



Aan de leden van de commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Amsterdam, 11 februari 2014

Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid: compilatie aanbevelingen tot verbetering VvA

In het commentaar en aanbevelingen tot verbetering van het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid hebben leden van de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht de in het wetsvoorstel (en in de Nota van wijziging) voorgestelde wijzigingen in Titel 10 Boek 7 BW en de Werkloosheidswet artikelsgewijs becommentarieerd. Daarbij zijn door de auteur(s) concrete aanbevelingen gedaan tot verbetering van de voorgestelde wettekst opdat zij zo eenvoudig mogelijk kunnen leiden tot aanpassing daarvan. Deze aanbevelingen zijn hierna voor uw gemak per artikel in een apart document onder elkaar opgenomen en telkens voorzien van een korte toelichting.

Hoogachtend,

Johan Zwemmer
Voorzitter werkgroep ontslagrecht VvA

Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid

(33 818)

Aanbevelingen artikelsgewijs werkgroep ontslagrecht VvA

11 februari 2014

**Redactie: mr. E.F.A. van Buitenen, mr. C.J. Frikkee, mr. M.V. Ulrici, Prof. mr. L.G. Verburg, en
mr. dr. J.P.H. Zwemmer**

Aanbevelingen met korte toelichting

Artikel 627 en 628

Loon¹

1. Afzien van het laten vervallen van artikel 7:627 en het wijzigen van artikel 7:628 lid 1.

Toelichting: Een overtuigende reden voor deze wijzigingen ontbreekt. Tegen de voorgenomen wijzigingen pleit voorts dat deze vanuit wetssystematisch en principiële oogpunt onwenselijk zijn. Bovendien kunnen deze wijzigingen belangrijke gevolgen hebben voor de praktijk, nu het niet verrichten van werk in sterkere mate voor risico van de werkgever wordt gebracht en de bewijslast op de werkgever komt te rusten. Ook dit is onwenselijk.

Voor het geval toch wordt besloten tot het laten vervallen van artikel 7:627 en de introductie van de voorgestelde risicoverdeling in artikel 7:628 lid 1, dit lid als volgt te formuleren:

‘De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, **behoudens indien en voor zover de werknemer** de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.’

Toelichting: Met deze redactie mag de werkgever alleen de loonbetaling stopzetten over de uren waarop de werknemer de overeengekomen arbeid niet verricht.

2. De huidige verwijzing in lid 5 van artikel 7:628 naar de leden 1 tot en met 4 handhaven.

Toelichting: Hiermee wordt (onder meer) geregeld dat de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting ook betrekking kan hebben op anders dan naar tijdruimte vastgesteld loon.

3. In de ministeriële regeling genoemd in artikel 685 te verduidelijken wat onder anders dan naar tijdruimte vastgesteld loon dient te worden begrepen als geregeld in lid 3 van 628.

Toelichting: thans is onduidelijk of dit ook betrekking heeft op loon dat niet (geheel) afhankelijk is van de individuele arbeidsprestatie. Verduidelijking is ook van belang voor de hoogte van het loon gedurende ziekte.

¹ Mr. E.C. van Fenema en mr. E.T. Visser zijn advocaat bij respectievelijk Kennedy van der Laan en AKD.

4. Artikel 628, zevende lid als volgt te formuleren:

'Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan de periode, bedoeld in lid 5, voor de bij die overeenkomst of regeling te bepalen **gevallen, functies en duur** worden verlengd.'

Toelichting: hierdoor blijft het mogelijk af te spreken dat bij schorsing vanwege wangedrag het loon kan worden ingehouden en wordt voldoende ruimte aan sociale partners geboden afspraken te maken over de verplichting het loon door te betalen aan oproepkrachten wanneer niet wordt gewerkt. De zinsnede 'mits de aan de functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben' is geschrapt, omdat dit alleen maar leidt tot onduidelijkheid en miskend wordt dat oproep- en invalkrachten in de praktijk vaak reguliere werkzaamheden verrichten. Dit is bijvoorbeeld het geval in de horeca en agrarische sector en ook bij het invallen tijdens ziekte van een vaste kracht.

5. Aan artikel 628 een nieuwe achtste lid toevoegen dat gelijkkluidend is aan het in te voeren lid 3 van artikel 671a en lid 2 van artikel 673b. Als alternatief kan gedacht worden aan het introduceren van een geheel nieuw artikel (eventueel in de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst) waarin eisen die aan een vakbond worden gesteld, worden opgenomen en waarnaar in de desbetreffende artikelen wordt verwezen.

Toelichting: Door het stellen van representativiteits- en onafhankelijkheidseisen wordt gewaarborgd dat afwijking per cao niet te makkelijk wordt, terwijl wel ruimte kan worden geboden aan verenigingen van werkgevers en werknemers.

6. De nieuwe rol van de STAR in het voorgestelde lid 8 nader te overwegen.

Toelichting: Sociale partners zijn op sectorniveau bij uitstek geëquipeerd om in te spelen op specifieke behoeftes. Door middel van een algemeen verbindend verklaring van een bepaalde cao kan bovendien voor een gehele sector of branche een uniforme regeling worden getroffen.

7. Als het niet gewenst is dat de werknemer onder het voorgestelde negende lid slechter af is dan in de praktijk onder het huidige recht het geval is, dit lid laten vervallen.

Toelichting: door het voorgestelde negende lid te schrappen, behoudt de werknemer conform het eerste lid in beginsel het recht op loon bij de in de MvT bedoelde calamiteiten en kan de werkgever hiervan conform het tweede lid de WW-uitkering aftrekken. Dit scheelt de werknemer op zijn minst 25% van het loon over de niet gewerkte uren.

8. Indien de mogelijkheid van dubbele betaling van een oproepkracht over een bepaald tijdvak een bewuste keuze is van de wetgever, dit laten terugkomen in de parlementaire

geschiedenis, dan wel als dit niet zo is aan lid 1 van artikel 7:628a toe te voegen: “tenzij het voorgaande tot een dubbele betaling van loon leidt.”

Toelichting: hierdoor wordt duidelijk of dubbele betaling over een bepaald tijdvak wel of niet de bedoeling van de wetgever is.

Artikel 652

Proeftijd²

De regel wordt: een proeftijd van maximaal twee maanden in een contract voor onbepaalde tijd dan wel voor bepaalde tijd van langer dan twee jaar en geen proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee jaar of korter.

In lijn met het bovenstaande zou artikel 7:652 BW als volgt moeten worden geformuleerd:

1. Indien partijen een proeftijd overeenkomen, is deze voor beide partijen gelijk.
2. De proeftijd wordt schriftelijk overeengekomen.
3. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aangegaan voor langer dan twee jaar kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste twee maanden.
4. Elk beding waarbij een proeftijd is overeengekomen is nietig, indien:
 - a. de proeftijd niet voldoet aan lid 1, 2 en 3 van dit artikel;
 - b. het beding is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en dezelfde werkgever, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige arbeidsovereenkomst;
 - c. het beding is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn.

Artikel 653

Concurrentiebeding³

Het is onverstandig zonder de regeling van het concurrentiebeding in brede zin te heroverwegen een incidentele aanpassing door te voeren met betrekking tot contracten voor bepaalde tijd die in juridisch-technische zin meer vragen oproept dan zij beantwoordt. De aanpassing van de leden 3 en 4 van artikel 7:653 BW dient niet verder te strekken dan een technische wijziging; de voorgestelde regeling introduceert een open norm die slechts kan leiden tot een beroep op de rechter.

² Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, universitair docent arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

³ Mr. D.J. Buijs is oud-kantonrechter en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Artikel I, onderdeel I, onder 1 tot en met 3 komt te vervallen.

Artikel I onderdeel I, onder 4 komt te luiden:

lid 3 komt te luiden: ‘Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontlenen, indien hij ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 7:677, lid 1 BW’;

lid 4 komt voor wat betreft de derde volzin te luiden: ‘De vergoeding is niet verschuldigd, indien de werknemer door opzet of schuld aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.’

