

VOORWOORD

Voor u ligt de tiende druk van Tekst & Commentaar Arbeidsrecht. Hierin zijn alle wetswijzigingen tot en met 1 juli 2018 verwerkt. Daartoe behoort ook de aangepaste Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, die per 1 januari 2018 is uitgebreid. Ook de Wet normering topinkomens werd herzien. Op het gebied van de WWZ waren er sinds de vorige druk interessante uitspraken van de Hoge Raad, zoals inzake het bewijsrecht en de billijke vergoeding.

In het auteursteam vonden enkele wisselingen plaats. Prof. mr. F.B.J. Grapperhaus legde zijn taken neer in verband met het ministerschap in het Kabinet-Rutte III. Als nieuwe auteurs worden in deze druk verwelkomd mr. N. Jansen, verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en verantwoordelijk voor het commentaar op de Wet CAO en op de Wet AVV, en mr. E.L.H. van der Vos, promovenda aan de Universiteit Leiden, die tekende voor het gewijzigde commentaar op de WMM.

Wij hopen dat het boek blijft aansluiten aan de behoeften die in de praktijk leven.

Hoewel aan deze uitgave grote zorg is besteed, kunnen bij het gebruik daarvan mogelijk fouten en/of tekortkomingen aan het licht komen. Redactie en uitgever stellen het zeer op prijs indien de gebruiker hen van gebleken onnauwkeurigheden op de hoogte brengt. Ook overigens houden zij zich aanbevolen voor suggesties die de bruikbaarheid van deze uitgave kunnen verhogen. U kunt schrijven naar de uitgever, Postbus 23, 7400 GA Deventer, of mailen naar TekstCommentaar@woltersklower.com. Voor het laatste nieuws over Tekst & Commentaar kunt u [@TekstCommentaar](#) volgen op Twitter.

Amsterdam/Deventer, 23 juli 2018

Jaap van Slooten
Marlies Vegter
Evert Verhulp

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(* met commentaar)

Burgerlijk Wetboek Boek 7 (Uittreksel), Titel 10 (Arbeidsovereenkomst) art. 610-745*	1
Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*	367
Burgerlijk Wetboek Boek 7 (Uittreksel), Titel 7 Afdeling 1 (Opdracht), art. 7:400-7:413*	375
Burgerlijk Wetboek Boek 7 (Uittreksel), Titel 15 (Vaststellingsovereenkomst), art. 7:900-7:906*	393
Burgerlijk Wetboek Boek 2 (Uittreksel), Titel 4 Afdeling 5 (Het bestuur van de naamloze vennootschap en het toezicht op het bestuur), art. 2:129-2:135 en 2:147*	409
Burgerlijk Wetboek Boek 2 (Uittreksel), Titel 5 Afdeling 5 (Het bestuur van de vennootschap en het toezicht op het bestuur), art. 2:239-2:245 en 2:257*	449
Failissementswet (Uittreksel), art. 5, 13a, 40, 67, 72 en 239*	479
Werkloosheidswet (Uittreksel), art. 19 en 24*	485
Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Uittreksel), art. 25*	507
Wet melding collectief ontslag*	517
Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst*	531
Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*	565
Europees Sociaal Handvest (herzien) (Uittreksel), art. 6 en G*	593
Wet op de ondernemingsraden*	607
Wet op de Europese ondernemingsraden*	723
SER-Fusiegedragsregels 2015*	763
Wet flexibel werken*	817
Wet arbeid en zorg*	831
Algemene wet gelijke behandeling*	881
Wet College voor de rechten van de mens (Uittreksel)*	901
Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*	913
Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*	937
Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*	963
Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*	983
Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag*	1011
Wet normering topinkomens*	1067
Verordening (EG) Nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ('Rome I') (Uittreksel)*	1167
Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ('EVO') (Uittreksel)*	1199

Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie*	1203
Verordening (EU) Nr. 1215/2012 betreffende rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (Brussel I bis-Verordening) (Uittreksel)*	1249
BIJLAGEN	
Overgangsrecht WWZ (Uittreksel), art. XXII-XXIII	1275
Ontslagregeling*	1279
Regeling UWV ontslagprocedure*	1325
Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding*	1335
Regeling looncomponenten en arbeidsduur*	1347
Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding*	1355
Besluit overgangsrecht transitievergoeding*	1373
Arbeidsomstandighedenwet	1387
Arbeidstijdenwet	1415
Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar	1453
Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter	1463
Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV)	1487
Wet op het financieel toezicht (Uittreksel), hoofdstuk 1.7, art. 1:111-1:129	1503
Besluit passende arbeid WW en ZW*	1513
Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken, kantonzaken per 1 januari 2017 (Uittreksel), hoofdstuk 2.2	1523
Wet Huis voor klokkenluiders	1527
Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter	1541
Aanbeveling schikking en proceskosten Wwz	1543
Trefwoordenregister	1549

Burgerlijk Wetboek Boek 7 (Uittreksel)

TITEL 10

Arbeidsovereenkomst

[Algemene opmerkingen]

