

# ARS Aequi

## Katern

KWARTAALBIJLAGE/NUMMER 81

### Inhoud

#### Privaatrecht

- 4271 Burgerlijk recht
- 4274 Burgerlijk procesrecht
- 4277 Personen- familie- en jeugdrecht
- 4279 Faillissementsrecht
- 4281 Huurrecht
- 4283 Bouwrecht
- 4284 Consumentenrecht
- 4288 Internationaal privaatrecht
- 4290 Europees privaatrecht
- 4291 Gezondheidsrecht

#### Sociaal-economisch recht

- 4294 Ondernemingsrecht
- 4298 Vervoerrecht
- 4301 Verzekeringsrecht
- 4304 Sociaal recht
- 4308 Belastingrecht
- 4310 Mediarecht
- 4312 Telecommunicatierecht
- 4313 Informaticarecht

#### Staats- en bestuursrecht

- 4316 Bestuurs(proces)recht
- 4321 Europees recht
- 4323 Milieurecht en recht van de ruimtelijke ordening
- 4326 Vreemdelingenrecht
- 4328 Volkenrecht
- 4330 Mensenrechten

#### Strafrecht

- 4333 Straf(proces)recht
- 4337 Criminologie
- 4338 Penitentiair recht

#### Varia

- 4340 Rechtsgeschiedenis
- 4341 Rechtsfilosofie en rechtstheorie
- 4342 Rechtssociologie
- 4343 Rechtseconomie

## Sociaal recht

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

### Wetgeving

#### *Het reorganisatiespook waart rond*

Het zal de sociaal-economische geïnteresseerde studenten niet zijn ontgaan; sedert afgelopen herfst lijkt het definitief mis met de economische voorspoed, die ons land de afgelopen jaren mocht genieten. Belangrijkste indicatoren daarvoor vormden de toegenomen berichten in de media over zwaar tegenvallende bedrijfsresultaten met verzoeken om loonoffers, aanvragen tot werktijdverkorting en geplande reorganisaties met vele geplande massa-ontslagen als gevolg. Vaak ging het daarbij om tientallen banen per werkgever tegelijk, hetgeen ons een beetje deed denken aan de golf van massa-ontslagen in ons land aan het begin van de jaren tachtig. De huidige studentengeneratie, die rond die tijd net geboren zal zijn, zal dergelijke cijfers slechts bekend zijn voorgekomen uit berichten over de Amerikaanse economie van medio jaren negentig. Toen werd in de Nederlandse media immers naar aanleiding van massa-ontslagen in de VS uitvoerig bericht over 'wegwerpwerknemers' aldaar. Diezelfde Amerikaanse samenleving en economie kregen afgelopen nazomer, op 11 september 2001, keiharde klappen te verwerken door enkele — tot dan toe — ongekende terroristische aanslagen. Meer dan vijfduizend mensen moesten het leven laten, velen in onbeschrijflijk verdriet achterlatend.

#### *Mass layoffs en collectief ontslag*

Qua impact niet te vergelijken daarmee, maar wel met de terreurdaden in verband staand, zijn de massale ontslagen die kort na het inferno door zeer vele Amerikaanse ondernemingen werden aangekondigd. Arbeidsrechtelijk uitgedrukt betrof het hier collectieve ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. In de VS is dit mogelijk in de vorm van een *mass layoff*; een besluit tot collectief ontslag kan doorgaans snel door de werkgever worden genomen en uitgevoerd. Is de federale *WARN-Act* van toepassing en is de werkgever niet gebonden door een cao, dan heeft hij het besluit wel kort tevoren te melden aan de werknemers(vertegenwoordigers) en de

