

## Sociaal recht

Prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss

### Wetgeving

#### *Invoering titel 7.10 BW*

De invoering van titel 7.10 BW per 1 april j.l. heeft voor de meeste arbeidsrechtjuristen deze zomer de noodzaak meegebracht om nu echt aan de nieuwe artikelnummers (art. 7:610 e.v.) in het BW te wennen (zie *Katern* 63, pp. 3000-3001). Inmiddels zijn ook de eerste problemen rond het overgangsrecht opgedoken. Dat betrof met name de nieuwe eis dat een concurrentiebeding schriftelijk in de (individuele) arbeidsovereenkomst moet worden aangegeven. Een verwijzing naar een beding dat is opgenomen in een arbeidsreglement is niet afdoende. Artikel 68a Overgangswet NBW bepaalt dat het nieuwe recht onmiddellijke werking heeft. Een rechter besliste reeds dat een concurrentiebeding in een bijlage bij de arbeidsovereenkomst aldus zijn kracht had verloren (Ktg. Amsterdam 11 april 1997, *JAR* 1997/97). In *ArbeidsRecht* 1997/49 bevestigde C.G. Boot dat deze toepassing van het overgangsrecht niet juist is. Volgens hem is hier artikel 79 Overgangswet van toepassing: het reeds aangegane concurrentiebeding wordt niet nietig als gevolg van het feit dat de wet het ontbreken van regeling in de individuele arbeidsovereenkomst, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht als een grond voor nietigheid aanmerkt.

#### *Flexibiliteit en zekerheid*

Dit belangrijke wetsvoorstel werd al kort behandeld in *Katern* 63, p. 3001. De regering ziet het graag snel aangenomen, zodat het dit najaar door de Tweede Kamer zal worden behandeld. Het vlak voor de vakantie verschenen Verslag van de Kamercommissie en het Antwoord van de regering bevatten niet veel nieuws. Daarnaast zijn er inmiddels reacties van diverse maatschappelijke organisaties, zoals de Orde van Advocaten en de sociale partners. De werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht publiceerde een omvangrijk commentaar met diverse aanbevelingen in *Sociaal Recht*, nr. 7/8. Voorts verschenen kritische publicaties van de hand van P.F. van der Heijden, *TVVS* 1997, pp.

163-168, A.Ph.C.M. Jaspers, *SR* 1997, p. 99 en C.E.M. van den Boom, *PS* 1997, pp. 516-537 en 588-601. Over onderdelen schreven A.M. Luttmer-Kat (*SR* 1997, pp. 9-12 over het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en pp. 80-84 over de draaideurconstructie) en L.H. van den Heuvel (*SR* september 1997 over gedeeltelijk hoger beroep van ontbindingsbeschikkingen). Als vanouds verschillen de meningen over het ontslagrecht nogal. De kritiek richt zich ten dele op het uit de weg gaan van de keuze om een einde te maken aan het dubbele ontslagrecht. Ook de recentelijk door kantonrechters 'geregelde' vergoedingsproblematiek krijgt in dit wetsvoorstel geen aandacht. Het wetsvoorstel draagt verder bij aan het ingewikkelder worden van het ontslagrecht, onder meer met betrekking tot de overeenkomsten voor bepaalde tijd, de duur van de proeftijd, de procedure voor een ontslagvergunning in verband met opzegverboden en opzegtermijnen en tenslotte de procedure bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW). Bij dit laatste staat ook ter discussie of hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter mogelijk moet worden. Discussie speelt verder nog over de vraag of de WW-uitkering bij ontslag niet te zeer wordt beperkt. Het nieuwe element in de voorstellen betreft het regelen van de flexibele arbeidsrelaties. Wat betreft de uitzendovereenkomst en het oproepcontract komt de werknemer daarmee iets sterker te staan. Maar de flexibiliteit in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt zo zeer vergroot, dat de beschermende werking van het ontslagrecht als geheel erop achteruit lijkt te gaan.

#### *Medezeggenschap*

Het wetsvoorstel tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) kon vlak voor het recessen niet worden afgehandeld in de Tweede Kamer, omdat minister Melkert zich nader wilde beraden over een aantal amendementen. Het betrof het amendement dat beoogt de ondernemingsraad (or) een adviesrecht te geven met betrekking tot de winstbestemming van de onderneming. De minister is daar fel tegen omdat het buitenlandse investeerders kan afschrikken, maar het is mogelijk dat het amendement het net haalt. Hij wil daarom nader overleggen met de regeringsfracties.

