

OPDRACHT, ARBEIDSOVEREENKOMST EN COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMST

Beschouwingen bij boek 7,
titels 7, 10 en 11
van het ontwerp
Nieuw Burgerlijk Wetboek

door een werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht



VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

Opdracht, arbeidsovereenkomst en
collectieve arbeidsovereenkomst

OPDRACHT, ARBEIDSOVEREENKOMST EN COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMST

*Beschouwingen bij Boek 7, titels 7, 10 en 11
van het ontwerp
Nieuw Burgerlijk Wetboek*

door een werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht

INHOUD

Voorwoord	7
Algemene opmerking	9
Materiële wijzigingen	10
§ 1. Risicoverdeling van artikel 7.10.3.8 NBW vergeleken met het huidige artikel 1638 <i>d</i> BW	10
§ 2. Schorsing ter voorbereiding van ontslag op staande voet, artikel 7.10.5.13 NBW	16
§ 3. Het voorstel het verbod van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten te doen vervallen	21
§ 4. De regeling van de directe actie in artikel 7.11.15 NBW	28
§ 5. Het begrip arbeidsovereenkomst van artikel 7.10.1.1 NBW en de beide vermoedens van de leden 2 en 3	32
§ 6. De regeling van de opdracht in Boek 7, titel 7 NBW	40
§ 7. De regeling van het strafschorsingsbeding in artikel 7.10.1.7	43
§ 8. Bepalingen betreffende pensioen in artikel 7.10.4.6 NBW	47
Noten	53

VOORWOORD

In het begin van 1974 richtte het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht een uitnodiging tot haar leden om een werkgroep te vormen ter bestudering van de materiële veranderingen, vervat in de titels 7 (Opdracht), 10 (Arbeidsovereenkomst) en 11 (Collectieve arbeidsovereenkomst) van Boek 7 van het ontwerp-Nieuw Burgerlijk Wetboek.

Het bestuur verdeelde degenen die zich voor deze werkgroep meldden, gelet op hun woonplaatsen, in 4 subgroepen, terwijl het aan elk van deze subgroepen, zo veel mogelijk rekening houdend met de door de individuele deelnemers geuite voorkeur, twee onderwerpen ter bestudering toevertrouwde.

De samenstelling van de subgroepen en de verdeling van de onderwerpen was als volgt:

SUBGROEP AMSTERDAM I

mr. E. G. Planten, voorzitter; mr. T. van Peijpe, secretaris; mr. O. Albers; mr. J. A. van der Griend; mr. H. van der Meulen; mr. P. N. Sonne

- Risicoregeling volgens art. 1638d BW en art. 7.10.3.8 NBW
- Schorsing ter voorbereiding van ontslag volgens art. 7.10.5.13 NBW

SUBGROEP AMSTERDAM II

mr. N. J. Haverkamp, voorzitter; mr. L. H. van den Heuvel, secretaris; mej. mr. I. C. van Alderwegen; mej. mr. M. B. A. Haringhuizen; mr. H. J. O. Martens; mr. J. J. Trap; mr. R. F. A. Verschoor

- Door weglating van art. 1637i BW mogelijk geworden arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten, in het bijzonder uit sociale verzekerings- en belastingoogpunt
- Directe actie volgens art. 7.11.15 NBW

SUBGROEP DEN BOSCH

prof. mr. L. J. M. de Leede, voorzitter; mevr. mr. L. Bots-Bots, secretaris; prof. mr. B. S. Frenkel; mr. M. I. 't Hooft; drs. E. P. de Jong; mr. F. Koning; mr. W. A. Sinninghe Damsté; prof. mr. J. Mannoury

- Begrip arbeidsovereenkomst volgens art. 7.10.11 NBW
- De regeling van de opdracht in titel 7.7 NBW

SUBGROEP DEN HAAG

mr. J. A. Th. Boumans, voorzitter; mr. drs. E. J. ter Bals, secretaris; mr.

H. P. Groeneveld; mr. J. H. Smits; mr. D. Kaat; mr. H. J. A. M. Vinkesteyn;
mr. J. F. T. Zegwaard

- Het strafschorsingsbeding volgens art. 7.10.1.7 NBW
- Het pensioenartikel 7.10.4.6 NBW

Nadat de subgroepen het resultaat van hun besprekingen hadden uitgewisseld, wijdde iedere subgroep een kritische beschouwing aan de rapporten van de andere drie. Vervolgens werden de conclusies hiervan medegedeeld in een vergadering van de voorzitters en secretarissen der subgroepen onder leiding van de voorzitter der vereniging.

Tenslotte werden de rapporten op 20 november 1975 besproken in een ledenvergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht, waaraan naast leden van de werkgroep enkele tientallen andere leden van de vereniging deelnamen. Afwijkende meningen die op deze vergadering naar voren kwamen, zijn in de tekst van de brochure opgenomen; dit blijkt telkens uit de aanhef van de ingevoegde passages, waar met 'deelnemers' zijn bedoeld: deelnemers aan de vergadering van 20 november 1975. Waar overigens in de brochure sprake is van 'de werkgroep' is daarmee de subgroep bedoeld, die het betrokken onderwerp in eerste aanleg heeft behandeld.

De vergadering van 20 november 1975 beoogde niet door discussie op alle punten overeenstemming te bereiken. Het uiteindelijk resultaat kan dus niet als 'het' standpunt van de ledenvergadering of van de Vereniging voor Arbeidsrecht worden gezien. Het is een overzicht van meningen die binnen de vereniging zijn geuit.

's-Gravenhage, maart 1976

De voorzitter en de secretaris van de
Vereniging voor Arbeidsrecht,
mr. D. L. Rang
mr. J. A. Th. Boumans

ALGEMENE OPMERKING

Bij de bestudering van het ontwerp NBW stuit men — aldus een van de subgroepen — verscheidene malen op bepalingen waarin wordt toegestaan om af te wijken bij schriftelijke overeenkomst, bij cao of bij een regeling van een publiekrechtelijk orgaan. Het lijkt gewenst dat de wetgever zich uitspreekt over de vraag of de mogelijkheid tot afwijking bij schriftelijke overeenkomst ook de mogelijkheid tot afwijking bij cao, resp. regeling van een publiekrechtelijk orgaan insluit. Voorts verdient het aanbeveling in de wet te bepalen wat geldt ten opzichte van een individuele arbeidsovereenkomst die onder de werking van een cao waarbij van het semi-dwingend recht werd afgeweken, tot stand is gekomen, nadat die cao is geëxpireerd.

MATERIËLE WIJZIGINGEN

§ 1. DE RISICOVERDELING VAN ARTIKEL 7.10.3.8 NBW VERGELEKEN MET HET HUIDIGE ARTIKEL 1638d BW

Inleiding

Artikel 1638*d*, eerste lid, BW luidt:

‘1. Ook verliest de arbeider zijne aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon niet, indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van, hem persoonlijk betreffende, toevallige verhindering.’

Artikel 7.10.3.8 NBW luidt:

‘ARTIKEL 8. 1. De arbeider behoudt zijn aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon eveneens, indien het verrichten van de bedongen arbeid uitblijft door een verhindering van de zijde van de werkgever, tenzij de oorzaak van verhindering aan de werkgever niet kan worden toegerekend.

2. De leden 2, 5 en 6 van het vorige artikel zijn van toepassing.

3. Van dit artikel kan slechts worden afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan.’

Bij deze vergelijking zal achtereenvolgens worden nagegaan, welke bedoeling de wetgever in 1907 met artikel 1638*d* had, welke inhoud de rechtspraak en de schrijvers aan artikel 1638*d* gegeven hebben en tenslotte, of artikel 7.10.3.8 NBW een materiële wijziging ten opzichte van artikel 1638*d* betekent. Het geheel wordt gevolgd door een conclusie.

Artikel 1638d volgens de parlementaire behandeling

Uit de verwarde discussies in het parlement kunnen naar onze mening de volgende conclusies worden getrokken.

a. Zowel de minister van Justitie als de leden van de Tweede Kamer zagen in artikel 1638*d* een regeling, die de werkgever verplicht het loon door te betalen, tenzij de verhindering van de werkgever het gevolg is van overmacht. Zie bijvoorbeeld het verslag van het Mondeling Overleg (Bles, deel III,

blz. 4): 'De minister merkt op, dat artikel 1638*b* den regel inhoudt, waarop artikel 1638*d* de uitzondering vormt. In de praktijk zal ten aanzien van elk afzonderlijk geval steeds zorgvuldig moeten worden nagegaan, of het valt onder de uitzondering van artikel 1638*d* dan wel of daarbij overmacht moet worden aangenomen.' Amendement van Aalberse, Ruys de Beerenbrouck en van Wijnbergen (Bles, deel III, blz. 5): 'De arbeider heeft aanspraak op het halve loon, indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan door overmacht geen gebruik heeft gemaakt.'

De indieners van dit amendement gingen er blijkens hun amendement van uit, dat indien de werkgever niet in overmacht verkeert, hij op grond van artikel 1638*d* het volle loon moet betalen.

b. Uit de voorbeelden in de Memorie van Toelichting blijkt dat met 'een persoonlijk betreffende toevallige verhindering' aan een verhindering in de persoon van de werkgever werd gedacht.

Tijdens de parlementaire behandeling zei de heer Drucker hierover (Bles, deel III, blz. 15): 'Die tweede categorie van gevallen (de persoonlijk betreffende toevallige verhindering) wordt in par. 615 van het Duitse Wetboek uitgedrukt door een meer abstrakte rechtsterm. Ik heb mij de moeite getroost na te gaan in de rechtspraak van het Deutsche Gewerbeberichte, over die par. 615. Het is mij gebleken dat tal van gevallen, welke de heer Ruys bij de verdediging van zijn amendement als voorbeelden gebruikt heeft tot aanbeveling, daar volgens par. 615 voor rekening van de patroons worden gebracht. (Deze voorbeelden van de heer Ruys waren: weersomstandigheden, het ontbreken van materialen, defecten aan de machines, brand in de fabriek.) Dit zou bij ons artikel evenzeer kunnen geschieden. Alleen zal dit niet gaan, waar het een geval is van werkelijke overmacht — overmacht niet alleen voor die bepaalde patroon, maar in het algemeen'.

De heer Drucker gaf hiermee een veel ruimere interpretatie aan het begrip 'de werkgever persoonlijk betreffende toevallige verhindering' dan de Memorie van Toelichting.

*De inhoud welke de schrijvers en de rechtspraak aan artikel 1638*d* hebben gegeven*

a. De schrijvers

Uit de literatuur blijkt dat artikel 1638*d* door de schrijvers wordt gelezen als betrekking hebbend op de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer, in die zin, dat alles wat tot het normale bedrijfsrisico behoort, voor risico van de werkgever komt (zie E. M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst met aantekeningen*, derde druk, 1924, blz. 111; L. C. Hofmann, *Het Nederlandsche verbintenissenrecht*, Tweede deel, tweede druk, 1942, blz. 228; C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Derde deel, Bijzondere Overeenkomsten, derde druk, 1960, blz. 373; W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, tiende druk, 1971, blz. 37.).

Hiermee wordt de ‘persoonlijk betreffende toevallige verhindering’ ruimer geïnterpreteerd dan alleen de verhindering gelegen in de persoon van de werkgever.

b. Rechtspraak

Ook de rechter leest in artikel 1638*d* een loonbetalingsverplichting voor de werkgever, indien de verhindering tot het normale bedrijfsrisico gerekend moet worden.

Sommige deelnemers wezen er op dat de hier bedoelde arresten met de uitdrukking ‘normaal bedrijfsrisico’ niet zuiver worden samengevat. Zij verwezen naar het hierna volgende citaat uit het arrest van de Hoge Raad van 10 november 1972. Zij meenden dat hetgeen de Hoge Raad in dit arrest voor rekening van de werkgever brengt, niet als het normaal bedrijfsrisico kan worden beschouwd.

Dit is – aldus weder de werkgroep – recentelijk opnieuw tot uitdrukking gekomen in de zogenaamde ‘Schelde arresten’; HR 10 november 1972, NJ 1973, 80 en HR 21 december 1973, NJ 1974, 142. In het arrest van 10 november 1972 overwoog de Hoge Raad: ‘dat een redelijke toepassing van de artikelen 1638*b* en 1638*d* meebrengt dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide partijen – niet gebruikt kon worden tengevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeiders.’

*Houdt artikel 7.10.3.8 NBW een materiële wijziging van artikel 1638*d* in?*

Hierbij vergelijken wij artikel 7.10.3.8 met artikel 1638*d*, zoals dit is geïnterpreteerd door de rechtspraak en de schrijvers. Dat betekent dat artikel 1638*d* een risicoverdeling inhoudt, waarbij het normale bedrijfsrisico voor risico van de werkgever komt.

De leden van de werkgroep zijn van mening dat artikel 7.10.3.8 NBW materieel niet afwijkt van het huidige artikel 1638*d* BW op grond van de volgende argumenten:

a. In de Memorie van Toelichting op artikel 7.10.3.8 NBW wordt gesteld, dat de tekst van het eerste lid geen materiële wijziging betekent van het huidige wetboek.

Sommige deelnemers merkten op dat de toelichting niet kan stellen dat geen materiële wijziging plaatsvindt, omdat de betekenis van artikel 1638*d* BW in de rechtspraak onvol-

doende duidelijk is geworden. Voorts vroegen zij zich af of de wijziging een omkering van de bewijslast ten aanzien van de vraag, aan wie de oorzaak van de verhindering moet worden toegerekend, meebrengt. In het bijzonder rees bij hen de vraag wat het vervallen van de woorden 'indien hij bereid was de bedongen arbeid te verrichten' bewijsrechtelijk en trouwens ook materieel tot gevolg heeft. Deze uitdrukking wordt thans uitgelegd als 'bereid en in staat de bedongen arbeid te verrichten' hetgeen vooral van belang is voor het geval dat de werknemer elders werk aanvaardt.

b. Ook uit de tekst zelf kan een argument ontleend worden. De tekst van artikel 7.10.3.8 NBW bepaalt dat het risico voor de werkgever is, tenzij de oorzaak van de verhindering aan de werkgever niet kan worden toegerekend, of in andere woorden: tenzij de werkgever in overmacht verkeert en de verhindering dus geen normaal bedrijfsrisico is. Ook volgens artikel 1638*d* behoeft de werkgever niet door te betalen, indien hij ten aanzien van de verhindering in overmacht verkeert, maar bestaat de loonbetalingsverplichting wel indien de verhindering zijn schuld is, of plaatsvindt ten gevolge van omstandigheden die liggen tussen zijn schuld en overmacht: omstandigheden die voor zijn risico komen.

Omstandigheden welke zijn schuld zijn of voor zijn risico komen worden de werkgever toegerekend, zowel krachtens artikel 1638*d* als krachtens, zie de tekst, artikel 7.10.3.8. Alleen overmacht wordt de werkgever niet toegerekend wederom zowel volgens artikel 1638*d* als volgens artikel 7.10.3.8.

c. Een derde argument, naast de Memorie van Toelichting en de tekst, is te vinden in artikel 6.1.7.1 NBW.

