevoegdheid gebruikt. In de rechtspraak zijn op grond daarvan beginselen van goed werkgeverschap ontwikkeld, die bij de uitoefening van het werkgeversgezag in acht genomen moeten worden. In de tweede plaats – aansluitend bij hetgeen is opgemerkt in de parlementaire geschiedenis – kunnen over de boeg van artikel 7:611 BW nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht geïncorporeerd worden (denk bijvoorbeeld aan de doorwerking van grondrechten in de arbeidsverhouding). Het artikel kan tot slot worden benut om wijzigingen in de arbeidsovereenkomst aan te brengen.³⁵

33 Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, Kamerstukken II 1996-1997, 25 426, nr. 1, blz. 10. Zie hierover ook N. Frenk, 'Doorwerking van het vermogensrecht in het arbeidsrecht', *NTBR* november 1996, blz. 227-229 en Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, blz. 76 en 296-300.

34 Kamerstukken II 1993-1994, 23 438, nr. 3, blz. 15.

35 Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nrs. 55-62. Zie verder G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van arbeidsrecht*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 29, Deventer: Kluwer 1999; D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap* (Monografieën Sociaal Recht nr. 44), Deventer: Kluwer 2007.

Artikel 7:611 BW speelt op deze manier een prominente rol in de ontwikkeling van het arbeidsrecht. Het behoeft geen betoog dat de rechter die voor de rechtsvorming op grond van dat artikel verantwoordelijk is, goed ingevoerd moet zijn in het rechtsgebied.³⁶

2.3 Arbeidsrechtspraak tegen de achtergrond van de bijzondere kenmerken van arbeidsrechtelijke conflicten

Rechters doen uitspraak in uiteenlopende zaken. Dat er een onderscheid bestaat tussen bijvoorbeeld civiele en strafzaken, is duidelijk: in het eerste geval staan als regel twee niet noodzakelijkerwijs gelijke, maar wel gelijkwaardige partijen tegenover elkaar, in het tweede geval bevindt de overheid in haar rol van handhaver van het strafrechtelijke regelkader zich tegenover het individu.

Maar ook binnen de categorie civiele zaken zijn er grote verschillen. Zo kan in een civiele handelszaak een consument een onderneming tegenover zich vinden en staan in een echtscheidingsprocedure twee (voormalige) echtelieden tegenover elkaar. De conflicten die in een civiel geding worden uitgevochten, kunnen dus onderling sterk verschillen. In het gekozen voorbeeld loopt enerzijds de financiële draagkracht van partijen sterk uiteen – een consument kan gemiddeld genomen minder geld besteden aan een procedure dan een onderneming –, anderzijds spelen bij de echtscheidingsprocedure persoonlijke gevoelens een overheersende rol.

Dat brengt mij bij de vraag naar de kenmerken van arbeidsrechtelijke conflicten. Vooralsnog worden twee categorieën onderscheiden: conflicten over het einde van het dienstverband en conflicten die zich afspelen tijdens de arbeidsovereenkomst maar die niet het einde ervan betreffen en daar evenmin een uitvloeisel van zijn (zoals de strijd om de uitvoering van een bonusregeling). De eerste komen meer voor dan de laatste.³⁷

1. Arbeidsrechtelijke conflicten spelen doorgaans tussen ongelijke (proces)partijen.

De ongelijkheid van partijen in een arbeidsrechtelijke procedure speelt op twee niveaus: er is sprake van een *economische ongelijkheid* en van een *ongelijke positie in de procedure*.³⁸ Voor beide hiervoor onderscheiden soorten arbeidsrechtelijke conflicten hebben deze verschillen in positie betekenis.

36 Over de rechtsvormende taak van de (arbeids)rechter in het algemeen: P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht, Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging; 2001-1*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, blz. 113.

37 In 2009 werden bij de sector kanton in totaal 519.800 exploitanten van dagvaardingen ingediend, waarvan 3.100 in contradictoire arbeidszaken. Van het totaal aantal ingediende verzoekschriften van 269.200 waren 29.900 ontbindingsverzoeken ex 7:685 BW (zie CBS, statline.cbs.nl, civiele rechtspraak). Hoewel hieruit voor wat betreft de dagvaardingen niet de verhouding tussen ontslag- en andere zaken kan worden afgeleid, is in elk geval zeker dat de 29.900 ontbindingsverzoeken over ontslag gaan.

38 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, blz. 8.

Wat de *economische ongelijkheid* betreft: de werkgever is de bepalende partij, de werknemer is zowel economisch als in de uitoefening van zijn functie van hem afhankelijk.

Binnen de arbeidsrelatie is de werkgever formeel degene met het gezag. Waar de grens van het gezag bereikt is, begint de autonomie van de werknemer. Dat betekent dat de werkgever, binnen zekere grenzen, kan bepalen wat de werknemer moet doen. Ontstaat in de uitoefening van de arbeidsovereenkomst een conflict, dan werkt de gezagsverhouding ook daarin door. Datzelfde geldt bij het einde van de arbeidsrelatie: wanneer de werkgever de werknemer wil ontslaan, zal hij daar in de meeste gevallen in slagen, ook als de werknemer zich verzet.³⁹ In de situatie die daarna ontstaat, verkeert de werkgever die zoekt naar een nieuwe arbeidskracht, gemiddeld genomen in een onafhankelijker positie dan de werknemer die op zoek moet naar een nieuwe baan.

Komt het tot een procedure, al dan niet over de beëindiging van de arbeidsrelatie, dan speelt het *verschil in procespositie* een rol. De werkgever is meestal kapitaalkrachtiger dan de werknemer, waardoor hij een procedure langer kan volhouden, en hij is vaak minder persoonlijk afhankelijk van het resultaat van de procedure. Ook qua bewijspositie verkeert de werkgever doorgaans in gunstiger omstandigheden: hij heeft toegang tot de benodigde bescheiden en zijn macht strekt zich uit over eventueel andere betrokken werknemers. Wordt van de laatsten gevraagd als getuige op te treden, dan zullen zij zich tot op zekere hoogte verplicht voelen de goede verstandhouding met de werkgever niet in gevaar te brengen.

Wanneer een werkgever vaker in rechte optreedt, dan heeft dat invloed op de wijze waarop hij in de procedure staat. Een dergelijke werkgever heeft een voorgrond in kennis en ervaring ten opzichte van de werknemer, die meestal maar een enkele maal in zijn leven procedeert. Grotere werkgevers kunnen bij arbeidsrechtelijke geschillen gebruik maken van de deskundigheid van hun personeelsafdeling of medewerker(s) HRM, waardoor ook enige afstand wordt ingebouwd tussen degene die het probleem heeft ervaren – bijvoorbeeld de direct leidinggevende – en de betrokken werknemer. Dat maakt het geschil voor de werkgever minder persoonlijk.

Om tot een beslissing te komen die recht doet aan de situatie, zal de rechter doordrongen dienen te zijn van beide verschillen en daar in zijn oordeel waar mogelijk rekening mee moeten houden. Soms draagt de wet hem dat op, zoals bij de verdeling van de bewijslast in artikel 7:658 lid 2 BW. In andere gevallen kan hij daarmee rekening houden bij de belangenafweging.

39 Van alle afgehandelde ontslaanvragen bij de CWI in 2009 werd 76% verleend, 8% geweigerd en 16% ingetrokken (Ontslagstatistiek, Jaarrapportage 2009, ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Arbeidsverhoudingen, april 2009). Hoeveel van de in 2009 ingediende 29.854 ontbindingsverzoeken werden toegewezen is niet bekend, maar geschat wordt dat tussen de 88 en 90% van de ontbindingsverzoeken bij de rechtbanken wordt toegewezen en dus ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft.

