



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Boom Modellen en commentaar Arbeidsrecht

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2004). *Boom Modellen en commentaar Arbeidsrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14804>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14804>

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

BOOM MODELLEN EN COMMENTAAR

Arbeidsrecht

Tweede druk

Onder redactie van
A.G. Castermans en G.J.J. Heerma van Voss

Auteurs:

A.G. Castermans
G.J.J. Heerma van Voss
J.G.F.M. Hoffmans
M.H. Rochat
Th. Veling
S. van Waegeningh

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2004

© 2004 A.G. Castermans & G.J.J. Heerma van Voss / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 360 4

NUR 825

www.bju.nl

INHOUD

VOORWOORD	7
INLEIDING	9
MODELLEN ARBEIDSRECHT	55
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (algemeen model)	55
model	55
commentaar	62
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	89
model	89
commentaar	96
Arbeidsovereenkomst statutair directeur	105
model	105
commentaar	113
Oproepovereenkomst	119
model	119
commentaar	124
Detacheringsovereenkomst	131
model	131
commentaar	136
Freelance overeenkomst	145
model	145
commentaar	149
Thuiswerkovereenkomst	157
model	157
commentaar	165
Beëindigingsovereenkomst	169
model	169
commentaar	172
OVER DE AUTEURS	183

De bedoeling van deze uitgave is hulp te bieden bij het formuleren van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Daartoe bevat zij een aantal voorbeelden van contracten die in verschillende situaties kunnen worden gehanteerd en van daarin veelvoorkomende bedingen. De gebruiker kan de contracten overnemen, maar ook zelf wijzigen, bekorten of uitbreiden. Het boek is zo ingericht dat ook de gebruiker met een betrekkelijk beperkte kennis van het arbeidsrecht er zijn weg in kan vinden. Voor de meer ervaren jurist op het gebied van het arbeidsrecht kunnen de modellen als uitgangspunt dienen bij het vormgeven van contracten op dat terrein.

Het commentaar bij de verschillende bedingen geeft een verklaring voor de gemaakte keuzen. Het geeft ook aan waar de gebruiker zelf wijzigingen kan aanbrengen en welke gevolgen die hebben. Het commentaar verwijst verder naar relevante wetsartikelen en jurisprudentie.

De inleiding behandelt enkele algemene uitgangspunten van het arbeidsrecht die voor een goed begrip van de plaats en het gebruik van de verschillende contracten van nut kunnen zijn.

Wat betreft de keuze van de contracten staat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd centraal. Daarnaast wordt een aantal varianten op deze arbeidsovereenkomst gegeven, zoals het contract voor bepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst met de statutair directeur. In de categorie flexibele arbeidsrelaties treft men contracten aan voor oproepwerk, detachering en thuiswerk. Wat betreft uitzendarbeid is aangenomen dat de betrokken uitzendbureaus zelf over standaardcontracten beschikken, waardoor het opnemen van een model in deze uitgave niet noodzakelijk is. Als niet-arbeidsovereenkomst is een freelance contract opgenomen. Andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, zoals opdracht en aanneming van werk, zijn zo zeer toegespitst op bijzondere beroepsgroepen dat deze

niet passen in deze uitgave, terwijl de betrokken beroepsorganisaties veelal zelf over de nodige standaardcontracten beschikken. Gezien het veel voorkomen van beëindigingsovereenkomsten is ook daarvan een model toegevoegd.

De redactie en auteurs zijn dank verschuldigd aan mr. E.M. Burger en A.L. Koolaard-Streefkerk voor hun bijdrage aan het persklaar maken van de tekst.

Leiden/Den Haag

Voorwoord bij de tweede druk

Nieuwe wetgeving en jurisprudentie rechtvaardigen een tweede, uitgebreide, druk. Van de gelegenheid is gebruikgemaakt de inleiding aan te passen: een deel van de inleiding van de eerste druk is verplaatst naar het commentaar op de modellen. De uitbreiding gaat ten koste van de Engelstalige modellen, om de omvang van dit boek beperkt te houden. Ten slotte een woord van dank aan mr. S.A. Tan, wiens kanttekeningen bij de eerste druk (SMA 2002, p. 375 e.v.) op veel plaatsen zijn verwerkt.

Leiden/Den Haag, januari 2004

1 Inleiding

Het bestaan van een arbeidsovereenkomst is niet afhankelijk van enig schriftelijk stuk. De werkgever is evenwel gehouden de werknemer binnen een maand na de aanvang van de werkzaamheden schriftelijk te informeren over verschillende gegevens die bij elkaar al een uitvoerige weergave van de rechtsverhouding vormen: namen van partijen, plaats van werken, tijdstip van indiensttreding, functie, loon, arbeidsduur, vakantieaanspraak, opzegging enzovoort (art. 7:655 BW). Voorts is van belang dat een aantal bedingen slechts werking toekomt, indien deze schriftelijk zijn vastgelegd, zoals het proeftijd- en concurrentiebeding. Afwijking van de wettelijke regeling is soms slechts bij geschrift toegestaan. In een ordelijke onderneming zal er dan ook steeds sprake zijn van schriftelijke arbeidsovereenkomsten.

Voor een goed begrip van de plaats en het gebruik van de verschillende modellen volgt nu eerst een overzicht van de verschillende overeenkomsten in verband met arbeid, de varianten van arbeidsovereenkomsten en veelvoorkomende bedingen daarin. Vervolgens staan wij stil bij vragen die rijzen bij het redigeren van arbeidsovereenkomsten. Hoe bijzonder is de regeling van de arbeidsovereenkomst? Welke vrije ruimte komt partijen toe? Wat regelt de wet specifiek over de arbeidsovereenkomst in Boek 7 BW? En wat regelt het algemene vermogensrecht? Deze vragen zijn relevant om te kunnen bepalen welke wettelijke bepalingen van aanvullend recht in de arbeidsovereenkomst anders geregeld zouden moeten worden. Vervolgens zullen enkele speciale gebieden onder de loep worden genomen.

2 Typen overeenkomsten in verband met arbeid

Het Burgerlijk Wetboek benoemt drie overeenkomsten tot het verrichten van arbeid:

- de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW);
- de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 e.v. BW);
- de overeenkomst tot aanneming van werk (art. 7:750 e.v. BW).

Van deze typen is de arbeidsovereenkomst het meest uitgebreid geregeld met talrijke dwingende bepalingen. Kenmerkend voor het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de twee andere overeenkomsten is het vereiste bij de arbeidsovereenkomst van een ondergeschiktheids- of gezagsrelatie. Artikel 7:610 BW drukt dit uit door te stellen dat een werknemer bij de werkgever in dienst moet zijn. In veel gevallen is er geen twijfel over mogelijk dat er sprake is van zo'n gezagsrelatie. Toch levert het onderscheid in de praktijk veel moeilijkheden op bij twijfelgevallen, waarin arbeid met een zekere mate van zelfstandigheid wordt verricht.

Niet doorslaggevend is hoe partijen hun overeenkomst zelf benoemen. Het etiket levert natuurlijk wel een belangrijke aanwijzing op. Het kan echter zo zijn dat het oorspronkelijke karakter van een arbeidsverhouding zonder gezagsrelatie verloren is gegaan, waardoor een arbeidsverhouding is ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidt van arbeidsverhoudingen op basis van een arbeidsovereenkomst.¹ 'Wezen gaat voor vorm' is dan het adagium. Indien de partijen bijvoorbeeld spreken van een 'freelance verhouding', maar in de praktijk de arbeid onder gezag wordt verricht, kan de rechter tot het oordeel komen dat er toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is een gevolg van de beschermende functie van het arbeidsrecht.

¹ Vergelijk HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman) en HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 (Van der Male/Den Hoedt).

Waar vroeger de vraag of de werkgever aanwijzingen mocht geven veelal als doorslaggevend werd beschouwd voor het al dan niet aannemen van een gezagsrelatie, dient tegenwoordig veel subtieler te worden gekeken naar de verschillende aspecten van de arbeidsverhouding. Daarbij kunnen de volgende elementen een rol spelen:

- hoe vrij de werknemer is te bepalen of er wel of niet wordt gewerkt;
- hoe vrij hij is bij de indeling van het werk;
- hoeveel ondernemersrisico de werknemer draagt;
- in welke mate hij zelf zorg draagt voor grond- en hulpstoffen;
- in welke mate hij nog andere werkzaamheden verricht buiten de overeengekomene;
- of hij bij ziekte en vakantie wordt betaald;
- in welke mate het werk incidenteel van aard is.

Aan de hand van een afweging tussen al deze factoren wordt beoordeeld of er sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie.² Datgene wat partijen uitdrukkelijk wensen te regelen, kan uiteraard wel een rol spelen.³ Met name indien de werknemer gezien zijn maatschappelijke positie geacht kan worden te kunnen kiezen voor een positie zonder de bescherming die aan werknemers toekomt, zal hieraan betekenis worden toegekend.⁴

Voortbouwend op de jurisprudentie zijn er in de artikelen 7:610a en 610b BW twee rechtsvermoedens geïntroduceerd met het oog op de rechtszekerheid in de arbeidsrelatie. Zij zien op situaties waarin onduidelijk is of – en zo ja in welke omvang – een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat. Deze rechtsvermoedens hebben betrekking op de

2 Voor een fraai voorbeeld Rb. 's-Gravenhage 18 februari 2002, JAR 2002/62 (tolken).

3 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 december 2001, JAR 2002/32 (Koers/2care).

4 HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (Groen/Schoevers). Zie voor toepassingen E. Verhulp, JAR Verklaard 2000, p. 4-5 en JAR Verklaard september 2002, p. 4-6.

aard van de arbeidsrelatie en de omvang van de arbeidsduur. Een belangrijke rol is daarbij toebedeeld aan de feiten zoals die zich gedurende een zekere tijd – drie maanden – hebben voorgedaan. Wanneer gedurende die tijd wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid is verricht, wordt vermoed dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor de bepaling van de arbeidsduur wordt eveneens gekeken naar die periode en de gemiddelde feitelijke arbeidsduur per maand. Gevolg van de rechtsvermoedens is dat de bewijslast van het bestaan en de omvang van een arbeidsovereenkomst, welke bewijslast normaliter rust op de werknemer die stelt een arbeidsovereenkomst in een bepaalde omvang met zijn werkgever te hebben, verschuift naar de werkgever, die zal moeten bewijzen dat ondanks het rechtsvermoeden geen arbeidsovereenkomst of een arbeidsovereenkomst met een beperktere omvang bestaat. De tekst van de overeenkomst zal een handvat kunnen bieden. Die moet dan wel zo geconcretiseerd mogelijk aanwijzingen bevatten voor wat partijen voor ogen heeft gestaan. Zo zou kunnen worden gewezen op structurele fluctuaties in het werkaanbod, waardoor vast kan komen te staan dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst over en weer wisten wat de toekomst zou kunnen brengen. Een dergelijk beding lijkt toelaatbaar, gelet op de aanvaarding van de gedachte dat het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW kan worden weerlegd door te verwijzen naar een langere, meer representatieve arbeidsperiode voorzover daaruit blijkt dat het gemiddelde op een ander, lager niveau ligt.⁵ Overigens past het partijen ervan te doordringen dat de uitvoering van de overeenkomst wel met de vastgelegde afspraken moet sporen.

