

Van autonoom tot heteronoom sociaal recht

Samenvatting

Grondslag van dit artikel is een door Molenaar, Levenbach, Sinzheimer en F. van der Ven gevoerde polemiek over het onderscheid tussen autonoom (uit de samenleving gegroeid) en heteronoom (door de staat uitgevaardigd) recht. In het verlengde van dit onderscheid wordt een vijftal categorieën voorgesteld, die de graad van bemoeienis van de wetgever op het terrein van het sociaal recht aangeven. Op grond van deze indeling wordt vervolgens verdedigd dat er sinds 1945 een ontwikkeling te bespeuren valt waarbij wetgeving op het terrein van het sociaal recht tot 1980 voornamelijk een heteronoom karakter bezit. Na dit jaartal verandert zij van aard: er is een verschuiving waar te nemen naar auto-heteronome, auteronomie en hetero-autonome wetgevingsdaden.

1. Inleiding

De door Molenaar in 1927 gehouden openbare les is aanleiding geweest tot een heftige polemiek over een thema dat in een bepaald opzicht ook nu nog actualiteitswaarde heeft.¹ Het onderwerp in kwestie spitte zich toe op de vraag, of het vruchtbaar is om binnen het (arbeids)recht een onderscheid te maken tussen autonoom recht en heteronoom recht. Voorts bestond onenigheid over de kwestie of autonoom recht moreel gezien van een hogere orde is dan heteronoom recht.

Op welke wijze heeft zich deze pennestrijd ontwikkeld? Kan men stellen dat de deelnemers op sommige punten overeenstemming hebben bereikt? Zijn er standpunten ingenomen die een nieuw licht werpen op het onderhavige thema dan wel onderwerpen die daarmee verband houden? Deze vragen zal ik in deze beschouwing aan de orde stellen. Niet in de eerste plaats omwille van het gevoerde debat, hoe interessant dit op zichzelf ook

Mr. dr. C.J. Loonstra

werkt als universitair docent bij de vakgroep Algemene en Inleidende Vakken van de Universiteit te Leiden (juridische faculteit). Hij promoveerde in 1987 op het proefschrift: *Derden-interventie bij CAO-conflicten; grenzen en mogelijkheden van wettelijke regulering*. Daarnaast publiceerde hij onder andere over final-offer arbitrage, methoden van derden-interventie in geval van collectieve arbeidsconflicten en over onderhandelingsgedrag van CAO-partijen. Adres: Zoutmanstraat 46, 2806 XD Gouda, tel. 01820-14679.

is geweest. Nee, het gaat er mij uiteindelijk om te laten zien dat met behulp van de autonomie-heteronomiecontroverse een bepaalde ontwikkeling te constateren valt wat betreft de bemoeienis van de wetgever op het terrein van het sociaal recht. Ik meen een breukvlak te kunnen aanwijzen dat zich rond de jaren tachtig manifesteert.

2. De polemiek²

Wat verstaat Molenaar onder autonoom en wat onder heteronoom recht? De eerste categorie omvat het in het maatschappelijk leven vrijelijk zich ontwikkelde arbeidsrecht; de tweede het in hoofdzaak door de overheid bezorgde arbeidsrecht. Recht dat vanzelf, maar geleidelijk binnen een bepaalde groep in de samenleving groeit en als zodanig wordt erkend is autonoom; recht daarentegen dat van bovenaf (van staatswege) wordt opgelegd en niet wortelt in een bepaalde groepsovertuiging kan als heteronoom worden aangeduid. Vanuit moreel oogpunt beschouwd acht Molenaar autonoom recht superieur aan heteronoom recht. Naar zijn idee moet men erkennen 'dat de ethische waarde van het autonome recht hoog uitsteekt boven die van het overheidsrecht'. Gehoorzamen, louter omwille van de sanctie die anders zal worden toegepast (kenmerk van heteronoom recht) is zedelijk gezien minder dan het opvolgen van een rechtsregel vanwege het aanwezige gevoel dat daarmee juist wordt gehandeld. Wel formuleert Molenaar een uitzondering: het wettenrecht is bij uitstek geschikt tot het uitbannen van misstanden. Maar als de wetgever het ethisch minimum eenmaal heeft vastgesteld, dan zal hij voortaan zoveel mogelijk ruimte dienen te geven aan het zelfstandig ontwikkelen van autonoom recht.³

Eén van de eersten die op de uiteenzetting van Molenaar reageert is Levenbach in zijn bijdrage aan de Paul Scholten-Bundel uit 1932.⁴ Zijn niets ontziende kritiek steunt op twee pijlers. In de eerste plaats verwijt Levenbach Molenaar dat deze onzuivere omschrijvingen geeft van de termen autonomie en heteronomie. Aan beide verschijnselen zijn twee aspecten te onderkennen: een negatief en een positief. Het negatieve houdt verband met de invloed van buitenstaanders op het geldende recht; als deze daarmee geen bemoeienis hebben dan is recht autonoom. Het positieve is intern gericht; recht is autonoom indien ten minste de leden van de groep in gelijkheid en vrijheid aan de rechtsvorming kunnen deelnemen. Aan beide aspecten moet zijn voldaan, alvorens recht onder de noemer 'autonoom' kan worden geschaard. Molenaar neemt volgens Levenbach alleen het negatieve aspect als maatstaf om recht als autonoom te kunnen kwalificeren. Nemen we evenwel ook het positieve aspect in ogenschouw dan zal – aldus Levenbach – veel 'autonoom' recht heteronoom blijken te zijn en vice versa. In de tweede plaats stelt Levenbach dat Molenaar suggereert dat het onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht als zodanig uitputtend is. Het tegendeel is het geval. 'Denken we aan de ene kant regeling zuiver door belanghebbenden alleen.... en aan de andere kant regeling door de overheid, waarop de onmiddellijk belanghebbenden enkel als staatsburger invloed uitoefenen, doch verder niet, dan zien we tussen die uitersten in, allerlei graden voorkomen, waarbij men toch zeker noch van zuiver autonoom noch van heteronoom in Molenaars trant kan spreken.' Binnen het arbeidsrecht zien we nu juist een tendens welke leidt tot steeds meer overgangsvormen, aldus Levenbach. Produkten van wetgeving hebben steeds vaker het karakter van én autonoom én heteronoom recht. De rechtswetenschap nu moet die nuances begrijpen en vervolgens door middel van begripsvorming vastleggen.⁵ Molenaar daarentegen is met diens onderscheid deze nuances aan het 'wegdogmatiseren'. Dat betekent overigens niet, dat men de begrippen autonomie en heteronomie kan afschaffen, maar zij moeten wel met grote voorzichtigheid worden gehanteerd.

