

gevolg zou hebben gehad. De werkgever die van dit recht geen gebruik heeft gemaakt, kan worden verweten de definitieve verschuldigheid van de malus over zichzelf te hebben afgeroepen. Met een onterecht beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt de werkgever die zich met succes tegen de malusoplegging heeft verweerd (en daartoe doorgaans niet onaanzienlijke kosten van juridische bijstand heeft moeten maken) thans opnieuw met een malus - en het als gevolg daarvan aanhangig moeten maken van een nieuwe procedure - gestraft. De in de memorie van toelichting opgenomen (mijns inziens overigens niet correcte want onjuist berekende) kosten/batenanalyse doet bij de lezer de indruk ontstaan dat niet het streven naar gelijkheid, doch slechts financiële motieven aan het ontstaan van het overgangsartikel ten grondslag liggen.

Ook op de wijze van uitvoering van deze herhalingsoefening is het een en ander af te dingen. Nog afgezien van de hiervoor

omschreven - mijns inziens nog steeds niet weggenomen - motiveringsgebreken is het naar mijn mening uit oogpunt van zorgvuldige besluitvorming en rechtszekerheid ten opzichte van de betrokken werkgevers onverteerbaar dat de bedrijfsverenigingen na inwerkingtreding van de Wet Amber nog meer dan een jaar te hebben getalmd met de uitvoering van de in deze wet vervatte opdracht.

Het laat zich raden dat werkgever zich van voldoende formele en materiële argumenten kunnen bedienen om zich tegen de (hernieuwde) oplegging van malusbeslissingen te verzetten. De verwachting lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de uitvoeringsinstellingen in de meeste gevallen thans opnieuw bakzeil zullen moeten halen. Wat een verspilling van kostbare tijd en energie!

Mevr. mr. A.J.G. Tazelaar

De invoering van de titel over de arbeidsovereenkomst in het Nieuw BW

*Mr. G.J.J. Heerma van Voss**

1 april 1997 is een belangrijke datum voor het Nederlandse arbeidsrecht: titel 7.10 Nieuw BW treedt in werking. Dat betekent het einde van de 'Wet op de Arbeidsovereenkomst' van 1907 die te vinden was in de vertrouwde artikelnummers 1637a-1639dd BW. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de voornamelijk praktische veranderingen die de nieuwe titel meebrengt.

1. Inleiding

Op 1 april 1997 wordt titel 7.10 Nieuw BW ingevoerd¹. Op die datum vervalt titel 7A (boek 7A, voorheen boek IV) BW, die werd ingevoerd in 1909 als gevolg van de Wet op de Arbeidsovereenkomst en sedertdien diverse malen is aangepast. De reden voor de invoering van een nieuwe titel was de invoering van het Nieuw BW. Een belangrijke vernieuwing vormt dan ook de aanpassing van de terminologie aan de tekst van de andere boeken van het Nieuw BW, met name de boeken 3, 5 en 6. Daarnaast zijn enkele verouderde bepalingen geschrapt en is een enkele nieuwe toegevoegd. De meest ingrijpende verandering voor de praktijkjurist zal echter de nieuwe nummering van de artikelen betreffen. Na enige tijd zal echter ook dat wel wenen en zal men net zo vanzelfsprekend over 7: 611 spreken als over 1638z, of over 7: 685 als over 1639w. Na een korte schets van de voorgeschiedenis van de titel, zal in deze bijdrage kort worden ingegaan op de vervallen artikelen, de nieuwe artikelen, de niet ingevoerde voorstellen, de nieuwe terminologie, en de belangrijkste wijzigingen per afdeling.

2. Geschiedenis

De geschiedenis van titel 7.10 Nieuw BW vindt zijn oorsprong uiteindelijk in de opdracht die op 25 april 1947 bij Koninklijk Besluit werd verleend aan de Leidse hoogleraar Burgerlijk recht E.M. Meijers om een geheel nieuw Burgerlijk Wetboek

te ontwerpen. Meijers had de titels over de arbeidsovereenkomst en de collectieve arbeidsovereenkomst begin jaren vijftig uitbesteed aan de Amsterdamse hoogleraar arbeidsrecht M.G. Levenbach, die ook het ontslagrecht van 1953 heeft gereviseerd. De bedoeling was de titel over de arbeidsovereenkomst voornamelijk technisch aan te passen aan de overige delen van het nieuw BW, met als argument dat dit deel van het BW recentelijk reeds was herzien. De desbetreffende titel was immers in 1909 ingevoerd en dus aanmerkelijk jonger dan het algemeen deel van het vermogensrecht, dat in veel grotere mate door de rechtspraak was achterhaald. Hoewel boek 7 nauwelijks gereed was in 1954, heeft het overlijden van Meijers een enorme vertraging veroorzaakt, waarbij de titel over de arbeidsovereenkomst een sterk vertragende factor was². Uiteindelijk werd het ontwerp onder coördinatie van F.J. de Jong in 1972 uitgebracht.