Overigens is het niet steeds zo dat een keuze moet worden gemaakt tussen de verschillende typen overeenkomsten. Een overeenkomst kan

5 Zie E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 126-128; Rb. Almelo 21 december 1994, JAR 1995/147; Ktr. Zwolle 24 januari 1996, JAR 1996/52.

ook gemengd van aard zijn. Als een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde soorten van overeenkomsten voldoet, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing. Dat is anders, voorzover bepaalde in aanmerking komende voorschriften niet goed verenigbaar zijn, of de strekking van die bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Aldus luidt artikel 6:215 BW. Een arbeidsovereenkomst kan ook een lastgevingscontract zijn, of – bij een dienstwoning – ook een huurovereenkomst. In dergelijke gevallen is sprake van samenloop van verschillende titels uit Boek 7. Steeds dienen de regelingen van de beide bijzondere overeenkomsten naast elkaar te worden toegepast, tenzij de regels elkaar niet goed verdragen of de aard van de overeenkomst zich tegen toepasselijkheid van beide regelingen verzet. Weliswaar staat voorop dat de voor toepassing in aanmerking komende bepalingen naast elkaar moeten worden gehanteerd, maar de wetgever heeft de betrekkelijke waarde van deze regel benadrukt. De eerste zin van artikel 6:215 BW is niet meer dan een eerste aanwijzing (MvT, Parl. Gesch. InvW Bk 6, p. 1432).

Het predikaat gemengde overeenkomst veronderstelt dat het om één overeenkomst gaat. Artikel 6:215 BW spreekt van ‘een overeenkomst’ en niet van een min of meer samenhangend geheel van afspraken. Zou de bepaling toepassing missen indien een complex van bedingen in twee contracten uiteenvalt?⁶ Het antwoord luidt ontkennend. Een mooi voorbeeld – wellicht niet erg praktisch, maar wel verhelderend – van Meijers kan dienen ter illustratie. De eigenaar van een boot ver-

6 Verhulp en Heerma van Voss beantwoorden deze vraag – in het kader van art. 7:610 lid 2 BW – bevestigend (Verhulp 2003, T&C BW, art. 7:610 BW, aant. 3; in dezelfde zin Heerma van Voss, *De Arbeidsovereenkomst*, art. 610, aant. 6.1, met literatuurverwijzing). Verhulp wijst er in dit verband op dat van een gemengde overeenkomst nog geen sprake is indien twee (of meer) overeenkomsten in één akte staan of op dezelfde dag zijn gesloten, ook al bestaat er een relatie tussen de beide overeenkomsten.

huurt het gebruik van zijn boot tegen een vergoeding in geld en verbindt zich bovendien om tegen beloning de boot in dienst van de wederpartij te besturen gedurende de tijd van het gebruik van de boot. In deze rechtsverhouding staan op het eerste gezicht naast elkaar feiten die een huurovereenkomst en feiten die een arbeidsovereenkomst opleveren.⁷ Zou in zo'n geval doorslaggevend moeten zijn of sprake is van één of twee overeenkomsten? Het antwoord luidt ontkennend. Indien de verschillende bepalingen niet conflicteren, komt toepassing van artikel 6:215 BW in feite niet aan de orde; als er sprake is van een conflict zal uit de aard van de zaak moeten worden gekeken naar wat partijen voor ogen heeft gestaan en wat de ratio van de betrokken wetsbepalingen is. Het onderscheid tussen één of twee contracten levert immers geen inhoudelijke bijdrage aan het antwoord op de vraag welke van twee botsende bepalingen de voorkeur verdient. Bij dit onderzoek dient de vraag of sprake is van één of twee overeenkomsten geen redelijk doel.⁸

De regeling van de arbeidsovereenkomst kent een eigen regel. Aanvankelijk overwoog de wetgever die bepaling te schrappen in verband met de invoering van artikel 6:215 BW. Hij is hiervan teruggekomen, omdat artikel 6:215 BW – anders dan het huidige artikel 7:610 lid 2 BW – niet regelt welke bepalingen in geval van strijd voorgaan. Aan een dergelijke regel zou behoefte bestaan.⁹ In het kader van het

7 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 162.

8 Zie MvT, Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3 (p. 8): art. 6:215 BW waarborgt dat de grotendeels dwingendrechtelijke regeling van huur van woonruimte niet kan worden ontdoken door in de overeenkomst mede elementen van andere bijzondere overeenkomsten op te nemen. In dezelfde zin HR 19 juni 1987, NJ 1988, 72, m.nt. PAS; in zijn conclusie voor dit arrest neemt advocaat-generaal Leijten in dit verband uitdrukkelijk afstand van de gedachte dat er sprake zou moeten zijn van één overeenkomst; de Hoge Raad heeft hem hierin gevolgd.

9 MvT, Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15, waarover kort W. Snijders, *De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht*, in: *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 7.

nieuwe huurrecht heeft de wetgever weer anders geredeneerd: de regeling van artikel 6:215 BW zou de strekkingsbepalingen in Boek 7 juist overbodig maken.¹⁰ Er zijn goede redenen om de jongste visie op artikel 6:215 BW te volgen. Zou in Meijers' voorbeeld de werkgever/huurder een eventuele vordering op de werknemer/verhuurder wél mogen verrekenen met de verschuldigde huurpenningen¹¹ en niet of slechts beperkt met het verschuldigde loon (art. 7:632 BW)? Welke regel gaat voor? Volgens het slot van artikel 7:610 lid 2 BW dient de regeling van de arbeidsovereenkomst te worden toegepast: in geval van strijd zijn de bepalingen van titel 7.10 van toepassing. Een genuanceerdere oplossing ligt evenwel voor de hand, indien loon en huurpenningen in één prijs zijn afgesproken of indien moet worden aangenomen dat de hoogte van de huurprijs en van het loon onderling samenhangen en indien zou kunnen worden vastgesteld in hoeverre de prijs heeft te gelden als wederprestatie voor de arbeid. De toepassing van artikel 7:632 BW zou in dit geval kunnen worden beperkt tot het gedeelte dat als loon kan worden aangemerkt. Aldus wordt niet alleen naar artikel 7:610 lid 2 BW gekeken, maar ook naar de strekking van de arbeidsrechtelijke norm die volgens artikel 7:610 lid 2 BW bij voorrang zou moeten worden toegepast. Bij de vaststelling van de mate waarin de botsende bepalingen kunnen worden toegepast, moet enige mate van willekeur voor lief worden genomen.¹² Deze benadering biedt voldoende ruimte om rekening te houden met de bijzondere belangen die worden beschermd door de regels van het arbeidsrecht. Indien het loon en de huurprijs in één bedrag zijn omschreven, of indien de afzonderlijke bedragen onderling samenhangen, is het om redenen van rechtszekerheid wellicht aangewezen

10 MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, p. 8; MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 3.

11 Dozy/Jacobs, Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk, Deventer: Gouda Quint 1999, onder meer p. 66-67, 73.

12 Zie in deze zin al E.M. Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 168.

de verrekeningsbevoegdheid te beoordelen aan de hand van artikel 7:632 BW. Indien de looncomponent niet duidelijk is te onderscheiden, is het voor de werknemer immers niet goed vast te stellen in hoeverre de werkgever bevoegd is vorderingen te verrekenen.¹³ Zo gemotiveerd bevredigt de samenloopregel meer dan de ongenuanceerde toepassing van artikel 7:610 lid 2 BW.¹⁴

3 Samenloop van algemeen vermogensrecht en bijzonder arbeidsrecht

Overeenkomsten tot het verrichten van arbeid zijn in het algemeen overeenkomsten naar burgerlijk recht. Dit betekent dat het Burgerlijk Wetboek op deze overeenkomsten van toepassing is. Dit wetboek behandelt in Boek 7 en 7A een aantal bijzondere overeenkomsten, waarvan titel 7.10 (de arbeidsovereenkomst) voor deze uitgave in het bijzonder van belang is. Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn echter eveneens van belang, omdat deze respectievelijk het algemeen vermogensrecht en het algemene verbintenissenrecht behandelen.

Ter gelegenheid van het ontwerpen van het in 1992 ingevoerde Burgerlijk Wetboek beraadde de wetgever zich op de verhouding tussen het algemeen vermogensrecht en de bijzondere overeenkomsten. Hij onderscheidde als ratio van de regeling van bijzondere overeenkomsten enerzijds de nadere invulling van de in artikel 6:248 BW algemeen geformuleerde maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor veelvoorkomende situaties. Dit zou voorkómen dat de rechter in ieder geval het recht opnieuw moet vinden. Anderzijds stond hem voor ogen de vrijheid van partijen om hun onderlinge verhouding naar

13 Vergelijk HR 14 januari 2000, NJ 2000, 273, waarin een all-in afspraak over loon en overwerk nietig werd geacht ingevolge art. 12 Wet op de CAO.

14 Zie nader: A.G. Castermans & H.B. Krans, *Gemengde overeenkomsten*, NbBW 2003, p. 104-108.

eigen goeddunken te regelen, te begrenzen waar het algemeen belang dat eist.¹⁵ Dat is oud nieuws. Dezelfde gedachten leefden bij de invoering van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het vroegere Burgerlijk Wetboek in 1909. Volgens Meijers had het 'heilzame voorschrift van artikel 1375 BW' (goede trouw) tot aanvulling van de bepalingen over de huur van dienstboden en werklieden kunnen strekken, maar bood het in de praktijk geen soelaas. Daarom moest de wetgever de invulling ter hand nemen. Voorts was er aanleiding de positie van de arbeider te beschermen:

'Ten gevolge van de bijzondere eigenschappen, die de arbeidskracht als ruilwaar bezit, alsmede ten gevolge van de omstandigheid, dat wie van het verkoopen van zijn handenarbeid bestaat, in den regel niets anders dan deze arbeid heeft om van te leven, verkeert de arbeider bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst in ongunstiger positie dan de werkgever. Bovendien is er geen enkele overeenkomst, die zoo geheel den mensch aanpakt en zijn lot bepaalt als juist de arbeidsovereenkomst. Om deze redenen is het de plicht van den wetgever door dwingende wetsvoorschriften hen te beschermen, die, tengevolge van den druk waaronder zij leven, in vele opzichten geen billijke voorwaarden bij de arbeidsovereenkomst kunnen bedingen.'¹⁶

Gelet op de strekking van de regeling van de arbeidsovereenkomst lijkt de vraag in hoeverre de algemene regels ook gelden in die bijzondere rechtsverhouding – indien die voor de aan de orde zijnde situatie ook voor toepassing in aanmerking komen – niet moeilijk te beantwoorden. In het algemeen geldt dat een rechtsregel dient te worden toegepast op alle gevallen die onder de betekenisomvang van zijn formulering vallen, ook indien gelijktijdig een andere rechtsregel voor

15 Algemene opmerkingen over Boek 7, Toelichting Meijers, Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 7, Deventer: Kluwer 1991, p. 3-4.