De toelichting op dit artikel, dat het verzuim van de schuldeiser in het algemeen regelt, verwijst naar het arrest AKU-Stalen Steigers, HR 17 juli 1949, NJ 1949, 544. In dit arrest is door de Hoge Raad het criterium voor de risicoverdeling van wederkerige overeenkomsten ontleend aan 1638*d*. Artikel 6.1.7.1 is in overeenstemming met dit arrest en daarmee is de cirkel gesloten. AKU-Stalen Steigers is in overeenstemming met 1638*d*, 6.1.7.1 in overeenstemming met AKU-Stalen Steigers en derhalve 1638*d* met 6.1.7.1. Artikel 6.1.7.1 is een regel uit het algemene deel van het verbintenissenrecht waarop artikel 7.10.3.8 geen inbreuk maakt.

Bij de constatering dat artikel 1638*d* en artikel 7.10.3.8 materieel niet van elkaar verschillen en dat dit ook de bedoeling van de makers van het Ontwerp NBW is geweest, dient wel bedacht te worden dat dit slechts geldt voorzover van de huidige interpretatie van artikel 1638*d* wordt uitgegaan.

Vergelijken we artikel 7.10.3.8 met artikel 1638*d*, zoals dat in 1907 door een grote meerderheid in regering en parlement werd geïnterpreteerd, dan is er wel van een materieel verschil sprake.

Enkele deelnemers achtten het niet gelukkig om een verdeling van lasten volgens het risicobeginsel te doorbreken met een verdeling volgens het schuldbeginsel, dat van een andere gedachte uitgaat. Beter ware het daarom het slot van artikel 7.10.3.8, eerste lid, na 'werkgever' te doen luiden: 'welke in de verhouding tussen partijen meer in de risicosfeer van de werkgever ligt dan in die van de arbeider'. Ter toelichting merkten zij nog het volgende op. Men kan het beginsel, neergelegd in de Schelde-arresten aanvaarden, los van de vraag of men het met de toepassing in concreto eens is. Een brand kan overmacht zijn terwijl men in een bepaald geval zal zeggen, dat toch doorbetaling van loon moet geschieden.

Conclusie

De leden van de werkgroep betreuren het dat in de Memorie van Toelichting op artikel op artikel 7.10.3.8 NBW niet wordt ingegaan op de verhouding tussen dit artikel en de aanspraak op een uitkering krachtens de Werkloosheidswet.

De werkgroep is van oordeel, dat ten aanzien van de toerekeningsvraag met een eventuele aanspraak op een uitkering krachtens de Werkloosheidswet géén rekening mag worden gehouden. Artikel 21, eerste lid, van de Werkloosheidswet bepaalt immers dat slechts aanspraak bestaat op uitkering voor zover op de werkgever niet de verplichting rust het loon onverminderd door te betalen. De vraag omtrent de loondoorbetalingsverplichting dient dus te worden beantwoord zonder acht te slaan op de Werkloosheidswet.

Tenslotte heeft de werkgroep bekeken of de vrijheid welke aan de rechter wordt gelaten, zowel in artikel 1638d als in artikel 7.10.3.8, beperkt dient te worden door middel van het opnemen van voorbeelden in de wettelijke regeling op de wijze zoals ook in de artikelen 1639p en 1639q is gebeurd.

Hierover bestaan binnen de werkgroep verschillende opvattingen.

Eén lid — dat van enkele deelnemers aan de vergadering bijval kreeg — is van mening dat de 'Schelde arresten' een te ruime interpretatie van artikel 1638d en dus ook van 7.10.3.8 inhouden. Dit lid pleit dan ook voor het opnemen van voorbeelden van omstandigheden die wel een bedrijfsrisico, respectievelijk geen bedrijfsrisico vormen. Hij suggereerde de navolgende tekst: 'De arbeider behoudt zijn aanspraak op het naar tijdruimte vastgesteld loon eveneens, indien het verrichten van de bedongen arbeid uitblijft door een verhindering van de zijde van de werkgever, bijvoorbeeld uitvallen van de stroom, machinebreuk en dergelijke, tenzij de oorzaak van de verhindering aan de werkgever niet kan worden toegerekend. Het risico van de werkgever te dezen strekt zich het verst uit ten aanzien van de arbeider met een langdurig dienstverband en de arbeider met een leidinggevende positie.'

De overige leden sluiten zich hier niet bij aan. Zij achten de interpretatie welke de Hoge Raad in de 'Schelde arresten' aan artikel 1638d heeft gegeven niet onjuist en menen dat de bewoording van artikel 7.10.3.8 niet afwijkt van de rechtspraak.

Met betrekking tot het geven van voorbeelden van omstandigheden, welke voor het risico van de werkgever komen, respectievelijk de werkgever niet kunnen worden toegerekend, zijn zij van mening dat hiermee het in de rechtspraak laten doorwerken van veranderde rechtsopvattingen ten aanzien van de risicoverdeling zou worden beperkt. Dit achten zij onjuist.

Zij bepleiten daarom de ruim geformuleerde bepaling van 7.10.3.8 te handhaven, opdat de rechter de mogelijkheid heeft veranderde inzichten in zijn uitspraken te laten doorwerken.

Enkele deelnemers misten in de toelichting een verklaring voor het feit dat de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst af te wijken was weggelaten.

Voorts achtten zij het gewenst dat een bepaling zou worden opgenomen van dezelfde strekking als artikel 8 van de Machtigingswet 1974, waarbij duidelijk gesteld zou worden dat bij een short time-vergunning op grond van artikel 8 BBA geen recht bestaat op onverminderde doorbetaling van het loon. Daarbij zou dan wel de Werkeloosheidswet in diere voege gewijzigd moeten worden dat bij werktijdverkorting steeds recht op uitkering zou bestaan, ongeacht de duur van de voorafgaande arbeidsperiode.

§ 2. SCHORSING TER VOORBEREIDING VAN ONTSLAG OP STAANDE VOET, ARTIKEL 7.10.5.13 NBW

Artikel 7.10.5.13 NBW luidt:

‘ARTIKEL 13. 1. Indien de werkgever ernstige grond heeft om de arbeider van daden, eigenschappen of gedragingen te verdenken, die een onverwijld beëindiging van de dienstbetrekking zouden rechtvaardigen, is hij bevoegd de arbeider in diens dienstbetrekking te schorsen. De arbeider heeft tijdens deze schorsing aanspraak op vier vijfde gedeelte van zijn in geld vastgesteld loon, voor zover niet van zijn zijde een verhindering bestaat de bedongen arbeid te verrichten.

2. De werkgever dient de grond van de schorsing onverwijld aan de arbeider schriftelijk mee te delen en ten spoedigste maatregelen te treffen om tot zekerheid te komen.

3. Blijkt de grond der schorsing juist te zijn, dan kan de werkgever alsnog de dienstbetrekking op die grond wegens een dringende reden beëindigen.

4. Blijkt de grond der schorsing niet juist te zijn of is binnen zes maanden na de aanvraag van de schorsing de juistheid niet gebleken, dan eindigt de schorsing en moet aan de arbeider het te weinig betaalde loon, vermeerderd met de wettelijke rente, worden voldaan.

5. Van dit artikel kan ten nadele van de arbeider slechts worden afgevoerd bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan.’

Inleiding

De bespreking van artikel 7.10.5.13 heeft geleid tot enkele kritische beschouwingen over onderdelen van de voorgestelde regeling. De werkgroep heeft zich vervolgens afgevraagd hoe de regeling in de praktijk zou functioneren. Voor de beantwoording van die vraag werd gekeken naar de gang van zaken bij ontslag op staande voet onder de huidige regeling. Tevens werd een summier onderzoek ingesteld naar bestaande regelingen in cao's en reglementen, met betrekking tot schorsing ter voorbereiding van ontslag op staande voet. Een en ander heeft geleid tot fundamentele kritiek op artikel 7.10.5.13, uitmondend in een alternatief voorstel.

Kritiek op onderdelen

Op grond van de voorgestelde regeling zou de werkgever de arbeider gedurende maximaal 6 maanden mogen schorsen met inhouding van één vijf-

de van het loon, indien hij een ernstig vermoeden heeft van het bestaan van een dringende reden voor ontslag. Een bezwaar van dit voorstel is, dat ook de 'onschuldige' arbeider kan worden opgezadeld met een langdurige schorsing en vermindering van loon. Het feit dat de schorsing voor de werkgever aantrekkelijk moet worden gemaakt als alternatief voor ontslag op staande voet kan deze onbillijkheid niet rechtvaardigen.

De werkgever hoeft volgens het eerste lid in het geheel geen loon te betalen, als van de zijde van de arbeider een verhindering tot werken bestaat. Dit is niet helemaal consequent: immers, als de werkgever de arbeider schorst, is het uitdrukkelijk de *bedoeling* dat de arbeider niet werkt. De toelichting noemt als voorbeeld het geval dat de arbeider in voor-arrest zit. In dat geval is schorsing echter overbodig, omdat de verplichting tot loonbetaling vervalt op grond van artikel 7.10.3.8.

Sommige deelnemers achtten de laatste volzin verwarrend. Zij wezen er op dat de schorsing niet wordt toegepast om geen loon te hoeven betalen. Zij veronderstelden dat het ontwerp NBW bedoelt dat tijdens de schorsing geen loon verschuldigd is, indien de werknemer reeds door een oorzaak die hij zelf heeft teweeggebracht, verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, en konden zich met deze bedoeling verenigen. De formulering van het zinsdeel 'voor zover niet van zijn zijde een verhindering bestaat de bedongen arbeid te verrichten' leek hun echter te ruim; ook ziekte is een verhindering van de zijde van de werknemer. Het zal toch niet de bedoeling zijn dat de in artikel 7.10.3.7 vervatte verplichting tot doorbetaling van loon tijdens ziekte bij samengaan van ziekte met schorsing vervalt.

Het derde en vierde lid verbinden belangrijke rechtsgevolgen aan het al dan niet 'juist blijken' van de grond der schorsing. Deze tekst wekt de indruk dat de juistheid van de grond der schorsing *objectief* (door de rechter) moet zijn vastgesteld voordat de werkgever de bevoegdheid heeft 'alsnog de dienstbetrekking op die grond wegens een dringende reden te beëindigen'. Het is echter onwaarschijnlijk dat een dergelijke vaststelling door de rechter steeds binnen zes maanden (zie vierde lid) kan plaatsvinden. Vermoedelijk is dan ook met 'juist blijken' niet méér bedoeld dan: 'naar de mening van de *werkgever* juist blijken'. Is deze uitleg van het derde lid juist, dan is de bevoegdheid van de werkgever om alsnog ontslag op staande voet te geven afhankelijk gesteld van een uitermate subjectief criterium: de mening van de werkgever zelf omtrent de juistheid van de grond der schorsingen. Het heeft weinig zin dit subjectieve criterium in de wet op te nemen. Daarom is het beter in het derde lid te volstaan met de bepaling dat de werkgever de bevoegdheid tot ontslag op staande voet door schorsing niet verspeelt en in het vierde lid

uitsluitend de maximum duur van de schorsing vast te leggen en te bepalen dat, indien op de schorsing geen ontslag op staande voet volgt, resp. indien na verleend ontslag op staande voet bij gerechtelijk gewijsde is komen vast te staan dat geen dringende reden aanwezig was, de werkgever het te weinig betaalde loon, vermeerderd met de wettelijke rente, alsnog aan de arbeider moet voldoen.

De voor de schorsing voorgestelde maximumduur van zes maanden is erg lang. Vaak zal een arbeider na zes maanden niet kunnen terugkeren, omdat er een ander op zijn plaats is gezet. In desbetreffende cao-bepalingen is de schorsingstermijn dan ook veel korter, meestal rond de twee weken.

Tenslotte is in het vijfde lid bepaald, dat ten nadele van de arbeider slechts van dit artikel kan worden afgeweken bij cao, of daarmee gelijkgestelde regeling. Het is echter niet zonder meer duidelijk welke afwijkingen beschouwd moeten worden als benadeling van de arbeider. Met name is dit de vraag t.a.v. een afwijking waarbij het hele artikel buiten werking gesteld wordt.

Fundamentele kritiek

Blijkens de Toelichting is artikel 7.10.5.13 bedoeld om de werkgever in de gelegenheid te stellen rustig te onderzoeken of er een dringende reden voor ontslag is, zonder dat hij de mogelijkheid verspeelt om de arbeider op staande voet te ontslaan.

In welke gevallen zal van deze regeling gebruik gemaakt worden? Om te beginnen moet er bij de werkgever twijfel bestaan omtrent het aanwezig zijn van een dringende reden voor ontslag. Deze twijfel kan twee oorzaken hebben: ofwel de werkgever is op de hoogte van bepaalde eigenschappen of gedragingen van een arbeider, maar twijfelt over de vraag of dit een dringende reden voor ontslag oplevert, ofwel er heeft een bepaald voorval plaatsgevonden (bijvoorbeeld diefstal), maar de werkgever weet niet of de betrokken arbeider daar schuldig aan is. Alleen in het laatste geval kan aan een schorsing voor nader onderzoek behoefte bestaan.

Het is overigens de vraag of van de voorgestelde regeling in de praktijk wel gebruik gemaakt zou worden. Illustratief is in dit verband het onderzoek van Van Dodeweerd (SMA 1974, blz. 588 e.v.) inzake 67 ontslagen op staande voet waarbij een ontslagvergunning voor zover vereist, werd aangevraagd. In 65% van de onderzochte gevallen werd door de arbeider geen verweer gevoerd; blijkbaar kan de werkgever er dikwijls op vertrouwen dat de arbeider in zijn ontslag zal berusten, de werkgever zal dan waarschijnlijk niet tot schorsing overgaan.

In nog eens 22% van de gevallen werd een ontslagvergunning geweigerd, mogelijk omdat het feit waarvan betrokkene beticht werd, niet vast kwam te staan, maar vermoedelijk in de meeste gevallen omdat de feiten geen reden voor ontslag (laat staan een dringende) opleverden. Het is niet waarschijnlijk

dat het in deze gevallen, waarin de werkgever dikwijls emotioneel gehandeld zal hebben, tot een schorsing had kunnen komen. Slechts t.a.v. de resterende 13% van de onderzochte ontslagen kan worden aangenomen dat eventueel gebruik gemaakt zou zijn van een mogelijkheid tot schorsing als bedoeld in het ontwerp NBW. Natuurlijk zijn de gegevens uit het onderzoek van Van Dodeweerd onvoldoende representatief om er verstrekkende consequenties aan te verbinden. Er zijn echter nog meer gegevens die erop wijzen dat de praktische betekenis van de voorgestelde regeling gering moet worden geacht.

Zo bleek uit een door één van de leden van de werkgroep verricht onderzoek dat in 1970 van de 143 onderzochte bedrijfstak-cao's er slechts 13 een regeling m.b.t. schorsing ter voorbereiding van ontslag kenden. Zou dit er niet op wijzen dat het bedrijfsleven slechts een geringe behoefte aan een dergelijke regeling voelt?

