

Vergaderjaar 1996–1997

**25 426**

## **Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht**

**Nr. 1**

### **BRIEF VAN DE MINISTERS VAN JUSTITIE EN VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 23 juni 1997

Hierbij bieden wij u aan de notitie «Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht». De notitie is opgesteld naar aanleiding van de toezegging daartoe van de Minister van Justitie in de Tweede Kamer bij de behandeling van wetsvoorstel Vaststellingswet titel 7.10 Nieuw Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
A. P. W. Melkert

## ONTWIKKELINGEN IN HET ARBEIDSOVEREENKOMSTENRECHT

### Inleiding

Op 1 april 1997 is titel 7.10 van het nieuw Burgerlijk Wetboek in werking getreden, waarin de arbeidsovereenkomst wordt geregeld<sup>1</sup>. De nieuwe titel bevat een technische herziening van de regeling van de arbeidsovereenkomst. Wijzigingen met een politieke inslag zijn buiten het voorstel gehouden om te voorkomen dat politieke meningsverschillen de behandeling van het voorstel zouden ophouden of zelfs tegenhouden<sup>2</sup>.

Bij de schriftelijke voorbereiding van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer hebben sommige fracties er op aan gedrongen dat ook een inhoudelijke discussie over dit recht wordt begonnen. Verwezen werd naar brieven aan de Tweede Kamer van prof. Jacobs en de FNV<sup>3</sup>.

Bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de heer O. P. G. Vos (VVD) gevraagd om een notitie waarin een aantal knelpunten op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht wordt behandeld. Als mogelijke onderwerpen zijn in het debat genoemd het zoeken naar een nieuw evenwicht tussen dat deel van het arbeidsrecht dat dwingend moet worden voorgeschreven en dat deel dat door sociale partners of in onderhandelingen tot stand kan worden gebracht, de ontbrekende gelaagde structuur, het concurrentiebeding, de schorsing en de non-actiefstelling, de relatie tussen het familierecht en het ontslagrecht, de explicitering van grondrechten van werknemers, de integratie van gehandicapte werknemers, vakantie- en verlofregelingen in relatie tot ATV-dagen en religieuze feesten van allochtone werknemers, de aansprakelijkheid voor schade door werknemers en de vraag wat dient te worden verstaan onder de begrippen «overgang» en «onderneming» in het kader van de afdeling over overgang van ondernemingen<sup>4</sup>. Verwezen werd naar een publicatie van de Vereniging voor arbeidsrecht over deze materie, waarin titel 7.10 nieuw BW werd omschreven als een «gemiste kans» om het arbeidsrecht aan te passen aan een aantal actuele ontwikkelingen<sup>5</sup>.

Wij zouden allereerst willen opmerken – en dat was ook de reactie van de Minister van Justitie in het debat in de Tweede Kamer – dat de vrees dat het arbeidsrecht niet wordt aangepast aan actuele ontwikkelingen niet terecht is. De wet tot vaststelling van titel 7.10 strekt ertoe om het arbeidsovereenkomstenrecht aan te passen aan de Boeken 3, 5 en 6 van het (nieuw) Burgerlijk Wetboek. De verhouding tussen de algemene delen van het burgerlijk recht en het bijzondere deel van het arbeidsovereenkomstenrecht is duidelijker geworden. Oude en achterhaalde bepalingen zijn geschrapt, begrippen zijn gemoderniseerd en consistent gehanteerd en de structuur van deze titel is inzichtelijker gemaakt. Wij menen dat aldus een betere basis wordt geschapen voor wijzigingen van dat recht om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen en dat ook de rechter in de wet een beter handvat vindt om concrete problemen op te lossen.

Tot de vervallen bepalingen behoort bijvoorbeeld die waarin is bepaald dat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nietig is (artikel 7A:1637i BW), waarop nog wordt ingegaan in par. 5 van deze notitie. De afstemming van de regeling op de materiële inhoud en de formuleringen van de Boeken 3, 5 en 6 BW heeft tot wijzigingen van vele tientallen bepalingen geleid, onder meer ten aanzien van het stelsel van nietigheden in titel 2 van Boek 3 BW als ook de afstemming van de bepalingen over loon aan afdeling 11 titel 1 van Boek 6 (Verbintenissen tot betaling van een geldsom). Reeds deze afstemming op het nieuwe vermogensrecht mag niet worden onderschat. Wij zeggen dit omdat in de vaak kritisch gestemde literatuur over titel 7.10 zelden of nooit op dit belangrijke aspect van het wetsvoorstel wordt ingegaan.

Om de regeling «gebruikersvriendelijker» te maken is getracht de tekst van de wet doorzichtiger te maken en te bezien op helderheid en

<sup>1</sup> Wet van 6 juni 1996, houdende vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek Arbeidsovereenkomst), Stb. 1996, 406.

<sup>2</sup> TK 1993–1994, 23 438, nr. 3, blz. 1.

<sup>3</sup> TK 1994–1995, 23 438, nr. 7, blz. 1.

<sup>4</sup> Handelingen TK 14 maart 1996, blz. 62–4332.

<sup>5</sup> P. F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen*, Alphen aan den Rijn 1995.

consistentie en is ernaar gestreefd om onderwerpen die bij elkaar horen ook bij elkaar te plaatsen.

Evenals in de andere delen van het nieuw BW is getracht een logische – gelaagde – structuur in de regeling te brengen, hetgeen hard nodig was na de talloze wijzigingen van het arbeidsrecht in de afgelopen 50 jaar. Met deze structuur is het ook weer mogelijk toekomstige veranderingen – inclusief het ontslagrecht – beter in te passen.

Tegelijk met de wet van 6 juni 1996 is de Invoeringswet voor titel 7.10 in werking getreden. Hiermee wordt andere wetgeving aan de nieuwe titel aangepast, voornamelijk op terminologisch vlak. Zo worden overeenkomstig titel 7.10 de begrippen «arbeider» en «dienstbetrekking» vervangen door «werknemer» en «arbeidsovereenkomst»<sup>1</sup>. Tevens is per 1 april jl. de wet in werking getreden die voorziet in een nieuwe afdeling 10 bij titel 7.10 met bijzondere bepalingen voor handelsvertegenwoordigers. Deze afdeling vervangt de artikelen 75–75c Wetboek van Koophandel<sup>2</sup>.

In het kader van de voltooiing van het nieuw Burgerlijk Wetboek zal later titel 7.11 inzake de collectieve arbeidsovereenkomst worden ingediend. Ook hier zal het vooral om een technische aanpassing van de huidige Wet cao aan het nieuwe vermogensrecht gaan. Nog bestudeerd wordt of het voorontwerp voor titel 7.11, zoals dat is opgesteld door prof. mr M. G. Levenbach, aangepast moest worden voor het als wetsvoorstel zal worden ingediend. Ook zal nog worden ingediend een wetsvoorstel dat de regeling van de zee-arbeidsovereenkomst, zoals te vinden in de vierde titel van het Wetboek van Koophandel, zal overbrengen naar het Burgerlijk Wetboek. Nog onderzocht wordt of deze regeling in Boek 7, dan wel in Boek 8 zal worden geplaatst. Ook dit wetsvoorstel zal een aanpassing van de huidige regeling aan het nieuwe vermogensrecht en titel 7.10 behelzen. Daarnaast wordt nog onderzocht in hoeverre eventuele veranderingen en ontwikkelingen in de maatschappij tot een aanpassing van deze regeling nopen.

In deze notitie wordt een aantal ontwikkelingen in het arbeidsrecht omschreven, met een aanduiding van de wijze waarop met deze ontwikkelingen rekening zou kunnen worden gehouden in de nieuwe titel over de arbeidsovereenkomst. Ook de onderwerpen die in de Tweede Kamer zijn genoemd, worden behandeld. De notitie is beschrijvend, zij bevat geen aankondigingen van nieuwe wetsvoorstellen.

## **1. Nieuwe evenwichten in het arbeidsrecht**

### *1.1. Evenwicht tussen dwingend en aanvullend recht*

De verhouding tussen dat deel van het arbeidsrecht dat een dwingend karakter heeft en dat deel dat door sociale partners of in onderhandelingen tussen individuele werkgever en werknemer tot stand kan worden gebracht, is historisch gegroeid<sup>3</sup>.

In 1909 zijn met de Wet op de Arbeidsovereenkomst een groot aantal dwingende bepalingen in het BW ingevoerd. Nieuw was het type bepaling, waarvan slechts bij schriftelijke overeenkomst of reglement mag worden afgeweken. Door Paul Scholten is hieraan de benaming «semi-dwingend recht» gegeven<sup>4</sup>.

In verband met de opkomst van de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) zijn in 1954 met de herziening van het ontslagrecht ook bepalingen in het BW gekomen, waarvan slechts bij cao of regeling door een publiekrechtelijk orgaan mag worden afgeweken. Door M. G. Levenbach is hieraan de benaming «driekwart-dwingend recht» gegeven<sup>5</sup>. Sedertdien zijn van beide typen bepalingen nog nieuwe toegevoegd.

Sedert de jaren vijftig heeft ook de ondernemingsraad een steeds belangrijker rol gekregen in het arbeidsrecht. In de Arbeidstijdenwet van

<sup>1</sup> Wet van 14 november 1996, Stb. 1996, 562.

<sup>2</sup> Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 506.

<sup>3</sup> Zie hierover ook de Toelichting bij het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte boek 7, 's-Gravenhage 1972, blz. 1034–1035, van de hand van M. G. Levenbach.

<sup>4</sup> Paul Scholten, Asser-serie, Algemeen deel, eerste uitgave, Zwolle 1931, blz. 30.

<sup>5</sup> M. G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn 1954, blz. 18.

1996<sup>1</sup> is voor het eerst de rechtsfiguur geïntroduceerd dat een werkgever, als er geen cao is, in overleg met de ondernemingsraad een ruimere regeling op het gebied van de arbeidstijden mag afspreken dan de wettelijke standaardregeling.

Mede als gevolg van deze ontwikkelingen is het mogelijk geworden om in het arbeidsrecht meer over te laten aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen, hetzij cao-partijen (werkgevers en vakbonden), hetzij individuele ondernemer en ondernemingsraad. Deze ontwikkeling is bij voorbeeld tot uitdrukking gekomen in de wetgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden, waar een grotere verantwoordelijkheid is toegekend aan het beleid van de werkgever in overleg met de ondernemingsraad en de Arbo-dienst<sup>2</sup>. Ook bij nieuwe, thans in voorbereiding zijnde wetsvoorstellen op het gebied van het ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties en de positie van intermediairs op de arbeidsmarkt is deze tendens waarneembaar.

Door het afschaffen van het vergunningenstelsel met betrekking tot het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan derden (o.a. uitzendarbeid) verschuift de primaire verantwoordelijkheid voor goede arbeidsverhoudingen op dit gebied naar met name de betrokken cao-partijen. In vorenbedoelde wetgeving worden aan cao-partijen in verband hiermede ook bevoegdheden toegekend om afspraken te maken die afwijken van de wettelijke (minimum) regeling inzake de uitzendovereenkomst. De Wet op de Europese Ondernemingsraden gaat, in navolging van de EG-Richtlijn op dit gebied, uit van het primaat van zelfregulering<sup>3</sup>.