De opzet van het voorontwerp voor titel 7.10 was weinig spectaculair: voornamelijk betrof het een technische aanpassing van de tekst, slechts op enkele punten werden nieuwe voorstellen gedaan. Het argument van Meijers dat het arbeidsrecht recentelijk al was geactualiseerd, gold in deze tijd wellicht nog sterker, omdat in 1954 nog het gehele ontslagrecht in het BW was herzien en in 1966 de vakantiewetgeving was ingevoerd.

Vervolgens is het ontwerp echter weer lang in de kast blijven liggen, omdat de aandacht van het Ministerie van Justitie zich in eerste instantie richtte op het algemeen deel van het nieuwe vermogensrecht. Pas toen de tekst daarvan vaststond, kwam in 1989 een herziene versie van het voorontwerp van titel 7.10 naar buiten, waarover de SER advies werd gevraagd. Opmerkelijk was dat ondanks het grote tijdsverloop van 17 jaar, ook dit ontwerp weinig nieuws bracht. Het ministerie had er nadrukkelijk voor gekozen om politiek gevoelige onderwerpen buiten het voorstel te houden. De moeizame herziening van het ontslagrecht - sinds 1975 waren verschillende pogingen gedaan zonder dat al resultaat was bereikt - hadden hiertoe zeker bijgedragen. Ook de SER drong overigens niet aan op een meer fundamentele herziening, en stelde in het advies dat uiteindelijk in 1991 werd verstrekt, zijn oordeel op een enkel punt zelfs nog uit³. Hierna werd in 1993 het wetsvoorstel voor de Vaststellingswet van titel 7.10 ingediend⁴, dat in 1996 tot wet werd verheven⁵.

Daarnaast werd een Invoeringswet voor titel 7.10 Nieuw BW vastgesteld⁶. De titel over de handelsvertegenwoordiger was via een aparte wet tot stand gekomen⁷. De drie wetten tezamen worden thans op 1 april tegelijkertijd van kracht⁸.

3. Vervallen artikelen

De volgende artikelen zijn met de invoering van titel 7.10 komen te vervallen:

Art. 1637

Dit bepaalde dat er drie soorten overeenkomsten tot het verrichten van arbeid zijn. Die zijn er nog steeds: naast de arbeidsovereenkomst die van opdracht (titel 7.7, art. 7: 400 e.v.) en die van aanneming van werk (titel 7.12, nog niet ingevoerd⁹). De wetgever acht het niet meer noodzakelijk deze drie overeenkomsten te benoemen in een apart artikel. Zij hebben ieder een eigen titel gekregen.

Art. 1637c, tweede lid

Dit artikel had betrekking op het samentellen van verschillende perioden van aanneming van werk die dan zouden worden beschouwd als arbeidsovereenkomst. De status van deze bepaling was onduidelijk. De Hoge Raad had aangenomen dat toch een gezagsverhouding vereist is¹⁰. Wel voorzag het voorontwerp-Levenbach in een andere constructie, namelijk het rechtsvermoeden dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is, dat ontstaat indien iemand een bepaalde tijd op dezelfde plaats werkzaam is. Dit element is niet opgenomen in titel 7.10, maar keert daar in mogelijk terug als gevolg van het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid dat naar verwachting binnenkort zal worden ingediend¹¹.

Art. 1637e

Vervallen is ook de bepaling over de godspenning. Hiermee verdwijnt een stukje folklore uit de titel over de arbeidsovereenkomst. Het systeem hield in dat wie de godspenning liet behouden of teruggaf van de arbeidsovereenkomst kon afzien. De wetgever acht rechtsbescherming tegen dit inmiddels uitgestorven verschijnsel niet meer nodig, maar wijst er in de Memorie van Toelichting veiligheidshalve nog wel op, dat dit niet betekent dat een godspenning nog wel gehanteerd kan worden.

Art. 1637i

Belangrijker is wellicht het schrappen van art. 1637i, dat de arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nietig verklaarde. Argument voor die bepaling was dat de echtgenoten gelijk zijn en dat tussen hen geen gezagsverhouding kan bestaan. Bovendien zouden bepalingen inzake koop en schenking tussen echtgenoten ontdoken kunnen worden. Deze laatste nietigheden zijn of komen bij het Nieuw BW te vervallen. De arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten kon ook worden bereikt via een BV, en ook was het mogelijk tussen partners die niet trouwden. De belangrijkste problemen zouden liggen in het socialeverzekeringsrecht. Wanneer is een 'meewerkende' echtgenote verzekerd? Aangenomen is dat de rechtspraak op het gebied van de verzekeringsplicht bij familierelaties voldoende oplossingen biedt voor de vragen die hierover zullen ontstaan.

Art. 1637o

Dit artikel bood een regeling voor de berekening van het in geld vastgesteld loon per dag. De regering stond op het standpunt dat deze regeling verouderd was, nu lonen nog maar zelden per dag worden vastgesteld. De SER deelde dit oordeel niet. De regering vindt dat die kwestie dan maar in CAO's verder moet worden geregeld.

Art. 1637r

Dit artikel bevatte een 'poena privata' als sanctie op het vaststellen van loon in niet door de wet toegestane bestanddelen. De regeling was gecompliceerd en miste volgens de Memorie

van Toelichting kennelijk praktische betekenis, hetgeen overigens wordt afgeleid uit het feit dat er nooit rechtspraak over is gepubliceerd. De bepaling van art. 7: 621, eerste lid dat betaling van het loon in de door de wet toegestane loonvormen garandeert wordt geacht voldoende te zijn.