Voorts werd door een lid van de werkgroep een enquête gehouden onder 180 personeelsfunctionarissen, belast met het uitvoeren van schorsingen. Gevraagd werd onder meer naar bestaande regelingen m.b.t. schorsing, het aantal keren dat in een bepaalde periode geschorst werd, en de mogelijkheden voor beroep. Uit deze enquête kunnen de volgende globale consequenties worden getrokken:

- Schorsing voorafgaand aan ontslag is voor sommige bedrijfstakken en grote arbeidsorganisaties in cao's geregeld. Voor enkele, meest kleinere, bedrijven komt een desbetreffende regeling in het reglement voor. Voor de meeste bedrijven bestaat op dit gebied in het geheel geen regeling.
- Vaak is bepaald dat de wijze waarop de arbeider in beroep kan gaan tegen schorsing pas aan de arbeider mag worden bekend gemaakt wanneer hij werkelijk geschorst wordt.
- De meeste regelingen kennen een maximale schorsingsduur van 1 à 2 weken. Soms is het maximum gesteld op 1 dag, en in enkele gevallen is geen maximum vastgesteld.
- De meeste regelingen sluiten de loonbetalingsverplichting tijdens de schorsing uit. Indien het ontslag geen doorgang vindt, moet alsnog loon betaald worden.
- Sommige regelingen kennen de mogelijkheid van beroep bij de naast hogere lijnfunctionaris of bij een aparte commissie. Procedure-regels ontbreken of zijn van vertrouwelijke aard.
- Schorsing voorafgaand aan ontslag komt weinig voor; zo vond in 1974 bij een gedecentraliseerd grootwinkelbedrijf met ± 4000 werknemers slechts 1x schorsing plaats naast 92x ontslag op staande voet.

Uit de bovengenoemde onderzoeken kan worden afgeleid, dat een regeling als voorgesteld in artikel 7.10.5.13 in de praktijk bijzonder weinig toepassing zou vinden.

Gedacht kan worden aan een regeling die aanknoopt bij de bepalingen betreffende strafontslag in het Algemeen Rijksambtenarenreglement. De regeling zou de volgende strekking kunnen hebben:

- I. 1. De werkgever mag de arbeider niet op staande voet ontslaan voordat deze in de gelegenheid is gesteld zich binnen 4 x 24 uur te verantwoorden.
2. Gedurende de tijd tussen de kennisgeving van het voornemen tot ontslag en het tijdstip van verantwoording is de arbeider van rechtswege in zijn dienstbetrekking geschorst; deze schorsing duurt niet langer dan 4 x 24 uur; de werkgever is over de schorsingsperiode geen loon verschuldigd.
3. Als de werkgever na de verantwoording c.q. na het verstrijken van 4 x 24 uur de arbeider niet op staande voet ontslaat, moet hij het ingehouden loon alsnog uitbetalen.
4. Het bepaalde onder 3 is van overeenkomstige toepassing als na ontslag op staande voet het ontbreken van een dringende reden bij gerechtelijk gewijsde is komen vast te staan.
- II. De arbeider mag zich bij de onder I, 1 bedoelde verantwoording laten bijstaan door een rechtskundige of andere raadsman van zijn keuze.

Deze regeling beoogt de verantwoordingsmogelijkheid voor de arbeider zeker te stellen en tegelijkertijd een afkoelperiode te bieden, die de werkgever in de gelegenheid stelt zich te bezinnen, zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de werkgever om de arbeider daarna op staande voet te ontslaan. Het zou niet in overeenstemming zijn met de heersende opvatting over de 'dringendheid' van de dringende reden, als aan de werkgever de vrijheid werd gelaten de arbeider tijdens de afkoelperiode te laten doorwerken, daarom is bepaald dat de arbeider van rechtswege geschorst is zodra de werkgever het voornemen tot het verlenen van ontslag op staande voet te kennen heeft gegeven. Deze kennisgeving zal aan bepaalde formele vereisten moeten voldoen (bijvoorbeeld geschrift of aangetekende brief).

Vanzelfsprekend wordt door de onder I, 3 genoemde loonbetalingsplicht niet de mogelijkheid uitgesloten om de arbeider disciplinair te straffen bijvoorbeeld door het opleggen van een boete, indien zijn gedrag daartoe aanleiding heeft gegeven.

Aangezien de schorsing een defamerend karakter kan hebben, moet overwogen worden of in de regeling bepalingen moeten worden opgenomen met betrekking tot rehabilitatie van de 'onschuldig' bevonden arbeider. Het lijkt juist om het recht met een raadsman te verschijnen in de wet vast te leggen. Behalve aan advocaten is in deze ook gedacht aan vakbondsfunctionarissen en leden van de ondernemingsraad.

§ 3. HET VOORSTEL HET VERBOD VAN EEN ARBEIDSOVEREENKOMST TUSSEN ECHTGENOTEN TE DOEN VERVALLEN

Artikel 1637i BW luidt: 'Eene tussen echtgenooten aangegane arbeids-overeenkomst is nietig.'

Het ontwerp NBW wil deze bepaling doen vervallen.

In de Memorie van Toelichting bij dit voorstel valt op dat zij nogal summier is in haar motivering en ook nauwelijks ingaat op de gevolgen die het vervallen van het verbod kan hebben.¹

De spaarzaamheid in motivering is te opvallender nu artikel 1637i BW door bijna alle² schrijvers zonder veel kritiek wordt aanvaard en de thans voorgestelde wijziging dan ook nauwelijks voorgeschiedenis heeft in de doctrine. Vaak herhalen schrijvers de argumenten uit de Memorie van Toelichting uit 1907, dat de ondergeschiktheid in de arbeidsovereenkomst niet te rijmen zou zijn met de gelijkheid tussen huwelijkspartners en dat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten ongewenste gevolgen heeft in het huwelijksgoederrecht.

Een uitzondering daarop vormt Koopmans³ maar ook hij kiest uiteindelijk om praktische redenen voor handhaving van het verbod.

In het hiernavolgende gaat de werkgroep in op de maatschappelijke behoefte aan een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten. Vervolgens worden de mogelijkheden tot het sluiten van zo'n overeenkomst in het Franse en Duitse recht aangeduid. Daarna komt de bestaanbaarheid naar Nederlands recht aan de orde. Geëindigd wordt met het aangeven van de gevolgen die het mogelijk maken van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten voor enkele rechtsgebieden zal hebben.

De maatschappelijke behoefte aan een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten; het oprichten van éénmans n.v.'s

De werkgroep heeft geprobeerd te peilen of er inderdaad, zoals de Memorie van Toelichting stelt, sprake is van een maatschappelijke behoefte aan een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten. Met name heeft zij navraag gedaan bij sociologen die zich bezighouden met de arbeidspositie van vrouwen en bij enkele actiegroepen. Dit heeft nauwelijks resultaat opgeleverd. In de beginperiode van de actiegroep Man-vrouw-maatschappij schijnt de wenselijkheid van de mogelijkheid tot arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten wel te zijn aangevoerd. Later kwam dit niet meer aan de orde.

Wellicht speelt een rol de mogelijkheid om door het oprichten van één-

mans n.v.'s aan het wettelijk verbod te ontsnappen. De werkgroep heeft de indruk, dat deze weg wordt bewandeld, hoewel daaromtrent geen gegevens konden worden verkregen. Aangezien dit een oneigenlijk gebruik zou betekenen van deze vorm van rechtspersoon kan hieraan een argument worden ontleend het verbod van arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten op te heffen. In die gevallen waarin een éénmans n.v. in het leven is geroepen enkel om artikel 1637i te omzeilen kan dan in de toekomst met een arbeidsovereenkomst worden volstaan.⁴

In het Franse en het Duitse recht wordt de bestaanbaarheid van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten erkend

Voor beide landen geldt, dat er geen leerstellige bezwaren bestaan tegen een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten. Men kent er ook het verbod van 1637i BW niet. Voor Frankrijk trof de werkgroep ook, afgezien van fraus legis op het terrein van de sociale verzekering⁵, geen aan de praktijk ontleende bezwaren aan. In Duitsland bestaan bij een enkele schrijver aarzelingen met betrekking tot de consequenties van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten. Voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten geldt in Frankrijk als eis, dat deze met de werkelijkheid in overeenstemming is. Indien de echtgenoten voor elkaar arbeid verrichten, wordt dit geacht krachtens huwelijksverplichting te geschieden. Op de echtgenoten rust de taak het tegenovergestelde aan te tonen. Het is in Frankrijk geoorloofd om arbeid die krachtens een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten wordt verricht onder de huwelijksverplichtingen te brengen en zodoende af te zien van een arbeidsovereenkomst. Het omgekeerde staat de echtgenoten niet vrij behoudens voor het geval dat dit met de werkelijkheid in overeenstemming is. Het moet dan beroepsarbeid betreffen.

In Duitsland zijn wettelijke bepalingen van kracht die de echtgenoten verplichten die arbeid voor elkaar te verrichten die gebruikelijk is, gerekend naar de omstandigheden waarin zij leven. Verrichten de echtgenoten meer arbeid voor elkaar dan gebruikelijk is, dan is een arbeidsovereenkomst tussen hen mogelijk. Evenals in Frankrijk veronderstelt men echter een vrijwillige uitbreiding van de huwelijksverplichtingen. Ook neemt men wel de aanwezigheid van een 'Gesellschaftsverhältnis' indien er ook een 'Gesellschaftszweck' is. Over de praktische bestaanbaarheid van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten werden bij Duitse schrijvers opvattingen aangetroffen die uiteenlopen van volledige erkenning⁶ tot het aanvoeren van zoveel bezwaren, dat het neerkomt op feitelijke ontkenning van de mogelijkheid.⁷ Opmerkelijk is de opvatting, dat het voorwerp van arbeidsovereenkomst of 'Gesellschaftsverhältnis' ook kan zijn de arbeid die de wet aan echtgenoten voorschrijft.⁸

De bestaanbaarheid naar Nederlands recht van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten

De vraag rijst of een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten in overeenstemming te brengen is met de bijzondere verhouding, die man en vrouw in het huwelijk tegenover elkaar hebben. De werkgroep meent, met de memorie van toelichting, van wèl, en acht dus een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten bestaanbaar, maar is tevens van oordeel dat niet altijd waar tussen echtelieden tegen beloning arbeid wordt verricht een arbeidscontract kan worden aangenomen, ook niet al zouden partijen zelf hun relatie aldus bestempelen. Er is aanleiding tot nadere afgrenzing, die de Memorie van Toelichting niet geeft, maar waar de praktijk en de rechter wel behoefte aan zullen hebben.

Welke criteria zouden nu voor deze afgrenzing kunnen gelden? In de eerste plaats denkt de werkgroep aan de eis, dat het werk de deelname betreft aan een beroeps- of bedrijfsactiviteit, die buiten het gezinsleven staat. Zo zal er geen arbeidscontract zijn daar, waar man of vrouw zuivere gezinstaken vervullen in bijvoorbeeld het huishouden of bij de opvoeding van de kinderen. Evenmin ligt een arbeidscontract voor de hand in gevallen, waarin men in gezinsverband een klein bedrijf heeft, zoals een winkel of boerenbedrijf, en waarbij de taakvervulling en wederzijdse werkzaamheid uit de huwelijksband voortvloeien. Wat deze laatste voorbeelden betreft meent de werkgroep dat huwelijk en arbeidsovereenkomst niet per se aan elkaar behoeven te grenzen, in die zin dat een werkzaamheid die niet als huwelijksverplichting wordt verricht steeds onder een arbeidscontract zou vallen: denkbaar zijn verhoudingen waarin de echtgenoten, uitdrukkelijk of stilzwijgend, een contract sluiten dat een maatschapscontract is, of een contract van eigen aard daarmee verwant.⁹

Een dienstbetrekking met betrekking tot het huishoudelijke werk in het gezin is dus niet mogelijk; dit moet geacht worden uit hoofde van de huwelijksverplichtingen te worden verricht. Aan de andere kant ligt een arbeidscontract wèl voor de hand in een groter bedrijf, geleid door één echtgenoot, waarin de ander, zonder privileges, onder het directe gezag van bijvoorbeeld een bedrijfsleider gelijk op werkt met de overige werknemers.

Een tweede eis houdt met huwelijksgoederenrecht verband: een dienstbetrekking is alleen denkbaar bij een ander huwelijksgoederenregime dan de algehele gemeenschap. In het laatste geval ontbreekt reële loonbetaling, aangezien dan het loon dat de ene echtgenoot van de andere ontvangt voor de helft uit eigen zak wordt betaald en weer voor de helft in de zak van de ander verdwijnt. De andere keuzestelsels die de wet noemt en de uitsluiting van elke gemeenschap achten de leden van de werkgroep geen belemmering voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten, aangezien het loon in ieder geval ten laste komt van het privé-vermogen van de echtgenoot-

werkgever, ook al kan het soms zijn, dat het voor een deel weer naar hem terugvloeit.

Een derde eis is het moeilijkst om nader te bepalen; deze is dat er ondanks de huwelijksband een gezagsverhouding bestaat. Ondanks een grote verscheidenheid in formuleringen bestaat er, met uitzondering van enkele schrijvers¹⁰, bij doctrine¹¹ en rechtspraak¹² in grote lijnen eenstemmigheid over de inhoud van het begrip ondergeschiktheid en de betekenis ervan voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De indruk bestaat, dat de auteur van de Memorie van Toelichting zich met name op Levenbach¹³ en Koopmans¹⁴ oriënteert als hij opmerkt, dat de ondergeschiktheid in beginsel niet meer betekent 'dan de bevoegdheid van de werkgever om eenzijdig de te verrichten werkzaamheden, van welke bij de overeenkomst altijd iets van te voren onbepaald blijft, nader te omlijnen'. Men zou ook kunnen overwegen de formulering van de Hoge Raad te volgen en te spreken over opdrachten en aanwijzingen waarbij men aanneemt dat reeds de enkele bevoegdheid tot het geven van opdrachten en aanwijzingen ondergeschiktheid met zich brengt. Ook al zijn de werkzaamheden die worden verricht niet als huwelijksverplichtingen te kenmerken en al worden er opdrachten en aanwijzingen gegeven, toch blijft de vraag of de werkzaamheden nu voortvloeien uit de huwelijksband dan wel een voldoende zakelijke basis daarbuiten hebben.

Het lijkt het meest aangewezen hier aansluiting te zoeken bij de rechtspraak over andere familieverhoudingen, met name die tussen ouders en kinderen.¹⁵ Uit deze rechtspraak blijkt een tendens om de vraag van de andere kant te benaderen en geen gezagsverhouding aan te nemen als het familieverband in de arbeidsverhouding overweegt. Dit laatste wordt dan beoordeeld aan de hand van de vraag of de omstandigheden en voorwaarden waaronder gewerkt wordt vergelijkbaar zijn met die, welke voor een vreemde kracht zouden hebben gegolden. Factoren als te laag, of juist te hoog, loon, afwijken de arbeidstijden, afwijkende vakantieduur, die meestal redelijk kenbaar zijn, vormen dan de aanknopingspunten voor de beslissing. Ontbreken dergelijke afwijkingen, en is het algemeen beeld zó, dat een vreemde kracht op gelijke wijze werkzaam zou zijn, dan kan van een arbeidscontract worden uitgegaan.

Gevolgen voor het arbeidsovereenkomstrecht

Indien tussen echtgenoten een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, brengt dit met zich mee, dat alle bepalingen uit het arbeidsovereenkomstenrecht op die arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor bepalingen uit andere wetten die van toepassing zijn in geval van arbeidsovereenkomst. Dit betekent, dat echtgenoten ten opzichte van elkaar bijvoorbeeld recht hebben op minimumloon, ontslagbescherming en, als op de arbeidsovereenkomst een cao van toepassing is, op cao-loon.

Waar enerzijds voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst de eis wordt gesteld, dat de echtgenoot de arbeid verricht als ware hij of zij een

vreemde kracht, kan er anderzijds geen uitzondering worden gemaakt bij de toepassing van de beschermende bepalingen uit het arbeidsovereenkomstenrecht. Het argument, dat echtgenoten ten opzichte van elkaar minder bescherming nodig zouden hebben moge in normale omstandigheden van kracht zijn, in geval van echtscheiding bijvoorbeeld ligt een en ander geheel verschillend. De grote vrijheid van de rechter in het beoordelen van feitelijke omstandigheden blijkt ook hier onontbeerlijk. Het ligt voor de hand dat de rechter het probleem zal ontmoeten welk geloof hij moet hechten aan de verklaringen van de echtgenoten.