2. *Arbeidsrechtelijke conflicten zijn persoonlijk van aard; ze raken de werknemer in een van de pijlers van zijn bestaan.*

Levenbach merkte aan het begin van zijn openbare les in 1926 al op dat 'de regelingen betreffende de arbeid niet in zo sterke mate de aandacht van de rechtswetenschap mogen hebben getrokken, voor het leven en de rechtstoestand van de overgrote meerderheid der mensen zijn zij van het hoogste belang'.⁴⁰ Wat verderop in diezelfde openbare les merkt hij op dat de arbeidsverhouding niet enkel een vermogensband tussen twee individuen is, verbonden met de rest van hun bestaan door economische waardevereveningen, maar een maatschappelijke functie vervult, die met het hele persoonlijke leven in 'innige samenhang' verkeert.⁴¹

Dat lijkt met name voor werknemers nog steeds op te gaan. Uit onderzoek onder burgers blijkt dat arbeidsgeschillen door individuen als zeer belastend worden ervaren.⁴²

Zo komt de score van werkproblemen op een schaal van 1 tot 5 (1 = probleem hield betrokkene in het geheel niet bezig, 5 = betrokkene werd volledig door het probleem in beslag genomen) uit op gemiddeld 3,5, terwijl problemen met het bezit en het verhuren van onroerende zaken gemiddeld een 3,2 scoren en problemen met het huren van woonruimte, problemen met aanschaf van producten of dienstverlening of problemen met geld op een score van gemiddeld 3,1 uitkomen. Alleen problemen met relatie- of familie zaken (gemiddeld 3,8) en problemen over/met kinderen onder 18 jaar (gemiddeld 4,1) scoren hoger. Dat laatste lijkt me niet verwonderlijk, gezien het feit dat voor de meeste mensen naast werk hun relatie en kinderen de kern van het bestaan vormen.⁴³ Uit hetzelfde onderzoek blijkt ook dat er een sterke correlatie is tussen werk en gezondheid en tussen werk en geld: een probleem op het werk gaat dus nogal eens gepaard met een gezondheidsprobleem of problemen met geld.⁴⁴

Voor de werkgever ligt een arbeidsconflict vaak minder gevoelig, al was het maar omdat degene met wie het conflict zich heeft voorgedaan, niet dezelfde hoeft te zijn

40 M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht*, Openbare les gehouden bij de aanvaarding van het lectoraat in het arbeidsrecht aan de gemeentelijke universiteit van Amsterdam op woensdag 15 december 1926, blz. 7.

41 M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht*, Openbare les gehouden bij de aanvaarding van het lectoraat in het arbeidsrecht aan de gemeentelijke universiteit van Amsterdam op woensdag 15 december 1926, blz. 21.

42 B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, *Geschildbeslechtsingsdelta 2003, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC 2004, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, Bijlage 2, tabel 1. Kanttekening: in dit onderzoek is gevraagd naar problemen die mensen als *individu* hebben ondervonden, dus niet in de rol van werkgever of namens een organisatie.

43 Boot verwijst in zijn oratie naar Alain de Botton, die in zijn Ode aan de Arbeid de veronderstelling uit dat er behalve liefde niets is dat zoveel zin kan verlenen aan ons bestaan als werk, G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2012, blz. 5. Over de functie van arbeid is binnen de arbeids- en organisatiepsychologie veel gepubliceerd, ik verwijs naar Frank J. Landy en Jeffrey M. Conte, *Work in the 21st century: an introduction to industrial and organizational psychology*, Malden: Blackwell 2007 en de daar genoemde literatuur.

44 B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, *Geschildbeslechtsingsdelta 2003, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC 2004, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, blz. 75.

als degene die bijvoorbeeld het ontslag effectueert.⁴⁵ Dat geldt nog sterker als de werkgever regelmatig de gang naar de rechter maakt; een rechtsgeschil heeft voor hem dan een heel andere lading dan voor de individuele werknemer die voor het eerst in rechte betrokken wordt.

Juist vanwege het persoonlijke aspect zijn arbeidsrechtelijke conflicten niet altijd of niet volledig op geld waardeerbaar.⁴⁶ Dit gaat met name op voor ontslagzaken. Wanneer iemand zijn baan verliest, verliest hij meer dan alleen zijn inkomen. Werken betekent immers ook zingeving, sociale contacten en (sociale) status. Als een ontslagvergoeding de inkomstenderving geheel of ten dele compenseert, hoeft dat niet te betekenen dat daarmee ook de andere verliezen zijn 'gedekt'. Ook bij conflicten die niet het einde van de arbeidsovereenkomst betreffen, kan onder het arbeidsrechtelijke predicaat een geschil omtrent autonomie of waardering schuilgaan. Compensatie in geld, zo die al aan de orde is, is dan niet de (volledige) oplossing.

Samenhangend met genoemd persoonlijk aspect zijn arbeidsrechtelijke conflicten vaak sterk verweven met de omstandigheden van het geval. De waardering van feiten wordt ingekleurd door de perceptie van partijen. Perceptie speelt een grotere rol naarmate er minder (schriftelijk) vastligt en emoties meespelen.

In de Geschilbeslechtingdelta 2003 wordt opgemerkt dat arbeidsconflicten door individuen als zeer belastend worden ervaren. Emoties over een bepaalde gebeurtenis kunnen de waarneming en waardering van die gebeurtenis beïnvloeden. De werkgever en de werknemer kunnen daardoor een heel verschillende visie hebben op de ontstane situatie. Ook hier zal de rechter zo veel mogelijk door de gepresenteerde feiten heen moeten kijken om tot een zo objectief mogelijke waardering van de aan de orde zijnde situatie te komen.

De voorwaarden waaronder de arbeidsrelatie tot stand is gekomen, liggen vast in de arbeidsovereenkomst (al dan niet op schrift gesteld) en in de van toepassing zijnde cao, zo die er is. Hoe aan de relatie *praktisch* vorm wordt gegeven, staat daar min of meer los van. Verwijten over de invulling van de taken, omgang met collega's of communicatie met de leiding zijn vrijwel altijd gebaseerd op de dagelijkse uitwerking van hetgeen is overeengekomen. Hoe die uitwerking wordt gewaardeerd, hangt af van de wijze waarop die door de omgeving wordt ervaren. Juist in duurrelaties waartoe arbeidsrelaties behoren, speelt dit een grote rol: als uitvloeisel van dat ene contract volgen vaak jaren van werkzaamheden. In al die jaren blijft de relatie tussen werkgever en werknemer zich ontwikkelen, zonder dat er telkens getoetst wordt aan hetgeen ooit is afgesproken. Als er al sprake is van een systeem van functioneringsgesprekken, dan vormen die gesprekken slechts momentopnamen, aan de hand waarvan de werknemer enkel op hoofdlijnen beoordeeld kan worden. Verder zal

45 Daarbij past de kanttekening dat ook door werkgevers een arbeidsconflict als zeer ingrijpend kan worden ervaren.

46 In de discussie naar aanleiding van wetsontwerp 881 merkt ook De Gaay Fortman op dat bij arbeidsprocedures het persoonlijke belang meer dan in andere verhoudingen betrokken is, W.F. de Gaay Fortman, *Sociaal Maandblad* 1950, blz. 356.

naast het feit dat door verloop van tijd de rol van de werknemer verandert – zijn senioriteit neemt toe met gevolgen voor zijn verantwoordelijkheden –, ook de inhoud van de functie aan verandering onderhevig zijn doordat er nieuwe technieken beschikbaar komen of de organisatie van de arbeid wordt aangepast.

Ontstaat er op enig moment een verschil van mening, dan zal veel afhangen van de wijze waarop de partijen bij de arbeidsovereenkomst bestaande rechten en plichten hebben geïnterpreteerd. De kans is groot dat zij daarbij, redenerend vanuit persoonlijke ervaringen, de ontstane situatie heel verschillend waarderen. Het is vervolgens aan de rechter daaruit de ‘waarheid’, of wat daar voor door moet gaan, te destilleren.

