

advies

02
14

Zeggenschap werknemers
over arbeidstijden

SER

Sociaal-
Economische
Raad

Zeggenschap werknemers over arbeidstijden

Advies inzake het Wetsvoorstel verruiming zeggenschap werknemers over arbeidstijden

Uitgebracht aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Publicatienummer 14, 18 oktober 2002

Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad (SER) adviseert de regering en het parlement over de hoofdlijnen van het te voeren sociale en economische beleid en over belangrijke wetgeving op sociaal-economisch terrein. Daarnaast is de SER belast met bestuurlijke en toezichthoudende taken met betrekking tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (productschappen en bedrijfschappen). De raad is voorts betrokken bij de uitvoering van enkele wetten, zoals de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf en de Wet op de ondernemingsraden.

De SER is in 1950 ingesteld bij de Wet op de bedrijfsorganisatie. Zitting in de SER hebben vertegenwoordigers van ondernemers en van werknemers alsmede onafhankelijke deskundigen. De raad is een onafhankelijk orgaan dat door het gezamenlijke Nederlandse bedrijfsleven wordt gefinancierd.

De SER wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door een aantal vaste en tijdelijke commissies. Enkele vaste commissies zijn onder bepaalde voorwaarden ook zelfstandig werkzaam.

De belangrijkste adviezen die de SER uitbrengt, worden in boekvorm uitgegeven. Zij zijn tegen kostprijs verkrijgbaar. Een overzicht van recente publicaties vindt u achterin. Een uitgebreid overzicht wordt op aanvraag gratis toegezonden. Het maandblad SER-bulletin geeft uitgebreid nieuws en informatie over de SER. De SER beschikt ook over een eigen site op Internet, met onder meer de samenstelling van de raad en zijn commissies, persberichten en het laatste nieuws.

© 2002, Sociaal-Economische Raad

Alle rechten voorbehouden.

Overname van teksten is toegestaan onder bronvermelding.

Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag
Telefoon: 070 - 3 499 499
Telefax: 070 - 3 832 535
E-mail: ser.info@gw.ser.nl
Internet: www.ser.nl

ISBN 90-6587-839-4 / CIP

Inhoudsopgave

Samenvatting	5
1. Inleiding	9
2. De relatie tot de eerdere adviesaanvraag van de minister van SZW	11
3. Het wetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke nader belicht	15
4. Het gevraagde advies en het oordeel van de raad	19
4.1 Inleiding	19
4.2 De vragen 1 t/m 3 van de adviesaanvraag	19
4.2.1 Reactie van de raad	20
4.3 Vraag 4 van de adviesaanvraag	23
4.3.1 Reactie van de raad	24
4.4 Vraag 5 van de adviesaanvraag	27
4.4.1 Reactie van de raad	27
4.5 Vraag 6 van de adviesaanvraag	29
4.5.1 Reactie van de raad	29
Bijlagen	
1 De adviesaanvraag	35
2 De samenstelling van de Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap	39
3 De brieven van de vakcentrales FNV, CNV en Unie MHP aan de Tweede Kamer van 19 oktober 2000 en 21 augustus 2001	41
4 De brieven van de RCO aan de Tweede Kamer van 7 juni 2001 en aan de Eerste Kamer van 10 oktober 2001, van 29 oktober 2001 en van 29 januari 2002	51

Samenvatting

Op 18 juni 2002 heeft de Eerste Kamer het advies van de Sociaal-Economische Raad gevraagd over het initiatiefwetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke, dat strekt tot verruiming van de zeggenschap van werknemers over arbeidstijden. Bij de ontvangst van de adviesaanvraag was bij de raad een andere adviesaanvraag over de Arbeidstijdenwet (ATW) in behandeling. Het betreft de adviesaanvraag van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) van 3 april 2002 over voorstellen tot aanpassing van de ATW naar aanleiding van een evaluatieonderzoek naar de effecten van de ATW in de praktijk. De raad heeft de adviesaanvraag van de Eerste Kamer met voorrang in behandeling genomen om het parlementaire besluitvormingsproces niet onnodig lang te onderbreken. In een later uit te brengen afzonderlijk advies zal de raad de adviesaanvraag van de minister van SZW beantwoorden.

De kern van dit initiatiefwetsvoorstel wordt gevormd door twee thema's: in de eerste plaats de positie van de werkgever en van de individuele werknemer bij noodzakelijk geachte arbeid op zondag wegens bedrijfsomstandigheden en in de tweede plaats de vraag in hoeverre de werkgever bij de vaststelling van het arbeidspatroon van de individuele werknemer (meer dan thans) rekening moet houden met diens 'persoonlijke omstandigheden'. Concreet voegt het wetsvoorstel aan de bestaande regeling over zondagsarbeid toe dat voor arbeid op zondag wegens bedrijfsomstandigheden instemming van de werknemer nodig is en dat de werknemer die daarmee niet instemt, niet kan worden ontslagen. Voorts voorziet het wetsvoorstel in een nadere explicitering van de bestaande bepaling in de ATW dat de werkgever bij het vaststellen van de arbeidstijden rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid.

In de adviesaanvraag vraagt de Eerste Kamer de raad te adviseren over het initiatiefwetsvoorstel en in ieder geval een zestal vragen te beantwoorden. In het advies maakt de raad door de beantwoording van die zes vragen zijn standpunt(en) kenbaar over het wetsvoorstel. Hij beziet daarbij de eerste drie vragen in onderlinge samenhang omdat deze de algemene waardering van het wetsvoorstel betreffen. De *eerste vraag* gaat over het evenwicht in de eisen die enerzijds de economie en anderzijds de samenleving stellen aan flexibilisering; de *tweede vraag* gaat over de 'speelruimte' voor werkgever en werknemers op ondernemingsniveau en de *derde vraag* over de relatie tussen

de uitkomsten van de evaluatie van de ATW en de voorstellen in het wetsvoorstel over (de bescherming van) zondagsarbeid. Het oordeel van de raad over de wenselijkheid van het wetsvoorstel is verdeeld.

Een deel van de raad is het eens met het initiatiefwetsvoorstel. De bestaande wetgeving biedt volgens dit deel onvoldoende waarborg dat met de persoonlijke omstandigheden rekening wordt gehouden en kan ertoe leiden dat werknemers onder druk komen te staan om op zondag te werken.

Dit deel van de raad vindt dat de werkgever ook op individueel niveau rekening moet houden met de (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden van een werknemer. Een verzoek tot aanpassing van de arbeidstijden mag een werkgever slechts afwijzen als aanvaarding ervan in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.

Verder meent dit deel dat de werknemer in het arbeidsrecht steun moet vinden voor het beleven van de zondag als een dag van rust of bezinning of voor met anderen gedeelde ontspanning. De werknemer behoeft alleen op zondag te werken als hij daarmee instemt. Dat de werkgever dan bij incidentele bedrijfsomstandigheden is aangewezen op de vrijwillige medewerking van de werknemers of op uitzend- en detacheringbedrijven, plaatst de werkgever niet in een onmogelijke positie. Meestal dienen zich voldoende werknemers aan voor het werken op zondag.

Een ander deel van de raad is van mening dat in de geldende ATW van 1996 een uitgewogen balans tot stand is gebracht tussen de behoeften van bedrijven aan meer flexibiliteit en de bescherming van werknemers. Volgens dit deel van de raad wordt met het wetsvoorstel, door de juridische positie van werknemers bij de vaststelling van werktijden te versterken en hun in geval van zondagsarbeid een individueel instemmingsrecht te geven, het genoemde evenwicht ernstig verstoord.

Dit deel van de raad wijst erop dat bij het evaluatieonderzoek van de Arbeidstijdenwet naar voren is gekomen dat de ondervraagde werkgevers, ondernemingsraden en werknemers van oordeel zijn dat er bij de vaststelling van de arbeidstijden over het algemeen rekening wordt gehouden met de belangen en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Het vergroten van de individuele zeggenschap van werknemers over arbeidstijden brengt de kwaliteit van de organisatie van de arbeid in gevaar en kan leiden tot een ongelijke verdeling van lusten en lasten omdat inwilliging van de wensen van de ene werknemer immers vaak negatieve gevolgen heeft voor andere werknemers.

Weer een ander deel van de raad is niet tegen verruiming van zeggenschap van werknemers over hun arbeidstijden maar komt tot het oordeel dat de maatschappelijke problematiek die ten grondslag ligt aan het initiatiefwetsvoorstel – vooralsnog – niet noopt tot nadere gedetailleerde voorzieningen in de generieke wetgeving. Hoewel dit deel sympathie kan opbrengen voor de

overwegingen bij het wetsvoorstel, meent het dat eventuele problemen rond persoonlijke omstandigheden of zondagsarbeid binnen de bestaande sociale verhoudingen en wetgeving kunnen en dienen te worden opgelost: in het overleg tussen werkgevers en werknemers zowel op collectief als op individueel niveau.

Bij het werken op zondag wegens bedrijfsomstandigheden is overeenstemming tussen het medezeggenschapsorgaan en de werkgever vereist. De *vierde vraag* van de adviesaanvraag van de Eerste Kamer is of die overeenstemming doorwerkt naar het arbeidscontract van de individuele werknemer.

Voor **een deel van de raad** staat vast dat er geen sprake is van rechtstreekse doorwerking in het individuele contract, maar is de overeenstemming in de praktijk niet zonder effect. Omdat het geldende arbeidsovereenkomstenrecht op het punt van de werktijden niet de zekerheid brengt die voor de zondagsarbeid gewenst is en daardoor de werknemer onvoldoende bescherming biedt, meent dit deel dat de expliciete instemming van de werknemer met werken op zondag zoals neergelegd in het wetsvoorstel, bepaald niet overbodig is.

Een ander deel van de raad vindt dat de zeggenschap over arbeidstijden, inclusief de zondagsarbeid, wordt bepaald door de contractsvrijheid tussen werkgever en werknemer. Is over werken op zondag geen specifieke afspraak opgenomen, dan is zondagsarbeid mogelijk via de instructiebevoegdheid van de werkgever, begrensd in de norm van goed werkgeverschap, waarvoor de rechter een extra zware toets hanteert. Gelet op de bestaande bepaling van de ATW, die voldoende tegemoet komt aan de belangen van de werknemer, acht dit deel afzonderlijke instemming van de werknemer in de situatie van de zondagsarbeid wenselijk noch noodzakelijk.

Vraag vijf betreft de bruikbaarheid van het onderscheid tussen zondagsarbeid die 'uit de aard van de arbeid' voortvloeit en die waartoe de 'bedrijfsomstandigheden' nopen. Deze begrippen komen ook al voor in de huidige ATW. **Een deel van de raad** acht het onderscheid bruikbaar. Bij zondagsarbeid die voortvloeit uit de aard van de arbeid gaat het om arbeid die is geïndiceerd door de maatschappelijke functie ervan, door technisch-organisatorische factoren in het productieproces of door de specifieke inhoud van de functie van de werknemer. Het begrip 'bedrijfsomstandigheden' moet in het wettelijk stelsel afgezet worden tegen 'de aard van de arbeid'. Het gaat dan om alle andere gevallen dan die waarin zondagsarbeid kan worden verricht wegens de aard van de arbeid op grond van een daartoe strekkend contractueel beding. **Een ander deel van de raad** vindt het onderscheid tussen beide begrippen vaag en legt 'aard van de arbeid' ruim uit zodat daaronder ook vallen: zondagsarbeid om bedrijfseconomische redenen en wegens wenselijk te achten dienstverlening aan het publiek. Dit deel vraagt zich af in hoeverre het ver-

standig is deze begrippen en de daaraan verbonden rechtsgevolgen te blijven gebruiken.

Het wetsvoorstel bevat een niet-limitatieve opsomming van hetgeen onder 'persoonlijke omstandigheden' is te verstaan: 'maatschappelijke verantwoordelijkheden', 'afhankelijke familieleden', 'verwanten' en 'naasten'. *Vraag zes* ziet op dit begrippenkader en de raad wordt gevraagd daarop expliciet in te gaan.

Een deel van de raad meent dat het weinig zin heeft te streven naar een nauwgezette afbakening van de genoemde begrippen. Daarbij neemt dit deel mede in aanmerking dat de voorgestelde wettelijke norm een voorwaardelijk karakter heeft omdat de werkgever rekening moet houden met de 'persoonlijke omstandigheden' van de werknemer voorzover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd. Er is dus altijd sprake van een belangenafweging waarbij niet op voorhand vaststaat welke rol en welk gewicht toekomt aan elk van de factoren die tot de persoonlijke omstandigheden moeten worden gerekend.

Dit deel acht het overigens gewenst onder 'persoonlijke omstandigheden' mede te begrijpen de persoonlijke gezondheidstoestand en de lichamelijke en geestelijke gesteldheid van de werknemer.

Een ander deel van de raad acht het voorgestelde wetsartikel, dat niet anders doet dan het nader expliciteren van het goed werkgeverschap met enkele voorbeelden, overbodig en onwenselijk. Volstaan kan worden met de algemene open norm van goed werkgeverschap. De toetsing kan aan de rechter worden overgelaten aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

1. Inleiding

Op 18 juni 2002 heeft de voorzitter van de Eerste Kamer, ter uitvoering van het desbetreffende besluit van de Kamer van 11 juni 2002, de Sociaal-Economische Raad (SER) een adviesaanvraag gezonden over het initiatiefwetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke, dat strekt tot verruiming van de zeggenschap van werknemers over arbeidstijden. Dit wetsvoorstel is thans bij de Eerste Kamer in behandeling. In de adviesaanvraag¹ wordt de SER verzocht te adviseren over het wetsvoorstel en in ieder geval aandacht te schenken aan een zestal met name genoemde vraagpunten. Ter toelichting op het besluit van de Kamer is bij de adviesaanvraag het stenogram van de vergadering van 11 juni 2002 gevoegd.

De voorbereiding van een ontwerpadvies is door het dagelijks bestuur van de raad opgedragen aan de Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap².

De raad heeft dit advies vastgesteld in zijn vergadering van 18 oktober 2002. Het verslag van deze vergadering is verkrijgbaar bij het secretariaat van de raad en is te raadplegen op de website (www.ser.nl).

1 Eerste Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 224, nr. 74 e. De adviesaanvraag is hierachter opgenomen als bijlage 1.

2 De samenstelling van de commissie opgenomen in bijlage 2.

2. De relatie tot de eerdere adviesaanvraag van de minister van SZW

Op 3 april 2002 heeft de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de heer Vermeend, de raad advies gevraagd over aanpassingen van de Arbeidstijdenwet (ATW). Die adviesaanvraag vloeit voort uit een in 2000-2001 in opdracht van het ministerie van SZW verricht onderzoek naar de effecten van de Arbeidstijdenwet in de praktijk. Het onderzoek zelf vloeit voort uit artikel 12:37 van de in 1996 ingevoerde ATW, waarin is bepaald dat binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de wet, de minister (van SZW) de Staten-Generaal een verslag zendt over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk. Op 13 juli 2001 heeft de minister het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het evaluatieonderzoek ATW¹ aan het parlement aangeboden en op 28 november 2001 is het besproken in het algemeen overleg met de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer.

In de adviesaanvraag vat het kabinet de belangrijkste conclusies uit het hiervoor genoemde kabinetsstandpunt als volgt samen:

- Er bestaat geen aanleiding tot ingrijpende veranderingen in de normen en in het uitgangspunt van een dubbel normenstelsel.
- De complexiteit van de regelgeving moet worden verminderd en de werking van de ATW kan op onderdelen worden verbeterd.
- Het overleg op ondernemingsniveau over arbeids- en rusttijden dient een impuls te krijgen, ook met het oog op de tweede doelstelling van de wet, de combineerbaarheid van werk en zorg

en andere activiteiten. Openheid en transparantie van het ondernemingsbeleid dat betrekking heeft op arbeids- en rusttijden zijn daarbij doelstellingen die het kabinet voor ogen staan.

Verder wordt in de adviesaanvraag opgemerkt dat in het algemeen overleg met de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 28 november 2001*, gebleken is dat de Kamer zich op hoofdlijnen met de conclusies van het kabinet en de voorgestelde maatregelen kan verenigen.

* Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 865, nr. 2, p. 5.

De minister legt in zijn adviesaanvraag vijf voorstellen tot wijziging van de ATW ter beoordeling voor.

1 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 865, nr. 1.

1. Vereenvoudiging van het dubbele normenstelsel door aanpassing van artikel 1:4 ATW, waardoor het mogelijk wordt op ondernemingsniveau gebruik te maken van de overlegregeling.
2. Afschaffen van de mogelijkheid om op verzoek van partijen bij een collectieve regeling vrijstelling te verlenen.
3. Opnemen van de (bestaande) verplichting voor de werkgever om in zijn arbeids- en rusttijdenbeleid rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in de wet als een aparte beleidsnorm.
4. Uitbreiden van de informatieverplichting van de werkgever met de verplichting dat expliciet aandacht geschonken wordt aan het arbeids- en rusttijdenbeleid.
5. Bieden van de mogelijkheid aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (OR/pvt) kennis te nemen van de inhoud van de verplichte arbeidstijdenregistratie in de onderneming.

De adviesaanvraag van de Eerste Kamer heeft een andere achtergrond. Deze komt voort uit de parlementaire behandeling van het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Bussemaker en Van Dijke dat op 4 juli 2000 aan de Tweede Kamer is aangeboden². Na afronding van de behandeling met inbegrip van de tweede nota van wijziging van 5 september 2001³ en aanvaarding van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer, is op 11 september 2001 een gewijzigd voorstel van wet aan de Eerste Kamer voorgelegd⁴.