1. Totstandkoming. De inwerkingtreding van titel 10 van Boek 7 kent een lange historie. Titel 10 is gebaseerd op het door M.G. Levenbach opgestelde voorontwerp voor titel 10 zoals dat in 1972 is gepubliceerd. Ten opzichte van dat voorontwerp zijn wijzigingen en aanvullingen aangebracht. In 1989 is een ontwerp-wetsvoorstel met memorie van toelichting voor advies naar de Sociaal-Economische Raad (SER) gezonden. Op 20 september 1991 heeft de SER zijn advies vastgesteld (91/20). Het SER-advies is aanleiding geweest het ontwerp op verschillende plaatsen te wijzigen. In oktober 1993 is, na advies van de Raad van State, een wetsvoorstel 23438, houdende vaststelling van titel 7.10 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, aangeboden aan de Tweede Kamer. Na behandeling in Tweede en Eerste Kamer is in het *Stb.* 1996, 406 de wet van 6 juni 1996, houdende vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Nieuw Burgerlijk Wetboek gepubliceerd. In 1996 is vervolgens wetsvoorstel 24770 bij de Tweede Kamer ingediend, ter zake invoering en aanpassing van wetgeving aan de vaststellingswet titel 7.10 BW. In *Stb.* 1996, 562 is de invoeringswet gepubliceerd. Als datum van de inwerkingtreding van de nieuwe titel 10 is ten slotte vastgesteld 1 april 1997. De titel kent een groot aantal bepalingen die zijn overgenomen uit de daarvoor geldende titel 7A van Boek 7A BW. Ten gevolge van de Flexwet (*Stb.* 1998, 300) zijn per 1 januari 1999 tal van wijzigingen aangebracht, met name in het ontslagrecht. Vervolgens zijn er meerdere kleinere veranderingen aangebracht. Daarvan is hier vermeldenswaard de invoering van de Wet verbetering poortwachter en de daarmee samenhangende invoering, per 1 april 2002, van art. 7:658a, 7:658b en 7:660a en de herziening van de regels met betrekking tot vakantiedagen (art. 7:638 e.v.), per 1 januari 2012. De regels met betrekking tot tijdelijke arbeidsovereenkomsten en met betrekking tot het ontslag zijn ingrijpend veranderd door de Wet werk en zekerheid (wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216) die deels per 1 januari 2015 en deels per 1 juli 2015 in werking is getreden (besluit van 10 juli 2014, *Stb.* 2014, 274). De wijzigingen per 1 januari 2015 betreffen vooral de tijdelijke arbeidsovereenkomst, die van 1 juli 2015 het ontslagrecht.

2. Indeling. Bij de indeling van titel 10 van Boek 7 heeft de wetgever getracht tot een overzichtelijke indeling te komen, waarbij de maatschappelijke samenhang van groepen van voorschriften uitgangspunt is geweest. De indeling is aldus geworden: Afd. 1 Algemene bepalingen, Afd. 2 Loon, Afd. 3 Vakantie en verlof, Afd. 4 Gelijke behandeling, Afd. 5 Enkele bijzondere bedingen bij de arbeidsovereenkomst, Afd. 6 Enkele bijzondere

verplichtingen van de werkgever, Afd. 7 Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer, Afd. 8 Rechten van de werknemer bij overgang van de onderneming, Afd. 9 Einde van de arbeidsovereenkomst, Afd. 10 Bijzondere bepalingen voor handelsvertegenwoordigers, Afd. 11 Bijzondere bepalingen ter zake van de uitzendovereenkomst en Afd. 12 en 12a Bijzondere bepalingen ter zake van de zee-arbeidsovereenkomst en de zeevisserij.

3. Werkingssfeer. Voortbouwend op de Nederlandse traditie geldt het uitgangspunt dat de titel over de arbeidsovereenkomst in beginsel van toepassing is op al die rechtsverhoudingen waarin volgens art. 7:610 een arbeidsovereenkomst bestaat. Op een aantal arbeidsovereenkomsten evenwel is titel 10 niet of niet zonder meer van toepassing. Op een aantal andere arbeidsovereenkomsten is titel 10 wel van toepassing, doch met inachtneming van daarnaast bestaande afwijkende bepalingen. Voor wat betreft de eerste categorie valt te wijzen op werknemers (arbeidscontractanten) in dienst van de provincie, gemeente of waterschap. Art. 7:615 sluit de toepasselijkheid van titel 10 op deze groep uit, welk artikel na inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Stb. 2017, 123) per 1 januari 2020 vervalt. Tevens is, op grond van art. 7:615, titel 10 niet zonder meer van toepassing op personen die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een publiekrechtelijk lichaam, zoals de SER. Ambtenaren zijn geen werknemer in de zin van art. 7:610: zij sluiten geen arbeidsovereenkomst maar worden aangesteld (art. 1 Ambtenarenwet). Voor wat betreft de tweede categorie (titel 10 wel van toepassing, maar met bijzondere regels) kan worden gewezen op afwijkende bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst van de zeevarenden. Zie hiervoor afd. 12 van titel 10 van Boek 7 BW. Voorts valt te wijzen op de rechtsverhouding tussen de bestuurder van de vennootschap en de vennootschap waarbij hij in dienst is. Behalve door titel 10 wordt deze relatie ook beheerst door bijvoorbeeld art. 2:8, 2:131, 2:134, 2:140 en 2:141 BW. Voor de arbeidsovereenkomst tussen handelsreizigers en patroons gelden art. 7:687-7:689, maar voor hen en voor de handelsagent is tevens van belang de agentuurovereenkomst, art. 7:428-7:445.