3. Wanneer zich een arbeidsrechtelijk conflict voordoet, is een snelle oplossing noodzakelijk.

Beide partijen zijn er in veel gevallen bij gebaat op korte termijn te weten waar ze aan toe zijn. Bij conflicten die niet het einde van de arbeidsovereenkomst betreffen, is een zich voortslepend conflict meestal belastend voor de relatie tussen partijen. Een snelle afdoening is dan noodzakelijk om verdere schade te voorkomen. Betreft het wel het einde van de arbeidsovereenkomst, dan is het voor partijen evenzeer van belang snel uitsluitel te krijgen. De werkgever weet dan of hij op zoek moet naar een nieuwe werknemer, de werknemer of hij op zoek moet naar een nieuwe baan (en onder welke voorwaarden, denk aan een geldend concurrentie- of relatiebeding).

4. Arbeidsrechtelijke conflicten spelen zich af in de specifieke omgeving van arbeidsverhoudingen.

Er kunnen drie niveaus onderscheiden worden waarop de invloed van de arbeidsverhouding een rol speelt: het *individuele* niveau, het *collectieve niveau binnen de onderneming* en het *collectieve niveau buiten de onderneming*.

Op het individuele niveau zijn de werkgever en de werknemer de actoren. Het gaat om de onderlinge relatie van hen, maar ook om de relatie van en met de overige werknemers onderling. Op het collectieve niveau binnen de onderneming gaat het om de relatie van de werkgever en de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, op het collectieve niveau buiten de onderneming gaat het om de relatie van de werkgever en de vakbonden.

In feite worden op deze wijze drie ‘schillen’ onderscheiden: de kern wordt gevormd door de individuele relatie van werkgever en werknemer, in de tweede en derde schil wordt het collectieve niveau van intern – enkel het ondernemingsbelang telt – naar extern – ook de arbeidsverhoudingen buiten de onderneming spelen een rol – toegevoegd.

In het navolgende wordt beschreven in hoeverre de arbeidsverhoudingen in de betreffende ‘schil’ een rol spelen bij de geschilbeslechting.

a. Individueel (verhouding werkgever/werknemer dan wel werknemers onderling)

Arbeidsverhoudingen hebben hun eigen dynamiek; het handelen van de werknemer kan nooit geïsoleerd worden beschouwd. Wanneer zich een conflict voordoet, zijn daar behalve de werknemer ook anderen bij betrokken. De ander kan de werkgever zijn, of in elk geval degene die in de dagelijkse interactie de werkgeversrol vervult, of

een andere werknemer. Het gedrag van de een is dus medebepalend voor het oordeel van of over de ander.

Wanneer zich feitelijke belangenconflicten voordoen tussen collega's onderling worden die bijna altijd in der minne geregeld ofwel getransformeerd tot juridische conflicten tussen een van beide werknemers enerzijds en de werkgever anderzijds. Van Slooten pleit er in zijn oratie voor dat rechters bij een procedure tussen werkgever en werknemer meer rekening houden met het feit dat hierachter soms ook een belangenconflict tussen twee collega's schuilgaat. De werkgever mag dan formeel de wederpartij zijn, naast zijn belangen kunnen ook belangen van de collega's in het geding zijn. Door dat te erkennen, krijgt het conflict in de woorden van Van Slooten een 'derde(n)dimensie'.⁴⁷

De rechter kan de achterliggende vraag die in dit soort gevallen een rol speelt – moeten werknemers rekening houden met elkaar en in hoeverre –, in zijn oordeel laten meewegen met behulp van vage normen als redelijkheid en billijkheid.⁴⁸ Hij kan ook de strekking van de aan de orde zijnde wettelijke regels richtinggevend laten zijn of – op een abstracter niveau – teruggrijpen op de sociaalrechtelijke basiswaarden zoals geformuleerd door Van der Heijden en Noordam.⁴⁹ Welke weg hij ook kiest, in alle gevallen wordt zijn eindoordeel mede bepaald door de specifieke omgeving van arbeidsverhoudingen.

Ook bij de invulling van (betamelijkheids)normen kan de arbeidsomgeving een rol spelen: wat als ongewenst wordt beschouwd binnen de ene arbeidsomgeving, kan gedoogd worden binnen de andere. Denk aan al dan niet op tijd komen en de daarbij geaccepteerde marges of de houding ten aanzien van (kleine) diefstallen. Een illustratie vormt de jurisprudentie over ontslag wegens het verzenden van seksueel getinte e-mailberichten: de ene keer is dit wel voldoende reden voor onverwijld opzegging dan wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst (wegens dringende redenen of veranderingen in de omstandigheden), de andere keer niet.⁵⁰ Het is de (arbeids)rechter die in dit soort gevallen de wettelijke norm, bijvoorbeeld de dringende reden, invult en verfijnt door deze te beoordelen in het licht van de arbeidsverhouding. De wijze waarop collega's zich gedragen en gedragen hebben en de wijze

47 J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA Amsterdam 2005, blz. 11-12.

48 J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA Amsterdam 2005, blz. 19.

49 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht, Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, *Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging*; 2001-1, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, blz. 74 e.v.

50 De Kantonrechter Apeldoorn oordeelde op 6 september 2000 (*JAR* 2000/212, *LJN* AJ0147) dat de werknemer door het ook extern op grote schaal verzenden van e-mailberichten met 'kantoor-humor' te ver is gegaan (geen ontbinding wegens dringende reden, wel ontbinding wegens verandering van omstandigheden). De Kantonrechter Amsterdam wees op 26 april 2001 (*JAR* 2001/101, *LJN* AG2741) een ontbindingsverzoek wegens veranderingen in de omstandigheden af, onder meer verwijzend naar de machocultuur waarin men elkaar pornoblaadjes liet lezen. Ook de Kantonrechter 's-Hertogenbosch wees op 16 december 2002 (*JAR* 2003/28, *LJN* AH7385) een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding af, onder andere overwegend dat 'de werkvloer op dit punt kennelijk andere waarden en normen hanteert dan de directie c.q. het bestuur van de werkgever'.

waarop de werkgever in het aan de orde zijnde geval en in het verleden op het incident heeft gereageerd, maakten in de aangehaalde jurisprudentie deel uit van de toetsing.

b. Medezeggenschap (verhouding tussen werkgever/ondernemingsraad)

De Wet op de ondernemingsraden (hierna WOR) wijst twee rechterlijke instanties aan die bevoegd zijn van geschillen op het gebied van de medezeggenschap kennis te nemen: de *kantonrechter* op grond van de artikelen 27 en 36 WOR en de *Ondernemingskamer* van het Gerechtshof Amsterdam op grond van artikel 26 WOR. De Ondernemingskamer is bij geschillen op grond van de WOR de gespecialiseerde rechter in zaken met een economische component, de kantonrechter de rechter die gaat over de zaken met een arbeidsrechtelijke dan wel algemeen juridische inslag. Alvorens de kantonrechter van een zaak op grond van de artikelen 27 en 36 WOR kennis kan nemen, moet de rechtzoekende de *bedrijfscommissie* hebben ingeschakeld.

Op de keuze uit deze twee rechterlijke ingangen en de rol van de bedrijfscommissie wordt nader ingegaan in hoofdstuk 7. Hier gaat het om de vraag in hoeverre arbeidsverhoudingen een rol spelen in uitspraken van de kantonrechter in zijn rol van arbeidsrechter bij medezeggenschapsconflicten. De Ondernemingskamer blijft buiten beschouwing.

Op het gebied van medezeggenschap kunnen twee soorten conflicten worden onderscheiden: conflicten waarbij het erom gaat of (procedure)regels zijn overtreden dan wel niet of verkeerd zijn toegepast en belangenconflicten. Soms gaan de laatste onder de eerste schuil.

