



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De derde in het sociaal recht

van Slooten, J.

**Publication date**

2005

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Slooten, J. (2005). *De derde in het sociaal recht*. (Oratiereeks). Vossiuspers UvA.

**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.

# De derde in het sociaal recht

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.  
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Nauta & Haagen, Oss  
Opmaak: JAPES, Amsterdam  
Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam

ISBN 90 5629 389 3  
© Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j0 het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

# De derde in het sociaal recht

*Rede*

uitgesproken ter gelegenheid van de aanvaarding van  
het ambt van hoogleraar Arbeidsrecht  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op vrijdag 18 maart 2005

door

Jaap van Slooten

 VOSSIUSPERS UVA



*Mijnheer de Rector Magnificus,  
Geachte aanwezigen,*

## Inleiding<sup>1</sup>

Voor de meeste werknemers geldt dat er een groot verschil is tussen de gewone werkelijkheid en de arbeidsrechtelijke werkelijkheid. Als zij aan werk denken, dan doen zij dat niet zozeer aan hun werkgever – een of andere BV – of aan hun baas, maar aan degene met wie ze dagelijks koffiedrinken, samenwerken, ruziemaken, op wie ze soms verliefd worden en die ze bij de verjaardagskoffie tegen wil en dank drie zoenen geven: hun collega. Met die collega hebben ze veel van doen, behalve op het juridische vlak. Het woord ‘collega’ ontbreekt dan ook als lemma in iedere arbeidsrechtelijke bron. Dat is opvallend, want er zijn verschillende juridische situaties waarin de collega een belangrijke rol speelt of waarin hij een groot belang heeft. Hierbij valt te denken aan situaties rond ontslag (soms is het de één of de ander), discriminatie (daar is per definitie een collega bij betrokken), intimidatie en pesterijen (15% van de werknemers heeft daar volgens recent onderzoek last van),<sup>2</sup> aanpassing arbeidsduur en verlof (wie mag met verlof als er maar beperkte mogelijkheden zijn en wie vangt het werk op?) en vervanging bij ziekte.

Ondanks het feit dat de belangen evident zijn, zult u de collega’s niet vaak aantreffen in procedures over deze onderwerpen, en dat roept vragen op. Hoe is de juridische relatie tussen collega’s onderling? Wat mogen ze elkaar aandoen? En wat mogen ze van elkaar verwachten?

Door een aantal ontwikkelingen is het waarschijnlijk dat die vragen steeds relevanter worden.<sup>3</sup> Als er één hoofdontwikkeling valt aan te wijzen, dan is het wel de *individualisering*. Onder deze noemer ontwikkelen werknemers steeds meer hun eigen behoeften en laten zij hun doen en laten steeds minder bepalen door wat als ‘collectieve belangen’ wordt gedefinieerd. Individualisering kan snel op gespannen voet komen te staan met solidariteit.<sup>4</sup> Bij collectieve regelingen speelt solidariteit

## JAAP VAN SLOOTEN

vaak een rol, maar is daartoe niet beperkt. Het is ook een thema op de werkvloer: hoelang is een collega bereid de werkzaamheden van zijn collega met een ziek kind waar te nemen?

Een andere tendens die de afgelopen jaren duidelijk zichtbaar is geworden, is de *privatisering* of (met een lelijk woord) *verprivaatrechtelijking*. Dit verschijnsel houdt onder meer in dat steeds meer overheidstaken worden overgedragen aan de werkgever. Tot die overheidstaken behoren de inkomensvoorziening en de reïntegratie van gehandicapten en zieken.<sup>5</sup> Zoals bekend, liggen deze nu in ieder geval de eerste twee jaar op het bord van de werkgever. Dat verhoogt de druk op de collega's van zieke werknemers. De werkgever zal nog minder dan vroeger geneigd zijn om een vervanger in te huren en laat die taken liever door een van de collega's doen.

Daarbij komt nog dat een werkgever steeds minder inhoudelijke zeggenschap heeft over de uit te voeren arbeid. Hij zal in het kader van de *flexibilisering* en *horizontalisering* een deel van de verantwoordelijkheden hebben afgeschoven op de werknemers. Het is tegenwoordig bijvoorbeeld niet meer uitzonderlijk dat een koekjesfabriek 'zelfsturende eenheden' kent waarin werknemers samen de verantwoordelijkheid dragen voor een eindproduct en samen worden afgerekend op het eindresultaat. Dat versterkt de onderlinge afhankelijkheid en kan dus spanningen oproepen.<sup>6</sup>

Ten slotte, maar zeker niet in de laatste plaats, is het aantal individuele rechten van werknemers in de afgelopen jaren uitgebreid. Men kan hierbij denken aan het recht op passende arbeid, maar ook dat op verlof of aanpassing van de arbeidsduur. De werkgever kan die rechten soms niet allemaal tegelijkertijd honoreren. Er ontstaat voor hem dan een *conflict van plichten*.

Er zijn dus aanwijzingen dat de verhouding tussen werknemers onderling, en daarmee de positie van de collega, *in de praktijk* steeds belangrijker gaat worden. Maar er is, ook in verband met de wetenschappelijke *theorievorming*, aanleiding om de collega vandaag onder de loep te nemen.

Een van de belangrijkste vraagstukken waarvoor de arbeidsrechtwetenschap per zich gesteld ziet, is wat de verhouding tussen het individu en het collectief is: wat dient individueel geregeld te worden en wat collectief? Wie laten we het collectieve belang behartigen? Nog fundamenteler gesteld: in hoeverre kan of moet de individuele werknemer gebonden worden aan wat collectief is geregeld of bepaald, óók wanneer die werknemer daarin geen keuze heeft? Dergelijke vra-

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

gen zijn terug te brengen tot de tegenstelling die ik zojuist besprak, die tussen individuele autonomie enerzijds en solidariteit met anderen anderzijds.

Door de zojuist genoemde ontwikkelingen wordt ook het wetenschappelijk debat over deze vragen de laatste jaren weer gevoed. De noemer waaronder dat debat is opgeleefd, is de tegenstelling tussen de *contractuele* en de *institutionele* theorie. De *contractuele* theorie neemt de partijautonomie en het beginsel van de verbindende kracht der overeenkomst als uitgangspunt ('afpraak is afspraak' en 'je bent alleen gebonden als je ergens mee akkoord bent gegaan'). De *institutionele* theorie betoogt dat een arbeidsovereenkomst niet veel meer is dan een toegangspas tot een organisatie (een institutie), waarna de regels en belangen van de institutie mede de inhoud van de relatie bepalen. Binnen die theorie is meer plaats voor de werking van solidariteit dan in de contractuele.

Zoals we zullen zien, zijn die theorieën niet alleen van belang voor de vraag wat een collega voor inbreuken op zijn arbeidsovereenkomst dient te tolereren ten gunste van zijn collega, maar ook voor andere vragen, bijvoorbeeld of een werknemer die geen vakbonds lid is toch de werking van een CAO of sociaal plan tegen zich moet laten gelden.<sup>7</sup> Nog een ander voorbeeld betreft de rol van het concern in het arbeidsrecht: heeft de werknemer alleen te maken met de BV waarbij hij in dienst is, of kan hij ook aanspraken geldend maken jegens andere concernonderdelen en vice versa?

De terugkerende *vraag* is steeds of een derde, die geen partij is bij de arbeidsovereenkomst, toch gehouden kan zijn om iets te laten of juist gerechtigd is om iets te vragen ten opzichte van anderen, en steeds kan bij de beantwoording van die vraag worden gewezen op het feit dat deze derden niet zomaar toevallige passanten zijn, maar derden met wie langdurig en intensief contact bestaat.

Bij derden in het sociaal recht kan men denken aan collega's, vakbonden, uitzendkrachten, moeder- en zustermaatschappijen, kortom eenieder die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is betrokken, zonder daarbij partij te zijn.<sup>8</sup> Die derden vormen het omhulsel van de arbeidsovereenkomst. Zij maken het verschil tussen een arbeids*contract* en een arbeids*organisatie*. De institutionele theorie betoogt dat die organisatie eigen regels en belangen kan opleggen. Willen wij meer weten over de institutionele theorie en hoe zij werkt, dan zullen wij ons moeten verdiepen in de vraag waar de institutie of onderneming eigenlijk uit bestaat. We komen dan dus uit bij de derde.



## De collega

De collega mag dan wel geen arbeidsrechtelijk lemma zijn, toch figureert hij uiteraard in menige procedure. Er bestaat een aantal typen uitspraken waarin de collega wat meer dan een bijrol vervult. Ik noem die rechtspraak kort om een beeld te geven van wat er speelt, zonder de pretentie te hebben hiermee de codex te geven. Naar mijn indruk is het nog niet goed mogelijk om die te schrijven.