bevoegde overheid. Maar die wet is ook zelden van toepassing gezien haar hoge eisen betreffende het minimale aantal van met baanverlies bedreigde werknemers. In dat geval heeft de werkgever niets met werknemersvertegenwoordigers te maken en kan hij de arbeidsovereenkomsten heel vaak zelfs zonder inachtneming van een opzegtermijn beëindigen. Dit staat in schril contrast tot ons eigen recht en ook dat van de andere EU-lidstaten. Hier geldt een collectief ontslagrecht, dat is gebaseerd op een Europese richtlijn (nr. 98/59/EG, *PbEG* L 225 van 12 augustus 1998, p. 16). In Nederland heeft deze richtlijn geleid tot de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Volgens deze wet mag een werkgever een voornemen tot collectief ontslag uitvoeren, nadat hij werknemersvertegenwoordigers dienaangaande niet alleen heeft geïnformeerd, maar ook heeft *ge raadpleegd*. Daarboven moet het voornemen niet alleen worden gemeld aan de overheid. De Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) zich daarna ook nog eens te buigen over de vraag, of hij de werkgever *überhaupt* wel toestemming kan geven voor de uitvoering van zijn collectief ontslagvoornemen. De RDA moet immers op grond van artikel 6 BBA voor de opzegging van in beginsel iedere arbeidsovereenkomst toestemming geven. Zoals wij eerder schreven (*Katern* 78), heeft de ADO zich in 1999 en 2000 over de vraag gebogen, of de zogenaamde preventieve ontslagtoets niet mede met een blik op andere rechtsstelsels zou dienen te worden afgeschaft. Na een positief antwoord hierop verzochten de ministers van Justitie en SZW onder meer aan de in de Stichting van de Arbeid (STAR) vertegenwoordigde vakbonden en werkgeversorganisaties hierover advies uit te brengen. Uit berichtgeving blijkt echter, dat het overleg in de STAR niet echt vlot (*NRC Handelsblad* 21 september 2001). Derhalve is het nog maar de vraag, of de Nederlandse werkgever een (collectief) ontslagbesluit binnen afzienbare tijd zonder overheidsinmenging — en dus in vele gevallen: sneller — zal kunnen uitvoeren. Ligt het aan de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, dan behoeft dit niet lang meer te duren. Zij heeft afgelopen herfst het 'Ontslagrecht volgens ADO' gepubliceerd met een compleet wetsvoorstel zonder preventieve ontslagtoets (C.G. Scholtens e.a., *Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 31, Kluwer, Deventer 2001).

*Capitalism against capitalism; de wijziging van de structuurregeling*

De hiervoor in een notedop beschreven collectief ontslagregels in de VS en in Nederland kunnen slechts goed worden begrepen, indien zij worden geplaatst in de context van de in deze landen bestaande arbeidsverhoudingen. Deze worden wel gekarakteriseerd als het Angelsaksische en het Rijnlandse model. Beide modellen zijn in het lezenswaardige *Capitalism against Capitalism* van M. Albert (London 1993) helder beschreven. Kort weergegeven staat in het eerste model met name het belang van de kapitaalverschaffers (de *shareholders*) voorop, terwijl het in het Rijnland evenzeer gaat om de belangen van andere bij de onderneming betrokkenen zoals milieuorganisaties, consumenten en — last, but certainly not least — de werknemers (de *stakeholders*). Alleen al gezien de als uitgangspunt van welhaast iedere arbeidsovereenkomst geldende *employment at will* — dat wil zeggen de ontslagbevoegdheid *for any or no reason* — vormt de Verenigde Staten de meest uitgesproken exponent van de Angelsaksische arbeidsverhoudingen. Vanzelfsprekend gelden daarbij wel de beperkingen zoals deze bijvoorbeeld zijn aangebracht door anti-discriminatoire rechtspraak. Nederland daarentegen ligt met zijn preventieve ontslagtoets en vooraanstaande rol van de sociale partners bij de vormgeving van ons arbeidsrecht niet slechts geografisch in het Rijnland. Volgens Albert nu, woede er aan het begin van de jaren negentig een strijd tussen beide modellen. Een *battle*, die in 2001 nog steeds even actueel lijkt te zijn. Zo bekritiseerde Eurocommissaris Bolkestein deze zomer nog het Rijnlandse model, dat zijn ambitie om de VS economisch voorbij te streven door zijn sociale-welvaartsstaat met baanzekerheid niet zou kunnen waarmaken (*NRC Handelsblad* 10 september 2001). Hij zal zich in dat licht dan ook hebben verheugd over het SER-advies en het daaropvolgende kabinetsplan om de aandeelhouders van grote vennootschappen meer zeggenschap te geven. Deze grote BV's en NV's worden in Nederland wat betreft hun bestuur geregeerd door de zogenaamde structuurregeling in het Burgerlijk Wetboek. Deze houdt in het kort in, dat de Raad van Commissarissen (RvC) in dergelijke vennootschappen belangrijke bevoegdheden inzake het reilen en zeilen binnen de onderneming heeft, zoals bijvoorbeeld het benoemen en afzetten van bestuurders en het goedkeuren van een voorgenomen reorganisatiebesluit als dit leidt tot aanzienlijk verlies aan werk-

