

# ARS Aequi

## Katern

KWARTAALBIJLAGE/NUMMER 71

### Inhoud

#### Privaatrecht

- 3493 Burgerlijk recht
- 3501 Burgerlijk procesrecht
- 3503 Faillissementsrecht
- 3506 Huurrecht
- 3507 Bouwrecht
- 3508 Consumentenrecht
- 3510 Internationaal privaatrecht
- 3513 Europees privaatrecht
- 3514 Gezondheidsrecht

#### Sociaal-economisch recht

- 3517 Ondernemingsrecht
- 3521 Verzekeringsrecht
- 3525 Sociaal recht
- 3529 Belastingrecht
- 3530 Media- en telecommunicatierecht
- 3533 Informaticarecht

#### Staats- en bestuursrecht

- 3535 Staatsrecht
- 3540 Europees recht
- 3542 Milieurecht en recht van de  
ruimtelijke ordening
- 3545 Vreemdelingenrecht
- 3546 Mensenrechten

#### Strafrecht

- 3551 Straf(proces)recht
- 3556 Criminologie
- 3558 Penitentiair recht

#### Varia

- 3560 Rechtsgeschiedenis
- 3561 Rechtssociologie



UR ST 71946

## Sociaal recht

Prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, mr.drs. J. Heinsius

### Wetgeving

Op 1 januari jl. trad de wet Flexibiliteit en zekerheid (*Stb.* 1998, 300) in werking, inclusief 'Reparatiewetten' (*Stb.* 1998, 741 en 1999, 30). Arbeidsrechtshistorisch beschouwd zou 1998 daarmee wel eens de boeken kunnen ingaan als het jaar, waarin het na jaren van discussie 'eindelijk' lukte in ons parlement een niet-cosmetische wijziging van ons ontslagrecht aanvaard te krijgen. Een wijziging, die het — naast de regeling van de positie van oproep- en uitzendkrachten — op een aantal punten voor een werkgever eenvoudiger heeft gemaakt de omvang van de factor arbeid binnen zijn onderneming te reduceren en daarmee derhalve de zo geroemde flexibiliteit heeft vergroot (met name bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zie hiervoor inhoudelijk *Katern* 68, pp. 3320-3321). We hebben het dan over de *externe* flexibiliteit, die bepaalt of werknemers snel kunnen worden ontslagen en daarom ook gemakkelijk worden aangenomen.

Vergeleken met voorgenoemde wet(ten) welhaast geruisloos heeft zich echter in 1998 tevens een aantal andere gebeurtenissen voorgedaan, die dat jaar in de arbeidsrechtelijke geschiedschrijving ook wel het predikaat *jaar van de interne flexibiliteit* zouden kunnen doen opleveren. Daarbij gaat het er om dat ook de vaste werknemers van een bedrijf binnen de onderneming flexibel kunnen worden ingezet en dat de arbeidsvoorwaarden eenvoudig kunnen worden gewijzigd. Naast een verankering van het *wijzigingsbeding* in het arbeidsovereenkomstenrecht

