

G.J.J. HEERMA VAN VOSS

2.1 **Inleiding**

De wens om de arbeidsverhouding te flexibiliseren heeft het leerstuk van de arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht de afgelopen jaren danig beïnvloed. De behoefte aan flexibilisering leeft vooral aan werkgeverszijde, om te kunnen meekomen in een tijd van steeds scherpere, ook buitenlandse, concurrentie. Maar opmerkelijk is ook de toenemende behoefte aan flexibiliteit aan werknemerszijde.

Voor de juridische vormgeving van deze ontwikkeling dient de *externe* flexibiliteit, die wordt nagestreefd door het gebruik van nieuwe contractsvormen (de zogeheten flexibele arbeidsrelaties), te worden onderscheiden van de *interne* flexibiliteit, waarbij het er om gaat in hoeverre partijen binnen een arbeidsovereenkomst van elkaar aanpassingen mogen verwachten.¹

2.2 **Flexibele arbeidsrelaties**2.2.1 *Nieuwe contractsvormen*

De praktijk laat zien dat het 'model'-arbeidscontract van een vast dienstverband met een volledige werkweek steeds minder het gangbare beeld vormt. In grotere mate dan voorheen wordt gewerkt met contracten voor bepaalde tijd. Deeltijdwerk heeft een enorme vlucht genomen. Maar bij deze vormen van 'a-typische arbeidsrelaties' staat niet ter discussie dat het gaat om arbeidsovereenkomsten. Dat geldt wel voor een aantal andere flexibele arbeidsrelaties, waarvan het gebruik is toegenomen: uitzendwerk, oproepcontracten, thuiswerk en vormen van arbeid die wel worden aangeduid als free-lance arbeid. Werkgevers gebruiken deze contractsvormen om tal van redenen. Enerzijds gaat het er om de bedrijfsvoering zo in te richten, dat arbeid zo veel mogelijk wordt benut op tijden dat daaraan behoefte be-

1. Zie voor deze begrippen ook par. 1.2.

staat en dat bezuinigd wordt op kosten van arbeid waaraan minder behoefte bestaat. Anderzijds worden deze contractsvormen ook gebruikt om de arbeidskosten terug te brengen, doordat de desbetreffende krachten minder rechten hebben, dan wel deze minder kunnen realiseren. En vaak hoopt men ook dat het ontslagrecht niet van toepassing zal zijn. Aan werknemerszijde worden de flexibele arbeidsrelaties deels geaccepteerd, omdat men geen keuze heeft. Maar ook hier bestaat bij menigeen een behoefte aan een grotere flexibiliteit in het arbeidsleven, bijvoorbeeld om arbeid met zorgtaken te kunnen combineren.² Ook daarbij kunnen flexibele arbeidsrelaties in een behoefte voorzien.³ Praktijk en theorie hebben enige moeite gehad om deze nieuwe verschijnselen op een adequate manier in te passen in het arbeidsrecht.

2.2.2 *Inpassing in het arbeidsrecht*

In eerste instantie werd vooral de rechtspraak voor de vraag gesteld hoe de flexibele arbeidsrelaties moesten worden beoordeeld.

Ten aanzien van oproepovereenkomsten werd daarin het onderscheid ontwikkeld tussen voorovereenkomst en arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.⁴ Ingeval partijen slechts een voorovereenkomst hebben gesloten is nog geen daadwerkelijke verplichting om arbeid te verrichten overeengekomen. Zowel het element 'arbeid' als het element 'gezag' ontbreken, zodat er nog geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Men spreekt ook wel van een 'nul-uren-overeenkomst'. Gaat de werknemer naar aanleiding van een oproep werken, dan gebeurt dat op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van de oproep. Tegenover de voorovereenkomst staat de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Hierbij is wel afgesproken dat er arbeid zal worden verricht. Het staat alleen nog niet vast wanneer. Alle elementen van de arbeidsovereenkomst zijn aanwezig. Een bekend type is het min-max-contract, waarin zowel het minimaal als het maximaal per tijdsperiode te werken aantal uren is vastgelegd.

Voor de werkgever kan het aantrekkelijk zijn om een oproepcontract de vorm te geven van een voorovereenkomst. De werknemer mist dan gedu-

2. K. Wentholt, *Arbeid en zorg*, Amsterdam 1990.

3. Zie voor een uitvoerige beschouwing over de verschillende flexibele arbeidsrelaties en de motieven om voor deze vormen te kiezen C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer 1989.

4. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 met noot Stein (Possemis/Hoogenboom).

rende de periode tussen twee oproepen in de bescherming van het arbeids-overeenkomstenrecht. Hij heeft dan bijvoorbeeld niet het recht om te worden opgeroepen, ook al heeft de werkgever werk beschikbaar. Is er sprake van een doorlopende arbeidsovereenkomst dan is de werkgever wel verplicht om beschikbaar werk aan te bieden.⁵

Dat belangrijke verschil tussen deze twee overeenkomsten roept natuurlijk de vraag op waar de grens ligt tussen beide. Aanvankelijk werd betoogd dat voorwaarde voor het bestaan van een doorlopende arbeidsovereenkomst zou zijn, dat uitdrukkelijk een plicht moet bestaan om aan oproepen van de werkgever gehoor te geven. Die visie blijkt echter gebaseerd op een onjuiste lezing van het arrest Possemis/Hoogenboom. Uit dat arrest kan worden afgeleid, dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst mag worden aangenomen, ingeval zo'n verschijningsplicht is overeengekomen. Maar daarnaast kunnen er andere manieren zijn om vast te stellen dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit een langdurig en/of regelmatig arbeidspatroon. Een voorovereenkomst kan aldus in de praktijk uitgroeien tot een arbeidsovereenkomst. Dat kan ook een arbeidsovereenkomst zijn zonder uitgestelde prestatieplicht, bijvoorbeeld een deeltijdbaan. Uit een jarenlange praktijk om een flexibele oproepkracht hetzelfde werk te laten doen als werknemers in vaste dienst kan ook de plicht voor de werkgever ontstaan om deze wat betreft de arbeidsvoorwaarden gelijk te behandelen. De Hoge Raad baseerde deze plicht op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), derhalve zonder vast te stellen of er inmiddels een arbeidsovereenkomst was ontstaan.⁶ Deze redenering, hoe goed de betrokken werknemer er ook bescherming aan kon ontlene, roept wel de vraag op in hoeverre het concept van de arbeidsovereenkomst er diffuus van wordt. Waarom zou niet gewoon rechtstreeks de vraag kunnen worden beantwoord of er een arbeidsovereenkomst is ontstaan?

Bij het *uitzendwerk* deed zich een soortgelijke ontwikkeling voor. De wettelijke regulering van uitzendwerk beperkt zich vooral tot het publiekrechtelijke vergunningsstelsel voor de uitzendbureaus en de regeling van de sociale zekerheid van uitzendkrachten. De arbeidsrechtelijke positie van de uitzendkracht is niet uitdrukkelijk wettelijk geregeld. Duidelijk is dat er een driehoeksrelatie is tussen bureau, kracht en inlener. Algemeen is aangevaard dat tussen uitzendkracht en inlener geen contractuele relatie bestaat. Voor zover er sprake is van een arbeidsovereenkomst is dat er één tussen uit-

5. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 (Possemis/Hoogenboom).

6. HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa).

zendbureau en uitzendkracht. Wel heeft het uitzendbureau de bevoegdheid om gezag uit te oefenen in dit kader grotendeels gedelegeerd aan de inlener. In het geval dat zich een arbeidsongeval voordoet, kan de uitzendkracht overigens behalve het uitzendbureau als werkgever ook de inlener aansprakelijk stellen uit onrechtmatige daad, waarbij de normen van art. 7:658 BW inzake stelplicht en bewijslast van toepassing zijn.⁷

De uitzendbureaus hebben over de juridische status van de uitzendkracht lange tijd onduidelijkheid laten bestaan. Met name waren zij bevreesd dat bij erkenning van de arbeidsovereenkomst als basis voor de uitzendrelatie een loonbetalingsplicht zou ontstaan over perioden waarin niet is gewerkt. Ook de toepassing van het ontslagrecht zou lastig zijn. Bij beëindiging van een opdracht door de inlener zou de vraag rijzen of en wanneer de relatie tussen uitzendkracht en uitzendbureau kan worden beëindigd. Met het toegenomen gebruik van uitzendarbeid werd deze rechteloze situatie hoe langer hoe onbevredigender. In eerste instantie werd de situatie verbeterd door de totstandkoming van de Uitzend-cao. Hierin werd ook voorzien in een zekere opzegtermijn, die langer wordt naarmate de uitzendperiode langer heeft geduurd. De arbeidsrechtelijke status van de uitzendkracht was daarmee echter nog niet duidelijk.

In de rechtspraak werd langzaam maar zeker aangenomen dat de uitzendkracht een arbeidsovereenkomst had, in elk geval voor de duur van de werkzaamheden bij de inlener. Daarmee werd in de literatuur vastgesteld, dat de situatie vergelijkbaar was met die van de oproepkrachten. De uitzendkracht die zich inschrijft bij het uitzendbureau sluit met dit bureau een voorovereenkomst. Ingeval van een uitzending naar een inlener komt een arbeidsovereenkomst tot stand voor de duur van de uitzending. Men noemt dit de twee-fasenleer.⁸ Deze is ook herkenbaar in de cao voor uitzendkrachten. In een recente conclusie onderschrijft Advocaat-Generaal Koopmans dat dit de heersende leer is. Hij voegt daaraan terecht toe (en hier zien we ook een parallel met de oproepverhouding), dat de in de Uitzend-cao gestipuleerde vrijblijvendheid niet overeenkomt met de realiteit. Ook een uit-

7. HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 (Stormer/VOC); K. Fester-Hoff, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen overkomen aan flexibele arbeidskrachten', in: *SMA* 1996, blz. 87. Soms verklaart de kantonrechter zich bevoegd in beide procedures: Ktr. Zwolle 8 december 1992, *JAR* 1993/6; Ktr. Utrecht 12 mei 1992, *JAR* 1993/79.

8. I.A.C. van Haren, 'Flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagrecht', in: L. Bots, G. Heerma van Voss en A. Jacob (red.), *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer 1986, blz. 87-98; Smitskam (1989: 305-317); G.J.J. Heerma van Voss, losbladige *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3.2 op art. 7:610 BW.

zendkracht kan doorgaans niet ieder moment vertrekken als hij eenmaal bij een inlener is begonnen te werken.⁹ Het enkele feit van een zekere vrijheid van de werknemer om al dan niet te verschijnen brengt bovendien niet mee dat een gezagsverhouding ontbreekt.¹⁰ Daarmee is overigens nog geen duidelijke oplossing bereikt voor de boven gesignaleerde problemen bij beëindiging van een opdracht. Betoogd zou kunnen worden dat het uitzendbureau in verband hiermee een ontbindende voorwaarde zou kunnen opnemen in de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht.¹¹

Op 2 april 1996 zijn de sociale partners in de uitzendbranche in een Convenant overeengekomen dat in de Uitzend-cao voor vijf jaar zal worden vastgelegd dat de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is vanaf het moment dat de werknemer metterdaad de uitzendarbeid aanvangt. Tenzij schriftelijk anders wordt overeengekomen, eindigt elke uitzendovereenkomst tussen uitzendonderneming en uitzendkracht van rechtswege doordat de overeenkomst van opdracht tussen uitzendonderneming en opdrachtgever ten einde komt, zolang de uitzendkracht nog geen zesentwintig weken als uitzendkracht voor dat uitzendbureau werkzaam is.¹² Daarmee is uiteindelijk ook door de uitzendwereld zelf aanvaard dat de arbeidsovereenkomst de basis vormt voor de uitzendrelatie. De rechtspraak van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van ontbindende voorwaarden was daarvoor een voorwaarde. Die rechtspraak zegt ook dat een ontbindende voorwaarde niet geldig is, als deze ertoe dient om het stelsel van ontslagrecht te ontgaan. Ook het gebruik van een ontbindende voorwaarde voor dat doel is niet geoorloofd. In voorkomende gevallen kan dit worden getoetst. Men kan dus bijvoorbeeld de vraag stellen of de ontbindende voorwaarde wel toepasbaar is als hetzelfde werk door een andere uitzendkracht zou worden voortgezet. Ook kan de ontbindende voorwaarde wellicht niet worden ingeroepen indien de uitzendkracht ziek is geworden en de opdrachtgever op die grond de opdracht heeft beëindigd. Een en ander kan in

9. HR 7 april 1996 (Conclusie A-G Koopmans), *JAR* 1996/168.

10. HR 16 september 1994, *JAR* 1994/214.

11. Vgl. HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509.

12. Voor de berekening van die zesentwintig weken wordt de regel over de voortgezette dienstbetrekking voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd toegepast: dat wil zeggen dat onderbrekingen van maximaal 31 dagen niet worden meegeteld. Is eenmaal de termijn van zesentwintig weken gehaald, dan geldt dat nog geen half jaar verstreken moet zijn, waarin zonder onderbreking van meer dan drie maanden tussen twee dienstbetrekkingen bij de uitzendonderneming uitzendarbeid is verricht; zie art. 4 en 5,1 van het Convenant, dat als bijlage is opgenomen bij Stichting van de Arbeid, *Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'*, nr. 2/96, 's-Gravenhage 1996.

de toekomst nog wel eens aanleiding geven tot geschillen. Maar de te verwachten regeling in de CAO zal anderzijds ook veel geschillen kunnen voorkomen en met name de uitzendkracht die een langduriger relatie heeft met het uitzendbureau een geleidelijk toenemende rechtsbescherming bieden.¹³