gelegenheid. Naast de aandeelhouders hebben de werknemers van deze structuurvennootschappen door middel van hun ondernemingsraad (OR) invloed op de samenstelling van de RvC. Nu de OR door een recht van aanbeveling en bezwaar tegen de voorgenomen benoeming van een commissaris invloed kunnen uitoefenen, valt zelfs te verdedigen dat de werknemers daarmee indirect invloed hebben op het economische en sociale beleid van de werkgever. Volgens voornoemd kabinetsplan nu, krijgt de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) in de toekomst meer bevoegdheden. Zo zal het voortaan de AVA zelf zijn, die de RvC benoemt en vervalt het bestaande recht van bezwaar van de OR tegen de benoeming van een commissaris. Daarenboven zullen sommige belangrijke besluiten niet langer door de RvC worden genomen, maar door de AVA. Arbeidsrechtelijk interessant is vooral, dat de OR volgens de plannen wel voor een derde van het aantal leden van de RvC het recht krijgt een 'bijzondere' voordracht te doen. Hiertegen zal de RvC dan slechts bezwaar kunnen maken op grond van de vermeende ongeschiktheid van de kandidaat of de verwachting dat de RvC bij benoeming daarvan niet meer naar behoren zal zijn samengesteld (zie nader het SER-advies 19 januari 2001, nr. 01/02).

*Ontslag oudere werknemers, SUWI*

Ook op het vlak van het ontslag- en sociale zekerheidsrecht blijft de regering actief. Zo is het kabinet het over een wetsvoorstel eens geworden, dat een werkgever bij een ontslag van een werknemer van 57<sup>1</sup>/<sub>2</sub> jaar of ouder een deel van diens WW-uitkering zal hebben te gaan betalen. Deze uitkering zal deze alsdan — naar het zich op dit moment laat aanzien — hebben te gaan aanvragen bij één van de Centra voor Werk en Inkomen. Deze ingevolge de niet lang geleden door de Tweede Kamer aangenomen Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (*Kamerstukken* 2000/2001, 27 588) en Invoeringswet Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (*Kamerstukken II* 2000/2001, 27 665) op te richten centra zullen hem dan aan één loket moeten gaan 'bedienen'; uitkering aanvragen, arbeidsbemiddeling en — wellicht — uitzendbureaus zullen zich dan letterlijk op loopafstand van elkaar bevinden (zie hiervoor nader *Katern* 72).

## Rechtspraak

Dat het ontslagrecht niet alleen beleidsmatig en qua wetgeving actueel is, blijkt wel uit het feit dat er telkens weer rechtspraak over verschijnt. Een voor studenten (en docenten) altijd weer interessant onderwerp daarbij vormt het ontslag op staande voet. Ook in relatie tot — opnieuw — het Amerikaanse ontslagrecht is dat het geval. Terwijl het voor de Amerikaanse werkgever immers doorgaans ingevolge de *employment at will* mogelijk is om een werknemer met onmiddellijke ingang te ontslaan, dient bij ons ter rechtvaardiging van een ontslag zonder opzegtermijn (en overheidstoestemming) immers aan specifieke voorwaarden te zijn voldaan. Juridischer uitgedrukt gaat het hierbij om een opzegging wegens een dringende reden ex artikel 7:677 BW; een reden, die ertoe leidt dat onverwijld de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een werkgever of werknemer is gerechtvaardigd. Dit is het geval, als die reden objectief, dat wil zeggen voor een buitenstaander, als dringend kan gelden en hij ook subjectief dringend is. Dit laatste moet dan blijken uit het feit, dat werkgever of werknemer de arbeidsovereenkomst direct na het feit (of een onderzoek ernaar) opzegt. Logischerwijs brengen deze eisen ook nog met zich, dat de opzeggende partij de wederpartij de reden van het ontslag mededeelt. In twee arresten die de Hoge Raad afgelopen respectievelijk eerder dit jaar betreffende het ontslag op staande voet wees wordt aandacht geschonken aan de objectiviteit respectievelijk subjectiviteit van de dringende reden. Zo beantwoordde hij in een arrest van 29 september 2000 (*JAR* 2000/223) de vraag, of een dringende reden een werknemer als zodanig ook moet kunnen worden verweten. Dat deze vraag een zeer belangrijke is, blijkt wel uit de feiten die in de onderhavige zaak uiteindelijk tot cassatie leidden. Het betrof hier een werknemer met een reeds sedert enkele jaren bestaand patroon van ziekmeldingen. Tijdens een gesprek in het voorjaar van 1996 deelde hij zijn werkgever mede een alcoholprobleem te hebben, dat mede zou zijn ontstaan door onvrede over zijn positie bij de werkgever. Kort na het gesprek werd de werknemer opgenomen in een centrum voor alcohol- en drugsverslaving. In overleg met de bedrijfsarts hervatte hij echter na betrekkelijk korte tijd zijn werk weer, hetgeen de eerste maanden goed ging. Op 24 oktober 1996 meldde hij zich echter wederom ziek, omdat hij dusdanig veel had gedronken, dat hij zich niet tot het verrich-