Art. 1637w

Dit artikel bevatte een arbeidsrechtelijke regeling voor de toekenning van immateriële schadevergoeding ('smartengeld'). Deze bepaling was al uit het BW verwijderd door de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, zevende gedeelte¹². De bepaling werd overbodig geacht door de invoering van art. 6: 106 BW, dat een algemene regeling voor immateriële schade inhoudt. Twijfel over de vraag of hiermee toch niet een beperking was aangebracht ten opzichte van de vroegere mogelijkheden¹³, leidde ertoe dat de SER pleitte op het schrappen van deze bepaling terug te komen¹⁴. Uiteindelijk heeft dit niet tot de terugkeer van een apart arbeidsrechtelijk artikel terzake geleid, maar wel tot een verklarende toelichting, die het begrip 'aantasting van de persoon' zo ruim uitlegt, dat deze geen afbreuk behoeft te doen aan de gegroeide praktijk van toekenning van schadevergoedingen¹⁵.

Art. 1638a

Dit bepaalde dat het loon verschuldigd was vanaf het begin tot het einde van de dienstbetrekking. Het artikel werd overbodig geacht naast andere bepalingen (anders dan in het voorontwerp, zie art. 7.10.3.5).

Art. 1638v en 1638ij

Deze bepalingen hadden betrekking op inwonend personeel. Zij zijn geschrapt, omdat inwonend personeel nog maar weinig voorkomt en de arbeidsomstandigheden voor hen sedert het begin van de eeuw drastisch zijn veranderd. De verplichtingen uit deze artikelen kunnen zo nodig ook worden afgeleid uit de eis van goed werkgeverschap (art. 7: 611).

Art. 1638w

Dit artikel dat de zondagsarbeid regelde, is reeds enige tijd geleden afgeschaft als gevolg van de Arbeidstijdenwet¹⁶. In art. 5: 4 van die wet is een nieuwe regeling terzake getroffen.

4. Nieuwe bepalingen

Slechts op een drietal betrekkelijk ondergeschikte punten brengt titel 7.10 nieuwe bepalingen.

Art. 617 onder e

Hierin is bepaald dat effecten, vorderingen, bonnen en andere aanspraken geoorloofde vormen van loon kunnen zijn (voorontwerp art. 7.10.3.1, onderdeel n). Het artikel beoogt te voorkomen dat de werkgever het loon op manieren uitbetaalt die de werknemer niet ten goede komen en is daarom limitatief geformuleerd. Het nieuwe lid beoogt dit artikel te moderniseren. Het wordt mogelijk om bijvoorbeeld loon te betalen in de vorm van kinderopvang, optierechten van werknemers, verstrekking van aandelen en het ter beschikking stellen van een dienstauto. Ook regelingen voor 'investeringsloon', 'spaarloon' of 'geblokkeerd loon' worden mogelijk. De bescherming tegen misbruik was aanvankelijk voorzien door te eisen dat deze vormen van loonbepaling in een CAO zou worden overeengekomen. Later is dit gewijzigd en wordt de bescherming die art. 631 biedt tegen 'gedwongen winkelnering' voldoende geacht. De werknemer kan niet worden gedwongen om aan een aandelenregeling mee te doen.

Art. 620

In dit artikel is thans wettelijk vastgelegd dat het loon ook per bank- of girorekening kan worden betaald (voorontwerp art. 7.10.3.9, tweede lid).

Art. 661

Dit artikel regelt de schade die is veroorzaakt door de werknemer. In wezen betreft het geen nieuw artikel, want dit artikel werd als 1639da reeds ingevoerd bij de Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw BW, zevende gedeelte¹⁷. Dit artikel verklaart de werknemer alleen aansprakelijk voor door hem aan de werkgever (en derden) toegebrachte schade ingeval van opzet of bewuste roekeloosheid, en sluit daarmee aan op de verdeling van de onderlinge aansprakelijkheid bij schade aan derden van art. 6: 170 BW. De Hoge Raad heeft de gedachtegang inmiddels zelfs nog doorgetrokken ten aanzien van schade aan de eigendommen van de werknemer zelf, met name de eigen auto, voorzover toegebracht in de uitoefening van de werkzaamheden¹⁸.

5. Niet ingevoerde voorstellen

Uit de voorstellen van het voorontwerp-Levenbach zijn een drietal artikelen niet in de nieuwe titel terug te vinden.

Art. 7.10.4.6

Dit voorstel behelsde een voorzichtige regeling van het pensioen. Het kabinet heeft van een dergelijke regeling afgezien in de nota Pensioenen, mede naar aanleiding van het advies Pensioenproblematiek van de SER¹⁹. Hierdoor blijft de pensioenproblematiek geregeld buiten het Burgerlijk Wetboek en is voorshands afgezien van een wettelijke regeling van het aanvullend pensioen, anders dan voortvloeiend uit CAO of (arbeids)overeenkomst.

