

MONOGRAFIEËN BW

B85 Arbeidsovereenkomst

Prof. dr. A.T.J.M. Jacobs

Mr. P.M.M. Massuger

Derde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Afkortingen / XI

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Historisch overzicht / 1
- 2 De dwingendheid van de bepalingen, de invloed van de rechtspraak en van internationale normen / 3
- 3 Een voorzichtige balans / 5

HOOFDSTUK 2

Afdeling 1, Algemene bepalingen (art. 7:610-615 BW) / 7

- 4 Begripsomschrijving arbeidsovereenkomst – de 4 elementen / 7
- 5 Begripsomschrijving arbeidsovereenkomst – de beoordeling / 8
- 6 Gemengde overeenkomsten / 11
- 7 De rechtsvermoedens ter zake van de arbeidsovereenkomst en de arbeidsomvang / 12
- 8 Goed werkgeverschap en goed werknemerschap – een toepassing van de redelijkheid en billijkheid / 13
- 9 Goed werkgeverschap en goed werknemerschap – functies / 14
- 10 Goed werkgeverschap – nieuw recht gebaseerd op grondrechten / 16
- 11 Goed werknemerschap / 17
- 12 Scholingsplicht / 17
- 13 Benadelingsverboden / 20
- 14 Arbeidsovereenkomst met minderjarige / 22
- 15 Wijziging van de arbeidsvoorwaarden / 23
- 16 Overige mogelijkheden voor eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst / 25
- 17 Het invoeren van 'vernietigbaarheid' / 26
- 17a De uitzondering voor het overheidspersoneel is vervallen / 27

HOOFDSTUK 3

Afdeling 2, Loon (art. 7:616-633 BW) / 29

- 18 Loon / 29
- 19 Voldoening van het loon, verjaring, rechtsverwerking en klachtplicht / 30
- 20 Uitbreiding van de werkgeversaansprakelijkheid tot de opdrachtgever / 32
- 21 Een 'volgtijdelijke' ketenaansprakelijkheid / 33
- 22 Afwijkingen van de volgtijdelijke ketenaansprakelijkheid / 35
- 23 Overige bepalingen met betrekking tot de ketenaansprakelijkheid / 36
- 24 Vorm van het loon / 37
- 25 Ontbreken loonbedrag / 39
- 26 Bewijsstukken loon / 40
- 27 Wijze van voldoening loon / 41
- 28 Plaats van voldoening loon / 43
- 29 Tijdstip van voldoening van het loon naar tijdruimte vastgesteld / 43
- 30 Tijdstip van voldoening van het loon afhankelijk van de uitkomsten van de verrichte arbeid / 44
- 31 Verhoging bij te late betaling / 45
- 32 Loonstrookje / 47
- 33 Verhinderend voor rekening van de werkgever, tenzij ... De basisregel / 48
- 34 Preciserings van het loonbegrip / 50
- 35 Afwijkingsmogelijkheden / 51
- 36 Overige regelgeving en dwingende werking / 52
- 37 Verhinderend voor rekening van de werkgever – overige scharnierfuncties van art. 7:628 BW / 53
- 38 Oproepovereenkomst en geheel of grotendeels onvoorspelbare arbeidstijden / 54
- 39 Loondoorbetaling bij ziekte / 54
- 40 Loondoorbetaling bij ziekte – de lengte van de termijn van loondoorbetaling / 55
- 41 Loondoorbetaling bij ziekte – de hoogte van de loondoorbetaling / 57
- 42 Loondoorbetaling bij ziekte (vervolg) – de uitgezonderde situaties / 59
- 43 Loondoorbetaling bij ziekte – de opschortingsregeling / 61
- 44 Loondoorbetaling bij ziekte – overige bepalingen / 62
- 45 Bijzondere regels voor het procederen over art. 7:629 BW / 63
- 46 Vergoeding voor niet verstrekt loon in natura / 65
- 47 Verboden inhoudingen en bestedingsdwang / 66
- 48 Toegestane verrekeningen / 69
- 49 Overdracht, pandgeving en volmacht / 71

HOOFDSTUK 4

Afdeling 3, Vakantie en verlof (art. 7:634–645 BW) / 73

- 50 Inleiding / 73
- 51 Het recht op betaalde vakantie – de basisnorm / 74
- 52 Geen loon, toch opbouw vakantierechten / 75
- 53 Aanmerking als vakantiedagen / 76
- 54 Vaststelling en opnemings van de vakantie / 78

- 55 Het recht op doorbetaling van loon tijdens vakantie / 80
- 56 Afstand/afkoop van vakantierechten / 82
- 57 Vakantie en einde dienstbetrekking / 82
- 58 Verval van aanspraken en verjaring van rechtsvorderingen met betrekking tot vakantierechten / 84
- 59 Politiek verlof / 85
- 60 Dwingendheid van de wettelijke vakantie- en verlofregeling / 86

HOOFDSTUK 5

Afdeling 4, Gelijke behandeling (art. 7:646-649 BW) / 89

- 61 Inleiding / 89
- 62 Gelijke behandeling m/v – de basisnorm, de uitzonderingen en de definities / 90
- 63 (Seksuele) intimidatie en de handhaving van de gelijke behandeling m/v / 92
- 64 Gelijke behandeling deeltijders/voltijders / 94
- 65 Gelijke behandeling ongeacht tijdelijke of vaste arbeidsovereenkomst / 95

