

# 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. Dit argument speelt ook bij andere bijzondere overeenkomsten als de koop- en de

---

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.

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 mogelijkwijs 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.<sup>2</sup>

De beroepsbevolking in Nederland bestaat uit ruim 9 miljoen mensen. 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 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 ambtenar). 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 2017 circa 450.000). 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.

- 
- 2 De aantallen variëren uiteraard voortdurend. De gegevens afkomstig van het Centraal Bureau voor de Statistiek hebben bovendien betrekking op voorafgaande jaren, zodat ook om die reden op enig moment nooit exact kan worden vastgesteld om hoeveel mensen het gaat. Zie voor cijfers Centraal Bureau voor de Statistiek, Tabel Beroepsbevolking: kerncijfers naar geslacht en andere persoonskenmerken 2017; idem, Tabel Zelfstandigen zonder personeel 2017; idem, Beroepsbevolking: naar bedrijf en persoonskenmerken; Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Arbeidszaken Publieke sector, Trends en Cijfers, Werken in de publieke sector 2017 – deel Cijfers.
  - 3 In 2007 werd het aantal op 100.000 geschat. Zie M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007. In 2015 werd het percentage schijnzelfstandigen geschat op 2-17% (afhankelijk van de branche) van de beroepsbevolking. Zie IBO Zelfstandigen zonder personeel, april 2015, p. 25. Zie uitvoerig A.R. Houwelig, *De zelfstandige zonder personeel*, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 450.
  - 4 Zoals we in hoofdstuk 4 nog zullen zien, is lang niet altijd duidelijk of een persoon op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is.

### 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 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 nu is 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

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. Slo-

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 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, personen-rechtelijke, 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

---

temaker, Ontwikkelingstendenzen in het arbeidsrecht, in: Van sociale politiek naar sociaal recht, p. 229 e.v.

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

9 Zie de oratie van W.A. Zondag, De grenzen van het arbeidsrecht, 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.

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>

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 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>

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

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 (recht 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.

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 literatuur 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.<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

16 Zie onder meer M.S. Houwerzijl, *Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenvleving: een verkenning*, TRA 2017/4.

17 Zie hoofdstuk 18.

18 Zie hoofdstuk 19. 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.

rechtsregime, ook werknemersverenigingen (vakbonden) tezamen 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 – de laatste jaren meer dan ooit, bijvoorbeeld ten gevolge van een wet als de met ingang van 1 december 2001 in werking getreden Wet arbeid en zorg<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 Wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 567.

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 wil een werknemer om op zichzelf valide redenen van Utrecht naar Amsterdam overplaatsen; de werknemer verzet zich op eveneens goede gronden tegen deze overplaatsing.<sup>24</sup> Een werkgever wil een werknemer die een tijdlang ziek is geweest, een andere functie in de onderneming geven, omdat de leeggevallen plek inmiddels is opgevuld door een andere werknemer die prima functioneert. De herstelde werknemer (voor wie het toch al moeilijk is om weer in het arbeidsproces terug te keren) tekent protest aan en wil alleen bij zijn oud-collega's aan de slag. Wiens standpunt geeft de doorslag? Het zal duidelijk zijn dat in de rechtspraktijk, 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 bescher-

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 Vgl. Ktr. Utrecht 21 april 2004, JAR 2004/126.



mende 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>25</sup>

- A. 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>26</sup>
- B. 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 Leiden. Naast de onzelfstandige beroepsbevolking valt zijns inziens ook de kleine zelfstandige onder de reikwijdte van het arbeidsrecht.
- C. 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

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

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

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>27</sup>

De afgelopen twee decennia 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 de heersende visie 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;
- 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 wer-

---

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

kers daardoor beschermd dienen te worden, aldus Houweling.<sup>28</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>29</sup> In het Regeerakkoord-Rutte III wordt 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>30</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.

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, vanwege zijn specifieke karakter, niet aan de orde zullen stellen. Dit deel van het arbeidsrecht heeft gedurende lange tijd geheel losgestaan van het civiele arbeidsrecht en het (nauw daarmee verweven) socialezekerheidsrecht. Ambtenaren hadden een eigen rechtsregime omdat de aard van de uitgeoefende functies dat met zich bracht, was het standpunt van velen. Inmiddels zijn de inzichten op dit punt duidelijk een andere kant uitgegaan. Onder de noemer ‘normalisering van de arbeidsverhoudingen’ is de rechtspositie van de ambtenaar steeds meer op die van de werknemer gaan lijken. Veel wetten op het terrein van de arbeid zijn dan ook op zowel de werknemer (ex art. 7:610 BW) als de ambtenaar van toepassing. In lijn met deze tendens zal per 1 januari 2020 de rechtspositie van de ambtenaar gelijk worden gesteld aan die van de werknemer. Slechts een kleine categorie ambtenaren (zogenoemde ‘blijf-ambtenaren’) zal een eigen (ambtelijke) rechtspositie behouden. Tot

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

29 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.

