



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Arbeidsrecht na corona

van Slooten, J.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Slooten, J. (2020). Arbeidsrecht na corona. *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 2020(3), 1-4. <https://denhollander.info/artikel/16412>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Arbeidsrecht na corona

prof. mr. J. van Slooten¹

Inleiding

Voorspellen is geen wetenschap en is bovendien juist in deze tijd heel lastig. Toch wil ik in deze bijdrage stilstaan bij de vraag of het arbeidsrecht als gevolg van de crisis zal veranderen. Dat die verandering er waarschijnlijk zal komen hangt samen met de veronderstelling dat de arbeidsmarkt als gevolg van corona (mogelijk fundamenteel) zal veranderen. Ik zal proberen te beschrijven welke veranderingen te verwachten zijn en dan nagaan welke (nieuwe) arbeidsrechtelijke vragen en ontwikkelingen dat oproept.

Om te bezien of het arbeidsrecht mogelijk zal veranderen, moeten we eerst bezien hoe het erbij stond voordat de crisis uitbrak. Het is nog geen jaar geleden (maar het lijkt al jaren geleden) dat de WAB werd ingevoerd. Met name het tegengaan van flex bleek een goede zet. Flexwerkers zijn door de crisis (vooralsnog) meer getroffen dan anderen, maar dat had erger kunnen uitpakken als de WAB er niet was geweest. Dat een centrumrechts kabinet juist deze maatregelen nam, weerspiegelt de verandering in het denken over de rol van de markt en de overheid daarin. Het was al voor de crisis een breed gedragen opvatting dat de scherpe kantjes van de (neo)liberale markteconomie moesten worden bijgevlind. Op die manier, is de gedachte, kan het democratie-ondermijnende populisme de wind uit de zeilen worden genomen. En ook de inkt van het rapport van de Commissie Borstlap was amper droog toen de crisis uitbrak.² Belangrijkste boodschap daaruit: dring flex verder terug en verhoog de interne wendbaarheid van organisaties.

Tijdens deze coronacrisis laat de polder een sterke revival zien. Vorig jaar is weliswaar het Pensioenakkoord gesloten, maar de polder had hier wel tien jaar voor nodig. Dit jaar heeft de polder zeer snel en effectief gewerkt. De NOW-tranches 1, 2 en 3 zijn waanzinnig snel van de band gerold. En aan elk van deze tranches lag steeds overeenstemming tussen de regering en de sociale partners ten grondslag.

De overheid is back

De NOW is een trendbreuk in het arbeidsrecht. De basisregel was (en is) dat er bij gebrek aan werk een loondoorbetalingsplicht is. Aan de hand van een risicotoedeling kan echter anders worden geoordeeld (art. 7:628 BW). Meestal is terugval in de vraag een werkgeversrisico. Valt dat risico (toch) richting de werknemer, dan ligt het voor de hand de WW-fondsen daarvoor in te zetten; zie de deeltijd WW die tijdens de vorige crisis werd gebruikt. Maar dat gaat ten koste van de premies die door de sociale partners zijn opgebracht. De NOW is iets nieuws: een werkgeverssubsidie van de overheid, die dus uit de algemene middelen wordt betaald en niet ten koste gaat van de financiële ruimte om uitkeringen te voldoen.

Dat alleen al laat zien dat de overheid een stevige rol heeft verworven in de arbeidsrelatie, daar waar dat bij eerdere crises primair in het domein van de sociale partners lag. Gelet op de omvang van deze crisis is dat niet verwonderlijk. De randvoorwaarden die nu door de overheid zijn gesteld of overwogen zijn vrij radicaal. Na de generationaliseerde banken en de (semi)overheid, krijgt nu iedere NOW-aanvrager te maken met een bonusverbod. Zo went langzaam het gehele bedrijfsleven aan het idee dat de overheid kan ingrijpen in de beloning. Ook woorden als “ontslagboete” en “ontslagverbod” werden door de wetgever herhaaldelijk in de mond genomen. Ik zwijg dan nog maar over de loonmaatregelen die aan KLM werden opgelegd. Deze gingen aanmerkelijk verder dan de antibonusmaatregelen die aan banken tijdens de kredietcrisis werden opgelegd. Ze laten zien dat het taboe op verstrekking bemoedigen van de overheid met de bedrijfsvoering volledig weg is.