Artikel 656

Getuigschrift⁴

Het getuigschrift is een relikwie uit de vorige eeuw; intrekking van de verplichting een getuigschrift af te geven, is een lastenverlichting voor werkgevers. Het vierde lid van artikel 7:656 BW wordt in de praktijk niet toegepast, maar als men dit zou willen handhaven, zou de technische aanpassing zich daartoe moeten beperken.

1. Artikel 7:656 BW vervalt;
subsidiar
2. Artikel 7:656 BW, lid 4 vervalt;
meer subsidiar
3. Artikel 7:656 BW lid 4 komt te luiden: “ Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd **tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt**, is de werkgever gerechtigd dit in het getuigschrift te vermelden”.

Artikel 665

Overgang van onderneming⁵

In artikel 7:662 lid 2 BW wordt in plaats van het begrip economische eenheid het in plaats daarvan overall in deze afdeling gehanteerde begrip onderneming gedefinieerd. In artikel 7:663 BW wordt het werkgeversbegrip in de eerste zin van dit artikel aangepast in lijn met de arresten van het Hof van Justitie en de Hoge Raad in de Albron-zaak. In artikel 7:666 BW wordt in lijn met artikel 5 van de Richtlijn artikel 7:662 BW niet uitgesloten. Voorts wordt in dit artikel in lijn met artikel 5 van de Richtlijn en jurisprudentie van het Hof van Justitie de uitsluiting van de artikelen 663 tot en met 665, en artikel 670, lid 8 BW beperkt tot de situatie waarin het faillissement is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever en aldus geen sprake is van een doorstart- of pre-pack-scenario.

⁴ Mr. D.J. Buijs is oud-kantonrechter en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

⁵ Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, universitair docent arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

In lijn met het bovenstaande zouden de artikelen 7:662, 663 en 666 BW als volgt kunnen worden geformuleerd:

Artikel 7:662 BW

1. (...)

2. Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een onderneming die haar identiteit behoudt;
- b. onderneming: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.

Artikel 7:663 BW

Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever van de permanent in die onderneming werkzame werknemer voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege over op de verkrijger.(...)

Artikel 7:666

1. De artikelen 663 tot en met 665, en artikel 670, lid 8, zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, de onderneming tot de boedel behoort en het faillissement is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever alsmede, (...)

Artikel 667

Bepaalde tijd en Ragetlie⁶

Aanbevelingen

1. De eerste zin van lid 4 komt als volgt te luiden:
Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door opzegging als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen a tot en met f, of door ontbinding door de rechter is geëindigd, **aansluitend** of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is **opgevolgd** door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die voortgezette arbeidsovereenkomst opzegging nodig.

Toelichting: hiermee wordt voor het begrip voortzetting aangesloten bij de formulering van 668a en is duidelijk dat de Ragetlie-regel ook van toepassing is, wanneer de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd direct aansluit op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en niet na een tussenpoos.

2. De laatste zin van lid 4 komt als volgt te luiden:

⁶ Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.

Toelichting: hiermee wordt duidelijk dat de Ragetlie-regel alleen niet geldt wanneer de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer tot een einde is gekomen door opzegging of door een einde van rechtswege, omdat in de arbeidsovereenkomst een beding met die strekking is opgenomen.

3. Aan de laatste zin van lid 4 wordt toegevoegd:
.. of wanneer opzegging heeft plaats gevonden in de zin van artikel 40 Faillissementswet.”
Toelichting: hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat opzegging door de curator een “rechtsgeldige” opzegging is in de zin van 667 lid 4.
4. Verduidelijk in de toelichting of en zo ja op welke gronden een werknemer aanspraak op loon kan maken over in het verleden gelegen tussenpozen in de situatie waarin partijen - zich niet bewust van de Ragetlie-regel - meermalen voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd meenden te zijn aangegaan.
5. Maak duidelijk of de voorgestelde wijziging van 668a lid 2 over opvolgende werkgevers ook van toepassing is in de situatie van 667 lid 5, in het bijzonder in de situatie waarin een doorstart plaatsvindt door een “derde”, en de werknemer vergelijkbare werkzaamheden verricht.
6. Voorzie in een gefaseerde inwerkingtreding: de aanpassing aan de tussenpoos van 6 maanden (van 668a) per 1 juli 2014, de aanpassing aan de opzegging per 1 juli 2015.

Artikel 668

Aanzegtermijn⁷

1. Verduidelijk dat ook voor de werknemer die in dienst is gebleven de mogelijkheid om een aanzegvergoeding op te eisen, vervalt twee maanden nadat de arbeidsovereenkomst, wanneer deze niet was voortgezet, zou zijn geëindigd.

Toelichting: dit is wenselijk om te voorkomen dat aanzegvergoedingen cumuleren bij een keten van tijdelijke dienstverbanden waarin de arbeidsovereenkomst wel is voortgezet, maar niet is voldaan aan de aanzegverplichting.

2. De vergoeding zoals bedoeld in artikel 668 lid 3 BW dient te worden aangemerkt als inkomsten uit vroegere dienstbetrekking, zoals bedoeld in artikel 2:2 AIB.

⁷ Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

Toelichting: de vergoeding die een werknemer ontvangt omdat de werkgever de aanzegtermijn niet (tijdig) in acht heeft genomen dient niet in mindering te worden gebracht op de WW-uitkering.

3. Het eerste lid, aanhef, komt te luiden:

1. De werkgever informeert de werknemer schriftelijk uiterlijk een maand voordat een **(voortgezette)** arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt: [...]

Het tweede lid komt te luiden:

2. Lid 1 is niet van toepassing, indien:

a. [...]

b. de arbeidsovereenkomst is aangegaan **of voortgezet** voor een periode korter dan zes maanden.

Toelichting: met deze wijziging is duidelijk in de wettekst vastgelegd dat de aanzegverplichting ook geldt voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Artikel 668a

Ketenregeling⁸

1. Verduidelijk in welke situaties sprake is van opvolgend werkgeverschap, met name wat wordt bedoeld met “de bij de opvolgende werkgever liggende aanleiding” en of de voorgestelde wijziging van 668a lid 2 over opvolgende werkgevers ook van toepassing is in de situatie van 667 lid 5, in het bijzonder in de situatie waarin een doorstart plaatsvindt door een “derde”, en de werknemer vergelijkbare werkzaamheden verricht.

Toelichting: toepassing van de regeling van 668a lid 2 in 667 lid 5 - situaties zal in de praktijk sneller tot het oordeel leiden dat sprake is van opvolgend werkgeverschap in doorstart situaties. Het is voor de praktijk van belang duidelijkheid te verkrijgen of dit de bedoeling van de wetgever is.

2. Breng in de toelichting tot uitdrukking dat ook in de nieuwe regeling een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de situatie van opvolgende werkgevers meetelt als schakel in de keten.

Toelichting: hiermee wordt duidelijk dat de jurisprudentie hierover zijn gelding behoudt.

3. Aan lid 11 wordt de volgende zin toegevoegd;
“de gemiddelde omvang per week wordt vastgesteld over de looptijd van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.”

⁸ Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

Toelichting: de arbeidsovereenkomst waarin gemiddeld meer dan 12 uur per week wordt verricht telt mee als schakel van de keten. Het ligt dan voor de hand en is blijkens de toelichting ook de bedoeling om het gemiddeld per week gewerkte aantal uren ook over de volledige duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te berekenen (en niet bijvoorbeeld slechts de laatste 3 maanden, vgl artikel 7:610b BW).

Artikelen 669, 670b, 671, 671a en 672

Opzegging⁹

Artikel 669

Met de voorgestelde wijzigingen wordt beoogd de systematiek van de eenzijdige beëindiging door de werkgever te verhelderen (2 routes, afhankelijk van de grond). Tevens wordt voorgesteld de mogelijkheid dat wordt opgezegd tegen een andere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd uit de wettekst te halen. Dit omdat de term ‘pensioenleeftijd’ voor verwarring zorgt en opzegging ivm het bereiken van een andere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd ongewenst is.