De werkgroep is van mening, dat het belang voor echtgenoten van het antwoord op de vraag of er tussen hen een arbeidsovereenkomst bestaat eerder dan in het arbeidsovereenkomstenrecht is gelegen in het sociale verzekeringsrecht en het fiscale recht.¹⁶ Op de gevolgen van het wegvallen van artikel 1637i BW voor deze twee rechtsgebieden wordt hieronder ingegaan.

Gevolgen voor de sociale verzekeringen

Voor de sociale werknemersverzekeringen neemt de Centrale Raad van Beroep thans aan, dat het verbod van artikel 1637i BW eraan in de weg staat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten aan te nemen. Ook hier zal het wegvallen van dat verbod geen aanleiding zijn te concluderen, dat a contrario nu alle gevallen waarin de ene echtgenoot voor de ander arbeid verricht die meer is dan krachtens huwelijksverplichting wordt verricht, voor de toepassing van sociale verzekeringswetten als arbeidsovereenkomsten moeten worden aangemerkt. Veeleer valt te verwachten dat de Centrale Raad van Beroep zijn benadering van andere familierelaties ook op de arbeidsverhouding tussen echtgenoten zal toepassen.

Deze benadering is als volgt te schetsen, dat de Raad bij de vader/zoon relatie uitgaat van de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, tenzij de omstandigheden duidelijk in tegenovergestelde richting wijzen. Meestal zal dat niet het geval zijn. In de meer algemene relatie kinderen/ouders hanteert de Centrale Raad van Beroep een sterk feitelijk criterium dat vooral daarin bestaat, dat beslissend is of de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht vergelijkbaar zijn met die waaronder vreemde krachten werken.

Aangezien de Centrale Raad van Beroep voor met een dienstbetrekking gelijk te stellen arbeidsverhoudingen dezelfde criteria toepast valt ook in die gevallen hetzelfde resultaat te verwachten.

In de gevallen die volgens de hiervoor genoemde criteria als arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangemerkt levert de toepassing van de Werkloosheidswet moeilijkheden op. Er rijzen vragen als: kan van de ene echtgenoot redelijkerwijs worden gevergd te protesteren tegen een beëindiging van de dienstbetrekking door de andere echtgenoot; wanneer is er plicht tot loonbetaling en welke waarde moet men hechten aan verklaringen van de ene echtgenoot betreffende het ontslag van de andere?¹⁷

Gevolgen op fiscaal-juridisch gebied

Voor het fiscale recht geldt het gezin als eenheid van draagkracht. In de persoon van de man als gezinshoofd wordt het gezin belast tenzij er sprake is van rolwisseling tussen de partners. De aftrekregeling voor vrouwenarbeid van 1962 had ten doel de fiscale remmen op arbeid buitenshuis voor de vrouw weg te nemen. Begin 1973 werd de vrouw onderworpen aan zelfstandige heffing van inkomstenbelasting uit tegenwoordige arbeid. Haar vrije voet bleef evenwel aanzienlijk lager dan die van haar man. Dit werd reden om de winst-toerekeningsregeling te herzien voor die gevallen dat in de onderneming van de man weinig of geen winst wordt gemaakt.¹⁸

Bij ongewijzigd beleid valt te verwachten, dat de belastingwetgever zal gaan reageren op de mogelijkheid van inkomstenoverdracht van de man naar de in zijn dienst zijnde echtgenote omdat inbreuk wordt gemaakt op de draagkrachttheorie ten aanzien van het gezin. In dit verband past vermelding, dat Frankrijk en Duitsland het systeem van volledige inkomensplitsing kennen. Dit houdt in, dat van een echtpaar de inkomens van man en vrouw worden samengeteld, door twee gedeeld en de uitkomst daarvan voor ieder de echtgenoten naar het ongehuwdentarief wordt belast.

Slotsom

De werkgroep is van oordeel, dat er geen redenen bestaan het verbod van arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nog in de wet te handhaven.

De rechtspraktijk zal met criteria moeten werken om uit te maken in welke gevallen zich wel en in welke gevallen zich niet een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten voordoet. De werkgroep heeft geprobeerd die criteria aan te geven.

Zowel in het arbeidsovereenkomstenrecht als bij de toepassing van sociale verzekeringswetten zal de praktijk leren wat men van echtgenoten ten opzichte van elkaar redelijkerwijs mag verlangen.

Sommige deelnemers merkten op dat noch in de toelichting bij het ontwerp noch in bovenstaande beschouwing was duidelijk gemaakt, welk maatschappelijk nut de opheffing van het verbod van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten heeft. Zij konden zich bovendien niet aan de indruk onttrekken dat bovenstaande beschouwing enerzijds de opheffing van het verbod als onvermijdelijk aanvaardt, anderzijds de rechter tracht aan te praten de consequenties daarvan zo beperkt mogelijk te houden. Het leek hun beter de wet op dit punt niet te wijzigen, teneinde de taak van de wetgever niet naar de rechter te verleggen.

De subgroep die § 3 heeft opgesteld, heeft daartegen het volgende aangevoerd.

Waar het gaat om een verbodsbepaling die beoogt de contractsvrijheid te beperken lijkt het onjuist om bij een voorstel tot afschaffing van een dergelijke bepaling de eis te stellen, dat aan die afschaffing een maatschappelijk nut verbonden moet zijn. Veeleer zou een dergelijke eis op zijn plaats zijn als zou zijn voorgesteld deze bepaling in de wet te handhaven. De vraag is daarom slechts of een opheffing van artikel 1637i wellicht op bezwaren stuit. De subgroep heeft aan die vraag uitgebreid aandacht besteed.

Het is niet de bedoeling, dat de rechter nu de taak krijgt opgelegd de gevolgen van de opheffing van het verbod zo klein mogelijk te houden. De rechter heeft slechts de taak om bij geschil daarover te oordelen waar de arbeidsovereenkomst ophoudt en het huwelijk begint. Het kan niet worden ontkend, dat de taak van de rechter wordt uitgebreid. Er zal jurisprudentie bijkomen. Maar dat is de prijs die voor contractsvrijheid moet worden betaald.

Het komt voor en het mag voorkomen, dat echtgenoten naast de huwelijksrelatie nog een andere verhouding met elkaar hebben daarin bestaande, dat de een in dienst van de ander voor deze werkzaamheden verricht. Voor die relatie moet een vorm worden gevonden. Een uitzondering op het verbod van artikel 1637i BW is daarom in ieder geval gewenst. Het is, eenmaal zover gekomen, eleganter het verbod dan ook helemaal af te schaffen en de rechter de opdracht te geven uit te maken wanneer het een of het ander aanwezig is dan de verbodsbepaling te handhaven en de uitzonderingen te gaan omschrijven.

§ 4. DE REGELING VAN DE DIRECTE ACTIE IN ARTIKEL 7.11.15 NBW

Artikel 7.11.15 NBW luidt:

‘ARTIKEL 15. 1. Tenzij bij de collectieve arbeidsovereenkomst anders is bepaald, kan een vereniging welke een collectieve arbeidsovereenkomst heeft aangegaan, indien een der partijen bij die overeenkomst of een der leden handelt in strijd met de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, vergoeding vorderen niet alleen voor de schade welke zij zelve dientengevolge lijdt, doch ook voor die welke haar leden lijden.

2. Indien aan de vordering van een vereniging tot vergoeding van de door een lid geleden schade is voldaan, is dit lid niet meer gerechtigd nogmaals vergoeding van die schade te vorderen.’

In artikel 7.11.15 wordt voorgesteld een tweede lid in te voegen na het thans reeds bestaande artikel 15 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Dit artikel blijft gehandhaafd, met dien verstande, dat de mogelijkheid om er bij cao van af te wijken uit het huidige artikel 17 verdwijnt en in artikel 15 zelf wordt opgenomen. Artikel 15 heeft betrekking op de mogelijkheid voor de werknemersvakvereniging krachtens eigen recht schadevergoeding te vorderen niet alleen voor de schade die zij zelf lijdt maar ook voor de schade die haar leden lijden.

Thans wordt voorgesteld in een tweede lid te bepalen, dat indien aan de vordering van een vakvereniging tot vergoeding van de door een lid geleden schade is voldaan, dit lid niet meer gerechtigd is nogmaals vergoeding van die schade te vorderen.

De mogelijkheid voor de vakvereniging om krachtens eigen recht schadevergoeding te vorderen werd in 1927 in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen teneinde de vakvereniging de mogelijkheid te bieden zelfstandig de naleving van de collectieve arbeidsovereenkomst af te dwingen in die gevallen dat haar individuele leden dit achterwege zouden laten uit vrees voor tegenmaatregelen van de zijde van de werkgever. Bovendien werd gedacht aan die gevallen waarin de leden schade zouden lijden zonder dat zou kunnen worden aangegeven welk individueel lid deze schade ondervond. Denkbaar is ook, dat de vordering van de vakvereniging slechts kleine bedragen per lid/werknemer zou betreffen.

Een verplichting tot afdracht aan de leden van de op deze wijze verkregen schadevergoeding werd niet ingevoerd. Zij werd ook geacht niet altijd te passen, bijvoorbeeld in die gevallen waarin het lid had geweigerd aan de vordering mee te werken.

Het bezwaar dat de memorie van toelichting tegen de huidige bepaling aanvoert is, dat in een bepaald geval cumulatie van vorderingen mogelijk is ter zake van dezelfde schade. Indien namelijk de vereniging als eerste schadevergoeding vordert maar deze niet afdraagt aan het lid, blijft diens schade bestaan en daarmee ook diens mogelijkheid vergoeding van deze schade te vorderen. De werkgever loopt de kans dubbel te moeten boeten voor het niet naleven van de cao.¹ Het omgekeerde kan zich intussen niet voordoen. Indien het lid als eerste schadevergoeding ontvangt ziet de vakvereniging daarmee haar titel verloren gaan.

Met uitzondering van Mannoury² zijn de schrijvers het erover eens, dat cumulatie van vorderingen dreigt³. In het hiernavolgende zal daarom worden ingegaan op de argumenten die Mannoury aanvoert.

Is artikel 7.11.15, lid 2, noodzakelijk?

Mannoury⁴ zet uiteen, dat bij wanprestatie door de werkgever er de keuze is tussen een vordering tot nakoming en een actie tot schadevergoeding. Ten onrechte betreft hij de vordering tot nakoming vervolgens in zijn beschouwingen over artikel 15 Wet cao. Artikel 15 heeft immers slechts betrekking op schadevergoeding.

De werkgroep kan Mannoury wel volgen in zijn opmerking, dat vorderingen tot schadevergoeding wegens het niet (tijdig) betalen van loon nauwelijks praktische betekenis hebben aangezien de vakvereniging haar vordering beperkt ziet door artikel 1286 BW tot de kosten, schaden en interessen die voortvloeien uit het te laat betalen van het verschuldigde. Maar die geringe betekenis is er slechts in het geval dat schadevergoeding wordt gevorderd in samenhang met een vordering tot het nakomen van de verschuldigde prestatie. Dit is echter één van de keuzemogelijkheden. Het kan ook voorkomen dat niet de nakoming plus schadevergoeding, maar alleen vervangende schadevergoeding wordt gevorderd.⁵ Die is dan zo groot als de som van de prestatie die geleverd had moeten worden en de schade die door het te laat presteren ontstaan is. Eiser mag immers niet in een minder gunstige vermogenspositie geraken dan hij geweest zou zijn indien er tijdig gepresteerd ware.⁶

Welnu, in het geval dat de vakvereniging uit eigen recht vordert, zal zij niet nakoming en schadevergoeding vorderen maar slechts schadevergoeding. Deze treedt in plaats van de verschuldigde prestatie. De opmerking van Mannoury moge daarom zin hebben bij een van de keuzemogelijkheden van de werknemer, voor de vordering die de vakvereniging instelt treft zij geen doel. En om die laatste vordering gaat het hier.

Bezwaren heeft de werkgroep tegen de opmerking van Mannoury, dat het begrip schadevergoeding reeds op zichzelf uitsluit, dat dezelfde schade tweemaal vergoed wordt aangezien schade, die vergoed is, geen schade meer is. Juist voor het geval de vakvereniging eerder vordert dan het lid gaat deze stelling niet op. Indien de vakvereniging de aldus verkregen schadevergoeding

niet aan het lid afdraagt bestaat de schade van het lid nog.

Evenmin kan de werkgroep zich verenigen met de door Mannoury uitgesproken gedachte, dat de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst in artikel 15 de vakvereniging en de werknemer/lid tot solidaire schuldeisers zou maken. Hoofdelijkheid ontstaat òfwel uit overeenkomst, òfwel uit de wet. Maar de wet schept slechts passieve hoofdelijkheid.⁷ Er zijn althans geen gevallen bekend, dat de wet actieve hoofdelijkheid schept. De werkgroep aarzelt daarom hier actieve hoofdelijkheid aan te nemen en geeft de voorkeur aan de zekerheid van een nieuwe wetsbepaling. Weliswaar neemt Asser-Rutten⁸ aan, dat in gevallen van toevallige samenloop de bepalingen met betrekking tot hoofdelijkheid analogisch mogen worden toegepast indien het resultaat redelijk is, maar ook dit vindt de werkgroep een te smalle basis om tegen het voorgestelde artikel 15, lid 2, ten strijde te trekken.

*Is meer bescherming nodig van leden
ten opzichte van de vereniging?*

Ten aanzien van de inhoud van artikel 7.11.15, lid 2, veroorlooft de werkgroep zich enkele opmerkingen. Zij vraagt zich af of het achterwege blijven van een verplichting van de vakvereniging tot afdracht aan het lid welks schade zij met succes van de werkgever heeft gevorderd onder bepaalde omstandigheden niet kan inhouden, dat de werknemer bescherming gaat behoeven ten opzichte van de vakvereniging waarbij hij zich heeft aangesloten. Indien de vakvereniging namelijk de schadevergoeding eerder heeft gevorderd dan de werknemer zelf, vist deze met zijn vordering volgens de nieuwe bepaling achter het net.*

Hieraan zou kunnen worden tegemoetgekomen door het invoegen van de bepaling, dat de vakvereniging haar vordering eerst mag instellen na het verstrijken van een bepaalde termijn. Gedurende deze tijd is de werknemer in de gelegenheid om, desnoods met de hulp van zijn vakvereniging, de schadevergoedingsvordering zelf in te stellen. Men zou ook kunnen overwegen voor de vakvereniging de verplichting in te voeren om, alvorens de vordering tegen de werkgever in te stellen, de werknemer/lid daarvan op de hoogte te brengen opdat deze kan overwegen alsnog zijn vordering in te stellen. De werkgroep is overigens van mening dat een en ander zo'n vaart niet zal lopen aangezien een vakvereniging die er dergelijke praktijken op na gaat houden spoedig aan werfkracht zou inboeten.

* Deze verplichting tot afdracht vloeit voor zover de werkgroep kon nagaan ook niet op zich voort uit het algemene verbintenissenrecht of het verenigingsrecht.

