

Afscheidsrede

Prof. Mr. Leonard G. Verburg

18 juni 2021 (uitgesproken versie)

1. Met deze afscheidsrede sluit ik mijn Nijmeegse tijd af. Het afscheid is overigens relatief. Onze rechtenfaculteit vormt een maatschappelijk verantwoord samenwerkingsverband met familiaal regime. Een afscheid duurt slechts tot men elkaar weer treft. De finish in Nijmegen is een gezichtspunt, een kwestie van perspectief.
2. Met die laatste woorden beland ik bij de titel van deze rede. Perspectief is een belangrijk gezichtspunt. Het menselijk beweeg is complex, niet altijd consistent en soms ietwat chaotisch. Mensen zijn in hun taalgebruik soms zo tegenstrijdig dat ik in zakelijk verband vooral ook ben gaan letten op wat mensen deden. Ja zeggen en neen doen komt overigens in verschillende varianten voor. Ik citeer een vertaalde passage uit *Wolf Hall* van Hilary Mantel: 'Wolsey zei altijd dat het sluiten van het verdrag het verdrag is. Het maakt niet uit wat de afspraken inhouden, alleen dat ze worden gemaakt. Het gaat om de bereidheid. Als die is uitgeput, wordt het verdrag verbroken, wat de afspraken ook behelzen.' Het is ja zolang het op gevoelsniveau ja is, daarna is het neen, wat de afspraken ook zijn. Ons ontslagrecht worstelt met deze zienswijze.
3. Ik wil eerst wat gedachten met u delen over het belang van het perspectief. Vervolgens storten wij ons op het gekrakeel over de arbeidsmarkt.
4. Misschien denkt u dat in mijn tijd als advocaat het perspectief geen bijzondere aandacht vroeg. De advocaat heeft het belang van zijn cliënt(e) te dienen. Maar dat is maar een deel van het verhaal. Het gediende perspectief beweegt zich vaak in een omgeving vol betwiste feiten en belangen en zie dan maar een begaanbaar pad te vinden. Waar veel belangen in één spanningsveld bijeen komen, is het dringen en maakt het wel degelijk uit waar je in het veld plaats neemt.
5. Voor de rechtswetenschapper ligt het perspectief lastiger. In onderzoek is het streven gericht op het vinden van de waarheid. Maar die laat zich niet altijd makkelijk vinden. Waar veel mensen elkaar ontmoeten, kent de waarheid meestal vele gezichten, ook als ik de verwijzing naar *alternative facts* buiten beschouwing laat. Het is belangrijk te weten vanuit welk

gezichtspunt iemand naar de feiten kijkt en waarom iemand dit perspectief kiest om te kunnen duiden wat iemand zegt en waarom hij dat zegt.

6. De rechtswetenschapper moet helder zijn over zijn invalshoeken. Dit geldt voor maatschappelijk belangrijke en politiek beladen rechtsgebieden in verhoogde mate. Het arbeidsrecht is zo'n rechtsgebied.
7. Welk abstractieniveau kies je bijvoorbeeld bij onderzoek naar de arbeidsmarkt? Ga je tussen de partijen staan of kies je een vogelperspectief. Natuurlijk, je bekijkt alles van alle kanten. Maar hoe hoog of abstract is de polsstok? Op wereldschaal geredeneerd is de mensheid er in de laatste decennia in geslaagd vele honderden miljoenen nieuwe arbeiders aan te boren en is de regio van Zuid Oost Azië tot nader order de fabriek van de wereld. Op Europese schaal zijn de later toegetreden EU-lidstaten uit Oost Europa zowel voor ons fabriek geworden als ook – geografie maakt wel degelijk uit - leverancier van goedkopere arbeid hier. Totdat de levensstandaard daar op soortgelijk niveau zal zijn gekomen. En wat dan? De EU is als vehikel voor vrede nooit bedoeld om ooit af te zijn.
8. Ligt de fabriek van de toekomst, alleen al ter voorkoming van overspoelende migratie, in Afrika?
9. Welk perspectief kiest u: dat van de factor arbeid hier, de factor arbeid in de EU of daarbuiten, de factor kapitaal (sowieso grenzeloos) of dat van uw achtertuin? Of is het robots hier of een fabriek daar als het kan en migratie als het moet?
10. Binnen het arbeidsrecht spelen veel belangen. Soms gaan ze gelijk op, vaak botst het een met het ander. Het arbeidsrecht is gericht op ongelijkheidscompensatie. Maar ongelijkheden liggen niet altijd helder en veranderen in de loop der tijd. We vervullen bovendien tegelijkertijd verschillende rollen (consument, werknemer, ondernemer, burger, of post-corona fervent vakantieganger). We hebben politieke voorkeuren. Als wetenschapper moet je je politieke voorkeuren zoveel mogelijk terzijde leggen. Dit punt is nauw verbonden met de gedachte van zuiverheid van oogmerk.
11. Zuiverheid van oogmerk speelt vaak als het gaat over het verzekeren van zzp'ers. Wie (zoals het recente SER-akkoord) zegt dat de zzp'er tegen allerhande risico's verzekerd moet zijn, kan bedoelen dat dit in het belang is van de zzp'er. Maar het kan ook de bedoeling zijn het prijsvoordeel van de zzp'er ten opzichte van de werknemer weg te nemen. Soms weten