30 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.

het zover is, is het goed zich te realiseren dat het ambtenarenrecht nog altijd beduidend van het arbeidsrecht verschilt.<sup>31</sup>

Arbeidsrecht heeft dus betrekking op de tegen beloning in een gezagsverhouding werkzame persoon en de onmiddellijk daarmee samenhangende levensomstandigheden. Het laatste deel van deze zin is opgenomen om aan te geven dat ook het socialezekerheidsrecht onder het arbeidsrecht kan worden geschaard. Het socialezekerheidsrecht heeft – globaal gesproken – betrekking op dat deel van het recht dat op inkomensverwerving en reactivering (terugkeer naar de arbeidsmarkt) is gericht vanaf het moment dat niet langer betaalde arbeid wordt verricht.<sup>32</sup> Op dit punt doet zich een inconsistentie voor. Startpunt is immers het werk dat tegen loon in een gezagsverhouding wordt verricht. Wat daarmee onmiddellijk samenhangt, wordt eveneens als studieobject beschouwd. Maar wat is onmiddellijk? Vallen daaronder ook de volksverzekeringen als de met ingang van 1 januari 2006 in werking getreden Zorgverzekeringswet (die in de plaats is gekomen van de Ziekenfondswet), de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Algemene Ouderdomswet (AOW), die betrekking hebben op alle ingezetenen, en de sociale voorzieningen als de Participatiewet? Deze vraag moet strikt genomen ontkennend worden beantwoord, wanneer althans het primaire onderscheidende criterium consequent wordt toegepast. Want dat zou betekenen: alleen die arbeidsrechtelijke onderwerpen vallen binnen het onderhavige rechtsgebied, die rechtstreeks verband houden met het werknemers- (of ambtenaren)begrip. Desondanks worden tegenwoordig genoemde categorieën (dus inclusief de volksverzekeringen en de sociale voorzieningen) tot het werkterrein van het arbeidsrecht gerekend. In dit boek zullen wij ons beperken tot de behandeling van de *werknemersverzekeringen* (de Werkloosheidswet (WW), de Ziektewet (ZW), de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) naast de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO)) en enkele andere socialezekerheidswetten die daarmee strikt verband houden,<sup>33</sup> om daarmee de band met het door Levenbach geformuleerde criterium niet lossers te maken dan noodzakelijk is.

---

31 Zie het rapport van de Werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel (commissie-De Kam), Buitengewoon normaal van 26 juni 2006, onder meer aan te treffen op <[www.albedaleerstoel.nl](http://www.albedaleerstoel.nl)>. Deze commissie bepleitte totale normalisatie, met uitzondering van de leden van de rechterlijke macht en benoemde politieke ambtsdragers. Zie voor parlementaire stukken: Kamerstukken I 2013/14, 32 550, nr. A. Een handzaam overzicht van het de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (WNRA) treft men hier aan: A.J.M. van Meer, *Het nieuwe ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2017. Voor het geldende ambtenarenrecht: B.B.B. Lanting e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