16 E.M. Meijers, De Arbeidsovereenkomst, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 1-2.

toepassing in aanmerking komt (cumulatie). Dit is slechts anders indien de wet dit voorschrijft of onvermijdelijk zou meebrengen dat dit niet het geval is (exclusiviteit).¹⁷ Derhalve moet ook in arbeidsverhoudingen als uitgangspunt gelden dat de algemene regel van toepassing is. Dit lijdt slechts uitzondering indien de desbetreffende bepaling onmiskenbaar anders meebrengt, waarbij – dat ligt in de rede – van belang zal zijn of bij toepassing van de algemene regel door de bijzondere regel de beoogde bescherming van de werknemer wordt gefrustreerd.

Bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 is onderkend dat niet steeds duidelijk is of het uitgangspunt van cumulatie kan worden gehandhaafd dan wel of in verband met de bijzondere bescherming van de werknemer de bijzondere regel exclusieve werking toekomt. In diezelfde tijd is in de literatuur uitvoerige aandacht besteed aan de partiële ontbinding, de ontbinding van de overeenkomst op grond van artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) en zo meer.¹⁸ De toepassing van beide leerstukken in arbeidsrelaties is niet onomstreden. De mogelijke toepasselijkheid ervan is niet zonder belang voor de redactie van individuele arbeidsovereenkomsten. De op schrift gezette arbeidsovereenkomst kan immers weergeven – bijvoorbeeld in een considerans – wat partijen voor ogen staat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Die weergave kan een rol spelen bij een latere beoordeling van enigerlei ontbindingsverzoek – partieel of geheel – of van de stelling dat partijen iets al dan niet in het overeengekomene hebben verdisconteerd. Mooi voorbeeld vormt de zaak *De Boer/Ajax*, waarin sprake was van een salarisverhoging gekoppeld aan het gedurende een bepaalde tijd voortduren van de arbeidsover-

17 C.A. Boukema, Mon. Nieuw BW A-21, p. 2. Voor de arbeidsovereenkomst: Notitie Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 9-11.

18 Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

eenkomst, juist met het oog op aantrekkelijke aanbiedingen van potentiële buitenlandse werkgevers.¹⁹ De uitgesproken achtergrond van wijzigingen in de arbeidsovereenkomst bracht mee dat nieuwe perspectieven niet als onvoorziene omstandigheden konden worden bestempeld.

Hetzelfde geldt voor het leerstuk dwaling. Als uit de schriftelijke arbeidsovereenkomst blijkt wat de werkgever aan kwaliteit van de werknemer verwachtte of wat de werknemer aan faciliteiten van de werkgever, dan draagt dat stuk bij aan het bewijs van een voor de wederpartij kenbare onjuiste voorstelling van zaken.²⁰

Bij het redigeren van arbeidsovereenkomsten moet dus rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat verschillende onderwerpen van algemeen vermogensrecht de rechtsverhouding mede inhoud geven. Daarmee is ook de poort geopend voor andere rechtsbeginselen van buiten het vermogensrecht, gegeven artikel 3:12 BW dat bepaalt dat bij de vaststelling van redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen en met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Zo kreeg het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid in gelijke omstandigheden een plaats in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie.²¹ De maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 248 BW) zijn overigens nauw verweven met de voorschriften van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611 BW).²² Het is niet goed denkbaar dat de wijze

19 Arbitragecommissie KNVB 30 juni 1998, JAR 1998/171.

20 Zie nader over dwaling in het arbeidsrecht: A.G. Castermans, De bijzondere arbeidsovereenkomst, in: De landsadvocaat voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 44-45, waaraan toe te voegen: Ktr. Utrecht 23 februari 2000, JAR 2000/57; Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, JAR 2000/155. Zie ook Sociaal Recht, 2002, p. 6-9.

21 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman).

22 Vergelijk G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 13-19.

waarop de begrippen in het algemeen vermogensrecht invulling krijgen – door middel van het werken met op gezichtspunten gebaseerde subregels, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval – in het arbeidsrecht geen gelding zou hebben.

De hantering van contractuele mogelijkheden wordt beperkt door het verbod van discriminatie. Wat discriminatie in de verhouding werkgever en werknemer is, wordt niet alleen in het kader van de regeling van de arbeidsovereenkomst bepaald, maar kan ook in het algemene kader van artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) en artikel 3:40 BW worden beoordeeld.²³

Ook andere bepalingen omtrent de geldigheid van rechtshandelingen zijn zonder meer van toepassing. De regeling van de handelingsbekwaamheid in verband met minderjarigheid (art. 3:32 BW in verbinding met art. 1:233 en 234 BW) is van toepassing naast bijzondere regels als artikel 7:612 lid 2 BW. Het vergt van de werkgever dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat een wettelijk vertegenwoordiger mede de arbeidsovereenkomst ondertekent.

De vraag in hoeverre een verklaring bindt als wil en verklaring elkaar niet dekken, is voor een belangrijk gedeelte in arbeidsrechtelijke context beantwoord. De jurisprudentie inzake de ontslagname door werknemers heeft inzicht verschaft in de wijze waarop de artikelen 3:33-35 BW moeten worden toegepast.²⁴ Deze bepalingen zijn ook van belang voor de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Het hanteren van een schriftelijke arbeidsovereenkomst kan tot gevolg hebben dat onuitgesproken en ongeregeld gelaten bedoelingen van een van beide partij-

23 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS); HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495, JAR 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro).

24 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (Hajziani/Van Woerden); HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (Westhoff/Spronsen Transport), HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390, JAR 1994/92 (Ritico/SMD) en HR 15 november 2002, JAR 2002/295 (Sietses/Sneek).

en niet spoedig onderdeel van de overeenkomst zullen vormen. Daargelaten de bewijsproblemen zal immers niet snel de conclusie kunnen worden getrokken dat die partij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat haar bedoelingen waren verdisconteerd in de overeenkomst.

Bijzondere aandacht behoeft de kwestie van nakoming en niet-nakoming. Vooral de sanctie op wanprestatie in de vorm van beëindiging van de overeenkomst en de daaraan gekoppelde schadevergoeding is in het arbeidsrecht uitgebreid geregeld. Aandacht hiervoor is op zijn plaats in het kader van de beëindigingsovereenkomst.

De wet kent een aantal bijzondere verplichtingen voor de werkgever, vooral op het vlak van de arbeidsomstandigheden.²⁵ Deze zullen aan de orde komen in het kader van het model van de thuiswerkovereenkomst om partijen te dwingen onder ogen te zien dat de arbeidsomstandigheden thuis arbeidsrechtelijk relevant zijn.

De verantwoordelijkheid voor de werknemer is ook op bijzondere wijze geregeld. De werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst schade toebrengt aan de werkgever of een derde, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid (art. 6:170 lid 3 en 7:661 lid 1 BW). Afwijking van deze regel is mogelijk bij schriftelijke overeenkomst en slechts voorzover de werknemer te dier zake verzekerd is (art. 7:661 lid 2 BW). Een afwijking is op zijn plaats als de werknemer voor zijn werk gebruikmaakt van zijn eigen auto, in welk geval hij in de regel zelf afdoende verzekerd is.

De loonbetalingsverplichting is ook voorwerp van bijzondere regeling. Niet alleen de vorm waarin loon wordt betaald is relevant, zo zal blij-

²⁵ Zie hierna in par. 8.

ken uit het commentaar bij het algemeen model. Ook de aanspraak zelf en de sanctie op niet-tijdige betaling vergen speciale aandacht (onder meer art. 7:616, 625, 628 en 629 BW).

De vraag is of in het arbeidsrecht ruimte is voor de hantering van de algemeen geregelde opschortingsbevoegdheden.

De hoofdregel in het arbeidsrecht is dat de werkgever geen loon hoeft te betalen als de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht (art. 7:627 BW). Deze regel gaat verder dan de algemene opschortingsbevoegdheid van de werkgever, maar dat is niet juist. Toepassing van artikel 7:627 BW doet de verplichting van de werkgever tot betaling vervallen, terwijl hantering van de opschortingsbevoegdheid slechts de opeisbaarheid beperkt. Het bijzondere wapen van de werkgever is dus veel ingrijpender dan de algemene opschortingsbevoegdheid. Om die reden is de regel van artikel 7:627 BW uitgebreid genuanceerd in de volgende bepalingen. Hierdoor komt in een aantal omstandigheden het niet-presteren door de werknemer toch voor risico van de werkgever. Krachtens artikel 7:628 BW behoudt de werknemer het recht op loon als hij niet heeft gewerkt door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever hoort te komen. Het artikel staat evenwel toe dat de werkgever bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement de loondoorbetaling in dit geval uitsluit. Dit betekent dat op individueel niveau het recht op loon aan de werknemer kan worden onthouden – mits dat schriftelijk is geregeld – zonder dat de vraag hoeft te worden gesteld voor wiens rekening de oorzaak voor het niet-presteren komt. Deze mogelijkheid is overigens niet onbeperkt. Artikel 7:628 BW zelf voorziet in een beperking van deze mogelijkheid. De leden 5-7 bepalen dat afwijking van de loondoorbetalingsverplichting slechts voor de eerste zes maanden van de dienstbetrekking bij overeenkomst kan worden geregeld; daarna kan slechts bij regeling in een CAO van de loondoorbetalingsverplichting worden afgeweken. Voorts is de werkgever in geval van ziekte een echte opschortingsbevoegdheid aangereikt: artikel 7:629 BW bepaalt dat de

werkgever bevoegd is de betaling van het ziektegeld op te schorten voor de tijd gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen. Een prikkel om de werknemer tot informatie aan te zetten, misschien ook om aan de loonbetaling te ontkomen door het hanteren van de opschortingsbevoegdheid te gebruiken ter inleiding van een ontbindingsprocedure, zij het – vreemd genoeg – zonder enige referentie aan de zo vertrouwde beperking in het algemeen vermogensrecht dat opschorting slechts is toegelaten voorzover op de vordering van de wederpartij (hier: de loonvordering) beslag is toegelaten (art. 6:54 onder c BW).