4. Functie arbeidsrecht. Bescherming werknemer. Het arbeidsovereenkomstenrecht biedt de werknemer meer beschermende bepalingen dan de werkgever. Deze bescherming is gelegitimeerd omdat de werknemer vrijwel zonder uitzondering een economisch zwakkere positie inneemt dan de werkgever. De ongelijkheidscompensatie begint met het verminderen van de kennisachterstand van de werknemer door de werkgever de verplichting op te leggen aan de werknemer allerlei gegevens schriftelijk te verstrekken (vergelijk art. 7:655). De verdere compensatie is te vinden in allerlei wettelijke bepalingen die de werknemer beogen te beschermen. Zo dient een werkgever bij een langduriger arbeidsovereenkomst een langere opzegtermijn in acht te nemen wanneer hij de arbeidsovereenkomst met een werknemer opzegt dan de werknemer. Een ander voorbeeld is dat de werkgever wordt beperkt in het bedingen van boetes of non-concurrentie na het einde van de arbeidsovereenkomst door specifieke bepalingen in titel 10. Andere voorbeelden zijn de opzegverboden tijdens zwangerschap, ziekte en dergelijke. Een andere functie van het arbeidsrecht is ordenend: het geeft regels met betrekking tot de factor arbeid. Deze regels zijn veelal van regeland recht.

5. Dwingend, driekwart dwingend, vijf-achtste dwingend, semi-dwingend en aanvullend recht. Een van de specifieke eigenschappen van het arbeidsovereenkomstenrecht is dat naast de categorie dwingend recht en aanvullend/regeland recht een aantal catego-

riën bestaat dat elders in het recht niet of nauwelijks voorkomt. Gedoeld wordt op de categorieën semi-dwingend recht en driekwart dwingend recht. Dwingendrechtelijk is een regel waarvan afwijking niet is toegestaan. Een wettelijke bepaling waarvan afwijking uitsluitend bij cao of publiekrechtelijke regeling is toegestaan, wordt driekwart dwingend genoemd. De wettelijke bepaling waarbij via een schriftelijke overeenkomst, collectief dan wel individueel, mag worden afgeweken, wordt aangeduid als semi-dwingend. De wetbepaling waarvan afwijking mogelijk is zonder de hiervoor genoemde voorwaarden, is een bepaling van aanvullend of regelend recht. Een nieuwe ontwikkeling is die van de invoering van vijf-achtste dwingend recht. Het gaat dan om wettelijke bepalingen waarvan afwijking mogelijk is bij cao. Geldt er geen cao dan is afwijking in schriftelijke overeenstemming met de ondernemingsraad mogelijk. Zie voor een voorbeeld van een vijf-achtste dwingende bepaling art. 2 lid 17 Wfw.

6. Beknopt overzicht van de belangrijkste recente wijzigingen en voorziene wijzigingen. Bij de omzetting van de oude titel over de arbeidsovereenkomst in het nieuw BW per 1 april 1997 gold als uitgangspunt dat het een technische juridische operatie betreft, waarin weinig of geen inhoudelijke veranderingen van het arbeidsovereenkomstenrecht plaatsvinden. Niettemin valt op een aantal veranderingen te wijzen. Onder aant. 2 werd reeds melding gemaakt van de andere indeling van de titel. Voorts valt te wijzen op wijzigingen in de terminologie. Het woord 'arbeider' is vervangen door 'werknemer'. Het woord 'dienstbetrekking' is vervangen door 'arbeidsovereenkomst'. Een aantal verouderde artikelen is komen te vervallen. Daarbij valt te wijzen op de godspenning (art. 7A:1637e BW), de boete op vaststelling van loon in een ongeoorloofde vorm (art. 7A:1637r BW), de berekeningsmaatstaf van het loon (art. 7A:1637o BW), bepalingen die uitsluitend betrekking hebben op inwonend personeel (art. 7A:1638v, 7A:1638ij en 7A:1639c BW), de regel dat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nietig is (art. 7A:1637i BW) en ten slotte de regel dat loon pas verschuldigd is vanaf indiensttreding (art. 7A:1638a BW). Voor wat betreft de belangrijkste wijzigingen geldt het volgende. De toegestane loonvormen zijn aangepast aan de eisen van de tijd, zodat ook kinderopvang, dienstauto's en aandelenoptieregelingen daaronder vallen (art. 7:617). De bewijslastverdeling ter zake het voldoen aan de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot de waarborging van de veiligheid van de werknemer is omgedraaid, zie art. 7:658. De Flexwet (*Stb.* 1998, 300) heeft geleid tot de invoering van de rechtsvermoedens van art. 7:610a en 7:610b, tot de verplichting krachtens art. 7:628a om in bepaalde gevallen over drie uur loon te betalen, hoewel gedurende minder tijd arbeid is verricht, tot wijziging van de regeling van de proeftijd (art. 7:652), tot de regeling van omzetting van tijdelijke arbeidsovereenkomsten in overeenkomsten voor onbepaalde tijd (art. 7:667, 7:668 en 7:668a), wijziging en aanvulling van de opzegverboden (art. 7:670, 7:670a en 7:670b) en de opzegtermijnen (art. 7:672). Bij wet van 30 november 2000 (*Stb.* 2000, 545) is de vakantiewetgeving ingrijpend herzien om een bijdrage te leveren aan de vergroting van de mogelijkheden om arbeid en zorgzaken te combineren. Zie hiervoor verder art. 7:634 e.v. Per 1 januari 2012 zijn sommige van deze regels, die in strijd bleken met Europees recht, weer veranderd en enkele andere veranderingen doorgevoerd (*Stb.* 2011, 318). De Wet verbetering poortwachter bracht mee dat art. 7:658a en 7:660a per 1 april 2002 werden ingevoerd. Bij wet van 18 april 2002, inwerkingtreding 1 juli 2002, is voorzien in een aanpassing van de regeling met betrekking tot de overgang van onderneming, die voortvloeide uit Richtlijn 98/50/EG. Bij wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002, 560 zijn