Volgens artikel 27 lid 4 WOR kan de ondernemer bij een instemmingsplichtig besluit vervangende toestemming van de kantonrechter verzoeken wanneer de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven, onredelijk is dan wel het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen. Van de kantonrechter wordt aldus gevraagd een belangenafweging te maken en veel minder een juridische afweging. Daarvoor zal de rechter met name moeten terugvallen op de verhouding van partijen, omdat hem geen nadere criteria worden aangereikt.

Artikel 36 WOR stelt belanghebbenden, ondernemingsraad en ondernemer in de gelegenheid naleving van de wet te vorderen; dat zal vaker dan bij toepassing van artikel 26 en 27 WOR leiden tot een *juridische* afweging. Maar ook bij een juridisch getint conflict over in de WOR opgenomen verplichtingen zal meestal sprake zijn van sterke verwevenheid met (machts)verhoudingen binnen de onderneming.

Geschillen op grond van de WOR zijn dus te kwalificeren als geschillen waarbij het verschil in positie tussen werkgevers (als ondernemer en/of bestuurder) en werknemers sterk naar voren komt. Daarbij zal de arbeidsrechter inzicht in en kennis van (collectieve) arbeidsverhoudingen nodig hebben.

c. *Collectieve conflicten* (verhouding tussen werkgever/vakbonden)

Wanneer de rechter moet oordelen over collectieve conflicten, begeeft hij zich net als in de twee hiervoor beschreven 'schillen' in een afweging van werkgevers- en werknemersbelangen. Collectieve actie heeft te maken met macht: de macht van werknemers (en hun organisaties) om andere arbeidsvoorwaarden af te dwingen en het vermogen van werkgevers om die dwang te weerstaan, al dan niet door inzet van juridische middelen.

De rechter die over stakingsgeschillen oordeelt, is in veel gevallen de voorzieningenrechter, niet de kantonrechter in zijn rol van arbeidsrechter. Dat heeft te maken met de grondslag van de vordering; meer daarover in hoofdstuk 7.⁵¹

De mogelijkheden en onmogelijkheden van werkstaking werden eind jaren vijftig van de twintigste eeuw in het Panhonnibco-arrest⁵² nog beoordeeld vanuit de individuele arbeidsovereenkomst: volgens de Hoge Raad maakten arbeiders die deelnamen aan de staking, zich in beginsel schuldig aan wanprestatie, de vakbonden die de staking hadden uitgeroepen, handelden onrechtmatig wegens het uitlokken van wanprestatie.

Sedert het NS-arrest⁵³ uit 1986 is het recht op collectieve actie in onze rechtsorde verankerd. De vraag of vakbonden onrechtmatig handelen dient vanaf dat moment rechtstreeks te worden getoetst aan de norm van artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH); uitzonderingen daarop zijn thans geformuleerd in artikel G ESH.

'Normale' stakingen gaan over belangengeschillen, niet over rechtsgeschillen.⁵⁴ Bij een geschil over collectieve actie staan meestal de werkgever of de werkgeversvereniging en de werknemersvereniging (vakbond) tegenover elkaar. De meeste stakingsuitspraken betreffen procedures waarin de vakbonden worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad met als inzet de (oproep tot) staking te beëindigen.

De rechter moet dus op twee punten een afweging maken. Hij dient te bepalen of de actie onder de gegeven omstandigheden rechtmatig is; hij weegt daartoe de belangen van de actievoerders enerzijds en de schadelijke gevolgen van de actie anderzijds tegen elkaar af. Als uitgangspunt geldt, dat een collectieve actie die onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH valt, in beginsel rechtmatig is. Daarbij dient de rechter in het licht van artikel G te beoordelen of de rechten van derden aan de uitoefening van het recht op collectieve actie in de weg staan.

51 Een daarmee samenhangende vraag is bij welke rechter een geschil over (niet-)toelating tot het cao-overleg aanhangig moet worden gemaakt; zie hierover P. Th. Mantel, 'Recht op toelating tot cao-onderhandelingen: meer dan representativiteit?', *SMA* 2008/2, blz. 75.

52 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84.

53 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, *LJN* AC9402.

54 Artikel 6 lid 4 ESH erkent het recht op collectieve actie bij *belangengeschillen*, de actie moet bedoeld zijn om het arbeidsvoorwaardenoverleg te stimuleren. *Rechtsgeschillen* horen bij de rechter thuis. De afbakening tussen beide is niet altijd even scherp, L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 1996, hoofdstuk 5; L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht: het Nederlandse rechtsoordeel over collectieve actie van werknemers getoetst aan het Europees Sociaal Handvest* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Het komt dus aan op een afweging van de belangen van de werkgever en de betrokken vakbonden en in sommige gevallen de rechten van betrokken derden, binnen de strikte eisen die aan de beperking van een zo elementair grondrecht als het stakingsrecht worden gesteld. De rechter is daarbij vooral aangewezen op het (beperkte) kader van artikel G ESH en de conclusies van het Europees Comité voor sociale rechten (ECSR) van het ESH (zie hoofdstuk 7). De verhouding tussen de actoren in het conflict en de belangen van hun achterban vormen daardoor, net als bij collectieve conflicten op ondernemingsniveau, een factor van betekenis bij het totstandkomen van de eindbeslissing.

2.4 Criteria voor arbeidsrechtspraak

Rekening houdend met de hiervoor geschetste functies en kenmerken van het arbeidsrecht en de bijzonderheden van arbeidsrechtelijke conflicten zijn dit de criteria waaraan arbeidsrechtspraak aan zou moeten voldoen.

Deskundigheid

Arbeidsrecht is een erkend specialisme binnen het civiele recht. Een eeuw geleden bestond daarover nog discussie, maar inmiddels is algemeen aanvaard dat arbeidsrecht een vakgebied is met een eigen karakter.⁵⁵ De ontwikkeling is nog allerm minst als afgerond te beschouwen – zo signaleert Van der Heijden een ‘verprivaatrechtelijking’ van het arbeidsrecht, toenemend belang van wederkerigheid als basis van het arbeidscontract en afnemend belang van de gezagsrelatie –, maar dat het arbeidsrecht als een afzonderlijk vakgebied moet worden beschouwd, wordt niet bestreden.⁵⁶ Elke rechter moet deskundig zijn op het terrein waarop hij recht spreekt, maar afgezien daarvan zijn er met de bijzondere kenmerken van arbeidsrecht samenhangende redenen om voor specifieke deskundigheid van de arbeidsrechter te pleiten.

Een overheid heeft beperkte mogelijkheden en middelen om de samenleving en met name het gedrag van burgers en maatschappelijke instellingen te sturen. Dat leidt er onder meer toe dat minder gedetailleerde wetten en regels tot stand komen en meer gebruik gemaakt wordt van open normen. De consequentie daarvan is dat de beoordelaar, de rechter, meer rekening houdt en moet houden met het eigene van het veld waarin de invulling van de betreffende norm plaatsvindt.⁵⁷ Dat laat zich voor

55 ‘Arbeidsrecht is niet maar een deel van het vermogensrecht. De menselijke arbeidskracht is geen koopwaar; hij kan niet van de arbeidende mens afgescheiden worden’, M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht*, Openbare les gehouden bij de aanvaarding van het lectoraat in het arbeidsrecht aan de gemeentelijke universiteit van Amsterdam op woensdag 15 december 1926; A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

56 Met ‘verprivaatrechtelijking’ doelt Van der Heijden op de ontwikkeling binnen het arbeidsrecht die een verschuiving van publiekrecht naar privaatrecht met zich brengt, P.F. van der Heijden, ‘De wederkerige arbeidsbetrekking’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 43 e.v. Houweling en Loonstra signaleren dat de Hoge Raad de afgelopen jaren arbeidsrechtelijke geschillen (steeds meer) beoordeelt langs de lijnen van het algemene vermogensrecht: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, ‘Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?’, *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk* 2011/5, blz. 172-181.