Hoe het nu gaat

Voordat we iets kunnen zeggen over het arbeidsrecht na de crisis, moet ook onderkend worden dat de crisis nog niet over is en dat deze naar verwachting nog een nieuwe fase krijgt. Voor wat betreft ontslagen moet de eerste golf nog komen. De werkloosheid over augustus 2020 lag uiteindelijk nog maar 1 procentpunt boven die van een jaar eerder (4,6% tegen 3,6% een jaar eerder).³ Deze zal naar verwachting nog aanzienlijk oplopen in de komende periode. Verder is de verwachting dat een aantal van de tijdelijke maatregelen die werkgevers bij aanvang

1. Jaap van Slooten is advocaat bij Stibbe en hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA.

2. *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie Borstlap), 23 januari 2020.

3. <https://opendata.cbs.nl/statline/?dl=3E7A7#/CBS/nl/dataset/80590ned/table>.

van de crisis hebben genomen, zullen worden bestendigd. Thuiswerken wordt normaal en de bonden eisen hierover afspraken in cao's. Werkgevers zullen hun kantoorruimte gaan verminderen en gaan snijden in reiskosten en autoregelingen. Het digitaal werken gaat een nieuwe fase in. Uiteraard heeft het gebruik van digitale middelen een ongekende stijging laten zien. We overleggen niet alleen digitaal met Zoom of Microsoft Teams, maar we beoordelen ook digitaal en ontslaan zelfs digitaal.

Door dat thuiswerken heeft de vermenging van werk en privé een nieuw niveau bereikt. Wanneer begint en eindigt een werkdag? Wat mag je tussendoor doen? Ben je aan het werk als je een call doet terwijl je de hond uitlaat of je kinderen overheert? Velen missen weliswaar hun collega's (soms), maar zijn per saldo voorstander van vaker thuiswerken. Tegelijkertijd zijn werkgevers belangrijker geworden voor het wel en wee van hun werknemers en trekken ze zich die verantwoordelijkheid ook aan.

Veranderingen op de arbeidsmarkt

Als het, laten we zeggen, nog een jaar duurt voordat er weer veilig gewerkt kan worden, zal de wereld er zeer waarschijnlijk anders uitzien. Uit een recent onderzoek van McKinsey onder 800 topmanagers wereldwijd blijkt wat zij als blijvende gevolgen voor de factor arbeid zien.⁴ In de eerste plaats is dat de versnelde toename van automatisering en digitalisering. Ten tweede het blijvend gebruik van werken op afstand. Ten derde noemen zij de toenemende rol van werkgevers ten aanzien van gezondheid en hygiëne. En ten slotte wordt genoemd de behoefte aan meer flexkrachten. In een ander rapport wijst McKinsey op de verhoogde noodzaak in Europa tot om- en bijscholing.⁵

De arbeidsmarkt zal dus naar verwachting veranderen als gevolg van corona. Daarbij past overigens de kanttekening dat veel van die veranderingen eerder worden *versneld* door corona dan dat ze er *wezenlijk* door worden *veroorzaakt*. Maar hoe dan ook, als de arbeidsmarkt verandert, rijst de vraag of de regels niet ook moeten veranderen, omdat de huidige regels niet meer aansluiten op de veranderde arbeidsmarkt. Ik noem zes terreinen waarop een potentiële verandering van het arbeidsrecht aan de orde is.

De vrijheid van sociale partners

Ten eerste is dat op het niveau van de sociale partners. Je zou kunnen concluderen dat de polder door corona juist springlevend is en dat hier geen wijzigingen noodzakelijk zijn. Toch zie ik een probleem

opdoemen. De overheid heeft haar grip op de regulering van de arbeidsmarkt verstevigd; zie bijvoorbeeld de NOW. Vroeg of laat gaat dat knellen met de collectieve onderhandelingsvrijheid van sociale partners. Nu is het allemaal nog koek en ei, maar er komt een moment dat werkgevers- of werknemersorganisaties weer van overheidsbemoeienis af willen en zelf hun boontjes willen doppen. De eisen die de overheid aan de arbeidsvoorwaarden bij KLM heeft gesteld zal voor beide partijen een schrikbeeld zijn.

Verklussing?