mensen niet eens of ze bij hun stelling dat de zzp'er verzekerd moet zijn de zzp'er tegen risico's willen beschermen of bedoelen hem uit de markt te prijzen. De een is begaan met het lot van de zzp'er die kansloos is bij het zoeken naar een vaste baan, de ander is boos op hem omdat hij niet meebetaalt aan het systeem van sociale zekerheid... Zoals ik al zei: de waarheid heeft vele gezichten.

12. Een ander voorbeeld. Het stakingsrecht is als sluitstuk op het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming een enorm belangrijk grondrecht en behoort volop ruimte te krijgen. Maar een stakingsactie kan ook bedoeld zijn een ondernemer kapot te maken om zo gevestigde marktpartijen te beschermen tegen concurrentie van buiten. Zo stelde de ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization van 10 juni 2008, een maand of zes na de geruchtmakende arresten van het HvJEU inzake Viking en Laval, geen toeval natuurlijk: "...that labour standards should not be used for protectionist trade purposes". Als protectionistische trekken overheersen, dan gaat het bij de stakingsactie veeleer om een economisch wapen. Bij een onzuiver oogmerk verschiet het stakingswapen van kleur – dat zie je als je het begrijpt - en kan het stakingsrecht maar zo het pleit verliezen van andere economische grondrechten als de vrijheid van diensten en ondernemerschap. Net op de valreep zag ik dat het EHRM een week terug ook op dit 'doel en strekking'-criterium hanteert.
13. Misschien is mijn interesse voor het perspectief aangewakkerd door de noodzaak me bij de overstap uit de advocatuur te verstaan met de vraag hoe ik voortaan naar arbeidsrechtelijke vraagstukken zou kijken en wat ik aan mijn studenten wilde doorgeven.
14. Het antwoord op de vraag naar mijn perspectief is te vinden in de Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit: eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid. Zo voelt het ook, maar dit zijn grote woorden en die zijn altijd vaag.
15. Ik bedien me daarom van hulpmiddelen. Oog voor het detail in de feiten, luisteren naar de verhalen achter de verhalen, achterhalen hoe het echt zit. Oog voor de menselijke maat en de positie van de zwakkere in de samenleving. Oog voor waterbedeffecten. Ruimte voor nieuwe standpunten. Relativeringsvermogen en een vleugje humor zijn essentieel. Het hart op de goede plek. Zonder empathie voor het menselijk beweeg heb je in het arbeidsrecht niets te zoeken.