Artikel 669

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst beëindigen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Onder beëindiging wordt verstaan opzegging of ontbinding door de rechter, zoals geregeld in deze afdeling.
2. (...)
3. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst eveneens opzeggen tegen of na de dag waarop de werknemer de in artikel 7a, lid 1, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt.
4. (...)
5. (...)

Artikel 671

De leden 1 t/m 4 geven de door de indieners beoogde systematiek duidelijker weer. Bovendien wordt door de formulering van lid 4 bereikt dat ook daadwerkelijk geen toestemming nodig is voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder of huishoudelijk personeel. Uit het oorspronkelijk voorgestelde artikel 671 jo 671a volgt dit niet. De leden 5 t/m 8 voorzien in een meldingsplicht en een antimisbruik bepaling, net als bij artikel 670b, voor zover de spijtoptantenregeling gehandhaafd wordt.

Artikel 671

⁹ Mr. P. Hufman is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam en mr. J.H. Bennaars is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst op iedere grond genoemd in artikel 669 rechtsgeldig opzeggen met schriftelijke instemming van de werknemer.
2. De werkgever kan zonder instemming van de werknemer opzeggen krachtens artikel 671a of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken krachtens artikel 671b.
3. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer en zonder toestemming als bedoeld in artikel 671a indien:
 - a. de opzegging geschiedt gedurende de proeftijd;
 - b. de opzegging geschiedt op grond van art. 677, lid 1; of
 - c. de opzegging geschiedt op grond van art. 669, lid 3.
4. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met
 - a. een werknemer betreft die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat, waarbij onder het verrichten van diensten mede wordt verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden; of
 - b. een bestuurder betreft van een rechtspersoon betreft waarvan herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 Van het Burgerlijk Wetboek niet mogelijk is, of een vergelijkbare vennootschap opgericht naar buitenlands recht,opzeggen op de gronden van artikel 669 lid 2 a t/m h zonder instemming van de werknemer en zonder toestemming op grond van artikel 671a.
5. De werknemer heeft het recht zijn instemming, als bedoeld in lid 1, binnen veertien dagen na de dagtekening ervan zonder opgaaf van redenen door een schriftelijke, aan de werkgever gerichte, verklaring te herroepen.
6. Indien de werkgever de werknemer niet binnen twee werkdagen na de instemming schriftelijk wijst op het recht, als bedoeld in lid 5, bedraagt de termijn, bedoeld in lid 5 een maand.
7. Voor zover op grond van dit artikel de instemming vereist was voor een rechtsgeldige opzegging, wordt na een herroeping als bedoeld in lid 5 de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden.
8. De leden 5 tot en met 7 zijn niet van toepassing, indien de werknemer binnen zes maanden na een herroeping op grond van lid 5 opnieuw schriftelijk instemt met de opzegging van de arbeidsovereenkomst, of indien de werknemer zich bij het geven van de instemming, als bedoeld in lid 1, heeft laten bijstaan door een advocaat of gemachtigde.

Elk beding waarbij de voorwaarde van de schriftelijke instemming, als bedoeld in lid 1 of het recht als bedoeld in lid 5, wordt uitgesloten of beperkt is nietig.

Artikelen 676 en 677

Systematisch is het logischer om voor zowel het proeftijdontslag als het ontslag op staande voet op te merken dat artikel 669 niet van toepassing is en om dat te doen in de betreffende artikelen zelf en niet in 669.

Artikel 676

1. (...)

2. (...)

Op een opzegging tijdens de proeftijd is artikel 669 niet van toepassing.

Artikel 677

(...) Op een opzegging op grond van dit artikel is artikel 669 niet van toepassing.

Artikel 685

In de toelichting bij artikel 685 moet worden verduidelijkt dat een nadere regeling op basis van dat artikel ziet op Boek 7 titel 10 in het geheel en niet uitsluitend op artikel 673.

Artikelen 646, 647, 648, 649, 681 lid 1 sub b, 670, 670a

Opzegverboden¹⁰

1. Artikel 648 lid 3 dient te komen vervallen onder vernummering van het vierde en het vijfde lid tot het derde en het vierde lid.

Toelichting: De rechtsfiguur 'schadeplichtig ontslag' zal in de nieuwe wet in (de huidige vorm) niet meer terugkomen. Om deze reden dient ook de verwijzing naar 'schadeplichtig ontslag' in artikel 648 lid 3 komen te vervallen.

2. Aan artikel 681 dient een nieuw lid 3 te worden toegevoegd, dat als volgt luidt:
3. De bevoegdheid van de kantonrechter, bedoeld in lid 1, laat onverlet dat de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever als bedoeld in lid 1 onderdeel a tot en met d buitengerechtelijk kan vernietigen.

Toelichting: De mogelijkheid van een buitengerechtelijke vernietiging door de werknemer van de (discrimatoire) opzegging dient te worden gehandhaafd, zodat de positie van de werknemer niet wordt verzwakt. Het ligt voor de hand dit in het nieuwe artikel 681 centraal te regelen.

3. Verduidelijkt dient te worden of de wetgever een wijziging van de (uit)werking van de antimisbruikbepaling van artikel 670 lid 1 beoogt, en zo ja, wanneer sprake is van het *volledige* verzoek en wanneer (nog) niet.
4. Artikel 671 lid 2 dient te luiden, als volgt:
2. De werknemer heeft het recht zijn instemming, als bedoeld in lid 1, binnen veertien dagen na de dagtekening ervan zonder opgaaft van redenen door een schriftelijke, aan de werkgever, gerichte verklaring te herroepen. De termijn als bedoeld in de eerste zin

¹⁰ De heer mr. N.T.A. Zeeuwen is advocaat bij DingemansVanderKind advocaten te Amsterdam.

vangt evenwel pas aan met ingang van de dag nadat de werkgever de werknemer schriftelijk heeft gewezen op dit recht.

Toelichting: Voorkomen dient te worden dat de werkgever al dan niet bewust meerdere dagen van de bedenkttermijn van de werknemer kan 'afsnoepen' door hem pas op de tweede werkdag te wijzen op zijn herroepingsrecht, dan wel dat de werknemer onbekend blijft met zijn recht de instemming te herroepen.

5. Artikel 671 lid 4 dient te luiden, als volgt:
4. Voor zover op grond van lid 1 de instemming vereist was voor een rechtsgeldige opzegging, is na een herroeping als bedoeld in lid 2 de opzegging nietig.

Toelichting: Door in de wet te bepalen dat een tijdige herroeping leidt tot nietigheid, sluit de sanctie beter aan bij de elders in de wet gehanteerde terminologie.

6. Aan artikel 671b lid 1, onderdeel c, dient te luiden, als volgt:
c. op grond van artikel 669, lid 2, onderdelen a en b, indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd, of indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst die niet kan worden opgezegd wegens het bestaan van opzegverbod.

Toelichting: De werkgever moet in geval van een bedrijfseconomisch ontslag – net als nu het geval is – de mogelijkheid houden om in een voorkomend geval de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst van een werknemer voor wie een opzegverbod tijdens ziekte geldt, te ontbinden.

7. De wetgever dient toe te lichten waarom de bescherming van met name de leden van de medezeggenschapsorganen als bedoeld in artikel 670 lid 4 wordt aangetast en wat de reden daarvoor is.

Artikelen 669 lid 5, 671a, 673b en XXI

Driekwart dwingend recht¹¹

Artikel 671a BW (en via dat artikel ook artikel 669 BW) en artikel 673b BW stellen terechte kwalitatieve eisen aan de vakbonden. Voorgesteld wordt die vereisten te veralgemeniseren voor iedere bepaling van driekwart dwingend recht in Boek 7 Titel 10. De genoemde

¹¹ Mr. R. Hansma, Lid ontslagadviescommissie UWV Noordwest en UWV-ontslagcommissie; voormalig hoofd Arbeidszaken en Overlegzaken ABN AMRO.

wetsartikelen hoeven daarna niet meer ingevoerd te worden en kunnen uit de WWZ geschrapt worden.

