



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nieuw Burgerlijk Wetboek, vrouwen en arbeidsrecht

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (1994). Nieuw Burgerlijk Wetboek, vrouwen en arbeidsrecht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3545>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3545>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5. Nieuw Burgerlijk Wetboek, vrouwen en arbeidsrecht

Mr. G.J.J. Heerma van Voss

Wat betekent het Nieuw Burgerlijk Wetboek voor de positie van vrouwen in het arbeidsrecht? Niet veel, zal uw eerste reactie waarschijnlijk zijn. Dat is in elk geval wel de mijne. Maar laten we de proef op de som nemen en drie vrouwen in beschouwing nemen met een moeilijke positie in het arbeidsproces. Het zijn Aletta, die minder beloond krijgt dan haar mannelijke collega's, hoewel zij hetzelfde werk doet; Clara, die door haar chef wordt lastig gevallen met seksuele voorstellen, waarvan zij niet is gediend en Wilhelmina, die na de geboorte van haar kind wil blijven werken hoewel zij haar voltijdsbaan daarmee moeilijk kan combineren. Wat hebben zij aan het NBW?

Het NBW brengt in het algemeen weinig nieuws voor het arbeidsrecht. De arbeidsovereenkomst kent een zeer specifieke regeling, zodat er weinig behoefte te worden verwezen naar algemene leerstukken. De titel over de arbeidsovereenkomst is in januari 1992 praktisch ongewijzigd geplaatst in Boek 7A BW, in afwachting van een nieuwe titel 7.10.¹ De Sociaal Economische Raad heeft over dit laatste onderwerp geadviseerd² en de Minister-raad is onlangs akkoord gegaan met een wetsvoorstel³, maar het zal nog enige jaren duren voordat er een wet tot stand is gekomen. Tenslotte is het NBW niet speciaal voor vrouwen geschreven, dus de vraag is ook wat het belang daarvan voor haar is.

Toch lijkt het nuttig om nader te bezien wat de eventuele invloed van het NBW kan zijn. Ten dele wordt ook in het arbeidsrecht een beroep gedaan op algemene bepalingen. Deze kennen in elk geval een nieuwe systematiek en terminologie. Veel van wat in de rechtspraak is ontwikkeld is nu

gecodificeerd. Dit vormt een goede aanleiding om nog eens te overdenken in hoeverre deze algemene leerstukken van pas kunnen komen voor vrouwen in het arbeidsrecht. Ook al gaat het niet om spectaculaire veranderingen, het is minstens van belang de nieuwe begrippen te kennen en zo nodig te kunnen gebruiken.

In deze bijdrage zal, na enkele algemene opmerkingen over de rol van vage normen in het NBW en de verhouding tussen algemeen en bijzonder deel, een aantal onderwerpen worden besproken die voor de verhouding tussen algemeen vermogensrecht en arbeidsrecht relevant zijn, die van belang lijken voor de rechtspositie van vrouwen, toegespitst op de drie hierboven genoemde vrouwen.

Algemene opmerkingen

Toeneming vage normen

Het NBW dient te worden gezien tegen zijn historische achtergrond. De codificaties van na de Franse revolutie – zoals de Code Civil die grote invloed heeft gehad op ons BW van 1838 – beoogden in de eerste plaats rechtszekerheid te bieden. Zij moesten het handelsverkeer vergemakkelijken door eenduidige regels. Partijen moesten weten waar ze op aan konden bij het sluiten van contracten. Er was een grote voorkeur voor 'hard, fast rules'. Het recht moest uit de wet kenbaar zijn. Tegen het eind van de vorige eeuw werd echter steeds duidelijker dat de samenleving daarvoor te complex werd. De rechter ontkwam er niet aan de wet nader uit te leggen. Er kwam behoefte aan arbeidsrecht waarin de zwakkere partij werd beschermd. In de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werden diverse vage normen opgenomen (zoals goed werkgeverschap en dringende reden) die de rechter de ruimte gaven het arbeidscontract nader vorm te geven. Alleen ten aanzien van de redenen voor een regulier ontslag gebeurde dat nog niet. Pas tijdens de oorlog werd een grote beleidsvrijheid op dit gebied gegund aan de directeur van het arbeidsbureau (verlenen van ontslagvergunningen op grond van het BBA 1945) en enkele jaren later aan de rechter (toetsing op kennelijk onredelijk ontslag sinds 1953).