16. Ik ga wel te rade bij het perspectief van het investeringsklimaat of, misschien scherper, het perspectief van de BV-Nederland. Ik doel niet op de verhouding tussen kapitaal en arbeid, maar heb het oog op de gedachte dat wat objectief gezien goed is voor de BV-Nederland ten goede komt aan onze werkgelegenheid en daarmee aan ons allemaal.
17. Ik geef een voorbeeld. In concerns is besluitvorming vaak een complex proces. Om recht te doen aan de medezeggenschap van ondernemingsraden bij Nederlandse dochtervennootschappen ontwikkelde de rechtspraak de leerstukken toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap van moedervernootschappen ten opzichte van de OR van de dochter. Mijn voorkeur gaat uit naar toerekening als het juridisch kan en medeondernemerschap slechts als het feitelijk moet. Waarom? Het is internationaal gezien 'onhandig' een buitenlandse moedervernootschap vanwege het bezit van 100% van de aandelen als medeondernemer van de onderneming van de Nederlandse dochter te beschouwen zonder dat die moedervernootschap daar feitelijk aanleiding toe gaf. Ik denk niet dat we de bestuurskamers elders in de wereld met een onnodig ruime interpretatie van medeondernemerschap voor ons winnen. Het is verstandiger een moedervernootschap alleen dan als medeondernemer te beschouwen, indien de moeder feitelijk op de stoel van het bestuur van haar dochter is gaan zitten.
18. Een ander voorbeeld. In een artikel van 25 hoogleraren ondernemingsrecht uit 2020 stond dat een massaontslag in goede tijden wellicht niet geoorloofd is. Dat 'wellicht' was een terechte toevoeging. De Nederlandse wetgever weet dat men het dak repareert als de zon nog schijnt. We kunnen ons een andere opvatting EU-rechtelijk ook niet veroorloven. Indien vanwege bedrijfseconomische redenen een massaontslag onontkoombaar is, vormt het financieel gezond zijn op zichzelf geen onoverkomelijk beletsel, mag dat althans niet zijn.
19. Bij onze aanpak van de toetsing van reorganisaties ligt wel een andere adder onder het gras. Wij hebben deze toetsing belegd bij het UWV, een overheidsinstelling.
20. De rechtspraak van het HvJEU wijst uit dat een stelsel van vergunningen alleen gerechtvaardigd is, als de criteria die de overheidsinstelling hanteert objectief, niet-discriminatoir en vooraf kenbaar en dus concreet zijn. Deze rechtspraak heeft al diverse lokale systemen van vergunningverlening in de EU omver gekegeld.

21. Op arbeidsrechtelijk terrein oordeelde het HvJEU in 2016 dat het Griekse systeem van vergunningen voor collectieve ontslagen geen stand hield wegens het ontbreken van dergelijke concrete criteria.
22. Een jaar of wat geleden heb ik zorgen geuit over de vraag of ons systeem van de toetsing van reorganisaties door het UWV door de Unierechtelijke beugel kan. Ik kon namelijk ondanks goed zoeken geen enkel concreet, objectief en vooraf kenbaar criterium vinden.
23. Een paar maanden terug overwoog het HvJEU dat het Belgische systeem van de erkenning van havenarbeiders slechts evenredig is aan het nagestreefde doel indien sprake is van objectieve en vooraf kenbare criteria. Dit arrest zit op de lijn van mijn zorg.
24. Het rapport van de Commissie Borstlap stelt dat nu al sprake is van ondernemersvrijheid bij het afslanken van het personeelsbestand om bedrijfseconomische redenen. Deze gedachte berust op een misverstand. Het UWV toetst wel degelijk, maar hanteert als criterium 'een zekere mate van terughoudendheid'. Er is een verschil tussen: 'U hebt de vrijheid af te slanken' en 'Ik toets of u mag afslanken, maar doe dat met een zekere mate van terughoudendheid'.
25. Een zeker mate van terughoudendheid is niet concreet. Er ligt dus een tijdbom onder een van de heiligste huisjes van ons ontslagrecht. Het is wachten op het moment dat onze claimcultuur deze bom detecteert.
26. Ons ontslagrecht duwt juist in de richting van vroegtijdig ingrijpen. Reorganisaties nemen lastig te voorspellen tijd en kosten mede daarom veel geld. Wellicht realiseren we ons dit niet zo goed meer, omdat veel ondernemingen een forse flexibele schil hebben. Zo'n schil vangt veel op en ving ook in coronatijd veel op. Ondernemingen nemen eerst massaal afscheid van de personen die in die schil zitten (flexibele arbeidsrelaties, zzp). Dat gaat snel, ook het afgelopen coronajaar, en de wet eist ook dat de flexibele schil als eerste wordt uitgezwaaid.
27. En hiermee verschuift mijn perspectief naar het thema van de vormgeving van onze arbeidsmarkt. Daarover zo meer.

Maar eerst een kort intermezzo

U weet wat framing is. Met deze communicatietechniek kiest men woorden (of beelden) die invloed uitoefenen op de manier waarop we naar de werkelijkheid kijken. Een briljant frame is het onderscheid tussen mens en dier. Woordenspel, want mensen zijn zoogdieren. We staan, in ieder geval in

onze mensenvisie, aan de top van de piramide en maken daar dus deel van uit. De Partij voor de Dieren is zo gezien in feite onze enige brede volkspartij. Laat ons het speelveld van mens & dier bij wijze van gedachteoefening bekijken vanuit het perspectief van een olifant. Niet willekeurig gekozen: Frans De Waal liet ons zien dat een olifant in de spiegel kan kijken. Als ik over straat loop, denk ik soms wel dat niet iedere mens dit kan, o neen dat was een eerdere versie.