In het kader van de voorbereiding van de openbare behandeling van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer is in de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de minister van SZW gevraagd of hij bereid is het wetsvoorstel te betrekken bij de (toen nog in voorbereiding zijnde) adviesaanvraag aan de SER over de evaluatie van de ATW⁵. In zijn antwoord daarop liet de minister weten dat de regering van mening is dat het niet in de rede ligt in dit stadium het wetsvoorstel te betrekken bij de adviesaanvraag aan de SER. Voorts deelde hij mee dat het kabinet in zijn standpunt naar aanleiding van de resultaten van het evaluatieonderzoek ATW, heeft aangekondigd dat het beleid van de werkgever voor de wijze waarop hij omgaat met de 'persoonlijke omstandigheden' van de werknemer, een duidelijker positie in de wet moet krijgen. Dit voorstel zal, aldus de minister, onderdeel uitmaken van de adviesaanvraag aan de SER⁶. De Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer heeft, na kennisgeving van de nadere memorie van antwoord, in haar eindverslag van 26 maart 2002, te kennen gegeven dat zij de openbare behandeling van het

2 Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 224, nr. 2.

3 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, nr. 16.

4 Eerste Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, nr. 396.

5 Eerste Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 224, nr. 74b.

6 Nadere memorie van antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 224, nr. 74c, bijlage A.

wetsvoorstel voldoende voorbereid acht⁷. Vervolgens besloot de Eerste Kamer om, alvorens tot behandeling over te gaan, eerst het advies van de SER in te winnen.

Gedurende de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel hebben de vakcentrales FNV, CNV en Unie MHP gezamenlijk in brieven aan de Tweede Kamer hun steun aan het wetsvoorstel kenbaar gemaakt⁸. De Raad van de Centrale Ondernemingorganisaties (RCO) heeft in brieven aan het Parlement zijn bezorgdheid over en afkeuring van het wetsvoorstel kenbaar gemaakt⁹.

Zoals gezegd wordt in de adviesaanvraag van de Eerste Kamer verzocht te adviseren over het wetsvoorstel en in ieder geval aandacht te schenken aan een zestal vraagpunten. Deze vragen komen in hoofdstuk 4 verder aan de orde.

Hoewel beide hiervoor genoemde adviesaanvragen een verschillende achtergrond hebben, stemmen zij hierin overeen dat het advies van de raad wordt gevraagd over voorstellen tot wijziging van de ATW. In de adviesaanvraag van de minister van SZW gaat het om wijzigingsvoorstellen die een vergroting van de effectiviteit van de wet beogen op basis van een aantal in het evaluatieonderzoek geconstateerde tekortkomingen. Het initiatiefwetsvoorstel behelst een verruiming van de zeggenschap van werknemers over arbeidstijden in relatie tot zorgtaken en andere maatschappelijke verantwoordelijkheden enerzijds en in relatie tot zondagsarbeid anderzijds.

Tijdens de parlementaire behandeling van het initiatiefwetsvoorstel is de mogelijkheid van een gecombineerde adviesaanvraag aan de orde geweest. Het kabinet heeft echter gemeend “dat het niet in de rede ligt om in dit stadium het onderhavige wetsvoorstel te betrekken bij de adviesaanvraag aan de SER”¹⁰.

De raad heeft gezien of beide adviesaanvragen in één advies zouden kunnen worden beantwoord. Hij heeft echter gemeend de adviesaanvraag van de Eerste Kamer met voorrang in behandeling te moeten nemen opdat het parlementaire besluitvormingsproces niet onnodig lang wordt onderbroken. De gekozen werkwijze brengt met zich dat de raad in een afzonderlijk advies zal reageren op de adviesaanvraag van 3 april 2002 van de minister van SZW.

7 Eerste Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 224, nr. 74d.

8 Brief van 19 oktober 2000 aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer en brief van 21 augustus 2001 aan de Tweede Kamer. Deze brieven zijn in bijlage 3 hierbij gevoegd.

9 Brief van 7 juni 2001 aan de Tweede Kamer; brieven van 10 oktober 2001, 29 oktober 2001 (met bijlage) en 29 januari 2002 aan de Eerste Kamer. Deze brieven gaan hierbij in bijlage 4.

10 Eerste Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 224, nr. 74c, bijlage A.

3. Het wetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke nader belicht

Het initiatiefwetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke¹ behelst een wijziging van de Arbeidstijdenwet en het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de zeggenschap van werknemers over hun arbeidstijden. Concreet komt dit op het volgende neer:

- Het invoegen van een nieuw artikel 4:1a ATW over de vaststelling van het arbeidspatroon, bestaande uit twee leden. Het eerste lid stelt dat de werkgever, voorzover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, bij het vaststellen van de arbeidstijden rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid en geeft expliciet aan dat onder die omstandigheden nadrukkelijk mede worden begrepen: zorg(taken) voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen. Het tweede lid verplicht de werkgever de arbeid, voorzover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, zodanig te organiseren dat de werknemer zoveel mogelijk in een bestendig en regelmatig patroon kan werken.
- Een toevoeging aan artikel 5:4 ATW over de zondagsarbeid. De voorgestelde toevoeging houdt in dat de werkgever slechts arbeid (voortvloeiende uit bedrijfsomstandigheden) op zondag mag laten verrichten indien de werknemer daar voor dat geval mee instemt. Dit betekent dat de individuele werknemer niet gedwongen kan worden op zondag te werken, “ook als de werkgever met de ondernemingsraad overeenkomt dat zondagsarbeid als gevolg van bedrijfsomstandigheden tot de mogelijkheden behoort”².
- Toevoeging van een nieuw lid aan artikel 7:670 BW, inhoudende dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen enkel vanwege het feit dat de werknemer, om wat voor reden ook, weigert de bedongen of opgedragen arbeid – anders dan die welke voortvloeit uit de aard van het werk – op zondag te verrichten. De gekozen formulering is analoog aan de bepaling ten aanzien van ouderschapsverlof.

1 Voorstel van wet van de leden Bussemaker en Van Dijke tot wijziging van de Arbeidstijdenwet en het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 224, nrs. 1-3.

2 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001 27 224, nr. 5.

De huidige ATW kent al een regeling zowel op het punt van de persoonlijke omstandigheden als op het punt van de zondagsarbeid. Kern van de regeling betreffende de persoonlijke omstandigheden is dat de werkgever, voorzover dat redelijkerwijs van hem gevegd kan worden, bij het voeren van het algemene ondernemingsbeleid voorzover betrekking hebbend op de arbeids- en rusttijden van de werknemers, rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemers. Dit rekening houden met de persoonlijke omstandigheden in het kader van het voeren van een algemeen ondernemingsbeleid, verplicht op geen enkele wijze tot een vertaling naar het individuele niveau, volgens de indieners van het wetsvoorstel³. Zij achten het wenselijk deze vertaling wel te maken, in het bijzonder vanuit het oogpunt een evenwicht te vinden tussen bedrijfseconomische flexibiliteit enerzijds en keuzevrijheid en zekerheid voor de individuele werknemer anderzijds.

Uitgangspunt van de huidige regeling op het gebied van de zondagsarbeid is dat op zondag geen arbeid wordt verricht, tenzij werken op zondag uit de aard van de arbeid voortvloeit én zodanige zondagsarbeid is bedongen, dat wil zeggen dat daarover tussen werknemer en werkgever afspraken zijn gemaakt. Voorts is arbeid op zondag mogelijk indien de *bedrijfsomstandigheden* dit noodzakelijk maken en de werkgever daarover overeenstemming heeft bereikt met de OR, de pvt of de belanghebbende werknemers.

De regeling in de ATW op het terrein van de zondagsarbeid wordt door de (toenmalige) regering zo uitgelegd dat in aanvulling op de afspraken met de OR/pvt ook steeds de instemming van de individuele werknemer nodig is voor het werken op zondag⁴. De indieners van het wetsvoorstel hebben hierover kennelijk een andere opvatting en beogen met hun voorstel tot aanvulling van de wet op dit punt, het vereiste van instemming van de individuele werknemer (bij werken op zondag wegens bedrijfsomstandigheden) zeker te stellen.

In de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel benadrukken de indieners dat waar in hun voorstel wordt gesproken over zondagsarbeid en flexibele arbeidstijden, niet wordt bedoeld op sectoren waar zondagsarbeid inherent is aan de aard van het werk, zoals openbaar vervoer, proces- en energie-industrie, politie, boerenbedrijf en de zorgsector.

Tevens wijzen zij erop dat er bij het vragen door de werkgever van instemming aan de werknemer twee situaties zijn te onderscheiden: een situatie van structurele verandering en een situatie van incidentele verandering. Maakt een bedrijf het voornemen bekend dat door gewijzigde (bedrijfs)omstandigheden structureel op zondag arbeid wordt verricht en stemt het me-

3 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, A.

4 Zie vraag 4 van de adviesaanvraag van de Eerste Kamer, opgenomen als bijlage 1.

dezeggenchapsorgaan daarmee in, dan moet, uitgaande van het wetsvoorstel, de werkgever de werknemer van die gewijzigde omstandigheid op de hoogte brengen en (eenmalig) de instemming van de individuele werknemer vragen en verkrijgen.

In een incidentele situatie is de werkgever verplicht, nadat het medezeggenchapsorgaan ermee heeft ingestemd dat zondagsarbeid als gevolg van bedrijfsomstandigheden mogelijk is, de individuele werknemer voor dat specifieke geval om instemming te vragen, aldus de initiatiefnemers van het wetsvoorstel.

Ter motivering van hun wetsvoorstel staan de indieners stil bij het doel van de ATW, het waarborgen van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van de werknemers. Daarnaast memoreren zij dat als tweede doelstelling van de ATW geldt dat de regeling van werktijden de deelname aan het maatschappelijk leven niet te veel mag hinderen.

De indieners constateren dat de vormgeving van arbeid en arbeidstijden de afgelopen jaren is veranderd. De recente economische ontwikkelingen bevatten volgens hen vele positieve aspecten, zoals de toename van de arbeidsparticipatie en de diversiteit binnen de arbeid. Buiten de betaalde arbeid hebben werknemers ook maatschappelijke en sociale taken. Er zijn signalen die erop duiden dat de rust- en recuperatietijd van mensen steeds meer onder druk is komen te staan. Vandaar dat de indieners, in een tijd waarin de arbeidsverhoudingen in toenemende mate op maat gemaakt en geregeld worden en de werknemer op het niveau van het individu rechtsbescherming ontvangt, willen dat die bescherming wordt uitgebreid tot het recht op individuele zeggenschap over arbeids- en (collectieve) rusttijden⁵.

Bij het streven het combineren van betaalde arbeid met zorgtaken en andere maatschappelijke verantwoordelijkheden beter mogelijk te maken, speelt de indeling van tijd een cruciale rol. In dat kader wijzen de indieners nog op de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA), die weliswaar de zeggenschap van de werknemer vergroot over het aantal uren dat wordt gewerkt, maar die niet ingaat op de vaststelling van de arbeidstijden⁶.

5 In dit verband verwijzen de indieners naar het initiatiefwetsvoorstel gewetensbezwaren zondagsarbeid van het Tweede-Kamerlid Bakker (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 075) dat eveneens betrekking heeft op de rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid. Ook dit initiatiefwetsvoorstel beoogt een regeling te treffen met het oog op zondagsarbeid die voortvloeit uit bedrijfsomstandigheden, zij het dat het instemmingsrecht wordt beperkt tot gewetensbezwaarde werknemers. Op initiatief van de indiener is de behandeling van dit wetsvoorstel, hangende de behandeling van het wetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke, stopgezet.

6 De raad merkt op dat de WAA strikt genomen wél ingaat op de vaststelling van arbeidstijden, zij het dat dit gebeurt uitsluitend in relatie met de wijziging van de arbeidsduur.

Het is niet de intentie van de indieners om de doelstellingen van de huidige ATW te wijzigen. Wél zijn zij van mening dat een aanpassing van de wet wenselijk is om de zeggenschap van de individuele werknemers over hun arbeidstijd te vergroten, om zodoende de combinatie van betaalde arbeid en deelname aan het maatschappelijk leven, waaronder de combinatie van arbeid en zorg, te bevorderen. De hogere eisen die qua inzet aan het werk worden gesteld vinden, volgens het onderzoek waarvan in de memorie van toelichting melding wordt gemaakt⁷, nog geen tegenwicht in instrumenten die de werknemers in staat stellen op een adequate wijze met die eisen om te gaan. Daaruit trekken de indieners de conclusie dat de ATW momenteel op dit punt onvoldoende waarborgen biedt.

7 Janneke Plantenga en Joop Schippers, Arbeid, zorg en inkomen. In: Van vrouwenstrijd naar vanzelfsprekendheid. Meerjarennota Emancipatiebeleid: Achtergronddeel. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000.

4. Het gevraagde advies en het oordeel van de raad

4.1 Inleiding

In haar adviesaanvraag vraagt de Eerste Kamer de raad te adviseren over het hiervoor besproken initiatiefwetsvoorstel Bussemaker / Van Dijke tot wijziging van de ATW en het BW en in ieder geval een zestal vragen te beantwoorden.

In het hierna volgende zal de raad aan de hand van de beantwoording van deze concrete vragen zijn standpunt(en) kenbaar maken over het initiatiefwetsvoorstel.

Vooraf merkt de raad nog op dat hij de eerste drie vragen van de adviesaanvraag in onderlinge samenhang heeft gezien; naar zijn wijze van zien betreffen deze vragen de algemene waardering van het wetsvoorstel dat, zoals in het voorgaande naar voren is gekomen, een tweetal kernelementen omvat: in de eerste plaats een nadere explicitering van de verplichting voor de werkgever bij de vaststelling van het arbeidstijdenpatroon rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, in combinatie met de verplichting zorg te dragen voor een bestendig en regelmatig arbeidspatroon; in de tweede plaats een individueel instemmingsrecht voor de werknemer ten aanzien van het werken op zondag in verband met bedrijfsomstandigheden.

4.2 De vragen 1 t/m 3 van de adviesaanvraag

1. *Hoe waardeert de SER de constatering van de initiatiefnemers dat er voldoende reden is om aan te nemen dat nog geen goed evenwicht is gevonden tussen de eisen die enerzijds de economie en anderzijds de samenleving aan flexibilisering stellen?*
2. *Geeft deze constatering aanleiding om in afwijking van de systematiek van de Arbeidstijdenwet de speelruimte voor werkgevers en werknemers op ondernemingsniveau in te perken?*
3. *In hoeverre vormt de gekozen formulering van het initiatiefvoorstel het geëigende antwoord op hetgeen uit de evaluatie van de Arbeidstijdenwet naar voren is getreden met betrekking tot de bescherming van de zondagsarbeid?*

4.2.1 Reactie van de raad

Het oordeel van de raad over de wenselijkheid van het initiatiefwetsvoorstel, dat naar voren komt uit de beantwoording van de eerste drie vragen van de adviesaanvraag, is niet eensluidend.

Een deel van de raad¹ meent met de indieners van het wetsvoorstel dat er sprake is van onvoldoende evenwicht in de eisen die enerzijds de economie en anderzijds de samenleving aan flexibilisering stellen: de eisen die in de sfeer van de betaalde arbeid aan werknemers worden gesteld, kunnen belemmerend werken bij het dragen van andere verantwoordelijkheden en bij deelname aan het maatschappelijk leven, zoals ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt².

Het gaat erom dat de zeggenschap van de werkgever over de inrichting van de arbeidsorganisatie en de zeggenschap van de werknemer over de inrichting van zijn of haar persoonlijke leven buiten de arbeid in een redelijke balans staan. De voorstellen gedaan in het wetsvoorstel versterken de positie van de werknemer. Volgens dit deel van de raad is daar ook reden toe, aangezien het nog geenszins vanzelfsprekend is dat de werkgever zich ontvankelijk toont voor de wens van de werknemer dat zijn of haar werktijden worden afgestemd op (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden.

Met de indieners van het wetsvoorstel acht dit deel van de raad het gewenst dat in de ATW wordt vastgelegd dat de werkgever ook op individueel niveau bij de vaststelling van de arbeidstijden van de werknemer rekening moet houden met diens persoonlijke omstandigheden en zorg moet dragen voor bestendigheid en regelmaat, een en ander tenzij dat in redelijkheid niet van hem gevergd kan worden.

Hiermee zal wettelijk worden geëxpliciteerd wat – ook naar de opvatting van het toenmalige kabinet – voortvloeit uit de arbeidsovereenkomstenrechtelijke norm van goed werkgeverschap: de werkgever mag redelijke voorstellen van de werknemer die verband houden met diens (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden alleen afwijzen als aanvaarding daarvan, gegeven de omstandigheden, in redelijkheid niet kan worden gevergd³.

