



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De cao en het schriftelijkheidsvereiste in het arbeidsrecht

Jansen, N.

DOI

[10.5553/TvO/254253152018002001005](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152018002001005)

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Ontslagrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2018). De cao en het schriftelijkheidsvereiste in het arbeidsrecht. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2018(1), 24-29. <https://doi.org/10.5553/TvO/254253152018002001005>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De cao en het schriftelijkheidsvereiste in het arbeidsrecht

mr. Niels Jansen*

1. Inleiding

Sommige bedingen in de arbeidsovereenkomst kunnen volgens de wet alleen schriftelijk worden aangegaan, zoals het eenzijdige wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), het boetebeding (art. 7:651 BW), het proeftijdbeding (art. 7:652 BW) en het concurrentiebeding (art. 7:653 BW). Daarnaast bevat de wet semidwingende bepalingen, dat wil zeggen bepalingen waarvan alleen schriftelijk ten nadele van de werknemer afgeweken kan worden, zoals de opzegtermijn van de werknemer (art. 7:672 lid 7 BW) en het behoud van loon zonder arbeid wegens een voor het risico van de werkgever komende oorzaak (art. 7:628 lid 5 BW). In het arbeidsrecht komt naast de wet en de arbeidsovereenkomst, bijzondere betekenis toe aan de cao als bron van recht.¹ De cao is een flexibel instrument dat de mogelijkheid biedt per bedrijfstak of onderneming van de wet afwijkende (of aanvullende) regelingen te treffen, met behoud van werknemersbescherming door de betrokkenheid van een vakbond bij de totstandkoming van die regelingen. In het arrest Bollemeijer/TPG² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een aan de cao gebonden werkgever ook een beroep kan doen op een in die cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht ten aanzien van ongebonden werknemers en in de literatuur is veel geschreven over de reikwijdte van het oordeel van de Hoge Raad. Ik noem de discussie over het antwoord op de vraag of voor een rechtsgeldig beroep op een afwijking van driekwartdwingend recht nodig is dat partijen daadwerkelijk overeenstemming hebben bereikt over toepasselijkheid van de cao, of die overeenstemming schriftelijk moet zijn, of partijen overeenstemming moeten hebben over de gehele cao en of ook een ongebonden werkgever een beroep kan doen op een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht.³ Over in de cao

voorkomende afwijkingen van semidwingend recht of in de cao voorkomende bedingen waarvoor op grond van de wet een schriftelijkheidsvereiste geldt, is veel minder geschreven, terwijl in verband daarmee evenzoveel interessante kwesties spelen. Eén van die kwesties is of aan het schriftelijkheidsvereiste in het arbeidsrecht is voldaan, indien een wettelijke afwijking of een bepaald beding in de cao is opgenomen. Die vraag staat centraal in deze bijdrage.

2. Algemene opvattingen in de literatuur

Een in de literatuur veel verdedigd standpunt is dat de artikelen 12 en 13 Wet CAO meebrengen dat de cao van hogere orde is dan de arbeidsovereenkomst en uit die hiërarchie vloeit voort dat in gevallen waarin de wet een schriftelijke overeenkomst eist, een regeling bij cao toereikend is om van een rechtsgeldige overeenkomst te spreken.⁴ 'Hetgeen bij arbeidsovereenkomst overeengekomen mag worden, mag a fortiori bepaald worden bij cao', aldus Duk en Bouwens.⁵

Levenbach betoogde dat met het wettelijke schriftelijkheidsvereiste de bescherming wordt beoogd van de economisch zwakkere werknemer. Hij zou niet moeten afwijken van de regels die door de wet als de meest rationele zijn vastgesteld, zonder zich daarvan goed rekenschap te hebben gegeven. De bescherming die collectief overleg met vakbonden biedt, is volgens Levenbach groter dan die van 'een zich goed rekenschap gevende' individuele werknemer en hieruit vloeit voort dat in gevallen waarin de wet een schriftelijke overeenkomst eist, een regeling bij cao toereikend is om van een rechtsgel-

* Niels Jansen is als docent/onderzoeker arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Zie ter illustratie: E.J.A. Franssen en G.J.J. Heerma van Voss, 'Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer', *SociaalRecht* 2007/11.
2. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166.
3. Zie onder meer: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 en *NJ* 2003, 153, m.nt. TK (Bollemeijer/TPG Post BV)', *ARA* 2003/2; G.C. Boot, 'Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?', *ArbeidsRecht* 2003/24;

E. Koot-van der Putte en A. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005/4; E. Verhulp, 'Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht', *SMA* 2008/91; R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht', *TAP* 2010/4.

