



Aan de leden van de commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Amsterdam, 11 februari 2014

Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid: commentaar en aanbevelingen

Op 29 november 2013 is het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818) ingediend bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel vloeit voort uit het Sociaal Akkoord dat kabinet en sociale partners op 11 april 2013 sloten en bevat ingrijpende wijzigingen in het arbeids- en sociale zekerheidsrecht. Met de in het wetsvoorstel opgenomen wijzigingen beoogt de regering het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker te maken en de rechtspositie van flexwerkers te versterken. De WW wordt in duur verkort en wordt er meer op gericht werklozen weer snel aan het werk te krijgen.

In de afgelopen weken heeft de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) intensief gediscussieerd over het wetsvoorstel en aanbevelingen opgesteld tot verduidelijking en verbetering hiervan.¹ De VvA is opgericht op 25 mei 1946 en vormt een ontmoetingspunt voor juristen die in verschillende functies met de theorie en praktijk van het arbeidsrecht in ruime zin te maken hebben. De werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht is sinds 1988 actief en bestaat uit deelnemers uit de advocatuur, het UWV, het bedrijfsleven, de rechterlijke macht en de wetenschap. Vanuit de verschillende invalshoeken van de deelnemers aan de werkgroep worden de ontwikkelingen in het arbeidsrecht en dan met name op het gebied van het ontslagrecht gevolgd en becommentarieerd.

¹ Aan deze discussies namen de volgende leden van de werkgroep deel: Prof. mr. J.M. van Slooten, mr. P. Huffman, mr. D.J. Buijs, mr. N. Kampert, mr. dr. P.S. Fluit, mr. E.T. Visser, mr. E.C. van Fenema, mr. R. Hansma, mr. dr. P. Kruit, mr. E.F.A. van Buitenen, mr. C.J. Herman de Groot, Prof. mr. L.G. Verburg, mr. A.H. van Empel, mr. A. Kouwenhoven, mr. J.H. Bennaars, mr. S.I. Witkamp, mr. C.J. Frikkee, mr. N.T.A. Zeeuwen, mr. E.B. Wits, mr. M.V. Ulrici, mr. F.M. Dekker en mr. dr. J.P.H. Zwemmer.

Hierna volgt een artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (en de Nota van wijziging) aan de hand van de voorgestelde wijzigingen in Titel 10 Boek 7 BW en de Werkloosheidswet. Aan de hand van wat door de regering met het wetsvoorstel wordt beoogd, wordt beoordeeld of dit aansluit bij de wijze waarop daar in het betrokken wetsartikel vorm aan is gegeven. Hierbij wordt niet ingegaan op politieke keuzes, maar wordt aan de hand van de door de regering gegeven toelichting onderzocht of met de voorgestelde wetswijziging wordt bereikt wat daarmee door de regering is beoogd.² Aan het slot van elk besproken artikel worden door de auteur(s) concrete aanbevelingen gedaan tot wijziging van de voorgestelde wettekst opdat zij zo eenvoudig mogelijk kunnen leiden tot aanpassing daarvan. In dat kader worden deze aanbevelingen aan het slot van elke artikelsgewijze bespreking in enkele regels toegelicht. Deze aanbevelingen zijn voor uw gemak ook nog in een apart document onder elkaar opgenomen.

De leden van de werkgroep zijn graag bereid tot het geven van een toelichting op de gedane aanbevelingen.

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Zwemmer', with a long horizontal flourish extending to the right.

Johan Zwemmer
Voorzitter werkgroep ontslagrecht VvA

² In 1997 heeft de werkgroep met een vergelijkbare insteek commentaar geleverd bij het toenmalige wetsvoorstel Wet flexibiliteit en zekerheid.

Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid

(33 818)

Commentaar en aanbevelingen 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**

Artikel 627 en 628

RvS p. 20, NR p. 8, MvT p. 19-20, 87-89, Verslag p. 15-17, 45-46, NnavV p. 29-33, 119-120.

De aanspraak op loon en de bevoegdheid tot uitsluiting daarvan

E.C. van Fenema en E.T. Visser³

1. Voorgestelde regeling

Het kabinet stelt voor artikel 7:627 (geen arbeid, geen loon) te laten vervallen en artikel 7:628 lid 1 anders te formuleren. Hierin wordt als uitgangspunt genomen dat de werkgever ook indien de arbeid niet is verricht, verplicht is loon te betalen. Dit lijdt alleen uitzondering wanneer het geheel (of gedeeltelijk) verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Als gevolg van deze wijziging komt de bewijslast bij de werkgever te liggen.⁴ Het kabinet beoogt met deze wijzigingen echter geen wezenlijke verandering van de huidige risicoverdeling teweeg te brengen.⁵ Het kabinet geeft als reden voor deze wijzigingen dat deze wenselijk zijn in het licht van de toekomstige incorporatie van de zogenoemde Calamiteitenregeling WW⁶ in het BW. Thans is in artikel 8 BBA geregeld dat het de werkgever verboden is eenzijdig de werktijd te verkorten. Aangezien in de plannen van het kabinet het BBA komt te vervallen, wordt beoogd uitdrukkelijk te regelen dat het niet verrichten van arbeid door een oorzaak die niet aan de werknemer is toe te rekenen, altijd voor risico van de werkgever komt. In het voorgestelde lid 9 van artikel 628 zal vervolgens worden neergelegd dat als de Minister daar krachtens de Calamiteitenregeling WW toestemming voor verleent, de werkgever - in afwijking van lid 1 van dit artikel - niet gehouden is het loon door te betalen over de uren dat de werknemer niet werkt. De werknemer zal over die uren conform het voorgestelde artikel 18 WW aanspraak kunnen maken op een WW-uitkering. Ook op dit vlak beoogt het kabinet geen verandering aan te brengen ten aanzien van de huidige praktijk op grond van het BBA.

De mogelijkheid af te wijken van artikel 628 lid 1 per schriftelijke overeenkomst op grond van het vijfde lid van artikel 628 blijft 6 maanden. Per cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan dit worden verlengd. Volgens het nieuwe lid 7 is deze verlenging niet beperkt in duur, maar wel voor wat betreft de aard van de werkzaamheden die niet structureel mag zijn. Daarom kan alleen worden afgeweken voor specifiek te bepalen functies

³ Mr. E.C. van Fenema en mr. E.T. Visser zijn advocaat bij respectievelijk Kennedy van der Laan en AKD.

⁴ Memorie van Toelichting ('MvT'), p. 88.

⁵ De uitvoerige cassatierechtspraak rond de risicoverdeling blijft van kracht, zo meldt de MvT op pag. 87-88, waarbij wordt verwezen naar de rechtspraak rondom de gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemer. Verder wordt aangehaald dat deelname aan een staking, onwettig verzuim, te laat komen en detentie of voorlopige hechtenis voor risico van de werknemer blijft komen.

⁶ Onduidelijk is hoe deze regeling zich verhoudt tot de Regeling calamiteiten WW (Stcrt. 2013, 20486), die met ingang van 1 september 2014 in werking treedt. Zie over deze regeling ook de brief van de Minister van SZW van 12 juli 2013 aan de Eerste Kamer, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/07/12/kamerbrief-over-regeling-calamiteiten-ww.html.

en wordt als voorwaarde gesteld dat de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Lid 8 van het voorgestelde 628 bevat een voor het BW nieuwe mogelijkheid, namelijk dat de Minister op verzoek van de Stichting van de Arbeid (STAR) bepaalde bedrijfstakken of onderdelen aanwijst waar afwijking van de loondoorbetalingplicht niet wordt toegestaan. In lid 10 wordt opgenomen dat elk beding in strijd met het artikel nietig is.

Het is de bedoeling dat de voorgestelde wijzigingen op verschillende data in werking treden. De beoogde datum van inwerkingtreding voor de bepalingen die betrekking hebben op de versterking van de positie van werknemers met een flexibele arbeidsovereenkomst is 1 juli 2014. Het gaat hierbij om de leden 5 tot en met 8 en lid 10⁷ van 628. De andere maatregelen, te weten de wijziging van lid 1 en de invoering van het nieuwe lid 9, moeten op 1 april 2016 in werking treden. Ten aanzien van de leden 5, 6 en 7 wordt in artikel XXIII overgangsrecht voorgesteld. Op arbeidsovereenkomsten die vóór de inwerkingtreding van de wet zijn tot stand gekomen blijft het oude recht van toepassing. Een vóór dit tijdstip in de cao overeengekomen afwijking van lid 1 van het huidige artikel 7:628 blijft - ook ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die na dit tijdstip tot stand zijn gekomen - geldig totdat de cao expireert, maar ten hoogste 18 maanden na de inwerkingtreding van de wet.

2. Commentaar

Wijziging risicoverdeling

De systematiek in de wet ten aanzien van het bestaan van het recht op loon indien niet wordt gewerkt, is op dit moment helder. In deze situatie bestaat hierop geen recht, tenzij één van de wettelijke uitzonderingsgronden zich voordoet. Artikel 7:628 bevat een algemene uitzonderingsgrond en artikel 7:629 (recht op loon gedurende ziekte), artikel 7:639 (recht op loon gedurende vakantie) en de Wet Arbeid en Zorg (recht op loon gedurende verschillende vormen van verlof) bevatten enkele bijzondere uitzonderingsgronden. Deze systematiek sluit in grote lijnen aan bij het algemene contractenrecht. Door artikel 7:627 te laten vervallen en in het nieuwe artikel 628 lid 1 als uitgangspunt op te nemen dat bij niet-werken in principe altijd recht bestaat op loon, raakt deze systematiek vertroebeld. De vraag is ook of het vanuit principieel oogpunt wel bij de aard van de arbeidsovereenkomst past om als uitgangspunt te nemen dat de werknemer recht heeft op loon als niet wordt gewerkt. Loon moet immers worden gezien als vergoeding, of contraprestatie, voor de bedongen arbeid.⁸ Daar past naar onze mening het beste bij dat als geen arbeid wordt verricht, in principe ook geen recht op loon bestaat. Met de voorgestelde regeling wordt het recht op loon daarentegen in feite gekoppeld aan het hebben van een arbeidsovereenkomst en niet aan het verrichten van arbeid. Dit lijkt ons niet juist.

Het huidige eerste lid van artikel 7:628 is in 1997 ingevoerd om aan te sluiten bij de regeling van risicoverdeling die in de rechtspraak werd toegepast.⁹ Deze komt erop neer dat per geval

⁷ In de nota van wijziging is geregeld dat de bepaling die betrekking heeft op de nietigheid aanvankelijk onder lid 9 opgenomen zal worden en vernummerd zal worden tot lid 10 op het moment van inwerkingtreding van de bepaling over de calamiteitenregeling.

⁸ HR 18 december 1953, NJ 1954,242.

⁹ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

bezien wordt of het niet (kunnen) werken in redelijkheid voor rekening van de werkgever of de werknemer dient te komen. Daarbij is over het algemeen vereist dat de werknemer aannemelijk kan maken dat hij bereid is de bedongen arbeid te verrichten, bijvoorbeeld door zich hiervoor uitdrukkelijk beschikbaar te houden. De praktijk kan met de huidige risicoverdeling goed uit de voeten. Zoals in de MvT tot uitdrukking wordt gebracht, is er uitvoerige cassatierechtspraak over de uitleg van dit artikel. Deze biedt heldere aanknopingspunten waardoor de uitkomst van zaken op tal van terreinen voorspelbaar is. Zowel in de MvT als - naar aanleiding van vragen hierover van de SGP - in de nota naar aanleiding van het verslag is gesteld dat de voorgestelde wijzigingen geen invloed hebben op deze praktijk.¹⁰ Wij zijn daar niet zo zeker van.

Zo zijn in de eerste plaats situaties denkbaar die nu niet voor risico van de werkgever komen maar onder de voorgestelde regeling wel. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin niet gewerkt kan worden vanwege extreme weersomstandigheden. Onder de huidige regeling zou per geval moeten worden bekeken of het redelijk is dat dit voor rekening van de werkgever komt. Meestal wordt aangenomen dat dit niet het geval is en de werkgever geen loon verschuldigd is.¹¹ Onder de voorgestelde regeling zal dit waarschijnlijk anders zijn. Extreme weersomstandigheden zullen in de regel namelijk niet een oorzaak opleveren die voor rekening van de werknemer behoort te komen. Dit is op grond van de nieuwe regeling wel vereist.¹² Tenzij de werkgever van de Minister toestemming krijgt om eenzijdig de werktijd te verkorten - hetgeen volgens de Regeling calamiteiten WW die op 1 september 2014 in werking treedt¹³ pas zou kunnen indien de extreme weersomstandigheden drie weken hebben geduurd wat niet snel het geval zal zijn - zal de werkgever dus verplicht zijn het loon onverminderd door te betalen.

In de tweede plaats kunnen wij ons voorstellen dat de verschuiving van de bewijslast gevolgen heeft voor de praktijk. Als het aan het kabinet ligt, is het straks aan de werkgever aannemelijk te maken dat (i) het niet (kunnen) verrichten van arbeid voor rekening van de werknemer behoort te komen en (ii) bovendien bij de werknemer de bereidheid ontbrak deze te verrichten. Daarmee kunnen werkgevers voor een lastige opgave worden gesteld. In sommige situaties waarin de oorzaak van het niet (kunnen) werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer zou moeten komen, zoals het niet (op tijd) op het werk verschijnen, ligt de achterliggende oorzaak in de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Deze zijn niet altijd kenbaar voor de werkgever en dus kan het moeilijk zijn om aan de opgelegde stelplicht te voldoen. Voorbeeld: een defecte auto waardoor de werknemer een halve dag te laat op het werk verschijnt. Daarnaast zou de werkgever tevens aannemelijk moeten kunnen maken dat de werknemer ook niet bereid was zijn werk te verrichten. Dit lijkt in het gegeven voorbeeld van een werknemer die te laat komt een nogal vreemde figuur. De werknemer was immers heus wel bereid te werken, maar daartoe simpelweg niet in staat. Denk bijvoorbeeld ook aan de situatie dat achteraf wordt vastgesteld dat de arbeidsomvang de afgelopen maanden niet 30 maar 40 uur per week bedroeg. Is in die situatie nog steeds vereist dat de werknemer zich ook

¹⁰ MvT, p. 87-88; nota naar aanleiding van het verslag, p. 30

¹¹ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu, 2010, p. 169 – 171.

¹² MvT, p. 88.

¹³ *Supra*, nt. 4.

bereid heeft getoond die 40 uren te werken om recht op loon te hebben, of moet de werkgever eerst maar eens aannemelijk maken dat die bereidheid niet bestond? Kortom, de vraag is hoe (zwaar) dit vereiste geïnterpreteerd moet worden.

In het licht van het voorgaande verdient de situatie waarin de werknemer zijn werk niet verricht vanwege een arbeidsconflict - zonder dat sprake is van ziekte - in het bijzonder de aandacht. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad ligt het in die situatie op de weg van de werknemer te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat, kort gezegd, (i) van hem redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden hervat en (ii) dit bovendien zo is vanwege een oorzaak die in redelijkheid voor risico van de werkgever dient te komen.¹⁴ De Hoge Raad heeft daarmee een zware stelplicht en bewijslast op de werknemer gelegd.¹⁵ Daarnaast moet de werknemer ook meewerken aan redelijke voorstellen van de werkgever het conflict op te lossen wil hij recht op loon houden. Houdt deze rechtspraak onder de voorgestelde wijziging zijn betekenis? Dit lijkt ons niet. Wij worden in deze veronderstelling gesterkt door de uitspraak van het kabinet in de nota naar aanleiding van het verslag dat het in de toekomst zo zal zijn dat als bij een arbeidsconflict beide partijen schuld treffen de werkgever gehouden zal zijn het loon door te betalen.¹⁶ Dat is te betreuren, aangezien deze rechtspraak een redelijke mate van zekerheid heeft gebracht voor de praktijk, als gevolg waarvan minder geschillen over dit onderwerp door de rechter moesten worden geslecht.¹⁷

Kortom, anders dan het kabinet stelt is het zeker niet ondenkbaar dat de voorgestelde wijziging van de risicoverdeling wel degelijk gevolgen heeft voor de praktijk. Op zijn minst levert deze onduidelijkheid op over de uitleg van 628 lid 1.

