Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/99952

File ID	99952
Filename	Hoofdstuk 4: Van vermogensrecht naar arbeidsrecht

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief
Author	A.F. Bungener
Faculty	Faculty of Law
Year	2008
Pages	xviii, 417
ISBN	9789013052602

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/270535

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

4 VAN VERMOGENSRECHT NAAR ARBEIDSRECHT

4.1 Inleiding

De overeenkomst dient om ruil te reguleren. Bij de overeenkomst komt het beginsel van consensualisme sterk als uitgangspunt naar voren. Voor contractuele gebondenheid is wilsovereenstemming noodzakelijk. De schaarse mogelijkheden om de gebondenheid van de overeenkomst aan te tasten zonder wilsovereenstemming over die aantasting, hebben allemaal waarborgen, die ertoe leiden dat met de verbindende kracht van de overeenkomst voldoende rekening wordt gehouden. Soms moet een rechter worden betrokken bij het aantasten van de overeenkomst, bijvoorbeeld in het geval van art. 6:258 BW. In andere gevallen kan de partij die de overeenkomst opzegt worden verplicht tot het betalen van een vergoeding aan de wederpartij. Kortom, gebondenheid aan een overeenkomst is niet zonder meer aantastbaar en daardoor is het doel van partijen bij een overeenkomst, namelijk het reguleren van ruil, in voldoende mate te bereiken.

In de komende hoofdstukken staat de arbeidsovereenkomst centraal. In dit hoofdstuk komt de plaats van de arbeidsovereenkomst in het vermogensrecht aan de orde. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de historische achtergrond van de arbeidsovereenkomst. Daar komen verschillende regelingen aan de orde die van invloed zijn op de contractsvrijheid van partijen bij de arbeidsovereenkomst en die tevens invulling geven aan de rechtsverhouding tussen partijen bij de arbeidsovereenkomst. Vervolgens wordt het onderzoek toegespitst op de rechtsregels voor het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Het arbeidsrecht biedt ten opzichte van het overeenkomstenrecht meer juridische mogelijkheden om tot een contractuele wijziging te komen. Bij de arbeidsovereenkomst is meer behoefte om oorspronkelijke afspraken aan te passen en dat is te verklaren met behulp van een aantal specifieke kenmerken van de arbeidsovereenkomst, namelijk arbeid, ondergeschiktheid en organisatie. Deze kenmerken komen in aparte hoofdstukken aan de orde. Daarna wordt ingegaan op de rechtsregels voor het wijzigen van de arbeidsovereenkomst op individueel niveau, op collectief niveau en wordt ingegaan op het verband tussen de rechtsregels voor het wijzigen en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

4.2 De arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst

4.2.1 *De systematiek van het BW*

Het arbeidsovereenkomstenrecht maakt deel uit van het BW. De arbeidsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst, waarvoor een aparte regeling in het BW in het leven is geroepen. De rechtspositie van partijen die een bijzondere overeenkomst willen aangaan is door middel van regelingen van aanvullend en (semi-) dwingend recht nader ingevuld. Die regelingen zijn voornamelijk terug te vinden in de boeken 7 en 7A BW. Als een overeenkomst geen bijzondere regeling heeft, dan is deze alleen geregeld in het algemene deel van het overeenkomstenrecht in de boeken 3 en 6 van het BW. Het algemeen deel van het BW blijft van belang als een overeenkomst wel een bijzondere regeling heeft, omdat daarop kan worden teruggevallen als de bijzondere regeling een bepaald geval niet regelt. Het BW heeft namelijk een gelaagde structuur.

Voor een antwoord op de vraag welke rechtsregels van toepassing zijn binnen de gelaagde structuur van het BW bestaat een aantal regels. Dit antwoord is van belang, omdat soms een feitelijke toedracht aan de orde is waarbij zowel een rechtsregel uit het algemene deel als een rechtsregel uit een aparte regeling, de lex specialis, toepasselijk zijn. Dan is sprake van samenloop.

Als verschillende rechtsregels van toepassing zijn, maar aan geen van deze rechtsregels exclusieve werking toekomt, dan is een aantal oplossingen mogelijk. Konijn brengt naar voren dat rechtsregels gelijkwaardig naast elkaar toepasbaar kunnen zijn, dat rechtsregels alternatief naar keuze toepasbaar zijn, dat mogelijk is dat sprake is van rangorde tussen rechtsregels, of, ten slotte, dat sprake is van een rechtsregel die niet van toepassing is op het feitencomplex, maar wel toepassing uitsluit van een andere rechtsregel die anders voor toepassing in aanmerking zou komen.[1] Het beginsel van cumulatie geldt hierbij als uitgangspunt. Dit betekent dat rechtsregels in beginsel gelijkwaardig naast elkaar van toepassing zijn. Als dat niet mogelijk is, geldt de alternativiteit en pas als dat niet tot een oplossing leidt geldt exclusiviteit.[2] Bij exclusiviteit moet een lex specialis (exclusief) worden toegepast, mits het toepassingsgebied van de lex specialis geheel valt bin-

1. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 57 en 58.
2. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 62.

nen het toepassingsgebied van de rechtsregels uit het algemene deel.[3] Ook dient de strekking van de lex specialis te zijn dat deze de werking van de algemene regel beperkt.[4] Slechts in een beperkt aantal gevallen komt aan een regel daadwerkelijk exclusieve werking toe.[5]

4.2.2 *Twee redenen voor bijzondere regelingen van een aantal overeenkomsten*

De Wet op de arbeidsovereenkomst en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis dateren uit het begin van de vorige eeuw.[6] De arbeidsovereenkomst is later in Boek 7 BW opgenomen en de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW heeft ook betrekking op de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst staat in de parlementaire geschiedenis ook uitdrukkelijk genoemd als één van de bijzondere overeenkomsten.[7] Het doel van de regering was om het gehele burgerlijk recht in één wetboek onder te brengen.[8] Boek 7 BW is onderdeel van het nieuwe BW en de arbeidsovereenkomst maakt daarvan weer onderdeel uit. De parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907 en de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW zijn dus beide bruikbaar om te bepalen hoe onduidelijkheden ten aanzien van arbeidsrechtelijke onderwerpen kunnen worden opgelost.

Uit de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW blijkt dat er twee redenen zijn om voor een aantal overeenkomsten een bijzondere regeling te treffen.[9] De eerste reden is dat partijen die een overeenkomst sluiten van een 'alledaags type' de rechtsgevolgen beperkt inzien. De bepalingen waarin bijzondere overeenkomsten staan uitgewerkt, worden door de wetgever gezien als

---

3. C.A. Boukema, Samenloop, monografieën Nieuw bw A21, Deventer: Kluwer 1992, p. 9. In bevestigende zin onder meer: Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit?, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 63; R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', *Sociaal Recht* 2004/1, p. 6.
4. R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', *Sociaal Recht* 2004/1, p. 7.
5. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 63.
6. Wet van 13 juli 1907, Stb. 193.
7. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 6.
8. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 4.
9. E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 2e druk, Maastricht: Universitaire Pers 1996, p. 437 en 438. Florijn brengt naar voren dat Meijers drie doelen had: ten eerste vereenvoudiging van regelingen, ten tweede het weer op de hoogte van de tijd brengen en daarmee de rechtsontwikkeling opnieuw stimuleren en richting geven en ten derde eenheid brengen in het burgerlijk recht.

uitwerking van de regel dat een overeenkomst niet alleen de door partijen beoogde rechtsgevolgen heeft, maar ook die, welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet of de gewoonte of uit redelijkheid en billijkheid voortvloeien, dus een uitwerking van het huidige art. 3:12 BW:

> 'Het zevende boek behelst dan ook voor de meest voorkomende overeenkomsten een groot aantal bepalingen die het in artikel 6.5.3.1 (het huidige 3:12 BW) neergelegde beginsel nader uitwerken. De hierbedoelde bepalingen dienen ter aanvulling van het overeengekomene en zijn dan ook van regelend recht.'

De tweede reden is dat het algemeen belang eist dat grenzen worden gesteld aan de vrijheid van partijen om naar eigen inzicht hun onderlinge verhouding te regelen. Deze reden wordt door de wetgever in verband gebracht met art. 3:40 BW:

> 'In de wet is de genoemde eis van het algemeen belang in de eerste plaats tot uitdrukking gebracht doordat uit het voor alle rechtshandelingen geldende artikel 3.2.7 (het huidige 3:40 BW) voortvloeit dat overeenkomsten nietig zijn, indien zij door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde. Voorts kan aan de eis van het algemeen belang recht worden gedaan door voor bepaalde overeenkomsten voorschriften op te nemen, die de vrijheid van partijen inperken. Voor dit laatste dient Boek 7. Bij deze voorschriften valt te onderscheiden tussen: 1. bepalingen die aan een overeenkomst rechtsgevolgen verbinden die niet door partijen kunnen worden weggecontracteerd; 2. bepalingen die voor een bepaalde overeenkomst of voor een bepaald beding bij een overeenkomst een vorm voorschrijven; 3. bepalingen die betrekking hebben op de bewijslast of op de toelaatbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen.'[10]

De wetgever stelt de beperking dat alleen een bijzondere regeling in het leven wordt geroepen voor overeenkomsten die in de praktijk veel voorkomen en ten aanzien waarvan duidelijke behoefte bestaat aan aanvullende of dwingende wetsbepalingen. Daarmee wordt voorkomen dat teveel overeenkomsten worden opgenomen in boek 7 BW. Bij bepaalde veel voorkomende gevallen heeft de wetgever tot doel de contractuele vrijheid van partijen te beperken. Ook springt de wetgever bij met aanvullend recht om invloed uit te oefenen op niet door partijen uitvoerig geregelde overeenkomsten.

