



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer

Heerma van Voss, G.J.J.; Franssen, E.J.A.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J., & Franssen, E. J. A. (2007). Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer. *Sociaal Recht*, 11, 359-364. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13660>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13660>

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

Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer

75

1 Inleiding

Sinds de vaststelling van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907² is het arbeidsrecht aanzienlijk ontwikkeld, gecompliceerd en genuanceerd. Er is sprake van een 'proliferatie' van rechtsbronnen in het arbeidsrecht. Op welke wijze hebben deze zich de afgelopen honderd jaar ontwikkeld en hoe werken deze in op de verplichtingen van werkgever en werknemer³? Is de huidige regeling van de arbeidsovereenkomst in dit opzicht nog bij de tijd?

2 De relatie tussen wet en arbeidsovereenkomst

In 1907 waren de voornaamste bronnen van verplichtingen voor werkgever en werknemer nog het arbeidscontract en het arbeidsreglement.

Wettelijk bestond er vooral enige publiekrechtelijke arbeidswetgeving die eind negentiende eeuw op gang was gekomen op het gebied van de veiligheid, de arbeidstijden van vrouwen en kinderen en het verbod van kinderarbeid. De sociale verzekering kwam op gang met de Ongevallenwet van 1901. Maar de bepalingen op het gebied van de overeenkomsten in verband met arbeid waren nog net zoals bij de invoering van het BW van 1838 uiterst summier, ondanks de aanzienlijk gewijzigde maatschappelijke verhoudingen als gevolg van de industrialisering.⁴

Voor de rechtstreekse verplichtingen van werkgevers en werknemers tegenover elkaar betekende de Wet op de Arbeidsovereenkomst een belangrijke versterking van de rechtspositie van de werknemer. In de eerste plaats werden veel zaken die voordien ongeregeld waren en die niet specifiek waren geregeld in een arbeidsovereenkomst of reglement voortaan beheerst door de bepalingen in de wet. De nieuwe bepalingen hadden om te beginnen aanvullende werking. In de tweede plaats kwam de werknemer aanzienlijk sterker te staan tegenover aanspraken van de werkgever over de inhoud van de arbeidsovereenkomst die niet of moeilijk te bewijzen waren. De werkgever werd niet langer meer op zijn woord geloofd.

Maar nog belangrijker en fundamenteeler was een vernieuwing die ook een revolutie vormde voor de theorie van het privaatrecht: de wet bevatte zeer veel dwingend recht. In die gevallen kreeg de wet voorrang boven anders luidende bepalingen van de overeenkomst. Daarnaast kende de wet de nieuwe figuur van het semi-dwingende recht: wettelijke bepalingen waarvan slechts bij schriftelijke overeenkomst kon worden afgeweken.⁵ De invoering in het BW van de bescherming van de zwakkere partij, in de vorm van ongelijkheidscompensatie, was een nieuwe filosofie in het Burgerlijk Wetboek.⁶

De figuur van het semi-dwingende recht heeft op het eerste gezicht geen belangrijke beschermende werking. Toch bracht deze mee dat in veel gevallen de werkgever moest aantonen dat een bepaling was overeengekomen. De werknemer kreeg in ieder geval de gelegenheid om een bewuste keuze te maken voor het aanvaarden van het opzij zetten van de wettelijke bepaling.

Gezien het feit dat de individuele werknemer gewoonlijk aanzienlijk minder macht kan ontplooiën dan de werkgever, is het niet bij deze elementaire vormen van ongelijkheidscompensatie gebleven. Werknemers gingen zich organiseren in vakbonden en kregen later ondernemingsraden. Cao's kwamen op als nieuwe rechtsbron, regelingen binnen ondernemingen werden aan meer waarborgen gebonden, er kwamen internationale regels en vele instanties gingen zich bemoeien met onderdelen van de arbeidsmarkt, waarvoor ook deze instanties eigen normen in het leven gingen roepen.

3 Cao

Sinds het eind van de negentiende eeuw voorzichtig opgekoemen, maakte het aantal collectieve arbeidsovereenkomsten in de eerste decennia van de twintigste eeuw een sterke groei door zowel in aantal als in spreiding over de bedrijfstakken. In de crisistijd voor de oorlog werd de figuur van de algemeen verbindendverklaring ingevoerd.

Na de Tweede Wereldoorlog is het arbeidsrecht aanvankelijk sterk publiekrechtelijk ontwikkeld in het kader van de wederopbouw. Mede via de centraal gevoerde loonpolitiek kregen cao's een belangrijke status. Sinds cao's zo'n 80% van de beroepsbevolking zijn gaan dekken, kan men het arbeidsrecht niet meer los zien van de rechtsbron van de cao.

Lonen, arbeidstijden, secundaire arbeidsvoorwaarden, aanvullende sociale zekerheid, regelingen voor collectief ontslag en tal van andere zaken zijn geregeld in de cao. Dat maakt de cao tot één van de belangrijkste rechtsbronnen in het arbeidsrecht.

