

1 Arbeidsrecht in kaart

1.1 Inleiding

Het arbeidsrecht bestrijkt een ruim rechtsgebied. Daarbij maken we een onderscheid tussen het individuele en het collectieve arbeidsrecht. Beide worden sterk beïnvloed door het internationale recht, in het bijzonder het Europese recht.

Het individuele arbeidsrecht ziet op de arbeidsrelatie tussen de individuele werkgever en werknemer. Dit individuele arbeidsrecht is grotendeels terug te vinden in Boek 7 titel 10 BW. Hierin staan de bepalingen over de arbeidsovereenkomst, het loon, vakantie en verlof, gelijke behandeling, de rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer, bijzondere bedingen zoals het proeftijd- en concurrentiebeding, overgang van onderneming, het einde van de arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst. Een belangrijke rechtsbron is ook het rechtersrecht, de jurisprudentie.¹

Zo zijn vage en open normen uit de wet als ‘goed werkgever- en werknemerschap’ of een ‘dringende reden’ door rechters nader ingevuld. Zijdelings zijn dan nog de bepalingen van Boek 3 BW (rechtshandelingen) en Boek 6 BW (overeenkomstenrecht) van toepassing. In principe gaan de bepalingen van Boek 7 BW voor, tenzij voor de arbeidsrechtelijke problematiek geen specifieke bepaling in Boek 7 BW te vinden is.

De belangrijkste rechtsbronnen voor het individuele arbeidsrecht zijn de wet, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst. Allereerst gaan we in op de vraag of de wet altijd voorgaat op de cao. Daarna vervolgen we dit hoofdstuk met een bespreking van het collectieve arbeidsrecht en het Europese en internationale recht, omdat deze rechtsbronnen van invloed zijn op de individuele arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever.

1 De website www.rechtspraak.nl is vrij toegankelijk.

Tot het collectieve arbeidsrecht rekenen we:

- de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO); hieronder valt ook het Sociaal plan;
- de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV);
- de Wet op de ondernemingsraden (WOR).

Daarnaast kennen we ook nog de Arbeidstijdenwet (Artw), de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en de Wet melding collectief ontslag (WMCO), die verder in dit hoofdstuk onbesproken blijven. We staan stil bij twee adviesorganen die van belang zijn voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen, de Sociaal-Economische Raad (SER) en de Stichting van de Arbeid (STAR). Uitgebreider besteden we aandacht aan de Europese en internationale dimensie van het arbeidsrecht. Daarbij kijken we ook in hoeverre Nederlandse recht van toepassing is op in Nederland gedetacheerde werknemers die in dienst zijn van buitenlandse ondernemingen. Tot slot van dit hoofdstuk is er aandacht voor mogelijke arbeidsrechtelijke procedures en het vermijden daarvan.

1.2 Korte historie

14

Voordat wij het vizier richten op het huidige arbeidsrecht, gaan we kort in op de historie daarvan. Ruim honderd jaar geleden werd het fundament voor de huidige regeling van de arbeidsovereenkomst gelegd. In 1907 kwam de Wet op de arbeidsovereenkomst tot stand. Tot die tijd waren er weinig arbeidsrechtelijke bepalingen in de wet (drie!) en de bepalingen die wel in de wet stonden, gingen uit van het bestaan van ‘zedelijke’ (morele) ongelijkheid tussen een werkgever en zijn ‘dienstboden’ of ‘werklieden’. Zo stond er vanaf 1838 in de wet dat bij een verschil van mening tussen de werkgever en de werknemer, de werkgever op zijn woord werd geloofd.

Artikel 1638. De meester wordt op zijn woord, desgevorderd met eede gesterkt, geloofd:

Ten aanzien van de hoegrootheid van het bedongen loon;

Ten aanzien van de betaling van het loon over het verschenen jaar;

(...)

Het gevolg was dat de arbeider geen enkele bescherming genoot, ondanks het bestaan van economische afhankelijkheid van de werkgever. Dienst- en werkboden die ‘voor een bepaalden tijd gehuurd’ waren, konden van de ene

op de andere dag op de klinkers staan. Uitgangspunt van de wet die in 1907 in werking trad, was om deze machtsongelijkheid tussen de werkgever en de economisch zwakkere werknemer (in de wet uit 1907 ‘arbeider’ genoemd) te compenseren. Ongelijkheidscompensatie is nog steeds de kern van ons arbeidsovereenkomstenrecht.

Een grote stap voorwaarts om de arbeidsvoorwaarden van arbeiders te reguleren werd in 1927 bereikt door de totstandkoming van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO), gevolgd door de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) in 1937. Met deze wetten wilde de wetgever als reactie op de politieke en sociale ontwikkelingen in Nederland het instrument van de cao stimuleren en ondersteunen.

Na de Tweede Wereldoorlog bleef het door de Duitse bezetter ingevoerde Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) bestaan. Op grond van dit besluit had de werkgever, en aanvankelijk ook de werknemer, toestemming van de overheid nodig om het dienstverband te mogen opzeggen. Op dat moment had niemand zich kunnen voorstellen dat pas in 2015 het BBA zou verdwijnen. Althans formeel, want de preventieve ontslagtoets blijft ook na 2015 recht overeind.

In de afgelopen decennia is de regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek (Boek 7 titel 10), mede onder invloed van Europese regeling, op onderdelen gewijzigd en aangevuld. Te denken valt aan de regeling van overgang van onderneming, gelijke behandeling en de vakantieregeling.