In 1919 kwam de ruime leer van de onrechtmatige daad.⁴ Daarna voltrok zich een verdere ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen.⁵ In de jaren zeventig en tachtig heeft de redelijkheid en billijkheid zich een steeds grotere plaats verworven in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁶ Gesproken wordt wel van een ontwikkeling van 'toepassingsjurisdictie' naar 'belangenjurisdictie'.⁷ In het arbeidsrecht is men ten dele nog blijven vasthouden aan de gedachte dat het recht strak in de wet geformuleerd moet worden. De belangentegenstelling tussen werkgevers en werknemers maakt dat rechters en geschillencommissies zich vaak vastklampen aan geschreven teksten. De algemene normen uit het BW kunnen echter op dezelfde wijze worden toegepast als elders in het privaatrecht. Daarvoor is reden te meer nu dezelfde belangentegenstelling de wetgever veelal belet om snel met wetgeving te komen.

Aan deze ontwikkeling kleven natuurlijk ook nadelen. Het is plezierig als men een duidelijk omschreven rechtspositie heeft. Bij vage normen is men in hogere mate afhankelijk van de rechter. Zij veronderstellen dus vertrouwen in de rechtspraak. In het algemeen lijkt de oude klacht dat de rechters te veel uit het establishment komen en daarmee te veel partij kiezen voor de werkgevers achterhaald, als gevolg van de democratisering van de rechterlijke macht sinds de jaren zeventig. Wat betreft vrouwen kan worden gewezen op het toegenomen aantal vrouwelijke rechters. In een rechtssysteem waarbij meer aan de rechter wordt overgelaten, neemt men meer risico. Men biedt echter ook meer mogelijkheden om voor nieuwe problemen in het rechtssysteem oplossing te vinden. Zo lijkt het mij wenselijk dat het probleem van seksuele intimidatie ergens nauwkeurig wordt geregeld. Maar zo lang dat niet het geval is, is het goed dat er algemene normen zijn waar het ondergebracht kan worden. De rechter kan dan optreden als 'wetgever-plaatsvervanger'⁸ zolang de wetgever de wet niet actualiseert.⁹

Verhouding algemeen en bijzonder deel

In de volgende paragraaf zal een aantal algemene leerstukken worden besproken aan de hand van de gevolgen voor vrouwen en het arbeidsrecht, in ons geval Aletta, Clara en Wilhelmina. De verhouding tussen het

algemeen deel van het BW en de titel over de arbeidsovereenkomst is echter helaas niet altijd zo uitdrukkelijk geregeld als bijvoorbeeld in artikel 7A:1639x NBW, waar is bepaald dat ontbinding wegens tekortkoming ook in het arbeidsrecht mogelijk is. Soms bevat het arbeidsrecht wellicht een specifieke regeling die de algemene opzij zet. Maar dat wordt er dan meestal niet bij gezegd. Laat bijvoorbeeld artikel 7A:1637x NBW, dat het concurrentiebeding aan banden legt, geen ruimte meer om misbruik van omstandigheden aan te nemen?¹⁰ En wat te doen met uitzonderingsmogelijkheden binnen de algemene regel? Wanneer verzet de 'aard van de bevoegdheid' zich tegen toepassing, zoals artikel 3:13 NBW (over 'misbruik van bevoegdheid') dat zo fraai zegt en wanneer geldt dat voor de 'strekking van de wetsbepaling', waarover artikel 3:40 NBW (over nietigheid van de rechtshandeling) zo dapper spreekt? Kortom, in veel gevallen zal de discussie toch duidelijk moeten maken hoe algemeen en bijzonder deel zich tot elkaar verhouden. De hoofdregel is, dat beide delen elkaar aanvullen (cumulatie), maar de subregels (wanneer er sprake is van een exclusieve regeling in het arbeidsrecht) zullen voor een belangrijk deel nog moeten worden gevonden. Wellicht dat de voorbeelden van Aletta, Clara en Wilhelmina ons daarbij kunnen helpen.