In 1907 werd na lange juridische strijd over het al dan niet wettelijk regelen van de cao, in de wet nog slechts met één artikel verwezen naar deze rechtsfiguur. Het duurde nog tot 1927 totdat met de Wet CAO een complete regeling van de rechtsgevolgen van de cao tot stand kwam.

Voor de toepasselijkheid van een cao is het bestaan van een arbeidsovereenkomst in theorie geen voorwaarde. Cao's kunnen ook betrekking hebben op overeenkomsten van opdracht en aanneming van werk (art. 1 lid 2 Wet CAO). Toch is in verreweg de meeste gevallen de cao slechts van toepassing op de arbeidsovereenkomsten tussen werkgever en werknemer die onder de werkingssfeer van de cao vallen. Het systeem van doorwerking van de cao in de arbeidsover-

eenkomsten zoals voorzien in de Wet CAO heeft tot eind twintigste eeuw in het algemeen vrij bevredigend gefunctioneerd. Toch is de laatste jaren de kritiek op de systematiek van deze wet toegenomen.⁷ In beginsel bindt de wet slechts aan de cao de werknemers die lid zijn van een vakorganisatie die partij is bij de cao. In hun arbeidsovereenkomsten met eveneens gebonden werkgevers werken de cao-bepalingen rechtstreeks en dwingend door (art. 12 en 13 Wet CAO). Het probleem is echter dat slechts gemiddeld zo'n 25% van de werknemers lid is van een vakbond. Voor de overige werknemers geldt dat de doorwerking van de cao op andere wijze moet worden geconstrueerd. De strekking van art. 14 Wet CAO, dat bepaalt dat de gebonden werkgever de cao ook moet toepassen op ongebonden werknemers, die zich echter weer niet op de cao in rechte kunnen beroepen, valt aan juridische studenten al moeilijk uit te leggen, maar is in elk geval voor de meeste werkgevers en werknemers ook niet te begrijpen.⁸ Voor werkgevers is deze regel ook weinig praktisch. Enerzijds hebben zij er meestal geen probleem mee om alle werknemers, lid of geen lid van een vakbond, gelijk te behandelen. Maar de regeling brengt mee dat de ongebonden werknemer ook niet wordt gebonden aan de verplichtingen uit de cao. Om die reden nemen veel werkgevers in hun standaardarbeidsovereenkomst een zogenaamd incorporatiebeding op. In dit beding wordt de cao van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomst. Langs deze weg speelt de individuele arbeidsovereenkomst ook een belangrijke rechtstreekse rol bij de doorwerking van cao's. Deze mogelijkheid is echter niet zonder problemen. Zo speelt de vraag naar de nawerking van de cao na afloop van de geldingsduur en voordat een nieuwe cao tot stand is gekomen. Daarnaast is het de vraag of een opvolgende cao ook doorwerkt in de arbeidsovereenkomst via het incorporatiebeding en of dit nog afhankelijk is van de gekozen bewoording van het beding. Vervolgens is het de vraag of deze doorwerking nog afhangt van de partijen bij de opvolgende cao: moeten dit dezelfde vakbonden zijn? Moet daarbij aan vakbonden geen eis van representativiteit worden gesteld? En is ook nog van belang of de inhoud van de opvolgende cao ingrijpend is gewijzigd?

Daarnaast bestaat bij bedrijfstak-cao's de mogelijkheid dat de cao algemeen verbindend is verklaard, waardoor deze voor de gehele bedrijfstak gelding krijgt. In dit geval lijkt er op het eerste gezicht over de doorwerking geen probleem te bestaan. Maar dat kan wel het geval zijn voor de periode tussen twee algemeen verbindend verklaringen in, vooral omdat nawerking van de verlopen algemeen verbindend verklaring in beginsel ontbreekt, ook al zijn daar weer uitzonderingen op.⁹

De genoemde problemen krijgen nog een zwaardere dimensie indien men hierbij het feit betreft dat ondernemingen tegenwoordig – veel meer dan in 1907 – met enige regelmaat worden overgenomen door andere, doordat ondernemingsstructuren worden aangepast, personeelsbestanden worden samengevoegd en uitgesplitst. Dit brengt mee dat zich in al die gevallen fricties kunnen voordoen over de toepasselijkheid van cao's, waar de wet geen heldere oplossing voor biedt. De rechtspraak is daarbij wel te hulp geroepen, maar de jurisprudentie is niet in staat gebleken deze kwesties bevredigend op te lossen.¹⁰

Al met al is de doorwerking van de cao in de arbeidsovereenkomst een ingewikkeld leerstuk, dat nog steeds door de

wetgever aanzienlijk vereenvoudigd zou kunnen worden, met name indien gekozen zou worden voor een zogenaamd institutioneel stelsel, waarin bij gebonden werkgevers de cao automatisch voor alle werknemers volledig bindend is en indien aan de algemeen verbindend verklaarde cao een zekere periode van nawerking zou worden verleend.¹¹

De opkomst van de cao heeft ook gevolgen gehad voor het systeem van dwingend recht in de titel over de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek.