32 Vgl. S. Klosse en G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 4.

33 Zie hoofdstuk 16 en 17.

## 1.4 Welke naam?

Gedurende de discussies over het object van het arbeidsrecht heeft zich een andere, daarmee verwante discussie ontsponnen. Die betrof de vraag over de juiste benaming van het betreffende rechtsgebied: moest dat ‘arbeidsrecht’ zijn of ‘sociaal recht’? Traditioneel kan worden gezegd dat het arbeidsrecht is gegroeid uit wat werd aangeduid met ‘sociale politiek’. Sociale politiek had betrekking op de beweging waarin op regelgeving werd aangedrongen vanwege de abominabel slechte omstandigheden waaronder de arbeiders in de tweede helft van de negentiende eeuw leefden. De Kinderwet van Samuel van Houten uit 1874 en de eerste Arbeidswet uit 1889 waren de vrucht van deze beweging, die voornamelijk bestond uit socialisten en radicaal liberalen. Met de komst van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 en de verdere uitbouw en stabilisering van wetgevende maatregelen op het terrein van de sociale politiek kwam de naam ‘arbeidsrecht’ in zwang. Vele jaren was het ‘bon ton’ over het arbeidsrecht te spreken. Met de hiervoor beschreven opkomst van de discussies over het uitdijende object van het rechtsgebied kwam ook de naamgeving ‘sociaal recht’ in opmars. Laatstgenoemde term kreeg ook gedurende de jaren tachtig van de vorige eeuw enige furore, toen men het traditionele arbeidsrecht als onderdeel ging zien van het recht dat tot doel had kwetsbare bevolkingsgroepen te beschermen (naast werknemers ook consumenten, vluchtelingen, huurders, patiënten, enz.). Dit denken kwam pregnant tot uitdrukking in de naamgeving van het in 1986 opgerichte tijdschrift Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht (SR), dat alle genoemde rechtsgebieden omvatte.<sup>34</sup> Ook aan de Nederlandse universiteiten werd het vak ‘Arbeidsrecht’ steeds vaker ingevuld voor ‘Sociaal Recht’, hoewel de inhoud niet veranderde. Nog steeds werd het vak gedoceerd vanuit de visie die Levenbach reeds vele jaren daarvoor had verdedigd. Inleidingen die op het terrein werden geschreven, kregen doorgaans ‘sociaal recht’ in de titel mee. Inmiddels is het tij weer beduidend gekeerd. De mening dat het arbeidsrecht onderdeel uitmaakt van een meeromvattend rechtsgebied waarin de ‘underdog’ centraal staat, is inmiddels zo goed als verlaten. De term ‘sociaal recht’ wordt in het verlengde daarvan steeds vaker als verwarrend gezien. ‘Arbeidsrecht’ wordt als de meest gangbare term beschouwd en wij achten dit een correcte benaming. Het betreft evenwel – wij wijzen er nogmaals op – uitsluitend een ter-

<sup>34</sup> Al vele jaren daarvoor waren de bladen Sociaal Maandblad en Arbeid opgericht, tijdschriften die in 1954 fuseerden tot Sociaal Maandblad Arbeid (SMA). Dit blad is tezamen met SR met ingang van 1 januari 2009 opgeheven. Vanaf deze datum is het Tijdschrift voor Recht en Arbeid (TRA) opgericht. In 1994 verscheen voor het eerst het tijdschrift ArbeidsRecht, in 2001 gevolgd door Arbeidsrechtelijke Annotaties (ArA). In 2008 is het Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk (TAP) verschenen. Tegelijk is de uitgave van het blad Arbeid Integraal stopgezet. In 2012 verscheen Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming (TAO). De vijf tijdschriften (TRA, ArbeidsRecht, ArA, TAP en TAO) zijn de belangrijkste tijdschriften op het terrein van het Nederlandse arbeidsrecht.

minologische kwestie; inhoudelijk is het om het even of er nu van ‘sociaal recht’ of ‘arbeidsrecht’ wordt gesproken.

## 1.5 Arbeidsrecht en maatschappelijke ontwikkelingen

In de voorafgaande paragraaf is onder meer de juridische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer benadrukt en is verdedigd dat het doel van de wettelijke regeling gelegen is in het compenseren van die ongelijkheid (ongelijkheidscompensatie). Twee vragen moeten er in dit verband worden gesteld en beantwoord:

- Kan men vandaag de dag, in het postindustriële tijdperk,<sup>35</sup> nog wel van ongelijkheid tussen werkgever en werknemer spreken, nu laatstgenoemde vanwege toenemende opleiding en scholing steeds beter voor zichzelf kan opkomen?
- Is ongelijkheidscompensatie de enige doelstelling van regelgeving op het terrein van het arbeidsrecht?

Laten we ter beantwoording van deze vragen terugkeren naar de periode waarin de Wet op de Arbeidsovereenkomst (eerst opgenomen in het BW in de art. 1637a e.v. BW, later – met ingang van 1 april 1997 – in de art. 7:610 e.v. BW) tot stand is gekomen.<sup>36</sup> Niemand zal zich erover verbazen als wordt geconstateerd dat de arbeider ‘van toen’ niet meer te vergelijken is met de werknemer ‘van nu’. Het levenspeil lag destijds veel lager dan thans; het opleidingsniveau van toen is niet meer te vergelijken met de diploma's die werknemers momenteel op zak hebben. De kansen op een volwaardige ontplooiing van arbeidscapaciteiten zijn bovendien veel groter dan honderd jaar geleden. De huidige werknemer is mondig, zelfbewust, lijkt zijn eigen boontjes te kunnen doppen en is gericht op het maken van carrière en niet op slechts overleven. Arbeid staat niet meer (enkel) in dienst van het voeden van hongerige monden, maar is gericht op zelfverwerkelijking. Zorg is niet zozeer of er morgen nog wel eten op tafel staat; veel eerder staat centraal of de toegezegde promotie zal doorgaan. Verdient een werknemer in dit licht nog wel de bescherming waarop hij honderd jaar geleden stellig recht had? Voordat we deze vraag concreet beantwoorden, is het zinvol bij een aantal ingrijpende maatschappelijke ontwikkelingen stil te staan die zich in meer of mindere mate hebben voorgedaan. Van der Heijden en Noordam hebben in hun preadvies in 2001 voor de Nederlandse Juristen Vereniging (NJV) terecht aandacht voor deze maatschappelijke ontwikkelingen gevraagd ter beantwoording van de vraag, wat de waarde(n) van het sociaal recht moet(en) zijn en door welke beginselen van sociale rechtsvorming de wetgever zich

35 De term is afgeleid van de titel van een belangwekkend artikel van P.F. van der Heijden, *Postindustriële arbeidsrecht*, NJB 1993, p. 297-303.