De jurisprudentie over *thuiswerk* vertoonde een andere, maar toch enigszins vergelijkbare ontwikkeling. Aanvankelijk werd bij de beoordeling van dit fenomeen sterk uitgegaan van de gedachte dat een thuiswerker niet onder het gezag van de werkgever zou staan. De thuiswerker kan immers zijn eigen dag indelen, vaak is er een mogelijkheid om de hoeveelheid werk zelf te bepalen en ook zijn er thuiswerkers die voor verschillende opdrachtgevers werken en om die reden moeten worden gezien als zelfstandige ondernemers. Naarmate werkgevers meer van thuiswerk gebruik gingen maken als goedkoop alternatief voor het werk in de fabriek veranderde dat beeld. De mogelijkheid hiertoe is recentelijk belangrijk toegenomen als gevolg van de ontwikkeling van elektronische productiemethoden, waarbij het zgn. 'telewerk' in zwang is gekomen.¹⁴

De Hoge Raad erkende dat in bepaalde gevallen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Zo werd een arbeidsovereenkomst aangenomen van een thuiswerkende poststypiste omdat zij dezelfde arbeid verrichtte als in het bedrijf van de werkgeefster werkende ondergeschikten. De gezagsverhouding werd hier onder meer gebaseerd op de omstandigheid dat de thuiswerkster verplicht was tot een minimale hoeveelheid werk per dag.¹⁵ In het geval van een werknemster die oorspronkelijk op kantoor, doch later thuis hetzelfde werk verrichtte, kreeg de werkgever de last opgelegd om aan te tonen dat de werknemster hetzij vanaf de aanvang van het thuiswerk hetzij vanaf enig moment daarna, de vrijheid had om geheel naar eigen believen de omvang van het door haar te verrichten werk te bepalen.¹⁶ Op deze wijze heeft de rechtspraak het concept van de arbeidsovereenkomst ook ten aanzien van thuiswerk flexibel opgevat. Het is werkgevers daardoor niet eenvoudig gemaakt om door middel van het invoeren van thuiswerk ook de rechtspositie van de werknemer te verzwakken.

Ook bij arbeidsrelaties die onder allerlei andere benamingen, zoals freelance arbeid, worden ingericht, kan de vraag rijzen of deze niet eigenlijk arbeidsovereenkomsten betreffen. Een belangrijk criterium daarbij zal zijn,

13. Zie ook hoofdstuk 5.

14. H.H. de Vries, *Juridische aspecten van huistelematica*, Deventer, 1993.

15. HR 17 november 1978, NJ 1979, 140.

16. HR 5 november 1982, NJ 1983, 231, vervolg op HR 16 oktober 1981, NJ 1982, 123.

of de werkgever van de ene werkgever sterk afhankelijk is, hetgeen ook kan blijken uit aspecten als de wijze waarop wordt betaald, wie het risico loopt bij ziekte etc. Zo werd ten aanzien van een filiaalhoudster van een wasserette een arbeidsovereenkomst aangenomen op grond van het feit dat zij zich gedurende de openingstijden beschikbaar moest houden en de wasserette niet voor eigen rekening en risico exploiteerde.¹⁷

Bij al deze behandelde flexibele arbeidsrelaties waarbij ter discussie stond of sprake was van een arbeidsovereenkomst (oproepwerk, uitzendwerk, thuiswerk, free-lance arbeid) zien we dat de arbeidsovereenkomst een flexibel concept is gebleken. De rechter heeft het concept aangepast aan de eisen van de tijd. Het idee van een aparte nieuwe overeenkomst, de zgn. werkovereenkomst, waarbij een aantal rechten minder zouden worden toegekend dan bij de gewone arbeidsovereenkomst¹⁸ is derhalve in de praktijk niet nodig geweest. Hoewel dit concept wellicht in de toekomst weer eens ter discussie zal komen, afhankelijk van de ontwikkelingen in het arbeidsbestel en in andere landen, is het een voordeel dat de theoretische complicaties die een dergelijke tweedeling in de arbeidsverhoudingen zou oproepen, ons voorlopig bespaard blijven. Dit neemt niet weg, dat ook het feit dat het concept van de arbeidsovereenkomst uniform wordt toegepast op diverse, soms zeer uiteenlopende arbeidsverhoudingen, niet betekent dat in de praktijk iedereen ook werkelijk dezelfde positie heeft.¹⁹ Het zou echter een overschatting zijn van de mogelijkheden van het rechtssysteem om te menen dat het arbeidsrecht in staat zou zijn machtsverschillen die worden bepaald door economische oorzaken volledig te neutraliseren.

2.2.3 *Wetgeving*

Ondanks veel pleidooien in de arbeidsrechtelijke literatuur bleef de wetgeving op het terrein van de flexibele arbeidsrelaties in de jaren tachtig beperkt. Het enige betrof de invoering van de *informatieplicht voor de werkgever* (art. 7:655 BW). Dit ter uitvoering van een Europese richtlijn, die eveneens beoogde om – op basaal niveau – iets te doen voor de positie van de flexibele arbeidskrachten. De uitvoeringsbepaling in het BW vormde de eerste gelegenheid waarbij in de titel over de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk iets werd geregeld voor flexibele arbeidsrelaties, ook voor het geval er geen

17. HR 2 april 1982, NJ 1982, 321.

18. Zie M.G. Rood, *Flexibele arbeidsrelaties*, preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1987.

19. I.P. Asscher-Vonk, *Eén arbeidsrecht, vele uitkomsten*, oratie Nijmegen, Deventer, 1995.

sprake was van een arbeidsovereenkomst. De wetgever beoogde hiermee te bevorderen dat werkgevers meer duidelijkheid zouden scheppen over de aard van hun arbeidsrelaties.

Voor het overige bleef de wetgever echter achterlopen op de ontwikkelingen. Met een vooruitziende blik had M.G. Levenbach al in het voorontwerp voor de nieuwe titel van de arbeidsovereenkomst in het Nieuw BW in 1972 de definitie van de arbeidsovereenkomst aangevuld met twee bepalingen, die ervan uitgingen dat bij een periode van werken van drie maanden voor dezelfde werkgever het vermoeden werd gevestigd van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, behoudens door de werkgever te leveren tegenbewijs (art. 7.10.1.1, tweede en derde lid). In de praktijk kreeg dit voorstel de titel *'het rechtsvermoeden'*. De invoering van een dergelijke bepaling in het BW werd in de jaren tachtig ook bepleit door een meerderheid van de SER. De toenmalige regering-Lubbers wees de mogelijkheid echter af. Het onderdeel werd dan ook uit het ontwerp voor titel 7.10 Nieuw BW verwijderd. Thans is het echter weer terug te vinden in het advies van de Stichting van de Arbeid over Flexibiliteit en zekerheid. Gezien het voornemen van de regering om dit advies grotendeels te volgen, mag worden verwacht dat dit uiteindelijk hierdoor alsnog zijn weg vindt naar het BW. Dat is thans ook gemakkelijker, omdat zij aansluit bij de hierboven behandelde rechtspraak. De Stichting van de Arbeid merkt hierover dan ook op dat het voorstel van het kabinet (een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, wanneer tegen betaling gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel ten minste twintig uren per maand arbeid is verricht) geen materiële wijziging van de inhoud van het recht aan de orde is, maar veeleer sprake is van het vastleggen in de wet van de lijn die in de jurisprudentie is ontwikkeld. De Stichting aanvaardt de keuze van het kabinet om, waar het gaat om de arbeidsovereenkomst als sleutel tot het arbeidsrecht, het scheppen van duidelijkheid niet volledig over te laten aan de rechtspraak, maar te bevorderen dat de wet zelf duidelijkheid verschaft. Tén aanzien van de omvang van de verrichte arbeid vindt de Stichting het zelfs niet nodig om een nadere studie van het kabinet af te wachten, maar meent zij dat direct in de wet kan worden vastgelegd, dat wanneer een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand wordt vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de drie voorafgaande maanden. Dit rechtsvermoeden kan worden weerlegd door de stelling dat een bepaalde arbeidsduur is overeengekomen, en dat bijvoorbeeld een hoger gemiddelde het gevolg is van incidenteel overwerk. Het rechtsvermoeden beoogt enig houvast te bieden voor situaties waarin over de omvang van de bedongen arbeid geen of geen duidelijke af-