Volledige contractsvrijheid – contractsvrijheid waarbij alles aan partijen wordt gelaten, inclusief de mogelijkheid alles ongeregeld te laten – leidt tot

---

10. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 3 en 4. Zie ook C.J. van Zeben, e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, 7e druk, Deventer: Kluwer 1993, p. 1.

een te grote leemte en heeft nooit bestaan.[11] De wetgever vult deze leemte op in een bijzondere regeling voor de veelvuldig voorkomende overeenkomsten. Andere overeenkomsten zijn evenmin volledig ongeregeld, omdat daarop het algemene deel van het BW (de boeken 3 en 6) van toepassing is.

Het criterium 'in de praktijk veel voorkomen' biedt ruimte om eventueel nieuwe soorten overeenkomsten te regelen in een bijzondere regeling.[12] Titel 7.17 over de verzekering is daarvan een voorbeeld. Uit het criterium is af te leiden dat één van de doelstellingen van het realiseren van regels van aanvullend recht is, dat veel voorkomende onderwerpen snel en zonder veel moeite kunnen worden afgedaan. De dagelijkse praktijk van het sluiten van overeenkomsten wordt ermee vereenvoudigd en dat heeft een maatschappelijk belang in zich alsmede een economisch belang.[13] Uit het feit dat bepaalde veelvuldig voorkomende overeenkomsten in de wet een eigen bijzondere regeling hebben gekregen is af te leiden dat de regels uit het algemeen deel niet afdoende zijn of niet specifiek genoeg om vaak voorkomende overeenkomsten met een specifiek karakter te reguleren.

De reden voor het opnemen van regels van dwingend recht ligt uitsluitend in het algemeen belang. De regering geeft dit aan met de woorden: 'Slechts voor zover het algemeen belang dit vordert, worden aan deze vrijheid (de vrijheid van partijen in het bepalen van de inhoud en de rechtsgevolgen van hun overeenkomst) grenzen gesteld.'[14] Het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van consensualisme staan voorop.

Het uitgangspunt is dat sprake is van regelend recht, tenzij uitdrukkelijk iets anders is aangegeven. Als partijen in een gelijkwaardige positie verkeren, dan is de reden voor het opnemen van een bijzondere regeling voornamelijk de hierboven eerstgenoemde reden: partijen kunnen doorgaans slechts beperkt de rechtsgevolgen bepalen van 'alledaagse overeenkomsten'. Het is van groot praktisch nut voor dergelijke overeenkomsten aanvullende regels op te nemen en daarmee partijen rechtszekerheid te geven, voor zover partijen onderwerpen ongeregeld hebben gelaten. Dan bestaat geen reden dwingend recht te gebruiken, omdat dergelijke regelingen van bijzondere overeenkomsten slechts ter aanvulling dienen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij schenking, bewaarneming en bruikleen. Ook is mogelijk dat wel sprake is van enkele beschermende bepalingen, maar dat de bijzondere

---

11. C.J.H. Jansen, Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw, in: Hesselink, e.a., *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 134.
12. Al is niet duidelijk of dat past in de huidige systematiek van het BW.
13. Standaardcontracten verlagen transactiekosten.
14. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 5.

regeling in hoofdzaak een aanvullend karakter heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij borgtocht, zie art. 7:862 BW.

4.2.3 *De beschermingsgedachte bij bijzondere overeenkomsten*

De mogelijkheid dwingend recht op te nemen staat vermeld in de parlementaire geschiedenis van boek 7 BW. De reden daarvan gebruik te maken staat daar ook, namelijk het algemeen en/of maatschappelijk belang. De arbeidsovereenkomst is in de parlementaire geschiedenis als voorbeeld genoemd van een overeenkomst waarbij dwingend recht is gebruikt.[15] Ongelijkheid van overeenkomstsluitende partijen is bij de arbeidsovereenkomst een belangrijke reden voor de invoering van dwingend recht. In de parlementaire geschiedenis van de arbeidsovereenkomst wordt de constatering dat sprake is van ongelijkheid gekoppeld aan de zwakkere positie van de werknemer en de daaraan gerelateerde behoefte aan bescherming tegen misbruik door de werkgever.[16] De ongelijkheid komt tot uitdrukking door de structureel zwakkere onderhandelingspositie van de werknemer. De werknemer kan te weinig gebruik maken van zijn contractsvrijheid, omdat hij in afhankelijkheid verkeert van de werkgever voor zijn dagelijkse inkomen.

De wetgever beschouwt bescherming van zwakkere partijen als algemeen en/of maatschappelijk belang. De bescherming van zwakkere partijen is een rechtvaardiging voor ingrijpen door middel van dwingend recht. De contractsvrijheid wordt beperkt om machtsmisbruik door een structureel sterkere partij tegen te gaan. Als een partij in een structureel ongelijkwaardige onderhandelingspositie verkeert, dan kan de noodzaak bestaan tot bescherming van deze partij. Dit is te baseren op het evenredigheidsbeginsel. Het contractuele evenwicht tussen partijen ontbreekt en moet worden hervonden.

