

Voorwoord

Dit boek is het eerste deel van een drieluik, waarin alle facetten van de individuele arbeidsverhouding worden behandeld. Komen in dit deel de elementen van de arbeidsovereenkomst en vakantie en verlof aan de orde, in het volgende deel zullen de bijzondere bedingen, de aansprakelijkheid in verband met arbeidsongevallen en beroepsziekten, de gelijkebehandelingsaspecten en de overgang van ondernemingen worden belicht en ten slotte verschijnt een afzonderlijk deel over het ontslagrecht. Deze driedeling heeft het voordeel, dat elk boek afzonderlijk kan worden geactualiseerd, wat met name bij het laatste deel het frequentst zal zijn.

Veel aandacht wordt geschonken aan parlementaire stukken, literatuur en rechtspraak, zodat deze uitgave naast een leerboek ook een zeer nuttig naslagwerk is voor de praktijk. Hoewel het eerste deel in eerste instantie is geschreven voor gebruik in de masteropleidingen Nederlands recht aan de Universiteit van Tilburg, is ook aan dat laatste aspect ruim aandacht geschonken. Om de toegankelijkheid van de uitgave te vergroten is een fijnmazige hoofdstukindeling gehanteerd, zodat een bepaald onderwerp snel is terug te vinden. Voor zover dit nuttig is, wordt bij de onderwerpswijze behandeling verwezen naar andere onderdelen van het boek. Bij bepaalde onderwerpen, die minder toegankelijk zijn, zijn bijbehorende verduidelijkende schema's opgenomen. Ook is geprobeerd de leesbaarheid optimaal te doen zijn.

Met veel plezier is dit deel geschreven, dat gaandeweg is uitgegroeid tot een uitgebreide uitgave op dit gebied in de Nederlandse rechtsliteratuur. Voor de documentaire ondersteuning zijn de auteurs veel dank verschuldigd aan Helmi Veenman van de bibliotheek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De auteurs staan open voor suggesties voor verbetering, aanpassing, aanvulling en dergelijke om de bruikbaarheid van dit boek nog verder te verbeteren. Dit eerste deel van de uitgave zal zo hopen de auteurs zijn weg in onderwijs en praktijk weten te vinden.

Bij de vierde druk

(...)

Bij de totstandkoming van de eerste drie drukken van dit boek is Wil Fase nauw betrokken geweest en is zijn invloed op het uiteindelijke resultaat onmiskenbaar. Wil heeft aan deze nieuwe druk niet meer meegewerkt. Als blijk van grote waardering voor het werk van Wil op het terrein van het (individuele) arbeidsrecht, is besloten om zijn naam onlosmakelijk aan deze uitgave verbonden te laten zijn.



Op 2 mei 2015 is na een kort ziekbed prof. mr. W.J.P.M. (Wil) Fase overleden. De titel van het liber amicorum dat Wil bij zijn afscheid als hoogleraar bij de Tilburgse vakgroep sociaal recht en sociale politiek heeft gekregen luidt: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*. Uit deze naamgeving alleen al blijkt de grote waardering voor Wil en dat hij voor velen een inspiratiebron is geweest. De inhoud van deze bundel weerspiegelt onmiskenbaar zijn veelzijdigheid op het terrein van het sociaal recht. Of het nu gaat over ontslag of de werkstaking, werkloosheidsuitkeringen of positieve discriminatie, over vakantiewetgeving of de overgang van de onderneming, op bijna elk deelonderwerp van het Nederlandse sociaal recht heeft Wil uitermate deskundige en gezaghebbende meningen in woord en geschrift naar voren gebracht. Zijn publicaties en opvattingen over bijvoorbeeld het cao-recht zijn van grote invloed geweest voor de rechtsontwikkeling op dit rechtsgebied. Ik ken Wil al lang, namelijk al sinds de tijd dat hij wetenschappelijk hoofdmedewerker was aan de Rijksuniversiteit Leiden. We zijn elkaar een tijd uit het oog verloren, maar sinds het najaar van 2003 hebben onze wegen elkaar weer gekruist, maar nu aan de Universiteit van Tilburg. Met Wil te hebben mogen samenwerken is voor mij een van de grootste voorrechten geweest die mij ten deel is gevallen. Ik heb ongelooflijk veel van hem geleerd. Ik zal hem missen.