In een bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* heeft Molenaar in het jaar daarop fel van zich af-

gebeten⁶; later heeft hij dat in zijn 'Arbeidsrecht' nog eens dunnetjes overgedaan.⁷ Molenaar ontkent dat aan autonoom recht naast een negatief ook een positief aspect te onderkennen is. En nog afgezien daarvan: zouden we dit positieve aspect werkelijk serieus nemen, dan 'kan (men) zich, gelijk Diogenes, met een lantaarntje wapenen, maar zuiver autonoom arbeidsrecht zal hij niet vinden'. Met het criterium dat Levenbach aanreikt, kan men bovendien niet uit de voeten: of en in hoeverre werkgevers en arbeiders op basis van volledige gelijkheid en vrijheid aan de rechtsvorming in eigen kring kunnen meewerken is onmogelijk vast te stellen.

Molenaar ontkent vervolgens dat hij ooit zou hebben beweerd dat er alleen maar óf autonoom óf heteronoom recht is. Hij erkent uitdrukkelijk dat er overgangsvormen zijn⁸ maar vanuit didactisch oogpunt heeft hij deze tweedeling ingevoerd: qui bene distinguit bene docet.

In zijn rede uit 1936 is ook Sinzheimer⁹ ingegaan op de door Molenaar aangezwengelde polemiek. Zijn startpunt is een door Krabbe ontwikkelde theorie over het ontstaan van recht. Deze theorie kan als volgt worden samengevat. Bron van recht vormt de rechtsemitie, het rechtsgevoel van een individu. Deze rechtsemitie kan uitgroeien tot rechtswaarde als de emotie op een breed draagvlak steunt. Als deze collectief ervaren emotie bovendien 'het innerlijk van de mens bindt' ontstaat rechtsgezag en dat zal tot nieuw recht voeren. Deze opvatting van Krabbe is daarom zo interessant omdat zij aan de staat geen zelfstandige rechtsvormende taak toekent. De wetgever mag – in een modernere terminologie – slechts codificeren en niet modificeren. Het primaat komt dus toe aan autonoom gevormd recht. Een uitzondering hierop maakt Krabbe – aldus Sinzheimer – wanneer het gaat om sociale wetgeving.

Welke kritiek oefent Sinzheimer uit op Krabbe? Allereerst stelt en beargumenteert hij dat recht niet alleen ontstaat als gevolg van de ontwikkelingslijn die loopt via rechtsemitie en rechtswaarde naar rechtsgezag; daarnaast zijn ook niet-geestelijke, zich binnen de samenleving manifesterende elementen noodzakelijk. Krabbe miskent 'de reële maatschappelijke krachten, die in het proces der rechtsvorming werken'. In de tweede plaats

verzet Sinzheimer zich tegen de staatsrol in geval van sociale wetgeving. De tegenstelling tussen rechtsgezag en staatsmacht – verdedigd door Krabbe – is zijns inziens onhoudbaar. Zij functioneren niet los van elkaar; beide werken op elkaar in, vullen elkaar aan of sluiten elkaar uit. In het verlengde hiervan is een rechtsvorming, die zich slechts direct voltrekt niet meer mogelijk. Zowel eenzijdig autonomisme als eenzijdig étatisme moeten worden afgewezen. In een heterogene samenleving is door de staat gevormd recht noodzakelijk. Daarom, vervolgt Sinzheimer, ‘is het echter eveneens onmogelijk, één van beide wegen een zedelijk voorrang te verlenen, zoals Mr. Molenaar ten gunste van “autonoom arbeidsrecht” gedaan heeft’.

In zijn *Arbidsrecht* dient Molenaar Sinzheimer van repliek.¹⁰ De redenering van Sinzheimer noemt hij zwak. Want als het waar is ‘dat in een heterogene samengestelde maatschappij rechtsvorming, die zich slechts direct – dus niet via de Staat – voltrekt, niet meer mogelijk is, dan zou heden ten dage de aanwezigheid van autonoom recht moeten kunnen worden ontkend en zou bovendien reeds sinds jaar en dag van autonome rechtsvorming buiten de Staat om in onze samenleving geen sprake meer zijn’. Vervolgens acht Molenaar de reden, waarom Sinzheimer een onvoorwaardelijke zedelijke voorrang aan autonoom arbeidsrecht afwijst onhoudbaar: ‘immers concreet autonoom en heteronoom recht sluiten elkaar meestal uit: waar de Staat enige regeling aan zich heeft getrokken, is er voor concrete autonome regeling geen plaats meer’.¹¹

F.J.H.M. van der Ven mengt zich in 1941 in de discussie.¹² Hij poneert dat het onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht niet helemaal zuiver is omdat recht nooit volstrekt autonoom kan zijn. Vanwege het gegeven dat recht een sociaal feit is – aldus Van der Ven – zijn mensen, hetzij als individu hetzij in groepsverband, altijd onderworpen aan de wil van anderen. Molenaar zou dus met zijn genoemde tweedeling aan het wil-moment een allesbeheersende rol toekennen.