In het wetsvoorstel tot herziening van de WOR en titel 7.10 BW wordt eveneens meer ruimte gegeven aan de mogelijkheid van zogeheten ondernemingsovereenkomsten tussen ondernemer en ondernemingsraad<sup>4</sup>. Deze tendens geeft aanleiding om ook ten aanzien van het BW na te gaan of het evenwicht tussen dwingend en aanvullend recht – en de verschillende gradaties daarvan – nog bij de tijd is.

De verhouding tussen de verschillende vormen van dwingend recht komen soms aan de orde bij incidentele aanpassingen van het BW. Zo zijn deze verhoudingen ter discussie geweest met betrekking tot de loondoorbetaling bij ziekte en de mogelijkheid om vakantiedagen bij ziekte te beperken (Wet Terugdringing Arbeidsongeschiktheidsvolume en Wet Terugdringing Ziekteverzuim)<sup>5</sup>. Hetzelfde geldt voor de positie van flexibele arbeidsrelaties. De plicht van de werkgever om loon te betalen indien geen arbeid wordt verricht als gevolg van een reden die voor zijn rekening komt is thans van semi-dwingend recht. In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid wordt voorgesteld om deze bepaling ten dele van driekwart-dwingend recht te maken<sup>6</sup>. Het is echter zinvol op deze plaats de uitgangspunten te formuleren die bij het kiezen voor de verschillende gradaties een rol spelen.

#### Dwingend recht

Deze vorm laat geen afwijking toe van de wettelijke regel.

Strijd met een dwingende bepaling leidt tot nietigheid. Indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen, leidt deze echter slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling iets anders voortvloeit (artikel 40 lid 2 van Boek 3 BW). Een nietigheid wordt ambtshalve door de rechter toegepast en hierop kan door beide partijen een beroep worden gedaan. Op een vernietigbaarheid moet een beroep worden gedaan, hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een beroep in rechte, door degene in wiens belang de vernietigingsgrond is opgenomen. In de gevallen waarin in titel 7.10 afwijking ten nadele van de werknemer niet is toegelaten zou het onjuist zijn dat ook de werkgever zich op nietigheid zou

<sup>1</sup> Wet van 23 november 1995, Stb. 1995, 598, houdende bepalingen inzake arbeids- en rusttijden.

<sup>2</sup> Wet van 22 december 1993 tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet, Stb. 1993, 757.

<sup>3</sup> Wet van 23 januari 1997 tot uitvoering van richtlijn nr. 94/45/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (Wet op de Europese ondernemingsraden, Stb. 1997, 32).

<sup>4</sup> TK 1995–1996, 24 615, nrs. 1–2.

<sup>5</sup> Wet Terugdringing Ziekteverzuim van 26 februari 1992, Stb. 1992, 82 en Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiktheidsregelingen van 7 juli 1993, Stb. 1993, 412.

<sup>6</sup> TK 1996–1997, 25 263, nrs. 1–2.

kunnen beroepen. Daarom is in deze gevallen steeds sprake van een vernietigbaarheid<sup>1</sup>.

In verband met het stelsel van dwingend recht en nietigheden is in titel 7.10 steeds uitdrukkelijk bepaald in welke gevallen afwijkingen ten gunste van de werknemer zijn toegelaten. Het in de literatuur wel gesignaleerde beginsel van het arbeidsrecht dat afwijking ten gunste van de werknemer is geoorloofd (zgn. «gunstigheidsbeginsel»)<sup>2</sup> is daarmee in het BW door de wetgever zelf uitgewerkt. In niet in de wet voorziene gevallen is afwijking van dwingend recht ook ten gunste van de werknemer niet geoorloofd.

Voor dwingend recht zal worden gekozen indien de wetgever een minimumniveau van bescherming van de werknemer wil garanderen.

Deze opvatting kan eventueel gebaseerd zijn op een internationale verplichting. Zo zijn loon- en vakantiebepalingen veelal gebaseerd op verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie. Ook de richtlijnen van de EG op het gebied van het arbeidsrecht (bijvoorbeeld inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, rechten van de werknemers bij overgang van de onderneming en arbeidstijden) bevatten minimumnormen, waarvan niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Daarnaast kan ook de Nederlandse wetgever van mening zijn dat een bepaalde norm zo belangrijk is dat deze bij wet moet worden gegarandeerd. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om bepalingen met het karakter van grondrechten, zoals die inzake (overige vormen van) gelijke behandeling of de bescherming van het inkomen bij ziekte.

#### Driekwart-dwingend recht

Dit betreft de mogelijkheid van afwijking van de wettelijke regel bij cao of regeling van een bevoegd bestuursorgaan. De laatste mogelijkheid omvat met name de bevoegdheid van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om onder bepaalde voorwaarden regelingen van dezelfde inhoud als een cao vast te stellen (artikel 5 en 6 Wet op de Loonvorming).

Driekwart-dwingend recht biedt de mogelijkheid dat betrokkenen zelf mede inhoud geven aan het arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak voor de desbetreffende regeling, maatwerk voor bedrijfstakken en ondernemingen en flexibiliteit indien de noodzaak van aanpassing zich voordoet.

Voor dit type bepaling wordt gekozen indien het gaat om een belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is, maar wel voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van de werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet. De huidige Nederlandse arbeidsverhoudingen zijn van dien aard dat de vakorganisaties in het cao-overleg in staat zijn op een gelijkwaardige wijze met de werkgeversorganisatie te onderhandelen.

Driekwart-dwingend recht zal met name worden gehanteerd indien het zinvol is om de sociale partners de mogelijkheid te bieden de regelgeving aan te passen aan de behoeften van de bedrijfstak of onderneming. Een voorbeeld vormt de plicht tot opzegging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 7:668, lid 3 en 4 BW). In die sectoren waar deze bescherming van de werknemer te strikt werd geacht, zijn werkgevers en vakorganisaties overeengekomen om deze regeling te versoepelen. Bijvoorbeeld werd dan afgesproken om de regeling pas van toepassing te achten, indien de achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten een bepaalde tijd (bijv. twee jaar) hadden geduurd. Dit voorbeeld laat ook zien, dat deze mogelijkheid van afwijking per sector de mogelijkheid geeft om met nieuwe ontwikkelingen te experimenteren. Inmiddels is dit type bepaling zo wijd verbreid dat in het genoemde wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid in navolging van het advies van de

<sup>1</sup> TK 1993–1994, 23 438, blz. 8–9.

<sup>2</sup> A. T. J. M. Jacobs, Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief, Alphen aan den Rijn/Brussel 1986, blz. 334–336.

Stichting van de Arbeid van april 1996<sup>1</sup> is voorgesteld ook de wet in deze zin aan te passen en daarbij de genoemde termijn zelfs op drie jaar te stellen.

Wanneer de bepaling een minimumniveau van bescherming nastreeft, zou het in strijd zijn met dit uitgangspunt om afwijking bij cao toe te laten. Wel is het denkbaar dat bepaalde onderwerpen zich er voor lenen om de bescherming per bedrijfstak op verschillende wijzen vorm te geven. Een voorbeeld vormt de mogelijkheid die de wet openlaat om vakantiegeld in de vorm van bonnen te betalen, zoals dit gebeurt in de bouwsector (artikel 7:639, lid 2 BW).

Bij bepalingen van drie-kwart dwingend recht zijn afwijkingen die in de individuele arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen ook nietig als deze ten gunste van de werknemer zijn. Dit is destijds bepaald naar aanleiding van het advies van de SER dat beoogde te voorkomen dat een soort «schaduwrecht» zou ontstaan, waarbij afwijkende afspraken geldig zouden zijn zolang op de ongeldigheid daarvan geen beroep is gedaan<sup>2</sup>. Waar bepaald wordt dat slechts bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, mag uiteraard wel door een individuele afspraak ten voordele van de werknemer worden afgeweken<sup>3</sup>.

### Semi-dwingend recht

Deze vorm van dwingendheid houdt in dat afwijking van de wettelijke bepaling slechts mogelijk is bij schriftelijke overeenkomst of reglement. De schriftelijke overeenkomst kan zowel een individuele arbeidsovereenkomst als een collectieve arbeidsovereenkomst betreffen.

In wetsvoorstel 24 615 inzake herziening van de WOR en titel 7.10 BW is voorgesteld de regeling van het reglement uit het Burgerlijk Wetboek te schrappen, hetgeen meebrengt dat de mogelijkheid van afwijking van semi-dwingend recht in het reglement komt te vervallen.

Semi-dwingende bepalingen betreffen onderwerpen waarbij de werknemer weliswaar bescherming behoeft, maar waarbij behoefte kan bestaan aan de mogelijkheid om afwijking overeen te komen. De eis van schriftelijkheid biedt dan in elk geval de waarborg dat de werknemer weloverwogen aanvaardt dat zijn rechtspositie aldus wordt ingericht. Zo is het (binnen strikte grenzen) aanmerken van ziektedagen als vakantiedagen door de wetgever vergemakkelijkt door deze regeling van semi-dwingend recht te maken (artikel 7:637 BW). Dit past in het overheidsbeleid ten aanzien van de bestrijding van het ziekteverzuim.

Tegelijk heeft het wettelijke minimum aantal vakantiedagen (artikel 7:634 BW) wel een dwingend karakter gehouden, in dit geval in overeenstemming met de EG-Richtlijn over arbeidstijden<sup>4</sup>.

### Aanvullend recht

In het algemeen zal hiervoor worden gekozen indien de wet slechts wil voorzien in een regeling, indien partijen dat achterwege hebben gelaten.

### De bepalingen van titel 7.10

In de bijlage is een overzicht opgenomen van de verschillende maten van dwingendheid van de bepalingen van titel 7.10 over de arbeidsovereenkomst. Uit dit overzicht valt af te leiden dat het grootste deel van de bepalingen een dwingend karakter heeft.

Analyse van de lijst van dwingende bepalingen leert dat dit voor veel bepalingen voortvloeit uit de hierboven aangegeven redenen dat zij gebaseerd zijn op internationale verplichtingen of uit het gegeven dat zij het karakter hebben van grondrechten.

De bepalingen van driekwart-dwingend, semi-dwingend en aanvullend

<sup>1</sup> Stichting van de Arbeid, Nota Flexibiliteit en zekerheid, 's-Gravenhage 1996, blz. 18.

<sup>2</sup> SER, Advies Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991, blz. 12–13.

<sup>3</sup> TK 1993–1994, 23 438, nr. 3, blz. 9.

<sup>4</sup> Art. 7 van de Richtlijn van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, nr. 93/104/EG, Pb. EG nr. L 307 van 13 december 1993, blz. 18.

recht passen in grote lijnen in de boven genoemde criteria. Een uitzondering geldt wellicht voor de mogelijkheid in artikel 7:628 om het risico van loonbetaling bij niet-werken door de werkgever uit te sluiten. Deze bepaling is van semi-dwingend recht. In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid is in navolging van het Advies van de Stichting van de Arbeid terzake voorgesteld dat deze bepaling na verloop van een halfjaar vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst een driekwart-dwingend karakter verkrijgt.