Tegenover deze bezwaren staat dat de reden om artikel 7:627 te laten vervallen en de risicoverdeling te wijzigen op zijn zachtst gezegd niet evident is. Zoals gezegd wordt de wijziging in de MvT (enkel) gemotiveerd door het vervallen van het BBA en het belang te voorkomen dat de werkgever eenzijdig de arbeidstijd kan verkorten en vervolgens de loonbetaling (gedeeltelijk) kan staken. In de nota naar aanleiding van het verslag heeft het kabinet hier nog aan toegevoegd dat de huidige regeling onduidelijkheid met zich zou brengen. Om met het eerste te beginnen: het valt zonder nadere toelichting niet goed in te zien waarom het vervallen van het BBA tot de voorgestelde aanpassing van de risicoverdeling moet leiden. Zo komen nu al de meeste oorzaken van niet-werken voor rekening van de werkgever¹⁸, zeker als het gaat om het stilvallen of verminderen van productie. Voor zover deze voor rekening van de werknemer komen, is het bovendien de vraag of het huidige verbod tot werktijdverkorting opgenomen in artikel 8 BBA maakt dat werkgevers in die situatie het loon niet mogen stopzetten. Hierover bestaat in de literatuur discussie.¹⁹ Uit de toelichting van toenmalig Minister van SZW De Vries ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van de reparatiewetgeving voor de Wet

¹⁴ HR 27 juni 2008, JIN 2008/518 m. nt. Van Hoorn.

¹⁵ R.A.A. Duk, De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht (diss. EUR) Den Haag: Bju 2013, p. 47.

¹⁶ Nota naar aanleiding van het verslag, p. 119.

¹⁷ Duk, t.a.p., p. 48.

¹⁸ Voorbeelden zijn bedrijfsomstandigheden in de economische en technische sfeer, schorsing, een onterecht gegeven ontslag op staande voet en de meeste collectieve acties.

¹⁹ Zie M.S.A. Vegter, 'Het verbod op werktijdverkorting en de loonbetalingsverplichting bij payrolling', *ArbeidsRecht* 2012/56, W.A. Zondag, *Werkijdverkorting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2001, p. 157-158 en J.M. van Slooten, *Arbeid en Loon* (diss.UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 245 – 247.

Flexibiliteit en Zekerheid kan opgemaakt worden dat de wetgever in ieder geval destijds van mening was dat het verbod de werktijd te verkorten en de civielrechtelijke verplichting loon door te betalen als gescheiden grootheden dienen te worden aangemerkt.²⁰ Met andere woorden, werkgevers hebben geen ontheffing nodig om het loon stop te zetten en omgekeerd betekent het verlenen van een vergunning niet automatisch dat de loonbetaling mag worden gestaakt. Vanuit dat oogpunt lijkt er geen noodzaak te zijn het vervallen van het verbod tot werktijdverkorting te compenseren door het invoeren van een algemene loondoorbetalingsverplichting bij het niet (kunnen) verrichten van arbeid.

Verder zijn in het verleden zowel door het kabinet als door de SER alternatieven aangedragen voor het opnemen van het verbod tot werktijdverkorting in het BW. Zo is onder andere voorgesteld bij het intrekken van artikel 8 van het BBA dit verbod helemaal niet terug te laten komen maar louter de wijze waarop deze bepaling in de praktijk functioneert over te brengen naar en in te bouwen in de WW.²¹ Onduidelijk is of het kabinet dergelijke alternatieven thans heeft meegewogen en zo ja, waarom hiervoor niet gekozen is.

Wat het later door het kabinet aangevoerde argument betreft dat de huidige regeling (te) onduidelijk zou zijn, kunnen wij kort zijn: die signalen komen niet voort uit de praktijk. Wij zijn er ook niet mee bekend dat het UWV een dergelijk signaal zou hebben gegeven. Sterker, naar onze indruk zorgt de voorgestelde regeling juist voor (meer) onduidelijkheid, zoals wij hierboven al opmerkten. Die onduidelijkheid wordt nog eens gevoed doordat in de nota naar aanleiding van het verslag de suggestie wordt gewekt dat wanneer het niet verrichten van werk voor rekening van de werknemer komt dit tot verwijtbare werkloosheid in de zin van artikel 24 WW leidt.²² Dit roept eens te meer vragen op over de uitleg van het nieuwe 628 lid 1 en de verhouding tot de huidige regeling.

Redactie lid 1 en loonbegrip

Uit het voorgaande moge duidelijk blijken dat wij geen voorstander zijn van de voorgestelde wijziging van de risicoverdelingsregeling en aanbevelen deze niet door te voeren. Mocht echter toch worden gekozen voor het laten vervallen van artikel 7:627 en het incorporeren van de risicoverdeling in lid 1 van 628, dan valt over de voorgestelde tekst nog het volgende op te merken. Deze lijkt nu in te houden dat, als de werknemer het werk (slechts) gedeeltelijk niet heeft verricht vanwege een reden die voor zijn rekening komt, de werkgever gerechtigd is het loon geheel stop te zetten. Uit de parlementaire stukken is niet op te maken of dit met opzet zo is geformuleerd. Het komt ons logischer voor wanneer bij het gedeeltelijk verrichten van arbeid de werknemer over dat deel recht op loon behoudt.²³ Dit is ook de strekking van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake bijvoorbeeld werknemers die gedeeltelijk arbeidsgeschikt zijn.²⁴ Het zou daarbij voor de praktijk nuttig zijn als het kabinet zich ook uitlaat over de vraag wat onder het loon moet worden verstaan als dit op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld. Dit is thans in lid 3 van artikel 7:628 geregeld. Alhoewel deze bepaling

²⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 12, p. 11.

²¹ SER advies 91/21

²² Nota naar aanleiding van het verslag, p. 30.

²³ Zie ook P.L.M. Schneider, 'Het Loondoorbetalingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding', TAP 2014/1, p. 15.

²⁴ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248.

niet wordt gewijzigd, bestaat onduidelijkheid over de toepassing hiervan. Volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1941 ziet deze bepaling alleen op beloningselementen die afhangen van de uitkomst van de arbeid van de werknemer.²⁵ Vandaag de dag zijn er echter verschillende beloningsvormen waarin dit criterium niet voorziet. Zo is een bonus dikwijls mede afhankelijk gesteld van de gezamenlijk door de werknemers verrichte prestaties en/of het bedrijfsresultaat. Valt dit onder het loonbegrip genoemd in artikel 7:628 lid 3? In het verleden is deze vraag door het Gerechtshof Arnhem bevestigend beantwoord.²⁶ Geldt dit ook voor een bonus die geheel afhankelijk is van de winst van het bedrijf? Als de collega's van de werknemer die gedwongen thuiszit deze bonus wel ontvangen, valt hier veel voor te zeggen.²⁷ Wij benadrukken dat deze vragen ook van belang zijn voor het bepalen van de hoogte van het loon dat tijdens ziekte doorbetaald moet worden op grond van artikel 7:629 lid 1. –Hierover zou bijvoorbeeld in de ministeriële regeling bedoeld in het nieuwe 685 duidelijkheid kunnen worden geschapen.

Contractuele uitsluiting van artikel 7:628 lid 1

In de huidige leden 5 en 7 van artikel 7:628 zijn de mogelijkheden tot uitsluiting van de loondoorbetalingverplichting uit hoofde van het eerste lid opgenomen. In de parlementaire stukken gaat alle aandacht uit naar de beperking van de mogelijkheid na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst deze verplichting uit te sluiten (waarover hierna meer). Van het wetsvoorstel maakt evenwel ook de wijziging van lid 5 onderdeel uit. De verwijzing naar de leden 2 tot en met 4 komt hierin namelijk te vervallen. Het is onduidelijk wat de reden voor deze wijziging is; deze wordt niet toegelicht in de parlementaire stukken. Het gevolg hiervan zou evenwel zijn dat de uitsluiting van de verplichting loon door te betalen geen betrekking meer mag hebben op 'anders dan naar tijdruimte vastgesteld loon' (zie ook hierboven).²⁸ Dat betekent dat de werkgever tijdens de afwezigheid van de werknemer niet meer het loon, maar wel de prestatieafhankelijke bonus door zou moeten betalen. Dit lijkt ons niet wenselijk.

Oproepkrachten

De beperking van de mogelijkheid tot uitsluiting van de loondoorbetalingverplichting komt in de MvT alleen aan de orde aan de hand van de positie van oproepkrachten. Verwezen wordt naar nuluren- of min-maxcontracten. In de MvT wordt erkend dat er behoefte bestaat aan het op deze wijze organiseren van de arbeid. Zo wordt verwezen naar de behoefte van een werkgever om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te brengen met de productie en de behoefte van bepaalde werknemers aan flexibele arbeid, zoals werkstudenten.²⁹ Om werknemers per gewerkt uur te betalen (zonder vaste verplichting) kan gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid gedurende de eerste 6 maanden van de arbeidsovereenkomst af te wijken van de algemene verplichting het loon door te betalen. Deze mogelijkheid blijft bestaan. Het verlengen van deze periode per cao³⁰ zal echter voortaan alleen in uitzonderingsgevallen mogelijk zijn.

²⁵ HR 31 oktober 1941, NJ 1942/198.

²⁶ Gerechtshof Arnhem zp Arnhem 27 april 2010, JAR 2010/142.

²⁷ Zie ook G.C. Boot, 'Bonussen, toeslagen, de bedrijfsauto en art. 7:628 BW', ArbeidsRecht 2011/49.

²⁸ Zie ook P.L.M. Schneider, t.a.p, p. 15-16.

²⁹ MvT, p. 19.

³⁰ en bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.

Uit het advies van de Raad van State ('RvS')³¹ en de reactie van de Minister daarop blijkt dat het voornemen eerst was om deze verlengingsmogelijkheid te beperken in duur en wel tot 78 weken. De RvS heeft geopperd dat dit zou kunnen leiden tot ontslag na deze 18 maanden en heeft verwezen naar sectoren waar het aanbod van werk sterk afhankelijk is van weersomstandigheden zoals de horeca en de landbouw. De Minister heeft erkend dat de mogelijkheid van het gebruik van nulurencontracten behouden moet blijven.³² De beperking in duur is vervolgens geschrapt. Een nieuwe beperking is daarvoor in de plaats gekomen. Verlenging per cao is alleen nog maar mogelijk als het gaat om aan bepaalde functies verbonden werkzaamheden die incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. Daar waar het gaat om werk van structurele aard, zou 6 maanden voldoende moeten zijn om de omvang van het werk te kunnen bepalen.

Daarmee zijn de door de RvS aangehaalde sectoren in feite slechter af dan onder het eerste voorstel (met de mogelijkheid af te wijken tot maximaal 18 maanden). De WWZ heeft tot gevolg dat voor dit soort werk de loondoorbetalingplicht slechts maximaal 26 weken kan worden uitgesloten. Dit betekent in feite dat een oproepcontract na deze periode voor een werkgever geen zin meer heeft. De werkgever moet dan immers ook als er geen werk voor de oproepkracht is in principe loon betalen.³³ Dat kan bezwaarlijk zijn, maar het is vooral lastig te begrijpen omdat het kabinet juist begrip lijkt te hebben voor deze sectoren en het belang van de inzet van oproepkrachten wordt erkend. Het gaat echter mis daar waar het wetsvoorstel de mogelijkheid per cao af te wijken van de loondoorbetalingplicht niet alleen beperkt tot nader aan te wijzen functies, maar daarbij als extra voorwaarde stelt dat de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. Dit laatste miskent dat invalkrachten eenmaal opgeroepen vaak reguliere werkzaamheden verrichten. Dit geldt bijvoorbeeld voor de kok of serveerster die wordt opgeroepen op het moment dat het zonnetje doorbreekt en het terras wordt neergezet. Hetzelfde geldt overigens voor andere sectoren met functies als een invaldocent of invalchauffeur. Het gaat hier om gewone werkzaamheden, die bijvoorbeeld bij ziekte van een vaste kracht door een invalkracht worden vervuld.

Het is niet duidelijk of het kabinet daadwerkelijk wil dat in deze situaties het sluiten van oproepcontracten wordt beperkt tot 26 weken of wat men voor ogen heeft bij werkzaamheden die louter incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De nota naar aanleiding van het verslag geeft geen verdere verheldering.³⁴ Dit betekent dat het gekozen criterium leidt tot onduidelijkheid. Het dient dan ook wat ons betreft te worden geschrapt.

Los daarvan is de vraag waarom deze nadere invulling niet kan worden overgelaten aan cao-partijen. Dit zou meer in lijn zijn met de overige bepalingen van de WWZ en de ruimte die expliciet aan de STAR en cao-partijen wordt gegeven. Dit komt ook overeen met wat de STAR zelf heeft overwogen.³⁵ Door het aan cao-partijen over te laten, kan tegemoet worden

³¹ Advies RvS, p. 20.

³² Nader rapport p. 8.

³³ Aan de hand van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b wordt dan de omvang van de uren bepaald waarover recht op loon bestaat.

³⁴ Nota naar aanleiding van het verslag, p. 31.

³⁵ Om de afwijkingsmogelijkheid te binden aan de voorwaarde dat de noodzaak daartoe door cao-partijen gezamenlijk wordt onderbouwd, STAR 11 april 2013, pag. 26.

gekomen aan de behoefte in een specifieke sector. Aan de wet (zie de huidige artikelen 7:610b en 7:628a) en de jurisprudentie³⁶ ontleen oproepkrachten bovendien al 'extra' bescherming. Onduidelijk is of dit door het kabinet in aanmerking is genomen bij de keuze deze verder uit te breiden.

Schorsing

De voorgestelde wijziging van het zevende lid van artikel 628 heeft bovendien implicaties waar geen rekening mee lijkt te zijn gehouden. Zo wordt in verschillende cao's op basis van de huidige regeling de loonbetalingsverplichting (voor een bepaalde periode) uitgesloten ingeval van schorsing van de werknemer.³⁷ Het contractueel uitsluiten van deze verplichting is nodig, aangezien volgens vaste rechtspraak de schorsing van een werknemer een omstandigheid is die krachtens lid 1 van artikel 7:628 voor rekening van de werkgever komt.³⁸ Ervan uitgaande dat het kabinet deze risicoverdeling in die situatie niet anders wenst te laten uitvallen, heeft de voorgestelde wijziging als gevolg dat (behalve voor bepaalde oproepkrachten) schorsing met inhouding van loon na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is. Dit is naar onze mening niet wenselijk aangezien deze maatregel - anders dan bijvoorbeeld doorgaans in het ambtenarenrecht op grond van de rechtspositieregeling het geval is³⁹ - één van de weinige sancties is die de werkgever bij wangedrag van de werknemer ten dienste staat. Bovendien zou hierdoor een onderscheid worden gecreëerd tussen een bepaalde groep oproepkrachten en de rest van de werknemers. Mede in het licht van wat wij hierboven op hebben gemerkt ten aanzien van de onduidelijkheid van het gekozen criterium, de rol van de sociale partners en de bescherming die reeds voor oproepkrachten bestaat, brengt dit ons ertoe een ruimere afwijkingsmogelijkheid aan te bevelen.

Bevoegdheid STAR en cao-partijen

Met de vermelding van de STAR in lid 8 wordt een nieuwe speler in het arbeidsovereenkomstenrecht geïntroduceerd. Thans wordt de mogelijkheid af te wijken van artikel 7:628 lid 1 (en andere wettelijke bepalingen) neergelegd bij contractspartijen en/of sociale partners. Uit de MvT wordt niet duidelijk waarom dit niet (langer) aan deze partijen kan worden overgelaten. Wij merken op dat sociale partners anders dan de STAR op sectorniveau direct betrokken zijn en hiervoor dus beter geëquipeerd lijken te zijn. Bovendien bestaat voor een uniforme regeling in een bepaalde sector al het instrument van de algemeen verbindend verklaring van een cao.

De introductie van de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister op verzoek van de STAR in combinatie met andere voorstellen uit de WWZ tot beperking van de ruimte van cao-partijen lijkt erop te duiden dat het kabinet van oordeel is dat de verantwoordelijkheid bij (sommige) cao-partijen niet in goede handen is. Dit geeft naar onze mening eerder aanleiding om het wettelijk systeem rondom de cao opnieuw te bezien en dit niet te beperken tot het aanpassen

³⁶ Zie bijvoorbeeld HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 (Possemis/Hoogenboom), waarin is uitgemaakt dat de werkgever de oproepkracht gehouden was op te roepen wanneer zij werk had waarvoor hij in aanmerking kwam.

³⁷ Zie bijvoorbeeld de cao voor de elektrotechnische detailhandel 2009-2012, de cao voor uitzendkrachten 2012 – 2017 en de cao voor het levensmiddelenbedrijf 2011-2013.

³⁸ HR 31 maart 2003, JAR 2003/91.

³⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 81 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR).

van enkele bepalingen in titel 10 van boek 7, zoals nu gebeurt. Onduidelijk is verder waarom voor de cao genoemd in artikel 628 niet dezelfde totstandkomingvereisten zullen gelden als genoemd in de artikelen 671a lid 3 en 673b lid 2. Het gaat hier om vereisten die dienen te voorkomen dat een cao wordt gesloten met een niet-representatieve of niet-onafhankelijke vakbond. Voor zover gevreesd wordt dat vakbonden zich te makkelijk zullen lenen voor een cao waarin van de afwijkingsmogelijkheden van de leden 5 en 7 gebruik wordt gemaakt, dan kan dit risico daarmee (in zekere mate) worden ondervangen.

Verval loonbetalingsverplichting bij calamiteiten

Het kabinet stelt dat met de invoering van lid 9 van artikel 628 aan wordt gesloten bij de huidige praktijk bij verlening van ontheffing van het verbod tot werktijdverkorting. Dit is niet juist. Conform de huidige werktijdverkortingsregeling⁴⁰ leidt het verlenen van een vergunning er slechts toe dat de werknemer onder versoepelde voorwaarden aanspraak kan maken op een WW-uitkering. Deze systematiek wordt gehandhaafd in de nieuwe Regeling calamiteiten WW die op 1 september 2014 in werking treedt. De verleende vergunning heeft slechts in zoverre invloed op de loondoorbetalingverplichting dat de werkgever, als hij op grond van artikel 7:628 lid 1 het loon moet doorbetalen, conform het tweede lid van dit artikel de aan de werknemer toekomende WW-uitkering van het loon af mag trekken.⁴¹ Afhankelijk van de hoogte van deze uitkering en het laatstverdiende loon resteert nog ten minste (in de eerste twee maanden) 25% van het loon dat door de werkgever moet worden doorbetaald over de uren dat de werknemer niet werkt. Onder de voorgestelde regeling is het zo dat de werkgever ontslagen wordt van zijn loonbetalingsverplichting over de uren dat hij een ontheffing van het verbod op werktijdverkorting heeft gekregen. De werknemer is hierdoor slechter af. Waar hij onder de huidige regeling over deze uren in veel gevallen aanspraak zou kunnen maken op doorbetaling van loon, zal hij in de toekomst over deze uren immers alleen een WW-uitkering ontvangen. Dit betekent (in de eerste twee maanden) een achteruitgang van 25% van het loon of zelfs meer ingeval het inkomen van een werknemer het maximumdagloon overschrijdt. Daarnaast bouwen werknemers over deze uren in de regel ook geen pensioen meer op. Het kabinet lijkt deze gevolgen niet onder ogen te hebben gezien. Ook is de vraag tot wie de werknemer zich moet wenden als hij het niet eens is met de werktijdverkorting. Het ligt niet voor de hand de werkgever aan te spreken, aangezien deze op basis van het nieuwe artikel gerechtigd is het loon te staken. Staat voor de werknemer de mogelijkheid van bezwaar open tegen het ontheffingsbesluit van de minister?

Artikel 7:628a en dubbele betaling

WWZ brengt geen wijziging in het artikel dat ziet op de minimale loondoorbetaling per oproep⁴² en wijdt daar ook geen overwegingen aan. Uit het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2013 volgt dat in sommige situaties aanspraak kan ontstaan op dubbele beloning over bepaalde

⁴⁰ Zie ook de Beleidsregels ontheffing verbod op werktijdverkorting 2004 (Stcrt. 2004, 199)

⁴¹ Zie ook J.M. van Slooten & E. Verhulp, 'Het Besluit deeltijd WW – ook na wederopenstelling nog niet perfect', TRA 2009, 77

⁴² 7:628a BW op grond waarvan een minimumaanspraak van 3 uur loon bestaat voor elke oproep bij arbeidsovereenkomsten met een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week en zonder vastgelegde tijdstippen van arbeid of omvang van arbeid.

tijdvakken van een werkdag.⁴³ Als de mogelijkheid van dubbele betaling een bewuste keuze is van de wetgever, dan is het aan te bevelen dit terug te laten komen in de parlementaire geschiedenis. Als dit niet zo is, dan kan de suggestie van Advocaat-Generaal Timmerman bij het arrest worden gevolgd door aan artikel 7:628a BW toe te voegen: “tenzij het voorgaande tot een dubbele betaling van loon leidt.”⁴⁴

3. Conclusies en aanbevelingen

1. Af te zien 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.

⁴³ HR 3 mei 2013, JAR 2013/140 m.nt. J.P.H. Zwemmer.

⁴⁴ Zie r.o. 66. van het in de vorige noot genoemde arrest.

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 gelijkloidend 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.

4. Nieuwe artikelen

Artikel 627

Geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht.

Artikel 628

1. De werknemer behoudt het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. Van de leden 1 tot en met 4 kan voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst slechts bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
6. [...]
7. 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.
8. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.

Artikel 652

RvdR, p. 11, Advies RvS en NR p. 19, 23-24, MvT p. 16, 90-91, Advies NOVA p. 4-5, Verslag p. 14, NnavV p. 25-26

Geen proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van ten hoogste twee jaar en aanbevelingen tot vereenvoudiging van de regeling van de proeftijd

J.P.H. Zwemmer⁴⁵

1. Voorgestelde regeling

Om te voorkomen dat de onzekerheid voor de werknemer die een kortdurend contract voor bepaalde tijd heeft verder wordt vergoed door een proeftijdbeding, wordt in het wetsvoorstel een proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van 6 maanden of korter verboden. Daarnaast wordt in het voorgestelde artikel 7:652 BW de jurisprudentie van de Hoge Raad gecodificeerd, waarin werd geoordeeld dat het met dezelfde of een opvolgende werkgever overeenkomen van een proeftijd in een opvolgende arbeidsovereenkomst nietig is wanneer de (opvolgende) werkgever zich op basis van de eerdere arbeidsovereenkomst reeds een afdoende beeld van de vaardigheden van de werknemer heeft kunnen vormen.

Mede gelet op de daarachter liggende gedachten van de regering meen ik dat de voorgestelde inperking van de mogelijkheid een proeftijd af te spreken in een kortdurend contract voor bepaalde tijd niet ver genoeg gaat. De regering verwacht dat het verbieden van een proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van zes maanden of korter zal bijdragen aan een beperktere inzet van kortdurende contracten. De keuze voor de werkgever wordt dan, althans zo redeneert de regering, óf een contract van ten hoogste zes maanden zonder proeftijd, óf een contract langer dan een half jaar met proeftijd. In zijn advies bij het wetsvoorstel merkt de Raad van State op dat de regering geen aandacht besteedt aan het mogelijke gevolg van deze wijziging dat werkgevers in het geheel geen contract sluiten omdat zij teveel twijfels hebben over de aanstaande werknemer om hem zonder (korte) proeftijd in dienst te nemen.⁴⁶ Daardoor kan volgens de Raad van State de beoogde tijdelijke vergroting van baanzekerheid bij kortdurende contracten voor bepaalde tijd per saldo nadelig uitvallen voor werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie. De Raad van State adviseert de regering hierop in te gaan en, indien inderdaad sprake is van deze nadelige gevolgen, de mogelijkheid van een proeftijd in kortdurende contracten voor bepaalde tijd te handhaven. In haar reactie op het advies van de Raad van State wijst de regering erop dat deze maatregel juist bedoeld is om de positie van de zwakkere arbeidsmarktpositie van flexwerkers te versterken. Durft de werkgever een kortdurend contract voor bepaalde tijd zonder proeftijd niet aan, dan kan hij ervoor kiezen een

⁴⁵ Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, universitair docent arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam

⁴⁶ Advies Raad van State, 5 november 2013, p. 15. De Raad voor de rechtspraak wijst er in zijn advies bij het wetsvoorstel op dat de werkgever "die een mismatch wil proberen te voorkomen zal kiezen voor tewerkstelling via een uitzendovereenkomst met uitzendbeding dan wel een arbeidsovereenkomst voor 6 maanden en een of enkele dagen." Advies wetsvoorstel hervorming flexrecht, ontslagrecht en Werkloosheidswet, Raad voor de rechtspraak 27 augustus 2013, p. 11.

contract met een duur van langer dan een half jaar met een proeftijd aan te bieden aan de werknemer.⁴⁷

2. Commentaar

Wanneer de gedachtegang van de regering wordt gevolgd, gaat zij naar mijn mening niet ver genoeg bij het uitsluiten van de mogelijkheid tot het overeenkomen van een proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd. De regel zou mijns inziens moeten zijn: óf een contract voor onbepaalde tijd dan wel voor bepaalde tijd van langer dan twee jaar met een proeftijd van maximaal twee maanden, óf een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee jaar of korter zonder proeftijd. Ik licht dit als volgt toe.

Aan de mogelijkheid van partijen een proeftijd overeen te komen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst ligt de gedachte ten grondslag dan zij zich gedurende een beperkte periode proefondervindelijk op de hoogte kunnen stellen van elkaars hoedanigheden, de aard van de te verrichte arbeid en van de geschiktheid van de werknemer voor de arbeid.⁴⁸ Het is vooral de werkgever die belang heeft bij het overeenkomen van een proeftijd omdat op grond van artikel 7:676 BW gedurende deze periode geen sprake is van ontslagbescherming en de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang kan worden opgezegd. De werknemer heeft gedurende deze periode geen zekerheid over zijn inkomensperspectieven. Indien ook nog sprake is van een tijdelijk contract is sprake van een 'dubbel nadeel' voor de werknemer omdat de arbeidsovereenkomst ook nog eens (van rechtswege) zal eindigen op een vooraf overeengekomen kalenderdatum zonder tussenkomst van de kantonrechter of het UWV. Van het daartegenover staande 'dubbele voordeel' van de werkgever in deze situatie zou mijns inziens uitsluitend sprake moeten kunnen zijn in de situatie waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van langer dan twee jaar wordt aangegaan met de werknemer. De termijn van twee jaar sluit aan bij de in het wetsvoorstel voorgestelde inperking van de ketenregeling van artikel 7:668a BW tot een periode van twee jaar. Reeds in de opmaat naar de Wet Flexibiliteit en Zekerheid beoordeelde de Stichting van de Arbeid de regeling van de proeftijd in samenhang met de in die wet geïntroduceerde ketenregeling van artikel 7:668a BW.⁴⁹ Daar valt thans nog meer voor te zeggen met de in het wetsvoorstel voorgestelde periode van twee jaar waarin maximaal drie elkaar opvolgende van rechtswege eindigende contracten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten met de werknemer. Doordat uitsluitend de periode waarin, en niet het aantal, contracten voor bepaalde tijd wordt ingeperkt, zullen werkgevers geneigd zijn kortere opvolgende contracten voor bepaalde tijd te sluiten met de werknemer.

Met de op basis van artikel 7:668a BW bestaande mogelijkheid om gedurende de - straks - eerste twee jaar drie kortdurende contracten voor bepaalde tijd aan te gaan, wordt de werkgever afdoende geaccommodeerd in het opvangen van het risico dat het mogelijk niet 'klikt' met de door hem op basis van een contract voor bepaalde tijd in dienst te nemen werknemer. Het ook nog kunnen overeenkomen van een proeftijd met de werknemer staat niet in verhouding met het hiervoor beschreven 'dubbele nadeel' van de werknemer in deze

⁴⁷ Nader rapport (reactie op advies) 28 november 2013, p. 7.

⁴⁸ Zie o.a. Hoge Raad 8 mei 1992, NJ 1992, 480.

⁴⁹ Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid', Stichting van de Arbeid 3 april 1996, Publ.nr. 2/96, p. 16.

situatie. Als de werkgever hier toch de mogelijkheid wil openhouden eerder af te kunnen van de werknemer die er aantoonbaar met de pet naar gooit, dan kan hierin worden voorzien in de vorm van het overeenkomen van de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging van dit contract.⁵⁰ Op grond van deze argumenten dient mijns inziens ook de nu in lid 5 van artikel 7:652 BW opgenomen mogelijkheid om een proeftijd van ten hoogste een maand af te spreken in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de duur niet kalendermatig is vastgesteld te worden geschrapt.

Met deze aanpassing van artikel 7:652 BW wordt de regeling van de proeftijd bovendien aanzienlijk vereenvoudigd. De driekwartdwingendrechtelijke onderdelen van dit artikel kunnen komen te vervallen omdat de proeftijd altijd maximaal twee maanden kan zijn. Met de regel dat een proeftijd in een tijdelijk contract van twee jaar of korter verboden is, wordt tevens duidelijkheid gegeven aan werkgevers en werknemers die geen gedetailleerde kennis hebben van het arbeidsrecht. Ook de noodzaak tot duidelijkheid in de vorm van heldere regels bij een beding dat zulke verstrekkende gevolgen heeft voor met name de werknemer, vormt naar mijn mening een argument de voorgestelde regeling van de proeftijd op deze wijze te vereenvoudigen. De hiervoor bepleite aanpassing van artikel 7:652 BW maakt bovendien mogelijk dat de nu in het achtste lid van het voorgestelde artikel 7:652 BW opgenomen nietigheidssanctie in aanzienlijk minder en ook eenvoudiger bewoordingen kan worden gesteld. Een toevoeging mijnerzijds aan de nietigheidssanctie is dat deze ook van toepassing is in de situatie waarin de proeftijd niet schriftelijk is overeengekomen.

3. Aanbevelingen

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;

⁵⁰ Artikel 7:667 lid 3 BW.

- 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

RvdR, p. 11, RvS p. 37-38, NR p. 25, MvT p. 16-18, 91-92, Verslag p. 14, MvA p. 26-28, NvW p.1

Concurrentiebeding

D.J. Buijs⁵¹

1. Voorgestelde regeling

In de voorgestelde regeling kan een concurrentiebeding slechts worden overeengekomen in het kader van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een uitzondering wordt gemaakt voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten, wanneer uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Als geen motivering is opgenomen, is het beding nietig; is het beding niet noodzakelijk dan is het geheel vernietigbaar. Ook wordt artikel 7:653 technisch aangepast, omdat het voorstel het begrip ‘schadeplichtigheid’ laat vervallen; in plaats daarvan wordt bepaald dat de werkgever zich niet op een concurrentiebeding kan beroepen, wanneer het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Bij zodanig handelen van de werknemer kan hij geen aanspraak maken op de in artikel 7:653, lid 4 bedoelde vergoeding.

2. Voorgeschiedenis

De motiveringsplicht voor het concurrentiebeding bij bepaalde tijd contracten vloeit voort uit de bijlage met overzicht van maatregelen bij het Sociaal Akkoord 2013: “51. In tijdelijke contracten kan geen concurrentiebeding worden opgenomen, behalve in het geval van bijzondere omstandigheden (motivatieplicht)”. In de woorden van de Stichting van de Arbeid: “Geen concurrentiebeding voor tijdelijke contracten, behalve voor specifieke gevallen waarvoor een evidente motivering is”⁵². Wat die bijzondere omstandigheden en specifieke gevallen zouden kunnen zijn blijft in de lucht hangen, omdat de stukken aan die begrippen geen invulling geven. Beperking van de mogelijkheid een concurrentiebeding overeen te komen in het kader van een overeenkomst voor bepaalde tijd was één van de aanbevelingen van de werkgroep onder leiding van prof. mr. I.P. Asscher-Vonk die was ingesteld in het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.⁵³ De Stichting van de Arbeid adviseerde verdeeld: de vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers ondersteunden de aanbeveling, maar de werkgeversorganisaties deden dat niet.⁵⁴ In het (in de Eerste Kamer gestrande) wetsvoorstel 28 167 kwam de aanbeveling niet terug. In het kader van het

⁵¹ Mr. D.J. Buijs is oud-kantonrechter en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

⁵² Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020, Stichting van de Arbeid, 11 april 2013, p. 24.

⁵³ Rapport d.d. 31 mei 1997 (aanbeveling 1) als bijlage gevoegd bij de brief van de minister van SZW en de minister van justitie aan de Tweede Kamer van 20 augustus 1997, TK 1996/1997, 24 036, nr. 58.