57 A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Arbeidsrechtspraak in geding’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/3, blz. 11-13.

het arbeidsrecht goed illustreren door te verwijzen naar de norm van artikel 7:611 BW, op grond waarvan een omvangrijke jurisprudentie is ontstaan waarin diverse leerstukken over de boeg van de arbeidsrechtelijke redelijkheid en billijkheid een ingang hebben gevonden binnen het arbeidsrecht.

De arbeidsvoorwaarden van veel werknemers worden niet op het individuele niveau, maar op het collectieve niveau geregeld.⁵⁸ Wanneer een conflict ontstaat over de betekenis van een cao-bepaling, kan bij de uitleg van die bepaling niet teruggevallen worden op de partijbedoeling zoals dat bij een individueel contract wel kan. In feite vormt de cao haar eigen referentiekader: wat partijen met een bepaling hebben bedoeld, moet worden afgeleid uit de cao zelf. In juridisch opzicht wijkt dit af van het individueelrechtelijk georiënteerde vermogensrecht; met dat aspect dient de arbeidsrechter rekening te houden wanneer hem in een individueel geval om een oordeel wordt gevraagd.

Ook wanneer de rechter de belangen van de partijen bij de arbeidsovereenkomst moet afwegen, zal hij stuiten op de botsing (en soms samenloop) van individueel en collectief. Binnen het arbeidsrecht wordt aan hetgeen collectief overeengekomen is, grote waarde gehecht. Impliciet speelt dat ingeval een werknemer zich verzet tegen een onderdeel van een voor hem geldende cao. Een cao is een package deal; zou de rechter daar geen rekening mee houden, dan valt de bodem onder het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming weg. De werknemer kan dan immers de lusten voor lief nemen, maar zich via de rechter van de lasten ontdoen. Met dit gegeven zal de arbeidsrechter rekening (dienen te) houden.⁵⁹

Expliciet speelt dat wanneer de werknemer een individuele ontslagvergoeding claimt wanneer er een sociaal plan van toepassing is. Volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (zie hiervoor) gaat het sociaal plan voor,⁶⁰ tenzij de toepassing van het plan leidt tot een evident onbillijke uitkomst. De rechter kan de aanbevelingen volgen, maar hoeft dat niet. In zijn oordeel met betrekking tot de eventuele afwijking zal hij in elk geval – net als bij een conflict omtrent toepasselijkheid van een onderdeel van een cao – het belang van het individu moeten afwegen tegen het belang van handhaving van het collectief tot stand gekomen pakket regelingen omtrent afvloeiing.

58 In 2007 waren er in totaal 517 reguliere ondernemings-cao's van toepassing op bijna 0,6 miljoen werknemers, 198 reguliere bedrijfstak-cao's regelden (al dan niet via algemeenverbindendverklaring) de arbeidsvoorwaarden van 5.220.000 werknemers; cijfers ontleend aan *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2007*, Bijlage 6: Cao's in Nederland.

59 Ik wijs in dit verband op de samenloop van cao's en de problematiek van het zogenoemde cherry-picking, hierover o.m. R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *Arbac* juli-september 2011, blz. 1-40 en R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies', *ArbeidsRecht* 2012/1, blz. 3 e.v.

60 Tenzij bij de totstandkoming van dat plan geen vakbond betrokken was.

Dat de Hoge Raad zich niet altijd laat leiden door de samenhang van hetgeen in de cao is overeengekomen, blijkt uit het arrest Boonen/Quicken.⁶¹ Volgens de Hoge Raad mochten in het aan de orde zijnde geschil de tussen partijen gemaakte afspraken omtrent salaris en overwerk niet als één geheel worden beschouwd. Pakketvergelijking werd dus niet toegestaan.⁶² De benadering van de A-G sloot veel beter aan bij het package deal-karakter van de cao, maar werd door de Hoge Raad niet gevolgd.⁶³

Kortom: deskundigheid is een vereiste voor elke rechter,⁶⁴ maar dat geldt zeker voor de arbeidsrechter gegeven het gebruik van talrijke open normen in het arbeidsrecht gecombineerd met de bijzondere kenmerken van een duurrelatie (met gevolgen voor de wederzijdse rechten en verplichtingen) en de hiervoor beschreven collectieve aspecten.

De deskundigheid van de arbeidsrechter manifesteert zich vooral op twee onderdelen die als kenmerkend voor het arbeidsrecht moeten worden beschouwd: ongelijkheidscompensatie en het inzicht in en de kennis van arbeidsverhoudingen. In de criteria die met het oog daarop worden geformuleerd, ligt deskundigheid als vereiste voor goede arbeidsrechtspraak besloten.

Deskundigheid ziet ook op specifieke vaardigheden, zoals de wijze waarop de arbeidsrechter met procespartijen communiceert en zijn houding ten opzichte van hen bepaalt. Over die vaardigheden volgt later meer.

Ongelijkheidscompensatie

De rechter dient rekening te houden met de ongelijkheid van de partijen bij een arbeidsrechtelijk geschil (de beschermende functie van het arbeidsrecht).

Er hebben zich grote wijzigingen voorgedaan in de wijze waarop partijen bij een arbeidsrelatie tegenover elkaar staan: de werknemer van nu lijkt niet meer op de arbeider aan het begin van de 20^e eeuw. Sommige werknemers zullen minder afhankelijk zijn van de werkgever dan de werkgever van hen. De creatieve arbeid van de arbeidsrechter is gelegen in het op de juiste wijze inschatten van het 'machten-evenwicht' in de aan hem voorgelegde relatie, al dan niet met gebruikmaking van hem ter beschikking staande procesrechtelijke middelen (denk aan de mogelijkheid van het gelasten van een inlichtingencomparitie). Want hoe onafhankelijk ook, de moderne mondige werknemer is voor de invulling en het behoud van zijn werk nog steeds

61 HR 14 januari 2000, NJ 2000/273, JAR 2000/43, LJN AA4276. De Hoge Raad oordeelde – strikt volgens de tekst van artikel 12 Wet cao – dat elk beding in een arbeidsovereenkomst, strijdig met een cao waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is.

62 Kritisch hierover C.J. Loonstra, "Elk beding" in art.12 Wet CAO: over rekkelijken en preciezen', *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2003, afl. 5, blz. 141 e.v.

63 A-G Hartkamp pleitte er in zijn conclusie bij het arrest voor om 'met behulp van de redelijkheid en het gezonde verstand' uit te maken welke elementen in de arbeidsovereenkomst bij elkaar horen en het resultaat daarvan aan de in de cao getroffen regeling te toetsen.

64 Zie C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 177: gevraagd naar criteria die belangrijk geoordeeld worden om te kunnen spreken van goede rechtspraak wordt door de respondenten in eerste instantie vooral juridisch-inhoudelijke kwaliteit genoemd.

afhankelijk van zijn werkgever. Rood noemt dat de *inside* en *outside developments*: de huidige werknemer is beter geschoold en meer ontwikkeld dan de arbeider aan het begin van het industriële tijdperk (*inside developments*), maar hij is nog steeds economisch afhankelijk van de werkgever (*outside developments*).⁶⁵ De rechter die doorkneet is in het arbeidsrecht zal de *inside* en *outside developments* van de werknemer kunnen onderscheiden en op die grond de bescherming bieden die nodig is (maar ook niet meer dan dat).