Slotsom

De werkgroep komt tot de slotsom, dat een bepaling als voorgesteld in artikel 7.11.15, lid 2, op haar plaats is. Zij is van oordeel, dat het wellicht wenselijk is, de bepaling uit te breiden met enige bescherming van het lid ten opzichte van de vakvereniging.

§ 5. HET BEGRIP ARBEIDSOVEREENKOMST VAN ARTIKEL 7.10.1.1 NBW EN DE BEIDE VERMOEDENS VAN DE LEDEN 2 EN 3

Artikel 1637a BW luidt: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst, waarbij de eene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de ander partij, den werkgever, tegen loon gedurende zekeren tijd arbeid te verrichten.'

Artikel 1637c BW luidt: 'Indien eene overeenkomst de kenmerken bevat van eene arbeidsovereenkomst en van eenige andere soort van overeenkomst, zullen zoowel de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst als die betreffende de andere soort van overeenkomst, welker kenmerken zij mede bevat, van toepassing zijn; in geval van strijd tusschen deze bepalingen zullen die der arbeidsovereenkomst van toepassing zijn.'

Indien eene aanneming van werk door meerdere soortgelijke overeenkomsten, zij het ook telkens met eenigen tusschentijd, is gevolgd, of indien het, bij het aangaan eener aanneming van werk, blijkbaar in de bedoeling van partijen ligt meerdere dergelijke overeenkomsten aan te gaan, in dier voege, dat de verschillende aannemingen te zamen als eene arbeidsovereenkomst kunnen worden beschouwd, zullen de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst op deze overeenkomsten gezamenlijk en op elke harer afzonderlijk, met uitsluiting van de bepalingen der zesde afdeeling van dezen titel, van toepassing zijn. Is evenwel in een dergelijk geval de eerste overeenkomst bij wijze van proef aangegaan, dan zal deze geacht worden haren aard van aanneming van werk te hebben behouden en zullen de bepalingen der zesde afdeeling op haar van toepassing zijn.'

Artikel 7.10.1.1 NBW luidt:

'ARTIKEL 1. 1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon arbeid te verrichten.

2. Hij die ter plaatse waar iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent, onder leiding tegen beloning arbeid verricht, die gewoonlijk in een zodanig beroep of bedrijf wordt verricht, wordt vermoed met die persoon een arbeidsovereenkomst te hebben gesloten.

3. Hij die ten behoeve van een ander gedurende drie maanden of langer een zelfde soort van arbeid verricht, wordt vermoed de arbeid in diens dienst te verrichten.'

Artikel 6.5.1.4, eerste lid, NBW luidt:

'Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de

wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing.'

De arbeidsovereenkomst

Met betrekking tot artikel 1, lid 1, dat een definitie van het begrip arbeidsovereenkomst geeft, is de werkgroep niet tot een eenstemmig oordeel kunnen komen.

Een deel van de werkgroep is van mening dat in deze definitie ten onrechte nog te veel wordt vastgehouden aan een te traditionele opvatting van het karakter van de arbeidsovereenkomst, die inmiddels in de moderne tijd niet houdbaar meer is en die op grond van reeds oudere doch vooral ook recente literatuur zelfs geen steun vindt bij de oorspronkelijke opzet van de wet op de arbeidsovereenkomst. Zij vinden dat de woorden 'in dienst van' in de rechtspraak te éénzijdig als gezagsverhouding geduid worden.¹

Aangezien een nieuw BW geconcipieerd wordt met het doel om de rechtsverhouding op langere termijn voor de toekomst opnieuw te preciseren, is dit deel van de groep van mening dat de zich aftekenende doorbreking van de bestaande opvattingen in de definitie van de arbeidsovereenkomst tot uitdrukking moet worden gebracht.

Daarbij staat voor dit deel van de groep het feit dat in de nieuwe tekst de woorden 'in dienst van' gehandhaafd blijven, centraal. Men is van mening dat deze woorden, die de weerspiegeling zijn van de persoonlijke onderschikking van de arbeider, bij een arbeidsovereenkomst niet meer overeenstemmen met het feit, dat de gezagsverhouding in de loop der jaren, geheel afgezien nog van de vraag of zij ooit wel in alle gevallen in absolute zin heeft gegolden, een steeds betrekkelijker karakter heeft gekregen.²

De toenemende mate waarin aan de werknemers buiten de bepalingen van het BW om medezeggenschap wordt toegekend en het feit dat men de arbeidsrelatie in een onderneming meer en meer in het kader van een bedrijfs-gemeenschap is gaan zien geven deze opvatting nog een extra reliëf.

De woorden 'in dienst van' passen niet meer in de huidige visie op de arbeidsovereenkomst en zij zullen dat in de toekomst nog minder doen.

Geconfronteerd met de verwerping van de term 'in dienst van' stonden deze leden van de werkgroep voor de noodzaak om een beschrijving te vinden, die het huidige karakter van de arbeidsovereenkomst in hun visie beter recht doet.

Zij pleiten er voor om in de definitie de woorden '... waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, arbeid te verrichten', te vervangen door de woorden '... waarbij de ene partij, de arbeider, zich ter beschikking stelt van de andere partij, de werkgever ...'.

Bij een — overigens zeer summier — onderzoek of uit een dergelijke

wijziging wezenlijke conflicten met andere wetten of wetsbepalingen voortvloeien is niet gebleken dat dit het geval is.

Inherent aan de hier weergegeven visie is het handhaven van de woorden 'gedurende zekere tijd'. De ontwerper heeft deze in art. 1637a voorkomende woorden weggelaten, omdat de tijdsduur, aldus de toelichting, als zelfstandig kenmerk werkelijk onderscheidende kracht mist.

Het in artikel 1637a omschreven tijdselement is, naar het oordeel van de hier aan het woord zijnde leden der werkgroep, nu juist het kenmerkende waarin de arbeidsovereenkomst zich ten opzichte van de aanneming van werk en de dienstverrichting of opdracht onderscheidt, wanneer men de doorslaggevende betekenis van de persoonlijke onderschikking terzijde schuift.

Bij de arbeidsovereenkomst stelt men zichzelf ter beschikking van de werkgever om gedurende zekere tijd arbeid te verrichten; bij de aanneming van werk en de opdracht gaat het primair om het werk, respectievelijk de dienst en speelt het tijdselement een ondergeschikte rol.

De handhaving van het tijdselement brengt niet automatisch een vereiste van duurzaamheid met zich mede. Ook een arbeidsovereenkomst voor een korte periode wordt gekenmerkt door een tijdsbepaling; hetzelfde geldt voor een arbeidsovereenkomst met een naar de tijd intermitterend karakter.

Daartegenover worden echter tal van figuren die thans in het kader van de gezagsverhouding niet onder de arbeidsovereenkomst vallen of op zijn minst twijfel oproepen (de filiaalhouder, de thuiswerker, de artiest) onder de definitie van de arbeidsovereenkomst gebracht, hetgeen realistischer is dan de huidige toestand waarbij met allerlei casuïstische situaties op een bepaalde wijze moet worden gemanipuleerd. Door het stellen van eventuele minimale eisen waaraan de tijdsduur dient te voldoen kan gezorgd worden dat arbeidsverhoudingen die onder het begrip arbeidsovereenkomst niet thuis horen (gelegenheidsarbeid) worden uitgesloten.

Een ander deel van de werkgroep sluit zich aan bij de definitie zoals die thans in het NBW wordt gegeven. Deze leden menen dat de eerste groep er te veel van uitgaat dat een definitie een programmatisch karakter heeft.

De gezagsverhouding bij de arbeidsovereenkomst is een zo ingeburgerd begrip, dat dit deel van de groep de noodzaak en de wenselijkheid om dit thans los te laten betwijfelt. Deze noodzaak zou wellicht te verdedigen zijn, als de jurisprudentie en de praktijk zich niet aan de veranderende maatschappelijke omstandigheden zouden kunnen aanpassen. Tot nu toe is echter niet gebleken, dat de betrekkelijkheid van het begrip gezagsverhouding niet op adequate wijze in de praktijk kan worden verdisconteerd. De loondienstverhouding van een directeur-aandeelhouder in een n.v., of van een arts of specialist in dienst van een bedrijfsvereniging of een ziekenhuis, levert voor de jurisprudentie geen moeilijkheden op, terwijl zij toch de gezagsverhouding voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst centraal stelt. De hier aan het woord zijnde leden van de groep achten het niet wenselijk om uitdrukke-

lijk een kernelement aan de definitie van de arbeidsovereenkomst te ontnemen, nu blijkt dat de jurisprudentie dit punt weliswaar centraal stelt, maar zij daarmee toch met de vereiste souplesse heeft weten te opereren.

Deze leden zijn er bovendien niet van overtuigd dat de vervanging van de woorden 'in dienst van' door 'ter beschikking stellen van' geen nieuwe problemen zal oproepen.

Weliswaar is men bij het summiere onderzoek niet onmiddellijk op dergelijke problemen gestuit, doch er moet ernstig gevreesd worden dat men het gehele terrein niet volledig en deugdelijk in zijn samenhang kan overzien. Het begrip arbeidsovereenkomst is een integrerend bestanddeel van onze gehele wetgeving en het staat voor deze leden onvoldoende vast dat een wijziging van de definitie elders niet tot nieuwe problemen zal leiden. De ervaring leert, dat de consequenties van dergelijke wijzigingen pas blijken als men er in de praktijk mee gaat werken. Dan zou wel eens kunnen blijken dat een wijziging meer problemen oproept dan zij oplost, of in elk geval de bekende problemen in een nieuw kader weer voor zich uitschuift, hetgeen temeer te betreuren zou zijn daar men in de huidige wetgeving³ en jurisprudentie nu juist op redelijke wijze met de huidige stand van zaken heeft leren leven.

Ook de invoering c.q. het accentueren van het tijdselement lost in feite niets op. De voorstanders van de andere definitie hebben er reeds op gewezen dat men de accentuering van dit tijdselement in ieder geval wel wat zal moeten relativeren, omdat het niet gewenst is dat alle bepalingen omtrent de arbeidsovereenkomst (bijv. ontslagvergunningen, sociale verzekering) van toepassing zouden zijn als men zichzelf gedurende een korte tijd ter beschikking van een ander stelt.

De thans aan het woord zijnde leden zijn van mening dat daarmee de zaak weer op losse schroeven wordt gesteld, omdat de grens tussen wat wel en wat niet onder een zeer korte tijd moet worden verstaan bezwaarlijk te trekken valt. Voor de problematiek van de gelegenheidsarbeid en de incidentele arbeid⁴ wordt de zaak er niet duidelijker op, terwijl bijv. ten opzichte van de z.g.n. free-lance arbeid waarschijnlijk nieuwe moeilijkheden worden gecreëerd.

Onder de genoemde omstandigheden prefereren deze leden dan ook om de beproefde definitie, waarbij het tijdselement kan worden weggelaten, te continueren en achten zij onnodige en riskante, immers in hun consequenties onoverzienbare, experimenten voorhands niet verstandig.

Sommige deelnemers vroegen zich af of thans reeds het juiste ogenblik is aangebroken voor een wijziging als wordt voorgesteld. Er dient te worden uitgegaan van de overweging, dat ter gelegenheid van de invoering van boek 7 NBW slechts de huidige stand van zaken met betrekking tot de opvattingen in het arbeidsrecht dient te worden neergelegd. De ondergeschiktheid als onderdeel van de omschrijving van

de arbeidsovereenkomst is thans nog tezeer gemeengoed, dan dat van een werkelijke verandering van opvattingen op dit punt nu reeds kan worden gesproken.

Voorts kan men twijfel koesteren omtrent de hier voorgestelde nieuwe formulering. De aanvankelijke omschrijving uit het ontwerp-Drucker luidde, dat de werknemer slechts zijn arbeidskracht aan de werkgever ter beschikking stelde. Deze omschrijving is evenwel niet in de uiteindelijke wettekst opgenomen en wel om twee redenen. Er bestond het bezwaar tegen, dat de arbeidskracht zozeer met de persoon van de werknemer verbonden is, dat er niet afzonderlijk over kan worden beschikt. Ook werd aangevoerd, dat door deze omschrijving van de arbeidsovereenkomst er niet meer voldoende onderscheid mogelijk zou zijn tussen aanneming van werk en arbeidsovereenkomst. Men heeft toen gekozen voor 'in dienst van'. De thans voorgestelde formulering — zo vervolgen de aan het woord zijnde deelnemers — is in het geheel niet vrij van het element ondergeschiktheid. Die ligt immers besloten in het begrip 'zich ter beschikking stellen van'. Die gevolgtrekking is reeds in 1907 gemaakt. Verder beperkt deze omschrijving zich niet tot de arbeidsovereenkomst. De vraag rijst bijvoorbeeld, wat het onderscheid zou zijn tussen een aldus gedefinieerde arbeidsovereenkomst met een maximum duur, bijvoorbeeld tot een bepaald werkstuk klaar is, en de opdracht tot het vervaardigen van een zodanig werkstuk. Bedacht moet worden dat zowel aanneming van werk als opdracht zich in hun omschrijving afzetten tegen die van de arbeidsovereenkomst. Dat is kennelijk geschied vanuit de overweging, dat met name de arbeidsovereenkomst scherp kan worden omlijnd.

Als een van de argumenten voor de opvatting, dat een nieuwe formulering van artikel 1637a BW gewenst is, wordt genoemd de omstandigheid, dat aan de werknemers — buiten de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW om — steeds meer medezeggenschap wordt toegekend. Dit argument is echter omkeerbaar in die zin, dat juist het bestaan van die medezeggenschap zijn oorzaak en rechtvaardiging vindt in de ondergeschiktheidspositie waarin zich de werknemer ten opzichte van zijn werkgever bevindt. Met andere woorden: medezeggenschap is een reactie op ondergeschiktheid. Het lijkt daarom riskant het verwijderen van de ondergeschiktheid uit de definitie van de arbeidsovereenkomst met dit argument te bepleiten. Men geeft daarmee in wezen een instituut dat zich nog steeds ontwikkelt prijs zonder de

garantie te hebben, dat wat men ermee wint — een omschrijving van de arbeidsovereenkomst waarin het element ondergeschiktheid ontbreekt — de basis zal worden voor een maatschappelijke werkelijkheid die zich kenmerkt door een gelijkheid van kontraktspartijen. Een wijziging als is voorgesteld moet daarom worden ontraden.

Enkele andere deelnemers brachten het volgende naar voren.

Uitgaande van de strekking van het arbeidsrecht in zijn geheel, n.l. bescherming van de economisch afhankelijke arbeider⁵, zou het begrip arbeidsovereenkomst op dezelfde wijze omgrensd kunnen worden als in de sociale verzekering.⁶ Deze omgrenzingen komen er in feite op neer dat arbeidsverhoudingen voor personen die juridisch-technisch net niet onder een arbeidsovereenkomst vallen, maar in economische zin daarmee vergelijkbaar zijn, mede onder het werknemerschap worden betrokken.

In navolging van art. 5-d Z.W., W.A.O., K.W.L., art. 4-d W.L.B., en art. 4-e W.W. en de daarop stoelende A.M.v.B. d.d. 14-12-'73 S 627 zou de volgende formule 'ter beperking' voor het begrip arbeidsovereenkomst genomen kunnen worden:

Niet als dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst wordt beschouwd de arbeidsverhouding van degene wiens arbeid:

a. voor hem een bijkomstige werkzaamheid is, hetgeen hieruit kan blijken dat hij niet meer dan $\frac{2}{5}$ van de normale werktijd aan deze arbeid besteedt per week dan wel gedurende een periode van ten hoogste een maand per jaar arbeid verricht dan wel doorgaans over een maand minder dan $\frac{2}{5}$ van het min. loon (etc.) verdient; of:

b. wordt verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep.