In 1942 krijgt Molenaar gelegenheid zich te weer te stellen tegen de oppositie van Van der Ven. In *De Gids* bespreekt hij namelijk de *Inleiding*.¹³ Begrijpelijkerwijs is zijn eerste punt van

kritiek gericht op Van der Vens standpunt in de onderhavige kwestie. Zijn commentaar komt er kortweg op neer dat hij onder autonoom en heteronoom recht iets anders verstaat, dan wat Van der Ven denkt dat hij eronder verstaat. Voor de vraag of men iets als autonoom recht kan kwalificeren is niet doorslaggevend of men zijn eigen gedrag kan bepalen. Dat zou er inderdaad toe leiden dat heel het recht heteronoom is, zelfs gewoonterecht want ook daar is men onderworpen aan regels, welke door vorige generaties tot stand zijn gebracht. Autonoom recht, laat hij nogmaals weten, is recht van bepaalde groepen of kringen dat in of uit hun midden is ontstaan onverschillig of allen die tot deze groepen of kringen behoren aan de rechtsvorming hebben deelgenomen; tot de categorie heteronoom recht behoren die regels, welke de betrokkenen door een buiten de groep of kring staand gezag zijn opgelegd. Van der Ven heeft zich blijkbaar door dit weerwoord laten overtuigen. In zijn dies natalis-rede uit 1949 maakt hij melding van het door Molenaar gemaakte onderscheid, geeft (thans correcte) omschrijvingen en deelt mee dat autonomie en heteronomie bruikbare begrippen zijn die in zwang zijn gebleven.¹⁴ Ook later¹⁵ vermeldt hij het nut van deze tweedeling en wijst daarbij op tussenvormen en onderlinge verbanden, maar kan desondanks niet nalaten te vermelden dat volstrekte autonomie onontkoombaar tot anarchie leidt.

3. Evaluatie

Heeft de hiervoor weergegeven polemiek iets concreets opgeleverd? Naar mijn idee kan deze vraag bevestigend worden beantwoord. Alle vier de auteurs blijken het onderscheid op zichzelf tussen autonoom en heteronoom recht zinvol te vinden mits men zich uitdrukkelijk realiseert dat de twee vormen *uitersten* zijn. Tussen deze polen kan men op overgangsvormen wijzen welke noch volkomen autonoom en noch volkomen heteronoom zijn. Desondanks kan men zich afvragen wat de waarde van dit resultaat is als men geen overeenstemming heeft bereikt over de omschrijving van de twee vormen recht. Molenaar, Sinzheimer (waarschijnlijk) en de latere Van der Ven namelijk eisen alleen dat voldaan is aan het negatieve aspect, wil

recht autonoom zijn. Levenbach daarentegen betreft bij de vraag of men van autonoom recht mag spreken bovendien de voorwaarde van interne gelijkheid en vrijheid van betrokkenen (het positieve aspect). Hoe moeten we hier tegenaan kijken? Naar mijn mening moet deze tegenstelling niet te sterk worden overtrokken. De dissidente opvatting van Levenbach lijkt namelijk speciaal te zijn gevoerd door het (uitsluitend door Molenaar ingenomen) standpunt, dat autonoom recht waardevoller is dan heteronoom recht. Als men – zoals Levenbach doet – schijnbaar autonoom recht via het introduceren van extra vereisten weet te veranderen in heteronoom recht en vice versa, dan ondergraaft men daarmee tevens de nogal expliciete stellingname van de opponent, in casu Molenaar. En dat wilde Levenbach nu juist! Daarom, indien men een uitdrukkelijke morele claim ten opzichte van één van beide vormen laat varen, dan is er niets op tegen het criterium van interne vrijheid en gelijkheid (dat zoals Molenaar terecht heeft aangegeven, toch praktisch weinig of geen houvast biedt) als voorwaarde van autonoom recht terzijde te schuiven. Hetgeen overblijft is een keuze voor autonoom of heteronoom recht (of een tussenvorm) die afhankelijk wordt gesteld van de concrete omstandigheden waarbij wetgever en sociale partners op elkaars activiteiten inwerken.¹⁶ Deze opvatting is recentelijk nog eens ingenomen door Jacobs. Hij stelt vast dat 'de grens tussen materiële arbeidswetgeving en regelgeving door collectief onderhandelen bepaald werd en wordt door culturele, economische, geografische, historische en politieke factoren'.¹⁷

Ik wil echter nog een stap verder gaan. Regelmatig is reeds gezegd dat er overgangsvormen tussen autonoom en heteronoom recht zijn. Maar nog nooit is een poging gedaan deze tussenvormen te inventariseren. Dit is naar mijn idee de reden waarom het debat over dit thema vanaf de jaren vijftig is doodgebloed. Want was de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV/OVV) autonoom of heteronoom van aard? En hoe moest worden geoordeeld over de collectieve arbeidsovereenkomst die de werkgever krachtens art. 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO) ook diende

toe te passen op niet-vakbondsleden dan wel werknemers die geen lid waren van de onderhandelende vakbonden? Met slechts de termen autonomie en heteronomie als instrumentarium kan men dergelijke vragen niet beantwoorden. Hier geldt de opmerking van Levenbach: 'Doch deze vormen moeten door eigen, zo nodig nieuwe terminologie onderscheiden worden.'¹⁸ Tot op heden is daar dus niet in voorzien. Dat is des te spijtiger omdat men juist ook daardoor de autonomie-heteronomie-discussie nooit op een ander (minder abstract en academisch) niveau heeft kunnen voeren, namelijk daar waar de rol van de wetgever op sociaal-rechtelijk terrein ter sprake wordt gebracht. De begripsvorming tot op heden is zo weinig verfijnd dat een dergelijke discussie niet gevoerd kon worden.¹⁹ In een poging om in deze leemte te voorzien stel ik de navolgende indeling voor:

1. *autonoom sociaal recht*: regels die (spontaan) binnen een groep van werkgevers en werknemers ontstaan en welke door deze groep als recht worden ervaren;
2. *hetero-autonoom sociaal recht*: a. de wetgever legt vast, preciseert en/of breidt het recht uit dat op autonome wijze is ontstaan²⁰; b. de overheid wordt via statelijke wetgeving gemachtigd autonoom recht in uiterste omstandigheden te corrigeren;
3. *auteronom sociaal recht*: de wetgever stelt eenzijdig een bepaalde regeling vast, maar (CAO)-partijen kunnen ervan afwijken of er geen gebruik van maken;
4. *auto-heteronom sociaal recht*: de wetgever legt een bepaalde regeling eenzijdig en dwangmatig op, maar laat de uitwerking (vooralsnog) over aan werkgevers en werknemers;
5. *heteronom sociaal recht*: regels die door de wetgever eenzijdig en dwangmatig aan werkgevers en werknemers worden opgelegd.

Bij dit overzicht past een drietal nuanceringen. In de eerste plaats: bepaalde regelingen kunnen van categorie veranderen. Wat voorheen uit eigen kracht door werkgevers en werknemers gerealiseerd is (autonoom sociaal recht) kan status van wet krijgen, zodat de materie in kwestie tot categorie 2 (hetero-autonoom) danwel 5 (heteronom) gaat behoren. Een voorbeeld van het eer-

ste verschijnsel betreft de wettelijke regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst in 1927. Met de WCAO werd een in de samenleving zonder wettelijke basis²¹ geïntegreerd instituut van een wettelijk fundament voorzien. De resultaten van het CAO-overleg kunnen nog steeds als groepsrecht worden beschouwd, alleen de rechtsgevolgen van een eenmaal gesloten CAO zijn nu wettelijk geregeld. Het tweede verschijnsel zou zich voordoen, wanneer de in huidige CAO's opgenomen afspraken over arbeidsduurverkorting danwel VUT-regelingen bij wet zouden worden vastgelegd. Typering van sociaal-rechtelijke regelingen is dus in feite een momentopname. Niets garandeert geen tussentijdse wijzigingen.

In de tweede plaats is de hierboven gegeven indeling (uiteraard) niet uitputtend. Er kunnen wetgevingsprodukten zijn of worden gemaakt welke een combinatie vormen van twee categorieën. Men kan onder andere denken aan een wet die een nader uit te werken complex van regels aan werkgevers en werknemers oplegt als zij te kennen hebben gegeven daar prijs op te stellen. Deze combinatie van categorie 3 (de vrijwilligheid) en 4 (de nadere uitwerking) treft men bij benadering²² aan in de Wet op de Bedrijfsorganisatie (BO). Er is geen verplichting tot het instellen van produkt- en (hoofd)bedrijfschappen, maar wanneer daartoe eenmaal besloten wordt is het tweede hoofdstuk van de wet op betrokkenen van toepassing waarin artikelen staan (bij voorbeeld art. 93) die nader zullen moeten worden uitgewerkt. Deze wet heeft dus zowel een autonoom als een auto-heteronoom karakter.

Als laatste kunnen bepaalde wetten expliciet binnen één van de genoemde categorieën vallen terwijl (kleine) onderdelen daarop een uitzondering vormen. Zo is de sociale-zekerheidswetgeving – zoals Jacobs terecht heeft opgemerkt²³ – bij uitstek heteronoom van aard. Desondanks is de Bedrijfsvereniging (of haar bestuur) op grond van de artikelen 29 lid 3 en 57 Ziektewet gerechtigd af te wijken van de wachttijd van twee dagen en de hoogte van het uitkeringspercentage; voorts is zij bij voorbeeld ex art. 27 Werkloosheidswet bevoegd een uitkering blijvend geheel danwel tijdelijk of blijvend gedeeltelijk te korten. In beide gevallen is er sprake van autonoom recht binnen

een dominant geheel van heteronoom recht.

Op grond van deze nuanceringsen kan worden gesteld dat de gegeven indeling in vijf categorieën een poging is om rechtsregels op het terrein van het sociaal recht beter te kunnen typeren dan tot nu toe het geval was. Verdergaande begripsvorming lijkt mij evenwel noodzakelijk, wil men althans van wetgevingsprodukten exact kunnen aanduiden welke hun graad van staatsinterventie is, oftewel – vanuit de andere kant bezien – welke ruimte de sociale partners wordt gelaten, hun eigen zaken te regelen. Voor het uiteindelijke doel van dit artikel kunnen we naar mijn idee echter volstaan met de bovenstaande typering. Met behulp van deze typering kan men namelijk op een bepaalde ontwikkeling wijzen ten aanzien van de *mate* van staatsbemoeienis met het interactiepatroon tussen werkgevers en werknemers.

4. Stelling en uitwerking

De stelling die thans zal worden verdedigd luidt als volgt. Vanaf 1945 kunnen we een ontwikkeling constateren die erin heeft geresulteerd dat het karakter van wetgeving vóór (om en nabij) 1980 – goedgevoel heteronoom – een verschuiving heeft ondergaan naar wetgeving van auto-heteronome, autonome en hetero-autonome aard.²⁴

De juistheid van deze stelling zal ik trachten aan te tonen met behulp van de volgende 'koppels' wetten:

- de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) 1971 (gewijzigd in 1979), te zamen met de Arbeidsomstandighedenwet (Arbo-wet) 1980;
- de Wet Arbeid Buitenlandse Werknemers (WABW) 1978 in combinatie met de Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers (WAGW) 1986;
- de Wet op de Loonvorming (WLV) 1970 in vergelijking met de gewijzigde Wet op de Loonvorming 1987.