Het ligt voor de hand dat de olifant alle levende wezens – inclusief de wezens die wij mensen noemen - indeelt in olifanten en dieren. Of denkt u dat de olifant er een driedeling van maakt: olifanten, dieren en mensen? Dan bent u weer aan het framen! Ik vermoed dat de olifant wel een opvatting heeft over de mens en dan vooral over onze hang naar ivoor. Ik denk dat de olifant deze interesse niet olifantwaardig vindt en de handel in ivoor graag onderwerpt aan een systeem van vergunningen met concrete vooraf kenbare criteria, waarbij een 'zekere mate van terughoudendheid' als criterium niet aanvaardbaar is.

28. Ik kom toe aan de arbeidsmarkt en de insiders/outsiders problematiek. In 2010 stelde ik in mijn oratie dat wij een lastig doordringbaar gordijn hadden neergelaten met aan de ene kant als insiders de vaste dienstverbanders en aan de andere kant als outsiders de flexwerkers en zzp'ers. Het ging toen om 28% outsiders. Inmiddels zitten we met 2,9 miljoen outsiders in de buurt van de 35%. Een artikel in de NRC kopte: "Vergeleken met landen om ons heen is Nederland koning, keizer, flex-admiraal".

29. Onder de radar ziet het beeld er nog minder fraai uit. Vooral laagopgeleiden hebben flexibele contracten. Zoals het CPB stelde: de nadelen die aan dit soort contracten zitten, komen vooral neer op de schouders van zwakkere groepen. Het Wetboek van Werk 2025 signaleerde het verschijnsel van de 'werkende armen': mensen met betaald werk onder de armoedegrens.

30. De Wet werk en zekerheid uit 2015 was op het punt van de insider/outsider problematiek een gevaarlijk experiment. De Wwz probeerde flex terug te dringen, maar maakte het vaste dienstverband in feite nog vaster. Terwijl bij flex en vast sprake is van communicerende vaten. Dan verwacht je over en weer water bij de wijn.

31. De Wet arbeidsmarkt in balans repareerde per 1 januari 2020 delen van de Wwz, maar is slechts een tussenstationnetje, of in de woorden van de

- Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer: een *eerste* stap naar *meer* balans op de arbeidsmarkt. Zo'n passage slaat twee vliegen in één klap: (i) de Wwz sloeg de plank mis en (ii) de WAB dicht slechts wat eerste gaten.
32. In april 2019 hoorde de Eerste Kamer deskundigen. Mevrouw Philippen stelde: "Iedereen aan deze tafel zal inmiddels wel weten dat de Nederlandse arbeidsmarkt letterlijk de meest gepolariseerde arbeidsmarkt ter wereld is, in termen van verschil in zekerheid tussen vast en flex." Zij kreeg steun van hoogleraar Verhulp. Hij refereerde aan het waterbedeffect dat er is "doordat vast zo verschrikkelijk vast is in Nederland en flex zo verschrikkelijk flex". Verhulp merkte op dat "Nederland het meest uiteengereten land is; de tijdelijke contracten zijn heel weinig beschermd, de vaste contracten zijn extreem beschermd".
 33. De Minister van Sociale Zaken schreef najaar 2019 dat de groei van zzp'ers hier veel sterker is dan in de landen om ons heen, terwijl die landen in vergelijkbare mate te maken hebben met zaken als globalisering en technologische ontwikkelingen. De groei van het aantal zzp'ers leek in onze regelgeving te liggen.
 34. Ook de Europese Raad, de OESO, het IMF en onze eigen Raad van State en Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid hebben op de rol van de institutionele inrichting van de Nederlandse arbeidsmarkt gewezen. De Commissie Borstlap stelde dat gesproken kan worden van een nieuwe 'sociale kwestie'. Met de toevoeging: "De oorzaak ligt voor een belangrijk deel in onze eigen wet- en regelgeving."
 35. Ik kan u verzekeren dat dit alles lang bekende kost is. Houweling noteerde in zijn commentaar op het rapport van de Commissie Borstlap: 'iemand moet hardop zeggen wat we niet willen horen (maar stiekem allang wisten)'. Stiekem was het overigens natuurlijk niet.
 36. Terwijl wij de groep outsiders laten uitdijen, stelt het HvJEU in arrest na arrest dat het genot van vaste dienstbetrekkingen een essentieel onderdeel is van werknemersbescherming.
 37. Geen enkel ander OESO land kent een preventieve toetsing van ontslagen. Dit systeem toont wantrouwen jegens werkgevers. Wie wantrouwen organiseert en zaait, zal wantrouwen oogsten.
 38. We hebben het huis van het vaste dienstverband zelf gebouwd, we kunnen het ook zelf verbouwen. Als u met mij graag ziet dat wij in dit prachtige land de problemen samen blijven aanpakken, is het zaak de insider/outsider problematiek samen op te lossen. Ik denk dat dit op termijn ook in uw eigen belang is.
 39. U weet daarbij dat de politieke agenda een eigen dynamiek kent. De historicus Blockmans beschreef in ander verband treffend wat ik met zo'n