Laat de regeling de hantering van de algemene opschortingsrechten toe, bijvoorbeeld in het geval een werknemer onvoldoende presteert en zich weinig gevoelig toont voor oproepen tot verbetering? Juist mag zijn dat in de praktijk eerder zal worden gegrepen naar het grovere middel van artikel 7:627 BW: 'geen werk, geen loon' in plaats van 'geen verbetering, nog geen volledig loon'.²⁶ Maar in de grofheid schuilen tegelijk nadeel en risico. Het middel gebruikt waarvoor het kan dienen – als prikkel om goed te presteren – heeft als goede kant dat uiteindelijk de werknemer alsnog normaal krijgt betaald. En daarmee krijgt de continuering van de arbeidsovereenkomst een betere kans. Steun voor deze gedachte biedt de wet op enkele specifieke punten. Indien een zieke of zwangere werknemer zich niet houdt aan bepaalde voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever nodig heeft om het recht op loon vast te stellen, is de werkgever ingevolge artikel 7:629 lid 5 BW bevoegd de loonbetaling op te schorten. Voorts heeft de gedachte in het ambtenarenrecht een uitwerking gekregen. Artikel 81 lid 2 ARAR maakt bij plichtsverzuim

26 V. Disselkoen & C.J. Herman de Groot, Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer, in: Arbeidsovereenkomsten en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 109.

vermindering van bezoldiging als straf mogelijk. Als het verdere gedrag van de ambtenaar daartoe aanleiding geeft, kan zijn positie met ingang van een bepaald tijdstip geheel of ten dele in overeenstemming worden gebracht met de positie zoals deze zonder de strafoplegging zou zijn geweest. Aldus gezien is er goede reden de algemene regeling van opschortingsrechten cumulatief toe te passen.²⁷ Dat geldt ook voor het opschortingsrecht van de werknemer.²⁸ Het kan soelaas bieden in de situatie waarin een werkgever zijn werknemer laat bungelen door enerzijds geen volwaardige klussen op te dragen en anderzijds de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te schuwen vanwege de daaraan verbonden kosten. Het invoeren van de opschortingsbevoegdheid door de werknemer, wel gemotiveerd, kan de zaak in beweging brengen. Belangrijker is dan de vraag of de werknemer aanspraak heeft op loon over de periode waarin hij niet heeft gewerkt. Hiervoor bieden het arbeidsrecht en het algemeen vermogensrecht samen de oplossing. Artikel 7:629 BW wordt immers zo gelezen dat indien de werknemer niet werkt ten gevolge van een aan de werkgever toe te rekenen omstandigheid, niettemin loon is verschuldigd. Dat de niet-nakoming door de werknemer niet aan hem kan worden toegerekend, vloeit voort uit de regeling van het crediteursverzuim: in de periode waarin van de werknemer niet kan worden gevergd dat hij presteert, kan het feit dat hij in die periode onherstelbaar niet presteert hem niet worden toegerekend (art. 6:64 BW).

27 Zie ook W. Snijders, De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht, in: *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 19; Ktr. Rotterdam 26 september 2000, JAR 2001/229. Kritisch hierover Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 199 en J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 338-339. In CWI 18 juni 2002, JAR 2002/156 overweegt de Raad van Bestuur van de CWI dat een werknemer zijn arbeid niet kan opschorten, omdat hij de werkgever die te laat was met loonbetaling, niet in gebreke heeft gesteld.

28 Vergelijk Ktr. Amsterdam 8 december 1994, Prg. 1995, p. 87; CWI 18 juni 2002, JAR 2002/156.

Het werken met opschortingsbevoegdheden is in de praktijk van het arbeidsrecht geen gemeengoed. Om deze reden is er vooralsnog van afgezien het fenomeen een plaats te geven in de modellen. De kans dat het beroep op de opschortingsbevoegdheid in rechte wordt gehonoreerd, zal evenwel toenemen naarmate partijen daarmee rekening konden houden. Dit pleit voor regeling van de bevoegdheid in de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld in het kader van de regeling van het loon, door de benoeming van situaties waarin de betaling van het loon kan worden opgeschort. Wordt de bepaling aldus vormgegeven, dan is de kans kleiner dat zij strijdig wordt geacht met de regeling van het boetebeding (art. 7:650 BW), waarin onder meer wordt bepaald dat de voorschriften op de overtreding waarvan boete is gesteld, in de arbeidsovereenkomst zijn vermeld.

4 Totstandkoming van de arbeidsovereenkomst

Voor de sollicitatiefase bestaan nauwelijks wettelijke regels. Het algemeen vermogensrecht wijst hier zonder twijfel de weg. Indien partijen een arbeidsovereenkomst sluiten, betekent dit dat de één (meestal de werkgever) een aanbod doet dat de ander (meestal de werknemer) aanvaardt. Het is van belang dat de arbeidsovereenkomst pas tot stand is gekomen na de aanvaarding van het daarop gerichte aanbod (art. 6:217 BW). Dit betekent niet dat de fase daaraan voorafgaand zonder betekenis is. Partijen moeten zich in de sollicitatiefase tegenover elkaar gedragen zoals dat in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij zij tot op zekere hoogte rekening moeten houden met elkaars belangen. In navolging van de jurisprudentie inzake de onderhandelingsfase kunnen in de sollicitatiefase drie fasen worden onderscheiden:

- de eerste fase waarin beide partijen de onderhandelingen nog zonder gevolgen kunnen afbreken;
- de tweede fase waarin de onderhandelingen nog kunnen worden afgebroken, maar de partij die dit doet wel verplicht is schade van de wederpartij te vergoeden;

- de derde fase waarin de onderhandelingen zo ver zijn gevorderd dat de wederpartij redelijkerwijs mocht verwachten dat een overeenkomst tot stand zou komen. In dat geval kan men bij het toch nog afbreken van de onderhandelingen vorderen dat de wederpartij wordt verplicht de onderhandelingen voort te zetten dan wel de schade te vergoeden.

De verplichtingen in de tweede en derde fase vloeien voort uit de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of uit de reeds in de 'precontractuele fase' geldende eis dat partijen naar redelijkheid en billijkheid met elkaar omgaan (art. 6:2 en 248 BW).²⁹ Voorbeelden van uitspraken waarin de rechter een werkgever verplichtte om iemand op deze grond tegen zijn wil in dienst te nemen, zijn in het arbeidsrecht nog niet bekend. Wel zijn er uitspraken waarin een werkgever tegen zijn zin werd verplicht tot contractverlening en uitspraken waarin een werkgever veroordeeld werd tot schadevergoeding.³⁰

Om nader te concretiseren wat partijen redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten, bestaan er aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid³¹ en een code van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid.³² Onder meer is het van belang dat de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant wordt beschermd. In beginsel mag de potentiële werkgever alleen vragen stellen die relevant zijn voor de desbetreffende functie.

29 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (Vaessen-Schoemaker/Shell); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

30 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-34.

31 Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen inzake wervings- en selectiebeleid van ondernemingen*, Den Haag 1991, ook in: M.A.C. de Wit, *Aanbevolen arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu 1995, p. 117.

32 De code is te raadplegen via de NVP-site: <www.nvp-plaza.nl>.

Ook de werkzoekende heeft verplichtingen. Ook hij moet zich correct opstellen tijdens de sollicitatiefase. Het verzwijgen van gegevens over bijvoorbeeld diploma's, arbeidsverleden en arbeidsongeschiktheid voor de functie kan aanleiding zijn tot ontslag, indien dit later naar voren komt. Die gegevens moeten dan wel weer relevant zijn voor de beoordeling van de geschiktheid voor de functie en niet in strijd met de wet zijn gevraagd.

Voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst gelden de algemene vereisten voor het totstandkomen van overeenkomsten. Zo mag er geen sprake zijn van bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW). Ook mag de overeenkomst niet door dwaling totstandkomen (art. 6:228 BW). Is dat wel het geval, dan kan de partij die hiervan het slachtoffer is geworden de overeenkomst vernietigen. Als de werknemer de werkgever misleidt door het tonen van valse of vervalste getuigschriften, of opzettelijk valse informatie verstrekt over de wijze waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd, kan dit overigens ook aanleiding zijn voor ontslag op staande voet (art. 7:678 lid 2 onder a BW).

Een arbeidsovereenkomst mag niet in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW). Dit sluit niet uit dat bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst met een illegaal werkende vreemdeling rechtsgeldig kan zijn. Het verbod tot tewerkstelling van vreemdelingen uit de Wet arbeid vreemdelingen richt zich tot de werkgever. De illegaal werkende buitenlander mag daarvan niet onnodig de dupe worden. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst wel beëindigen, maar is toch loon verschuldigd over de gewerkte tijd en is gebonden aan de regels van het ontslagrecht.³³ Het risico van het overtreden van de wet ligt hier bij de werkgever. Een in vrijheid gesloten overeen-

³³ HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492 (El Araichi/Roemo Total Care).

komst tot het bedrijven van prostitutie in dienst van een werkgever is evenmin in strijd met deze bepaling, zeker nu de exploitatie van prostitutie niet meer strafrechtelijk is verboden. Ook het werken als medewerker in een 'coffeeshop' gebeurt op basis van een geldige arbeidsovereenkomst, ook al is de verkoop van softdrugs niet legaal, maar wordt deze slechts gedoogd.

Wel in strijd met de openbare orde is een arbeidsovereenkomst waarvan het oogmerk evident niet geoorloofd is, bijvoorbeeld het werken als croupier in een illegaal casino, als vervoerder in het kader van mensenhandel, of als drukker van vals geld. Ook voor de werknemer is hier op voorhand duidelijk dat het werk niet geoorloofd is.

De arbeidsrechtelijke wetgeving kent diverse discriminatieverboden. Deze zijn geregeld in verschillende wetten. De meest uitgebreide regelgeving bestaat voor de discriminatie naar geslacht, waarvoor reeds jarenlang EG-richtlijnen bestaan. In Nederland kennen we op grond daarvan bepalingen in het BW (art. 7:646-647 BW) en – wat betreft de personeelswerving – artikel 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGBMV). Vandaar dat in personeelsadvertenties vaak met de term m/v uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de functie zowel voor mannen als vrouwen openstaat. Onder het discriminatieverbod naar geslacht valt overigens ook onderscheid naar zwangerschap. Het weigeren van een sollicitante wegens haar zwangerschap is verboden.