De aanwezigheid binnen het arbeidsrecht van open normen – denk aan artikel 7:611 BW – biedt daarbij aan de rechter de ruimte voor een eigen oordeel en dientengevolge voor rechtsvinding ten gunste van de in concreto zwakkere partij.⁶⁶

Inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen

In een geding dient de rechter zich een zo objectief mogelijk beeld te vormen van de feiten in een situatie waarin partijen het gebeurde voornamelijk presenteren zoals zij het zelf hebben beleefd. Voor de arbeidsrechter betekent dit, dat hij ook op de hoogte moet zijn van arbeidsverhoudingen en werkprocessen. Die bepalen immers voor het grootste deel de achtergrond waartegen conflicten zich afspelen en de context waarbinnen vage normen worden ingevuld.

Inzicht in arbeidsverhoudingen is ook van belang wanneer de rechter gevraagd wordt om het werkgevers- en het werknemersbelang tegen elkaar af te wegen, of dat nu op het individuele of op het collectieve niveau dient te gebeuren. Ik wijs als voorbeeld naar de maatstaf van artikel 7:613 BW: of de werkgever zo'n zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken, hangt mede af van de onderlinge verhouding van partijen. De arbeidsrechter moet die dus meewegen bij het vormen van zijn oordeel.

Van Slooten wijst er in zijn oratie op, dat de wetgever voor het bestaan van de collega zijn ogen sluit. Wanneer artikel 4 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet voorschrijft dat de werkgever rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid, dan zal de werkgever daar in het concrete geval uitvoering aan moeten geven. Maar wat als de belangen van werknemers onderling conflicteren en de rechter gevraagd wordt uitsluitsel te geven: wie mag dan de woensdagmiddag vrijaf nemen voor de kinderen en wie mag dat niet?⁶⁷ Om die vraag te kunnen beantwoorden kan de rechter gebruik maken van de norm van artikel 7:611 BW, maar om die norm in te vullen zal hij terug moeten vallen op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen en de heersende mores binnen de arbeidsomgeving. Alleen met die specifieke invulling is het mogelijk om met alle in het geding zijnde belangen rekening te houden en tevens recht te doen aan de bedoeling van de wetgever.

65 M.G. Rood, 'Labour Law in the 21st Century', in: Wedderburn et al., *Labour law in the Post-Industrial Era*, Aldershot 1994, blz. 86-87.

66 Dat hoeft niet altijd de werknemer te zijn; zie ook J.A. van Waarden, 'De rechtspraak in arbeidszaken', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982, p. 528.

67 J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA Amsterdam 2005, blz. 15-16.

Laagdrempeligheid

Het moet – met name voor de economisch afhankelijke en doorgaans minder kapitaalcrachtige werknemer – gemakkelijk zijn om zich tot de rechter te wenden bij een zich voordoend arbeidsconflict. Om dat te bewerkstelligen dient de arbeidsrechtelijke procedure zó te zijn ingericht dat er geen onnodige barrières worden opgeworpen. Dat betekent bijvoorbeeld dat partijen in persoon moeten kunnen procederen (geen verplichte procesvertegenwoordiging) en dat de rechter en de procedure daarop zijn ingesteld (denk aan de mogelijkheid van een mondelinge behandeling) en dat de procedurevoorschriften geen onnodige formaliteiten bevatten.⁶⁸ Verder dient de werknemer niet weerhouden te worden van een procedure door het risico van een proceskostenveroordeling en mogen griffierechten niet onevenredig hoog zijn. Ondanks de toegenomen mobiliteit blijft het tot slot belangrijk dat er een gerecht ‘in de buurt’ is waar partijen zich toe kunnen wenden wanneer zich een geschil voordoet omtrent inhoud of voortzetting van de arbeidsverhouding.

Een in persoon optredende rechtzoekende vereist een andere benadering dan de rechtzoekende die een professionele rechtshulpverlener heeft ingeschakeld. Dat feit in combinatie met het persoonlijke aspect van arbeidsconflicten brengt met zich dat een arbeidsrechter dient te beschikken over voldoende communicatieve vaardigheden en zittingsvaardigheden.

Het betekent ook dat de procedureregels de arbeidsrechter moeten toestaan in de procedure een actieve houding aan te nemen. Daarbij komt onmiddellijk de vraag op hoe zich dat verdraagt met de veronderstelde lijdelijkheid van de civiele rechter.

In het civiele recht wordt het beginsel van partijautonomie vaak in één adem genoemd met het lijdelijkheidsbeginsel: het zijn de partijen bij het geding die bepalen of, tegen wie en waarover geprocedeerd wordt. Dat brengt met zich dat de burgerlijke rechter niet ambtshalve feiten mag aanvullen. Hij mag ook niet méér toewijzen dan de aanlegger heeft gevraagd. De burgerlijke rechter heeft wel zeggenschap over het procesverloop, hij kan binnen zekere grenzen bepalen wie welke feiten moet bewijzen en beslist of het bewijs ook daadwerkelijk geleverd is.

Een voorbeeld van een niet-lijdelijke rechter is de bestuursrechter. De bestuursrechter moet actief op zoek naar de materiële waarheid achter het geschil. Hij dient op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb de rechtsgronden aan te vullen; in het derde lid van hetzelfde artikel staat dat hij de feiten *kan* aanvullen. Daarbij stond de wetgever indertijd voor ogen dat de bestuursrechter oog zou moeten hebben voor ongelijkheidscompensatie en finale geschilbeslechting.⁶⁹ Met name op het punt van ongelijkheidscompensatie is er een parallel met het arbeidsrecht. In hoofdstuk 7 wordt verder ingegaan op de spanning tussen enerzijds het uitgangspunt dat civiele partijen ‘dominus litis’ zijn en anderzijds de vereiste actieve houding van de arbeidsrechter.

68 Zie voor een beschrijving van de laagdrempelige Antilliaanse en Arubaanse procedure M.A. Lot, *Recht spreken, recht doen* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998, blz. 23-31 en J.R. Sijmonsma en E. van Unen, ‘Ruim baan voor de rechter’, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2009-5, blz. 159 e.v.

69 A.T. Marseille, ‘De bestuursrechter en diens vrijheid, Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)’, *Trema* 2007, blz. 426.

Snelheid

Zoals in paragraaf 2.3 reeds is opgemerkt zijn beide partijen erbij gebaat wanneer zij op korte termijn weten waar ze aan toe zijn. Een conflict binnen een nog voortdurende arbeidsovereenkomst is belastend voor de onderliggende verhoudingen en wanneer de zaak zich toespitst op de beëindiging van de relatie willen partijen zo snel mogelijk weten welke stappen zij voor de toekomst dienen te zetten. Een manier om de voortgang in een procedure te bewaken is bijvoorbeeld het hanteren en handhaven van strikte bepalingen omtrent termijnen; dat heeft echter alleen effect als de rechter zich daarvoor actief inzet. Dat levert een raakpunt op met de hiervoor gememoreerde noodzaak van een actieve houding van de arbeidsrechter.

Ook een mondelinge behandeling kan bevorderlijk zijn voor de voortgang. Tijdens de mondelinge behandeling dient de rechter zijn beeld van het geschil zo compleet mogelijk te krijgen. Hij zal daarbij onder meer gebruik moeten maken van zijn sociale en communicatieve vaardigheden en zijn zittingsvaardigheden, al genoemd als elementen die laagdrempeligheid positief beïnvloeden.

De snelheid van de procedure mag niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid. Het feit dat in de huidige ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW nauwelijks ruimte is voor het leveren van bewijs en het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep zijn zaken die aan die zorgvuldigheid in de weg (kunnen) staan, zeker tegen de achtergrond van de Baijingsleer⁷⁰ die de mogelijkheden om recht te halen buiten de ontbindingsprocedure heeft beperkt.

In de 'ideale' arbeidsrechtelijke procedure van de toekomst wordt de snelheid waar nodig behouden maar de zorgvuldigheid vergroot. Hoe dat laatste (procesrechtelijk) bewerkstelligd kan worden, komt verder aan de orde in hoofdstuk 7.