36 Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193, inwerkingtreding 1 februari 1909.

laat c.q. dient te laten leiden.<sup>37</sup> Genoemde auteurs wijzen op de volgende zeventien maatschappelijke veranderingen, die zij ook wel de zeventien ‘-eringen’ noemen.<sup>38</sup>

### **Individualisering**

Tot ver in de twintigste eeuw kende iedere burger in Nederland zijn of haar plek. De verzuiling had zich sterk gesetteld: de protestants-christelijken, de roomskatholieken, de sociaaldemocraten, zij hadden allen hun eigen sportverenigingen, hun eigen vakbonden, hun eigen radio- en televisieomroep en gingen naar de bakker en melkboer van hun eigen ‘zuil’. De man was kostwinner, de vrouw zorgde voor de kinderen en deed het huishouden. Het gezinsleven stond centraal. Vrijgezellen waren zielig; zij hadden hun levensdoel (het stichten van een gezin) gemist. Dit beeld is gaande de twintigste eeuw ingrijpend gewijzigd. Mensen kiezen zelf voor de inrichting van hun leven. De ontzuiling is vergaand ingetreden. Allerhande samenlevingsvormen hebben zich ontwikkeld. Een gezin stichten is een bewuste keuze, maar evengoed wordt besloten daarvan af te zien. Personen van hetzelfde geslacht wonen, al dan niet met kinderen, samen. De vrijgezel is een volstrekt geaccepteerd verschijnsel geworden dat mede op een bewuste keuze kan zijn gebaseerd. Veel vrouwen hebben de arbeidsmarkt betreden. Niet alleen vrouwen, maar ook mannen combineren werk en privé en nemen zorgtaken op zich. De individualisering heeft gevolgen voor het denken over ‘collectiviteiten’ en ‘solidariteit’.

### **Flexibilisering**

Tot ver in de vorige eeuw was de 40/40/40-regel ingeburgerd. Een mens (in feite een man) werkte 40 jaar van zijn leven, 40 weken per jaar en dat gedurende 40 uur per week, vaak bij dezelfde werkgever. Deze regel is geleidelijk aan steeds meer overboord gegooid. Mensen beslissen zelf wanneer, hoe lang en hoeveel zij zich op de arbeidsmarkt begeven en welk type werk zij concreet willen gaan verrichten (zie ook privatisering). De opbouw van het leven is in vergaande mate geflexibiliseerd. Perioden van werk worden onderbroken door wereldreizen en sabbaticals. Steeds vaker wordt van werkgever veranderd. Tegelijk met deze verschijnselen zijn vormen van externe flexibilisering in opmars gekomen: uitzend- en detacherebureaus spelen in op de wisselende behoeften van mensen om betaald werk te verrichten.<sup>39</sup> Op gelijke wijze is de interne flexibiliteit meer vanzelfsprekend geworden.<sup>40</sup> Bij dezelfde werkgever kan men op verschillende functies te werk worden gesteld en de

37 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, preadvies NJV 2001, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 7 e.v.

38 Men kan discussiëren over de vraag of er niet meer -eringen te noemen zijn. Zeker wel, betogen A.F.M. Brenninkmeijer en G.J.J. Heerma van Voss in hun bespreking van het preadvies in NJB 2001, p. 975-982.

39 Zie hoofdstuk 5.

40 Zie hoofdstuk 10.

betrokkenen ervaren dit als een doorbreking van een mogelijk opgetreden werksleur. Verandering van spijs doet immers eten.