Door deze formule, gekoppeld aan de relativering van het gezagsvereiste, zou een grotere eenheid in het begrip werknemer in het arbeidsrecht bevorderd worden.

De in de leden 2 en 3 van artikel 7.10.1.1 neergelegde vermoedens van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

De aanleiding voor het opnemen van deze bepalingen wordt, aldus de Toelichting, gevormd door de moeilijkheden die in de praktijk het bewijs van de ondergeschiktheid in grensgevallen oplevert. Voorts wordt het wenselijk geacht 'voor een aantal feitelijke situaties waarin maatschappelijk gewoonlijk een arbeidsovereenkomst aanwezig is doch degeen (gewoonlijk de arbeider) die de bescherming van de wettelijke regeling wil inroepen de juridische grondslag door onvoldoende duidelijkheid van of onzekerheid over de afspraken niet aantonen kan, een wederlegbaar rechtsvermoeden in de wet op te nemen.'⁷

Artikel 7.10.1.1, lid 2 heeft betrekking op die gevallen waarin een persoon zich door middel van uitzending en/of uitlening ter beschikking stelt van een derde om — veelal tijdelijk — arbeid te verrichten. De rechtsverhouding tussen partijen is hier veelal niet duidelijk.

Artikel 7.10.1.1 lid 3 heeft betrekking op een aantal categorieën arbeidsverrichters bij wie de vraag wat de aard van hun rechtsbetrekking tot de ander was, nogal wat niet-eensluidende jurisprudentie heeft opgeleverd.⁸ Voor dat deel van de werkgroep dat verruiming van het begrip arbeidsovereenkomst bepleit door het element 'in dienst van' te vervangen door 'zich ter beschikking stellen van' zijn de bepalingen overbodig. Indien betwist wordt dat de juridische basis van de arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is zou de rechter volgens de opvattingen van deze leden de arbeidsverhouding moeten kunnen toetsen aan een aantal criteria waaronder ook het ondergeschiktheids criterium. Op zichzelf behoeft de afwezigheid van ondergeschiktheid nog niet tot de conclusie te leiden dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁹

Het andere deel van de werkgroep, dat zich aansluit bij de definitie van de arbeidsovereenkomst zoals in het NBW voorgesteld, heeft geen bezwaar tegen opneming van rechtsvermoedens, al is het moeilijk te overzien wat in de toekomst de betekenis van deze bepalingen voor de praktijk zal zijn.

Het wettelijk vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst werkt ten gunste van de personen, die ter plaatse waar iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent onder leiding tegen beloning arbeid verrichten, die gewoonlijk in een zodanig bedrijf of beroep wordt verricht (lid 2), of die ten behoeve van een ander gedurende drie maanden of langer eenzelfde soort van arbeid verrichten (lid 3).

Ook de rechter is aan dit wettelijk vermoeden gebonden. Pas indien een der partijen dit vermoeden aanvecht door bijv. het bewijs te leveren van het bestaan van een andere rechtssituatie, wijkt dit rechtsvermoeden. Tegenbewijs tegen weerlegbare vermoedens is op dezelfde voet toegelaten als tegen feitelijke of rechterlijke vermoedens.¹⁰

Artikel 1637c BW is niet meer in het ontwerp opgenomen. Voor wat

betreft het eerste lid van dit artikel wordt verwezen naar artikel 6.5.1.4 NBW, waar het onderwerp van de gemengde contracten, die de kenmerken van twee of meer benoemde overeenkomsten in zich verenigen, in het algemeen geregeld is. Wellicht houdt het opnemen van de leden 2 en 3 verband met het schrappen van het tweede lid van artikel 1637c BW, afgezien wat ook de betekenis van deze bepaling is geweest. De Toelichting verwijst ook wel kort naar het vage van deze bepaling maar voert als enig motief voor het niet meer opnemen aan, dat in de omschrijving van aanneming van werk in artikel 7.12.1 nu uitdrukkelijk het element 'buiten dienstbetrekking' is opgenomen.¹¹

Het vermoeden neergelegd in artikel 1637c tweede lid BW is niet weerlegbaar, het is een bepaling van materieel recht en het beperkt zich tot de gelijkstelling van een serie aannemingsovereenkomsten met een arbeidsovereenkomst.¹² Daarentegen omvat lid 3 van artikel 7.10.1.1 NBW veel meer categorieën arbeidsverrichters.

Willen deze bepalingen aan hun doelstellingen beantwoorden, nl. om de bescherming van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst ook toe te kennen aan de arbeidsverrichters aangeduid in lid 2 en 3, kan het bijna niet anders dan dat de rechter ook andere factoren, naast het element ondergeschiktheid, in zijn oordeelsvorming zal betrekken. Dit geldt in sterkere mate voor het vermoeden van lid 3 omdat juist voor die situaties een wettelijk vermoeden in de wet is opgenomen vanwege het moeilijk aannemelijk maken of de onzekerheid van het element van ondergeschiktheid. Slechts de duurzaamheid van de relatie doet hier het bestaan van ondergeschiktheid vermoeden.

§ 6. DE REGELING VAN DE OPDRACHT IN BOEK 7 TITEL 7 NBW

De artikelen 7.7.1.1, 10 en 14 NBW luiden:

‘ARTIKEL 1. Opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking verrichtingen te doen, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een stoffelijk werk, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren van personen of zaken.

ARTIKEL 10. 1. Een opdracht eindigt met haar volbrenging of op het door partijen of het gebruik bepaalde tijdstip.

2. Ieder der partijen kan te allen tijde de opdracht door opzegging doen eindigen. Een hiermede strijdig beding is nietig.

3. Tenzij het tegendeel is bedongen, is ieder der partijen bevoegd een opdracht door opzegging regelmatig te doen eindigen, mits met inachtneming van een opzeggingstermijn indien dit uit de overeenkomst voortvloeit.

ARTIKEL 14. Wanneer de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht, en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging, heeft de opdrachtnemer niettemin recht:

a. op het volle loon, indien de opdrachtgever de overeenkomst door opzegging onregelmatig heeft beëindigd of de overeenkomst op grond van een aan de opdrachtgever toe te rekenen tekortkoming is ontbonden; dit onverminderd een uit andere regelingen voortvloeiend recht op vergoeding van schade. De rechter kan het bedrag van het loon verminderen, wanneer door toekenning van het volle loon de opdrachtnemer in onredelijke mate zou worden bevoordeeld;

b. op een in verband met de reeds verrichte werkzaamheden naar billijkheid vast te stellen deel van het loon, indien de opdracht van rechtswege eindigt door de dood van de opdrachtgever of enige andere hem persoonlijk betreffende omstandigheid;

c. op het onder b genoemde deel van het loon, maar ten hoogste tot het voordeel dat de opdrachtgever van de reeds verrichte werkzaamheden heeft, in alle overige gevallen van tussentijdse beëindiging.’

Daar een volledige behandeling van boek 7 titel 7 de discussie te ver buiten het arbeidsrecht zou voeren heeft de werkgroep gemeend slechts enkele problemen te moeten aansnijden.

De algemene regels van het ontwerp zijn volgens de Toelichting¹ niet bedoeld voor de aanneming van werk, de vervoerovereenkomst, de bewaarneming, en het uitgeven van werken, omdat deze categorieën zozeer een eigen karakter hebben, dat daarvoor afzonderlijke regelingen gewenst zouden zijn.

De werkgroep is van mening dat de afbakening van de opdracht van de hierboven genoemde categorieën willekeurig is. Op zijn hoogst is daarvoor uit oogpunt van traditie iets te zeggen. Het is zeer moeilijk een grens te trekken tussen overeenkomsten die een stoffelijke prestatie en overeenkomsten die een onstoffelijke prestatie tot onderwerp hebben of enig ander criterium aan te leggen. Voorts kunnen de overeenkomsten die dienstbetoon tot onderwerp hebben onderling sterk verschillen. Men denke daarbij onder meer aan overeenkomsten die gericht zijn op een bepaalde reeks van prestaties over een bepaald tijdvak en aan overeenkomsten die een enkele verrichting tot onderwerp hebben. De werkgroep ziet dan ook geen reden de categorieën, die in artikel 7.7.1.1 zijn uitgezonderd, uit te sluiten. Men stelt voor deze onder de opdracht te brengen.

De werkgroep kan zich verenigen met een algemene regeling van de opdracht, alhoewel de zin van sommige artikelen uit de eerste titel wordt betwifteld.²

De werkgroep is van mening dat een afzonderlijke regeling van de lastgeving, de bemiddelingsovereenkomst en de agentuurovereenkomst volstrekt willekeurig is.³ Sommigen vragen zich af of er geen bepalingen moeten worden opgenomen voor de andere categorieën overeenkomsten van dienstbetoon.

De opdracht wordt gedefinieerd als een overeenkomst, waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking verrichtingen te doen ...

Volgens de Toelichting⁴ bevat de omschrijving een positief en een negatief element. De prestatie moet uit een verrichting bestaan en er mag tussen de opdrachtgever en -nemer geen ondergeschiktheid zijn. Het laatste criterium geeft volgens de Toelichting het onderscheid aan met de arbeidsovereenkomst.

Met Schoordijk en Brunner is de werkgroep van mening dat dit criterium zeer zwak is. In dit verband kan men zich afvragen of het wel juist is dat art. 1637c lid 2 BW is vervallen.

Tenslotte heeft de werkgroep zich gebogen over de regeling met betrekking tot de beëindiging van de opdracht. Artikel 7.7.1.10 bepaalt dat de opdracht eindigt door volbrenging of op het door partijen of gebruik bepaalde tijdstip. Bij de duurovereenkomst is er vaak geen sprake van volbrenging, zodat deze overeenkomsten eindigen op het overeengekomen of door het gebruik bepaalde tijdstip. Hoe nu als te dien aanzien niets is overeengekomen en het gebruik partijen in de steek laat? De werkgroep acht het gewenst dat ten aanzien van de beëindiging van duurovereenkomsten een betere regeling wordt getroffen.

Artikel 7.7.1.14 geeft een regeling betreffende de verschuldigdheid van loon bij beëindiging voordat de overeenkomst is volbracht. Ook hier mist de werkgroep een regeling voor overeenkomsten die niet door volbrenging eindigen. Bovendien kan men de vraag stellen of deze bepaling wel billijk is. Gesteld dat een opdrachtnemer opdracht krijgt een beeld te vervaardigen en de overeenkomst vóór de volbrenging regelmatig wordt beëindigd. Het beeld kan uiteraard niet door een andere kunstenaar worden afgemaakt. Volgens artikel 7.7.1.14 onderdeel c zou aan de kunstenaar slechts de waarde van de steenklomp vergoed behoeven te worden. Brunner⁵, die hier ook reeds de vinger op legde, stelt voor onderdeel c aldus te redigeren:

c. in alle overige gevallen van tussentijdse beëindiging op een beloning naar billijkheid rekening houdende met het voordeel dat de opdrachtgever van de reeds verrichte werkzaamheden heeft, de oorzaak en de wijze van beëindiging en de aard van de opdracht.

De werkgroep kan zich met de door Brunner gegeven oplossing verenigen.

§ 7. DE REGELING VAN HET STRAFSCHORSINGSBEDING IN ARTIKEL 7.10.1.7 NBW

Artikel 7.10.1.7 NBW luidt:

‘ARTIKEL 7. 1. Een bevoegdheid van de werkgever om de arbeider bij wijze van straf te schorsen kan slechts volgen uit een arbeidsreglement of een schriftelijke overeenkomst.

2. In het arbeidsreglement of de overeenkomst moeten de voorschriften op welker overtreding de straf van schorsing is gesteld, alsmede de duur van de daarvoor gestelde schorsing bepaaldelijk worden aangegeven.

3. De duur van een schorsing van een arbeider zonder behoud van recht op zijn loon mag ten hoogste twee dagen bedragen. De duur van de gezamenlijke schorsing zonder behoud van loon wegens overtredingen die binnen een week ter kennis van de werkgever zijn gekomen of redelijkerwijze hadden kunnen komen, mag niet langer zijn.

4. De bevoegdheid van de werkgever tot schorsing vervalt door verloop van dertig dagen, te rekenen van de dag dat de overtreding ter kennis van de werkgever is gekomen of redelijkerwijze had kunnen komen.

5. Ter zake van hetzelfde feit kan niet naast een schorsing een boete worden opgelegd.

6. Van dit artikel kan slechts worden afgeweken bij collectieve arbeids-overeenkomst of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan.’

Een eerste vraag die met betrekking tot deze bepaling gesteld kan worden is wat de reden geweest is om dit onderwerp, dat in het BW niet expliciteit is geregeld, nu wel te regelen. De toelichting op het artikel is op dit punt wel zeer summier, waar deze slechts stelt dat er ‘aanleiding (bestaat) om thans verder te gaan en ook regelen te stellen over de schorsing, al dan niet met behoud van loon, als disciplinaire maatregel’, zonder dat verder wordt aangegeven waarin deze aanleiding gelegen is.

a. Men zou zich kunnen afvragen of het huidige BW schorsing hetzij met, hetzij zonder behoud van loon misschien niet toelaat of deze mogelijkheid ernstig beperkt, en of dit wellicht de aanleiding geweest is om in het NBW een ruimere schorsingsbevoegdheid op te nemen.

In het BW zijn geen bepalingen aan te wijzen op grond waarvan schorsing *met behoud van loon* ontoelaatbaar zou zijn, noch bepalingen op grond waarvan aan een zodanige bevoegdheid van de werkgever beperkingen zouden worden gesteld, behoudens uiteraard de artikelen 1638z en 1374 BW.

Ten aanzien van schorsing *zonder behoud van loon* rijst de vraag of deze bevoegdheid van de werkgever verenigbaar is met of beperkt wordt door artikel 1638d BW, inhoudende dat een arbeider zijn aanspraak op loon niet verliest, indien hij bereid is arbeid te verrichten en de werkgever daarvan geen gebruik maakt 'hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van, hem persoonlijk betreffende, toevallige verhindering'. Is er in geval van schorsing als straf wellicht sprake van deze, in artikel 1638d BW omschreven, omstandigheid?

De literatuur (Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 10e druk, blz. 104; Asser-Kamphuisen, derde druk, blz. 375) komt inderdaad tot deze conclusie. Op grond van het tweede lid van artikel 1638d BW is het evenwel mogelijk dat bij schriftelijke overeenkomst of arbeidsreglement wordt afgeweken; het huidige BW verzet zich derhalve niet tegen schorsing bij wijze van straf zonder behoud van loon, mits de bevoegdheid daartoe bij schriftelijke overeenkomst of arbeidsreglement is vastgelegd. Waar nu artikel 7.10.1.7 NBW dezelfde vormvereisten stelt, kan niet aangenomen worden dat het NBW de mogelijkheid van schorsing als straf zonder behoud van loon verruimt.

b. Wel kan aan de opname van dit artikel de bedoeling ten grondslag hebben gelegen, de strafschorsingsbevoegdheid van de werkgever verder te beperken, en wel in twee opzichten. Ten eerste wordt de mogelijkheid van schorsing bij wijze van straf met behoud van loon beperkt. Men kan zich afvragen wat de voordelen hiervan zijn. Ten tweede zijn, in het voetspoor van de regeling van het boetebeding (artikel 7.10.1.6 NBW), verdere beperkende voorschriften met betrekking tot schorsing als straf zonder behoud van loon opgenomen.

c. Overigens zij erop gewezen dat, indien de strafschorsingsbevoegdheid *niet* expliciet in het NBW zou worden geregeld, deze bevoegdheid tot schorsing zonder behoud van loon ten opzichte van de nu onder het BW bestaande situatie zou worden beperkt, doordat van artikel 7.10.3.8 NBW (de pendant van artikel 1638d BW) nog slechts kan worden afgeweken bij cao, en niet meer bij schriftelijke arbeidsovereenkomst of arbeidsreglement.