Voorts acht dit deel van de raad het met de indieners van het wetsvoorstel wenselijk dat de rechtspositie van de individuele werknemer ten aanzien van zondagsarbeid (voorzover die niet voortvloeit uit de aard van de arbeid en om die reden contractueel bedongen is) wordt versterkt door deze zondagsarbeid afhankelijk te maken van diens instemming. Dit deel onder-

1 Bestaande uit de werknemersleden en de kroonleden mevrouw Asscher-Vonk en mevrouw Cramer.

2 Memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, nr. 5.

3 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 865, nr. 1.

schrijft hetgeen de indieners van het wetsvoorstel in de memorie van toelichting in algemene zin dienaangaande hebben opgemerkt⁴. Uitgangspunt voor dit deel van de raad is dat de zondag in onze samenleving de positie van rustdag bij uitstek moet kunnen blijven innemen. De werknemer die de zondag als dag van rust, bezinning of met anderen gedeelde ontspanning wenst te beleven, moet daarvoor in het arbeidsrecht steun vinden. Naar het oordeel van dit deel van de raad voorziet het geldende arbeidsrecht daarin onvoldoende (zie nader bij vraag 4). Dat de werkgever ingevolge het wetsvoorstel voor zondagsarbeid wegens incidentele bedrijfsomstandigheden aangewezen is op vrijwillige medewerking van de werknemer, plaatst de werkgever bepaald niet in een onmogelijke positie. Als regel dienen zich voldoende werknemers aan voor het verrichten van arbeid op zondag. Die bereidwilligheid kan arbeidsvoorwaardelijk worden gestimuleerd. Werkgevers weten zó nodig heel goed de weg te vinden naar uitzend- en detachingsbedrijven.

Bij de tweede vraag van de adviesaanvraag merkt dit deel van de raad nog op dat, anders dan de vraag suggereert, van een afwijking van de systematiek van de ATW geen sprake is: *elke* norm van de ATW beperkt immers de ‘speelruimte voor werkgevers en werknemers op ondernemingsniveau’.

Bij de derde vraag tekent dit deel aan dat het bedoelde evaluatieonderzoek niet verder reikt dan (de knelpunten bij) de toepassing van de ATW en geen grond biedt voor uitspraken over het al dan niet tekortschieten van de ATW in de bescherming van de werknemer tegen zondagsarbeid. Ander onderzoek, waaraan ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt gerefereerd, wijst uit dat werknemers zich op dat punt juist onvoldoende beschermd achten.

Een ander deel van de raad⁵ is van oordeel dat met de totstandkoming van de ATW in 1996 een uitgewogen balans tot stand is gebracht tussen de behoeften van bedrijven aan meer flexibiliteit bij de vaststelling van arbeidstijden enerzijds en de bescherming van werknemers in verband met hun veiligheid, gezondheid en welzijn en de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken anderzijds. Voorts is met de invoering van de WAA, die de werknemer het recht geeft op aanpassing van de arbeidsduur, en de Wet arbeid en zorg (WAZO) in aanzienlijke mate voorzien in de mogelijkheid voor de werknemer een goede balans aan te brengen tussen werk en privé-omstandigheden. Naar het oordeel van dit deel van de raad moet het verder aan de (vrije, veelal collectieve) onderhandelingen tussen werkgever en werknemers worden overgelaten om tot een nadere bepaling van die balans te komen.

In de ATW is, gelet op het bijzondere karakter van de zondag, een beperkend regime vastgelegd dat ervan uitgaat dat in beginsel op de zondag niet wordt

4 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, nr. 5.

5 Bestaande uit de ondernemersleden.

gewerkt. Dit deel van de raad meent dat met het wetsvoorstel, door de juridische positie van werknemers bij de vaststelling van de werktijden te versterken en hun in geval van zondagsarbeid een individueel instemmingsrecht te geven, het in de eerste vraag van de adviesaanvraag bedoelde evenwicht ernstig wordt verstoord.

In het in 2000-2001 gehouden evaluatieonderzoek naar de effecten van de ATW in de praktijk in verband met de in de ATW opgenomen doelstelling van combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken, is nagegaan in hoeverre rekening wordt gehouden met de individuele wensen van werknemers in dit opzicht. Dit deel van de raad constateert dat uit het onderzoek naar voren komt dat de ondervraagde werkgevers, ondernemingsraden en werknemers over het algemeen van oordeel zijn dat er bij de vaststelling van de arbeidstijden rekening wordt gehouden met de belangen en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Het substantieel eenzijdig vergroten van de individuele zeggenschap van werknemers ten aanzien van arbeidstijden, zoals voorgesteld in het wetsvoorstel, brengt naar het oordeel van dit deel van de raad ook de kwaliteit van de organisatie van de arbeid in gevaar. Bovendien leidt het tot een uitholling van de solidariteit onder werknemers en tot een ongelijke verdeling van lusten en lasten. Inwilliging van wensen van de ene werknemer zal immers vaak negatieve gevolgen hebben voor andere werknemers.

Dit deel van de raad wijst erop dat ook de Raad van State in zijn advies over het initiatiefwetsvoorstel ernstige bedenkingen tegen de voorstellen naar voren heeft gebracht⁶, die door dit deel worden gedeeld. Zo heeft de Raad van State opgemerkt dat de voorstellen ten aanzien van de zondagsarbeid gegeven de verruiming van de Winkeltijdenwet de werkgevers in een welhaast onmogelijke positie kunnen plaatsen. Om de instemming van zijn werknemers te verwerven zal hij mogelijk met hoge overwerkvergoedingen moeten werken. Het inhuren van tijdelijke krachten naast de vaste werknemers wordt door dit deel niet als een structurele oplossing gezien en leidt bovendien tot extra kosten. De Raad van State vraagt zich in dat verband af of de bestaande wetgeving niet reeds een goede basis biedt om oplossingen te vinden voor de uiteenlopende soorten van problemen – religieus geïnspireerd of anderszins – die zich in de praktijk rond de zondagsarbeid kunnen voordoen.

Weer een ander deel van de raad⁷ beantwoordt de adviesaanvraag van de Eerste Kamer tegen de achtergrond van de volgende overwegingen.

De kern van het initiatiefwetsvoorstel wordt gevormd door twee thema's: in de eerste plaats de positie van de werkgever en van de individuele werknemer bij noodzakelijk geachte arbeid op zondag wegens bedrijfsomstandig-

6 Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 224, A.

7 Bestaande uit de kroonleden Van Duyne, Goudswaard, Kolnaar, Van der Nat, Wijffels en Wilke.

heden, en in de tweede plaats de vraag in hoeverre de werkgever bij de vaststelling van het arbeidspatroon van de individuele werknemer (meer dan hij thans reeds verplicht is) rekening moet houden met diens ‘persoonlijke omstandigheden’.

Dit deel van de raad is van oordeel dat de analyse van de maatschappelijke problematiek die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt (thans) niet noopt tot nadere voorzieningen in de wetgeving. Anders dan de indieners van het wetsvoorstel is dit deel dan ook van oordeel, hoewel het sympathie kan opbrengen voor de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende overwegingen, dat een wijziging van de ATW in de voorgestelde zin – vooralsnog – niet in de rede ligt. Naar dit deel meent, komen uit de onderzoeken die in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden genoemd, niet zodanige knelpunten naar voren en is in de waarneming van dit deel niet gebleken van zodanige omstandigheden en ontwikkelingen, dat thans in dit opzicht gesproken kan worden van een algemene maatschappelijke problematiek, die door generieke en gedetailleerde wetgeving moet worden opgelost.

Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven kennen beide thema’s van het wetsvoorstel thans al een regeling in de ATW.

Zowel ten aanzien van ‘persoonlijke omstandigheden’ als ‘zondagsarbeid’ verlangt de wet van de werkgever dat hij zich zorgvuldig rekenschap geeft van de omstandigheden van en overleg voert met zijn werknemer(s). Ten opzichte van de huidige regeling met betrekking tot ‘persoonlijke omstandigheden’ waarin slechts wordt gesproken over ‘een beleid’ wordt dit in het wetsvoorstel geïndividualiseerd. Dit deel meent dat de geschetste maatschappelijke problemen binnen de bestaande sociale verhoudingen met inachtneming van de bestaande wetgeving kunnen worden opgelost.

Indien zich op ondernemingsniveau op het punt van persoonlijke omstandigheden of arbeidstijden wensen of ontwikkelingen voordoen, kunnen in het overleg hierover tussen werkgever en werknemer zowel op collectief als op individueel niveau oplossingen gevonden worden. Daarbij kunnen de normen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, de redelijkheid en de billijkheid die werkgever en werknemer bij de arbeidsverhouding in acht dienen te nemen, belangrijke en hanteerbare uitgangspunten zijn.

4.3 Vraag 4 van de adviesaanvraag

Meer in het bijzonder rijst de vraag wat nu precies de reikwijdte is van afspraken die over het werken op zondag door de OR zijn gemaakt. De initiatiefnemers stellen zich op het standpunt dat – hoewel een beslissing van de OR niet doorwerkt in het individuele arbeidscontract – blijkt dat inmiddels een andere praktijk is gegroeid. De regering stelt zich daarentegen op het standpunt dat uit het algemeen arbeidsovereenkomstenrecht onmiskenbaar voortvloeit dat in aanvulling op de afspraken met de OR ook

steeds de instemming van iedere individuele werknemer nodig is voor het werken op zondag. Wat is de doorwerking van dit verschil van inzicht voor andere soortgelijke gevallen waarin (impliciet) een instemmingsvereiste geldt op basis van het algemene arbeidsovereenkomstenrecht?

4.3.1 Reactie van de raad

Volgens de raad laat de situatie ten aanzien van zondagsarbeid op dit moment zich rechtens als volgt omschrijven.

De ATW laat zich thans slechts uit over de vraag of de werkgever op zondag arbeid mag laten verrichten, niet over de vraag of de werknemer verplicht is aan de opdracht daartoe van de werkgever gevolg te geven. Dit laatste is (thans) enkel een vraag van uitleg van het in het BW geregelde arbeidsovereenkomstenrecht. Uiteraard behoeft de werkgever in beginsel de instemming van de werknemer als hij wijziging wil brengen in uitdrukkelijk of stilzwijgend (door bestendige praktijk) overeengekomen werktijden (zij het dat de werknemer die instemming niet onredelijk mag weigeren). Maar veelal is in de individuele of, indien van toepassing, collectieve arbeidsovereenkomst juist niet specifiek bepaald welke werktijden gelden.

Het is algemeen aanvaard dat de werkgever in het kader van zijn bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen omtrent het verrichten van de arbeid (instructierecht; artikel 7:660 BW) dan de werktijden kan en mag vaststellen, uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en de billijkheid (goed werkgeverschap).

De raad beantwoordt de vierde vraag van de adviesaanvraag niet eensluidend.

Voor **een deel van de raad**⁸ staat buiten kijf dat afspraken van de werkgever met de OR (of pvt) ten aanzien van zondagsarbeid niet rechtstreeks doorwerken in het individuele arbeidscontract. Niettemin zal de omstandigheid dat de OR er in een bepaald geval in bewilligt dat de werkgever op grond van bedrijfsomstandigheden zondagsarbeid opdraagt, niet zonder effect zijn: de werknemer zal geneigd zijn te veronderstellen dat hij zich niet tegen de opdracht teweer kan stellen. Los daarvan is dit deel van de raad van oordeel dat het geldende arbeidsovereenkomstenrecht op het punt van de werktijden niet de redelijke zekerheid biedt die ten aanzien van zondagsarbeid wenselijk is. Dit deel van de raad onderschrijft niet de door de (voormalige) regering vertolkte opvatting, dat ook al uit het huidige arbeidsovereenkomstenrecht onmiskenbaar zou voortvloeien dat steeds de instemming van de werknemer nodig is voor werken op zondag. Die opvatting gaat voorbij aan het wettelijk recht van de werkgever aan de werknemer aanwijzingen en instruc-

8 Bestaande uit de werknemersleden en het kroonlid mevrouw Asscher-Vonk.

ties te geven, hetgeen mede omvat dat de werkgever werktijden kan en mag vaststellen. Bij zondagsarbeid wegens bedrijfsomstandigheden gaat het om incidentele afwijkingen van het arbeidspatroon. Juist in dit opzicht is de werknemer ingevolge het instructierecht van de werkgever verplicht gevolg te geven aan redelijke aanwijzingen van de werkgever. Er kan verschil van opvatting mogelijk zijn over de vraag of een opdracht van de werkgever in een bepaald geval redelijk is, maar de werknemer is daarbij in de praktijk situationeel en rechtspositioneel in het nadeel: hij loopt het risico wegens werkweigeren op staande voet te worden ontslagen als hij geen gevolg geeft aan de aanwijzingen van de werkgever. Weliswaar heeft desgevraagd de rechter het laatste woord, maar van diens oordeel is de werknemer uiteraard nog niet op de hoogte als hij moet besluiten al dan niet gevolg te geven aan de werkopdracht van de werkgever. Dit deel van de raad is daarom van oordeel dat de in het wetsvoorstel voorgestelde expliciete instemming van de werknemer met werken op zondag wegens bedrijfsomstandigheden, anders dan de toenmalige regering suggereerde, bepaald niet overbodig is. Over de wenselijkheid van de voorgestelde regel kan volgens dit deel van de raad verschil van inzicht mogelijk zijn, maar niet kan worden gezegd dat deze overbodig zou zijn in het licht van het geldende recht.

Overigens tekent dit deel van de raad aan dat de voorgestelde regel geen absolute gelding kan hebben. In uitzonderlijke gevallen kunnen de bedrijfsomstandigheden zo dwingend zijn, dat de werknemer eenvoudig niet mag weigeren om op zondag te werken. Een aparte clauseule in de wet is daartoe niet nodig; uit de algemene regels van het verbintenissenrecht (artikelen 6:2 en 6:248 BW) en het arbeidsovereenkomstenrecht (artikel 7:611 BW) vloeit dit reeds voort.

Een ander deel van de raad⁹ is van oordeel dat de zeggenschap over werktijden, inclusief de zondagsarbeid, in hoofdzaak beschouwd moet worden in het kader van de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Voorop gesteld moet worden dat binnen het kader van de vigerende wetgeving de contractsvrijheid tussen werkgever en werknemer bepaalt of in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen of op zondag wel of niet wordt gewerkt. Indien dat niet specifiek geregeld is, is zondagsarbeid mogelijk via de instructiebevoegdheid van de werkgever op grond van artikel 7:660 BW. Dit deel merkt daarbij op dat het niet altijd eenvoudig is om via deze constructie op zondag arbeid te laten verrichten. De bevoegdheid van de werkgever wordt namelijk begrensd door de regels van goed werkgeverschap en goed werknemerschap ingevolge artikel 7:611 BW, die uiteindelijk door de rechter op zorgvuldige wijze worden getoetst. Uit jurisprudentie

9 Bestaande uit de ondernemersleden.

blijkt dat de rechter in deze gevallen een extra zware toets hanteert¹⁰. Mutatis mutandis geldt dat ook voor de rechterlijke toets bij ontslagzaken. Naar het oordeel van dit deel van de raad is de publiekrechtelijke regeling ten aanzien van zondagsarbeid in artikel 5:4 ATW sluitend: is, in een situatie waarin zondagsarbeid zou voortvloeien uit de aard van de arbeid, niet overeengekomen dat op zondag arbeid wordt verricht, dan komt aan de werkgever geen instructiebevoegdheid toe. In geval van mogelijke zondagsarbeid als gevolg van bedrijfsomstandigheden komt de werkgever, in afwijking van het in de vorige zinsnede bepaalde, toch instructiebevoegdheid toe indien hij met het medezeggenschapsorgaan overeenstemming heeft bereikt (waarin gezamenlijk wordt vastgesteld dat zondagsarbeid geïndiceerd is als gevolg van bedrijfsomstandigheden). Uiteraard wordt ook in dit geval de instructiebevoegdheid aan werkgeverszijde begrensd door de regels van goed werkgeverschap. Dit deel van de raad meent met het hiervoor aan het woord zijnde deel van de raad dat het standpunt van de toenmalige regering, dat uit het arbeidsovereenkomstenrecht zou voortvloeien dat in aanvulling op de afspraken met de OR ook steeds de instemming van iedere individuele werknemer voor het werken op zondag nodig is, in zijn algemeenheid onjuist is. Gelet op de bestaande bepaling van de ATW, die voldoende tegemoetkomt aan de belangen van de werknemer, acht dit deel het wenselijk noch noodzakelijk om in de situatie van zondagsarbeid wegens bedrijfsomstandigheden, ook nog de afzonderlijke instemming van de werknemer te vergen. Gelet op het vorenstaande behoort volgens dit deel ook het in het wetsvoorstel voorgestelde verbod voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer geen instemming verleent aan het werken op zondag, achterwege te blijven. Dit deel van de raad wijst overigens nog op het volgende. Voorafgaand aan de indiening van het onderhavige initiatiefwetsvoorstel heeft het Tweede-Kamerlid Bakker een initiatiefwetsvoorstel ingediend, betrekking hebbend op gewetensbezwaren tegen zondagsarbeid. Kern van het voorstel is een toevoeging aan artikel 5:4 van de ATW waarin bepaald is dat de werknemer geen arbeid verricht op zondag indien hij tegen het werken op die dag gewetensbezwaar heeft. Voorts wordt in het BW voorzien in een ontslagverbod bij beroep op een gewetensbezwaar. Op initiatief van de indiener is de behandeling van dit wetsvoorstel destijds stopgezet toen duidelijk werd dat het wetsvoorstel van de leden Bussemaker en Van Dijke op een meerderheid in de Tweede Kamer kon rekenen. Nadat de Eerste Kamer besloten had over laatstgenoemd wetsvoorstel het advies van de raad te vragen, heeft het Kamerlid Bakker zijn wetsvoorstel met memorie van toelichting aan de raad ter kennisneming aangeboden. Hoewel naar het oordeel van dit deel van de raad

10 Rechtbank Assen, sector Kanton Assen, 1 juli 2002, Kort geding 2002, nr. 240. Rechtbank 's-Gravenhage 19 januari 2000, JAR 2000, 97. Kantongerecht Gouda, 12 december 1996, PRG 1997, 4697.

geen verdergaande bescherming van de werknemer ten aanzien van zondagsarbeid nodig is, beveelt het aan, zo de Eerste Kamer van oordeel zou zijn dat dit onderwerp nadere overdenking verdient, ook het ‘andere’ wetsvoorstel bij de verdere gedachtevorming te betrekken.

