

Onze samenleving heeft zich de afgelopen vijftig jaar in snel tempo ontwikkeld. De groeiende complexiteit van onder andere intermenselijke relaties, organisatievormen en internationale betrekkingen heeft geleid tot een sterke uitbreiding van het aantal rechtsregels. Over wat wij onder het begrip *recht* moeten verstaan, lopen de meningen uiteen. Zo zijn de begrippen 'recht' en 'wet' niet bepaald identiek. Slechts een gedeelte van de bij ons geldende rechtsnormen is expliciet in de wet vastgelegd. Er zijn dus ook andere zogeheten *bronnen van het recht*, waar we rechtsnormen kunnen vinden. Onder 'wetgeving' wordt de door de overheid vastgestelde geschreven rechtsregels verstaan.

Natuurlijk passen lang niet alle concrete (conflict)situaties binnen de meestal wat vage en algemene bewoordingen van de wet. Het is de taak van de rechter om de wet te interpreteren en te anticiperen op komende rechtsontwikkelingen. Wat een rechter doet, is de wet toepassen. Daardoor schept de rechter zelf ook recht. In de wet zelf is enige interpretatieruimte vastgelegd doordat de wet soms voorschrijft dat moet worden gehandeld overeenkomstig datgene wat redelijk, billijk, gebruikelijk of algemeen maatschappelijk aanvaardbaar is. Daarmee geeft de wetgever zelf aan dat het begrip 'recht' kennelijk ruimer is dan de wet. Zo stelt artikel 7:611 BW dat de werkgever in het algemeen moet handelen als een goed werkgever. Wat onder 'goed werkgeverschap' moet worden verstaan, zal de rechter in geval van een conflict tussen een werkgever en een werknemer, op grond van concrete feiten, omstandigheden en maatschappelijke opvattingen daaromtrent moeten bepalen.

Bovendien loopt de wet soms achter de feiten aan, want onze wetgeving voorziet niet volledig in situaties die ontstaan door nieuwe ontwikkelingen, bijvoorbeeld op technologisch gebied. Daarnaast verschuiven de normen en de waarden, wat weer van invloed is op het recht. De rechter kan hierin een voorhoedefunctie vervullen. Dit alles maakt dat er een constante wisselwerking is tussen het recht en de – snel veranderende – samenleving.

Het recht kan op verschillende manieren ingedeeld worden. Dat kan onder andere in rechtsgebieden, dwingend en aanvullend recht en materieel en formeel recht. Op die manier kan er ordening plaatsvinden. Daarnaast is het recht te vinden in rechtsbronnen. Om het recht te kunnen laten toetsen, meestal na een conflict, zijn er rechtsprekende instanties. Het is van belang de organisatie van de rechtspraak te kennen om te weten waar 'je je recht kan halen'. Naast de rechtsprekende instanties zijn er ook andere instanties

die oordelen geven en worden conflicten opgelost zonder tussenkomst van een rechter. Om een goed begrip van het arbeidsrecht te krijgen, is het van belang om de beginselen van het privaatrecht te kennen.

