
Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier

Prof. mr. A. Brack

Vijfde druk



Noordhoff Uitgevers

Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier



Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier

Prof. mr. A. Brack

Vijfde druk

Noordhoff Uitgevers Groningen | Houten

Ontwerp omslag: G2K Designers, Groningen/Amsterdam
Omslagillustratie: iStockphoto

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan: Noordhoff Uitgevers bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB Groningen, e-mail: info@noordhoff.nl

0 1 2 3 4 5 / 14 13 12 11 10

© 2010 Noordhoff Uitgevers bv Groningen/Houten, The Netherlands.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/reprorecht). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

ISBN (ebook) 978-90-01-84866-8
ISBN 978-90-01-77997-9
NUR 827

Woord vooraf bij de vijfde druk

Er zijn juridische handboeken beschikbaar die de klassieke onderverdeling van het recht volgen: beginnend bij het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht en verder specifiek gericht op vennootschaps- of ondernemingsrecht, arbeids- of sociaal recht, economisch publiek- en privaatrecht, consumentenrecht enzovoort. Hoewel deze rechtsgebieden van groot belang zijn voor in het bedrijfsleven werkzame functionarissen, is de literatuur juridisch-dogmatisch van aard en opzet en bedoeld voor (bedrijfs)juristen, advocaten en notarissen.

Daarnaast zijn er studieboeken die een overzicht bieden van voor het bedrijfsleven relevante onderdelen van het recht. Veelal hebben deze boeken een titel rondom de term *bedrijfsrecht*, met een onderwerpgerichte indeling in hoofdstukken zoals: rechtsvormen met en zonder rechtspersoonlijkheid, aansprakelijkheid: wanprestatie en onrechtmatige daad, de jaarrekening, de ondernemingsraad, faillissement en surséance van betaling. Het aantrekkelijke van dit type boeken is de op de doelgroep toegesneden onderwerpkeuze, dus weinig of geen ballast. Meestal kennen deze boeken een in meer of mindere mate met praktijkgevallen geïllustreerde tekst, waarin toepassingen van de rechtsregel worden getoond door middel van beknopt weergegeven rechtspraak waarin ondernemingen procespartij zijn geweest. Onaantrekkelijk blijft de juridische structuur of het ontbreken van een structuur: een boek dat bestaat uit losse onderdelen.

Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier ontleent zijn indeling en structuur aan een bedrijfskundige benadering. Deze benadering kent aan management verschillende functies toe: het personeels-, productie-, commercieel, financieel en strategisch management. Aan de uitoefening van deze managementfuncties zijn talloze juridische aspecten verbonden, waaruit een keuze is gemaakt voor de inhoud van dit boek. De behandeling van bedrijfsrecht – voor het bedrijfsleven relevante onderdelen van het recht – op deze bedrijfskundige manier zorgt voor de integratie van bedrijfsrecht in bedrijfskunde.

Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier is allereerst bedoeld als onderwijskundige verbetering. Als onderzoeksmethode lijkt het eveneens bruikbaar te kunnen zijn, namelijk als aanzet tot een, alle managementfuncties omvattende, *legal audit*. De in dit boek gevolgde methode maakt de bedrijfskundige betekenis van juridische aspecten glashelder. De instrumentele functie van recht reikt het management gereedschappen aan om te bouwen aan de continuïteit van de onderneming. Door de normatieve functie van recht zijn de kaders vastgelegd waarbinnen de managementfuncties moeten worden uitgeoefend. Het kenmerkende van de methode, die gebruikt kan worden voor onderwijs en onderzoek, wordt beschreven in de inleiding, 'Amerikaans aperitief: de methode van dit boek'. Hierin wordt ook antwoord gegeven op de vraag waarom docenten en studenten er goed aan doen aandacht aan deze methode te besteden. In termen van business law is dit boek een synthese tussen de *business of law* en de *law of business*.

Dit boek is geschreven voor degenen die in het bedrijfsleven werkzaam (willen) zijn of als adviseur voor ondernemingen professionele werkzaamheden (willen) verrichten. Zij moeten met een compacte hoeveelheid juridische kennis en inzicht in staat zijn een eerste beoordeling te maken van juridische kwesties, teneinde te kunnen beslissen of het raadplegen van juridische specialisten nodig is.

Dit boek is onder meer bestemd voor bedrijfskundigen en studenten in studierichtingen bedrijfskunde aan instellingen voor wetenschappelijk en hoger beroepsonderwijs. Het is ook van belang voor afgestudeerden en studenten van aan de bedrijfskunde verwante studierichtingen, zoals economie, accountancy, bestuurskunde, bedrijfssociologie, arbeids- en organisatiepsychologie, communicatiekunde en allerlei vormen van nascholings- en na-ervaringsonderwijs.

Weliswaar is dit boek bedoeld om als studieboek gebruikt te worden, maar dat betekent allerminst dat het alleen voor studenten bruikbaar is. Het kan zeker ook buiten opleidingssituaties een oriëntatie bieden op bedrijfsrecht.

Een enkel boek over juridische aspecten van bedrijfskunde kan onmogelijk volledig zijn. Uiteraard worden niet *alle* juridische aspecten behandeld, er is een keuze gemaakt met als belangrijkste maatstaf de relevantie van onderwerp en regel voor de managementpraktijk. De hoeveelheid onderwerpen die één auteur kan overzien is beperkt. Al werkend heb ik ervan af moeten zien vooral kwesties van milieurecht en belastingrecht op een volwaardige manier in de beschouwingen te betrekken.

Voor de vijfde druk van *Bedrijfsrecht* kon worden volstaan met een betrekkelijk klein aantal actualisering van de tekst. Het in de volksmond zogenoemde Arbeidsbureau heet geen CWI meer, maar UWV WERKbedrijf. De voor een deel mislukte zelfregulering in de telemarketing-sector heeft een wettelijk verankerd 'bel-me-niet'-register opgeleverd. Er is aandacht besteed aan de nieuwe Handelsregisterwet. En de verruimde vrijstelling voor bagatelkartels in het mededingingsrecht kon nog net worden meegenomen. En verder is nieuwe rechtspraak verwerkt, zoals natuurlijk de recente strafzaak tegen enkele voormalige bestuurders en commissarissen van het Ahold-concern.

Bij het schrijven en actueel houden van een boek dat zo breed opgezet is als het onderhavige, moeten voortdurend en consequent keuzes worden gemaakt om te voorkomen dat het te dik wordt. Zo beperk ik mij tot de voor de praktijk van het management *belangrijkste* juridische onderwerpen in normatief (wat mag) en instrumenteel (wat kan) perspectief volgens de methode-managerial law; zie de inleiding: 'Amerikaans aperitief'. Een andere beperking is er in gelegen dat het boek volstaat met *geldend recht*: er is bij de voorbereiding van vorige drukken al vanaf gezien om vooruit te lopen op te verwachten veranderingen. Bij de voorbereiding van deze druk moest ik wat toekomstig recht betreft een lastige keuze maken. De juridische praktijk is in afwachting van een aantal majeure veranderingen in het ondernemingsrecht, waarvan op onderdelen de besluitvorming is vertraagd. Zonder volledig te zijn: de vereenvoudiging van het bv-recht en de invoering van de nieuwe personenvennootschappen. Omdat nog niet duidelijk is wanneer de besluitvorming over deze wetsvoorstellen zal zijn afgerond, is er in deze druk nog geen aandacht aan besteed.

Alle gebruikers van dit boek die er hoe dan ook aan hebben bijgedragen onvolkomenheden te verbeteren, ben ik dankbaar voor de moeite die ze hebben willen doen. Met name bedank ik de volgende studenten van de Universiteit Twente voor hun op- en aanmerkingen: Loes Brillman, Hans Cortenbach, Cecill Etheredge, Stefan Fransen, Laurence Groot Bruinderink, Rien Hofstee, Marco Kemp, Marten Penninga, Marc Rekers, Tim Wolda.

Alle gebruikers van deze nieuwe druk moedig ik aan hun ervaringen met dit boek aan mij mee te delen: a.j.p.brack@utwente.nl.

Haaksbergen, zomer 2009

Prof. mr. A. Brack



Verkorte inhoudsopgave

Amerikaans aperitief: de methode van dit boek 15

Deel 1

Juridische aspecten van personeelsmanagement 34

Deel 2

Juridische aspecten van productiemanagement 106

Deel 3

Juridische aspecten van commercieel management en marketing 192

Deel 4

Juridische aspecten van financieel management 280

Deel 5

Juridische aspecten van strategisch management 362

Inhoud

Amerikaans aperitief: de methode van dit boek 15

Deel 1

Juridische aspecten van personeelsmanagement 34

1 Personeelsmanagement, juridische aspecten in hoofdlijnen 37

- 1.1 Arbeidsvoorziening 38
- 1.2 Arbeidsvoorwaarden 38
- 1.3 Arbeidsomstandigheden 39
- 1.4 Arbeidsverhoudingen 40
- 1.5 Resumé 41

2 Juridische aspecten van arbeidsvoorziening 43

- 2.1 Organisatie van personeelsvoorziening 44
- 2.2 Instroom van personeel 48
- 2.3 Uitstroom van personeel 56

3 Juridische aspecten van arbeidsvoorwaarden 63

- 3.1 Collectieve onderhandelingen 64
- 3.2 Collectieve conflicten 66
- 3.3 Individuele arbeidsvoorwaarden 69

4 Juridische aspecten van arbeidsomstandigheden 75

- 4.1 Samenwerking en overleg 76
- 4.2 'Toezicht en ambtelijke bevelen' 76
- 4.3 Bevoegdheid tot werkonderbreking 77

5 Juridische aspecten van arbeidsverhoudingen 79

- 5.1 Flexibele arbeidsrelaties 80
- 5.2 Recht op individuele informatie 88
- 5.3 Ondernemingsraden 90

6 Meerkeuzevragen 97

Deel 2

Juridische aspecten van productiemanagement 106

7 Productiemanagement, juridische aspecten in hoofdlijnen 109

- 7.1 Preproductiefase 110
- 7.2 Primair proces 113
- 7.3 After-salesfase 115

8 Preproductiefase 119

- 8.1 Regels voor productkwaliteit 120
- 8.2 Europese dimensie 126
- 8.3 Bescherming productontwerp 137

- 9** **Primair proces** 147
- 9.1 Beroepsziekten en bedrijfsongevallen 148
- 9.2 Onderhandelen: exonereren en garanderen 152
- 9.3 Algemene voorwaarden 162

- 10** **After-salesfase** 169
- 10.1 Consumentenkoop 170
- 10.2 Regulering van productveiligheid 174
- 10.3 Productenaansprakelijkheid 176

- 11** **Meerkeuzevragen** 185

Deel 3

Juridische aspecten van commercieel management en marketing 192

- 12** **Commercieel management, juridische aspecten in hoofdlijnen** 195

- 12.1 Product 196
- 12.2 Plaats 198
- 12.3 Promotie 198
- 12.4 Prijs 199

- 13** **Product** 203

- 13.1 Handelsmerk 204
- 13.2 Verpakking 215
- 13.3 Klachtenmanagement 221

- 14** **Plaats** 225

- 14.1 Transport 226
- 14.2 Handelsreiziger en handelsagent 229
- 14.3 Deregulering: vestigingseisen en winkelsluiting 230
- 14.4 Verkoopmodaliteiten 233