zin bedoel: “Gevestigde elites vertonen de neiging om hun verworvenheden te beschouwen als vanzelfsprekende rechten, afgeleid van een onverstoorbare orde. [...]. Alleen massaal en aanhoudend protest van de onderdrukte klassen kon concessies afdwingen [...].”

40. Uit de verkiezingsprogramma's van eind 2020 bleek dat de meeste politieke partijen het ontslagrecht nagenoeg ongewijzigd willen laten... De coronatijden hebben laten zien dat we samen heel goed en snel urgente kwesties kunnen oplossen als de nood aan de man is. Kennelijk is het niet voldoende dat anderen nood ervaren en moet men het zelf aan den lijve ondervinden. Houden de politieke partijen hun kruid nog droog? Of gedragen ze zich zoals gevestigde elites altijd doen?
41. Als we niets doen aan het vaste karakter van het vaste dienstverband, zal de druk op flexibele arbeidsrelaties, driehoeksrelaties en zzp-constructies blijven bestaan. Wie daar iets aan doet zonder 'vast' minder 'vast' te maken, doet aan symptoombestrijding. Het bestrijden van symptomen voert tot meer regels die weer uitnodigen tot nieuwe pogingen tot omzeiling die weer voeren tot nog meer regels. Deze strijd is niet wenselijk en niet winbaar. Ik geef twee voorbeelden rondom dit thema.
42. Het eerste voorbeeld betreft het wetsvoorstel minimumtarief zzp van 2019.
43. Het doel was het garanderen van een bestaansminimum aan de zzp'er via een minimumuurtarief. Daar kan men op zich niet tegen zijn. Het voorstel ging uit van de gedachte dat opdrachtgevers op allerlei manieren proberen zzp'ers onder het bestaansminimum te betalen en voorzag daarom in forse administratieve verplichtingen en sancties.
44. Ik schets wat contouren. Opdrachtgevers en opdrachtnemers moesten voortaan per opdracht een gedetailleerde administratie bijhouden van gewerkte uren en gemaakte kosten. Het ging om zakelijke en particuliere opdrachtgevers en om alle zelfstandige opdrachtnemers ongeacht het uurtarief. Het voorstel brak in op de manier waarop partijen met elkaar contracteren. Dat ging vrij ver. Zo moest de opdrachtnemer bij een fixed fee aan de opdrachtgever precies vertellen hoe de opbouw in elkaar stak. Het voorstel bepaalde wat wel en niet declareerbare tijd is. Administraties kenden een bewaarplicht van 7 jaren. Dat gold ook voor bescheiden ten aanzien van de betaling.
45. Voor particuliere opdrachtgevers waren de verplichtingen lichter, maar ook de particulier moest administratie voeren die gedetailleerd toonde dat de zzp'er de minimumbeloning ontving en ook de particulier had een bewaarplicht van 7 jaar. Boetes moesten afschrikwekkend zijn.