art. 7:649 en 7:657 in het BW gevoegd. De Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003 heeft geleid tot onder meer de invoering van art. 7:658b per 1 januari 2004. In het *Stb.* (2011, 394, wet van 6 juli 2011) is gepubliceerd een aanvulling van afd. 11 en 12 en 12A van titel 10 van Boek 7 BW, in verband met de implementatie van het Maritiem arbeidsverdrag en de daarmee samenhangende Richtlijn 2009/13/EG. De daarin voorziene invoering van art. 7:693-7:745 heeft plaatsgevonden bij besluit van 1 juli 2013, *Stb.* 2013, 287. Afd. 12 regelt de rechtspositie van de zeevarende, en afd. 12A die van de zeevarende in de visserij. De Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 216) brengt belangrijke veranderingen in titel 10 van Boek 7 BW. Per 1 januari 2015 zijn de regels met betrekking tot de loondoorbetaling (art. 628 deels) veranderd, de regeling van de proeftijd en het concurrentiebeding voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten (art. 7:652 en 7:653 BW) en moet het einde van rechtswege van een tijdelijke arbeidsovereenkomst worden aangezegd (art. 7:668 BW). Per 1 juli 2015 is het ontslagrecht ingrijpend veranderd. Zie voor de verschillende momenten van inwerkingtreding het besluit van 10 juli 2014, *Stb.* 2014, 274. Met de invoering van deze wet is de preventieve toets van semi-dwingend recht geworden (art. 7:671 BW). Heeft de werkgever niet de instemming van de werknemer met de opzegging, dan dient de werkgever te beschikken over een redelijke grond om op te zeggen en geldt alsnog een preventieve toets (art. 7:669 BW). De werknemer komt in beginsel na de opzegging een transitievergoeding toe (art. 7:673 BW). In de inleiding bij afd. 9 wordt dieper ingegaan op de wijzigingen als gevolg van de WWZ. De Wet Aanpak Schijnconstructies, waarmee aan art. 7:616 BW de aansprakelijkheid van de loonbetaling door opdrachtgevers van werkgevers wordt toegevoegd, is ingevoerd per 1 juli 2015. De Wet Huis voor klokkenluiders is op 14 april 2016 gepubliceerd in *Stb.* 2016, 147: deze wet is op 1 juli 2016 (*Stb.* 2016, 196) in werking getreden. Deze wet voorziet onder meer in een verbod om de arbeidsovereenkomst met een klokkenluidende werknemer op te zeggen en een benadelingsverbod. Op 9 april 2018 is het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans in consultatie gebracht. Dit wetsvoorstel is de uitwerking van het regeerakkoord en bevat vooral aanpassingen van de Wwz en een nadere regeling van payrollarbeid.

7. Nietigheden en vernietigbaarheden. Titel 10 bevat een eigen stelsel met betrekking tot het vernietigen van een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dit kan vanaf 1 juli 2015 niet meer buiten rechte maar dient door de rechter te geschieden op verzoek van de werknemer. Zie in dit verband art. 7:681. In titel 10 wordt soms een regel gegeven met betrekking tot de nietigheid van een beding. Zo bepaalt art. 7:652 lid 8 dat een proeftijdbeding dat in strijd is met de wettelijke bepalingen, nietig is. Dit geschiedt ook met betrekking tot bedingen die leiden tot ongelijke behandeling op grond van geslacht (art. 7:646 lid 11) of arbeidsduur (art. 7:648 lid 2) en boetebepalingen (art. 7:651 lid 2). Vaker wordt slechts een regel gesteld, maar wordt de sanctie op overtreding van de regel niet vermeld (bijv. art. 7:633 lid 3, art. 7:668a lid 5, art. 7:672 lid 7). Als uitgangspunt voor de regeling van nietigheden en vernietigbaarheden geldt dan het bepaalde in art. 3:39 e.v. BW. Art. 3:40 BW bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, maar indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen is de sanctie vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de wetsbepaling iets anders voortvloeit. In titel 10 komen vele dwingende wetsbepalingen voor die uitsluitend ter bescherming van de werknemer dienen. De regeling van art. 3:40 lid 2 BW heeft gevolgen gehad voor de formulering in verschillende dwingendrechtelijke artikelen in titel 10. Waar voor

de invoering van het Nieuw BW sprake was van nietigheid, is thans in vele gevallen sprake van vernietigbaarheid. Voor wat betreft het zogeheten driekwart dwingend recht (afwijking van de dwingende wetsbepaling per cao) blijft, op advies van de SER (*Kamerstukken II* 1994/95, 23438, 3, p. 9) de nietigheidssanctie gehandhaafd. Nietigheid van de rechtshandeling moet door de rechter ambtshalve worden toegepast. Vernietigbaarheid is pas aan de orde, indien er een beroep op wordt gedaan door degene ter bescherming van wiens belang de bepaling geldt. Het beroep op de vernietigbaarheid moet worden gedaan binnen drie jaar nadat de bevoegdheid om de nietigheidsgrond in te roepen, aan degene die het beroep toekomt ten dienste is komen te staan, zie art. 3:52 lid 1 onderdeel d BW. Zie over de nietig- en vernietigbaarheid in het arbeidsrecht: W. Snijders, *Sociaal Recht* 2002/5, p. 137 e.v.