- 15** **Promotie** 245

- 15.1 Corporate image: de handelsnaam 246
- 15.2 Reclamenormen 251
- 15.3 Oneerlijke handelspraktijken 258

- 16** **Prijs** 261

- 16.1 Maximum- en minimumprijzen 262
- 16.2 Prijzenoorlog supermarkten 267

- 17** **Meerkeuzevragen** 271

Deel 4

Juridische aspecten van financieel management 280

18 Financieel management, juridische aspecten in hoofdlijnen 283

18.1 Treasury 284

18.2 Control 285

19 Treasury 287

19.1 Financiering 288

19.2 Werkkapitaal 307

19.3 Financiële risico's 311

19.4 Betalingsverkeer 325

20 Control 341

20.1 Publicatieplicht 342

20.2 Jaarrekeningenrecht 344

21 Meerkeuzevragen 349

Deel 5

Juridische aspecten van strategisch management 362

22 Strategisch management, juridische aspecten in hoofdlijnen 365

22.1 Structuur 366

22.2 Concurrentie 367

22.3 Concentratie 367

22.4 Samenwerking 368

23 Structuur 371

23.1 Rechtsvorm: juridische identiteit 372

23.2 Meest voorkomende juridische ondernemingsorganisatie 378

24 Concurrentie 391

24.1 Methoden voor beperking van concurrentie 392

24.2 Concurrentiebeperking: algemeen wettelijk kader 399

25 Concentratie 405

25.1 Het opbouwen van een economische machtspositie 406

25.2 Het misbruik maken van een machtspositie 413

25.3 Concernrecht 417

26 Samenwerking 421

26.1 Kartelbeleid 422

26.2 Franchising 432

27 Meerkeuzevragen 439

Antwoordfiguren 449

Trefwoordenregister 455

Amerikaans aperitief: de methode van dit boek

Dit boek heeft een juridische inhoud, namelijk bedrijfsrecht. 'Bedrijfsrecht' is geen scherp afgebakend juridisch deelterrein, zoals arbeidsrecht, ondernemingsrecht of mededingingsrecht. Het is een handige benaming voor een heel breed gebied: juridische aspecten van ondernemen en van ondernemingsorganisaties. Dit boek is bedoeld voor studenten die zich voorbereiden op het werken in bedrijven, belast met taken op het gebied van het beheer, beleid en bestuur. En voor wie het heel nuttig is om kennis te hebben van juridische aspecten van bedrijfsactiviteiten. Dus studenten in het wetenschappelijk en hogerberoepsopleiding die een opleiding (technische) bedrijfskunde of bestuurskunde volgen of een hieraan verwant programma met een sociale of economische organisatiesignatuur. In eerste instantie is hierbij gedacht aan studenten in bachelorprogramma's, maar ook voor al in de praktijk werkzame personen kan het boek als eerste juridische ingang nuttig zijn.

Het is dus een juridisch boek voor niet-juridische studenten. Hoe moeten de onderwerpen geselecteerd en gepresenteerd worden? Het studiemateriaal aanbieden in een juridische structuur is niet optimaal. Weliswaar is het voor studenten die gaan werken in bedrijven of in adviesorganisaties die veel met bedrijven te maken hebben, zowel persoonlijk als voor hun professionele ontwikkeling belangrijk om inhoudelijk voldoende juridische kennis en inzicht te hebben. Maar als auteur wil je de geselecteerde onderwerpen graag handig en herkenbaar aanbieden op een manier zoals ze zich in de praktijk van de onderneming aandienen. In deze inleiding wordt verslag gedaan van de zoektocht die de auteur heeft ondernomen om een manier, een methode te vinden waarmee de juridische onderwerpen geselecteerd en gepresenteerd kunnen worden.

Wat is het belang voor docenten en studenten?

Strikt genomen kun je ervoor kiezen te volstaan met de bestudering van de onderwerpen in de vijf delen. Dan heb je veel kennis opgedaan en inzicht verkregen waarvan je hopelijk nog lang profijt hebt. Maar met wat extra moeite haal je meer uit dit boek. Namelijk hoe al die juridische onderwerpen samenhangen met de activiteiten die ondernemingen ontwikkelen, zowel intern als extern. Je leert zodoende dat in een onderneming, hoe groot of klein ook, verschillende managementfuncties worden vervuld, op operationeel of strategisch niveau. Je merkt dat hierbij met recht, met juridische instrumenten wordt gewerkt. En je merkt dat dat moet gebeuren met de nodige zorgvuldigheid, namelijk binnen de grenzen van datzelfde recht. Heel praktisch ook: als je het boek helemaal gebruikt zoals wij dat bedoeld hebben, dan kun je niet alleen goede antwoorden geven op de meerkeuzevragen achter in elk deel. Je kunt het antwoord ook plaatsen in de antwoordfiguur achter in het boek. *So what, big deal?*

De meerwaarde van deze methode is dat je dan niet alleen een probleem als een juridische kwestie kunt herkennen en ook nog een idee hebt in welke richting je de oplossing moet zoeken, maar dat je tevens hebt geleerd hoe een bedrijf juridisch in elkaar zit en hoe de juridische agenda eruitziet van de mensen die managementfuncties uitoefenen.

We kijken hierna naar de bakermat van de bedrijfskunde en het juridische onderwijs in de *business school*. We doen ons voordeel met de ervaringen van de juridische docenten in de Verenigde Staten, voor zover ze verbonden zijn aan de betere opleidingen. Dat zijn de opleidingen die geaccrediteerd zijn, dat wil zeggen gevisiteerd en goedgekeurd. Toonaangevende juridische docenten blijken een intensief debat gevoerd te hebben over aard en inhoud van het juridisch-bedrijfskundige onderwijs.

Op grond hiervan hebben wij onze methode, *managerial law*, samengesteld. Het recht zoals het management ermee om gaat. Voor de te behandelen onderwerpen kiezen we voor gebeurtenissen binnen en buiten de organisatie, die door het recht instrumenteel of normatief beïnvloed worden. En voor de taken van het management kiezen we de vijf belangrijkste managementfuncties: zie de vijf delen van dit boek. Elk deel heeft een eigen indeling, namelijk de structuur van dát managementgebied. Zo krijg je de juridische agenda van de personeels-, productie-, commerciële, financiële en strategische manager. Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier dus.

Verder laten we zien dat de methode *managerial law* heel geschikt is om te worden gebruikt als aanpak voor een *legal audit*. Juridische onderwerpen opgenomen in een bedrijfskundige structuur vormen het perfecte *format* om een bedrijf of een afdeling juridisch door te lichten. Dat gebeurt niet alleen voorafgaand aan een fusie of overname, maar tegenwoordig steeds vaker periodiek om te beoordelen of de juridische performance van een managementfunctie of van een heel bedrijf, bijvoorbeeld een dochteronderneming of werkmaatschappij, nog wel aan de maat is. Heel toepasselijk wordt dat in de wetenschappelijke literatuur een *legal health check* genoemd. Tenslotte neemt de belangstelling van het management, van de aandeelhouders en overheidsautoriteiten als toezichthouders steeds meer toe voor *compliance*, *corporate governance* en andere *best practices*. Nu grote ondernemingen steeds vaker een *compliance-officer* aanstellen – Ahold heeft sinds enige jaren zelfs een voormalige topadvocaat in de Raad van Bestuur opgenomen – gaan docenten aan hbo- en wo-opleidingen meer en meer aandacht besteden aan audits, ook aan juridische doorlichting van organisaties. Kortom, docenten en studenten die dit boek gebruiken, kunnen ervoor kiezen de aandacht vooral te richten op de juridische inhoud van de delen. Zij nemen dan de indeling, methode en structuur op de koop toe. Wie de tijd en de gelegenheid heeft om iets extra's te doen, kan het onderste uit de kan halen en optimaal profiteren van bedrijfsrecht in een bedrijfskundig format.

Bakermat in Amerika

De bakermat van de bedrijfskunde als wetenschapsgebied en als studierichting ligt in de Verenigde Staten van Amerika. *Business administra-*

tion is daar de officiële benaming; *business studies* en *management studies* zijn termen die ook wel worden gebruikt, maar die hebben een meer informele en algemene betekenis: ook gespecialiseerde studierichtingen vallen hieronder, bijvoorbeeld accounting en health care management. Min of meer wetenschappelijk gefundeerde onderwijsprogramma's in bedrijfskunde worden zowel op *undergraduate*- als op *graduate*-niveau aangeboden. Undergraduate-opleidingen worden verzorgd door instellingen die veelal met *college* worden aangeduid; studenten die deze opleiding voltooien, behalen de graad of titel van *bachelor* (een BBA is een Bachelor in Business Administration). Amerikaanse universiteiten, in feite een verzameling van min of meer zelfstandige *schools*: school of law, school of medicine enzovoort, bieden ook wel undergraduateprogramma's aan, maar zij onderscheiden zich van colleges door het verzorgen van graduate-onderwijsprogramma's. Studenten die een dergelijke opleiding voltooien, behalen de graad of titel van *master* (een MBA is een Master in Business Administration). Nederlandse vwo-gediplomeerden hebben doorgaans een hoger niveau bereikt dan scholieren in de Verenigde Staten van Amerika met een High School-eindexamen. Undergraduateprogramma's aan Amerikaanse Colleges, die voorbereiden op een bachelorexamen, omvatten daarom vaak vier jaar. Masterprogramma's belopen vaak twee studiejaar. Het is trouwens gebruikelijk in de USA dat studenten met bijvoorbeeld een BBA eerst enige jaren gaan werken en sparen om zich eventueel pas daarna voor een masterprogramma in te schrijven.

Het is een hachelijke onderneming om academische begrippen op ondoordachte wijze te veramerikaniseren, omdat hierdoor licht misverstanden ontstaan die de neiging hebben hardnekkig te worden. Een faculteit, de organisatorische eenheid die één of meer studierichtingen aanbiedt, is in de VS een school; een faculteit der bedrijfskunde is dus een *business school* (ook wel: school of business/management studies). Faculty is de aanduiding voor het wetenschappelijk personeel belast met onderwijs en onderzoek. Een wetenschapper is trouwens een scholar; science en scientist zijn termen die worden gebruikt in de context van natuurwetenschappelijk, technisch-wetenschappelijk onderzoek.

Zelfs met kennis van de vele terminologische academische complicaties is het nog lastig Amerikaanse en Nederlandse hogere opleidingen te vergelijken. Dit behoort tot het werkterrein van het Nuffic: Nederlandse organisatie voor internationale samenwerking in het hoger onderwijs te Den Haag. Meer speciaal is in dit verband het vermelden waard het Nacee: Netherlands America commission for educational exchange te Amsterdam. De vergelijking wordt onder meer bemoeilijkt door het grote verschil in wetenschappelijk niveau tussen de vele opleidingsinstituten in de Verenigde Staten. Het kwaliteitsverschil tussen Nederlandse universitaire studierichtingen onderling is veel kleiner. Er zijn Amerikaanse wetenschappelijke instituten en opleidingen die ongetwijfeld het Nederlandse niveau overstijgen (denk aan het fameuze Massachusetts Institute of Technology (MIT), de Harvard Business School en de Harvard en Yale Law schools). Van belang is echter ook dat er zeer vele Amerikaanse onderwijsinstellingen zijn, die bij ons universitaire niveau achterblijven.