Opvallend vaak is aan de orde dat een werknemer na *schorsing of op non-actiefstelling* wedertewerkstelling eist en de werkgever zich verdedigt met de stelling dat ‘de collega’s hem of haar niet meer moeten’. Of dit nu bij vage opmerkingen blijft of dat er uitgebreide verklaringen komen, de rechter heeft hier doorgaans geen begrip voor. Rechters denken vaak dat het allemaal wel meevalt, of menen dat het de taak van de werkgever is om een terugkeer in goede banen te leiden.<sup>9</sup>

Hier nauw aan verwant is de werknemer die ontslagen wordt omdat zijn collega’s hem niet langer zien zitten. De rechter heeft hier de neiging de werknemer tegen het collectief in bescherming te nemen. Wil de werkgever van zo’n geïsoleerde collega af, dan moeten er op z’n minst concrete verwijten zijn en deze moeten ook met de werknemer besproken zijn.<sup>10 11</sup>

*Ruzies tussen collega’s onderling* mag de werkgever niet afdoen als persoonlijke kwesties. De werkgever heeft de taak hierbij voor bemiddeling zorg te dragen.<sup>12</sup> Dat geldt al helemaal wanneer een werknemer het slachtoffer is van intimidatie, pesten of ander ongeoorloofd gedrag.<sup>13</sup> Ook dan dient de werkgever hiertegen beleid te voeren.<sup>14</sup>

Wat mij als geluidsneuroticus zeer aan het hart gaat, is de radiojurisprudentie: ‘Van een werknemer mag worden verwacht dat hij zich op het punt van de muziekkeuze aanpast aan de meerderheid van zijn collega’s op de werkvloer’, ook al is dat Radio 538.<sup>15</sup> Van een werkgever die op dit punt wordt geconfronteerd met onenigheid tussen werknemers, mag worden verwacht dat hij zich inspant om tot een oplossing te komen.<sup>16</sup>

Het volgende voorbeeld is *liefde op het werk*. De heersende opvatting is dat een werkgever niet het recht heeft een amoureuze of seksuele relatie tussen collega’s te verbieden, hoewel hierdoor tal van problemen kunnen ontstaan.<sup>17</sup> Ik noem als voorbeeld dat de andere collega’s bang zijn dat de geliefden onder één hoedje spelen of dat de een de ander bevoordeelt. En wat als de samenwerking tussen de ex-geliefden niet meer mogelijk blijkt te zijn? Wie moet er dan worden overge-

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

plaatst of ontslagen? Degene die de relatie heeft uitgemaakt? De baas of de ondergeschikte? Heeft degene op wie de keuze is gevallen om te vertrekken, aanspraak op een vergoeding van de werkgever? Of valt het in zijn of haar risicosfeer? Door de heer Stonecipher van Boeing is weer eens de aandacht gevestigd op het feit dat sommige Amerikaanse werkgevers hun verliefde werknemers een *love contract* opleggen, waarin dit soort vragen op voorhand wordt beantwoord. Het is misschien geruststellend voor advocaten die de afschaffing van het ontslagrecht vrezen om te weten dat hier een nieuwe markt ligt: er zullen *liefdesbedingen* moeten worden opgesteld. Hierin kan dan bijvoorbeeld worden opgenomen dat de werknemer een affectieve relatie met een collega binnen twee maanden zal melden aan de *commissie seksuele intimiteiten*. We kunnen dan in de JAR lezen wanneer er eigenlijk sprake is van een affectieve relatie.

Het tegenovergestelde daarvan betreft *seksuele intimidatie*. In zo'n geval gaat het meestal om ontslag- of schorsingszaken waarbij óf de dader óf het slachtoffer partij is. Ook hierbij is opvallend dat het vrijwel nooit voorkomt dat zowel slachtoffer als dader partij in de procedure zijn of dat de een tegen de ander procedeert. Het gaat in deze procedures bijna altijd om wat de partij in kwestie aan zijn eigen rechtspositie kan veranderen, niet aan die van de ander.<sup>18</sup>

Bij *ziekte en verlof* neemt de rechter geregeld aan dat collega's de lopende zaken moeten waarnemen. Een werkgever die om ontbinding vraagt van het arbeidscontract met een frequent zieke werknemer met als argument dat de collega's niet langer bereid zijn bij te springen,<sup>19</sup> zal moeten zien dit in goede banen te leiden.<sup>20</sup>  
21 22

In deze lijn past ook het arrest Bons/Ranzijn. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat een *arbeidsongeschikte collega* voor bepaalde werkzaamheden moet kunnen terugvallen op zijn collega's, tenzij de frequentie van de gevallen waarin hij een beroep op hen moet doen zo hoog is dat zulks niet van die collega's en evenmin van de werkgever gevegd kan worden.<sup>23</sup> Opvallend is dat de Hoge Raad niet alleen oordeelt dat de werkgever het probleem zelf maar moet oplossen, maar ook dat de collega's van Bons zullen moeten bijspringen.<sup>24</sup>

Een voor de hand liggende vraag bij kwesties rond ziekte en verlof is of de werkgever verplicht is een vervanger te zoeken. De wetgever gaat daar in ieder geval niet van uit. Bij aanvang van het wetgevingsproces vroeg de SGP bezorgd of de collega's van tweeverdieners met kinderen niet voortdurend hun werk moesten overnemen.<sup>25</sup> De regering antwoordde dat het ervan afhangt of de werkgever de

## JAAP VAN SLOOTEN

verlofganger ‘adequaat’ vervangt<sup>26</sup>. ‘Hiervan hangt de “last” die diens collega’s van het verlof ondervinden met name af.’<sup>27</sup> Vervanging kán in de visie van de wetgever ook door collega’s gebeuren: ‘Waar vervanging wel nodig is, zal dit bovendien in een aantal gevallen kunnen worden opgevangen doordat collega-werknemers de taak van de verlofganger tijdelijk overnemen.’<sup>28</sup> Niet veel later, bij de behandeling van het langdurig zorgverlof, stelde de regering onder het kopje ‘administratieve lasten’: ‘De werkzaamheden van de verlofganger kunnen door collega’s worden opgevangen. Dit is goedkoper dan het inhuren van extra personeel, zoals uitzendkrachten’,<sup>29</sup> een gratis advies van de overheid. En zie, de ondernemers hebben dit opgevolgd: uit een onderzoek uit december 2004 blijkt namelijk dat zowel bij kort als bij lang verlof ongeveer de helft van de werkgevers het werk laat opvangen door collega’s en geen vervanger inhuurt.<sup>30 31</sup>

Een duidelijke grens ligt overigens daar waar collega’s *financiële offers* zouden moeten accepteren<sup>32</sup> of waar de meerderheid de minderheid een wijziging met financiële implicaties oplegt.<sup>33</sup> Daaraan kunnen collega’s niet gebonden worden.

De afwezigheid van de collega is opvallend op een ander terrein, waar juist werknemers zelf belang hebben bij de uitkomst. Ik doel dan op *gelijke behandeling*. In de bekende Parallel Entry-zaak liep een groep ontevreden vliegers te hoop tegen vermeende discriminatie. Als hun vorderingen toegewezen zouden zijn, zou dat negatieve consequenties hebben gehad voor de overige vliegers. Dit vormde voor de vakbond de reden om aan de zijde van de KLM tussen te komen in de procedure.<sup>34</sup> Voorzover valt te overzien, is dit een van de weinige uitzonderingen geweest. Meestal komen belanghebbenden niet tussen. Wellicht is dat in de verwachting dat de werkgever hun belangen wel zal behartigen. De werkgever heeft er echter niet altijd belang bij om het standpunt van de zwijgende meerderheid te verdedigen. Bedacht moet worden dat een gerechtelijk oordeel dat er sprake is van een ongelijke behandeling, lang niet altijd in het voordeel van de klager hoeft uit te pakken. Het rechtsgevolg dat aan een dergelijk oordeel wordt verbonden, is de nietigheid van een discriminerend beding. Dat kan uitvallen in het voordeel van de gediscrimineerde, maar vaak net zo goed uitpakken in het nadeel van de tot dan toe begunstigen. Hierbij kan gedacht worden aan een regeling die seniorendagen toekent en die naar het oordeel van de rechter leeftijdsdiscriminatie oplevert. De werkgever kan, met een dergelijke uitspraak in de hand, stellen dat deze moet worden afgeschaft.<sup>35</sup>

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

De afwezigheid van collega's is *procedureel* in ieder geval onnodig.<sup>36</sup> De collega die een belang heeft, mag voegen of tussenkomen. Bij een verzoekschriftprocedure kan de rechter er zelf ook voor kiezen een belanghebbende op te roepen (art. 279 lid 1 Rv.).<sup>37</sup> Een belanghebbende mag ook een verweerschrift indienen (art. 282 Rv.) en heeft recht op inzage in de andere processtukken (art. 290). Een zeldzaam voorbeeld betrof dat van de FNV die intervenueerde in een ontbindingsprocedure die Aldi tegen een kaderlid was begonnen.<sup>38</sup> Een ander voorbeeld heeft betrekking op een werknemer die tussenkam in een ontbinding om zich te verweren tegen verdachtmakingen van een collega in die ontbindingsprocedure. Zij werd niet-ontvankelijk verklaard aangezien haar als verweer op te vatten stuk niet duidelijk voor of tegen toewijzing van het ontbindingsverzoek pleitte.<sup>39</sup> Het is bijna verbazingwekkend dat hiervan niet vaker gebruikgemaakt wordt.

Wat kunnen we nu concluderen na deze rondgang?