De doeluitkering en gelijkwaardigheid uit artikel 673b lid 1 BW moeten worden geschrapt. Daarmee kan dat hele wetsartikel vervallen, omdat een lagere dan de wettelijke transitievergoeding natuurlijk steeds mogelijk is. In mijn bijdrage “Even wennen: iedereen een loden gouden handdruk” is de aanbeveling opgenomen een hogere vergoeding te treffen met nietigheid.

1. Artikel 671a lid 3 BW en artikel 673b lid 2 BW vervallen. Tegelijkertijd wordt een nieuw artikel 613a BW ingevoerd dat luidt: “De collectieve arbeidsovereenkomst, genoemd in deze titel dient afgesloten te zijn met een of meer verenigingen van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder haar leden tellen, die krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, die als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit van volledige rechtsbevoegdheid. Ten aanzien van een vereniging van werknemers die krachtens haar statuten geacht kan worden een voortzetting te zijn van een of meer andere verenigingen van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid, wordt de duur van de volledige rechtsbevoegdheid van die vereniging of verenigingen voor de vaststelling van de tijdsduur van twee jaar mede in aanmerking genomen.”
2. Art.7:673b vervalt.

Artikelen 671b en 761c

Ontbinding¹²

1. Voeg aan het begin van artikel 671b, lid 1, onderdeel b, de woorden “op grond van artikel 669, lid 2, onderdelen a en b,” in.

Toelichting: Met deze redactie is duidelijker dat het gaat om ontbindingsverzoeken wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige ziekte. Zo wordt verwarring daarover voorkomen, mede nu dit in onderdeel c wél expliciet is opgenomen.

2. Voeg in artikel 671c, lid 1, tussen de woorden “ontbinden” en “wegens” de woorden “op grond van een dringende reden als bedoeld in artikel 677, lid 1, dan wel” in en voeg in artikel 671b, lid 1, onder verplaatsing van het woordje “of” aan het slot van onderdeel b naar onderdeel c, een onderdeel d toe, luidende: “d. op grond van een dringende reden als bedoeld in artikel 677, lid 1.”

Toelichting: Het is uitdrukkelijk de bedoeling de mogelijkheid van ontbinding op grond van een dringende reden te handhaven. De huidige redactie van de artikelen 671b en 671c laat een verzoek met die strekking echter niet (altijd) toe.

¹² F.M. Dekker is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag en externe promovendus aan de RuG.

3. Voeg in artikel 671b, lid 8, onderdeel a, tussen de woorden “bij” en “opzegging” het woord “regelmatige” in.

Toelichting: Hiermee wordt duidelijker dat de rechter voor het bepalen van de einddatum van de arbeidsovereenkomst de rechtens geldende opzegtermijn in acht moet nemen.

4. Schrap in artikel 671b, lid 8, onderdeel c, en lid 9, onderdelen b en c, en in artikel 671c, lid 2, onderdeel b, en lid 3, onderdelen b en c, steeds het woord “ernstig”.

Toelichting: Het valt niet uit te leggen dat een keurig handelende werkgever en een verwijtbaar, doch niet ernstig verwijtbaar, handelende werkgever dezelfde vergoeding verschuldigd zijn. Het argument van de regering dat het toepassen van gradaties van verwijtbaarheid de gang naar de rechter te zeer zal uitlokken, gaat niet op, nu de rechter bij een ontbinding per definitie reeds bij de zaak is betrokken.

5. Laat artikel 671b, lid 9, onderdeel b, en artikel 671c, lid 3, onderdeel b, als volgt luiden: “b. kan hij de werknemer, naast de vergoeding, bedoeld in onderdeel a, een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever; of”

Toelichting: Met deze redactie is duidelijk dat het bij de “hogere vergoeding” gaat om de “billijke vergoeding”.

6. Neem de inhoud van het zesde en zevende lid van artikel 686a op in artikel 671b, lid 10 en 11, en, onder vernummering van lid 4 tot lid 6, eveneens in artikel 671c, lid 4 en 5.

Toelichting: De voorschriften uit artikel 686a, lid 6 en 7, zijn enkel van belang voor de ontbindingsprocedure, zodat ze beter kunnen worden opgenomen in de daarop betrekking hebbende wetsartikelen.

7. Voeg aan het slot van artikel 671b een nieuw lid toe, luidende: “12. Elk beding waarbij de mogelijkheid voor de werkgever om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, bedoeld in lid 1, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig.”

Toelichting: De huidige regeling maakt het strikt genomen mogelijk de ontbindingsmogelijkheid van de werkgever uit te sluiten. Gezien het systeem van het voorgestelde ontslagrecht is dit echter ondenkbaar.

Artikelen 673, 673a, 673b en 673c

Transitievergoeding¹³

1. De transitievergoeding ook verplicht maken indien de werknemer zelf het initiatief neemt tot beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst.

Toelichting: deze aanbeveling voorkomt dat werknemers aan hun baan vasthouden omdat zij vrezen het recht op transitievergoeding te verspelen. Deze aanbeveling bevordert de mobiliteit en brengt daarmee realisering van de doelstellingen van het wetsvoorstel dichterbij.

2. De transitievergoeding verplicht in een transitie- of scholingsfonds laten storten in plaats van uitbetalen aan de werknemer.

Toelichting: indien de werknemer verplicht wordt om de transitievergoeding daadwerkelijk aan scholing of andere employability bevorderende maatregelen te besteden, dan wordt daarmee voorkomen dat de werknemer de vergoeding aanwendt voor andere doeleinden, zoals compensatie van inkomensachteruitgang.

3. Afwijking van de transitievergoeding bij schriftelijke overeenkomst nietig verklaren.

Toelichting: met deze aanbeveling wordt voorkomen dat werkgever en werknemer gaan onderhandelen over de hoogte van de (aanvullende) transitievergoeding, zowel bij het aangaan als bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Indien de transitievergoeding – behoudens ernstige verwijtbaarheid – het enige is waar de werknemer recht op heeft, dan zou afwijking bij schriftelijke overeenkomst nietig moeten zijn, ook indien dit ten voordele van de werknemer strekt. Hiermee wordt iedere discussie tussen partijen – die zich anders naar de aanvang van de arbeidsovereenkomst of de beëindigingsovereenkomst zal verplaatsen – over de hoogte van de ontslagvergoeding immers vermeden.

Artikel 673 kan als volgt worden aangepast:

- 1. De werkgever is aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst:**

1° door de werkgever dan wel door de werknemer is opgezegd;

2° op verzoek van de werkgever dan wel de werknemer is ontbonden; of

3° na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever dan wel de werknemer niet aansluitend is voortgezet;

2. De transitievergoeding is over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk aan een zesde van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke periode van zes maanden

¹³ Mr. dr. P. Kruit is advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam.

dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. De transitievergoeding bedraagt maximaal € 75.000,- of een bedrag gelijk aan ten hoogste het in geld vastgestelde loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan dat bedrag. **In afwijking van de vorige zin kan de transitievergoeding nooit een hoger bedrag zijn dan het gederfde loon tot aan het moment waarop de werknemer recht heeft op een uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet.**

Met omnummering van de leden 3 tot en met 9 naar 4 tot en met 10:

3. De transitievergoeding wordt door de werkgever gestort bij een daartoe op te richten transitiefonds dat erop is gericht de werknemer te begeleiden in het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid.

[...]