46. Het oordeel van de VAAN/VvA commissie die ik mocht voorzitten was positief over een wettelijk minimumtarief. Omtrent het punt van de bestuurlijke handhaving luidde ons oordeel dat het voorstel voerde tot een bureaucratie van kafkaëske proporties. Angst voor boetes, dwangsommen en/of 'pietje-precies' handhaving en angst voor overmatige rompslomp, duwden de praktijk in de richting van circuits die zwart zijn of anderszins het daglicht slecht verdragen.
47. Wij tekenden dit op ruim vóóordat het rapport Ongekend Onrecht het licht zag en de toeslagenaffaire tot ontploffing kwam. Ongekend onrecht is wel een goede samenvatting van de aard en de omvang van de administratieve verplichtingen en sancties uit het voorstel. De plannen zijn in 2020 ingetrokken, maar blijft u alert.
48. Wat mij verontrust is dat er niemand binnen SZW met voldoende gezag rondliep die dit plan in een vroegtijdig stadium intern heeft weten te stoppen. Dat je van ons land niet een politiestaat moet maken vanwege het risico dat niet alle opdrachtgevers het spel met de tarieven van zzp'ers eerlijk spelen. Dat nou niemand in het ministerie is opgestaan met: 'Joh, dat kan zo niet, dit moet anders'. Het wetsvoorstel werkte echt toe naar een onleefbare toekomst.
49. Het kan anders. Niets belet ons vrijwillig af te spreken dat je niet onder een bepaald fatsoenlijk te achten *adviestarief* per uur betaalt. Waarschijnlijk hoeft de minister van SZW alleen maar een paar BN-ers/vloggers achter een actie op social media te krijgen. BN-ers komen voor een tarief van 16 euro ex btw niet uit hun bed, maar voor zo'n actie zijn ze ongetwijfeld te porren.
50. Ik vermoed dat de meeste mensen zich aan zo'n *adviestarief* willen houden. Wij besteden te vaak 90% van onze tijd aan dwarsliggers en 10% aan de goedwillenden, terwijl het veel juister is ten minste 90% van onze tijd te besteden aan degenen die het goede willen.
51. Het tweede voorbeeld komt uit het rapport van de commissie Borstlap. De commissie Borstlap koos bij het ontlasten van het werkgeverschap vooral voor het vergroten van de interne wendbaarheid van de vaste dienstverbanden. Ik noem dit interne flex. Externe flex staat voor de flexibele schil, interne flex staat voor het verruimen van de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst 'tijdens de rit' aan te passen. Het rapport stelde dat de werkgever de werknemer een aanpassingsvoorstel moet kunnen doen en dat de werknemer moet accepteren, tenzij sprake is van

zwaarwegende belangen. Bij dat aanpassen ging het om de arbeidsomvang, het salaris (via afbouw), de functie, de werklocatie en de arbeidstijden. Serieuze kost.

52. Maar welk probleem lost zoveel interne flex eigenlijk op? We hebben al een Wet flexibel werken waar je weinig over hoort. Lukt het partijen dan nu niet vaak al met wederzijds goedvinden tot gewenste aanpassingen te komen?
53. Is het de prijs voor de handhaving van de preventieve toetsing van ontslagen en dus symptoombestrijding?
54. Ik moet u bekennen dat ik voor zoveel interne flex huiverig ben. Interne flex is vooral slecht nieuws voor werknemers in de middengroepen en daaronder, werknemers die vaak tot over hun oren in de financiering zitten. Het risico van een teruggang in salaris zaait angst voor het aan elkaar kunnen blijven knopen van de eindjes. Voor jongeren vrees ik voor nog meer problemen op de huizenmarkt.
55. Als we iets van ruim twintig jaar externe flex hebben geleerd, is het wel dat werkgevers interne flex maximaal zullen gaan benutten. Mijn advies: bezint nog eens, eer ge begint. Het recente SER-akkoord zit op mijn lijn: het akkoord gooit zowat alle interne flex uit 'Borstlap' overboord.
56. Het kan anders. Je kunt interne flex bevorderen door het vaste dienstverband als zodanig minder vast te maken. Dit zet een zekere druk op inschikkelijkheid en voorkomt veel extra regeldichtheid.
57. Het effect van symptoombestrijding is een oeverloze regeldichtheid. Regeldichtheid heeft een aanzuigende werking op omzeilingsgedrag. We zijn eerder bereid regels te volgen als ze begrijpelijk zijn en niet onnodig bezwarend of gecompliceerd. Principes wijzen in de richting van het juiste gedrag, gedetailleerde regels nodigen uit tot regie en activeren het instinct te bekijken of er toch niet ergens een gaatje is te vinden.
58. Een hoge regeldichtheid op een afgebakend terrein krijgt altijd iets van een dienstregeling. Ik refereer daarom steevast aan spoorboekjesrecht. Het socialezekerheidsrecht is op dit pad behoorlijk verstrikt geraakt. We mogen ons gelukkig prijzen met het feit dat er nog een paar over zijn die het terrein helemaal kunnen overzien. De laatste druk van de wettenbundel socialezekerheid heeft 1471 pagina's. Maar pas op: het gaat slechts om een *selectie* van de *belangrijkste* regelingen.
59. Ook het arbeidsrecht heb ik de afgelopen 40 werkjaren steeds regeldichter zien worden.
60. Stephen Hawking stelde: 'Mensen moeten zich specialiseren op steeds engere terreinen. Dit wordt in de toekomst vermoedelijk een enorme

bepanking.’ Veel moeten weten van een klein regeldicht gebied geeft het risico van universitair geschoolden die straks alles van niets weten.