Ten eerste dat collega's nagenoeg nooit in procedures worden betrokken, terwijl ze bij de uitkomst dikwijls zelf belang hebben. Ten tweede dat rechters doorgaans niet merkbaar rekening houden met de belangen van collega's.<sup>40</sup> In de derde plaats dat problemen en conflicten tussen collega's die een juridische dimensie krijgen, niet rechtstreeks door henzelf worden uitgevochten, maar door een van de collega's met de werkgever. Het probleem tussen de collega's wordt dus, met andere woorden, *getransformeerd* in een probleem tussen de werkgever en een van beide werknemers. Ten vierde dat, ondanks het ontbreken van een overeenkomst, de rechtspraak ervan uitgaat dat collega's ertoe gedwongen kunnen worden om, ten gunste van andere collega's, wijzigingen in hun eigen taakhoud en – omvang te accepteren.

### Grondslagen voor derdenwerking in het arbeidsrecht

We komen daarmee op het kernthema van vandaag: de derdenwerking in het arbeidsrecht. Want steeds komt in deze rechtspraak de vraag terug of, en zo ja in hoeverre, een werknemer rekening moet houden met zijn collega's en andersom. Blijft dat beperkt tot fatsoensnormen, zoals je ook voor iemand opstaat in de tram, of gaat dat verder? En zo ja, hoe ver dan precies? Welke grondslagen zijn hier?

Voordat ik daar op inga, moet ik iets vooropstellen. We hebben zojuist gezien dat er vaak *feitelijk* belangenconflicten tussen collega's onderling bestaan, maar dat

## JAAP VAN SLOOTEN

die conflicten bijna altijd worden getransformeerd tot *juridische* conflicten tussen een van beide werknemers enerzijds en de werkgever anderzijds. Op zich is dat niet verwonderlijk en ook niet onwenselijk. De werkgever heeft immers het recht en de taak om de orde in de onderneming te bewaren. Bij de uitoefening van die taak past ook dat hij een eigen positie inneemt en knopen doorhakt. Bovendien heeft de werkgever niet zelden (los van het belang van orde) een eigen belang bij een conflict. Het zou ook niet wenselijk zijn wanneer collega's elkaar voortdurend te lijf zouden gaan met juridische procedures. Dat is niet bevorderlijk voor een plezierige en productieve werksfeer.

Ik wil dan ook niet bepleiten dat collega's vaker *partij* worden in een procedure,<sup>41</sup> maar wel 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. Want ondanks het feit dat de werkgever de juridische tegenstander is in het conflict, kunnen er naast de belangen van de werkgever zelf dus ook heel goed belangen van collega's aan de orde zijn. Door ook die belangen te onderkennen, krijgt het conflict met de werkgever meer reliëf – in wezen een derde(n)dimensie.

Terug naar de grondslagen. Zijn de belangen van de collega eigenlijk wel zelfstandig te respecteren belangen of worden ze als het ware geabsorbeerd door het belang van de werkgever? Men zou kunnen denken dat ze *niet* hoeven te worden meegewogen, omdat de werkgever uiteindelijk degene is die keuzes maakt tussen verschillende belangen en de verantwoordelijkheid daarvoor. Maar daarmee zou het probleem omzeild worden: ook in dat geval zal de rechter de belangenafweging die de werkgever heeft gemaakt, moeten toetsen. Daarbij komt dan toch weer de vraag terug in hoeverre de werkgever bij zijn keuze een inbreuk op de rechten van anderen mag maken.

Ook zou kunnen worden aangevoerd dat er tussen collega's onderling *geen overeenkomst* bestaat. Vóór die gedachte pleit het beginsel van de *relativiteit van de contractswerking*, zoals dat in het oude BW tot uitdrukking kwam in de regel: 'Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen. Dezelve kunnen aan derden niet ten nadele strekken; ...'<sup>42</sup> Hoewel die bepaling bewust niet is opgenomen in het NBW, wordt het relativiteitsbeginsel nog wel als zodanig een belangrijke rol toegedicht.<sup>43</sup> Aan dat beginsel tracht men soms te ontkomen door een derde onder het partijbegrip te brengen en zo een overeenkomst te construeren. Op zich is het denkbaar dat zich dat soms voordoet. Het antwoord op de

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

vraag of de derde partij is bij een overeenkomst met een ander is volgens de Hoge Raad ‘afhankelijk van de omstandigheden van het geval...’<sup>44 45</sup> In de praktijk wordt in het arbeidsrecht echter niet snel een overeenkomst met een derde aangenomen. De collega, maar ook de uitzendkracht of de moedermaatschappij, wordt niet snel aangemerkt als partij.

Ook in de literatuur wordt ervoor gepleit om het partijbegrip niet te veel op te rekken.<sup>46</sup> Zoals zal blijken, is dat ook niet altijd nodig om het gewenste resultaat te bereiken. Aan het ongeschreven recht kunnen namelijk twee grondslagen worden ontleend die in beginsel een inbreuk op het beginsel van de relativiteit van contractswerking mogelijk maken. Het gaat daarbij om de onrechtmatige daad en de redelijkheid en billijkheid.<sup>47</sup> Beide zijn vage normen die nader zullen moeten worden ingevuld om hanteerbaar te worden in de praktijk.

De mogelijkheid om op grond van *onrechtmatige daad* te ageren tegen een contractueel betrokken derde is in andere onderdelen van het vermogensrecht reeds toegepast door de Hoge Raad, zoals in het bouw- en het huurrecht.<sup>48</sup> Een toepassing van het leerstuk van de onrechtmatige daad kan in het arbeidsrecht uitkomst bieden aan de werknemer die slachtoffer is van seksuele intimidatie door een collega. Deze zal in de meeste van dat soort gevallen een vordering uit dien hoofde hebben jegens de werknemer/dader.<sup>49 50</sup>

De onrechtmatige daad zal lang niet in alle gevallen uitkomst bieden. Veel van de conflicten tussen collega’s zijn belangenconflicten, niet zoezeer onrechtmatige schendingen van zorgvuldigheidsnormen.<sup>51</sup> Ik noem hier als voorbeeld de werknemer die zijn zieke collega lange tijd heeft vervangen en nu bij diens terugkeer van de ene op de andere dag een andere baan binnen het bedrijf moet accepteren. Is het niet redelijk dat hier een overgangperiode geldt of dat de collega die lange tijd ziek is geweest een andere baan accepteert?<sup>52</sup> Een andere categorie betreffen situaties waarin een werknemer een beroep doet op een wettelijk recht, hetgeen tot een botsing leidt met het recht van een collega. In dergelijke situaties zal een werknemer moeten terugvallen op de *redelijkheid en billijkheid* en – wellicht – op *misbruik van het recht*.

De Amsterdamse hoogleraren Du Perron en Cahen kunnen worden beschouwd als de geestelijke vader en grootvader van de *leer van de contractueel betrokken derde*.<sup>53</sup> Het begrip ‘contractueel betrokken derde’ is inhoudsloos en krijgt pas betekenis in het licht van bepaalde factoren die naar ongeschreven recht de derdenwerking van een overeenkomst kunnen rechtvaardigen. Die factoren noemt men *betrokkenheids-*

## JAAP VAN SLOOTEN

*factoren*. Deze betrokkenheidsfactoren spelen een rol bij het nader invullen van de vage betekenis van begrippen als ‘onrechtmatige daad’ en ‘redelijkheid en billijkheid’. De Hoge Raad heeft in een recent arrest een hele lijst van die factoren gegeven: ‘... zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en de strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en de omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.’<sup>54</sup>

Dat is een hele mond vol, maar ook met deze opsomming blijft het vaag wanneer iemand nu precies wel of niet een contractueel betrokken derde is en wat voor gevolgen dat heeft. Op die vaagheid is door critici terecht gewezen, maar zij zien daarbij wel over het hoofd dat het hier nu eenmaal gaat om de toepassing van vage normen. Door die factoren te gebruiken en verder uit te werken kan toch een nuttig instrument van rechtsvinding ontstaan om mee te beoordelen wanneer nu wel of niet sprake is van derdenwerking.

Over de wijze waarop die leer van de betrokken derde kan worden toegepast in het arbeidsrecht kom ik zo nader te spreken. Maar om de leer goed te kunnen gebruiken, moeten hier nog twee bijzondere kenmerken van het sociaal recht worden genoemd. In de eerste plaats hebben we juist in het sociaal recht van doen met veel *publiek recht* en *dwingend recht*. Die typen recht bevatten meestal een duidelijke aanwijzing wat de strekking is. Ik noem de wetgeving rond ziekte en reïntegratie en de wetgeving rond arbeid en zorg. Die streven op ongecompliceerde wijze het doel na werknemers eerder te laten reïntegreren of beter werk en privé te laten combineren. Zij richten zich echter uitsluitend rechtstreeks tot de werkgever. Er is in de wetgeving niet te vinden dat *collega's* ook moeten meewerken om het verlot of de reïntegratie van de betreffende werknemer mogelijk te maken. Toch zal de strekking van dit soort wetgeving richtinggevend dienen te zijn bij de beantwoording van de vraag wat van een collega verwacht mag worden of wat de redelijkheid en billijkheid in de relatie tot een derde kunnen meebrengen.