ten van zijn arbeid in staat voelde. Nadat de werkgever de volgende dag van deze ziekmelding vernam, zegde deze de arbeidsovereenkomst nog diezelfde dag wegens een dringende reden op. De werknemer bestreed het aanwezig zijn van een dringende reden en riep de nietigheid in van de opzegging; zijn excessieve alcoholgebruik zou als ziekte moeten worden beschouwd, zodat zijn werkgever in strijd zou hebben gehandeld met het desbetreffende ontslagverbod. In cassatie bevestigde de werknemer uiteindelijk, dat hij ten gevolge van dronkenschap niet in staat was zijn arbeid te verrichten, maar dat hem hiervan geen verwijt zou kunnen worden gemaakt. Derhalve zou er geen sprake kunnen zijn van een dringende reden. De Hoge Raad is het daar niet mee eens en stelt, dat niet vereist is dat een werknemer van zijn gedraging in de zin van artikel 7:678 BW ook een verwijt moet kunnen worden gemaakt. Indien de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde, reden niet meebrengt dat de verwijtbaarheidseis moet worden gesteld, is een afweging van de concrete omstandigheden van het geval van doorslaggevend belang. De mate waarin de werknemer een verwijt kan worden gemaakt, kan daarbij een rol spelen. Een interessante uitspraak, die dus met zich brengt dat er sprake kan zijn van een ontslag op staande voet wegens een reden die de werknemer of werkgever niet kan worden verweten. Even interessant is het antwoord, dat de Hoge Raad in zijn arrest van 27 april jl. (*JAR* 2001/95) gaf op de vraag, of het onverwijld karakter van het ontslag op staande voet ook met zich dient te brengen, dat er direct ofwel zeer kort na het ontstaan van de dringende reden sprake dient te zijn van de opzegging. Dit blijkt niet altijd het geval te zijn. Waar het om gaat, is het tijdstip dat de dringende reden degene met ontslagbevoegdheid ter kennis is gekomen. Na dat moment mag deze niet te lang aarzelen. Ook hier zijn de feiten weer zeer illustratief. Uit een video-opname van 2 oktober 1995 was gebleken, dat een verkoopster kassageld had verduisterd; een reden voor een ontslag op staande voet. Dit ontslag werd echter pas vijf maanden later gegeven; pas nadat de directeur van de werkgever in het week-end van 24 en 25 februari 1996 de band te zien had gekregen, zegde hij de arbeidsovereenkomst met de werknemer op 27 februari 1996 wegens een dringende reden op. Ook al lag deze dag bijna vijf maanden na de dag van de dringende reden, doordat de werkgever opzegt direct nadat de dringende reden hem bekend

werd, was daarmee volgens de door de Hoge Raad geformuleerde regel aan het vereiste van subjectiviteit voldaan.

## Literatuur

Alvorens ons overzicht te geven van de meest relevante verschenen literatuur maken wij nog even melding van het verschijnen van de in ons vorige overzicht reeds genoemde preadviezen van P.F. van der Heijden en F.M. Noordam: *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*. W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001. Tevens noemen wij hier apart de Jubileumspecial PS *Special nr. 2* inzake de ontwikkelingen op het vlak van sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht. Tot slot viel ons oog op *De Stand van de Studentstage* van Rechtenstudie.nl (Uitgeverij KSU, Amsterdam 2001), waarin voor (aspirant-)studentstagiaires interessante informatie zou kunnen staan betreffende verschillende aspecten van het lopen van een stage op een advocatenkantoor.