Bijzondere onderwerpen

Misbruik van bevoegdheid

Artikel 3:13 NBW sluit de mogelijkheid van misbruik van bevoegdheid uit. Dit artikel vormt de codificatie van de rechtspraak, welke oorspronkelijk vooral ging over misbruik van eigendomsrecht (arresten over watertorens en grensoverschrijdende garages). In de ruime, thans geldende formulering heeft het betrekking op elke bevoegdheid. Dit geldt ook binnen het contractenrecht en vormt dan een concretisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is toepasbaar bij zeer onredelijk gebruik van praktisch onbegrensde bevoegdheden.¹¹

Wat de werkgever betreft kan met name worden gedacht aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de proeftijd. Wat zou hebben gegolden indien Wilhelmina haar baan had gekregen op het moment dat zij zwanger was, de werkgever dit nog tijdens de proeftijd had ontdekt en

haar om die redenen onmiddellijk had ontslagen? Er zijn in gevallen waarin dit gebeurde op grond van zwangerschap rechters geweest, die een ingewikkelde constructie binnen het arbeidsrecht hebben gevonden om toch tot schadevergoeding te komen. Artikel 3:13 NBW biedt de mogelijkheid dit resultaat op eenvoudiger wijze te bereiken.¹² Tot nietigheid van het ontslag zal het vermoedelijk echter niet kunnen leiden, gelet op het Nedlloyd-arrest van de Hoge Raad, dat hieronder nog aan de orde komt. Stel dat de werkgever weigert het tijdelijke contract van Wilhelmina te verlengen omdat zij zwanger is. Zou dit ook kunnen worden gezien als misbruik van bevoegdheid? Hier lijkt iets voor te zeggen, al zijn er nog geen voorbeelden van in de jurisprudentie aan te wijzen. De jurisprudentie waarin de werknemer wordt beschermd tegen afwisselende tijdelijke contracten en uitzendbanen (draaideurconstructie)¹³ en proeftijd na uitzendarbeid¹⁴ kan in dit licht worden gezien. Er zou echter wel sprake moeten zijn van een zeer duidelijke onredelijkheid. Het probleem zal veelal liggen in de bewijslast. Hoe valt aan te tonen dat de zwangerschap de enige reden is voor niet-verlenging? Dit zou natuurlijk eenvoudiger zijn indien bijvoorbeeld collega's in dezelfde situatie wel een verlenging kregen.

Het verbod van misbruik van bevoegdheid geldt natuurlijk ook voor de werknemer. Stel bijvoorbeeld dat Wilhelmina tijdens haar zwangerschap had gesolliciteerd naar een functie voor een zeer kortlopend project? Stel dat zij al tevoren weet dat zij niet of nauwelijks iets voor dat project zal kunnen betekenen, is een beroep op gelijke behandeling dan geen misbruik van bevoegdheid? Ook volgens de Commissie Gelijke Behandeling is in die situaties de grens bereikt van wat de wetgever met gelijke behandeling heeft beoogd.¹⁵ Ook wanneer Wilhelmina haar ouderschapsverlof zou willen opnemen op een uiterst ongelukkig moment zou de werkgever zich hierop kunnen beroepen.

Vernietigbaarheid rechtshandeling

Openbare orde/goede zeden/dwingend recht

Artikel 3:40 NBW verklaart rechtshandelingen in strijd met de openbare orde, goede zeden en/of dwingende wettelijke bepalingen nietig. De nie-

tigheid moet binnen drie jaar worden ingeroepen. Zou bijvoorbeeld het ontslag van Wilhelmina in de proeftijd wegens discriminatie op deze grond nietig kunnen zijn? In het Nedlloyd-arrest (waar het ging om discriminatoir ontslag van buitenlandse zeelieden) oordeelde de Hoge Raad dat deze bepaling in het algemeen niet leidt tot de nietigheid van een discriminatoir ontslag. Het systeem van artikel 7A:1639o NBW (ontslag is te allen tijde mogelijk) zou hier prevaleren.

Nietigheidssancties zijn nauwkeurig geregeld.¹⁶ Dit is een aanvechtbare uitspraak. Wat hebben we aan een bijzonder systeem van ontslagbescherming, indien dit de algemene bescherming van het BW ondermijnt? Had artikel 3:40 NBW niet gewoon kunnen worden toegepast, met inachtneming van de regels voor nietigheid uit het ontslagrecht? Een troost is dat in het wetsvoorstel herziening ontslagrecht (21 479) discriminatoir ontslag naar geslacht of nationaliteit wel met nietigheid wordt bedreigd (artikel 7A:1637ij en 1637ija-nieuw), maar dit voorstel is voorshands in de Eerste Kamer gestrand, zodat onzeker is wat de voortgang op dit punt zal zijn.