In de tweede plaats kunnen hier de *sociale basiswaarden* (de grondslagen van het sociaal recht) te hulp worden geroepen.<sup>55</sup> Vooral de basiswaarde ‘solidariteit’ is in

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

deze context belangrijk.<sup>56</sup> Terzijde wil ik erop wijzen dat solidariteit vrijwel nooit in het kader van het *arbeidsovereenkomstenrecht* wordt gebruikt. Het is misschien veelzeggend dat het woord ‘solidariteit’ in elf van de vele uitspraken voorkomt die in de twaalf jaargangen van de JAR zijn gepubliceerd. Meestal komt de term voor in verband met dwingend recht, zoals AVV CAO's en pensioenregelingen. Solidariteit in regelgeving die totstandgekomen is op ondernemingsniveau, komt veel minder voor. Dat heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat er op dat niveau geen goede instrumenten bestaan om de solidariteit af te dwingen. Het is belangrijk om dit te beseffen omdat rechtsvorming naar verwachting steeds meer zal plaatsvinden op ondernemingsniveau.<sup>57</sup> Het ligt dan eerder voor de hand terug te grijpen op ongeschreven recht om die solidariteit af en toe toch af te dwingen.

Voegen we deze twee elementen toe, dan kunnen we voor het arbeidsrecht misschien beter spreken van de leer van de sociaal betrokken derde. Ik geef een *voorbeeld* van de manier waarop die leer kan worden toegepast in het sociaal recht. Twee collega's bemannen de afdeling verkoop van een bedrijf. Het staat niet ter discussie dat die afdeling vijf dagen per week geopend moet zijn. De ene werknemer heeft altijd vrij op woensdag, de ander op vrijdag. De vrijdagcollega krijgt een kind en wil, wanneer het kind vier is, de woensdagen vrij nemen in verband met schooltijden. Moet de woensdagwerknemer dan plaatsmaken en voortaan op vrijdagen werken?<sup>58</sup>

Welke betrokkenheidsfactoren spelen hierbij een rol? Gewezen kan worden op *de aard en de strekking van de overeenkomst*. Die is in het arbeidsrecht immers langdurig en gericht op het totstandbrengen van een gezamenlijk product of gezamenlijke dienst. Ook *de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken* is van belang. De collega weet dat hij het werk niet alleen, maar met anderen doet. Het is goed mogelijk dat hij in het verleden ook een beroep heeft gedaan op zijn collega's. Het is goed denkbaar dat ook hier in het verleden verwachtingen zijn gewekt of juist solidariteit in de andere richting is betoond.

De strekking van het arbeidsrecht is hier eveneens van belang. We hebben van doen met de wet Bussemaker-Van Dijke die voorschrijft dat de werkgever rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid.<sup>59</sup> De Regering heeft zich nog krachtiger uitgedrukt door te stellen dat ‘de werkgever in beginsel positief behoort te reageren op redelijke voorstellen van de werknemer, die verband houden met zijn (gewijzigde) privé-omstandigheden. De werkgever mag dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaar-



ding, gegeven de omstandigheden, redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.<sup>60</sup> Hoewel dit duidelijke aanwijzingen zijn dat de werkgever de vrijdagcollega te hulp moet komen, is er ook weer wetsgeschiedenis die het uitgangspunt 'wie het eerst komt wie het eerst maalt' huldigt.<sup>61</sup> Maakt het wat uit of de woensdagcollega op zijn vrije dag gaat vissen of zijn oude moeder verzorgt? Er zijn aanwijzingen dat de wetgever geen rangorde in deze motieven heeft willen aanbrengen, maar het lijkt me onhoudbaar dat het motief uiteindelijk geen enkele rol speelt.

Hoe het ook zij: het is duidelijk dat de wetgever hier de ogen sluit voor het bestaan van collega's. Hij denkt dat hij zich alleen tot de werkgever hoeft te richten, maar zou zich moeten realiseren dat dit voor collega's nu eenmaal gevolgen heeft, zeker in het bedrijfsleven.<sup>62</sup>

Uit dit voorbeeld blijkt dat er niet één oplossing is die de uitkomst van de toepassing van de leer van de betrokken derde is. Waar het om gaat is dat men ook zonder het leerstuk als de onrechtmatige daad een verplichting van een derde kan rechtvaardigen. Van de rechter wordt niet verlangd om de toepassing van deze leer steeds vol te toetsen. Het zal in eerste instantie de taak van de werkgever zijn om een belangenafweging te maken.<sup>63</sup> De werkgever zal zich daaraan in ieder geval niet kunnen onttrekken door te stellen dat hij de rechten van een collega niet kan aantasten.

Een schrijnend voorbeeld van het leed dat collega's elkaar kunnen aandoen, komt veel voor in de horeca. Als bezoeker van een etablissement is het niet leuk om steeds te horen 'mijn collega komt zo bij u', maar heeft u zich wel eens gerealiseerd wat dit voor die collega betekent?

## Derogerende derden werking

De mogelijkheid om tot aantasting van de rechten van derden over te gaan, is groter in het arbeidsrecht dan in andere delen van het recht. Derdenwerking in het arbeidsrecht is niet alleen aanvullend, maar ook derogierend. Hét voorbeeld van deze derogerende werking is het arrest Van der Lely/Taxi Hofman, en juist daar ging het om een situatie waarin een derde een rol speelde.<sup>64</sup> De redenen die Taxi Hofman tegen Van der Lely aanvoerde toen zij hem na terugkeer van zijn ziekte niet meer toeliet tot de voorheen overeengekomen werkzaamheden, waren in de eerste plaats dat het werk was ingekrompen en in de tweede plaats dat de

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

dochter van de directeur, die het resterende werk had overgenomen, dat alleen afkon. Deze redenen werden uiteindelijk aangemerkt als de omstandigheden op het werk, op grond waarvan Van der Lely gehouden was weer terug te keren op de taxi. Juist in dit standaardarrest werd het belang van een andere werknemer – Hofmans dochter – dus mede doorslaggevend geacht voor het derogerende effect.

De arbeidsrechtwetenschap is sinds dit arrest in verwarring over de rechtvaardiging voor het verschil tussen de derogerende werking in het arbeidsrecht en daarbuiten.<sup>65</sup> De meest gelezen verklaring voor het verschil is een verwijzing naar de institutionele theorie. Die theorie was een van de redenen om het vandaag over de derde te hebben. Als de institutie immers bestaat uit derden, dan willen we weten wie die derden zijn en wat voor verhouding ze hebben tot de arbeidsovereenkomst. Ik vrees dat deze zoektocht de institutionele theorie echter geen goed heeft gedaan.

Eenzijds kan men vaststellen dat deze het debat niet veel verder heeft geholpen. Dat komt uiteindelijk doordat er gebruikgemaakt is van vage begrippen, zoals ‘institutie’ of ‘onderneming’, waarvan niemand precies kan zeggen wat er onder wordt verstaan. Die begrippen zijn bovendien onvoldoende onderscheidend, zodat ze zelfs voor tegengestelde doelen kunnen worden aangewend. In de redenering dat de woensdagcollega zijn vrije woensdag moet opgeven voor de vrijdagcollega kán dat worden gebaseerd op het belang van de onderneming: doet de woensdagcollega dat niet, dan is de onderneming immers niet meer bereikbaar op vrijdag of moet de onderneming op zoek gaan naar een nieuwe werknemer. Maar net zo goed kan worden betoogd dat het in het belang van de onderneming is dat er geen arbeidsconflict met de woensdagcollega ontstaat. Met de institutionele theorie kun je, kortom, alle kanten op.<sup>66 67</sup>

Anderzijds laat de zoektocht naar de derde in het sociaal recht een alternatief zien dat te verkiezen is, want achter een onderneming of gemeenschap gaan concrete personen en hun onderlinge verhoudingen schuil. Dat zijn verhoudingen tussen werkgevers, werknemers en iedereen die verder bij de uitvoering van de arbeid is betrokken: derden dus. Juist die betrekkingen kunnen in veel gevallen de rechtvaardiging vormen voor aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Het verschil met het begrip ‘institutie’ is dat bij derden precies kan worden aangegeven op wie of wat deze betrekking hebben. Daardoor is een transparantere belangenafweging mogelijk.

## JAAP VAN SLOOTEN

Door te verhelderen dat achter een discussie over eventuele aanpassing van een contract het belang van een concrete derde schuilgaat, valt ook beter te begrijpen dat de derogerende werking in het arbeidsrecht sneller aan de orde kan zijn. Er is immers juist bij zaken als ziekte en verlof lang niet altijd sprake van een werkgever die eenzijdig wenst terug te komen op een eerder gemaakte afspraak omdat hem dat beter uitkomt. In dat soort situaties kan men tegenover de afspraak of een verbintenis uit overeenkomst tussen werkgever en werknemer, een verbintenis plaatsen van de collega jegens de werkgever en/of de werknemer. Er ontstaat dan een conflict van plichten, waardoor een belangenafweging nodig is.

In de leer van de sociaal betrokken derde wordt erkend dat het om een belangenafweging gaat en worden factoren geboden om die afweging te kunnen maken. Zij is een compromis tussen twee uitersten. Het ene uiterste, het contractuele denken, is volstrekt *binair*, omdat het ieder ander dan de werkgever en de werknemer (of hun vertegenwoordigers zoals vakbonden) wegretoecheert wanneer het gaat om hun invloed op de arbeidsovereenkomst.<sup>68</sup> Het andere uiterste, de institutionele theorie, werkt met abstracte grootheden en laat in het midden welke personen er in een concreet geval achter schuilgaan en wat hun belangen zijn.