⁵⁴ Brief van 5 maart 1998 aan de minister van SZW kenmerk. S.A. 98.05.361 EB/JS, p. 5.

onderhavige wetsvoorstel heeft de Raad voor Rechtspraak kritische kanttekeningen gezet bij het noodzakelijkheids criterium dat een bron van procedures kan zijn, terwijl de vraag gesteld kan worden waarom een werknemer gebonden moet worden aan een concurrentiebeding, terwijl de werkgever zich juist niet wil binden (aangezien hij aan de werknemer geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt).⁵⁵

De Raad van State vraagt zich voorts af waarom niet gekozen is voor een bredere modernisering van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding voor alle arbeidsovereenkomsten, nu de regering heeft aangekondigd daarover advies van de SER te zullen vragen.⁵⁶ D66 ziet het als een gemiste kans dat het wetsvoorstel niet voorziet in verdere stappen met betrekking tot het concurrentiebeding bij contracten voor onbepaalde tijd; een SER-advies wordt niet nodig geacht.⁵⁷ De PVV bepleit algehele afschaffing van het concurrentiebeding. De memorie van antwoord brengt een technische wijziging van het voorstel met betrekking tot het derde lid van 653, maar biedt verder geen nadere helderheid.⁵⁸

3. Vraagtekens bij de regeling met betrekking tot tijdelijke contracten

Herziening van het concurrentiebeding behoeft integrale aanpak

De vraag van de Raad van State is terecht. De gang van zaken met betrekking tot wetsvoorstel 28 167 heeft geleerd dat modernisering van de regeling met betrekking tot het concurrentiebeding een omzichtige aanpak vergt met draagvlak onder zowel werkgevers als werknemers; een als 'wisselgeld' te kwalificeren afspraak in het Sociaal Akkoord verdient wel degelijk een voorafgaand advies van de SER (en niet aan het eind van de rit zoals bij wetsontwerp 28 167), temeer nu de voorgestelde vormgeving op evidente bezwaren stuit en onvoldoende is doordacht.

In de eerste plaats verdient de hoofdregel van het eerste lid van artikel 653 nadere aandacht, waarbij inderdaad de vraag kan worden gesteld waarom het voorgestelde noodzakelijkheids criterium in het voorgestelde tweede lid niet ook zou moeten gelden bij contracten voor onbepaalde tijd. Ook is het zaak te overwegen of en in hoeverre niet – al dan niet in het kader van artikel 653 - bijzondere regelingen zouden moeten gelden voor niet alleen concurrentiebedingen in enge zin, maar ook voor categorieën bedingen als relatiebedingen,⁵⁹ aftroggelbedingen en geheimhoudingsbedingen die nu niet wettelijk geregeld zijn, maar dit wel behoeven. En dan zou met betrekking tot contracten voor bepaalde tijd eventueel differentiatie mogelijk zijn. Dit vergt echter wel een grondiger benadering dan aan punt 51 van het Sociaal Akkoord ten grondslag lijkt te liggen. Ook zou kunnen worden gezien in hoeverre in bepaalde sectoren behoefte bestaat aan specifieke regelingen met betrekking tot concurrentiebedingen. Zo geldt in de CAO Banken sinds jaar en dag het volgende: 'In de arbeidsovereenkomst zal geen concurrentiebeding voorkomen, tenzij dit wegens de aard van de werkzaamheden of wegens plaatselijke omstandigheden noodzakelijk is.' Zo zou ook bij CAO een regeling getroffen kunnen worden met betrekking tot bij voorbeeld relatiebedingen.

⁵⁵ Brief Raad voor de Rechtspraak van 27 augustus 2013 aan de minister van SZW, p. 11.

⁵⁶ TK 2013-2014, 33 818, nr. 4 p. 48/49.

⁵⁷ TK 2013-2014, 33 818 nr 5, p. 14.

⁵⁸ TK 2013-2014, 33 818 nr 6, p. 26-28.

⁵⁹ De jurisprudentie schaart het relatiebeding in overwegende mate onder de regeling van artikel 7:653 BW.

De uitzondering met betrekking tot contracten voor bepaalde tijd

In de eerste plaats gaat het om het noodzakelijkheids criterium en in de tweede plaats om de vraag wat onder 'zwaarwegende bedrijfsbelangen' moet worden verstaan. De memorie van toelichting is daarover summier. Rechtspraak over andere wetsbepalingen biedt geen soelaas: bij voorbeeld zowel artikel 7:613 BW als artikel 2 Wet Aanpassing Arbeidsduur betreffen geheel andere toetsingskaders. De memorie van toelichting stelt dat het voorstel aansluit bij de jurisprudentie. Dat is slechts ten dele juist. Het voorbeeld van Integra/Pluim (het in de memorie van toelichting opgenomen citaat moet overigens uit een andere uitspraak komen) geeft aan dat een werkgever die keurig de gewenste motivering aan het concurrentiebeding heeft verbonden, niet alleen stuit op het argument dat tegen hem werkt dat hij zelf de arbeidsovereenkomst niet heeft willen voortzetten (in de woorden van het hof: Integra kan niet van twee walletjes eten), maar ook dat de duur van het concurrentiebeding niet in verhouding staat tot de totale duur van de arbeidsrelatie. De memorie van toelichting verzuimt te vermelden dat, indien de rechter de korte duur van de arbeidsovereenkomst als relevant gezichtspunt onderkent, dit (in samenhang met andere omstandigheden) te allen tijde een positieve uitwerking heeft op de geheel of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding⁶⁰; een niet te missen voorzet voor werknemers wier contract niet wordt verlengd.

Het belang van werkgevers is overigens veeleer gelegen in gevallen waarin de werknemer zelf vertrekt, maar juist dat is niet hetgeen waar partijen vanuit gaan. In een groot aantal tijdelijke contracten wordt vooruitgelopen op voortzetting en t.z.t. een contract voor onbepaalde tijd⁶¹; dan komt de vereiste schriftelijke motivering te zwaar voor, aldus de Raad van State. Juist in dergelijke gevallen kan het belang van de werkgever echter zwaarder wegen dan dat van de werknemer; in bijna alle gevallen leidt deze omstandigheid (in samenhang met andere omstandigheden) in de huidige jurisprudentie tot handhaving van het concurrentiebeding of (beperkt) gedeeltelijke vernietiging.⁶² Dit alles in onderling verband en samenhang bezien leidt tot de aanbeveling vooralsnog af te zien van een beperking van de mogelijkheid in tijdelijke contracten een concurrentiebeding op te nemen. Overigens kan ook de schriftelijke motivering een bron zijn van conflicten met de nodige nawerking. De precieze formulering van het voorstel is: '...indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever...'. Het is al merkwaardig dat kennelijk de motivering niet de instemming van de werknemer behoeft, maar waaraan zou (door de rechter) moeten worden getoetst dat uit de motivering de noodzakelijkheid van het beding 'blijkt', wanneer de werknemer die noodzakelijkheid niet onderschrijft? Daarbij is het ook nog de bedoeling dat die noodzakelijkheid nog steeds moet bestaan bij het einde van de arbeidsovereenkomst, hetgeen temeer vragen oproept met betrekking tot de waarde van het opnemen van de motiveringsplicht. Uiteindelijk zal de rechter toch in het kader van de belangenafweging de 'noodzaak' afwegen.

Ook is het de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de motivering. Wat te denken van de 'motivering' "dit beding is noodzakelijk om zwaarwegende bedrijfseconomische redenen". Te betogen valt zowel dat dit beding nietig is, als dat het strikt genomen geldig is. Zou dit

⁶⁰ A.R. Houweling, C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag, 2011, p. 176.

⁶¹ Dit werd gesteld op het VAAN-congres van 21 januari 2014.

⁶² A.R. Houweling, C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag, 2011, p. 174.

ondervangen kunnen worden door toevoeging van het woord 'deugdelijke' aan de motivering? Die motivering is op zichzelf dus een bron van conflicten wat partijen. Dit zal partijen – omdat de voorgestelde regeling onduidelijk is – nopen tot procederen, hetgeen het wetsvoorstel juist wil tegengaan. Daarbij komt dat het probleem zich wellicht pas openbaart nadat de tijdelijke arbeidsovereenkomst stilzwijgend is voortgezet en voor onbepaalde tijd is geworden. Het is de vraag of een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd dat niet voldoet aan de eisen van het voorgestelde tweede lid van artikel 653 BW, in het kader van de heretikettering van het contract tot één van onbepaalde tijd alsnog geconverteerd wordt in een geldig concurrentiebeding.

4. Vraagtekens met betrekking tot de technische aanpassing

Aanpassing van de huidige leden 3 en 4 van artikel 653 BW is noodzakelijk, omdat het begrip 'schadeplichtigheid' vervalt. Toch ligt het niet voor de hand dit begrip te vervangen door: 'indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever/werknemer'. Omdat het slechts om een technische aanpassing gaat, heeft de Raad van State de vraag gesteld of en in hoeverre hier een verband moet worden gelegd met het 'muizengaatje'. De regering gaat daar niet op in. Het verdient aanbeveling aansluiting te zoeken bij het huidige artikel 7:677 BW, dat een tweetal situaties van schadeplichtigheid kent: de onmiddellijke opzegging op grond van een dringende reden en de onregelmatige opzegging (het niet in acht nemen van een opzegtermijn of van het in acht nemen van een te korte opzegtermijn). In het algemeen wordt aangenomen dat onregelmatige opzegging niet als een grond voor verval van het concurrentiebeding kan worden gezien. Er is echter geen aanleiding het begrip 'schadeplichtig' in het kader van artikel 653 BW anders te interpreteren dan als schadeplichtigheid – in het geldende systeem - aan de kant van de werkgever wanneer hij de arbeidsovereenkomst met de werknemer ten onrechte heeft opgezegd op grond van een dringende reden. Daarbij kan worden opgemerkt dat 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' niet zonder meer gelijk gesteld kan worden aan 'dringende reden', al was het maar omdat ook zonder schuld sprake kan zijn van een dringende reden en 'ernstig verwijtbaar handelen' nog niet per definitie een 'dringende reden' oplevert. Nu geen verandering van het oorspronkelijk wettelijk criterium wordt beoogd, ware ook hier het begrip 'dringende reden' te hanteren in de zin zoals dit in het nieuwe artikel 677 BW wordt voorgesteld.

5. Aanbevelingen

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.

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

MvT p. 92

Getuigschrift

D.J. Buijs⁶³

1. Voorgestelde regeling

Slechts op één punt wordt een technische aanpassing voorgesteld. Het vierde lid komt te luiden: 'Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en hij in verband daarmee een vergoeding aan de werkgever verschuldigd is, is de werkgever gerechtigd dit in het getuigschrift te vermelden.'

2. Commentaar

Hoewel slechts een technische aanpassing wordt voorgesteld, bestaat aanleiding de positie van het getuigschrift ten principale aan de orde te stellen. Het getuigschrift is in de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk niet een belangrijke rechtsfiguur, zulks in tegenstelling tot bij voorbeeld in Duitsland.⁶⁴ De sollicitatiecode van de NVP (Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (versie 2013) wijdt geen woord aan het getuigschrift. Bij werving spelen vooral het CV, referenties en beschikbare openbare bronnen een rol van betekenis. Rechtspraak met betrekking tot het getuigschrift is schaars en dan nog speelt het getuigschrift vaak slechts een zijdelingse rol.

Geen cijfers zijn bekend met betrekking tot het percentage getuigschriften dat door werknemers gevraagd wordt bij het eindigen van de arbeidsrelatie; het is een misverstand dat de wet van de werkgever vraagt altijd een positief getuigschrift af te geven. Het is ook wel verklaarbaar dat een getuigschrift in wervingsprocedures nauwelijks een rol van betekenis speelt. Een standaardgetuigschrift bevat immers slechts de aard van de verrichte arbeid, de arbeidsduur en de begin- en einddatum van het dienstverband. Vanuit het misverstand dat ook een inhoudelijk oordeel over het werk in een getuigschrift behoort voor te komen, roept een

⁶³ Mr. D.J. Buijs is oud-kantonrechter en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

⁶⁴ R.F. Kötter, De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd, Kluwer, Deventer, 2010, hoofdstuk 8, i.h.b. p.180 e.v.

standaardgetuigschrift veelal vragen op. In de praktijk vormt de inhoud van een getuigschrift onderwerp van onderhandeling tussen werkgever en werknemer in het kader van een regeling; soms staat zelfs het niet bereiken van overeenstemming daarover in de weg aan het tot stand komen van een regeling. Onder al deze omstandigheden verdient het aanbeveling artikel 7:656 BW te laten vervallen. Daarmee wordt ook een (bescheiden) bijdrage geleverd aan één van de doelstellingen van het wetsvoorstel: het minder kostbaar maken van het ontslagstelsel.

Mocht deze aanbeveling te ver gaan, dan zou in ieder geval het te wijzigen lid 4 beter kunnen vervallen. Dit artikellid heeft met name betrekking op het niet in acht nemen van de opzegtermijn.⁶⁵ Deze bepaling is obsoleet. Een goede fles wijn staat klaar voor degene die een getuigschrift laat zien, waarin de werkgever gebruik heeft gemaakt van de hem geboden wettelijke mogelijkheid. Mocht zelfs dit te ver gaan, dan ware in de formulering niet zozeer een koppeling te leggen met de vergoeding die de werknemer verschuldigd zou zijn, maar met het handelen dat daartoe aanleiding geeft; het gaat immers met name om dat handelen en niet zozeer of de gevolgen daarvan intreden. De voorgestelde tekst is ontleend aan artikel 672, lid 9 (nieuw).

3. Aanbevelingen

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”.

⁶⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, nr.234.

Artikel 665

MvT p. 92, Advies NOvA p. 7, NnavV p. 120-121

Over de aanpassing van artikel 7:665 BW en de noodzaak tot aanpassing van de artikelen 7:662, 663 en 666 BW betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming

J.P.H. Zwemmer⁶⁶

1. Voorgestelde regeling

Het komen te vervallen van het huidige artikel 7:685 BW in het wetsvoorstel maakt wijziging van artikel 7:665 BW noodzakelijk. In dit artikel is bepaald dat indien de overgang van een onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en om deze reden de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van artikel 7:685 BW, de ontbinding met het oog op de toekenning van een ontslagvergoeding aan de werknemer geldt als ontbonden wegens een reden welke voor rekening van de werkgever komt. Het aan artikel 7:665 BW ten grondslag liggende artikel 4 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (hierna: de Richtlijn) is echter ruimer geformuleerd. In artikel 4 lid 2 van de Richtlijn wordt meer algemeen gesproken over een 'verbreking' van de arbeidsovereenkomst. Daarmee wordt beoogd te waarborgen dat door de nationale rechter in deze situatie aan een verbreking van een arbeidsovereenkomst de gevolgen worden verbonden die het nationale recht verbindt aan een verbreking van de arbeidsovereenkomst door toedoen van de werkgever. Gedacht kan worden aan de uitbetaling van het loon en van andere voordelen die krachtens het nationale recht zijn verbonden aan de opzegtermijn die de werkgever moet eerbiedigen.⁶⁷ Anderzijds is het huidige artikel 7:665 BW ruimer geformuleerd dan artikel 4 lid 2 van de Richtlijn omdat wordt gesproken van "een wijziging van de omstandigheden van ten nadele van de werknemer", waar in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn wordt gesproken van "een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden".⁶⁸

2. Commentaar

Uit het oogpunt van de rechtszekerheid juich ik toe dat de regering meteen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid de tekst van artikel 7:665 BW meer in overeenstemming te brengen met de Richtlijn en de wijze waarop het Hof van Justitie deze bepaling uitlegt.⁶⁹ Wat blijft, is dat de werknemer er niet voor kan kiezen in dienst te blijven van de vervreemder van de onderneming in plaats van in dienst te treden van de verkrijger van de onderneming,

⁶⁶ Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, universitair docent arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam

⁶⁷ HvJ EG 27 november 2008, NJ 2009, 13 (Juuri).

⁶⁸ Zie hierover nader mijn commentaar bij artikel 7:665 BW in Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs.

⁶⁹ In het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten lijken de leden van de adviescommissie arbeidsrecht onbedoeld iets anders te betogen. Zie Advies NOvA 17 januari 2014, p. 7.

wanneer hij niet gebaat is bij de overgang van zijn arbeidsovereenkomst. Als gevolg van de wijze waarop de Richtlijn is geïmplementeerd in Titel 10 Boek 7 BW eindigt de arbeidsovereenkomst van de werknemer, die weigert over te gaan naar de verkrijger van de onderneming waarin hij werkzaam is, van rechtswege op het tijdstip van de overgang van de onderneming.⁷⁰ In Duitsland hebben werknemers bij overgang van onderneming op grond van § 613a lid 6 BGB een zogenoemd 'Widerspruchsrecht' op grond waarvan de werknemer ervoor kan kiezen in dienst te blijven van de vervreemder. In de afgelopen decennia is door verschillende juridische auteurs gepleit voor het in Titel 10 Boek 7 BW opnemen van een Nederlandse variant van het Widerspruchsrecht.⁷¹ Nu met het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst van de werknemer wordt beoogd te voorkomen dat de overgang van de onderneming leidt tot een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden of tot het ontslag van de werknemer, zou de werknemer er in deze situatie voor moeten kunnen kiezen in dienst blijven van de vervreemder. In mijn dissertatie heb ik uiteengezet dat dit aan de orde kan zijn bij (i) de overgang van de onderneming naar een minder solvente nieuwe exploitant (dan wel een stroman), (ii) wanneer de werknemer gedeeltelijk werkzaam is in het overgaande onderdeel van een onderneming en/of bij (iii) de overgang van een onderneming die deel uitmaakt van een groep.⁷² Omdat de Richtlijn een dergelijk Widerspruchsrecht niet voorschrijft, is dit commentaar echter niet de plaats voor het door mij doen van een aanbeveling tot opname hiervan in Titel 10 Boek 7 BW.⁷³ Ik heb dan ook geen aanbevelingen tot wijziging van het voorgestelde artikel 7:665 BW.