### **Decentralisering**

Een uitvloeisel van de toegenomen individualisering en flexibilisering is dat werknemers steeds meer hun eigen pakket van arbeidsvoorwaarden wensen samen te stellen. Keuzemogelijkheden worden ten minste verlangd. Tot in de jaren tachtig van de twintigste eeuw hadden arbeidsvoorwaarden het karakter van standaardvoorwaarden: op landelijk niveau of op bedrijfstakniveau werden de arbeidsvoorwaarden uniform samengesteld. Die tendens is doorbroken. Steeds vaker wordt ruimte gegeven om op ondernemingsniveau of op individueel niveau afspraken te maken over de van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden.<sup>41</sup> De arbeidsvoorwaardenvorming is met andere woorden gedecentraliseerd. Werknemers willen maatwerk en weigeren zich te schikken in het collectief. Niettemin is het natuurlijk onvermijdelijk dat een zekere aanpassing zonder meer noodzakelijk is.<sup>42</sup>

### **Horizontalisering en informalisering**

De twintigste eeuw heeft lange tijd in het teken van respect voor ‘hoger geplaatsten’ gestaan. De leerling durfde de onderwijzer of leraar nauwelijks aan te spreken omdat hij onder de indruk was van het enkele feit dat hij tegenover de onderwijzer of de leraar stond. Opdrachten of verzoeken door deze laatsten werden met een grote mate van vanzelfsprekendheid uitgevoerd. De dominee, de dokter en de notaris stonden op een nog hoger niveau. Zij hadden dure kleren aan, ook in hun vrije tijd. Deze notabelen hadden recht het beter te weten. Functioneel gezag werd zonder probleem aanvaard. Men zag tegen de chef op en sprak hem uiteraard met ‘u’ aan. De hiërarchische verhoudingen waren in een formeel kader ingebed. Tegenwoordig is dit alles een stuk minder vanzelfsprekend. De verhoudingen in maatschappij en onderneming zijn beduidend horizontaler en informeler geworden. Gezag op grond van een functie is niet meer het uitgangspunt; gezag moet in de eerste plaats worden verworven.<sup>43</sup> Dat chef en ondergeschikte elkaar tutoyeren, is heel normaal. De notaris is op zaterdag in spijkerbroek niet meer te onderscheiden van de bouwvakker die deze kleding de gehele week draagt. Deze ontwikkeling stelt vraagtekens bij het uitgangspunt van de ‘gezagsverhouding’. Is een werkgever niet veeleer een ‘facilitator van werk’ in plaats van een autoritaire geldwolf die arbeiders uitmelkt?

### **Informatisering en computerisering**

De computer in de jaren tachtig, maar met name het internet of things heeft het huidige leven ingrijpend veranderd. De wereld is een dorp. Via allerlei digitaleme-

---

41 Zie hoofdstuk 6 en 18.

42 Zie hetgeen hiervoor is betoogd over het individu dat onderdeel van de arbeidsorganisatie is.

43 Zie hoofdstuk 4.



diakanalen (e-mail, WhatsApp, sociale media) wordt wereldwijd en met gering tijdsverloop gecommuniceerd. Internet biedt mogelijkheden om producten mondiaal op eenvoudige wijze aan te bieden. Organisaties als eBay en Alibaba zorgen voor wereldwijde distributies van producten die hun weerga niet kennen. Vaak wordt handel gedreven zonder zichtbare werkorganisatie. Platformisering is hier een duidelijk voorbeeld van. Helpling (een platform waar schoonmakers te vinden zijn), Uber (taxiriten), Deliveroo (maaltijdbezorgers) zijn stuk voor stuk platforms waarbij de zichtbare werkorganisatie ontbreekt, maar wel veel arbeid wordt verricht. Velen realiseren zich niet dat deze wereld vijftig jaar geleden nog in het geheel niet bestond. Toen reden er nog melk- en vossenboeren en ging men boodschappen doen bij de kruidenier. Naar de elektronische typemachine werd met bewondering gekeken.

### **Internationalisering, europeanisering en globalisering**

Deze drie -eringen hangen nauw samen met de voorafgaande. Ten gevolge van de gigantisch toegenomen informatisering en computerisering zijn de landsgrenzen – anders dan voorheen – eenvoudig(er) te overschrijden. Ondernemingen gaan wereldwijd en groeien uit tot multinationals. De Europese Unie (EU) speelt in deze ontwikkeling uiteraard ook een belangrijke rol. Wat eens een bondgenootschap was tussen een zestal landen (EEG) is tot een grote supranationale organisatie uitgegroeid met een eigen munteenheid. Met de interne openmarkteconomie betekent dit ook dat over landsgrenzen heen arbeid wordt verricht. In toenemende mate besteden bedrijven onderdelen (zoals productie) uit aan ‘lagelonenlanden’ en behouden ze de kern. Het clusteren van werk, bijvoorbeeld een grote opslag van goederen in Duitsland voor heel Noordwest-Europa, is geen uitzondering meer. De gevolgen voor lokale werkgelegenheid in positieve en negatieve zin evenmin.<sup>44</sup>