Bij de elfde druk

Na het verschijnen van de tiende druk in 2020 zijn in de wet- en regelgeving wijzigingen aangebracht. Zo is de Nadere regeling kinderarbeid gewijzigd waardoor commerciële maaltijdbezorging door kinderen niet meer is toegestaan, en zijn de Verzamelwet SZW 2021, de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid en de beleidsregel waarmee de ontheffingsmogelijkheid van het verbod van werktijdverkorting is beëindigd, tot stand gebracht. Ook is de hoogte van de loongrensbepaling in het kader van de Arbeidstijdenwet en van het wettelijke minimumloon aangepast. In deze nieuwe druk is uit de rechtspraak opnieuw een selectie gemaakt en deze is verwerkt in de tekst. Ook is de literatuur geactualiseerd. Rest nog te vermelden dat de bijwerkdatum 1 januari 2021 is.

Zoetermeer, januari 2021

Harry van Drongelen

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Het arbeidsrecht; een begripsbepaling

Het arbeidsrecht kan worden omschreven als het geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de arbeidsverhouding van de onzelfstandige beroepsbevolking in zowel de private als de publieke sector.¹ Het gaat dan om zowel de individuele als de collectieve relaties tussen de werkgevers en werknemers. Ook wordt wel de term ‘sociaal recht’ gebruikt, waarmee dan vaak wordt aangegeven dat ook de sociale zekerheid in ruime zin, dus niet alleen voor de onzelfstandige beroepsbevolking, maar voor alle ingezetenen in Nederland, eronder valt.² Hoe dan ook, al te veel waarde moet nu ook weer niet aan de omschrijving van het begrip ‘arbeidsrecht’ worden gegeven.³ Het gaat in feite om niets meer dan een hulpmiddel om het werkterrein af te bakenen ten opzichte van de andere rechtsgebieden. Bovendien is het altijd moeilijk om een begrip als ‘het arbeidsrecht’ consequent te gebruiken. In dit boek wordt bijvoorbeeld nauwelijks aandacht besteed aan het ambtenarenrecht.

1.2 Het collectieve en individuele arbeidsrecht

1.2.1 Inleiding

Het arbeidsrecht laat zich op verschillende wijzen opdelen. Zo kan naar het doelgebied gekeken worden, zoals arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden of medezeggenschap. Ook kan worden gekeken naar de rechtsbron, zoals wettelijk arbeidsrecht, contractueel arbeidsrecht en cao-recht. Ook kan naar de werkingssfeer, die daarmee samenhangt, worden gekeken, zoals algemeen geldend arbeidsrecht, groepsrecht en contractueel recht. De meest gebruikelijke onderscheiding is de tweedeling in individueel en collectief arbeidsrecht, maar deze onderscheiding is grof, nu veel van het individuele arbeidsrecht algemeen geldt en het collectieve arbeidsrecht naast collectieve ook individuele aanspraken kent. In 1.2.2 en 1.2.3 worden de voornaamste karakteristieken van beide onderdelen geschetst.

-
1. Zie H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal 2017, p. 1.
 2. Zie ook onder meer: E.P. de Jong 1979; J. van Langendonk, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht*, p. 9-18; J.J.M. van der Ven, in: *Schetsen voor Bakels*, p. 305-315; E.P. de Jong, SMA 1988, p. 88-107.
 3. Zie ook onder meer: F.J.H.M. van der Ven 1946; M.G. Levenbach, in: *ArbeidsRecht. Een bundel opstellen*, p. 107-110; M.G. Levenbach, in: *ArbeidsRecht. Een bundel opstellen*, p. 111-114; M.G. Levenbach, in: *Van sociale politiek naar sociaal recht*, p. 55-71; N.E.H. van Esveld 1967; I.A.C. van Haren 1971; I.A.C. van Haren 1972, p. 77-108; J.J.M. van der Ven, in: *Schetsen voor Bakels*, p. 305-315.