HOOFDSTUK 6

Afdeling 5, Enkele bijzondere bedingen in de arbeidsovereenkomst (art. 7:650-653a BW) / 97

- 66 Boetes / 97
- 67 Schadevergoeding, boetes en enkele bedingen / 99
- 68 Proeftijd / 100
- 69 Concurrentiebeding – beperkingen / 102
- 70 Concurrentiebeding – het rechterlijk ingrijpen / 105
- 71 Nevenarbeidbeding / 109

HOOFDSTUK 7

Afdeling 6, Enkele bijzondere verplichtingen van de werkgever (art. 7:654-658b BW) / 113

- 72 Kosten arbeidsovereenkomst / 113
- 73 Schriftelijke gegevens / 114
- 74 Getuigschrift / 118
- 75 Vacaturemededeling / 119
- 76 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – werkgever aansprakelijk op de werkplek / 120
- 77 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – verregaande zorgplicht, geen risicoaansprakelijkheid / 121
- 78 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – opzet, bewuste roekeloosheid en bewijslast / 123
- 79 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – beroepsziektes / 124
- 80 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – welke schade wordt vergoed? / 126
- 81 Veiligheid en gezondheid van de werknemer – werkgever ook aansprakelijk voor ingeleende arbeid / 127

- 82 Letselschade van de werknemer buiten de werkplek, in het werkverkeer en elders / 128
- 83 De re-integratieverplichtingen van de werkgever / 130
- 84 De re-integratieverplichtingen van de werkgever – enkele modaliteiten / 131
- 85 De re-integratieverplichtingen van de werkgever – bijzondere procedure / 132

HOOFDSTUK 8

Afdeling 7, Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer (art. 7:659-661 BW) / 133

- 86 Vervulling arbeidsverplichting / 133
- 87 Directierecht werkgever / 134
- 88 De re-integratieverplichtingen van de werknemer / 136
- 89 Fouten werknemer – schade aan werkgever en derden / 137

HOOFDSTUK 9

Afdeling 8, Rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming (art. 7:662–666A BW) / 141

- 90 Inleiding / 141
- 91 Begripsomschrijvingen – overgang door “overeenkomst” / 142
- 92 Begripsomschrijvingen – “economische eenheid die haar identiteit behoudt” / 142
- 93 Gevolgen overgang – ontslagbescherming / 144
- 94 Gevolgen overgang – behoud rechten en plichten uit arbeidsovereenkomst / 145
- 95 Beschermdde werknemers / 146
- 96 Medeaansprakelijkheid / 147
- 97 Pensioen- en spaarregelingen / 148
- 98 Einde arbeidsovereenkomst wegens overgang / 150
- 99 Informatie over de overgang / 151
- 100 Uitzonderingen / 152

Trefwoordenregister / 155

Artikelenregister / 165

Jurisprudentieregister / 169

Monografieën BW / 185

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Historisch overzicht

De omvattende wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst, welke de wetgever in 1907 in het Staatsblad bracht (*Stb.* 1907, 193), is nu al meer dan 100 jaar oud. Aan haar totstandkoming waren maar liefst 16 jaar van voorbereiding voorafgegaan. Het was in een tijd waarin de burgerlijke klasse nog volop aan de macht was. De rechtsregeling viel om die reden dan ook bescheiden uit. Het was een hele stap voorwaarts, vergeleken met de summiere regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek van 1838, maar het was ver verwijderd van de zware last die de regeling vandaag de dag op werkgevers en werknemers legt.

Tot de Tweede Wereldoorlog werd de rechtsregeling van de arbeidsovereenkomst nauwelijks gewijzigd. Daarna zag Nederland echter de opkomst van de verzorgingsstaat en een deel van zijn vruchten viel met een zekere regelmaat in de schoot van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.

Om de belangrijkste te noemen:

- een strenger ontslagrecht, in 1953, 1968 en 1976;
- de vakantieregeling, 1966;
- de gelijke behandeling m/v, 1980;
- de overgang van de onderneming, 1981.

Het Burgerlijk Wetboek zelve kwam in een operatie van hercodificatie terecht en in dat kader werd de regeling van de arbeidsovereenkomst per 1 april 1997 opgenomen als titel 7.10 in het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406). Deze overbrengingsoperatie wekte weinig discussie omdat van meet af aan slechts “een technische herziening van de regeling van de arbeidsovereenkomst” werd beoogd (*Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 1). Zie de eerste druk van dit boek, Jacobs, Massuger & Plessen, *Titel 7.10: de arbeidsovereenkomst* (*Mon. Nieuw BW nr. B85*) 1997, die gedetailleerd de verschillen aangeeft tussen de tekst van deze titel, zoals ze luidde per 1 april 1997, en de voorloper daarvan, titel 7A.