4.4 Vraag 5 van de adviesaanvraag

In hoeverre acht de SER het in het initiatiefwetsvoorstel gebezigde begrippenapparaat ‘aard van de arbeid’ en ‘bedrijfsomstandigheden’ bruikbaar? Hoewel het initiatiefvoorstel aansluit bij reeds bestaande begrippen kan toch worden geconstateerd dat het hier bedoelde onderscheid zeker niet aan waarde heeft ingeboet, nu vaststaat dat alleen bij weigeren van werk op grond van bedrijfsomstandigheden expliciet ontslagbescherming wordt geboden.

4.4.1 Reactie van de raad

De raad merkt op dat de adviesaanvraag spreekt over de in het initiatiefwetsvoorstel gebezigde begrippen ‘aard van de arbeid’ en ‘bedrijfsomstandigheden’; hij tekent daarbij aan dat deze begrippen ook reeds in het huidige artikel 5:4 van de ATW worden gehanteerd.

De raad beantwoordt de voorgelegde vraag niet eensluidend.

Een deel van de raad¹¹ acht het onderscheid tussen zondagsarbeid voortvloeiend uit de aard van de arbeid en die wegens bedrijfsomstandigheden bruikbaar¹² en merkt daarbij het volgende op.

Bij zondagsarbeid die voortvloeit uit de aard van de arbeid gaat het om arbeid die is geïndiceerd door de maatschappelijke functie ervan, door technisch-organisatorische factoren in het productieproces of door de specifieke inhoud van de functie van de werknemer. Het criterium ‘aard van de arbeid’ moet strikt worden verstaan; het behoort niet mede zondagsarbeid om zuiver bedrijfseconomische redenen of elke dienstverlening aan het publiek te omvatten. Zo niet, dan verliest het begrip onderscheidend vermogen en doet het niet langer recht aan het doel van de ATW in dit opzicht, namelijk dat de zondag niet zonder meer in een structureel arbeidstijdpatroon mag worden betrokken, doch dat daarvoor een rechtvaardiging moet zijn gelegen in de aard van de arbeid.

Bij zondagsarbeid voortvloeiend uit de aard van de arbeid geldt ingevolge de huidige ATW al de voorwaarde dat deze contractueel moet zijn bedongen. Deze aanvullende voorwaarde draagt bij aan de afbakening: de ‘aard van de arbeid’ ontheft de werkgever slechts van het verbod op zondag arbeid te

¹¹ Bestaande uit de werknemersleden en het kroonlid mevrouw Asscher-Vonk.

¹² Dit geldt evenzeer indien de wet (ook) bij laatstbedoelde zondagsarbeid zal gaan eisen dat de werknemer met het verrichten daarvan instemt.

laten verrichten, indien en voorzover het verrichten van zulke arbeid op zondag is bedongen.

Het begrip 'bedrijfsomstandigheden' heeft op zichzelf weinig onderscheidend vermogen en levert geen objectief toepasbaar criterium op ter rechtvaardiging van vrijstelling van het verbod van zondagsarbeid¹³. In het wettelijk stelsel moet dit criterium ook niet op zichzelf worden beschouwd, maar krijgt het eerst betekenis als het wordt afgezet tegen 'de aard van de arbeid': bij zondagsarbeid wegens 'bedrijfsomstandigheden' gaat het om alle *andere* gevallen dan die waarin het de werkgever is toegestaan zondagsarbeid te laten verrichten wegens de 'aard van de arbeid' op grond van een daartoe strekkend contractueel beding. Voor al die andere gevallen geldt volgens dit deel van de raad ingevolge het wetsvoorstel terecht een dubbele (procedurele) voorwaarde: overeenstemming met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging of – bij ontbreken daarvan – met de (meerderheid van de) belanghebbende werknemers *en* instemming van de individuele werknemer 'voor dat geval'¹⁴.

Een ander deel van de raad¹⁵ signaleert dat het initiatiefwetsvoorstel aan (het onderscheid tussen) de begrippen 'aard van de arbeid' en 'bedrijfsomstandigheden' meer lading geeft door de rechtsgevolgen die eraan verbonden worden, terwijl het onderscheid tussen beide begrippen vaag is. Naar het oordeel van dit deel moet het criterium 'aard van de arbeid' niet beperkt worden uitgelegd: ook zondagsarbeid om bedrijfseconomische redenen en wegens wenselijk te achten dienstverlening aan het publiek kunnen daaronder vallen, bijvoorbeeld winkelpenning. Vanuit het oogpunt van in dit kader relevant te achten maatschappelijke ontwikkelingen zou volgens dit deel de vraag kunnen worden gesteld in hoeverre het verstandig is (het onderscheid tussen) deze begrippen en de daaraan verbonden rechtsgevolgen te blijven gebruiken. In dit verband kan worden gewezen op de spanning die er is tussen het individuele belang van de werknemer enerzijds en het collectieve belang van de arbeidsorganisatie en de belangen van andere werknemers anderzijds. Dit deel van de raad is van oordeel dat daarover in ieder geval een nadere gedachteswisseling zou dienen te worden gevoerd; een gedachteswisseling die, gelet op de beperkt beschikbare tijd voor de onderhavige advisering, niet kon worden volvoerd. De vervolgdiscussie zou mogelijk haar beslag kunnen krijgen in het kader van de verdere gedachtevorming binnen

13 Terecht stelt de wet dan ook de additionele voorwaarde dat werkgever en OR (of pvt) het er samen over eens moeten zijn dat in een bepaald geval bedrijfsomstandigheden nopen tot zondagsarbeid.

14 Zoals al bij de beantwoording van vraag 4 door dit deel van de raad is opgemerkt, heeft deze instemmingsregel overigens geen absolute werking. In uitzonderlijke gevallen kunnen de bedrijfsomstandigheden zo dwingend zijn, dat de werknemer eenvoudig niet mag weigeren op zondag te werken.

15 Bestaande uit de ondernemersleden.

de raad over de adviesaanvraag van de toenmalige minister van SZW inzake de evaluatie van de ATW.

4.5 Vraag 6 van de adviesaanvraag

Tot slot ontvangt de Kamer gaarne advies van de SER inzake artikel 4:1a, de leden 1 en 2 en inzake de toevoeging aan artikel 5:4 van de Arbeidstijdenwet. Zij zou het op prijs stellen indien de raad daarbij expliciet ingaat op het begrippenkader ('een bestendig en regelmatig arbeidspatroon', 'persoonlijke omstandigheden', 'maatschappelijke verantwoordelijkheid', 'verwanten', 'naasten', 'afhankelijke familieleden') zoals dat in de memorie van toelichting en in de latere parlementaire behandeling is geïntroduceerd.

4.5.1 Reactie van de raad

De raad constateert dat het element 'persoonlijke omstandigheden' ook onderdeel uitmaakt van de adviesaanvraag van het toenmalige kabinet, zij het dat in die adviesaanvraag een minder verregaand voorstel wordt gedaan dan in het initiatiefwetsvoorstel.

Een deel van de raad¹⁶ merkt over de in artikel 4:1a gebezigde begrippen het volgende op. Het begrip 'persoonlijke omstandigheden' figureert reeds in het bestaande artikel 4:1 ATW. De wetsgeschiedenis geeft de nodige indicaties over de betekenis van dat begrip. De begrippen 'maatschappelijke verantwoordelijkheden', 'afhankelijke familieleden', 'verwanten' en 'naasten', maken onderdeel uit van de niet-limitatieve vermelding in het initiatiefwetsvoorstel van hetgeen onder 'persoonlijke omstandigheden' moet worden verstaan. Naar de indruk van dit deel zou die uitleg ook, in plaats van in de wet zelf, in de memorie van toelichting op de wet kunnen zijn gegeven.

Het is voorts van mening dat het weinig zin heeft te streven naar een nauwgezette afbakening van de in lid 1 gebezigde begrippen. Hierbij moet mede in aanmerking worden genomen dat de voorgestelde wettelijke norm een voorwaardelijk karakter draagt: de werkgever moet rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer *voorzover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd*. Er is dus altijd een belangenafweging nodig, waarbij niet op voorhand vaststaat welke rol en welk gewicht toekomen aan elk van de factoren die blijkens de opsomming tot 'persoonlijke omstandigheden' moeten worden gerekend. Bovendien spreekt voor zich, dat het gewicht dat in die belangenafweging toekomt aan elke te onderscheiden zorgtaak en maatschappelijke verantwoordelijkheid, niet van de perceptie van de werknemer afhangt maar van de mate van dwingendheid ervan naar algemeen maatschappelijk inzicht en van de objectieve omstandigheden van het geval.

¹⁶ Bestaande uit de werknemersleden en het kroonlid mevrouw Asscher-Vonk.

Dit deel van de raad acht het overigens gewenst onder 'persoonlijke omstandigheden', naast onder meer maatschappelijke verantwoordelijkheden en zorgtaken, mede te begrijpen de persoonlijke gezondheidstoestand en de lichamelijke en geestelijke gesteldheid van de werknemer.

Ten aanzien van de in lid 2 van het voorgestelde artikel 4:1a op de werkgever gelegde verplichting om te zorgen voor 'een bestendig en regelmatig patroon' merkt dit deel op, dat die verplichting uiteraard niet relevant is indien de werknemer contractueel vrij is zelf de werktijden te bepalen. Overigens voldoet volgens dit deel van de raad een dergelijke werktijdenregeling zeer wel aan de vereisten van bestendigheid en regelmaat, nu deze begrippen vanzelfsprekend moeten worden begrepen in het licht van de doelstelling van het wetsvoorstel: verruiming van de zeggenschap van de werknemer over de arbeidstijden. De norm van lid 2 bedoelt de werknemer te beschermen tegen onberekenbare vaststelling van arbeidstijden door de werkgever.

Ten slotte merkt dit deel, in reactie op het hierna volgende betoog van het andere deel van de raad, nog het volgende op. Van de in de ATW geregelde materie kan niet worden gezegd dat het om zuiver publiekrechtelijke regelgeving gaat. Dit deel is veeleer van oordeel dat de sferen van publiek- en privaatrecht op dit punt niet meer zo duidelijk te onderscheiden zijn. Het wijst er daarbij op dat de handhavingssystematiek van de ATW voor een belangrijk deel wordt overgelaten aan de belanghebbende partijen zelf. Volgens dit raadsdeel bevat de ATW verscheidene voorschriften die welbeschouwd een nadere specificering behelzen van wat de privaatrechtelijke norm van goed werkgeverschap vergt. Dit deel acht het oordeel van het andere deel, dat het voorgestelde artikel 4:1a ATW naar zijn aard niet in de ATW thuishoort, maar in het BW, daarom ongegrond.

Een ander deel van de raad¹⁷ stelt voorop dat de ATW publiekrechtelijke regelgeving behelst, met de handhaving waarvan de Arbeidsinspectie is belast. Het in het initiatiefwetsvoorstel voorgestelde artikel 4:1a ATW betreft echter rechtstreeks de verhouding tussen werkgever en werknemer ten aanzien van de uren waarop daadwerkelijk arbeid moet worden verricht. Naar het oordeel van dit deel is dat een onderdeel van de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst dat naar zijn aard niet in de ATW thuishoort maar in het BW (en de Ambtenarenwet). Voor wat rechtens is met betrekking tot de vaststelling van uren waarop de arbeid wordt verricht, geldt als uitgangspunt dat dit in het contract tussen werkgever en werknemer (contractsvrijheid binnen de publiekrechtelijke grenzen van de ATW) moet worden geregeld. Is dat niet specifiek geregeld dan heeft de werkgever instructiebevoegdheid op grond van artikel 7:660 BW. Die bevoegdheid wordt, zoals dit deel al in

¹⁷ Bestaande uit de ondernemersleden.

het voorgaande heeft betoogd, stringent begrensd door het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap van artikel 7:611 BW. Nogmaals merkt dit deel van de raad op dat de WAA en de WAZO in veel gevallen aan de persoonlijke omstandigheden tegemoet komen.

Het voorgestelde artikel 4:1a ATW doet ten opzichte van het reeds bestaande artikel 4:1 ATW in feite niet anders dan het nader expliciteren van het goed werkgeverschap met enkele voorbeelden (in het wetsvoorstel uitgedrukt met de woorden 'waaronder begrepen'). Dit deel acht dit voorstel overbodig en onwenselijk. Overbodig omdat hetgeen wordt voorgesteld, afhankelijk van de omstandigheden, al valt onder het goed werkgeverschap en onwenselijk omdat een niet-limitatieve opsomming van objectief niet bepaalbare omstandigheden alleen maar tot extra onduidelijkheid en dus tot geschillen en procedures kan leiden.

Volgens dit deel van de raad zou kunnen worden volstaan met de algemene open norm van goed werkgeverschap. Ten aanzien van de voorstellen inzake de vaststelling van het arbeidspatroon heeft de Raad van State opgemerkt dat in het desbetreffende voorgestelde artikel van het begrip 'persoonlijke omstandigheden' enkele voorbeelden zijn opgenomen die onvoldoende houvast geven of het gevaar in zich dragen dat aan het begrip een te ruime betekenis moet worden toegekend. Dit deel van de raad deelt die conclusie.

De voorgestelde nadere uitwerking van het begrip is dan ook niet wenselijk; beter is het de toetsing aan de rechter over te laten aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

Overigens is dit deel van oordeel dat een vervolgdiscussie binnen de raad, mogelijk te voeren in het in aansluiting op dit advies aan de minister van SZW uit te brengen advies, ook over dit onderwerp zinvol kan zijn.

Den Haag, 18 oktober 2002

H.H.F. Wijffels
voorzitter

N.C.M. van Niekerk
algemeen secretaris

Bijlagen bij het advies Zeggenschap werknemers over arbeidstijden



VOORZITTER

Aan de Voorzitter van de
Sociaal-Economische Raad
Dr. H.H.F. Wijffels
Bezuidenhoutseweg 60
2594 AW DEN HAAG

Den Haag 18 juni 2002

Arnie,

Ter uitvoering van een besluit van de Kamer, genomen op dinsdag 11 juni 2002 doe ik u hiermee een advies-aanvraag toekomen met betrekking tot het initiatiefwetsvoorstel Bussemaker/Van Dijke dat thans in de Eerste Kamer aanhangig is.

Ter toelichting op het besluit moge het stenogram van genoemde vergadering dienen, dat ik als bijlage bij deze brief voeg.

Gaarne verneem ik wanneer uw Raad voornemens is het gevraagde advies uit te brengen.)

Ir. G.J.M. Braks

Vergaderjaar 2001- 2002Nr. 74 e

27224

Voorstel van wet van de leden Bussemaker en Van Dijke tot wijziging van de Arbeidstijdenwet en het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden

VOORSTEL MET BETREKKING TOT EEN ADVIESAANVRAAG AAN DE SOCIAAL ECONOMISCHE RAAD (SER) VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Den Haag, 31 mei 2002

Van regeringszijde is op 3 april 2002 aan de SER advies gevraagd met betrekking tot de uitkomsten van de evaluatie van de Arbeidstijdenwet. In het verlengde daarvan verzoekt de Eerste Kamer aan de SER te willen adviseren over het voorstel van wet van de leden Bussemaker en Van Dijke tot wijziging van de Arbeidstijdenwet en het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden (Kamerstuk 27224).

De Kamer verzoekt de SER in ieder geval aandacht te schenken aan de volgende vraagpunten.

1. Hoe waardeert de SER de constatering van de initiatiefnemers dat er voldoende reden is om aan te nemen dat nog geen goed evenwicht is gevonden tussen de eisen die enerzijds de economie en anderzijds de samenleving aan flexibilisering stellen?
2. Geeft deze constatering aanleiding om in afwijking van de systematiek van de Arbeidstijdenwet de speelruimte voor werkgevers en werknemers op ondernemingsniveau in te perken?