Ten slotte vermeldt het overzicht in de bijlage een categorie bepalingen waaraan de wet niet met zoveel woorden een dwingend karakter toekent, maar die zich niet lenen voor afwijking. Het gaat hier bijvoorbeeld om de definitie van de arbeidsovereenkomst, de verplichting om zich als goed werkgever en werknemer te gedragen, de regeling van schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en om verjaringstermijnen.

Ook op andere plaatsen in het BW is niet uitdrukkelijk het dwingende karakter van deze en soortgelijke bepalingen vermeld. Het dwingende karakter van deze bepalingen volgt uit het feit dat het hier gaat om bepalingen van openbare orde. Uit artikel 3:40 BW volgt dat bedingen in strijd met deze bepalingen nietig zijn of tot vernietigbaarheid leiden indien zij uitsluitend strekken tot bescherming van één der partijen bij de arbeidsovereenkomst.

#### Regelgeving door sociale partners

Met het bovenstaande hangt de vraag samen in hoeverre het wenselijk is, dat aan de sociale partners de mogelijkheid wordt geboden om ten aanzien van arbeidsrechtelijke onderwerpen tot zelfregulering te komen, alvorens de wetgever dat doet of mogelijk in plaats van de wetgever.

Wij kennen de mogelijkheid van zelfregulering door sociale partners in de Stichting van de Arbeid door middel van aanbevelingen aan cao-partijen dan wel rechtstreeks aan individuele ondernemingen. Deze vorm van zelfregulering betreft veelal onderwerpen van sociaal beleid in de onderneming.

#### Ondernemingsraad

Titel 7.10 kent geen plaats toe aan de ondernemingsraad, onder meer omdat deze geen rechtstreekse invloed heeft op de inhoud van individuele arbeidsovereenkomsten. Niettemin heeft de tendens tot decentralisatie van arbeidsverhoudingen er toe geleid dat de ondernemingsraad in recente arbeidsrechtelijke wetgeving een grotere plaats heeft gekregen, zoals bijvoorbeeld in de Arbeidstijdenwet, waar een regeling met de ondernemingsraad onder omstandigheden toelaat om gebruik te maken van de overlegregeling van de wet, die ruimere flexibiliteit in de werk- en rusttijden toelaat dan de standaardregeling.

Het is echter niet gewenst dat de ondernemingsraad direct de bevoegdheid krijgt individuele werknemers te binden. Dit zou een te grote breuk betekenen met de bestaande arbeidsverhoudingen, waarin de cao het kader vormt om collectief afspraken te maken die bindend zijn voor individuele werkgevers en werknemers. Een cao kan worden aangegaan door een of meer werkgevers of werkgeversorganisaties en een of meer organisaties van werknemers.

#### *1.2. Onderscheid tussen werknemers*

#### Hoger inkomen en opleiding

Ter discussie is gesteld in hoeverre in het arbeidsovereenkomstenrecht een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen werknemers met een hoger inkomen of hogere opleiding en de «standaard-werknemer».

Voorgesteld werd dat bij een loon van meer dan f 150 000 per jaar of een hogere beroepsopleiding de arbeid geacht wordt zelfstandig van aard te zijn, tenzij uit de feiten het tegendeel blijkt<sup>1</sup>. Bij de totstandkoming van de oorspronkelijke wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 is echter uitdrukkelijk gekozen voor een algemene regeling.

Sindsdien is voor de Nederlandse situatie kenmerkend dat de regeling van de arbeidsovereenkomst in beginsel op alle werknemers (tot en met de directeur in dienst van een vennootschap) van toepassing is. Daar waar dat niet wenselijk is, zijn voor specifieke groepen uitzonderingen gemaakt. Zo ontzegt Boek 2 BW aan de directeur van een vennootschap de vordering tot herstel van de arbeidsverhouding (artikel 2:134 en 2:244, beide lid 3 BW). In andere wetten gaan de uitzonderingen verder. Zo geldt een algemene uitzondering voor het vergunningenstelsel voor ontslag van artikel 6 BBA 1945 voor directeuren van vennootschappen; in het Arbeidstijdenbesluit worden leidinggevenden en werknemers met een hoog inkomen van de arbeidstijdenbepalingen uitgezonderd<sup>2</sup>.

In sommige andere landen, zoals België, bestaan wel algemene arbeidsrechtelijke verschillen tussen «hoofd- en handarbeiders». In Nederland komen soortgelijke verschillen voor in cao's. Op het gebied van de collectieve arbeidsvoorwaardenregelingen komt het voor dat afzonderlijke cao's worden afgesloten voor lager en hoger personeel. In die regelingen hebben de hogere functionarissen meer rechten dan het overig personeel. Pleidooien in Nederland in de jaren dertig voor een aparte regeling voor hoofdarbeiders in de wet kwamen ook voort uit deze groep werknemers en waren bedoeld om het verschil in status te onderstrepen. In Jacobs' visie zouden de hoger opgeleide of meer verdienende werknemers echter juist minder bescherming krijgen. Daarbij vallen twee kanttekeningen te plaatsen.

In de eerste plaats plegen ook deze categorieën werknemers hun belangen niet altijd voldoende te behartigen ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Zij kunnen dan later worden geconfronteerd met bezwarende bedingen in hun overeenkomst, met name op het moment dat zich problemen in de arbeidsverhouding manifesteren. Afgezien van het feit dat ook voor deze werknemers de bescherming die titel 7.10 biedt, gewenst kan zijn, dient ook in ogenschouw te worden genomen, dat de regeling van het BW een minimumregeling is, juist kwesties waarbij materiële verschillen van belang zijn, zoals de hoogte van het loon, worden daarin niet geregeld. Daarbij komt dat sommige bepalingen uit de titel over de arbeidsovereenkomst zeker ook voor deze groep werknemers met een hoger salaris van belang zijn, bijvoorbeeld die over het concurrentiebeding.

In de tweede plaats roept het voorstel rechtsonzekerheid in het leven. Voor zover de van de regeling van de arbeidsovereenkomst afgezonderde arbeidsverhouding niet apart wettelijk zou worden geregeld, zal de vraag opkomen wat geldt indien partijen bepaalde kwesties niet geregeld hebben. De rechter zal in voorkomende gevallen weer bij het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht moeten aanknopen om geschillen te beslechten. Bovendien kan dit element van rechtsonzekerheid ertoe leiden dat partijen zich eerder genoodzaakt voelen om juridische adviseurs in te schakelen bij het sluiten van hun overeenkomsten. Uiteindelijk zou zich de vraag opdringen in hoeverre voor de groep met hogere opleidingen en inkomens een aparte regeling in het leven geroepen zou moeten worden, hetgeen mogelijk een nieuwe bijzondere overeenkomst zou betekenen. Daarbij is dan weer de vraag in welke aspecten moet worden voorzien en op welke wijze zou moeten worden afgeweken van de arbeidsovereenkomst en wat daarvoor de rechtvaardiging zou zijn. Zouden bij voorbeeld voor hoofdarbeiders langere wettelijke opzegtermijnen moeten gelden of juist kortere? In België staat dit onderscheid voortdurend ter discussie, onder meer met een beroep op grondrechten.

Samengevat zijn de bezwaren tegen het voorgestelde onderscheid

<sup>1</sup> A. T. J. M. Jacobs, De arbeidsovereenkomst in het NBW, NJB 1994, blz. 1035–1044, 1042.

<sup>2</sup> Stb. 1995, art. 2.1:5.



tweeërlei: de rechtvaardiging is onduidelijk en er ontstaat rechtsonzekerheid of een veel ingewikkelder regelgeving.

De huidige werkwijze waarbij in specifieke gevallen uitzonderingen worden geregeld, geniet de voorkeur. Er dienen zich thans geen nieuwe bepalingen aan, waarvoor zo'n uitzondering zou dienen te worden gemaakt.

#### Statutair-directeur

Ook is in de literatuur ter discussie geweest hoe de verhouding is tussen de vennootschappelijke en de arbeidsrechtelijke positie van de statutair-directeur, zulks naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad, dat het arbeidsrechtelijke ontslagverbod bij ziekte ook op deze relatie van toepassing is<sup>1</sup>.

Naar ons oordeel doet de door de Hoge Raad gegeven interpretatie van deze verhouding aan de verschillende belangen recht.

Zowel de arbeidsrechtelijke als de vennootschapsrechtelijke bepalingen zijn in deze relatie van toepassing. Dit brengt mee dat een bestuurder van een vennootschap die in deze hoedanigheid wordt ontslagen nog steeds werknemer kan zijn op basis van zijn arbeidsovereenkomst. Het ontslag als werknemer vergt een zelfstandig besluit, dat in overeenstemming is met het arbeidsovereenkomstenrecht. Veelal zal de voormalige directeur in de genoemde situatie op non-actief worden gesteld. In voorkomende gevallen kunnen ook andere werkzaamheden worden opgedragen. De vennootschap zal echter de normale ontslagprocedures moeten volgen, hetgeen in veel gevallen zal betekenen dat een verzoek wordt ingediend bij de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (verandering van omstandigheden, artikel 7:685 BW). In die procedure kan aan de orde komen in hoeverre een vergoeding gerechtvaardigd is.

#### Directeur/groootaandeelhouder

In de rechtspraak op het gebied van het sociale-verzekeringsrecht is de directeur-groootaandeelhouder buiten het begrip «werknemer» gebracht, mede om oneigenlijk gebruik van de werknemersverzekeringen tegen te gaan<sup>2</sup>. In het nationale arbeidsrecht bestaat zulke rechtspraak niet. Wel heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen recentelijk overwogen dat de directeur van een vennootschap, waarvan hij enig aandeelhouder is, zijn werkzaamheden niet uitoefent in het kader van een positie van ondergeschiktheid. Derhalve moet hij niet worden aangemerkt als «werknemer» in de zin van artikel 48 EG-Verdrag (vrij verkeer van werknemers), maar als een persoon die een werkzaamheid anders dan in loondienst uitoefent in de zin van artikel 52 EG-Verdrag<sup>3</sup>.

Aanpassing van het arbeidsrecht aan het sociale-verzekeringsrecht in dit opzicht is niet noodzakelijk, nu het doel van de uitzondering in het sociale-verzekeringsrecht is het voorkomen van misbruik. In het arbeidsrecht behoeft daarvoor niet te worden gevreesd.

## 2. Gelaagde structuur

### Verhouding tot Boeken 3, 5 en 6

Zoals bekend zijn op de arbeidsovereenkomst de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6 van toepassing, naast de bijzondere bepalingen van titel 7.10. Dit volgt uit de gelaagde structuur van het nieuwe BW. De bepalingen van titel 7.10 moeten derhalve wat betreft de arbeidsovereenkomst worden gezien als de top van deze structuur. Het regelt de onderwerpen die niet door de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6 worden bestreken. Voor sommige arbeidsrechtelijke vragen moet men

<sup>1</sup> HR 13 november 1992, NJ 1993, 265.