Accreditatie van business schools¹

De Amerikanen hadden kennelijk behoefte aan een doorzichtig kwaliteitsonderscheid: het kunnen aanleggen van objectieve criteria, te hanteren door onafhankelijke deskundigen. Een dergelijke certificering van kwaliteit is in de VS volstrekt geaccepteerd. In 1959 is het bedrijfskundeonderwijs in de Verenigde Staten onderwerp van beoordeling geweest: het was niet wetenschappelijk genoeg. Het rapport van de Ford Foundation had betrekking op undergraduate-opleidingen; graduate-studierichtingen (MBA) werden behandeld in een rapport van de Carnegie Corporation. Business schools zouden meer en beter onderwijs moeten geven onder andere in de werking en oorsprong van juridische instituties en het functioneren van het recht als systeem van sociaal denken en maatschappelijk gedrag met betrekking tot het ondernemingsbeleid. De *American Assembly of Collegiate Schools of Business (AACSB)* ontwikkelde *accreditation standards*: business schools die door de AACSB geaccrediteerd willen worden, moeten onderwijsprogramma's hebben die aan die standaard voldoen. Dit is te beschouwen als een certificatie, een keurmerk op grond van kwaliteitseisen.

Een vereiste juridische component in het curriculum van een geaccrediteerde business school heeft sindsdien altijd deel uitgemaakt van de *'common body of knowledge in business administration'*, dat als ijkpunt/meetlat wordt beschouwd. In 1991 zijn nieuwe accreditation standards opgesteld, waaraan gecertificeerde business schools binnen enkele jaren moesten voldoen. Bij die gelegenheid is tevergeefs voorgesteld juridische onderwerpen uit de standaard te schrappen: deze snode poging is verijdeld door het enige amendement dat ter vergadering (de AACSB Assembly) werd aangenomen. De Accreditation Council heeft dit amendement overgenomen.²

The Association to Advance Collegiate Schools of Business, zoals de AACSB tegenwoordig heet, heeft op 25 april 2003 opnieuw 'standards' vastgesteld, die per 1 januari van elk nieuw jaar worden geactualiseerd. Zowel deze (nieuwe) 'Eligibility Procedures and Standards for Business Accreditation' als de vorige uit 1991 zijn te vinden op de website www.aacsb.edu. Deze 'standards' zijn criteria om een bedrijfskundeopleiding te beoordelen. Een gunstige beoordeling leidt tot accreditatie. Een belangrijke categorie criteria is de 'Assurance of Learning Standards': de opleiding moet zo zijn ingericht dat studenten ervan verzekerd zijn dat zij bepaalde dingen leren; dit wordt genoemd: 'the curriculum management process'. In dit verband gaat het ons om de volgende tekst.

'Normally, the curriculum management process will result in undergraduate and master's level general management degree programs that will include learning experiences in such management-specific knowledge and skills areas as:

- Ethical and legal responsibilities in organizations and society
- Financial theories ...
- Creation of value ...'

(Vervolgens worden nog vijf gebieden genoemd waarover studenten het een en ander geleerd moeten hebben, zoals groepsdynamica, statistische analyse, informatietechnologie, organisatie en omgeving.)

Er zijn naar schatting meer dan 700 instellingen in de VS die bedrijfskundig onderwijs aanbieden. Slechts een deel van de MBA-programma's heeft een AACSB-accreditatie. Als een business school geen juridische vakken aanbiedt, voldoet de opleiding dus zeer waarschijnlijk niet aan dit academische keurmerk.³

In het Verenigd Koninkrijk is er geen extern orgaan dat de inhoud van te certificeren businessstudies voorschrijft; toch bevat een substantieel aantal businessstudies in Engeland een behoorlijk juridisch onderwijsaanbod.⁴

Voor iedereen die betrokken is bij en die wil nadenken over het juridisch onderwijs aan bedrijfskundestudenten, zijn de ontwikkelingen op dit vlak in de VS natuurlijk hoogst interessant. Er vinden daar veranderingen plaats, waar wij hier ons voordeel mee kunnen doen. Uiteraard niet in die zin dat wat zich daar voordoet, hier maar moet worden nagevolgd. Er is daar echter discussie, die hier (nauwelijks of) niet plaatsvindt. Deze discussie speelt zich tegen een bepaald decor af en om de opvattingen die in de discussie naar voren komen enigszins te kunnen plaatsen is kennis van die achtergrond nuttig. Het decor wordt gevormd door enkele *constraints* of beperkingen. Een ervan is de *common body of knowledge*, hiervoor genoemd. Om accreditatie te verwerven en/of te behouden, moet een business school aan de 'standards' voldoen. Alleen de vraag of deze randvoorwaarden eng of ruim geïnterpreteerd moeten worden, is al een bron van discussie tussen schriftgeleerden.⁵

Een ander relevant gegeven is, dat er nogal wat juridische docenten aan business schools zijn, die een betrekking in deeltijd vervullen. Voor het grootste deel van hun werktijd zijn ze dan in de rechtspraak werkzaam (niet zelden als advocaat) óf zijn ze als docent verbonden aan een law school. Dan ontbreekt vaak de tijd het onderwijs regelmatig te vernieuwen óf de verleiding is groot niet na te denken over de vraag of juridisch onderwijs aan studenten bedrijfskunde misschien anders moet dan aan juridische studenten.⁶ De vraag stellen, is hem beantwoorden: een business school is iets anders dan een law school en bedrijfskundestudenten hebben ander juridisch onderwijs nodig dan rechtenstudenten. Van dit standpunt zijn in Amerikaanse literatuur sterke voorstanders te vinden:

- '... the aim would be not to produce professional lawyers ... but to give the students a grounding in the basic principles of law ... and to show their relevance to business problems.'⁷
- 'However, we must seriously consider the necessity to wean ourselves from traditional law school pedagogy. We may need to find a new and, as yet, untested approach to our disciplines, which is significantly unlike anything previously attempted. It may indeed be a road less travelled – but that does not, and should not, presuppose that our journey will be any less fruitful.'⁸
- '..., business law courses serve unique and valuable purposes in the business school curriculum. They are, and should be, quite different from courses taught in law schools. They are business school courses about law.'⁹
- '..., business law faculty need to keep in mind that the goal of business law courses is to teach law to business students, not law students. Business students should not be trained to be mini-lawyers,

but to be informed and aware business managers, capable of providing direction to the attorneys they hire and of understanding and evaluating the legal advice they receive. Business students do not need to know how to draft pleadings, nor do they need to memorize the details of trial procedure; rather, they should learn to think critically about legal issues and problems'.¹⁰

De naam is (vaak) een teken

Het verplichte juridische vak in Amerikaanse business schools heet óf *business law* (bedrijfsrecht) óf *the legal environment of business* (de juridische omgeving van de onderneming). Hierbij is de grote invloed te merken van de accreditatiestandaard: de voorlaatste versie hiervan eiste onder meer 'a background in the legal environment'. Enige voorzichtigheid is evenwel geboden: een verandering in naamgeving duidt weliswaar op een verandering van inhoud, maar dat hoeft niet per definitie het geval te zijn!¹¹

Om even de gedachten te bepalen: de business-lawbenadering is de traditionele, waarin het accent ligt op het intern functioneren van ondernemingen met een nadruk op privaatrechtelijke onderwerpen. De omgevingsbenadering is een reactie hierop: het accent ligt meer op het extern functioneren van ondernemingen met een nadruk op publiekrechtelijke onderwerpen; *regulatory environment* is de gangbare aanduiding voor de invloed van overheidsinstanties op het bedrijfsbeleid.

Al tientallen jaren is er in de VS een discussie gaande over een keuze tussen deze twee benaderingen.¹² Deze discussie heeft twee aspecten: men verschilt van mening over welke onderwerpen behandeld moeten worden en ook over welke onderwijsmethoden het beste kunnen worden gebruikt om kennis over te dragen. Het vak *business law* beperkte zich (voornamelijk) tot *contract and sales law* (overeenkomsten en kooprecht). Men vindt deze *traditional business law textbooks* onvolledig en misleidend: het is alsof dit het enige voor het bedrijfsleven relevante juridische onderwerp is.¹³

Ze vragen het aan anderen

Als argumenten voor of tegen de ene of de andere aanpak niet kunnen overtuigen, gaat men soms over tot onderzoek van opinies van derden in een poging steun te vinden voor het eigen gelijk. Een enkeling betwijfelt argumenten die zijn ontleend aan het percentage ondervraagden dat het ergens mee (on)eens is, maar op velen – althans in de VS – maken kwantitatieve bevestigingen of ontkenningen van kwalitatieve, professionele standpunten nu eenmaal indruk.

Vanuit de opvatting dat de AACSB een omschrijving van de inhoud van het business school curriculum geeft en *niet* de inhoud van vakken voorschrijft, gaat een auteur/juridisch docent op zoek naar andere raadgevers.¹⁴ Drie vergelijkbare enquêtes onder *business people* laten zien dat zowel onderwerpen uit de traditionele business-lawvakken, als onderdelen uit regulationvakken belangrijk worden gevonden. De bevinding dat doeltreffende samenwerking met advocaten zeer belangrijk wordt gevonden, gold als een verrassend resultaat. Een andere moge-

lijkheid is aan collega's in business schools te vragen wat zij vinden dat juridische docenten zouden moeten behandelen. Velen hebben hier echter niet zo'n uitgesproken opvatting over. Een derde benadering zou kunnen zijn, vakken zo te ontwerpen dat ze tegemoetkomen aan de belangen/interesses van studenten. De hierboven aangehaalde auteur maant hierbij echter tot voorzichtigheid: 'In my judgement, curriculum design is not the place for consumerism;...'. Een andere studie¹⁵ analyseert rechtspraak met het doel de geldigheid te testen van de hypothese dat veel contractuele geschillen helemaal niet gaan over kwesties die in de traditionele textbooks worden behandeld. Voor de onderzochte rechtspraak bleek de hypothese geldig.

Sommigen zijn er voorstander van zo veel mogelijk suggesties te vergaren over de inhoud van juridische vakken in een bedrijfskundig curriculum. Waarom dan ook niet chief executive officers (CEO's) van Fortune 500-ondernemingen naar hun mening gevraagd? Zij kozen zowel traditionele onderwerpen als die uit de meer recente aanpak, zodat de auteur concludeert dat een afgewogen combinatie van de business-lawvakken en de legal-environmentvakken eigenlijk het beste is.¹⁶ Ook de eigen afgestudeerden kunnen ondervraagd worden, om te zien of de vakken nog aan de maat zijn: welke kennis is wel en welke is niet nuttig in het zakenleven? Veel juridische onderwerpen werden belangrijk gevonden, maar ver bovenaan stond ... contracten! De onderzoekers concludeerden dat juridische docenten in business schools bekneld zitten in een spervuur tussen eisen van de AACSB en eisen van de afgestudeerden.¹⁷

Paneldiscussie

In augustus 1987 organiseerde de American Business Law Association een paneldiscussie over de betekenis van contractenrecht in het inleidende juridische vak voor businessstudenten. Omdat veel van wat hierin naar voren is gebracht relevant is voor dit boek, volgt hier een samenvatting van de standpunten. Bovenal blijkt hoe duidelijk de controverse is.¹⁸

- *David Reitzel* (Prof. of Business Law, California State University at Fresno) bekritiseert de veronderstelling die in het onderwerp van de paneldiscussie ligt opgesloten (anderen zullen dat ook doen), namelijk dat één verplicht juridisch vak voor businessstudenten de norm zou zijn. Voorts is het volgens Reitzel zo, dat de termen 'business law' en 'legal environment' als het ware een stempelfunctie zijn gaan vervullen, waarmee hij problemen heeft. Het is modieus geworden een vak dat business law heet, ouderwets te vinden: een vak dat zich zou bezighouden met precieze, steriele regels, waarvan het doel zou zijn studenten rijtjes te laten leren, die in essentie nutteloze informatie bevatten. Veel business-lawvakken bevatten niet alleen traditionele privaatrechtelijke onderwerpen, maar ook publiekrechtelijke kwesties, zodat aan andere maatschappelijke functies van het recht eveneens aandacht kan worden geschonken. Anderzijds zijn de in zwang geraakte legal-environmentvakken vaak veel te breed opgezet en blijven daardoor steken in oppervlakkigheid. De discussie heeft volgens Reitzel een mistig karakter: 'In the endless exchanges between 'business lawyers' and 'legal environmentalists',

we were never quite sure whether the issue was content or pedagogy or both'.