Het alternatief is dus de *leer van de sociaal betrokken derde*. Zij onderscheidt zich van hoe die leer in het algemeen vermogensrecht luidt door de bijzondere elementen van het arbeidsrecht.<sup>69</sup> Overigens zal zij niet voor alle gevallen waarin nu een beroep op de institutionele theorie wordt gedaan, kunnen helpen. Er moeten concrete belangen van derden tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Bij kwesties rond functieaanpassingen zijn die belangen vaak te onderkennen. Dit sluit aan bij het criterium van de Hoge Raad in het geval van het arrest Van der Lely/Taxi Hofman: het is aan de orde bij 'gewijzigde omstandigheden op het werk'.<sup>70</sup>

Bij wijzigingen van financiële aard is het moeilijker om een concreet belangenconflict tussen drie partijen aan te wijzen. Hier zal de werkgever zich niet snel kunnen verschuilen achter financiële problemen, maar uitgesloten is dat niet. Intrigerend is de casus waarbij een aantal werknemers wordt geplaatst voor het dilemma om allemaal salaris in te leveren of een aantal collega's via ontslag kwijt te raken. Op collectief niveau kan die solidariteit soms worden afgedwongen via een CAO; ik denk dat er situaties zullen zijn, bijvoorbeeld bij het ontbreken van een CAO, waarin de rechter die solidariteit ook zal opleggen, maar kan daar hier niet verder over uitweiden.

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

### Andere derden

Ik zal het betoog tot nu toe samenvatten. Op basis van de redelijkheid en billijkheid, de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, de strekking van de wet en de sociale basiswaarden, kunnen verbintenissen ontstaan tussen derden enerzijds en een of meer partijen bij de arbeidsovereenkomst anderzijds. De uitkomst hangt af van betrokkenheidsfactoren en van de omstandigheden van het geval. De wetgever zou behulpzaam kunnen zijn bij de nadere invulling hiervan door zich vaker uit te laten over de vraag wat van collega's mag worden verwacht. Rechtspraak zou hieraan ook een bijdrage kunnen geven, door meer aandacht te besteden aan de belangen van collega's en niet alles alleen af te doen als een probleem van de werkgever.

In potentie kunnen er derogerende effecten optreden, die verder gaan dan bij het algemeen vermogensrecht. Dat houdt verband met twee andere conclusies, in de eerste plaats dat er in de discussie over aanpassing van het contract een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de (eigen) belangen van de werkgever en die van collega's die hij mede in acht moet of wil nemen. In de tweede plaats kunnen die collega's, in tegenstelling tot het begrip 'institutie', een goede rechtvaardiging vormen voor de derogerende werking in het sociaal recht.

Kijken we verder, dan is het duidelijk dat het begrip 'betrokken derde' niet ophoudt bij de collega. Bij de uitvoering van arbeid zijn anderen betrokken die eveneens aanspraak kunnen maken op die titel. Ik noem: de uitzendkracht, de moeder- of concernmaatschappij, de vakbond en de artikel 14-werknemer.<sup>71</sup> Met al deze betrokken derden doen zich van tijd tot tijd problemen voor waarmee het arbeidsrecht worstelt. De rode draad daarbij is, zoals gezegd, steeds in hoeverre een derde kan worden gebonden of juist rechten kan doen gelden. Ik noem er hier drie waarmee ik wil laten zien hoe de leer van de sociaal betrokken derde daarbij uitpakt.

In het arrest ABN AMRO/Malhi ging het om iemand die al jaren als uitzendkracht werkte bij ABN AMRO en ook geheel conform de normen van dat bedrijf werd betaald en aangestuurd.<sup>72</sup> Het enige verschil met een normale ABN AMRO-werknemer was dat Malhi betaald werd via uitzendbureau De Gast, waarbij hij officieel in dienst was. Toen ABN AMRO Malhi liet weten dat hij niet meer hoefde te komen omdat zijn werkzaamheden waren vervallen, stelde Malhi een vordering tegen de bank in. De leer van de sociaal betrokken derde had Malhi hier te hulp

## JAAP VAN SLOOTEN

kunnen komen. Malhi stelde dat er een arbeidsovereenkomst met ABN AMRO totstandgekomen was en moest bewijzen dat er bedoelingen in die richting bestonden. Dat bleek een brug te ver voor Malhi. Als hij daarentegen alleen het bestaan van een verbintenis had geclaimd, zodat ABN AMRO de werkrelatie niet zonder meer had mogen opzeggen, dan had een andere uitkomst voor de hand gelegen. Dat een uitzendkracht een betrokken derde is, wordt nader onderbouwd door een aantal dwingende bepalingen, zoals die met betrekking tot arbeidsongevallen (art. 7:658 lid 4 BW) en medezeggenschap (art. 1 lid 3 sub a WOR). Op grond van tijdverloop, feitelijke invulling van de uitzendrelatie en genoten voordeel is te betogen dat hier een verbintenis was ontstaan. Dit hoefde dus niet te resulteren in een arbeidsovereenkomst, maar, bijvoorbeeld, in een verbintenis om de uitzendrelatie nog enkele tijd te continueren.<sup>73</sup>

Het tweede voorbeeld dat ik wil geven betreft de *ongebonden werknemer* die te maken krijgt met een sociaal plan dat overeengekomen is met de vakbonden. Hier worstelt het arbeidsrecht met de binding van die ongebonden werknemer, die zich in dit geval dus uitdrukkelijk als derde opstelt. Het probleem is dat het sociaal plan vaak elementen van uitruil en solidariteit bevat; een ongebonden werknemer probeert zich daar soms aan te onttrekken als hij zonder zo'n sociaal plan beter af zou zijn. In het overige collectieve arbeidsrecht vormt dit zelden een probleem, omdat de CAO doorgaans is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst en ongebonden werknemers vaak niet meer kunnen claimen dan leden.<sup>74</sup> Bij een sociaal plan is dat meestal niet op voorhand gebeurd. Indien de ongebonden werknemer zich makkelijker aan de werking van het sociaal plan kan onttrekken dan een vakbondslid, ontstaat er een groot probleem. Werknemers die lid zijn van een van de bij het sociaal plan betrokken vakbonden, worden op die manier benadeeld als gevolg van hun lidmaatschap. Dat zal het systeem op termijn ondergraven.<sup>75</sup>

Met behulp van de leer van de sociaal betrokken derde is te rechtvaardigen dat deze werknemer toch het sociaal plan tegen zich zal moeten aanvaarden, hoewel *contractuele* gebondenheid ontbreekt.<sup>76</sup> In de eerste plaats heeft de werknemer jarenlang de vruchten geplukt van het feit dat er afspraken werden gemaakt met vakorganisaties. Vermoedelijk heeft hij zelfs de toepasselijkheid van de CAO in zijn arbeidsovereenkomst aanvaard. Hij heeft dus veel voordeel ontleend aan de aanwezigheid van de bonden. In de tweede plaats heeft hij daarmee het vertrouwen gewekt ook andere afspraken met deze bonden tegen zich te zullen laten gelden. In de derde plaats is er de solidariteit die van een werknemer ten opzichte

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

van zijn collega's verwacht mag worden, en die in de ogen van de vakbonden ook gevraagd kan worden van niet gebonden werknemers.<sup>77</sup>

Het derde voorbeeld betreft de *concernmaatschappij*. Er zijn tal van situaties waarin deze maatschappij van belang is in het arbeidsrecht. Deze kan de voormalige werkgever zijn. Moet dan bij de berekening van anciënniteit rekening worden gehouden met de daar doorgebrachte diensttijd?<sup>78</sup> Hij kan opties hebben toegekend. Moeten die worden toegerekend aan de werkgever? Hoe zit het met het proeftijdbeding, het concurrentiebeding? De werkgever kan passende arbeid voorhanden hebben. Moet hij die dan aanbieden aan een arbeidsongeschikte of overtollige werknemer van een andere dochtermaatschappij?<sup>79</sup> En: hoe zit het met toerekening van besluiten in het kader van de WOR? Net als bij de kwestie van het sociaal plan kan men in dezen onderscheid maken tussen contractuele denkers en institutionele denkers, of, zo men wil: rekkenlijken en preciezen.<sup>80</sup> De contractuelen stellen dat men alleen iets van doen heeft met de maatschappij die werkgever is en dat eerdere dienstverbanden of andere concernmaatschappijen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Maar is dat reëel wanneer het concern op arbeidsrechtelijk vlak wel als eenheid naar voren treedt? Als er een CAO of een winstdeling voor de gehele groep geldt? Of wanneer de werknemer zich binnen de groep heeft laten uitzenden? Ook in dit verband zijn verschillende betrokkenheidsfactoren te noemen die het rechtvaardigen om in *sommige* gevallen verbintenissen aan te gaan tussen een werknemer en een andere concernmaatschappij. Ook hier hoeft men niet uit te gaan van een arbeidsovereenkomst met die concernmaatschappij om te kunnen rechtvaardigen dat er wel een verbintenis tussen beide bestaat. Dat kan, bijvoorbeeld, de verplichting van de maatschappij zijn om passend werk aan te bieden, maar dat kan tevens de verplichting van de werknemer zijn om zich ook ten aanzien van deze maatschappij van concurrentie te onthouden.<sup>81</sup>