3. In hoeverre vormt de gekozen formulering van het initiatiefvoorstel het geëigende antwoord op hetgeen uit de evaluatie van de Arbeidstijdenwet naar voren is getreden met betrekking tot de bescherming van de zondagsarbeid?
4. Meer in het bijzonder rijst de vraag wat nu precies de reikwijdte is van afspraken die over het werken op zondag door de OR zijn gemaakt. De initiatiefnemers stellen zich op het standpunt dat – hoewel een beslissing van de OR niet doorwerkt in het individuele arbeidscontract – blijkt dat inmiddels een andere praktijk is gegroeid. De regering stelt zich daarentegen op het standpunt dat uit het algemeen arbeidsovereenkomstenrecht onmiskenbaar voortvloeit dat in aanvulling op afspraken met de OR ook steeds de instemming van iedere individuele werknemer nodig is voor het werken op zondag. Wat is de doorwerking van dit verschil van inzicht voor andere soortgelijke gevallen waarin (impliciet) een instemmingsvereiste geldt op basis van het algemene overeenkomstenrecht?
5. In hoeverre acht de SER het in het initiatiefvoorstel gezegde begrippenstelsel “aard van de arbeid” en “bedrijfsomstandigheden” bruikbaar? Hoewel het initiatiefvoorstel aansluit bij reeds bestaande begrippen kan toch worden geconstateerd dat het hier bedoelde onderscheid zeker niet aan waarde heeft ingeboet, nu vaststaat dat alleen bij het weigeren van werk op grond van bedrijfsomstandigheden expliciet ontslagbescherming wordt geboden.
6. Tot slot ontvangt de Kamer gaarne advies van de SER inzake artikel 4:1a, de leden 1 en 2 en inzake de toevoeging aan artikel 5:4 van de Arbeidstijdenwet. Zij zou het op prijs stellen indien de raad daarbij expliciet ingaat op het begrippenkader (“een bestendig en regelmatig arbeidspatroon”, “persoonlijke omstandigheden”, “maatschappelijke verantwoordelijkheid”, “verwanten”, “naasten”, “afhankelijke familieleden”) zoals dat in de memorie van toelichting en in de latere parlementaire behandeling is geïntroduceerd.

Samenstelling Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap (AOM)

leden

plaatsvervangende leden

Onafhankelijke leden

prof.mr. P.F. van der Heijden (voorzitter)
mw. prof.mr. I.P. Asscher-Vonk
prof.mr. W.J.P.M. Fase
prof.mr. H. Franken
prof.dr. M. van der Nat
mr. C.G. Scholtens

Ondernemersleden

mr. R.A.C. Blijlevens (VNO-NCW)
mr. G. de Bock (LTO-Nederland)
mr. J.W. van den Braak (VNO-NCW)
mw. mr. S.C.K. van Dijk (MKB-Nederland)
mw. mr. H. van Haastert (MKB-Nederland)
mr. R.A. van der Wel (VNO-NCW)

mr. G.J.J. Rensink
ing. A. Hekman

Werknemersleden

mr. J.C.M.G. Bloemarts (FNV)
mw. mr. F. Madani (CNV)
W.W. Muller (MHP)
mw. drs. C.E. Roozmond (FNV)
mr. H. van Steenbergen (FNV)
drs. A. Woltmeijer (CNV)

vacature
vacature
mr. M.J. de Heer
mw. mr. H. Kooymans
mw. mr. M.A.M. Verburg

Ministeriële vertegenwoordigers

drs. J.P. Kloosterman (SZW)
mw. mr. J.M. Meijer-van der Aa (Just)
mw. mr. L.P. Tukker (BZK)
mw. mr. J.C.M.J. de Vroom (SZW)
drs. J. van Weeren (SZW)

Secretariaat

mr. A.L.H. de Groot
mw. mr. B.P.F.D. Hendriks
mr. E.V. Knopper

Hierachter zijn gevoegd:

- de brief van de vakcentrales FNV, CNV en Unie MHP aan de Tweede Kamer van 19 oktober 2000 inzake het Wetsvoorstel Bussemaker/Van Dijke;
- de brief van de vakcentrales FNV, CNV en Unie MHP aan de Tweede Kamer van 21 augustus 2001 inzake het Wetsvoorstel Bussemaker/Van Dijke.

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Datum
19 oktober 2000

Ons kenmerk

Onderwerp
Wetsvoorstel verruiming zeggenschap van
werknemers over arbeidstijden (27224)

Uw kenmerk

Telefoonnr.
020 58 16 496

E-mail

Dames en heren,

FNV, CNV en UnieMHP hebben met genoeg kennis genomen van het boven vermelde wetsvoorstel. Zij delen ten volle de intentie van de indieners, de individuele werknemer meer zeggenschap te geven over zijn of haar arbeidstijden, en de algemene overwegingen die zij aan hun voorstel ten grondslag leggen.

Vaststelling van het arbeidstijdpatroon

1. Onder deze noemer wil het voorstel twee normen introduceren die de werkgever bij het vaststellen van het arbeidstijdpatroon van de individuele werknemer in acht moet nemen. Hij moet, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. En hij moet, onder dezelfde clausulering, zorgdragen voor een bestendig en regelmatig arbeidstijdpatroon (artikel 4:1a nieuw).

Reeds thans schrijft de Arbeidstijdenwet (ATW) voor dat de werkgever in zijn algemene beleidsvoering op het gebied van de arbeidstijden rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemers. Dat voorschrift moet gelezen worden in samenhang met de overige voorschriften omtrent de beleidsvoering op het gebied van de arbeidstijden en het over dat beleid met het medezeggenschapsorgaan te voeren overleg. De wetsgeschiedenis wijst evenwel niet ondubbelzinnig uit of de individuele werknemer aan dat voorschrift een (geclausuleerde) aanspraak jegens de werkgever aan kan ontleen.

Naar de vakcentrales verstaan, wil het wetsvoorstel alsnog stipuleren, dat de werknemer zich in het kader van zijn of haar individuele rechtsbetrekking met de werkgever op de nieuwe normen kan beroepen. Zij staan in dit opzicht op een lijn met de in artikel 4:2 ATW opgenomen regel, dat de werkgever de werknemer ten minste vier weken tevoren in kennis moet stellen van een voorgenomen wijziging van zijn of haar arbeidstijdpatroon.

Zowel deze regel als de nu voorgestelde normen behelzen, zo beschouwd, een nadere bepaling van het goed-werkgeverschap (artikel 7:611 BW) op het gebied van de arbeidstijden.

FNV, CNV en UnieMHP zien gaarne bevestigd dat dit inderdaad de strekking is van de voorgestelde nieuwe normen.

2. De indieners leggen in de toelichting een verband met de onlangs in werking getreden Wet aanpassing arbeidsduur. Ingevolge artikel 2, lid 5 van die wet rust op de werkgever bij de vaststelling van nieuwe arbeidstijden in verband met een aanpassing van de arbeidsduur van de werknemer al een geclausuleerde verplichting, gevolg te geven aan de wensen van de werknemer met betrekking tot de spreiding van de werkuren over de week. Deze verplichting staat in dienst van doeltreffende realisering van het recht op aanpassing van de arbeidsduur. Maar ook buiten het geval van aanpassing van de arbeidsduur kunnen in de persoonlijke omstandigheden van de werknemer goede redenen gelegen zijn, waarom van de werkgever mag worden verlangd dat hij meewerkt aan een aanpassing van de arbeidstijden.

FNV, CNV en UnieMHP nemen aan, dat de werkgever op grond van de in artikel 4:1a, lid 1 neergelegde norm in redelijkheid bereid moet zijn tot een aanpassing van het arbeidstijdpatroon van een werknemer als deze daarom wegens een wijziging van zijn of haar persoonlijke omstandigheden verzoekt. Zij zien dit gaarne bevestigd.

Zondagsarbeid in de ATW

3. De vakcentrales kunnen zich vinden in de algemene beschouwingen van de indieners over zeggenschap over arbeidstijden in relatie tot zondagsarbeid (paragraaf 3 MvT). De voorgestelde wijziging van artikel 5:4 ATW komt naar strekking – versterking van de zeggenschap van de individuele werknemer – overeen met hetgeen hun ten aanzien van de regeling van zondagsarbeid voor ogen staat. Maar zij achten een nadere aanpassing van de redactie van dit artikel wenselijk.

Zij stellen vast dat zondagsarbeid in allerlei sectoren ingang heeft gevonden zonder dat het werken op zondag daar evident voortvloeit uit de aard van de arbeid of wegens bedrijfsomstandigheden echt noodzakelijk is. In veel sectoren maakt zondagsarbeid vanouds deel uit van volcontinuïensdiensten. Soms is dat technisch nagenoeg onvermijdelijk, maar meestal gaat het gewoon om optimale benutting van kapitaalgoederen en reductie van kapitaalkosten. De verbreiding van zondagsarbeid naar andere sectoren heeft onder meer te maken met veranderde wensen van het publiek met betrekking tot dienstverlening en recreatie. Maar het verschijnsel is deels ook verklaarbaar uit het gegeven dat sommige groepen mensen zich vrijwillig beschikbaar stellen voor arbeid op zondag (en op zaterdag en in de avonden), zoals studerende, alleenstaanden, volwassenen zonder kinderen

Van wezenlijk belang is hoe dan ook, met welke procedurele waarborgen de besluitvorming over werken op zondag is omgeven.

4. Uitgangspunt van FNV, CNV en UnieMHP is en blijft dat de zondag in de samenleving de positie van rustdag bij uitstek moet kunnen blijven innemen. Het arbeidsrecht behoort de zondag dan ook niet over een kam te scheren met willekeurig welke andere dag van de week. De werknemer die de zondag als dag van

rust, bezinning of met anderen gedeelde ontspanning wenst te beleven, moet daarvoor in het arbeidsrecht steun vinden. Aan deze opvatting liggen zowel sociale als godsdienstige motieven ten grondslag.

Voor het geval zondagsarbeid voortvloeit uit de aard van de arbeid (maatschappelijke of technische redenen, specifieke functie-inhoud), moet deze bescherming – zoals thans – gevonden blijven worden in de eis dat het verrichten van de arbeid op zondag contractueel jegens de werknemer bedongen is.

Het criterium 'aard van de arbeid' moet naar de mening van de vakcentrales strikt worden verstaan; dat criterium behoort niet mede zondagsarbeid om zuiver bedrijfseconomische redenen of elke dienstverlening aan het publiek (zoals winkelopstelling) te dekken.

FNV, CNV en UnieMHP zouden graag zien dat deze strikte uitleg in het overleg tussen Tweede Kamer en regering bevestiging vindt.

5. Behalve de aard van de arbeid ziet de huidige wettelijke regeling ook een uit bedrijfsomstandigheden voortvloeiende noodzaak als een rechtvaardiging voor zondagsarbeid. Volgens de vakcentrales is hier niet sprake van een objectief toepasbaar criterium. De praktijk neemt het, zoals hierboven al werd toegelicht, met de door de wet als voorwaarde gestelde noodzakelijkheid niet zo nauw. De Arbeidsinspectie kan op dit punt ook geen effectief toezicht uitoefenen. De bedrijfsomstandigheden blijken niet zozeer een zelfstandig criterium te zijn als wel een factor in een afwegingsproces. Terecht stelt de wet dan ook (tevens) de voorwaarde dat de werkgever en het medezeggenschapsorgaan overeenstemmen over het verrichten van de arbeid op zondag. Juist deze procedurele voorwaarde moet waarborgen dat niet zonder deugdelijke en overtuigende redenen tot (incidentele of structurele) zondagsarbeid wordt besloten.

Ook de indieners van het wetsvoorstel zijn zich er kennelijk van bewust, dat van een zelfstandig criterium geen sprake is. In de toelichting schrijven zij immers: '*... als de werkgever met de ondernemingsraad overeenkomt dat zondagsarbeid tot de mogelijkheden behoort*' (MvT p. 7) en '*... nadat het medezeggenschapsorgaan ermee heeft ingestemd dat zondagsarbeid als gevolg van bedrijfsomstandigheden mogelijk is ...*' (p. 8).

Naar de mening van FNV, CNV en UnieMH moet in de wettekst niet langer – in strijd met de realiteit – de suggestie overeind gehouden worden, als zou de op bedrijfsomstandigheden berustende noodzakelijkheid van de zondagsarbeid een zelfstandige en cumulatieve voorwaarde zijn naast het vereiste van overeenstemming met het medezeggenschapsorgaan. De redactie zou veeleer tot uitdrukking moeten brengen, dat werkgever en medezeggenschapsorgaan erin overeenstemmen dat bedrijfsomstandigheden vergen dat de arbeid op zondag wordt verricht.

6. Omdat de bedrijfsomstandigheden geen hard criterium vormen, kan naar de mening van de vakcentrales echter niet volstaan worden met de voorwaarde dat werkgever en werknemers op collectief niveau overeenstemmen. Deze voorwaarde alléén doet nog geen recht aan de opvatting dat de individuele werknemer zeggenschap toekomt over de bestemming van de zondag. Daartoe is de regel nodig dat arbeid op zondag geschiedt op basis van vrijwilligheid, dus van geval tot geval moet berusten op instemming van de werknemer.

FNV, CNV en UnieMHP stellen tot hun genoegen vast dat de indieners van het wetsvoorstel dezelfde opvatting zijn toegedaan. Zij kunnen zich vinden in de toelichting die de indieners op de instemmingsregel geven ten aanzien van onderscheidenlijk structurele en incidentele zondagsarbeid.

De vakcentrales beseffen intussen dat deze regel geen absolute gelding kan hebben. In uitzonderlijke gevallen kunnen de bedrijfsomstandigheden zo dwingend zijn, dat de werknemer eenvoudig niet mág weigeren om op zondag te werken. Een aparte clause is daartoe echter niet nodig; uit de algemene regels van ons verbintenissenrecht (artikelen 6:2 en 6:248 BW) en het arbeidsrecht (artikel 7:611 BW) vloeit al voort dat de werknemer zich in extreme omstandigheden niet op de instemmingsregel zal kunnen beroepen.

7. De tweede zin van artikel 5:4 verlangt dat de werkgever overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan (gedefinieerd in artikel 1:6) of, bij ontbreken daarvan, met de belanghebbende werknemers. De term 'belanghebbende werknemers' is in verband met de eis van overeenstemming niet zonder meer duidelijk. Op geen andere plaats in de ATW – en evenmin in de Arbeidsomstandighedenwet – komt de term in deze combinatie voor. Niet voor de hand ligt de uitleg dat (bij ontbreken van een medezeggenschapsorgaan) met ieder van de belanghebbende werknemers overeenstemming moet zijn bereikt. Want dan zou de weigering van een van hen meebrengen dat het de werkgever ook niet is toegestaan de anderen op zondag te laten werken.

Bovendien zou voor dit geval (ontbreken van een medezeggenschapsorgaan) de door het wetsvoorstel beoogde additionele eis van instemming van de individuele werknemer niets toevoegen. Veeleer moet de bepaling dus zo worden verstaan dat overeenstemming moet zijn bereikt met *de meerderheid van de belanghebbende werknemers*.

FNV, CNV en UnieMHP zouden graag zien dat de wettekst op dit punt wordt verduidelijkt.

8. Op grond van de voorgaande overwegingen zouden de vakcentrales prefereren dat de eerste en tweede zin van artikel 5:4 worden samengevoegd en gewijzigd als volgt.

De werknemer verricht op zondag geen arbeid, behalve voor zover:

- a. dit uit de aard van de arbeid voortvloeit en contractueel is bedongen, dan wel:*
- b. werkgever en medezeggenschapsorgaan of, bij ontbreken daarvan, de meerderheid van de belanghebbende werknemers erin overeenstemmen dat bedrijfsomstandigheden vergen dat arbeid op zondag wordt verricht en de individuele werknemer met het verrichten van arbeid op zondag instemt.*

9. Voor het geval zondagsarbeid is toegestaan, moet de werkgever er ingevolge de huidige derde zin van artikel 5:4, lid 1 voor zorgen, dat de werknemer toch op ten minste 4 zondagen in elke periode van 13 achtereenvolgende weken geen arbeid verricht. Bij collectieve regeling kan hiervan worden afgeweken op voorwaarde dat de werknemer ten minste 13 zondagen per jaar vrij is (lid 2 en lid 3).

De hiermee beoogde garantie van een minimum aan vrije zondagen is naar de mening van de vakcentrales niet bevredigend geregeld. Deze regeling sluit immers niet uit dat de werknemer op deze zondagen aan consignatie is onderworpen. Weliswaar zou de werkgever, indien de werknemer metterdaad voor het

verrichten van arbeid wordt opgeroepen, voor compensatie op andere zondagen moeten zorgen. Maar ook bij uitblijven van een oproep doet de enkele oproepbaarheid afbreuk aan de vrije beschikking over de zondag.

Daarom moet de regeling naar de mening van FNV, CNV en UnieMHP inhouden dat de werknemer op bedoelde zondagen geen arbeid verricht én niet wordt geconsigneerd. Zij zouden graag zien dat het wetsvoorstel dienovereenkomstig wordt aangevuld.

Het voorgestelde ontslagverbod

10. Ter ondersteuning van het vereiste van instemming van de individuele werknemer met zondagsarbeid wegens bedrijfsomstandigheden, stellen de indieners van het wetsvoorstel een ontslagverbod voor. In artikel 6:670 BW zou de regel worden opgenomen dat de werkgever niet kan opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer niet instemt met werken op zondag.

De vakcentrales stemmen in met de aan dit voorstel ten grondslag gelegde overwegingen, maar het voorstel zelf roept vragen op.

Een absolute bescherming tegen ontslag wegens weigering van zondagsarbeid kunnen de indieners redelijkerwijs niet bedoelen. De bedrijfsomstandigheden kunnen immers in uitzonderlijke gevallen zo dwingend vergen dat arbeid op zondag wordt verricht, dat de werknemer eenvoudig niet mag weigeren. In zo'n geval komt de werknemer geen beroep toe op het vereiste van instemming (zie paragraaf 6). De vraag rijst dan ook of het voorgestelde ontslagverbod in een extreem geval ruimte laat voor ontslag.