11. Iedere afwijking bij schriftelijke overeenkomst van de leden 1 tot en met 10 is nietig.

Artikelen 673 en 673a

Maximering transitievergoeding¹⁴

1. De laatste volzin van artikel 673 lid 2 BW luidt: “De transitievergoeding bedraagt ten hoogste het in geld vastgestelde loon over twaalf maanden en zal niet hoger zijn dan de na het einde van de arbeidsovereenkomst tot aan de datum waarop de werknemer AOW-gerechtigd wordt, verwachte inkomensderving.”
2. Artikel 763 BW wordt aangevuld met een nieuw tiende lid: “Elk beding waarbij een hogere vergoeding wordt afgesproken dan de transitievergoeding, genoemd in lid 2, is nietig.”
3. Artikel 673a BW vervalt. Als dat ongewenst is, wordt artikel 673a lid 1 BW gewijzigd in: “Indien de arbeidsovereenkomst ten minste 120 maanden heeft geduurd, en de werknemer is geboren voor 1 juli 1965, is de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk aan een zesde van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, gelijk aan een kwart van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden en gelijk aan de helft van het in geld vastgestelde loon per maand over elke periode van zes maanden dat de werknemer na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar bij de werkgever in dienst is geweest. De transitievergoeding bedraagt ten hoogste het in geld vastgestelde loon over twaalf maanden en zal niet hoger zijn dan de na het einde van de arbeidsovereenkomst tot aan

¹⁴ Mr. R. Hansma, Lid ontslagadviescommissie UWV Noordwest en UWV-ontslagcommissie; voormalig hoofd Arbeidszaken en Overlegzaken ABN AMRO.

de datum waarop de werknemer AOW-gerechtigd wordt, verwachte inkomensderving. Elk beding waarbij een hogere transitievergoeding wordt afgesproken, is nietig.”

4. In artikel 673a lid 2 BW wordt “25” gewijzigd in “50”.

Artikel 677 BW

Ontslag op staande voet¹⁵

1. Lid 4 laten vervallen.

Hetgeen in lid 4 staat vermeld is reeds afgeregeld in artikel 672 lid 9 en lid 10, terwijl de in deze bepaling opgenomen mogelijkheid van vernietiging van het ontslag op staande voet niets toevoegt omdat een en ander reeds volgt uit de systematiek van de wet. Bij een niet geldig ontslag op staande voet zijn immers onverkort de reguliere bepalingen voor opzegging blijven gelden, zodat geen, althans geen rechtsgeldig, einde aan de arbeidsovereenkomst is gekomen.

2. In lid 5a de ondergrens van drie maanden opnemen.

Lid 5a kent in tegenstelling tot andere artikel 677 lid 4 BW en artikel 672 lid 10 BW bij de matigingsbevoegdheid van de rechter geen ondergrens van drie maanden. Mijns inziens is hier sprake van een inconsequentie en dient de ondergrens dan ook alsnog te worden opgenomen.

3. Aan de minister toelichting vragen voor de reden van invoering van lid 6. Is die toelichting niet bevredigend, aanbevelen het artikellid te schrappen.

De reden voor invoering van lid 6 is volstrekt onduidelijk. Er wordt nergens (niet in de MvT en ook niet in de Nota n.a.v. Verslag) enige toelichting gegeven. Mocht er geen goede grond voor invoering van dit artikellid zijn, dan wordt geadviseerd het artikellid te schrappen.

Artikelen 681, 682 en 682a

Sancties¹⁶

1. De vernietigingsgrond ‘opzegging in strijd met artikel 671’ verplaatsen van onderdeel a naar een apart onderdeel en de overige onderdelen doornummeren, zodat artikel 681 in totaal vijf onderdelen (a t/m e) zal bevatten.

¹⁵ Mr A.H. van Empel is Legal Manager van de afdeling Arbeidszaken van ABN AMRO Bank N.V.

¹⁶ Mr. N. Kampert is arbeidsjurist bij KLM N.V.

Toelichting: Deze redactie vergroot de leesbaarheid van artikel 681 en voorkomt dat over een – in de praktijk veel voorkomende – vernietigingsgrond heen wordt gelezen.

2. De beslissing om de buitengerechtelijke vernietiging te laten vervallen heroverwegen.

Toelichting: Deze wijziging zal naar verwachting tot meer procedures en dus tot hogere kosten leiden. In verband met de korte termijn (van twee maanden) voor indiening van een verzoek tot vernietiging, is er immers weinig tijd om voorafgaand aan een procedure een schikking te treffen.

3. Verduidelijken of met het begrip ‘dezelfde arbeid’ in artikelen 681 onderdeel c en artikel 682 lid 4 een beperking is beoogd ten opzichte van het begrip ‘werkzaamheden van dezelfde aard’ uit de huidige wederindiensttredingsvoorwaarde.

Toelichting: De huidige tekst en de voorgestelde tekst verschillen op dit punt van elkaar. De MvT maakt niet duidelijk of met de tekstuele wijzigingen ook een inhoudelijke wijziging beoogd is. Onduidelijkheid zal tot meer discussie en dus tot meer procedures/kosten kunnen leiden.

4. De regels voor de volgorde bij wederindiensttreding in een ministeriele regeling zoals bedoeld in artikel 682a als volgt nader uitwerken c.q. aanvullen:
 - (i) in de situatie waarin bij meerdere vestigingen meerdere werknemers zijn ontslagen en er bij één van die vestigingen nieuw personeel wordt aangetrokken waarvoor werknemers van beide vestigingen in aanmerking komen, hebben voormalige werknemers van de vestiging waar nieuwe personeel moet worden aangetrokken, voorrang boven voormalig werknemers van andere vestigingen.
 - (ii) in de situatie waarin bij meerdere vestigingen meerdere werknemers zijn ontslagen en er bij een andere vestigingen waar geen ontslagen zijn gevallen nieuw personeel wordt aangetrokken waarvoor voormalig werknemers van andere vestigingen in aanmerking komen, heeft de voormalig werknemer met het langste dienstverband voorrang.

Toelichting: De voorgestelde wederindiensttredingsvoorwaarde geldt ook wanneer in een andere vestiging dan die van de voormalig werknemer nieuw personeel wordt aangetrokken. Niet duidelijk is hoe bij collectief ontslag de volgorde van wederindiensttreding van werknemers moet worden bepaald. Onduidelijkheid hierover zal tot meer discussie en dus tot meer procedures/kosten kunnen leiden.

5. De wederindiensttredingsvoorwaarde zoals opgenomen in artikel 681 onderdelen c en d schrappen en aan artikel 682 lid 4 en 5 na de zinsnede “op grond van artikel 669, lid 2, onderdeel a, is ontbonden” toevoegen: “of is opgezegd”.

Toelichting: De sanctie van herstel ligt gezien de aard van de overtreding meer voor de hand dan vernietiging. Vernietiging impliceert immers dat de opzegging nooit geldig is

geweest, terwijl dit bij overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde niet het geval hoeft te zijn.

6. In artikel 682 lid 4 en 5 de volgende zinsnede schrappen: “met ingang van de dag waarop deze is geëindigd”.

Toelichting: Gezien de aard van de overtreding ligt het voor de hand dat de rechter zelf kan bepalen vanaf welke dag de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld (zie ook de toelichting bij aanbeveling 5).

7. Aan artikel 682 lid 4 en 5 (en aan artikel 681 lid 1 onderdelen c en d als deze niet conform bovenstaande aanbeveling worden geschrapt) de volgende bepaling toevoegen: “Indien de werknemer die meent dat de werkgever in strijd met dit artikel heeft gehandeld, in rechte feiten aanvoert die de overtreding kunnen doen vermoeden, dient de werkgever te bewijzen dat niet in strijd met voornoemde artikelen is gehandeld”.

Toelichting: Het is voor de voormalig werknemer die een beroep op de wederindiensttredingsvoorwaarde doet vaak lastig te bewijzen dat de voorwaarde is geschonden. De aanbevolen bepaling brengt verbetering in de (bewijs-)positie van de voormalig werknemers.