Deze voorbeelden laten naar mijn mening zien dat de leer van de sociaal betrokken derde nuttige resultaten kan opleveren. Daarbij staan de *partijautonomie* en het *beginsel van de verbindende kracht der overeenkomst* weliswaar voorop, maar daarbij blijft het niet. Daar waar dat rechtvaardig is, kan ook *solidariteit* worden afgedwongen. Juist waar de nieuwe rechtsorde van de arbeid zich meer zal kenmerken door privaatrecht dan door publiekrecht en juist waar dat meer en meer op ondernemingsniveau plaatsvindt, is het van belang zeker te stellen dat die solidariteit daar ook aanwezig kan zijn.<sup>82</sup>

## Slot

Uiteraard is hiermee lang niet alles gezegd over derden in het sociaal recht. Met name over de concrete inhoud van bepaalde normen en over de toepasbaarheid daarvan op het collectief recht is nog veel te zeggen. Het is niet mijn ambitie om daar vandaag het laatste woord over te zeggen, maar om het debat daarover te stimuleren. Dat debat en de rechtsontwikkeling zouden enorm worden geholpen indien artikel 7:611 BW zo wordt aangepast dat daarin het beginsel tot uitdrukking komt dat je als werknemer niet alleen te maken hebt met de werkgever, maar ook met anderen die betrokken zijn bij de uitvoering van de overeenkomst.<sup>83</sup> Daartoe zou men met een schuin oog kunnen kijken naar art. 2:8 BW, waarin is geregeld dat degenen die krachtens wet en statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken, zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. In die geest zou artikel 7: 611 BW als volgt kunnen worden geformuleerd: ‘Allen die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn betrokken, zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’ Hoewel goed te betogen is dat dit in veel gevallen al zo werkt, kan codificatie ertoe leiden dat de werkelijke werkelijkheid en de arbeidsrechtelijke werkelijkheid wat meer met elkaar in overeenstemming komen. De arbeidsovereenkomst is immers niet twee-, maar driedimensionaal!

## Dankwoord

Aan het einde van mijn rede gekomen, wil ik graag enkele woorden van dank uitspreken. De traditie wil dat dit lange verhalen zijn waarin de ene na de andere hotemetoot wordt bedankt: eerst het College van bestuur, dan de voorganger en dan de promotor. Ik wil maar eens met die traditie breken.

Beste Paul: dat jij alle belangrijke functies die ik zojuist genoemd heb in je verenigt, zegt veel over de plaats die je in mijn en het wetenschappelijke leven inneemt. Maar belangrijker dan de functies zijn de woorden. Jouw publicaties over de rechtsorde van de arbeid behoren zonder twijfel tot het beste dat er is geschre-

## DE DERDE IN HET SOCIAAL RECHT

ven over de grondslagen van het arbeidsrecht. Ik ben je daar dankbaar voor en zal ze als leidraad nemen bij mijn eigen werk.

Beste Evert, door jou is het allemaal gekomen dat ik hier sta. Ik dank je voor het vertrouwen dat je in me hebt gesteld. Ik heb het gevoel dat wij al jaren collega's zijn en dat bedoel ik, anders dan uit de gemiddelde collegamop blijkt, uitsluitend positief.

Beste collega's bij de UvA en bij Stibbe: jullie denken wellicht dat ik na dit verhaal van plan ben om de komende tijd veel verlof op te nemen en jullie daarvoor te laten opdraaien. Het eerste is waar, het tweede is niet mijn intentie. Ik ervaar jullie aanwezigheid als inspirerend en zal proberen het goed collegaschap in de praktijk verder gestalte te geven.

Lieve vrienden en familie, ik zie jullie vaak minder dan mijn collega's, maar ik heb hopelijk duidelijk gemaakt dat frequentie niet de enige betrokkenheidsfactor in het leven is!

Lieve Sanne, in mijn proefschrift heb ik je bedankt voor het feit dat je van mij houdt. Nu is het moment aangebroken om te zeggen: ik ook van jou!

Ik heb gezegd.





## Noten

1. Mijn dank gaat uit naar C.E. du Perron, E. Verhulp, E.J. Henrichs, A.J. Swelheim, R. van het Kaar en de collega's van het HSI, die in enig stadium van de voorbereiding van deze oratie hebben meegedacht, of -gelezen. Het spreekt vanzelf dat uitsluitend de auteur verantwoordelijk is voor de inhoud ervan.
2. Zie het rapport *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen* van TNO Arbeid uit december 2004, te vinden op [www.szw.nl](http://www.szw.nl) via persbericht nr. 04/258.
3. De hier genoemde ontwikkelingen zijn ontleend aan P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. NJV preadvies*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2001, par. 2.2.
4. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. NJV preadvies*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2001, p. 10.
5. Zie hierover: E.P. de Jong, 'Individualisering en privatisering in de sociale zekerheid en de positie van de uitvoeringsorganisatie', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 35-47; J.P. Balkenende, 'Sociaal recht op een tweesprong', in: *Ars Aequi* 1998, jrg. 47, nr. 6, p. 556 e.v., i.h.b. p. 565.
6. Zo ook bij de hieraan verwante situatie van een duobaan; de verantwoordelijkheid voor het goed functioneren daarvan blijft in de visie van Ktr. Hoorn 22 maart 1993, JAR 1993/128 liggen bij de werkgever. Zie ook *NRC Handelsblad*, 22 december 2004, p. 18: 'Oorlogsvoering op de werkvloer. Bemiddelaars krijgen steeds belangrijker rol bij conflicten in bedrijven', met een voorbeeld van een team dat onderling ruzie krijgt over de ontwikkeling van een softwareprogramma.
7. Zie verder over de verhouding contractueel-institutioneel in het collectief arbeidsrecht: W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*. Kluwer, Deventer, 2004, p. 209-222.
8. Voor overeenkomsten in het algemeen: J.L. P. Cahen, *Overeenkomsten en derden*, Monografieën Nieuw BW B 57 (2<sup>e</sup> druk) Kluwer, Deventer, 2004, p. 1: 'allen die niet persoonlijk of krachtens vertegenwoordiging de overeenkomst zijn aangegaan'.
9. Rb. Almelo 21 februari 2001, JAR 2001/75; Ktr. Arnhem 26 mei 2003, JAR 2003/171. Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, JAR 1997/102.
10. Ktr. Eindhoven 26 november 1998, JAR 1999/35.
11. De boodschap dat de collega's bezwaren hebben, moet overigens wel weer voorzichtig worden gebracht. Werknemers die onthutst raken en zich ziek melden, hebben een goede kans op schadevergoeding: HR 27 februari 1998, JAR 1998/111.
12. Hof Arnhem 18 maart 2003, JAR 2003/127.

13. De Zutphense kantonrechter aanvaardde niet het betoog dat er een scheiding moet worden aangebracht tussen de relatie werknemer-werkgever en de relatie werknemer-collega's en directe chefs; Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, Prg. 1992, nr. 3614. Zie verder over een discriminerende collega: Ktr. Utrecht 29 april 1994, JAR 1994/125.
14. Zie art. 4 Arbwet 1998 en Rb. Leeuwarden 16 oktober 2003, JAR 2003/260. zie voorts A.J.C.M. Geers, 'Naar een nieuwe intimidatiewet?' in: *Sociaal Recht* 2003, afl. 2, p. 35-36 en 'Over maatwerk en ongewenste omgangsvormen', in: *Sociaal Recht* 2005, afl. 2, nr. 43.
15. Ktr. Alkmaar 26 mei 2003, JAR 2003/166.
16. Aldus de in de vorige noot genoemde uitspraak; in gelijke zin: Ktr. Apeldoorn 14 april 1997, JAR 1997/112 en (in hoger beroep) Rb. Zutphen 23 april 1998, JAR 1998/122.
17. Ktr. Zwolle 30 december 1998, JAR 1999/25. R. Holtmaat, 'Kunnen werknemers met zorgtaken goede werknemers zijn?', in: *Sociaal recht* 2000/10, p. 294, meent dat het goed werknemerschap kan inhouden om 'geen relatie aan te gaan met iemand binnen of buiten het bedrijf, waardoor bedrijfsbelangen geschaad zouden kunnen worden'. G. van Driem is, blijkens *Het Parool* d.d. 12 maart 2005, van mening dat er een verplichting bestaat om een relatie te melden en dat bij het uitgaan daarvan de leidinggevende dient te worden overgeplaatst. Mij lijkt dat op gespannen voet te staan met art. 8 EVRM. In ieder geval gelden de grenzen van art. 7:678 lid sub f BW; medewerknemers mogen niet worden verleid tot handelingen die in strijd met de goede zeden zijn.
18. R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*. Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, p. 66.
19. Ktr. Wageningen 20 november 1999, JAR 1999/245.
20. In een zaak bij de Haagse kantonrechter kreeg een werkgever van wie reeds vier werknemers met ouderschapsverlof waren en die een vijfde wilde laten terugkeren, te horen dat extra belasting van collega's inherent is aan het opnemen van verlof. Ktr. Den Haag 17 oktober 2003, JAR 2003/250. Dit was in de ogen van de rechter geen zwaarwegend belang om een verlof in te trekken. Overigens staat hfdst. 6 van de Wazorg niet toe dat ouderschapsverlof op grond van een zwaarwegend belang wordt geweigerd, tenzij het gaat om arbeid die buiten Nederland wordt verricht (art 6:1, lid 3 Wazorg). Blijkens Kamerstukken II, 1995/96, 24 869, nr. 3, p. 5, is in deze situatie wel rekening gehouden met de beperkte mogelijkheid van vervanging door collega's.
21. Zie voor een eerdere aanzet om met behulp van de normen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap de spanningen als gevolg van arbeid en zorg te lijf te gaan: R. Holtmaat, 'Kunnen werknemers met zorgtaken goede werknemers zijn?', in: *Sociaal Recht* 2000/10, p. 293 e.v.
22. Een hieraan verwant probleem doet zich voor wanneer de werkgever de arbeidstijden wil flexibiliseren en enkele werknemers zich daartegen verzetten in verband met zorg-