Enige ongelijkwaardigheid is overigens wel noodzakelijk, namelijk een ongelijkwaardigheid waardoor onderhandelingsruimte ontstaat die de ene keer de ene partij tot voordeel strekt en de andere keer de andere partij. Op grond van het algemeen belang worden grenzen gesteld, onder meer om deze onderhandelingsruimte te beschermen en de markt van aanbod en aanvaarding niet te (veel te) verstoren. Hier blijkt dat de wetgever het beginsel van evenredigheid als algemeen belang beschouwt en

---

15. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 6.
16. A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den* 13*den juli* 1907, Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, Deel 1, p. 114. De redenering is dat door bescherming gelijkheid ontstaat.

daarin de rechtvaardiging zoekt om afbreuk te doen op het beginsel van contractsvrijheid.

De arbeidsovereenkomst is niet de enige overeenkomst waarbij één partij doorgaans in een minder sterkere onderhandelingspositie verkeert. De wetgever grijpt in als bepaalde juridisch gedefinieerde groepen structureel zwakker zijn. De consumentenkoop is een ander voorbeeld van een bijzondere overeenkomst, geregeld in boek 7 BW, waarbij de wetgever expliciet erkent dat één van de twee contractspartijen in een zwakkere positie verkeert.[17] De regering vermeldt uitdrukkelijk dat 'de rechtspositie van de consument meer wettelijke bescherming behoeft dan thans door het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht wordt geboden'. Daarbij komt naar voren dat de voorgenomen regeling (die inmiddels is ingevoerd) van algemene voorwaarden, die onderdeel is van het algemeen deel van het vermogensrecht, niet voldoende bescherming biedt. Een ander argument voor het opnemen van consumentenbescherming is dat de verkoper als de meer deskundige partij bij de overeenkomst moet worden beschouwd. De reden voor het opnemen van de regeling van consumentenkoop is bescherming, maar daarbij komt niet uitdrukkelijk naar voren dat de consument door de wetgever als ongelijk wordt beschouwd ten opzichte van de verkoper. Wel is dit impliciet af te leiden uit de opmerking dat de consument als zwakkere partij wordt gezien.

De verkoper hoeft echter niet op te draaien voor ondeugdelijke producten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de 'verkoper-detaillist' enige bescherming verdient en de regeling voorziet daarom in mogelijkheden de producent of de importeur aan te spreken:

> 'voorkomen moet worden dat de verkoper bekneld raakt tussen de consument, die zijn dwingendrechtelijk verleende rechten terzake van niet-nakoming tegen hem uitoefent, en zijn voorman c.q. producent die wellicht de eigen aansprakelijkheid heeft uitgesloten.'[18]

Ook bij andere bijzondere overeenkomsten heeft de wetgever dwingend recht opgenomen ter bescherming van één partij. Art. 7:413 BW bepaalt welke artikelen van dwingend recht zijn bij de opdrachtovereenkomst. In art. 7:445 BW wordt aangegeven van welke bepalingen voor de agentuurovereenkomst niet mag worden afgeweken. Art. 7:468 BW beschermt de pa-

---

17. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 17.
18. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 22.

tiënt bij de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling met dwingend recht. Art. 7:513 BW beschermt de reiziger. De borg krijgt bescherming in art. 7:862 BW. Art. 7A:1576a BW regelt het dwingendrechtelijk karakter van bepalingen die gaan over koop en verkoop op afbetaling.

Als de aard van de juridisch gedefinieerde groepen die bescherming genieten wordt onderzocht, dan blijkt dat het doorgaans gaat om particulieren die bescherming genieten ten opzichte van professionele wederpartijen, zoals de verhuurder, de producent, de professionele verkoper of de werkgever. De professionaliteit van partijen of het ontbreken daarvan is een factor van belang voor het opnemen van dwingend recht.

Van den Berg en Zondag wijzen erop om afhankelijk van het concrete geval te bekijken of er 'beschermingsnoodzaak' is.[19] Omdat bijzondere overeenkomsten zijn opgenomen in algemene regelingen is het niet eenvoudig om in een concreet geval bescherming te onthouden aan een bepaalde partij als de noodzaak daartoe ontbreekt.[20] Open normen kunnen eventueel ertoe bijdragen om wel in een concreet geval bescherming te onthouden. In het arbeidsrecht bestaat die mogelijkheid bijvoorbeeld in de billijkheidscorrectie van art. 7:685 lid 8 BW. Het komt voor dat geen vergoeding wordt toegekend aan een werknemer op grond van de billijkheid. Ook wordt in uitzonderlijke gevallen een vergoeding toegekend aan de werkgever.[21] Vestering meent dat de kantonrechtersformule niet zou moeten worden gebruikt om een werkgever een vergoeding toe te kennen, omdat dit niet strookt met het fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie.[22]

De billijkheidscorrectie is een 'noodluik' voor partijen of voor de rechter om in een concreet geval tot een oplossing te komen. Het ter discussie stellen van de beschermingsnoodzaak kan mijns inziens beter op een ander niveau worden gedaan, namelijk voor bepaalde bijzondere overeenkomsten in het algemeen. Een (her-)overweging door de wetgever over de beschermingsnoodzaak bij bepaalde bijzondere overeenkomsten is wellicht op zijn plaats.