<sup>2</sup> CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21.

<sup>3</sup> HvJ EG 27 juni 1996, nr. C-107/94, r.o. 26 (Asscher).

dan ook de Boeken 3 en 6 raadplegen. Men denke bijvoorbeeld aan de vertrouwensleer als neergelegd in artikel 3:35 BW, die van belang is bij de vraag of een beëindigingsovereenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen, of meer in het algemeen of een ontslagneming door de werknemer door deze vernietigbaar is wegens een wilsgebrek. Ook gelden doorgaans slechts de gewone regels van titel 3.2 en afdeling 6.5.2 voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst.

Dit doet wel de vraag rijzen wat heeft te gelden indien op een arbeidsrechtelijke vraag zowel bepalingen van de Boeken 3 en 6, als bepalingen van titel 7.10 van toepassing zouden kunnen zijn. Dit betreft derhalve een vraag van samenloop.

Hoofregel voor de samenloop van wettelijke regelingen is dat de verschillende regelingen naast elkaar van toepassing zijn (cumulatie). Indien dit evenwel niet verenigbaar is, heeft de gerechtigde de keuze welke regeling hij wenst in te roepen (alternativiteit). Eerst wanneer ook dit tot onaanvaardbare resultaten zou leiden, mag men aannemen dat de ene regeling de ander verdringt. Uitgangspunt is echter dat ook in arbeidsrechtelijke kwesties het gehele vermogensrecht naast het arbeidsrecht van toepassing is. Desalniettemin kan een arbeidsrechtelijke regeling exclusieve werking hebben. Hiervan is sprake indien cumulatieve toepassing van het algemeen vermogensrecht en het arbeidsrecht tot onaanvaardbare resultaten leidt of dit in strijd is met het systeem of de strekking van de wet. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als het geheel van regels als uitputtend wordt beschouwd zodat er voor de algemene regel geen plaats is. Of toepassing van het algemeen vermogensrecht naast het arbeidsrecht tot onaanvaardbare resultaten leidt en/of dit in strijd is met het systeem of de strekking van de wet, is een vraag van uitleg. Een oplossing zal men dienen te vinden door een zorgvuldige interpretatie en na afweging van alle omstandigheden. Of er al dan niet sprake is van een onaanvaardbare doorkruising kan derhalve slechts van geval tot geval worden bezien. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van twee uitspraken van de Hoge Raad waarbij deze zich heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van het opnemen van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst.

In de eerste zaak betrof het een arts die in dienst was getreden van een maatschap, en waarbij in de arbeidsovereenkomst de ontbindende voorwaarde was opgenomen dat de dienstbetrekking zou eindigen zodra de toestemming van het ziekenhuis om aldaar werkzaam te zijn zou worden ingetrokken. Dit geschiedde. De arts stelde zich op het standpunt dat de ontbindende voorwaarde wegens het gesloten stelsel van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtskracht ontbeert. De Hoge Raad oordeelt dat een ontbindende voorwaarde niet noodzakelijk onverenigbaar is met dit stelsel, en dat van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van het ontslagrecht tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. De Hoge Raad wijst erop dat artikel 1639e (thans: 7:667) leden 3 en 4 slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden aantast. In dit geval wordt de ontbindende voorwaarde niet nietig geacht. Aangenomen moet evenwel worden dat hiermee niet iedere ontbindende voorwaarde die niet in artikel 7:667 is opgesomd, geldig is. Een ontbindende voorwaarde zal er niet toe mogen leiden dat de ontslagbescherming van werknemers kan worden omzeild<sup>1</sup>.

In de tweede zaak oordeelde de Hoge Raad wel nietig een ontbindende voorwaarde die erop neerkomt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege een einde neemt wanneer de werkgever zijn bedrijf beëindigt. Op deze wijze zou de anders noodzakelijke toestemming voor ontslag van de regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening omzeild kunnen worden. Deze voorwaarde wordt daarom niet verenigbaar geacht met het stelsel van het ontslagrecht<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509.

<sup>2</sup> HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685.

In het algemeen zou gesteld kunnen worden dat de toepassing van een leerstuk van het algemeen vermogensrecht in het ontslagrecht gezien de beschermende functie hiervan wel licht eerder onaanvaardbaar is dan bij de andere delen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Andersom is het aanvechten van een ontslag met een beroep op een leerstuk van het algemeen vermogensrecht mogelijk ook onaanvaardbaar indien het ontslagrecht zelf over passende sancties beschikt. Een voorbeeld daarvan vindt men in de zaak-Nedlloyd. Hier was de vraag aan de orde of een ontslag nietig kan zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden. Een groot aantal buitenlandse werknemers was ontslagen. De Nederlandse werknemers bleven buiten schot.

De ontslagen werknemers stelden zich op het standpunt dat hun ontslagen daarom nietig waren wegens discriminatie en beriepen zich daarbij op strijd met goede zeden en/of openbare orde. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat de toepasselijkheid van artikel 3:40 BW op een discriminatoir ontslag strijdig is met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en wel op de volgende gronden. Allereerst wordt opgemerkt dat ingevolge artikel 1639o (thans artikel 7:677) iedere partij de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen kan opzeggen, en de sanctie daarop schadeloosheid is. Voorts is er in een aantal nauwkeurig omschreven gevallen sprake van een vorm van nietigheid (thans artikel 7:677, lid 5 BW en 9 BBA) en is voorzien in een korte termijn voor het invoeren van de nietigheid. Hiermee is volgens de Hoge Raad niet te rijmen dat er meer gronden voor nietigheid bestaan. Bovendien is een ontslag in strijd met de openbare orde of goede zeden doorgaans kennelijk onredelijk (thans artikel 7:681 BW), op grond waarvan reeds een herstel van de arbeidsverhouding gevorderd kan worden. De rechter beschikt aldus over beter in dit stelsel passende sancties<sup>1</sup>.

#### Binnen Boek 7

Tussen de regelingen van overeenkomsten met betrekking tot arbeid kent het Burgerlijk Wetboek geen gelaagde structuur. De regelingen van de overeenkomsten van opdracht (titel 7.7), de arbeidsovereenkomst (titel 7.10) en de aanneming van werk (titel 7.12) kennen daarvoor onvoldoende gemeenschappelijke bepalingen.

Binnen de titel over de arbeidsovereenkomst geldt wel in beperkte mate een gelaagde structuur, gezien de eveneens per 1 april 1997 in werking getreden aparte afdeling 9 voor handelsvertegenwoordigers. Voorts zullen nog specifieke bepalingen over schepelingen en kapiteins in het BW worden opgenomen.

In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid is voorgesteld hieraan een aparte afdeling 11 van titel 7.10 te wijden aan een regeling voor uitzendkrachten.

Daarnaast kan worden gedacht aan specifieke bepalingen ten behoeve van andere flexibele arbeidsrelaties. Thans wordt in artikel 655, leden 6 en 7 bepaald dat op zulke relaties de in dat artikel geregelde informatieverplichting van de werkgever van overeenkomstige toepassing is. Hetzelfde gebeurt – op een technisch iets andere wijze – in artikel 1b van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van artikel 7:646. Voor het overige is in het genoemde advies van de Stichting van de Arbeid aandacht besteed aan flexibele arbeidsrelaties. Voorgesteld is met name om zogeheten rechtsvermoedens in de wet op te nemen, om duidelijker te kunnen bepalen in welke gevallen van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. Deze voorstellen zijn verwerkt in het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid.

---

<sup>1</sup> HR 20 maart 1992, NJ 1992, 49.

### 3. Concurrentiebeding

Het concurrentiebeding wordt in de literatuur veelvuldig als knelpunt gesignaleerd. Momenteel wordt dit beding bestudeerd door een werkgroep in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

Aan deze werkgroep is de opdracht gegeven om na te gaan welke invloed het concurrentiebeding en de daarover gevormde rechtspraak hebben op de flexibiliteit en mobiliteit van werknemers. De aanbevelingen van de werkgroep moeten zich richten op de vraag of de huidige regeling van het concurrentiebeding nog wel voldoet, dan wel hoe op andere wijze belemmeringen van de flexibiliteit en mobiliteit kunnen worden opgeheven. Naar verwachting zal de werkgroep in juni 1997 haar advies uitbrengen.

### 4. Tuchtrect

Het voorontwerp voor titel 7.10 BW uit 1972 voorzag in een inhoudelijke regeling van de schorsing, zowel de strafschoring (artikel 7.10.1.7) als de schorsing tijdens verdenking van een dringende reden voor ontslag (artikel 7.10.5.13). Deze bepalingen hadden een vorm die vergelijkbaar is met de boeteregeling (thans artikel 7:650 BW). Deze materie is destijds als apart wetsvoorstel Arbeidstuchtrect bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt<sup>1</sup>. Het wetsvoorstel is ingetrokken, toen bleek dat de meerderheid van de Tweede Kamer de meerwaarde van deze regulering niet voldoende achtte.

Zowel in amendementen die bij de Tweede-Kamerbehandeling van dit wetsvoorstel zijn ingediend door het kamerlid Dittrich, als in een minderheidsstandpunt in het SER-advies over deze materie<sup>2</sup>, is bepleit om juist de procedurele kant te regelen. Hoewel deze amendementen door de intrekking van het wetsvoorstel niet in stemming zijn gebracht, valt het op dat een belangrijk argument tegen een wettelijke regeling in de Tweede Kamer was, dat de normering van disciplinaire maatregelen van de werkgever reeds besloten ligt in het beginsel van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW).

Aan de rechtspraak op dit gebied kan worden ontleend dat aan de wijze van oplegging van sancties eisen worden gesteld, waar zwaarder aan wordt getild naarmate de maatregelen ingrijpender zijn voor de werknemer. Zo mag worden verwacht dat de feiten die aanleiding geven tot een dergelijke maatregel zorgvuldig worden onderzocht, dat de werknemer gehoord wordt en dat hem een mogelijkheid wordt geboden om zich ertegen te verweren. Het besluit om de maatregel op te leggen moet door de werkgever worden gemotiveerd. Voorts dient de zwaarte van de sanctie in evenredigheid te staan tot het gepleegde feit.

Deze aan de rechtspraak te ontleen beginselen van behoorlijk werkgeverschap vormen een voldoende basis om onredelijke disciplinaire maatregelen aan te vechten. Ook op andere kwesties in de verhouding tussen werkgever en werknemer kunnen deze beginselen de nodige rechtsbescherming bieden<sup>3</sup>.

Een en ander hoeft zich niet te beperken tot de bovenstaande gronden voor schorsing. In de praktijk wordt schorsing en op non-actiefstelling door de werknemer veelvuldig aangevochten in kort geding of door een verzoek aan de kantonrechter om een voorlopige voorziening te treffen. Hoewel de Hoge Raad het recht op tewerkstelling nog niet in het algemeen voor de werknemer heeft erkend, hanteert de lagere rechtspraak als uitgangspunt, dat een werkgever die de werknemer niet toelaat tot de overeengekomen arbeid daarvoor een redelijke grond moet hebben, gelegen in hetzij het gedrag van de werknemer, hetzij de hoeveelheid beschikbaar werk of de goede gang van zaken binnen de onderneming. Deze rechtspraak vormt voldoende houvast voor de praktijk

<sup>1</sup> TK 1994–1995, 23 974, nrs. 1–2; ingetrokken bij brief van 30 november 1995 (stuk nr. 16).

