

1 Inleiding recht

Inleiding

Onze samenleving heeft zich de afgelopen vijftig jaar in snel tempo ontwikkeld. De groeiende complexiteit van, onder andere, intermenselijke relaties, organisatievormen en internationale betrekkingen heeft geleid tot een sterke uitbreiding van het aantal rechtsregels.

Over wat wij onder het begrip *recht* moeten verstaan, lopen de meningen uiteen. Zo zijn de begrippen recht en wet niet bepaald identiek; slechts een gedeelte van de bij ons geldende rechtsnormen is expliciet in de wet vastgelegd. Daarbij verstaan we onder wetgeving: de door de overheid vastgestelde en vervolgens in wetgeving vastgelegde geschreven rechtsregels.

Natuurlijk passen lang niet alle concrete (conflict)situaties binnen de meestal wat vage en algemene bewoordingen van de wet. Het is de taak van de rechter om de wet te interpreteren en te anticiperen op komende rechtsontwikkelingen. Wat een rechter doet, is de wet toepassen en ook zelf recht scheppen.

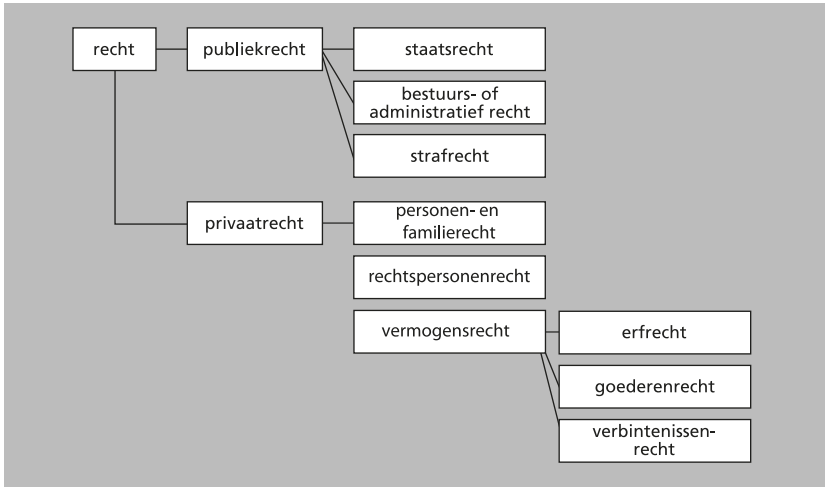
In de wet zelf is enige interpretatieruimte vastgelegd doordat de wet soms voorschrijft dat moet worden gehandeld overeenkomstig datgene wat *redelijk, billijk, gebruikelijk* of *algemeen maatschappelijk aanvaardbaar* is. Daarmee geeft de wetgever aan dat het begrip recht kennelijk ruimer is dan de wet.

Zo stelt artikel 7:611 BW dat de werkgever in het algemeen moet handelen als een goed werkgever. Wat onder goed werkgeverschap moet worden verstaan, zal de rechter, in geval van conflict, op grond van concrete feiten, omstandigheden en maatschappelijke opvattingen daaromtrent, moeten bepalen.

Het is in elk geval duidelijk dat er een constante wisselwerking bestaat tussen recht en samenleving. Verschuiving van normen en waarden moet op den duur leiden tot aanpassing van het recht. Onze wetgeving voorziet niet in situaties die ontstaan door nieuwe ontwikkelingen, bijvoorbeeld op technologisch of biogenetisch gebied. Ook hier dienen juridische leemten te worden opgevuld. Zo dient de wet bijvoorbeeld, als gevolg van de snelle ontwikkeling van de informatietechnologie, de privacy van burgers te garanderen.

De wet loopt echter meestal achter de feiten aan. De rechter kan hierin een voorhoedefunctie te vervullen.

1.1 Rechtsgebieden



Publiekrecht

De rechtsregels die de verhouding betreffen tussen overheidsorganen onderling of die regels bevatten ten aanzien van de overheid in haar gezagskwaliteit als overheid ten opzichte van de burgers, noemen we regels van *publiekrecht*. Tot het publiekrecht behoort het *staatsrecht*, met als belangrijke onderdelen onder andere de Grondwet met de grondrechten, het kiesrecht, de verhouding regering-parlement, de regelgeving ten aanzien van gemeente en provincie en de organisatie van de rechterlijke macht.