1.2.2 Het collectieve arbeidsrecht

Het collectieve arbeidsrecht kan worden omschreven⁴ als het geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de verenigingen van werkgevers en van werknemers,⁵ de collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden, de invloed van de overheid op deze onderhandelingen en het collectieve actierecht.⁶ Soms wordt het medezeggenschapsrecht⁷ hieraan toegevoegd.⁸ Daar is wel wat voor te zeggen, omdat de wetgever bij de Atw (zie 5.6) met een collectieve regeling, waarmee onder meer wordt bedoeld een cao (zie art. 1:3 Atw), de schriftelijke overeenstemming met het medezeggenschapsorgaan gelijkstelt (zie art. 1:4 Atw).⁹ Het bestaan van een collectieve regeling was aanvankelijk noodzakelijk om de ruime normering van de overlegregeling wat betreft de arbeidstijden te kunnen benutten.¹⁰ Dit wordt verdedigd met een verwijzing naar het betrekken van de collectiviteit bij het tot stand komen van werktijdregelingen waardoor een waarborg voor een basisoniveau van bescherming van de werknemers wordt geboden waar het gaat om veiligheid, gezondheid en welzijn, die zijn toegesneden op de specifieke situatie waarin wordt gewerkt en waarbij de overheid niet intensief is betrokken.¹¹ Door het wegvallen van het onderscheid tussen de standaard- en overlegregeling in de arbeidstijdenwetgeving is de betekenis van de collectieve regeling daarmee afgenomen,¹² maar niet geheel verdwenen. Een collectieve regeling is bijvoorbeeld nog steeds nodig om gebruik te kunnen maken van de afwijkende normering die in het op de Atw gebaseerde Atb is opgenomen, zoals bij de zogenoemde ‘aanwezigheidsdienst’ (zie art. 4.8:1 Atb).

Het collectieve arbeidsrecht wordt ook wel aangeduid als het (in ons land geldende) systeem van arbeidsverhoudingen.

1.2.3 Het individuele arbeidsrecht

In tegenstelling tot het collectieve arbeidsrecht, zeg maar de spelregels van het arbeidsrecht, heeft het individuele arbeidsrecht betrekking op het materiële arbeidsrecht, dus de inhoudelijke normering die de individuele relatie tussen de werkgever en werknemer beheerst. De kern daarvan wordt gevormd door de arbeidsovereenkomst. Het geheel van de rechtsregels dat de totstandkoming, de inhoud en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst beïnvloedt, wordt wel aangeduid als arbeidsovereenkomstenrecht. Centraal bij deze rechtsregels staan in eerste instantie

4. Zie H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal 2017, p. 251.
5. A.T.J.M. Jacobs 2005, p. 1, heeft het alleen over vakverenigingen, maar dat is slechts één kant van de medaille op het terrein van de arbeidsverhoudingen.
6. Zie hierover onder meer: W.J.P.M. Fase, in: *Arbeid in kort geding*, p. 13-31; W.J.P.M. Fase (red.) 1984; M.G. Rood (red.) 1986; F. Koning 1987; M.M. Olbers, in: *Schetsen voor Bakels*, p. 185-198; W.J.P.M. Fase, in: *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw*, p. 189-205; A.T.J.M. Jacobs 2005; A. Stege 2003; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004; J. van Drongelen 2009; J. van Drongelen 2012.
7. Zie hierover onder meer: P.F. van der Heijden, in: *Vijftig jaar sociaal recht in Leiden*, p. 59-75; L.C.J. Sprengers 1998; F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar 2013; L.G. Verburg 2013; J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus 2018.
8. Zie bijvoorbeeld: A.T.J.M. Jacobs 2005, p. 1.
9. Zie hierover: J. van Drongelen, D.J.J. Korver & J.P.G. van Rooij, *Arbeid Integraal* 2003, p. 198-205.
10. Zie hierover: J. van Drongelen & D.J.J. Korver, *SMA* 2003, p. 307-316.
11. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 646, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 45.
12. Zie J. van Drongelen & D.J.J. Korver 2007.

de contractvrijheid, dus de afspraken die door desbetreffende partijen zijn gemaakt, en daarnaast de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie art. 6:248 BW). In dat opzicht verschilt de arbeidsovereenkomst niet van welke andere overeenkomst dan ook.¹³

Maar daarbij moeten wel enige kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst moet worden opgemerkt dat wettelijke regelingen de contractvrijheid van de werkgever en de (individuele) werknemer inperken waar het gaat om de arbeidsovereenkomst. Deze inperking van de contractvrijheid kan worden gezien als een soort ongelijkheidscompensatie; het bieden van compensatie voor de sociaaleconomische machtsongelijkheid tussen de werkgever en de (individuele) werknemer.¹⁴ Daarbij gaat het dan niet alleen om de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW, maar ook om bijzondere wetten, zoals de AWGB¹⁵ en andere gelijkebehandelingswetgeving,¹⁶ de WAV (zie 5.8), de al genoemde Atw, de Wfw (zie 5.5) en de Waz (zie 7.3).