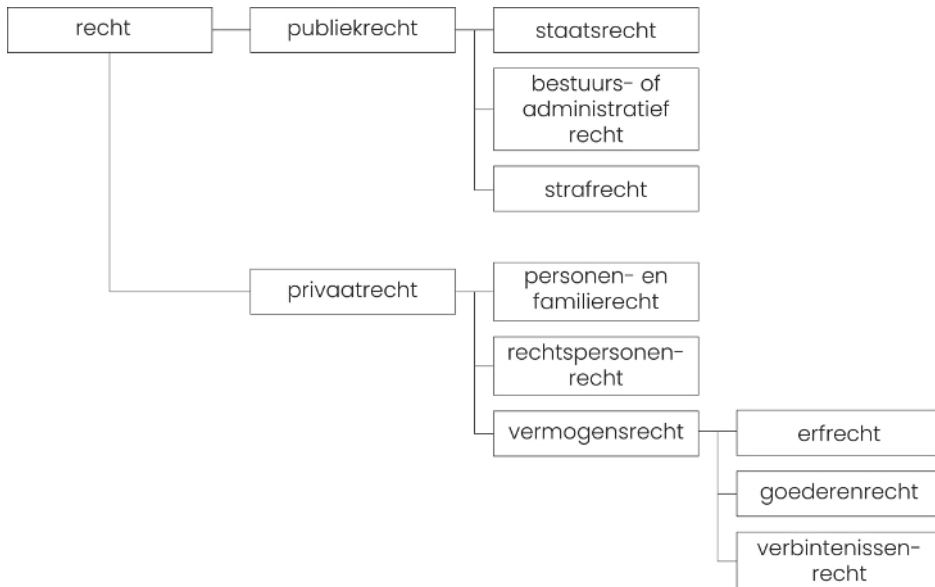
1.1 Indeling van het recht

Rechtsgebieden

In Nederland onderscheiden we twee rechtsgebieden, te weten het publiekrecht en het privaatrecht. De rechtsregels die de verhouding betreffen tussen overheidsorganen onderling of die regels bevatten ten aanzien van de overheid in haar gezagskwaliteit als overheid ten opzichte van de burgers, noemen we regels van *publiekrecht*.

Tot het publiekrecht behoort het *staatsrecht*, met als belangrijke onderdelen onder andere de Grondwet (Gw) met de grondrechten, het kiesrecht, de verhouding regering-parlement, de regelgeving ten aanzien van gemeente en provincie en de organisatie van de rechterlijke macht. Met de komst van de sociale verzorgingsstaat heeft de overheid steeds meer bestuursgebieden naar zich toe getrokken. Dat heeft niet alleen op sociaal-economisch terrein plaatsgevonden, denk aan arbeidsbeschermende wetgeving zoals de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en socialezekerheidswetgeving, zoals de Werkloosheidswet (WW), maar ook op het gebied van onderwijs, ruimtelijke ordening, milieubescherming, enzovoort. Deze onderdelen van het recht, met alle bijbehorende wetten, maatregelen en uitvoeringsbesluiten, rekenen wij tot het *bestuurs- of administratief recht*. Het *strafrecht* bevat een geheel van geboden en verboden (misdrijven en overtredingen) waarop bij niet-naleving sancties zijn gesteld.

Gaat het bij het publiekrecht vooral om de verhouding overheid-burger, in het *privaatrecht* – ook wel *burgerlijk recht* genoemd – gaat het voornamelijk om regels die de rechtsrelaties regelen tussen burgers onderling, tussen burgers en bedrijven of tussen bedrijven onderling. Het privaatrecht valt onder te verdelen in onder andere personen- en familierecht, rechtspersonenrecht en vermogensrecht. Het *personen- en familierecht* bevat onder meer regels omtrent ouderlijk gezag, voogdij, huwelijk en echtscheiding. In het *rechtspersonenrecht* is regelgeving te vinden voor rechtspersonen, zoals de naamloze vennootschap (nv), besloten vennootschap (bv), stichting en vereniging. In het *vermogensrecht* draait het om alles wat op geld waardeerbaar is. Het *erfrecht* en het *goederenrecht*, waarbinnen eigendom een heel belangrijk onderwerp is, vallen eronder. Dat geldt ook voor het *verbintenissenrecht*. We gaan nogal eens relaties aan die juridische consequenties hebben, bijvoorbeeld als we een koop-, huur- of arbeidsovereenkomst sluiten. De relaties die daaruit voortvloeien noemen we verbintenissen. Het arbeidsovereenkomstenrecht valt dus onder het privaatrecht, en wel onder het verbintenissenrecht.