Wat betreft de overige voor vrouwen van belang zijnde onderdelen van de herziening van het ontslagrecht, zij nog opgemerkt dat de specifieke opzegverboden wegens huwelijk en bevalling komen te vervallen, omdat zij geacht worden onder het nieuwe opzegverbod van artikel 7A:1637ij NBW te zijn begrepen. Artikel 7A:1639h wordt wat betreft het opzegverbod tijdens het bevallingsverlof en de zes weken daarna aangepast aan de flexibilisering van dit verlof. In dit artikel wordt ook een nieuw opzegverbod opgenomen wegens de omstandigheid dat de arbeider zijn recht op ouderschapsverlof geldend maakt.

Instemming van de werknemer met afwijking van de opzegverboden van artikel 7A:1639 h en i-nieuw (niet 1637ij en 1637ija) zal volgens het voorstel schriftelijk moeten worden gegeven. Dezelfde opzegverboden krijgen een uitzondering wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel waarin de arbeider uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Deze geldt echter niet tijdens het zwangerschaps- of bevallingsverlof. Bij verlengde contracten voor bepaalde tijd gaan de opzegverboden tijdens onder meer het bevallingsverlof, in tegenstelling

tot thans, gelden als de dienstbetrekking tenminste twee jaar heeft geduurd (artikel 7A:1639ia-nieuw).

Wilsgebreken

Artikel 3:44 NBW voorziet in de vernietigbaarheid van rechtshandelingen die door wilsgebreken tot stand zijn gekomen. De wet bepaalt dit slechts ten aanzien van bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden. Dwaling zou volgens artikel 6:228 NBW slechts tot vernietiging van overeenkomsten of via artikel 6:216 NBW van andere meerzijdige rechtshandelingen kunnen leiden. De opvattingen in de literatuur gaan inmiddels echter al weer verder. Zo wordt aangenomen dat door analogische toepassing ook eenzijdige rechtshandelingen die door dwaling tot stand zijn gekomen kunnen worden vernietigd.¹⁷

Wanneer zou dit van pas kunnen komen? We kijken nu naar de situatie van Clara, die door haar chef wordt lastig gevallen. Stel dat zij uit ellende besluit ontslag te nemen, maar hier later spijt van krijgt, omdat zij niet heeft overzien wat de gevolgen daarvan waren (baan kwijt, geen inkomen, mogelijk geen WW-uitkering)?

Volgens Schoordijk zou iemand als Clara kunnen terugkomen op haar reeds genomen ontslag, zonder dat een beroep behoeft te worden gedaan op een geestelijke stoornis. Dit kan behalve voor haar uitkeringsrecht ook van belang zijn voor haar recht op schadevergoeding.¹⁸ Onder omstandigheden wordt de werkgever wel beschermd op grond van gewekt vertrouwen.¹⁹

Ontbindende voorwaarden (artikel 6:22 NBW)

Stel dat de werkgever van Wilhelmina toen hij haar aantrok, eraan dacht dat zij wellicht zwanger zou worden en besloot in dat geval weer van haar contract af te willen. Hij zou dan een ontbindende voorwaarde in het contract hebben kunnen opnemen, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt in geval van zwangerschap of ziekte als gevolg van zwangerschap.

Lang is gediscussieerd over de vraag in hoeverre ontbindende voorwaarden in het arbeidsrecht verenigbaar zijn met het ontslagrecht. De Hoge

Raad maakte uiteindelijk uit dat dit van geval tot geval moet worden gezien. In casu was een ontbindende voorwaarde wel aanvaardbaar omdat het een arts betrof die door externe omstandigheden zijn beroep in het geheel niet zou kunnen uitoefenen.²⁰ Maar daarmee zijn we in veel gevallen niet zeker wat de status van een eventueel overeengekomen ontbindende voorwaarde is.²¹ Gezien deze onzekerheid is het voor Wilhelmina van belang dat ontbindende voorwaarden in verband met zwangerschap en huwelijk uitdrukkelijk zijn verboden in artikel 7A:1639e NBW. Dat deel van de ontbindende voorwaarde is dus zonder meer ongeldig. Maar hoe zit het met het gedeelte dat ziekte als gevolg van zwangerschap tot ontbindende voorwaarde verklaart? Uit het arrest van de Hoge Raad mag mijns inziens worden afgeleid dat ook een ontbindende voorwaarde die in strijd is met een ontslagverbod nietig is. Gezien het feit dat gedurende de eerste twee jaar van ziekte een ontslagverbod geldt, en tegenwoordig ook daarna ontslag nog kritisch wordt getoetst, kan Wilhelmina er op vertrouwen, dat de gehele ontbindende voorwaarde in haar contract ongeldig is.