Art. 7.10.1.7 en 7.10.5.13

Deze artikelen uit het voorontwerp regelden de strafschorring en de onderzoeksschorring vooruitlopend op een mogelijk ontslag op staande voet. Deze voorstellen waren enigszins aangepast ingediend als apart wetsvoorstel Arbeidstuchtrecht²⁰. Dit wetsvoorstel moest echter weer worden ingetrokken, toen bleek dat hiervoor in de Tweede Kamer onvoldoende steun bestond. De rechtspraak zal zich hierbij nu voornamelijk moeten baseren op de eis van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7: 611 BW).

Andere voorstellen

Daarnaast zijn nog diverse voorstellen buiten het wetgevingsproces in de arbeidsrechtelijke literatuur gedaan. Deze betreffen bijvoorbeeld de bijzondere positie van het leidinggevende personeel, de verhoudingen binnen concerns, grondrechten in de arbeidsverhouding en verduidelijking van de begrippen in de regeling voor overgang van ondernemingen²¹. Gezien de teurstelling in de literatuur over de beperkte vernieuwing die titel 7.10 meebrengt, heeft met name het kamerlid Vos (VVD) hier vragen over gesteld en er op aangedrongen dat de minister een notitie uitbrengt waarin op deze kwesties wordt ingegaan. Het is de bedoeling dat een dergelijke notitie dit voorjaar inderdaad verschijnt en dat daarin niet alleen de lopende projecten worden beschreven die ertoe strekken om titel 7.10 verder te actualiseren, maar ook op de redenen om in bepaalde gevallen niet tot wijziging over te gaan en op punten waarop nader onderzoek wenselijk wordt geacht.

7. Nieuwe terminologie

Op vijf punten wijkt de terminologie in de nieuwe titel af van die van de oude.

Arbeider/werknemer

Overall in titel 7.10 is het woord 'arbeider' vervangen door het woord 'werknemer'. Hierin wordt afgeweken van het voorontwerp-Levenbach. De reden daarvoor is dat in het dagelijks spraakgebruik de term 'werknemer' gebruikelijk is. Onderscheid ten opzichte van de term 'werknemer' in andere wetgeving kan plaatsvinden door te spreken van 'werknemer in de zin van het BW'.

Nietigheid/vernietigbaarheid

Art. 3: 39 e.v. bevat het stelsel van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen in het Nieuw BW. Het arbeidsrecht was niet aan dit stelsel aangepast en veroorzaakte daardoor vaak misverstanden. Thans wordt het systematisch juistere systeem ook in het arbeidsrecht geïntroduceerd.

De essentie van het systeem is dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Maar indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen leidt dit tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de wetsbepaling iets anders voortvloeit (art. 3: 40, tweede lid BW). Voor het arbeidsrecht betekent dit dat veelal een vernietigbaarheid aan de orde is, omdat in veel gevallen alleen de werknemer wordt beschermd. Het verschil is dat een nietigheid ambtshalve door de rechter wordt toegepast, terwijl de vernietigbaarheid meebrengt dat de werknemer zich op de nietigheid moet beroepen. Hierbij geldt dan ook een verjaringstermijn. Met name voor het ontslagrecht brengt dit mee dat een opzegging/beëindiging in strijd met een ontslagverbod niet meer nietig is, maar vernietigbaar. Aangezien de nietigheid in het ontslagrecht als regel toch al door de werknemer binnen een beperkte termijn moest worden 'ingeroepen', is de verandering vooral terminologisch. De Invoeringswet titel 7.10 BW heeft dit systeem ook doorgevoerd in art. 8 AWGB en art. 1a WGB m/v, echter weer niet in art. 9 BBA 1945. Voor dit laatste is verwezen naar de verwachte herziening van het ontslagrecht (Wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid)²². Erg logisch is dat natuurlijk niet. Hetzelfde geldt voor de aanpassing van art. 21 WOR, waar nog een nietigheid van een beëindiging voorkomt die niet behoeft te worden ingeroepen.

Gefixeerde schadevergoeding

De oude titel bood ingeval van een schadeplichtig ontslag de betrokkene de keuze tussen een 'schadeloosstelling' of een 'volledige schadevergoeding' (art. 1639o). In de nieuwe tekst is de eerste term vervangen door 'gefixeerde schadevergoeding' (art. 677 jo. 680). Deze nieuwe term is zonder meer een verduidelijking en sluit aan bij de terminologie van de rest van het BW. Des te opmerkelijker is echter dat de misleidende term 'volledige schadevergoeding' is gehandhaafd en ook niet ter verduidelijking nader is omschreven. Dit handhaven is gebeurd op advies van de SER, die hiermee geen bijdrage heeft geleverd aan de verheldering van het nieuw BW.

Dienstbetrekking

De term 'dienstbetrekking' werd in de oude titel soms gebruikt als synoniem voor arbeidsovereenkomst, soms in een andere betekenis, zoals het feitelijk in dienst zijn. Om misverstanden te voorkomen is de term in de nieuwe titel consequent vermeden en is steeds waar dienstbetrekking synoniem is met arbeidsovereenkomst de laatste term gebruikt²³.