Met de komst van de sociale verzorgingsstaat heeft de overheid steeds meer bestuursterreinen naar zich toe getrokken, niet alleen op sociaal-economisch terrein (arbeidsbeschermende wetgeving, sociale zekerheid en sociale voorzieningen) maar ook op het gebied van onderwijs, ruimtelijke ordening, milieubescherming, enzovoort. Deze onderdelen van het recht, met alle bijbehorende wetten, maatregelen en uitvoeringsbesluiten, rekenen wij tot het *bestuurs- of administratief recht*.

Het strafrecht bevat een geheel van geboden en verboden (misdrijven en overtredingen) waarop bij niet-naleving sancties zijn gesteld.

Privaatrecht

Gaat het bij het publiekrecht vooral om de verhouding overheid-burger, in het privaatrecht gaat het voornamelijk om regels die de rechtsrelaties regelen tussen burgers onderling of tussen burgers en bedrijven of tussen bedrijven onderling.

Het burgerlijk recht valt verder onder te verdelen in onder andere personen- en familierecht, rechtspersonenrecht en vermogensrecht.

Het *personen- en familierecht* bevat onder meer regels omtrent ouderlijk gezag, voogdij, huwelijk en echtscheiding.

In het *rechtspersonenrecht* is regelgeving te vinden voor rechtspersonen zoals de nv, bv, stichting en vereniging.

In het *vermogensrecht* draait het om alles wat op geld waardeerbaar is: het vermogen van de mens. Het erfrecht en het goederenrecht, waarbinnen eigendom een heel belangrijk onderwerp is, vallen eronder, net als het *verbintenissenrecht*.

We gaan nogal eens relaties aan die juridische consequenties hebben, bijvoorbeeld als we een koop-, huur- of arbeidsovereenkomst sluiten. De relaties die daaruit voortvloeien, noemen we verbintenissen. Het arbeidsovereenkomstenrecht valt dus onder het privaatrecht, en wel onder het verbintenissenrecht.

1.2 Dwingend en aanvullend recht

Regels van publiekrecht zijn meestal *dwingend* van aard; er mag niet van worden afgeweken.

Tegenover dwingend recht staat *aanvullend of regelend recht*.

Binnen het privaatrecht komen we geregeld aanvullend recht tegen, bijvoorbeeld binnen het overeenkomstenrecht. De wetgever heeft dan regels gemaakt voor het geval partijen zelf niets geregeld hebben; dit ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Willen partijen echter hun eigen regels maken, die afwijken van de wettelijke regels, dan is dit tot op zekere hoogte toegestaan. Men moet zich vervolgens wel aan die 'eigen' regels houden. Daar mag men niet zomaar van afwijken.

Hoewel in het verbintenissenrecht veel aanvullend recht voorkomt, is dat juist bij het arbeidsovereenkomstenrecht, dat daaronder valt, in mindere mate het geval. We gaan hier wat dieper op in. Een werknemer verkeert ten opzichte van een werkgever niet in een geheel gelijkwaardige onderhandelingspositie als het gaat om het sluiten van arbeidsvoorwaarden of in geval van ontslag. De wetgever heeft deze problematiek onderkend en de werknemer extra willen beschermen.

Daarom is er binnen het arbeidsovereenkomstenrecht geen volledige vrijheid van onderhandelen voor de contracterende partijen en zijn er nogal wat regels van *dwingend, driekwart dwingend, semidwingend* en zelfs *vijfachtste dwingend recht*.

Rechtsregels zijn *dwingend* als er niet of niet ten nadele van de werknemer van mag worden afgeweken. Dit betekent dat als partijen afspraken maken die van de regels afwijken, deze afspraken nietig (ongeldig) zijn of vernietigbaar (de werknemer dient zich op strijdigheid met de wet te beroepen om de afspraak van tafel te krijgen). Zo heeft de wet de proeftijd bij contracten voor onbepaalde tijd dwingend op maximaal twee maanden gesteld (art. 7:652 lid 3 BW). Elke afspraak waarbij de proeftijd op langer dan twee maanden is gesteld, is nietig (art. 7:652 lid 8 BW). Een concurrentiebeding dat zonder nadere onderbouwing van de werkgever in een tijdelijk contract is opgenomen, is nietig. Het kan zijn dat de werkgever wel onderbouwd heeft dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding rechtvaardigen. De werknemer kan het met deze onderbouwing in relatie tot de functie en de werkzaamheden helemaal niet eens zijn en bij de rechter om vernietiging vragen, het beding is tevens vernietigbaar (art. 7:652 lid 1 t/m 3 BW).