- taken. Een dergelijke casus was aan de orde in Ktr. Assen 1 juli 2002, JAR 2002/189. De werkgever stelde dat de weigeraars ‘anderen binnen het team slachtoffer maakten’; helaas kwam de kantonrechter niet toe aan de beoordeling van dit argument.
23. HR 26 oktober 2001, JAR 2001/238, zoals besproken door D. de Wolf in *ArA* 2002/2, p. 88 e.v. en door K.I.A. Middelkoop in *Ondernemingsrecht* 2002-3/4, p. 115-116.
  24. Anders werd geoordeeld door Ktr. Zaandam 5 oktober 1995, JAR 1996/47, die van oordeel was dat de werkgever in redelijkheid kon vasthouden aan een beleid waarbij de lichte werkzaamheden eerlijk verdeeld worden over alle werknemers.
  25. Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken II 2000/01, 27 207 en 27 208, nr. 5, p. 19.
  26. Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken II 2000/01, 27 207 en 27 208, nr. 5, p. 20.
  27. MvA, Kamerstukken I, 2001/02, 27 207 en 27 208, nr. 8, p. 3 (NB: het woord ‘last’ staat tussen aanhalingstekens).
  28. Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken II 2000/01, 27 207 en 27 208, nr. 5, p. 43.
  29. MvT, Kamerstukken II, 2001/02, 28 467, nr. 3, p. 8.
  30. ‘Ervaringen van werkgevers met de Wet arbeid en zorg’, eindrapport, Leiden, december 2004, te raadplegen via [www.szw.nl](http://www.szw.nl).
  31. MvA, Kamerstukken I, 2001/02, 27 207 en 27 208, nr. 8, p. 3.
  32. Ktr. Deventer 18 december 1997, JAR 1999/8, inzake de extra premie die het verzekeren van een zieke werknemer met zich zou hebben meegebracht voor zijn collega’s.
  33. HR 28 mei 1999, NJ 1999/509 (Huijjerjans/Kuypers), inzake het in een personeelsvergadering akkoord gaan met het afzien van bepaalde rechten uit hoofde van de CAO.
  34. Ktr. Amsterdam 28 september 2000, JAR 2000/241.
  35. HR 21 november 1986, NJ 1986, 351 (Beets-Proper/Van Lanschot) m.nt. PAS; zie voorts over *leveling down* bij pensioenleeftijden: HvJ EG 28 september 1994, C-408/92, Jur. 1994, I-4435 en over de verhouding tussen de WGLBA en Richtlijn 2000/78/EG: E. Mot, ‘De onjuiste omzetting van de EG-richtlijn “gelijke behandeling in arbeid en beroep” in Nederlands recht’, in: *Sociaal Recht* 2005, afl. 2, nr. 69.
  36. W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, VUGA, Den Haag, (20e druk) 2002, p. 100-101, voortgezet door W.H. Heemskerk.
  37. In zijn beschikking van 10 september 1993, NJ 1993, 777, m.nt. PAS, overwoog de Hoge Raad dat het aan het beleid van de rechter moet worden overgelaten of hij op grond van art. 429f lid 1 resp. 429q lid 2 Rv (oud-)belanghebbenden zal doen oproepen, met dien verstande dat hij bij dit beleid de eisen van een behoorlijke rechtspleging in acht zal dienen te nemen. In die zaak (ontbinding arbeidsovereenkomst) verbond de Hoge Raad daaraan de gevolgtrekking dat het verzoek tot oproeping van de verkrijger van de onderneming, als bedoeld in art. 7:1639aa BW (oud), had moeten worden toegewezen.
  38. Ktr. Eindhoven 5 maart 2004, JAR 2004/103.
  39. Rb. Amsterdam 16 juni 1993, JAR 1993/152.

40. Een uitzondering is Ktr. Apeldoorn 16 december 1996, Prg. 1997, 4724, inzake aanpassing arbeidsduur, nadat gebleken was dat de collega's geen problemen hadden met de toegenomen werkdruk.
41. De problemen die zich daarbij kunnen voordoen, zijn ook onderkend in het initiatief wetsvoorstel Klachtrecht werknemers van de leden Bussemaker, Schimmel en Van Gent, Kamerstukken II, 2000/01, 27 274, nrs. 1-5.
42. Art. 1376 BW oud, ook wel aangeduid als 'res inter alios acta'. Zie over derdenwerking van overeenkomsten: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Kluwer, Deventer 1999; J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Kluwer, Deventer 2004, p. 373 e.v., A.S. Hartkamp, *mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, 11<sup>e</sup> druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, nr. 384.
43. PG Bock 6, p. 917-918.
44. HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98.
45. Uit het arrest ABN AMRO/Malhi blijkt bovendien dat het niet nodig is dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden, maar om te onderzoeken of zij dat beoogden, zal moeten worden gekeken naar het Haviltexcriterium; zie HR 5 april 2002, JAR 2002/100; NJ 2003,124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; besproken door C.H. Jansen, 'Het ontstaan van de arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede', in: *ArA* 2002/2, p. 38 e.v.
46. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Kluwer, Deventer 1999, p. 77.
47. A.S. Hartkamp, *mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, 11<sup>e</sup> druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, nr. 304.
48. HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 en HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108.
49. Op grond van jurisprudentie uit het huurrecht kan worden aangenomen dat in een dergelijk geval ook de werkgever een actie heeft jegens de werknemer-dader. Volgens deze rechtspraak pleegt immers de huurder die onrechtmatig handelt jegens zijn omwonenden tevens wanprestatie jegens de verhuurder. Aldus Stein in zijn noot bij HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 176, o.m. herhaald in HR 25 juni 1999, NJ 2000/33 m.nt. PAS.
50. Een andere toepassing van de onrechtmatige daad is aan de orde bij bedrijfsongevallen die (mede) zijn veroorzaakt door collega's, zoals aan de orde in HR 6 maart 1987, NJ 1987/533, en/of die voortvloeien uit een onrechtmatige daad van de collega, waarvoor de werkgever op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk is; zie HR 9 november 2001, JAR 2001/256 en NJ 2002,79.
51. Dogmatisch valt daar echter nog veel over te zeggen. Ik volsta met een verwijzing naar het inspirerende artikel van F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', in: *RM Themis* 1996/2, p. 42 e.v.

52. Dit was aan de orde in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman (HR 26 juni 1998, JAR 1998/199; NJ 1998, 767).
53. Zie J.L. Cahen in zijn artikel in *RM Themis* 1965, p. 473-507 en C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Kluwer, Deventer 1999, p. 93.
54. HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108 (Vleesmeesters/Alog). Een door Du Perron met zoveel woorden genoemde betrokkenheidsfactor is 'de eenheid van de onderneming': C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Kluwer, Deventer 1999, p. 93.
55. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. NJV preadvies*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2001, p. 87.
56. Ik behandel deze basiswaarde omdat juist solidariteit betrekking heeft op derden, het onderwerp van dit betoog. Dat neemt niet weg dat er ook ander basiswaarden en kenmerken zijn van de arbeidsovereenkomst, zoals het duurkarakter, die hier van belang zijn.
57. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. NJV preadvies*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2001, par. 2.2.
58. Het voorbeeld is ontleend aan C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Kluwer, Deventer 1999, p. 86, en komt ook aan de orde in Ktr. Apeldoorn 12 augustus 1992, JAR 1992/76, waarin de met de woensdagcollega vergelijkbare werknemer zich niet flexibel opstelde, werd ontslagen en een schadevergoeding kreeg wegens het ontbreken van voldoende overleg.
59. Art. 4.1a lid 1 ATW: 'De werkgever houdt, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, bij de vaststelling van het arbeidspatroon van de werknemer rekening met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid, waaronder in elk geval begrepen de zorg (taken) voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen.'
60. Kamerstukken II 2000/01, 27 865, nr. 1, p. 11.
61. Kamerstukken I 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 17-18.
62. De praktijk laat zich nu eenmaal niet oplossen door de werkgever te verplichten een extra werknemer voor de woensdagen aan te nemen; zie ook Ktr. Assen 1 juli 2002, JAR 2002/189.
63. Dat belangen in ieder geval mede een rol spelen bij de toepassing van het ongeschreven recht, volgt uit art. 3:12 BW.
64. HR 26 juni 1998, JAR 1998/199; NJ 1998, 767.
65. Een goed overzicht geeft: W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', in: *RM Themis* 2002/1, p. 3 e.v.
66. Zie verder over deze problematiek: T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, diss. UvA, Samson, Alphen a/d Rijn 1962, p. 359; J.M. van Slooten, *Arbeid*