Ten slotte zal ik nog ingaan op de niet wettelijk geregelde positie van de afroepcontractant ten opzichte van de wél gereguleerde uitzendverhouding, zoals blijkt uit de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (WTBA) 1965.²⁵

De WOR en de Arbo-wet hebben beide betrekking op bevoegdheden die aan (vertegenwoordig-

gers van) werknemers worden toegekend; de eerste op het terrein van de sociale en economische beleidvoering, de tweede op het gebied van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid binnen de onderneming. De onderlinge verwevenheid van de WOR en Arbo-wet blijkt uit het feit dat de Arbo-rechten aan de OR toekomen in het geval deze al in een onderneming is ingesteld.

Hoe kunnen we de beide wetten typeren op de glijdende schaal van autonoom naar heteronoom recht? De inhoud van de WOR 1950 zou men nog kunnen karakteriseren als hetero-autonoom recht: de wettelijke instelling van ondernemingsraden met de aan hen toegekende adviserende bevoegdheden ligt in het verlengde van de op particulier initiatief opgerichte kernen.²⁶ Maar de WOR-1971 en de ingrijpende wijziging die deze in 1979 onderging, aangevuld met de honderd-min wet uit 1982, duiden op een verschuiving naar een wet van heteronome aard (cat. 5). De toename van adviesbevoegdheden, de introductie van het instemmingsrecht en het overleg tussen de OR en directie via de zogenaamde overlegvergadering: het zijn voorbeelden welke aangeven dat het hier niet gaat om de neerslag van een ontwikkeling die zich binnen het bedrijfsleven heeft afgespeeld, maar dat van staatswege een bepaald regime in vergaande mate is verfijnd en uitgebouwd en aan betrokkenen – al dan niet met hun instemming – is opgelegd. Speelruimte hebben directie en OR niet, behalve voor zover de ondernemer ex art. 32a lid 2 gerechtigd is bij eenzijdig besluit de bevoegdheden van de OR uit te breiden. Voorts zijn vakbonden en werkgevers(organisaties) bij CAO krachtens art. 32a lid 1 bevoegd extra rechten aan de OR toe te kennen. We zien hier auto-heteronoom recht binnen een wet van hoofdzakelijk heteronome aard.

Ademt de Arbo-wet een andere sfeer? Ik meen van wel. De manier waarop aan deze wet vorm is gegeven, omschrijft De Jong aldus: 'De Arbo-wet gaat uit van een zekere beleidsvrijheid op ondernemings- en bedrijfsniveau binnen indicatieve normering van overheidswege'.²⁷ Deze indicatieve normering staat centraal: het jaarplan (art. 4), het arbeidsveiligheidsrapport (art. 5), het jaarverslag (art. 10), de Arbo-commissie (art. 14), het instem-

mingsrecht van OR of Commissie (art. 14 lid 6); de aan deze instituten toekomende ondersteunende bevoegdheden (art. 14 lid 10): zij alle zijn door de wetgever van bovenaf aan de betrokkenen opgelegd en duiden dus op heteronoom recht. Maar de door De Jong getypeerde beleidsvrijheid op ondernemings- en bedrijfsniveau wijst op een element dat expliciet in de Arbo-wet tot uitdrukking is gebracht, dit in tegenstelling tot de WOR. In de Arbo-wet wordt namelijk alleen vermeld dat werkgevers en werknemers moeten samenwerken in het behartigen van de zorg voor de veiligheid, de gezondheid en het welzijn binnen de onderneming (art. 13); daartoe wordt aan de OR of de Commissie een instemmingsrecht toegekend (art. 14 lid 6). Welke onderwerpen precies onder 'veiligheid, gezondheid en welzijn' vallen wordt niet omschreven evenmin als de wijze waarop daaraan vorm moet worden gegeven. Over deze kwesties dient men dus op ondernemingsniveau te beslissen. Dat eveneens de OR of Arbo-commissie zich actief kan opstellen op het punt van de beleidvoering, blijkt uit het adviesrecht dat hun ex art. 14 lid 5 is toegekend, in combinatie met (dreiging met) een verzoek tot aanwijzing ex art. 35 of naleving ex art. 36. In de WOR daarentegen heeft de wetgever bij voorbaat afgebakend welke onderwerpen onder het sociale en economische beleid vallen²⁸ terwijl de OR weliswaar initiatieven op deze terreinen kan ontplooiën, maar met lege handen staat wanneer de directie afwijzend reageert.

Concluderend: de WOR kenmerkt zich door heteronoom, de Arbo-wet daarentegen door auto-heteronoom recht.

De Wet Arbeid Buitenlandse Werknemers (WABW) en de Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers (WAGW) spelen zich beide af op het terrein van de arbeidsvoorziening. In beide gevallen wenste de wetgever invloed uit te oefenen op de samenstelling van de arbeidsmarkt. De WABW en WAGW richten zich alle twee op minderheden.