Figuur 1.1 Rechtsgebieden

Dwingend en aanvullend recht

Regels van publiekrecht zijn meestal *dwingend* van aard. Er mag niet van worden afgeweken. Tegenover dwingend recht staat *aanvullend of regelend recht*. Binnen het privaatrecht komen we geregeld aanvullend recht tegen, bijvoorbeeld binnen het overeenkomstenrecht. De wetgever heeft dan regels gemaakt voor het geval partijen zelf niets geregeld hebben. Dit ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Willen partijen echter hun eigen regels maken, die afwijken van de wettelijke regels, dan is dit tot op zekere hoogte toegestaan. Men moet zich vervolgens wel aan die 'eigen' regels houden. Daar mag men niet zomaar van afwijken.

Hoewel in het verbintenissenrecht veel aanvullend recht voorkomt, is dat juist bij het arbeidsovereenkomstenrecht, dat daaronder valt, in mindere mate het geval. Een werknemer verkeert ten opzichte van een werkgever immers niet in een geheel gelijkwaardige onderhandelingspositie als het gaat om het sluiten van arbeidsvoorwaarden of in het geval van ontslag. De wetgever heeft deze problematiek onderkend en de werknemer extra willen beschermen. Daarom is er binnen het arbeidsovereenkomstenrecht geen volledige vrijheid van onderhandelen voor de contracterende partijen en zijn er nogal wat regels van *dwingend*, *driekwart dwingend*, *semidwingend* en zelfs *vijf achtste dwingend recht*. Het arbeidsovereenkomstenrecht is grotendeels te vinden in Boek 7, Titel 10, van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Rechtsregels zijn *dwingend* als er niet of niet ten nadele van de werknemer van mag worden afgeweken. Dit betekent dat als partijen afspraken maken die van de regels afwijken, deze afspraken nietig of vernietigbaar zijn. Nietig betekent dat de gemaakte afspraak ongeldig is en nooit heeft bestaan. Vernietigbaarheid houdt in dat de werknemer zich op strijdigheid met de wet dient te beroepen om de afspraak van tafel te krijgen. Zo heeft de wet de proeftijd bij contracten voor onbepaalde tijd dwingend op maximaal twee maanden gesteld. Dit is bepaald in artikel 7:652 lid 3 BW. Elke afspraak waarbij de proeftijd op langer dan twee maanden is gesteld, is nietig en dan ook ongeldig (art. 7:652 lid 8 BW). Een concurrentiebeding dat zonder nadere onderbouwing van de werkgever in een tijdelijk contract is opgenomen, is nietig. Het kan zijn dat de werkgever wel onderbouwd heeft dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding rechtvaardigen. De werknemer kan het met deze onderbouwing in relatie tot de functie en de werkzaamheden helemaal niet eens zijn en bij de rechter om vernietiging van het beding vragen (art. 7:653 lid 1 t/m 3 BW).

Behalve dwingend recht kent het arbeidsovereenkomstenrecht ook het fenomeen van *driekwart dwingend* recht. Driekwart dwingend recht wil zeggen dat afwijking van de wettelijke regeling alleen is toegestaan bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Een cao is een schriftelijke overeenkomst tussen werkgevers of werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties (vakbonden), waarin afspraken worden gemaakt over arbeidsvoorwaarden voor een bedrijf of een bepaalde branche. Werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties kunnen, als er een cao is, van wetsartikelen met een driekwart dwingend karakter afwijken en in de cao een andere regeling afspreken. Deze afwijkende regelingen gaan vaak ten nadele van de rechtspositie van de werknemer. In het betreffende wetsartikel staat benoemd dat afwijking bij cao mogelijk is. Maken partijen buiten de wet en de cao om afwijkende afspraken, dan zijn deze afspraken weer nietig (ongeldig). Zo bedraagt de proeftijd bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die zijn aangegaan voor langer dan zes maanden maar korter dan twee jaar, maximaal een maand (art. 7:652 lid 4 onder a BW). Bij cao mag hiervan worden afgeweken, zodat bij dit soort tijdelijke contracten een proeftijd van maximaal twee maanden toch mogelijk is (art. 7:652 lid 7 BW).