### **Privatisering en decollectivering**

Na de Tweede Wereldoorlog heeft zich in Nederland een indrukwekkend stelsel van wetten op het terrein van de sociale zekerheid ontwikkeld. De burgers werden verzorgd van de wieg tot het graf, zo werd gesteld. Ons land groeide uit van een zogenoemde nachtwakerstaat, waarin de overheid zich geroepen voelde enkel de meest essentiële taken te vervullen (zoals instandhouding van een politiemacht en een leger), tot een sociale verzorgingsstaat. Op allerlei terreinen van het maatschappelijke leven (en dus met betrekking tot arbeidsorganisaties) greep de overheid in om ‘orde op zaken te stellen’. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw begonnen de fundamenteën van de *sociale verzorgingsstaat* op hun grondvesten te trillen. De (centrale) overheid werd geleidelijk aan niet meer als de vanzelfsprekende organisatie gezien van waaruit allerhande maatschappelijke activiteiten ter hand dienden te worden genomen. Het systeem verstarde. Individuen ontlieden hun verantwoordelijkheid: het collectief zorgde toch wel voor correctie. Het management van overheidsorganisaties werd niet geacht commercieel te opereren. De kosten van de soci-

---

44 Zie hoofdstuk 20.

ale zekerheid rezen de pan uit. Een dagje ziekmelden omdat je gewoon geen zin had om naar het werk te gaan, wat maakt het uit? De werkgever merkte daar financieel niets of nauwelijks iets van, althans niet op de korte termijn. Dit denken greep alom om zich heen en hield Nederland in een verstikkende greep. De oplossing werd gevonden (althans dacht men te vinden) in privatisering en decollectivering. Privatisering om daarmee de betrokkenen in het veld weer verantwoordelijk te maken voor handelingen waarop zij invloed kunnen uitoefenen. Op het terrein van de sociale zekerheid heeft dit onder meer geleid tot invoering van drie wetten die het beroep op de ZW en de WAO substantieel beoogden te verminderen. Het betrof de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) per 1 maart 1996, de Wet Verbetering Poortwachter (WVP) per 1 april 2002 en de Wet verlenging loondoorbetalingsplicht bij ziekte per 1 januari 2004 (ook wel Wulbz 2 genoemd, waarbij uiteraard de Wulbz 1996 tot Wulbz 1 is omgedoopt).<sup>45</sup> Veel bedrijven werden geprivatiseerd, zoals de Nederlandse Spoorwegen en de elektriciteitsbedrijven.

### **Privétisering**

Vroeger waren werk en privé strikt gescheiden. Dat had zeker ook te maken met het feit dat gedurende vele decennia van de twintigste eeuw de man kostwinner was en de vrouw enkel in huis actief was. Als er een kind ziek was, trad er organisatorisch geen probleem op: de vrouw was immers toch thuis werkzaam. Met het feit dat vrouwen de arbeidsmarkt betraden en met de ongeveer zich gelijktijdig voordoende emancipatie van de vrouw werd de kloof tussen werk en privé steeds diffuser en ook problematischer. Als beide partners immers buitenshuis werken en de kinderen zich in een crèche (moeten) vermaken, treedt een probleem op als een kind ziek is. Daarbij werd het steeds minder vanzelfsprekend dat uitsluitend de vrouw zorgtaken voor de kinderen op zich zou nemen. Mannen werden op dit vlak vaker ingeschakeld, hetgeen in eerste instantie problemen op het werk gaf. Want hoe moest worden omgegaan met de vergadering die om 17.00 uur begon, terwijl op dat tijdstip de kinderen moesten worden opgehaald? Naarmate dergelijke situaties steeds meer werknemers voor een probleem stelden, drongen privéomstandigheden de werkorganisatie binnen. In de werkorganisaties moest er steeds meer rekening worden gehouden met door de werknemers gestelde eisen die op de thuissituatie waren terug te voeren. De privétisering deed haar intrede, niet alleen vanwege afspraken die werkgever(s) en werknemer(s) met elkaar maakten, maar ook omdat de wetgever regelend optrad. De in 1995 tot stand gekomen en op 1 januari 1996 in werking getreden Arbeidstijdenwet (Atw) was herkenbaar op de moderne leest geschoeid, evenals de al eerder genoemde, op 1 november 2001 ingevoerde Wet arbeid en zorg. Ook de op 1 juli 2000 ingevoerde Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) was mede op de toenemende privétisering geënt. In 2015 stemde de Eerste Kamer in met het wetsvoorstel Flexibel werken. Dit initiatiefwetsvoorstel moderniseert onder meer de WAA door toe te staan niet alleen de arbeidsduur op verzoek