Daarna zijn de ontwikkelingen niet stil blijven staan. Om de belangrijkste te noemen:

- tussen 1996 en 2004 werden er diverse wetten tot stand gebracht om het loonrisico bij ziekte en de re-integratieverplichtingen ten aanzien van arbeidsongeschikten in te bedden in de regeling van de arbeidsovereenkomst;
- de Wet flexibiliteit en zekerheid, 1999 (*Stb.* 1998, 300), bracht een herziening van de bepalingen met betrekking tot ontslag en flexibele arbeidsrelaties;
- de regeling van het reglement werd vervangen door die voor eenzijdige wijzigingsbedingen (*Stb.* 1998, 107);

- wijzigingen in 2001 en 2012 moderniseerden de vakantiebepalingen (*Stb.* 2000, 545 en *Stb.* 2011, 318 en 319);
- de bepalingen over de overgang van de onderneming werden aangepast in 2002 (*Stb.* 2002, 215);
- in 2013 werden de bijzondere bepalingen ter zake van de zee-arbeidsovereenkomst en de zeevarende in de visserij als afdelingen 12 en 12A toegevoegd aan titel 7.10 van het BW;
- nagenoeg het gehele ontslagrecht werd opgenomen en aangepast in het BW krachtens de Wet werk en zekerheid in 2015 (*Stb.* 2014, 216); verdere wijzigingen op dit gebied werden gebracht door de Wet arbeidsmarkt in balans (*Stb.* 2019, 219);
- de regeling van de loonbetaling werd versterkt met een ketenaansprakelijkheid (Wet aanpak schijnconstructies, *Stb.* 2015, 233);
- de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (*Stb.* 2017, 123) bracht in 2020 de meeste ambtenaren onder het arbeidsovereenkomstenrecht van het BW;
- de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (*Stb.* 2022, 277) versterkte o.a. de scholingsplicht en beperkte de mogelijkheid van nevenarbeidsbedingen.

Overigens is titel 7.10 vrijwel continu aan verandering onderhevig. Zeer recentelijk, per 1 januari 2024, zijn nog enkele bepalingen gewijzigd door het in werking treden van de Wet invoering minimumuurloon (*Stb.* 2023, 168).

De regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW moest echter een belangrijke aderlating ondergaan in 2001 toen bepalingen met betrekking tot kort verzuim en ouderschapsverlof eruit werden gelicht en werden geplaatst in een speciale Wet arbeid en zorg (*Stb.* 2001, 567).

Ook in met name de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Algemene wet gelijke behandeling en de Wet flexibel werken, treft men aspecten van arbeidsovereenkomstenrecht aan.

Titel 7.10 van het BW biedt dus weliswaar een grote mate van codificatie van het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht, maar geen volledige. Men kan zich afvragen waarom de wetgever geen volledige codificatie van het arbeidsovereenkomstenrecht in het BW nastreeft. Soms liet hij dat na omdat in bepaalde regelingen publiek- en privaatrecht te zeer door elkaar lopen, soms omdat bepaalde aangelegenheden een te grote mate van gedetailleerdheid vergen en soms omdat de normering ook op andere arbeidsverhoudingen dan op arbeidsovereenkomsten van toepassing moet zijn. Heel consequent is de wetgever in deze beslissingen niet geweest.

De regeling van de arbeidsovereenkomst staat in een nogal onzekere relatie tot de algemene regeling van het Nederlandse verbintenissenrecht. De heersende leer gaat ervan uit dat uit de gelaagde structuur van het BW blijkt dat de samenloop van de algemene bepalingen van Boek 3 en 6 met de bijzondere bepalingen van titel 7.10 BW het uitgangspunt is. Uit het stelsel van de wet is af te leiden dat bij samenloop van wettelijke regelingen de verschillende regelingen naast elkaar van toepassing zijn, tenzij uit de wet anders blijkt. Als er samenloop is, kan dat ofwel tot cumulatie ofwel tot alternatieve toepassing leiden. Slechts in uitzonderlijke gevallen hanteert men de regel dat een *lex specialis* boven de algemene regel geldt (exclusiviteit) (HR 15 november 2002, *NJ* 2002/48, m.nt. J.B.M. Vranken (*Avo/Petri*)). En zeker op rechtsvragen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst, waarover titel 7.10 geen uitsluitel geeft, is de rechtspraak geneigd een oplossing te zoeken in de algemene regeling van het verbintenissenrecht. Zo heeft vrij recentelijk nog de Hoge Raad een drietal uitspraken gedaan waarbij aan de algemene bepalingen van het BW een groot gewicht wordt toegekend (HR 7 februari 2020, *NJ* 2022/287 (*Bedrogbeschikking*); HR 21 februari 2020, *NJ* 2020/378 (*Victoria*); HR 17 april 2020, *NJ* 2020/168 (*Medline*)). Sommige schrijvers noemen dit een (verdere) privatisering van het arbeidsrecht: Boot

2020 II; Castermans & Krans, *Samenloop* (Mon BW nr. A21) 2019; Houweling & Loonstra 2011 I; Konijn 1999.

2 De dwingendheid van de bepalingen, de invloed van de rechtspraak en van internationale normen

In de 19^e eeuw was de arbeidsovereenkomst grotendeels ongeregeld. Partijen waren nagenoeg vrij in de inhoud en vorm ervan. Sedertdien is die vrijheid in beduidende mate verloren gegaan door vele dwingende normen in titel 7.10 van het BW. Maar die inperking is wel met veel nuances gepaard gegaan. De wetgever heeft zich in deze titel bediend van verschillende formules om die inperking gestalte te geven.

In de eerste plaats is dat gebeurd met twee begrippen die ook elders in het privaatrecht voorkomen, te weten 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' van bedingen die met de wettelijke norm in strijd zijn.

In een aantal bepalingen in titel 7.10 heeft de wetgever gesteld dat bedingen die in strijd zijn met de betreffende normen nietig zijn (zie art. 7: 646-651, 655 etc. BW). En dat geldt niet alleen voor bedingen, het geldt voor alle rechtshandelingen in doen en nalaten (art. 3:40 BW). Maar tegelijkertijd zegt dat wetsartikel dat indien de norm uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling dit slechts leidt tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de norm iets anders voortvloeit. In titel 7.10 wordt dat typisch arbeidsrechtelijk uitgedrukt in de woorden die men in diverse bepalingen tegenkomt, dat niet ten nadele van de werknemer van die bepalingen kan worden afgeweken (bijv. art. 7:625 BW) en met de woorden die men ook tegenkomt, dat slechts aan de werknemer de bevoegdheid toekomt om, ter vernietiging van een beding dat afwijkt van dit artikel, een beroep op de vernietigingsgrond te doen (bijv. in art. 7:623 lid 3 BW).

Toch is in het arbeidsrecht het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid een delicaat punt. Weliswaar werkt zowel de nietigheid als vernietigbaarheid ex tunc, maar er bestaan ook wezenlijke verschillen tussen. Nietigheid werkt van rechtswege en dient door de rechter ambtshalve te worden toegepast. Een vernietigbare rechtshandeling daarentegen is geldig zolang zij niet is vernietigd. Er moet dus speciaal actie voor worden ondernomen, wat door de wetgever dan weer wel simpel is gemaakt – het kan gebeuren door een (vormvrije) buitengerechtelijke verklaring of een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 BW). Bovendien kunnen over de toepasselijkheid van vernietigbare rechtshandelingen vragen rijzen in het internationale privaatrecht en in vormen van alternatieve geschillenbeslechtsprocedures. Verder kunnen alle partijen bij de arbeidsovereenkomst een beroep doen op nietigheid. En ook eventueel derden, zoals de Belastingdienst, de sociale zekerheidsorganen, maar ook vakbonden, kunnen er een beroep op doen. Bij vernietigbaarheid is dat minder zeker. Ten slotte gelden er bij rechtsvorderingen tot vernietiging nog wel enkele beperkingen, die bij nietigheid niet aan de orde zijn (art. 3:52 e.v. BW). Zie ook Snijders 2002 I.

Wij menen dan ook dat in de bepalingen van titel 7.10 BW niet te snel moet worden uitgegaan dat strijd ermee tot vernietigbaarheid leidt. Er moet bij de arbeidsovereenkomst vaker invulling worden gegeven aan de uitzondering die in art. 3:40 lid 2 BW wordt genoemd: dat "uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit". Ofwel, ofschoon wellicht uit de tekst van de bepaling afgeleid lijkt te kunnen worden dat er sprake is van vernietigbaarheid, zou naar onze mening vaker, op basis van die uitzondering, moeten worden uitgegaan van nietigheid.

Slechts een kleine minderheid van de normen van titel 7.10 is van absoluut dwingend karakter; er kan onder geen omstandigheid van worden afgeweken. Soms zegt de wet dat heel algemeen met zoveel woorden (vgl. art. 7:633 lid 3 BW), soms zegt de wet het alleen

voor bedingen (bijv. art. 7:616f BW), soms zwijgt de wet erover (bijv. art. 7:657 BW) maar moet de wetsuitleg er toch van uitgaan dat noch in beding noch in gedraging afwijkingen zijn toegelaten. Zie ook Houweling & Langedijk 2011.

Een meerderheid van de normen van titel 7.10 laat wel degelijk afwijkingen toe, mits ze gunstiger zijn voor de werknemer (vgl. art. 7:656 lid 6 BW).

Daarnaast is de vrijheid van partijen om de inhoud van de arbeidsovereenkomst te bepalen genuanceerd door hantering van een drievoudig systeem van uitzonderingen: *regelend recht*, *semi-dwingend recht* en *driekwartdwingend recht*.

Een enkele bepaling in titel 7.10 BW is zodanig geformuleerd dat zij duidelijk alleen maar de norm geeft voor zover partijen bij de arbeidsovereenkomst niet iets afwijkends zijn overeengekomen (men spreekt van *regelend recht*). Afwijkingen door de partijen bij de arbeidsovereenkomst zijn dan dus wel degelijk toegestaan, zowel ten voordele als ten nadele van de werknemer.

In sommige bepalingen in titel 7.10 is gesteld dat daarvan ten voordele maar ook ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, maar dat dan wel de schriftvorm vereist is (bijv. art. 7:628 lid 5 BW) en dat betekent dat afwijkingen nietig of vernietigbaar zijn als die schriftvorm niet in acht is genomen (art. 3:39 BW). Dergelijke normen worden in de Nederlandse literatuur vaak aangemerkt als '*semi-dwingend recht*'. Die schriftvorm kan zijn gedaan in de individuele arbeidsovereenkomst, maar meestal ook in een ander document – personeelsgids, overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad of collectieve arbeidsovereenkomst – voor zover die op de arbeidsovereenkomst toepasselijk zijn.