- en loon*, diss. UvA, Kluwer, Deventer, 1999, hfdst. 2; P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht: privatisering', in: *ArbeidsRecht* 1999, nr. 8/9, p. 4 e.v.; J.J.M. de Laat, 'Goed werknemerschap en revolutie', in: *ArA* 2003/1, p. 85 e.v.; C.J. Loonstra, 'De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van art. 7:611 BW (goed werkgeverschap)', in: *ArA* 2002/1, p. 3 e.v. en C. J. Loonstra en C.H Jansen, noot bij HR 28 april 2000, JAR 2000/128 (Guitoneau/Midnet Tax), in: *ArA* 2001/1, p. 34 e.v.; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, 2<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 1999, p. 120-121; R.M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', in: *Arbeid Integraal* nr. 2, april 2004, p. 31-36; F. Dorssemont, "interne flexibilisering", een variatie op het thema van de institutionele leer? Over het getouwtrek om de 'institutionele benadering', in: *SMA* 2005/3, p. 117 e.v.
67. De herkomst en bloeitijd van de institutionele theorie – in de jaren 1930-1950 – laten ook zien dat deze in ieder geval aantrekkelijk was voor allerlei denkrichtingen, zoals het fascisme, het corporatisme en het anti-liberalisme, die heden ten dage hebben gedaan, met name door de opkomst van het individualisme. Zie Filip Dorssemont, 'De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde?', in: *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2003, p. 1313-1412.
68. Andere bezwaren tegen deze benadering die Loonstra en Jansen (*ArA* 2001/1, p. 34 e.v.) en De Laat (*ArA* 2003/1, p. 89 e.v.) lijken aan te hangen, zijn: 1. zij heeft geen oplossing voor problemen die nu eenmaal ontstaan bij het voortduren van de overeenkomst; 2. zij onderkent niet dat de Hoge Raad, bijvoorbeeld met betrekking tot arbeidsongeschikte werknemers, al sinds het arrest van 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers/De Toekomst) een niet-contractuele benadering toepast; 3. zij doet alsof de werkgever en de werknemer alleen op de wereld zijn en onderkent niet dat er talloze belanghebbenden bij een ruimere benadering zijn.
69. In plaats van te spreken over een 'institutie' of een 'onderneming' kan men het beter hebben over het 'netwerk'. Dat is niet meer dan een verzameling losse relaties. Die verzameling kan heel hecht zijn, maar wordt, anders dan een institutie, niet een zichzelf overstijgende eenheid.
70. HR 26 juni 1998, JAR 1998/199; NJ 1998, 767.
71. Maar er zijn nog (veel) meer situaties die goed zouden kunnen worden besproken in dit verband (en waarvoor hier de ruimte ontbreekt): toerekening en mede-ondernemerschap in het kader van art. 25 WOR (met als *landmarkcase* HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 m.nt. Ma), de derde in het medezeggenschapsrecht (zie daarover J. Willems, 'Res inter alios acta: over eenvoudige driepartijenverhoudingen in het medezeggenschapsrecht', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2001-2002*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 79-102, de derde in het enquêterecht (A.F.J.A. Leijten, 'De positie van de derde in het enquêterecht', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litiga-*

- tion 2001-2002, Kluwer, Deventer, 2002, p. 65-78), de derde en de uitleg van CAO's en andere collectieve regelingen (en dan vooral de vraag of men derde moet zijn om met de CAO-norm te maken te krijgen; vgl. HR 20 februari 2004, JAR 2004/83; DSM/Fox), de rol en plaats van derdenbedingen in het arbeidsrecht, zoals o.m. aan de orde in HR 1 oktober 2004, JAR 2004/257 (Taxicentrale Middelburg), de derde in het CAO-recht (W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*. Kluwer, Deventer, 2004, p. 209-222) en in het sociale zekerheidsrecht.
72. HR 5 april 2002, JAR 2002/100; NJ 2003,124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; besproken door C.H. Jansen, 'Het ontstaan van de arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede', in: *ArA* 2002/2, p. 38 e.v.
  73. T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, diss. UvA, Samson, Alphen a/d Rijn, 1962, p. 294 e.v. neemt geen overeenkomst aan. F.B.J. Grapperhaus en M. Janssen, *De uitzendovereenkomst*, Monografieën Sociaal Recht nr. 15, Kluwer, Deventer, 1999, p. 31-32, wijzen op de 'maatschappelijke zorgvuldigheid' die de relatie tussen inlener en uitzendkracht beheerst.
  74. Een ander, soortgelijk probleem kan zich voordoen na overgang van onderneming, zoals aan de orde was in HR 10 januari 2003, JAR 2003/38 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet). De uitkomst van dit arrest is wel aangehaald om de nadelen van het contractuele systeem van ons CAO-recht te adstrueren.
  75. Zie ook de noot van G.J.J. Heerma van Voss onder HR 14 juni 2002, JAR 2002/165, in NJ 2003/324, die pleit voor een meer institutionele benadering van het probleem. Tegenstander van deze benadering lijkt C.J. Loonstra, 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', *ArA* 2002/3, i.h.b. p. 48 e.v. Zie voorts over het arrest H.J.W. Alt, 'Het sociaal plan en marginale toetsing anno 2002', in: *ArbeidsRecht* 2002, 8/9, nr. 49.
  76. Mij ontbreekt hier helaas de ruimte om nader in te gaan op de mogelijkheid niet gebonden werknemers te binden aan een sociaal plan en een CAO. Intrigerend is in ieder geval dat het hier bepleite standpunt door de meesten lijkt te worden gedeeld (inclusief de Kring van Kantonrechters), maar dat dit weer niet wordt gedeeld bij andere arbeidsvoorwaarden, zoals het loon. Dat was zijdelings aan de orde in het arrest van 28 mei 1999, NJ 1999/509 (Huijjerjans/Kuypers): de werknemer moet individueel akkoord gaan met een 'terugschaling'. De AG Hartkamp schreef in zijn conclusie voor het arrest: 'Als beginsel moet in het privaatrecht gelden dat voor zover de wet, de statuten van een rechtspersoon of een overeenkomst niet anders bepalen, een minderheid niet door een meerderheidsbesluit kan worden gebonden, zeker niet waar het de totstandkoming van een overeenkomst betreft.' Op zich zou het interessant zijn eens een vergelijking te trekken met andere situaties waarin de meerderheid de minderheid iets 'oplegt', zoals met betrekking tot een voorstel tot renovatie van het gehuurde (art. 7:220 lid 3 BW) of in verband met het dwangakkoord.



77. Vergelijk in dit verband de waarde die de Hoge Raad in zijn arrest van 20 december 2002, JAR 2003/19; NJ 2003, 153 m.nt. TK (Bollemeijer/TPG) toekent aan de rol die vakbonden vervullen ten opzichte van ongebonden werknemers.
78. R.A.C.G. Martens, 'Anciënniteit en concern-verband', in: *ArbeidsRecht* 1997/6/7, nr. 48.
79. C.R. Huiskes, 'Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht', in: *ArbeidsRecht* 1996/3, nr. 20.
80. Tot de contractuele denkers behoort L.G. Verburg, die in zijn bijdrage 'concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 69, Kluwer, Deventer, 2002, p. 47 e.v., van mening is: 'Het concern als werkgever bestaat niet en daar behoort geen enkele verandering in te worden gebracht.' Van dezelfde auteur is 'Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht', in *ArbeidsRecht* 2001/1, 5. Tot de institutionele denkers behoren A. T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', in: *NJB* 1994, p. 1035-1044, met reacties en naschrift in *NJB* 18 november 1994, p. 1424-1426, en C.M.E.P. van Lent, *Intra-concern mobiliteit* (diss. Tilburg), Monografieën Sociaal Recht nr. 22, Kluwer, Deventer, 2000, hoofdstuk 8, die een overeenkomst tussen de werknemer en het concern bepleit.
81. Een voorbeeld van een situatie waarin door de Hoge Raad derdenwerking werd aangenomen, betreft het arrest van 14 november 2003, JAR 2003/296, NJ 2004,138 m.nt. Heerma van Voss (Drie-S), waarover ook J.M. van Slooten, 'De bindende partijbeslissing in het arbeidsrecht', in: *Sociaal Recht* 2004, afl. 2, nr. 62. en W.L. Roozendaal, 'Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht', in: *ArA* 2004/2, p. 84 e.v.
82. P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', in: *NJB* 1997, afl. 40, p. 1844, r.k., met instemming aangehaald door J.P. Balkenende, 'Sociaal recht op een tweespiong', in: *Ars Aequi* 1998, jrg. 47, nr. 6, p. 565-566. Zie over de samenhang tussen deze begrippen in andere delen van het recht: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, BJJU, Den Haag, 2003.
83. Mijn collega A. Bungener maakte mij erop dat art. 7:611 BW ook niet zo is geformuleerd dat werkgever en werknemer zich *tegenover elkaar* moeten gedragen als een goede werkgever en werknemer, maar dat ieder van hen *deze* verplichting in het algemeen heeft, dus ook ten opzichte van derden.