Wel werd duidelijk dat onder een meerderheid in de Tweede Kamer (de fracties van PvdA, CDA en D66) overeenstemming is gegroeid over

de regeling voor de kleinere ondernemingen. De huidige wet kent twee systemen: ondernemingen met 100 werknemers hebben een 100<sup>+</sup>-or, de ondernemingen van 35 tot 100 werknemers hebben een 100<sup>-</sup>-or met op een aantal punten beperkte bevoegdheden. De bedoeling is om nu voor alle ondernemingen vanaf 50 werknemers het eerste systeem van toepassing te verklaren. De ondernemingen met minder dan 50 werknemers kunnen dan op vrijwillige basis een personeelsvertegenwoordiging in het leven roepen, dan wel volstaan met een halfjaarlijkse personeelsvergadering (TK 24 615).

#### *Arbobesluit en -regeling*

Op 1 juli 1997 is het nieuwe Arbeidsomstandighedenbesluit in werking getreden. In dit besluit zijn 38 oude Algemene Maatregelen van Bestuur op basis van de Arbeidsomstandighedenwet gecodificeerd. Daarmee zijn de hierin opgenomen regels ook vereenvoudigd, gemoderniseerd en beter toegankelijk gemaakt. Het nieuwe Arbobesluit is globaler van opzet. Tientallen gedetailleerde bepalingen over kleed- en wasruimtes, toiletten, machines en dergelijke zijn vervangen door enkele algemene. Daarnaast is ook de Arboregeling tot stand gekomen. Dit betreft een samenvoeging van 40 ministeriële regelingen, in dezelfde indeling als het Arbobesluit. Hieraan zijn de Arbobeidsregels gekoppeld. De beleidsregels vervangen de vroegere 'P-bladen'. Daarnaast zal nieuw voorlichtingsmateriaal voor werkgevers worden gemaakt, de 'Arbo Informatiebladen' over zo'n 25 tot 30 onderwerpen, zoals werken met beeldschermen, asbest, lawaai op de werkplek en verzuimbeleid (Stcrt. 1997, 123, PS 1997/635).

Over deze regelgeving zijn verschillende uitgaven verschenen met de tekst van de regelingen, soms voorzien van commentaar, bij Uitgeverij Sdu te Den Haag.

#### *Wijziging Arbeidstijdenbesluit*

Door de toevoeging van een drietal paragrafen aan hoofdstuk 5 van het Arbeidstijdenbesluit zijn met ingang van 1 juli 1997 ook verplegenden, verzorgenden, geneeskundigen en verloskundigen onder de werking van de Arbeidstijdenwet gebracht. Voor hen gelden specifieke uitzonderingen op de werk- en rusttijdenregelingen (Stb. 1997, 228). Het kabinet is het verder eens geworden over versoepeling van de regels voor nachtarbeid in het wegvervoer. Dit moet ingaan per 1 januari 1998 (Stcrt. 1997, 106).

#### *Herziening WAO*

Met de Wet Pemba wordt beoogd per 1 januari 1998 marktwerking door te voeren in de arbeidsongeschiktheidsregelingen. Werkgevers kunnen ervoor kiezen om voor de eerste vijf jaar van arbeidsongeschiktheid zelf het risico te dragen. Om de keuze te kunnen maken moeten zij echter weten hoe hoog de WAO-premie zal zijn, om deze te vergelijken met de premies van particuliere verzekeringen. De WAO-premies worden echter ook nog ingewikkelder te berekenen in verband met de gelijktijdige invoering van de differentiatie van de premie: wie meer arbeidsongeschikten in de WAO laat afvloeien krijgt een hogere premie. Dit alles leidde tot een brief van de ondernemersorganisatie VNO/NCW waarin gevraagd wordt om snelle informatie over de premie en uitstel van de datum voor aanmelding als eigenrisicodragers.

#### *Gelijke behandeling gehandicapten*

Op 30 mei 1997 heeft het kabinet een standpunt ingenomen over gelijke behandeling van mensen met een handicap en/of chronische ziekte. Zij mogen niet onrechtvaardig behandeld worden noch als dat een gelijke noch als dat een ongelijke behandeling inhoudt. De Staatssecretaris van WVS zal hiervoor een proeve van wet maken die uiterlijk op 1 april 1998 wordt ingediend bij de Tweede Kamer en in fasen in werking zal treden (Stcrt. 1997, 101).

#### *Stimulering arbeidsdeelname minderheden*

Bij de Tweede Kamer is een wetsvoorstel ingediend dat de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen moet veranderen in de Wet Stimulering arbeidsdeelname minderheden. De bedoeling is dat de wet beter wordt afgestemd op de praktijk en daardoor beter gaat functioneren (TK 1996-1997, 25 369).

#### *Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht*

Onder deze naam is door de Ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid een notitie uitgebracht, waarin een aantal knelpunten in het arbeidsovereenkomstenrecht wordt besproken. De notitie geeft aan op welke wijze deze knelpunten in het bestaande arbeidsrecht kunnen worden benaderd, zonder dat dit overigens leidt tot nieuwe wetsvoorstellen (TK 1996-1997, 25 426).