Opschortingsrechten

De mogelijkheid van opschorting van rechten en verplichtingen (artikel 6:52/264) is in het NBW uitdrukkelijk geregeld. Het is echter niet eenvoudig om voorbeelden te verzinnen waarin men daar in het arbeidsrecht iets aan zal hebben.²²

Laten we de situatie bezien van Aletta die een lager loon krijgt dan haar mannelijke collega's voor hetzelfde werk. Zij zou een loonvordering kunnen instellen en zich daarbij mede beroepen op de Wet Gelijke Behandeling. Maar zou zij ook kunnen kiezen voor het middel van de opschorting? Zou zij bijvoorbeeld naar evenredigheid minder kunnen gaan werken? Holtmaat heeft dit wel eens aangeprezen als een doeltreffend actiemiddel, dat in de (toenmalige) Wet Gelijk Loon had moeten worden ingebouwd.²³ Onder het NBW lijkt dit nu mogelijk in het kader van het opschortingsrecht. Het gaat om rechten en plichten die duidelijk tegenover elkaar staan, er is een opeisbare vordering en de opschorting vindt plaats naar evenredigheid. Toch verwacht ik niet dat Aletta van deze mogelijkheid

gebruik zal maken. Zij is voor haar immers riskant. De werkgever zal al snel overgaan tot ontslag wegens werkweigering. En als zij dan uiteindelijk na langdurige procedures of in kort geding gelijk krijgt van de rechter, dan zijn de arbeidsverhoudingen vermoedelijk inmiddels zozeer verstoord, dat zij erg veel op het spel zet met een opschortingsactie. Omgekeerd kan de werkgever op zijn beurt weigeren loon te betalen over de als gevolg van de opschorting niet gewerkte uren, zodat de zaak steeds verder escaleert. Weliswaar lijkt dit zich niet goed te verdragen met het systeem van de artikelen 7A:1638b-1638d NBW dat deze kwestie nauwkeurig regelt, maar voorlopig schiet Aletta daar niets mee op. Niet voor niets is de mogelijkheid om het werk neer te leggen bij acuut dreigend ernstig gevaar omgeven met de nodige extra waarborgen omtrent doorbetaling van loon, bewijslastverdeling en ontslagbescherming (artikel 38 Arbowet). Het lijkt voor Aletta veel aantrekkelijker om de vakbond of ondernemingsraad in te schakelen of een verzoek in te dienen bij de Commissie Gelijke Behandeling.

Dat zou anders liggen indien niet alleen Aletta, maar een hele groep vrouwen in dezelfde omstandigheden gezamenlijk tot opschorting zou overgaan. Zij staan samen sterker en de werkgever zal niet zo snel een hele groep werknemers kunnen missen. Maar zulke collectieve mogelijkheden doen zich lang niet altijd voor.

Tekortkoming in de nakoming

Het leerstuk van tekortkoming in de nakoming (artikel 6:74 NBW) is in de plaats getreden van het vroegere 'wanprestatie', welke term overigens nog steeds kan worden gehanteerd. Artikel 6:265 NBW geeft de mogelijkheid een overeenkomst op deze grond te ontbinden. De ontbinding vindt plaats door een schriftelijke verklaring (artikel 6:267 NBW). Artikel 7A:1639x NBW bepaalt echter dat de arbeidsovereenkomst slechts door de rechter kan worden ontbonden. De ontbinding op deze grond heeft in tegenstelling tot vroeger ook geen terugwerkende kracht meer, hetgeen de aantrekkelijkheid van deze mogelijkheid verder vermindert.

Gezien de jurisprudentie kan dit slechts in zeer ernstige gevallen, te vergelijken met dringende reden.²⁴ Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op

deze grond zal zich dus slechts zelden voordoen.

Je kunt je voorstellen dat Clara van deze mogelijkheid gebruik maakt omdat zij geen andere mogelijkheid ziet dan ontslag om van de vernederingen door haar chef te worden bevrijd. De tekortkoming van de werkgever ligt dan in het niet voldoende zorgen voor de goede werksfeer. Zij kan naast de ontbinding ook schadevergoeding vorderen. Maar dit alles kan ook al in een gewone ontbindingsprocedure op grond van artikel 7A:1639w NBW. Wel is van belang dat zij de tekortkoming kan aanvoeren als grond voor bijvoorbeeld immateriële schadevergoeding, terwijl het ontslag al op een andere wijze heeft plaatsgevonden.