---

19. P.G.J. Van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht, Specieszaak, status aparte of synergie*, SI-EUR 34, Sanders Instituut/Kluwer 2003, p. 380 en 381.

20. Bij deze problematiek hoort mijns inziens ook de discussie wie er onder het arbeidsrecht zouden moeten vallen en wie de bescherming van het arbeidsrecht niet nodig hebben. De discussie hierover is begonnen naar aanleiding van een artikel van Jacobs. Zie A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het nbw', *NJB* 2 september 1994, afl. 30.

21. Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003/230 en Ktr. Arnhem 1 augustus 2005, *JAR* 2005/208.

22. M.B. Vestering, 'Vergoeding aan de werkgever', *Arbeidsrecht* 2004/2, p. 19. Anders: J. Schulp, 'Vergoeding aan de werkgever; een reactie', *Arbeidsrecht* 2004/8/9, p. 35 en 36.

Het is de vraag of het nog steeds noodzakelijk is bij bepaalde bijzondere overeenkomsten op een bepaald niveau bescherming te bieden en of niet met een lager beschermingsniveau volstaat. De bescherming van algemene regelingen kan ook door beide partijen als knellend worden ervaren. Zij hebben dan juist behoefte aan contractsvrijheid. Overigens kunnen ook nieuwe situaties ontstaan waarvoor juist meer bescherming noodzakelijk is.

Het arbeidsrecht dient als voorbeeld van een rechtsgebied waar een lager wettelijk beschermingsniveau is gerealiseerd. Dit gebeurt door meer bevoegdheden toe te kennen aan de ondernemingsraad of aan sociale partners. De wetgever realiseert dan geen dwingendrechtelijke regels, maar regels van driekwartdwingend recht of regels die vijfachtste dwingend zijn. Een voorbeeld van een rechtsgebied waar meer bescherming noodzakelijk zou kunnen zijn is het informatierecht en het daaraan gerelateerde privacyrecht.

4.3 Gemeenschappelijke karakteristieken van bijzondere overeenkomsten

4.3.1 *Inleiding*

De beschermingsgedachte is een gemeenschappelijke karakteristiek van veel bijzondere overeenkomsten. Bijzondere overeenkomsten hebben echter nog andere gemeenschappelijke karakteristieken die in deze paragraaf aan de orde komen.

4.3.2 *Zeven karakteristieken?*

In een onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam staat de wisselwerking tussen het dwingend karakter van regelingen en het vrijheidsbeginsel in het privaatrecht centraal.[23] Het onderzoek is voor dit proefschrift van belang, omdat de uitkomst van het onderzoek inzicht biedt in de plaats van de arbeidsovereenkomst binnen het BW. De uitkomst dient tevens ter onderscheiding van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van de overeenkomst.

De (mogelijke) verhouding tussen de bijzondere overeenkomst en het algemene overeenkomstenrecht komt in het onderzoek aan de orde. Daartoe wordt door diverse schrijvers een bijzondere overeenkomst behandeld waarbij ze zich richten op de leerstukken uitleg, aanpassing en beëindiging

23. P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht, Specieszaak, status aparte of synergie*, SI-EUR 34, Sanders Instituut/Kluwer 2003.

van overeenkomsten. Het onderzoek is zo representatief mogelijk voor de bijzondere overeenkomst. Ook de arbeidsovereenkomst maakt deel uit van het onderzoek. Uit het onderzoek komen zeven karakteristieken voor de bijzondere overeenkomst naar voren, die ik hieronder behandel en waarbij ik tevens enige kanttekeningen plaats.

Ten eerste speelt de duur bij veel bijzondere overeenkomsten een rol, al is dit niet noodzakelijk. Het is naar mijn mening juist dat het merendeel van de bijzondere overeenkomsten uit Boek 7 BW – hier zijn overigens niet alle bijzondere overeenkomsten geregeld – duurovereenkomst is. Bij een aantal bijzondere overeenkomsten blijkt expliciet uit de definitie dat de overeenkomst voor een bepaalde periode wordt aangegaan. Uit de aard van een aantal andere bijzondere overeenkomsten blijkt dat deze niet van voorbijgaande aard zijn en een verbintenis in het leven roepen die voor een langere tijd gaat lopen.

De vraag of sprake is van een duurovereenkomst kan in verband worden gebracht met de aard van de prestaties die partijen afspreken, ofwel de soort bijzondere overeenkomst die partijen aangaan. Als de prestatie leidt tot een vermogensverschuiving tussen partijen, dan is meestal geen sprake van een duurovereenkomst. Dit is bijvoorbeeld het geval bij koop of bij ruil. Als het genot van een zaak onderwerp is van de overeenkomst, dan is doorgaans wel sprake van een duurovereenkomst. Bijzondere overeenkomsten die dienstverlening regelen of die het verrichten van arbeid als onderwerp hebben zijn allemaal te karakteriseren als duurovereenkomsten.