spraak is gemaakt, alsmede voor situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een veel hoger niveau blijkt te bevinden dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. Indien partijen zich beroepen op seizoensinvloeden kan de rechter acht slaan op een langere voorafgaande periode.²⁰

Een tweede voorstel uit de jaren tachtig betrof het vastleggen van een wettelijke *minimum-arbeidsduur per oproep*. Hier ging het om een voorbeeld dat in België en Duitsland reeds is ingevoerd. Niettemin verzette het kabinet-Lubbers zich in de jaren tachtig hiertegen. Het huidige kabinet heeft het echter weer op de agenda gezet. Het heeft voorgesteld om elke werknemer die met een oproep wordt geconfronteerd een recht te geven op een vergoeding voor drie uur werk. In bedrijfstakken waar dit op problemen stuit kan bij CAO daarvan worden afgeweken. Volgens de Stichting van de Arbeid zou dit alleen van toepassing dienen te zijn op 'echte' oproepsituaties, waarbij vooraf geen zekerheid bestaat over de vraag op welke tijdstippen en voor hoe lang zal worden gewerkt. De regeling zou derhalve niet van toepassing zijn op deeltijdwerkers, op werknemers met vaste roosters en op werknemers die een minimum aantal uren van vijftien per week zijn overeengekomen (min-max contracten), ook al zouden deze soms minder dan drie uur aansluitend werken. De minimum-arbeidsduur per oproep wordt derhalve een compensatie voor de onzekerheid over de tijdstippen en de hoeveelheid werk van degenen die op basis van de lossere contracten werken.²¹ De vraag bij dit voorstel is natuurlijk wel of de oproepkracht niet meer gebaat zou zijn bij zekerheid over een oproep dan over de omvang van een oproep. Maar een minimale bescherming tegen te grote rechtsonzekerheid biedt het voorstel wel.

Wat betreft *uitzendwerk* werd hierboven al het Convenant besproken waarin werkgevers en werknemers uit de uitzendbranche in het voorjaar van 1996 afspraken de rechtspositie van de uitzendkracht in de CAO te zullen regelen op basis van de regeling van de arbeidsovereenkomst. Dit akkoord vormde ook de basis voor het advies van de Stichting van de Arbeid over de inpassing van de uitzendkracht in de civielrechtelijke regeling van de arbeidsovereenkomst. De Stichting sprak uit dat arbeid verricht in het kader van uitzending in het algemeen wordt verricht in dienstbetrekking uit arbeidsovereenkomst, met dien verstande dat zodra een opdracht wordt aangeboden en het werkaanbod door de uitzendkracht is aanvaard een

20. Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en Zekerheid*, nr. 2/96, 's-Gravenhage 1996, blz. 27-29.

21. Stichting van de Arbeid (1996: 29-30).

arbeidsovereenkomst ontstaat welke, afhankelijk van de overeengekomen condities, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd is. In beginsel zijn op deze arbeidsovereenkomst alle regels van het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing. Wat betreft de vormgeving stelt de Stichting voor een specifieke bepaling in het BW op te nemen, waarin de uitzendovereenkomst wordt gedefinieerd, en waarbij de mogelijkheid wordt opgenomen van een ontbindende voorwaarde, waarop een beroep kan worden gedaan indien de opdracht door de inlener wordt beëindigd gedurende het eerste half jaar van uitzending. De bepaling over beëindiging van voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou ook pas na een half jaar uitzendarbeid in werking dienen te treden. Bij CAO zou van deze twee laatste bepalingen kunnen worden afgeweken.²² Dit voorstel vormt een welkome aanvulling op de huidige situatie: er wordt wettelijk duidelijkheid geschapen en praktische problemen rond uitzendwerk worden opgelost. De uitzendkracht die langduriger op deze basis arbeid verricht wordt meer dan voorheen door het arbeidsrecht beschermd. Door de wettelijke regeling is men ook niet meer afhankelijk van het al dan niet bestaan van een CAO. Regeling uitsluitend bij CAO zou twijfels oproepen na afloop van de werkingsduur van een CAO en voor niet-georganiseerde werkgevers en werknemers.

Ten slotte is er de kwestie van de *loonbetalingsverplichting* bij niet-werken. Het huidige art. 7:628 BW biedt de mogelijkheid voor de werkgever om in de individuele arbeidsovereenkomst zijn verplichting uit te sluiten om loon te betalen over perioden waarin de werknemer niet heeft gewerkt door een oorzaak die in redelijkheid niet voor zijn rekening behoort te komen. Juist bij flexibele arbeidscontracten kan het hierdoor moeilijk zijn om loon te vorderen in situaties waarin de werknemer daar recht op heeft. Nu is de beperkingsmogelijkheid in het contract uiteraard gebonden aan de grenzen van redelijkheid en billijkheid, zodat de rechter in voorkomende gevallen duidelijke gevallen van oneigenlijk gebruik wel terzijde zal stellen. Maar voor de werknemer kan dit toch een grote onduidelijkheid meebrengen over de vraag of er sprake is van een geldig beding. Het voorontwerp-Levenbach voor titel 7.10 Nieuw BW had voorgesteld deze bepaling van driekwartdwingend recht te maken (art. 7.10.3.8). Dit zou echter meebrengen dat een werkgever die niet onder een CAO valt, in het geheel niet meer van de bepaling zou kunnen afwijken. Wederom heeft het kabinet-Lubbers destijds ge-

22. Stichting van de Arbeid (1996: 21-24). Op de voorstellen van de Stichting ter zake van de overige regulering van uitzendarbeid wordt in deze bijdrage niet ingegaan. Zie hiervoor hoofdstuk 5.

weigerd dit voorstel over te nemen en in titel 7.10 BW is dan ook de oude formule van semi-dwingend recht gehandhaafd. Het kabinet heeft thans echter voorgesteld om deze mogelijkheid te beperken omdat werkgevers in toenemende mate hiervan gebruik maken om alle risico's uit te sluiten en niet alleen de oorspronkelijk bedoelde incidentele risico's, zoals kortdurende onderbrekingen van het werk als gevolg van weersomstandigheden. Het kabinet wil daarom na een bepaalde periode van duur van het dienstverband de mogelijkheid van uitsluiting van de verplichting tot loondoorbetaling bij individuele arbeidsovereenkomst. De Stichting van de Arbeid stelt nu voor deze mogelijkheid te bepalen op zes maanden.²³ Daarmee lijkt een redelijk compromis gevonden tussen de verschillende uitersten.