8. Overgangsrecht. Voor de wijzigingen die de Wet werk en zekerheid met zich brengt geldt soms directe, maar soms eerbiedigende, werking. De nieuwe rechtsregels gelden direct tenzij die betrekking hebben op tijdelijke arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voor inwerkingtreding van de nieuwe wetsbepaling. Indien geen sprake is van directe werking is dat in de desbetreffende aantekening bij het artikel vermeld. In dat laatste geval geldt de regel die gold ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Voor de wijziging die de invoering van het nieuw BW met zich bracht in titel 10 gelden de bepalingen van de Overgangswet NBW (OBW, *Stb.* 1969, 167). Volgens art. 68a Overgangswet NBW heeft titel 10 in beginsel direct werking. In de beschikking van 17 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2905, *JAR* 2017/311 (*Constar*)) heeft de Hoge Raad overwogen dat uit art. 68a Overgangswet NBW volgt dat een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015, voor wat betreft het opvolgend werkgeverschap als bedoeld in art. 7:668a lid 2 BW moet worden beoordeeld naar het toen geldende recht. Een dergelijke werkgeverswisseling ziet de Hoge Raad als een juridisch gekwalificeerd feit. Volgens de Hoge Raad bestaat onvoldoende reden over een dergelijke opvolging anders te oordelen als het gaat om de toepassing van art. 7:673 lid 1 BW (kort gezegd: de berekening van de in acht te nemen duur van de arbeidsovereenkomst voor de transitievergoeding). Voor de verjaringstermijnen geldt hetgeen in art. 72 en 73 Overgangswet NBW is bepaald. Voor de bepalingen van de Flexwet (*Stb.* 1998, 300) geldt dat deze directe werking hebben, tenzij bij die wet anders is bepaald. Ook voor een aantal daaropvolgende wetswijzigingen geldt geen algemeen overgangsrecht. Als geen specifiek overgangsrecht geldt, wordt wel de toepasselijkheid van de Overgangswet NBW aangenomen. Zie hierover Peters, *ArbeidsRecht* 2002/1, en Verhulp, *ArbeidsRecht* 2002/15. Ook voor de bepalingen van de Wwz die per 1 januari of 1 juli 2015 zijn ingevoerd, geldt als uitgangspunt dat die directe werking hebben. Zoals gezegd: voor zover is afgeweken van de regel van directe werking zal dat worden aangegeven in het commentaar bij het betreffende artikel.

AFDELING 1

Algemene bepalingen

[Inleidende opmerkingen]

Betekenis. De eerste afdeling van titel 10 bevat bepalingen over de definitie van de arbeidsovereenkomst, over rechtsvermoedens ter zake de aard en omvang van de (arbeids)overeenkomst, het goed werkgever- en werknemerschap, de arbeidsovereen-

komst met minderjarigen, het eenzijdig wijzigingsbeding, de verjaringstermijn van een beroep op een grond voor vernietiging en de niet-toepasselijkheid van de titel op arbeidsovereenkomsten bij de overheid. De in deze afdeling geregelde onderwerpen stonden in het BW (oud) deels op andere plaatsen, zijn in het kader van de nieuwe indeling van de te regelen stof in de afdeling algemene bepalingen terechtgekomen, of zijn bij latere wetwijzigingen (de Flexwet, *Stb.* 1998, 300) ingevoerd. Vanaf 1 juli 2015 is art. 7:611a van kracht, waarin een verplichting van de werkgever is opgenomen om de werknemer te scholen.

Artikel 610

1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

2. Indien een overeenkomst zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, zijn de bepalingen van deze titel en de voor de andere soort van overeenkomst gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.

[06-06-1996, *Stb.* 406, i.w.tr. 01-04-1997/kamerstukken 23438]

[Definitie/gemengde contracten]

1. Algemeen. Het artikel geeft in lid 1 een definitie van de arbeidsovereenkomst. In lid 2 wordt voor de gemengde overeenkomsten (bijvoorbeeld huur/arbeidsovereenkomst bij een dienstwoning) een voorrangregel geformuleerd indien bepalingen uit verschillende titels van Boek 7 met elkaar in strijd zijn. Het maatschappelijk belang van de definitie van de arbeidsovereenkomst is groot. Indien een rechtsrelatie als arbeidsovereenkomst wordt getypeerd, is de werknemer in het bezit van het entreebiljet tot tal van andere regelingen, zoals de sociale verzekeringen en de van toepassing zijnde cao. Tevens is de arbeidsovereenkomst het entreebiljet tot de beschermende regels die titel 7.10 BW kent, bijvoorbeeld inzake het ontslagrecht, afd. 9. De definitie van de arbeidsovereenkomst in lid 1 bevat dwingend recht. Onafhankelijk van hetgeen partijen zelf als benaming voor een overeenkomst opgeven, heeft de rechter desgevraagd na te gaan of is voldaan aan de definitie van de arbeidsovereenkomst, en bij een bevestigend antwoord is er een arbeidsovereenkomst. Voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst gelden de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst, zie art. 3:33-35 en 6:217 BW e.v. Partijen zijn binnen de grenzen van art. 7:668a BW vrij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde, dan wel onbepaalde tijd aan te gaan. De keuze voor het ene of het andere type heeft onder meer gevolgen voor het einde van de overeenkomst, zie art. 7:667 en 7:668. De cao kan deze vrijheid overigens beperken. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst is vormvrij, het kan mondeling alsook schriftelijk geschieden, zij het dat ook hieromtrent de cao bindende voorschriften kan bevatten. Voorts dient bedacht te worden dat art. 7:655 de werkgever verplicht een aantal gegevens omtrent de (arbeids)overeenkomst schriftelijk aan de werknemer te verstrekken.