---

45 Zie hoofdstuk 17.

van de werknemer aan te passen, maar ook de tijden waarop de werkzaamheden worden verricht alsmede de locatie waar de arbeid plaatsvindt (bijvoorbeeld thuis in plaats van op werk). De toelichting geeft aan dat werknemers steeds meer belang hechten aan een goede balans van werken, zorgen en scholing. De wettelijke regels moeten daarop worden afgestemd.<sup>46</sup>

### **Economisering en activering**

Naarmate de twintigste eeuw vorderde, werd wet- en andere regelgeving steeds meer gebruikt om beleid te voeren. Recht werd instrumenteel recht. Ten tijde van een economische depressie van de jaren tachtig dacht de wetgever erover na hoe het recht kon worden ingezet om het tij te keren. Op welke wijze kon wetgeving worden ingezet om de economische positie van Nederland internationaal te versterken? Ook het arbeidsrecht heeft van deze nieuwe benadering op het recht gevolgen ondervonden. Zo wordt er hier te lande serieus gediscussieerd over de vraag of het ontslagrecht de concurrentiepositie van de werkgever niet te veel ondergraaft. Moet op grond van motieven van economische aard dit deel van het arbeidsrecht worden versoepeld? De invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid op 1 januari 1999 (die voor een groot deel in titel 10 van Boek 7 BW is geïncorporeerd) heeft zeker ook in dit licht haar beslag gekregen.<sup>47</sup> Tegelijkertijd werd het arbeidsrecht ook meer en meer ingezet om de inactieve beroepsbevolking (werklozen en arbeidsongeschikten wegens ziekte) terug te brengen naar de arbeidsmarkt. De in 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid heeft voorts als doel om de duurzame inzetbaarheid van werknemers te bevorderen en de overgang van werk naar werk te stimuleren.<sup>48</sup>

### **Deregulering**

Deze -ering speelt op het terrein van het arbeidsrecht een geringe rol. Toch is hier maatschappelijk gezien wel degelijk iets aan de hand. Het verschijnsel deregulering houdt evenals de eerder behandelde aspecten van privatisering en decollectivering verband met de opkomst van de sociale verzorgingsstaat. De (centrale) overheid die meende op tal van deelgebieden van de maatschappij regelend te moeten optreden,

---

46 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 889, nr. 3, p. 1. Zie over deze regeling onder meer W.L. Roozendaal, *Flexibel verlof en flexibel werken*, TRA 2012-3. Zie over privatisering en arbeidsrecht: W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Nijmegen), Monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 2011.

47 Zie hoofdstukken 5 en 12 t/m 15.

48 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 3. Kritisch over het instrumentele gebruik van het arbeidsrecht is: I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, Deventer: Kluwer 2009 (afscheidsrede). Zie mooi beschouwend over de economische benadering van het arbeidsrecht C.J. Loonstra, 'De WWZ en de flexibele schil: blijft de outsider buiten?' in: L.G. Verburg (red.), *Werk en zekerheid in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

had een woud van regels en regeltjes opgesteld om aan deze sturende rol invulling te geven. Het had een verlamdend effect: de met deze regelgeving gepaard gaande bureaucratisering blokkeerde doeltreffend optreden door particulieren. De reactie was het in werking treden van een proces van deregulering: minder regelgeving en meer marktwerking. Daar waar de wetgever het wel belangrijk vond om regelgevend op te treden, werden in een wet slechts randvoorwaarden geformuleerd waarbinnen betrokkenen in het veld de wet naar eigen inzicht konden invullen. Gekozen werd met andere woorden voor 'wettelijk geconditioneerde zelfregulering'.<sup>49</sup>

### Intensivering

Of de entourage waarbinnen arbeid in een organisatie werd verricht leuk was, werd vroeger niet zo belangrijk gevonden. Dat was op gelijke wijze het geval in het meer omvattende maatschappelijke verband. Men deed wat men moest doen en dat was het dan. Vandaag de dag wil de burger veel meer uit het leven halen. Het leven moet worden geleefd en dat betekent: eruit halen wat erin zit, met 'volle teugen genieten'. Veel op vakantie gaan, vaak naar festivals, concerten, schouwburg en bioscoop, regelmatig buitenshuis eten, enzovoort. Dit gedrag heeft ook zijn effect op arbeidsorganisaties gehad. In een bedrijf moet meer worden gedaan dan alleen werken. Er dient daarnaast van alles te worden georganiseerd: overlevingstochten in de Ardennen, een weekendje Barcelona, feestavonden met veel muziek en amusement. Werk moet ook zo interessant mogelijk worden gemaakt. Vakscholing wordt belangrijk gevonden, evenals cursussen over leidinggeven en noem maar op. Op het terrein van het arbeidsrecht hebben zich in het verlengde van deze ontwikkeling vragen voorgedaan als: is de werkgever aansprakelijk als een werknemer in de Ardennen een ongeval overkomt en als gevolg daarvan schade lijdt, en zijn werknemers überhaupt ook verplicht aan dergelijke activiteiten mee te doen?<sup>50</sup> Maar ook vragen als is de werkgever niet verantwoordelijk voor een blijvende scholing van de werknemer en omgekeerd?