Ten tweede is er de aard van het contract. Ondanks enkele prestatieafspraken is het arbeidscontract hoofdzakelijk nog een vast urencontract: je krijgt loon voor aan aantal uren werken en wat er uit die arbeid komt (of niet) is voor risico van werkgevers. Dat veronderstelt echter wél dat werkgevers werknemers kunnen aansturen in die tijd. Daar zal in de toekomst steeds meer de schoen wringen. Het begrip "contractduur" is geërodeerd in de sectoren waarin thuis wordt gewerkt. Omdat we begrijpen dat een werknemer tussen 9 en 5 ook andere dingen moet doen als hij thuis is en we ook begrijpen dat er in crisistijd soms juist ook dingen snel moeten worden gedaan, lijken contractspartijen vaker over de grenzen van de contractduur heen te gaan. De ene keer is dat ten gunste van de werkgever, de andere keer ten gunste van de werknemer. En hoe stuur je een medewerker aan, als hij voortdurend thuiszit? Die flexibiliteit is voor beide partijen aantrekkelijk. Maar, op den duur zou dat kunnen leiden tot meer prestatieafspraken, wellicht zelfs tot "verklussing". Jij van de boekhouding, werkt niet meer 36 uur, maar je doet de komende drie maanden deze en deze opdrachten. Doe je dat goed, dan krijg je een loon dat oorspronkelijk aan 36 uur was gekoppeld. Je kunt je ook voorstellen dat werknemers hun tijd via tijdschrijven moeten gaan verantwoorden.

Zo is de interne wendbaarheid van de Commissie Borstlap ook weer een stapje dichterbij. Maar ook de interne platformisering! Want klussen horen niet meer per se bij één functie en wellicht is de volgende stap dat je betaald wordt per klus of dat de beloning deels afhankelijk is van het behalen van de afgesproken targets. Of dat laatste echt op grote schaal gaat gebeuren valt te bezien, maar het is zeker bij kleinere, moderne bedrijven niet uitgesloten.

Niet onbelangrijk: het verschil tussen een zzp'er en een werknemer zal in de praktijk door digitaal thuiswerken ook lastiger worden. De werknemer krijgt minder instructies en meer klussen (en gaat dus meer op een zelfstandige lijken), maar sommige zzp'ers zullen in het kader van de digitalisering (nog meer dan nu al) toegang hebben tot het intranet en allerlei systemen en daardoor meer op een werknemer lijken.

4. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/what-800-executives-envision-for-the-postpandemic-workforce> (geraadpleegd op 4 oktober 2020).

5. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/the-future-of-work-in-europe>.

Nieuwe normen rondom thuiswerken

Ten derde: uit dat thuis- en op afstand werken, vloeien nieuwe normen en problemen voort. Wat mag wel en niet? Hoe vaak mag je huisgenoot in pyjama door het scherm van de Zoomsessie heenlopen? Wanneer is een call doen tijdens een parkwandeling nog werk? Samenwerken gaat anders dan voorheen en een deel van de collega's zal dat niet kunnen bijbenen of waarderen. Anders skills zijn nodig; niet alleen digitale skills, maar ook andere communicatieskills. Kan een enigszins ouderwetse chef straks nog zijn mensen goed aansturen als dat via het scherm moet? Wie garandeert een werkgever dat zijn marketingmedewerker niet tegelijkertijd een webshop runt? Als je dat in de avonduren zelf doet, kan niemand daar bezwaar tegen maken, maar als dat door de normale werkzaamheden heen gaat lopen, kan dat een issue zijn. Dit zal onvermijdelijk leiden tot nieuwe conflicten en ontslagzaken. Het is echter niet direct te voorzien dat dit noodzaakt tot aanpassing van het ontslagrecht.

Aardig voor advocaten wordt ook de vraag wat er allemaal als bewijs mag worden gebruikt. Gaan we straks tijdens de (digitale) ontbindingsprocedure 5 korte fragmenten laten zien hoe de medewerker zich in Skypesessies met de klant gedroeg? Of moeten we dan alle tapes laten zien?

Past de terminologie uit het ontslagrecht nog wel?

In de vierde plaats: de bekende termen uit het ontslagrecht krijgen potentieel een andere betekenis. Wat is nog een "andere passende functie" (art. 7:669 lid 1 BW) als je baan vervalt? Kun je dan niet andere deeltaken doen? Conflict met je baas of collega's? Wat is eigenlijk nog het probleem als iedereen zijn eigen taakjes vanuit huis zit te doen? Hoeveel heb je nog met elkaar te maken? Kan er dan nog wel sprake zijn van een g-grond? Of wordt communicatie juist belangrijker bij thuiswerken?

Nieuwe verantwoordelijkheden van de werkgever

Ten vijfde wordt de verantwoordelijkheid van de werkgever voor privé-zaken van de werknemer belangrijker. Om te beginnen komen er cao's waarin het recht op ondersteuning thuis is geregeld. Dat kan in geld, maar misschien ook in de vorm van zorg voor kinderen of anderen. De werkgever wil dat de werknemer beschikbaar is, maar begrijpt ook dat het niet bevorderlijk is voor de productiviteit als de werknemer de hele dag de deur moet opendoen voor anderen.