In 1954 is in het ontslagrecht de mogelijkheid geopend om van enkele wettelijke bepalingen bij cao af te wijken, het zogenaamde driekwart dwingend recht. Met name in 1999 bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid is dit zogenaamd driekwart dwingend recht nog verder uitgebreid.¹²

Deze nieuwe rechtsfiguur heeft meer flexibiliteit per bedrijfstak en onderneming gemaakt, met behoud van de bescherming van werknemers door de betrokkenheid van vakbonden bij de totstandkoming van de afwijking.

Ook hierbij doen zich echter nog wel problemen voor. Met name de vraag of afwijkingen van het driekwart dwingend recht ook doorwerken bij een cao die is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst is nog niet bevredigend opgelost.¹³

4 Ondernemingsovereenkomst

Het arbeidscontract was in 1907 in veel gevallen nog niet erg omvangrijk en werkgevers in de wat grotere ondernemingen bepaalden de rechten en plichten van de werknemers in feite door het eenzijdig uitvaardigen van arbeidsreglementen.

De wet uit 1907 voerde daarbij enige bescherming voor de werknemer in. In de eerste plaats moest de regeling voldoende bekend gemaakt zijn. Daarnaast mocht de werknemer niet worden gedwongen om bij voorbaat in te stemmen met toekomstige wijzigingen van het reglement. De werkgever kon wijzigingen wel eenzijdig doorvoeren, maar de werknemer kon door ontslag te nemen aan de gevolgen van die wijziging ontkomen. Sedert 1979 moest de ondernemingsraad ook instemmen met het reglement en met wijzigingen daarvan.

Erg bevredigend werkte die regeling niet. Werkgevers vonden de formele eisen te zwaar. Werknemers werden niet echt door de regeling beschermd. De arbeidsreglementen in de traditionele zin raakten in onbruik en werden vervangen door personeelshandboeken.

Grotere werkgevers gingen bij de vaststelling van interne regelingen wel vaker de ondernemingsraad betrekken. Via incorporatie in de arbeidsovereenkomst van deze regelingen werd indien gewenst de gebondenheid van werknemers aan deze regelingen bewerkstelligd. Vergeefs claimden ondernemingsraden instemmingsrecht met deze regelingen. De Hoge Raad accepteerde de 'sluipweg' door incorporatie in de arbeidsovereenkomst.¹⁴ Wettelijk ingrijpen leek onvermijdelijk.

In 1998 werd bij gelegenheid van een herziening van de WOR het arbeidsreglement uit de wet gehaald. De werknemer kreeg geen bescherming meer bij de vaststelling van collectieve regelingen binnen de onderneming. De mogelijkheid van bedingen waarmee de werknemer bij voorbaat instemde met de wijziging van zijn arbeidsovereenkomst werd uitdrukkelijk erkend in art. 7:613 BW. Wel werd de wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van zulke bedingen aan vrij strenge beperkingen onderworpen. Een uitdrukkelijke rol voor de ondernemingsraad werd daarbij niet in de wet

vastgelegd. Wel kan uit de wetsgeschiedenis en daaraan voorafgaande rechtspraak worden opgemaakt dat de werkgever er belang bij heeft om de ondernemingsraad mee te krijgen bij een beoogde wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling in de onderneming. Hij kan daarmee het noodzakelijke zwaarwegende belang aannemelijk maken.

Wanneer de ondernemer een dergelijke regeling samen met de ondernemingsraad overeenkomt, spreken we van een ondernemingsovereenkomst.¹⁵ Deze ondernemingsovereenkomst speelt in toenemende mate een rol als arbeidsrechtelijke rechtsbron in de onderneming. Deze rechtsbron is echter slechts aangestipt in art. 32 WOR en niet wettelijk uitgewerkt. Concrete problemen zoals omtrent de wijze van opzegging moeten door rechters worden opgelost.¹⁶ De wetgever laat deze figuur betrekkelijk ongeregeld, zodat de rechtsontwikkeling zijn gang kan gaan. Dit versterkt niet de rechtspositie van werknemers. Maar ook de werkgever die zijn arbeidsvoorwaarden netjes wil regelen waar een cao ontbreekt, krijgt weinig steun daarbij. Net zoals bij de problemen rond de doorwerking van cao's moet doorwerking door incorporatie in de arbeidsovereenkomst uitkomst bieden, maar deze mogelijkheid kent zijn beperkingen.

5 Rechtspraak

De rechtspraak is ten opzichte van honderd jaar geleden een meer vooraanstaande rol gaan spelen in de uitleg van de arbeidsovereenkomst dan voorheen. Dat komt met name doordat in de loop der jaren zeventig de sociale rechtshulp is opgekomen en de toegang tot het recht voor de gewone burger is vereenvoudigd door de gefinancierde rechtshulp.

Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat het arbeidsrechtelijk specialisme in de advocatuur belangrijk is ontwikkeld. Specialisatiecursussen (Grotius, PALA), beroepsverenigingen (VAAN), eigen jurisprudentietijdschriften (*JAR*, *RAR*, naast nog diverse voor deelgebieden) en vaktijdschriften (*SR*, *AR*, *ArA*, *Arbeid Integraal*, naast nog gespecialiseerdere tijdschriften) schoten als paddenstoelen uit de grond.