(zie eveneens *Katern* 68, p. 3321) en een belangrijk Hoge Raad-arrest inzake *goed werknemerschap* als grondslag voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst (zie hierna de rubriek Rechtspraak) stuurde de tweede 'paarse' coalitie immers kort voor kerst van vorig jaar een wetsvoorstel inzake een recht voor werknemers tot wijziging van hun arbeidsduur naar de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 26 358). Een wetsvoorstel, dat in zekere zin beschouwd zou kunnen worden als een poging tot codificatie van reeds langer bestaande jurisprudentie op dat vlak. In enkele zaken werd immers door de rechter erkend, dat op basis van *goed werkgeverschap* een verplichting voor een werkgever kan bestaan — al dan niet bij wijze van proef — een verzoek van een werknemer tot wijziging van het contractueel bedongen aantal uren arbeid van voltijds naar deeltijds te aanvaarden. In het licht van deze jurisprudentie moge het niet verwonderlijk genoemd worden, dat naast twee initiatief-wetsvoorstellen van de Kamerleden Rosenmöller, Van Nieuwenhoven en Bakker respectievelijk Bijleveld-Schouten ook de regering een wetsvoorstel naar ons Parlement stuurde met daarin voor een werknemer het recht tot wijziging van de arbeidsduur. Overeenkomstig het voorstel van wet zullen Nederlandse werknemers een recht verkrijgen het contractueel overeengekomen aantal uren arbeid te verlagen danwel te verhogen. Indien een werknemer een dergelijke wijziging wenst te effectueren, heeft zijn werkgever deze — minstens vier maanden voor de beoogde ingangsdatum hiervan aan hem medegedeelde — wens met hem te bespreken en uiterlijk een maand voor de beoogde ingangsdatum een beslissing te nemen over het verzoek. Geschiedt dit laatste niet, dan wordt de arbeidsduur aangepast conform het verzoek van de werknemer. Het recht op een dergelijke wijziging zal echter uitsluitend toegekend kunnen worden aan werknemers met een anciënniteit van tenminste één jaar en voor een werkgever kunnen zwaarwegende zakelijke belangen een weigering van het verzoek van de werknemer rechtvaardigen. In geval van een verzoek minder uren te mogen werken kan dit bijvoorbeeld geschieden, indien er geen vervanging voor de werknemer is, er roostertechnische problemen ontstaan dan wel dit de veiligheid in zijn onderneming in gevaar zou kunnen brengen. Een verzoek om meer dan het oorspronkelijk bedongen aantal uren te mogen werken kan daarentegen worden geweigerd, indien er onvoldoende werk aanwezig is of dat

tot financiële problemen voor de werkgever zou leiden. Daarenboven geldt het ontbreken van ruimte in de personeelsformatie of onvoldoende personeelsbudget als zwaarwegend bedrijfsbelang. In het wetsvoorstel is aldus een weging van de belangen van werknemer en werkgever vormgegeven en daarmee het vereiste van goed werkgever- en werknemerschap (art. 7:611 BW) enigszins toegespitst tot een recht voor de werknemer op wijziging van de overeengekomen arbeidsduur. Anders dan men in ons veel geroemde poldermodel zou verwachten, is afwijking van dit recht bij cao niet mogelijk. De wet zou overigens kunnen worden gezien als bevestiging van de status van ons land als *Europees kampioen deeltijdarbeid*. Cijfers van de OESO van juli 1997 tonen immers, dat Nederland binnen Europa het hoogste percentage van deeltijd-werknemers bezit: 37,4% (Bron: *Recht der Arbeit* 1997, p. 364). In absolute getallen uitgedrukt waren er volgens CBS-cijfers vorig jaar van de 6,6 miljoen banen in Nederland 2 miljoen in deeltijd.

Voor werknemers, die hun arbeidsduur niet structureel willen verlagen, doch deze slechts — met behoud van hun arbeidsovereenkomst — gedurende een zekere periode tot nul wensen terug te brengen (het *sabbatical*), zal de op 1 oktober 1998 in werking getreden Wet financiering loopbaanonderbreking niet ongelegen komen (*Stb.* 1998, 544). De wet biedt werknemers de mogelijkheid om in geval zij hun loopbaan voor een kortere of langere duur willen onderbreken gedurende die periode financiële ondersteuning van de overheid te genieten. Voorwaarde daaraan is wel, dat de desbetreffende werknemer minimaal een jaar bij zijn werkgever in dienst is en deze laatste voor de duur van de afwezigheid van de werknemer als vervanger een werkloosheids-, bijstands- of arbeidsongeschiktheidsuitkeringsgerechtigde in dienst neemt. De wet als zodanig biedt de werknemer daarbij geen recht op een verlof. Daartoe blijven een (collectief) contractuele of wettelijke verlofregeling vereist. Het kabinet wenst de bestaande wettelijke verlofregelingen (waaronder ook die betreffende ouderschapsverlof en calamiteitenverlof) overigens op elkaar af te stemmen en te bundelen. Het is voornemens om de bestaande voorziening voor calamiteitenverlof in het BW om te zetten in een nog te omschrijven termijngebonden recht op zorgcalamiteitenverlof bij ziekte van kinderen of andere naasten en het zal de mogelijkheden verkennen van introductie van een betaald zorgverlof (Bron: Sociale Nota 1999, *Kamerstukken II*