Het immateriële aspect is belangrijker denk ik. Hoe monitor je of het goed met iemand gaat en wat verklaart straks of iemand een burn-out heeft: is dat het werk, de lastige en nieuwe combi werk/privé, of is het de buurman die voortdurend verbouwt en daarbij te veel lawaai maakt? De werkgever heeft het lang niet allemaal in de hand maar dreigt de reke-

ning te krijgen en zo niet, is het dan wel redelijk die bij de werknemer te laten liggen? De werkgever zal dus meer zeggenschap willen om dat risico te voorkomen en dat staat dan weer haaks op de wederzijds gewaardeerde flexibiliteit. Uiteraard zal ook de vraag opkomen of de persoonlijke situatie rechtvaardigt dat iemand vaker mag of juist moet komen werken.

En dan heb ik het nog niet over de communityfunctie van een werkgever. Mensen houden van hun werk omdat ze collega's zien en spreken en bij een club horen die voor bepaalde waarden staat. Die functie wordt steeds belangrijker nu steeds minder mensen lid zijn van kerk, partij of vereniging. De behoefte daaraan groeit juist indien men op afstand werkt. Hoe moet en kan de werkgever daaraan invulling geven? Wordt de vakantie het moment dat je eindelijk weer eens je collega's ziet?

Van werkgevers zal steeds vaker verwacht worden dat zij een *identity* hebben en waarborgen. Dus: bent u voor of tegen Zwarte Piet, werkgever? Kunnen we het daar in de ondernemingsraad eens over hebben? En is die ondernemingsraad nog het natuurlijke gremium of gaan we dan maar helemaal digitaal en mag iedereen stemmen over bepaalde zaken?

De overheid

De zesde ontwikkeling die ik wil noemen is wat abstract, maar niettemin belangrijk. De overheid was al bezig met een opmars in het arbeidsrecht. Nu heeft zij de wind nog meer in de zeilen. Het vertrouwen in de overheid is toegenomen en kiezers zien ook eerder de noodzaak om bepaalde misstanden via wetgeving op te lossen. Bovendien staat het bedrijfsleven bij de overheid in het krijt. Hetzelfde zag je na de redding van de banken in 2008; tien jaar later legitimeerde dat de Tweede Kamer nog altijd om moties aan te nemen over zaken die traditioneel gezien niet tot het domein van de overheid hoorden. "Maar we hebben ze gered, en nu moeten ze wel naar ons luisteren!" We zullen interessante wetgeving zien die probeert meer maatschappelijke taken en verantwoordelijkheden bij bedrijven en organisaties te leggen. In dit verband is veelzeggend het voorstel van 25 hoogleraren ondernemingsrecht om bestuurders en commissarissen ook juridisch aanspreekbaar te maken op dit punt.⁶

Risico's verdelen

Als ik het goed zie, is er een aantal trends die in potentie met elkaar op gespannen voet staan. Ten eerste is er de toenemende macht van en steun voor de overheid enerzijds en anderzijds meer digitalisering, die leidt tot businessmodellen die zich moeilijk laten

6. Jaap Winter e.a., 'Maatschappelijk verantwoord besturen en toezichthouden, dat is het nieuwe normaal', *FD* 23 mei 2020.

vangen in nieuwe wet- en regelgeving van die overheid. Ten tweede zien we enerzijds de toenemende vervlechting van werk en privé, terwijl de behoefte aan duidelijke afspraken, waarop men elkaar kan afrekenen, groeit. Ten derde zal er een behoefte zijn aan groei van de werkgelegenheid, terwijl de organisaties die dat moeten waarmaken ook met extra handicaps en taken te maken krijgen. Dat is allemaal niet makkelijk met elkaar te combineren.

Steeds is in de kern de vraag bij wie welke risico's worden gelegd? In de verte gloort het perspectief van de Commissie Borstlap: iedereen een vaste baan in ruil voor interne wendbaarheid. Maar het blijft voor mij de vraag of werkgevers en werknemers daar, zelfs na de coronatijd, rijp voor zullen zijn. Werkgevers zullen bevreesd zijn voor de kosten; werknemers voor de dynamische en onzekere invulling van hun baan. Maar dat wij een verandering van arbeidsmarkt en arbeidsregulering gaan meemaken, staat voor mij wel vast.