Arbeidsverhouding herstellen

De vroegere vordering tot 'herstel van de dienstbetrekking' is in verband hiermee echter vervangen door de vordering tot 'herstel van de arbeidsverhouding' (art. 7: 682 BW).

8. Wijziging per afdeling

Titel 7.10 is ingedeeld in 10 afdelingen. In het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid is voorgesteld om nog een elfde afdeling toe te voegen, over de Uitzendovereenkomst. Hoewel overzichtelijker dan de oude indeling, kan de nieuwe indeling in afdelingen moeilijk erg fraai worden genoemd. Vier van de tien afdelingen (1 en 5 tot en met 7) bevatten in feite vergaarbakken van diverse bepalingen. Alleen de overige zes afdelingen bevatten helder afgebakende onderdelen van de materie. Thans zal per afdeling worden ingegaan op de belangrijkste bepalingen.

8.1. Algemene bepalingen

Art. 610. Definitie arbeidsovereenkomst

De definitie van de arbeidsovereenkomst is in wezen ongewijzigd gebleven. In het voorontwerp-Levenbach was het element 'gedurende zekere tijd' geschrapt, overeenkomstig de heersende opvatting dat dit element niets toevoegt aan de gezagsverhouding. Gezien echter de ook wel verdedigde opvatting dat het gezags-element dient te worden vervangen door het element 'gedurende zekere tijd' en het toegenomen aantal flexibele arbeidsrelaties waarbij onduidelijk kan zijn of er sprake is van een gezagsverhouding heeft de wetgever besloten de woorden 'in zekere tijd' maar te handhaven. Erg consistent is die redenering niet.

Art. 611. Goed werkgever/werknemer

In dit artikel zijn, overeenkomstig het voorontwerp, maar in afwijking van het advies van de SER, de artikelen over goed werkgever- en goed werknemerschap (1638z en 1639d) samengevoegd. De bewoording is ook wat korter dan onder de oude artikelen, zonder dat dit overigens tot een andere inhoud dient te leiden. Het vervallen van de vergelijking met wat een goed werkgever/werknemer in gelijke omstandigheden behoort te doen, neemt niet weg dat zo'n vergelijking nog steeds kan worden gemaakt. De verhouding ten opzichte van de art. 6: 2 en 6: 248 BW inzake redelijkheid en billijkheid is volgens de Hoge Raad dat goed werkgeverschap 'in een op de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid worden aangeduid'²⁴.

Art. 612. Minderjarigen

Nieuw is dat de minderjarige vanaf zestien jaar volledig bekwaam is om arbeidsovereenkomsten aan te gaan en zo nodig ook in rechte kan optreden terzake. Hiermee wordt aangesloten bij de Wet op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7: 447 BW)²⁵.

Voor de beneden zestienjarigen geldt in hoofdzaak de oude regeling: zij worden geacht gemachtigd te zijn de arbeidsovereenkomst aan te gaan, indien zij vier weken hebben gewerkt zonder dat de wettelijk vertegenwoordiger zich op de in de onbekwaamheid gelegen vernietigingsgrond heeft beroepen. Deze minderjarige staat ook in alle opzichten met een meerderjarige gelijk, maar kan in beginsel niet zonder wettelijk vertegenwoordiger in rechte verschijnen. De oude regeling dat hij niet zelfstandig loon kan vorderen is vervallen.

Art. 613-613c. Reglement

De bepalingen over het arbeidsreglement in titel 7.10 zijn praktisch ongewijzigd overgenomen uit de oude titel. In wezen zijn zij uit de tijd. Dat bleek nog recentelijk uit een arrest waarin de Hoge Raad worstelde met de vraag wanneer een werknemer die zich tegen wijziging van het arbeidsreglement verzet ontslag neemt²⁶.

In het wetsvoorstel voor herziening van de WOR en titel 7.10 BW is voorgesteld de gehele regeling van het reglement te schrappen uit het BW en te vervangen door de volgende bepaling: 'De werkgever kan slechts een beroep doen op een beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'.

Hiermee wordt de rechtspraak van de Hoge Raad (IBM) vastgelegd, dat wijziging van de arbeidsvoorwaarden mogelijk is, indien de werkgever dit tevoren heeft bedongen. In het oorspronkelijke voorstel was hieraan nog een tweede lid gekoppeld, dat als volgt luidde: 'De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende CAO dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.' Op aandringen van de Tweede Kamer is dit artikelonderdeel echter weer ingetrokken, omdat dit voor het eerst de OR (zij het indirect) in staat zou stellen de individuele werknemer juridisch te binden. In wezen geldt het in dat lid voorgestelde echter al op grond van de genoemde rechtspraak en veel zal dit dus aan de praktijk niet veranderen. Tegelijkertijd is het echter een teleurstellende ontwikkeling. Het lag voor de hand dat de werkgevers zich verzetten tegen ieder voorstel dat hen nog nadrukkelijker dwingt om met de OR te overleggen. Maar het was wel verrassend ook de vakbonden in dit koor te horen. Kennelijk zijn deze nog steeds niet wezenlijk overtuigd van de inbreng van de ondernemingsraad. Zo komen we niet verder in de ontwikkeling van een evenwichtige belangenbehartiging op ondernemingsniveau. Overigens is ook de keuze van de wetgever voor het model waarin het eenzijdig wijzigingsbeding wordt gelegitimeerd voor discussie vatbaar. Was het niet logischer geweest dat de werkgever voor wijzigingen de instemming van de OR behoeft of anders die van de rechter?