Aanpassing van de artikelen 7:662, 663 en 666 BW in lijn met de tekst van de Richtlijn en uitleg door het Hof van Justitie

Deze wetgevingsoperatie vormt mijns inziens een uitgelezen gelegenheid om de redactie van artikelen 7:662, 663 en 666 BW te verduidelijken en meer in overeenstemming te brengen met de wijze waarop het Hof van Justitie de aan deze artikelen ten grondslag liggende bepalingen uit de Richtlijn uitlegt.

Artikel 7:662 BW: In dit artikel wordt het in de andere artikelen van deze afdeling gebruikte begrip "onderneming" niet gedefinieerd. Hier lijkt sprake te zijn van een omissie van de wetgever. Waarschijnlijk is met onderneming hetzelfde bedoeld als met het in artikel 7:662 lid 2

⁷⁰ Zie HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240 m.nt. Stein (Boode/Hoheisel) en HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566 m.nt. Stein en JAR 2000/152 (Veenendaal/Van Vuuren B.V.).

⁷¹ Zie voor een overzicht R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 82-85. Beltzer zelf acht het meer in lijn met bepalingen in internationale verdragen en artikel 19 lid 3 van de Grondwet waarin het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer is neergelegd, dat de werknemer die niet mee over wil gaan omdat de overgang zou leiden tot een wijziging van omstandigheden in zijn nadeel, na de overgang in dienst blijft van de vervreemder. De vervreemder moet dan in overleg met de werknemer tot een oplossing komen.

⁷² J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 337/338. De drie situaties worden hierin toegelicht op p. 169, 189 en 209/210.

⁷³ Een Nederlandse variant van het Widerspruchsrecht zou kunnen worden opgenomen in een nieuw tweede lid van artikel 7:663 BW dat dan als volgt zou kunnen luiden: 'De werknemer van wie de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen op grond van het eerste lid van dit artikel van rechtswege overgaan op de verkrijger, kan er tot een maand na de overgang voor kiezen in dienst te blijven van de werkgever.'

onder b BW omschreven begrip "economische eenheid". Juister is dan om met de in artikel 7:662 BW lid 2 onder b BW gegeven omschrijving het begrip onderneming te definiëren in plaats van het begrip economische eenheid. Omdat zowel een onderneming, als een vestiging, als een onderdeel van een onderneming of vestiging op basis van de door mij voorgestelde wijziging van het tweede lid kan worden gekwalificeerd als een onderneming, kan het derde lid van artikel 7:662 BW dan komen te vervallen.

Artikel 7:663 BW: In dit artikel is nu bepaald dat "door de overgang van een onderneming (...) de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over(gaan) op de verkrijger." In het Albron-arrest⁷⁴ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat in geval van de overgang van de onderneming van de 'niet-contractuele werkgever' waarin werknemers met een arbeidsovereenkomst met een andere 'contractuele werkgever' permanent werkzaam zijn, de uit de 'arbeidsbetrekking' van deze werknemers met de 'niet-contractuele werkgever' voortvloeiende rechten en verplichtingen overgaan op de verkrijger van die onderneming. In zijn arrest van 5 april 2013⁷⁵ heeft de Hoge Raad het arrest van het Hof van Justitie zo uitgelegd dat de arbeidsovereenkomsten van de in de onderneming van de vervreemder werkzame, maar niet in dienst zijnde werknemers (ook) van rechtswege overgaan naar de verkrijger bij de overgang van die onderneming. Nu op grond van de tekst van artikel 7:663 BW uitsluitend de werknemer met een arbeidsovereenkomst met de vervreemder van de onderneming over kan gaan bij de overgang van de onderneming, dient deze in overeenstemming te worden gebracht met deze arresten van het Hof van Justitie en de Hoge Raad.⁷⁶ Daartoe zou mijns inziens in de eerste zin van artikel 7:663 BW niet moeten worden gesproken van "de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer", maar van "de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever van de permanent in die onderneming werkzame werknemer voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst".

De tweede zin van artikel 7:663 BW inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid van de voormalige werkgever gedurende een jaar de overgang dient naar mijn mening ongewijzigd te blijven. Het aan deze tweede zin ten grondslag liggende artikel 3 lid 1 van de Richtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten 'kunnen' bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Omdat deze hoofdelijke aansprakelijkheid optioneel is op grond van de Richtlijn kan naar mijn mening de richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW beperkt blijven

⁷⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, JAR 2010/298.

⁷⁵ HR 5 april 2013, JAR 2013/125.

⁷⁶ Zie ook R.M. Beltzer en I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ArA 2011/1, R.F.N. Henneman, Overgang van onderneming in concernverband: wordt vervolgd, V&O 2011/1, P.R.W. Schaink, Het Albron-arrest in faillissementsrechtelijk perspectief, TVI 2011/3, p. 83 en J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 207/208.

tot de uitleg van het begrip werkgever in de eerste zin van dat artikel.⁷⁷ De hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende een jaar na het tijdstip van de overgang blijft dan uitsluitend gelden voor de voormalige (contractuele) werkgever ex artikel 7:610 BW van de werknemer en gaat niet gelden voor de niet-contractuele werkgever. Een dergelijke uitleg is ook in lijn met de wetssystematiek van titel 10 Boek 7 BW nu deze contractuele werkgever voorafgaand aan de overgang van de arbeidsovereenkomst als werkgever van de werknemer ex artikel 7:610 lid 1 BW reeds aansprakelijk was voor deze verplichtingen, terwijl tussen de werknemer en de voormalige niet-contractuele werkgever slechts een feitelijke relatie bestond.

Artikel 7:666 BW: In artikel 7:666 BW zijn de artikelen 7:662-665 BW uitgesloten van toepassing bij faillissement. Dit artikel vindt zijn grondslag in artikel 5 van de Richtlijn. Artikel 7:665a BW is in artikel 7:666 BW niet uitgesloten van toepassing bij faillissement omdat in artikel 5 van de Richtlijn het aan artikel 7:665a BW ten grondslag liggende artikel 7 van de Richtlijn ook niet is uitgesloten van toepassing bij faillissement. Toch is artikel 5 van de Richtlijn niet juist geïmplementeerd in artikel 7:666 BW. Doordat namelijk in artikel 7:666 BW, anders dan in artikel 5 van de Richtlijn, ook artikel 7:662 BW is uitgesloten van toepassing bij faillissement kan in deze situatie evenmin sprake zijn van een informatieplicht bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:665a BW. In lijn met de Richtlijn dient daarom in artikel 7:666 BW artikel 7:662 BW niet te worden uitgesloten.

Een meer inhoudelijk punt vormt de algehele uitsluiting van de toepassing van de artikelen 7:662-665 BW op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Het aan dit artikel ten grondslag liggende artikel 5 van de Richtlijn spreekt over de situatie waarin "de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder" Deze uitzondering werd opgenomen in de Richtlijn naar aanleiding van het Abels-arrest van het Hof van Justitie.⁷⁸ Het Hof van Justitie oordeelde in dit arrest dat de Richtlijn níet van toepassing is in de situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard en de betrokken onderneming in de boedel valt, en dat Richtlijn wél van toepassing is in geval van een procedure van het type surseance van betaling. Het Hof van Justitie motiveerde dit onderscheid door te overwegen dat een surseance van betaling primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming, terwijl een faillissement is gericht op een vereffening van het vermogen van de vervreemder. In Nederland echter is een voortzetting van de onderneming na een surseance van betaling eerder uitzondering dan regel en vindt een doorstart van de onderneming in het overgrote deel van de gevallen plaats na faillissement. Het is de vraag of ook in het geval van doorstart na faillissement het niet van toepassing zijn van de artikelen 7:662-665 BW verenigbaar is met de gedachte achter het door het Hof van Justitie in het Abels-arrest gemaakte onderscheid tussen faillissement en surseance van betaling. De introductie van de pre-pack maakt deze vraag nog prangender.⁷⁹ Artikel 7:666 BW zou in lijn met artikel 5 van

⁷⁷ Vgl. R.M. Beltzer en J.P.H. Zwemmer, Albron/Roest – All's well that ends well, Onderneming & Financiering 2013/2, p. 15/16.

⁷⁸ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

⁷⁹ Zie hierover nader: J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, ArbeidsRecht 2013/38. In het aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggende Sociaal Akkoord wordt deze

de Richtlijn en het Abels-arrest aldus kunnen worden aangepast dat hierin de artikelen 7:662-665 BW slechts dan worden uitgesloten bij faillissement indien het faillissement is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever.

3. Aanbevelingen

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.

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, (...)

problematiek ook gesignaleerd en afgesproken dat zal worden "bezien (...) of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast." Zie Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 24.

Artikel 667

Vindplaatsen (artikel I, onderdeel L); Memorie van Toelichting (nr. 3): p. 14-15, p. 93; Advies RvS, nader rapport (nr. 4): p. 39, p. 56-57, p. 63; Verslag (nr. 5): p. 48; Nota naar aanleiding van het verslag: p. 36-37, p. 48.

Einde (van rechtswege) bij pensioen en aanpassing Ragetlieregel

C.J. Herman de Groot⁸⁰

1. Voorgestelde regeling

In lid 1 vervalt de verwijzing naar “het gebruik”, dat in het huidige artikel 7:667 BW ertoe kan leiden dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt.

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, na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die voortgezette arbeidsovereenkomst opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.

2. Commentaar

Pensioenleeftijd (AOW, geldende pensioenleeftijd of op grond van daartoe strekkend beding) (lid 1 en lid 4)

De verwijzing naar “het gebruik” in lid 1 vervalt omdat die woorden in de praktijk uitsluitend betekenis hebben voor het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd van de werknemer. Met dit wetsvoorstel wordt voorzien in een specifieke regeling voor die situatie (669 lid 3).

Omdat een opzegging op de voet van 669 lid 3 een opzegging betreft in de zin van 671 lid 1, onderdeel f, is de in lid 4 opgenomen Ragetlie-regel niet van toepassing wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd⁸¹. In lid 4 is daaraan toegevoegd dat de Ragetlie-regel ook niet van toepassing is wanneer het zogeheten pensioenontslagbeding (“een daartoe strekkend beding”) wordt ingeroepen⁸².

Niet duidelijk is wat hieronder wordt verstaan. Betreft het hier het beding dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd

⁸⁰ Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

⁸¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 92.

⁸² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 93.

of kan het ook gaan over een andere, afwijkende pensioen leeftijd? In hun bijdrage over de opzegging wijzen P. Hufman en J.H. Bennaars op de verwarring die kan ontstaan over de begrippen “voor hem geldende pensioenleeftijd en pensioenontslagbeding” en stellen zij voor in 669 lid 3 de woorden “of, indien voor hem een afwijkende pensioenleeftijd geldt, de leeftijd heeft bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat,” te schrappen. Ik sluit mij hierbij aan en stel voor dat het “daartoe strekkende beding” alleen van toepassing is indien dat aansluit bij de AOW-gerechtigde leeftijd.

Ragetlie-regel (lid 4)

Het voorgestelde lid 4 betreft enerzijds de aanpassing van de tussenpoos aan de gewijzigde ketenregeling in 668a en anderzijds een aanpassing aan het (nieuwe) begrip van de opzegging in verband met de Ragetlie-regel. De Ragetlie-regel houdt in dat opzegging vereist is wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen een termijn van, in het voorstel, maximaal 6 maanden volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij dezelfde werkgever en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet door rechtsgeldige opzegging of rechterlijke ontbinding is geëindigd.

Redactioneel

In het voorgestelde lid 4 staat: “Indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd [...] na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd [...]”

Deze formulering is - overigens net zoals de huidige tekst van artikel 7:667 lid 4 - niet geheel zuiver.

Indien tussen het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd enige tijd is verstreken is immers geen sprake van een voortzetting. Dat de arbeidsovereenkomst in bepaalde gevallen wordt geacht te zijn voortgezet volgt uit 668a. Bovendien lijkt, wanneer men de tekst letterlijk neemt, voor toepassing van de Ragetlie- (en keten-)regeling alleen plaats indien sprake is van een tussenpoos. De situatie waarin wél aansluitend wordt voortgezet, wordt dan niet door dit artikellid bestreken. Dit kan worden opgelost door aan te sluiten bij de terminologie van 668a lid 1 en “voortgezet” te wijzigen in “opgevolgd” en door “na een tussenpoos.” te wijzigen in “aansluitend of na een tussenpoos”.

Rechtsgeldige opzegging

Met de verwijzing naar alleen de verschillende onderdelen van het eerste lid van 671, en derhalve niet naar de aanhef van dit artikel, wordt tot uitdrukking gebracht dat een opzegging door de werkgever met instemming van de werknemer wèl onder de Ragetlie-regel valt, evenals een einde van de arbeidsovereenkomst door een beëindigingsovereenkomst (670b)⁸³. Naar mag worden aangenomen valt ook de opzegging door de werknemer onder de Ragetlie-regel. Dit volgt ook uit het recente arrest van de Hoge Raad van 20 december 2013⁸⁴, waarin werd overwogen dat het niet strookt met de ratio van artikel 7:667 lid 4 BW - het realiseren van

⁸³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 93.

⁸⁴ JAR 2014/34.

ontslagbescherming - om een opzegging door de werknemer aan te merken als rechtsgeldige opzegging in het kader van de Ragetlie-regel, omdat in die situatie geen toetsing van het ontslag plaatsvindt.

De opzegging door de curator in geval van faillissement is niet opgenomen in de onderdelen a tot en met f van 671. Volgens het huidige recht is opzegging door de curator ook een rechtsgeldige opzegging in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW, want daarvoor geldt het toestemmingsvereiste van UWV niet⁸⁵. Wanneer niet bedoeld is de regeling op dit punt te wijzigen, is het zinvol dat te vermelden.

Opvolgende werkgevers en doorstart

Van een voortgezette arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. Deze regeling wordt in het voorstel niet gewijzigd (lid 5). In geval van een doorstart zal de doorstarter - door de beperking van de termijn in 668a van drie jaar naar twee jaar - sneller dan thans het geval is, overgenomen werknemers voor onbepaalde tijd in dienst hebben. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd telt in die situatie immers mee als schakel in de keten, mits de doorstarter te beschouwen is als opvolgend werkgever (667 lid 5, en 668a lid 2). In de nota van wijziging is voorgesteld om 668a lid 2 te wijzigen⁸⁶, in die zin dat voor de vaststelling van het opvolgend werkgeverschap niet meer vereist is dat de opvolgende werkgever inzicht heeft in de hoedanigheid en de geschiktheid van de werknemer, maar, kort gezegd, sprake is van elkaar opvolgende werkgevers als de aanleiding van het overgaan bij de opvolgende werkgever ligt en de werknemer bij de opvolgende arbeid vergelijkbare werkzaamheden gaat verrichten. Ik verwijs voor de nadere toelichting naar mijn bijdrage over 668a. In dit verband is van belang of de nieuwe invulling van het opvolgend werkgeverschap ook van toepassing is in de situatie van 667 lid 4 en daarmee bij iedere doorstart waarbij de werknemer vergelijkbare werkzaamheden gaat verrichten, sprake is van opvolgende werkgevers, of dat in die situatie de “bij de opvolgende werkgever liggende aanleiding” ontbreekt. Dit verdient verduidelijking.

Eerste voortzetting maakt opzegging of ontbinding nodig

Door het schrappen van de woorden “eenmaal of meermalen”, is duidelijker dat reeds bij een eerste voortzetting voor bepaalde tijd opzegging of ontbinding - afhankelijk van de ontslaggrond, bedoeld in artikel 7:669 BW – nodig is. Het artikel spreekt, in verband met de gekozen wetsystematiek, alleen van opzegging, omdat met instemming van de werknemer elke arbeidsovereenkomst opzegbaar is (zie 671), aldus de Toelichting⁸⁷. Deze laatste toevoeging is enigszins cryptisch, maar ik leid daaruit af dat die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet alleen met UWV toestemming of door ontbinding tot een einde kan komen, maar ook kan worden opgezegd door de werknemer of met instemming van de werknemer kan worden opgezegd door de werkgever. Door te bepalen dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

⁸⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 30.

⁸⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota van wijzigingen, p. 12.