Bij deze wettelijke voorschriften kunnen verschillende vormen van gebondenheid voorkomen.¹⁷ Zo kunnen de wettelijke voorschriften van *aanvullend of regelend recht* zijn. Dat betekent dat van deze voorschriften kan worden afgeweken via bijvoorbeeld de overeenkomst. Het komt erop neer dat de wet slechts wil voorzien in een regeling, als de betrokken partijen dat achterwege hebben gelaten (zie bijvoorbeeld art. 7:622 BW). Ook kunnen de wettelijke voorschriften van *semidwingend recht* zijn.¹⁸ Daarmee wordt aangegeven dat van deze voorschriften alleen bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken (zie bijvoorbeeld art. 7:628 lid 5 BW). De schriftelijke overeenkomst kan overigens zowel een individuele arbeidsovereenkomst als een cao¹⁹ zijn. Vervolgens zijn er wettelijke voorschriften die worden aangeduid als *driekwart dwingend recht*.²⁰ Van deze bepalingen kan uitsluitend bij cao en dus niet bij individuele arbeidsovereenkomst worden afgeweken (zie bijvoor-

13. Zie hierover onder meer: P.F. van der Heijden (red.) 1993; Y. Konijn 1999; G.J.J. Heerma van Voss, *RMThemis* 2001, p. 218-221; W. Sniijders, in: *Onderneming en werknemer*, p. 1-34; Y. Konijn, *SR* 2001, p. 195-203; J.J.M. de Laat, *SR* 2001, p. 303-307; A.G. Castermans, *SR* 2002, p. 6-8; W. Sniijders, *SR* 2002, p. 137-147.
14. Zie ook: M.A.C. de Wit 1999, p. 48-52; D.J.B. de Wolff 2008, p. 5; H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal 2019, p. 14-16.
15. Zie wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezondheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, *Stb.* 1994, 230.
16. Bijvoorbeeld de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Stb.* 1980, 86), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (*Stb.* 2003, 206), en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (*Stb.* 2004, 30). Zie over deze wetten onder meer: J.J. van der Wee 1983; P.F. van der Heijden, *NJB* 1989, p. 1033-1038; I.P. Asscher-Vonk & K. Wentholt 1994; G.J.J. Heerma van Voss, in: *In concreto. Bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*, p. 99-112; I.P. Asscher-Vonk, in: *In concreto. Bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*, p. 163-175; W.S.R. Stoter, *NJB* 1996, p. 1811-1815; E. Cremers-Hartman, *SGW* 1998-3, p. 13-15; A.W. Heringa, *SMA* 1998, p. 116-122; M. Adema, *Nemesis* 1999, p. 117-125; I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.) 1999; C. Bosse, *SMA* 2000, p. 64-68; I.Y. Piso, *SMA* 2003, p. 517-525; C. Bosse 2003, p. 104-142; J. van Drongelen 2004b; M. Westerveld, *SMA* 2005, p. 346-354.
17. Zie ook: A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, *ArA* 2011-1, p. 9-32.
18. De term 'semidwingend recht' is in 1931 geïntroduceerd door P. Scholten. Zie C. Asser & P. Scholten 1931, p. 30.
19. Zie wet van 24 december 1927, houdende nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, *Stb.* 1927, 415. Zie over deze wet onder meer: L.G. Kortenhorst & Mac.M.J. van Rooy 1939; P.W. Kamphuisen 1956, p. 3-50; J. Mannoury 1961; C.E.M. Schutte 1998; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 45-137; J. van Drongelen 2012.
20. De term 'driekwart dwingend recht' is geïntroduceerd door M.G. Levenbach. Zie M.G. Levenbach 1954, p. 18.