4. M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 94; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, 24e druk, p. 38; E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1924; F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 92.
5. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, 24e druk, p. 38.

dige overeenkomst te spreken.⁶ Levenbach maakte daarbij geen onderscheid tussen gebonden en ongebonden werknemers. De bescherming van het collectief gold volgens Levenbach zowel voor leden als voor niet-leden. Hekkelman sloot zich aan bij de bevindingen van Levenbach en stelde dat de cao normen bevat die in hiërarchie van de arbeidsrechtelijke regels de bepalingen van semidwingende en driekwartdwingende wetgeving te boven gaan.⁷ Dit leidt er volgens Hekkelman toe dat een mondelinge of stilzwijgende aanvaarding door de ongeorganiseerde arbeider voldoende is om ‘gebonden’ te raken aan in de cao opgenomen bepalingen waarin van semidwingend recht is afgeweken.

Koning heeft een kanttekening geplaatst bij de hiërarchische positie van de cao. Volgens Koning is het niet vanzelfsprekend dat deze positie ook geldt voor ongebonden werknemers, omdat artikel 12 en 13 Wet CAO niet gelden voor ongebonden werknemers.⁸ Koning heeft een punt, maar dat neemt niet weg dat de hiërarchische positie van de cao ten opzichte van de individuele arbeidsovereenkomst niet alleen zijn grond vindt in artikel 12 en 13 Wet CAO, maar ook in de macht van het collectief. Gezegd kan worden dat ook de beschermende macht van het collectief meebrengt dat een cao qua hiërarchie boven het individuele arbeidscontract staat en dat die beschermende macht niet beperkt is tot gebonden werknemers, maar zich uitstrekt tot alle werknemers waarop een cao betrekking heeft, aldus Levenbach.⁹ Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de kernoverweging van de Hoge Raad in het arrest Bollemeijer/TPG.¹⁰

3. Cao's en afwijken van driekwartdwingend recht

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de ratio achter bepalingen van driekwartdwingend recht is, dat het niet bezwaarlijk is wanneer bij cao wordt afgeweken van beschermende wettelijke bepalingen, omdat de belangen van de betrokken werknemers dan toch voldoende gewaarborgd zijn.¹¹ Uitgangspunt daarbij is dat vakbonden op gelijkwaardige wijze kunnen onderhandelen met werkgevers, waarmee de machtsongelijkheid is gecompenseerd.¹² Driekwartdwingend recht biedt cao-partijen de mogelijkheid zelf (mede) inhoud te geven aan het

arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak van de betreffende regeling of meer maatwerk voor ondernemingen of bedrijfstakken.¹³ Voor driekwartdwingend recht wordt gekozen indien het gaat om belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is en er tegelijkertijd voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van de werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet.¹⁴

In het arrest Bollemeijer/TPG overwoog de Hoge Raad dat een aan de cao gebonden werkgever ook een beroep kan doen op een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht ten opzichte van een ongebonden werknemer. De Hoge Raad overwoog dat aangenomen moet worden dat ook in de bescherming van de ongebonden werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest. Dit brengt volgens de Hoge Raad onder meer mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een cao.¹⁵ Deze uitspraak heeft in de literatuur tot veel discussie geleid.¹⁶ Een bestendige lijn daarin is dat wanneer de toepasselijkheid van een cao schriftelijk is overeengekomen (denk aan een statisch of dynamisch incorporatiebeding), een aan de cao gebonden werkgever in beginsel¹⁷ een beroep kan doen op afwijkingen van driekwartdwingend recht ten opzichte van ongebonden werknemers. Vanwege de verwijzing van de Hoge Raad in zijn overwegingen naar ‘in de arbeidsovereenkomst opgenomen verwijzing naar een afwijking van driekwartdwingend recht die overeenkomt met de cao’, komt de vraag op of een werkgever ook een beroep kan doen op een afwijking van driekwartdwingend recht in de cao wanneer een schriftelijke verwijzing in de arbeidsovereenkomst ontbreekt en de toepasselijkheid van een cao (waarin de afwijking voorkomt) in

6. M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 94.
 7. G. Hekkelman, ‘De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de Wet op de C.A.O.’, *SMA* 1979/4.
 8. F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 95.
 9. M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 94.
 10. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (Bollemeijer/TPG), r.o. 3.3.
 11. *Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 9.
 12. A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, ‘Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture’, *ARA* 2011, nr. 1, p. 14.