Daarnaast verbiedt artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) discriminatie op grond van geslacht, burgerlijke staat, godsdienst, hetero- of homoseksuele gerichtheid, levensovertuiging, politieke gezindheid en ras bij de vervulling van een openstaande betrekking. Voorts verbiedt de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte onderscheid op grond van een handicap of chronische ziekte. Ten aanzien van nationaliteit is van belang dat onderdanen van lidstaten van de Europese Gemeenschappen en landen die zijn aangesloten bij de Europese Economische Ruimte (EER)

gelijk moeten worden behandeld met Nederlanders wat betreft de toelating tot de arbeid op grond van vrij verkeer van werknemers – een van de basisvrijheden van de EG en EER. Voor buitenlanders die daar niet onder vallen, geldt juist dat zij ten aanzien van de indienstneming ongelijk moeten worden behandeld. Zij mogen niet werken zonder een werkvergunning op grond van de Wet arbeid vreemdelingen. Die wordt alleen verstrekt indien er geen kandidaten uit de EG/EER-landen voor deze functie beschikbaar zijn en dan nog slechts op tijdelijke basis. Onderscheid op grond van het dragen van een hoofddoekje kan onderscheid zijn op basis van godsdienst en/of nationaliteit en is op die grond verboden. Sommige werkgevers mogen wel een onderscheid maken indien dit noodzakelijk is voor het verwezenlijken van hun godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag. Zo mag een rooms-katholieke school een uitgesproken ‘anti-paapse’ leraar weigeren en mag het partijbureau van de Socialistische Partij een VVD’er als sollicitant weigeren. De AWGB kent in artikel 5 lid 2 hiervoor enkele nauwkeurig omschreven uitzonderingsgronden, die overigens nog tot allerlei discussies kunnen leiden over botsende grondrechten. Zo mag een confessionele school een homoseksueel niet enkel weigeren als onderwijzer omdat hij homoseksueel is, maar wel op grond van bijkomende factoren die de verwezenlijking van de grondslag van de school bedreigen.

Discriminatie bij de aanstelling op grond van leeftijd en handicap zijn in aparte wetten verboden. Wel is wetgeving op dit gebied in voorbereiding. Sollicitanten die menen te zijn afgewezen op grond van niet wettelijk geregelde discriminatie kunnen zich beroepen op de algemene discriminatieverboden van artikel 1 Grondwet en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Deze laten wel toe dat een objectieve rechtvaardiging voor een onderscheid wordt aangevoerd.³⁴

³⁴ HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS); Hof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004/12, met verwijzing naar de komende wet (r.o. 4.18).

Ten slotte kan men zich nog afvragen of de werkgever bij de selectie van personeel onderscheid mag maken op andere aspecten, zoals uiterlijke schoonheid, haardracht, kleding, piercings, tatoeages en dergelijke. Hierbij speelt – naast eventuele grondrechten van de werknemer – dat de werkgever wel enige ruimte moet hebben om personeel te kiezen dat past bij de wijze waarop de onderneming zich naar buiten wil presenteren.

Het is in het algemeen niet toegestaan om een werknemer aan een medisch onderzoek te onderwerpen voorafgaande aan de aanstelling. Dit is verboden om te voorkomen dat werkgevers werknemers gaan selecteren op het risico dat zij ziek worden. Dergelijk onderzoek heeft weinig voorspellende waarde voor mogelijk ziekteverzuim in de toekomst. Het toelaten ervan zou het voor werknemers die wel eens een ziekte hebben gehad erg moeilijk maken om werk te vinden.

Wel is een aanstellingskeuring toegelaten indien aan de vervulling van de functie 'bijzondere eisen' op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld. De bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de keurling en van derden worden daaronder begrepen. Een voetbalclub mag dus wel een profvoetballer die men aantrekt medisch laten onderzoeken, maar voor een gewone kantoorbaan zal er in het algemeen geen bijzondere reden zijn aan te voeren voor een medisch onderzoek. Keuringen mogen ook niet worden gehouden voor de aansluiting bij een collectief pensioenfonds of voor herverzekering van het ziekterisico bij een verzekeringsmaatschappij.

Deze kwesties zijn geregeld in de Wet op de medische keuringen. Deze bepaalt verder dat indien een onderzoek wel is toegestaan, dit ook niet verder mag gaan dan noodzakelijk voor dat doel. Bij de keuring verkregen gegevens mogen ook alleen voor dat doel worden gebruikt. Het onderzoek mag ten slotte geen onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de keurling. Zo is onderzoek naar het dragen van het HIV-virus niet toegestaan.

Anderzijds mag een werknemer ook niet solliciteren naar een functie waarvoor hij lichamelijk niet geschikt is. Dat kan zelfs aanleiding zijn tot ontslag op staande voet (art. 7:678 lid 2 onder b BW). Dit geldt te meer indien hij een kwaal verzwijgt in antwoord op een daarop gerichte vraag, terwijl hij had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.³⁵ Verzwijging van relevante informatie tijdens een aanstellingskeuring kan leiden tot weigering van loonbetaling tijdens ziekte (art. 7:629 lid 3 onder a BW). Ook kan de werkgever mogelijk de overeenkomst vernietigen op grond van dwaling bij het sluiten van de overeenkomst (art. 6:228 BW). Dit alles geldt voorzover er geen sprake is van verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.

5 Varianten van arbeidsovereenkomsten

De arbeidsovereenkomst kan verschillende vormen aannemen. De volgende vormen zijn hier van belang.

Deeltijdcontract

In een arbeidsovereenkomst tot het verrichten van deeltijdarbeid is het voornaamste verschil met een 'normale' arbeidsovereenkomst dat niet wordt gewerkt gedurende de volledige werkweek, zoals die gangbaar is binnen de desbetreffende onderneming of bedrijfstak. In de praktijk worden in de meeste gevallen deeltijdwerkers voor het overige gelijk behandeld met voltijdwerkers. Dit houdt in dat zij gelijke arbeidsvoorwaarden hebben, zij het dat deze kunnen worden toegekend naar rato van de arbeidstijd. Het probleem hierbij is vooral dat niet elke arbeidsvoorwaarde deelbaar is (reiskostenvergoeding, ziektekostenvergoeding e.d.). Gelijke behandeling is ook wettelijk voorgeschreven, behalve indien voor een uitzondering een objectieve rechtvaardigingsgrond

³⁵ HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507 (Mijnals/NDSM).

bestaat (art. 7:648 BW). Aangezien de afwijking van een normale arbeidsovereenkomst als regel slechts het aantal te werken uren betreft, is in dit boek geen apart model opgenomen voor een deeltijdcontract. Overigens kan de werknemer verzoeken de arbeidsduur te verkorten of te verlengen. In veel gevallen is de werkgever op grond van de Wet aanpassing arbeidsduur gehouden zo'n verzoek in te willigen.

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Bij deze overeenkomst is het moment waarop de overeenkomst eindigt reeds tevoren vastgelegd. Dat moment kan worden bepaald door:

- een kalenderdatum: het contract eindigt dan bijvoorbeeld op 1 maart van het volgend jaar;
- een aangegeven termijn voor de duur van het contract: het contract eindigt dan bijvoorbeeld na een jaar;
- een omschrijving van het werk dat moet worden voltooid: het contract eindigt dan na afronding van het in het contract omschreven project;
- vervanging van een andere werknemer: het contract eindigt dan bijvoorbeeld na terugkeer van een zieke werknemer.

Het contract voor bepaalde tijd eindigt eenvoudig doordat de overeengekomen termijn verstrijkt. Om misbruik te voorkomen zijn echter beperkingen gesteld aan het aantal malen dat een contract voor bepaalde tijd kan worden afgesloten en de duur die achtereenvolgende contracten kunnen hebben. Om hiermee rekening te houden en om een aantal andere gevolgen goed te regelen (zoals de mogelijkheid van tussentijdse opzegging) is in deze uitgave een apart model opgenomen van het contract voor bepaalde tijd.

Flexibele arbeidsrelaties

In de praktijk wordt een aantal arbeidsrelaties aangeduid als 'flexibele arbeidsrelaties'. Kenmerkend voor deze arbeidsrelaties is in de eerste

plaats dat zij afwijken van het model van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor een volledige werkweek. Daaronder vallen de reeds genoemde contracten voor deeltijdarbeid en voor bepaalde tijd. Maar daarnaast bestaat er een aantal arbeidsverhoudingen waarbij de inzet van degene die werkt zo sterk kan fluctueren dat er twijfel kan bestaan of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Hierbij gaat het om de volgende vormen van arbeid.

Oproeparbeid

Kenmerkend voor oproeparbeid is dat er alleen arbeid wordt verricht indien de werkgever aangeeft werk beschikbaar te hebben. Drie soorten oproepovereenkomsten worden daarbij onderscheiden:

- de voorovereenkomst. Bij deze overeenkomst komen partijen nog niet overeen dat er zal worden gewerkt. Het is dus nog geen arbeidsovereenkomst. Partijen spreken alleen af wat de arbeidsvoorwaarden zullen zijn indien er een oproep plaatsvindt en de werknemer daarop ingaat. Vindt dan later een oproep plaats, dan wordt voor de (soms heel korte) duur van die oproep een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, onder de reeds in de voorovereenkomst bepaalde arbeidsvoorwaarden. Kenmerkend voor de voorovereenkomst is dat beide partijen nog niet tot arbeid zijn gebonden;
- de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Bij deze overeenkomst wordt reeds direct afgesproken dat er zal worden gewerkt, alleen staat nog niet vast op welke momenten dat het geval zal zijn. Staat het aantal uren nog in het geheel niet vast, dan spreekt men van een nul-urencontract. De werkgever is dan verplicht om de werknemer op te roepen als er werk voorhanden is;
- het min/max-contract. Als variant op de tweede overeenkomst wordt een minimum- (en soms ook een maximum)aantal uren per week of per maand afgesproken. Men spreekt dan wel van een min/max-contract.

Kenmerkend voor de voorovereenkomst is het vrijblijvende karakter ervan. Bij een regelmatige inzet kan aan die vrijblijvendheid worden getwijfeld. De wet kent het in paragraaf 4 genoemde rechtsvermoeden, inhoudende dat al na enkele maanden regelmatige arbeid de overeenkomst wordt vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn, waarna de werkgever die dit betwist het tegendeel moet bewijzen (art. 7:610a BW). De voorovereenkomst is daarom in het algemeen alleen te gebruiken bij zeer incidentele inzet van de werknemer, als de werkgever niet het personeel kan inzetten dat een essentieel onderdeel vormt van de bedrijfsvoering. Om die reden is in deze uitgave alleen een model opgenomen in de tweede en derde variant: de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

Uitzendarbeid

Bij deze arbeidsverhouding treedt de werknemer in dienst van het uitzendbureau op grond van een zogeheten uitzendovereenkomst. Het uitzendbureau zendt de werknemer vervolgens uit naar een inlenende onderneming. Daarbij wordt de bevoegdheid om gezag over de werknemer uit te oefenen grotendeels aan de inlener overgedragen. Gedurende het eerste halfjaar van de uitzendovereenkomst bestaat er een grote flexibiliteit, omdat het wettelijke ontslagrecht op een aantal punten is versoepeld (art. 7:690-691 BW). De uitzend-CAO verlengt deze termijn en regelt daarnaast uitvoerig de rechtspositie van de uitzendkracht. Omdat uitzendcontracten meestal door uitzendbureaus worden opgesteld aan de hand van standaardcontracten, is in deze uitgave afgezien van opneming van een model.