Art. 615. Overheid

De bepaling dat dienstbetrekkingen bij de overheid buiten de BW-bepalingen vallen, blijft gehandhaafd. Deze bepaling is met name van belang voor arbeidscontractanten bij de overheid en voor werknemers bij 'zelfstandige bestuursorganen'. Ambtenaren zijn immers reeds zelfstandig onder de Ambtenarenwet gebracht. Het handhaven van deze bepaling is niet geheel logisch, gelet op het streven om de arbeidsverhoudingen bij de overheid te normaliseren. De regering wil dit echter in ander verband principieel aan de orde stellen. Door deze bepalingen vallen ook de WSW-werknemers buiten titel 7.10, hoewel de Invoeringswet niet de uitdrukkelijke terzijdestelling in de WSW zelf aan de nieuwe plaats in het BW heeft aangepast. In het in behandeling zijnde voorstel voor een nieuwe WSW wordt titel 7.10 BW echter op deze groep wel uitdrukkelijk van toepassing verklaard²⁷. Titel 7.10 is verder ook van toepassing op het spoorwegpersoneel. De uitzondering voor deze groep, waarin om historische reden was voorzien in de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907, is thans uit de tijd.

8.2. Loon

De bepalingen over loon zijn samengebracht in één afdeling (art. 616-633) en inhoudelijk afgestemd op afdeling 11, titel 1 van Boek 6 BW. Met name de art. 628-629b verdienen hier aandacht.

Art. 628. Verhinderung bij werkgever

Het belangrijke art. 1638d heeft een andere formulering gekregen. Vroeger had de werknemer recht op loon 'indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs tengevolge van hem persoonlijk betreffende, toevallige verhindering'. De formule luidt nu dat de werknemer het recht op loon behoudt 'indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen'. Hiermee wordt aangesloten bij de risicoverdeling die in de praktijk in de rechtspraak was gegroeid. Het valt echter op, dat de wet nu geen inhoudelijk criterium meer geeft, maar het aan de rechter overlaat wat 'in redelijkheid' voor rekening van de werkgever dient te komen. Een en ander kan dus afhangen van de omstandigheden van het geval en ook met de tijd veranderen.

Art. 629-629b. Verhinderung bij werknemer

Hierbij verdient vermelding dat de tekst van titel 7.10, zoals gepubliceerd in het *Staatsblad* 1996, 406, inmiddels is gewijzigd als gevolg van de Wet Uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte²⁸. Als gevolg hiervan kent titel 7.10 behalve art. 629 dat betrekking heeft op doorbetaling bij ziekte, art. 629a omtrent de loonvordering bij ziekte en 629b over andere vormen van (kortdurend) betaald verlof bij bijzondere omstandigheden.

8.3. Vakantie en verlof

Art. 634-642. Vakantie

Deze regeling heeft een andere opzet gekregen, die beoogt eenvoudiger te zijn, maar daarmee nog niet eenvoudig is. Overigens brengt de SER dezer dagen een advies uit over de vraag in hoeverre vakantiedagen flexibeler kunnen worden opgenomen. De term 'verlof zonder behoud van loon' (bij de nieuwe werkgever) is vervangen door de term 'vakantie zonder behoud van loon'.

Interessant is de nieuwe regeling van verval van vakantiedagen: vorderingen terzake vervallen door verloop van twee jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Voortaan vervallen zij dus niet meer 'van dag tot dag'. Dit sluit beter aan bij het in de praktijk gangbare systeem van toekenning van vakantiedagen per jaar (art. 642). De bijzondere verkorte vervaltermijnen bij schade wegens het niet verlenen of wijzigen van de vakantie door de werkgever (art. 1638ll, tweede lid) is vervallen. Hiervoor gelden nu de algemene verjaringsregels, hetgeen neerkomt op een termijn van vijf jaar.

Art. 644. Ouderschapsverlof

Dit artikel bevat de huidige regeling van het ouderschapsverlof. In het parlement is echter al een naar aanleiding van evaluatie van de praktijk ingediend voorstel in behandeling om het ouderschapsverlof flexibeler te maken²⁹.

8.4. Gelijke behandeling

Art. 646-647. Gelijke behandeling m/v

Het oude art. 1637ij is gesplitst in twee delen: art. 646 behandelt de materiële norm van gelijke behandeling. Het vroegere zesde lid, een verbod om te ontslaan wegens een beroep op de norm van gelijke behandeling, is nu art. 647 geworden.

Art. 648. Gelijke behandeling deeltijdwerkers

In *Stb.* 1996, 406 is dit artikel niet afgedrukt. Het is ingevoerd door de Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 391 en verbiedt het ma-

ken van onderscheid naar arbeidsduur, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De Commissie Gelijke Behandeling, genoemd in de Algemene Wet Gelijke Behandeling, is bevoegd terzake oordelen te geven.