13. *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, 1 (Notitie ‘Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht’), p. 5.
 14. *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, 1 (Notitie ‘Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht’), p. 5.
 15. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (Bollemeijer/TPG), r.o. 3.3.
 16. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwartdwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao’, *ARA* 2003/2; R.A.A. Duk, ‘Artikel 14 Wet Cao, incorporatie en driekwart dwingend recht’, *TAP* 2010/4; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO recht. Het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004; E. Koot-van der Putte & A. Bungener, ‘Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer’, *SR* 2005-1; E. Verhulp, ‘Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht?’, *SMA* 2008/2; R.M. Beltzer, ‘Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst’, *ARBAC* maart 2012; W.G.M. Plessen e.a., ‘Driekwartdwingend recht in wetsvoorstel werk en zekerheid’, in: L.C.J. Sprengers & G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA-bijdrage nr. 42), Deventer: Kluwer 2014.
 17. Wanneer de representativiteit van de vakbonden in het geding is, wordt hierover in de rechtspraak wel anders geoordeeld. Zie: Ktr. Utrecht 25 juli 2006, *RAR* 2007/24 en Ktr. Utrecht 12 december 2007, *JAR* 2008/30.

plaats daarvan mondeling of stilzwijgend is overeengekomen.

4. Het doel van het schriftelijkheidsvereiste

Bouwens heeft zich in een annotatie bij het arrest Bollemeijer/TPG op het standpunt gesteld dat een schriftelijke verwijzing naar de cao in de arbeidsovereenkomst met een ongebonden werknemer geen constitutief vereiste is voor een beroep van een aan de cao gebonden werkgever op een afwijking van driekwartdwingend recht. Bouwens heeft erop gewezen dat de Hoge Raad zwaar leunt op de ratio van bepalingen van driekwartdwingend recht, namelijk dat wettelijke bescherming niet nodig is wanneer vakorganisaties bij een afwijking betrokken zijn geweest. Doorslaggevend is aldus volgens Bouwens dat sociale partners een afwijking verantwoord hebben geacht en zulks in een cao hebben neergelegd. Daarvan uitgaand is de wijze waarop de binding aan de cao-regeling tot stand wordt gebracht van ondergeschikt belang. Er is derhalve geen reden de stilzwijgend tot stand gekomen toepasselijkheidsverklaringen anders te benaderen dan de uitdrukkelijke (schriftelijke) toepasselijkheidsverklaring, aldus Bouwens.¹⁸ Het standpunt van Bouwens wordt door Duk gedeeld.¹⁹

26

Goed verdedigbaar is aldus dat een aan de cao gebonden werkgever een beroep kan doen op een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht zonder dat voor de toepasselijkheid van de cao een schriftelijke bevestiging in de arbeidsovereenkomst nodig is. Met betrekking tot afwijkingen van semidwingend recht heeft Bouwens reserves. Volgens Bouwens is de ratio achter bepalingen van semidwingend recht namelijk een andere dan bij afwijkingen van driekwartdwingend recht. Met bepalingen van semidwingend recht heeft de wetgever veeleer beoogd te bewerkstelligen dat een werknemer een beperking van zijn bescherming weloverwogen aanvaardt. Zou men een afwijking van semidwingend recht stilzwijgend overeen kunnen komen, dan wordt aan deze ratio onvoldoende recht gedaan, aldus Bouwens.²⁰ De ‘macht van het collectief’ is volgens Bouwens kennelijk niet uitwisselbaar met een zich goed rekenschap gevende individuele werknemer, zoals

18. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao’, *ARA* 2003/2, p. 77-88.

19. R.A.A. Duk, ‘Artikel 14 Wet Cao, incorporatie en driekwart dwingend recht’, *TAP* 2010/4, p. 164. In 2014 heb ik mij in een artikel in *Arbeids-Recht* op het standpunt gesteld dat er wel reden is de schriftelijkheid als constitutief vereiste te stellen (zie: N. Jansen, ‘Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht’, *Arbeids-Recht* 2014/52). Ik kom daarop terug en ben net als Bouwens en Duk van mening dat de overwegingen van de Hoge Raad hiertoe niet nopen. Dat neemt niet weg dat op de overweging van de Hoge Raad waarop het arrest stoelt, namelijk dat voldoende in de belangen van werknemers is voorzien door betrokkenheid van vakorganisaties, wel het nodige is af te dingen.

20. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao’, *ARA* 2003/2, p. 81.

Levenbach stelde.²¹ Duk heeft zich – naar mijn mening – terecht afgevraagd of de eis van schriftelijkheid in een specifieke bepaling altijd in de door Bouwens bedoelde zin moet worden begrepen.²² Anders gesteld, afhankelijk van de aard van de bepaling is soms de macht van het collectief wel inwisselbaar en soms niet.

Als het doel van het schriftelijkheidsvereiste veelal is werknemers een zekere mate van bescherming te bieden, zoals een beperking van het behoud van loon zonder arbeid bij een voor de werkgever komende oorzaak (art. 7:628 lid 5 BW), volg ik Levenbachs opvatting dat de bescherming die collectief overleg met vakbonden biedt groter is dan die van ‘een zich goed rekenschap gevende’ individuele werknemer. Zulks brengt mee dat in die gevallen waarin de wet een schriftelijke overeenkomst eist en de beschermingsgedachte vooropstaat, een regeling bij cao toereikend is om van een schriftelijke overeenkomst te spreken.²³ Ik zie geen reden daarbij onderscheid te maken tussen gebonden en ongebonden werknemers, omdat de bescherming van het collectief overleg in dat geval in beginsel geldt voor alle werknemers voor wie een cao kan gaan gelden (vergelijk Bollemeijer/TPG). Uiteraard moet toepasselijkheid van de cao wel zijn overeengekomen met een ongebonden werknemer, maar die overeenstemming hoeft niet nog eens schriftelijk te geschieden.

Soms ligt aan het schriftelijkheidsvereiste met name ten doel te waarborgen dat een individuele werknemer de consequenties van een voor hem bezwarend beding goed heeft overwogen. Een voorbeeld hiervan is het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding. Aan artikel 7:653 BW ligt de gedachte ten grondslag dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.²⁴ De nadruk op deze bijzondere waarborg brengt naar mijn mening mee dat een aan de cao gebonden werkgever geen beroep kan doen op een in de cao voorkomend concurrentiebeding, zonder bevestiging van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (of verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het concurrentiebeding). Daarbij maak ik geen onderscheid tussen gebonden en ongebonden werknemers. Voor dit standpunt is steun te vinden in de parlementaire geschiedenis. Over artikel 7:653 BW is het volgende opgemerkt:

‘Verder is de redactie van het artikel enigszins gewijzigd om tot uitdrukking te brengen dat het concurrentiebeding schriftelijk overeengekomen moet worden tussen werkgever en werknemer en niet geldig is als het in een collectieve arbeidsovereenkomst is

21. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao’, *ARA* 2003/2, p. 80.

22. R.A.A. Duk, ‘Artikel 14 Wet Cao, incorporatie en driekwart dwingend recht’, *TAP* 2010/4, p. 164.

23. Zie in zekere zin ook r.o. 4.7 van de conclusie voor HR 18 maart 2011, *RAR* 2011/76.

24. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, *NJ* 2008/503.

opgenomen, maar geen deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst.²⁵

Het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:653 BW brengt aldus mee dat een concurrentiebeding in beginsel in de arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen. Als een cao een concurrentiebeding bevat, dan zal dit beding in de arbeidsovereenkomst moeten worden herbevestigd. Uit het arrest Philips/Oostendorp volgt dat het schriftelijkheidsvereiste meebrengt dat een werknemer door ondertekening van een geschrift tot uitdrukking moet hebben gebracht dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding.²⁶ Dit brengt mee dat wanneer een cao een concurrentiebeding bevat, het voor de geldigheid van dit beding voldoende is wanneer een werknemer de cao-tekst heeft ontvangen en door ondertekening van de arbeidsovereenkomst tot uitdrukking is gebracht dat hij van het concurrentiebeding in de cao heeft kennisgenomen.