In het algemeen staan de ontslagverboden van artikel 7:670 BW (vernietigbaarheid van de opzegging) niet in de weg aan rechtsgeldige opzegging wegens een dringende, onverwijld aan de werknemer meegedeelde reden (ontslag op staande voet, artikel 7:677 BW). Maar die reden moet dan wel gelegen zijn in een andere factor dan die welke ten grondslag ligt aan het ontslagverbod. Concreet: als weigering van zondagsarbeid geen geldige opzeggingsreden is, kan zij ook niet een ontslag op staande voet dragen.

Misschien bedoelen de indieners slechts uit te sluiten dat de werkgever opzegt op de *enkele* grond van weigering van zondagsarbeid, maar niet dat hij (op staande voet) opzegt op de grond dat de werknemer door zijn werkweigering uitzonderlijke risico's veroorzaakt. Deze gedachtengang berust op een subtiel onderscheid tussen de directe aanleiding tot het ontslag en de daar achter liggende reden van het ontslag.

Als de indieners daarentegen opzegging wegens weigering van zondagsarbeid zonder meer willen uitsluiten, rest de werkgever slechts de mogelijkheid aan de kantonrechter te verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De vakcentrales achten een verduidelijking gewenst.

Tot slot

FNV, CNV en UnieMHP rekenen zeggenschap over werktijden tot de kernthema's van het maatschappelijke debat over de inrichting van de arbeidsorganisatie en de samenleving. Zij hechten groot belang aan het wetsvoorstel en hopen op een voorspoedige behandeling ervan. Dit commentaar beoogt daartoe bij te dragen.

Hoogachtend,
namens FNV, CNV en UnieMHP,

Kitty Roozmond,
vice-voorzitter FNV

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Aan de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Datum	Uw kenmerk
21 augustus 2001	
Ora kenmerk	Telefoonnr.
	020 58 16 496
Onderwerp	E-mail
Wetsvoorstel veruiming zeggenschap van werknemers over arbeidstijden (27224)	

Dames en heren,

Binnenkort zult u een besluit nemen over boven vermeld initiatiefwetsvoorstel van de leden Bussemaker en Van Dijke.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de werkgever ten aanzien van de vaststelling van de werktijden te verplichten zorg te dragen voor een zekere regelmaat en rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Het wil voorts zeker stellen dat zondagsarbeid die niet uit de aard van de arbeid voortvloeit, berust op vrijwilligheid. Verbindend element is de zeggenschap over de arbeidstijden.

FNV, CNV en Unie mhp rekenen zeggenschap over werktijden tot de kernthema's van het maatschappelijke debat over de inrichting van de arbeidsorganisatie en de samenleving. Zij delen ten volle de intentie van de indieners, de individuele werknemer meer zeggenschap te geven over zijn of haar arbeidstijden. Zij roepen u op het wetsvoorstel te aanvaarden.

De arbeidstijden vormen het scharnier tussen de sfeer van de betaalde arbeid enerzijds en de taken en verantwoordelijkheden in de privésfeer en andere maatschappelijke verbanden anderzijds. In het geding zijn de zeggenschap van de werkgever over de inrichting van de arbeidsorganisatie en de zeggenschap van werknemer over de inrichting van zijn of haar leven buiten de arbeid. In de besluitvorming over de arbeidstijden moet tussen beiden een redelijke balans bestaan. Daartoe versterken de voorgestelde wettelijke bepalingen de positie van de werknemer. Daar is reden toe. Het is nog geenszins vanzelfsprekend dat de werkgever zich ontvankelijk toont voor de wens van de werknemer dat zijn of haar werktijden worden afgestemd op (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden. Tevens wijst onderzoek uit dat teveel werknemers zich belemmerd voelen in het reserveren van de zondag als dag van rust, bezinning of met anderen gedeelde ontspanning.

In het kader van de evaluatie van de Arbeidstijdenwet (27865, nr. 1) stelt het kabinet zich terecht op het standpunt dat de werkgever redelijke voorstellen van de werknemer die verband houden met zijn

(gewijzigde) persoonlijke omstandigheden alleen mag afwijzen indien aanvaarding gegeven de omstandigheden in redelijkheid niet van hem kan worden gevraagd. Dit is precies hetgeen de indieners van het wetsvoorstel beogen met de bepaling dat de werkgever rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, tenzij zulks in redelijkheid niet van hem, de werkgever, kan worden geëist. De vakcentrales achten het met de indieners van het wetsvoorstel wenselijk dat de door het kabinet voorgestane regel wettelijk wordt geëxpliciteerd.

De vakcentrales delen de opvatting van de indieners van het wetsvoorstel dat de zondag in de samenleving de positie van rustdag bij uitstek moet kunnen blijven innemen. Het arbeidsrecht behoort de zondag dan ook niet over een kam te scheren met willekeurig welke andere dag van de week. De werknemer die de zondag als dag van rust, bezinning of met anderen gedeelde ontspanning wenst te beleven, moet daarvoor in het arbeidsrecht steun vinden. Aan deze opvatting liggen zowel sociale als godsdienstige motieven ten grondslag.

Voor het geval zondagsarbeid voortvloeit uit de aard van de arbeid (maatschappelijke of technische redenen, specifieke functie-inhoud), moet deze bescherming – zoals thans – gevonden blijven worden in de eis dat het verrichten van de arbeid op zondag contractueel jegens de werknemer bedongen is.

Het criterium 'aard van de arbeid' moet naar de mening van de vakcentrales strikt worden verstaan; dat criterium behoort niet mede zondagsarbeid om zuiver bedrijfseconomische redenen of elke dienstverlening aan het publiek te dekken.

FNV, CNV en Unie mhp zouden graag zien dat deze strikte uitleg door de Tweede Kamer wordt bevestigd.

Voor zover zondagsarbeid evenwel niet 'uit de aard van de arbeid voortvloeit' en derhalve incidenteel van aard is, behoort regel te zijn dat de werknemer van geval tot geval in beginsel vrij is om zelf te bepalen of hij zich daartoe leent. Die regel dient overeenkomstig te gelden ten aanzien een andere dag van de week, indien die andere dag voor de werknemer ingevolge zijn godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen als rustdag heeft te gelden.

Aanvaarding van deze regel slaat de werkgever geenszins het stuur uit handen. Als regel dienen zich voldoende werknemers aan voor het verrichten van arbeid op zondag. Die bereidwilligheid kan arbeidsvoorwaardelijk worden gestimuleerd. Werkgevers weten zo nodig heel goed de weg te vinden naar uitzend- en detacheringbedrijven.

Ten slotte moet in aanmerking worden genomen dat de regel natuurlijk geen absolute gelding kan hebben. In uitzonderlijke gevallen kunnen de bedrijfsomstandigheden zo dwingend zijn, dat de werknemer eenvoudig niet mag weigeren om op zondag te werken.

Een aparte clause is daartoe echter niet nodig; uit de algemene regels van ons recht vloeit al voort dat de werknemer zich in extreme omstandigheden niet op de instemmingsregel zal kunnen beroepen.

Hoogachtend,
namens CNV, Unie mhp en FNV,

Kitty Roozmond,
vice-voorzitter FNV

Hierachter zijn gevoegd:

- de brief van de RCO aan de Tweede Kamer van 7 juni 2001;
- de brief van de RCO aan de Eerste Kamer van 10 oktober 2001;
- de brief van de RCO met bijlage aan de Eerste Kamer van 29 oktober 2001;
- de brief van de RCO aan de Eerste Kamer van 29 januari 2002.

Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO

Aan de voorzitter en leden van de
Vaste Commissie voor Sociale Zaken
en Werkgelegenheid
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer
01/13.398/046.01/Hg/Gau

Den Haag
7 juni 2001

Onderwerp
Wetsvoorstel 27 224
(inzake zeggenschap werknemers over
arbeidstijden)

Telefoonnummer
070 349 02 23
E-Mail
Hoogstraten@vno-ncw.nl

Dames en heren,

De schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel van de leden Bussemaker en Van Dijke inzake verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden is thans afgerond. De plenaire behandeling zal binnenkort, mogelijk nog voor het zomerreces, plaatsvinden. Dit is voor de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties aanleiding om nogmaals uw aandacht te vragen voor de grote bezwaren die in ondernemerskring tegen dit voorstel bestaan. Bij ons schrijven d.d. 23 oktober 2000 zonden wij u eerder commentaar.

In 1995 heeft na een uitvoerige discussie een herziening van de Arbeidstijdenwet plaats gevonden. Daarbij is een uitgewogen balans tot stand gebracht tussen de behoeften van bedrijven aan meer flexibiliteit bij de vaststelling van de arbeidstijden enerzijds en de bescherming van werknemers in verband met hun veiligheid, gezondheid, welzijn en de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken anderzijds. Gezien het bijzondere karakter van de zondag is voor arbeid op deze dag een bijzonder en beperkend regime vastgelegd.

Zeggenschap ten aanzien van arbeidstijden

De RCO is van oordeel dat het onderhavige initiatiefwetsvoorstel het in 1995 tot stand gebrachte evenwicht tussen behoeften van ondernemingen en bescherming werknemers ernstig verstoort. De indieners lijken uit het oog te zijn verloren dat de rol van werkgever een verantwoordelijkheid voor de organisatie van de arbeid met zich meebrengt. De aard van het werk in de onderneming is daarbij in belangrijke mate bepalend voor de mate waarin tegemoet gekomen kan worden aan wensen van werknemers ten aanzien van hun arbeidstijden. Gezien de grote differentiatie in arbeidsduur en arbeidstijden die thans reeds in Nederland bestaat en het feit dat de overgrote meerderheid van de werknemers aangeeft geen enkel probleem te hebben met de werktijden, is de conclusie gerechtvaardigd dat er thans een goed evenwicht bestaat tussen de wensen van werkgevers en werknemers.

Het is voor de concurrentiepositie van bedrijven van essentieel belang dat het werk goed en efficiënt kan worden georganiseerd. Uiteraard spelen daarbij tevens de wettelijke randvoorwaarden, de situatie op de arbeidsmarkt en de wensen van werknemers een belangrijke rol. Het substantieel eenzijdig vergroten van de **individuele zeggenschap** van werknemers ten aanzien van hun arbeidstijden, zoals voorgesteld, gaat naar het oordeel van de RCO echter veel te ver omdat het, afhankelijk van de aard van het werk en de onderneming, de kwaliteit van de organisatie van de arbeid in gevaar brengt. Bovendien leidt het tot een uitholling van de solidariteit onder werknemers en een ongelijke verdeling van lusten en lasten. Inwilliging van wensen van de ene werknemer zal immers vaak negatieve gevolgen hebben voor andere (collega-)werknemers. Een zekere spreiding van 'ongemak' is dan te prefereren boven het volledig vrijstellen van de ene (categorie) werknemer(s) ten koste van de andere.

In dit verband is ook van belang dat een werkgever de samenhang (het 'cement') in de arbeidsorganisatie moet bewaken. Hierbij is een parallel te trekken met een gezin: niet altijd kan ieder kind doen waar het zin in heeft, want het gezin als collectief heeft ook zijn belangen. Voor de arbeidsorganisatie geldt een vergelijkbare belangenafweging. Voorts wijst de RCO er op dat werkgevers er ook thans al een groot belang bij hebben om zoveel mogelijk tegemoet te komen aan individuele wensen van werknemers met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden, inclusief werktijden. Daarom gebeurt dit in de praktijk ook.

Tevens wordt voorgesteld om de werkgever te verplichten de arbeid zodanig te organiseren dat een werknemer zijn arbeid in een bestendig en regelmatig patroon kan verrichten. Een werkgever zal dit zo veel mogelijk doen, maar diverse externe en interne invloeden nopen soms tot veranderingen van het arbeidspatroon. Hierbij kan gedacht worden aan ziekte, vakantie en diverse vormen van verlof van werknemers (werknemers zijn hierdoor gemiddeld 25-30% van de arbeidsduur afwezig) en spoedorders, technische storingen enz. De indieners gaan met hun voorstel voorbij aan de noodzaak van bedrijven om flexibel in te spelen op deze omstandigheden, terwijl zij wel van werkgevers vragen om flexibel mee te bewegen met de behoeften van het gezin, het vrijwilligerswerk en het verenigingsleven.

Het huidige artikel 4:1 van de Arbeidstijdenwet verplicht de werkgever reeds om in zijn beleid rekening te houden met de veiligheid, gezondheid en welzijn van zijn werknemers alsmede met hun persoonlijke omstandigheden. Tevens dient hij de arbeidstijdpatronen te toetsen aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan en aan de nieuwe ontwikkelingen op het terrein van de arbeids- en rusttijden. Naar het oordeel van de RCO heeft de wetgever daarmee voldoende duidelijk aangegeven dat steeds de belangen van de werknemers moeten worden meegewogen. Hiervoor gaven wij reeds aan dat het ook het welbegrepen eigenbelang is van werkgevers om dit te doen.

Zondagsarbeid

In de huidige Arbeidstijdenwet geldt dat er een arbeidsverbod geldt voor het werken op zondag behalve wanneer dit uit de aard van de arbeid voortvloeit of de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken en het medezeggenschapsorgaan hiermee heeft ingestemd. Voorts is bepaald dat een werknemer op tenminste vier zondagen in elke

periode van 13 achtereenvolgende weken geen arbeid mag verrichten. Het onderhavige wetsvoorstel beoogt om in de situatie dat de bedrijfsomstandigheden werken op zondag noodzakelijk maken, werkgevers te verplichten om niet alleen instemming te vragen van het medezeggenschapsorgaan, maar vervolgens ook nog eens van iedere individuele werknemer.

De huidige verplichting om over het werken op zondag overeenstemming te bereiken met de OR of personeelsvertegenwoordiging dient ertoe om de bedrijfsbelangen af te wegen tegen de (collectieve) belangen van werknemers. Het is ongewenst om naast een dergelijke collectieve belangenafweging een instemmingsrecht van individuele werknemers te eisen. Dit leidt tot een uitholling van het collectief overleg. Ook ten aanzien van andere collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden, zoals de toeslag voor het werken op zondag, zou dit onwenselijke (kostenverhogende) gevolgen kunnen hebben. Er moet dan immers dubbel onderhandeld worden.

Wanneer echter sprake is van gewetensbezwaren tegen het werken op zondag is er, naar het oordeel van de RCO, sprake van een zodanig zwaarwegend individueel belang dat collectief gemaakte afspraken hiervoor moeten wijken. Naar het oordeel van de RCO genieten gewetensbezwaarden thans voldoende bescherming om zich tegen het werken op zondag te kunnen verzetten.

De schriftelijke behandeling van dit wetsvoorstel bewijst tevens de grote onduidelijkheid die dit wetsvoorstel creëert ten aanzien van de vraag voor welke sectoren, bedrijven en functies het nieuwe vereiste van instemming van de werknemer voor het werken op zondag zou moeten gelden. Dit hangt samen met de discussie over de vraag of in het concrete geval de zondagsarbeid voortvloeit uit de aard van de arbeid of de bedrijfsomstandigheden. In de Memorie van Toelichting werd slechts een beperkt aantal sectoren genoemd waar de zondagsarbeid voortvloeit uit de aard van de arbeid. In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt aangegeven dat horeca, recreatie, toerisme en kerkelijke functies door de indieners ook onder 'aard van de arbeid' wordt gerekend. Hetzelfde geldt voor schoonmaakbedrijven of cateraars in de gezondheidszorg, maar voor deze laatste sectoren wordt geen algemene uitzondering gemaakt. Andere sectoren en functies die naar hun aard (soms) arbeid op zondag noodzakelijk maken, zoals de tuinbouw, tentoonstellingsbouw, servicemonteurs en de detailhandel, worden niet vermeld. Dit leidt tot grotere onzekerheid over de vraag of werknemers in concrete situaties hun instemming met zondagsarbeid kunnen weigeren.

Ten aanzien van de detailhandel is van belang dat dit de enige sector is waarvoor de openstelling door wetgeving wordt beheerst. De Winkeltijdenwet maakt openstelling op zondag binnen nadere grenzen mogelijk. Naar het oordeel van de RCO impliceert dit dat het in casu de aard van de arbeid is die tot openstelling op zondag resp. zondagsarbeid leidt en niet de bedrijfsomstandigheden.

Verantwoordelijkheid sociale partners

Tenslotte wijst de RCO er op dat de wetgever in de afgelopen jaren meerdere malen inbreuk heeft gemaakt op de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers om gezamenlijk afspraken te maken over het sociaal beleid in de onderneming en de

arbeidsvoorwaarden in het bijzonder. Verwezen wordt daarbij naar de Wet aanpassing arbeidsduur en het Wetsvoorstel arbeid en zorg. Werkgevers verliezen hierdoor steeds meer grip op de bedrijfsvoering waardoor een efficiënte en klantgerichte organisatie van het werk niet of nauwelijks meer tot de mogelijkheden behoort, met alle consequenties van dien voor de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven. De RCO vindt dit een zeer zorgelijke ontwikkeling.

Conclusie

Tegen de achtergrond van al het voorgaande doet de RCO een dringend beroep op u om uw steun aan dit wetsvoorstel te onthouden.

Evaluatie Arbeidstijdenwet

Op afzienbare termijn zal de Arbeidstijdenwet worden geëvalueerd. Onlangs is ten behoeve van deze evaluatie een uitvoerig onderzoeksrapport verschenen. Dit is naar het oordeel van de RCO een reden te meer om dit initiatief te verwerpen.

Een afschrift van deze brief wordt gezonden aan de indieners van dit wetsvoorstel, de minister en staatssecretarissen van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de minister van Economische Zaken.