8. Nader verduidelijken of het begrip ‘billijke vergoeding’ zoals genoemd in artikelen 681 en 682 en in de artikelen 671b, 671c en 673 in alle voornoemde bepalingen dezelfde is.

Toelichting: Niet in al deze bepalingen is de eis van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever’ opgenomen. Dat duidt erop dat sprake is van verschillende soorten vergoedingen. Om discussie (en daarmee meer procedures en hogere kosten) te voorkomen is verduidelijking noodzakelijk.

9. Verduidelijken of de rechter in de situaties zoals genoemd in artikelen 682 lid 1, 2, 4 en 5 (ambtshalve) kan beslissen in plaats van herstel een billijke vergoeding toe te kennen en vice versa. Dat kan door artikel 682 lid 1b, 1c, 2b, 4b en 5b als volgt te wijzigen: “aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is en/of de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”.

Toelichting: Niet duidelijk is of de rechter ambtshalve herstel in plaats van een billijke vergoeding (of vice versa) kan toewijzen. Dat is gezien de praktijk wel wenselijk. Met de voorgestelde wijziging worden de criteria voor toekenning van een billijke vergoeding in plaats van herstel ook (grotendeels) gelijk getrokken, waarmee een vereenvoudiging van het zeer complex geredigeerde artikel 682 wordt bereikt.

10. Verduidelijken welk criterium geldt voor toekenning van een billijke vergoeding ex artikel 682 lid 1c.

Toelichting: Artikel 682 lid 1c bepaalt dat een billijke vergoeding kan worden toegekend indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In de MvT wordt echter een ander criterium genoemd (de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever). Onduidelijkheid over het criterium zal leiden tot meer procedures en hogere kosten.

Artikel 683

Hoger beroep en cassatie¹⁷

1. Verduidelijk in de toelichting dat art. 683 lid 1 BW niet in de weg staat aan art. 360 lid 2 Rv.

Toelichting: daarmee wordt duidelijk dat de appèlrechter in een spoedprocedure nog wel schorsende werking kan verlenen. Dat zal alleen in uitzonderingsgevallen kunnen, maar het is verstandig om die mogelijkheid voor noodgevallen te bieden.

2. Verduidelijk in hoeverre art. 683 lid 1 ook ziet op de beschikking voor zover daarin gerelateerde vorderingen worden beoordeeld.

Toelichting: deze verduidelijking is nodig omdat het verbod op de schorsende werking van het hoger beroep in ieder geval geldt voor zover de rechter de overeenkomst ontbindt. De rechter kan echter in dezelfde uitspraak gevraagd worden gerelateerde vorderingen te behandelen. Het is niet consistent als de tenuitvoerlegging van dit deel van de beschikking wel wordt geschorst door hoger beroep.

3. Verduidelijk in het geval de rechter in hoger beroep in cassatie oordeelt dat de arbeidsovereenkomst niet had mogen worden ontbonden en hij kiest voor herstel in plaats van toekenning van een billijke vergoeding, of:

de rechter de werkgever kan of moet veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht de voorziening als bedoeld in art. 683 lid 4 jo art. 682 lid 6 het karakter heeft van een reële schadevergoeding en ontvangen WW door de werknemer moet worden terugbetaald aan het UWV.

Toelichting: het is onduidelijk wat de functie van de voorziening als bedoeld in 682 lid 6 is: (i) volledige vergoeding van de inkomensschade van de werknemer gedurende de tussenperiode, (ii) zoals (i) maar dan met de schadebeperkingsplicht als bedoeld in art. 6:101 BW of (iii) als een punitieve sanctie ten laste van de werkgever wegens het

¹⁷ Prof. mr. J.M. van Slooten, hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

tenuitvoerleggen van een beschikking die achteraf gezien geen stand houdt. Daarbij is op iedere optie nog weer de variant mogelijk om het inclusief of exclusief WW te doen, hetgeen weer mede afhankelijk is van de vraag of herstel met terugwerkende kracht kan. Ten slotte is er de vraag of herstel ook met terugwerkende kracht moet. Het is van groot belang dat de wetgever deze vragen beantwoordt. Daarbij is het meeste eenvoudig dat herstel altijd met terugwerkende kracht moet plaatsvinden, waardoor de werknemer een loonvordering heeft over de tussenperiode en de WW dient terug te betalen aan het UWV.

4. Verduidelijk in de toelichting dat de billijke vergoeding als bedoeld in art. 683 lid 3 niet ziet op de inkomensschade.

Toelichting: de rechter kan kiezen voor een herstel of voor het toekennen van een billijke vergoeding. Herstel neemt als uitgangspunt dat de werknemer in een situatie wordt gebracht waarin hij achteraf gezien geen schade heeft geleden. De billijke vergoeding zou dan dus moeten zien op het toekennen van een vergoeding wegens aangedaan leed. Dit kan een forfaitair bedrag zijn waarvan de hoogte aan de rechter is overgelaten.

5. Laat in art. 683 lid 2 de woorden "de daarbij door de rechter toegekende" vervallen.

Toelichting: hierdoor wordt duidelijk dat de werknemer ook in hoger beroep kan komen indien hem in eerste instantie geen vergoeding is toegekend door de rechter.

Artikel 686a

Procesregels¹⁸

1. Art. 686a lid 1 laatste volzin komt als volgt te luiden: "Over alle andere bedragen die partijen in verband met het eindigen van de arbeidsovereenkomsten verschuldigd zijn aan elkaar is de wettelijke rente verschuldigd, te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd."

Toelichting: de werkgever kan in de praktijk pas na een maand tot eindafrekening overgaan. Het is nodeloos lastig als hij dan over de transitievergoeding geen wettelijke rente verschuldigd is, maar wel over andere elementen van de eindafrekening.

2. Art. 686a lid 2 komt als volgt te luiden: "De gedingen die op het in, bij of krachtens deze afdeling bepaalde zijn gebaseerd, worden ingeleid door een verzoekschrift."

Toelichting: deze aanbeveling regelt dat alle rechtszaken in verband met ontslag met een verzoekschrift worden gestart. Anders blijft er twijfel en gedoe over bestaan en dat is niet in het belang van een laagdrempelig en goedkoop arbeidsprocesrecht.

¹⁸ Prof. mr. J.M. van Slooten, hoogleraar arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

3. Aan art. 686a lid 3 wordt het woord "kunnen" toegevoegd: zodat de bepaling komt te luiden: "In gedingen op grond van de artikelen 671b, 671c, 672, lid 9, 673, 673a, 673b, 673c, 677, 681 en 682 kunnen daarmee verband houdende andere vorderingen worden ingediend met een verzoekschrift."

Toelichting: met dit voorstel wordt voorkomen dat een werknemer verplicht is om alle gerelateerde vorderingen in de ontbindingsprocedure mee te nemen. Soms zijn die te complex en partijen moeten dan ook de vrijheid hebben dit niet op dat moment, maar eventueel later te doen.

4. Aan art. 686a lid 3 wordt de volgende zin toegevoegd: "Indien de behandeling van een verband houdende andere vordering naar het oordeel van de rechter een onevenredige of ondoelmatige belasting van de procedure op grond van art. 671b of 671c oplevert, kan hij bepalen dat de vordering in het geheel of gedeeltelijk niet ontvankelijk is en dat de verzoeker deze vordering slechts in een aparte procedure aanhangig kan maken."

Toelichting: hiermee wordt de rechter een handvat gegeven om te oordelen dat sommige gerelateerde vorderingen de al aanhangige ontbindingsprocedure te veel belasten en dus apart aanhangig moeten worden gemaakt.

5. De termijnen in art. 686a lid 4 alle op 3 maanden stellen.

Toelichting: drie maanden geeft partijen net wat meer kans om er onderling uit te komen, zonder meteen naar de rechter te hoeven stappen.

6. Aan art. 686a lid 5 toe te voegen: "De rechter kan regels stellen over de behandeling van het verzoekschrift. Een verweerschrift als bedoeld in art. 282 Rv. dient uiterlijk twee weken voor de behandeling te worden ingediend."