<sup>2</sup> SER, Advies Arbeidstuchtrect, nr. 93/11, 's-Gravenhage 1993, blz. 8–9.

<sup>3</sup> HR 31 mei 1991, NJ 1991, 788 en HR 1 juli 1993, JAR 1993/195; een overzicht van de omvangrijke lagere rechtspraak is te vinden in het commentaar op art. 7:611 in P. F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst* (losbladig).

om te beoordelen of een weigering van de werkgever om de werknemer tot het werk toe te laten redelijk is.

## **5. Nietigheid arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten**

Als gevolg van de invoering van titel 7.10 Nieuw BW is een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten niet langer nietig. De bepaling in de oude wet die dit regelde (artikel 7A:1637i BW), was achterhaald. De filosofie dat de gelijkheid van de huwelijkspartners een arbeidsrechtelijke ondergeschiktheidsrelatie zou uitsluiten, wordt thans niet meer gehuldigd. Daarnaast bestaat maatschappelijk, met name in het midden- en kleinbedrijf de behoefte om zulke arbeidsovereenkomsten te sluiten, mede in verband met de sociale verzekeringen. Ten slotte bestaat de mogelijkheid van een arbeidsovereenkomst ook al voor ongehuwd samenwonende partners en voor echtgenoten die hun onderneming in de vorm van een rechtspersoon drijven.

De vraag wat de betekenis is voor de arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten indien een voorlopige voorziening wordt getroffen in het kader van een echtscheidingsprocedure, kan binnen het geldende arbeidsrecht worden beantwoord.

In het geval dat de verhoudingen zodanig zijn verstoord, dat de arbeidsverhouding niet kan worden voortgezet, doen zich verschillende mogelijkheden voor. Indien beide partijen gezamenlijk de overeenkomst willen beëindigen, is zulks mogelijk door een beëindigingsovereenkomst. Verzet één van beide partijen zich tegen een beëindigingsovereenkomst of kunnen zij het onderling niet eens worden over de inhoud van een dergelijke overeenkomst, dan ligt het voor de hand dat een verzoek wordt gericht aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen, te weten verandering van omstandigheden (artikel 7:685 BW). Het is uiteraard ook mogelijk dat één der partijen de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening verzoekt om een ontslagvergunning op grond van verstoorde verhoudingen. Mocht de wederpartij na een aldus tot stand gekomen opzegging of na een feitelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst menen dat in de wijze van beëindiging onvoldoende rekening is gehouden met de gevolgen voor hem of haar, dan kan deze nog een schadevergoeding eisen op grond van kennelijk onredelijk ontslag.

Denkbaar is dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst gezien de omstandigheden een te zwaar middel is. Mogelijk kunnen de problemen, indien samenwerking niet langer mogelijk is, opgelost worden door de echtgenoot een andere functie te laten vervullen, dan wel op een andere plaats te laten werken.

In dat geval is het ook denkbaar dat de meest gerede partij de rechter verzoekt om op grond van artikel 6:258 BW de arbeidsovereenkomst in die zin te wijzigen. Indien op deze wijze een passender resultaat kan worden bereikt, staat artikel 7:685 BW daaraan niet in de weg.

## **6. Explicitering grondrechten**

De laatste jaren wordt in wetgeving, rechtspraak en literatuur op arbeidsrechtelijk gebied in toenemende mate aandacht geschonken aan de grondrechten van de werknemer. Dit betreft een internationaal verschijnsel. In dit verband wordt steeds vaker een beroep gedaan op internationale verdragen. Het gaat hier om de verdragen in het kader van de Verenigde Naties, zoals de Internationale Verdragen inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR) en inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). Daarnaast om verdragen van de Raad van Europa, zoals het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Europees Sociaal

Handvest (ESH). Voorts zijn ten aanzien van de arbeidsovereenkomst de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie van belang, onder meer ter zake van de vakbondsvrijheid. Ook is op dit gebied de invloed van het EG-recht gegroeid, bijvoorbeeld ten aanzien van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Reeds bij de behandeling van de grondwetsherziening 1983 is door een aantal Tweede Kamerleden op een wettelijke regeling van de grondrechten in de arbeidsverhouding aangedrongen<sup>1</sup>. Bij die gelegenheid is door de regering ook uitgesproken dat de horizontale werking van grondrechten op diverse manieren kan worden vorm gegeven en dat de rechter daarbij ook een grote mate van vrijheid wordt gelaten. Als gevolg van de grondwetsherziening moesten verder de grondrechten van ambtenaren wettelijk worden geregeld, hetgeen heeft geleid tot de artikel 125a–f Ambtenarenwet, waarin onder meer de vrijheid van meningsuiting en van godsdienst en levensovertuiging, alsmede de vrijheid om politieke activiteiten te verrichten en het recht op lichamelijke integriteit nader zijn geregeld.

In de literatuur is door sommige auteurs ervoor gepleit om een soortgelijke wettelijke regeling van de grondrechten van de werknemer tot stand te brengen<sup>2</sup>. Daar tegenover staat de visie van anderen, dat de doorwerking van grondrechten in de individuele arbeidsverhouding het beste door de rechter kan geschieden<sup>3</sup>.

Het gaat hier om een complexe materie. Het lijkt allereerst geraden te inventariseren wat er op het gebied van de grondrechten van de werknemer thans reeds wettelijk is geregeld. Het gaat hier om een grote hoeveelheid verspreide regelingen over diverse onderwerpen:

- gelijke behandeling/non-discriminatie

Het algemene discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet is voor horizontale verhoudingen uitgewerkt in De Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna: AWGB)<sup>4</sup>. Deze regelt de verplichting tot gelijke behandeling bij de arbeid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (artikel 5 en 8).

Specifieke regelingen bestaan verder in de Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen<sup>5</sup>, in artikel 7:646 en 647 BW betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen en in artikel 7:648 BW inzake gelijke behandeling van deeltijdwerkers.

Daarnaast erkent de rechtspraak het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid in gelijke omstandigheden<sup>6</sup>. Ook is de horizontale werking in de arbeidsverhouding erkend van het algemene discriminatieverbod van artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten<sup>7</sup>.

- bescherming gehandicapten

Artikel 7 Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers<sup>8</sup> regelt het recht op gelijke beloning van de gehandicapte werknemer.

Het recht op arbeid van de gehandicapte werknemer volgens de rechtspraak komt in paragraaf 7 van deze notitie nader aan de orde.

- ouderen

Over wetgeving tot bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd bij sollicitaties is advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid. Zodra het advies is ontvangen zal het kabinet ter zake een standpunt bepalen. Indirect valt uit de rechtspraak af te leiden dat zulke discriminatie aanvechtbaar is, wanneer het werknemers beneden de 65 jaar betreft<sup>9</sup>.

- vrijheid van godsdienst en levensovertuiging

Naast artikel 6 Grondwet bestaat er geen wettelijke regeling voor de doorwerking van dit grondrecht in de arbeidsverhouding. In de AWGB is wel discriminatie op deze grond verboden. In artikel 5:1 jo. 5:4 Arbeidstijdenwet vindt de wekelijkse rustdag op grond van godsdienstige opvattingen bescherming. In de rechtspraak is ook het recht op een snipperdag op godsdienstige feestdagen in beginsel erkend<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Individuele werknemersrechten, Nota van de leden Franssen, Roethof en Van Thijn, TK 1975–1976, 13 873, nr. 6.

<sup>2</sup> P. F. van der Heijden, Grondrechten in de onderneming, Deventer 1988; I. P. Asscher-Vonk, Grondrechten en de arbeidsovereenkomst in het NBW, in: P. F. van der Heijden (red.), De arbeidsovereenkomst in het NBW, Deventer 1991, blz. 87–112.

<sup>3</sup> M. G. Rood, «Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen», in: P. B. Cliteur/A. P. M. J. Vonken (red.), Doorwerking van mensenrechten, Groningen 1995, blz. 125–141.

<sup>4</sup> Wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230.

<sup>5</sup> Wet van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86.

<sup>6</sup> HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa).

<sup>7</sup> HR 7 mei 1993, NJCM-Bulletin 1993, blz. 694; HR 13 januari 1995, JAR 1995/35.

<sup>8</sup> Wet van 16 mei 1986, Stb. 1986, 300.

<sup>9</sup> HR 15 januari 1995, NJ 1995, 430.

<sup>10</sup> HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350.

- gewetensbezwaren

In algemene zin bestaat er geen wettelijke regeling. Wel wordt ontslag op grond van gewetensbezwaren tegen bepaalde werkzaamheden genoemd als mogelijk kennelijk onredelijk in artikel 7:681, lid 2 onder e BW.

- vrijheid van arbeidskeuze

Deze materie is geregeld in artikel 19 Grondwet. In de destijds uitgebrachte notitie terzake is geconcludeerd dat nadere regelgeving niet noodzakelijk was<sup>1</sup>.

- vakverenigingsvrijheid

Artikel 8 Grondwet regelt in het algemeen de verenigingsvrijheid, die is uitgewerkt in Boek 2 BW.

De cao-wetgeving kent verder specifieke bepalingen waarin de vakverenigingsvrijheid van de werknemer wordt beschermd. Het beding in een cao waarin de werkgever wordt verplicht om leden van een bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen is nietig (artikel 1, lid 3 Wet cao). Het is ook niet mogelijk om bepalingen van een cao algemeen verbindend te verklaren die ten doel hebben om dwang uit te oefenen om zich bij een vakvereniging aan te sluiten of om ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg te brengen (artikel 2, lid 5 Wet avv). In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid wordt tevens voorzien in een ontslagverbod op grond van vakbondslidmaatschap en wegens vakbondactiviteiten.

- persoonsbescherming

Artikel 10 Grondwet regelt de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Wet Persoonsregistraties regelt de wijze waarop personeelsdossiers behoren te worden ingericht. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW is verder voorgesteld regelingen op dit gebied te onderwerpen aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, evenals systemen voor controle van de werknemer. De Registratiekamer heeft onlangs regels gepubliceerd voor het registreren, meeluisteren en opnemen van telefoongesprekken van werknemers<sup>2</sup>. De problematiek van alcohol en drugsgebruik in de onderneming, en de bevoegdheid van de werkgever om terzake controles uit te oefenen, is niet wettelijk geregeld.

- recht op tewerkstelling

Dit is niet wettelijk geregeld. Zoals in paragraaf 4 van deze notitie opgemerkt wordt dit recht in de lagere rechtspraak in beginsel erkend.