Vormen van schadevergoeding

Zou Clara in een procedure tegen haar werkgever wegens seksuele intimidatie nog iets anders kunnen vorderen dan vergoeding van materiële schade in geld? De mogelijkheid van schadevergoeding anders dan in geld (artikel 6:103 NBW) bestond natuurlijk al, maar is nu nadrukkelijk in de wet vastgelegd. Clara zou op dit artikel een beroep kunnen doen om bijvoorbeeld medewerking te verkrijgen bij een door haar gewenste overplaatsing. Of, als zij meent dat doorwerken in deze onderneming geen zin heeft, zou zij van de werkgever kunnen eisen dat hij ten behoeve van haar een outplacementbureau inschakelt.

Aletta zou, wanneer zij ten onrechte niet is ingeschreven bij het pensioenfonds van het bedrijf, dit op deze grond kunnen vorderen.

Daarnaast kennen we vergoeding van nadeel anders dan vermogensschade (artikel 6:106/107 NBW). Men moet allereerst niet te snel een beroep doen op 'immateriële schade'. Zaken als verlies aan toekomstige inkomsten zijn in de eerste plaats van materiële aard.²⁵ Artikel 1637w BW, dat voor de arbeidsovereenkomst voorzorg in immateriële schade, is vervallen in verband met de invoering van artikel 6:106 NBW. Dit is echter restrictiever geformuleerd. Clara zal met haar klacht over seksuele intimidatie wel een beroep kunnen doen op dit nieuwe artikel, maar dit is onzekerder voor bijvoorbeeld Wilhelmina, in het geval zij door de werkgever wordt weggepest.²⁶ Het lijkt mij echter denkbaar dat er aan de praktijk weinig verandert.

Redelijkheid en billijkheid

De onderlinge relatie tussen de normen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 248 NBW) en werkgever- en goed werknemerschap (artikel 7A:1638z/1639d NBW) is dat zij in wezen in dezelfde gevallen toepasbaar zijn. De norm van goed werkgeverschap en werknemerschap zijn verbijzonderingen voor het arbeidsrecht. Het doet er niet toe op welke men zich beroept. Het is bijvoorbeeld bij vorderingen tot toelating tot het werk gebruikelijk zich te beroepen op goed werkgeverschap.

Deze norm is ook inroepbaar door Wilhelmina, die haar werk wil zien aangepast in verband met de combinatie met haar ouderschap. Daarbij zou zij kunnen denken aan het eventueel meenemen van het kind naar het werk in verband met borstvoeding, het vragen van bijzonder verlof en het gaan werken voor minder uren. Rechtspraak daarover gaat geleidelijk in een voor de werkneemster gunstige richting.²⁷ Het NBW doet daar weinig aan toe of af.

Onvoorziene omstandigheden

Het is mogelijk om wijziging of ontbinding van een overeenkomst te verzoeken wegens onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 NBW). Nu is dat voor ontbinding in het arbeidsrecht niet zo belangrijk, omdat dat reeds mogelijk is op grond van artikel 7A:1639w NBW. Anders ligt dit echter met betrekking tot wijziging van het contract.

Wilhelmina zou kunnen proberen om via de rechter de werkgever tot medewerking te bewegen bij de omzetting van haar voltijds-in een deeltijdscontract. Het probleem is dan echter dat een onvoorziene omstandigheid moet worden aangetoond. Het is niet voldoende dat Wilhelmina na de geboorte van haar kind er de voorkeur aan geeft in deeltijd te gaan werken, er moet iets niet te voorzien aan te pas komen, zoals een handicap van het kind waardoor extra aandacht nodig is. Om die reden heeft Wilhelmina normaal gesproken niet veel aan deze mogelijkheid. Omgekeerd zou ook de werkgever dit artikel kunnen gebruiken ingeval ernstige economische problemen van de onderneming om het aantal arbeidsuren terug te brengen zonder tot ontslag te behoeven over te gaan. Ook zou Clara kunnen trachten om een door haar in verband met seksu-

ele intimidatie gewenste overplaatsing via dit artikel af te dwingen. De onvoorziene omstandigheid lijkt in dit geval voldoende aantoonbaar. Men kan zich afvragen of artikel 6:258 NBW nodig is: hetzelfde kan op goed werkgeverschap worden gebaseerd (artikel 7A:1638z NBW).