5. Het eenzijdig wijzigingsbeding

Op grond van artikel 7:613 BW kan een werkgever slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft. De eis van schriftelijkheid is tijdens de parlementaire behandeling aan artikel 7:613 BW toegevoegd. Aanvankelijk werd helemaal geen formele eis aan het wijzigingsbeding gesteld, maar dat werd door de Tweede Kamer niet wenselijk geacht vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid. Uit een amendement van de Kamerleden Middel en Schimmel volgt dat ‘een schriftelijk beding’ (in de zin van artikel 7:613 BW) meebrengt dat het beding schriftelijk en *in de arbeidsovereenkomst zelf* is overeengekomen.²⁷ In het Wegener-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zulks niet tot de conclusie dwingt dat dit vereiste ook zou moeten gelden voor een in een collectieve regeling opgenomen wijzigingsbeding.²⁸ In het Wegener-arrest stond de vraag centraal of een in een collectieve winstdelingsregeling opgenomen wijzigingsbeding kon kwalificeren als een wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW. Het wijzigingsbeding gaf Wegener de bevoegdheid met instemming van de centrale ondernemingsraad een wijziging aan te brengen in de regeling. Een aantal werknemers van Wegener stelde zich op het standpunt dat op de wijziging van de winstdelingsregeling de toets van artikel 7:613 BW niet van toepassing was omdat in de arbeidsovereenkomst geen wijzigingsbeding voorkwam.

De Hoge Raad overwoog dat het wijzigingsbeding schriftelijk was overeengekomen omdat het in de collectieve winstdelingsregeling stond. Volgens de Hoge Raad gold – zoals hiervoor aangestipt – voor zo’n beding (dus opgenomen in een collectieve regeling en betrekking hebbend op de voorwaarden uit die regeling) niet de eis dat het ook nog eens in de arbeidsovereenkomst moest zijn overeengekomen. Aan de rechtszekerheid en kenbaarheid was volgens de Hoge Raad voldaan doordat de collectieve regeling was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, zodat over de inhoud en reikwijdte van het wijzigingsbeding geen redelijke twijfel kon bestaan.²⁹ In de literatuur wordt overigens verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW ook is voldaan als een wijzigingsbeding in een cao of andere collectieve regeling is opgenomen.³⁰ Naar mijn mening kan uit het Wegener-arrest worden afgeleid dat een wijzigingsbeding ook in een cao kan worden opgenomen, maar ligt in dit arrest eveneens besloten dat zo’n beding dan alleen betrekking kan hebben op wijzigingen van arbeidsvoorwaarden die uit die cao voortvloeien, omdat het beding daarop betrekking heeft. Uit het Wegener-arrest volgt verder dat de toepasselijkheid van de cao moet zijn overeengekomen, maar uit het arrest volgt niet dat zulks schriftelijk moet hebben plaatsgevonden. De ‘incorporatie’ van de cao moet volgens de Hoge Raad slechts duidelijk zijn.

6. Het proeftijdbeding

Hoe zit het nu met het proeftijdbeding? Het afspreken van een proeftijd betekent een bres in het dwingend-rechtelijke bastion van het ontslagrecht, aldus Asscher-Vonk.³¹ Gedurende de proeftijd kan de arbeidsovereenkomst in afwijking van de regulier geldende ontslagregels worden beëindigd. Bij invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is overigens door de regering het advies van de Stichting van de Arbeid gevolgd de proeftijd niet te verlengen. Voor een langere proefperiode kon volgens de stichting gebruik worden gemaakt van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.³² Daarover denkt de regering nu kennelijk anders. Het schriftelijkheidsvereiste dat vanaf 1 januari 1999 geldt voor het proeftijdbeding, is niet (helder) gemotiveerd. Volgens Loonstra en Zondag ligt aan dit vereiste de bescherming van de werknemer ten grondslag.³³ In 2005 overwoog Hof Leeuwarden evenwel dat aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 BW niet de bescherming van

25. Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3 en bevestigd in Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 28.

26. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, NJ 2008/503.

27. Kamerstukken II 1996/97, 24615, 15.

28. HR 18 maart 2011, RAR 2011/76.

29. HR 18 maart 2011, RAR 2011/76, r.o. 3.6.4.

30. Voor een overzicht van de literatuur zie: A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijk Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 526 en 527.

31. I.P. Asscher-Vonk, ‘Bijzondere bedingen’, ARA 2004/3, p. 13.

32. Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 7.