- *Elliot Klayman* (Ass. Prof. of Business Law, Ohio State University) ziet als eerste probleem, dat contracten veel te belangrijk worden gevonden en bovendien dat de gebruikelijke studieboeken een veel te grote nadruk leggen op het kennen van de regeltjes. Punt twee is, dat er andere onderwerpen zijn die veel crucialer voor ondernemingen zijn dan contracten. Hij signaleert een slingerbeweging in de veranderende inhoud van textbooks: aanvankelijk veel contracten, daarna helemaal niet meer en vervolgens kwamen ze in minder omvangrijke mate weer terug.
Hij bepleit een *marketing*benadering: vraag de mensen in de praktijk wat ze willen hebben. Hij haalt opinieonderzoek aan, waaruit blijkt dat de invloed van de overheid op ondernemingen zeker zo belangrijk is als privaatrechtelijke onderwerpen.
- *George Siedel* (Prof. of Business Law, University of Michigan) plaatst het concept *contract* geheel centraal en relateert hier heel veel andere onderwerpen aan. Grote delen van het privaatrecht en van het publiekrecht laten zich aan de hand hiervan introduceren. De traditionele onderwijsvorm wijst hij overigens af: studenten moeten geen regeltjes leren ('the type of descriptive, black-letter law course'). Hen moet worden bijgebracht hoe ze het recht kunnen leren kennen: 'in-depth coverage so that they learn how to learn the law rather than learn specific rules'.
- *Tom Dunfee* (Prof. of Legal Studies, Wharton School, University of Pennsylvania) geeft toe dat hij nogal eens van mening verandert, soms zelfs nogal snel. Hij vindt het onzin aan praktijkmensen te vragen, wat er gedoceed zou moeten worden: 'After all, we are the academics'. Bovendien levert zo'n survey veelal op, dat zowel privaatrecht als publiekrecht belangrijk is. Natuurlijk zijn contracten van belang voor ondernemingen!
Er is echter nog iets: vaak hebben juridische docenten in business schools er bij collega's van marketing-, financierings- en managementvakken op aangedrongen juridische onderwerpen in hun vakken op te nemen: hoe kun je marketing doceren, zonder het over mededingingsrecht te hebben? Moeten wij ons niet bezinnen op de wederkerigheid van dit argument? Hoe kun je recht doceren aan een business school, zonder relevante onderwerpen uit andere bedrijfskundige disciplines in het juridisch onderwijs te incorporeren? Bedrijfskundige literatuur krijgt steeds meer onderlinge raakvlakken; 'I think a valid question can be raised why law courses do not, to a greater extent, reflect that interconnection?'
- *Chuck Shepherd* (Ass. Prof. of Business Administration, George Washington University) probeert beide uitersten te verzoenen in een poging studenten bij te brengen dat het recht niet een kwestie van goed of kwaad is. Hij benadrukt het belang van inzicht in juridische besluitvormingsprocessen en betreft daar antropologische inzichten bij, zoals die met betrekking tot gewoonten, (sociale) normen en ethiek.
- *Gary Moore* (Prof., State University of New York College) verbaast zich erover dat de onderhavige discussie al zolang wordt gevoerd, zonder dat de problemen opgelost lijken te zijn. Enigszins provocatief bedoeld, merkt hij op dat het allemaal wel een woordenspel

lijkt, maar dat het zeer misleidend is om te bagatelliseren hetgeen in wezen hoogst belangrijke verschillen in benadering zijn. Studieboeken, die uitgevers op de markt brengen, laten nu eenmaal een duidelijk verschil zien tussen de contractgeoriënteerde traditionele benadering en de reguleringgeoriënteerde omgevingsbenadering. Ook Moore vindt het van belang te onderzoeken wat praktijkmensen vinden.

- *Mike Phillips* (Prof. of Business Law, Indiana University at Bloomington) neemt, naar eigen zeggen, een middenpositie in. Hij zou niet weten welk onderwerp belangrijker is dan contracten, maar vindt tevens dat dit onderwerp te veel aandacht krijgt, vergeleken met het actuele belang ervan. Contractenrecht is belangrijk, omdat iedere student en zakenman ermee te maken krijgt. Tegen deze opvatting brengt hij zelf twee bezwaren in. Het eerste is dat veel van het contractenrecht geen praktische betekenis (meer) heeft door het veelvuldige gebruik van algemene of standaardvoorwaarden, hoewel dit niet altijd het geval is en zeker niet opgaat voor kleine ondernemingen. De tweede mogelijke tegenwerping is dat het onderwijzen van 'black-letter law' ineffectief is, want studenten onthouden dat toch niet. Hij blijft echter worstelen met de vraag wat wel en wat niet te behandelen uit het contractenrecht: 'Overall, I think that contract law's role in the introductory course is a fairly hopeless problem. It is one with which we will be grappling for a long time.'
- *Lee Reed* (Prof. of Legal Studies, University of Georgia) zet de legal-environmentbenadering voorop: het introduceert zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke onderwerpen, maar met de nadruk op juridische processen/procedures en met meer aandacht voor publiekrecht dan voor privaatrecht. In deze benadering worden meer verbanden gelegd met economie, politiek en ethiek dan in de traditionele, op contracten gebaseerde, privaatrechtelijke aanpak: '... the legal environment approach is superior to the traditional one ...'. Hij wil wel aannemen dat de voorstanders van de traditionele aanpak het onderwijs in het contractenrecht op een moderne leest hebben geschoeid, maar moet constateren dat in de studieboeken die zij gebruiken, hiervan niets doorklinkt. 'Contract law need not be omitted from a legal environment approach, but it is certainly deemphasized.'

Voorlopige conclusies

Opvallend in de Amerikaanse discussie is de welles-nietes-indruk die zij in overwegende mate maakt. Er zijn wel auteurs die de gulden middenweg tussen de twee benaderingen aanbevelen, maar de meerderheid van de juridische docenten verbonden aan business schools lijkt in twee kampen te zijn verdeeld. Het is evenwel duidelijk dat de waarheid in het midden ligt: zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke onderwerpen zijn natuurlijk van belang in het juridische onderwijs aan studenten bedrijfskunde. Black-letter law is ook al geen wezenlijk issue: zonder kennis van (een beperkt aantal) regels is er geen inzicht mogelijk in de juridische randvoorwaarden voor het maatschappelijk aanvaardbaar functioneren van ondernemingen. Zonder juridische kennis en inzicht kunnen bedrijfskundigen niet professioneel functioneren. Er zijn in de Amerikaanse literatuur vele voorstellen voor vernieuwing van onderwijsvormen te vinden¹⁹, maar op het gebied van de inhoud

en de structuur is niet veel (maar wel enige, zie hierna) vernieuwing zichtbaar. De constatering dat een business school geen law school is, lijkt op het intrappen van een open deur. Toch ligt hierin de weg naar onderwijsvernieuwing besloten.

Bedrijfskunde: multidisciplinair en integratief

Bedrijfskunde is als wetenschapsgebied en als studierichting bedoeld om meer te zijn dan de optelsom van de samenstellende delen. Juridische docenten die op een juridische manier juridisch onderwijs geven aan studenten bedrijfskunde, voegen slechts de zoveelste discipline toe. De opdracht is echter *interdisciplinair* te zijn, dat wil zeggen multidisciplinair (zich rekenschap geven van de aanwezigheid van andere samenstellende delen) én integratief (een samenhang bewerkstelligen met die andere samenstellende delen). Bedrijfsrecht is geen geïsoleerde, op zichzelf staande hoeveelheid kennis en inzicht, maar moet betrokken zijn op andere deelgebieden van de bedrijfskunde, zodat onderlinge verwevenheid ontstaat. Een samenhangende, integratieve benadering verleent bedrijfskunde meerwaarde boven monodisciplines en stelt bedrijfskundig opgeleiden in staat zich boven deeloplossingen uit te worstelen.

In Amerikaanse literatuur is een enkele aanzet hiertoe te vinden. De moeilijkheid en de kunst van het ondernemen zijn gelegen in het feit dat het aan zoveel beperkingen onderhevig is en binnen zoveel randvoorwaarden (constraints) moet plaatsvinden. Een gebruikelijk onderscheid in dit kader is dat tussen interne en externe randvoorwaarden.

Miskend wordt dat het onderscheid intern/extern niet zo vruchtbaar is als het wel lijkt. Bovendien vervult het recht meer functies dan alleen die van een vrijheidsbeperkende factor. Denk aan de instrumentele functie: het recht stelt gereedschappen beschikbaar, waarmee ondernemingen samenwerking kunnen overeenkomen (contracten, licenties), kennis kunnen beschermen (octrooien), marktposities kunnen beveiligen (handelsnaam, handelsmerk), mensen en middelen kunnen aantrekken enzovoort.

Deze literatuur is als eerste aanzet nuttig, omdat er een perspectief voor studenten uit kan worden afgeleid: ze moeten juridische issues kunnen herkennen en juridische risico's leren vermijden of beheersen, ze moeten bekend zijn met hoe het recht gemaakt, veranderd en gehandhaafd kan worden, het vergroot hun gevoel voor ethische kwesties en draagt bij aan het vermogen kritisch te denken, aan vaardigheid in onderhandelen en aan hun algemene vorming. Geprobeerd is juridische issues en risico's te inventariseren. Het zijn er zeer veel en hoewel ze aan functionele ondernemingsactiviteiten zijn gerelateerd, levert de inventarisatie toch een tamelijk ongestructureerde 'waslijst' op.²⁰

Andere auteurs raken de kern van de materie. Zij vragen zich af, waarom er zo veel moeite gedaan moest worden om de AACSB ervan te overtuigen dat recht onmisbaar is in een bedrijfskundig curriculum. 'Why is its importance not obvious?' Hun verklaring is dat dit mischien komt omdat juridische docenten het relevante recht niet zodanig doceren dat studenten en bedrijfskundige collega's het belang er-

van gemakkelijk onderkennen. Het onderwijs is op een juridische manier georganiseerd rondom juridische onderwerpen en thema's. Deze auteurs formuleren hun stelling als volgt:

'The thesis of this article is simple: as part of the business school curriculum, law should be organized around business concepts and taught using, in part, business cases or problems. Unlike courses in many law schools, business law courses should be practically oriented. They should show students how various legal concepts are needed for the furthering of various business strategies, the resolution of business problems, and the making of business decisions in ways calculated to minimize legal and regulatory exposure.'