1998/1999, 26 202, nrs. 1-2). De reeds gememooreerde inwerkingtreding van de *Wet Flexibiliteit en zekerheid* betekent ten slotte overigens nog niet, dat de wetgever op het vlak van het ontslagrecht geen initiatieven meer zal ontplooiën. Op 25 februari jl. installeerden de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Justitie immers de *Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel* (ADO), onder voorzitterschap van prof. M.G. Rood, die als taak heeft de regering in de loop van volgend jaar over de toekomst van ons ontslagrecht te adviseren, waarbij in het bijzonder het dubbele ontslagstelsel (toetsing RDA en kantonrechter) nader zal worden bezien (*Stcrt.* 1999, nr. 43, p. 11).

### Rechtspraak

In de tendens in de richting van interne flexibiliteit valt ook het spraakmakende Hoge Raad-arrest van 26 juni 1998 te bezien (HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 140 C, *JAR* 1998/199). In dit, inmiddels beter als 'Taxi Hofman' bekend staande, arrest maakte ons hoogste rechtscollege uit, dat het artikel inzake *goed werkgever- en werknemerschap* (art. 7:611 BW) met zich brengt, dat een werknemer in zal hebben te stemmen met een redelijk voorstel van zijn werkgever dat verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk. In de casus welke tot het arrest van de Hoge Raad leidde, was een werknemer niet langer in staat gebleken zijn baan als taxichauffeur nog langer uit te oefenen, nu deze met zich bracht dat er ook ritten gemaakt moesten worden naar ziekenhuizen. De desbetreffende chauffeur kon dit na het overlijden van zijn echtgenote niet langer aan, nu hij haar gedurende haar ziekte gedurende langere tijd naar ziekenhuizen had moeten rijden. De werkgever en werknemer kwamen dan ook overeen, dat het arbeidscontract in die zin gewijzigd werd, dat de taxichauffeur zijn auto niet meer behoefde te besturen en deze als administratief medewerker alleen nog maar bepaalde administratieve werkzaamheden had te verrichten. Tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid van de werknemer veranderden de omstandigheden voor de werkgever echter dusdanig, dat deze de werknemer verzocht — op basis van een opnieuw te wijzigen arbeidsovereenkomst — opnieuw zijn taxi te gaan besturen. Een verzoek, dat ondersteuning vond in een attest van een geneeskundige, waarin de werknemer werd geacht hiertoe zonder meer in staat te zijn. Toen de

werknemer weigerde — hersteld — gevolg te geven aan dit verzoek, ontstond de vraag of de werknemer op basis van *goed werknemerschap* gehouden kon worden het desbetreffende voorstel van zijn werkgever te aanvaarden. Deze vraag werd door de Hoge Raad in navolging van kantonrechter en rechtbank positief beantwoord. De plicht van de werknemer zich als *goed werknemer* te gedragen, brengt met zich,

‘dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd’.

Dit wordt niet anders, indien deze omstandigheden — zoals in het onderhavige geval — in de risicosfeer van de werkgever vallen. En deze plicht staat niet op gespannen voet met ons dwingend-rechtelijke stelsel van ontslagbescherming en is evenmin in strijd met de bescherming van de arbeidsongeschikte werknemers, zoals die in de wet en rechtspraak gestalte heeft gekregen. Voorgenoemde verplichting zou immers niet meer beteken

‘dan dat behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen. De bescherming van (...) werknemers in het arbeidsrecht kan op zichzelf dan ook niet rechtvaardigen, dat een werknemer een redelijk voorstel van zijn werkgever van de hand wijst’.