2.5 Specialisatie van rechtspraak

De vraag komt op in hoeverre een pleidooi voor het voldoen aan de criteria voor arbeidsrechtspraak mede een pleidooi is voor een gespecialiseerde arbeidsrechter.

Om die vraag te kunnen beantwoorden moet eerst duidelijk zijn wat onder specialisatie wordt verstaan.

In Nederland is de rechterlijke macht in de zin van de artikelen 116 en 117 Grondwet de rechterlijke organisatie, waaraan de algemene (generalistische) rechtsprekende functie is opgedragen. In de Grondwet van 1972 werden de gerechten waaruit de rechterlijke macht bestaat – rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad – in dit verband gekwalificeerd als de 'gewone rechter' (artikel 168 Gw 1972). De gerechten behorend tot de rechterlijke macht die een algemene rechtsprekende functie uitoefenen, oordelen daarbij volgens vaste procedures vastgelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), het Wetboek van Strafvordering (Sv) en de

⁷⁰ HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248, LJN AM1905, zie paragraaf 7.5.2.

Algemene wet bestuursrecht (Awb). De geldende opvatting en de heersende praktijk in Nederland zijn altijd geweest dat de rechter een juridische generalist is, die in minstens twee sectoren inzetbaar moet zijn.⁷¹

Binnen de rechterlijke macht komen vormen van specialisatie en concentratie⁷² van rechtspraak voor.⁷³ Over de noodzaak tot specialisatie is veel gezegd en geschreven. Omdat de discussie tussen voor- en tegenstanders van specialisatie van rechtspraak op enig moment niet veel verder kwam en dreigde uit te lopen op een stammenstrijd, is door Hol en Loth in opdracht van het ministerie van Justitie onderzoek gedaan naar de vraag of verdergaande specialisatie in de rechtsprekende macht noodzakelijk en/of wenselijk is.⁷⁴ Zij merken op dat om die vraag bevredigend te kunnen beantwoorden eerst duidelijk moet zijn wat onder specialisatie moet worden verstaan.

Er worden door hen drie aspecten van specialisatie onderscheiden: het kennisaspect, het omgevingsaspect en het organisatieaspect.⁷⁵

Bij *kennis* kan het gaan om juridische kennis (specialisatie naar rechtsgebied), kennis van de onderliggende feitelijke materie (denk aan branchekennis) en andere dan juridische kennis (inbreng door niet-juristen, bijvoorbeeld in de Ondernemingskamer). Daarnaast kan een rechter zich onderscheiden in bepaalde vaardigheden (denk aan de kantonrechter die vaak partijen moet bedienen die in persoon procederen). Op het gebied van kennis is ook de mate van specialisatie relevant: is de rechter generalist, specialist of superspecialist?⁷⁶

Wat de *omgeving* betreft, worden de juridisch-inhoudelijke context, de professionele context en de politiek-maatschappelijke context onderscheiden. Tot slot is er het *organisatieaspect*: wie of wat is gespecialiseerd (de rechter zelf, een kamer binnen het gerecht of het hele gerecht) en op welke schaal vindt specialisatie plaats (lokaal, op het niveau van het ressort of landelijk) ?

De in het specialisatiedebat gewisselde argumenten kunnen vervolgens elk tegen de eigen achtergrond worden gezien en op de afzonderlijke merites worden beoordeeld.⁷⁷

Argumenten pro specialisatie vanuit het *kennisperspectief* zijn de aldus te bewerkstelligen verhoging van de kwaliteit van rechtspraak, een grotere uniformiteit in

71 Rechters worden bij Koninklijk Besluit benoemd als rechter en door de Raad voor de rechtspraak geplaatst bij een bepaalde rechtbank. Het wisselen van sector, het zogenoemde rouleren, is intern beleid; het rechtbankbestuur bepaalt de regels dienaangaande.

72 Van rechterlijke concentratie is sprake als één of een aantal gerechten op basis van een wettelijke regeling in afwijking van de gewoonlijk geldende competentieregels de exclusieve bevoegdheid heeft om een nader omschreven categorie van zaken te behandelen (*wettelijke concentratie*). Daarnaast kan *rechterlijke concentratie* plaatsvinden op basis van afspraken tussen gerechten onderling.

73 P.P.T. Bovend'Eert, 'Specialisatie en concentratie in de Amerikaanse rechtspraak', in: Tromp e.a. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Kluwer Deventer 2006.

74 A.M. Hol, M.A. Loth, 'Beter Weten, 'Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* december 2002, blz. 486-505; het onderzoek werd in juli 2002 afgesloten.

75 A.M. Hol, M.A. Loth, 'Beter Weten, 'Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* december 2002, blz. 487-490.

76 M.W. Guensberg, 'Meer weten over minder?', *Trema* 2001, nr. 2, blz. 43.

77 A.M. Hol, M.A. Loth, 'Beter Weten, 'Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* december 2002, blz. 491-493.

uitspraken waarmee de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid gediend zijn en een versterking van de rechtsontwikkeling. Vanuit dit perspectief pleit tegen specialisatie een mogelijk verlies aan rechtseenheid wanneer een uitspraak gedaan op het specialistische terrein in nauw verband staat met een ander rechtsgebied dat door het specialisme niet wordt omvat. Geredeneerd vanuit het *omgevingsperspectief* leidt specialisatie tot een grotere legitimiteit van uitspraken: partijen en haar advocaten aanvaarden de uitspraak van een specialist gemakkelijker, rechters kunnen zich onafhankelijker opstellen tegenover ingeschakelde deskundigen waardoor hun uitspraak eveneens aan legitimiteit wint. Daar staat tegenover dat specialisatie ook de legitimiteit van uitspraken kan verzwakken wanneer de indruk ontstaat dat uitspraken tot stand komen na onderonsjes tussen een kleine groep van superspecialisten. Bij specialisatie bezien in het *organisatieperspectief* is als voordeel te noemen dat efficiency toeneemt omdat door meer parate kennis bij de rechter sneller een uitspraak kan volgen en minder deskundigenberichten nodig zijn. Ook kunnen meer zaken enkelvoudig worden afgedaan en neemt zowel de kwaliteit van het werk als de arbeidssatisfactie toe. Daartegen pleiten een verwacht gebrek aan uitdaging (de specialist weet 'alles' al), inflexibiliteit (de specialist kan niet meer als generalist worden ingezet en kan bij ziekte en dergelijke niet zo gemakkelijk worden vervangen), het risico dat de gespecialiseerde rechter de organisatie verlaat omdat hij elders tegen betere arbeidsvoorwaarden zijn kennis te gelde kan maken en het feit dat de opleidingskosten hoger komen te liggen.

Een van de conclusies uit het onderzoek van Hol en Loth luidt dat de rechterlijke macht dient te erkennen dat zij niet langer zonder specialisten kan of, anders gezegd, dat de generalistendoctrine aanvulling dan wel wijziging behoeft. Daarbij dient de behoefte of noodzaak tot specialisatie per rechterlijke functie te worden onderzocht, waarvoor volgens de onderzoekers zowel acht moet worden geslagen op de typering van de functie als op de ontwikkelingen die zij heeft doorgemaakt.⁷⁸

Dit onderzoek bouwt voort op – of zo men wil sluit aan bij – deze conclusie. Onderzocht wordt immers de ontwikkeling van de kantonrechter in zijn functie van arbeidsrechter. Maar er komt nog iets bij: waar Hol en Lot zich met name concentreren op de rechterlijke functie, wordt in dit onderzoek ook het rechtsgebied en het type conflict dat daaruit voortvloeit betrokken. Of dat alles leidt tot een pleidooi voor een gespecialiseerde arbeidsrechter zal in het afsluitende hoofdstuk blijken.