Zij constateren dat tegenwoordig weliswaar de behandeling van juridische onderwerpen in het bedrijfskundeonderwijs verwijzingen inhoudt naar de praktische toepassing, maar: 'While this is the right idea, it is the wrong approach. Rather, the courses and texts should be organized around business strategies and transactions that contain legal cases and analyses'.²¹

Conclusie: bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier

Recht moet aan (aspirant-)bedrijfskundigen niet op een juridische, maar op een bedrijfskundige manier worden gepresenteerd.

Bedrijfsrecht is het *basisvak*, dat juridische aspecten van bedrijfskundig handelen structureert volgens de bedrijfskundige benadering in functionele gebieden van management (*managerial law*). De inhoud van dit vak is uiteraard juridisch, maar de opbouw, presentatie en structuur van de stof zijn bedrijfskundig, evenals de voorbeelden. Studenten bedrijfskunde wordt in andere onderdelen van het curriculum geleerd op een functionele manier ondernemingsorganisaties te benaderen en te onderzoeken, onder andere door onderscheid te maken naar *managementfuncties*. Het juridisch onderwijs is doelmatiger en doeltreffender naarmate juridische docenten er beter in slagen hierbij aan te sluiten: het terrein is immers ontgonnen en de voedingsbodem dus vruchtbaar. Aldus integreren studenten juridische aspecten gemakkelijker met andere onderdelen van het curriculum.

Juridische *keuzevakken* sluiten aan op het basisvak.

Juridische aspecten van personeelsmanagement zijn arbeids- of sociaal recht volgens de theorie en de structuur van het human resource management, juridische aspecten van commercieel management zijn consumenten- en mededingingsrecht (in ruime zin) volgens de theorie en de structuur van marketing management. De afwezigheid van een erkend juridisch deelgebied dat (precies) past op een managementfunctie, plaatst ons niet voor al te grote problemen: juridische aspecten van productiemanagement zijn een functionele verzameling juridische onderwerpen, geordend volgens de theorie en de structuur van productie- of 'operations' management.

Deze *managerial approach* van het juridisch onderwijs in de bedrijfskunde heeft vele voordelen. De onderwijskundige zijn al genoemd: juridische docenten leveren een substantiële bijdrage aan de integratie

van deelgebieden. Van niet te onderschatten betekenis is bovendien dat op deze manier het 'bedrijfsrecht' (verzamelbegrip voor juridische aspecten van bedrijfskundig handelen) de plaats krijgt die het in de bedrijfskunde toekomt: niet aan de periferie, aan de rand van de buitenste cirkel die de omgeving van de onderneming in beeld brengt, maar in de kern. Juridische aspecten behoren, zagezegd, tot de *core business* van de bedrijfskunde.²² Dit is wezenlijk: productenaansprakelijkheid, bijvoorbeeld, is niet een van buitenaf komende, uitzonderlijke bedreiging, maar het voorkómen ervan is een normale verantwoordelijkheid van productontwerpers en productie- en kwaliteitsmanagers. Juridische issues en risico's worden, aldus beschouwd, niet meer gezien als ongrijpbare verschijnselen waartegen de onderneming zich maar moet verzekeren (alsof dat altijd maar tegen elke premie kan), maar als te beheersen aspecten van een meer omvattende bedrijfsvoering.²³

Een bedrijfskundig format voor een juridische audit

Op zoek naar een gecombineerde, bedrijfskundig-juridische benadering, realiseren wij ons dat bedrijfsrecht ten minste twee rollen speelt: het voorziet het management van gereedschap om de organisatie in stand te houden en de ondernemingsactiviteiten te verrichten. Deze *instrumentele* rol wordt gespeeld door rechtsvormen, waaronder rechtspersonen (voor de juridische identiteit en de interne besluitvorming), contracten en vertegenwoordiging (voor het aangaan en onderhouden van relaties), aandelen en obligaties (om de business te financieren), leasing en factoring (ter ondersteuning van financieel management) enzovoort. Natuurlijk speelt het recht ook een zeker zo belangrijke *normatieve* rol: het stelt randvoorwaarden aan strategische en operationele activiteiten. Zo beperkt het mededingingsrecht de vrijheid om duurzame vormen van samenwerking aan te gaan.

Ondernemers die geen of geen goed juridisch onderwijs hebben gehad, hebben de neiging om recht lastig te vinden; ze herkennen de normatieve kanten wel, maar ze gedragen zich als juridische 'struisvogels': ze steken hun kop er voor in het zand. Deze ontkennende houding kan veel schade en teleurstellingen veroorzaken, voor henzelf en voor de onderneming waar ze voor werken. Een financieel-economische pagina van een bekende Nederlandse krant van maart 2006 bevat talloze voorbeelden van wat *non-compliance* (niet-naleven) wordt genoemd: knoeien met de boekhouding, handel met voorkennis, misleidende informatie voor klanten. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) betrapte een bankier op de overtreding van regels, ING verdubbelde de personele omvang van de afdeling compliance, de AFM constateerde structurele tekortkomingen bij een bankverzekeraar in de manier waarop financiële producten worden ontwikkeld en verkocht. De lijst van dergelijke voorbeelden kan gemakkelijk veel langer worden gemaakt na het bekijken van de websites van andere toezichthouders zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa (inclusief Vervoerkamer en DTE: Directie Toezicht Energie), de Voedsel- en Warenautoriteit VWA, OPTA (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit) enzovoort.

George Siedel, hoogleraar *business law* aan de University of Michigan Business School (USA) heeft een krachtige boodschap voor ondernemers: gebruik recht om concurrentieel voordeel te behalen. De conven-

tionele benadering van juridische problemen in het bedrijfsleven is vluchten of vechten, in concrete gevallen door te schikken of te procederen, in meer omvangrijke kwesties door de business te verplaatsen naar een ander land of door aan te dringen op wetwijziging. Omdat veel concurrenten toch zullen volharden in te weinig aandacht geven aan juridische aspecten, door ze te ontkennen of pas in actie te komen als het probleem onvermijdbaar geworden is, bepleit hij een slimmere, proactieve aanpak. Deze bestaat uit een aantal stappen. Kennis van en inzicht in de werking van bedrijfsrecht, ontwikkelen van strategieën om juridische problemen te voorkomen en ‘klim naar het balkon’, dan kun je meer afstand nemen en het gebied zodanig overzien dat je een juridisch probleem kunt omvormen tot een kans, een uitdaging (*business opportunity*) om het beter te doen dan je concurrenten. Bijvoorbeeld het omvormen van een productenaansprakelijkheidsclaim tot een verbeterd productontwerp.²⁴

In een essay, getiteld *The Future of Law Summarized* voorspelt de Britse schrijver Richard Susskind de ontwikkeling die de rechtspraktijk – het rechtsbedrijf van juridische adviseurs, zoals advocaten en notarissen – te zien zal geven onder invloed van de mogelijkheden van de informatietechnologie. De huidige, conventionele juridische dienstverlening wordt gekenmerkt door adviezen gebaseerd op de specifieke kenmerken van een concrete casus, kennis die in principe eenmalig is en niet hergebruikt kan worden. Zo’n advies wordt door klanten, zoals ondernemingen, gevraagd als men zich ervan bewust wordt een juridisch probleem in huis te hebben. Juridische service is dus reactief. Dat geldt ook voor de eigen juridische afdeling (in-house lawyers); bedrijfsjuristen zeggen vaak dat ze veelal bezig zijn met ‘brandjes blussen’. Juridische adviseurs hebben zodoende geen invloed op de bredere commerciële of strategische context van een conflict of probleem. Dit wordt overigens in stand gehouden door de juristen zelf, die zich organiseren in afdelingen die lijken op de hoofdstukken uit juridische studieboeken. Juristen presenteren hun dienstverlening met een juridische focus in plaats van gericht op de manier waarop klanten hun activiteiten organiseren. Deze conventionele casusgerichte, reactieve juridische focus gaat zich ontwikkelen in de richting van meer aandacht voor een proactieve dienstverlening die op preventie van problemen is gericht (*legal health checks*). In plaats van zich vooral te richten op de normatieve, vrijheid beperkende rol van het recht, zal er meer oog komen voor de instrumentele functie: ‘the law can be a source of empowerment’. De meer op preventie gerichte proactieve houding vraagt van de juridische adviseur om een *business focus*, die *legal risk management* mogelijk maakt.²⁵

Merk op hoe mooi Siedels aanbeveling aan managers, om juridische problemen om te vormen tot kansen om concurrentieel voordeel te behalen, past in Susskinds voorspelling van de ontwikkeling van juridische dienstverlening in de richting van het management van juridische risico’s. Beide visies kenmerken zich door de nadruk op een proactieve houding van ondernemers en juridische adviseurs gericht op preventie: het voorkomen van (het verder escaleren van) problemen. De *competitive advantage* van Siedel is de *legal empowerment* van Susskind!

De voor dit boek ontwikkelde managerial law-methode is een heel geschikt hulpmiddel voor een juridische doorlichting van de onderneming, de *legal health check*. Nadat door het uitvoeren van een legal audit de status quo is bepaald, kan het management verder werken aan het voorkomen van problemen en het verbeteren van de juridische performance.

Juridische doorlichting van een onderneming

Een *legal audit* (LA) is een diagnostische momentopname van de juridische situatie waarin een onderneming verkeert. De audit kan een neutraal, descriptief doel hebben: er wordt dan een juridische röntgenfoto gemaakt van het bedrijf of groep van bedrijven op een bepaald moment. Het resultaat van de doorlichting is een assessment van de juridische performance van de organisatie. Dit assessment is veelal de basis voor het doen van aanbevelingen hoe de juridische situatie kan worden verbeterd. Deze aanbevelingen kunnen een defensief of een offensief karakter hebben, bijvoorbeeld: hoe verdedig ik mij het beste tegen claims op het gebied van productenaansprakelijkheid, of: hoe kan ik het recht krijgen op medegebruik van een belangrijke nieuwe technologie?

De *scope* van de juridische doorlichting kan eng of ruimer zijn. Het kan gaan om een deel van het bedrijf, bijvoorbeeld een dochteronderneming, of een meer specifiek onderwerp zoals het intern afstemmen van verschillen in arbeidsvoorwaarden of het onderzoeken van de mogelijkheid van een duurzame vorm van samenwerking met het oog op het mededingingsrecht. Een *full-scale LA* omvat alle belangrijke onderwerpen die relevant zijn voor het juridisch reilen en zeilen van de onderneming en haar activiteiten.