beeld art. 7:634 lid 3 BW). Daar min of meer mee in lijn ligt de in een wettelijk voorschrift neergelegde mogelijkheid om af te wijken als de werkgever daarover schriftelijk overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan. Dit wordt wel *tweederde dwingend recht* genoemd (zie bijvoorbeeld art. 2 lid 11 Wfw en art. 4:7 en art. 5:16 Waz).²¹ Een variant op het driekwart dwingend recht wordt *zevenachtste dwingend recht* genoemd. Het gaat om de mogelijkheid om bij cao van een wettelijk voorschrift af te wijken, maar alleen als er aan bepaalde door de wetgever gestelde voorwaarden is voldaan (zie art. 7:628 lid 7 BW; art. 7:668a lid 8 BW).²² Tot slot zijn er wettelijke voorschriften waaraan de status van *dwingend recht* is verbonden. Van dergelijke voorschriften kan helemaal niet worden afgeweken, een afwijking is nietig of vernietigbaar (zie bijvoorbeeld art. 7:655 en art. 7:658 BW).²³

Daarnaast kent het arbeidsovereenkomstenrecht een rechtsbron die bij andere overeenkomsten ontbreekt. Gedoeld wordt op de cao waarvan het belangrijkste rechtsgevolg is dat de arbeidsvoorwaarden van de cao neerslaan in de individuele arbeidsovereenkomst. De cao modelleert als het ware de arbeidsovereenkomst. Dit wordt de doorwerking van cao-bepalingen in de arbeidsovereenkomst genoemd. Dit gebeurt overigens uitsluitend als de werkgever en de werknemer beiden aan de cao zijn gebonden (zie art. 9 en art. 12 Wet op de cao). Een werkgever is aan een cao gebonden als hij lid is of wordt van een werkgeversvereniging die de cao afsluit of die zelf cao-partij is. Een werknemer is gebonden aan een cao als hij lid is of wordt van een werknemersvereniging die de cao (mede) heeft afgesloten. Maar deze gebondenheid is niet voldoende voor de doorwerking van cao-bepalingen in de arbeidsovereenkomst. Ook noodzakelijk is dat de werkgever en de werknemer betrokken zijn, dat wil zeggen dat de cao beoogt de arbeidsvoorwaarden te regelen voor de tussen de werkgever en de werknemer bestaande arbeidsverhouding. Het komt namelijk voor dat de cao bepaalde groepen van werknemers van haar toepasselijkheid uitsluit.²⁴ De cao beïnvloedt dus direct de arbeidsovereenkomst van de gebonden werkgever en de gebonden werknemer. De Wet op de cao voorziet echter ook in een verplichting voor de werkgever om de bepalingen van de cao die betrekking hebben op de arbeidsvoorwaarden ook toe te passen op de niet gebonden (dus de niet of anders georganiseerde) werknemer (zie art. 14 Wet op de cao).²⁵ Daarnaast kunnen bepalingen van een cao die in het gehele land of in een gedeelte daarvan voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen door de Minister van SZW op grond van de Wet AVV²⁶ verbindend worden verklaard

21. De terminologie tweederde dwingend recht is de gebruikelijke terminologie voor deze afwijkmogelijkheid. Ook wordt wel de term vijfachtste dwingend recht gebruikt. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 467, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 12.

Zie ook: *Handelingen I* 2001/02, p. 261-262.

22. Zie B. Barentsen & R.A.A. Duk, *TRA* 2015-8/9, p. 5.

23. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1 (Nota Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht), p. 3-6.

24. Zie W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 63-66.

25. Zie hierover onder meer: F.B.J. Grapperhaus, *SR* 2002, p. 184-189; A. Stege 2003, p. 151-163; A.T.J.M. Jacobs 2005, p. 123; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 91-97; A. Stege, *SR* 2005, p. 213-215.

26. Zie wet van 25 mei 1937, tot het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1937, 801. Zie over deze wet onder meer: S. Mok 1939; A. Stege 2003, p. 257-294; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen 2004, p. 139-208; A.T.J.M. Jacobs 2005, p. 173-201; J. van Drongelen 2012.

(zie art. 2 Wet AVV). Hierdoor worden de arbeidsovereenkomsten van de ongebonden en dus niet georganiseerde werkgevers en al hun werknemers automatisch en dwingend door die cao-bepalingen beheerst, natuurlijk wel voor zover die arbeidsovereenkomsten vallen onder de werkingssfeer van de desbetreffende cao.

Vervolgens voorziet de wet in mogelijkheden om de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst nader aan te geven of te wijzigen. De nadere invulling kan bijvoorbeeld plaatsvinden via het zogenoemde 'directie- of instructierecht' (zie art. 7:660 BW). Wijziging van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen kan plaatsvinden op basis van het zogenoemde 'goed werkgever- en/of werknemerschap' (zie art. 7:611 BW) en het zogenoemde 'eenzijdig wijzigingsbeding' (zie art. 7:613 BW).