33. A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijk Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 288.

de werknemer ten grondslag ligt, maar veeleer de waarborg dat een werknemer zich goed rekenschap heeft gegeven van de ingrijpende consequenties van het proeftijdbeding.³⁴ In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever uitdrukkelijk overwogen dat een proeftijd ook in de cao opgenomen kan worden.³⁵ Voor aan de cao gebonden werknemers geldt een in de cao opgenomen proeftijd dan ook zonder dat daarvan expliciet melding is gemaakt in de arbeidsovereenkomst (of dit is herbevestigd in de arbeidsovereenkomst).³⁶ Nu vaststaat dat een proeftijd in de cao kan worden opgenomen, komt de vraag op of ook voor ongebonden werknemers geldt dat aan het schriftelijkheidsvereiste ex artikel 7:652 BW reeds is voldaan doordat de proeftijd in de cao is opgenomen (en het dus niet relevant is hoe de cao van toepassing is verklaard), of dat daarnaast nog een schriftelijke toepasselijkheidsverklaring van de cao in de arbeidsovereenkomst nodig is. Bijvoorbeeld door een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding.

In 2015 overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de mondelinge toepasselijkheidsverklaring bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst van de Cao Tuincentra, waarin een proeftijd was overeengekomen, niet voldoende was om aan te nemen dat tussen partijen een rechtsgeldige proeftijd was overeengekomen. Volgens het hof brengt het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 BW mee dat er ten minste enige schriftelijke neerslag van de proeftijd aanwezig moet zijn tussen werkgever en werknemer.³⁷ In 2005 overwoog Hof Leeuwarden dat onder omstandigheden zelfs een schriftelijk incorporatiebeding waarin was verwezen naar een cao waarin een proeftijd voorkwam, niet voldoende was om aan te nemen dat aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 BW was voldaan. Relevant was daarbij dat het incorporatiebeding niet helder was geformuleerd, dat aan werknemer de tekst van de cao niet ter beschikking was gesteld en dat tussen partijen nooit was gesproken over een proeftijd. Onder die omstandigheden kon volgens het hof niet worden gezegd dat werknemer zich van de proeftijd bewust was geweest en daarmee had ingestemd.³⁸ In 2009 overwoog Hof Arnhem dat denkbaar is dat is voldaan aan de eis dat een proeftijd schriftelijk is aangegaan wanneer de proeftijd is opgenomen in een tussen partijen geldende cao. Volgens het hof is dan wel nodig dat partijen de toepasselijkheid van die cao uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Daarvoor is onvoldoende dat in sollicitatiegesprekken is gezegd dat wordt gewerkt conform de cao en dat afspraken van de arbeidsovereenkomst volgens de lijn van de cao lopen, welke mededelingen door de werknemer overigens werden betwist.³⁹

Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt als bestendige lijn aan te houden dat aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel

7:652 BW de ratio ten grondslag ligt dat een werknemer zich voldoende rekenschap moet hebben gegeven van de gevolgen van een proeftijd en dat zulks meebrengt dat er op enig moment een schriftelijke weerslag van de proeftijd heeft plaatsgevonden. Als een proeftijd in een cao is opgenomen, brengt zulks mee dat de toepasselijkheid van die cao schriftelijk, althans uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen.⁴⁰ Een stilzwijgende toepasselijkheidsverklaring volstaat in elk geval niet en of Hof Arnhem-Leeuwarden een mondelinge maar duidelijke afspraak over de toepasselijkheid van de cao voldoende vindt, valt te bezien. Ik heb twijfels bij de door Hof Arnhem-Leeuwarden gevolgde lijn, omdat het kan leiden tot voor gebonden en ongebonden werknemers verschillende situaties die ik niet goed verdedigbaar vind. Als het doel van de proeftijd is om te waarborgen dat een werknemer de consequenties van het voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen, dan zou voor zowel gebonden als ongebonden werknemers moeten gelden dat in de arbeidsovereenkomst zelf expliciet een proeftijd is overeengekomen of dat daarin op zijn minst duidelijk is verwezen naar de proeftijd in de cao (zoals dat ook voor het concurrentiebeding geldt). Als voor gebonden werknemers geen expliciete verwijzing naar de cao-bepaling nodig is (zoals de regering heeft gesteld), dan zie ik niet in waarom dat wel zou moeten gelden voor ongebonden werknemers. Vanwege de omstandigheid dat het volgens de wetgever mogelijk is dat een proeftijd in een cao kan worden opgenomen, kan gezegd worden dat aan de eis dat een proeftijdbeding schriftelijk is overeengekomen, eerder een werknemersbeschermende gedachte ten grondslag ligt (in lijn met de opvatting van Zondag & Loonstra), dan dat het een waarborg is voor een zich goed rekenschap gevende werknemer. Die beschermingsgedachte past overigens bij de aard van het beding, namelijk dat gedurende de proeftijd de dwingendrechtelijke ontslagregels niet gelden. Vanwege die toch overheersende beschermingsgedachte is naar mijn mening voor zowel gebonden als ongebonden werknemers voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 BW wanneer een proeftijd is opgenomen in een cao. De macht van het collectief als beschermingsmechanisme weegt nu eenmaal zwaarder dan de schriftelijke instemming van een individuele werknemer. Voor de geldigheid van het beding ten opzichte van ongebonden werknemers is dan natuurlijk nog wel nodig dat tussen partijen overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van de cao, maar ook een mondelinge of stilzwijgende afspraak volstaat in dat geval.