Hoogachtend,

RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Namens MKB-Nederland

Mr. J.H. Schraven
Voorzitter

Drs. J. de Boer
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos
Voorzitter

Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO

Aan de Voorzitter en leden van de
Vaste Commissie voor Sociale Zaken
en Werkgelegenheid
Eerste Kamer der Staten Generaal
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer
01/15.703/071.01/Hg/Gau

Den Haag
10 oktober 2001

Onderwerp
Wetsvoorstel inzake zeggenschap van
werknemers over arbeidstijden
(nummer 27 224)

Telefoonnummer
070 349 02 23
E-Mail
hoogstraten@vno-ncw.nl

Geachte dames en heren,

Hierbij vraagt de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) uw aandacht voor de bezwaren die zijns inziens zijn verbonden aan bovenvermeld initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Bussemaker en Van Dijke.

De totstandkoming van nieuwe arbeidspatronen

De indieners van dit wetsvoorstel geven in de Memorie van Toelichting aan dat zij met dit wetsvoorstel beogen dat –gelet op de ontwikkelingen in de samenleving– meer rekening wordt gehouden met individuele omstandigheden van de werknemer bij de vaststelling van de werktijden.

De RCO hecht er aan te benadrukken dat de maatschappelijke ontwikkelingen inderdaad nopen tot meer maatwerk in arbeidstijdpatronen. Enerzijds omdat de behoefte toeneemt om arbeid te combineren met taken in de privé-sfeer. Anderzijds vanwege de behoefte van ondernemingen om de bedrijfstijd te verlengen of te verleggen respectievelijk de arbeidsduur te variëren. Beide ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de flexibiliteit en variëteit in arbeidsduur en arbeidstijden in de afgelopen jaren zijn toegenomen. Daartoe zijn in bedrijven nieuwe arrangementen tot stand gekomen die zowel aan de wensen van de werknemers als aan die van de bedrijven tegemoet komen. De nieuwe afspraken betreffen overigens niet alleen de werktijd, maar een breed scala van arbeidsvoorwaarden en een toenemend aantal keuzemogelijkheden daarbinnen. Voorbeelden daarvan zijn: kinderopvang, flexibele pensioenregelingen, diverse vormen van verlof en de mogelijkheid van verlofsparen. Het bedrijfsleven speelt daarmee in op de toenemende diversiteit aan wensen van werknemers ten aanzien van hun arbeidsvoorwaarden. Wensen die bovendien gedurende de levensloop –afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden– sterk kunnen variëren. Voor ondernemingen is deze diversiteit in arbeidsvoorwaarden van belang om werknemers 'te binden en te boeien'.

Zij doen dit op zodanige wijze dat de productie of de dienstverlening niet of zo weinig mogelijk wordt geschaad. Aldus ontstaan nieuwe rechten en plichten voor beide partijen.

Het thans voorliggende wetsvoorstel maakt inbreuk op deze zorgvuldig tot stand gekomen balans tussen werknemers en werkgevers door de juridische positie van werknemers bij de vaststelling van de werktijden te versterken en hen een individueel instemmingsrecht te geven ingeval van zondagsarbeid. Afhankelijk van de mate waarop in de praktijk een beroep op deze bepalingen gedaan zal worden, kan dit zeer verstrekkende gevolgen hebben voor de (efficiency van de) bedrijfsvoering van ondernemingen.

Juridische bezwaren

Ook zijn er zwaarwegende juridische bezwaren tegen het wetsvoorstel in te brengen. Daarbij kan ook gewezen worden op het advies van de Raad van State en de inbreng van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Hieronder worden deze bezwaren kort uiteengezet. Wij zijn voornemens u binnenkort uitgebreider over de juridische complicaties te informeren.

Artikel 4:1A

Voorgesteld wordt om in de Arbeidstijdenwet een nieuw artikel (4:1A) op te nemen, waarin de grotere zeggenschap van de werknemer ten aanzien van zijn werktijden is neergelegd. Hierin wordt de werkgever opgedragen, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, bij de vaststelling van de werktijden rekening te houden met de 'persoonlijke omstandigheden' van de werknemer. Dit begrip kan zeer breed worden uitgelegd, hetgeen bevestigd wordt in de nadere uitwerking: 'waaronder in elk geval begrepen de zorgtaken voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen'.

Naar het oordeel van de RCO dient bij de vaststelling van de werktijden primair te worden uitgegaan van de afspraken die daarover in de collectieve of individuele arbeidsovereenkomst zijn gemaakt. Daarnaast is de werkgever steeds gehouden zich als 'goed werkgever' te gedragen. Ten aanzien van de vaststelling van de werktijden betekent dat, dat in individuele gevallen soms een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van de werkgever en dat van de werknemer ten aanzien van het vast te stellen arbeidspatroon. Het gaat hierbij uitdrukkelijk om een afweging op basis van redelijkheid en billijkheid.

Gezien de ruime uitleg van het begrip 'persoonlijke omstandigheden' in dit artikel, moet gevreesd worden voor een toename van arbeidsconflicten in bedrijven en als gevolg daarvan juridische procedures.

In lid 2 van het voorgestelde artikel 4:1A wordt de werkgever, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, verplicht de arbeid zodanig te organiseren dat in een 'bestendig en regelmatig patroon' kan worden gewerkt. Ook over de betekenis van dit nieuw geïntroduceerde juridische begrip tast de RCO in het duister.

Welke consequenties kunnen hieruit bijvoorbeeld voortvloeien voor een zorgvuldig en in overleg tot stand gekomen ploegdienstregeling? Of een werktijdenregeling waarbij

werknemers zoveel mogelijk werken op de door hen zelf aangegeven werktijden? Deze laatste zijn per definitie onbestendig en onregelmatig.

Artikel 5:4

In het voorgestelde artikel 5:4, eerste lid wordt bepaald dat de werknemer uitsluitend arbeid op zondag verricht indien hij daarmee instemt. Deze instemming is vereist als de bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken en het medezeggenschapsorgaan hiermee heeft ingestemd. Cruciaal is derhalve of de arbeid op zondag uit de 'aard van de arbeid' of uit de 'bedrijfsomstandigheden' voortvloeit. Bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer is (nogmaals) vastgesteld dat de grens tussen deze twee situaties niet steeds duidelijk te trekken is. In de huidige praktijk leidt dat niet tot problemen. Indien er echter, overeenkomstig het wetsvoorstel, aan deze twee situaties verschillende rechtsgevolgen verbonden worden, zullen er naar verwachting wel conflicten over ontstaan die voor de rechter moeten worden uitgevochten of door de werkgever moeten worden afgekocht via veel hogere toeslagen.

De RCO is van oordeel dat de thans bestaande regeling in de Arbeidstijdenwet werknemers voldoende bescherming biedt bij arbeid op zondag. In geval bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken dient in de eerste plaats het medezeggenschapsorgaan er mee in te stemmen. Vervolgens kan een individuele werknemer die bezwaar heeft tegen het werken op zondag de werkgever daarvan in kennis stellen. Als zondagsarbeid niet in de arbeidsovereenkomst is bedongen en het bezwaar van de werknemer opweegt tegen het belang van het bedrijf zal de werkgever de werknemer moeten vrijstellen van zondagsarbeid. Mochten werkgever en werknemer niet tot overeenstemming komen dan zal de rechter de belangen van werkgever en werknemer tegen elkaar afwegen. Indien een werknemer op grond van zijn religieuze overtuiging een gewetensbezwaar heeft tegen het werken op zondag biedt de Aanbeveling inzake gewetensbezwaren van de Stichting van de Arbeid uit 1990 bescherming in samenhang met artikel 681 BW. In dit artikel is bepaald dat opzegging van de dienstbetrekking wegens het enkele feit dat een werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten kennelijk onredelijk is.

Tenslotte wordt verwezen naar de recent uitgebrachte evaluatie van de Arbeidstijdenwet. Hieruit blijkt geenszins dat er zich op het punt van de zondagsarbeid in de praktijk problemen voordoen.

Conclusie

Naar het oordeel van de RCO leidt aanvaarding van het onderhavige wetsvoorstel tot onnodige en ongewenste organisatorische en juridische complicaties. Een betere afstemming van individuele werktijdpatronen aan verplichtingen in de privé-sfeer vindt ook thans reeds op grote schaal plaats vanuit het belang van werkgevers om motiverende arbeidsvoorwaarden te bieden en een grotere flexibiliteit te creëren bij de inzet van werknemers.

De huidige wetgeving, ten aanzien van het werken op zondag, biedt werknemers de mogelijkheid om, indien bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken en het medezeggenschapsorgaan daarmee heeft ingestemd, zondagsarbeid te weigeren indien daarvoor gegronde redenen aanwezig zijn en de zondagsarbeid niet reeds in de arbeidsovereenkomst is bedongen.

Op basis van bovenstaande overwegingen geeft de RCO u in overweging uw steun aan dit wetsvoorstel te onthouden.

Een afschrift van dit commentaar is tevens gezonden aan de indieners van dit wetsvoorstel en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Hoogachtend,

RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Mr. J.H. Schraven
Voorzitter

Namens MKB-Nederland

Drs. J. de Boer
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos
Voorzitter

Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO

Aan de Voorzitter en leden van de
Vaste Commissie voor Sociale Zaken
en Werkgelegenheid
Eerste Kamer der Staten Generaal
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer
01/16.097/078.01/Hg/dg

Den Haag
29 oktober 2001

Onderwerp
Wetsvoorstel inzake zeggenschap van
werknemers over arbeidstijden
(nummer 27 224)

Telefoonnummer
070 349 02 23
E-Mail
hoogstraten@vno-ncw.nl

Geachte dames en heren,

Op 10 oktober 2001 zonden wij u het commentaar van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) op het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Bussemaker en Van Dijke. In dit schrijven gaven wij aan u binnenkort uitgebreider over de juridische complicaties van dit wetsvoorstel te willen informeren. Wij vroegen daartoe mr. R.A.A. Duk om zijn kanttekeningen bij dit wetsvoorstel te formuleren. Bijgaand treft u zijn reactie aan. De RCO beoogt hiermee een bijdrage te leveren aan een zorgvuldige beoordeling van het onderhavige wetsvoorstel.

Een afschrift van deze brief is gezonden aan de indieners van dit wetsvoorstel en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Hoogachtend,
RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Namens MKB-Nederland

Mr. J.H. Schraven
Voorzitter

Drs. J. de Boer
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos
Voorzitter

Aan het bestuur van de Vereniging VNO-NCW
Postbus 93002
2509 AA DEN HAAG
t.a.v. Mr. R.A.C. Blijlevens

Mr. R.A.A. Duk – advocaat
Telefoon: (070) 328 5 434
Fax: (070) 326 2 431
E-mail: raaduk@dbbw.nl

Den Haag, 24 juni 2002
Uw ref.: 01/15.543/126.01/RB1/Gau
Onze ref.: f:\060\10692029\b1201-060.doc\kb

Mijne heren,

Inzake: initiatiefvoorstel Bussemaker en Van Dijke

U heeft mij gevraagd om vanuit de arbeidsrechtelijke optiek enkele juridisch-technische kanttekeningen te plaatsen bij het Voorstel van wet (no. 27 224) dat ik hierboven kort heb aangeduid. Ik heb daartoe het voorstel zoals dat thans bij de Eerste Kamer aanhangig is, bestudeerd tegen de achtergrond van het daarover in de Tweede Kamer gevoerde schriftelijke en mondelinge debat. Daarbij zijn in de eerste plaats vragen van sociaal-politieke aard besproken. Daarbij strijden tegenstrijdige belangen om voorrang. Tegenover het belang van de werkgever bij een soepele en efficiënte organisatie van de werkzaamheden staan de belangen van werknemers die met hun persoonlijke situatie verband houden. Die belangen kan men sterk verschillend waarderen. Daarnaast is er de eveneens sociaal-politieke vraag of men op dit punt het voortouw wil laten nemen door de wetgever dan wel de maatschappelijke ontwikkelingen afwacht en met name beziet of waar nodig afspraken tussen de sociale partners tot stand

komen. Op dat soort punten ga ik in hetgeen hierna volgt, niet in. Ik neem daarom, **veronderstellenderwijs**, met de voorstellers tot uitgangspunt dat er aanleiding is op dit punt het evenwicht in het voordeel van de werknemer te wijzigen, zoals de kennelijke strekking van het voorstel is, zowel bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon als bij het werken op zondag. De door mij te beantwoorden, veeleer juridisch-technische vraag is welk effect op de juridische verhouding tussen partijen de voorgestelde bepalingen hebben.

Criterium voor de vaststelling van het arbeidstijdpatroon is dat de werkgever rekening houdt met persoonlijke omstandigheden, "voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd". Op zichzelf terecht hebben de voorstellers aangeduid dat zij dat criterium aan andere wetgeving hebben ontleend. Mij zijn verschillende bepalingen bekend waarin een dergelijk criterium wordt gehanteerd. Ook in de rechtspraak komt men dat criterium wel tegen, zoals bij de toespitsing van de eisen van goed werkgeverschap. De vraag is echter of met dat criterium, met name voor gevallen als hier aan de orde, een handzaam criterium gegeven wordt.

Ik beantwoord die vraag ontkennend. Ik heb met het criterium relatief veel van doen gehad voor de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden, waarin dat criterium en vergelijkbare criteria in sterke mate voorkomen. Telkens weer leert de praktijk dat niet goed valt te voorspellen wat de redelijke afweging volgens de rechter in een concreet geval meebrengt. Dat geldt zeker wanneer, zoals hierboven in het voorbijgaan aangestipt, uiteenlopende sociaal-politieke belangen een rol spelen. De waarde van de verschillende argumenten laat zich daarom niet kwantificeren, en daarom is het gebruikelijke beeld van afweging van belangen eigenlijk onjuist.

De initiatiefnemers hebben niet concreet willen aangeven in welke gevallen en in welke mate de werkgever aan de wensen van een werknemer geen doorslaggevende betekenis behoeft toe te kennen. Dat betekent dat het probleem van de beleidsmatige afweging van die belangen in feite op de rechter wordt afgewenteld. Dat is, ook bij een criterium als hier voorgesteld, mogelijk wanneer uit de wettelijke bepaling of het toepasselijke wettelijke systeem genoegzaam blijkt hoe de wetgever de verschillende betrokken belangen waardeert. Immers, dan heeft het werk van de rechter in veel sterkere mate een min of meer (eigen) waardenvrij karakter en is het niet, onvermijdelijk, al te zeer door de eigen waarden van de beoordelende instantie gedreven.

In het initiatiefvoorstel wordt er verder voor gekozen de mede door de werkgever in de afweging te betrekken persoonlijke omstandigheden niet limitatief op te sommen. Daarover vallen twee opmerkingen te maken.

Onduidelijk is wat het bestaan van, bij voorbeeld, zorg(taken) voor kinderen in dit verband meebrengt. De vraag is namelijk niet of de werkgever daarmee rekening moet houden, maar **in hoeverre** dat hem ertoe noopt een ander arbeidstijdpatroon voor de werknemer vast te stellen dan hij zelf zou prefereren.

In het voorstel worden ook "maatschappelijke verantwoordelijkheden" genoemd. Ik zet die af tegen de zorg(taken) voor kinderen, omdat duidelijk lijkt dat de persoonlijke omstandigheden van sterk

uiteenlopende aard kunnen zijn en daarom het afwegingsproces dat de wettelijke bepaling voorschrijft, des te minder eenvoudig toe te passen is.

In dat verband verdient nog opmerking dat persoonlijke omstandigheden zich kunnen wijzigen, en vaak vrij snel. Dat zou betekenen dat de voorgestelde norm ertoe kan leiden dat het arbeidstijdpatroon voor de werknemer met betrekkelijk korte intervallen telkens weer anders zou moeten worden vastgesteld. In de Wet aanpassing arbeidsduur, die een min of meer vergelijkbaar criterium stelt, is (juist daarom) gekozen voor een benadering waarbij een verzoek tot wijziging slechts met zekere, aanzienlijke tussenruimtes kan worden gedaan.

Opmerkelijk is dat sprake is van "het arbeidstijdpatroon". Min of meer incidentele omstandigheden in de sfeer van de persoonlijke omstandigheden kunnen daarbij niet worden betrokken. Ook daarmee zal een rechter echter rekening moeten houden, bij voorbeeld bij het verlenen van al dan niet betaald verlof. Dat betekent dat voor dergelijke incidenten moet worden teruggevallen op het criterium van het goed werkgeverschap. Constateert men dat, dan ligt de conclusie voor de hand dat niet snel valt in te zien wat de voorgestelde bepaling precies **toevoegt** aan wat toch al op grond van de eisen van goed werkgeverschap geldt.

Onduidelijk is tegen welke misstanden Artikel 4:1A, lid 1, zich precies bedoelt te richten. In de eerste plaats is het begrip "bestendig en regelmatig patroon" voor velerlei uitleg vatbaar. Men kan immers bestendigheid en regelmaat hebben in tal van soorten en maten. Verder leidt het woordje "mede" in de betrokken zinsnede van het artikellid tot onduidelijkheid, omdat daarmee niet wordt gezegd wat nog meer bij de vaststelling een rol kan spelen.