Al met al zijn de verworvenheden van dit artikel ook niet opzienbarend.²⁸

Aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van de werkgever tegenover derden voor door ondergeschikten veroorzaakte schade is nu ondergebracht in artikel 6:170 NBW. De werkgever kan de schade slechts op de werknemer verhalen indien deze is veroorzaakt door diens opzet of bewuste roekeloosheid. Hetzelfde geldt voor andere schade die de werknemer veroorzaakt (artikel 7A:1639da NBW).

Hier kan Clara uiteraard ook een schadevergoeding op baseren op grond van de ondervonden seksuele intimidatie door een collega. Zij kan rechtstreeks de werkgever aanspreken. Hetzelfde geldt voor de werkgever van een bezoeker/cliënt die zich hieraan schuldig maakt. Het voordeel van deze mogelijkheid is dat er sprake is van risico-aansprakelijkheid. Het bewijs wordt daardoor een stuk eenvoudiger. De werkgever moet zelf maar zien dat hij de schade weer terug ontvangt.

In combinatie met de onder paragraaf 'vormen van schadevergoeding' genoemde mogelijkheid van schadevergoeding in een andere vorm, zou zij ook kunnen claimen dat de collega wordt overgeplaatst. De kwestie in hoeverre van de werkgever kan worden geëist dat hij disciplinaire maatregelen neemt tegen collega's is nog niet uitgekristalliseerd. Moet die ondergeschikte dan niet op een of andere wijze in de procedure worden betrokken als belanghebbende?²⁹ Een vergelijking kan worden getrokken met de jurisprudentie over overlast bij huurders, waar wèl van de verhuurder kan worden verlangd maatregelen te nemen tegen andere huurders.³⁰

Algemene voorwaarden

De regeling van de algemene voorwaarden (artikel 6:231-247 NBW) is niet van toepassing op (collectieve) arbeidsovereenkomsten (artikel 6:245 NBW). Hiervoor zijn wat dubieuze argumenten aangevoerd: er zou geen

behoefte aan bestaan en er zouden conflicten dreigen met de Wet op de CAO.

Daar waar een werkgever werkt met flexibele arbeidsrelaties is de regeling echter wel van toepassing op de zogenaamde voorovereenkomst! Deze worden nogal eens in een standaardvorm gegoten. Wanneer men hierin onredelijke bedingen tegenkomt die vallen onder de regeling van de Algemene Voorwaarden, kunnen deze direct worden aangevochten.

Dit neemt overigens niet weg dat onredelijk bezwarende bedingen in gewone arbeidsovereenkomsten eveneens bestreden kunnen worden. De regeling van de algemene voorwaarden biedt dan mooie aanknopingspunten, maar de bewijslast ligt dan echter wat meer bij de werknemer.

Conclusie

De verwachting is uitgekomen dat het NBW niet veel nieuws brengt, zowel voor het arbeidsrecht als voor de positie van vrouwen daarin. Aletta heeft haar te lage beloning alleen theoretisch via opschorting kunnen bestrijden. Clara heeft als gevolg van de seksuele intimidatie door haar chef waarschijnlijk haar baan niet behouden, al kan zij vragen om overplaatsing en bestraffing van haar belager. En Wilhelmina moet haar eis tot aanpassing van het werk aan haar positie als ouder toch eigenlijk voornamelijk baseren op goed werkgeverschap. Er zitten slechts enkele kleine interessante punten in het NBW, zoals de mogelijkheid voor Clara om terug te komen op haar in dwaling genomen ontslag, voor Wilhelmina om zich te beroepen op misbruik van bevoegdheid bij niet verlengen van het contract wegens zwangerschap en op een aantasting van onredelijke bedingen in algemene voorwaarden bij flexibele arbeidsrelaties.

Die conclusie is niet verrassend. Is immers niet juist het probleem van vrouw en recht dikwijls dat de rechtsregels neutraal zijn geformuleerd, zodat de specifieke problemen van vrouwen niet doorklinken? Anderzijds biedt het NBW ook veel mogelijkheden door de vele vage normen die er in worden toegepast. De wetgever is niet snel met het tot stand brengen van nieuwe rechtsregels. Veelal zal het aankomen op rechterlijke uitspraken. Een creatief gebruik van het recht is daarbij van groot belang en dat geldt ook voor het NBW. Dat daarbij veelal is vastgelegd wat reeds gold,

neemt niet weg dat juist het algemene karakter van de normen van het NBW mogelijkheden opent, die men slechts kan ontdekken door studie van de nieuwe rechtsregels en het hanteren ervan in de praktijk.