De reden om een juridische doorlichting te laten uitvoeren kan algemeen of specifiek zijn. De onderneming kan periodiek behoefte hebben aan een *legal health check* zoals actieve sporters zich regelmatig medisch laten nakijken. Meer specifiek kunnen het klachten van klanten zijn of schadeclaims die tot een audit nopen. De meest voorkomende specifieke reden voor een LA is het willen hebben van een preventieve diagnose van de juridische performance van een eventueel over te nemen bedrijf, de doelonderneming. De juridische audit wordt het meest gebruikt voorafgaande aan een fusie of overname ter vermindering van de spreekwoordelijke lijken in de kast. Men spreekt dan van een *due diligence* (in vertaling zoiets als: gepaste zorgvuldigheid). Er wordt dan in een gebouw van het doelbedrijf een *dataroom* ingericht: een goed bewaakte kantoorruimte vol met vertrouwelijke documenten die mogen worden ingezien door een beperkt aantal vertegenwoordigers van belangstellende aspirant kopers. Het *due diligence*-onderzoek is een subsoort van de LA en ook het in de praktijk meest bekende onderzoek. De weinige literatuur die er over de LA te vinden is, heeft meestal betrekking op *due diligence*. Deze literatuur is voornamelijk beperkt tot enkele specialistische handboeken die altijd checklists bevatten. De validiteit van deze checklists is twijfelachtig. Aan de ene kant putten de opstellers van dergelijke lijsten zich uit in hun streven naar volledigheid en aan de andere kant wijzen zij er nadrukkelijk op dat volledigheid niet wordt gegarandeerd. Dit is begrijpelijk, omdat ondernemen oneindig veel gevarieerder is dan met juridisch denkwerk achter het

bureau kan worden voorzien. Bedrijven verschillen enorm in omvang, strategie en activiteiten. Het beste wat gezegd kan worden van die checklists in de literatuur is dat ze een meta-karakter hebben, dat wil zeggen: het zijn hulpmiddelen bij de constructie van een concrete checklist voor een actuele audit.²⁶

Dus is er een bijna voortdurend proces gaande van het steeds opnieuw maken van concrete checklists. Advocatenkantoren die standaard due-diligencelijsten gebruiken, benadrukken dat deze instrumenten steeds weer zorgvuldig afgestemd moeten worden op de omstandigheden en organisatie van het door te lichten bedrijf.

Managerial law als auditmethode

De in de juridische literatuur aangetroffen checklists voor doorlichting verschillen van inhoud, geven indicatieve opsommingen van te bestuderen onderwerpen. Als er al structuur in zit, dan lijkt het nog het meest op een juridische structuur: de volgorde van de items is vaak willekeurig of ze volgen de indeling van juridische subdisciplines. Bij wijze van voorbeeld geef ik een door mij ingedikte lijst van onderwerpen uit verschillende checklists:

- vennootschappelijke documenten en vergunningen van de overheid;
- milieurechtelijke bijzonderheden;
- deelnemingen en dochterondernemingen;
- activa, passiva en aansprakelijkheden;
- contracten en garanties;
- industriële en intellectuele eigendom en licenties;
- personeelsaangelegenheden en sociale lasten;
- belastingen en subsidieverplichtingen;
- verzekeringen en lopende procedures.

De in deze inleiding toegelichte methode voor dit boek, 'managerial law' genaamd en vertaald weergegeven in de titel van dit boek: *bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier*,²⁷ is niet alleen een goede didactische methode om studenten grondig in te leiden in bedrijfsrecht, maar ook een betere methode om een bedrijf juridisch door te lichten.²⁸ Wie kijkt naar de indeling van de vijf delen van dit boek, zal zien dat elk deel is ingedeeld volgens de structuur van dat betreffende managementgebied. Op die manier krijg je een overzicht van de agenda van juridische onderwerpen die op het gebied van die managementfunctie aan de orde zijn. Als je een diagnose wilt stellen van de juridische performance van het personeels-, productie-, commerciële, financiële en strategische management van een onderneming kun je volgens dezelfde aanpak te werk gaan. Het is een betere methode dan de gangbare juridische aanpak, omdat de managerial benadering overzichtelijker is, veel beter aansluit bij de organisatie van de onderneming en vollediger kan zijn. Deze methode maakt juridische kwesties beter bespreekbaar voor de in de onderneming werkzame personen, hetgeen het houden van interviews en het communiceren van aanbevelingen tot verbetering vergemakkelijkt.

Een juridische audit van een onderneming volgens de managerial law-methode heeft een aantal voordelen. Het faciliteert het oordeel over de juridische performance van een specifieke managementfunctie. Juridi-

sche auditors communiceren op deze manier gemakkelijker met andere adviseurs, waardoor de juridische doorlichting meerwaarde krijgt. We kunnen dus vaststellen dat het managerial format voor een juridische audit zowel praktisch als professioneel een goede methode is voor de doorlichting van een onderneming.

Structuur van dit boek: figuren en afbeeldingen

De structuur van dit boek knoopt aan bij de bedrijfskundige benadering van ondernemingsorganisaties, waarin verschillende managementfuncties worden vervuld. De structuur van de respectieve managementfunctie bepaalt de structuur van het betreffende deel: juridische aspecten worden toegekend aan onderdelen van de managementfunctie. De juridische inhoud van dit boek is dus bedrijfskundig gestructureerd. De basisfiguur brengt deze methode in beeld (zie figuur A).

Figuur A

	Juridische aspecten						
Bedrijfskundige benadering							
Personeelsmanagement							
Productiemanagement							
Commercieel management							
Financieel management							
Strategisch management							

© A. Brack/TBK/UT, 1996

Elk deel behandelt een rij van deze figuur. De opbouw van ieder deel verloopt volgens een bepaald stramien. Een deel begint met een inleidend hoofdstuk. Hierin wordt aan de hand van een selectie uit relevante managementliteratuur de structuur van dat deel vastgesteld. Verschillen in de structuur van de delen worden dus veroorzaakt door verschillen in de respectieve handboeken van het betrokken managementgebied: elk gebied kent immers zijn eigen, specifieke indeling.

Het eerste hoofdstuk van elk deel bespreekt de juridische aspecten in hoofdlijnen. Hierin vindt op hoofdlijnen de vertaalslag plaats van de bedrijfskundige benadering naar de juridische aspecten en wordt de lezer een overzicht geboden van wat hij verderop in meer detail zal aantreffen.

Elk deel heeft een eigen basisfiguur, in deel 1 is dat bijvoorbeeld figuur 1.1, waarin de structuur van de te behandelen managementfunctie overzichtelijk is weergegeven.

Wanneer de lezer in deze figuur de antwoorden van meerkeuzevragen invult, kan hij zijn kennis en inzicht toetsen van de in dat deel behandelde onderwerpen. Achter in het boek zijn ingevulde figuren opgenomen waarmee kan worden nagaan op welk managementgebied dit juridische onderwerp de grootste impact heeft.

Noten

- 1 Veel van het hiernavolgende is ontleend aan publicaties in de *Journal of Legal Studies Education*, waarvan het eerste nummer verscheen in 1983 (volume one). Het verschijnt tegenwoordig halfjaarlijks. In referenties aan een publicatie uit dit tijdschrift gebruik ik de afkorting *JLSE*. Dit tijdschrift is een officiële publicatie van de Academy of Legal Studies in Business, hetgeen de handelsnaam is van de American Business Law Association Inc. De Academy geeft nog een ander tijdschrift uit: *American Business Law Journal*. Het verschil tussen beide tijdschriften is dat *JLSE* zich richt op onderwijzend personeel betrokken bij juridische vakken die worden gegeven in non-law schools, in het bijzonder business schools. Juridische faculteiten hebben veelal eigen tijdschriften.
NB: de Academy is ook een vereniging met meer dan duizend leden, die een newsletter uitgeeft en conferenties organiseert. De meeste van deze leden zijn juridische docenten in business studies, hetgeen zij bepaald niet als een minderwaardige betrekking zien. In Nederland heeft alweer een aantal jaren geleden een informeel gezelschap bestaan, zich noemende 'Juristen in de diaspora': juridische docenten aan universitaire opleidingen economie, sociologie en bedrijfskunde. Toen was in Nederland voor dit gezelschap de juridische faculteit kennelijk het beloofde land.
- 2 *ABLA Newsletter*, Spring 1991 ('Special Edition'): 'AACSB adopts ABLA amendment for new accreditation standards'.
- 3 Donald L. Boren, An analysis of Law Courses in the Masters of Business Administration Programs at AACSB Institutions, 11 *JLSE* 21 (1993).
- 4 N.A. Bastin, Legal Education for Persons Embarking on Careers in Business: The British Experience, 6 *JLSE* 133 (1987). Op het eerste gezicht lijkt er in Engeland een evenknie te bestaan van de Amerikaanse AACSB, maar de (Britse) Council for National Academic Awards (CNAA) bestrijkt slechts een deel van het hoger onderwijs (niet de oorspronkelijke universiteiten, maar de 'polytechnics') en certificeert geen opleidingsinstituten, maar verleent toestemming bepaalde titels te verlenen aan afstuderenden. Het lijkt een subtiel onderscheid.
- 5 Sommigen vinden het een nadeel dat van de AACSB-standards een gelijkmakende, vervlakkende werking is uitgegaan, waarvoor Europese business schools gespaard zijn gebleven: Helen J. Muller, James L. Porter en Robert R. Rehder, Reinventing the MBA the European Way, *Business Horizons*, May-June 1991, 83-91. Anderen zijn van mening dat de standards veel te rigide worden gehanteerd: Lawrence S. Zacharias, The Business of Law, *California Management Review*, Fall 1988, 121-131, in het bijzonder voetnoot 18. Dit wordt bevestigd door de opvatting dat de AACSB-standard geen vakken definieert, maar een curriculum omschrijft: John D. Donnell, Redesigning the Required Undergraduate Business Law Course, 2 *JLSE* 5 (1984).
- 6 Thomas W. Dunfee, The Future of Legal Studies: Prospects and Problems, 2 *JLSE* 23-31 (1984). Zie ook: O. Lee Reed en John N. Lewis, Importance of Contract to the Curriculum: Going, Going,...., 4 *JLSE* 37 (1986).
- 7 N.A. Bastin, o.c. (1987), 129.