8.5. Enkele bijzondere bedingen bij de arbeidsovereenkomst

Art. 650-651. Boete

Deze bepalingen zijn overgenomen uit de oude wet. Merkwaardig is het onderscheid tussen het eerste en tweede lid van art. 650. De werkgever die een boete stelt op overtreding van voorschriften van een reglement, kan dat slechts indien die voorschriften bepaaldelijk zijn aangeduid en de boete in het reglement is aangegeven. Wordt de boete in de arbeidsovereenkomst bedongen, dan is onduidelijk waarom deze voorwaarden niet gelden. Een en ander wordt echter rechtgezet in het wetsvoorstel 24 615 inzake Wijziging van de WOR en titel 7.10, bij welke gelegenheid verder het reglement zal worden afgeschaft.

Art. 652. Proeftijdbeding

Art. 1639n inzake de proeftijd is in titel 7.10 'in tweeën geknipt': art. 652 regelt de voorwaarden voor een rechtsgeldig beding, met name de maximumduur van twee maanden. Art. 676 regelt de mogelijkheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Deze tweedeling is een logisch uitvloeisel van de indeling in afdelingen van titel 7.10.

Art. 653. Concurrentiebeding

Opvallend is in de eerste plaats dat deze bepaling ondanks veel discussie hierover niet wezenlijk is veranderd. Inmiddels verricht wel een commissie in het kader van de Operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit opnieuw onderzoek naar de vraag in hoeverre het concurrentiebeding niet te belemmerend werkt voor de mobiliteit op de arbeidsmarkt.

Wel is de tekst subtiel veranderd om duidelijk te maken dat een concurrentiebeding alleen in een schriftelijke individuele arbeidsovereenkomst, en dus niet in een CAO kan worden opgenomen. De redenering dat een concurrentiebeding in de CAO ook ertoe kan leiden dat dit redelijker uitpakt voor de werknemer is kennelijk al lang vergeten³⁰.

8.6. Enkele bijzondere verplichtingen van de werkgever

Deze afdeling bevat de regeling van de kosten van de arbeidsovereenkomst, de te verschaffen informatie en het getuigschrift (art. 654-656). Het belangrijkste artikel is echter:

Art. 658. Arbeidsongevallen

De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen is anders geformuleerd dan het oude 1638x. Dat 'gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed' vervangen is door 'schade lijden' is niet meer dan een modernisering en brengt geen inhoudelijke wijziging mee. Het tweede lid is echter zodanig aangepast dat de bewijslast dat de werkgever de verplichting om de veiligheid te waarborgen is nagekomen op de werkgever rust. Onder de oude regeling rustte deze op de werknemer. In de praktijk nam de rechtspraak overigens al snel aan, dat indien de werknemer het vermoeden had gevestigd dat de werkgever nalatig was geweest, de bewijslast alsnog op de werkgever kwam te rusten³¹. Een en ander is nu echter in de wet als algemene regel vastgelegd, waarmee de werknemer ontslagen is van de verplichting om eerst zelf na te gaan of de werkgever tekort is geschoten. Deze verdeling is alleszins redelijk, omdat de werkgever zelf immers beschikt over de informatie omtrent

zijn veiligheidsbeleid in de onderneming. De term 'grove schuld' (voor gevallen waarbij de werkgever zich op eigen schuld van de werknemer beroept) is vervangen door de term 'opzet of bewuste roekeloosheid' in aansluiting op art. 6: 170 BW³².

8.7. Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer

Deze afdeling bevat de persoonlijke verplichting van de werknemer om de arbeid te verrichten, het instructierecht van de werkgever en de reeds genoemde regeling van door de werknemer veroorzaakte schade (art. 659-661).

8.8. Rechten van de werknemer bij de overgang van een onderneming

Art. 662-666 regelt het behoud van de rechten van de werknemer bij de overgang van een onderneming. Deze artikelen zijn praktisch ongewijzigd. Wel is nu in art. 666, eerste lid de rechtspraak gecodificeerd, dat de afdeling niet van toepassing is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard³³.

8.9. Einde van de arbeidsovereenkomst

De ontslagbepalingen zijn te vinden in de art. 667-686. Over de terminologische wijzigingen ten aanzien van nietigheid en vernietigbaarheid en dienstbetrekking en arbeidsovereenkomst/-verhouding werd hierboven al het nodige opgemerkt. Voor het overige zijn de ontslagbepalingen vrijwel ongewijzigd overgenomen. Terminologische en systematische verbeteringen die eerder werden voorzien (zoals het opheffen van het verschil tussen beëindigen en opzeggen en het hetroepen van bepaalde artikelen) zijn uitgesteld tot het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid.

8.10. Handelsvertegenwoordiger

De art. 687-689 regelen de arbeidsovereenkomst van de handelsvertegenwoordiger, vroeger genaamd de handelsreiziger en voorheen geregeld in art. 75-75c WvK. Het gaat om een specifieke regeling, waarbij een aantal artikelen uit de regeling van de overeenkomst van opdracht van toepassing worden verklaard. De definitie van handelsvertegenwoordiger is gemoderniseerd, de bepalingen zijn verder aangepast aan het nieuw BW³⁴.