Het resultaat van de voorstellen van de Stichting van de Arbeid zal zijn dat een aantal gedurende de jaren tachtig ontwikkelde voorstellen voor de regulering van flexibele arbeidsrelaties eind jaren negentig waarschijnlijk zal worden ingevoerd. De weg daarvoor is geplaveid door de rechtspraak. Sociale partners en wetgever hebben zich destijds zelf onmachtig betoond om doorbraken te bewerkstelligen en ingrijpende besluiten te nemen. Of dat verstandig was, kan worden betwijfeld.

2.3 Flexibiliteit binnen de arbeidsovereenkomst

2.3.1 *Wijzigingen binnen de arbeidsovereenkomst*

De huidige tijd vergt snellere aanpassingen in het bedrijfsleven dan vroeger en heel wat werknemers hebben moeten constateren dat er een einde is gekomen aan een rustige en zekere arbeidssituatie. Reorganisaties volgen elkaar steeds sneller op en sommige bedrijven en instellingen lijken wel permanent in verandering. Het is ook in het belang van de werknemer om zich enigszins flexibel op te stellen. Een voorwaarde voor het kunnen handhaven van een goede ontslagbescherming is dat het bedrijfsleven via interne mobiliteit in staat is aan de eisen van de markt te voldoen. Mede in verband hiermee krijgt ook het recht op scholing gedurende het gehele arbeidsleven terecht in toenemende mate aandacht in het arbeidsrecht.²⁴ Wijzigingen binnen de arbeidsovereenkomst kunnen overigens ook in het belang van de werknemer zijn. Dit doet zich in het bijzonder voor bij werkaanpassingen behoeve van zwangere werkneemsters, gehandicapte of oudere werkne-

23. Stichting van de Arbeid (1996: 26-27).

24. Vgl. reeds B.S. Frenkel, *Scholing en vakopleiding als sociaal recht*, Tilburg, 1986.

mers, maar ook bij ouders met gezinsverantwoordelijkheid die minder of op aangepaste tijden willen gaan werken om zorg aan hun kinderen te kunnen besteden.

Verschillende wijzigingen binnen de arbeidsovereenkomst zijn denkbaar. Zo kan er behoefte bestaan aan een taakwijziging van de werknemer (een verandering van de inhoud van het werk) of aan overplaatsing (waaronder ik versta een tewerkstelling in een andere vestiging dan waar voorheen werd gewerkt). Een variant op de taakwijziging is de functieverlaging, die wel wordt toegepast als vorm van sanctie of bij onvoldoende functioneren. Zeer belangrijk is de mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Tén slotte zij nog gewezen op de toegenomen mogelijkheden om de arbeidstijden te flexibiliseren in het kader van de Arbeidstijdenwet.²⁵

2.3.2. *Inpassing in het arbeidsrecht*

Het Nederlandse arbeidsrecht kent geen algemene regeling voor de interne flexibiliteit. De titel over het arbeidscontract in het Burgerlijk Wetboek lijkt te veronderstellen dat de inhoud van zo'n overeenkomst nooit wijziging zal ondergaan. Werkgever en werknemer moeten het onderling eens worden of contractueel iets bedongen hebben. Het zgn. *imprévision*-artikel 6:258 BW dient terughoudend te worden toegepast. In veel gevallen voert de werkgever een wijziging eenzijdig door. Komt de zaak dan voor de rechter, dan zal deze zijn oordeel moeten baseren op het contract en op de eisen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611 BW).

Elders heb ik er al eens op gewezen dat bij discussies over dit onderwerp de uitgangspunten vaak impliciet blijven. De één baseert zich in wezen op de *contractstheorie*, die ervan uitgaat dat het contract alles bepalend is. Voorziet dit in de mogelijkheid van wijziging dan kan de werkgever die ook doorvoeren; is dat niet het geval dan kan de wijziging niet doorgaan. Je moet immers kunnen afgaan op de bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken. Daar tegenover staat de *institutionele theorie*, die meer uitgaat van het functioneren van de werknemer binnen de arbeidsorganisatie als samenwerkingsverband. In deze visie moet de werknemer bereid zijn zich aan te passen aan veranderende omstandigheden, omdat anders de zin aan de samenwerking ontvalt. In deze visie kan het contract niet alles bepalend zijn. In extreme vorm zal de aanhanger van deze theorie

25. Zie nader A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer, 1996.

het contract zien als niets meer dan een entreebiljet tot de onderneming.²⁶ De tegengestelde visies hangen niet automatisch samen met de posities van werknemers resp. werkgevers, maar vaak meer met de vraag of men (bewust of niet) meer civielrechtelijk of meer publiekrechtelijk denkt.

In de praktijk leidt een absolute keuze voor één van beide theorieën tot onbevredigende en willekeurige uitkomsten. De werkgever die bijvoorbeeld contractueel heeft voorzien in een mogelijke toekomstige wijziging van de arbeidsovereenkomst kan noodzakelijke wijzigingen doorvoeren, een andere werkgever niet. Die wijzigingen kunnen in het eerste geval ook meteen rigoureuus zijn en redelijke belangen van de werknemer negeren. De werkgever die geen wijzigingsmogelijkheid heeft bedongen, kampt in sommige gevallen met een rigide opstelling van werknemers die moeilijk te overtuigen zijn van een noodzakelijke verandering. En in het uiterste geval zal deze zich genooddaakt zien om tot ontslag over te gaan, al was het maar om dan vervolgens een nieuw contract aan te bieden met de gewijzigde voorwaarden. De rechtspraak pleegt dergelijke kwesties dan ook niet sterk dogmatisch te beantwoorden, maar vooral te trachten een redelijke beslissing te geven, waarin aan beide belangen wordt recht gedaan. Dat wordt dan doorgaans gebaseerd op de eisen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, zoals geformuleerd in art. 7:611 BW. Deze rechtspraak is moeilijk samen te vatten, omdat zij sterk casuïstisch van aard is. Op deonderwerpen zijn wel regels uit deze rechtspraak af te leiden.²⁷

Ik ben er dan ook voorstander van om te erkennen dat zowel het contractueel overeengekomene als de organisatorische context factoren zijn die bij de beoordeling van een wijziging van de arbeidsovereenkomst een rol moeten spelen. Het moet mogelijk zijn om via het arbeidscontract invloed uit te oefenen op de arbeidsvoorwaarden. Maar het kan niet zo zijn, dat gewijzigde omstandigheden geen enkele invloed kunnen hebben, omdat dit in strijd is met de letter van het contract. Dat geldt temeer, naarmate het contract minder expliciet is, of langer geleden tot stand is gekomen. De methode van rechtsvinding houdt op dit punt dan in, dat eerst wordt bezien wat het contract erover zegt, en dat moet ook serieus worden genomen. Maar vervolgens dient dit te worden bezien in het licht van de omstandigheden en datgene wat partijen in redelijkheid van elkaar mogen verwach-

26. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, blz. 77-78.