Het arbeidsrecht heeft zich daardoor sinds circa 1990 steeds meer ontwikkeld tot een gebied van rechtersrecht, waarbij de kennis van de laatste stand van de jurisprudentie en veel zwaardere rol speelt in de praktijkbeoefening dan voordien. De rechtspraak speelt daarbij onder meer een belangrijke rol bij de invulling van vage normen, waarbij ook andere bronnen kunnen doorwerken, zoals zachte bronnen en internationale bronnen (zie par. 6 en 7).

Daarnaast valt op dat de rechter ook veelvuldig wordt ingeschakeld bij problemen rond de onderlinge verhouding tussen de rechtsbronnen in het arbeidsrecht, zoals omtrent de doorwerking van cao's, de toelaatbaarheid van afwijkingen van de wet en de status van afspraken met ondernemingsraden.

Door de boven vermelde onduidelijkheden in de wet wordt de rechter hiertoe gedwongen. Hij is echter voorzichtig met het doen van rechtspolitieke uitspraken. De rechter mijdt uitspraken die de wetgever voor het blok zetten. En als gevolg daarvan kunnen knelpunten in de regelingen van de rechtsbronnen niet door de rechter definitief worden opgelost. We zagen dat hierboven bij het cao-recht, het geldt ook voor de doorwerking van het internationale recht.

6 'Zachte' bronnen

De samenleving is de afgelopen eeuw complexer geworden

en vele organisaties zijn opgericht om deze complexiteit te beheersen. Dat leidt tot normeringen van allerlei aard.

Daarnaast is het besef gegroeid dat wetgeving een log middel kan zijn en dat het aanbeveling kan verdienen om zelfregulering te bevorderen.

Aldus ontstaan velerlei normeringen, die het gezag van een wet of cao missen, maar die wel hun gezag kunnen ontlenuen aan hun inhoud of wijze van totstandkoming: codes, richtlijnen van het College bescherming persoonsgegevens, gedragsregels van de SER of van een beroepsorganisatie, oordelen van de Commissie gelijke behandeling (CGB), aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid (STAR), enzovoorts.

We spreken van 'soft law' ofwel zachte rechtsbronnen.

Het arbeidsrecht heeft met de norm van 'goed werkgeverschap' in art. 7:611 BW een goede mogelijkheid om allerlei bronnen van recht die een dergelijke vagere status hebben betekenis toe te kennen in de rechtsvinding.¹⁷

Vaak komt het erop neer dat de rechter de desbetreffende bron 'reflexwerking' verleent. Dit betekent dat de bron niet zonder meer doorwerkt in de arbeidsverhouding, maar dat er wel gezag aan wordt toegekend. Dat geldt natuurlijk te meer indien de partijen zelf erkennen dat de desbetreffende bron dat gezag toekomt.

Bij elke zachte rechtsbron dient in principe opnieuw te worden bepaald welk gezag deze in het concrete geval toekomt. Formuleringen kunnen vaag zijn en interpretatie behoeven. De Wit heeft in haar dissertatie criteria hiervoor ontwikkeld. Zij spreekt daarbij van het goed werkgeverschap als 'intermediair' van normen in het arbeidsrecht. Zij bepleit daarbij een 'complexgewijze benadering', waarbij de rechter de verschillende relevante normen in onderling verband beschouwt. Voorts wijst zij erop dat hoe vager de norm is, hoe belangrijker de beoordeling wordt van de feiten en van een goede motivering van de uitspraak door de rechter.¹⁸

7 Internationale bronnen

Vooral sinds de jaren zeventig is veel van ons nationale arbeidsrecht ingevoerd, dan wel aangepast door de invloed van internationale rechtsbronnen. Sommige bepalingen zijn rechtstreeks ingevoerd op basis van Europees recht of andere internationale verdragen. Daarnaast is de uitleg van bestaande bepalingen beïnvloed door de rechtspraak van met name het Hof van Justitie EG. Ten slotte werken internationale rechtsnormen bepalingen in het Nederlandse arbeidsrecht door via de reeds genoemde 'vage normen', zoals goed werkgever- en werknemerschap en onrechtmatige daad. Die vage normen worden dan gebruikt omdat de betreffende rechtsnorm niet met zoveel woorden in het nationale recht staan beschreven en ook niet rechtstreeks kunnen doorwerken uit het internationale recht.

7.1 Nieuwe bepalingen op grond van internationaal en Europees recht

De verdragen en aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie kunnen een rol spelen bij de formulering van bepaalde wetsartikelen. Zo is bijvoorbeeld art. 7:617 BW, dat betrekking heeft op de geoorloofde en ongeoorloofde loonvormen, aangepast onder invloed van IAO-Verdrag no. 95.¹⁹ Aanvankelijk was de regering namelijk van mening dat deze bepaling geschrapt kon worden, maar na

de toetreding van Nederland tot IAO-Verdrag no. 95 is besloten om het artikel te handhaven in aangepaste vorm.²⁰ De invloed van het Europese recht voor de regelgeving op arbeidsrechtelijk gebied is echter vele malen groter.