Ten slotte is er in titel 7.10 een groep normen waarvan ook ten nadele van werknemers kan worden afgeweken, mits dat gebeurt bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Deze normen worden als '*driekwart dwingend recht*' bestempeld. Zie ook Jacobs, *Collectief arbeidsrecht (MSR nr. 28) 2023*; Van der Grinten, Bouwens & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht 2023*; Asser/Sieburgh 6-III 2022; Asser/Heerma van Voss 7-V 2020.

De meeste vernieuwingen die de titel 'arbeidsovereenkomst' in het BW sinds 1907 heeft ondergaan, zijn toe te schrijven aan maatschappelijke ontwikkelingen en aangestuurd door de wetgever. Op slechts enkele punten heeft de rechtspraak van de Hoge Raad baanbrekend gewerkt. Te wijzen valt op ontwikkelingen in art. 7:611, 7:658, 7:658a en 7:661 BW, die een codificatie vormen van enkele '*grands arrêts*' van de Hoge Raad (Van Haaren/Cehave, Debrot en Van der Lely/Taxi Hofman).

De rechtspraak speelt haar grootste rol daar waar de wetgever gewerkt heeft met '*vage normen*'. De Hoge Raad wil daarbij enerzijds zoveel mogelijk ruimte laten aan de feitenrechter om te oordelen naar de omstandigheden van het geval. Anderzijds wil hij ook wel enige sturing geven aan het oordeel van de feitenrechters.

De Hoge Raad heeft in de loop der jaren verschillende wegen uitgeprobeerd waarlangs dat zou kunnen. In de jaren zeventig deed hij dat eens door twee uitersten te noemen (waarbij het loonrisico van werkwilligen tijdens een staking afhankelijk werd gesteld van de aard van de actie en de omstandigheid waaronder deze plaatsvond (HR 7 mei 1976, NJ 1977/55 (*Wielemaker/De Schelde*)). Later deed hij dat door bepaalde subregels of vuistregels te formuleren. Nog weer meer recentelijk door '*gezichtspuntencatalogi*' te formuleren die de feitenrechters moeten nagaan (bijv. inzake de definitie van de arbeidsovereenkomst, eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, overgang van de onderneming en ontslag

op staande voet). Het probleem van deze aanpak is dat daarbij vaak in het midden blijft welk gezichtspunt zwaarder weegt dan het andere. Zie Sagel 2019; Quist 2014.

Een opvallend verschil van de huidige situatie met die van 1907 is dat de wetgever sinds enige tijd niet meer helemaal soeverein is met betrekking tot de inhoud van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst. Met name vanwege het EU-recht moesten tal van bepalingen in de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW worden aangepast. Een en ander betekent dat ook de nationale rechtspraak niet meer volledig uitsluitel kan bieden over de inhoud en de reikwijdte van die bepalingen. Ook de Europese rechtspraak – vaak in buitenlandse casus – heeft in deze voor Nederland dwingende betekenis gekregen. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de wijziging van de bepaling over de vakantierechten van arbeidsgeschikten, zie [52]. Verder is het zo dat het Europese werknemersbegrip zich wel eens uitstrekt tot situaties die niet noodzakelijkerwijs een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW hoeven te zijn, maar enger dan het Nederlandse begrip ‘arbeidsovereenkomst’ is het nooit. Zie Laagland 2018. Daardoor is de Europese rechtspraak, ondanks de afwijkende begrippen, ook op de Nederlandse situatie van toepassing. Vaak kan de rechter op dit pad ver komen door zijn algemene plicht om de uitleg van Nederlands recht te plaatsen in het kader van trouw aan het Europese recht. Maar soms zal de rechter het moeilijk vinden om het Europese recht echt contra legem toe te passen. Dat hoeft hij ook niet. De benadeelden kunnen dan de Staat aanspreken op basis van de zgn. Francovichdoctrine (HvJ EG 19 november 1991, NJ 1994/2).

3 Een voorzichtige balans

Het is verleidelijk om 115 jaar rechtsontwikkeling in het arbeidsovereenkomstenrecht van de zonnige kant te beschouwen. De uitbreiding van de rechten van de werknemers is inderdaad enorm geweest. Aan de andere kant rijst anno 2024 wel de vraag of deze ontwikkeling nog erg lang zo door zal gaan.