9. Overgangs- en invoeringsrecht

Het overgangsrecht op grond van de Invoeringswet Nieuw BW is van toepassing³⁵. Zie met name art. 68a: de wet is van toepassing vanaf het tijdstip van in werking treden indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten. Bedingen die naar de oude wet verwijzen worden geacht een verwijzing naar of een weergave van de nieuwe wet in te houden, tenzij dat niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding (art. 71). Zie voor de verjaringstermijnen in de overgangssituatie de art. 72-73a.

De Invoeringswet heeft verder de nieuwe terminologie (bijv. arbeidsovereenkomst in plaats van dienstbetrekking en werknemer in plaats van arbeider) ook doorgevoerd in andere wetten, zoals boek 2 BW, de Faillissementswet, het Wetboek van Koophandel en de Wet op de CAO. Verder zijn in diverse wetten verwijzingen naar de titel of specifieke artikelen aangepast.

10. Conclusie

Eerder signaleerde ik in dit blad dat bij de inrichting van het nieuwe complex van het BW het oude zolderkamertje van het arbeidsrecht intact bleef en dat Ministerie en SER dit rommelzoldertje zo ongerept mogelijk wilden overplaatsen naar het nieuwe gebouw³⁶. Om in deze beeldspraak te blijven: de oude

meubeltjes zijn in de verhuiswagen geladen, bij aankomst zijn ze afgestoft en weer ordelijk neergezet. Hier en daar is er zelfs een nieuw gordijn opgehangen, een nieuw lampje is ingedraaid, maar niemand hoeft bang te zijn dat hij zijn oude meubelstukken zal hoeven missen. Vernieuwing van het meubilair beschouwt de wetgever als te politiek gevoelig.

* G.J.J. Heerma van Voss is universitair hoofddocent sociaal recht aan de Universiteit Maastricht en raadviseur bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.

1. Besluit van 10 januari 1997, *Stb.* 1997, 37.
2. Zie E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht 1995, hoofdstuk 8.
3. SER, *Advies Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991.
4. *TK* 1993-1994, 23 438, nr. 1-2.
5. Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406.
6. Wet van 14 november 1996, *Stb.* 1996, 562.
7. Wet van 14 september 1995, *Stb.* 506.
8. Besluit van 10 januari 1997, *Stb.* 1997, 37.
9. Wetsvoorstel 23 095 tot Aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) NBW met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk). Tot de invoering hiervan blijven de bepalingen 7A: 1640-1653 van toepassing, alsmede een nieuw art. 1639 dat de definitie van deze overeenkomst bevat (zie art. III van de Vaststellingswet titel 7.10, *Stb.* 1996, 406).
10. HR 24 juni 1955, *NJ* 1955, 647 en HR 8 december 1978, *NJ* 1979, 206.
11. Zie Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en zekerheid*, 's-Gravenhage 1996, blz. 27-29.
12. Wet van 28 december 1989, *Stb.* 616.
13. Zie themanummer SR 1992, nr. 1.
14. SER, *Advies Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991, blz. 18.
15. *TK* 1993-1994, 23 438, nr. 3, blz. 10.
16. Wet van 23 november 1995, *Stb.* 1995, 598.
17. Wet van 28 december 1989, *Stb.* 1989, 616.
18. HR 26 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 (Schuitmaker/Bruinsma).
19. SER, *Advies pensioenproblematiek*, nr. 90/23, 's-Gravenhage 1990.
20. *TK* 1994-1995, 23 974, nr. 1-2; zie ook SER, *Advies Arbeidstuchtrecht*, nr. 93/11, 's-Gravenhage 1993.
21. Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het Nieuw BW', *NJB* 1994, blz. 1035-1044; P.F. van der Heijden (red.), *Herziening van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen*, Alphen aan den Rijn 1995.
22. *TK* 23 438, nr. 10, blz. 3 verwijst nog naar een eerder voornemen om het ontslagrecht te herzien.
23. MvT, *TK* 23 438, nr. 3, blz. 45.
24. HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081.
25. *TK* 1995-1996, 23 438, nr. 10, blz. 2.
26. HR 12 oktober 1996, *JAR* 1996/219.
27. *TK* 1995-1996, 24 787, nr. 1-2, art. 2.
28. Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 134 (Wulbz).
29. *TK* 1995-1996, 24 869, nr. 1-2.
30. Zie hierover A.L. Croes, *WPNR* 1973, 5215 en 5216; ook F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*, Deventer 1995, blz. 210-212, gaat geheel niet op dit aspect in.
31. HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 151.
32. In deze zin werd de term 'grove schuld' al uitgelegd sinds HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496.
33. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191; CRvB 29 april 1986, *Prg.* 1986, nr. 2525; vgl. HvJ EG 7 februari 1985, nr. 135/83, 19/83 en 186/83, *Jur.* 1985, blz. 469-462 en 519, *NJ* 1985, 900-902 (Abels, Wendelboe, RDM Botzen).
34. Zie verder het commentaar van A.J.M. Nuytinck in P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst* (losbladig).
35. Zie Wet van 27 mei 1993, *Stb.* 1993, 309.
36. G.J.J. Heerma van Voss, Het arbeidsrecht, ons laatste rustige bezit?, *SR* 1991, blz. 339.