27. Een geactualiseerd overzicht is te vinden in mijn commentaar op art. 7:611 BW in de losbladige uitgave *Arbeidsovereenkomst*.

ten. Een benadering die nauw aansluit bij de moderne rechtsvinding in het contractenrecht door de burgerlijke rechter.²⁸

Over de verschillende vormen van wijziging van de inhoud van de arbeidsovereenkomst kunnen de volgende algemene opmerkingen worden gemaakt.

Taakwijziging

Bij een door de werkgever gewenste en door de werknemer niet gewenste taakwijziging zal een eerste vraag zijn wat het contract hierover zegt. Binnen een ruime taakomschrijving zal het de werkgever in beginsel vrij staan de werkopdracht aan de werknemer te wijzigen.²⁹ Bevat het contract een strikte taakomschrijving, dan betekent dat niet dat een taakwijziging buiten de grenzen van het contract absoluut is uitgesloten. In beginsel kan de werknemer echter vasthouden aan zijn functie, zodat de werkgever wel met zwaarwegende argumenten moet komen waarom deze wijziging is geïndiceerd, bijvoorbeeld een reorganisatie die het noodzakelijk maakt om taken en functies te herschikken. Goed werkgeverschap brengt mee dat de werknemer geen andere taken krijgt opgedragen dan die waarvoor hij in dienst is genomen, tenzij hij daartegen in redelijkheid geen bezwaar kan maken.³⁰

Wat betreft de nieuw aan te bieden taak is de werkgever in beginsel verplicht voor ander werk te zorgen op het niveau waarop de werknemer in dienst is genomen, tenzij hij aantoont dat er geen arbeid op dat niveau beschikbaar is.³¹

Bij de afweging of overplaatsing geoorloofd is zullen tal van persoonlijke problemen een rol kunnen spelen, zoals samenwerking met collega's, aansluiting bij opleiding en ervaring, leeftijd en – wanneer overplaatsing naar de nachtdienst of ploegendienst plaatsvindt – ook de gezinssituatie.³² Overigens kan ook de werknemer (bijvoorbeeld na een non-actiefstelling) vragen om een overplaatsing.³³

Voor de specifieke situatie van gehandicapte werknemers heeft de rechtpraak op grond van het goed werkgeverschap vergaande regels gegeven

28. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

29. Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 1991, NJ 1992, 146.

30. Pres. Rb. Zwolle 26 augustus 1988, KC 1988, 372.

31. Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 1991, NJ 1992, 146.

32. Zie nader R.C. Gisolf, *Ander werk*, Arnhem 1985, blz. 44-45.

33. Rb. Utrecht 4 januari 1994, Prg. 1994, nr. 4060, vgl. Prg. 1993, nr. 3801.

voor de verplichting van de werkgever om mee te werken aan aanpassing van het werk.³⁴

Overplaatsing

Het gaat hier veelal om zeer casuïstische beslissingen, waarbij diverse belangen moeten worden afgewogen.³⁵ Vaststaat dat de werkgever ook de persoonlijke belangen van de werknemer in de afweging dient te betrekken.

Functieverlaging

Degradatie kan als diffamerend worden beschouwd, omdat dit meestal een disciplinaire maatregel betreft als reactie op verwijtbaar gedrag van de werknemer of wegens gebrek aan vertrouwen. Gaat het echter uitsluitend om onvoldoende functioneren van de werknemer zonder verwijtbaarheid, dan zal eerder van functieverlaging of overplaatsing worden gesproken.

In het algemeen zal functieverlaging niet snel geoorloofd zijn.³⁶ Er bestaan echter minder wettelijke waarborgen dan bij ontslag.³⁷ Het gaat dan ook om een minder ingrijpende maatregel. Veel van de gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp achten een degradatie niet gerechtvaardigd³⁸, wellicht omdat daartoe nog wel eens op emotionele basis wordt besloten. Ook toonden rechters zich kritisch tegenover het terugbrengen van het aantal uren³⁹, het eenzijdig aan de werknemer ontnemen van het gebruik van de bedrijfsauto voor privé-doeleinden⁴⁰, en het stilzwijgend aannemen van instemming van de werknemers met een functie- en salarisverlaging bij

34. Zie uitvoerig W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer, 1992, blz. 116-147.

35. Ktr. Rotterdam 20 augustus 1980, *Prg.* 1982, nr. 1736; Rb. Roermond 11 februari 1983, *Prg.* 1983, nr. 2009; Pres. Rb. Haarlem 30 december 1986, *KG* 1987, 58; Ktr. 's-Hertogenbosch 3 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3628; Ktr. Utrecht 25 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3640; Ktr. Rotterdam 17 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3723; Ktr. Rotterdam 28 augustus 1992, *KG* 1993, 22; Rb. Haarlem 29 september 1993, *JAR* 1994/43.

36. Ktr. Amsterdam 13 oktober 1992, *JAR* 1992/108 acht aangetoond dat een filiaalhouder niet meer voldoet aan de in de loop der jaren gewijzigde eisen, zodat overplaatsing naar de functie van bouwbegeleider aanvaardbaar is.

37. Vgl. Rb. Alkmaar 27 januari 1983, *NJ* 1984, 194.

38. Ktr. Amsterdam 24 januari 1987, *NJ* 1987, 655; Ktr. Rotterdam 2 februari 1987, *Prg.* 1987, nr. 2707; Pres. Rb. 's-Gravenhage 4 oktober 1990, *KG* 1990, 396; Ktr. Rotterdam 12 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3627, *KG* 1992, 383.

39. Ktr. Amsterdam 29 april 1992, *Prg.* 1992, nr. 3734.

40. Ktr. Zutphen 24 maart 1987, *Prg.* 1987, nr. 2691.

reorganisatie.⁴¹ Ook met de immateriële aspecten wordt rekening gehouden, zeker als de functiewijziging leidt tot arbeidsongeschiktheid.⁴²

Wijziging van arbeidsvoorwaarden

De rechtspraak heeft wel in algemene zin duidelijkheid geschapen over de rol van het arbeidsreglement en van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst.