Als we de WABW in termen van autonomie tot heteronomie willen kwalificeren, dan is deze wet bij uitstek heteronoom van aard. Centraal staat art. 4, waaruit de publiekrechtelijke benadering van de materie manifest wordt: het is de werkgever namelijk verboden een vreemdeling zonder vergunning arbeid te doen verrichten. In de daar-

opvolgende artikelen wordt vastgesteld wie vreemdeling zijn, op welke gronden een vergunning kan worden geweigerd etc.²⁹

De WAGW toont een heel andere gedaante. Voorop staat de zelfwerkzaamheid van de sociale partners. Zij hebben tot taak – aldus art. 2 – voor zover dat redelijkerwijs in hun vermogen ligt, gelijke kansen van gehandicapte en niet-gehandicapte werknemers wat betreft de deelname aan het arbeidsproces te bevorderen en daarnaast de nodige voorzieningen te treffen welke gericht zijn op behoud, herstel of bevordering van de arbeidsgeschiktheid van werknemers. De wetgever fungeert in de hoedanigheid van taaksteller. Art. 2 is op 1 juli 1986 in werking getreden. De overige bepalingen van de WAGW treden niet eerder in werking dan na drie jaar na dit tijdstip (art. 30). ‘Op het ogenblik heeft het uitgangspunt dat de overheid zich wat teruggetrokken dient op te stellen, veel accent. De aan het bedrijfsleven toegeschreven verantwoordelijkheid neemt dienovereenkomstig toe’, aldus Noordam.³⁰ Regels van puur heteronome aard zullen op werkgevers van toepassing zijn, mocht de WAGW inderdaad eens integraal in werking treden. Tot dat moment vertoont deze wet echter trekken die tussen autonoom en auto-heteronoom recht kunnen worden gesitueerd.³¹

Opnieuw doet zich de gestelde ontwikkeling voor: bij twee qua thema op elkaar afgestemde onderwerpen zien we een verschuiving van heteronoom naar een (meer) autonoom sociaal recht.

Zoals bekend moest de Wet op de Loonvorming (WLV) 1970 een periode van vrije collectieve onderhandelingen inluiden. Inhoudelijk beoordeeld had deze wet ook het karakter van hetero-autonoom recht: alleen in uiterste omstandigheden zou de overheid corrigerend kunnen optreden. Bekend is eveneens, dat de praktijk anders heeft uitgewezen. Herhaaldelijk heeft de overheid tot en met het jaar 1982 de CAO-onderhandelingen via aanvullende wetgeving ofwel geblokkeerd ofwel aan banden gelegd. Werden collectieve arbeidsvoorwaarden van staatswege gedictieerd, dan transformeerde de WLV naar recht met een heteronoom karakter. Ingeval de overheid maxima stelde (b.v. ten aanzien van de prijscompensatie of vakantietoeslag), dan neigde de wet meer naar recht van autonome c.q. auto-heteronome aard.

Vanaf 1 januari 1983 waait er een andere wind.³² Loonmaatregelen zijn sedertdien uitgebleven. Vanuit wetgeversperspectief heeft een en ander zijn beslag gekregen met de wetwijziging van 7 juli 1987. Van staatswege kunnen alleen correcties op arbeidsvoorwaarden worden aangebracht als een zich plotseling voordoende noodsituatie van nationale economie, veroorzaakt door een of meer schoksgewijs optredende factoren, het nemen van maatregelen vereist. (Meer) heteronoom sociaal recht is expliciet gewijzigd in recht met een hetero-autonoom karakter.

Een laatste voorbeeld. In 1965 nog regelde de wetgever het uitzendwezen op een publiekrechtelijke wijze: de WTBA maakte mogelijk³³ het ter beschikking stellen van arbeidskracht te verbieden, indien daarvoor geen vergunning was verleend door de minister van Sociale Zaken (art. 2). Die wet is uitgevaardigd – aldus de considerans – met het oog op het belang van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt, alsmede het belang van de betrokken arbeidskrachten. Op diezelfde gronden vraagt de SZW-werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties in haar eindrapport zich af of het aan te bevelen is tot wettelijke maatregelen over te gaan met betrekking tot (globaal gesteld) afroepcontracten. Zij antwoordt daarop met: ‘Tot hun verantwoordelijkheid (van de sociale partners - CJL) behoort het dan ook te komen tot maatregelen die leiden tot inperking van de hiervoor genoemde vormen van flexibele arbeidsrelaties, die op gespannen voet staan met het streven naar goede arbeidsverhoudingen. De overheid heeft daarbij slechts een ondersteunende en aanvullende rol, in die zin dat zij overlegpartner van de sociale partners is’. En even later merkt zij ten aanzien van de positie van de overheid nogmaals op: ‘Het zou verkieslijker zijn de weg van voorlichting, overleg, overtuiging en overreding te blijven volgen’.³⁴ Met andere woorden: wat in 1965 op heteronome wijze geregeld werd, wordt thans – met betrekking tot eenzelfde materie – in aanzet overgelaten aan betrokkenen zelf en zal te zijner tijd mogelijkwijs resulteren in sociaal recht van autonome aard.

5. Afronding

Rest ten slotte de vraag, of de hierboven weerge-

geven ontwikkeling als wenselijk kan worden aangemerkt. Hierover een paar opmerkingen.

Algemeen gesproken zal wetgeving gericht moeten zijn op het ordenen van de samenleving op een zodanige wijze dat ieder individu zich optimaal kan ontwikkelen. In die zin heeft zij een dienende functie: het draagt bij tot het soepeler laten verlopen van allerlei maatschappelijke relaties die mensen met elkaar aanknopen. Soms kan de wetgever zich daarbij neutraal opstellen, omdat de personen of collectiviteiten die object van regeling zijn, qua machtsverhoudingen min of meer als elkaars gelijken kunnen worden beschouwd. Soms zal hij uitdrukkelijk een keuze moeten maken ten faveure van één van hen, omdat men op scheve machtsverhoudingen kan wijzen. Al vele malen is betoogd dat de rechtvaardiging voor het ingrijpen van staatswege in de werkgever-werknemerverhouding gelegen is in die laatste omstandigheid, dat wil zeggen: in de onderschikking van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever.³⁵ Vertaald in termen van de autonomie-heteronomiecontroversie: de wetgever zag zich genoodzaakt heteronoom recht uit te vaardigen.