⁸⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 123.

niet van rechtswege eindigt heeft de werknemer immers dezelfde ontslagbescherming als die welke hij bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gemist.

Loonaanspraken over tussenpozen

In de MVT wordt opgemerkt dat het duidelijker tot uitdrukking brengen dat reeds een eerste voortzetting voor bepaalde tijd van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegging of ontbinding nodig maakt, tevens meebrengt dat, ook als partijen - zich niet bewust van deze Ragetlie-regel - meermalen voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd denken te zijn aangegaan, een uiteindelijke loonvordering ook betrekking heeft op de tussenpozen. Achteraf gezien zal immers de eerste voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nooit (tijdig) opgezegd of ontbonden zijn.

Dit lijkt mij wat kort door de bocht. In dit voorbeeld zijn immers beide partijen zich er niet van bewust dat de arbeidsovereenkomst doorliep, in welk geval een geslaagd beroep van de werkgever op de regel “geen werk, geen loon” van artikel 7:627 BW niet bij voorbaat kansloos is. Weliswaar kan de werkgever worden tegengeworpen dat hij ten onrechte een einddatum heeft vastgelegd in de arbeidsovereenkomst (artikel 7:628 BW)⁸⁸, maar zolang niet duidelijk is wat de overeengekomen arbeid is en of de werknemer bereid/beschikbaar is om deze werkzaamheden te verrichten, komt de risicoverdeling van artikel 7:628 BW niet in beeld. Of dit ook zo is in de nieuw voorgestelde regeling van 628, waarin het niet kunnen verrichten van de “overeengekomen” arbeid door een oorzaak die niet aan de werknemer is toe te rekenen, altijd voor risico komt van de werkgever, is de vraag. Ik meen van wel. Het verdient aanbeveling in de toelichting te verduidelijken of en zo ja, op welke grond, de werknemer gedurende de tussenpoos in de hier geschetste situatie recht heeft op loon.

Inwerkingtreding en overgangsrecht

Uit de MVT blijkt dat de verschillende onderwerpen die in dit wetsvoorstel worden geregeld, verschillende beoogde data van inwerkingtreding kennen (artikel XXXIX). De beoogde datum van inwerkingtreding voor de maatregelen die dienen ter nadere bescherming van mensen met een flexibele arbeidsovereenkomst is 1 juli 2014⁸⁹. Het gaat hierbij om de gewijzigde artikelen 7:628, vijfde tot en met achtste lid, en tiende lid, 652, 653, eerste tot en met derde lid, 668, 668a, en 691 BW⁹⁰. 667 wordt niet genoemd. 667 lid 4 betreft enerzijds de aanpassing aan de gewijzigde ketenregeling (waar het betreft de tussenpoos) en anderzijds een aanpassing aan het (nieuwe) begrip van de “rechtsgeldige opzegging” in verband met de Ragetlie-regel. De hervorming van het ontslagrecht wordt van kracht per 1 juli 2015⁹¹. Houweling merkt op dat de verwevenheid met 671 lid onderdelen a tot en met f het niet mogelijk maakt 667 eerder in te voeren dan 671 (1 juli 2015)⁹². Dat lijkt mij juist. Wel zou kunnen worden overwogen om de wijziging wat betreft de ketenbepaling (aanpassing van de tussenpoos in dit geval) tegelijk met de wijzigingen van 668a te laten ingaan.

⁸⁸ zie Hof Leeuwarden 11 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7306.

⁸⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 150.

⁹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 21.

⁹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 6.

⁹² A.R. Houweling, TAP 2014, p. 25.

3. 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:

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

Vindplaatsen (artikel I, onderdeel M); Memorie van Toelichting (nr. 3): p. 20-22, p. 94-95, p. 122, p. 128; Advies RvS, nader rapport (nr. 4): p. 16, p. 20-21, p. 25; Verslag (nr. 5): p. 17, p. 33; Nota naar aanleiding van het verslag: p. 33-35, p. 68-69, p.131; Nota van wijzigingen: p.2.

De aanzegtermijn

C.J. Herman de Groot⁹³

1. Voorgestelde regeling

In artikel 668 BW wordt een aanzegtermijn geïntroduceerd. De werkgever moet de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uiterlijk één maand voor afloop van de arbeidsovereenkomst schriftelijk informeren (a) over zijn voornemen om de arbeidsovereenkomst al dan niet voort te zetten, alsmede (b) over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst eventueel kan worden voortgezet.

Deze verplichting geldt niet:

- voor contracten van minder dan zes maanden (of, zo blijkt uit de MvT een tweede of derde overeenkomst voor een dergelijke korte duur) (lid 2 sub b),
- voor een arbeidsovereenkomst die eindigt op een tijdstip dat niet op een kalenderdatum is gesteld (bijvoorbeeld in geval van een project of bij vervanging van een zieke werknemer),
- in geval van een uitzendovereenkomst waarin een uitzendbeding is opgenomen. (Dit blijkt uit 691 lid 1.)

Bij (gehele⁹⁴) niet nakoming is de werkgever een vergoeding ter hoogte van één maand loon verschuldigd, bij niet-tijdige nakoming is dit een vergoeding naar rato. Deze vergoeding is niet verschuldigd bij faillissement, surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (lid 3), dit om te voorkomen dat de vergoeding op grond van Hoofdstuk IV van de WW door het UWV moet worden overgenomen.

In lid 4 sub a wordt geregeld dat indien de werkgever niet heeft aangegeven of hij de arbeidsovereenkomst al dan niet wil voortzetten of indien hij wel heeft aangegeven te willen voortzetten maar niet onder welke voorwaarden, en er wordt doorgewerkt na de einddatum van de arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn voortgezet voor dezelfde tijd, maar ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden. In het vierde lid, onderdeel b, is de bepaling uit het huidige eerste lid van artikel 7:668 BW opgenomen, namelijk dat indien de in het tweede lid bedoelde arbeidsovereenkomst - dus die waarvoor de aanzegplicht niet geldt - door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, deze

⁹³ Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

⁹⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota van wijziging, p. 5 en 12.*

geacht wordt voor dezelfde tijd, maar ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden te zijn voortgezet.

Lid 5 bepaalt welke regeling geldt als tijdige opzegging van de in lid 2 bedoelde arbeidsovereenkomst achterwege blijft; die regeling is identiek aan het huidige artikel 7:668a lid 2 BW.

Inwerkingtreding en overgangsrecht

De bepaling heeft met ingang van het beoogde tijdstip van inwerkingtreding van de wet op 1 juli 2014 onmiddellijke werking. Een werkgever kon bij een arbeidsovereenkomst die in juli 2014 eindigt echter nog niet weten dat een aanzegtermijn van toepassing zou worden, omdat het nieuwe recht nog niet in werking was getreden. Het zou onredelijk zijn de werkgever in die gevallen te houden aan de aanzegtermijn. Daarom wordt in artikel XXIII lid 3 geregeld dat het nieuwe artikel nog niet geldt voor arbeidsovereenkomsten die binnen een maand na inwerkingtreding eindigen.

2. Commentaar

Algemene opmerkingen

Over deze verplichting is al de vraag gesteld of werkgevers ook eerder dan een maand voor afloop van de arbeidsovereenkomst, wellicht al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, al dan niet met een standaard mail aan de werknemer kunnen mededelen dat het contract niet wordt verlengd. Als dat kan, is het de vraag of de flexwerker in de praktijk veel baat heeft bij zo'n aanzegtermijn⁹⁵. Daarop is geantwoord dat ook in dat geval de maatregel het beoogde effect heeft, namelijk dat er tijdig duidelijkheid is voor de werknemer en het overigens nog te bezien valt of werkgevers hiertoe standaard zullen overgaan omdat zij daarmee ook werknemers verliezen over wie tevredenheid bestaat en een nieuwe werknemer zal moeten worden aangetrokken (met de kosten van dien) als de desbetreffende werkzaamheden niet ook komen te vervallen⁹⁶.

Ook is de vraag gesteld waarom niet sprake is van een corresponderende verplichting voor de werknemer om tijdig te melden wanneer hij het contract niet wil verlengen. Ook voor werkgevers kan het belangrijk zijn om dit zo spoedig mogelijk te vernemen. Het kabinet ziet geen aanleiding voor het opnemen van een dergelijke verplichting van de werknemer. Als de werkgever meer zekerheid wil dan ligt het in de rede dat hij de werknemer tijdig een vervolgcontract aanbiedt⁹⁷.

Verder is opvallend is dat de boete op niet aanzeggen, vergeleken met de transitievergoeding, hoog is. Een werknemer met bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst voor 6 maanden ontvangt bij "niet aanzegging" een maand loon. Voor een transitievergoeding van een maand moet een andere werknemer drie jaar werken.

De vraag of de aanzegvergoeding ook is verschuldigd wanneer de werkgever niet aangeeft dat en onder welke voorwaarden hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten en de

⁹⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 21.*

⁹⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 25.*

⁹⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 25.*

arbeidsovereenkomst wordt voortgezet, is inmiddels beantwoord. Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt de aanzegvergoeding ook in dat geval te zijn verschuldigd. Daarbij wordt opgemerkt dat het de werknemer vanzelfsprekend vrij staat om al dan niet een beroep te doen op het niet (tijdig) nakomen van de aanzegplicht. Op het moment dat de werkgever weliswaar niet tijdig heeft aangezegd, maar naar ieders tevredenheid de arbeidsovereenkomst wel is voortgezet, ligt het wellicht niet voor de hand voor de werknemer om de aanzegvergoeding op te eisen. Met andere woorden, het al dan niet 'handhaven' ligt in handen van de werknemer zelf, aldus de nota naar aanleiding van het verslag⁹⁸.

Vervaltermijn vordering aanzegvergoeding

In de nota van wijziging is artikel 668 lid 3 toegevoegd aan 686a lid 4, onder a, subonderdeel 1^o⁹⁹. Hierdoor vervalt twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd de bevoegdheid om een verzoek tot betaling van de vergoeding van 668 lid 3 bij de kantonrechter in te dienen. In de toelichting is opgemerkt dat als een werknemer in dienst is gebleven de mogelijkheid om een vordering in te stellen vanwege het niet in acht nemen van de aanzegtermijn na twee maanden vervalt. Dit is wenselijk om te voorkomen dat aanzegvergoedingen cumuleren bij een (beginnende) keten van tijdelijke dienstverbanden. Het doel van de verplichting is om als er geen dienstverband volgt de werknemer meer tijd te gunnen om te solliciteren¹⁰⁰.

Hier rijst de vraag of met het toevoegen van 668 aan 686a cumulatie wordt voorkomen: 686a laat de vervaltermijn immers pas aanvangen na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd en in laatst beschreven situatie - er is voortgezet - is daarvan nog geen sprake. Zoals het voorgestelde artikel nu luidt, kan bij drie achtereenvolgende contracten waarbij de werkgever telkens zijn aanzegverplichting niet is nagekomen, de werknemer nog tot twee maanden na het einde van de derde overeenkomst aanspraak maken op drie aanzegvergoedingen. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn.

Gevolgen voor uitkering?

Niet is duidelijk of de aanzegvergoeding gevolgen heeft voor een (WW of ZW-)uitkering. Voor de WW zal dit afhangen van het antwoord op de vraag of de vergoeding moet worden aangemerkt als inkomen uit arbeid of als een vergoeding (voor het ten onrechte in onzekerheid laten van de werknemer over zijn perspectief). P.S. Fluit stelt in zijn bijdrage over de WW voor deze vergoeding niet te verrekenen met de uitkering. Ik sluit me daarbij aan.

Aanzegverplichting ook voor opvolgende contracten

Dat de aanzegtermijn ook geldt voor opvolgende contracten van zes maanden of langer blijkt uit de Toelichting¹⁰¹. Uit de tekst van de wetsbepaling blijkt dat niet expliciet. Het verdient aanbeveling dat ook in de wettekst tot uitdrukking te brengen.

⁹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota nav verslag, p. 34.

⁹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota van wijziging, p. 5.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota nav verslag, p. 35.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 20.

3. Aanbevelingen

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.

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

Vindplaatsen (artikel I, onderdeel N); Memorie van Toelichting (nr. 3): p.12-15, p. 22, p. 75, p. 95-97, p.127-129; Advies RvS, nader rapport (nr. 4): p.2, p. 6, p. 16-23, p. 39-40, p. 56-57, p. 63; Verslag (nr. 5): p. 8-13, p. 45-46, p. 48; Nota naar aanleiding van het verslag: p. 11-25, p. 35-38, p. 68, p. 73-74, p. 116, p. 131; Nota van wijzigingen: p.8, p. 12-14, p. 19.

De ketenregeling

C.J. Herman de Groot¹⁰²

¹⁰² Jacqueline Herman de Groot is professional support lawyer bij Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag.

1. Voorgestelde regeling

Het voorstel wijzigt de ketenbepaling. De duur van de tijdelijke contracten mag niet langer zijn dan twee jaar (nu drie jaar). De tussenpoos waarbinnen contracten als opeenvolgend worden gezien wordt verlengd van (nu) drie naar zes maanden. Ook is een wijziging voorgesteld van lid 2 (opvolgende werkgevers, zie hierna).

De mogelijkheden om af te wijken van de ketenregeling worden als volgt beperkt:

- afwijking bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan (hierna Regeling) is mogelijk ten aanzien van het aantal tijdelijke contracten en de periode van 24 maanden voor:
 - a. uitzendovereenkomsten (na de periode genoemd in artikel 7:691 BW) en
 - b. bepaalde functies of functiegroepen, indien de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze afwijking vereist.

De ketenbepaling kan worden verlengd tot zes tijdelijke overeenkomsten in vier jaar (lid 5).

- van de tussenpoos van 6 maanden kan niet worden afgeweken.
- afwijking bij cao of Regeling is mogelijk ten aanzien van de toepasselijkheid van de ketenregeling op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn (lid 6).
- afwijking van de termijn van 24 maanden is mogelijk bij schriftelijke overeenkomst ten aanzien van bestuurders van een rechtspersoon (lid 7)¹⁰³.
- buiten toepassing verklaring van 668a bij cao of Regeling voor bepaalde functies in een bedrijfstak is mogelijk indien de minister bij ministeriële regeling deze functies heeft aangewezen, omdat het voor die functies in die bedrijfstak bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet zijnde uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690. Bij die regeling kunnen nadere voorwaarden worden gesteld aan het buiten toepassing verklaren (lid 8).
- afwijking bij cao of Regeling van de periode van 24 maanden, is mogelijk voor daarin aangewezen arbeidsovereenkomsten die overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer, voor zover dat noodzakelijk is voor het afronden van de opleiding (lid 9).

De ketenregeling van 668a is niet van toepassing op:

- arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg als bedoeld in artikel 7.2.2. van de Wet educatie en beroepsonderwijs (lid 10).
- de werknemer jonger dan 18 jaar indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen (lid 11).

¹⁰³ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota van wijziging, p. 2.* In het oorspronkelijk wetsvoorstel was afwijking slechts mogelijk bij cao.

Inwerkingtreding en overgangsrecht

De beoogde inwerkingtredingsdatum van dit artikel is 1 juli 2014. Het overgangsrecht is geregeld in artikel XXIII.

Voor het overgangsrecht van de flexbepalingen gelden de volgende uitgangspunten¹⁰⁴:

1. het oude recht blijft van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan vóór de dag van inwerkingtreding van het wetsvoorstel (voor de flexmaatregelen is dat 1 juli 2014);
2. op arbeidsovereenkomsten aangegaan op of na 1 juli 2014 wordt het nieuwe recht van toepassing;
3. als gebruik is gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid bij cao, dan blijft die afwijkingsmogelijkheid gelden tot de expiratedatum van die cao, maar maximaal tot anderhalf jaar na inwerkingtreding van het wetsvoorstel (dus tot uiterlijk 1 januari 2016).

Dit leidt ertoe dat de nieuwe ketenbepaling pas van toepassing wordt op een keten als er op of na 1 juli 2014 een (opvolgende) arbeidsovereenkomst wordt gesloten uiterlijk zes maanden na de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst. De keten is dus pas doorbroken als de tussenpoos die ligt tussen de op of na 1 juli 2014 aangegane arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst die daaraan voorafging, langer is dan zes maanden. Voor de tussenpozen gelegen voor arbeidsovereenkomsten die zijn geëindigd voor 1 juli 2014 blijft gelden dat de keten doorbroken is (en blijft) bij een tussenpoos van langer dan drie maanden.

In de nota van wijziging wordt voorgesteld te regelen dat ook cao's waarin niet wordt afgeweken van de ketenbepaling, maar waarin de tekst van het huidige artikel 7:668a BW alleen is overgenomen, ook onder dit overgangsrecht vallen¹⁰⁵. De ratio achter deze overgangstermijn is om de cao-partijen de tijd te gunnen de lopende cao's aan te passen aan het nieuwe recht.