- vrijheid van meningsuiting

Deze vrijheid wordt beschermd in artikel 7 Grondwet. Voor de werknemer is deze vrijheid beperkt in het Wetboek van Strafrecht. Artikel 273 verbiedt hem aangaande de onderneming waar hij werkzaam is of is geweest, bijzonderheden waarvan hem geheimhouding is opgelegd, bekend te maken.

De Wet op de ondernemingsraden en de Wet op de Europese ondernemingsraden kennen een specifieke geheimhoudingsplicht voor ondernemingsraadsleden, terzake van onder meer alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid vernemen.

- recht op staking

Dit recht is niet wettelijk geregeld. De rechtspraak heeft echter rechtstreeks-horizontale werking toegekend aan artikel 6 Europees Sociaal Handvest, waarin dit recht is erkend. In de rechtspraak zijn daarvoor nadere criteria gegeven<sup>3</sup>.

- lichamelijke integriteit

De onaantastbaarheid van het lichaam is geregeld in artikel 11 Grondwet, waaraan horizontale werking is toegekend. Voorts kunnen de bepalingen over de geneeskundige behandelingsovereenkomst in het BW een richtsnoer vormen voor de toepassing van dit grondrecht in het BW.

In dit verband is ook van belang de Wet op de medische keuringen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> TK 1985–1986, 19 376, nrs. 1–2.

<sup>2</sup> Registratiekamer, Als de telefoon wordt opgenomen, 's-Gravenhage 1996.

<sup>3</sup> HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (Ns).

<sup>4</sup> Voorstel van wet van het lid Van Boxtel, houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan (Wet op de Medische Keuringen), EK 1996–1997, nr. 91, aangenomen door de Eerste Kamer op 22 april 1997, Hand. I, blz. 12 07.

Daarnaast is de problematiek van begeleiding van zieke werknemers geregeld in de Arbeidsomstandighedenwet en in artikel 7:629 BW.

Uit dit overzicht valt af te leiden, dat sommige grondrechten in de arbeidsverhouding systematisch worden behandeld in de wet, zoals het geval is bij de gelijke behandeling. Andere onderwerpen zijn ten dele geregeld aan de hand van bepaalde facetten (bescherming persoonlijke levenssfeer) en weer andere zijn nauwelijks geregeld (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting).

## **7. Goed werkgeverschap en integratie gehandicapten**

De Hoge Raad heeft in het arrest Van Haaren-Cehave uitgesproken dat een goed werkgever gehouden is om de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zich daartoe bereid heeft verklaard in staat te stellen andere, passende arbeid te verrichten. Daarbij heeft deze recht op een passend gedeelte van het loon. De werknemer dient de andere, passende arbeid voor zover doenlijk te specificeren<sup>1</sup>.

Destijds heeft de SER geadviseerd deze uitspraak in het BW vast te leggen. Er is echter voor gekozen deze plicht van de werkgever in de Ziektewet op te nemen, omdat hierbij als sanctie voor de werkgever kon gelden dat hij een deel van het ziekengeld voor eigen rekening moest nemen. De desbetreffende bepaling is door de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte in 1996 weer uit de Ziektewet geschrapt, omdat bij deze gelegenheid het risico van het ziekteverzuim bij de werkgever is gelegd. Wel is in artikel 7:629 BW bepaald dat de werknemer gedurende het eerste jaar van ziekte verplicht is om passende arbeid te aanvaarden, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt. Voorts schrijft art. 71a WAO de opstelling van een zogeheten «reïntegratieplan» voor. In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid is in dit verband voorgesteld, dat de kantonrechter die wordt gevraagd om een arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer te ontbinden, verzoeker niet ontvankelijk verklaart indien bij het verzoek geen reïntegratieplan is gevoegd (vgl. art. 7:685 BW).

## **8. Vakantie, verlof, ADV en religieuze feestdagen**

In de vergadering van 21 maart 1997 heeft de SER een advies vastgesteld over herziening van de vakantiewetgeving. In de hieraan ten grondslag liggende adviesaanvraag stelt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voor een onderscheid te maken tussen de minimumvakantieaanspraken op grond van de reeds genoemde EG-richtlijn inzake de organisatie van de arbeidstijd en aanspraken die deze minimumverplichting te boven gaan. Op laatstgenoemde aanspraken zou de wettelijke regeling volgens de adviesaanvraag niet van toepassing dienen te zijn. Afspraken terzake zouden moeten worden gemaakt bij individuele arbeidsovereenkomst of cao. De SER volgt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet in deze aanpak maar kiest als algemene lijn voor het van toepassing doen zijn van de vakantiewetgeving op alle vakantieaanspraken. Wel wil de SER de mogelijkheid openen om voor wat betreft het bovenwettelijk deel daarvan bij cao af te wijken. Het kabinet zal hierover op korte termijn een standpunt bepalen.

Voor een aanpassing van de regeling van het ouderschapsverlof is een wetsvoorstel bij de Eerste Kamer aanhangig<sup>2</sup>. De Stichting van de Arbeid heeft voorts in een nota «Arbeid en Zorg» van 17 maart 1997 voorstellen gedaan om meer verlofmogelijkheden tot stand te brengen ten einde in de praktijk arbeid met zorgtaken beter te kunnen combineren. De Stichting van de Arbeid reageerde met deze nota op de adviesaanvraag ter zake van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 mei 1996, waarin onder meer de hoofdlijnen van een mogelijke regeling zijn

---

<sup>1</sup> HR 8 november 1986, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave).

<sup>2</sup> EK 1996–1997, 24 869, nr. 192.



neergelegd voor een financiële bijdrage van de kant van de overheid aan loopbaanonderbreking. Een daartoe strekkend wetsvoorstel is onlangs aan de Raad van State gezonden voor advies.

Wat betreft de status van dagen in het kader van de arbeidsduurverkortening (ADV) of arbeidstijdverkortening (ATV) heeft de rechtspraak nog weinig duidelijkheid geschapen. In de adviesaanvraag aan de SER inzake de vakantieregeling is opgemerkt dat ADV-rechten geen vakantie-rechten zijn in de zin van het BW, evenals verloffaciliteiten als calamiteitenverlof, zorgverlof e.d.

In beginsel gelden derhalve voor dit type verlofregelingen de voorwaarden die in de desbetreffende regeling worden opgenomen. Voor zover deze geen duidelijkheid schept zal in voorkomende gevallen de rechter een oplossing moeten bieden aan de hand van een redelijke uitleg van de regeling. Eventueel kan de BW-regeling inzake vakantie-rechten daarbij een aanvullende bron van inspiratie vormen.

Wat betreft de religieuze feestdagen zij verwezen naar wat hierboven in paragraaf 6 werd vermeld ten aanzien van de godsdienstvrijheid.

## **9. Aansprakelijkheid voor schade**

De aansprakelijkheid van de werkgever voor de schade die een werknemer oploopt door een bedrijfsongeval wordt geregeld in artikel 7:658 BW. De aansprakelijkheid van de werkgever ingevolge dit artikel is een schuldaansprakelijkheid. Evenals bij het vroegere artikel 7A:1638x is voorwaarde voor aansprakelijkheid dat de werkgever verwijtbaar is tekortgeschoten in de op hem rustende verplichting om veiligheidsmaatregelen te treffen.

Indien de werknemer evenwel door diens werkgever bij een derde is tewerkgesteld, heeft de werkgever feitelijk niet of nauwelijks zeggenschap over de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Een dergelijke tewerkstelling bij derden doet zich bijvoorbeeld voor bij uitzendarbeid, uitlening of aanneming van werk. Tussen de werknemer en deze derde bestaat dan geen contractuele band. Schiet deze derde verwijtbaar tekort in het treffen van veiligheidsmaatregelen en overkomt de werknemer daardoor een bedrijfsongeval, dan kan de werknemer, omdat hij niet in dienst is van de derde, deze niet ingevolge artikel 7:658 BW aansprakelijk stellen. De Hoge Raad heeft beslist dat de werknemer in een dergelijk geval zowel diens eigen werkgever, als de derde aansprakelijk kan stellen<sup>1</sup>.

Allereerst kan de werknemer diens eigen werkgever aansprakelijk stellen op grond van artikel 7:658 BW. De werkgever maakt immers bij de vervulling van zijn zorgverplichtingen gebruik van de hulp van een derde en ingevolge artikel 6:76 BW is hij voor een tekortschieten van de derde in het treffen van deze zorg als voor een eigen tekortschieten aansprakelijk. De formele werkgever is niet alleen aansprakelijk voor een tekortschieten van een derde bij wie de werknemer te werk is gesteld, maar ook voor een tekortschieten van derden met wie de werkgever geen contractuele relatie heeft, maar aan wie wel de zorg voor de veiligheid van zijn werknemers is toevertrouwd. Men denke bijvoorbeeld aan een onderaannemer wiens werknemers werkzaam zijn op een bouwterrein waar de aanbesteder of toezicht heeft<sup>2</sup>.

Naast zijn formele werkgever kan de werknemer ook de derde bij wie hij is tewerkgesteld aansprakelijk stellen uit onrechtmatige daad, ter zake van fouten van hemzelf of zijn ondergeschikten (artikel 6:162/6:170 BW). De fout bestaat dan in het niet in acht nemen van de vereiste zorg voor de veiligheid van de werknemer. In bovengenoemd arrest heeft de Hoge Raad beslist dat ook al bestaat tussen de derde en de werknemer geen contractuele relatie, de regels die in een 1638x (thans: 7:658)-geding inzake stelplicht en bewijslast gelden, van overeenkomstige toepassing zijn<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716.

<sup>2</sup> Vgl. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687.

<sup>3</sup> HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716.

Deze aansprakelijkheid van de inlener geldt voor daden van ondergeschikten. Daaronder worden ook verstaan werknemers die hij van een derde bedrijf heeft ingeleend, mits deze aan hem ondergeschikt zijn. Bepalend is daarbij of hij de bevoegdheid heeft om aanwijzingen en instructies te geven met betrekking tot de gedraging waarin de fout van de werknemer gelegen is. Tegen de achtergrond van de stelplicht en bewijslast in dit soort zaken, ligt het op de weg van de inlener om hieromtrent opheldering te geven en te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij niet de bevoegdheid had de schadeveroorzaker ter zake van de werkzaamheden instructies te geven<sup>1</sup>.

Onder het regime van het huidige artikel 6:171 BW geldt overigens ook een risico-aansprakelijkheid voor de fouten van niet-ondergeschikten. Deze aansprakelijkheid geldt als de door de niet-ondergeschikte veroorzaakte schade is ontstaan bij werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Eén van de motieven voor de invoering van deze bepaling was dat het in de praktijk voor de benadeelde vaak niet eenvoudig is om te achterhalen of degene die de schade heeft veroorzaakt ondergeschikte was of niet<sup>2</sup>. Het hierboven besproken arrest bevestigt dit. Eveneens werd recentelijk uitgemaakt dat de werkgever van een schepeling op analoge wijze aansprakelijk was voor een arbeidsongeval door een schepeling.

Dit was van belang, omdat op de arbeidsovereenkomst van een schepeling de bepaling van artikel 1638x (oud) BW evenals het huidige artikel art. 7:658 BW volgens artikel 450b Wetboek van Koophandel niet van toepassing is<sup>3</sup>.