Vormt artikel 8 BBA een beletsel om tot schorsing als straf over te gaan? Deze bepaling beoogt te voorkomen dat het loon van een arbeider een onaantvaardbare vermindering zou ondergaan ten gevolge van een verkorting van de werktijd. Zij kan derhalve slechts een rol spelen a. ingeval het gaat om schorsing met inhouding van loon, b. ingeval de betrokken arbeider geen vast week- of maandloon heeft. In de literatuur (Dienke, *Buitengewoon arbeidsrecht*, 5e druk, blz. 80; v.d. Grinten/Haakman, *Buitengewoon arbeidsrecht*, 4e druk, blz. 67) wordt gesteld dat er geen sprake is van een door artikel 8 BBA verboden verkorting van arbeidstijd, indien een arbeider onder toepassing van arbeidsovereenkomst of arbeidsreglement wordt geschorst. Het is niet waarschijnlijk dat in deze interpretatie van artikel 8 BBA wijziging zal worden gebracht na invoering van boek 7 van het NBW.

Deze interpretatie van art. 8 BBA werd door verscheidene deelnemers bestreden. Indien art. 8 van het publiekrechtelijk BBA een zelfstandige functie heeft, zoals door de HR in 1952 aan art. 1638*d* BW is gegeven, is schorsing zonder behoud van loon, ook al is art. 1638*d* BW uitgesloten, niet mogelijk wegens strijd met art. 8 BBA.

Art. 8 BBA heeft volgens de aan het woord zijnde deelnemers immers een zelfstandige functie naast art. 1638*d* BW. Volgens de HR van 14 maart 1952 NJ 1952, 173 betekent het hebben van een vergunning niet dat daarmee art. 1638*d* zijn betekenis heeft verloren. Het omgekeerde is dan ook zo. Art. 8 BBA geeft immers een loongarantie. Volgens de opvatting van Haakman en Van der Grinten verliest art. 8 BBA zijn betekenis, indien bij overeenkomst of reglement van art. 1638*d* is afgeweken. Het lijkt onmogelijk, dat bij overeenkomst publiekrecht buiten werking kan worden gesteld.

Nadere beschouwing van de verschillende leden van artikel 7.10.1.7 NBW – aldus de werkgroep – leidt tot de vraag in hoeverre de bepaling van het tweede lid, dat in reglement of overeenkomst de voorschriften op welke overtreding de straf van schorsing is gesteld ‘bepaaldelijk’ moeten worden aangegeven, de schorsingsbevoegdheid van de werkgever beperkt. Kan als zodanig voorschrift ook worden aangewezen bijv. artikel 7.10.1.8 inhoudend dat een arbeider in het algemeen verplicht is zich als een goed arbeider te gedragen?

Een vergelijkbaar probleem speelt met betrekking tot de regeling van het boetebeding (artikel 1637*u* BW, artikel 7.10.1.6 NBW), waar eveneens sprake is van ‘bepaaldelijk aangeduide voorschriften’. De jurisprudentie over artikel 1637*u* BW geeft echter geen aanwijzing voor de oplossing van het probleem. Uit de literatuur kan slechts een uitspraak van Mannoury worden vermeld (J. Mannoury, Boetestsels in het kader van de wet op de arbeidsovereenkomst, SMA 1959, blz. 777), dat een bepaling, inhoudende een boetestelling op het doen of nalaten van iets dat een goed personeelslid in overeenkomstige omstandigheden niet behoort te doen of na te laten, te onbeaald en derhalve nietig is.

Indien deze opvatting – welke de werkgroep geneigd is te delen – juist is, bestaat er wel een discrepantie tussen de strafschoringsregeling in het NBW en de rechtspositieregeling voor ambtenaren zoals deze is neergelegd in het Algemeen Rijksambtenarenreglement: op grond van laatstgenoemde regeling kan een ambtenaar disciplinair gestraft worden met ‘schorsing voor een bepaalde tijd met gehele of gedeeltelijke inhouding van bezoldiging’ wegens ‘het doen en nalaten van iets, hetwelk een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen’ (artikel 80, eerste en tweede lid; artikel 81, eerste lid, onder *k*, ARAR).

Anderzijds lijkt het overdreven te verlangen dat de voorschriften op welke overtreding de straf van schorsing wordt gesteld, geheel gespecificeerd moeten worden, zodat niet met een aanduiding per categorie zou kunnen worden volstaan. Al bij al rijst de vraag: hoe bepaald is 'bepaaldeijk'?

Ten aanzien van de bepaling vervat in artikel 7.10.1.7, derde lid, tweede volzin (de duur van de gezamenlijke schorsingen zonder behoud van loon wegens overtredingen die binnen een week ter kennis van de werkgever zijn gekomen of redelijkerwijs hadden kunnen komen mag niet langer zijn dan 2 dagen) is de vraag gerezen waarom is gekozen voor het moment waarop de overtreding ter kennis van de werkgever is gekomen of redelijkerwijs had kunnen komen, en niet bijv. voor het moment van de feitelijke overtreding.

Deze formulering komt ook voor in artikel 7.10.1.6 inzake het boetebeding, doch niet in artikel 1637u BW. Dit laatste artikel bepaalt: binnen een week mag aan een arbeider geen hogere boete worden opgelegd dan zijn in geld vastgesteld loon voor één dag. Dit artikel laat derhalve in de tekst de mogelijkheid open dat de werkgever voor gelijktijdig te zijner kennis gekomen overtredingen in verschillende weken een boete oplegt.

Desalniettemin stelt de toelichting op artikel 7.10.1.6 dat het ontwerp tracht tot een duidelijker formulering van de boeteregeling te komen, doch dat de materiële wijzigingen beperkt zijn. Dit zou impliceren dat artikel 1637u BW op dit punt diende te worden uitgelegd als in artikel 7.10.1.6, derde lid, nauwkeuriger omschreven.

Mannoury (o.c. blz. 778) onderschrijft deze opvatting, waar hij met betrekking tot artikel 1637u BW stelt: 'Wil men aan deze bepaling de zin geven die zij klaarblijkelijk heeft, die van een bescherming van de arbeider tegen een geheel wegbeboeten van het loon, dan zal men haar aldus moeten lezen dat wegens binnen één week aan het daglicht gekomen overtredingen nimmer meer dan één dag loon aan boeten kan worden opgelegd.'

Een analoog motief ligt ten grondslag aan de formulering van artikel 7.10.1.7, derde lid, tweede volzin. Immers, zou het maximum van de straf worden gebonden aan hetgeen binnen een week in strijd met de voorschriften wordt gedaan of nagelaten, dan zou dit de, voor de werknemer ongunstige, consequentie hebben dat een achteraf geconstateerde, zich over verschillende weken uitstrekkende, overtreding van de voorschriften alsnog bestraft zou kunnen worden met schorsing zonder behoud van loon voor een aantal dagen dat de 2 te boven gaat. Aan de in het ontwerp gekozen opzet kleeft dit nadeel niet.

§ 8. BEPALINGEN BETREFFENDE PENSIOEN IN ARTIKEL 7.10.4.6 NBW

Artikel 7.10.4.6 NBW luidt:

‘ARTIKEL 6. 1. Onder pensioen wordt zowel ouderdoms- als invaliditeits-, weduwe- en wezenpensioen verstaan.

2. Een toezegging omtrent pensioen dat door de werkgever of door een derde zal worden voldaan, wordt niet als loon beschouwd.

3. Een pensioentoezegging wordt geacht te zijn geschied zodra twee periodieke uitkeringen hebben plaatsgevonden, tenzij uit de omstandigheden moet worden afgeleid dat een werkgever niet de bedoeling had om een pensioen te verlenen.

4. Op de pensioenen waarop dit artikel betrekking heeft, vindt artikel 7.10.3.18 overeenkomstige toepassing voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald.’

Artikel 7.10.3.18 NBW luidt:

‘ARTIKEL 18. 1. Beslag onder de werkgever op het door deze aan de arbeider verschuldigde loon is, indien het in geld vastgesteld loon een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag niet te boven gaat, niet verder geldig dan tot een vijfde gedeelte van het in geld vastgesteld loon. Is het in geld vastgesteld loon hoger dan genoemd bedrag, dan is ten aanzien van dit bedrag beslag evenzeer slechts tot een vijfde gedeelte geldig en is op het meerdere beslag onbeperkt toegelaten.

2. De in het vorige lid gestelde beperking is niet van toepassing indien het beslag dient tot verhaal van levensonderhoud waarop hij te wiens behoefte het beslag wordt gelegd, volgens de wet aanspraak heeft. Echter kan degene op wiens loon is beslag gelegd, de kantonrechter verzoeken, het beslag slechts op een gedeelte van het loon toe te laten; de kantonrechter besluit, rekening houdend met hetgeen de arbeider voor zijn onderhoud en dat van de overige van hem afhankelijke personen nodig heeft.

3. Overdracht, inpandgeving of elke andere handeling waardoor de arbeider enig recht op zijn loon aan een derde toekent, is slechts in zover geldig als een beslag op zijn loon geldig zou zijn.

4. Wijziging van het volgens lid 1 bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde bedrag tast niet de geldigheid aan van een vóór de inwerkingtreding van die wijziging gelegd beslag, gedane vordering ingevolge artikel 7 van de wet van 22 mei 1845, Stb. 22, verrichte overdracht of inpandgeving of van

enige andere handeling waardoor de arbeider enig recht op zijn loon aan een derde heeft toegekend. Indien vóór de inwerkingtreding van die wijziging een vordering ingevolge artikel 7 van de wet van 22 mei 1845 rechtsgeldig is gedaan en deze vordering wordt vervolgd door een executoriaal beslag op het loon, is ter berekening van het voor dit beslag vatbare gedeelte van het loon van toepassing de tekst van de algemene maatregel van bestuur zoals deze luidde vóór de wijziging.

5. Een volmacht tot invordering van het loon is slechts geldig indien zij schriftelijk is verleend. Zij is steeds herroepelijk.

6. Een beding, strijdig met enige bepaling van dit artikel, is nietig.'

Met betrekking tot pensioen kent het huidige BW slechts een bepaling inzake inhouding van premie voor een pensioenverzekering, namelijk in artikel 1637s, waarin zodanige inhouding is uitgezonderd van het verbod om een regeling te treffen ter zake van besteding van het loon. Dit artikel is overgebracht naar artikel 7.10.3.3 NBW.

Een belangrijke publiekrechtelijke regeling omtrent pensioenen van werknemers op arbeidsovereenkomst is neergelegd in de Pensioen- en Spaarfondsenwet van 15 mei 1952, Stb. 275. Deze wet verplicht de werkgever niet een pensioenvoorziening voor zijn werknemers in het leven te roepen. Doet hij echter een pensioentoezegging, dan moet hij aan een aantal normen voldoen, welke vooral beogen dat de eenmaal voor pensioen bestemde gelden, later inderdaad daarvoor worden gebruikt. De regeling is niet van toepassing op een pensioentoezegging, gedaan bij of na de opzegging van de dienstbetrekking, en op een pensioentoezegging aan huishoudelijk personeel in dienst van een particulier.

Eveneens van publiekrechtelijke aard is de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds van 17 maart 1949, Stb. J 121. Krachtens deze wet kan de Minister van Sociale Zaken, op verzoek van een naar zijn oordeel voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak, het deelnemen in het bedrijfspensioenfonds voor alle of bepaalde groepen van bedrijfsgenoten verplicht stellen.

Daarnaast verdient te worden vermeld dat er sedert 1969 door werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid wordt onderhandeld over een verplichte landelijke pensioenregeling voor in beginsel alle werknemers. Op grond van de tot dusverre gevoerde onderhandelingen kan worden verwacht dat op middellange termijn een landelijke regeling tot stand zal komen.

Voor beoefenaars van zelfstandige beroepen zijn beroepspensioenfonds in het leven geroepen. De deelneming in een dergelijk fonds kan verplicht worden gesteld op grond van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling van 29 juni 1972, Stb. 400. Dit is inmiddels gebeurd met de pensioenregelingen voor huisartsen, tandartsen, medische specialisten en apothekers.

Ten slotte moge hier worden gewezen op de Algemene Ouderdomswet van 31 mei 1956, Stb. 281, en de Algemene Weduwen- en Wezenwet van 9 april 1959, Stb. 138. Deze belangrijke 'bodenvoorzieningen' gelden voor alle ingezetenen.

Met inbegrip van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (voor ambtenaren en daarmee gelijkgestellten) en met uitsluiting van de beroepspensioenfonds, particuliere polissen en de fiscale oudedagsreserves voor zelfstandigen, geldt naar schatting per ultimo 1974 voor ca. 80% van het aantal gezinnen in Nederland een pensioenvoorziening als aanvulling op de bodenvoorzieningen van AOW en AWW. Na invoering van de algemene pensioenwet voor werknemers zal, mede gelet op de zich uitbreidende beroepspensioenvoorzieningen en het inkrimpend aantal zelfstandigen, het aantal van degenen die uitsluitend zijn aangewezen op de AOW en AWW verder dalen.

De vraag is welke rol artikel 7.10.4.6 naast dit alles kan vervullen. Het belangrijkste onderdeel is het derde lid, dat aan het feit dat een werkgever twee periodieke uitkeringen heeft gedaan, het rechtsvermoeden verbindt dat een pensioentoezegging is gedaan, 'tenzij uit de omstandigheden moet worden afgeleid dat hij niet de bedoeling had om pensioen te verlenen'.

Om verschillende redenen is het te betwijfelen of het wel wenselijk is deze bepaling in het NBW op te nemen.

1. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de bepaling weinig duidelijk is. Wat betekent het dat een pensioentoezegging geacht wordt te zijn geschied? Er worden in het NBW niet uitdrukkelijk juridische gevolgen aan verbonden. De bij het artikel gegeven toelichting geeft geen helder beeld van de bedoeling. Er wordt verwezen naar artikel 6.1.1.3, handelend over de natuurlijke verbintenis, en artikel 6.1.1.5, handelend over de toezegging om niet van een prestatie, tot het verrichten waarvan men krachtens een natuurlijke verbintenis gehouden is. Wellicht wordt met het derde lid van het pensioenartikel bedoeld dat de natuurlijke verbintenis ter voldoening waaraan de uitkeringen zijn gedaan, na twee periodieke uitkeringen rechtens afdwingbaar is geworden. Kort gezegd: de werkgever die twee periodieke uitkeringen heeft gedaan, moet ermee doorgaan.

Verscheidene deelnemers gaven blijk van een andere zienswijze. Het derde lid, aldus deze leden, geeft een vermoeden van het bestaan van een toezegging. Volgens de memorie van toelichting ontstaat een juridisch afdwingbare verbintenis, doordat de natuurlijke verbintenis zoals geregeld in artikel 6.1.1.3 door de betaling wordt omgezet in een civiele verbintenis, zoals geregeld in artikel 6.1.1.5.