Detachering

In dit contract wordt een werknemer door zijn werkgever uitgeleend aan een andere onderneming, bijvoorbeeld om daar een computernetwerk te installeren of een project te begeleiden. De bevoegdheid om aanwijzingen te geven wordt overgedragen aan de inlener. Het verschil met de uitzendovereenkomst is hierin gelegen, dat detache-

ring niet alleen plaatsvindt door bedrijven die van het uitzenden van werknemers specifiek hun beroep maken, maar ook door ondernemingen die slechts als onderdeel van hun andere activiteiten werknemers detacheren bij een collega-onderneming. Dit kan ook al aan de orde zijn bij een tijdelijk personeeloverschot. Aangezien iedere ondernemer zelf kan overgaan tot detachering, is in deze uitgave een model voor een detacheringsovereenkomst opgenomen.

Thuisarbeid

Onder thuisarbeid valt arbeid tegen beloning voor een ander, welke door de werknemer in zijn eigen huis wordt verricht. Naast traditioneel thuiswerk, zoals garnalen pellen en schoenen stikken, komt thuiswerk tegenwoordig ook voor bij moderne taken die op afstand via de computer kunnen worden verricht (telewerk).

Thuiswerk kan zowel op zelfstandige basis geschieden – meestal voor verschillende opdrachtgevers – als in het kader van een arbeidsovereenkomst. Aangezien het telewerken in belang toeneemt en dit fenomeen in de regel in de vorm van een arbeidsovereenkomst is gegoten, is in dit boek een model voor de laatste variant opgenomen.

Freelance arbeid

Freelance arbeid is geen juridisch begrip. In wezen betreft het zelfstandige arbeid op basis van overeenkomsten van opdracht. De term wordt vooral gebruikt in creatieve beroepen en de journalistiek. Als regel zal de freelancer voor verschillende opdrachtgevers prestaties leveren. Bij een freelance contract is de grens met een arbeidsovereenkomst ook niet altijd duidelijk. Het komt voor dat iemand als freelancer begint, maar na verloop van tijd in feite in dienst is getreden bij één opdrachtgever. Ook komt het voor dat de werkgever of werknemer uit kostenbesparing of fiscale overwegingen de voorkeur geeft aan een freelance formule, hoewel er in feite gewoon sprake is van een gezagsverhouding. Toch is het mogelijk een freelance contract te hebben, dat werkelijk geen arbeidsovereenkomst is. Een model is in deze uitgave opgenomen.

6 Bedingen

Een aantal veelvoorkomende en/of wettelijk gereguleerde bedingen zal in deze uitgave bijzondere aandacht krijgen. Deze bedingen zijn steeds opgenomen in de toepasselijke modelovereenkomsten. De toelichting vermeldt steeds nauwkeurig om welke redenen zij kunnen worden gebruikt en de voorwaarden die daaraan zijn verbonden.

Wijzigingsbeding

Dit beding houdt in dat de werkgever zich de bevoegdheid voorbehoudt een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Dit beding moet schriftelijk worden aangegaan. Een beroep erop mag alleen worden gedaan als de werkgever 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 (art. 7:613 BW).

Incorporatiebeding

Dit beding houdt in dat in de arbeidsovereenkomst een andere regeling wordt opgenomen, meestal de CAO of een interne ondernemingsregeling. Dit kan ook een tussen ondernemer en ondernemingsraad gesloten ondernemingsovereenkomst zijn. Partijen zijn dan aan deze regeling net zo gebonden als aan de rest van de arbeidsovereenkomst. Indien de desbetreffende regeling op rechtsgeldige wijze wordt gewijzigd, zullen zij in beginsel ook aan die wijziging zijn gebonden, ook als dit niet uitdrukkelijk is overeengekomen, tenzij dit in strijd zou komen met de redelijkheid en billijkheid.

Proeftijdbeding

Dit beding biedt de mogelijkheid voor partijen om, alvorens voor de toekomst gebonden te zijn, zich gedurende een periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaanders hoedanigheden en van

de geschiktheid van de werknemer voor de overeengekomen arbeid. Met het oog op de belangen van de werknemers is deze periode beperkt.³⁶ Gedurende de proeftijd mag ieder der partijen de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen (art. 7:676 BW). De wet eist dat het beding schriftelijk wordt overeengekomen. De maximale duur van de proeftijd is twee maanden. Het maximum is één maand bij contracten voor bepaalde tijd voor minder dan twee jaar dan wel als de einddatum niet op een kalenderdatum is bepaald. Bij CAO kan echter ook voor laatstbedoelde situaties een langere proeftijd worden toegelaten met een maximum van twee maanden. De proeftijd moet voor beide partijen gelijk zijn. Strijdigheid met deze voorschriften leidt tot nietigheid van het beding en niet tot omzetting in het beding dat wel geldig gesloten had mogen worden (art. 7:652 BW).³⁷

Aan de maximale duur van de proeftijd van één of twee maanden wordt strikt de hand gehouden. Men spreekt van de 'ijzeren proeftijd'. De proeftijd is voor de werknemer een dusdanig rechteloze periode dat deze niet mag worden opgerekt. Zelfs opschorting van de proeftijd wegens ziekte van de werknemer tijdens de proeftijd, waardoor de proeftijd als geheel een langere periode gaat omvatten dan wettelijk is toegestaan, leidt tot nietigheid van het beding.³⁸ Eveneens is nietig een proeftijdbeding:

- in een tweede arbeidsovereenkomst die kort volgt op de eerste;³⁹
- in een arbeidsovereenkomst die volgt op een periode waarin de werknemer hetzelfde werk als uitzendkracht heeft gedaan;⁴⁰ of

36 HR 2 oktober 1987, NJ 1988, 233 (Pons/Meerman).

37 HR 27 februari 1930, NJ 1930, p. 977 (Koolsbergen/Hubregtse); HR 8 juli 1987, NJ 1988, 232 (Hensbergen/Albers).

38 HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (Oranje/Monroe); HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (Keizer/Van Dijk).

39 HR 2 oktober 1987, NJ 1988, 233 (Pons/Meerman); HR 8 mei 1992, NJ 1992, 480, JAR 1992/24 (Van Summeren/Ozkan).

40 HR 13 september 1991, NJ 1992, 130 (Dingler/Merkelbach).

- met een werkgever die moet worden beschouwd als de rechtsopvolger van de vorige.⁴¹

Indien een tweede arbeidsovereenkomst wordt gesloten, mag daarin alleen een proeftijd worden overeengekomen zolang de totale duur van tussen partijen overeengekomen proeftijden niet het wettelijke maximum overstijgt. Dit ligt alleen anders indien de werknemer een nieuwe functie krijgt die nieuwe vaardigheden eist of zwaardere verantwoordelijkheden meebrengt, waarover in de eerste functie onvoldoende inzicht kon worden verkregen.⁴²

Boetebeding

Als de werkgever een boete wil stellen op overtreding van bepaalde voorschriften, is dat alleen mogelijk indien de arbeidsovereenkomst die voorschriften vermeldt, alsmede het bedrag van de boete die op overtreding staat. Het boetebeding moet schriftelijk worden overeengekomen. De wet stelt nog een aantal grenzen aan de bestemming en de hoogte van de boete. Hiervan kan alleen schriftelijk worden afgeweken voor werknemers die meer verdienen dan het minimumloon. De rechter kan de boete in andere gevallen steeds matigen (art. 7:650 BW).

Concurrentiebeding

Dit is een beding dat de werknemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn. Het kan bepalen dat een werknemer niet bij een concurrent in dienst mag treden, geen relaties mag meenemen, niet in hetzelfde

41 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293 (Slijkoord/Hekkema); HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (Wareman/Demu).

42 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244 (Hardchroom/Yigit); HR 6 december 1985, NJ 1986, 230 (Van der Leelie/Benton & Bowles); HR 13 juni 1986, NJ 1986, 715 (Raithel/Engel); HR 23 april 1993, JAR 1993/121 (Bakermans/Stad-service Nederland).

gebied mag werken enzovoort. Vaak bevat het beding een boetebe-
paling op overtreding. Het beding mag alleen schriftelijk worden aan-
gegaan met een meerderjarige werknemer. De rechter kan het beding
geheel of gedeeltelijk vernietigen (matigen) indien de werknemer er
onbillijk door wordt benadeeld (art. 7:653 BW).⁴³

Ontbindende voorwaarde

Dit beding houdt in dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal
eindigen bij het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis (art. 6:22
BW). Een dergelijk beding kan onverenigbaar zijn met het stelsel van
ontslagrecht, maar dit is niet noodzakelijk het geval. Van geval tot
geval moet daarom over de geldigheid van het beding worden beslist.
Zo werd een beding geldig geacht dat het voortduren van een
arbeidsovereenkomst van een arts met een maatschap afhankelijk stel-
de van de toelating van de arts tot het ziekenhuis waaraan de maat-
schap was verbonden.⁴⁴ Niet werd toelaatbaar geacht een ontbinden-
de voorwaarde die intrad zodra de werkgever het bedrijf beëindig-
de.⁴⁵ Een dergelijk beding zou immers het ontslagrecht ondermijnen
dat een uitgebreide regeling geeft ter bescherming van de werknemer
bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.

Wettelijk zijn ontbindende voorwaarden wegens huwelijk en gere-
gistreerd partnerschap van de werknemer en zwangerschap of beval-
ling van de werkneemster verboden (art. 7:667 lid 7 en 8 BW).
Toegestaan is een beding in een uitzendovereenkomst dat deze gedu-
rende de eerste periode eindigt indien de inlener verzoekt een einde
te maken aan de uitzending (art. 7:691 lid 2 BW).

43 Zie uitvoerig over deze materie F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*,
Deventer: Kluwer 1995 en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeids-
overeenkomst*, Den Haag: Elsevier 1999.

44 HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, JAR 1992/10 (Mungra/Van Meir en Teeuw). Zie
ook HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607, JAR 2002/45 (Monte/BNA).

45 HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685, JAR 1996/141 (Van Zijl/Van Koppen). Zie voorts
HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708 (Arrindell/Port de Plaisance).

Bepaaldetijdbeding

Dit beding houdt in dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten. Het beding hoeft volgens de wet niet schriftelijk te worden gemaakt. Maar indien het bestaan van het beding wordt betwist, zal de werkgever het bewijs moeten leveren dat het overeengekomen is. Om die reden wordt dit beding in de praktijk gewoonlijk schriftelijk vastgelegd. Essentieel is dat het moment waarop de overeenkomst eindigt objectief is bepaald en dat dit niet door een van de partijen is te beïnvloeden.