Wat betreft de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door de werknemer aan de werkgever of derden, biedt artikel 7:661 BW een duidelijke regeling. De werknemer is niet aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. De rechtspraak heeft deze lijn doorgetrokken ten aanzien van de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werk toebrengt bij het gebruik van zijn eigen eigendommen. De werkgever is op dezelfde wijze aansprakelijk voor schade aan de auto van de werknemer, maar kan deze aansprakelijkheid uitsluiten door een kostenvergoeding te verstrekken, die de werknemer de mogelijkheid biedt om zich te verzekeren<sup>4</sup>.

## 10. Overgang van onderneming

Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen van de werkgever uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege over op de verkrijger (artikel 7:663 BW). In de desbetreffende afdeling 8 van titel 7.10 BW is de rechtspraak<sup>5</sup> gecodificeerd die de toepasselijkheid van deze regeling uitsluit ingeval van faillissement van de werkgever (artikel 7:666, lid 1 BW).

In de praktijk is de regeling van groot belang, onder meer bij fusieprocessen. Een probleem is dikwijls om te bepalen of de regeling in een concreet geval van toepassing is. De gedachte om dit op te lossen door de begrippen «overgang» en «onderneming» wettelijk te definiëren, lijkt echter geen uitkomst te bieden.

De desbetreffende bepalingen dienen ter uitvoering van een EG-Richtlijn<sup>6</sup>. De interpretatie van de genoemde begrippen is dan ook primair een zaak van het Hof van justitie van de EG. In zijn jurisprudentie terzake heeft het EG-Hof gekozen voor flexibele begrippen, zoals «identiteit» van de onderneming<sup>7</sup>. Dat is verklaarbaar uit het feit, dat de vele uiteenlopende nationale begrippen onder een gemeenschappelijke noemer moeten worden gebracht, om uiteenlopende toepasselijkheid in de lidstaten te voorkomen. Bovendien dient te worden voorkomen dat door een te specifieke definitie het mogelijk wordt de regeling door een formele constructie te ontwijken.

<sup>1</sup> HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642.

<sup>2</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 719.

<sup>3</sup> HR 6 december 1996, RvdW 1996, 245C.

<sup>4</sup> HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264.

<sup>5</sup> HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 191; CRvB

29 april 1986, Prg. 1986, nr. 2525; vgl.

Hof van Justitie EG 7 februari 1985,

nrs. 135/83, 19/83 en 186/83, jur. 1985,

blz. 469, 462 en 519, NJ 1985, 900–902

(Abels, Wendelboe, RDM Botzen).

<sup>6</sup> Richtlijn van 14 februari 1977, Pb. EG

5 maart 1977, L 61/26.

<sup>7</sup> HvJ EG 18 maart 1986, nr. 24/85, Jur. 1986,

blz. 119, NJ 1987, 502 (Spijkers/Benedik).

Zou in Nederland gekozen worden voor een eigen definitie van de begrippen, dan bestaat het risico dat deze uit de pas gaat lopen met de interpretatie van het EG-Hof. Dit zou weer nopen tot aanpassings-wetgeving. De beoogde helderheid wordt daarmee eerder verminderd. Daarnaast is het beter om een eventuele nadere begripsomschrijving in EG-verband vast te stellen. Door de Commissie van de EG is inmiddels voorgesteld om de Richtlijn te herzien. Hierbij gaat het om het vastleggen van de jurisprudentie van het EG-Hof en ten dele om het beperken van de reikwijdte van de Richtlijn, met name met betrekking tot het begrip «overgang van onderneming». Dit project verkeert al geruime tijd in een ambtelijke voorbereidingsfase.

Het valt thans nog niet te voorspellen wanneer het voorstel rijp is voor behandeling in de Raad van Ministers van de EG.

Tegelijkertijd zal ook deze herziening van de Richtlijn om de hierboven genoemde redenen niet het laatste woord kunnen spreken over elk denkbaar geval. Steeds zal in concrete gevallen moeten worden gezien in hoeverre een overgang onder de regeling valt.

## **11. Wijziging van de arbeidsovereenkomst**

Het BW voorziet van oudsher niet in een specifieke regeling voor de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dit is met name van belang, indien de werkgever tegen de wil van de werknemer een wijziging wil doorvoeren, al komt ook het omgekeerde voor.

In de praktijk worden gewoonlijk de volgende mogelijkheden gebruikt:

a. De arbeidsvoorwaarden worden door de werkgever gewijzigd op basis van een wijzigingsbeding dat is opgenomen in de arbeidsovereenkomst<sup>1</sup>. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR en titel 7.10 BW is voorgesteld om deze mogelijkheid wettelijk te regelen in artikel 7: 613 BW<sup>2</sup>.

b. De meest gereede partij verzoekt de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen, te weten verandering van omstandigheden (artikel 7:685 BW). Hij kan dit verzoek eventueel vergezeld doen gaan van een aanbod om een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan op basis van de gewijzigde voorwaarden. De kantonrechter beoordeelt dan impliciet de redelijkheid van het voorstel.

c. Ten slotte komt het voor dat de werkgever besluit om een wijziging feitelijk door te voeren. Weigert de werknemer hiermee in te stemmen, dan kan de werkgever tot ontslag besluiten of de kantonrechter vragen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen.

Wordt de beslissing van de werkgever door de werknemer aan de rechter voorgelegd, dan zal dit meestal gebeuren door middel van een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen of een kort geding.

Als regel zal de rechter de maatregel van de werkgever toetsen aan de hand van de norm van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW).

d. Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid dat een verzoek aan de rechter wordt gericht om de overeenstemming te wijzigen wegens onvoorzienbare omstandigheden (artikel 6:258 BW, *imprévision*).

## **12. Ambtelijke rechtspositie**

De positie van de ambtenaar is geregeld in de Ambtenarenwet.

De verschillen tussen de rechtsposities van de ambtenaar en een werknemer naar burgerlijk recht zijn in de afgelopen jaren aanzienlijk kleiner geworden. De aparte ambtelijke status staat dan ook in toenevende mate ter discussie, zeker waar het geen essentiële staatsfuncties betreft, zoals bij de rechterlijke macht, politie, brandweer en defensie.

In de afgelopen jaren zijn in het kader van de «normalisering» van de arbeidsverhoudingen diverse arbeidsrechtelijke wetten van toepassing

<sup>1</sup> HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM).

<sup>2</sup> TK 1995–1996, 24 615, nrs. 1–2.

verklaard op ambtenaren, zoals de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet op de Ondernemingsraden en de Arbeidstijdenwet.

Verschillende onderwerpen die voorkomen in titel 7.10 zijn op vergelijkbare wijze voor ambtenaren geregeld, hetzij in de Ambtenarenwet (gelijke behandeling van deeltijdwerkers)<sup>1</sup>, hetzij in specifieke wetten (gelijke behandeling van mannen en vrouwen<sup>2</sup>, ouderschapsverlof<sup>3</sup> informatierecht van de werknemer<sup>4</sup>).

Het kabinet is voornemens om met ingang van 1 januari 1998 het overheidsperoneel (deels gefaseerd) onder de werking van de sociale verzekeringen voor werknemers te brengen<sup>5</sup>.

Ook het arbeidsvoorwaardenoverleg voor de overheidssector heeft een steeds gelijkwaardiger karakter gekregen. In de rechtspraak is ten slotte ook het stakingsrecht van ambtenaren erkend<sup>6</sup>.

In de toelichting bij de begroting van het Departement van Binnenlandse Zaken is toegezegd dat dit parlementaire jaar aan de Tweede Kamer een notitie zal worden gezonden, waar in de regering haar standpunt omtrent de toekomst van de ambtelijke status aangeeft<sup>7</sup>.

Voorts zal in de toekomst de status van de arbeidscontractanten nader moeten worden bezien. Deze figuur is bij de rijksoverheid afgeschaft. Niettemin komt zij nog voor bij lagere overheden. Ook de wenselijkheid van handhaving van de bepaling van artikel 7:615 BW, die de toepassing van titel 7.10 BW op personen in dienst van de overheid in beginsel uitsluit, dient in het licht van het bovenstaande in de toekomst nader te worden bezien.

Met de invoering van titel 7.10 is voorts een einde gekomen aan de aparte positie die het spoorwegperoneel vanouds had. Door de invoeringswet bij de Wet op de arbeidsovereenkomst was het spoorwegperoneel uitgesloten van de titel van de arbeidsovereenkomst in het BW. Dit hield verband met de aparte status van deze groep, die nog een uitvloeisel was van de spoorwegstakingen van 1903 en de daaruit voortgevloeide wetgeving. Door de vervanging van de bepalingen van het oude BW door de nieuwe titel 7.10, waarbij dit voorbehoud niet meer is gemaakt, is het spoorwegperoneel onder de normale regeling van het BW komen te vallen.

Ten aanzien van de werknemers in de sociale werkvoorziening voorziet het thans bij de Tweede Kamer aanhangige voorstel voor een nieuwe Wet op de Sociale Werkvoorziening (WSW) eveneens in het beëindigen van de aparte status van deze groep en wordt ook hier het arbeidsovereenkomstenrecht uit het BW van toepassing<sup>8</sup>. De uitsluiting van de titel over de arbeidsovereenkomst voor WSW-werknemers is strikt genomen al niet meer van toepassing, nu de Invoeringswet voor titel 7.10 het desbetreffende artikel in de WSW niet heeft aangepast aan titel 7.10 BW. Totdat de nieuwe WSW in werking treedt zal art. 7:615 echter in de weg staan aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst.

<sup>1</sup> Wet van 3 juli 1996 inzake het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur, Stb. 1996, 391.

<sup>2</sup> Artikel 1a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, ingevoerd bij Wet van 27 april 1990, Stb. 1989, 168.

<sup>3</sup> Artikel II van de Wet van 21 november 1990, Stb. 1990, 562.

<sup>4</sup> Artikel II van de Wet van 2 december 1993, Stb. 1993, 635.

<sup>5</sup> TK 1996–1997, 25 282, nrs. 1–3 (voorstel Wet overheidsperoneel onder de werknemersverzekeringen).

<sup>6</sup> CRvB 21 oktober 1982, AB 1983, 35; Gerechtshof Amsterdam 28 maart 1985, TAR 1985, 114.

<sup>7</sup> TK 1996–1997, 25 000 hoofdstuk VII, nr. 2, blz. 17–18.

<sup>8</sup> TK 1995–1996, 24 787, nrs. 1–2, artikel 2.

### 13. Concerns

Door de toenemende organisatie van ondernemingen in groepsverband rijst vaker dan voorheen de vraag in hoeverre verschillende onderdelen van een concern als één geheel dienen te worden beschouwd. Deze problematiek is uiteraard niet beperkt tot het arbeidsrecht.

Op enkele plaatsen houdt de wet rekening met deze problematiek. Zo kan in bepaalde gevallen de regeling van overgang van ondernemingen uitkomst bieden (artikel 7:662–666 BW). Bij de berekening van de opzegtermijnen worden tijdvakken samengesteld, indien een zelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, die redelijkerwijs geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn (artikel 7:673, lid 1 onder b BW).