61. Het is een gedachte meer te werken met een combinatie van principes en regels. De Corporate Governance Code is een gekend voorbeeld. De in het SER-akkoord voorgesteld Code verantwoord arbeidsmarktgedrag kan een dergelijke rol vervullen als de wetgever kiest voor een soortgelijke aanpak. Maar ik lees in het akkoord slechts over ‘bindend en handhaafbaar’ en dan hou je je hart vast, want dit wijst niet in de richting van normen, maar eerder in de richting van meer en veel regels. Blijft u alert.
62. Hawking heeft ook op een andere manier gelijk. We weten alles af van het eigen rechtsgebied met zijn jargon, literatuur, afkortingen en deelnemers. Kan iemand in onze visie nog wel specialist zijn op een bepaald terrein als hij ook verstand heeft van andere rechtsgebieden?
63. Ik hou van onderzoek met een brede blik en onderzoekers die zich uitgedaagd voelen door inzichten van andere disciplines en de durf hebben om neen te zeggen tegen onzalige plannen. Ik hou van onderwijs dat opleidt tot juristen met een brede blik die later in de praktijk de scherven kunnen oprapen die de politiek of de maatschappij laat vallen. Kortom, ik ben een Nijmegenaar.
64. We lezen wel dat ondernemers steeds nieuwe vormen van samenwerking vinden die tegengaan dat de werker in een vast dienstverband terecht komt. Meestal is de toonzetting negatief. Ik breek een lans voor de gedachte dat onze ondernemersgeest en creatieve manier van omgaan met samenwerkingsverbanden ook positieve kanten heeft.
65. Ik mijmer wel over de gedachte dat ons denken in samenwerken te maken heeft met het langjarig bevechten van land op water en het droog houden van de voeten. Iets dergelijks zien we in de zeevaart van weleer. De gevaren, risico’s en lange duur van op rivier en zee gerichte ondernemingen noopten tot afspraken met een langere levensduur en tot een vergaande compartimentering van taken en risico’s. Ik zou aan het perspectief van de goede kanten van dat deel van onze cultuur willen vasthouden.
66. Passen platformen in dit perspectief? Ik denk van wel. Platformen borduren met nieuwe digitale middelen voort op bestaande samenwerkingsvormen. Het overdenken van de betekenis daarvan vergt tijd, maar de rechtspraak hier en elders in de EU is al een goed eind op weg. Ik denk dat meer platformarbeiders werknemers zullen blijken te zijn dan sommige platformen denken. Voor de Wet minimumloon zijn ze dit meestal al (deze wet kent al een ruimer werknemersbegrip). Zoals altijd

zullen we gaandeweg uitvinden welke businessmodellen werken en welke niet.

67. We denken bij platformarbeid overigens aan een paar sectoren, maar vergeten dat digitalisering ons allen treft en elk knooppunt in de vormgeving van activiteiten een platform is of je het nu zo noemt of aanduidt als marktplaats, hub, beurs, aannemingsbedrijf of concern.
68. Het gaat er wel om, en dat is heel belangrijk, de constructies rondom de arbeidsrelatie die zonder economische werkelijkheid ten nadele strekken van het door de wetgever bedoelde niveau van werknemersbescherming de nek om te draaien. Via rechtspraak als het kan, via wetgeving als het moet.
69. Natuurlijk moeten we daarnaast beter sturen op de aanzuigende werking van wet- en regelgeving. Flex minder flex, maar ook vast minder vast. Het is een open deur dat je het speelveld voor verschillende soorten werkenden, in ieder geval op fiscaal vlak, stapje voor stapje gelijk moet trekken. Stapje voor stapje past in onze cultuur.
70. Het SER-akkoord van juni 2021 is zo'n stapje. Sommige ideeën zijn het overwegen waard (nulurencontracten, certificering uitzendbureaus), maar als ik zie hoe makkelijk het akkoord de zzp'er met forse premielasten opzadelt (arbeidsongeschiktheid, vangnetten, pensioen), dan weet je het wel: de zzp'er zat niet aan de onderhandelingstafel.
71. Een enkele zzp'er zal wellicht de grondrechten van vrijheid van diensten en ondernemerschap inroepen en tot aan het HvJEU strijden over de vraag of de premiedruk de toets der kritiek doorstaat. Een dergelijke actie is niet bij voorbaat kansloos.
72. Ik zit met een andere vraag. Hoe wil de SER concurrentievervalsing voorkomen? Ik denk aan de vergelijking met zzp'ers die de AOW-leeftijd hebben bereikt. Ik denk ook aan zzp'ers die de premiedruk willen ontgaan en uitwijken naar BV's of de samenwerkingsvormen die ik noemde in mijn notitie Werken in netwerken die ik in 2017 schreef in opdracht van de Tweede Kamer. De partners in dat soort netwerken zijn wel zelfstandig, maar geen zzp'er, en kunnen net als de AOW-gerechtigde zzp'er tarieven rekenen waarin geen premiedruk hoeft te worden verdisconteerd. Hoe voorkom je ongelijke behandeling, hoe voorkom je dat de sterkere schouders de premiedruk ontgaan en de zwakkere broeders netto nog minder overhouden?
73. Ons 'normale' arbeidsrechtelijk denken werkt niet in een door zzp'ers en netwerken gedomineerde arbeidsmarkt. De verhoudingen liggen daar heel anders dan nu: de vakbond is plots een ondernemersorganisatie,