2. Definitie (lid 1). Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever, dan zal voldaan moeten zijn aan de elementen die de definitie van het

arbeidscontract blijktens lid 1 bevat. De belangrijkste elementen zijn: arbeid (zie onder b), loon (zie onder c), gedurende zekere tijd (onder d) en een gezagsverhouding (zie onder e). **a. Werkgever/werknemer.** Partijen bij de overeenkomst zijn werkgever en werknemer. De laatste werd tot 1 april 1997 'arbeider' genoemd. Werkgever kan een natuurlijk persoon zijn, maar zal meestal een rechtspersoon (NV, BV, stichting, vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij, kerkgenootschap) dan wel maatschap of vennootschap onder firma (VOF) zijn. In concernverband kan het voorkomen dat de werknemer in dienst is bij een van de BV's van dat concern, maar feitelijk is tewerkgesteld bij een andere BV. Indien een dergelijke werkgever zulk een detacheringsbevoegdheid heeft bedongen, is een dergelijke tewerkstelling rechtsgeldig. Het antwoord op de vraag wie de werkgever is, is niet altijd even eenvoudig. Zie bijvoorbeeld HR 1 februari 1991, *NJ* 1991/322 (*Vreeman/Huizenga*) en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:41, *JAR* 2013/196 (*Pengel/Curacao*). In veel gevallen kan art. 7:655 soelaas bieden voor de vraag wie als werkgever moet worden beschouwd. Indien de werkgever weigert de op grond van dat artikel verplichte informatie te verstrekken, is hij krachtens lid 5 aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. De partij met wie de overeenkomst is gesloten, is de werkgever. Dit is niet anders indien de werkgever deel uitmaakt van een concern (HR 1 december 2000, *JAR* 2001/12 (*Kenkhuis/Fugro Engineers*)). Beslissend is aldus of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden. Indien een uitgezonden werknemer, zonder duidelijke afspraken daarover, voor een ander dan de werkgever gaat werken, verzet de rechtzekerheid zich tegen geruisloze vervanging van de inleenverhouding in een arbeidsverhouding, HR 5 april 2002, *LJN* AD8186, *NJ* 2003/124; *JAR* 2002/100 (*ABN AMRO/Malhi*) en Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1212, *JAR* 2014/113, maar dat sluit niet uit dat een opdrachtovereenkomst evolueert tot een arbeidsovereenkomst: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199, *JAR* 2014/173. Mogelijk is dat meer dan één persoon werkgever is, denk bijvoorbeeld aan een maatschap. Denkbaar is dat aan werknemerszijde een echtpaar optreedt, bijvoorbeeld tezamen als conciërge (Ktr. Amsterdam 4 oktober 1949, *NJ* 1950/98, bevestigd in Rb. Amsterdam 13 juni 1950, *Arbeid* 1951/83). Ktr. Apeldoorn 6 december 1989, *Prg.* 1990/3206 oordeelde anders: op grond van de beloning van de echtgenote die de arbeidsovereenkomst mede had ondertekend, nam de kantonrechter het bestaan van twee arbeidsovereenkomsten aan. Het loon was inbegrepen in het maandsalaris van haar echtgenoot. Het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst brengt wel mede dat een werknemer slechts een natuurlijk persoon kan zijn. Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/215. Hier had een manager zijn werkkraacht ondergebracht in een BV en vervolgens was die BV benoemd tot directeur van een andere BV. Op het overeengekomen concurrentiebeding was art. 1637x BW (oud) niet van toepassing, omdat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst met de bestuurder. Zie in dit verband ook art. 7:659 BW, dat de werknemer verplicht om de arbeid zelf te verrichten. **b. Arbeid.** De werknemer is verplicht arbeid te verrichten. Arbeid kan zowel van geestelijke als lichamelijke aard zijn, en kan vrijwel elke willekeurige bezigheid zijn. Ook het louter beschikbaar zijn van arbeidskracht is voldoende om invulling te geven aan het element 'arbeid' uit de definitie. Slaapdiensten of het wachten op klanten, het aanwezig zijn als nachtwaker, of het wonen in een 'gouden kooi' ten behoeve van een televisieprogramma: in al die gevallen is voldaan aan het element arbeid (HR 15 maart 1991, *NJ* 1991/417 (*Jebliouazzani/Stichting Casa Migrantes*); HvJ EG 9 september 2003, *NJ* 2005/357; *JAR* 2003/226 (*Wippel/P&C*) en HR 25 maart 2011, *LJN* BP3887, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*)). De beschikbaarstelling van arbeid door