Deze constatering lijkt te leiden tot de conclusie dat de ontwikkeling naar meer auto-heteronoom, auteronom, hetero-autonoom en autonoom sociaal recht onwenselijk is. Maar toch is deze conclusie naar mijn idee te voorbarig. Machtsverhoudingen kunnen namelijk ook anders dan langs de weg van heteronoom recht worden gecorrigeerd. Naast het eenzijdige, van staatswege opgelegde sociaal recht in de vorm van regels welke een bepaalde materie inhoudelijk vastleggen kunnen ook rechtsregels worden uitgevaardigd, die qua macht een gelijke startpositie garanderen. Van staatswege kan dan worden afgezien van een inhoudelijke regeling. Zo'n evenwichtschepende rechtsregel kan bij voorbeeld de bevoegdheid behelzen tot het voeren van collectieve actie of een recht op inschakeling van een (rechts)collega dat een ondernemersbesluit op de een of andere manier kan aantasten. Naar mijn mening nu moet in algemene zin aan een dergelijke benadering de voorkeur worden gegeven boven het uitvaardigen van heteronoom recht. Maar waarom? In het laatste geval toch kan de wetgever algemene belangen welke die van de sociale partners kunnen

overtreffen, tegen elkaar afwegen om op grond daarvan keuzes te maken? Hoe correct deze opmerking ook mag zijn, recentelijk heeft een andere term (met alles wat daaraan vast zit) opnieuw³⁶ zijn intrede gedaan, namelijk 'verantwoordelijkheid'. Deze lijkt de term algemeen belang te overschaduwen.³⁷ De sociale partners zijn – aldus luidt in toenemende mate de opvatting – in beginsel zelf verantwoordelijk voor dat deel van de samenleving waarop zij hun activiteiten richten. Een en ander moet ertoe leiden dat zij zoveel als mogelijk hun eigen kwesties dienen te regelen³⁸ tenzij het algemeen belang vergt dat de wetgever de betreffende materie ter hand neemt. Deze ontwikkeling lijkt mij een positieve.³⁹ Voorop staat het garanderen van machtsgelijkheid tussen werkgevers en werknemers, wat het beste kan worden gerealiseerd via evenwichtschepende, niet-inhoudelijk gerichte rechtsregels. Omdat de sociale partners hun eigen zaken zoveel mogelijk zelfstandig dienen te regelen – zij zijn daarvoor immers primair verantwoordelijk – zullen wettelijke regels van heteronome aard vermeden moeten worden.⁴⁰ Pas indien het algemeen belang tot interventie noodzaakt, zal van dit uitgangspunt kunnen worden afgeweken maar dan zo, dat het 'zelf doen' van de sociale partners zo min mogelijk wordt aangetaast.⁴¹ Deze stellingname leidt tot de wenselijkheid van sociaal recht met een autonoom, hetero-autonoom, auteronom en eventueel auto-heteronoom karakter.⁴²

Noten

1. A.N. Molenaar, Bronnen van arbeidsrecht. In: *Van sociale politiek naar sociaal recht: een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, Alphen a/d Rijn 1966, p. 72-87.

2. In het hierna volgende zullen alleen die opvattingen worden weergegeven, die van belang zijn voor het betoog dat daarna in paragraaf 3 en volgende zal worden opgezet.

3. Deze uitzondering is onvoldoende in ogenschouw genomen door S. Mok, *Arbeidsrecht*. In: S. Mok, *Arbeidsrechtelijke opstellen*, Alphen a/d Rijn 1950, p. 8.

4. Marius G. Levenbach, *Rechtsvinding en arbeidsrecht*. In: *Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen, aangeboden aan prof. mr. Paul Scholten*, Haarlem 1932, p. 301-325. Dit opstel is ook opgenomen in M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*. Alphen a/d Rijn 1951, p. 85-106. De verwijzingen hierna komen uit de Scholten-bundel.

5. 'Nauwgezette begripsbepaling (is) een voorwaarde van

logiese noodzakelijkheid' (o.c., p. 325).

6. A.N. Molenaar, *Autonoom en heteronoom arbeidsrecht, Rechtsgeleerd Magazijn* 1933, p. 459-467.

7. A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht* (deel 1), Zwolle 1953, p. 399-405.

8. Schrijft hij daarom dat heteronoom recht het *in hoofdzaak* (mijn curs.) door de staat bezorgde recht is?

9. H. Sinzheimer, De achtergrond van het arbeidsrecht. In: *Bundel-oraties*, p. 122-135.

10. Molenaar, o.c., p. 408-411.

11. Blijkbaar zijn autonoom en heteronoom recht toch weer twee elkaar uitsluitende vormen van recht. Molenaar lijkt (opnieuw?) te miskennen dat (zoals Levenbach heeft betoogd en wat Molenaar in diens verweer heeft erkend) autonoom en heteronoom recht twee uitersten zijn op een glijdende schaal. Zoals we hieronder nog zullen zien, kan staatsinterventie in een bepaald opzicht wel degelijk hand in hand gaan met autonome rechtsvorming.

12. F.J.H.M. van der Ven, *Inleiding tot het Arbeidsrecht*, Tilburg 1941. De tweede druk verscheen in 1946. Daaruit zal ik citeren en verwijzen.

13. A.N. Molenaar, Boekbespreking F.J.H.M. van der Ven, *Inleiding tot het Arbeidsrecht, De Gids* 1942 II, p. 182-186. Zie iets uitgebreider A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, p. 411-417.