Ter uitvoering van Europese richtlijnen worden regelmatig nieuwe bepalingen in de wet ingevoerd en bestaande bepalingen aangepast. Voorbeelden zijn art. 7:649 BW en art. 7:657 BW, waarmee uitvoering werd gegeven aan de Europese richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd²¹, art. 7:655 BW betreffende de informatieplicht van de werkgever, waarbij uitvoering werd gegeven aan de Richtlijn 91/553/EEG²², en art. 7:662 e.v. BW betreffende de overgang van onderneming. Deze bepalingen werden ingevoerd ter uitvoering van de Richtlijn 77/187/EEG.²³

Ook internationale rechterlijke uitspraken kunnen leiden tot aanpassing van de wetgeving. Zo is de toevoeging in art. 7:670 lid 1 BW over de berekening van de ziekteperiodes tijdens zwangerschap en tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof het gevolg van het *Brown*-arrest van het Hof van Justitie EG.²⁴ In dat arrest werd uitgesproken dat periodes van ziekte tijdens zwangerschap en daardoor veroorzaakt niet in aanmerking mogen worden genomen voor de berekening van de periode die naar nationaal recht ontslag wegens ziekte rechtvaardigt.

Naast de introductie van wetsbepalingen in de titel over de arbeidsovereenkomst, zijn ook buiten deze wet om aparte wetten ingevoerd ter implementatie van Europese richtlijnen. Zo is de Wet op de Europese ondernemingsraden van 1997 ingevoerd ter uitvoering van Richtlijn 94/45/EG.²⁵ De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van 1980 is ingevoerd naar aanleiding van Richtlijn 76/206/EEG.²⁶ De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische Ziekte zijn beide gebaseerd op Richtlijn 2000/78/EG.²⁷ De Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid van 1999 ten slotte, is ingevoerd ter uitvoering van de Deta-cheringsrichtlijn van 16 december 1996.²⁸

Ook zijn reeds bestaande bepalingen weer aangepast ter uitvoering van nadere Europese regelgeving. Voorbeelden daarvan zijn art. 7:646 BW en art. 7:647 BW betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze artikelen zijn gebaseerd op de Richtlijn 76/207/EEG. Nadat deze richtlijn is geactualiseerd²⁹ waarbij tevens de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie is gecodificeerd, zijn ook art. 7:646 BW en art. 7:647 BW aangepast. Ook de Wet melding collectief ontslag is in 1994 aangepast in verband met Richtlijn 92/56/EEG.³⁰

7.2 Internationale jurisprudentie

De jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (HvJ EG) kan van invloed zijn op de uitleg van nationale bepalingen. Zo heeft de Nederlandse regering lange tijd gedacht dat het wettelijk minimum aan vakantiedagen dat in een bepaald jaar is opgebouwd in het daaropvolgend jaar mag worden afgekocht. Het HvJ EG besliste echter dat afkoop van het wettelijk minimum uitsluitend is toegestaan na beëindiging van het dienstverband.³¹

Ook voor de bepalingen betreffende de rechten van werknemers bij de overgang van onderneming geldt dat de jurisprudentie van het HvJ EG van groot belang is. Zo heeft het HvJ EG een belangrijke bijdrage geleverd aan de invulling van de begrippen 'economische eenheid'³² en 'identiteit van de on-

derneming'.³³ De jurisprudentie van het HvJ EG is ook uitermate belangrijk geweest voor de Nederlandse normen van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeid. Deze normen zijn rechtstreeks terug te voeren op art. 141 EG-Verdrag en op de op dat artikel gebaseerde richtlijnen. De jurisprudentie van het HvJ EG heeft bijvoorbeeld een grote rol gespeeld als het gaat om de vraag wanneer discriminatie objectief gerechtvaardigd is.³⁴

Als het gaat om de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' in onze Arbeidstijdenwet is het *Jaeger*-arrest³⁵ en *SIMAP*-arrest³⁶ van groot belang geweest met betrekking tot de vraag wat onder deze begrippen moet worden verstaan. Op grond van deze arresten heeft Nederland zelfs zijn Arbeidstijdenwet aangepast.³⁷

7.3 Doorwerking van internationaal recht via vage normen

Internationale normen kunnen rechtstreekse werking hebben op grond van hun supranationale karakter (EG-recht), of op grond van het feit dat zij een ieder kunnen verbinden (art. 93 en 94 Grondwet).

Internationale normen die niet rechtstreeks werken, kunnen toch indirect doorwerken via de zogeheten 'vage normen', zoals het goed werkgever- en werknemerschap (art. 7:611 BW). Vaak gaat het hierbij om grondrechten die zijn vastgelegd in internationale mensenrechtenverdragen.