Een buitengewoon interessant arrest, in het bijzonder omdat in de casus het voorstel van de werkgever zou leiden tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dit zou kunnen betekenen dat de werkgever met een redelijk voorstel de arbeidsovereenkomst zal kunnen wijzigen, zonder dat voldaan is aan de vereisten die artikel 7:613 BW sinds 1998 stelt aan eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Volgens dat artikel zou er sprake moeten zijn van een in de arbeidsovereenkomst reeds bestaand wijzigingsbeding dat bovendien alleen op zwaarwegende gronden mag worden benut.

De allesbeslissende vraag naar aanleiding van het hierboven slechts in een notedop weergegeven arrest van de Hoge Raad is vanzelfsprekend die naar de exacte *reikwijdte* van het hier (gedeeltelijk) geciteerde dictum. Brengt het arrest met andere woorden met zich, dat er situaties denkbaar zijn, waarin een werknemer niet alleen gedwongen kan worden tot het aanvaarden van

een verzoek van zijn werkgever andere arbeid te gaan verrichten dan de *bedongene*, doch dit ook te doen gedurende meer of minder uren dan het overeengekomen aantal of — zelfs — tegen een lager *loon*? Vragen, welke in de toekomst wellicht aan de rechter zullen worden voorgelegd. Hun beantwoording zal daarbij bepalend zijn voor het antwoord op de vraag, of wij in Nederland toe gaan naar een situatie, waarin functionele en/of financiële demotie van werknemers ter behoud van hun baan mogelijk zal worden en het een werkgever — zij het indirect — toegestaan zal zijn eenzijdig bijvoorbeeld de arbeidsduur van een werknemer te wijzigen.

Ter bescherming van de werknemer heeft de Hoge Raad voor een dergelijke — door veranderde omstandigheden op het werk ontstane — situatie wel een ‘dubbele redelijkheidstoetsing’ ingevoerd. Ook de zwaarte daarvan is nog niet geheel duidelijk. Is bijvoorbeeld de eis dat het voorstel van de werkgever ‘redelijk’ moet zijn materieel beschouwd te vergelijken met de ‘invulling’ van de ‘zwaarwegende belangen’ uit de bepaling inzake het wijzigingsbeding? Daarnaast moet ook de mogelijkheid tot weigering van de werknemer nog eens apart aan de redelijkheid worden getoetst, hetgeen wellicht is te vergelijken met de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid van het gebruik van het wijzigingsbeding. Het valt derhalve toch niet aan te nemen, dat een al te lichtzinnig ‘gebruik’ van het arrest door een werkgever door de rechter zal worden toegestaan. Interessant is ook, dat de beslissing vanzelfsprekend ook ingeroepen zal kunnen worden door een werknemer, in geval deze bijvoorbeeld redelijkerwijs meent voor een functionele dan wel financiële promotie in aanmerking te komen. Eerder is immers ook met een beroep op goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW een verandering van het bedongen aantal uren arbeid aanvaardbaar geacht, zie hiervoor het onderdeel Wetgeving van deze rubriek. Dat een voorstel tot demotie geen academisch geval is, blijkt overigens uit een ander Hoge Raad-arrest. Aan zijn uitspraak van 4 december 1998 (*RvdW* 1998, 230 C) lag een situatie ten grondslag, waarin een werknemer een functieverlaging had aanvaard. De vraag, die ons hoogste rechtscollege in die zaak te beantwoorden had, luidde daarbij dan ook niet, of de werknemer het aanbod had te aanvaarden, doch had als eigenlijke kern juist, of een aanvaarding van een functionele demotie ook tegelijkertijd aanvaarding van een financiële demotie impliceert. Met andere woorden: be-

tekent een wijziging van de *bedongen arbeid* door een expliciete wilsovereenstemming ook automatisch een dienovereenkomstige aanpassing van het *loon*? Een vraag, die door de Hoge Raad negatief beantwoord wordt. Om een lager loon te aanvaarden is eveneens wilsovereenstemming vereist, die zonodig — in een loonvorderingsprocedure, waarin de werknemer de financiële demotie betwist — door de werkgever bewezen moet worden. In het licht van de omstandigheden van een geval kan het echter zo zeer aanneemelijk zijn, dat de aanvaarding van een bepaalde functie door een werknemer tevens mede aanvaarding inhoudt van een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden aan deze nieuwe functie, dat behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs hiervan moet worden uitgegaan, aldus de Hoge Raad. Oppassen dus voor werkgever en werknemer.