Een tweede karakteristiek is de ongelijkheid van partijen, die bepaalde bescherming van de zwakkere partij noodzakelijk maakt. De derde karakteristiek is het bestaan van dwingend recht.[24] Dit hangt samen met de tweede karakteristiek, zoals ook in het onderzoek wordt aangegeven. Het is niet duidelijk waarom het als een aparte karakteristiek wordt genoemd. Het gebruik van dwingend recht valt onder de beschermingsgedachte die mede ten grondslag ligt aan regelgeving bij bepaalde bijzondere overeenkomsten. Dwingend recht biedt de zekerheid dat bescherming ook afdwingbaar is, al neemt dat niet weg dat bepaalde beschermingsnormen wel in aanvullend recht kunnen worden opgenomen. Verder blijkt dat dwingend recht bij een minderheid van de bekeken bijzondere overeenkomsten wordt gebruikt. Daarom is het naar mijn mening niet als algemene karakteristiek te zien, tenzij bepaalde overeenkomsten zwaarder wegen bij het bepalen of iets als karakteristiek is te kwalificeren.

---

24. P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht, Specieszaak, status aparte of synergie*, SI-EUR 34, Sanders Instituut/Kluwer 2003, p. 379 t/m 383.

De vierde karakteristiek is dat bepaalde bijzondere overeenkomsten een nadere indeling in subcategorieën kennen. Dat past goed bij de ratio van het creëren van een bijzondere regeling. Er was immers al de noodzaak om een bijzondere regeling te treffen voor een bepaalde situatie. Deze karakteristiek heeft op zichzelf overigens geen onderscheidende waarde, omdat indeling in subcategorieën niet alleen bij bijzondere overeenkomsten voorkomt. Zo is ook het gebruik van een gelaagde structuur als subcategorisering te beschouwen en dat komt veel voor in Nederlandse regelgeving.

De vijfde karakteristiek is dat ook publieke belangen bestaan die bij een aantal overeenkomsten bijzondere bescherming verdienen. Als voorbeelden worden de economische sector genoemd of belangen van het gehele land. Ook hierbij betwijfel ik of dit als gemeenschappelijke karakteristiek is te beschouwen. Van den Berg en Zondag nuanceren dit punt zelf ook door aan te geven dat dit slechts opgaat bij een aantal overeenkomsten. Zij wijzen op de arbeidsovereenkomst (BBA) en op het huurrecht. De koppeling met bescherming en dwingend recht is mijns inziens op zijn plaats. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er slechts grenzen worden gesteld aan de vrijheid van partijen in het bepalen van de inhoud en de rechtsgevolgen van hun overeenkomst voor zover het algemeen belang dit vordert.[25] Het algemeen belang kan dus worden beschermd door dwingend recht. Dit alles valt onder de karakteristiek 'bescherming'. Het algemeen belang is gemoeid met de bescherming van de economie, maar ook de bescherming van bepaalde groepen zwakkere partijen. Dwingend recht is daarbij het meest voor de hand liggende middel om bescherming te realiseren, maar dit laat onverlet dat het algemeen belang op andere manieren dan met behulp van dwingend recht kan worden gediend.

De rol van collectiviteiten – min of meer geïnstitutionaliseerde belangengroepen of bemiddelde instanties – komt als zesde karakteristiek naar voren. Wat uit de concluderende bevindingen minder naar voren kwam is dat de invloed van collectiviteiten op gespannen voet kan staan met de contractsvrijheid van individuele partijen.[26] Een voorbeeld van een vergaande inbreuk op deze contractsvrijheid is de situatie dat ongebonden werkgevers en werknemers door middel van algemeen verbindend verklaring worden gebonden aan bepalingen uit een collectieve arbeidsovereenkomst.

De zevende en laatste karakteristiek die Van den Berg en Zondag noemen is de invloed van internationaal eenvormig recht. Ze merken daarbij op dat deze karakteristiek voor een deel verantwoordelijk is voor hetgeen is geregeld in bijzondere overeenkomsten.

---

25. C.J. van Zeben, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels* 1, 7, 9 *en* 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 5.
26. Dit kwam in een aantal hoofdstukken wel naar voren.

De bovenstaande karakteristieken zijn naar mijn mening voor een deel terecht naar voren gebracht. Van belang is de kanttekening die de schrijvers maken dat niet bij alle overeenkomsten de karakteristieken een even grote rol spelen. Soms is niet duidelijk waarom Van den Berg en Zondag ertoe besluiten toch een bepaalde 'karakteristiek' in het algemeen als karakteristiek voor bijzondere overeenkomsten te benoemen. Als de meerderheid van de overeenkomsten de karakteristiek vertoont? Of als de meest voorkomende overeenkomsten deze karakteristiek vertonen? De auteurs hebben zelf een slag om de arm gehouden en aangegeven dat het een exploratief onderzoek is. Het is ook de vraag of nader is te bepalen of iets als karakteristiek is te beschouwen, omdat voor iedere karakteristiek wel een duurovereenkomst is te bedenken waarbij de betreffende karakteristiek niet voorkomt.[27]

Het aantal karakteristieken kan naar mijn mening worden beperkt. Zo is de beschermingsgedachte een karakteristiek waarmee dwingend recht en het algemeen belang zijn verbonden. De bescherming van zwakkere partijen dient altijd het algemeen belang en een belangrijk middel daartoe (in het privaatrecht) is dwingend recht. Er zijn echter andere algemene belangen te noemen – los van de bescherming – die een rol spelen bij bijzondere overeenkomsten. Ook is mogelijk dat het algemeen belang eist dat er dwingend recht bestaat ten aanzien van een onderwerp, zonder dat dit onderwerp is gerelateerd aan de beschermingsgedachte. Het algemeen belang omvat dus meer. De karakteristiek 'subcategorisering' ontbeert wat mij betreft onderscheidende waarde, waardoor het als aparte karakteristiek kan worden weggelaten.