78 A.M. Hol, M.A. Loth, 'Beter Weten, 'Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* december 2002, blz. 500. De vraag is vervolgens welke *maatstaven* aangelegd kunnen worden bij het nemen van de beslissing een bepaalde vorm van specialisatie door te voeren. Buruma noemt er drie: legitimiteit (aanvaarden de rechtzoekenden het gezag van de rechter?), doelmatigheid (krijgen de rechtzoekenden een rechterlijke uitspraak waar ze wat aan hebben?) en efficiency (kan het goedkoper/snel(er)?), Y. Buruma, 'Concentratie en specialisatie: een inleidende beschouwing', in: Tromp e.a. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Kluwer: Deventer 2006.

2.6 Kwaliteit van rechtspraak

Sinds de evaluatie van de rechterlijke organisatie door de commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (de commissie-Deetman,⁷⁹ zie paragraaf 4.3) is de kwaliteit van rechtspraak meer in de belangstelling komen te staan.

Volgens Van Delden c.s. heeft kwaliteit niet alleen te maken met juridische (inhoudelijke) kwaliteit van rechterlijke uitspraken, maar ook met de duur van procedures, bejegening van de 'klant' (lees rechtzoekenden alsmede professionele partijen zoals advocaten),⁸⁰ de wijze waarop onpartijdigheid en integriteit geborgd zijn en inzicht geboden wordt in en verantwoording afgelegd over geleverde prestaties alsmede de tevredenheid van medewerkers over het werken bij de gerechten.⁸¹ Maar kwaliteit is meer dan het voldoen aan dergelijke meetbare zaken en wordt ook gerealiseerd wanneer degenen aan wie een bepaalde taak is opgedragen, hun werk 'goed' doen. In dat licht noemt Becker als rechterlijke 'deugden' moed, maat, rechtvaardigheid en verstandigheid.⁸² Kwaliteit is dus niet los te zien van de persoon van de rechter en de wijze waarop deze zijn werk doet. Dat de persoon van de rechter een grote rol speelt in het proces, is – los van de discussie over kwaliteit van rechtspraak – al eerder betoogd.⁸³

Een en ander roept de vraag op of dit onderzoek vooral gericht zal zijn op de kwaliteit van arbeidsrechtspraak in de zin als hiervoor gedefinieerd. Dat is deels het geval, maar het valt er niet geheel mee samen.

In 'Kwaliteit kost tijd', een rapport van de Raad voor de rechtspraak waarin verslag wordt gedaan van de zoektocht naar indicatoren voor de kwaliteit van rechtspreken, worden vier dimensies van kwaliteit onderscheiden: juridisch inhoudelijke kwaliteit, onpartijdigheid en integriteit, bejegening ter zitting en doorlooptijden.⁸⁴

Genoemde indicatoren bieden een concreet aanknopingspunt om het abstracte begrip kwaliteit te operationaliseren. Aan de hand daarvan kan worden nagegaan in hoeverre de kwaliteitscriteria voor de rechtspraak als geheel en de ontwikkelde criteria voor arbeidsrechtspraak samenhang vertonen.

Op onpartijdigheid en integriteit wordt in dit onderzoek niet afzonderlijk ingegaan omdat die vereisten niet specifiek voor arbeidsrechtspraak gelden, maar van belang zijn voor elke vorm van rechtspraak. Juridisch inhoudelijke kwaliteit, bejegening en

79 *Rechtspraak is kwaliteit*, Eindrapport van de Commissie Evaluatie Modernisering Rechterlijke Organisatie, Den Haag 11 december 2006.

80 Kritisch hierover is Becker, die wijst op het feit dat kwaliteit ligt in de interactie, niet in eenzijdige honorering van de wensen van de klant, M.J. Becker, 'Ethiek en kwaliteit van de rechtspraak', *Trema* 2012, nr. 1, blz. 5.

81 A.H. van Delden, F. van Dijk, E. Bauw, 'Kwaliteit van rechtspraak', *NJB* 2007/139, blz. 144 e.v. Kwaliteit wordt door de werkgroep BOK geoperationaliseerd als deskundigheid, tijdigheid en toegankelijkheid, zie verder paragraaf 4.2.3.

82 M.J. Becker, 'Ethiek en kwaliteit van de rechtspraak', *Trema* 2012, nr. 1, blz. 7.

83 'Maar, zoals bekend gaat het bij verreweg de meeste zaken om de feiten en juist daarbij, bij de toepassing van dat vakmanschap op (de vaststelling van) de feiten, treden de – verborgen – verschillen op', P. Ingelse, 'Rechter: tussen persoon en instituut', *NJB* 2010/1539, blz. 1962 e.v.

84 *Kwaliteit kost tijd*, Raad voor de rechtspraak 2006, blz. 8-23.

snellheid komen wel aan de orde in het licht van de criteria voor arbeidsrechtspraak. Die criteria zijn aldus verbonden met het kwaliteitsvraagstuk, maar zij staan daarbij op zichzelf. Mij gaat het om het benoemen van criteria voor arbeidsrechtspraak en ik ga daarvoor uit van de bijzondere kenmerken van het arbeidsrecht en arbeidsrechtelijke procedures. De vraag naar kwaliteit van rechtspraak als zodanig is breder en niet op één rechtsgebied toegespitst.

2.7 Conclusie

Uit de bevindingen in dit hoofdstuk kunnen vijf criteria worden afgeleid, die richtinggevend moeten zijn bij het vormgeven van arbeidsrechtspraak.

1. De rechter dient rekening te houden met de ongelijkheid van de procespartijen (ongelijkheidscompensatie).
2. De rechter moet inzicht hebben in en kennis hebben van (arbeids)verhoudingen.
3. Bij de inrichting van de procedure dient met de ongelijkheid van de procespartijen rekening te worden gehouden (laagdrempeligheid).
4. Voortgang van de procedure is belangrijk, zonder dat daarbij de zorgvuldigheid in het gedrang komt (snellheid).
5. De rechter moet beschikken over bepaalde procesvaardigheden (communicatieve en zittingsvaardigheden) en stelt zich in de procedure – mede in het licht van criterium 1 – actief op. De procedureregels moeten een actieve houding mogelijk maken (procesvaardigheid en proceshouding).

Onderzocht zal worden op welke wijze genoemde criteria als maatstaf kunnen dienen bij het inrichten van arbeidsrechtspraak en de arbeidsrechtelijke procedure. Ze vormen de rode draad in dit boek en dienen als ijkpunt bij de historische beschrijving (de hoofdstukken 3 en 4), de internationale vergelijking in hoofdstuk 5 en de beschrijving van kantonrechtspraak vanaf 2002 en het procesrecht in arbeidszaken (de hoofdstukken 6 en 7).

Ter afsluiting nog het volgende. Het is heel wel mogelijk dat de ontwikkelde criteria een ruimer bereik hebben dan arbeidsrechtspraak alleen. Denk daarbij aan rechtspraak inzake rechtsgebieden die verwant zijn aan het arbeidsrecht omdat ze relaties behelzen waarin ongelijkheid tussen de contractspartijen gegeven is, zoals het huurrecht en het consumentenrecht.⁸⁵ Dit onderwerp blijft verder rusten, nadere uitweidingen gaan het bestek van dit onderzoek te buiten.

⁸⁵ Het gaat dan om de wijze waarop de rechter zich in geschillen die zich voltrekken binnen die rechtsgebieden, dient op te stellen en de procesrechtelijke regels die dergelijke gedingen beheersen. Dat in het contractenrecht in het algemeen betekenis wordt toegekend aan de positie en de eigenschappen van de contractspartijen voor de inkleuring van een aantal contractenrechtelijke leerstukken, blijkt onder andere uit onderzoek dat Tjittes heeft gedaan; R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994. Daarover ook T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, meer in het bijzonder deel V, Bescherming van de zwakkere partij.