14. F.J.H.M. van der Ven, *Sociaal Recht*. In: *Bundel-oraties*, p. 280.

15. F.J.H.M. van der Ven, *Theorie der sociale politiek*, Leiden 1961, p. 56 en 123.

16. Cf. de opvatting van Sinzheimer, zie hierboven. Dezelfde opvatting klinkt door in E.P. de Jong, *Het mensbeeld in het sociaal recht, SMA* 1988, p. 91 r.k.: 'In een democratische samenleving wordt het sociaal recht niet alleen gevormd door regelgeving die van overheidswege tot stand wordt gebracht. Belangrijke delen van het sociaal recht zijn opgezet of uitgewerkt door sociale partners'.

17. Antoine Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen a/d Rijn 1986, p. 299.

18. Levenbach, o.c., p. 325.

19. P. Borst, Vier openingen in het autonome arbeidsrecht (afscheidscollage 1971). In: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer-Alphen a/d Rijn 1977, p. 275 spreekt dan ook van een bijna vergeten strijd.

20. De hiervoor gegeven voorbeelden (wet AVV/OVV en art. 14 WCAO) vallen binnen deze categorie.

21. De zeer summier regeling van art. 1637n BW uitgezonderd; zie daarvoor T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen 1985, p. 111 e.v.

22. Op grond van art. 67 en 68 Wet BO blijkt immers dat de instelling van de schappen via de SER loopt die niet alleen uit vertegenwoordigers van werkgevers en vakbonden bestaat.

23. Jacobs, o.c., p. 297.

24. Het gaat om een verschuiving. Niet ontkend wordt dat er redenen kunnen zijn die ervoor pleiten dat een bepaalde materie op heteronome wijze wordt geregeld. Redenen worden bij voorbeeld gegeven door M.M. Olbers, Ar-

beidsvoorwaardenregeling bij wet of cao? In: *Schetsen voor Bakels*, Deventer 1987, p. 185 e.v.

25. Omwille van methodologische redenen kies ik voor het vergelijken van wetten uit verschillende tijdsperiodes die qua onderwerp op dezelfde lijn liggen. Mijn stelling kan men dan ontkrachten door 1) aan te tonen dat de betrokken wetten niet met elkaar kunnen worden vergeleken en/of 2) te bewijzen dat deze wetten qua type regeling niet of nauwelijks van elkaar afwijken. Bovendien is mogelijk dat men stelt en beargumenteert dat de wetten, die vergeleken worden niet een verantwoorde afspiegeling zijn van het totaal van wetten dat is ingevoerd.

26. Vgl. Grat van den Heuvel, *Industrieel burgerschap als uitnodiging*, Deventer 1983, p. 58.

27. De Jong, o.c., p. 98 r.k.

28. Met daarbij de kanttkening die over art. 32a WOR is gemaakt.

29. Zie *Ars Aequi*, maart 1980, p. 174-181.

30. F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, Deventer 1987, p. 12. Op p. 18 herhaalt hij deze opmerking door enigszins denigrerend te spreken over 'de wat modegevoelige zucht om het bedrijfsleven wat meer lucht te geven'.

31. Zou een dergelijke taakstelling in principe ook mogelijk zijn geweest voor de materie welke door de WABW wordt bestreken? Ik meen van wel. De wetgever had de sociale partners kunnen opdragen binnen een bepaald tijdsbestek een oplossing te vinden voor het probleem van de illegaal werkzame buitenlandse werknemers. Voorts zou bij voorbeeld op grond van overleg tussen werkgevers en werknemers een registratieplicht kunnen worden ingevoerd (bij voorbeeld bij het secretariaat van de Stichting van de Arbeid) op basis van overeengekomen limieten.

32. Cf. W.H.J. Reynaerts, De CAO en de collectieve arbeidsverhoudingen. In: L. Bots e.a. (red.), *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer 1986, p. 245 e.v.

33. Een uitvoeringsbesluit is op 10 september 1970 (stb. 410) in werking getreden.

34. Eindrapport van de SWZ-werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties, *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, november 1987, p. 33. Zie ook M.M. Olbers, *CAO en oproepcontract*, SR 1988, p. 110.

35. Recentelijk nog A.Ph.C.M. Jaspers, Selectief werkgelegenheidsbeleid: geoorloofde bescherming of discriminatie. In: *Schetsen voor Bakels*, o.c., p. 129.

36. In de jaren twintig van deze eeuw deed zich eenzelfde verschijnsel voor. Vgl. B. Bolger, *Organisatorische verhoudingen tussen werkgevers en arbeiders*, Haarlem 1929, p. 353 en 382. Daarnaast C.J. Loonstra, *Derden-interventie bij CAO-conflicten; grenzen en mogelijkheden van wettelijke regulering*, Groningen 1987, p. 121, 122 en 131.

37. Uitdrukkelijk De Jong, o.c., p. 98 l.k. Zie voorts het citaat van Noordam bij noot 30.

38. Al was het alleen al om wat Jacobs, o.c., p. 301 beoogt: 'Als men de autonome rechtsvorming laat verslappen, kan dat het bewustzijn van de arbeiders ondermijnen, dat sociale verbetering strijd en organisatie behoeven!'

39. In het verlengde van deze opvatting zou men het pleidooi van Jacobs, o.c., p. 301 e.v. kunnen begrijpen voor meer - in mijn terminologie - auteronoom recht.

40. Staat recht van autonome aard moreel gezien dan toch op een hoger plan dan recht van heteronome aard? Ik meen van niet. Feitelijk vloeit alleen uit de ordenende taak van de wetgever voort, dat niet hoeft te worden ingegrepen wanneer de betrokkenen zelfstandig die ordening hebben aangebracht, tenzij uiteraard het algemeen belang zich daartegen verzet.

41. De vraag of het algemeen belang tot ingrijpen dwingt wordt uiteraard door de wetgever beantwoord.

42. Thans is in feite ook met zoveel woorden *verklaard*, waarom de in paragraaf 4 geschetste ontwikkeling zich heeft voorgedaan, namelijk omdat men meer waarde ging hechten aan de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers.