

# 1 Enkele bijzondere aspecten van het arbeidsrecht

## 1.1 Inleiding

Naast de Boeken 3 (Vermogensrecht in het algemeen) en 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) kent het Burgerlijk Wetboek (BW) een Boek 7 getiteld 'Bijzondere overeenkomsten'. Een van deze bijzondere (benoemde) overeenkomsten is de *arbeidsovereenkomst*, geregeld in titel 10 (art. 7:610 e.v. BW). De arbeidsovereenkomst vormt de spil van het arbeidsrecht. De vele wetten en andere regelingen die we op het terrein van het arbeidsrecht kennen, zijn tot deze overeenkomst te herleiden en zijn juist vanwege deze overeenkomst tot stand gekomen. Waarom heeft nu de arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst een plaats in Boek 7 BW gekregen en kon niet worden volstaan met de inhoud van de Boeken 3 en 6 BW, waarin het vermogensrecht en het verbintenissenrecht worden behandeld?<sup>1</sup> Hierop voortbordurend zal in dit hoofdstuk een aantal bijzondere aspecten van het arbeidsrecht worden belicht, zoals de doorwerking van vermogensrecht, gradaties van dwingend recht, het private versus het publieke arbeidsrecht en zullen in vogelvlucht de handhavende partijen binnen het arbeidsrecht de revue passeren.

## 1.2 Het bijzondere van de arbeidsovereenkomst

Waarom is de arbeidsovereenkomst een 'bijzondere overeenkomst' te noemen? Twee argumenten kunnen worden genoemd. Het ene heeft betrekking op een kwantitatief, het andere op een kwalitatief aspect van de arbeidsovereenkomst.

### Het kwantitatieve aspect

Omdat zeer veel mensen dagelijks arbeid verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst, is het zinvol deze overeenkomst afzonderlijk in de wet te regelen.

---

1 Deze vraag kan natuurlijk ook ten aanzien van andere bijzondere overeenkomsten worden gesteld. Zie hierover P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Dit argument speelt ook bij andere bijzondere overeenkomsten als de koop- en de huurovereenkomst (resp. titel 1 en 4 van Boek 7 BW). Het grote aantal mensen dat deze overeenkomsten (dagelijks) sluit en de vele (bekende) conflicten die daaruit mogelijkterwijs kunnen voortvloeien, zijn redenen voor de wetgever geweest deze overeenkomsten afzonderlijk te regelen. Bij voorbaat is dan duidelijk wat rechtens geldt, mochten er meningsverschillen tussen partijen ontstaan. Spitsen we dit kwantitatieve aspect toe op de arbeidsovereenkomst, dan zien we in hoofdlijnen het volgende beeld.

De beroepsbevolking in Nederland bestaat uit ruim 9,3 miljoen mensen.<sup>2</sup> Deze beroepsbevolking kan worden onderverdeeld in de zelfstandige en de onzelfstandige beroepsbevolking. De zelfstandige beroepsbevolking (zij die ondernemersrisico dragen) bestaat uit ongeveer 1,4 miljoen mensen. Van deze categorie zijn ongeveer 1,1 miljoen als zelfstandige zonder personeel (zzp'er) werkzaam. Daarvan is een deel voor zijn inkomen van slechts één of enkele werkgevers afhankelijk. Deze zelfstandigen worden ook wel 'schijnzelfstandigen' genoemd.<sup>3</sup> De onzelfstandige beroepsbevolking wordt traditioneel in drie categorieën onderverdeeld: de private sector (de marktsector, het bedrijfsleven), de gepremieerde en gesubsidieerde sector (de g- en g-sector, voor een belangrijk deel bestaande uit de gezondheidszorg en welzijnszorg) en de publieke sector (de overheid, de ambtenaar). In de private sector zijn ongeveer 5,5 miljoen mensen werkzaam, in de g- en g-sector ongeveer 1,3 miljoen en in de publieke sector 1 miljoen. De overigen zijn werkloos (in 2019 circa 308.000). De personen die werkzaam zijn in de private sector en de g- en g-sector zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, althans kunnen dat zijn.<sup>4</sup> We hebben het dus over een slordige 6,8 miljoen mensen.

### Het kwalitatieve aspect

Het kwalitatieve aspect op grond waarvan de arbeidsovereenkomst zich manifest van andere overeenkomsten onderscheidt, heeft betrekking op drie verschijnselen.

Het eerste houdt verband met een discussie die reeds tientallen jaren geleden in Nederland is gevoerd en die tot op heden haar waarde heeft behouden. Die discussie hield verband met de wetenschappelijke fundering van het arbeidsrecht. Is

---

2 Uit recente cijfers van het CBS blijkt dat het hierbij gaat om ongeveer 9 miljoen werkzame en 308.000 werkloze mensen. Van de 9 miljoen werkzame mensen is ongeveer 4,4 miljoen parttime en 4,6 miljoen fulltime werkzaam. Zie [www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-beroepsbevolking](http://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-beroepsbevolking).

3 Uit onderzoek van SEO Economisch Onderzoek blijkt dat het hierbij om ongeveer 75.000 tot 100.000 mensen gaat (onderzoeksrapport SEO Economische Onderzoek, Karakteristieken en tarieven zzp'ers, augustus 2018). Zie ook [www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp](http://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp).

4 Zoals we in hoofdstuk 4 nog zullen zien, is lang niet altijd duidelijk of een persoon op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is.

dit rechtsgebied inderdaad zo bijzonder, dat het als een afzonderlijk deel van het recht kan worden beschouwd? Met andere woorden: waarom zou het arbeidsrecht en de daaraan ten grondslag liggende arbeidsovereenkomst niet ‘gewoon’ als een verlengstuk van het algemene overeenkomstenrecht kunnen worden aangemerkt? Kan het de pretenties wel waarmaken dat het een opzichzelfstaand rechtsgebied is?

Een belangrijke aanzet tot deze vraag heeft de Duitse hoogleraar Otto von Gierke (1841-1921) gegeven in zijn bijdrage aan de in 1914 verschenen feestbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig Doktorjubileum van Heinrich Brunner.<sup>5</sup> Gierke beargumenteerde dat de Duitse voorloper van de huidige arbeidsovereenkomst, het *Treudienstvertrag*, zich duidelijk onderscheidde van de Romeinsrechtelijke *locatio conductio operarum* (huur en verhuur van arbeid en diensten). Het Romeinsrechtelijke contract had een strikt vermogensrechtelijke inhoud. Het *Treudienstvertrag* daarentegen, zo betoogde Gierke, werd door de *Treue* beheerst. Deze overeenkomst wortelde dan ook meer in het personenrecht dan in het vermogensrecht. De moderne (Duitse) arbeidsovereenkomst is nu op dit *Treudienstvertrag* terug te voeren en kent zowel vermogensrechtelijke als personenrechtelijke elementen. De inzichten van Gierke, in 2003 door C.J.H. Jansen in zijn Amsterdamse oratie in een breder kader geplaatst,<sup>6</sup> hebben grote invloed uitgeoefend op het denken van de wetenschappelijke beoefenaren van het Nederlandse arbeidsrecht tussen de twee wereldoorlogen. Zij legden – met elk hun eigen accenten – de nadruk op het belang van het personenrechtelijke element dat zich binnen de werkgever-arbeiderverhouding voordoet. Dat maakte de arbeidsovereenkomst zo bijzonder ten opzichte van het ‘normale’ civiele recht.<sup>7</sup> Voortbordurend op dit onderscheid herhaalde Van Haren in zijn Rotterdamse oratie uit 1971 nog eens: ‘En het is door dit dualisme, door dit niet passen van de, maatschappelijk zo belangrijke, fenomenen “arbeid” en “onderneming” in de systematiek van ons burgerlijk recht dat de behandeling van het arbeidsrecht als afzonderlijk rechtsvak is ontstaan en daarin

5 O. von Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Heinrich Brunner, München/Leipzig 1914, p. 37-68.

6 C.J.H. Jansen, Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

7 C.P.M. Romme, Over het begrip ‘arbeid’ naar Nederlands recht (openbare les), Tilburg 1934, opgenomen in: Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 109 e.v.; W.F. de Gaay Fortman, De onderneming in het arbeidsrecht, Amsterdam: Paris 1936, p. 15 e.v.; F.J.H.M. van der Ven, Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht, in: Van sociale politiek naar sociaal recht, p. 156 e.v.; J.J.M. van der Ven, Arbeid en Recht, in: Van sociale politiek naar sociaal recht, p. 187 e.v.; B.C. Slotemaker, Ontwikkelingstendenzen in het arbeidsrecht, in: Van sociale politiek naar sociaal recht, p. 229 e.v.

vindt het nog steeds ten volle zijn rechtvaardiging.<sup>8</sup> Thans wordt alom nog steeds niet betwist dat de relatie tussen werkgever en werknemer bijzondere, personenrechtelijke, trekken vertoont. In het verlengde daarvan wordt verdedigd dat zeker niet vanzelfsprekend is dat dit contract zonder enig probleem onder 'het' privaatrecht kan worden geschaard.<sup>9</sup>

Waarin manifesteert zich het personenrechtelijke aspect? In de eerste plaats in het feit dat de werkgever niet slechts over de arbeidskracht van de werknemer beschikt, maar ook over de persoon van de werknemer zelf en dus ook over een deel van diens leven. Dit beschikken blijkt uit het feit dat de werknemer in een relatie van *ondergeschiktheid* ten opzichte van zijn werkgever staat. We zeggen ook wel dat de werknemer in een *gezagsverhouding* ten opzichte van zijn werkgever staat.<sup>10</sup> Hij is juridisch aan zijn werkgever ondergeschikt. Voegen we daaraan toe dat de arbeidsovereenkomst een *duurovereenkomst* is en dus op continuïteit gericht, dan kunnen we constateren dat de werknemer zich vanwege de op continuïteit gerichte juridische ondergeschiktheidsrelatie in een kwetsbare positie bevindt. Daaraan kan worden toegevoegd dat de werknemer economisch van diezelfde werkgever afhankelijk is. Hij is namelijk doorgaans voor zijn levensonderhoud van hem afhankelijk. Deze dubbele kwetsbaarheid (juridische ondergeschiktheid én economische afhankelijkheid) treft men bij geen andere overeenkomst aan en rechtvaardigt een afzonderlijke behandeling in Boek 7 BW. De betreffende wettelijke bepalingen zijn dan ook gefundeerd in, zoals wordt genoemd, het beginsel van de *ongelijkheidscompensatie*. Vanwege de structureel ondergeschikte c.q. afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever zijn de wettelijke regels gericht op het creëren van een (beter) evenwicht tussen de contractspartijen: de feitelijke ongelijkheid wordt juridisch gecompenseerd. De inhoud van Boek 7 titel 10 BW wordt door de Hoge Raad dan ook terecht betiteld als 'de bijzondere aard van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst'.<sup>11</sup> Dat de inhoud van de wetsartikelen in de Boeken 3 en 6 BW zou doorwerken in de regeling omtrent de arbeidsovereenkomst, zodat geschillen op het terrein van het arbeidsrecht met behulp van de bepalingen in Boek 3 en 6 BW worden opgelost, is dan ook zeker geen vanzelfsprekendheid.<sup>12</sup>

8 I.A.C. van Haren, *Arbidsrecht en sociaal recht*, in: H. Bakels (red.), *Arbidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 41 e.v.

9 Zie de oratie van W.A. Zondag, *De grenzen van het arbidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 10.

10 Zie daarover hoofdstuk 4.

11 Bijvoorbeeld in het Baijings-arrest, HR 10 oktober 1997, JAR 1997/248.

12 Zie par. 1.5 waarin de relatie tussen vermogensrecht en arbidsrecht nader wordt verkend.

In dat verband werd in 1907 ook wel gesproken van de ‘eigenaardigheid van de arbeid’. In de memorie van toelichting bij het voorstel tot de Wet op de Arbeids-overeenkomst schreef de regering daarover het volgende:

‘Daarbij mag niet uit het oog worden verloren de eigenaardige natuur [van] deze overeenkomst, die haar van andere onderscheidt. De arbeid, dien de arbeider op de verkeersmarkt aanbiedt, moge eene “waar” genoemd worden, zij is eene waar van zeer bijzonderen aard. Iedere andere waar kan voor korteren of langeren tijd in voorraad gehouden worden, zonder dat zij aan kwantiteit of kwaliteit verliest. Alleen met den arbeid is dit niet mogelijk. Hij kan geen oogenblik onaangewend blijven zonder te gelijk gedeeltelijk te zijn verspild. De arbeid van heden kan niet na heden nog worden verkocht, want morgen zal hij hebben opgehouden te bestaan. (...) de stelling, dat de arbeider bij het sluiten der overeenkomst in de meeste gevallen in ongunstiger positie verkeert dan de werkgever, [vindt] nauwelijks meer tegenspraak. Het is zoo: ook bij andere overeenkomsten ziet men somtijds, dat de eene partij sterker, de andere zwakker is. Doch daar plegen de rollen te wisselen. Bij den koop bijv. is nu eens de overmacht bij den koper, dan weder stelt de verkoper de wet. Bij deze overeenkomst daarentegen doet zich het verschijnsel voor, dat in den regel dezelfde partij, namelijk de arbeider, de zwakke is.’<sup>13</sup>

Daaraan voegde zij toe dat geen enkel contract zo diep ingreep in de gehele maatschappelijke toestand van de werknemer.<sup>14</sup> Deze ‘eigenaardigheid’ is ook terug te vinden in het Verdrag van Versailles en aangescherpt in de bijlage van de Internationale Arbeidsorganisatie: ‘labour is not merely a commodity’.<sup>15</sup>

Ook vooraanstaande economen, zoals Adam Smith, erkenden de bijzondere aard van de arbeidsverhouding op basis waarvan de volledige vrijemarkttheorie ten aanzien van arbeiders werd genuanceerd. De concurrentie tussen vraag en aanbod zou de menswaardigheid kunnen schaden. Meer moderne (rechts)economische lite-

13 A.E. Bles, De Wet op de Arbeidsovereenkomst, Deel I, Den Haag: Belinfante 1907, p. 6.

14 ‘De voorwaarden waarop de arbeider zijne arbeidskracht kan ter markt brengen, beslissen niet alleen over zijn materielen, maar ook over zijn geestelijken en zedelijken levensstandaard.’, aldus de regering. A.E. Bles, De Wet op de Arbeidsovereenkomst, Deel I, Den Haag: Belinfante 1907, p. 7.

15 Artikel 427 Verdrag van Versailles 1919: ‘The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce.’ Uit deze eigenaardige aard volgt onmiddellijk een van de grondslagen van het arbeidsrecht, te weten het beschermen van menselijke waardigheid bij de verrichting van arbeid. Zie ook F.H.R. Hendrickx, Arbeidsrecht voor de spiegel (oratie Leuven), opgenomen in: Revue de droit social – Tijdschrift voor sociaal recht 2010-3, p. 35. Zie ook: M.G. Levenbach, Veertig jaar arbeidsrecht, in: H.L. Bakels, Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, Deventer: Kluwer 1977, p. 26.

ratuur benadert het arbeidsrecht niet vanuit een conflictmodel van vraag en aanbod, maar veeleer vanuit een model van samenwerking, gemeenschappelijke aanbieders (B.L. Kaufman, *Labor's Inequality of Bargaining Power: Changes over time and implications for public power*, *Journal Labor Research* 1989). Dat marktwerking en arbeidsrechtelijke bescherming nog steeds een actueel onderwerp is, blijkt wel uit de Deliveroo- en Uber-kwestie – waarbij de vraag centraal staat of de werkers (koeriersdienst per fiets resp. taxidienst) zelfstandigen of werknemers zijn – alsmede uit het verslag van de commissie-Borstlap.<sup>16</sup>

Wij wijzen op een tweede (kwalitatieve) reden waarom de arbeidsovereenkomst meer is (of beter: anders is) dan andere overeenkomsten. De meeste overeenkomsten spelen zich af tussen twee partijen (vaak individuen) die, binnen de aangegeven wettelijke kaders, hun eigen afspraken kunnen maken. Partijen hebben doorgaans juridisch gezien uitsluitend met elkaar te maken. Met betrekking tot de arbeidsovereenkomst is dat bepaald anders. Werkgever en werknemer kunnen uiteraard binnen de grenzen van het recht hun rechtspositie nader invullen. Naast het individuele recht bestaat het arbeidsrecht echter ook uit *collectief* recht, dat belangrijker kan zijn dan het individuele recht. Belangrijker, omdat collectieve regelingen snel tot gevolg zullen hebben dat individueel gemaakte afspraken voor de collectieve regel moeten wijken. Collectiviteiten in het arbeidsrecht zijn met name de vakbonden tezamen met werkgeversorganisaties enerzijds en ondernemingsraden anderzijds. Vakbonden kunnen met werkgevers(organisaties) collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) sluiten. In deze cao's zijn voornamelijk de toepasselijke arbeidsvoorwaarden neergelegd die voor de komende periode zullen gelden. Uit deze cao's blijkt herhaaldelijk dat de onderhandelende partijen op grond van een daartoe door de wetgever verschaft bevoegdheid bewust een wettelijke regeling terzijde hebben geschoven. Zo'n afspraak kan op individueel niveau doorwerken. De inhoud van cao's heeft dus meestal een enorme uitwerking op het pakket arbeidsvoorwaarden dat op de individuele werkgever en werknemer van toepassing zal zijn.<sup>17</sup> Ook de ondernemingsraad heeft in toenemende mate invloed op hetgeen tussen werkgever en werknemer zal gelden.<sup>18</sup> Het collectieve arbeidsrecht zoals dat vorm heeft gekregen in het cao- en medezeggenschapsrecht, heeft daarmee een niet te onderschatten invloed op (de inhoud van) het toepasselijke arbeidsovereenkomstenrecht. Niet alleen individuen bepalen het op hen van toepassing zijnde rechtsregime, ook werknemersverenigingen (vakbonden) tezamen

16 Zie onder meer M.S. Houwerzijl, *Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsaamenleving: een verkenning*, TRA 2017/4 en Eindrapport Commissie Regulering van Werk 23 januari 2020, 'In wat voor land willen wij werken?, Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk'.

17 Zie hoofdstuk 19.

18 Zie hoofdstuk 20. De positie van de or is in Boek 7 titel 10 nog altijd veel minder krachtig dan die van de vakbonden. Vgl. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *De eeuw van de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, NJB 2007, p. 1653-1661.

met werkgeversorganisaties (en voorts – zij het in mindere mate – ondernemingsraden) drukken daar een niet onaanzienlijk stempel op. Nergens in het recht is deze (beslissende) rol van collectiviteiten zo evident aanwezig als met betrekking tot de arbeidsovereenkomst.

Ten slotte is de rol en functie van de arbeidsorganisatie ten opzichte van de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst van significant belang. Daarmee komen we op een derde (kwalitatief) aspect van de arbeidsovereenkomst. Elke individuele arbeidsovereenkomst is als het ware ingebed in een groter geheel van individuele arbeidsovereenkomsten. Een werkgever heeft dan ook in veel gevallen niet met één of enkele werknemers te maken, maar met een grote groep werknemers met ieder zijn eigen wensen en voorkeuren. Tot op zekere hoogte kan en moet de werkgever daarmee rekening houden – vergelijk treffend de overweging van de Hoge Raad in de Xella-beschikking waarin hij overweegt dat de werkgever een andere belangenafweging moet maken dan een werknemer, te weten een waarbij hij rekening moet houden met andere werknemersbelangen<sup>19</sup> – maar er zijn ook grenzen. De arbeidsorganisatie als totaliteit en de voortgang daarvan spelen uitdrukkelijk een rol bij de vraag wat partijen individueel van elkaar mogen verwachten. We noemen dit ook wel het *'institutionele karakter'* van het arbeidsrecht. Kan men in het algemene contractenrecht al spoedig betogen: 'Ik heb met u van doen en met niemand anders',<sup>20</sup> in het arbeidsrecht is dat minder snel mogelijk. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat soms expliciet gemaakte afspraken tussen werkgever en werknemer (verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien) eenzijdig door de werkgever kunnen worden gewijzigd, louter en alleen omdat de werkorganisatie dit vereist. Het zogenoemde *goed werknemerschap* ex art. 7:611 BW kan dit meebrengen.<sup>21</sup>

In het arbeidsrecht wordt doorgaans geredeneerd vanuit de positie van een werkgever en een werknemer. In arbeidsrechtelijke procedures staan ook altijd werkgever en werknemer tegenover elkaar. Als in dat verband van 'werkgever' wordt gesproken, moet men zich realiseren dat deze persoon het belang van de arbeidsorganisatie (of beter: de rechtspersoon die deze organisatie in stand houdt) behartigt en daarmee tevens het belang van alle werknemers, behalve het belang van de individuele werknemer die in de procedure betrokken is. De collega's van deze laatste werknemer zijn dan in feite 'derden' die ook zo hun belangen hebben. Stel dat een werknemer minder wil gaan werken, maar dat zijn werkgever daarvoor geen goedkeuring geeft, dan kan deze weigering mede worden gemotiveerd aan de hand van de gevol-

19 HR 8 november 2019, JAR 2019/312 (werknemer/Xella Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar B.V.), r.o. 2.6.3.

20 Hoewel daar natuurlijk ook uitdrukkelijk grenzen zijn. Denk bijvoorbeeld aan misbruik van eigendomsrecht (art. 5:1 BW). Vgl. ook art. 3:13 BW.

21 Dit thema wordt vooral in hoofdstuk 10 besproken.

gen van deze werkvermindering voor de collega's van de desbetreffende werknemer.<sup>22</sup>

Het bijzondere van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van andere overeenkomsten, op grond waarvan een afzonderlijke bepaling in Boek 7 BW gerechtvaardigd is, blijkt tot nog toe, samenvattend, uit de volgende omstandigheden:

1. het personenrechtelijke element met zijn juridische ondergeschiktheid en economische afhankelijkheid is sterk in de individuele arbeidsrelatie aanwezig;
2. collectiviteiten (vakbonden, ondernemingsraad) spelen in het arbeidsrecht een belangrijke rol; de door hen tot stand gebrachte regelgeving kan consequenties hebben voor de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst;
3. de inbedding van de arbeidsovereenkomst in het grotere geheel, de arbeidsorganisatie, heeft invloed op wat de individuele werknemer van zijn werkgever mag verwachten en andersom.

Deze drie omstandigheden, die gezamenlijk het bijzondere van de arbeidsovereenkomst constitueren, hoeven zeker niet altijd met elkaar te harmoniëren.<sup>23</sup> Spanningen kunnen bijvoorbeeld ontstaan wanneer de werknemer zich beroept op wat hij uitdrukkelijk met zijn werkgever is overeengekomen (begrijpelijk en legitiem vanwege zijn afhankelijkheid en dus zijn kwetsbaarheid ten opzichte van de werkgever), terwijl de werkgever met een beroep op de voortgang van de arbeidsorganisatie eenzijdig wenst af te wijken van hetgeen is afgesproken. We geven twee voorbeelden. Een werkgever gaat eenzijdig over tot wijziging van de functie van een leidinggevende werknemer, omdat hij drugs op een bedrijfsuitje heeft gebruikt en bijgevolg het huishoudelijk reglement heeft overtreden. Volgens de werkgever is de handelwijze van de werknemer zo ernstig dat deze niet alleen een demotie rechtvaardigt, maar ook noodzakelijk maakt omdat de werknemer zijn gezag binnen de organisatie op het spel heeft gezet en daarom niet als leidinggevende kan terugkeren.<sup>24</sup> Het tweede voorbeeld vindt zijn oorsprong in een zaak waarin een werkgever eenzijdig besluit een werkneemster over te plaatsen in een lager ingeschaalde functie, omdat haar privérelatie met een andere werknemer – met wie zij al twintig jaar samenwerkt en in het bedrijf van de werkgever heeft leren kennen – de oorzaak is van problemen binnen de afdeling. De werkneemster voert in dit verband aan dat de overplaatsing onredelijk is, omdat zij minder gaat verdienen en imagoschade

---

22 Zie over dit thema de oratie van J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005.

23 Zie hierover uitvoerig: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?*, TAP 2011, p. 172 e.v.

24 Ktr. Rotterdam 13 juli 2017, AR 2017-0969 (niet gepubliceerd). Vergelijk in dit verband ook HR 8 november 2019, JAR 2019/312 (werknemer/Xella Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar B.V.), waarin de Hoge Raad oordeelt dat de werkgever bij het maken van een belangenafweging ook rekening heeft te houden met de belangen van andere werknemers.



lijdt.<sup>25</sup> Wiens belang geeft de doorslag? Het zal duidelijk zijn dat in de rechtspraak, noch in de wetenschap eensgezindheid bestaat met betrekking tot het ‘juiste’ antwoord. Sterker nog: het juiste antwoord bestaat niet. Veel keuzes in het arbeidsrecht worden (uiteindelijk) na gedegen juridische afwegingen gemaakt op basis van niet-juridische voorkeuren, die uiteindelijk zijn terug te voeren op sociaal-politieke stellingnamen. Dat neemt niet weg dat binnen het sociaal-politieke denken ook weer verschuivingen zijn waar te nemen. De (meer) linkse politieke partijen stelden tot ver in de twintigste eeuw bij hun afwegingen de positie van de afhankelijke werknemer centraal en kozen voor de werknemer beschermende regelgeving vanuit de gedachte van de ongelijkheidscompensatie. Heden ten dage betrekken deze partijen in steeds grotere mate ook de economisch gekleurde belangen van werkgevers in hun besluitvorming en zien zij het arbeidsrecht mede als middel om een betere internationale concurrentiepositie te realiseren.

### 1.3 Object van het arbeidsrecht

Uit welke onderdelen bestaat het arbeidsrecht? Wat is, met andere woorden, het object van dit rechtsgebied? Over het antwoord op deze vraag hebben arbeidsrecht-wetenschappers jarenlang heftige polemieken gevoerd. Globaal beschouwd zijn er drie – ideologisch getinte – standpunten ingenomen over de vraag welke categorieën personen tot het arbeidsrecht moeten worden gerekend.<sup>26</sup>

1. Object van het arbeidsrecht zijn ‘de loondienstverhoudingen. Of iets nauwkeuriger: de persoonlijke onderschikking meebrengende arbeidsverhoudingen en de daarmee onmiddellijk samenhangende levensomstandigheden’, aldus M.G. Levenbach (1896-1981), die door velen als de grondlegger van het Nederlandse arbeidsrecht wordt beschouwd. Veel prominenten op het terrein van het arbeidsrecht zijn hem hierin gevolgd. In zijn oratie uit 1939 stelde Levenbach dan ook dat de door hem genoemde grondstellingen ‘thans in Nederland vrijwel algemeen aanvaard’ zijn. Het Levenbach-criterium leek inderdaad de overhand te krijgen binnen de arbeidsrechtelijke dogmatiek. Maar vanaf halverwege de jaren veertig van de vorige eeuw verzetten diverse beoefenaars van het arbeidsrecht zich tegen de afbakening die volgt op de toepassing van de opvatting-Levenbach.<sup>27</sup>
2. Het object van arbeidsrecht omvat meer dan vermeld onder categorie A, want het wordt gevormd door ‘alle regelen betreffende de arbeid, ter voorziening in de kosten van het levensonderhoud van de sociaal afhankelijke’, zo luidde de opvatting van N.E.H. van Esveld, lange tijd hoogleraar in het arbeidsrecht te

25 Ktr. Den Haag 7 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15593.

26 Zie ook C.J. Loonstra, Naar een wetboek voor sociaal recht?, SMA 1988, p. 551-554.

27 Zie over Levenbach: C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Kopstukken arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 110-132 (Marius Gustaaf Levenbach (1896-1981)).

Leiden. Naast de onzelfstandige beroepsbevolking valt zijns inziens ook de kleine zelfstandige onder de reikwijdte van het arbeidsrecht.

3. Een nog ruimer object van arbeidsrecht werd door de Tilburgse hoogleraar F.J.H.M. van der Ven verdedigd in zijn oratie uit 1938. Centraal staat de arbeidende mens, voor zover hij daarmee voorziet in zijn levensonderhoud. Zijn naamgenoot J.J.M. van der Ven (onder meer hoogleraar te Utrecht) deelde die visie. Deze laatste stelde namelijk dat het object gevormd wordt door 'alle arbeid welke is gericht op het vestigen of onderhouden van maatschappelijke betrekkingen krachtens die arbeid'. In 1949 bleek F.J.H.M. van der Ven een opvatting aan te hangen die nog meer omvatte dan zijn eerst ingenomen standpunt. Object is dan niet alleen het sociaaleconomisch recht, maar tevens 'naast sociaal-economische politiek bepaalde maatschappelijke strevingen op sociaal-hygiënisch en sociaal-charitatief gebied'. Ook verhoudingen die niet direct met arbeid in verband staan, zouden tot dit rechtsgebied moeten worden gerekend.

In de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw werd aanmerkelijk minder gepolemiseerd over het begrip arbeidsrecht. Uitgesproken opvattingen zijn nog ingenomen door G.J.M. Veldkamp en I.A.C. van Haren. Beiden zijn in categorie C te plaatsen. Veldkamp (die naast hoogleraar in de economie van de sociale zekerheid te Tilburg minister van Sociale Zaken is geweest) sloot zich aan bij de opvatting van F.J.H.M. van der Ven uit 1949, nu zijns inziens zowel de arbeidswetgeving, de gezondheidswetgeving (waaronder volkshuisvesting en maatschappelijk hulpbetoon) als de bijstandswetgeving tot het onderhavige rechtsgebied moet worden gerekend. Van Harens opvatting sloot meer aan bij het standpunt van Van der Ven uit 1938. Het arbeidsrecht diende volgens hem, zo blijkt uit zijn Rotterdamse oratie uit 1971, alle recht te omvatten betreffende de menselijke arbeid. Al met al constateerde H.L. Bakels (destijds hoogleraar sociaal recht te Groningen) in zijn bekende 'Schets van het Nederlands arbeidsrecht' uit 1976: 'over de juiste afbakening van het arbeidsrecht bestaat verschil van mening'.<sup>28</sup>

Eind twintigste en begin eenentwintigste eeuw zijn de discussies vooral de kant van standpunt A opgegaan, waarbij het arbeidsrecht in zijn algemeenheid zo wordt afgebakend, dat het object van het arbeidsrecht wordt gevormd door het werk dat in *juridische ondergeschiktheid*, dus op grond van een bestaande *gezagsverhouding*, wordt verricht, aangevuld met de onmiddellijk daarmee samenhangende levensomstandigheden. De visie van Levenbach is daarmee heersend geworden. Concreet vertaald betekent dit dat het object van het arbeidsrecht bestaat uit:

- het civiele arbeidsrecht (betrekking hebbend op de private sector en de g- en g-sector), waarin op basis van een arbeidsovereenkomst (en dus in een gezagsverhouding) tegen loon arbeid wordt verricht;

---

28 H.L. Bakels en L. Opheikens, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1976, p. 20 e.v.

- het ambtenarenrecht (betrekking hebbend op de publieke sector), waarin eveneens in een gezagsverhouding tegen loon arbeid wordt verricht, alleen niet op grond van een arbeidsovereenkomst maar op grond van een eenzijdig aanstellingsbesluit;
- het socialezekerheidsrecht, met name waar het de werknemersverzekeringen betreft, die gelieerd zijn aan de arbeidsovereenkomst of het eenzijdig aanstellingsbesluit.

De laatste jaren is echter tevens een tendens naar een ‘materieel arbeidsrecht’ waar te nemen. Daarmee wordt bedoeld dat steeds vaker de verwezenlijking van een materiële norm wordt nagestreefd en dat vanuit die norm wordt bezien welke werkers daardoor beschermd dienen te worden, aldus Houweling.<sup>29</sup> Afhankelijk van de betreffende norm kan het zijn dat de scope van een arbeidsrechtelijke wet zich niet alleen beperkt tot werkers uit categorie A, maar dat die zich tevens uitbreidt tot werkers uit categorie B en in sommige gevallen zelfs ook tot categorie C. Beltzer betoogt in min of meer gelijke zin dat arbeidsrechtelijke bescherming zich via de leer van concentrische cirkels zou moeten manifesteren. Bepaalde fundamentele bescherming zou elke werker (zelfstandig of niet-zelfstandig) moeten toekomen. Andere beschermingsregels zouden weer meer voor de meest afhankelijke werkers moeten gelden.<sup>30</sup> In het Regeerakkoord-Rutte III werd melding gemaakt van een ‘verkenning’ van een ‘ondernemersovereenkomst’. Daarmee lijkt de regering een tussenvorm tussen de arbeidsovereenkomst en de ‘gewone’ overeenkomst van opdracht voor ogen te staan. Een rechtsfiguur die in de ons omringende landen niet vreemd is. Zo kent het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld de ‘worker’ als rechtsfiguur tussen de ‘employee’ en de ‘self-employed’.<sup>31</sup> Duitsland kent de zogenoemde *arbeitnehmerähnliche Personen*. In beide landen geldt dat deze categorie werkers niet het volwaardige arbeidsrecht, maar enkele onderdelen daarvan ervaart: vakantiedagen, scholingsdagen, minimumloon.<sup>32</sup>

Om didactische redenen zal in dit boek echter van het bekende en al oude criterium van Levenbach worden uitgegaan, zij het dat wij het ambtenarenrecht daarin,

---

29 A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 25 en 26.

30 R.M. Beltzer, *De plaats van het arbeidsrecht*, in: A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers (red.), *VvA 70 jaar: einde van het begin*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 428.

31 Zie het onderzoeksrapport van de regering ‘Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie’, 2017, in het bijzonder de bijlage van Houweling: A.R. Houweling, *Position Paper – Modernisering van het arbeidsrecht. Het bereik van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin*, Rotterdam: Erasmus School of Law, 27 februari 2017.

32 In het wetsontwerp *Minimumbeloning Zelfstandigen* is deze tussencategorie ook te zien. Het gaat dan om niet zelfstandige opdrachtnemers. Zie het op 28 oktober 2019 verschenen wetsvoorstel ‘Minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring’.