7. Conclusie

Aan de eis dat alleen bij geschrift of in de arbeidsovereenkomst van een bepaalde wettelijke regeling kan worden afgeweken of dat een bepaald beding alleen schriftelijk kan worden overeengekomen ligt in hoofdzaak niet

34. Hof Leeuwarden 9 november 2005, *JAR* 2005/285.

35. *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, bijlage bij punt d.

36. Zie ook Hof Leeuwarden 9 november 2005, *JAR* 2005/285, r.o. 8.

37. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, *JIN* 2015/72.

38. Hof Leeuwarden 9 november 2005, *JAR* 2005/285.

39. Hof Arnhem 13 oktober 2009, *RAR* 2010/75.

40. Ktr. Haarlem 2 februari 2000, *JAR* 2000/69.

altijd dezelfde gedachte ten grondslag. Soms is dat een waarborg voor een zich goed rekenschap gevende werknemer die niet te lichtvaardig instemt met een bepaalde arbeidsvoorwaarde, soms ligt aan die eis de bescherming van de werknemer ten grondslag en soms is het een combinatie van beide. Bij het concurrentiebeding is duidelijk waarom het schriftelijkheidsvereiste bestaat. Een werknemer moet zich ervan bewust zijn dat hij zich eraan conformeert dat het hem na afloop van zijn arbeidsovereenkomst verboden is op een bepaalde manier werkzaam te zijn. Bij andere bepalingen lijkt het veeleer om de bescherming van de werknemer of een combinatie van bescherming en een zich voldoende rekenschap gevende werknemer te gaan. Welke gedachte ten grondslag ligt aan het proeftijdbeding is niet helder en daarover bestaan verschillende opvattingen. Is het doel van het schriftelijkheidsvereiste relevant? Wel voor het antwoord op de vraag of aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan wanneer bijvoorbeeld een proeftijd in een cao is opgenomen. Ten aanzien van de proeftijd heeft de wetgever uitdrukkelijk bepaald dat deze in een cao kan worden opgenomen en kennelijk ligt aan de eis van geschrift bij het proeftijdbeding in hoofdzaak de bescherming van de werknemer ten grondslag. Voor een aan de cao gebonden werknemer geldt de proeftijd (die in een cao is opgenomen) immers van rechtswege zonder herbevestiging van de proeftijd of verwijzing naar de specifieke cao-bepaling. De macht van het collectief weegt voor de proeftijd zwaarder dan de individuele werknemersinstemming en dat geldt in beginsel ook voor ongebonden werknemers. Bij het eenzijdig wijzigingsbeding dient het schriftelijkheidsvereiste de rechtszekerheid en de kenbaarheid. Hoewel uit de toelichting bij artikel 7:613 BW volgt dat een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst zelf dient te staan, denkt de Hoge Raad daarover genuanceerder. Aan de rechtszekerheid en kenbaarheid is ook voldaan indien het beding is opgenomen in bijvoorbeeld een cao en de cao onderdeel is geworden van de arbeidsovereenkomst. Dat de Hoge Raad een wat ruime uitleg geeft aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW heeft er mogelijk mee te maken dat de toets van artikel 7:613 BW als zwaar kan worden bestempeld en het aan de werkgever is om aan te tonen dat een eenzijdige wijziging die toets doorstaat. Kortom, artikel 7:613 BW biedt dus al een behoorlijke bescherming voor de werknemer.