misschien wel lid van VNO-NCW, en het verschil tussen een ondernemersorganisatie en een uitzendbureau of een netwerk van zzp'ers vervaagt.

74. Het SER-akkoord adviseert te regelen dat werkgevers bij tijdelijk (wat is tijdelijk?) minder werk werknemers tot 20% van de tijd naar huis kunnen sturen, waarbij de werkgever minder loon betaalt, maar de werknemer wel zijn volledige salaris behoudt. Bij de vraag wie deze rekening oppakt, bleek niemand thuis. Een derde moet het gelag betalen. Die derde is bekend: een compensatieregeling van Rijkswegen. Kortom, de belastingbetaler, u dus. Dat u het weet.

75. Een paar vragen:

(i) de belastingbetaler zal niet zomaar vertrouwen op de blauwe ogen van de werkgever die zegt dat hij tijdelijk minder werk heeft; hoe regel je dit zonder te verzanden in oeverloze regeldichtheid op het gebied van controle vooraf en toezicht achteraf? Een suggestie kan zijn de eis te stellen dat het bedrijf dat steun vraagt in surseance verkeert; dan blazen we en passant de surseance van betaling enig leven in en kan de door de rechter benoemde bewindvoerder meekijken bij de vraag of het beroep op de compensatieregeling terecht is.

(ii) Hoe voorkom je concurrentievervalsing ten aanzien van nieuwkomers in de sector of bestaande concurrenten die het beter doen en daarom wel hun werknemers integraal moeten doorbetalen?

(iii) Wie sponsoren we straks eigenlijk: de zwakke broeders onder de bedrijven of hun banken?

Je kunt dit plan niet zomaar vergelijken met de uit nood geboren tijdelijke maatregelen tot baanbehoud uit de coronatijd.

76. Ik denk uiteindelijk dat het beter is naar de afspraken uit het SER-akkoord te kijken op de wijze van Wolsey aan de start van mijn rede. Het maakt niet uit wat de afspraken inhouden, alleen dat ze werden gemaakt. Het gaat om de bereidheid.

77. 'Vast' blijft in het SER-akkoord even 'vast'. Dit akkoord zal de flexibele schil niet terugdringen.

78. Ik sluit af met een paar woorden over de rechtswetenschap aan de hand van een passage uit een boekje van een Engelse wetenschapper. Het boekje is van de hand van Martin Rees, kosmoloog en astrofysicus, drager van de eretitel Astronomer Royal, voormalig President van de Royal Society, lid van het House of Lords, kortom een 'meneer'.

79. Rees deelt de wetenschap in naar de mate waarin men zich bezig houdt met complexere systemen. Hij bouwt zijn betoog op rond een flat met

etages. Bovenin wonen de wetenschappers die zich met de meest complexe systemen bezig houden, onderin zitten de wetenschappers die zich om de minst complexe systemen bekommeren. De deeltjesfysica zet hij in de kelder, dan komt de rest van de natuurkunde, dan de chemie, en ten slotte de gedrags- en menswetenschappen (waartoe de rechtswetenschap behoort).

80. De economen eisen het penthouse op, hoewel Rees aangeeft te weten dat economen niet kunnen voorspellen. Hij stelt dat deze hiërarchische ordening van de wetenschap niet ter discussie staat. Ik denk dat hij gelijk heeft. Op één uitzondering na. De rechtswetenschap richt zich op het immens lastige vraagstuk van de ordening van de chaos die wij mensen doorlopend veroorzaken. Vanuit dat perspectief verdient de rechtswetenschap zonder twijfel het penthouse.

Ik heb gezegd