Een belangrijke wijziging van het arbeidsovereenkomstenrecht was de Wet flexibiliteit en zekerheid uit 1999. Sinds de economische crisis van de jaren tachtig van de vorige eeuw zetten werkgevers steeds meer flexibele arbeidskrachten in die in de praktijk weinig rechtsbescherming genoten. De Wet flexibiliteit en zekerheid verbeterde de rechtspositie van deze werknemers met een oproepcontract, nulurencontract, min-maxcontract, enzovoort. Daar stond wel tegenover dat het mogelijk werd om meer tijdelijke contracten af te sluiten. Ook kreeg de uitzendovereenkomst een wettelijke basis. Tot 1999 was onduidelijk of een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst was of niet.

In 2015 volgde de Wet werk en zekerheid (Wwz). De Wwz is gebaseerd op het in april 2013 gesloten Sociaal Akkoord tussen het kabinet en de sociale part-

ners. Dit akkoord is omgezet in wetgeving. Sinds de inwerkingtreding van de Wwz kent het ontslagrecht niet langer twee verschillende routes, naar keuze van de werkgever. Ook de verschillen met betrekking tot de hoogte (of het ontbreken) van een ontslagvergoeding, afhankelijk van de gekozen ontslagroute, behoorden vanaf dat moment tot het verleden. Lang was het echter niet rustig op het arbeidsrechtfront, want al in 2020 volgde weer een wijziging: de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). Deze wet moet opnieuw proberen de inmiddels doorgeslagen flexibilisering in de arbeidsverhoudingen een halt toe te roepen en ook een antwoord geven op het nieuwe fenomeen van payrollrolling. Het arbeidsovereenkomstenrecht zoals dat nu is geregeld in het BW en in tal van andere wetten, vormt het startpunt van dit boek.

1.3 Afwijkingen van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek

Voor het individuele arbeidsrecht zijn de wet, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst de belangrijkste rechtsbronnen. Hoe verhouden deze rechtsbronnen zich tot elkaar? Veel mensen denken dat de wet altijd voor de cao gaat en dat een cao altijd ten gunste van de werknemer afwijkt van de wet. Beide veronderstellingen zijn niet juist.

16

Van de bepalingen van Boek 7 titel 10 BW kan soms niet worden afgeweken. Niet bij individuele arbeidsovereenkomst, zelfs niet bij cao. Dit noemen we bepalingen van *dwingend recht*. Zie bijvoorbeeld artikel 7:652 lid 8 sub c BW. Dit artikel bepaalt dat een proeftijd nooit langer mag zijn dan twee maanden. Is de proeftijd langer dan twee maanden, dan is deze nietig.

Soms kan wel van de bepalingen in Boek 7 titel 10 BW worden afgeweken bij schriftelijke overeenkomst. Dit noemen we bepalingen van *semidwingend recht*. Zie bijvoorbeeld artikel 7:628 lid 5 BW. Dit artikel bepaalt dat gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst de werknemer uitgesloten *kan* worden van het recht op doorbetaling van loon bij omstandigheden die normaal gesproken voor rekening van de werkgever komen, zoals bij afwezigheid van voldoende werk.

Soms mag alléén bij cao worden afgeweken van de wettelijke bepalingen. Dat zijn bepalingen van *driekwart dwingend recht*. Zie bijvoorbeeld artikel 7:628 lid 7 BW. Dit artikel bepaalt dat de werkgever in sommige, specifieke genoemde situaties geen loon hoeft te betalen, ook al ligt de oorzaak van het niet kunnen werken in de risicosfeer van de werkgever. Een ander voorbeeld

is artikel 7:672 lid 9 BW, dat gaat over verkorting van de opzegtermijn voor de werkgever. Bij driekwart dwingend recht bepaalt de wet in hoeverre afwijking in de cao is toegestaan.

Een enkele keer hebben partijen niets geregeld en kan een wetsartikel van aanvullende aard in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen. Dit noemen we een bepaling van *aanvullend of regelend recht*. Zie bijvoorbeeld artikel 7:623 lid 1 BW. Dit gaat over de betaling van het loon na afloop van een gewerkte week of maand. Als er niets in de arbeidsovereenkomst staat, dan regelt de wet dat de werkgever verplicht is het loon te betalen binnen het tijdvak van een week tot een maand.

Een bepaling in Boek 7 titel 10 BW die afwijking bij schriftelijke overeenkomst toelaat, bedoelt daarmee te zeggen dat afwijking zowel bij individuele arbeidsovereenkomst als bij cao mogelijk is. De cao is tenslotte ook een schriftelijke overeenkomst. Daar is één uitzondering op, te weten het concurrentiebeding, te vinden in artikel 7:653 BW. De wetgever vond dit zo zwaar drukken op de werknemer, dat een afspraak op dat gebied op cao-niveau niet toelaatbaar werd geacht. Een concurrentiebeding kunnen werkgever en werknemer alléén bij schriftelijke individuele arbeidsovereenkomst overeenkomen.

In wetgeving van nog jonge datum komen bepalingen voor van *vijf achtste dwingend recht*. In dat geval mag worden afgeweken bij cao of bij schriftelijke overeenkomst met een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Deze bepalingen van vijf achtste dwingend recht vind je niet terug in Boek 7 titel 10 BW, maar wel in de Wet flexibel werken (Wfw) en de Wet arbeid en zorg (WAZO). Deze wetten worden besproken in de paragrafen 3.3 en 6.10.

Moraal van het verhaal: altijd de wetsartikelen tot aan het einde lezen! Juich dus nooit te vroeg. Het antwoord dat je zoekt, kan in het eerste lid van een wetsartikel staan, maar soms staat pas in het laatste lid van het wetsartikel dat afwijking mogelijk is bij individuele arbeidsovereenkomst of cao. In voorkomende gevallen zul je dus de arbeidsovereenkomst of de cao-tekst erbij moeten nemen.