

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?¹ 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 vogelvucht 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.

De beroepsbevolking in Nederland bestaat uit ruim 10 miljoen mensen.² 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 1,2 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.³ 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 welzijnzorg) en de publieke sector (de overheid, de ambtenaar).

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 op zichzelfstaand 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

2 Uit recente cijfers van het CBS blijkt dat het hierbij gaat om ongeveer 9 miljoen werkzame en 357.000 werkloze mensen. Van de 9,7 miljoen werkzame mensen is ongeveer 4,7 miljoen parttime en 5 miljoen fulltime werkzaam. Zie 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.

gelegenheid van het vijftigjarig Doktorjubileum van Heinrich Brunner.⁴ 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,⁵ 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.⁶ 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 vindt het nog steeds ten volle zijn rechtvaardiging.’⁷ 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.⁸

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

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

6 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.

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

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

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.⁹ 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’.¹⁰ 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.¹¹

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 Arbeidsovereenkomst 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

9 Zie daarover hoofdstuk 4.

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

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

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.¹²

Daaraan voegde zij toe dat geen enkel contract zo diep ingreep in de gehele maatschappelijke toestand van de werknemer.¹³ 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'.¹⁴

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 – alsmede uit het verslag van de commissie-Borstlap.¹⁵

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

13 '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.

14 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.

15 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.