## Rechtspraak

### *Stakingsrecht*

De Hoge Raad heeft op enkele punten het stakingsrecht verder ontwikkeld. Aanleiding voor het arrest vormde de staking in 1995 bij het streekvervoer in Nederland. De Utrechtse rechtbankpresident had uitgemaakt dat de staking niet was geoorloofd tijdens de spitsuren, wel daartussenin (*JAR* 1995/33). Het Gerechtshof Amsterdam had dit vonnis bekrachtigd (*JAR* 1995/270). De vraag was of dit oordeel wel te rijmen viel met het stakingsrecht dat in artikel 6, vierde lid Europees Sociaal Handvest het karakter heeft van een grondrecht.

De Hoge Raad overweegt dat het in beginsel niet aan de rechter is om te treden in de merites van de standpunten van de bij de staking betrokken partijen. Dat kan alleen onder bijzondere omstandigheden anders zijn. Het Hof heeft kennelijk niet ter zake geacht of de staking hier een essentiële dienst betrof. De Hoge Raad laat in het midden of het onderscheid tussen wel en niet-essentiële diensten scherp te trekken valt, maar spreekt in elk geval uit, dat naarmate een dienst essentiël is, eerder plaats zal zijn voor beperkingen als bedoeld in artikel 31, eerste lid ESH. Dat wil niet zeggen dat als een dienst niet essentieel is, voor beperkingen nimmer plaats zou zijn. Daartoe dient de maatstaf te worden aangelegd dat moet kunnen worden vastgesteld dat de staking, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens artikel 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van de persoon en de goederen van anderen, in zodanige mate inbreuk maakt op de in artikel 31, eerste lid ESH aangewezen rechten van derden of algemene belangen dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn (HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/20).

### *Overgang van onderneming*

Het EG-Hof van Justitie baarde in 1994 nogal opzien door in het geval van uitbesteding van schoonmaakwerk, zelfs indien daar maar één werkneemster was betrokken, aan te nemen dat er sprake was van overgang van (een onderdeel van) de onderneming. Dit had als gevolg dat de betrokken werkneemster haar rechten en plichten op grond van de arbeidsovereenkomst kon voortzetten bij de overnemer, vergelijk artikel 7:662 e.v. BW (*HvJ EG* 14 april 1994, nr. C-392/92, *Jur.* 1994, p. I-1311, Schmidt).

De vraag die dit arrest opriep is of hetzelfde

geldt indien een bedrijf een contract met een opdrachtnemer beëindigt en een nieuw contract met een concurrerende opdrachtnemer sluit. Het EG-Hof heeft nu uitgemaakt dat dat niet zonder meer het geval is. Een situatie waarin een ondernemer, hetzij zelf, hetzij via een derde, aan een andere ondernemer de verantwoordelijkheid opdraagt voor werkzaamheden waarvoor hij voordien zelf zorg droeg valt onder de EG-Richtlijn Overgang van ondernemingen. De Richtlijn is echter slechts van toepassing indien de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit. Het enkele feit dat een vorige en een nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten levert, rechtvaardigt niet reeds de conclusie dat er sprake is van een economische entiteit. De identiteit van een entiteit bestaat niet enkel uit de activiteit die zij verricht, maar ook uit haar personeelssamenstelling, bedrijfsvoering, productiemiddelen etc. Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn zijn. De onderneming die de dienst eerst verrichtte, blijft immers voortbestaan. Van een overgang kan wel sprake zijn indien de concurrent niet alleen de activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel van het personeel dan wel materiële of immateriële activa van betekenis overneemt. Dit laatste kan nog wel eens ingewikkelde complicaties hebben, gelet op de Nederlandse schoonmaak-cao die bij verandering van opdrachtnemer eist dat een deel van het personeel mee overgaat, zie ook M.O. Meulenbelt in *AR* 1997/42 (*HvJ EG* 11 maart 1997, nr. C-13/95, *JAR* 1997/91, Sützen).

### *Anciënniteitsbeginsel*

El Azouti was sinds 1977 in dienst van Cemsto BV te Utrecht. In 1981 was zijn arbeidsovereenkomst beëindigd omdat hij vier maanden met vakantie ging. Direct daarop is volgens afspraak een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten. Bij een reorganisatie in 1993 wordt hij ontslagen wegens overtolligheid. Hij stelde dat dit ontslag kennelijk onredelijk was omdat de anciënniteitsregel niet goed werd toegepast: de periode tussen 1977 en 1981 werd daarbij buiten beschouwing gelaten. De Hoge Raad overweegt dat tegen de achtergrond van de ratio van de anciënniteitsregeling met de eerste periode rekening had moeten worden gehouden. Die ratio is dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naar gelang de werknemer langer in dienst is. Voorts wordt hierdoor willekeur van de werkgever voorkomen. Tenslotte zijn het juist de

oudere werknemers die meer moeite hebben bij het zoeken naar vervangend werk. Om die reden is het juist dat gezien de beperkte duur van de onderbreking en de omstandigheden waaronder deze tot stand kwam de eerste arbeidsperiode mede in aanmerking had moeten worden genomen.