de werknemer zal voor de werkgever wel reëel moeten zijn. Er moet, anders gezegd, sprake zijn van een voor de werkgever productieve arbeidsprestatie. Een stagiaire die in het kader van een reguliere opleiding praktijkervaring opdoet en geen of door het leerproces slechts in toenemende mate productieve arbeid verricht, heeft niet voldaan aan het element 'arbeid' van de definitie van de arbeidsovereenkomst (HR 29 oktober 1982, NJ 1983/230 (*Hesseling/De Ombudsman*) en HR 28 juni 1996, NJ 1996/711; JAR 1996/153 (*Verhoef/van Zijl*)). Zie voor het onderscheiden van een stageovereenkomst van een arbeidsovereenkomst ook de elementen die worden genoemd in beantwoording van de Kamervragen van 4 oktober 2013, 2013Z18931. Indien partijen bij het sluiten van de overeenkomst nimmer de bedoeling hebben gehad dat arbeid zal worden verricht, kan geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst (HR 10 oktober 2003, LNJ AF9444, NJ 2007/446; JAR 2003/263 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9932, JAR 2014/51 (*Abdalla/Window Gard*)). Als bijvoorbeeld in verband met ziekte geen arbeid wordt verricht, duurt de arbeidsovereenkomst niettemin voort. **c. Loon.** Loon is datgene wat als bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn (HR 18 december 1953, NJ 1954/242 (*Zaal/Gossink*), bevestigd in HR 12 oktober 2001, LNJ ZC3681, NJ 2001/635; JAR 2001/217 (*Huize Bethesda/Van der Vlies*)). Zie over wat wel en niet als loon kan worden aangemerkt afd. 2 van titel 10, met name art. 7:617. Onder loon valt alleen de prestatie van de werkgever tegenover de door de werknemer verrichte arbeid, waardoor fooien van derden niet tot het loonbegrip behoren (HR 18 december 1953, NJ 1954/242 en HR 2 maart 2001, LNJ AB1254, JAR 2001/58 (*Hotel NY/Horecabond FNV*)). Fooien vallen wél onder de 'overige inkomsten' van art. 7:631 lid 2. Ook pensioen is geen loon in de zin van het BW (HR 18 december 1953, NJ 1954/242). Indien geen aanspraak op loon bestaat omdat sprake is van vrijwilligerswerk, is er dus geen sprake van een arbeidsovereenkomst (Rb. Gelderland 12 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6002, JAR 2014/40 (*St. DWN Service/Min. SZW*)). **d. Gedurende zekere tijd.** Ondanks het geringe belang van dit element is het in de definitie gehandhaafd. Denkbaar is, volgens de MvT, dat het duurelement betekenis kan hebben juist in die gevallen waarin het hierna te bespreken element van de gezagsverhouding weinig reliëf heeft. De woorden 'gedurende zekere tijd' zijn reeds bij de totstandkoming van de eerste wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 opgenomen in de definitie. Dit geschiedde om de arbeidsovereenkomst te onderscheiden van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (thans: opdracht). Zie hierover *Bles I*, p. 320-321. Als zelfstandig kenmerk heeft de tijdsduur niet veel onderscheidende kracht gehad. In sociale verzekeringszaken is een enkele keer onder verwijzing naar dit element geen arbeidsovereenkomst aangenomen (CRvB 31 maart 1981, RSV 1981/165 en CRvB 10 juli 2003, RSV 2003/255). De wet geeft geen minimum voor de tijdsduur van een arbeidsovereenkomst aan, op zichzelf is een arbeidsovereenkomst voor enkele uren of een dag zeker denkbaar. **e. In dienst.** Algemeen wordt aangenomen dat de woorden 'in dienst van' in art. 7:610 lid 1 het meest onderscheidende criterium bevatten voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ondergeschiktheid, het bestaan van een gezagsverhouding, het verrichten van arbeid in dienst van de werkgever, hebben te voldoen aan instructies van de werkgever, het zijn allen aanduidingen van het vereiste dat de werknemer zich heeft verbonden onder de zeggenschap van de werkgever arbeid te verrichten. Met name de gezagsverhouding onderscheidt de arbeidsovereenkomst van de contracten 'opdracht' en 'aanneming van werk'. Wel is het nodig bij dit criterium enkele relativerende kant-

tekeningen te maken. Het werkgeversgezag bestaat in de mogelijkheid om de arbeidstaak nader inhoud te geven, voor bepaalde aspecten van de arbeid kan vrijheid en eigen verantwoordelijkheid bestaan c.q. zijn bedongen. Bij steeds meer beroepen en functies heeft de werknemer een grote zelfstandigheid bij de uitvoering van het werk. Het aannemen van een gezagsverhouding staat hieraan niet in de weg. Voor het bestaan van een gezagsverhouding is niet vereist dat daadwerkelijk aanwijzingen en instructies over de werkinhoud worden gegeven, voldoende is dat dergelijke aanwijzingen kunnen worden gegeven (HR 28 september 1983, *NJ* 1984/92 en HR 12 september 2014, *ECLI:NL:HR:2014:2653*, *JAR* 2014/260). Volgens art. 7:660 heeft de werkgever ook een instructiebevoegdheid ten opzichte van de werknemer, waar de laatste verplicht is zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid, alsmede die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming. De Hoge Raad (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*)) heeft ter zake overwogen: “Voor de vraag of een rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst dan wel als een opdracht, is bepalend wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop ze feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.” De rechter dient bij de kwalificatie van een overeenkomst met hetgeen partijen voor ogen stond bij het sluiten van de overeenkomst rekening te houden, omdat dat voor de kwalificatie van belang is, maar niet doorslaggevend (HR 10 december 2004, *LJN* AP2651, *NJ* 2005/239; *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*)). Het gaat daarbij om de rechten en verplichtingen die partijen bij het sluiten voor ogen stonden, maar niet om de kwalificatie van de overeenkomst als zodanig die partijen voor ogen stond (HR 25 maart 2011, *LJN* BP3887, *NJ* 2011/594, m.nt. E. Verhulp (*De Gouden Kooi*)). De wijze waarop partijen feitelijk invulling hebben gegeven aan de overeenkomst kan vervolgens tot de conclusie leiden dat een arbeidsovereenkomst is beoogd, hoewel partijen die overeenkomst anders noemen en ze vanwege bijvoorbeeld fiscale aspecten geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten. Ook de maatschappelijke positie van een persoon die tegen loon arbeid verricht, speelt een rol bij de kwalificatievraag (zie bijv. Ktr. Winschoten 16 maart 2010, *JAR* 2010/101). Niettemin is in grensgevallen het niet altijd even eenvoudig uit te maken of aan het criterium van de gezagsrelatie is voldaan. Vragen waarop het antwoord een indicatie kan geven voor aan- of afwezigheid van een gezagsrelatie, zijn de volgende: wat is de bedoeling van partijen, gaat het om een arbeidsprestatie met een incidenteel karakter, is de mate waarin arbeid wordt verricht (vooraf) bepaald, wat is de wijze van betaling en het karakter van de beloning, wat is de mate van zelfstandigheid van de werknemer ten aanzien van invulling en uitvoering van de bedongen arbeid, wordt loon doorbetaald bij ziekte en verlof en dergelijke (ontleend aan HR 11 november 1988, *NJ* 1989/173 (concl. A-G Strikwerda), zie ook de conclusie bij het hiervoor genoemde arrest HR 25 maart 2011). Daaraan kunnen worden toegevoegd vragen omtrent de vrijheid van de indeling van het werk, de aanwezigheid van eventuele andere werkzaamheden en de mate waarin degene die arbeid verricht, ondernemingsrisico draagt. Het antwoord op de vraag of de werkende een kernactiviteit van de organisatie waardoor hij wordt ingeschakeld verricht en/of hij dat doet namens of in organisatorisch verband met de werkorganisatie van de opdrachtgever/werkgever is evenzeer van belang voor de kwalificatie van de overeenkomst (zie ook het Regeerakkoord 2017, p. 22, en HvJ EG 16 december 1975 (*Suikerunie*)). Het antwoord op deze vragen geeft in grensgevallen de doorslag over de vraag of aan het gezagscriterium is voldaan. Het betreft hier (HR 14 april 2006, *LJN*