- 8 S. Scott Massin, Corporate Perspectives on Business Law Curricula: An Empirical Study, 8 *JLSE* 91 (1989).
- 9 John R. Allison, The Role of Law in the Business School Curriculum, 9 *JLSE* 246 (1991).
- 10 Anne M. Lawton en Lynda J. Oswald, The Use of Simulated Hearings in Business Law Courses, 11 *JLSE* 103–104 (1993).
- 11 Robert N. Corley, The Teaching of Business Law in the 1990's, 2 *JLSE* 35 (1984).
- 12 S. Scott Massin, o.c. (1989), 92: '... this central issue; i.e., the 'ideal' composition of course curricula, which dramatically divides the present academic community'. Die discussie wordt natuurlijk ook op de hak genomen. Het eerste gebod: 'Thou shalt honor the discipline of law and not be diverted by controversy as to whether the course should be called legal environment or business law': Blair J. Kolasa, Ten Commandments for the Professor of the Introductory Course in Law for Business, 2 *JLSE* 51 (1984).
- 13 Arthur D. Wolfe, From Contract to a Structuralist Perspective of Organizational Power Control: Business Law in the Year 2000, 1 *JLSE* 25 (1983).
- 14 John D. Donnell, Redesigning the Required Undergraduate Business Law Course, 2 *JLSE* 7–9 (1984).
- 15 O. Lee Reed en John N. Lewis, Importance of Contract to the Curriculum: Going, Going..., 4 *JLSE* 33 e.v. (1986).
- 16 S. Scott Massin, o.c. (1989), 71–97. Een geografisch beperkter opgezet, maar recent opinieonderzoek is M.W. Little en W.H. Daughtrey Jr., Survey of Virginia Corporate Executives on the Role of Law in Business Curricula, 13 *JLSE* 147–161 (1995).
- 17 John W. Yeargain en John R. Tanner, Alumni Perspectives on the Business Law Curriculum, 9 *JLSE* 35–51 (1990).
- 18 Zie: O. Lee Reed e.a., The Role of Contracts in the Introductory and Only Law Course that Most Business Students Will Ever Take, 9 *JLSE* 1–30 (1990).
- 19 Een leuk, creatief voorbeeld in: Janet Riola Hale, The Challenge of Puzzling Minds, 2 *JLSE* 52 (1984) over het gebruik van kruiswoordpuzzels in het onderwijs. Over hoe je zo'n puzzel met behulp van de computer kunt construeren: Michael P. Litka en John W. Works, A High Tech Study Aid, 5 *JLSE* 142 (1987).
- 20 John R. Allison, o.c. (1991), 239–264, in het bijzonder 248–249.
- 21 Ross D. Petty en Richard P. Mandel, Putting Business into Business Law: the Integration of Law and Business Strategy, 10 *JLSE* 205 (1992).
- 22 A. Brack, The Paradigm of Managerial Law, 15 *JLSE* 237 (1997).
- 23 Marc Lampe, A New Paradigm for the Teaching of Business Law and Legal Environment Classes, 23 *JLSE* 1–51 (2006).
- 24 George J. Siedel, *Using the Law for Competitive Advantage*, University of Michigan Business School Management Series, John Wiley & Sons Inc 2002.
- 25 Richard Susskind, *Transforming the Law – Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, Oxford University Press 2003, 77–107.
- 26 Als uitgangspunt voor maatwerk. Vergelijk: 'This chapter provides the reader with a checklist designed to serve as a starting point for a detailed examination (...)'. In: Michael Whalley, Thomas Heymann (eds.), *International Business Acquisitions: Major Legal Issues and Due Diligence*, Kluwer Law Int., London 1996, p. 324.
- 27 A. Brack, The Paradigm of Managerial Law, *Journal of Legal Studies Education*, Vol. 15 nr. 2 (Summer 1997), 237–244.
- 28 A. Brack, A Managerial Format for a Business Legal Audit, *European Business Law Review*, January/February 2001, Vol. 12, Issues 1+2, 34–39.

Juridische aspecten van personeelsmanagement

1

- 1 Personeelsmanagement, juridische aspecten in hoofdlijnen 37**
- 2 Juridische aspecten van arbeidsvoorziening 43**
- 3 Juridische aspecten van arbeidsvoorwaarden 63**
- 4 Juridische aspecten van arbeidsomstandigheden 75**
- 5 Juridische aspecten van arbeidsverhoudingen 79**
- 6 Meerkeuzevragen 97**

Voor het vakgebied dat wij in dit deel personeelsmanagement noemen, worden in de vakliteratuur verschillende benamingen gebruikt, zoals sociaal en personeelsmanagement, strategisch personeelsmanagement en human resources management (hrm). Veel schrijvers over dit vakgebied hanteren geen duidelijke indeling of onderverdeling van het vakgebied. De gebruikte woordkeus is nogal divers en verwijst deels naar de ontwikkeling die het personeelsmanagement in de loop der jaren heeft doorgemaakt. Zo wordt gesproken van human relations, human capital, human assets en tegenwoordig veelvuldig van human resources, die 'gemanaged' moeten worden. In het Nederlands wordt dit dan bijvoorbeeld management (= besturing en beheersing) van menselijk talent.

Hoe verschillend de benamingen ook mogen zijn, gemeenschappelijke kenmerken zijn:

- menselijke hoofd- en handarbeid als essentiële productiefactor waarin het waard is te investeren;
- het afstemmen van individuele en collectieve personeelsbelangen op de belangen van de naar winst en continuïteit strevende onderneming;
- het scheppen van ontplooiingsmogelijkheden mede met het oog op de interne (binnen de onderneming of groep van ondernemingen gelegen) en externe (er buiten gelegen) arbeidsmarkt.

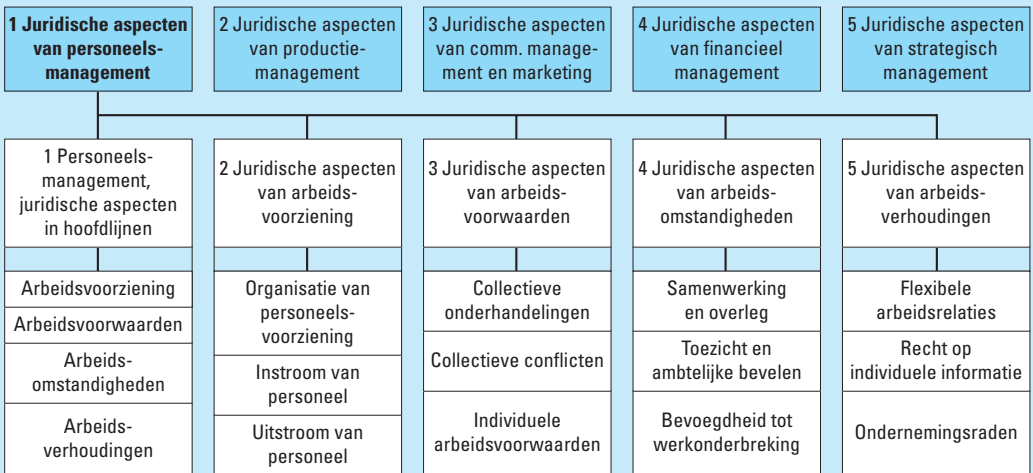
Het belang van personeelsmanagement wordt in de praktijk veelal benadrukt door te zeggen dat de activiteiten van 'onze' onderneming toch vooral een *people's business* is, een duidelijke verwijzing naar een human-capital-, human-resource-achtige visie op personeelsmanagement.

Wanneer we de literatuur overzien, dan vallen een paar dingen op. Men spreekt vaak van facetten van hrm, van personeelsinstrumenten en -systemen. Zoals de instroom, het benutten van talenten, de werk- en taaksystemen, overleg en medezeggenschap en de arbeidsvoorwaarden.

De zogenoemde *Harvard-methode* wordt als toonaangevend beschouwd. Hierbij werkt men met vier 'policy areas': employee influence, human resource flow, reward systems en work systems.

De reeds lange tijd gebruikelijke indeling in de volgende vier velden voldoet nog steeds: **1 arbeidsvoorziening** (in trefwoorden: werving en selectie, personeelsplanning, loopbaanbegeleiding, opleiding, personeelsbeoordeling, ontslagprocedures), **2 arbeidsvoorwaarden** (in trefwoorden: beloning, rechtspositie, klachtenregelingen), **3 arbeidsomstandigheden** (in trefwoorden: arbeidsinhoud, ergonomie, werkstructurering, bedrijfsgeneeskunde, veiligheid) en **4 arbeidsverhoudingen** (in trefwoorden: werkoverleg, relatie met vakbonden, ondernemingsraad, betrokkenheid van personeel bij de arbeidsorganisatie als geheel). Deze onderverdeling kan als in brede kring geaccepteerd worden beschouwd en verschilt niet essentieel van onder andere de Harvard-benadering, waarnaar veelal wordt verwezen. Daarom en ook om pragmatische redenen hanteren wij deze vierdeling voor de structuur van dit deel; juristen kunnen er immers redelijk goed mee uit de voeten, zoals zal blijken.

Figuur B



Personeelsmanagement, juridische aspecten in hoofdpijnen

1

- 1.1 Arbeidsvoorziening
- 1.2 Arbeidsvoorwaarden
- 1.3 Arbeidsomstandigheden
- 1.4 Arbeidsverhoudingen
- 1.5 Resumé

Arbeidsrecht is gericht op regeling van de individuele en collectieve relaties tussen werkgever(s) en werknemer(s). Zoals er een Burgerlijk Wetboek bestaat, naast bijvoorbeeld een Wetboek van Strafrecht, zo hebben beoefenaren van het sociale recht lange tijd de wens gekoesterd dat ook hun vakgebied zou worden gecodificeerd (codificatie betekent bijeenbrengen in een wetboek). Tot een zogenoemd Wetboek van de Arbeid is het echter niet gekomen, zodat de regels die behoren tot het arbeidsrecht over verschillende wetboeken en tientallen wetten zijn verspreid.

Het arbeidsrecht als geheel is van gemengd privaats-/publiekrechtelijk karakter. In de te onderscheiden onderdelen van het vakgebied liggen de accenten verschillend. Het ene onderdeel is voornamelijk of geheel privaatrechtelijk van karakter, terwijl in een ander onderdeel het publiekrechtelijk karakter overheerst.

De onderverdeling van het juridische vakgebied arbeidsrecht sluit heel mooi aan bij de vier genoemde facetten van hrm. Alle onderdelen van het arbeidsrecht komen in dit deel aan bod. In dit eerste hoofdstuk van dit deel zal in hoofdpijnen worden duidelijk gemaakt hoe de onderdelen van het arbeidsrecht van invloed zijn – zowel instrumenteel als normatief – op het hrm- of personeelsbeleid.

Het juridisch kader is ontworpen en in de loop der jaren uitgebreid vanuit de opvatting dat werknemers als sociaaleconomisch zwakkere partij recht hebben op bescherming tegenover de als sterker beschouwde wederpartij werkgever. Voorkomen moet worden dat deze misbruik maakt van zijn sterkere onderhandelingspositie en dat deze maatschappelijk onrechtvaardige arbeidscondities oplegt. Dit is het *Leitmotiv*, de rode draad in het arbeidsrecht. Dit neemt niet weg dat er

de laatste jaren meer en meer aandacht ontstaat voor wat met een verzamelnaam 'employability' wordt genoemd; een verwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid van mensen voor hun inzetbaarheid in het arbeidsproces.

1.1 Arbeidsvoorziening

Het juridisch kader op het gebied van de arbeids- of personeelsvoorziening en loopbaanontwikkeling is weinig omvangrijk. Definiëren wij dit aandachtsveld vanuit rechtskundig oogpunt als de werving en selectie, de loopbaan en het ontslag van het personeel, dan is alleen het laatste onderwerp (maar dan ook vrijwel uitputtend) geregeld.

Er bestaan sinds 1945 zelfs twee elkaar aanvullende, maar ook deels tegenstrijdige ontslagbeschermingsystemen; die van het BBA (Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen-1945 met als hoofdregel dat voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst voorafgaande toestemming nodig is) en die van het BW (Burgerlijk Wetboek met als hoofdregel dat ontslag regelmatig of onregelmatig is, maar al dan niet met schadevergoedingsplicht vrijwel altijd mogelijk). Bovendien bevatten vele cao's bedingen over met de opzegging samenhangende verplichtingen, zoals opzegtermijnen.

Voor het loopbaanbeleid is er enig wettelijk kader, zoals de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, en voorts het door cao-partijen zelf geschapen juridische kader, bijvoorbeeld functiewaardering en -classificatie, scholing en vorming. Aan het begin van de loopbaan is er, juridisch gesproken, vrijwel niets: voor behoorlijke wervings- en selectiemethoden bestaan geen wettelijke waarborgen; de wetgever laat dit aan zelfregulering in het bedrijfsleven over. Er bestaan sollicitatiecodes, die (wellicht) vrijwillig worden nageleefd.