De burgerlijke rechter is niet gebonden aan de regeling van het BBA en het daarbij behorende Delegatiebesluit van de Minister van Sociale Zaken. De anciënniteitsregeling bij kennelijk onredelijk ontslag heeft ook een andere ratio dan die bij de onderbrekingsregeling bij voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of bij opzegtermijnen (HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90).

### Oordelen CGB

Door de Commissie Gelijke Behandeling zijn twee bundels uitgegeven met haar Oordelen over de jaren 1994-1995, respectievelijk 1996. Te bestellen bij de Commissie Gelijke Behandeling, Postbus 16 001, 3500 DA Utrecht, tel. (030) 233 51 11. Ook het jaarverslag van de Commissie is daar te verkrijgen.

### Literatuur

Overzichten over het sociaal recht verschijnen ook in andere juridische tijdschriften. Afgezien van de halfjaarlijkse kroniekennummers van het *NJB*, verdienen hier vermelding de Kroniek van het arbeidsrecht in het *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1997, pp. 60 en 75 van J.J.M. de Laat en die in *Nemesis* 1997, pp. 135-145 van Yvonne Konijn/Suzanne Burri.

In de reeks Monografieën Sociaal Recht van Kluwer verscheen deel 7: C.J.H. Jansen/C.J. Loonstra, *Functies onder spanning, Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer 1997. Dit boek bevat een omvangrijke rechtspraakanalyse van de burgerlijke en de socialezekerheidsrechter. Van de hand van M.G. Rood verscheen de tweede druk van *Procesrecht in arbeidszaken*, Gouda Quint, Arnhem 1997.

Van de internationale literatuur noem ik: J.R. Bellace/M.G. Rood (eds.), *Labour Law at the Crossroads: Changing Employment Relationships, Studies in honour of Benjamin Aaron*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 1997 en Lammy Betten/Delma Mac Devitt, *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, van dezelfde uitgever in 1996.

Prof.mr.drs. H.P.A.M. van Arendonk

### Man-vrouw-firma

Sinds de Oort-wetgeving heeft de man-vrouw-firma sterk aan aantrekkelijkheid gewonnen. Met de invoering van de uitbreiding van de doorschuiffaciliteit van artikel 17 Wet IB 1964 naar situaties dat de onderneming fiscaal voor een bepaald gedeelte wordt overgedragen aan de huwelijkspartner is de tot standkoming van de man-vrouw-firma gemakkelijker geworden. De vraag was echter of met name in situaties van vrije beroepsbeoefenaren, zoals huisartsen en andere zelfstandige beroepsbeoefenaren, of zonder de noodzakelijke beroepskwalificaties toch een maatschap/firma met de partner kon worden aangegaan en of de ondermaatschap fiscaal aanvaardbaar was (zie hierover Akveld/Van Arendonk in *Maandblad Belastingbeschouwingen* van december 1995). In enige arresten van 12 februari 1997, *BNB* 1997, 173 t/m 176 met noot Es-sers heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat wanneer voor rekening van de partner een onderneming wordt gedreven dit voldoende is voor aanvaardbaarheid van de maatschap/firma in fiscale zin en de aard van de werkzaamheden van de partner in deze niet relevant zijn, ook de deelname in een ondermaatschap is fiscaal een onderneming. Over blijft de toetsing door de fiscus van de zakelijkheid van de winstverdeling (zie hierover dr. Jansen, *Weekblad voor fiscaal recht* 1997/6242 en mr. drs. A.O. Lubbers, *Weekblad voor fiscaal recht* 1997/6237).

### Inkoop van eigen aandelen

Al lange tijd levert de belastingheffing van inkoop van eigen aandelen een belemmering op. Recentelijk is door de nieuwe aanmerkelijk belangregeling dit probleem opgelost als het gaat om aandelen behorende tot een aanmerkelijk belang. Dit geldt echter zeker niet voor aandelen in beursfondsen. Niet voor niets sprak de Commissie Peters in haar aanbiedingsbrief bij het concept-rapport Corporate governance de wens uit dat inkoop van eigen aandelen fiscaal niet meer belemmerd zou worden. Zover is het echter nog niet. Wel is onlangs door een arrest van de Hoge Raad dit probleem opgelost als het gaat om de kapitaalsbelasting. Op grond van oude juris-