Naar mijn mening zijn 'het aansluiten bij de aard van partijen' of de 'aard van de prestatie' te overwegen als karakteristieken. In de definitie van veel bijzondere overeenkomsten wordt namelijk door middel van de aard van partijen of de aard van de prestatie een onderscheid aangebracht ten opzichte van andere overeenkomsten. Deze twee karakteristieken zijn sterk met elkaar verweven, waarbij de aard van de prestatie vaak bepalend is voor de aard van de partij en daarmee ook voor antwoord op de vraag welk soort overeenkomst tussen partijen geldt. In de definitie van de opdrachtovereenkomst wordt bijvoorbeeld deels aan de hand van de aard van de prestatie bepaald of van een opdrachtovereenkomst sprake is, namelijk door 'werk van stoffelijke aard' als een uitsluitend criterium te hanteren.

---

27. Duur speelt bijvoorbeeld geen rol bij de consumentenkoop en de ruilovereenkomst, de beschermingsgedachte en dwingend recht komen bij de maatschap niet voor, de vaststellingsovereenkomst ontbeert subcategoriesering en bij deze overeenkomst zie ik niet dat er ruimte is publieke belangen te dienen, collectiviteiten spelen evenmin een rol bij de vaststellingsovereenkomst, maar ook niet bij bijvoorbeeld ruil, en, ten slotte, is de invloed van internationaal eenvormig recht niet echt terug te vinden bij aanneming van werk.

4.3.3 *Wetboek van de arbeid?*

Bij de arbeidsovereenkomst zijn alle zeven karakteristieken uit het onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam terug te vinden. De arbeidsovereenkomst lijkt wat dat betreft een rolmodel te zijn voor de bijzondere overeenkomst. Dit zou anders kunnen zijn als de arbeidsovereenkomst nog andere kenmerken heeft, waardoor de plaats van de arbeidsovereenkomst binnen het BW ter discussie kan worden gesteld. De arbeidsovereenkomst is wellicht zo bijzonder, dat het plaatsen ervan bij de bijzondere overeenkomsten van Boek 7 BW niet op zijn plaats is.

Loonstra heeft de vraag opgeworpen of een wetboek voor sociaal recht – wetboek van de arbeid – wenselijk is.[28] Daarmee zou de arbeidsovereenkomst uit het BW worden gelicht en geen onderdeel meer uitmaken van de bijzondere overeenkomsten.

Loonstra is een voorstander van een wetboek van sociaal recht. Hij brengt naar voren dat Kuyper in 1880 de eerste was die een wetboek van de arbeid wenselijk achtte en maakt vervolgens een overzicht van plaatsen in de literatuur waar wordt ingegaan op een eventueel in te voeren wetboek voor sociaal recht. Vervolgens betoogt hij dat het zinvol is een wetboek van sociaal recht in de voeren. Loonstra brengt naar voren dat algemeen is aanvaard dat het object van het arbeidsrecht wordt gevormd 'door het werk dat in onderschikkend verband wordt verricht en de onmiddellijk daarmee samenhangende omstandigheden.' Dit is noodzakelijk, omdat het object bekend dient te zijn alvorens een codificatie – van een wetboek van de arbeid – mogelijk wordt. Vervolgens betoogt Loonstra dat het sociaal recht een eigen aard heeft. Het exclusieve zit 'in de *aard* van de kern, waaruit het object van het sociaal recht is vastgesteld: het ondergeschiktheidscriterium.' Dit wordt nader toegelicht aan de hand van het belang van het personenrechtelijke element bij de arbeidsovereenkomst. Loonstra stelt dat sprake is van 'dualisme tussen het personen- en het vermogensrechtelijke aspect welke aan het werken in onderschikkend verband verbonden is.'[29] Door dit dualisme zou de behandeling van het arbeidsrecht als afzonderlijk rechtsgebied zijn ontstaan en is een dergelijke behandeling nog steeds te rechtvaardigen. Loonstra ziet hierin de rechtvaardiging voor een wetboek van sociaal recht. Ter ondersteuning gaat hij in op de praktische relevantie van de codificatie van sociaal recht en daarbij haalt hij een drietal voorbeelden aan, allemaal over de verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht: de geldigheid van de ontbindende

---

28. C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *SMA* 1988, p. 549 e.v.
29. C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *SMA* 1988, p. 556. Met verwijzing naar Van Haren en Verpaalen.