Semidwingende bepalingen binnen het arbeidsovereenkomstenrecht houden in dat partijen zich in principe aan de wet moeten houden en hier alleen van mogen afwijken als ze dat schriftelijk doen. Zo staat bijvoorbeeld in de wet dat de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer een maand bedraagt, maar in hetzelfde wetsartikel opent de wetgever de mogelijkheid een langere opzegtermijn af te spreken, als dit althans schriftelijk gebeurt (art. 7:672 lid 4 en 8 BW).

Soms staat er in het wetsartikel benoemd dat afwijking van een wetsartikel mogelijk is of dat het wetsartikel buiten toepassing wordt verklaard 'bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan'. Soms wordt dit uitgebreid met de zinsnede 'indien Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij ministeriële regeling ...'. Een voorbeeld hiervan is te vinden in artikel 7:668a lid 8 BW. Artikel 7:668a BW behandelt onder meer hoeveel contracten er binnen welke termijn mogen worden aangeboden, voordat er een contract voor onbepaalde tijd ontstaat (ketenbepaling). De regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan die in lid 8 wordt genoemd, in combinatie met de zinsnede dat Onze Minister bij ministeriële regeling functies mag aanwijzen die buiten de toepassing van de ketenregeling vallen, ziet in dit concrete geval op de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter. Deze regeling is een zogeheten *ministeriële regeling* – een door een minister of staatssecretaris vastgestelde regeling – die bijvoorbeeld bepaalt dat de functie van voetballer, die als contractspeler geregistreerd staat bij de sectie betaald voetbal van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond, aangewezen is als functie waarvoor de ketenregeling niet geldt. Zo zijn er in deze regeling meer functies aangewezen die buiten de ketenbepaling vallen. Oftewel, als je een dergelijke functie hebt die in die regeling is genoemd, zou het dus zo kunnen zijn dat je in die functie geen contract voor onbepaalde tijd krijgt. Een dergelijke bevoegdheid om van wetgeving af te wijken zie je vaker genoemd in de wet waarbij de zinsnede 'bij regeling door of namens een bevoegd bestuursorgaan' wordt gehanteerd. Meestal betreft het dan regelgeving afkomstig van een bepaald ministerie voor bijzondere situaties.

Daarnaast kennen we binnen het arbeidsrecht *vijf achtste dwingend recht*. Hiermee kan worden afgeweken van de wet bij cao of, als die er niet is of daartoe ruimte laat, door middel van een schriftelijke overeenkomst met het medezeggenschapsorgaan van de onderneming. Dat is de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging (PVT). Dergelijke regelgeving komen we niet tegen in Titel 10 van Boek 7 van het BW, maar bijvoorbeeld wel in de Wet arbeid en zorg (WAZO). Zo is het calamiteitenverlof en ander kort verzuimverlof voor wat betreft de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, vijf achtste dwingend van karakter (art. 4:7 WAZO).

Of een wetsartikel dwingend, driekwart dwingend, semidwingend of vijf achtste dwingend van aard is, valt uit de wettekst zelf af te lezen. Als een wetsartikel niet expliciet aangeeft of ervan mag worden afgeweken, dan gaan we ervan uit dat een afwijkende afspraak is toegestaan. We hebben dan te maken met aanvullend recht.

Materieel en formeel recht

De inhoud van het recht, wat wel en niet mag, noemen we *materieel recht*. Zo wordt bijvoorbeeld in de wet omschreven wat we onder een arbeidsovereenkomst verstaan en hoelang de proeftijd mag duren. Natuurlijk kan het materieel recht overtreden worden en daarom zijn er ook formele rechtsregels om dit materieel recht te handhaven. De kantonrechter beslecht bijna alle arbeidsrechtelijke conflicten. De procesrechtelijke regels daarvoor noemen we formeel recht. *Formeel recht* is dus het procesrecht.