Toelichting: dit zorgt ervoor dat beide partijen voldoende tijd hebben om zich op de mondelinge behandeling voor te bereiden en het voorkomt uitstel en processuele complicaties.

Artikel 691

Uitzendovereenkomst¹⁹

1. Het voorgestelde zevende lid te laten vervallen en de verwijzing naar dit lid in het achtste lid, onder a, te schrappen.

¹⁹ Mr. E.C. van Fenema en mr. E.T. Visser zijn advocaten bij respectievelijk Kennedy van der Laan en AKD.

Toelichting: Op deze manier wordt onverminderd aangesloten bij de regeling van artikel 7:628. Daardoor blijft het onder andere mogelijk na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst een uitzendkracht bij wangedrag te schorsen onder inhouding van loon. Wij verwijzen verder naar onze aanbevelingen ten aanzien van dat artikel (in het bijzonder aanbeveling 4).

2. De keuze voor de termijn van 78 weken nader te motiveren of deze te schrappen door de woorden ‘tot ten hoogste 78 weken’ te verwijderen uit het voorgestelde artikel 691 lid 8 onder a.

Toelichting: Cao-partijen kunnen nu met verschillende cao’s tegemoetkomen aan de behoeftes van inleners in diverse branches en maken van deze mogelijkheid ook gebruik. Het verdient aanbeveling bij deze cao-partijen te inventariseren of er behoefte is aan uniformiteit of dat de onderhandelingsvrijheid zwaarder moet wegen.

3. Aan artikel 691 een nieuw achtste lid toevoegen dat gelijkloidend is aan het in te voeren lid 3 van artikel 671a en lid 2 van artikel 637b. Als alternatief kan gedacht worden aan het introduceren van een geheel nieuw artikel (eventueel in de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst) waarin eisen die aan een vakbond worden gesteld, worden opgenomen en waarnaar in de desbetreffende artikelen wordt verwezen.

Toelichting: Door het stellen van representativiteits- en onafhankelijkheidseisen wordt gewaarborgd dat afwijking per cao niet te makkelijk wordt, terwijl wel ruimte kan worden geboden aan verenigingen van werkgevers en werknemers.

Artikel 670a lid 1, onder b en c, lid 5, 671, lid 2, 671a, lid 6, 671b lid 5, lid 7, en 671c

De zieke werknemer²⁰

De wetgever heeft zich geen rekenschap gegeven van de gevolgen die de Wet werk en zekerheid heeft voor de positie van de zieke werknemer en zijn werkgever. Vaak onbedoeld verzwaren de voorstellen de toch al aanzienlijke verplichtingen van de werkgever bij een zieke werknemer. Ook benadelen een aantal voorstellen de positie van de zieke werknemer, zonder dat hiervoor een goede grond wordt gegeven. Een aantal voorstellen heeft tot effect dat de doelstelling van de recent ingevoerde Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters wordt tegengewerkt.

1. Formuleer artikel 670a en 671b lid 5 als volgt:

‘Artikel 670, lid 1, onder a, is niet van toepassing, indien de werknemer zonder deugdelijke grond, zijn verplichtingen, bedoeld in 660a weigert na te komen en:

²⁰ Erica Wits is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht.

- a. de werkgever met inachtneming van het bepaalde in art. 629 lid 7 de betaling van het loon heeft gestaakt en
- b. het in redelijkheid van de werkgever niet meer kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.'

(671b lid 5) '(...), wijst de kantonrechter het verzoek alleen toe, indien de werkgever

- a. met inachtneming van het bepaalde in art. 629 lid 7 de betaling van het loon heeft gestaakt en
- b. het in redelijkheid van de werkgever niet meer kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en

Toelichting: Met de regeling van artikel 670a onder c en 671b lid 5 is beoogd de wetsgeschiedenis en de praktijk vast te leggen. Om dit doel te bereiken is het nodig de gestelde eisen cumulatief te maken en uit te drukken dat ontslag tijdens de eerste twee jaren van ziekte een 'ultimum remedium' is. Ook is het van belang het vereiste van art. 7:629 lid 7 BW op te nemen, zodat er geen incongruenties ontstaan tussen de diverse artikelen.

2. Heroverweeg de eis aan een werkgever om een deskundigenverklaring te overleggen bij een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens niet nakomen re-integratieverplichtingen door de werknemer.

Toelichting: het verkrijgen van deze verklaring verdraagt zich niet met het karakter van de ontbindingsprocedure, die gericht is op een snelle beslissing.

3. Indien de deskundigenverklaring blijft, voeg aan art 671 lid 5 toe: "tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevegd."

Toelichting: er dient een uitzonderingsmogelijkheid gecreëerd te worden op deze verplichting, om dezelfde redenen als destijds golden voor artikel 7:629a lid 2 BW (het is niet altijd mogelijk snel een dergelijke verklaring te krijgen), zeker nu niet-ontvankelijkheid van het verzoek het gevolg is.

4. Heroverweeg de transitievergoeding bij langdurig zieke werknemers.

Toelichting: werkgevers hoeven nu zelden een vergoeding te betalen bij ontslag van langdurig zieke werknemers. Een transitievergoeding betekent een lastenverzwaring voor werkgevers en zal aannahme van vast personeel verder ontmoedigen.

5. Verschaf duidelijkheid over de vraag of re-integratiekosten afgetrokken mogen worden van de transitievergoeding.

Toelichting: uit de wettekst volgt dat deze kosten afgetrokken zouden kunnen worden. De vraag is of dit de bedoeling is. Ter voorkoming van misverstanden is helderheid geboden.

6. Verkort de geldigheid van de toestemming voor opzegging niet.

Toelichting: deze verkorting is niet nodig. Met de huidige geldigheidsduur van de toestemming kan de praktijk goed uit de voeten. Deze verkorting betekent een lastverzwaring voor werkgevers, omdat deze verkorting het risico in zich bergt dat bij een herstellende werknemer de termijn te kort is en er opnieuw een procedure moet worden gestart.

7. Voeg een onderdeel d. toe aan art. 7: 671b lid luidend: 'indien na het verkrijgen van de toestemming, bedoeld in artikel 671a, de arbeidsovereenkomst niet kan worden opgezegd wegens het bestaan van het opzegverbod bedoeld in artikel 670 lid 1.'

Toelichting: het nu voorgestelde vrijwel absolute ontslagverbod bij ziekte in geval van bedrijfseconomische gronden is een zeer grote lastenverzwaring voor werkgevers. Thans is het gangbaar dat kantonrechter in deze situatie een afweging maakt tussen de bedrijfsbelangen en de belangen van de zieke werknemer. Deze afweging is gerechtvaardigd en noodzakelijk. Via deze aanbeveling wordt bereikt dat het UWV de ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden beoordeelt en de kantonrechter afweegt of de bedrijfseconomische situatie een terzijdestelling van het opzegverbod tijdens ziekte rechtvaardigt.

8. Handhaaf de mogelijkheid tot de buitengerechtelijke verklaring om de nietigheid in te roepen bij het overtreden van het opzegverbod bij ziekte.

Toelichting: het gevolg van afschaffing is dat de zieke werknemer zeer op achterstand komt en in strijd met het "tijdens" karakter van het verbod. De werknemer moet als gevolg van het voorstel nl. tijdens zijn arbeidsongeschiktheid in korte tijd gaan procederen bij opzegging, terwijl hij thans door enkel inroepen van de nietigheid doorgaans zeer goed wordt beschermd.

9. Wijzig artikel 670a lid 5 en 671 lid 2 als volgt: 'De werknemer heeft het recht zijn instemming (...) verklaring te herroepen. In het geval het opzegverbod van 670 lid 1 van toepassing is, geldt een termijn van vier weken.'