### Literatuur

Gezien het grote belang van de invoering van *Flexibiliteit en zekerheid* voor het Sociaal recht zal het nauwelijks verbazen, dat er dienaangaande veel arbeidsrechtelijke literatuur verscheen.

Uit de tijdschriften kunnen dienaangaande genoemd worden:

- stukken van E. Verhulp, S.W. Kuip en A.M. Luttmer-Kat, *Sociaal recht* 1998, pp. 322-340;
  - en een speciale uitgave van *ArbeidsRecht* van oktober 1998;
  - C.J. Smitskam en E.J. Kronenburg-Willems wijdden er een *PS-special* 'Wet Flex' aan, Kluwer, Deventer 1998;
  - een uitvoerige parlementaire geschiedenis is samengesteld door C.G. Scholtens en S.W. Kuip (ongeveer 900 pagina's, Kluwer, Deventer 1999), nadat overigens een verkorte versie hiervan onder redactie van G.C. Boot in 1998 in een eenvoudige uitgave was verschenen bij Opleidingen Sociaal Recht te Utrecht;
  - E. Verhulp biedt de *Flexlezer* een artikelsgewijze behandeling van de parlementaire geschiedenis met commentaar daarop, SDU, Den Haag 1999, 2e druk;
  - Heerma van Voss publiceerde in de reeks *Actualiteiten Sociaal Recht*, *Flexibiliteit en zekerheid*, Kluwer, Deventer 1998;
  - E.G. van Arkel en C.J. Loonstra schreven *Titel 7.10 BW compact (inclusief Flexibiliteit en Zekerheid)*, Den Haag 1998;
  - P.F. van der Heijden, A.M. Luttmer-Kat, J.M. van Slooten en F.B.J. Grapperhaus kwamen met de tweede druk van *Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer 1999.
- Door al dit literaire 'flexgeweld' zou men bijna vergeten, dat er ook nog andere arbeidsrechtelijk relevante literatuur verscheen:
- zo verschenen er proefschriften van L.C.J. Sprengers (UvA), *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid, op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*. Kluwer, Deventer 1998;
  - eveneens op medezeggenschapsrechtelijk terrein verscheen van G.E. Koning (UU) *Nieuwe technologieën en werknemersinspraak*, Lelystad 1998.
- Opvallend in de overige literatuur was de aandacht voor de wetsvoorstellen inzake een recht tot wijziging van de arbeidsduur:
- zo schreven C.H.J. van Leeuwen en M.G. van der Werf over deeltijdarbeid, *Recht op deeltijdarbeid revisited*, *ArbeidsRecht* 1998, nr. 19;
  - en ging P.F. van der Heijden er in de *Kroniek van het sociaal recht* eveneens op in, *NJB* 1999, pp. 445-449;
  - mr. C.J. Smitskam schreef 'Wettelijk recht op deeltijdarbeid: drie variaties op een thema...', *PS Documenta* nr. 16, 2 december 1998;
  - mr. E. Cremers, 'Recht op deeltijdwerk en op uitbreiding van arbeidsduur', *Rechtshulp*, nr. 3, 1999;
  - en F.B.J. Grapperhaus wijdde in *Ondernemingsrecht* (het 'fusietijdschrift' van *De N.V.* en *TVVS*) 1999-3 aandacht aan de wetsvoorstellen inzake deeltijdarbeid;
  - in het recente *NJB* van 2 april 1999, tot slot, onderwerpt mr. M. Teekens jr. het regeringswetsvoorstel inzake de wijziging van de arbeidsduur aan een zeer kritische beschouwing, waarbij hij strijd met een deel van de nieuwe Wet flexibiliteit en zekerheid meent te ontwaren. De nabije toekomst zal ons leren hoe de verdere ontwikkeling van het wetsvoorstel en daarmee de trend tot interne flexibiliteit van ons arbeidsovereenkomstenrecht zal zijn.