voorwaarde, de wil en de verklaring (*Hajziani/Van Woerden* problematiek) en de ontbinding wegens wanprestatie. Het gaat steeds om de vraag wanneer het algemene overeenkomstenrecht kan worden toegepast en wat de daarachter liggende reden is. Alledrie de voorbeelden liggen in de sfeer van de personenrechtelijke band tussen de werkgever en de werknemer. Daarom zou het onjuist zijn op dit 'karakteristiek aspect van de arbeidsverhouding' de regels van het algemene privaatrecht toe te passen. Loonstra stelt daarbij als uitgangspunt voor dat de bepalingen van het algemeen overeenkomstenrecht in beginsel niet van toepassing moeten zijn op het arbeidsovereenkomstenrecht. Ook recent heeft Loonstra nog aangegeven voor een wetboek van sociaal recht te zijn, omdat hij de arbeidsovereenkomst dermate bijzonder beschouwt dat deze een status aparte verdient. Daarbij realiseert hij zich dat hij een uitzonderingspositie inneemt en dat de meeste schrijvers van mening zijn dat de arbeidsovereenkomst primair een verbintenisscheppende overeenkomst is, waardoor plaatsing in het BW terecht is.[30]

Een wetboek van de arbeid is naar mijn mening evenmin noodzakelijk. Het feit dat alle karakteristieken voor bijzondere overeenkomsten bij de arbeidsovereenkomst zijn terug te vinden is eerder een argument om de arbeidsovereenkomst *geen* status aparte toe te kennen.

Loonstra stelt voor dat de bepalingen uit het algemeen overeenkomstenrecht niet van toepassing zijn op het arbeidsovereenkomstenrecht, met uitzondering voor die geschillen die (bijna) geheel betrekking hebben op het vermogensrechtelijke element van de arbeidsovereenkomst.[31] De meeste geschillen hebben echter tevens een vermogensrechtelijk element. Voor de geschillen die uitsluitend zien op de personenrechtelijke band tussen de werkgever en de werknemer, is het onduidelijk waarom ze niet zijn te reguleren met behulp van de regels die zijn gebaseerd op het overeenkomstenrecht. Vooralsnog zijn die regels zijn geschikt gebleken voor het arbeidsrecht. Het is de vraag of er een beter alternatief voor de regels van het overeenkomstenrecht kan worden gerealiseerd.

Het bestaande systeem biedt partijen rechtszekerheid. Verder vloeien personenrechtelijke geschillen toch vaak voort uit de wil van één van de partijen om eerdere afspraken aan te passen, waardoor een afspraak – overeenkomst – uiteindelijk toch als uitgangspunt wordt genomen om het geschil te beoordelen. Soms worden daarbij op het arbeidsrecht toegespitste regels

---

30. C.J. Loonstra, De arbeidsovereenkomst, in: P.G.J. Van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht, Specieszaak, status aparte of synergie*, SI-EUR 34, Sanders Instituut/Kluwer 2003, p. 53. Van Slooten maakt een overzicht van de (toen recente) literatuur tot 1999, zie J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 18 e.v.

31. C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *SMA* 1988, p. 559.

ontwikkeld, bijvoorbeeld in het geval van de *Hajziani/Van Woerden* problematiek, maar ook daarbij gelden de regels van het algemene overeenkomstenrecht als uitgangspunt, regels, die door de Hoge Raad arbeidsrechtelijk zijn uitgewerkt. Het is mijns inziens onduidelijk in hoeverre een alternatief systeem – dat wordt opgenomen in een wetboek van de arbeid – een beter systeem is dan het bestaande systeem. Het bestaande systeem van het (arbeids-)overeenkomstenrecht biedt namelijk voldoende ruimte om rekening te houden met het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst.

Loonstra heeft naar mijn mening gelijk dat het sociaal recht een eigen aard heeft. Het object van het arbeidsrecht wordt gevormd 'door het werk dat in onderschikkend verband wordt verricht en de onmiddellijk daarmee samenhangende omstandigheden.'[32] De arbeidsovereenkomst heeft een eigen aard, omdat het een overeenkomst is die reguleert dat een werknemer zich in persoon verbindt aan (de organisatie van) de werkgever en omdat de werknemer vervolgens in onderschikkend verband werkzaamheden verricht binnen de arbeidsorganisatie van de werkgever.[33] Kortom, de arbeidsovereenkomst is bijzonder ten opzichte van de overeenkomst (en andere bijzondere overeenkomsten) door de kenmerken arbeid, ondergeschiktheid en organisatie. Deze kenmerken zijn van invloed op de manier waarop de werkgever en de werknemer uitvoering geven aan hun contractuele verhouding en komen in de hoofdstukken 6, 7 en 8 aan de orde. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de historische achtergrond van de arbeidsovereenkomst, want daaruit blijkt eveneens dat de arbeidsovereenkomst een eigen aard heeft en daarom bijzonder is.

---

32. C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *SMA* 1988, p. 553.
33. Vgl. Bles, A.E., *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli* 1907, Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 1907, p. 2.