

# Voorwoord

Dit boek is het tweede deel van een drieluik, waarin alle facetten van de individuele arbeidsverhouding worden behandeld. In het eerste deel zijn de elementen van de arbeidsovereenkomst en vakantie en verlof aan de orde gekomen. In dit tweede deel worden de bijzondere bedingen, de aansprakelijkheid van de werkgever in verband met arbeidsongevallen en beroepsziekten, de werknemersaansprakelijkheid voor door hem aan de werkgever of een derde toegebrachte schade, de gelijke-behandelingsaspecten en de overgang van een onderneming belicht. Het derde en laatste deel zal betrekking hebben op het ontslagrecht.

In dit tweede deel wordt veel aandacht geschonken aan parlementaire stukken, literatuur en jurisprudentie, zodat deze uitgave naast een leerboek ook een nuttig naslagwerk is voor de praktijk. Hoewel dit tweede deel in eerste instantie is geschreven voor gebruik in de masteropleidingen Nederlands recht aan de Universiteit van Tilburg, is ook aan dat laatste aspect ruim aandacht geschonken. Om de toegankelijkheid van de uitgave te vergroten is een fijnmazige hoofdstukindeling gehanteerd, zodat een bepaald onderwerp snel is terug te vinden. Voor zover dit nuttig is, wordt bij de onderwerpswijze behandeling verwezen naar andere onderdelen van het boek en het eerste deel. Ook is geprobeerd de leesbaarheid optimaal te doen zijn.

Het vierde hoofdstuk, dat betrekking heeft op de gelijke behandeling bij de arbeid, is tot stand gekomen in nauwe samenwerking met Ellen van den Bogaard. Het vijfde en laatste hoofdstuk, over de overgang van een onderneming, is geschreven door Steven Jellinghaus. Voor de documentaire ondersteuning zijn de auteurs veel dank verschuldigd aan Helmi Veenman van de bibliotheek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De auteurs staan open voor suggesties voor verbetering, aanpassing, aanvulling en dergelijke om de bruikbaarheid van dit boek nog verder te verbeteren. Dit tweede deel van de uitgave zal, zo hopen de auteurs, zijn weg in onderwijs en praktijk weten te vinden.

*Bij de derde druk*

Bij de totstandkoming van de eerste en tweede druk van dit boek is Wil Fase nauw betrokken geweest en is zijn invloed op het uiteindelijke resultaat onmiskenbaar. Wil heeft aan deze nieuwe druk niet meer meegewerkt. Als blijk van grote waardering voor het werk van Wil op het terrein van het (individuele) arbeidsrecht, is besloten om zijn naam onlosmakelijk aan deze uitgave verbonden te laten zijn.



Op 2 mei 2015 is na een kort ziekbed prof. mr. W.J.P.M. (Wil) Fase overleden. De titel van het liber amicorum dat Wil bij zijn afscheid als hoogleraar bij de Tilburgse vakgroep sociaal recht en sociale politiek heeft gekregen luidt: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*. Uit deze naamgeving alleen al blijkt de grote waardering voor Wil en dat hij voor velen een inspiratiebron is geweest. De inhoud van deze bundel weerspiegelt onmiskenbaar zijn veelzijdigheid op het terrein van het sociaal recht. Of het nu gaat over ontslag of de werkstaking, werkloosheidsuitkeringen of positieve discriminatie, over vakantiewetgeving of de overgang van de onderneming, op bijna elk deelonderwerp van het Nederlandse sociaal recht heeft Wil uitermate deskundige en gezaghebbende meningen in woord en geschrift naar voren gebracht. Zijn publicaties en opvattingen over bijvoorbeeld het cao-recht zijn van grote invloed geweest voor de rechtsontwikkeling op dit rechtsgebied. Met Wil te hebben mogen samenwerken beschouwen wij als een van de grootste voorrechten die ons ten deel is gevallen.

---

*Bij de achtste druk*

In deze achtste druk is uit de rechtspraak opnieuw een selectie gemaakt en deze is verwerkt in de tekst. Ook is de literatuur geactualiseerd. Rest nog te vermelden dat de bijwerkdatum 16 maart 2021 is.

Zoetermeer/Scheveningen, maart 2021

*Harry van Drongelen*

*Steven Jellinghaus*

# Hoofdstuk 1

## Bijzondere bedingen

### 1.1 Inleiding

In het kader van de arbeidsovereenkomst is regelmatig sprake van een ‘beding’. De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW kent een aantal zogenoemde bijzondere bedingen. Bijzondere bedingen zijn in dit verband afspraken tussen de werkgever en de werknemer die door de wetgever van een speciale regeling zijn voorzien.<sup>1</sup> Het gaat dan om:

1. het boetebeding (zie 1.2);<sup>2</sup>
2. het proeftijdbeding (zie 1.3);<sup>3</sup>
3. het eenzijdig wijzigingsbeding<sup>4</sup> (zie 1.4);<sup>5</sup> en
4. het concurrentiebeding<sup>6</sup> (zie 1.5).<sup>7</sup>

1. Zie I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 4.

2. Zie voor een (beknopt) overzicht van de wetsgeschiedenis: D. Christe, *SMA* 1979, p. 470-484; A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, *NJB* 1988, p. 288-296.

3. Zie hierover onder meer: A. Wiersma, *NJB* 1977, p. 352-353; F.J. Houwing, *NJB* 1979, p. 813; F.J. Houwing, *NJB* 1980, p. 1069-1070; F.J. Houwing, *NJB* 1982, p. 811; SER, *Advies* 1988/12; J.A. Bijker, *SMA* 1992, p. 494-502; M.V. Ulrici, *ArbeidsRecht* 1995-10, p. 16-20; R.E.N. Ploum, *SR* 1997, p. 206-208; J. van Drongelen & M. Kramer, *SMA* 1998, p. 276-281; M. Kramer & J. van Drongelen, *Pav* 1998-11, p. 14-15; R. Kötter, *ArbeidsRecht* 2019-4, p. 3-7.

4. De wettelijke regeling van het eenzijdige wijzigingsbeding is in 1998 in het BW opgenomen (zie *Stb.* 1998, 107). Daarbij zijn art. 7:613-7:613c BW waarin het arbeidsreglement was geregeld, vervangen door een nieuw art. 7:613 BW.

Zie over het arbeidsreglement onder meer: E.A. van Beresteijn 1903; P.A. Diepenhorst 1930, p. 82-98; A.N. Molenaar 1957, p. 50-60; A.J. Haakman, *SMA* 1959, p. 66-74; A.J. Haakman, *SMA* 1959, p. 398-417; J.A.M. Cornelissens 1959, p. 38-45; M.H.B. Mensink, *SMA* 1982, p. 254-262; M.H.B. Mensink, *SMA* 1982, p. 38-45; F. Koning 1987, p. 5-35; M.H.M. van der Goes & R. Korporaal, *SMA* 1988, p. 562-567; A.S.J. Groeneveld, *SMA* 1988, p. 822-832; W.J.P.M. Fase, *SMA* 1996, p. 517-526.

5. Zie hierover onder meer: W.J.P.M. Fase, *SMA* 1996, p. 517-526; A.D. Bles & M.E. Allegro, *ArbeidsRecht* 1997-5, p. 25-28; R. Hansma, *SR* 1998, p. 373-375; P.F. van der Heijden, *SMA* 1998, p. 207-214; F. Koning, *SMA* 1998, p. 472-278; J.M. van Slooten 1999, p. 43-55; W.A. Zondag, *SR* 2000, p. 46-54; S.F.H. Jellinghaus 2003b, p. 179-188.

6. Zie voor een (beknopt) historisch overzicht: C.G. Scholtens, *ArbeidsRecht* 2002-8/9, p. 33-36; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, in: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, p. 59-64.

7. De (nieuwe) regeling van het concurrentiebeding is ingevoerd met ingang van 1 april 1997 (zie *Stb.* 1997, 37). Zie over de ‘oude’ regeling onder meer: M.B. Vos, *RBA* 1934, p. 93-95; R. van Maanen, *De NV* 1952/1953, p. 165-170; M.G. Levenbach 1954, p. 147-152; H.L. Bakels, *NJB* 1962, p. 729-737; M.B. Vos, *SMA* 1962, p. 671-675; A.L. Croes, *WPNR* 1973, p. 191-196; A.L. Croes, *WPNR* 1973, p. 211-217; T. Tekstra, *AA* 1987, p. 63-69; M.M. Olbers, *SMA* 1991, p. 575-589; J.B. de Groot & K. Frielink, *SR* 1992, p. 164-168; M.M. Olbers, *SR* 1992, p. 206-207; P.W. van Oosterom, *ArbeidsRecht* 1994-11, p. 3-6; C.J. Loonstra 1994; V. Disselkoen, *ArbeidsRecht* 1994-4, p. 11-12; F.B.J. Grapperhaus 1995; F.B.J. Grapperhaus, *ArbeidsRecht* 1995-10, p. 22-24. Zie ook: A.T.J.M. Jacobs & D.G.M. Mattijssen, *WPNR* 1995, p. 257-261; A.T.J.M. Jacobs & D.G.M. Mattijssen, *WPNR* 1995, p. 271-275. Zie over de overgangsproblematiek onder meer: G.C. Boot, *ArbeidsRecht* 1997-6/7, p. 34-37; A.L. Hylkema, *ArbeidsRecht* 2000-2, p. 26-29.

Zie ook onder meer: Ktg. Amsterdam 11 april 1997, *JAR* 1997, 97; Rb. Utrecht 1 mei 1998, *KG* 1998, 205; Ktg. Groenlo 12 januari 1998, *JAR* 1998, 48; Ktg. Amsterdam 21 september 1999, *JAR* 1999, 218. Op 17 december 2001 is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend met het doel het concurrentiebeding opnieuw wettelijk te regelen (*Kamerstukken* 28 167). Nadat de Tweede Kamer op 5 oktober 2004 het voorstel van wet tot wijziging van artikel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van

Ook wordt in art. 7:691 lid 2 BW het zogenoemde 'uitzendbeding' geregeld, dat hier echter buiten behandeling blijft (zie Deel 1 2.6.5.11).<sup>8</sup>

Daarnaast zijn er nog talloze andere bedingen mogelijk die geen wettelijke regeling kennen.<sup>9</sup> Denk dan aan bijvoorbeeld: het relatiebeding (zie 1.6), het aan het belemmeringsverbod gekoppelde inlenersbelemmeringsbeding,<sup>10</sup> een beding dat betrekking heeft op nevenwerkzaamheden,<sup>11</sup> het geheimhoudingsbeding<sup>12</sup> en het studiekostenbeding.<sup>13</sup>

het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding heeft aanvaard (zie *Handelingen II* 2004/05, p. 287), is dit wetsvoorstel door de Eerste Kamer ter advisering aan de SER voorgelegd. Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. F (brief aan de voorzitter van de Eerste Kamer); *Handelingen I* 2005/06, p. 154. Uit SER, *Advies* 2006/02, blijkt dat dit adviesorgaan het wetsvoorstel op een aantal onderdelen onduidelijk vindt waardoor de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer in het gedrang komt. Zie L.S. van Dis, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 193-194. Het wetsvoorstel is door de Eerste Kamer op 12 juni 2006 verworpen. Zie *Handelingen I* 2005/06, p. 1399-1400. Zie over dit wetsvoorstel onder meer: StvdA, *Advies* 1998; P.M.M. Massuger, *Arbeid Integraal* 2002, p. 4-7; C.J. Loonstra, *NJB* 2002, p. 350-355; M.D. Ruizeveld, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 285-291; C.E. Dingemans & M.P. van Broeckhuijsen, *ArbeidsRecht* 2002-3, p. 20-26; C. Mak, *Rechtshulp* 2003-6/7, p. 32-38; F.B.J. Grapperhaus, *ArA* 2003-2, p. 4-25; J.P. Quist, *SMA* 2004, p. 111-122; C.E. Dingemans & M.P. van Broeckhuijsen, *ArbeidsRecht* 2004-11, p. 20-23; J.P.M. van Zijl, *Accountant-Adviseur* 2004-11, p. 48-49; N. Ijzerman, *Arbeid Integraal* 2005, p. 143-152; C.J. Loonstra, *SR* 2004, p. 401-402; J.B. Floor, *Rechtshulp* 2004-5, p. 11-21; D.I.M.E. Hermans, *Gids voor personeelsmanagement* 2005-2, p. 26-29; C.J. Loonstra, *SMA* 2005, p. 61-74; C.E. Dingemans & M.P. van Broeckhuijsen, *ArbeidsRecht* 2005-5, p. 8-11; A.R. Houweling, *Arbeid Integraal* 2005-2, p. 5-27; J. Pennings, *Bb* 2005, p. 43-44; D.J. Buijs, *SR* 2005, p. 414-415; C.J. Loonstra, *SR* 2006, p. 143-144; F.B.J. Grapperhaus, *SR* 2006, p. 253-254; P.F. van der Heijden, *NJB* 2006, p. 1931; J. Oster, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 483-484; A.E. Peters & E. Knipschild, *ArbeidsRecht* 2007-1, p. 19-25; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, in: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, p. 71-74.

8. Zie ook: J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005, p. 66-69.

9. Zie ook: C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2008, p. 217, die een drietal niet-wettelijke bedingen noemen, namelijk: het inlenersbelemmeringsbeding, het geheimhoudingsbeding en het studiekostenbeding. I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 26-27, onderscheidt: de disciplinaire maatregel van schorsing zonder behoud van loon, de bepaalde tijdafsprak, het relatiebeding, en de ontbindende voorwaarde. Voor de schorsing zonder behoud van loon, de bepaalde tijdafsprak en de ontbindende voorwaarde wordt verwezen naar Deel 1 resp. 4.13.2.10, 6.2 en 6.2.5.

10. Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005, p. 83-86.

11. Zie Ktr. Heerlen 3 januari 2007, *JAR* 2007, 27. Zie onder meer: F.E.M. Stolwijk 1948, p. 62; J. van Drongelen, *SMA* 1987, p. 34-38; I.P. Asscher-Vonk 1989, p. 53-59; D.J.B. de Wolff, *SR* 2005, p. 290-297. Zie ook: B. Jansen, P. te Marvelde, E. de Haan & M. Achterberg 1988.

12. Zie Ktr. Tilburg 3 mei 2006, *PrG.* 2006, 108; Ktr. Haarlem 19 december 2007, *JAR* 2008, 25; Vzr. 's-Hertogenbosch 27 november 2008, *PrG.* 2009, 35; Hof Leeuwarden 5 juli 2011, *ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0372*; Hof Amsterdam 14 juni 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2582*; Ktr. Harderwijk 29 februari 2012, *JAR* 2012, 98; Ktr. Utrecht 7 juni 2017, *ECLI:NL:RBUMNE:2017:3079*; Hof Arnhem 2 april 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:2911*. Zie ook: G.J.J. Heerma van Voss, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 198-207; R.S. van Coevorden, *ArbeidsRecht* 2002-8/9, p. 10-18; P. Maarsen, *SZA* 2002-37, p. 7; J. van Drongelen, *SZA* 2007-16, p. 7; T.C.B. Homan, *RvM* 2008-2, p. 5-6; F. Pelger, *Arbeid Integraal* 2008-2, p. 67-70. Zie ook: HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702; Ktr. Tilburg 3 mei 2006, *PrG.* 2006, 108.

13. Zie HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 796; Ktg. Middelburg 23 april 2001, *JAR* 2001, 191; Ktg. Eindhoven 11 oktober 2001, *PrG.* 2001, 5771; Ktg. Zaandam 1 november 2001, *JAR* 2001, 249; Ktr. Eindhoven 13 december 2007, *PrG.* 2002, 5854; Ktr. Rotterdam 7 mei 2002, *JAR* 2002, 182; Ktr. Amsterdam 22 november 2002, *JAR* 2002, 22; Ktr. Amsterdam 7 januari 2003, *JAR* 2003, 45; Hof Amsterdam 26 februari 2004, *JAR* 2004, 202; Ktr. Rotterdam 1 oktober 2004, *JAR* 2004, 69; Ktr. Dordrecht 24 augustus 2006, *ECLI:NL:RBDOR:2006:AY6951*; Hof 's-Gravenhage 29 september 2006, *JAR* 2006, 282; Ktr. Rotterdam 28 februari 2007, *PrG.* 2007, 64; Ktr. Leeuwarden 4 oktober 2007, *ECLI:NL:RBLEE:2007:BB6025*; Hof Amsterdam 29 mei 2008, *RAr* 2008, 147; Ktr. Haarlem 9 juli 2009, *JAR* 2009, 303; Ktr. Utrecht 18 maart 2009, *JAR* 2009, 137; Ktr. Rotterdam 26 augustus 2009, *JAR* 2009, 241; Ktr. Utrecht 23 juni 2010, *PrG.* 2010, 165; Vzr. Heerenveen 10 oktober 2010, *JAR* 2011, 28; Hof Arnhem 8 maart 2011, *ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1355*; Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ3253*; Vzr. Dordrecht 5 april 2011, *JAR* 2011, 118; Ktr. Harderwijk 29 februari 2012, *JAR* 2012, 98; Ktr. Amersfoort 29 juli 2015, *ECLI:NL:RBUMNE:2015:5474*; Hof Leeuwarden 8 september 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:6643*; Ktr. Arnhem 16 november 2016, *ECLI:NL:RBGEL:2016:6183*; Ktr. Amsterdam 4 januari 2017, *ECLI:NL:RBAMS:2017:65*; Ktr. Almere

### 1.1.1 De achtergrond van de wettelijke regeling van de bijzondere bedingen

De algemene ratio voor het opnemen van een wettelijke regeling van de bijzondere bedingen is als volgt.<sup>14</sup> In de arbeidsovereenkomst kunnen verschillende bedingen voorkomen die de vrijheid van de werknemer meer dan acceptabel is aan banden kunnen leggen of die in andere opzichten onredelijk en onbillijk kunnen worden gevonden. Om dit tegen te gaan kan een beroep worden gedaan op het algemene verbintenissenrecht (zie bijvoorbeeld art. 6:248 BW). Voor sommige bedingen is echter een uitdrukkelijke wettelijke regeling nodig gevonden.<sup>15</sup> Zo werd bij het boetebeding (zie 1.2) de vraag opgeworpen of voor de bescherming van de werknemer een verbod van een dergelijk beding niet meer voor de hand lag. In reactie daarop werd gesteld dat het regelen en niet het verbieden van de boete in het werknemersbelang is. Bij het ontbreken van een wettelijke regeling nemen de werkgevers hun toevlucht tot andere disciplinaire maatregelen met een hoog willekeur gehalte<sup>16</sup> waarbij aan ontslag en schorsing kan worden gedacht (zie 1.2.1).<sup>17</sup> Bij het opnemen van het proeftijdbeding (zie 1.3) speelde destijds allereerst de vraag of het beëindigen van de arbeidsovereenkomst tijdens of alleen aan het einde van de proeftijd was toegestaan. Vervolgens werd een grens gesteld aan de maximale termijn die was toegestaan.<sup>18</sup> De regeling van het eenzijdig wijzigingsbeding (zie 1.4) is bedoeld om de positie van de werknemer te verstevigen als het gaat om het eenzijdig wijzigen van zijn arbeidsvoorwaarden. Dat kan namelijk alleen als daarvoor zwaarwichtige redenen kunnen worden aangevoerd.<sup>19</sup> De regeling van het concurrentiebeding (zie 1.5) is ingegeven door de noodzaak om de bevoegdheid

28 juni 2017, JAR 2017, 194; Ktr. Rotterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4630; Ktr. Rotterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4631; Hof Amsterdam 24 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1379; Ktr. Utrecht 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3826; Ktr. Dordrecht 19 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3070; Ktr. Arnhem 2 september 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4442; Ktr. Arnhem 30 september 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4897.

Zie ook: M.E. Allegro, *ArbeidsRecht* 2000-5, p. 8-12; W.H. van Aalst, *ArbeidsRecht* 2004-1, p. 18-22; J. van Drongelen, *SZA* 2007-48, p. 7-8; W. ter Avest-Harbers & C. Sonneveld-Ditzel, *P&OActueel* 2008-2, p. 19; T.C.B. Homan, *RvM* 2009-4, p. 15-16; N. Zekic, *TRA* 2010-4, p. 5-10; P. Maarsen, *RvM* 2011-3, p. 7-8; S. Snijders, *PS Documenta* 2011-14, p. 1001-1011; P. Maarsen, *RvM* 2011-10, p. 11-12; O.J. Rote, *ArbeidsRecht* 2011-12, p. 26-29; R.F. Kötter, *ArbeidsRecht* 2012-2, p. 23-26; S.M. Snijders, *PS Documenta* 2017-15, p. 1040-1049; A. Vergne, *PW* 2018-12, p. 42-43; P. Maarsen, *RvM* 2019-5, p. 13-14; J. Seghrouchni, *ArbeidsRecht* 2019-10, p. 15-19; P. Maarsen, *SZA* 2020-22, p. 7-8; P. Maarsen, *SZA* 2020-42, p. 7-8.

14. Zie Ontwerp-Drucker (memorie van toelichting), p. 49. Zie over het Ontwerp-Drucker onder meer: E. Fokker, *VdT* 1899 II, p. 1-64; F.N. Sickenga, *De Economist* 1899 I, p. 269-283; I. Hen, *RM* 1899, p. 436-467; A.P.Th. Eyssell, *De Tijdspiegel* 1905, p. 361-369; C.J.M. Wilde, *VdT* 1905 I, p. 401-432; C.J.M. Wilde, *VdT* 1905 II, p. 115-122.

15. Zie ook: A.E. Bles 1908, p. 196; I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 8.

16. Zie Ontwerp-Drucker (memorie van toelichting), p. 49-50; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 27; S.G. Canes 1908, p. 137. Zie ook: I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 9.

17. Zie *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 27. Zie ook: B. Hes 1907, p. 94; I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 9.

18. Zie Ontwerp-Drucker (memorie van toelichting), p. 76-77; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 36. I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 14, geeft aan dat zij voor het door C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2008, 193, gegeven oogmerk van de wetgever, namelijk het tegengaan van misbruik, in A.E. Bles 1909, geen argument heeft gevonden. Mogelijk dat deze auteurs zich hebben laten leiden door de volgende passage: 'In andere landen is reeds gebleken, dat sommigen trachten de wettelijke voorschriften omtrent opzeggingstermijnen te ontgaan door steeds een "proeftijd" te doen voorduren. Dit dient te worden voorkomen.' Zie Ontwerp-Drucker (memorie van toelichting), p. 76; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 36.

19. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 22.

van werkgeverskant om de werknemer in diens arbeidskeuze in te perken, te clausuleren.<sup>20</sup>

## 1.2 Het boetebeding

### 1.2.1 Inleiding

Een werknemer verricht in dienst van de werkgever werkzaamheden. Dit maakt dat hij is onderworpen aan de instructiebevoegdheid van de werkgever (zie Deel 1 3.3). Als de werknemer zijn verplichting die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit niet of niet naar behoren nakomt, kan de werkgever als reactie op het gedrag van de werknemer disciplinaire maatregelen nemen. In dat verband kan gedacht worden aan een berisping, het opleggen van een boete, het onthouden van een periodieke loonsverhoging, het intrekken van bepaalde faciliteiten zoals gratificaties en vrij vervoer, overplaatsing naar een lagere rang (al dan niet met een vermindering van loon), schorsing (zie Deel 1 4.13.2.10) en in het uiterste geval zelfs ontslag op staande voet.<sup>21</sup> Overigens mag een disciplinaire maatregel nooit in strijd met de wet zijn. Zo zal een lichamelijke tuchting niet geoorloofd zijn, omdat dat mishandeling is in de zin van het Wetboek van Strafrecht (zie art. 300-301 Sr). Opsluiting is eveneens uit den boze, omdat er dan sprake is van een ongeoorloofde vrijheidsberoving (zie art. 282-283 Sr). Het opleggen van een disciplinaire maatregel door de werkgever wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, zowel voor wat betreft de besluitvorming als de maatregel zelf. Dat betekent dat er sprake moet zijn van een evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en de aard van de gedraging van de werknemer.<sup>22</sup> Eén disciplinaire maatregel is wettelijk geregeld, namelijk de boete in art. 7:650-7:651 BW.

### 1.2.2 De geldigheidsvereisten

De wettelijke regeling van het boetebeding kent een aantal geldigheidsvereisten.<sup>23</sup> Daarbij valt op dat de eis van schriftelijkheid steeds terugkeert. Allereerst wordt in lid 1 van art. 7:650 BW aangegeven dat een boetebeding alleen geldig is als de voorschriften op de overtreding waarvan een boete is gesteld met zoveel woorden in de arbeidsovereenkomst zijn aangegeven en daarbij ook is vermeld wat het bedrag van de boete is. Vervolgens voegt lid 2 van het artikel daar uitdrukkelijk aan toe dat een boetebeding schriftelijk moet worden aangegaan. Van lid 1 en 2 van art. 7:650 BW kan niet worden afgeweken; iedere afwijking is op grond van lid 6 van dit artikel nietig en mist dus iedere rechtskracht.

20. Deze regeling is eerst in een latere fase in het wetgevingsproces ingevoegd. Zie *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 6 (voorlopig verslag), p. 12; *Kamerstukken II* 1904/05, 23, nr. 1 (memorie van antwoord), p. 9-10. Op een dergelijke regeling was al eerder aangedrongen door onder andere E. Fokker, *VdT* 1899 II, p. 44. Zie ook: S.G. Canes 1908, p. 161.

21. Zie ook: W.A. Zondag, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, p. 7.

22. Het kunnen treffen van disciplinaire maatregelen wordt ook wel arbeidstuchtrecht genoemd. Zie hierover onder meer: T. Koopmans 1965; M.M. Olbers, in: *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, p. 69-86.

23. Zie F.M. Dekker, in: *Arbeidsrechtelijke bedingen*, p. 99-114; F.M. Dekker, *ArbeidsRecht* 2014-6/7, p. 22.

### 1.2.2.1 *Schriftelijkheidseis*

De schriftelijkheidseis in lid 1 van art. 7:650 BW is eenvoudig te verklaren. Deze eis is opgenomen om te voorkomen dat er onzekerheid bestaat over de bevoegdheid van een werkgever om een boete op te kunnen leggen<sup>24</sup> en de hoogte van de boete. Rechtszekerheid ligt aan deze schriftelijkheidseis ten grondslag. In de literatuur is deze schriftelijkheidseis wel de arbeidsrechtelijke variant genoemd van het legaliteitsbeginsel in het Wetboek van Strafrecht (zie art. 1 Sr).<sup>25</sup> De werknemer moet op de hoogte zijn of had op de hoogte kunnen zijn van de voorschriften waaraan hij zich moet houden en die via sanctionering, in dit geval een boete, worden gehandhaafd.<sup>26</sup>

Een andere vraag is wat de reikwijdte is van de in lid 1 gebruikte terminologie ‘in de arbeidsovereenkomst’ en de in lid 2 van art. 7:650 BW opgenomen verwijzing naar de schriftelijkheidseis. In de literatuur wordt aangenomen dat voorschriften over het boetebeding in zowel een individuele arbeidsovereenkomst als een cao kunnen zijn opgenomen.<sup>27</sup> Daar is veel voor te zeggen. Allereerst een taalkundig argument. Als het oogmerk was geweest om de regeling van het boetebeding uitsluitend bij individuele arbeidsovereenkomst toe te staan, dan was in lid 2 van art. 7:650 BW wel uitdrukkelijk een verwijzing opgenomen naar een beding tussen de werkgever en de werknemer dat schriftelijk is overeengekomen; vergelijkbaar met de regeling van het concurrentiebeding (zie 1.5.2.2). Dit is niet gebeurd. Om die reden staat er niets aan in de weg om bij cao een regeling van het boetebeding te treffen. Een dergelijke afspraak in een cao werkt op grond van de Wet op de cao<sup>28</sup> rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomst (zie art. 9 en 12 Wet op de cao). De individuele arbeidsovereenkomst wordt op dat punt als het ware door de cao gemodelleerd. Dit wordt de doorwerking van cao-bepalingen in de arbeidsovereenkomst genoemd. Dit gebeurt overigens uitsluitend als de werkgever en de werknemer beiden aan de cao zijn gebonden (zie art. 9 en 12 Wet op de cao; zie Deel 1 1.2.3). De werknemer kan ook door een incorporatiebeding<sup>29</sup> aan de cao worden gebonden, zodat die cao automatisch voor hem gaat gelden (zie ook: Deel 1 5.6.4). Daarnaast speelt nog een wetshistorisch argument. Aanvankelijk was het denkbeeld dat een boetebeding kan worden vastgesteld op grond van hetzij een schriftelijke overeenkomst hetzij een (arbeids)reglement.<sup>30</sup> Nu is het arbeidsreglement al wel enige tijd geleden vervallen (zie 1.1) met daarvoor in de plaats het zogenoemde ‘eenzijdig wijzigingsbeding’ (zie 1.5), maar dat laat onverlet dat voorzien

24. Zie Ontwerp-Drucker (memorie van toelichting), p. 49-50; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 27.

25. Art. 1 lid 1 Sr luidt: ‘Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.’

26. Zie W.A. Zondag, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, p. 11.

27. Zie J. Mannoury, *SMA* 1959, p. 776; W.A. Zondag, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, p. 11-12, die daaraan toevoegt ‘een in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde regeling’; I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 10-12; C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2010, p. 191-193; W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate m.m.v. R.A.A. Duk 2020, p. 270-272.

28. Zie wet van 24 december 1927, houdende nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, *Stb.* 1927, 415. Zie over deze wet onder meer: L.G. Kortenhorst & Mac.M.J. van Rooy 1939; P.W. Kamphuisen 1956, p. 3-50; J. Mannoury 1961; C.E.M. Schutte 1998; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 45-137; J. van Drongelen 2012.

29. Zie ook: W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 97-99; J. van Drongelen 2012, p. 198-210.

30. Zie *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 27.

was in een mogelijkheid om anders dan uitsluitend bij individuele arbeidsovereenkomst een boetebeding overeen te komen. Centraal daarbij is de al eerder aange-stipte rechtszekerheid geweest (zie 1.1).<sup>31</sup> In het verlangde van het vorenstaande heeft de Kantonrechter in Leeuwarden in 2009<sup>32</sup> geoordeeld dat een verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar de informatiegids van de werkgever waarin staat dat op het door de werknemer te laat inleveren van een aan hem uitgereikt wekrapport of urenverantwoordingsstaat administratiekosten in rekening worden gebracht, voldoende is om aan de schriftelijkheidseis van het boetebeding te voldoen. De werknemer heeft zich door de ondertekening van de arbeidsovereenkomst namelijk akkoord verklaard met de in de informatiegids opgenomen arbeidsvoorwaarden (zie 1.5.2.2).

### 1.2.3 De bestemming van de boete

Lid 3 van art. 7:650 BW schrijft voor dat de overeenkomst waarin een boetebeding is opgenomen, nauwkeurig moet aangeven wat de bestemming van de boete is.<sup>33</sup> De boete mag niet ten goede komen aan de werkgever of degene die namens hem bevoegd is om een boete op te leggen.

De opgelegde boete moet dus ten goede komen aan een goed doel.<sup>34</sup> Denk dan aan bijvoorbeeld Amnesty International, Jantje Beton en diverse fondsen, zoals het Julianafonds, of de personeelsvereniging. In art. 7:650 lid 3 BW wordt de terminologie ‘persoonlijk voordeel’ gebruikt. Dit ‘persoonlijk voordeel’ moet niet al te streng aan allerlei juridische maatstaven worden getoetst. Zou dat wel gebeuren dan zou de boete moeten worden bestemd voor een van de werkgever afgescheiden natuurlijke of rechtspersoon. In dat geval valt bijvoorbeeld een personeelsbibliotheek buiten de boot, als ervan wordt uitgegaan dat dit geen rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging of stichting is. Het lijkt toch alleszins verdedigbaar dat dit een normale en respectabele bestemming is voor de boete. Met dit wettelijke voorschrift is ongetwijfeld bedoeld, dat de boete niet zonder meer voor de werkgever zelf mag worden bestemd.<sup>35</sup> Mocht in het boetebeding geen bestemming zijn gegeven, maar moet dit alsnog bijvoorbeeld tijdens een procedure gebeuren, dan heeft dit volgens de Arnhemse Kantonrechter in januari 2002<sup>36</sup> geen effect; de nietigheid wegens het ontbreken van een bestemming van de boete in de overeenkomst is doorslaggevend. Op grond van art. 7:650 lid 6 BW kan overigens wel van het voorschrift over de bestemming schriftelijk worden afgeweken, maar alleen als het gaat om een werknemer die meer verdient dan het wettelijk minimumloon.<sup>37</sup> Als een

31. I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 12, geeft alleen dit laatste argument. Terecht merkt zij overigens op dat de verwijzing van W.A. Zondag, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, p. 11, naar het sinds jaar en dag door werkgevers opstellen van boetevoorschriften geen overtuigend argument kan zijn, omdat het geen juridisch argument is.

32. Zie Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, *JAR* 2009, 119.

33. Zie HR 3 januari 1929, *NJ* 1929, 425; Hof Leeuwarden 24 juni 1998, *JAR* 1998, 151; Rb. Rotterdam 18 juni en 23 juni 2004, *PrG*. 2004, 6259.

34. Zie ook: D. Bremmer, *AD* 1 april 2017.

35. Zie J. Mannoury, *SMA* 1959, p. 778. Zie ook: I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 13.

36. Zie Ktr. Arnhem 21 januari 2002, *PrG*. 2002, 5820.

Zie ook: J. van Drongelen, *Pav* 2003-3, p. 17.

37. Zie Ktr. Arnhem 21 januari 2002, *PrG*. 2002, 5820; Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2002, 3; Ktr. Rotterdam 23 juni 2004, *PrG*. 2004, 6259; Hof Leeuwarden 23 april 2008, *RAR* 2009, 65; Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, *JAR* 2009, 119; Hof Leeuwarden 26 mei 2009, *JAR* 2009, 164; Hof



werknemer een beroep doet op de nietigheid van het boetebeding omdat daarin niet is opgenomen dat wordt afgeweken van het vereiste dat de bestemming ervan nauwkeurig moet zijn aangegeven, dan wordt dit door het Amsterdamse Hof in september 2020<sup>38</sup> verworpen, omdat in het boetebeding uitdrukkelijk is vermeld dat van het desbetreffende wettelijke voorschrift wordt afgeweken en dat is voldoende. Maar is dat ook zo?

#### 1.2.4 De hoogte van de boete

Art. 7:650 lid 4 BW bepaalt dat iedere boete die in de arbeidsovereenkomst is bedongen, op een bepaald bedrag moet zijn gesteld en in het geld waarin het loon in geld is vastgesteld. De hoogte van de op te leggen boete(s) is gemaximeerd. Zo geeft lid 5 van art. 7:650 BW aan dat in een week aan gezamenlijke boetes geen hoger bedrag mag worden opgelegd dan een halve dag loon. Dat geldt trouwens ook voor een afzonderlijke boete, die mag nooit meer zijn dan een halve dag loon. Van deze voorschriften mag op grond van art. 7:650 lid 6 BW bij schriftelijke overeenkomst, dus ook bij cao (zie 1.2.2), worden afgeweken. Maar daar is een uitzondering op gemaakt. Voor werknemers die het (wettelijk) minimumloon<sup>39</sup> verdienen is deze afwijkingmogelijkheid weer uitgesloten (zie art. 8 WML; zie Deel 1 4.2.3 en 4.10.5). Voor die minimumloners kan van dit voorschrift niet worden afgeweken; iedere afwijking is nietig en mist dus iedere rechtskracht.<sup>40</sup> Het boetebeding is een van de weinige onderdelen van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen hoger en lager beloonde werknemers.<sup>41</sup>

Als van de afwijkingmogelijkheid van art. 7:650 lid 6 BW gebruik wordt gemaakt, kan de rechter op grond van hetzelfde artikellid de boete op een lager bedrag bepalen als de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt.<sup>42</sup> Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het boetebedrag hoger is dan de schade die de werkgever heeft opgelopen.<sup>43</sup>

Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3674; Hof Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1380. Zie F.M. Dekker, *ArbeidsRecht* 2014-6/7, p. 23.

38. Zie Hof Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2391. Zie E. Damen, *SBA* 2020-22, p. 57-58.
39. Zie wet van 27 november 1968, houdende regelen inzake een minimumloon en een minimumvakantiebijslag, *Stb.* 1968, 657. Zie over deze wet onder meer: J. van Drongelen & D.J.J. Korver 2006; J. van Drongelen & A. van Drongelen (red.) 2018.
40. Zie E.M. Meijers 1924, p. 98, die daarvoor als argument gebruikt dat voor iedere boeteplegging een geldig boetebeding moet bestaan en een te hoge boete in strijd is met de in art. 7:650 BW neergelegde voorschriften, met daaraan gekoppeld de sanctie van nietigheid. Hij wordt daarin gesteund door J. Mannoury, *SMA* 1959, p. 775; P. Zonderland 1975, p. 145. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate m.m.v. R.A.A. Duk 2020, p. 272, noot 39, zijn van mening dat als er sprake is van een te hoge boete deze mag worden omgezet in het maximaal toegestane bedrag.
41. Zie J. Mannoury, *SMA* 1959, p. 775.
42. Zie Ktg. Apeldoorn 28 april 1993, *JAR* 1993, 184; Ktg. Brielle 17 december 1996, *JAR* 1997, 63; Ktg. Groenlo 27 januari 1997, *JAR* 1997, 217.
43. Zie Ktg. Apeldoorn 28 april 1993, *JAR* 1993, 184; Ktg. Brielle 17 december 1996, *JAR* 1997, 63; Ktg. Groenlo 27 januari 1997, *JAR* 1997, 217; Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, *JAR* 2009, 119.

### 1.2.5 Relatie met de algemene boeteregeling

In Boek 6 BW is een algemene regeling van het boetebeding opgenomen (zie art. 6:91-6:94 BW). Deze algemene boeteregeling kan ook worden toegepast in het kader van de arbeidsovereenkomst. Lid 8 van art. 7:650 BW maakt duidelijk dat ook moet worden voldaan aan deze algemene boeteregeling.<sup>44</sup> In het kader van deze algemene regeling is een boetebeding een beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, als hij in het nakomen van zijn verbintenis tekortschiet, een geldsom of een andere prestatie moet voldoen. Hierbij speelt geen rol of het gaat om vergoeding van schade of een aansporing om de verbintenis na te komen (zie art. 6:91 BW). De algemene regeling kent ook een matigingsbevoegdheid toe aan de rechter (zie art. 6:94 lid 1 BW).<sup>45</sup> Deze matigingsbevoegdheid is dwingend recht (zie art. 6:94 lid 3 BW).<sup>46</sup> Dat houdt in dat er een algemene matigingsbevoegdheid aan de rechter is toegekend die ook geldt voor die gevallen waarvoor in lid 6 van art. 7:650 BW geen voorziening is gegeven.<sup>47</sup> Dat leidt wel tot een andersoortige toetsing. Het gaat dan niet om een boetebedrag dat de ‘rechter bovenmatig voorkomt’, maar dat ‘de billijkheid klaarblijkelijk eist’, een marginale(re) toetsing dus. Overigens kent deze algemene boeteregeling naast het opleggen van de boete zelf als schadevergoeding nog een aanvullende schadevergoedingsmogelijkheid, ook hier als de billijkheid dat klaarblijkelijk eist (zie art. 6:94 lid 2 BW). Rest nog te vermelden dat als een boete is gesteld op het niet naleven van het concurrentiebeding (zie art. 7:653 BW; zie 1.5), er geen gebruik kan worden gemaakt van de boeteregeling in art. 7:650-7:651 BW, maar er alleen een beroep kan worden gedaan op de algemene boeteregeling in art. 6:91-6:94 BW (zie 1.5.4.2).