De regeling van het arbeidsreglement in het bw is in onbruik geraakt, mede omdat de werkgever hiervoor aan een aantal formele vereisten moet voldoen. Onder meer is de instemming van de ondernemingsraad vereist (art. 27, eerste lid wor). Is die niet bereid om met een voorgesteld arbeidsreglement in te stemmen, dan kan de kantonrechter vervangende toestemming geven om dit reglement vast te stellen indien de weigering van de OR onredelijk is, of het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (art. 27, vierde lid wor). Bij werkgevers bestaat daarom de voorkeur om niet de weg te kiezen van een arbeidsreglement. In de praktijk gelden wel veel andere regelingen, al dan niet in overleg met de OR tot stand gekomen.⁴³ Het nadeel daarvan is echter dat de individuele werknemer aan zo'n regeling niet is gebonden. De Hoge Raad heeft het echter al in 1956 mogelijk gemaakt om een arbeidsreglement te incorporeren in de individuele arbeidsovereenkomst. Voor de vraag gesteld of bij wijziging van de arbeidsvoorwaarden op basis van een in de arbeidsovereenkomst aan de werkgever toegekende bevoegdheid tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden de OR een instemmingsrecht had, werd door de Hoge Raad ten nadele van de OR beslist in de IBM- en AKZO-arresten uit 1988.

Hij sprak daarin uit, dat de positie van de OR afhangt van de bedoeling van de werkgever. Beoogt deze de invoering van een regeling op de voet van een reglement, dan behoeft hij de instemming van de OR. Het is echter ook geoorloofd de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden in de arbeidsovereenkomst te bedingen. De enige grens die de Hoge Raad hieraan stelt is die van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁴ Het is

41. Ktr. Amsterdam 31 maart 1992, *KG* 1992, 374.

42. Ktr. Rotterdam 7 januari 1988, *PrG* 1988, nr. 2836.

43. J.G.F.M. Hoffmans, Van personeelsgids tot CAO, *Over de praktijk van arbeidsvoorwaarden in de onderneming*, 's-Gravenhage 1992; Loontechnische Dienst, *Arbeidsreglementen*, 's-Gravenhage 1988; Loontechnische Dienst, *Standaard arbeidsovereenkomsten en (pseudo)arbeidsreglementen in de marktsector*, 's-Gravenhage 1990, blz. 11-20.

44. HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM).

daarom aantrekkelijk voor werkgevers om een dergelijk beding in arbeidscontracten op te nemen. De kantonrechter Amsterdam achtte het zelfs voldoende dat een personeelsgids aan de werknemer bekend was en dat deze zich tot nu toe op basis daarvan vergoedingen had laten betalen. De regelingen moesten *daarom* geacht worden in hun geheel in de arbeidsovereenkomst te zijn geïncorporeerd, *derhalve* inclusief de bevoegdheid van de werkgever daarin eenzijdig wijzigingen aan te brengen.⁴⁵

Met deze rechtspraak is de bescherming die de wetgever bij het arbeidsreglement aan de werknemer bood tegen eenzijdige wijziging (art. 7:613b BW) materieel onderuit gehaald. De werknemer moet eventueel onbillijke wijzigingen aan de rechter voorleggen. De toetsing vindt plaats aan de hand van redelijkheid en billijkheid. Dit brengt mijns inziens wel het uitgangspunt mee dat ook als de werkgever zich eenzijdige wijziging heeft voorbehouden, dit hem niet het recht geeft de arbeidsvoorwaarden eenzijdig fundamenteel te verlagen. Deze vormen immers een essentieel onderdeel van de arbeidsovereenkomst. In de rechtspraak zijn vooral voorbeelden te vinden van marginalere aanpassingen van bijvoorbeeld secundaire arbeidsvoorwaarden, waarbij kritisch wordt gezien of een behoorlijke belangenafweging heeft plaatsgevonden.⁴⁶

De Hoge Raad is inmiddels nog verder gegaan in het beperken van de rol van de ondernemingsraad. Hij heeft uitgesproken dat de werkgever behalve door incorporatie van een regeling in de individuele arbeidsovereenkomst ook wijzigingen kan doorvoeren op grond van zijn instructiebevoegdheid. Een regeling van vergoeding van reiskosten kan bijvoorbeeld een aanbod betreffen dat de werkgever, maar niet de werknemers bindt en daarom weer ongedaan kan worden gemaakt. Ten slotte is het mogelijk dat de werkgever slechts inlichtingen heeft beoogd te geven over wat zijns inziens voortvloeit uit de CAO.⁴⁷ Daar staat tegenover dat de Hoge Raad in het eerder genoemde AKZO-arrest wel heeft uitgesproken dat een wijziging eerder als redelijk zal worden beschouwd als daarover de ondernemingsraad is geraadpleegd. Een rechter zal daar als regel ook naar informeren. Daarmee is het instemmingsrecht van de OR in feite geworden tot een adviesrecht. Een positief advies van de OR behoeft overigens niet te be-

45. Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, *PrG* 1992, nr. 3672, *KG* 1992, 403, *JAR* 1992/26 (Bull).

46. Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, *JAR* 1992/26; Ktr. Zevenbergen 30 januari 1992, *PrG* 1992, nr. 3637; Ktr. Harderwijk 6 mei 1992, *JAR* 1993/159; Ktr. Nijmegen 8 december 1989, *PrG* 1990, nr. 3185; Ktr. Utrecht 5 november 1992, *PrG* 1993, nr. 3790; Ktr. Utrecht 24 maart 1993, *JAR* 1993/105.

47. HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 607, *JAR* 1992/33.

tekenen dat de wijziging tegenover elk personeelslid redelijk en billijk is. Ook de OR kan individuele belangen uit het oog verliezen. Een negatief advies van de OR zal de rechter beoordelen op redelijkheid. De ondernemer heeft het daarmee echter wel moeilijker. Waar geen OR is, kan de ondernemer uiteraard met de personeelsvertegenwoordiging of de vakbond overleggen. Opvallend is de formele wijze waarop de Hoge Raad in deze arresten redeneert. Strikt volgens de contractstheorie wordt volgens de klassieke beginselen van het civiel recht een eenzijdig wijzigingsbeding geaccepteerd. De arbeidsrechtelijke correctiefactor is wel aanwezig, maar in de vorm van redelijkheid en billijkheid toch wel pas in tweede instantie. De OR is wel een plaats toegekend, maar veel bescheidener dan door de wetgever was voorzien. Werkgevers die geen wijzigingsbeding hebben gesloten, schieten met de rechtspraak verder niet veel op. Het arrest van 1992 lijkt echter welhaast aan te sporen tot het vinden van uitvluchten om eenzijdig te kunnen beslissen.

2.3.3 *Wetgeving*

Geopperd is wel dat voor de problematiek van wijzigingen binnen de arbeidsovereenkomst gebruik zou kunnen worden gemaakt van het *imprévision*-artikel 6:258 BW. Omstreden is of dit toepasbaar is in het arbeidsrecht, gelet op de bijzondere regeling van art. 7:685 BW.⁴⁸ Bovendien is zeker dat de rechter dit artikel terughoudend zal toepassen.⁴⁹

De tweede mogelijkheid is die van partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De rechtspraak en de rechtsleer zijn over dit leerstuk sterk verdeeld.