Via deze laatste norm zijn internationale normen zoals gelijk loon voor gelijke arbeid en het recht op privacy ingevoerd. In de zaak waarbij het ging om gelijk loon voor gelijke arbeid ging het niet om een onderscheid dat door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling werd verboden, zoals onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Daarom kon slechts worden geoordeeld aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap.³⁸ Als een beroep wordt gedaan op het recht op privacy gaat het bijvoorbeeld om werknemers wier telefoon door hun werkgever wordt afgeluisterd of die gevolgd worden door een door de werkgever ingeschakeld detectivebureau.³⁹

Een andere 'vage norm' is die van de onrechtmatige daad zoals neergelegd in art. 6:162 BW. Deze heeft als hulpmiddel gefungeerd om de collectieve arbeidsrechten zoals het recht van vakvereniging, het recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht in het nationale recht te introduceren. Via de onrechtmatige daad is het internationaal neergelegde stakingsrecht in het Nederlandse arbeidsrecht geïntroduceerd in het befaamde *NS*-arrest⁴⁰ aangezien werkgevers op die grond een actie tegen de vakbonden instellen teneinde hen te dwingen om met een staking te stoppen. Ook het recht op (toelating tot) collectieve onderhandelingen wordt wel eens via een onrechtmatige daadsactie afgedwongen, hoewel tot nu toe met weinig succes.⁴¹

8 De onderlinge verhouding tussen de verschillende rechtsbronnen

Als we al deze rechtsbronnen nu bekijken, wat is dan hun onderlinge verhouding? Is de ene rechtsbron belangrijker dan de andere?

We zien dat de wet, die aanvankelijk de belangrijkste bron van het arbeidsrecht van buiten de onderneming was, in de afgelopen honderd jaar, langzaam maar zeker gezelschap

heeft gekregen van andere bronnen van andere oorsprong. Duidelijk is dat men een werkgever of werknemer niet louter en alleen meer kan adviseren op basis van de arbeidsovereenkomst en de wet. Van de sinds 1907 in belang toegenomen rechtsbronnen is de invloed van de cao het grootste te noemen. Sinds de laatste decennia van de twintigste eeuw zijn internationale rechtsbronnen in belang toegenomen. Zachte rechtsbronnen zoals adviezen en aanbevelingen van SER en STAR en oordelen van de CGB zijn in elk geval voor de rechter vaak minder dwingend en vormen meer een factor die wordt meegewogen. Naarmate er minder andere relevante rechtsbronnen zijn winnen zij aan gewicht, evenals naar de mate waarin zij preciezer zijn geformuleerd en relevant in de gegeven situatie. Maar de rechter trekt zich er lang niet altijd iets van aan.⁴² Interne ondernemingsregelingen en ondernemingsovereenkomsten met de ondernemingsraad hebben nog steeds als nadeel dat hun doorwerking via de arbeidsovereenkomst moet worden geregeld. Dat is een belangrijk verschil met cao's en internationale regelgeving die kunnen doorwerken ongeacht of partijen dat nu wel of niet hebben gewild. En is het bij cao's zo dat er nog altijd sprake moet zijn van een bepaalde gebondenheid van partijen aan die cao, zolang de cao niet algemeen verbindend is verklaard, voor internationale regelgeving geldt dat zeker niet. Als men de regelgeving die in Brussel wordt gemaakt en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie niet of onvoldoende kent, kan men behoorlijke missers maken.

De invloed van de 'vage normen' zoals goed werkgever- en werknemerschap loopt naar onze mening door al deze rechtsbronnen heen. Niet alleen worden deze normen gebruikt om wetsbepalingen te interpreteren en op te rekken (denk bijvoorbeeld aan pogingen om aansprakelijkheid van de werkgever buiten art. 7:658 BW uit te breiden naar ongevallen in de privésfeer)⁴³, maar ook om internationale bronnen in ons nationaal recht te introduceren. Bovendien hebben ook de internationale normen soms een vager karakter door een meer algemene of beginselformulering, waardoor zij nadere interpretatie behoeven. Wel is mede door het toegenomen gebruik van vage normen de rol van de rechtspraak in belang toegenomen. Al kan men ook het omgekeerde zeggen: rechters hebben deze vage normen meer aangegrepen om in de toenemend gedifferentieerde en complexe samenleving aan de eisen van de tijd te kunnen blijven voldoen.

9 Conclusie

Als we het geheel overzien van de arbeidsrechtelijke bronnen die inwerken op de verhouding tussen werkgever en werknemer, dan zien we dat deze sinds 1907 aanzienlijk in aantal zijn toegenomen. De regelingen buiten het BW, privaatrecht, publiekrechtelijk en gemengd van karakter, zijn zowel in aantal als in omvang en gewicht aanzienlijk gegroeid. Relatief is de titel over de arbeidsovereenkomst in het BW dus minder van belang voor het hedendaagse arbeidsrecht dan voor dat van honderd jaar geleden.

Toch doet dat feit naar onze mening nog steeds niet af aan de centrale rol die de titel over de arbeidsovereenkomst in het BW in het hedendaagse arbeidsrecht vervult.