De arbeidsbemiddeling (het afstemmen van het aanbod op de vraag) ten slotte, was vroeger een overheidsmonopolie en vormde een onderdeel van het door de overheid nagestreefde arbeidsmarktbeleid. De arbeidsbureaus hebben een moderniseringsproces doorgemaakt van 'stempellokaal' voor werklozen tot breder opgezette arbeidsmarktinformatiecentra voor vragers en aanbieders. Van het tot stand brengen van arbeidsovereenkomsten (arbeidsbemiddeling) moet worden onderscheiden het tijdelijk ter beschikking stellen van arbeidskrachten en het detacheren van personeel. Het nieuwe *arbeidsvoorzieningsrecht* zal verderop in dit deel worden behandeld.

1.2 Arbeidsvoorwaarden

Het individuele *arbeidsovereenkomstenrecht* en het *collectieve arbeidsrecht* omvatten volledig het werkveld van de arbeidsvoorwaarden. Bovendien is de gelijke behandeling van mannen en vrouwen gebaseerd op *internationaal arbeidsrecht*, namelijk een EU-richtlijn en voor het stakingsrecht is het Europees Sociaal Handvest van groot belang.

De wetgever heeft bodems gelegd in de arbeidsvoorwaarden: minimumloon en -vakantie-uitkering, minimaal vakantieverlof. Een aantal

onderwerpen is dwingendrechtelijk geregeld, zoals: opzegtermijn, getuigschrift, ontslagbescherming. Andersluidende afspraken zijn dan niet rechtsgeldig.

Het in de wet dwingendrechtelijk opnemen van ‘contractuele’ rechten en plichten is een van de meest vergaande vormen van bescherming van de rechtspositie van werknemers; de contractvrijheid – basisprincipe van het overeenkomstenrecht – wordt immers terzijde gesteld. De overheid kan ook langs andere weg, zij het tijdelijk, een soortgelijk resultaat bereiken. De wet van 1937 geeft de minister van Sociale Zaken de bevoegdheid – op verzoek van een of meer cao-partijen – bepalingen in collectieve arbeidsovereenkomsten algemeen verbindend te verklaren. De betrokken bepalingen gelden dan voor alle werkgevers en werknemers in de bedrijfstak. Aldus kan (loon)concurrentie worden gematigd en kan onderbieding door outside-werkgevers worden voorkomen. De aldus verkregen bescherming werkt tijdelijk, omdat deze gekoppeld is aan de looptijd van de cao.

In feite komt er in het arbeidsrecht een heel scala van *juridische beschermingstechnieken* voor. Zoals hiervoor bleek, is in sommige gevallen geen contractvrijheid meer aanwezig. Minder vergaande vormen bestaan hierin dat afwijking van wettelijke regels weliswaar is toegestaan, maar wil die rechtsgeldig zijn, dan moet aan een nadere voorwaarde zijn voldaan. Een voorbeeld hiervan treffen wij aan bij het concurrentie- en het boetebeding: partijen hebben bij deze onderwerpen hun contractvrijheid behouden, maar hun afspraken zijn alleen geldig indien ze schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend. Overigens is dit een zwakke vorm van bescherming, meer dan ‘een gewaarschuwd mens telt voor twee’ is het niet.

Een wezenlijk verdergaande vorm van bescherming is die waarin alleen organisaties van belanghebbenden (en dus niet de belanghebbenden zelf) bevoegd zijn (nadere) regelingen te treffen: de kwestie is van het individuele partijniveau naar het collectieve niveau getild. De gedachte hierachter is dat cao-partijen, beter dan individuele werkgevers en werknemers, in staat zijn een evenwichtig onderhandelingsresultaat tot stand te brengen. Zo mag van enkele wettelijke bepalingen over vakantieverlof alleen bij cao worden afgeweken.

1.3 Arbeidsomstandigheden

De Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) is het moderne juridisch kader voor het aandachtsveld arbeidsomstandigheden. Anders dan met wetten gebruikelijk is, is de Arbowet gedurende de afgelopen jaren in fasen ingevoerd. Het *arbeidsomstandighedenrecht* is het oudste onderdeel van het arbeidsrecht. De omstandigheden waaronder met name in fabrieken arbeid werd verricht, is historisch gezien het eerste gebied van overheidsingrijpen geweest. De erbarmelijke werkomgeving en andere slechte fysieke arbeidscondities van een heel groot deel van de werkende bevolking gaven de wetgever in de tweede helft van de negentiende eeuw aanleiding – aanvankelijk schoorvoetend, later krachtiger – tot regulerend optreden. De eerste sociale wet op dit gebied weet

bijna iedereen te noemen: het ‘Kinderwetje’ van Van Houten (1874), waarin grenzen werden gesteld aan het aantal uren dat jongeren mochten werken.

De Veiligheidswet (1934) beoogde onveilige arbeidstoestanden te voorkomen, maar ook gezonde omstandigheden te bevorderen. Deze wet en de hierop berustende besluiten verbeterden de werkplaats van de arbeider. De zogeheten ‘Arbeidswet’ (1919) regelde de (over)werk- en rusttijden. Hoofdpijnen: maximale werkweek van 48 uur, zondagsrust, vrije zaterdagmiddag, verbod van nachtarbeid (behoudens uitzonderingen, waarvoor veelal vergunning moet worden verkregen). De werkingssfeer van deze wet strekte zich echter verder uit; het begrip arbeidstijd werd ruim uitgelegd. Ook de periode van het menselijk leven waarin nog niet (kinderarbeid, leerplicht) mocht worden gewerkt, viel onder de wet: het zogenoemde ‘Jongerenstatuut’. Zoals gezegd, het wettelijk kader op dit gebied is thans de Arbowet.

1.4 Arbeidsverhoudingen

De Arbowet is ook voor het werkveld van de arbeidsverhoudingen van belang, omdat overleg met het personeel en de or over veilig en gezond werk wordt bevorderd en soms zelfs verplicht gesteld. Ook het *collectief arbeidsrecht* bevordert overleg, in dit geval tussen werkgevers en vakbonden. De Wet Melding collectief ontslag is een voorbeeld van wettelijk gestuurd overleg met vakbond én or. Het belangrijkste onderdeel van het arbeidsrecht voor de juridische inkadering van het werkveld arbeidsverhoudingen is natuurlijk het *medezeggenschapsrecht* van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Door de bepalingen over de informatie-, initiatief-, advies-, instemmingsrechten en het beroepsrecht is de WOR hét voertuig geworden voor het overleg met en de invloed op de bedrijfsvoering van de werknemersvertegenwoordiging in de bedrijfsorganisatie.

Beschouwen we de in de WOR vastgelegde regeling voor ondernemingen met vijftig of meer werknemers (50-plus) als standaardmodel, dan gelden in sommige gevallen minder vergaande en in andere gevallen verdergaande medezeggenschapsregelingen. Minder vergaand is de personeelsvertegenwoordiging en de personeelsvergadering in kleine ondernemingen (50-min bedrijven). Verdergaand dan het standaardmodel is de regeling voor structuurvennootschappen, waarin aan de or invloed is toegekend bij de benoeming van commissarissen. Bedenk echter wel dat het aantal nv’s en bv’s dat verplicht is het ‘structuurregime’ te volgen zeer klein is. Hoewel de indruk bestaat dat daar niet op grote schaal gebruik van wordt gemaakt, is het anderzijds toegestaan vrijwillig het 50-plus or-regime of het structuurmodel toe te passen, dan wel (nog) verdergaande medezeggenschapsregelingen te treffen. Wettelijke regelingen omtrent arbeidsverhoudingen, zo zou men kunnen zeggen, leggen vast wat ten minste moet, natuurlijk niet wat ten hoogste mag. Cao-partijen kunnen bijvoorbeeld andere vormen van overleg en organisatie, naast en als het ware ‘bovenop’ de wettelijke verplichte, overeenkomen, zoals werkoverleg en het functioneren van bedrijfsledengroepen.

1.5 Resumé

De zojuist in hoofdlijnen geschetste juridische aspecten geven een eerste indruk van wat verder in dit deel nog aan de orde komt. Verder is duidelijk geworden dat de onderdelen van het arbeidsrecht de vier werkvelden van het personeelsmanagement zodanig omvatten dat bijna van een volledige dekking kan worden gesproken. Figuur 1.1 illustreert dit.

Figuur 1.1

	Juridische aspecten					
	Arbeidsvoorzieningsrecht	Arbeidsomstandighedenrecht	Individueel arbeidsrecht	Collectief arbeidsrecht	Medezeggenschapsrecht	Internationaal arbeidsrecht
Personeelsmanagement						
Arbeidsvoorziening						
Arbeidsvoorwaarden						
Arbeidsomstandigheden						
Arbeidsverhoudingen						

© A. Brack/TBK/UT, 1995

Plan van aanpak

Dit plan geeft een overzicht van concrete onderwerpen die in dit deel worden behandeld, zodat vooraf een volledig beeld ontstaat.

Op het gebied van de *arbeidsvoorziening* wordt tegenwoordig een onderscheid gemaakt tussen de officiële arbeidsbureaus en de op particulier initiatief gebaseerde arbeidsbemiddeling. In de laatste categorie onderscheiden we verder het detacheren en het ter beschikking stellen van personeel. Personeel dat een rechtstreeks dienstverband heeft, kan op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tijdelijk) of op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (vast) werkzaam zijn. Hier ligt een directe relatie met het ontslagrecht. Door het juridische mechanisme van de fictieve voortgezette dienstbetrekking krijgt tijdelijk personeel op een zeker moment ook recht op ontslagbescherming.

We besteden aandacht aan de gelijke behandeling m/v. De instroom van personeel gebeurt in juridisch opzicht op een geleidelijke manier: sollicitanten hebben nog niet zo veel rechten, tijdens de proeftijd bestaat er nog enige rechtsonzekerheid, maar daarna is het arbeidsrecht ten volle van toepassing.

De uitstroom van personeel is een sterk gereguleerde aangelegenheid. Dit ontslagrecht wordt in hoofdlijnen behandeld.

Over *arbeidsvoorwaarden* wordt veelal collectief onderhandeld tussen vakbonden en organisaties van werkgevers of afzonderlijke werkgevers. Het belang en de globale inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) wordt uitgelegd. Een hieraan verwant onderwerp is collectieve conflicten, die worden geregeld in het stakingsrecht. Collectieve arbeidsvoorwaarden (cao) vormen het kader voor het individuele arbeidscontract. Het hierin vaak voorkomende beding van non-concurrentie krijgt bijzondere aandacht.

De regeling van de *arbeidsomstandigheden* en de belangrijke functie van de Arbeidsinspectie worden beknopt behandeld.

Op het terrein van de *arbeidsverhoudingen* speelt de inzet van zogenoemd flexibel personeel een belangrijke rol. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Flexwet) heeft op dit gebied een aantal belangrijke nieuwe regels geïntroduceerd. De figuur van de fictieve voortgezette dienstbetrekking is gebruikt om een nieuw evenwicht te bepalen tussen belangen van werkgevers (flexibiliteit) en van werknemers (zekerheid). Het principe van de keten van arbeidsovereenkomsten is hier van doorslaggevend belang. In de Flexwet is de uitzendovereenkomst geregeld als een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst. Door de introductie van rechtsvermoedens (juridische veronderstellingen) probeert de Flexwet enige onzekerheden weg te nemen in de juridische positie van oproeppersoneel.

Ook aan wijzigingen in het medezeggenschapsrecht van werknemers wordt aandacht besteed: de praktische toepassing van de Wet op de ondernemingsraden is, bijvoorbeeld, enigszins vereenvoudigd.