Hoe men — aldus wederom de werkgroep — bij slechts twee uitkeringen op verschillende tijdstippen kan spreken over periodieke uitkeringen, is niet goed

voorstelbaar, tenzij in het begrip 'periodieke uitkeringen' besloten ligt, dat bij het doen van de uitkeringen, bijv. op het giroformulier, werd verwezen naar een periode ('uitkering over de maand ...' of 'uitkering over het jaar ...').

Is de bepaling ook van toepassing, indien de perioden verschillend zijn of de bedragen uiteenlopen?

Wat zal voorts de rechter beschouwen als omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de werkgever niet de bedoeling had om pensioen te verlenen? Hierbij kan dan nog de vraag worden gesteld of met pensioen verlenen iets anders is bedoeld dan met een pensioentoezegging. Als hetzelfde bedoeld is, zou toch ook dezelfde uitdrukking dienen te worden gebruikt.

2. De regeling werkt zowel ten aanzien van werknemers op wie het bovenbedoelde pensioenbestel voor werknemers van toepassing is, resp. zal zijn (algemene pensioenregeling voor werknemers) als ten aanzien van de werknemers die daarbuiten blijven.

Wat de eersten betreft zou het pensioenartikel een aanvulling zijn op het resultaat van overleg tussen werkgevers en werknemers en de verwerking daarvan door de wetgever. Het onduidelijke artikel wil dan nog iets meer over de streep halen. Dit lijkt een weinig gelukkige correctie op het bipartite overleg, uitmondend in wetgeving, reglementen en wellicht afspraken tussen uitvoeringsorganen.

Ook wat betreft degenen die buiten bovenbedoeld pensioenbestel blijven, is het een vraag of het zo gelukkig is dat het NBW hun een helpende hand wil reiken. Men moet er immers van uitgaan dat, indien de algemene pensioenregeling een of meer categorieën uitzondert, de wetgever daar gegronde redenen voor heeft.

3. Betreft de door de wet vermoede pensioentoezegging nog in dienst zijnde werknemers van een onderneming, dan is daarop de Pensioen- en Spaarfondsenwet van toepassing. Gaat het om een toezegging na ontslag — het ligt voor de hand hier te denken aan huishoudelijk personeel van een particulier, dat bovendien als zodanig niet onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet valt — dan geldt die waarborg niet, zodat de continuïteit van het pensioen afhankelijk is van de solvabiliteit van de vroegere werkgever of zijn erfgenamen, resp. hun bereidheid de erfenis met die last te aanvaarden. De hulp die het NBW zou bieden, is dus zwak.

4. Belangrijker nog dan het voorgaande is het feit dat van de onderhavige bepaling een negatieve werking zou kunnen uitgaan. Het is denkbaar dat een werkgever, uit vrees voor de consequentie die deze bepaling — en dat op een wijze waarvan de grenzen niet goed zichtbaar zijn — voor hemzelf en zijn erfgenamen aan het doen van twee uitkeringen verbindt, het bij een eenmalige uitkering zal laten.

Gezien het bovenstaande is het niet uitgesloten dat het derde lid van het pensioenartikel meer kwaad dan goed zou doen.

Ten slotte, de wenselijkheid van de bepaling wordt in de toelichting niet beargumenteerd, doch eenvoudig gesteld en wel als volgt. Er wordt gewezen

op het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 1940, Weekblad van het Recht 1941, nr. 61, waarbij werd beslist dat enkel maar betaling van een uitkering gedurende zekere tijd geen voldoende grond was om de omzetting in een blijvende verplichting aan te nemen, zodat de werkgever de tot dusver gegeven uitkering weer kon stopzetten. In de toelichting op het NBW wordt dan opgemerkt dat deze onder het huidige burgerlijk wetboek naar positief recht sterke conclusie niet bevredigt. Dat onder de bepalingen van afdeling 6.1.1 van het ontwerp een zelfde interpretatie zou worden gegeven, dient uitdrukkelijk uitgesloten te worden. Aldus de toelichting.

Over de drie overige leden van het pensioenartikel kan het volgende worden opgemerkt.

Om de opsomming van de soorten pensioen, vervat in het eerste lid compleet te maken, zou er het weduwnaarspensioen aan moeten worden toegevoegd.

Het tweede lid bepaalt dat een pensioentoezegging niet als loon wordt beschouwd. Het in de toelichting hiervoor gegeven motief is dat de bepalingen over loon in het NBW — evenals die in het huidige BW — niet op 'pensioentoezeggingen' passen. De toelichting gebruikt hier incorrect de woorden 'pensioen' en 'pensioentoezegging' als waren het synoniemen. Hetgeen aan het loonbegrip onttrokken moet worden, is het pensioen en de aanspraak daarop, niet de toezegging, zijnde de rechtscheppende handeling van de werkgever. Het tweede lid zou dan ook beter kunnen luiden:

'2. Pensioen dat door de werkgever of door een derde wordt uitbetaald, of een aanspraak daarop wordt niet als loon beschouwd.'

Het vierde lid bepaalt dat op pensioenen waarop het pensioenartikel betrekking heeft beslag is toegelaten zoals op loon, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald. Het maximale beslag dat volgens artikel 32 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet op de in dat artikel bedoelde pensioenen is toegestaan, is beduidend lager. Het invoeren van deze ongelijkheid is weinig gelukkig. De toelichting suggereert dat de Pensioen- en Spaarfondsenwet, die op dit punt bij de ontwikkelingen van de pensioenvoorzieningen is achtergebleven, aan de regeling voor het loonbeslag zou moeten worden aangepast. Daardoor zou het bezwaar van de ongelijkheid vervallen.

De aanhef van artikel 32, eerste lid, van de Pensioen- en Spaarfondsenwet luidt: 'Beslag op pensioen of een aanspraak op pensioen, voor zover niet bij of krachtens een andere wet anders geregeld is'. Daar het begrip pensioen in artikel 7.10.4.6 NBW en het begrip pensioen in artikel 32 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet elkaar niet uitsluiten, kunnen beide bepalingen van toepassing zijn op een zelfde pensioen. Doordat beide bepalingen aan elkaar de voorrang geven, ontstaat er een impasse, die b.v. kan worden opgelost door schrapping van artikel 32, eerste lid, van de Pensioen- en Spaarfondsenwet.

NOTEN BIJ § 3

1. De memorie van toelichting bij het voorontwerp reageert op de argumenten tegen een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten die bij het totstandkomen van de wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 en sindsdien voor het bestaan van artikel 1637i BW zijn aangevoerd:
 - De opvatting dat de voor een arbeidsovereenkomst vereiste ondergeschiktheid niet te rijmen zou zijn met de voor het huwelijk wezenlijke gelijkheid althans de karakteristieke verhouding van man en vrouw, overspant het ondergeschiktheidselement in de arbeidsovereenkomst. Dat betekent in beginsel niet meer dan de bevoegdheid van de werkgever éézijdig de te verrichten werkzaamheden nader te omlijnen.
 - De moeilijkheden die door het opheffen van het verbod kunnen ontstaan op het gebied van het huwelijksgoederenrecht, het tweede motief dat bij de totstandkoming van het artikel en sindsdien voor het voortbestaan ervan is aangevoerd, dienen aldaar te worden opgelost.
- De verdere argumenten uit de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp zijn:
 - Een duidelijke arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten op dezelfde wijze als tussen personen die niet met elkaar gehuwd zijn laat zich zeer wel denken.
 - De arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten voldoet soms aan een maatschappelijke behoefte.
 - Het verbod wordt thans wel omzeild door het oprichten van éénmans n.v.'s.
 - In het Franse en Duitse recht wordt de bestaanbaarheid van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten erkend.
 - Niet gewilde complicaties op het terrein van de sociale verzekeringen dienen in die sfeer te worden opgelost.
2. Zie bijvoorbeeld P. W. Kamphuisen, *De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst* 1956, blz. 89 en volgende. W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 10e druk blz. 17.
3. T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, academisch proefschrift 1962, nr. 143 en volgende, blz. 206.
4. Op 1 juli 1975 is bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend met betrekking tot het minimumkapitaal van n.v.'s en b.v.'s. Hierin wordt voorgesteld een minimumkapitaal van f 25.000,— verplicht te stellen teneinde het lichtvaardig oprichten van n.v.'s en b.v.'s te voorkomen. Bijlagen Hand. II nr. 13483.
5. G. A. Camerlynck, *Traité Droit du Travail*, 1968 blz. 57 en volgende; De arbeidsovereenkomst in het Franse recht volgens het recht der deelnemende staten van de EGKS 1964, blz. 416 en volgende. Koopmans nr. 144, blz. 209.
6. G. Boldt, *De arbeidsovereenkomst in het Duitse recht*, in de eerder genoemde EGKS-bundel, blz. 282 en volgende.
7. A. Nikisch, *Arbeitsrecht*, 1961, blz. 111 en volgende.
8. A. Hueck Nipperdey, *Arbeitsrecht*, 1963, blz. 52 en volgende.
9. In de verhouding tussen ouders en kinderen zijn volgens H.R. 27-2-1952 NJ 1953/362 zelfs prestaties in het bedrijf mogelijk, zonder dat daaraan een arbeidscontract of een ander contract ten grondslag ligt.
10. Met name F. J. H. M. van der Ven in *Evolutie in de loondienstverhouding in: Aspecten van Arbeidsrecht*. Zie ook P. Zonderland in zijn inleiding tot *Modern Arbeidsrecht*.
11. Zie noot 2 t.a.p. resp. blz. 71 en volgende en H. L. Bakels/ L. Opheikens, *Schets van het Nederlandse Arbeidsrecht*, 2e druk blz. 34.
12. Hoge Raad 11-11-1949, NJ 1950-40; 30-3-1955, NJ 1955-341; 1-12-1961, NJ 1962-79; 27-3-1974, B.N.B. 1974-103.

13. M. G. Levenbach, *De arbeidsovereenkomst in het Nederlandse recht*, in de eerder vermelde EGKS-bundel, blz. 694.
14. Koopmans nr. 65 en volgende in het bijzonder nr. 77 blz. 105.
15. H.R. 6-10-1954, B.N.B. 1954/321; H.R. 30-3-1955, B.N.B. 1955/186; H.R. 26-9-1956, B.N.B. 1956/293, AB 1956, p. 777. Uit de uitgebreide rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep: RSV 1961/176; RSV 1973/202; RSV 1974/134; RSV 1974/314.
16. G. A. Camerlynck, *Traité du Droit de Travail*, blz. 57: 'Mais le statut de travailleur salarié comporte sur le plan social des avantages manifestes, notamment au regard de la Sécurité sociale et du fisc'.
17. Voor de toepassing van de Wet Werkloosheidvoorziening gelden dezelfde bezwaren.
18. Resolutie 19-6-1974 B.N.B. 1974-196.

NOTEN BIJ § 4

1. Voorzover bekend heeft het geval zich in de praktijk nooit voorgedaan.
2. J. Mannoury, *Praktijkids*, 1971, blz. 4 en volgende.
3. Zie P. W. Kamphuisen, *De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst*, 1956, blz. 40 en volgende. M. G. Levenbach, *R.B.A.* XX, nummer 11, blz. 29.
4. Zie noot 2.
5. Asser-Rutten I (*De Verbintenissen in het algemeen*), 1973, blz. 154; Hofmann-Van Opstal, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, 1959, blz. 74.
6. Asser-Rutten t.a.p. blz. 186; Pitlo, *Verbintenissenrecht*, 1964 blz. 63.
7. Asser-Rutten, t.a.p. blz. 89.
8. Asser-Rutten, t.a.p. blz. 93.

NOTEN BIJ § 5

1. F. J. H. M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn, 1972, blz. 5 e.v. T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*.
2. In: *Aspecten van Arbeidsrecht*, jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971; N. E. H. van Esveld, *Het gezagsmoment in de arbeidsovereenkomst*. F. J. H. M. van der Ven, *Evolutie in de loondienstverhouding*. Toelichting op artikel 7.10.1.1, blz. 1039.
3. Hier wordt met name gedacht aan de uitbreiding c.q. de beperking die in de sociale verzekeringswetgeving door het begrip dienstbetrekking t.o.v. het begrip arbeidsovereenkomst is gegeven.
4. Weliswaar komen allerlei rechtsverhoudingen die thans gemeenlijk niet geacht worden onder de arbeidsovereenkomst te vallen (geen gezagsverhoudingen) zoals de pianoleraar, die iemand (contractueel) voor onbepaalde tijd eenmaal per 14 dagen pianoles geeft, er in de nieuwe definitie wel onder te vallen, maar het is de vraag of dat wenselijk is.
5. Vgl. de omschrijving van 'de rechtsidee' van het arbeidsrecht door Van Esveld, o.a. in: *Nederlands recht in kort bestek*, en in zijn *De ontplooiing van het individuele in het arbeidsrecht*.

6. En in een aantal andere wetten, zoals: art. 1-e BBA '45, art. 1-d Wet op de loonvorming, art. 2 en art. 3 Wet min. loon etc. 1968.
7. Toelichting op artikel 7.10.1.1, blz. 1040 onder d.
8. Toelichting op artikel 7.10.1.1, blz. 1040, tweede en derde lid.
9. T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, 1962, blz. 155 e.v.. Als 'secundaire kenmerken' worden o.a. genoemd: Het niet-dragen van risico of de onzelfstandige economische positie van de dienstverrichter; verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting waarbij de werkgever voor een vervanger zorgt; het bestaan van een verletregeling; doorbetaling van loon bij ziekte; het toepasselijk zijn van een regeling omtrent vakantie en/of pensioen; het verrichten van arbeid, die typisch behoort tot de gewone bedrijfsarbeid van de werkgever.
10. Veegens-Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, deel 1, 1973, blz. 52 e.v.
11. Toelichting op boek 7, titel 10, blz. 1031. Bij het tot stand komen van deze bepaling had de wetgever primair de uitbanning van een aantal concrete maatschappelijke misstanden op het oog, dus was het een bepaling om ontduiking van de toepassing van de regels van de arbeidsovereenkomst tegen te gaan.
Zou de rechter indien hij moet oordelen over de rechtsbasis van de arbeidsverhouding op grond van een beroep op het vermoeden van artikel 7.10.1.1. lid. 2 of 3, geen rekening houden met de bedoeling die de wetgever had met het opnemen van deze bepalingen en slechts een arbeidsovereenkomst aannemen indien aan de vereisten daaraan gesteld is voldaan, dan zijn deze bepalingen overbodig. Bij de interpretatie die H.R. en C.R.v.B. in het verleden van artikel 1637c lid 2 gegeven hebben is dit artikel eveneens overbodig geworden. Zie T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, blz. 112 e.v.

NOTEN BIJ § 6

1. Toelichting boek 7, titel 7, blz. 985.
2. C. J. H. Brunner, De opdracht, in: *W.P.N.R.* 30 november 1974, nr. 5285, blz. 783.
H. C. F. Schoordijk, De ontwerpregeling van de opdracht in het zevende boek, Bijzonder nummer *N.J.B.* 23 juni 1973, Afl. 24A, blz. 42.
Schoordijk vraagt zich af of het sterk uiteenlopend karakter van de overeenkomsten van dienstbetoon zich niet tegen een algemene regeling verzet.
3. C. J. H. Brunner, De opdracht, in: *W.P.N.R.*, 1974, blz. 785.
4. Toelichting op boek 7, titel 7, blz. 987.
5. C. J. H. Brunner, De opdracht, in: *W.P.N.R.*, 1974, blz. 791.