### 1.2.6 Boete en schadevergoeding

Op grond van art. 7:651 lid 1 BW heeft de werkgever de keuze tussen het opleggen van een boete en een schadevergoeding. De werkgever mag ter zake van hetzelfde feit niet én een boete opleggen én schadevergoeding vorderen. Dit komt doordat de boete in de praktijk in de regel een disciplinaire maatregel van werkgeverskant is en niet beoogt een (gefixeerde) schadevergoeding te zijn.<sup>48</sup> Lid 2 van art. 7:651 BW bepaalt dat een beding in strijd met dit laatste nietig is. Een mooi voorbeeld daarvan is de zinsnede in een boetebeding ‘(...) onverminderd het recht om een volledige schadevergoeding te vorderen’.<sup>49</sup>

Een met art. 7:651 lid 1 BW vergelijkbare keuzemogelijkheid tussen het opleggen van een boete en een schadevergoeding is te vinden in de algemene regeling van het boetebeding in Boek 6 BW (zie art. 6:92 BW), zij het dat daar geen sprake is van dwingend recht.

44. Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 896, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 7.

45. Zie HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277.

46. Zie Ktr. Gouda 7 februari 2002, Prg. 2002, 5847. Zie ook: J. van Drongelen, *Pav* 2003-3, p. 17.

47. Zie Ktr. Amsterdam 24 april 2002, JAR 2002, 174.

48. Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 896, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 8.

49. Zie Ktr. Eindhoven 27 november 2014, *OpMArb* 2015, 198. Zie ook: Hof Leeuwarden 16 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC9783.

## 1.3 Het proeftijdleding

### 1.3.1 Inleiding

Wanneer een werkgever en een werknemer vinden dat zij de gelegenheid moeten hebben om zich voor een bepaalde periode op de hoogte te kunnen stellen van elkaars hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer om de afgesproken werkzaamheden te verrichten, dan kunnen zij een proeftijd(leding) waarvan in art. 7:652 BW<sup>50</sup> sprake is, overeenkomen. In feite gaat het om het afspreken van een soort kennismakingsperiode,<sup>51</sup> waarbij beide partijen de mogelijkheid hebben om de arbeidsovereenkomst te verbreken (zie art. 7:669 lid 7 en art. 7:676 BW), wat hier verder niet wordt behandeld (zie Deel 3). De Utrechtse Kantonrechter maakt in juli 2018<sup>52</sup> duidelijk dat de werknemer door een proeftijd overeen te komen een zeker risico aanvaardt en dat het afspreken van een proeftijd de werkgever niet verplicht om de werknemer in kwestie een reële kans te geven om te laten zien wat hij kan. Als de werkgever op grond van een gerucht de arbeidsovereenkomst beëindigt voordat de proeftijd is begonnen, dan is dat niet onzorgvuldig.

Het Hof in Leeuwarden geeft in december 2017<sup>53</sup> aan dat een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor drie maanden die alleen bij goed functioneren zou worden verlengd met negen maanden, niet maakt dat deze eerste drie maanden een proeftijd zijn in de zin van art. 7:652 BW.

De proeftijd kan zowel bij een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd worden overeengekomen (zie Deel 1 2.4.1.4). Het karakter van de arbeidsovereenkomst is dus niet van belang. Bij de proeftijd geldt echter wel een aantal voorschriften die in acht moeten worden genomen wil er sprake zijn van een rechtsgeldig proeftijdleding,<sup>54</sup> maar dan moet er wel sprake zijn van een proeftijdleding. Als in een schriftelijke arbeidsovereenkomst achter het leiding staat geschreven 'n.v.t.', dan is er dus geen proeftijdleding overeengekomen.<sup>55</sup>

### 1.3.2 De geldigheidsvereisten

#### 1.3.2.1 Schriftelijkheidseis

In art. 7:652 lid 2 BW is uitdrukkelijk voorgeschreven dat een proeftijd schriftelijk moet zijn overeengekomen.<sup>56</sup> Als dan uit de schriftelijke arbeidsovereenkomst

50. Dit moet worden onderscheiden van een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor bepaalde tijd waarbij de partijen de bedoeling hebben om de arbeidsrelatie voort te zetten als deze aan hun verwachtingen voldoet. Dit wordt wel de arbeidsovereenkomst 'op proef' genoemd. Dat laat onverlet dat een arbeidsovereenkomst 'op proef' kan zijn aangegaan én een proeftijdleding kan bevatten. Zie D.J.B. de Wolff 1999, p. 110. Zie ook: L.H. van de Heuvel, SR 1997, p. 164-169; C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2011, p. 195-196.

51. Zie ook: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 9.

52. Zie Ktr. Utrecht 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3240.

53. Zie Hof Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11179.

54. Zie M. Kramer & J. van Drongelen, *Pav* 1998-11, p. 14.

55. Zie Ktr. Zwolle 23 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5144.

56. De schriftelijkheidseis is ingevoegd bij wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Stb.* 1998, 300. Eerdere pogingen om in art. 7:652 BW op te nemen dat een proeftijdleding schriftelijk moet worden overeengekomen, strandden. Zie *Kamerstukken II*

volgt dat er geen proeftijd is overeengekomen, dan is het proeftijdontslag niet rechtsgeldig.<sup>57</sup> Een proeftijd kan dus niet mondeling worden overeengekomen.<sup>58</sup> Dat betekent dan ook dat wanneer een arbeidsovereenkomst mondeling is overeengekomen er geen sprake kan zijn van een overeengekomen proeftijd.<sup>59</sup> Als er wel mondeling een proeftijd is overeengekomen, dan wordt in de literatuur wel het standpunt verdedigd dat een dergelijke afspraak wegens het niet naleven van een vormvoorschrift nietig is, en dus rechtskracht mist (zie art. 3:39 BW). De kern van de argumentatie is de rechtszekerheid voor beide partijen.<sup>60</sup> Toch is er veel voor te zeggen dat vernietigbaarheid hier de juiste sanctie is. Allereerst omdat het bij de schriftelijkheidseis gaat om een voorschrift dat uitsluitend het belang van de werknemer beoogt te beschermen.<sup>61</sup> Ook de Hoge Raad wijst op de voor de werknemer ingrijpende consequenties van het proeftijdbeding.<sup>62</sup> Vervolgens is een argument daarvoor te vinden in art. 7:652 lid 8 BW. In dat artikellid wordt uitdrukkelijk elke afwijkende afspraak nietig verklaard. Daarbij is niet aangegeven dat het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste nietig is. Bovendien opent art. 3:39 BW de mogelijkheid om toch op het niet naleven van een vormvoorschrift vernietigbaarheid als sanctie te hebben, omdat het desbetreffende artikel begint met de woorden: ‘Tenzij uit de wet anders voortvloeit ...’ Wat nu als de werknemer al bijna twee maanden werkzaam is voor een werkgever en hij een arbeidsovereenkomst tekent met daarin een proeftijd van twee maanden en kort na het tekenen van de arbeidsovereenkomst de werkgever de arbeidsrelatie met een beroep op het proeftijdbeding eindigt? De Kantonrechter in Wageningen vindt in 2012<sup>63</sup> dat het schriftelijk vastleggen van het proeftijdbeding ook kan nadat het mondeling is overeengekomen. Maar hij verbindt daaraan wel de voorwaarde dat het mondeling overeenkomen van de proeftijd vóór of kort na de aanvang van de feitelijke werkzaamheden moet gebeuren met het oog op de rechtsbescherming en rechtszekerheid. Aangezien niet onomstotelijk vaststaat dat een proeftijd mondeling is overeengekomen, is het proeftijdontslag hier niet rechtsgeldig.