### *Arbeidsovereenkomstenrecht*

- L.F. Asscher, W.A.M. Steenbruggen, Het e-mailgeheim op de werkplek. Over de toelaatbaarheid van inbreuken op het communicatiegeheim van de werknemer in het digitale tijdperk, *NJB* 37;
- I.H. van den Berg, De Wet arbeid vreemdelingen; een analyse, *Sociaal Recht* 9;
- D.J. Buijs, De zieke werknemer, *ArbeidsRecht* nr. 8/9;
- S. Burri, Bouwstenen voor gelijke behandeling, *SMA* 9;
- J. van Drongelen, Vermindering van de arbeidsduur of ouderschapsverlof, *Arbeid Integraal* 4;
- M. van Eck, Optierechten bij einde arbeidsovereenkomst: vergoed of voortgezet?, *Arbeid Integraal* nr. 3;
- P.S. Fluit, Schade geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, *SMA* 7/8;
- E.H. de Joode, De virtuele werkplek, *ArbeidsRecht* nr. 6/7;
- Y. Konijn, Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: rechtsverwerking in het arbeidsrecht, *Sociaal Recht* 7/8;
- A.G. Veldman, Arbeid en gelijke behandeling: Europese en nationale rechtsontwikke-

lingen, *ArA* 2;

- E. Verhulp, De zwanenzang van het reïntegratieplan, *ArbeidsRecht* nr. 8/9;
- D.J.B. de Wolff, De bescherming van werknemers voor bepaalde tijd. Wetsvoorstel 27 661 geeft uitvoering aan Europese Richtlijn, *Arbeid Integraal* nr. 3.

### *Ontslagrecht*

- K.W.M. Bodewes, De ontslagvergoeding in de praktijk, *ArbeidsRecht* nr. 8/9 (katern);
- M. Koning, C.J. Loonstra, De werking van het reïntegratieplan ex art. 7:685 BW opnieuw empirisch getoetst, *Sociaal Recht* nr. 6;
- S.W. Kuip, E. Verhulp, Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd?, *SMA* 9;
- C.J. Loonstra, De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen, *ArbeidsRecht* nr. 8/9 (katern);
- P.J.G. van Osta, Een moeilijke keuze, *PS Documenta* 13;
- C.G. Scholtens, De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid, *ArbeidsRecht* nrs. 6/7, 8/9.

### *Collectief arbeidsrecht*

- A. Stege, Het recht op collectief onderhandelen en het mededingingsrecht, *Ondernemingsrecht* 13.

### *Medezeggenschapsrecht*

- J.A. Gijzen, OR en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Wetgever en Hoge Raad houden de deur nog steeds dicht, *Stichting & Vereniging* 4;
- C. de Groot, Het SER-Advies over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling, *SMA* 7/8;
- M.G. Rood, Het wonder voorbij? (Het SER-advies over de structuurregeling), *R.M. Thema* 7.

### *Socialezekerheidsrecht*

- I.P. Asscher-Vonk, De sociaal-(verzekerings)rechtelijke positie van de verlofganger en de loopbaanonderbreker: puzzels en gaten, *SMA* 7/8;
- W.J.P.M. Fase, Gezond of niet, werken is goed voor u, *Sociaal Recht* 7/8;
- E. Hilkhuijsen, Arbeidsgehandicapten: weren of (re)integreren?, *Rechtshulp* nr. 6/7;
- R.F. Kleinjan, Meneer Schippers in SUWILand, *Sociaal Bestek* 10.

*Internationaal sociaal recht*

- B. Barentsen, A. Damsteegt, J. Heinsius (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 30, Kluwer, Deventer;
- F.W.M. Keunen, *Schets van het Europees sociale zekerheidsrecht. Europese coördinatieregels inzake sociale zekerheid*, Kon. Vermande, Lelystad 2001;
- F.J.L. Pennings, *Introduction to European Social Security law*, Kluwer Law International, Den Haag 2001 (3e druk);
- F.J.L. Pennings, De koppelingswet en internationale verdragen: een gespannen verhouding, *NJCM Bulletin* 6;
- F.H.A. Werner, Handhaving van de volksverzekeringen over de grenzen, *PS Documenta* 12a.

*Proefschriften*

- K.M. Becking, *'Grand Design'. Een onderzoek naar processen van normalisering en decentralisering in de arbeidsverhoudingen voor overheidspersoneel in de periode 1990-2000*. Publicatierreeks Overheid & Arbeid 2001-16, Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel, Den Haag;
- A.P. van der Mei, *Free Movement of Persons Within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, te verschijnen bij Hart, Oxford.