Werkgevers hebben steeds meer het gevoel dat het arbeidsovereenkomstenrecht te gecompliceerd en te knellend is geworden. De toenemende concurrentie in een globale economie dwingt hen zo zuinig mogelijk om te gaan met werknemersrechten. Import van lagerbetaalde arbeidskracht is daarbij zeker een optie, ook al stellen de speciale verwijzingsregels in het internationale privaatrecht betreffende de arbeidsovereenkomst inmiddels wel de nodige beperkingen aan de mogelijkheid om daarmee het hele Nederlandse arbeidsrecht te ontgaan. Voorts is verplaatsing van werk naar het buitenland (‘off-shoring’) steeds vaker een optie die wordt mogelijk gemaakt door de liberalisatie van het handelsverkeer en door de ontwikkeling van ict. Maar als dat geen van beide gaat, zoeken werkgevers voortdurend naar mogelijkheden om de knellende banden en de kosten van het arbeidsovereenkomstenrecht te ontlopen. Vaak neemt men zijn toevlucht tot de rechtsfiguur van de opdracht, die nog altijd minder gereguleerd is. Zo ontstond het fenomeen van de zelfstandige zonder personeel (ZZP’er), maar daarmee ook van de ‘schijnzelfstandigen’. Voorts is het arbeidscontract voor bepaalde tijd – ondanks de beperkingen waaraan de wetgever het heeft onderworpen – nog altijd een reële mogelijkheid om de lasten van het arbeidsovereenkomstenrecht te verminderen. Ook zoekt men zijn heil in een externalisering van de relaties door te werken met franchising, ingeleend personeel, detachering, payrolling of outsourcing. In al die laatstgenoemde gevallen blijven de werkenden weliswaar werkzaam in loondienst, maar niet meer direct bij de ondernemer in wiens bedrijven gewerkt wordt, doch bij een intermediair. Die laatste moet zich dan wel aan het arbeidsovereenkomstenrecht houden, maar heeft door zijn commerciële afhankelijkheid van de ‘echte’ werkgevers minder manoeuvreerruimte en moet

dus vaak het arbeidsrecht zo zuinig mogelijk toepassen. Dat zet een domper op de effectieve mogelijkheden tot realisatie van veel arbeidsrechtelijk fraais in de sfeer van medezeggenschap, privacybescherming, privétisering, etc. Er valt een zekere 'leegloop van het arbeidsrecht' te bespeuren. Er wordt geklaagd dat onze arbeidsmarkt een "ongelijk speelveld" biedt (zie het eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*). Zo komen 115 jaar na de geboorte van het arbeidsovereenkomstenrecht langzamerhand ook de grenzen van de ontwikkelingen op dit rechtsgebied in zicht, al openen zich ook weer nieuwe perspectieven (netwerk- en concernwerkgeverschap, digitalisering, AI, etc.). Zoals Gérard Lyon-Caen ons ooit leerde: de overeenkomst tot het verrichten van arbeid heeft de mensheid in alle samenlevingsvormen bediend sinds de Romeinse tijd en zij zal dat blijven doen.

HOOFDSTUK 2

Afdeling 1, Algemene bepalingen (art. 7:610-615 BW)

4 Begripsomschrijving arbeidsovereenkomst – de 4 elementen

Titel 7.10 over de arbeidsovereenkomst opent heel toepasselijk met de definitie van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 lid 1 BW): “*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.*”

Afgezien van een taalkundige bijschaving in 1997 heeft de wetgever deze definitie sinds 1907 ongewijzigd in stand gehouden, ondanks alle discussie daarover in de literatuur. Zo blijven de hoofdelementen: (1) arbeid, (2) tegen loon, (3) gedurende zekere tijd, (4) in ondergeschiktheid.

Het eerste element, ‘*arbeid*’, is door de rechtspraak altijd zeer breed opgevat. Ook ‘slapen’ valt er onder omstandigheden onder (HR 20 maart 1987, NJ 1988/4 (*Luijpen/Lentehof*), zie ook HR 15 maart 1991, NJ 1991/417 en 418 (*Casa Migrantes*))! Ook een verplichte wachttijd na sluiting (Rb. Noord-Holland 4 november 2020, RAR 2021/34). Zelfs wonen in een villa ten behoeve van een televisieprogramma kan arbeid zijn (HR 25 maart 2011, NJ 2011/594 (*Gouden Kooi*))! Anno 1907 werkten nog pas enkele honderdduizenden in loondienst en was er daarnaast nog zeer veel zelfstandige arbeid. Momenteel valt minstens 70% van de beroepsbevolking onder het arbeidsovereenkomstenrecht, zeker nu sinds 2020 ook bijna alle ambtenaren daar ondergebracht zijn. Dit recht reikt zelfs tot de bovenkant van de arbeidsmarkt – alleen de bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen werden in 2013 uitgezonderd (art. 2:132 lid 3 BW) – terwijl aan de onderkant van de arbeidsmarkt nog menigeen half of geheel buiten de boot valt, zoals veel hulpen in particuliere huishoudens. En dat ofschoon de wetgever van 1909 met deze regeling vooral de fabrieksarbeiders en dienstboden op het oog had!

Met betrekking tot het tweede element, ‘*loon*’, waarover in titel 7.10 geen definitie is opgenomen, mag nog altijd worden uitgegaan van de begripsomschrijving die de Hoge Raad (HR 18 december 1953, NJ 1954/242 (*Zaal/Gossink*)) ooit gaf: “De vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid”, zie verder [18]. Dit element betekent dat in principe vrijwilligerswerk en arbeid door leerlingen buiten het arbeidsovereenkomstenrecht vallen zolang onkostenvergoedingen, zakgeld, e.d. geen substantiële omvang aannemen.

Het derde element van de definitie arbeidsovereenkomst luidt: ‘*gedurende zekere tijd*’. Inderdaad is het bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk dat de werknemer niet zozeer voor een bepaald karwei als wel gedurende een zekere tijd ter beschikking staat van de werkgever om voor deze werk te verrichten. Bij de rechtsfiguur van de ‘opdracht’ (art. 7:400 e.v. BW) daarentegen gaat het er meestal om dat een bepaalde dienst wordt verricht zonder dat een beschikbaarheid gedurende een bepaalde tijdsduur wordt bedongen.