Tot slot worden internationale verplichtingen een steeds belangrijkere bron waardoor het arbeidsovereenkomstenrecht wordt beïnvloed. Het gaat dan niet alleen om verplichtingen die afkomstig zijn van de Europese Unie (zie bijvoorbeeld art. 7:647-7:649, art. 7:655 en art. 7:662-7:666 BW; hoofdstuk 6 Waz), maar ook van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie.

1.3 Nietigheid en vernietigbaarheid

Het algemene verbintenissenrecht leert dat een rechtshandeling die door de inhoud of de strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is (zie art. 3:40 lid 1 BW). Ook een rechtshandeling die in strijd is met een dwingendrechtelijk wettelijk voorschrift is nietig (zie art. 40 lid 2 BW). Als het dwingendrechtelijke wettelijke voorschrift uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen en voor zover uit de strekking van dat voorschrift niet iets anders voortvloeit, dan is er geen sprake van nietigheid maar van vernietigbaarheid.²⁷ Met name in het arbeidsrecht zal dit laatste zich vaak voordoen, omdat juist het kenmerkende van deze tak van het recht is dat het uitsluitend strekt ter bescherming van de werknemer, als een soort ongelijkheidscompensatie (zie 1.2.3). Het is van belang of een rechtshandeling nietig of vernietigbaar is. Wanneer er sprake is van nietigheid, moet de rechter die ambtshalve toepassen. Bij vernietigbaarheid daarentegen mag de rechter die alleen maar toepassen als daarop door degene voor wie het beschermende wettelijke voorschrift geldt een beroep wordt gedaan. Dat kan overigens ook al buiten rechte gebeuren (zie art. 3:49-3:51 BW). Voor een beroep op vernietigbaarheid geldt in de regel een verjaringstermijn van drie jaar (zie art. 3:52 BW). Wat betreft de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is aangegeven of een dwingendrechtelijk wettelijk voorschrift uitsluitend strekt tot de bescherming van de werknemer en dus bij het niet naleven ervan een beroep kan worden gedaan op vernietigbaarheid. De wetgever heeft dit namelijk vormgegeven via de constructie dat 'er niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken' (zie bijvoorbeeld art. 7:645 BW (vakantieregeling; zie 7.2), art. 7:658 lid 3 BW (werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen), art. 3:5 lid 1 Waz (zwangerschaps-, bevallings-, adoptie- en pleegzorgverlof; zie 7.3.3-7.3.5). De werknemer zal ook hier binnen drie jaar een beroep moeten doen op de vernietigbaarheid van het afwijkende beding. Deze verjaringstermijn begint op grond van art. 7:614 BW te lopen op de dag

27. Zie over de zogenoemde 'nulliteiten' in het arbeidsrecht: W. Sniijders, SR 2002, p. 137-147. Zie ook: M.M. Govaert & J.J.M. de Laat, TRA 2012-10, p. 6.

nadat de werknemer een beroep heeft gedaan op het bewuste beding.²⁸ Deze vorm van dwingend recht wordt ook wel eenzijdig dwingend recht genoemd, omdat de mogelijkheid om ten gunste van de werknemer af te wijken nog wel openstaat. Nietigheid van het niet naleven van een dwingendrechtelijk wettelijk voorschrift is vaak als zodanig aangegeven (zie bijvoorbeeld art. 7:646 lid 7 BW (gelijke behandeling mannen en vrouwen), art. 7:652 BW (proeftijdbeding)). Soms wordt dat effect bewerkstelligd door in het bewuste wettelijke voorschrift aan te geven dat er niet van 'kan' worden afgeweken (zie art. 7:670 lid 1 BW (opzegverboden ziekte, zwangerschap en bevalling)). Wanneer bij individuele afspraak wordt afgeweken van een wettelijk voorschrift waarvan uitsluitend bij cao mag worden afgeweken, dus zogenoemde 'driekwart dwingendrechtelijke bepalingen', dan is er ook sprake van nietigheid.²⁹ Nietigheid heeft als resultaat dat de desbetreffende afspraak niet bestaat.

28. Zie ook: *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 16-17.

29. Dat blijkt overigens alleen uit de wetsgeschiedenis. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 8-9.