Indien partijen willen dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds kan worden opgezegd, moet dit ook uitdrukkelijk worden bedongen. Dit beding van tussentijdse opzegging is alleen geldig indien het schriftelijk is overeengekomen en geldt voor beide partijen (art. 7:667 lid 3 BW).

7 Verjaring

Bij het vastleggen van de wederzijdse rechten en verplichtingen zal de aandacht niet direct gericht zijn op verjaringstermijnen van verschillende vorderingen die kunnen ontstaan. In het civiele arbeidsrecht komen echter vele uiteenlopende verjarings- en vervaltermijnen voor en vrijwel evenzoveel uiteenlopende momenten waarop deze termijnen een aanvang nemen. De wetgever heeft er niet voor gekozen de kwestie van de verjaring in het arbeidsrecht geconcentreerd op één plaats in de wet vast te leggen. Op verschillende plaatsen komt een bepaling voor ter zake van de verjaring die specifiek betrekking heeft op het in dat onderdeel van de wet behandelde onderwerp. De verschillende verjaringsregels zijn daardoor niet altijd eenvoudig terug te vinden. De verspreide codificatie maakt het niet ondenkbaar dat op enig moment een termijn over het hoofd wordt gezien, met alle gevolgen van dien.

De bijzondere verjaringstermijnen in het arbeidsrecht zijn voorts aanzienlijk korter dan de algemene verjaringstermijnen. Daarmee heeft de

wetgever beoogd te bewerkstelligen dat werkgever en werknemer niet lange tijd in onzekerheid verkeren over hun rechtspositie. De keerzijde van deze medaille is vanzelfsprekend dat partijen in het arbeidsrecht aanzienlijk sneller achter het net vissen dan wanneer de algemene termijnen van toepassing zouden zijn.

Om bovengenoemde redenen is ervoor gekozen op deze plaats aandacht te besteden aan enkele verjaringstermijnen in het arbeidsrecht. In de uitleg van enkele modelbepalingen zal nader worden ingegaan op de verjaring van loonvorderingen of vakantieaanspraken.

In een aantal gevallen kent het arbeidsrecht geen afwijkende verjaringstermijn en dient een beroep te worden gedaan op de algemene verjaringstermijn. Een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling verjaart na drie jaar ingevolge artikel 3:52 BW. Artikel 7:614 BW bepaalt dat de termijn als bedoeld in artikel 3:52 lid 1 BW voor vernietigingsgronden voortvloeiend uit Boek 7 titel 10 begint op de dag volgend op die waarop een beroep op het beding is gedaan. Deze regeling van aanvang van de verjaringstermijn kende het oude BW niet. Met invoering van deze bepaling is op advies van de SER aangesloten bij de regeling omtrent algemene voorwaarden.

Voorts is van belang de verjaringstermijn van vijf jaar ingevolge de artikelen 3:307 en 308 BW. Artikel 3:307 BW ziet op nakoming van verbintenissen uit overeenkomst tot een geven of een doen. Onder deze verjaringstermijn valt de vordering tot betaling van niet-genoten vakantiedagen aan het einde van het dienstverband. Artikel 3:308 BW ziet onder meer op rechtsvorderingen tot betaling van alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald. Een 'gewone' loonvordering valt onder deze termijn van vijf jaar. Voorzichtigheid is echter geboden, omdat juist voor verschillende bijzondere loonvorderingen afwijkende verjaringstermijnen gelden.

Voor het geval de werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt voor schade als gevolg van beroepsziekte of bedrijfsongeval ingevolge artikel 7:658 BW, kent het arbeidsrecht geen speciale termijn. De werk-

nemer moet dan teruggrijpen naar artikel 3:310 BW: van toepassing is een verjaringstermijn van vijf jaar (relatief) of twintig jaar (absoluut). Evenmin geldt een afwijkende verjaringstermijn voor betaling van boetes na overtreding van een concurrentiebeding. Ook in dat kader geldt artikel 3:310 BW.

Indien de werkgever weigert een vordering van de werknemer te erkennen of te betalen op – naar later blijkt – onjuiste gronden, dan levert dit enkele feit geen ‘opzettelijk verborgen houden van de schuld’ op als bedoeld in artikel 3:321 lid 1 onder f BW (dat als sanctie kent de verlenging van de verjaringstermijn).⁴⁶

De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna: WGBMV) stelt in paragraaf 2 regels met betrekking tot gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde. Indien bij het vaststellen van loon door de werkgever direct of indirect onderscheid is gemaakt naar geslacht, kan de werknemer die door dat onderscheid nadelig is getroffen jegens de werkgever aanspraak maken op betaling van loon dat gelijk is aan dat van werknemers die arbeid van gelijke waarde verrichten. Een loonvordering in verband met ongelijke behandeling is onderhevig aan de algemene verjaringstermijn van artikel 3:308 BW. De verjaring neemt een aanvang op het tijdstip waarop uitbetaling van het (correcte) loon had moeten geschieden.

Artikel 7:646 BW verbiedt de werkgever onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Opzegging in strijd met artikel 7:646 BW is vernietigbaar ingevolge artikel 7:647 BW. Gelet op het uitdrukkelijke verschil in terminologie tussen lid 2 en 3 van de laatste bepaling moet worden aangenomen dat lid 2 een vervaltermijn stelt – waarvan stuiting niet

46 HR 1 november 2002, JAR 2002/278.

mogelijk is – en dat lid 3 voor het instellen van de daaruit voortvloeiende rechtsvordering een verjaringstermijn bevat. Dezelfde verval- en verjaringstermijnen gelden in geval van opzegging in strijd met het verbod op onderscheid naar arbeidsduur of het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst (zie art. 7:648 en 7:649 BW).

Artikel 7:760b BW bepaalt dat de artikelen 670 en 670a BW niet van toepassing zijn in geval van opzegging tijdens de proeftijd of wegens een dringende reden. Het opzegverbod van artikel 7:647 BW is in geval van een dergelijke opzegging dus wel van toepassing, hetgeen van belang is bij het bepalen welke nietigheid wordt ingeroepen of op welke vernietigbaarheid een beroep wordt gedaan, en daarmee welke verjaringstermijn van toepassing is.

In het kader van ontslag gelden verschillende bijzondere verjaringstermijnen. Het is zinvol deze paraat te hebben om te kunnen beoordelen hoe lang rekening moet worden gehouden met de eventuele herleving van de aanspraken uit hoofde van de arbeidsovereenkomst.

In de regel kan een arbeidsovereenkomst door de werkgever slechts rechtsgeldig worden opgezegd met toestemming van de Raad van Bestuur van de Centrale Organisatie Werk en Inkomen (CWI). Die toestemming is slechts dan niet vereist, indien sprake is van een (rechtsgeldig) ontslag op staande voet, van een ontslag tijdens de proeftijd of van ontslag ten gevolge van faillissement van de werkgever (art. 6 BBA lid 1 en 2). De werknemer wiens arbeidsovereenkomst ten onrechte zonder toestemming van de CWI is opgezegd en die van oordeel is dat van een van de uitzonderingsbepalingen geen sprake is, kan binnen zes maanden de vernietigbaarheid van die opzegging inroepen. Deze termijn vloeit voort uit artikel 9 BBA.

Deze termijn heeft het karakter van een vervaltermijn. Door het verstrijken van de termijn gaat de bevoegdheid om het ontslag te vernietigen derhalve van rechtswege teniet. Nu de mogelijkheid van vernietiging uitsluitend is geschreven in het belang van de werknemer,

behoeft de rechter de stelling van de werknemer dat hij de nietigheid van het ontslag tijdig heeft ingeroepen evenwel niet ambtshalve te onderzoeken; een dergelijk onderzoek komt eerst aan de orde indien de werkgever deze stelling van de werknemer heeft betwist.⁴⁷ Wel is nodig dat de werknemer stelt het ontslag tijdig te hebben vernietigd. Ontbreekt die stelling en blijkt uit de processtukken dat de werknemer eerst na het verstrijken van de termijn van zes maanden op de vernietigbaarheid een beroep heeft gedaan, dan dient de rechter – zo brengt het karakter van de vervaltermijn mee – op die ontijdigheid wel ambtshalve acht te slaan.⁴⁸ De Hoge Raad komt de werknemer overigens wel enigszins tegemoet, nu hij aan de vernietiging van het ontslag geen hoge eisen stelt.⁴⁹ In het door de Hoge Raad beoordeelde geval was door de raadsman van de werknemer niet met zoveel woorden een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag gedaan, maar was volstaan met een opmerking in een brief dat volgens de werknemer ‘geen dringende reden aanwezig was’ en dat de werknemer ‘zich voor werk te uwer beschikking (blijft) stellen’.

De vraag kan zich voordoen op welk moment de vervaltermijn van artikel 9 BBA een aanvang neemt. De sanctie van vernietiging ziet op opzegging zonder de vereiste toestemming van de CWI. Aldus ligt het in de rede dat de vervaltermijn van artikel 9 BBA een aanvang neemt op het moment dat de rechtshandeling van de opzegging tot stand is gekomen, hetgeen in beginsel wil zeggen dat de opzegging de werknemer moet hebben bereikt (art. 3:37 lid 3 BW).⁵⁰ Dit ligt iets anders in gevallen waarbij de werkgever de arbeidsovereenkomst wel met toestemming van de CWI heeft opgezegd, maar waarbij de CWI de toestemming onder bepaalde voorwaarden heeft verleend. In een dergelijk geval gaat de vervaltermijn van artikel 9 BBA eerst lopen op het

47 HR 1 november 1974, NJ 1975, 343 (Venema/Glas).

48 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 766, JAR 1998/184 (GTI/Kluppel).

49 HR 17 april 1998, NJ 1998, 495, JAR 1998/152 (P./Heineken).

50 HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 (Hoogovens Groep/Mouchkelly).

moment waarop de werknemer met de vervulling van die voorwaarde is bekend geworden.⁵¹

In de regel zal de werknemer niet willen volstaan met een vernietiging van het ontslag zonder de vereiste toestemming van de CWI. Gevolg van de vernietiging van de opzegging is het onverminderd voortduren van de arbeidsovereenkomst met in beginsel (art. 7:628 BW) een aanspraak van de werknemer op doorbetaling van salaris. Naast de vernietiging van het ontslag is een vordering tot loondoorbetaling mogelijk. Heeft de werknemer eenmaal tijdig de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigd, dan heeft hij vervolgens vijf jaar de tijd om de loonvorderingsprocedure aanhangig te maken. Deze termijn vloeit voort uit het algemene verjaringsartikel 3:308 BW. Het bijzondere verjaringsartikel 7:683 BW is op een dergelijke loonvordering nadrukkelijk niet van toepassing.

De opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder toestemming van de CWI is niet de enige grond waarop een arbeidsovereenkomst kan worden vernietigd. De werknemer kan ook een opzegging vernietigen indien deze opzegging geschiedt in strijd met een van de opzegverboden genoemd in de artikelen 7:670 en 670a BW. Men zij erop bedacht dat in dat geval een aanzienlijk kortere termijn geldt dan in het geval van vernietiging wegens opzegging zonder CWI-vergunning: binnen twee maanden na de opzegging moet de werknemer op de vernietigingsgrond een beroep doen (art. 7:677 lid 5 BW). Ook zij men erop bedacht dat een loonvordering na een vernietiging van de opzegging vanwege strijd met een opzegverbod moet worden ingesteld binnen een termijn van slechts zes maanden (art. 7:683 lid 2 BW). Ook voor de loonvorderingsprocedure geldt bij opzegging wegens strijd met een opzegverbod dus een aanzienlijk kortere termijn dan in het geval van een loonvorderingsprocedure na een ontslag zonder CWI-toestemming. Voorts is van belang op te merken dat in geval van opzegging in strijd met een opzegverbod de enig mogelijke actie

51 HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705 (Van der Hop/Muskens).

voor de werknemer is de vernietiging van deze opzegging; de werknemer heeft uitdrukkelijk niet de mogelijkheid de schadeloosstelling te vorderen wegens onregelmatig ontslag, voor welke vordering niet de korte vervaltermijn van twee maanden geldt (art. 7:677 lid 5 BW eerste alinea).

Artikel 7:683 BW bepaalt voor een aantal met name genoemde rechtsvorderingen de daarvoor geldende verjaringstermijn op zes maanden. Het gaat hier om een vordering uit hoogte van onregelmatige opzegging (art. 7:677 lid 4 BW), de vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 lid 1 BW) en de vordering tot herstel van de dienstbetrekking na een onregelmatige of een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:682 lid 1 BW). Uit lid 2 van artikel 7:683 BW volgt dat de verjaringstermijn van zes maanden ook geldt voor de vordering van de werknemer in verband met de hiervóór reeds genoemde vernietiging van de opzegging wegens strijd met een opzegverbod (art. 7:677 lid 5 BW). Artikel 7:683 BW heeft uitsluitend gelding voor deze met zoveel woorden genoemde rechtsvorderingen; voor in deze bepaling niet genoemde vorderingen – te denken valt met name aan de loonvordering na een vernietigd ontslag wegens het ontbreken van de CWI-toestemming – geldt de gewone verjaringstermijn van vijf jaar.⁵² De verjaringstermijn van artikel 7:683 BW neemt een aanvang op het moment waarop de arbeidsovereenkomst feitelijk tot een einde is gekomen.⁵³ Dit geldt ook voor een rechtsvordering die voortvloeit uit het tweede lid van artikel 7:683 BW.⁵⁴ Dat laatste is juridisch niet geheel zuiver. Het tweede lid ziet immers op een rechtsvordering die voortvloeit uit een vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:677 lid 5 BW; in een dergelijk geval kan in feite niet worden aangeknoopt bij het feitelijk einde van de

52 HR 29 december 1995, NJ 1996, 418, JAR 1996/29 (Buyck/Van den Ameele); HR 4 september 1998, NJ 1999, 267, JAR 1998/200 (Van der Burgt/Thans Plastics).

53 HR 20 maart 1970, NJ 1970, 250 (Marges/Stichting Jeugdhuis Enschede).

54 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 961 (Van Til/Daniël de Brouwerstichting).

arbeidsovereenkomst, nu de vernietiging van de opzegging juist meebrengt dat de arbeidsovereenkomst gewoon voortduurt. Op grond van de thans geldende leer moet kennelijk evenwel voor de aanvang van de verjaringstermijn worden aangeknoopt bij het fictieve einde van de arbeidsovereenkomst, te weten het moment waarop de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd indien het ontslag rechtsgeldig zou zijn geweest.⁵⁵ Ten slotte in verband met artikel 7:683 BW: het betreft hier geen verval, maar een verjaringstermijn die op normale wijze kan worden gestuit.⁵⁶

8 Arbeidsrechtelijke wetgeving

Het arbeidsrecht is in Nederland niet in één samenhangend wetboek geregeld. Naast de belangrijke regelingen in het Burgerlijk Wetboek bestaan nog diverse relevante wetten, zowel van privaats- als van publiekrechtelijke aard. Thans worden enkele van de belangrijkste genoemd.

Voor de sollicitatiefase is allereerst de Wet op de medische keuringen van belang. Deze wet beperkt de mogelijkheid van medische keuringen bij de aanstelling en regelt het verloop ervan. Voorts zijn van belang wetten die zijn gericht op bemiddeling of de integratie van bijzondere groepen. De Wet Structuur Uitvoeringsorganisatie Werk en Inkomen regelt onder andere de organisatie van de Centrale Organisatie Werk en Inkomen en haar taken, zoals de registratie van werkzoekenden en de arbeidsbemiddeling (zie bijvoorbeeld art. 21). De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs regelt de arbeidsbemiddeling buiten de overheid.

55 A.M. Luttmer-Kat, Wanneer begint de verjaringstermijn van art. 7:683 BW?, SR 1999, nr. 7/8, p. 196.

56 Zie voor mogelijke complicaties in geval van het aanhangig maken van de rechtsvordering door middel van een dagvaardingsformulier in de zin van art. 104 Rv (oud) Ktr. Amsterdam 25 januari 1994, JAR 1994/42.

Een aantal wetten is gericht op specifieke groepen. De Wet inschakeling werkzoekenden regelt de gemeentelijke werkfondsen voor de voorzieningen om de toetreding van langdurig werklozen en jongeren tot het arbeidsproces te bevorderen. De participatie van minderheden en arbeidsgehandicapten staat centraal in de Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden respectievelijk de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten. De eerste wet voorziet onder meer in registratie en openbaarheid, de tweede hanteert onder meer premiekorting als instrument. Ten slotte, het aangaan van een arbeidsovereenkomst met onderdanen van landen buiten de EU of de EER vergt oriëntatie op de Wet arbeid vreemdelingen.

Voor het redigeren van arbeidsovereenkomsten is de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag van belang. Waar het BW de loonhoogte aan partijen overlaat, regelt deze wet de minimale aanspraak van werknemers op een bepaalde loonhoogte. Daarnaast regelt de wet de minimale aanspraak op vakantiebijslag.

Voor de bepaling van het uit te keren loon zijn relevant de wettelijke regelingen inzake socialeverzekeringspremies en belastingen: de Werkloosheidswet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Ziekenfondswet, de Coördinatiewet Sociale Verzekering, de Wet op de loonbelasting en de Wet inkomstenbelasting 2001.

Voorts dient aan de hand van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten te worden bepaald in hoeverre de overeenkomst mede gedictieerd wordt door collectieve overeenkomsten. Ten slotte zullen de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene wet gelijke behandeling nopen de overeen te komen arbeidsvoorwaarden te vergelijken met die van relevante collega's, om te voorkomen dat er in het individuele geval sprake is van discriminatie.

Bij de uitvoering van de overeenkomst zal rekening moeten worden gehouden met de Arbeidstijdenwet en het bijbehorende Arbeids-

tijdenbesluit, waarin beperkingen worden gesteld aan de arbeidstijden. Voorts worden in de Arbeidsomstandighedenwet en in het Arbobesluit en de Arboregeling voorschriften gegeven over het beleid dat de werkgever moet voeren om de veiligheid en gezondheid van werknemers te bevorderen, het overleg met de ondernemingsraad, de Arbo-dienst en het toezicht door de Arbeidsinspectie.

Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 van belang. Dit wetsbesluit is met name van belang voor het vereiste van toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening voor opzegging van arbeidsovereenkomsten door de werkgever. Daarnaast regelt dit Besluit de mogelijkheid van collectieve werktijdverkorting (met overeenkomstige verlaging van loon) met toestemming van de Arbeidsinspectie in geval van tijdelijke vermindering van bedrijvigheid. De werkgever is derhalve bij collectieve werktijdverkorting niet aangewezen op een beoordeling van de wijziging van de arbeidsovereenkomst in ieder individueel geval. De Wet melding collectief ontslag bevat het vereiste dat in geval van ontslag van twintig of meer werknemers binnen een periode van drie maanden in het werkgebied van de CWI de vakorganisaties worden geïnformeerd en geraadpleegd, terwijl ook melding moet plaatsvinden bij de CWI.

De Faillissementswet ten slotte – niet een typisch ‘arbeidsrechtelijke’ wet – bevat bepalingen welke de curator in een faillissement en een bewindvoerder bij surseance van betaling in acht moeten nemen, zoals een aangepaste opzegtermijn bij ontslag.

9 Dwingend recht

In het recht met betrekking tot de arbeidsovereenkomst hanteert de wetgever vormen van dwingend recht. De reden hiervoor is dat het arbeidsrecht poogt de werknemer te beschermen tegen overeenkom-

sten die voor de werkgever te gunstig zijn, als gevolg van de veelal minder sterke onderhandelingspositie van de kandidaat-werknemer. In tegenstelling tot het zogenoemde aanvullend recht, waarvan partijen en contractueel mogen afwijken, laat dwingend recht geen afwijking toe. Dit betekent dat indien partijen iets overeenkomen in strijd met een dwingendrechtelijke bepaling, dit beding veelal nietig of vernietigbaar is.

Wie wil weten welke bepalingen van dwingend recht zijn, vindt steun in een vanwege het kabinet verstrekt overzicht.⁵⁷ Aan het overzicht ligt de gedachte ten grondslag dat de bepalingen zijn te herkennen door een uitdrukkelijk verbod tot afwijking – zoals in artikel 7:645 BW, dat de gehele afdeling inzake vakantie en verlof tot dwingend recht verklaart – of door de dwingende formulering. Termen als niet kunnen, niet mogen, verplicht of niet bevrijdend zijn, duiden op een dwingend karakter. Er bestaan verschillende typen bepalingen van dwingend recht.

Volledig dwingend recht

Hierbij is geen enkele afwijking mogelijk. De wetgever acht de bepaling van dermate groot belang dat afwijking niet juist wordt geacht. Een afwijkende bepaling in de arbeidsovereenkomst is nietig. Een voorbeeld is artikel 7:633 BW waarbij overdracht van het recht op loon door de werknemer aan derden wordt beperkt.

In veel gevallen is alleen afwijking ten nadele van de werknemer niet mogelijk. Een daarvan afwijkende bepaling in de arbeidsovereenkomst is niet nietig, maar vernietigbaar. Een voorbeeld is artikel 7:626 BW, dat de werkgever verplicht de werknemer een loonstrookje te doen toekomen bij elke loonbetaling.

⁵⁷ Bijlage bij Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1. Zie ook W. Snijders, Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht, SR 2002, p. 137-147.