2. Opmerkingen

Opvolgende werkgevers

In de nota van wijziging is voorgesteld het tweede lid te wijzigen als volgt:

“Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.”

De aanleiding hiervoor is een vraag aan de regering hoe het risico wordt beoordeeld dat van de ketenbepaling zal worden afgeweken door bijvoorbeeld het aanbieden van contracten via verschillende BV's met personeel of als een uitzendbureau twee BV's opricht. Aanvankelijk was gesteld dat voor de vraag wanneer sprake is van opvolgende werkgevers het arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2012¹⁰⁶ van toepassing, blijft¹⁰⁷ op grond waarvan van opvolgende werkgevers sprake is als:

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota nav verslag, p. 35.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nota van wijziging, p. 8.

¹⁰⁶ JAR 2012/150 (van Tuinen/Wolters; maatstaf beoordeling proeftijdbeding).

- (1) de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst; en
- (2) tussen de nieuwe en de oude werkgever zodanige banden bestaan dat het door die laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Bij nader inzien is de regering tot de conclusie gekomen dat deze invulling aan het opvolgend werkgeverschap voor de toepassing van de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de bepaling met betrekking tot de transitievergoeding) te beperkt is. Ook zonder inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap, als bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever, anders dan bij overgang van onderneming (waarbij de arbeidsovereenkomst immers in stand blijft). Als voorbeeld wordt genoemd de situatie dat een concessie wordt verleend aan een andere werkgever, en de werknemer 'meeverhuist' naar de nieuwe werkgever. Er hoeven niet zodanige banden te bestaan tussen de opvolgende werkgevers, dat deze kennis over de werknemer beschikbaar is. Wel moet er een aanleiding zijn bij de werkgevers waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij de uitzendkracht die bij de inlener in dienst treedt of als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever, of als een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan de nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever. Dit is in het nieuw voorgestelde artikellid vervat doordat bepaald wordt dat de werkgevers redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid en dat de werknemer bij de opvolgende werkgever vergelijkbare arbeid dient te gaan verrichten. Van opvolgend werkgeverschap is geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten. De aanleiding voor het overgaan naar een nieuwe werkgever is dan immers niet gelegen bij een van de werkgevers, aldus de toelichting in de nota naar aanleiding van het verslag¹⁰⁸. Het is raadzaam om in ieder geval te verduidelijken of deze nieuwe uitleg van opvolgende werkgevers ook geldt voor de in 667 lid 5 geregelde situatie, waar de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met name in een doorstart na faillissement¹⁰⁹. De kantonrechter Amsterdam oordeelde bijvoorbeeld dat van opvolgend werkgeverschap na faillissement geen sprake was, nu onvoldoende aannemelijk was geworden dat de werkgevers zodanige banden hadden dat de kennis en het inzicht van de failliet over de geschiktheid van de werknemer voor de functie, kon worden toegerekend aan de doorstarter¹¹⁰.

Kennelijk is geen wijziging beoogd van de huidige rechtspraak waarin is bepaald dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de situatie van opvolgende werkgevers meetelt als schakel in de keten¹¹¹. Het verdient aanbeveling dit in de toelichting te verduidelijken.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 95 en nota nav verslag, p.23.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nota van wijziging, p. 13-14.

¹⁰⁹ Zie mijn bijdrage over 667.

¹¹⁰ Kantonrechter Amsterdam (voorzieningenrechter) 13 mei 2013, JAR 2013/147.

¹¹¹ Hof Den Haag 3 maart 2009, JAR 2009/108.

Afwijkingsmogelijkheden

Algemeen

Met de beperkingen in de mogelijkheden om af te wijken bij cao, zal de Nederlandse wet, die thans nog ongelimiteerd afwijkingen toelaat, beter in lijn zijn met Richtlijn 1999/70. Volgens deze richtlijn dienen temporele, numerieke of inhoudelijke beperkingen te worden gesteld aan het voortzetten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd¹¹². Recentelijk oordeelde de kantonrechter Utrecht dat onbeperkte uitsluiting van de ketenregeling niet richtlijnconform is en het door de KNVB tegenover een (assistent-)scheidsrechter gedaan beroep op het bij cao toegestane onbeperkte gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en daarmee in strijd met het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW, is¹¹³.

Functies en intrinsieke aard (lid 5 sub b)

Met de term 'intrinsiek' wordt tot uitdrukking gebracht dat het niet gaat om normale schommelingen in de bedrijfsvoering als gevolg van economische omstandigheden, maar om een noodzaak die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering in de sector. Het gaat hierbij om functies of functiegroepen waarvan uit de feiten en omstandigheden blijkt dat deze naar hun aard het gebruik van tijdelijke contracten rechtvaardigen. Deze uitzondering op de ketenbepaling is derhalve niet bedoeld om de gebruikelijke onzekerheid over de omvang van de omzet via veelvuldig gebruik van tijdelijke contracten op te vangen en daarmee deze onzekerheid langdurig op werknemers af te wentelen. Die onzekerheid wordt immers niet bepaald door de aard van de functie maar door andere externe factoren. Of specifieke functies voor de uitzondering in aanmerking komen, zal moeten worden beoordeeld op grond van alle omstandigheden van het geval en op basis van de argumentatie die in deze gevallen door cao-partijen zal worden aangevoerd. Zo zal in de horeca de vaste kok niet onder de uitzonderingsmogelijkheid vallen en een bediende die alleen tijdens drukke periodes werkt wel. Ook kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de sectoren media (acteurs) en cultuur en aan de academische sector (post-docs). Ook invalkrachten in het primair onderwijs kunnen naar de mening van de regering onder de geclausuleerde afwijkingsmogelijkheid van de ketenbepaling vallen, aangezien uit de aard van die functie volgt dat het om tijdelijk werk gaat. De uiteindelijke beoordeling is echter aan cao-partijen die verantwoordelijk zijn voor de invulling van de afwijking bij cao. Een werknemer die van mening is dat de cao waar hij onder valt in strijd is met de wet, kan dit ter toetsing aan de rechter voorleggen, aldus de regering¹¹⁴. Als op een sector geen cao van toepassing is, is afwijking van de ketenbepaling niet mogelijk. Dit is niet anders onder het huidige recht, afwijking van de ketenbepaling is thans ook alleen mogelijk indien dit bij cao is bepaald, aldus de toelichting¹¹⁵.

¹¹² D.J.B. de Wolff, TRA 2014 nr. 3, p. 29.

¹¹³ Rechtbank Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nota nav verslag, p. 21.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 50 en nota nav verslag, p. 20-21.

Werknemers jonger dan 18 jaar die gemiddeld ten hoogste 12 uur per week werken

668a is niet van toepassing op een werknemer die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week bedraagt.

De achtergrond van deze bepaling is dat iedereen in beginsel tot het achttiende jaar is gebonden aan de leer- of kwalificatieplicht. Voor het overgrote deel van deze groep kan en moet de arbeid noodzakelijkerwijs niet meer dan van bijkomstige aard zijn - waarbij zowel de werkgever als werknemer geen belang hebben bij onverkorte toepassing van de ketenbepaling, aldus de toelichting. De vraag is of dit een legitiem doel is voor het onderscheid op grond van leeftijd. Niet blijkt dat deze maatregel strekt ter bevordering van arbeidsparticipatie van jongeren en bestrijden van jeugdwerkloosheid¹¹⁶, integendeel.

De ketenbepaling treedt in werking vanaf de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. De op deze dag lopende arbeidsovereenkomst telt mee als de eerste arbeidsovereenkomst voor de berekening van het aantal aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De duur van het contract wordt berekend vanaf de dag dat de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt¹¹⁷. Ook de periode van 24 maanden jaar (lid 1 sub a) neemt op die dag een aanvang¹¹⁸.

Werknemers jonger dan 18 jaar die meer dan 12 uur per week werken

De ketenbepaling kan echter eerder in werking treden: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een werknemer jonger dan achttien jaar, met een gemiddelde arbeidsomvang van meer dan twaalf uur per week, telt wel mee, zowel voor de berekening van de periode van lid 1 sub a (24 maanden) als voor het aantal aangegane arbeidsovereenkomsten, bedoeld in lid 1 sub b. De periode van 24 maanden gaat dan lopen vanaf de aanvang van de overeenkomst waarvan de gemiddelde omvang van de verrichte arbeid meer dan twaalf uur per week heeft bedragen¹¹⁹ en de arbeidsovereenkomst telt mee als schakel in de keten. De keten kan worden doorbroken met een tussenpoos van meer dan zes maanden. Een arbeidsovereenkomst voor minder dan 12 uur kan, zolang de werknemer de leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt, voor de ketenbepaling als tussenpoos gelden.

Uitwerking

De periode van 24 maanden gaat lopen vanaf de dag waarop de werknemer 18 jaar wordt of vanaf de aanvang van de overeenkomst als bij het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd blijkt dat de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid meer dan twaalf uur per week heeft bedragen.

De lopende arbeidsovereenkomst op de dag waarop de werknemer 18 jaar wordt, telt als een eerste arbeidsovereenkomst voor de berekening van het aantal aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, indien er daarvoor geen arbeidsovereenkomsten

¹¹⁶ A.R. Houweling, TAP 2014, p. 29.

¹¹⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 15.

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 97.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 97.

zijn geweest waarin de werknemer een gemiddelde arbeidsomvang van meer dan twaalf uur had.

Als de werknemer jonger dan 18 jaar na een arbeidsovereenkomst waarin de gemiddelde omvang van de arbeid meer dan twaalf uur per week bedroeg een tweede arbeidsovereenkomst aangaat met dezelfde werkgever, waarin hij een gemiddelde arbeidsomvang van twaalf uur of minder heeft, telt die tweede arbeidsovereenkomst niet mee voor de berekening van de duur van lid 1 sub a, of voor de berekening van het aantal, bedoeld in lid 1 sub b. Indien de derde arbeidsovereenkomst weer een gemiddelde arbeidsomvang van meer dan twaalf uur per week heeft of de werknemer (voor of) tijdens de derde arbeidsovereenkomst 18 jaar wordt, is 688a van toepassing op die derde arbeidsovereenkomst. Die derde arbeidsovereenkomst telt mee voor de berekening van de duur of het aantal overeenkomsten voor bepaalde tijd indien er tussen de eerste en de derde arbeidsovereenkomst geen tussenpoos van langer dan zes maanden zat. Voor het bepalen van het aantal overeenkomsten in de keten, telt dan die derde arbeidsovereenkomst als een tweede arbeidsovereenkomst (het is dan de tweede arbeidsovereenkomst waarop 668a van toepassing is)¹²⁰.

Referte periode gemiddelde omvang

Het gaat om feitelijk gewerkte uren en de vraag is welke referteperiode daarvoor geldt¹²¹. In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat de ketenbepaling niet van toepassing is [...] als de gemiddelde omvang van de verrichte werkzaamheden ten hoogste twaalf uur per week, gemiddeld over de looptijd van hun overeenkomst bezien, heeft bedragen¹²². Het verdient, om verwarring met het rechtsvermoeden van artikel 7:610B BW te voorkomen, aanbeveling om in de wettekst vast te leggen dat de referteperiode de volledige duur van de betreffende arbeidsovereenkomst is.

3. Aanbevelingen

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.

¹²⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 97.*

¹²¹ A.R Houweling, TAP 2014, p. 29.

¹²² *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 15.*

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 jurisprudentie¹²³ 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.”

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).

¹²³ Hof Den Haag 3 maart 2009, JAR 2009/108.

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

Vindplaatsen: MvT(nr. 3), p. 25-30, 36-37, 98-101, 103-106, 109-110. Advies RvS en nader rapport (nr. 4), p. 13-14, 33-38, 49-58. Verslag (nr. 5), p. 19-26, NnavVerslag, p. 42-43, 50-58, 121-122. NvW p. 2-4.

De opzegging met instemming of toestemming

P. Huffman en J.H. Bennaars¹²⁴

1. Doel van de regeling

De redelijke gronden voor opzegging staan in artikel 669 omschreven. In artikel 671 is vervolgens bepaald wanneer daadwerkelijk kan worden opgezegd: (i) met instemming van de werknemer, (ii) via de preventieve toets of (ii) in bepaalde gevallen zonder instemming of preventieve toets. In de artikelen 671 lid 2 en 670b is een 'spijtoptantenregeling' opgenomen die erin voorziet dat een werknemer die een beëindigingsovereenkomst heeft gesloten of heeft ingestemd met de opzegging hierop binnen 14 dagen kan terugkomen zonder opgaaf van reden. Is toestemming nodig, dan regelt artikel 671a hoe die toestemming kan worden verkregen. Artikel 672 regelt ten slotte de opzegtermijn.

Het voorgestelde artikel 669 vormt het startpunt voor het nieuwe duale systeem. Door zo concreet mogelijke normen in de wet op te nemen, wordt beoogd juridisering van ontslag te voorkomen en de rechtszekerheid te bevorderen.¹²⁵ In artikel 669 e.v. wordt (een deel van) het BBA, het huidige Ontslagbesluit en de beleidsregels UWV geïncorporeerd in het BW. Op een enkele uitzondering na (bijvoorbeeld de spijtoptantenregeling en de sanctie op onregelmatige opzegging) worden geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.

Beschouwing

Op een aantal punten roept de regeling vragen op. In de eerste plaats is niet eenvoudig uit de tekst te begrijpen dat 669 in feite ook de redelijke gronden voor ontbinding geeft. Dat wordt pas duidelijk bij lezing in combinatie met in 671b. Het is niet logisch dat opzegging blijkens 669 en 671 als hoofdroute is gekozen, terwijl het merendeel van de beëindigingsgronden juist leidt tot een ontbinding. Als sprake is van de gronden c t/m h is immers ontbinding de aangewezen route, tenzij sprake is van instemming, een statutair bestuurder of huishoudelijk personeel. Het is niet alleen niet logisch, maar door de complexe constructie leidt het ook tot vragen en misverstanden. Zo volgt uit artikel 671 jo 671a niet dat de arbeidsovereenkomst met huishoudelijk personeel of de bestuurder zonder toestemming kan worden opgezegd, maar alleen dat zonder instemming kan worden opgezegd. Of de redelijke gronden van artikel 669 en de vereisten uit het eerste lid (herplaatsing na eventuele scholing) ook van toepassing zijn op

¹²⁴ Mr. P. Huffman is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam en mr. J.H. Bennaars is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

¹²⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43.*

deze twee categorieën werknemers van toepassing zijn wordt evenmin duidelijk. Uit de memorie van toelichting¹²⁶ blijkt dat dit wel de bedoeling is.

Artikel 669 lid 3

Dit artikel voorziet niet alleen in een opzegging bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, maar verwijst ook naar de ‘voor hem geldende pensioenleeftijd’. Dat is een vaag begrip dat ook nu al regelmatig tot verwarring leidt, bijvoorbeeld in het kader van pensioenontslagbedingen, of in het kader van de aftoppingsregeling in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Het verdient aanbeveling nader toe te lichten wat hiermee bedoeld wordt. Betreft dat de pensioenrichtleeftijd uit het toepasselijke pensioenreglement of de eerst mogelijke datum waarop een werknemer zijn pensioen kan laten ingaan? De tekst van artikel 669 lid 3 lijkt van dat laatste uit te gaan, maar meer duidelijkheid is gewenst. Overigens stellen wij voor deze opzeggingsgrond alleen op te nemen bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Kiest een werkgever er voor niet te ontslaan bij de AOW leeftijd, dan heeft hij zijn beurt voorbij laten gaan en kan beëindiging alleen via instemming, opzegging of ontbinding. Dit is in lijn met de huidige UWV praktijk. In het voorgestelde systeem lijkt een werknemer die in dienst was vóór de AOW-leeftijd en niet ontslagen wordt bij het bereiken van die leeftijd, daarna in verband met die leeftijd alsnog zonder preventieve toets te kunnen worden ontslagen, maar een werknemer die na het bereiken van de AOW-leeftijd in dienst treedt, lijkt wél aanspraak te kunnen maken op de volledige ontslagbescherming. Voor dit onderscheid lijkt geen goede grond aanwezig.

Zowel bij een ontslag op staande voet (artikel 677) als bij een opzegging tijdens de proeftijd (artikel 676) gelden de bepalingen omtrent de redelijke grond (artikel 669) niet. Voor de proeftijd is dat expliciet opgenomen in 669 lid 6. Voor het ontslag op staande voet echter niet. Dat is systematisch onlogisch. Wij stellen voor dat het zesde lid van artikel 669 vervalt en in de artikelen 676 en 677 expliciet wordt opgenomen dat artikel 669 niet geldt voor opzeggingen op grond van die artikelen.