Dat wordt voornamelijk veroorzaakt door drie omstandigheden:

a. de toepasselijkheid van veel van het overige arbeidsrecht

is afhankelijk van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zoals gedefinieerd in deze titel;

- b. essentiële arbeidsrechtelijke onderwerpen, zoals het loon en het ontslagrecht, zijn nog steeds voor een belangrijk deel in deze titel geregeld en
- c. dankzij de aanwezigheid van vage normen kan de titel geruisloos nieuwe ontwikkelingen, zoals internationaal recht en zachte bronnen incorporeren.

De wet van 1907 was in veel opzichten modern. Heden ten dage is het arbeidsrecht, net zoals de gehele samenleving veel complexer. Het BW kan daarin niet meer de centrale rol spelen die het vroeger vervulde. Men kan het arbeidsrecht niet meer bestuderen door zich te concentreren op de titel over de arbeidsovereenkomst. Maar die verwachting is in de huidige tijd ook niet meer realistisch. Werkgever en werknemer hebben veel meer dan vroeger adviseurs nodig om zich te oriënteren op de verschillende relevante bronnen en hun onderlinge verhouding.

De samenleving in de eenentwintigste eeuw heeft in veel opzichten een 'netwerk'-structuur gekregen. Dat geldt zeker ook voor de bronnen van het arbeidsrecht die zich in een ingewikkeld netwerk tot elkaar verhouden. Was de titel over de arbeidsovereenkomst in het BW honderd jaar geleden een reusachtige pilaar die centraal stond op het plein van het arbeidsrecht, tegenwoordig vormt het 'slechts' een schakel in een veelomvattend nationaal en internationaal netwerk van arbeidsrechtelijke rechtsbronnen. Die schakel is echter nog steeds wel een cruciale.

Dat hierboven een feitelijke ontwikkeling werd beschreven naar een netwerkstructuur van rechtsbronnen, neemt niet weg dat de Nederlandse wetgever er wel, meer dan thans het geval is, naar zou kunnen streven om deze structuur zo samenhangend, overzichtelijk en toegankelijk mogelijk te houden. In de loop der jaren is de wetgeving wel enigszins aangepast aan de gewijzigde verhoudingen, maar het lijkt er op dat dit ad hoc en weinig systematisch is gebeurd. Invoering van het driekwart dwingende recht was nog de meest ingrijpende vernieuwing. Het arbeidsreglement werd afgeschaft toen de regeling maatschappelijk gezien obsoleet was geworden. De Wet CAO is sinds 1927 nauwelijks meer fundamenteel aangepast aan de ontwikkelingen in de praktijk. De Wet op de ondernemingsraden hobbelt achter de ontwikkelingen aan met een gebrekkige regeling van de ondernemingsovereenkomst. Voor het overige moet de rechtspraak al dan niet met behulp van vage normen in de wet zelf een oplossing zien te vinden voor de gerezen problemen. De internationale ontwikkelingen worden plichtmatig gevolgd, maar de wetgever is er niet snel bij om de rechtspraak te codificeren.

Een operatie om te komen tot een meer systematische aanpassing van de wettelijke regeling van de onderlinge verhouding van de verschillende rechtsbronnen zou het arbeidsrecht meer samenhangend kunnen maken, bijvoorbeeld op het gebied van de doorwerking van cao's en ondernemingsovereenkomsten. Snellere aanpassing van de regeling van titel 7.10 BW aan internationale normen en rechterlijke uitspraken zou de regeling ook beter hanteerbaar houden en haar centrale rol in het arbeidsrecht versterken.

Dat neemt niet weg dat we moeten vaststellen dat de wetgever zijn rol als rechtsvormer in het arbeidsrecht – zo fier opgepakt in 1907 – voor een belangrijk deel heeft moeten prijsgeven door de opkomst van concurrerende rechtsvormers als

de cao-partijen, de ondernemingsraad, gespecialiseerde organisaties, internationale organisaties en rechters. De wetgever zou in deze nieuwe verhoudingen zijn rol wel eens kunnen zien verschuiven van het materiële naar het procedurele. Het

is in die optiek belangrijker dat de wetgever de onderlinge verhouding van al die rechtsbronnen van een kader voorziet dan dat hij zelf de rechtspositie van werkgever en werknemer inhoudelijk tracht te regelen.