Ook hier geldt weer dat de organisatie rekening moet houden met de eisen van het patroon "voor zover dat redelijkerwijs van (de werkgever) kan worden gevergd". Voor dat criterium is de kritiek die ik hierboven heb verwoord op art. 4:1A, lid 1, van overeenkomstige toepassing. Opmerkelijk is overigens dat hier de "verantwoordelijkheden" op geen enkele wijze worden gedefinieerd. Onduidelijk is verder waarom in dit artikellid van **verantwoordelijkheden** wordt gesproken en in het voorafgaande van persoonlijke **omstandigheden**.

Uit het parlementair debat blijkt dat, indien het voorstel wet wordt, van belang wordt hoe moet worden onderscheiden tussen arbeid op zondag die door de aard van die arbeid wordt gevergd en arbeid op zondag die door de omstandigheden van het bedrijf wordt gevergd. Uit het parlementaire debat blijkt niet dat dit criterium diep doordacht is. In de visie van de initiatiefnemers zou de inhoud daarvan zich in de loop der tijd kunnen ontwikkelen, in die zin dat wat thans wordt gebracht onder de bedrijfsomstandigheden, in de toekomst aan de aard van de arbeid zou kunnen worden toegerekend, én omgekeerd. Dat beide begrippen in de huidige wet naast elkaar bestaan, is geen groot probleem omdat de onderscheiding tussen beide categorieën daarin geen rol speelt. Mij komt voor dat een criterium als het onderhavige niet hanteerbaar is als het niet deugdelijk wordt gedefinieerd. Daarbij zij bedacht dat het wezenlijk is dat op dit punt duidelijkheid bestaat omdat een werknemer die ten onrechte zondagsarbeid zou weigeren, wegens werkweigering op staande voet kan worden ontslagen. Zo is mij onduidelijk of (resp. wáárom) van bezoek aan horecagelegenheden en museumbezoek op zondag kan worden gezegd

dat de aard van de arbeid openstelling vergt; er is op zichzelf niets tegen dat sluiting van een museum of een horecagelegenheid op zondag uitsluit, zoals dat bij continuarbeid evident wel het geval is.

Een ander onduidelijk punt in de voorgestelde tekst van art. 5:4, eerste lid, is dat van de woorden "voor dat geval". Bij een enge interpretatie zou de werknemer van zondag op zondag met het werken op die opvolgende zondagen moeten instemmen. Dat is niet de bedoeling, maar daarmee rijst de vraag waar de reeks (begint en) eindigt. Duidelijk is dat die reeks niet is geëindigd wanneer de werknemer met zekere vaste intervallen op zondag werkt. Zo kan men zich een bepaling voorstellen op grond waarvan een werknemer er rekening mee moet houden dat hij bij voorbeeld gedurende 23 of 28 weken gedurende het weekend moet werken. Bij de aard van de arbeid zal overigens vaak gelden dat die arbeid wel vergt dat **enig** werk wordt gedaan, maar in het midden laat in welke **omvang** dat gebeurt. Ook als men het er over eens is dat er op zondag politie moet worden ingezet, dan nog kan men van mening verschillen over de mate waarin die inzet moet plaatsvinden. Geldt daarvoor eenmaal een vast patroon, zoals in de rede ligt, dan kan er bijzondere gelegenheden aanleiding zijn dat patroon te wijzigen des dat op een bepaalde zondag juist aanzienlijk meer politieagenten ingezet worden. Onduidelijk is of in dat geval de werkgever het standpunt kan innemen dat ook die extra inzet door de aard van de arbeid wordt gevergd.

Kort en goed: het voorstel roept tal van wezerlijke vragen op die zich niet aan de hand van de wettekst of de wetgeschiedenis met zekerheid laten beantwoorden. Daarom is de conclusie gerechtvaardigd dat het wetsvoorstel grote onzekerheid brengt.

Door de initiatiefnemers is nog gezegd dat vergelijkbare wetgeving evenmin tot veel procedures aanleiding heeft gegeven. Die opmerking is niet relevant, zolang niet deugdelijk is onderzocht waaraan dat is toe te schrijven. Wat de Wet aanpassing arbeidsduur betreft zijn twee belangrijke factoren aan te wijzen. De eerste factor is dat een werknemer tot voor kort gemakkelijk met de voeten kon stemmen in die zin dat hij of zij ander werk kon aanvaarden als de werkgever een ongewenst arbeidspatroon hanteerde. Ook zonder wettelijke grondslag had de werknemer dan een sterke onderhandelingspositie. Niet minder belangrijk is het tegenovergestelde effect, hierin bestaande dat juist de onzekerheid over de afloop van een procedure een werknemer er voor doet terugschrikken een dergelijke procedure aan te vangen. Voor problemen van werknemers met het voor hen vastgestelde arbeidspatroon dan wel het werken op zondag zal naar alle waarschijnlijkheid in belangrijke mate het tweede een rol spelen. Bij gebreke van een duidelijke norm zal slechts een enkele werknemer het conflict aandurven. Dat betekent dat de wet, zo deze wordt aangenomen en ingevoerd, grote onzekerheid kan creëren. Daardoor is het bepaald de vraag of de nagestreefde evenwichtsverschuiving per saldo werkelijk in de door de voorstellers gewenste richting zal uitwerken. Tegenover het enkele geval waarin de rechter de wons van de werkgever zal doorbreken, kunnen immers meer gevallen staan waarin een vergeefs beroep op de bepaling de arbeidsverhouding juist verstoort. Juist omdat een dergelijke verstoring in het arbeidsrecht onwenselijk is, dienen waar ongszins mogelijk duidelijke criteria te worden gehanteerd. Regeling langs andere weg dan de voorgestelde vage normen ligt dan ook bij het onderwerp in kwestie bepaald meer voor de hand.

Mocht u behoefte hebben aan nader overleg over deze interessante, maar niet eenvoudige materie, dan houd ik mij daarvoor beschikbaar.

Hoogachtend,

R.A.A. Duk

Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO

Aan de voorzitter en leden van de
Vaste Commissie voor Sociale Zaken
en Werkgelegenheid
Eerste Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer
02/10.572/02-012/RBI/Gau

Den Haag
29 januari 2002

Onderwerp
Wetsvoorstel inzake zeggenschap van
werknemers over arbeidstijden (nummer
27 224)

Telefoonnummer
070 349 02 10
E-Mail
blijlevens@vno-ncw.nl

Geachte dames en heren,

Op 10 oktober 2001 zonden wij u het commentaar van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) op het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Bussemaker en Van Dijke. Bij brief van 29 oktober 2001 hebben wij u in aanvulling daarop de kanttekeningen van mr. R.A.A. Duk bij dit wetsvoorstel toegezonden.

Naar het oordeel van de RCO leidt aanvaarding van het onderhavige wetsvoorstel tot onnodige en ongewenste organisatorische en juridische complicaties. Uit bijgaand Manifest, dat indertijd namens 130.000 ondernemingen aan de Tweede Kamer is aangeboden, moge blijken hoe onwerkbaar de voorstellen worden gevonden. Afhankelijk van de mate waarop in de praktijk een beroep op deze bepalingen gedaan zal worden, kleven er zeer verstrekkende gevolgen aan dit wetsvoorstel voor de (efficiency van de) bedrijfsvoering van ondernemingen. Er wordt inbreuk gemaakt op de zorgvuldig tot stand gekomen balans tussen werknemers en werkgevers door de juridische positie van werknemers bij de vaststelling van de werktijden te versterken en hen een individueel instemmingsrecht te geven ingeval van zondagsarbeid.

Een betere afstemming van individuele werktijdpatronen aan verplichtingen in de privé-sfeer vindt ook thans reeds op grote schaal plaats vanuit het belang van werkgevers om motiverende arbeidsvoorwaarden te bieden en een grotere flexibiliteit te creëren bij de inzet van werknemers.

Inmiddels is er een Memorie van Antwoord van de indieners verschenen, die tevens is voorzien van een bijlage waarin de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

namens het kabinet zijn visie heeft gegeven. Uw commissie heeft besloten tot een Nader Voorlopig verslag.

Vanwege het belang van de zaak hechten wij eraan nogmaals uw aandacht te vragen voor de ver strekkende consequenties van het thans voorliggende wetsvoorstel en zullen onderstaand vooral ingaan op de juridische bezwaren tegen het wetsvoorstel en op de procedure van behandeling in het licht van de evaluatie van de Arbeidstijdenwet.

Juridische bezwaren

Reeds eerder zijn zwaarwegende juridische bezwaren tegen het wetsvoorstel ingebracht. Deze vloeien voort uit de introductie van een groot aantal nieuwe en onduidelijke begrippen, zoals 'persoonlijke omstandigheden', 'maatschappelijke verantwoordelijkheden' en een 'bestendig en regelmatig patroon'. Gevreesd moet worden voor een toename van arbeidsconflicten in bedrijven en als gevolg daarvan juridische procedures. Mr Duk geeft een aantal voorbeelden van situaties waarin de rechter voor een beleidsmatige afweging van belangen zal komen te staan. Naarmate de wetgeving onduidelijker is, neemt de kans op onenigheid tussen werkgever en werknemers toe. Het is dan uiteindelijk aan de rechter om een uitspraak te doen. De wetgever heeft de rechter onvoldoende aanwijzingen gegeven om een waarde vrije wijze te doen, aldus Mr. Duk. Daardoor rest hem niets anders dan op grond van een persoonlijke beoordeling van de feiten tot een oordeel te komen. Daarmee wordt een probleem af op de rechterlijke macht en worden werkgevers en werknemers afhankelijk van de persoonlijke opvattingen van de rechter. Dit kan leiden tot willekeur en uitaard een ongewenst belasting van de rechterlijke macht. .

Een ander punt waar mr. Duk op wijst, is dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer vaak en snel kunnen wijzigen. Moet de werkgever het arbeidspatroon van de betreffende werknemer dan steeds opnieuw wijzigen als de werknemer daarom vraagt?

Het wetsvoorstel verplicht werkgevers ook om de arbeid zo te organiseren dat de werknemer in een 'bestendig en regelmatig' patroon kan werken, 'mede met het oog op diens verantwoordelijkheden buiten de arbeid'. Deze verplichting wordt ook ingeperkt via de toevoeging 'voor zover dat redelijkerwijs van hem geveerd kan worden'. Deze omschrijving kan gemakkelijk leiden tot veel verwarring. Wanneer is sprake van een regelmatig en bestendig patroon? Wat is de betekenis van het woordje 'mede'? Op grond van welke waarden of argumenten moet een afweging worden gemaakt? Wat kan wel en wat kan niet van de werkgever worden geveerd? De wetgever laat het antwoord hierop uiteindelijk aan de rechter over. Evenmin wordt helder gemaakt wat wordt verstaan onder 'verantwoordelijkheden'. Is dat hetzelfde als persoonlijke 'omstandigheden'?

Bij zondagsarbeid worden rechtsgevolgen verbonden aan de situatie of de arbeid op zondag uit de 'aard van de arbeid' of uit de 'bedrijfsomstandigheden' voortvloeit. Reeds eerder is bij de behandeling van dit wetsvoorstel vastgesteld dat de grens tussen deze twee situaties niet steeds duidelijk te trekken is. In de huidige praktijk leidt dat niet tot problemen, maar als er zoals gezegd overeenkomstig het wetsvoorstel, aan deze twee situaties verschillende rechtsgevolgen verbonden worden, zullen er naar verwachting wel

conflicten over ontstaan die voor de rechter moeten worden uitgevochten of door de werkgever moeten worden afgekocht via veel hogere toeslagen.

Evaluatie Arbeidstijdenwet

De RCO heeft het verband gelegd met de evaluatie van de Arbeidstijdenwet. In het voorlopig verlag is de vraag opgeworpen of het onderhavige wetsvoorstel daar niet bij zou moeten worden betrokken. De beantwoording door de indieners overtuigt niet. Ze spreken van 'het herstellen van een weeffout in de huidige Arbeidstijdenwet, in lijn met de bedoelingen van de wetgever in 1995'. Daarmee erkennen zij het verband. In dat licht is het dan hoogst merkwaardig dat men weeffouten zou willen herstellen zonder de resultaten van een evaluatie af te wachten. Wij wijzen u dan ook op de opmerking van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, waar hij namens het kabinet stelt (citaat): " dat het verstandig was geweest om met dit wetsvoorstel te wachten totdat de behandeling van de evaluatie van de Arbeidstijdenwet in de Tweede Kamer had plaatsgevonden en de SER naar aanleiding van een verzoek daartoe van het kabinet, hierover advies heeft uitgebracht." Het is de RCO bekend dat het kabinet een adviesaanvraag aan de SER in voorbereiding heeft.

De RCO doet een klemmend beroep op u niet in te stemmen met het wetsvoorstel, de behandeling op te schorten en het daarheen te leiden dat het onderhavige wetsvoorstel wordt betrokken bij de adviesaanvraag aan de SER over de evaluatie van de Arbeidstijdenwet.

Een afschrift van deze brief is gezonden aan de indieners van dit wetsvoorstel en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Hoogachtend,

RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Namens MKB-Nederland

Mr. J.H. Schraven
Voorzitter

Drs. J. de Boer
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos
Voorzitter

Publicatieoverzicht

Advies Verruiming zeggenschap werknemers over arbeidstijden 2002, 68 pp., ISBN 90-6587-839-4, bestelnr. 02/14	€ 5,65	Advies Aanvullend advies Nieuwe Pensioenwet 2002, 58 pp., ISBN 90-6587-811-4, bestelnr. 02/01	€ 5,65
Advies Bemiddeling financiële diensten 2002, 94 pp., ISBN 90-6587-838-6, bestelnr. 02/13	€ 6,80	Advies Nationaal Milieubeleidsplan 4 2001, 58 pp., ISBN 90-6587-807-6, bestelnr. 01/08	€ 5,65
Advies Koersen op vernieuwing 2002, 90 pp., ISBN 90-6587-837-8, bestelnr. 02/12	€ 5,65	Advies Vijfde Nota Ruimtelijke Ordening 2001, 114 pp., ISBN 90-6587-802-5, bestelnr. 01/07	€ 6,80
Advies Normering piekblootstelling organische oplosmiddelen 2002, 48 pp., ISBN 90-6587-836-X, bestelnr. 02/11	€ 5,65	CSED-rapport: Levensloopbanen: gevolgen van veranderende arbeidspatronen 2001, 140 pp., ISBN 90-6587-797-5,	€ 6,80
Advies Het nieuwe leren 2002, 118 pp., ISBN 90-6587-826-2, bestelnr. 02/10	€ 6,80	Advies Nieuwe Pensioenwet 2001, 222 pp., ISBN 90-6587-790-8, bestelnr. 01/06	€ 10,20
Advies Innovatie voor duurzaam voedsel en groen 2002, 88 pp., ISBN 90-6587-827-0, bestelnr. 02/09	€ 5,65	Advies Natuur voor mensen, mensen voor natuur 2001, 66 pp., ISBN 90-6587-783-5, bestelnr. 01/05	€ 5,65
Advies Sociaal-economisch beleid 2002-2006 2002, 288 pp., ISBN 90-6587-821-1, bestelnr. 02/08	€ 12,45	Advies Arbeidsmobiliteit in de EU 2001, 142 pp., ISBN 90-6587-777-0, bestelnr. 01/04	€ 6,80
Advies Nationale strategie voor duurzame ontwikkeling 2002, 36 pp., ISBN 90-6587-823-8, bestelnr. 02/07	€ 5,65	Advies Nationaal Verkeers- en Vervoersplan 2001-2020 2001, 84 pp., ISBN 90-6587-776-2, bestelnr. 01/03	€ 5,65
Advies Nieuwe risico's 2002, 100 pp., ISBN 90-6587-824-6, bestelnr. 02/06	€ 6,80	ALGEMEEN	
Advies Werken aan arbeidsgeschiktheid 2002, 366 pp., ISBN 90-6587-818-1, bestelnr. 02/05	€ 14,75	SER-adviezen Een jaarabonnement op adviezen die de SER uitbrengt	€ 90,75
Advies Nationale CO₂-emissiehandel in Europees perspectief 2002, 64 pp., ISBN 90-6587-817-3, bestelnr. 02/04	€ 5,65	SER-bulletin Maandelijks uitgave met nieuws en informatie over de SER en de Stichting van de Arbeid Abonnement per kalenderjaar	€ 24,95
Rapport Witte vlekken op pensioengebied, quick scan 2001 2002, 94 pp., ISBN 90-6587-815-7, februari 2002	€ 6,80	De Sociaal-Economische Raad belicht (folder)	gratis
Advies Steden op koers 2002, 86 pp., ISBN 90-6587-813-0, bestelnr. 02/03	€ 5,65	Knipselkrant Achtergrondartikelen en commentaren op sociaal-economisch gebied uit de dag- en weekbladen (dagelijks). Jaarabonnement	€ 90,75
Advies EU en vergrijzing 2002, 96 pp., ISBN 90-6587-812-2, bestelnr. 02/02	€ 6,80	<p>Alle uitgaven zijn te bestellen door overmaking van de vermelde prijs op gironummer 333281 ten name van de SER te Den Haag, onder vermelding van bestelnummer of titel. Op aanvraag zenden wij u gratis een uitgebreid publicatieoverzicht toe. Telefoon 070 - 3 499 505.</p>	

The logo for the Sociaal-Economische Raad (SER) features the letters 'SER' in a bold, yellow, sans-serif font. The letters are set against a dark blue rectangular background that has a fine, white, grainy texture. Above this blue rectangle, there are three horizontal yellow lines of varying thickness, creating a decorative header element.

Sociaal-
Economische
Raad

Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag

ISBN 90-6587-839-4 / CIP