De wetgever heeft het op schrift stellen van de proeftijd voorgeschreven om ervoor te zorgen dat de werknemer zich bewust is van de inhoud van het proeftijdbeding

1952/53, 881, nr. 12, onder III (amendement-Reuter c.s.); verworpen *Handelingen II* 1952/53, p. 2372. Zie ook: *Kamerstukken I* 1991/92, 21 479, nr. 224 (nader gewijzigd voorstel van wet); ingetrokken bij brief van 9 februari 1996 (*Kamerstukken I* 1995/96, 21 479, nr. 194). Zie ook: D. Christe, *SMA* 1979, p. 474; J. van Drongelen & M. Kramer, *SMA* 1998, p. 276.

57. Zie Ktr. Zwolle 23 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5144.

58. E.G. van Arkel, P.A. Boontje & C.J. Loonstra, *SR* 2003, p. 40-41, stellen dat een mondeling overeengekomen proeftijdbeding wel rechtsgeldig is als deze nog tijdens de proeftijd schriftelijk door partijen wordt ondertekend. Anders: Ktg. Heerlen 6 juni 2001, *JAR* 2001, 135.

59. Zie Ktr. Zwolle 23 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5144.

60. W. Sniijders, *SR* 2002, p. 142, stelt dat nietigheid voor de hand ligt bij de vormvoorschriften van art. 7:62 lid 2 BW. Zijn motivering: rechtszekerheid voor beide partijen. Met een verwijzing naar art. 7:652 lid 7 (oud) BW acht hij een andere opvatting moeilijk verdedigbaar.

61. Zie ook: S.W. Kuip, *ArbeidsRecht* 1998-10, p. 16. Ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2010, p. 197, gaan uit van dit beschermingsbeginsel. I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 15, verwijft de laatste dat zij geen bron vermelden. Mogelijk dat zij hebben gedacht aan HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146.

62. Zie HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146. Zie ook: Rb. 's-Hertogenbosch 10 december 1993, *JAR* 1994, 29. Zie ook: W. Tonkens-Gerkema, *SR* 1990, p. 148.

63. Zie Ktr. Wageningen 19 december 2012, *Prg.* 2013, 60.

en daar dan ook mee instemt.<sup>64</sup> Een andere vraag is of een in de cao opgenomen proeftijdbeding voldoet aan de schriftelijkheidseis van art. 7:652 lid 2 BW.<sup>65</sup> Als de werkgever en de betrokken werknemer zijn gebonden aan een cao en deze een proeftijdbeding bevat, dan is daarmee voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste.<sup>66</sup> Als het proeftijdbeding in een cao is opgenomen, maar de toepassing van die cao op de individuele arbeidsverhouding niet is overeengekomen, omdat er geen sprake is van een schriftelijke, door de werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst, dan kan er niet van worden uitgegaan dat een geldig proeftijdbeding is overeengekomen. De door de werkgever overgelegde schriftelijke verklaring van twee getuigen dat zij aan de betrokken werknemer hebben medegedeeld 'wij werken volgens de cao voor het Carrosseriebedrijf en dat hij ook overeenkomstig die cao zou worden betaald', is op dit punt volgens het Hof in Leeuwarden<sup>67</sup> onvoldoende specifiek. Bovendien wijst het hof erop dat art. 11 van de desbetreffende cao voorschrijft dat de toepasselijkheid ervan schriftelijk moet worden bevestigd, wat dus niet is gebeurd.

Dit schriftelijkheidsvereiste moet trouwens ruim worden uitgelegd. Het Hof in 's-Hertogenbosch hanteert eind 2012<sup>68</sup> als uitgangspunt dat in beginsel door de verwijzing in een schriftelijk ondertekende arbeidsovereenkomst naar een cao is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste (zie 1.4.2.1). Het heeft niet alleen betrekking op de cao, maar kan ook betrekking hebben op een arbeidsvoorwaardenregeling die is opgenomen op een cd-rom, waarnaar in de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen en die van toepassing is verklaard.<sup>69</sup> Wat nu als tussen de werkgever en de werknemer geen schriftelijke, maar een mondelinge arbeidsovereenkomst is overeengekomen, omdat de betrokken werknemster de ontwerparbeidsovereenkomst niet heeft getekend. De Kantonrechter in Bergen op Zoom besliste in februari 2011<sup>70</sup> dat onder bepaalde omstandigheden een beroep op een ontbrekende gebondenheid aan het proeftijdbeding wegens het niet ondertekend hebben van de door de werkgever opgestelde arbeidsovereenkomst geen stand kan houden. Van een dergelijke uitzonderingssituatie is in dit geval geen sprake vindt hij, omdat de CAO Wonen – waarnaar in de ontwerparbeidsovereenkomsten is verwezen – bepaalt dat het proeftijdbeding schriftelijk tussen de partijen moet worden overeengekomen. Dat impliceert, aldus de kantonrechter, dat de proeftijd in de ondertekende schriftelijke arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen. Daar de werknemster de ontwerparbeidsovereenkomst niet heeft ondertekend, is niet aan de schriftelijkheidsvereiste voldaan.

64. Zie HR 9 februari 1990, NJ 1991, 146; Rb. 's-Hertogenbosch 10 december 1993, JAR 1994, 29; Hof Leeuwarden 9 november 2005, RAR 2006, 4. Zie ook: E.J. Molemans & C.J. Loonstra, *ArbeidsRecht* 2008-10, p. 16.

65. Zie M.J. van der Kuip, *ArbeidsRecht* 1996-4, p. 3-6.

66. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 16. Zie Ktg. Amsterdam 1 november 2000, JAR 2000, 252; Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7239. Zie ook: I.P. Asscher-Vonk, *ArA* 2004-3, p. 15.

67. Zie Hof Leeuwarden 17 maart 2009, JAR 2009, 109.

68. Zie Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7239. Zie M.D. Ruizeveld, *TRA* 2013-3, p. 19-21.

69. Zie Ktr. Hilversum 20 maart 2002, JAR 2002, 84.

70. Zie Ktr. Bergen op Zoom 1 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP3306.