1. Mevr. mr. E.J.A. Franssen (Edith) is advocaat bij Loyens en Loeff Advocaten en universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss (Guus) is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit blad.
2. De invoering van de wet vond in 1909 plaats. Wij spreken in dit opstel wel over de Wet op de Arbeidsovereenkomst, maar in wezen betrof het de invoering van de zevende titel A van het Derde Boek. Sinds de invoering van het nieuw BW voor dit onderwerp in 1997 betreft dit titel 7.10 BW.
3. Het thema van de rechtsbronnen in het arbeidsrecht heeft in de afgelopen honderd jaar ook verschillende hoogleraren geïnspireerd tot interessante redevoeringen. Wij noemen hier A.N. Molenaar, *Bronnen van arbeidsrecht*, Leiden: van Doesburgh 1927; M.G. Levenbach, *Mens en gemeenschap in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Stadsdrukkerij 1958, P.F. van der Heijden, *Rechtsvorming in het arbeidsrecht: zand in de machine?*, Deventer: Kluwer 1990 en E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, Amsterdam: UvA Vossiuspers 2003.
4. Zie het nog altijd boeiende artikel van M.G. Levenbach, 'Het B.W. en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 129-168.
5. De term semi-dwingend recht is geïntroduceerd door Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1934, p. 31.
6. Over het begrip 'ongelijkheidscompensatie' zijn vele beschouwingen verschenen. Men zie L. Betten e.a., *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Rood-bundel), Deventer: Kluwer 1997.
7. Zie bijvoorbeeld de discussie op het Nationaal Arbeidsrechtcongres 2004, zoals weergegeven in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu 2005.
8. Zie voor de achtergronden hiervan HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527 (*Suk/Brittania*) en T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 186-187.
9. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (*Hop/Hom*); HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, *JAR* 1994/47 (*Beenen/Vanduh*).
10. Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 2003, *NJ* 2007, 516, *JAR* 2003/38 (*RKZ/Te Riet*); S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Serie Monografieën Sociaal Recht nr. 30, Deventer: Kluwer 2003.
11. F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer: Kluwer 1987, F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO', *SR* 2002, p. 184-190.
12. Zie voor een overzicht van driekwart dwingend bepalingen G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu 2005, p. 121-133; zie voor de verschillende gradaties van dwingendheid in het BW ook de notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, nr. 1.
13. HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 153, *JAR* 2003/19 (*Bollemeijer/TPG Post*).
14. HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (*IBM*).
15. Zie over deze figuur uitvoerig G.J.J. Heerma van Voss, 'De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)mgheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 361-388.
16. Hof 's-Gravenhage 3 november 2006, *JAR* 2007/32 (*Gemeente Leiden*).
17. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks VvA nr. 29, Deventer: Kluwer 1999.
18. M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.
19. IAO-Verdrag betreffende de bescherming van het loon, *Trb.* 1951, 21, *Stb.* 1951, 542.
20. J.M. van Slooten, *Arbeid en Loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 135.
21. Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999, betreffende de door EVV, de UNICE en CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* L 175 van 10 juli 1999, p. 43.
22. Richtlijn 91/533/EEG van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn, *PbEG* L 288 van 18 oktober 1991, p. 32.
23. Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, *PbEG* L 061 van 5 maart 1977, p. 26. Later vervangen door Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, *PbEG* L 201 van 17 juli 1998, p. 88. Deze werd op haar beurt weer vervangen door Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, *PbEG* L 82 van 22 maart 2001, p. 16.
24. HvJ EG 30 juni 1998, *JAR* 1998/198.
25. Richtlijn 94/45/EG van 22 september 1994, inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, *PbEG* L 254 van 30 december 1994, p. 64.
26. Richtlijn 76/207/EEG 9 februari 1976, betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* L 39 van 14 februari 1976, p. 40.
27. Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* L 303 van 2 december 2000, p. 16.
28. Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* L 018 van 21 januari 1997, p. 1.
29. Door middel van Richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002, *PbEG* L 269 van 5 oktober 2002, p. 15.
30. Richtlijn 92/56/EEG 24 juni 1992 tot wijziging van Richtlijn 75/129/EEG betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag, *PbEG* L 245 van 26 augustus 1992, p. 3.
31. HvJ EG 6 april 2006, *JAR* 2006/102.
32. Bijvoorbeeld HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47.
33. Bijvoorbeeld HvJ EG 19 september 1995, *JAR* 1995/223.
34. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 november 1990, *NJ* 1992, 224.
35. HvJ EG 9 september 2003, *JAR* 2003/226.
36. HvJ EG 3 oktober 2000, *JAR* 2000/251.
37. *Stb.* 2006, 111. Zie tevens J. van Drongelen, S.F.H. Jellinghaus en D.J.J. Korver, 'Het Jaeger-arrest, het Arbeidstijdenbesluit en de nieuwe regeling van de aanwezigheidsdienst', *SR* 2006, 43, p. 220-226.
38. HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*) en HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (*Parallel Entry*).
39. Bijvoorbeeld Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6. Hoewel er ook vaak rechtstreeks aan art. 8 EVRM wordt getoetst. Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2001, *JAR* 2001/95.
40. Zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. Zie meer recentelijk Vzr. Rb. Rotterdam 9 maart 2007, *JAR* 2007/85 en Vzr. Rb. Groningen 16 januari 2007, *JAR* 2007/82.
41. Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Utrecht 10 januari 2007, *JAR* 2007/104. In deze zaak werd het recht op toelating tot collectieve onderhandelingen niet gehonoreerd, maar dat had te maken met het feit dat de vakbond die dit recht trachtte af te dwingen geen partij was bij de eerdere cao.
42. Zie I.P. Asscher-Vonk, 'De internatie tussen de Commissie gelijke behandeling en de rechter: van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007, p. 225-230.
43. HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, *JAR* 1999/44 (*S./Reclassering*).