Zo achten sommigen de arbeidsovereenkomst ondeelbaar, terwijl anderen wijzen op de praktische behoefte aan de mogelijkheid.⁵⁰ Wat dit laatste

48. Daartegen: T. van Peijpe, 'De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht', in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer, 1991, blz. 11-40, 36; SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991, blz. 17.

49. P.F. van der Heijden, 'Onvoorzien omstandigheden en de arbeidsovereenkomst', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 18, Alphen aan de Rijn, blz. 115 e.v. en in P.F. van der Heijden, 'De clausula rebus sic stantibus in het (nieuwe) burgerlijk recht en artikel 1639w BW', in: *Schetsen voor Bakels*, Deventer, 1987, blz. 83 e.v.

50. C.J. Loonstra, 'Partiële opzegging en partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst', in: *NJB* 1995, blz. 204-210; R.L.J. van der Meer, 'Partiële ontbinding arbeidsovereenkomst; een overzicht van jurisprudentie', *ArbeidsRecht* 1995, nr. 8. Zie over dit onderwerp uitgebreid hoofdstuk 5.

betreft zij er op gewezen dat men anders al gauw de constructie krijgt van een volledige ontbinding (of opzegging) met een aanbod om de werknemer weer terug te nemen.⁵¹ Dit is het Duitse 'veranderingsontslag', geen fraaie constructie, die ook weer complicaties kan oproepen.⁵² Per saldo zou toepassing van art. 6:258 BW de voorkeur verdienen, maar de vraag is of de rechter dit zal honoreren. Het beste zou zijn een specifieke wettelijke regeling van wijziging van de arbeidsovereenkomst.

Op een deelonderwerp, de (vooral collectieve) wijziging van arbeidsvoorwaarden heeft thans de regering een voorstel voor wetgeving gedaan. Zij heeft voorgesteld om de regeling van het arbeidsreglement uit het BW te schrappen en deze te vervangen door een nieuw art. 613 BW. De tekst van dit artikel luidt als volgt:

‘1. 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.

2. De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.⁵³

Met dit voorstel wordt de rechtspraak van de Hoge Raad min of meer gecodificeerd. Die rechtspraak is echter tot stand gekomen op basis van incidenteel voorgelegde zaken. De voorgestelde wettelijke regeling heeft daardoor een opvallend beperkte reikwijdte. De regeling is – evenals de rechtspraak van de Hoge Raad – nogal eenzijdig gebaseerd op de contractstheorie. De werkgever moet de mogelijkheid tot wijziging van de arbeidsovereenkomst hebben bedongen. Vat men dit strikt op, dan zou een werkgever die nalaat een dergelijk beding op te nemen in de arbeidsovereenkomst het nakijken hebben en niet zonder rechterlijke tussenkomst wijzigingen kunnen doorvoeren. Een werkgever die wel een beding heeft opgenomen, kan zich daar in een zeer ruime vrijheid toekennen om de overeenkomst te wijzigen, met alle bezwaren voor de rechtsbescherming van dien.

51. Ktr. Rotterdam 6 juli 1989, *Prq.* 1989, nr. 3171.

52. Zie hierover ook par. 4.4.

53. TK 1995-1996, 24 615, nrs. 1 en 2, blz. 8.

Een tweede opvallend aspect is de toespitsing van deze regeling op wijziging van arbeidsvoorwaarden. In de eerste plaats valt op dat de rechtspraak van de Hoge Raad betrekking had op secundaire arbeidsvoorwaarden zoals autokostenvergoedingen. De term 'arbeidsvoorwaarde' in het wetsvoorstel kan evenwel betrekking hebben op alle arbeidsvoorwaarden, inclusief het loon. Het loon vormt tegelijk een essentieel element van de arbeidsovereenkomst. Zou het nu denkbaar zijn dat de wetgever de mogelijkheid opent dat de werkgever eenzijdig een essentieel element van de arbeidsovereenkomst wijzigt? Natuurlijk zal een eenzijdige loonsverlaging toets aan de redelijkheid en billijkheid niet snel doorstaan. Maar gaat het niet wat verder om als uitgangspunt te nemen dat de werkgever een dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheid mag bedingen? De volgende vraag is natuurlijk hoe ver het begrip 'arbeidsvoorwaarde' reikt. Houdt dit ook in de plaats waarop de arbeid wordt verricht of de functie waarin dit gebeurt? Moet men alleen aan collectieve wijzigingen denken of kan de werkgever ook individueel aanpassingen in de arbeidsvoorwaarden aanbrengen indien dat hem gewenst voorkomt?

Het komt mij voor dat het voorgestelde art. 7:613 onvoldoende in zijn consequenties is bezien. Dit wezenlijke aspect van de flexibilisering van het arbeidscontract dient fundamenteeler doordacht te worden. Daarbij dient mijns inziens te worden afgestapt van de contractstheorie, en dient in het algemeen zin te worden aangegeven op welke wijze de werkgever wijzigingen in de arbeidsovereenkomst mag aanbrengen. Wat mij betreft zou deze regeling bijvoorbeeld kunnen inhouden, dat de werkgever bevoegd is om op basis van een CAO of ondernemingsovereenkomst met de OR of personeelsvertegenwoordiging een collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden door te voeren, indien de wijziging wordt geveerd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (vgl. art. 27 WOR). De rechter mag echter doorvoering verbieden ten aanzien van individuele werknemers indien het belang van de desbetreffende werknemers mer daardoor dusdanig zou worden geschaad, dat het belang van de werkgever daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Ten aanzien van individuele wijziging van de arbeidsovereenkomst zal dan een aparte regeling moeten worden ontworpen. Mijns inziens zou daarbij de tussenkomst van de rechter zijn te wensen, vergelijkbaar met de regeling van art. 6:258 BW en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Deze gedachte behoeft verdere uitwerking, bijvoorbeeld over de vraag hoe ver gaand de wijziging moet zijn om zo'n tussenkomst noodzakelijk te maken.

2.4

Conclusie

Ten aanzien van de zogeheten flexibele arbeidsrelaties heeft de praktijk zich in de afgelopen tien jaar buiten de wet om een weg gevonden, die thans door de wetgever zal worden gecodificeerd. Zowel wat betreft afroepcontracten als ten aanzien van uitzendkrachten kan binnenkort te verwachten wetgeving enige bescherming bieden. Dat per saldo meer mensen werken op basis van een onzekerder rechtspositie dan vroeger gebruikelijk was, blijft een feit waar het arbeidsrecht geen einde aan kan maken.

Ten aanzien van de interne flexibiliteit is de situatie minder uitgekristalliseerd. De wetgever wil nu een regeling treffen, die echter nog weinig is doordacht in haar consequenties. Een nieuwe uitdaging voor de beoefenaren van het arbeidsrecht?