Een soortgelijke regeling komt voor in het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ten aanzien van de proeftijd paste de Hoge Raad een soortgelijke redenering toe: ook wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een nieuwe werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de te verrichten arbeid, de opvolger van de vorige werkgever te zijn, kan het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd zijn, dat daaruit nietigheid van het proeftijdbeding volgt. Dit kan het geval zijn als tussen de nieuwe en de oude werkgever zodanige banden bestaan, dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheden,<sup>1</sup> in redelijkheid aan de nieuwe werkgever moet worden toegerekend.

Hoewel dus enerzijds wet en rechtspraak soms met de genoemde problematiek rekening houden, zou het anderzijds bezwaarlijk zijn om een algemene regeling te treffen waarin bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten waarbij een onderdeel van een concern als werkgever optreedt, zonder meer worden beschouwd als arbeidsovereenkomsten met de moedermaatschappij of het concern als geheel. Dit zou vergaande niet-beoogde gevolgen kunnen hebben, zowel voor de werknemer (die bijvoorbeeld mogelijk ook binnen concernverband tegen zijn zin zou kunnen worden overgeplaatst) als voor de werkgever (in het kader van de verdeling van risico's over de verschillende concern-onderdelen). Het lijkt daarom wijzer het voorshands aan de rechtspraak over te laten om uit te maken in welke concrete gevallen het in de rede ligt om door de concernverhoudingen «heen te kijken». Zo nodig kan dit gebeuren op basis van de norm van goed werkgeverschap, zoals geregeld in artikel 7:611 BW.

#### **14. Flexibele arbeidsrelaties en ontslagrecht**

Op basis van de in december 1995 door het Kabinet uitgebrachte nota Flexibiliteit en Zekerheid en het naar aanleiding daarvan op 3 april 1996 door de Stichting van de Arbeid uitgebrachte advies, is onlangs het wetsvoorstel ingediend, dat voor werkgevers en werknemers een nieuw evenwicht in het kader van de arbeidsverhouding moet brengen tussen marktwerking, ordening en bescherming op de arbeidsmarkt<sup>2</sup>.

Het gaat hierbij om de voorstellen die eerder zijn genoemd in de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 mei 1996<sup>3</sup>. Voorts wordt uitvoering gegeven aan de kabinetsvoornemens tot verbetering van de bestuurlijke preventieve toetsing van ontslag op grond van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945<sup>4</sup> en inzake de definitieve positionering van de uitvoering van deze toetsing. Ten slotte wordt een aantal voorstellen uit het ingetrokken wetsvoorstel Herziening van het ontslagrecht (21 479) opnieuw ingediend. Het gaat hierbij met name om voorstellen waarvoor blijkens de eerdere parlementaire behandeling een voldoende politiek draagvlak bestond, waaronder voorstellen tot implementatie van een aantal internationaalrechtelijke verplichtingen.

---

<sup>1</sup> HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293; HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20.

<sup>2</sup> TK 1996–1997, 25 263, nrs. 1–3 (Flexibiliteit en zekerheid).

<sup>3</sup> TK 1995–1996, 24 543, nr. 3.

<sup>4</sup> Vgl. sociale Nota 1995 van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, TK 1995–1996, 23 902, nrs. 1–2.

**Overzicht dwingend recht in titel 7.10 Nieuw BW**

Hieronder wordt een overzicht gegeven van de mate van dwingendheid van de bepalingen van titel 7.10 BW. Dit overzicht is gebaseerd op de tekst zoals die luidt per 1 april 1997, dus op basis van de tekst van de Vaststellingswet (Stb. 1996, 406), zoals deze is gewijzigd door de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (WULBZ, Stb. 1996, 134) en de Wet verbod onderscheid naar arbeidsduur (Stb. 1996, 391).

Naast de artikelen is kort het onderwerp aangeduid waarop deze betrekking hebben. Nadere clausuleringen van de vrijheid om af te wijken zijn niet in het overzicht vermeld. Men zie daarvoor het desbetreffende artikel.

In de gevallen die zijn aangegeven met een \* is afwijking ten gunste van de werknemer geoorloofd. De aanduiding \*\* duidt er op dat afwijking ten gunste van de werknemer slechts bij schriftelijke overeenkomst of reglement is geoorloofd.

**1. Dwingend recht**

Afwijking is niet geoorloofd.

Deze bepalingen zijn te herkennen door een uitdrukkelijk verbod tot afwijking, dan wel door de dwingende formulering.

Deze laatste luidt bijv. «kan niet», «mag niet» of is op andere wijze imperatief geformuleerd («is niet bevrijdend», artikel 621; «is verplicht», artikel 654). Het verschil tussen de termen «kan niet» en «mag niet» is dat «kan niet» leidt tot nietigheid van een afwijkende regeling (bijv. artikel 613b), terwijl de term «mag niet» leidt tot een sanctie, bijvoorbeeld schadevergoeding (bijv. artikel 617). Ook ingeval een bepaald beding als nietig wordt gekwalificeerd, is dit een dwingende bepaling.

Als regel is het dwingende karakter van een bepaling in de bepaling zelf te vinden. Artikel 7:645 verklaart echter de gehele afdeling 3 van titel 7.10 inzake vakantie en verlof tot dwingend recht, tenzij afwijking bij het desbetreffende artikel uitdrukkelijk is toegelaten en behoudens afwijkingen ten gunste van de werknemer.

---

|        |  |
|--------|--|
| 613    | arbeidsreglement   |
| 613 a  | wijziging arbeidsreglement   |
| 613 b  | verbod instemming vooraf met wijziging arbeidsreglement                      |
| 617-1  | geoorloofde loonvormen   |
| 617-2  | waardetoekenning loon in natura  |
| 619-4  | geen geheimhoudingsplicht vertegenwoordiger tegenover werknemer              |
| 620-2  | betaling loon in Nederlands geld indien werknemer dit verlangt; omrekenkoers |
| 621    | sanctie op niet-toegelaten loonvorm  |
| 624-4  | tijdstip loonbetaling die afhangt van boeken werkgever                       |
| 625-2* | verhoging wegens vertraging in loonbetaling                                  |
| 626-3* | verstrekking loonstrookje  |
| 629*   | loonbetaling bij ziekte  |
| 630*   | vergoeding bij te late betaling loon in natura                               |
| 631    | nietigheid bedingen inhouding loon   |
| 632    | bepierking verrekening met loon  |
| 633    | overdracht recht op loon   |
| 645*   | 634-643 dwingend* tenzij anders aangegeven                                   |
| 646    | gelijke behandeling m/v  |
| 648    | gelijke behandeling deeltijdwerkers  |
| 651    | verbod cumulatie boete en schadevordering                                    |
| 652    | verbod proeftijd langer dan twee maanden                                     |
| 654    | kosten aangaan arbeidsovereenkomst   |
| 655    | informatieplicht werkgever   |
| 656*   | recht op getuigschrift   |
| 658*   | aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen                                    |
| 659    | persoonlijke verrichting arbeid  |
| 660    | instructiebevoegdheid werkgever  |
| 670-4  | opzegverbod bij zwangerschap en bevalling                                    |

---

|       |                                      |
|-------|--------------------------------------|
| 674   | overlijdensuitkering <sup>1</sup>    |
| 680** | gefixeerde schadevergoeding          |
| 684   | bevoegdheid opzegging na vijf jaar   |
| 685   | ontbinding wegens gewichtige redenen |

## 2. Driekwart-dwingend recht

Afwijking is mogelijk bij cao of regeling van een publiekrechtelijk orgaan.

|         |   |
|---------|---|
| 634     | berekening vakantie over gedeelte jaar                          |
| 644     | ouderschapsverlof   |
| 668-3/4 | opzegplicht voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd |
| 670-3/5 | opzegverbod bij ziekte en militaire dienst                      |
| 672**   | verlengde opzegtermijn  |
| 673     | onderbrekingsregeling opzegtermijn                              |

## 3. Semi-dwingend recht

Afwijking is mogelijk bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement. Onder schriftelijke overeenkomst wordt mede begrepen cao of regeling van een publiekrechtelijk orgaan.

|       |  |
|-------|--|
| 613 c | afwijking van arbeidsreglement bij bijzondere overeenkomst |
| 619-2 | persoon aan wie werkgever bewijsstukken moet overleggen    |
| 623   | verlenging loontijdvak                                     |
| 624-3 | hoogte voorschot loon dat afhangt van boeken werkgever     |
| 628*  | niet werken voor risico werkgever                          |
| 629a  | loon bij bijzondere omstandigheden                         |
| 637   | aanmerken ziektedagen als vakantiedagen                    |
| 639   | vakantiebonnen   |
| 650   | boetebeding  |
| 661*  | schade door werknemer veroorzaakt                          |
| 671   | basisopzegtermijn  |

## 4. Aanvullend recht

Dit betreft de bepalingen waarvan afwijking niet is uitgesloten.

|         |  |
|---------|--|
| 616     | tijdstip voldoening loon                                     |
| 620     | wijze voldoening loon  |
| 622     | plaats van loonbetaling                                      |
| 627     | geen arbeid, geen loon                                       |
| 668-1/2 | gevolgen voortzetting arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd |
| 669     | recht op opzegging   |

## 5. Niet voor afwijking vatbare bepalingen

Voor een aantal bepalingen, waarvan afwijking niet uitdrukkelijk is uitgesloten, geldt dat zij zich naar hun aard daarvoor niet lenen.

|         |  |
|---------|--|
| 610     | definitie arbeidsovereenkomst                                  |
| 611     | goed werkgeverschap en werknemerschap                          |
| 612     | bekwaamheid minderjarigen                                      |
| 614     | aanvang vernietigingstermijnen                                 |
| 615     | werkingssfeer dienstbetrekkingen bij overheid                  |
| 618     | geen vastgesteld loon  |
| 619-1   | recht om bewijsstukken werkgever te vragen                     |
| 647     | vernietigbaarheid ontslag wegens beroep op discriminatieverbod |
| 662     | definities overgang onderneming                                |
| 663-666 | overgang onderneming   |

<sup>1</sup> Deze bescherming komt toe aan de nagelaten betrekkingen van de werknemer.

---

|         |  |
|---------|--|
| 667     | ontbindende voorwaarde bij huwelijk/zwangerschap               |
| 675     | opzegging door erfgenamen werkgever                            |
| 676     | opzegging tijdens proeftijd                                    |
| 677     | schadeplicht bij onregelmatig ontslag                          |
| 678-679 | dringende redenen voor ontslag <sup>1</sup>                    |
| 681     | schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag <sup>1</sup> |
| 682     | herstel van dienstbetrekking en afkoopsom                      |
| 683     | verjaringstermijnen vorderingen ontslagrecht                   |
| 684     | tekortkoming in de nakoming                                    |

---

---

<sup>1</sup> Het beding waarbij het oordeel hierover aan de werkgever wordt overgelaten is nietig.