Na deze korte uiteenzetting over de zeventien '-eringen' met hun invloed op maatschappij en arbeidsorganisatie zullen we de twee aan het begin van deze paragraaf gestelde vragen van een antwoord voorzien. De eerste vraag luidde of er heden ten dage nog wel van ongelijkheid tussen werkgever en werknemer kan worden gesproken, gezien de alsmaar hogere scholings- en opleidingsgraad van laatstgenoemde. Wij beantwoorden deze vraag, toegespitst op de juridische en economische ongelijkheid, in bevestigende zin. De werknemer van vandaag mag zich wellicht vanwege zijn betere scholing/opleiding zelfbewuster en met betere papieren dan vroeger tegenover zijn werkgever opstellen en daarmee misschien betere op zijn persoon

49 Een mooi voorbeeld is de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen. Zie daarover, alsmede uitgebreid over de algemene ontwikkelingen op het gebied van deregulering en zelfregulering, G.W. van der Voet, De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

50 Zie hoofdstuk 11.

afgestemde arbeidsvoorwaarden weten te bewerkstelligen, feit blijft dat hij, niettegenstaande de beschreven maatschappelijke en arbeidsorganisatorische ontwikkelingen, tot zijn werkgever in een gezagsverhouding staat (en dus aan hem ondergeschikt is) en in economisch opzicht van hem afhankelijk is. Zouden deze aspecten niet meer aanwezig zijn, dan ontvalt de zin om de werknemer juridisch te compenseren voor zijn juridisch en economisch ongelijke rol ten opzichte van zijn werkgever. Maar zover is het niet en betwijfeld kan worden of het ooit zover zal komen. Voor vandaag geldt zoals Verhulp in zijn oratie schrijft: 'De beschermingsgedachte in het arbeidsrecht is nog steeds actueel.'<sup>51</sup> Sterker, misschien is de gedachte meer dan ooit actueel, omdat vanuit het marktdenken, internationale concurrentie en digitalisering de druk op de factor arbeid groot kan worden. Juist nu lijkt bescherming van een menswaardig bestaan meer dan ooit geboden. De grote vraag is natuurlijk of het arbeidsrecht niet 'te weinig werkers te veel beschermt en daarmee te veel werkers te weinig'. Met deze opmerking bedoelt Beltzer dat het arbeidsrecht wellicht te veel bescherming is gaan bieden, waardoor het evenwicht tussen werkgever en werknemer is verloren gegaan. Bijgevolg zouden werkgevers in toenemende mate kiezen voor andere werkvormen dan de arbeidsovereenkomst, denk aan zzp'ers of payrollwerknemers. Deze mensen ontberen arbeidsrechtelijke bescherming. We noemen hen ook wel 'outsiders'.

De tweede vraag luidde of de ongelijkheidscompensatie als enige doelstelling van het arbeidsrecht moet worden beschouwd. Die vraag zouden we op grond van de voorafgaande uiteenzetting ontkennend willen beantwoorden. De (westerse) maatschappij blijft bij voortdurende ontwikkeling en dat geldt ook voor een arbeidsorganisatie. Arbeidsrechtelijke regelgeving staat tegenwoordig meer dan ooit<sup>52</sup> in dienst van deze ontwikkelingen en zal daardoor – afhankelijk van tijd en plaats – altijd de realisering van nieuwe doelstellingen in zich bergen. We geven een paar voorbeelden die eenduidig uit de ontwikkelingen van de vorige eeuw zijn af te leiden. De emancipatie van de vrouw die de loop van de vorige eeuw in belangrijke mate heeft bepaald, is een eerste voorbeeld. Het arbeidsrecht heeft daarin een cruciale rol gespeeld door de ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen te bestrijden. De omvorming van de sociale verzorgingsstaat, in de tweede plaats, is vanuit het arbeidsrecht mede vormgegeven. Wulbz 1 en 2 en de WVP zijn arbeids-

51 E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 6. Zie ook E. Verhulp, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2003, p. 289-304.

52 S.F. Deakin, *The Challenge of Empirical Method to Labour Law Theory and Practice*, *ArA* 2014-3. De auteur merkt op dat het juridische raamwerk om uitsluitend de 'ongelijkheid te compenseren' niet voldoende is in een wereld van constante uitdagingen op nationale in internationale markten. Het arbeidsrecht dient op deze ontwikkelingen te reageren en de 'social state' te beschermen.