AU9722 (concl. A-G Huydecoper), NJ 2007/447 (*Beurspromovendi*)) een 'holistische weging' van de gezamenlijke omstandigheden. Met het aannemen dat door de feitelijke invulling – in weerwil van de andersluidende overeenkomst – een arbeidsovereenkomst is ontstaan lijkt de Hoge Raad terughoudend in verband met de rechtszekerheid (bijvoorbeeld HR 28 juni 1996, NJ 1996/711; JAR 1996/153 (*Verhoef/Van Zuijlen*)). Dat geldt ook voor het aannemen van een wisseling van partijen bij de arbeidsovereenkomst (HR 5 april 2002, LJN AD8186, NJ 2003/124; JAR 2002/100 (*ABN AMRO/Malhi*)) hoewel in de lagere rechtspraak van een dergelijke terughoudendheid minder te merken is als het gaat om een payroll-overeenkomst (zie art. 7:691), zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, JAR 2014/95. Met name vanwege de beoogde afschaffing van de Verklaring Arbeidsrelaties (VAR) is het belang van het onderscheid tussen de arbeids-overeenkomst en de opdrachtovereenkomst de laatste tijd toegenomen. Zie hiervoor de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 november 2016, tweede voortgangsrapportage Wet DBA. De invoering van de Wet DBA is opgeschort tot 1 juli 2018 (brief van 1 juni 2017, met kenmerk 2017-0000101171). In het Regeerakkoord 2017 is opgenomen dat het onderscheid tussen een opdrachtnemer en zzp'er verder zal worden verduidelijkt. Zie in dit verband ook de brief van de Minister van SZW van 15 december 2017. Bij brief van 9 februari 2018 heeft de Minister van SZW (brief roadmap DBA) laten weten dat de Belastingdienst alleen in geval van kwaadwillendheid zal handhaven en dat hij ernaar streeft de gezagsverhouding te verduidelijken.

f. Europees werknemersbegrip. Verschillende Europese verdragen en richtlijnen kennen een ander, vaak ruimer, begrip van werknemer dan de Nederlandse wetgeving. Er bestaat geen eenduidig Europees begrip van werknemer, zodat steeds per regeling naar het werkingsbereik moet worden gekeken. Het begrip 'werknemer' komt in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU veel aan de orde. Opvalt dat het begrip in die rechtspraak vaak pragmatisch wordt ingevuld en er daardoor niet één duidelijke definitie is te geven. Wel is duidelijk dat als essentialia van het begrip werknemer gelden: het verrichten van arbeid, de loonbetaling en de ondergeschiktheid (HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie/Blum*)). In de woorden van het Hof: "The essential feature of an employment relationship, however, is that for a certain period of time a person performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration." In grote lijnen komt het er op neer dat de begrippen 'werknemer' (worker) en 'werkzaam als werknemer' ('activity as an employed person') niet dienen te worden gedefinieerd naar de nationaal rechtelijke begrippen maar moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de strekking en de bedoeling van de uitgangspunten van de EU. Nu deze begrippen mede betrekking hebben op de door de Unie gegarandeerde vrijheden dienen die niet te beperkt te worden uitgelegd (HvJ EG 23 maart 1982, C-52/81 (*Levin*)). In het FNV *Kiem*-arrest (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), onder 36) overweegt het Europese hof dat: "It follows that the status of 'worker' within the meaning of EU law is not affected by the fact that a person has been hired as a self-employed person under national law, for tax, administrative or organisational reasons, as long as that persons acts under the direction of his employer as regards, in particular, his freedom to choose the time, place and content of his work (see judgment in Allonby, EU:C:2004:18, paragraph 72), does not share in the employer's commercial risks (judgment in Agegate, C-3/87, EU:C:1989:650, paragraph 36), and, for the duration of that relationship, forms an integral part of that employer's undertaking, so forming an economic unit with that undertaking (see judgment in Becu and Others, C-22/98, EU:C:1999:419, paragraph 26)." Het