Noten

- 1 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, *Het arbeidsrecht, ons laatste rustige bezit?*, SR 1991, p. 339.
- 2 SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr 91/20, 's-Gravenhage 1991.
- 3 Stcrt 1993, 56.
- 4 HR 31 januari 1919, W. 10365 (Lindenbaum/Cohen).
- 5 A. Pitlo, *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, tweede druk, Arnhem 1978.
- 6 Zie voor een fraaie beschrijving daarvan H.C.F. Schoordijk, *'Hoe vat(te) de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?'*, in: H.C.F. Schoordijk e.a., *De plaats en functie van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, pp. 3-63.
- 7 E.M.H. Hirsch Ballin, *'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde'*, in: H.C.F. Schoordijk e.a., *De plaats en functie van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 219-228.
- 8 Een term geïntroduceerd door M.J.P. Verburgh.
- 9 Zie uitvoeriger over deze kwestie G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 13-18.
- 10 Ik dacht van wel, maar P. Ingelse, *'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst'*, in: Werkgroep Herziening ontslagrecht (P.F. van der Heijden, red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 11-32, 25-31, blijkt er anders over te denken.
- 11 Zie in het algemeen over dit artikel P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985.
- 12 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, *'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd'*, in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht (P.F. van der Heijden, red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 61-76.
- 13 HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Bootsma c.s./Campina).
- 14 HR 13 september 1991, NJ 1992, 130 (Dingler/Merkelbach).
- 15 CGB 2 oktober 1991, Oordelen CGB 1991, p. 259 (RUL); vgl. K. Wentholt, *De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante*, SMA 1992, pp. 340-350, 347-350.
- 16 HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.). Hierover C.G. Scholten en Th.P. ten Brink, *'Artikel 3:40 BW, een nieuwe nietigheid in het ontslagrecht?'*, in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht (P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst*

- en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 77-86.
- 17 A. Hartkamp, *Compendium Vermogensrecht Nieuw BW*, nr. 71.
- 18 H.C.F. Schoordijk, *'De consequenties van de invoering van titel 3.2 NBW voor het burgerlijk ontslagrecht'*, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht (Frenkel-bundel)*, pp. 145-159.
- 19 Vgl. artikel 3:33-35 en HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 (Coolwijk/Kroes) en HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (Westhoff/Spronsen).
- 20 HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509; JAR 1992, 11.
- 21 Zie voor kritiek op het arrest D. Christe, *'Hoge Raad billijkt ontbindende voorwaarde in ontslagrecht'*, SR 1992, pp. 342-348; E.W. de Groot, *'Hoe open is het ontslagrecht? De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst'*, NJB 1992, p. 1225; S.W. Kuip, *'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde: onzekerheid troef'*, SMA 1993, p. 163.
- 22 Y. Konijn, *'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?'*, SR 1991, pp. 109-117; V. Disselkoen/C.J. Herman de Groot, *'Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer'*, in: *Werkgroep Herziening Ontslagrecht (P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 101-114.*
- 23 R. Holtmaat, *De wet gelijk loon voor vrouwen en mannen*, Tijdschrift voor Vrouwenstudies 1980, p. 451.
- 24 HR 20 april 1990, NJ 1990, 702 (Meijers/de Schelde).
- 25 Ook voor de belastingen heeft dat geen zin. Dergelijke vergoeding van 'immateriële schade' zal snel als loon uit dienstbetrekking worden beschouwd, HR 14 april 1993, JAR 1993/119.
- 26 A.M.P.C. van den Beuken, *'Vergoeding van immateriële schade: is art. 1637w BW overbodig?'*, SR 1992, pp. 8-12.
- 27 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 69-72; zie ook het recente akkoord in de Stichting van de Arbeid over deeltijdarbeid, waarin het recht op deeltijdarbeid in beginsel is erkend.
- 28 Vgl. P.F. van der Heijden, *'Onvoorzien omstandigheden en de arbeidsovereenkomst'*, in: *Werkgroep Herziening Ontslagrecht (P.F. van der Heijden, red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn 1993, pp. 115-123.*
- 29 Yvonne Konijn, *Ongewenste intimiteiten – mogelijkheden en onmogelijkheden*, Nemesi 1988/5, p. 221.
- 30 HR 17 december 1982, NJ 1983, 511; HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 295; HR 27 september 1991, NJ 1992, 131; HR 16 oktober 1992, RvdW 1992, 229.