Behalve dwingend recht kent het arbeidsovereenkomstenrecht ook het fenomeen van *driekwart dwingend* recht. 'Driekwart dwingend recht wil zeggen dat afwijking van de wettelijke regeling alleen is toegestaan bij cao. Werknemersorganisatie(s) en werkgeversorganisatie(s) kunnen als er een cao is van wetsartikelen met een driekwart dwingend karakter afwijken en in de cao een andere regeling afspreken. Deze afwijkende regelingen gaan vaak ten nadele van de rechtspositie van de werknemer. Maken partijen buiten de wet en de cao om afwijkende afspraken, dan zijn deze afspraken weer nietig (ongeldig). Zo bedraagt de proeftijd bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die zijn aangegaan voor langer dan zes maanden maar korter dan twee jaar, maximaal een maand (art. 7:652 lid 4 onder a BW). Bij cao mag hiervan worden afgeweken, zodat bij dit soort tijdelijke contracten een proeftijd van maximaal twee maanden toch mogelijk is (art. 7:652 lid 7 BW).

Semidwingende bepalingen binnen het arbeidsovereenkomstenrecht houden in dat partijen zich in principe aan de wet moeten houden en hier alleen van mogen afwijken als ze dat schriftelijk doen. Zo staat bijvoorbeeld in de wet dat de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer een maand bedraagt, maar in hetzelfde artikel opent de wet de mogelijkheid een langere opzegtermijn af te spreken, als dit althans schriftelijk gebeurt (art. 7:672 lid 4 en 8 BW).

Of een wetsartikel dwingend, driekwart dwingend of semidwingend van aard is, valt uit de wettekst zelf af te lezen.

Als een wetsartikel niet expliciet aangeeft of ervan mag worden afgeweken, dan gaan we ervan uit dat een afwijkende afspraak is toegestaan. We hebben dan te maken met aanvullend recht.

Daarnaast kennen we binnen het arbeidsrecht *vijfachtste dwingend recht*. Hiermee kan worden afgeweken van de wet bij cao of, als die er niet is of daartoe ruimte laat, door middel van een (schriftelijke) overeenkomst met het medezeggenschapsorgaan van de onderneming (de OR of PVT).

Dergelijke regelgeving komen we bijvoorbeeld tegen in de Wet arbeid en zorg. Zo is bijvoorbeeld het calamiteitenverlof en ander kort verzuimverlof wat betreft de loondoorbetalingsplicht van de werkgever vijfachtste dwingend van karakter (art. 4:7 WAZO).

Materieel en formeel recht

De inhoud van het recht, wat wel en niet mag, noemen we *materieel recht*. Zo wordt bijvoorbeeld in de wet omschreven wat we onder een arbeidsovereenkomst verstaan en hoelang de proeftijd mag duren. Natuurlijk kan het materieel recht overtreden worden en daarom zijn er ook formele rechtsregels om dit materieel recht te handhaven.

De kantonrechter beslecht bijna alle arbeidsrechtelijke conflicten. De procesrechtelijke regels daarvoor noemen we ‘formeel recht’. *Formeel recht* is dus procesrecht.

1.3 Rechtsbronnen

De belangrijkste vindplaatsen van ons recht noemen we de *rechtsbronnen*:

- de wet;
- jurisprudentie;
- verdragen.

De wet

We noemen een wet een wet *in formele zin* als de wet is gemaakt door de regering, samen met de Eerste en Tweede Kamer.

Om te zien of we met een formele wet te maken hebben, hoeven we dus alleen maar te kijken naar de wijze van totstandkoming. Bovendien zijn formele wetten gemakkelijk te herkennen doordat er altijd het woordje ‘wet’ bij staat (Arbeidstijdenwet, Werkloosheidswet, enzovoort).