Heel nadrukkelijk heeft de wetgever de opvatting van De Leede afgewezen, dat arbeidsverhoudingen van heel korte duur, bijv. enkele uren per week, niet onder het begrip 'arbeidsovereenkomst' hoeven te vallen. Juist met het oog op gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van deeltijders zou dat onaanvaardbaar zijn (*Kamerstukken II 1994/95*, 23438, 5, p. 5).

De wetgever motiveerde in 1993 de handhaving van dit element aldus:

"De woorden "gedurende zekere tijd" zijn bij de totstandkoming van de wet in 1907, na discussie opgenomen in de definitie om de arbeidsovereenkomst te onderscheiden van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Als zelfstandig kenmerk heeft de tijdsduur echter geen onderscheidende kracht. (...) In de jurisprudentie is aan het vereiste (...) nooit zelfstandige betekenis toegekend. Niettemin zijn de woorden in het ontwerp gehandhaafd. Dat is gebeurd naar aanleiding van de (...) discussie in de literatuur (...) Denkbaar is dat het duurelement betekenis kan hebben juist in die gevallen waarin het andere element (het gezags-element, *schr.*) weinig reliëf heeft" (*Kamerstukken II 1993/94*, 23438, 3, p. 14 en B, p. 3; *Kamerstukken II 1994/95*, 23438, 5, p. 3).

Het vierde element, *de ondergeschiktheid*, is niet scherp te omlijnen. Doorgaans zal in een arbeidssituatie wel ondergeschiktheid bestaan. Het begrip 'arbeid in ondergeschiktheid' staat tegenover dat van het uitoefenen van een vrij beroep of het hebben van een vrije onderneming. In het grijze gebied dat tussen de beide begrippen bestaat, is een onderscheidend criterium voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst of er daadwerkelijk aanwijzingen en instructies gegeven kunnen worden door de werkgever. Niet relevant is (uiteindelijk) of de werkgever ze werkelijk geeft (*Kamerstukken II 1993/94*, 23438, 3, p. 13-14). In deze tijden van gig-economie geschiedt gezagsuitoefening ook steeds vaker via algoritmisch management [87]. Deze instructiebevoegdheid, hetzij werkinhoudelijk, hetzij met betrekking tot de werkdiscipline, hetzij beiden, kenmerkt de arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II 1994/95*, 23438, 5, p. 4), vooral ter onderscheiding van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW). Die laatste is nog altijd veel minder gereguleerd in het BW. Daarom ziet men tegenwoordig vaak pleidooien om elementen uit de regulering van de arbeidsovereenkomst in het BW ook toe te passen op arbeid in zelfstandigheid. Soms doen wetgever en rechters dat al, maar vaak ook heel uitdrukkelijk niet of alleen maar ten aanzien van schijnzelfstandigen, zie [9], [20], [69-71], [73], [81-82]. Zie ook Bosch & Hebly 2022.

5 Begripsomschrijving arbeidsovereenkomst – de beoordeling

Lange tijd bood de rechtspraak van de Hoge Raad juist op het cruciale punt van de ondergeschiktheid weinig houvast, omdat ze erg casuïstisch was. Een toneelspeler werd wel op arbeidsovereenkomst werkzaam geacht (HR 11 november 1949, NJ 1950/140 (*Van der Naaten/Kaart*), een stripteasedanseres en een vertaler niet (HR 1 december 1961, NJ 1962/79 (*Waarheid/Bodde*), resp. HR 17 november 1967, NJ 1968/163 (*Den Hollander/Luitingh*)).

Er kwam in de literatuur dan ook veel kritiek op het hanteren van het element gezagsverhouding als kenmerk voor de arbeidsovereenkomst en er zijn vaak voorstellen voor een andere benadering gedaan, maar die vonden nog onvoldoende bijval.

Intussen heeft de rechtspraak het criterium gezagsverhouding in stand gehouden, maar hieraan een moderne uitleg gegeven. Die werd zeer onlangs nog weer eens vernieuwd in HR 24 maart 2023, RvdW 2023/371 (*Deliveroo*). Van degene die de arbeid verricht, moet de rechter bezien:

- de aard en duur van de werkzaamheden;
- de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
- de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht (zie over de organisatorische inbedding Saïd 2020);
- het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;

- de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen;
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- de hoogte van deze beloningen;
- en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt.

Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijv. bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.

Het rechterlijk oordeel omtrent de aard van een arbeidsverhouding vormt dus een afweging van meerdere factoren die bepalend zijn voor de gezagsverhouding (HR 17 november 1978, *NJ* 1979/140 (*IVA/Queijssen*); HR 5 november 1982, *NJ* 1983/231 (*SSZ/Gelderloos*)). De rechter mag zich niet door één enkele omstandigheid laten leiden (HR 8 mei 1998, *NJ* 2000/81 (*MCE/Schoenmaker*)). Bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst ingevolge art. 7:610 BW moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Voorts is niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden bezien (zie onder meer HR 9 oktober 2015, *NJ* 2016/276 (*Logidex/SNCU*)). Dit wordt wel de ‘holistische weging’ genoemd. Zie Saïd 2019. Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, hangt mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht (HR 24 maart 2023, *RvdW* 2023/371 (*Deliveroo*)).