Toelichting: doorgaans zal het de werknemer pas na afwijzing van zijn aanvraag om een ZW-uitkering duidelijk zijn, wat de gevolgen zijn van het einde van zijn arbeidsovereenkomst. Het UWV beslist meestal binnen vier weken.

10. Heroverweeg de beperking van de ketenregeling met het oog op het negatieve effect op de doelstelling van de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters.

Toelichting: De beperking van de ketenregeling heeft een negatief effect op de doelstelling van de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, omdat de werkgevers naar verwachting bij een beperktere ketenregeling eerder

afscheid zullen nemen van werknemer in plaats van deze zelf te re-integreren door middel van het aanbieden van nog een contract voor bepaalde tijd.

11. Artikel 671c lid 1 als volgt aan te vullen: “De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in artikel 670 lid 1’

Toelichting: de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters kan een grote lastenverzwaring voor de werkgever met zich meebrengen, als de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer eindigt. Het is van belang dat de kantonrechter dit belang meeweegt.

12. Laat artikel 7:671b lid 7 BW (anti-misbruikbepaling) vervallen evenals artikel 7:670 lid 1 onder b BW, zodat er niet onnodig zieke werknemers voor rekening van het UWV komen.

Toelichting: de noodzaak voor deze bepalingen ontbreekt, gelet op de sterk verbeterde verzuimbegeleiding. Gevolg van deze bepaling is dat ‘echt’ zieke werknemers geen ontslagbescherming hebben en zonder goede grond ‘vangnetters’ worden. Dit is in strijd met doelstelling Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters.

De Werkloosheidswet²¹

Artikel 24 WW

In artikel 24 WW dient te worden bepaald dat er geen sprake is van verwijtbare werkloosheid als de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werknemer eindigt als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

invoegen na artikel 24 lid 6 WW een nieuw lid 7 (onder vernummering van de overige artikelliden)

Eindigt de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werknemer als gevolg van een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan leidt dit niet tot een overtreding van de verplichtingen, bedoeld in het eerste lid, aanhef en onderdeel a of het vijfde lid.

Toelichting: Als een werknemer zelf ontslag neemt als gevolg van ernstig gedrag of nalaten van de werkgever en de werknemer recht heeft op een transitievergoeding, dan moet hij ook verzekerd kunnen zijn van een WW-uitkering.

Artikel 673 lid 7

In artikel 7:673 lid 7 BW dient het begrip 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' te worden vervangen door het begrip 'dringende reden'.

toelichting: Voor een goede koppeling tussen het arbeidsrecht en de WW is het nodig dat hetzelfde begrip wordt gebruikt bij ernstige gedragingen van de werknemer die ertoe leiden dat hij verwijtbaar werkloos wordt en geen recht heeft op een uitkering. Het begrip 'dringende reden' wordt nu gebruikt in artikel 24 WW. Dit dient ook in artikel 673 lid 7 te worden gehanteerd.

Artikel 668 lid 3

De vergoeding zoals bedoeld in artikel 668 lid 3 BW dient te worden aangemerkt als hetgeen uit vroegere dienstbetrekking wordt genoten, zoals bedoeld in artikel 2:2 AIB.

Toelichting

De vergoeding die een werknemer ontvangt omdat de werkgever de aanzegtermijn niet (tijdig) in acht heeft genomen dient niet in mindering te worden gebracht op de WW-uitkering.

²¹ Mr. dr. P.S. Fluit is als advocaat verbonden aan Stadhouders Advocaten te Utrecht.

Artikel 42 WW

Voordat beslissingen over de cao-reparaties worden genomen dient SER-advies te worden afgewacht en dient duidelijk te zijn wat de rol van de sociale partners moeten zijn in de (financiering en) uitvoering van de WW.

Artikel 24 lid 3 WW

Op grond van de voorgestelde tekst van artikel 24 lid 3 WW kan niet worden aangenomen dat na zes maanden na ingang van dit traject alle arbeid passend is. Het voorgestelde artikel 24 lid 3 WW bepaalt immers dat na zes uitkeringsmaanden alle arbeid passend is. Vraag is dan wel hoe het begrip moet worden ingevuld daar waar het gaat om passende arbeid behouden en aanvaarden voor ingang van werkloosheid. In de amvb dient hierover duidelijkheid te worden verschaft.

Aanbevelingen

1. Het begrip passende arbeid dient ex artikel 24 lid 3 WW niet (langer) gekoppeld te zijn aan dat van artikel 7:660a BW.
2. Het begrip passende arbeid zoals bedoeld in artikel 24 lid 3 WW dient niet van toepassing te zijn voorafgaande aan de eerste werkloosheidsdag. De inhoud van het begrip passende arbeid voorafgaande aan de eerste werkloosheidsdag dient, zo nodig, nader te worden geregeld in artikel 24 WW of in de betreffende amvb.
3. Als artikel 24 lid 3 WW bepaalt wat passende arbeid is na zes maanden WW-uitkering, dient in dat artikellid ook te worden geregeld wat passende arbeid is gedurende de eerste zes maanden dat een verzekerde een uitkering geniet.

Nieuw artikel 24, derde lid,

Onder passende arbeid als bedoeld in het eerste lid, wordt, gedurende een periode van zes maanden waarin een uitkering op grond van deze wet wordt genoten, verstaan de arbeid die aansluit bij de arbeid waaruit de werknemer werkloos zijn geworden. Onder passende arbeid als bedoeld in het eerste lid, wordt, nadat gedurende een periode van zes maanden waarin een uitkering op grond van deze wet wordt genoten, verstaan alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij (etc.).

Artikel 1b lid 5 WW en artikel 47b WW

Aanbeveling

1. De startersregeling ex artikel 77a WW dient te worden geschrapt.
2. Het fictief inkomensbegrip ex artikel 1b lid 5 WW dient te worden beperkt tot verminderde beschikbaarheid.

toelichting: Omwille van de eenvoud en om re-integratie te bevorderen dient de regeling voor startend zelfstandigen te worden geschrapt. Bij de startend zelfstandige t dienen inkomsten en

niet - op grond van een fictief inkomensbegrip - uren (blijvend) te worden verrekend met de uitkering.

Aanbeveling

Schrapping artikel 47b WW, artikel 77a WW en artikel 8 lid 2 WW.

toelichting: De startersregeling is neergelegd in de artikelen 77a WW en 47b WW. Deze bepalingen kunnen worden geschrapt als de startersregeling wordt afgeschaft. Dit geldt ook voor de specifieke regeling voor herleving van een WW-recht (artikel 8 lid 2 WW) als een startend zelfstandige zijn onderneming geheel staakt.

Nieuwe artikelen

Artikel 1b, vijfde lid,

Indien de werknemer in een kalenderweek minder beschikbaar is dan zijn gemiddeld aantal arbeidsuren per kalenderweek bedoeld in artikel 16, tweede lid, wordt onder zijn inkomen verstaan:

AxB/C Hierbij staat:

- A voor het aantal arbeidsuren in een kalendermaand dat de werknemer minder beschikbaar is voor arbeid wegens andere omstandigheden dan ziekte, arbeidsongeschiktheid, **verlies van hoedanigheid van werknemer als bedoeld in artikel 8**, of omdat hij deelneemt dan wel gaat deelnemen aan een naar het oordeel van het UWV noodzakelijke scholing of opleiding als bedoeld in artikel 76.
- B voor het dagloon waarnaar de uitkering zou zijn berekend indien dat niet gemaximeerd zou zijn op het in artikel 17, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen bedoelde bedrag en
- C voor het gemiddeld aantal arbeidsuren, bedoeld in artikel 16, tweede en zesde lid, gedeeld door 5.

Artikel 8, eerste lid,

Een persoon wiens dienstbetrekking wordt beëindigd behoudt de hoedanigheid van werknemer, voor zover hij werkzaamheden verricht uit hoofde waarvan hij op grond van deze wet niet als werknemer wordt beschouwd.

Artikel 8, tweede lid, wordt geschrapt.