Volgens een jarenlange jurisprudentie moest de rechter zowel letten op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond (de bedoeling van partijen) als op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (*Thuiszorg/PGGM*)). Een rangorde tussen die twee factoren leek de Hoge Raad niet te willen aanbrengen (HR 14 april 2006, *NJ* 2007/447 (*ABVAKABO/UvA*)).

In een uitspraak in 2020 heeft de Hoge Raad zijn standpunt in dezen ‘verhelderd’. “Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst” (HR 6 november 2020, *NJ* 2021/116 (*Gemeente Amsterdam*) en hierover Verhulp 2021; zie ook *Kamerstukken II* 2020/21, 31311, 237).

In het al eerder aangehaalde Deliveroo-arrest van 2023, heeft de Hoge Raad nog twee andere elementen verhelderd die vaak in discussie zijn in het debat arbeidsovereenkomst ja/nee?

Vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen en om opdrachten al dan niet te aanvaarden sluit op zichzelf het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uit (vgl. HR 16 september 1994, NJ 1996/329 (*Nationale Nederlanden/Woudsend*), r.o. 3.2, en HR 11 juni 1997, BNB 1997/273 (*Appelplukkers*), r.o. 4.3.). Of voldaan is aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst hangt af van de verdere omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder van belang is wat geldt indien betrokkene wel verschijnt en een opdracht tot werk aanvaardt en de frequentie waarmee en de duur waarvoor dat doorgaans geschiedt.

Ook de in de overeenkomst neergelegde vrijheid om zich te laten vervangen is op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst en moet worden gezien in het licht van alle omstandigheden van het geval (HR 24 maart 2023, RvdW 2023/371 (*Deliveroo*)), zie [86].

Met deze actualisering is de Hoge Raad reeds tegemoet gekomen aan een aantal kritieken die er de laatste jaren waren op de kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in bepaalde beroepen en functies. Het is afwachten of de wetgever nog nieuwe stappen voorwaarts zal maken (*Kamerstukken II 2022/23*, 29544, 1176). Het vorige kabinet heeft nog een nieuw wetsontwerp in internetconsultatie gegeven, het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (*NJB 2023/32*, p. 2770), maar op het moment dat deze druk moest worden voltooid, kon nog niet worden voorspeld of het tot indiening zal komen. Intussen beginnen de rechtspraak en rechtsleer zich al het hoofd te breken over de gevolgen die een gewijzigde kwalificatie met zich meebrengt. Zie Verhulp 2023; Laagland 2023; Boot e.a. 2023; Heinen & Mauser 2023; Van der Neut 2023; Boot 2023; Grosheide & Van der Neut 2022; Saïd, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (MSR nr. 79) 2021.

Aangezien er dus aan de begripsomschrijving van de arbeidsovereenkomst nog niets wezenlijks is veranderd, blijft de rechtsfiguur van de ‘arbeidsovereenkomst’ gehandhaafd voor zeer uiteenlopende verhoudingen. Hierdoor kan ze in voorkomende gevallen ook van toepassing zijn op de thuiswerker (HR 17 november 1978, NJ 1979/140 (*IVA/Queijssen*)); het losse dienstverband (HR 25 januari 1980, NJ 1980/264 (*Possemis/Hoogenboom*)); de slaapwacht (HR 15 maart 1991, NJ 1991/417 (*Jebliouazzani/Casa Migrants*)), etc. Alleen voor de handelsvertegenwoordigers, de uitzendarbeid en payrolling heeft de wetgever definitief vastgesteld dat het daarbij om echte arbeidsovereenkomsten van de werkenden gaat, zij het met enkele eigen bepalingen (zie Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties* (Mon. BW nr. B86) 2016). Maar of al die andere arbeidsverhoudingen metterdaad in de gedaante van ‘arbeidsovereenkomst’ verricht worden, blijft onzeker. Zulks moet steeds van geval tot geval beoordeeld worden, hoewel het zeker zo is dat voor bepaalde veelvoorkomende types van gevallen een standaard gegeven kan worden, waardoor niet iedere zaak aan de rechter hoeft te worden voorgelegd. De juridische kwalificatie van werk van maaltijdbezorgers en taxichauffeurs via platforms als Deliveroo en Uber is nu wel duidelijk (HR 24 maart 2023, RvdW 2023/371 (*Deliveroo*); Rb. Amsterdam 13 september 2021, RAR 2021/150 (*Uber-chauffeurs*)), maar ander werk voor andere platforms kan tot weer andere kwalificaties leiden. En verder zullen vele nieuwe uitspraken blijven verschijnen, misschien niet meer over het werk van concert-reemplaçanten (Rb. Amsterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:545), de Equity Partners van Deloitte (Hof Den Haag 29 maart 2022, RAR 2022/86); Participatiewet-werkers (HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020, 1746 (*X/Gemeente Amsterdam*)), etc., maar wel over de jobs van “streamers”, etc. Zie ook Buisman 2023 I; Kloostera 2022; Houwerzijl e.a., *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming* (MSR nr. 78) 2021; Van den Hof 2020; Bennaars 2018; Kruit & Ouwehand 2018; Verhulp 2018.