Artikel 671

Krachtens het voorgestelde artikel 671 lid 1 kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen op een redelijke grond wanneer de werknemer daarmee instemt. De instemming van de werknemer moet blijken uit een schriftelijke verklaring. Stemt de werknemer niet in, dan moet de werkgever, afhankelijk van de grond van de opzegging, toestemming vragen bij het UWV of de kantonrechter om ontbinding vragen. 671 spreekt alleen over opzegging, terwijl zonder instemming van de werknemer een einde van de arbeidsovereenkomst op een grond genoemd in artikel 669 lid 1 sub c-h via de kantonrechter moet lopen. Dit vloeit uiteindelijk wel uit de wettekst en toelichting voort, maar zorgt in eerste instantie voor verwarring. Wij bevelen een aangepaste redactie van het artikel aan, waaruit dit onderscheid duidelijker blijkt.

De instemming met de opzegging is civielrechtelijk overigens een vreemde figuur. De Raad van State stelde in zijn advies hier ook al kritische vragen over.¹²⁷ De opzegging is immers een eenzijdige rechtshandeling. Het geven van instemming aan de opzegging is hetzelfde als afstand

¹²⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 27/28.*

¹²⁷ *Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 36-37.*

doen van de mogelijkheid de opzegging in rechte aan te vechten. Volgens de Minister wordt de opzegging rechtsgeldig door een andere eenzijdige rechtshandeling, namelijk de instemming van de werknemer. Dit leidt er toe dat de werkgever eerst de opzegging aankondigt (een aanzegging van de opzegging), waarna de werknemer (schriftelijk) instemt. Stemt de werknemer niet in dan wendt de werkgever zich tot het UWV of de kantonrechter. Het lijkt dat de aanzegging van de opzegging eerder een eerste aanzet is tot een beëindiging met wederzijds goedvinden, iets dat in de praktijk nu ook al gebeurt.

Waarom dan die schriftelijke instemming met de opzegging? Volgens het Nader Rapport¹²⁸ heeft de schriftelijke instemming tot doel te bereiken dat zonder schriftelijke instemming de werkgever zijn voornemen tot ontslag moet voorleggen aan UWV of de rechter. Zoals Bennaars¹²⁹ reeds betoogde is de preventieve toets ook mogelijk zonder het figuur van de schriftelijke instemming en wordt het merendeel van de arbeidsovereenkomsten ook nu al beëindigd in onderling overleg. Of de instemming met de opzegging daar iets aan gaat veranderen is de vraag.

Op de mogelijkheid van misbruik van de spijtoptantenregeling is reeds meerdere malen gewezen.¹³⁰ Inmiddels is, naar aanleiding van de commentaren, het wetsvoorstel aangepast.¹³¹ Naast het vereiste van de schriftelijkheid van de beëindigingsovereenkomst moet de werkgever de werknemer wijzen op de bedenktijd, op straffe van verlenging van die termijn. Voorts wordt de mogelijkheid van het ongelimiteerd gebruik maken van de bedenktijd beperkt, doordat de werknemer er niet binnen zes maanden opnieuw gebruik van kan maken. De bedenktijd is voor bestuurders uitgesloten.

Artikel 671 lid 2 geeft weer wanneer geen voorafgaande instemming van de werknemer is vereist voor een opzegging. Het gaat om een opzegging met toestemming van het UWV, een opzegging in de proeftijd, een opzegging wegens dringende reden, de werknemer die huishoudelijk werk verricht, de bestuurder en het pensioenontslag. De uitzonderingsgevallen zijn van het BBA naar het BW overgeheveld, waarbij enkele wijzigingen zijn aangebracht. Voor personen die een geestelijke ambt bekleden, personeel werkzaam in het bijzonder onderwijs en werknemers in dienst van een publiekrechtelijk lichaam zal voortaan wel een opzegvergunning vereist zijn. Andersom is voor werknemers, die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, maar wel persoonlijk arbeid verrichten het toestemmingsvereiste niet meer van toepassing. De reden hiervoor is dat het, aldus de minister, slechts om een kleine groep mensen gaat voor wie in de praktijk zelden een ontslagvergunning wordt gevraagd en die bescherming genieten omdat zij een beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW. Hoewel het uitsluiten van het vergunningsvereiste voor deze groep uitdrukkelijk de bedoeling is van de minister, kan men vraagtekens plaatsen bij de overeenstemming met het doel meer zekerheid voor flexibele arbeidscontractanten te realiseren.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 4, p. 54.

¹²⁹ J.H. Bennaars, 'De opzegging: preventief en dual, maar dan anders', *TAP 2014/1*, p. 35.

¹³⁰ Zie onder andere: J.H. Bennaars, 'De opzegging: preventief en dual, maar dan anders', *TAP 2014/1*, p. 35-36; S.F. Sagel, 'De bedenkelijke bedenktijden in het wetsvoorstel Werk en zekerheid', *TRA 2014/3*, p. 45-46; *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 5, p. 19, 24, 25.

¹³¹ Nota naar aanleiding van het verslag, p. 53-54; nota van wijziging, p. 3-4.

Artikel 671a

Het voorgestelde artikel 671a verplicht de werkgever die de arbeidsovereenkomst wil beëindigen wegens bedrijfseconomische redenen of na langdurige ziekte, toestemming te vragen aan het UWV als de werknemer niet met de opzegging instemt. Uitsluiting of beperking van deze verplichting is niet mogelijk. Lid 1 is de codificatie van het voornemen een verplichte ontslagroute in te stellen aan de hand van de reden voor het ontslag. Er wordt aangesloten bij de huidige praktijk waarin ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen of die verband houden met langdurige ziekte doorgaans via het UWV worden gerealiseerd. Om de opgebouwde ervaring en kennis die het UWV heeft met ontslagen op deze gronden te behouden is ervoor gekozen de toets hiervan bij het UWV te houden. De inrichting van de procedure en de daarbij te hanteren termijnen worden krachtens lid 7 nog bij ministeriële regeling vastgesteld. De werkgever dient binnen vier weken van de toestemming gebruik te maken, zodat de werknemer niet lang in onzekerheid hoeft te verkeren. Hierin verschilt de nieuwe regeling van de huidige, waarin op grond van artikel 2:7 Ontslagbesluit binnen acht weken van de toestemming gebruik kan worden gemaakt voordat opnieuw een vergunning moet worden gevraagd. Voor het verkrijgen van toestemming van het UWV voor een bedrijfseconomisch ontslag dienen krachtens lid 5 eerst alle flexcontracten te zijn beëindigd. Hiermee wordt de huidige praktijk van het UWV gecodificeerd. Bij ministeriële regeling zal een uitzondering voor payrollwerknemers worden gemaakt.

Nu de inrichting van de procedure nog vastgesteld moet worden bij ministeriële regeling, is lastig te zeggen waar de pijnpunten zullen liggen. Zoals de Raad van State in zijn advies ook al aangaf, is het te betreuren dat geen gebruik is gemaakt van de gelegenheid om de bezwaren die de afgelopen jaren tegen de UWV-procedure geuit zijn te adresseren. De minister heeft in het nader rapport gesteld dat naar aanleiding van de aanbevelingen van de nationale ombudsman reeds maatregelen zijn getroffen. Evenwel zijn niet alle aanbevelingen uit diens rapport overgenomen.

In de huidige praktijk bijv. wordt alleen tot mondeling horen overgegaan wanneer dat naar het oordeel van het UWV nodig is om tot zorgvuldige besluitvorming over te gaan. Wij sluiten ons aan bij de aanbeveling van de nationale ombudsman om in alle zaken waarin inhoudelijk verweer is gevoerd zowel werkgever als werknemer uit te nodigen voor een mondelinge toelichting. Ook de aanbeveling om de namen van de ontslagcommissie bekend te maken, onderschrijven wij.

Artikel 672

De regeling omtrent de opzegtermijnen in artikel 672 verandert niet. Wel de sanctie: geen volledige schadevergoeding meer, alleen de gefixeerde. Schadeplichtigheid bestaat niet meer, nu artikel 672 lid 9 in de plaats komt van de huidige artikelen 7:677 lid 2 en lid 4 jo 680 BW. Een partij die eerder opzegt dan tegen de dag die tussen partijen geldt, is een vergoeding verschuldigd gelijk het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de opzegtermijn had behoren voort te duren. De volledige schadevergoeding wordt onder het huidig recht niet vaak gebruikt en is met name van belang voor werknemers die op provisiebasis werken of in geval een te vroeg einde van de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld meebrengt dat optieschade wordt geleden. Voor vergoeding van die schade lijkt in het voorgestelde systeem geen plaats meer.

Wij wijzen er hier op dat het voorgestelde artikel 685 bepaalt dat bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld met betrekking tot het in geld vastgestelde loon. Blijkens de memorie van toelichting is deze mogelijkheid bedoeld om nadere regels te stellen voor het in artikel 673 (transitievergoeding) geïntroduceerde begrip 'in geld vastgestelde loon'. Hierbij zal aansluiting worden gezocht bij de B-factor uit de kantonrechttersformule. In het huidige artikel 7:680 lid 1 BW wordt ook verwezen naar het 'in geld vastgestelde loon', dus het begrip is niet nieuw. Wij zouden willen voorstellen de toelichting van artikel 685 te verduidelijken in die zin dat de op grond van dat artikel vastgestelde nadere AMvB ziet op boek 7 titel 10 in het geheel.

2. Aanbevelingen

Op basis van het voorgaande doen wij de volgende aanbevelingen:

Doorlopende tekst

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

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.
9. 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.

Artikel 676

1. (...)
2. (...)
3. Op een opzegging tijdens de proeftijd is artikel 669 niet van toepassing.

Artikel 677

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

Toelichting

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 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.

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 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 en de schakelbepalingen in de AWGB, de WGBH/CZ, de WGBL en de WGBMV

MvT p. 89-90, 117, 120 124, 126, 141-142, Advies RvS p. 40, NnavV p. 51-52

De opzegverboden bij verboden onderscheid

N.T.A. Zeeuwen¹³²

1. Voorgestelde regeling

Het wetsvoorstel beoogt de sancties in geval van een verboden onderscheid zoals neergelegd in de artikelen 7:646 (gelijke behandeling man/vrouw), 7:648 (onderscheid naar arbeidsduur), 7:649 (onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst), alsmede in de AWGB, de WGBH/CZ, de WGBL en de WGBMV uit te breiden en (centraal) te regelen in het voorgestelde artikel 681 lid 1 sub b. Artikel 681 lid 1 sub b bepaalt dat de werknemer de discriminatoire opzegging door de kantonrechter kan laten vernietigen of de kantonrechter kan verzoeken een billijke vergoeding ten laste van de werkgever toe te kennen. In verband met daarmee worden de artikelen 7:646, 7:648 en 7:649 in technische zin aangepast, komt artikel 7:647 te vervallen met uitzondering van het vijfde lid van dat artikel dat wordt verplaatst naar het nieuwe lid 14 van artikel 7:646. De schakelbepalingen in de AWGB, de WGBH/CZ, de WGBL en de WGBMV worden eveneens in technische zin aangepast.

2. Commentaar

Als gevolg van de voorgestelde 'technische aanpassingen' is het voor de werknemer niet langer mogelijk in geval van een discriminatoir ontslag de opzegging buitengerechtelijk te vernietigen. Met het voorgestelde artikel 681 is er voor gekozen de bevoegdheid om te vernietigen bij de rechter neer te leggen en niet (meer) bij de werknemer. De overweging hierbij is dat de werkgever een buitengerechtelijke opzegging door de werknemer meestal (toch) naast zich neer zal leggen en simpelweg geen loon zal betalen.¹³³ De wetgever presenteert deze regeling als een 'vereenvoudiging' voor de werknemer, omdat hij nu niet eerst hoeft af te wachten of de werkgever aan zijn buitengerechtelijke vernietiging al dan niet gehoor geeft alvorens verdere stappen te onder nemen.¹³⁴ De Raad van State acht de toelichting van de wetgever niet dragend en adviseert het voorstel nader te motiveren en de tekst zo nodig aan te passen.¹³⁵ In werkelijkheid biedt de wetgever hier een rigide oplossing voor een niet bestaand probleem. Ten eerste omdat er wel degelijk werkgevers zijn die zich – al dan niet na het inwinnen van

¹³² De heer mr. N.T.A. Zeeuwen is advocaat bij DingemansVanderKind advocaten te Amsterdam.

¹³³ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3. p. 142.

¹³⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3. p. 142.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4. p. 40.

juridisch advies – achteraf realiseren dat de opzegging geen stand zal houden, omdat deze in strijd is met een van de discriminatieverboden. In dat geval 'accepteren' zij de buitengerechterlijke vernietiging en draaien zij de gevolgen van de opzegging terug. Verder kan de werknemer na de buitengerechterlijke vernietiging de werkgever sommeren en een termijn stellen om de opzegging en haar gevolgen ongedaan te maken. Hierop 'wachten' zal door de meeste werknemers niet als een onoverkomelijk bezwaar worden ervaren. Zeker als zij zich realiseren dat het wachten op de uitkomst van een gerechtelijke procedure veel langer duurt en kosten met zich brengt. Het is dan ook niet goed begrijpelijk waarom de wetgever de werknemer in alle gevallen, waarbij de werknemer de opzegging op deze grond wil vernietigen, binnen een termijn van twee maanden¹³⁶ na de opzegging (artikel 686a lid 4 sub c) dwingt tot het voeren van een gerechtelijke procedure, met alle kosten voor de werknemer en belasting van de rechterlijke macht van dien. De werknemer wordt door deze wijziging in een nadeligere positie gebracht en ik pleit er dan ook voor de mogelijkheid voor de werknemer om de opzegging buitengerechterlijk te vernietigen te handhaven.

Opmerkelijk is verder dat het huidige lid 3 van artikel 7:648, waarin is bepaald dat de opzegging als bedoeld in de eerste zin van lid 1 de werkgever niet schadeplichtig maakt, gehandhaafd blijft in het voorgestelde artikel 648. Dezelfde bepaling zoals opgenomen in artikel 647, alsmede in de AWGB, de WGBH/CZ, de WGBL en de WGBMV komt namelijk wel te vervallen. Dit lijkt een weeffout in het wetsvoorstel.¹³⁷ Ten eerste omdat het niet past bij de bedoeling van de wetgever in het nieuwe artikel 681 lid 1 sub b (centraal) te regelen dat de werknemer, anders dan nu, tevens de mogelijkheid krijgt de rechter te verzoeken aan hem een (billijke) vergoeding toe te kennen bij een discriminatoir ontslag.¹³⁸ Waarom de werkgever in geval van een opzegging in strijd met artikel 648 BW niet schadeplichtig is, maar wel tot betaling van een billijke vergoeding op grond van artikel 681 lid 1 sub b kan worden veroordeeld, wordt door de wetgever niet toegelicht. Bovendien wordt bij het voorstel niet toegelicht welke dogmatische keuze ten grondslag ligt aan dit onderscheid. Ten tweede zal de rechtsfiguur 'schadeplichtig ontslag' na de voorgestelde herziening in (de huidige vorm) niet meer terugkomen.¹³⁹ Het komt mij in dat licht bezien – zonder nadere toelichting van de wetgever – niet logisch voor de verwijzing naar *schadeplichtig* ontslag (uitsluitend) in lid 3 van artikel 648 te handhaven.

3. Aanbevelingen

Dit brengt mij tot de volgende aanbevelingen:

¹³⁶ Deze termijn geldt overigens ook onder het huidige recht.

¹³⁷ R.S. van Coevorden signaleert dit punt eveneens in zijn bijdrage 'Bijzondere opzegverboden' in de *TAP Special Nieuw Ontslagrecht (33818 in vogelvlucht)*, januari 2014/1, p. 62.

¹³⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3. p. 120.

¹³⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3. p. 141.

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.

Artikelen 670, 670a

MvT p. 130-131, Advies RvS p. 40, 55, 64, Verslag p. 47, NnavV p. 51-52, 80, 85, Nota van Wijziging p. 3, 15.

De opzegverboden

N.T.A. Zeeuwen¹⁴⁰

1. Opzegverbod tijdens ziekte

Het huidige artikel 7:670 lid 1 sub b bepaalt dat het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing is indien de ziekte pas is ontstaan nadat de werkgever bij het UWV een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA heeft ingediend. De voorgestelde wijziging van artikel 670 lid 1 sub b lijkt alleen te zijn bedoeld om deze bepaling aan te passen aan het beoogde ontslagsysteem, waarbij voortaan op grond van artikel 671a een verzoek om toestemming moet worden verzocht bij het UWV of de in dat artikel bedoelde commissie. 'Lijkt', omdat in de voorgestelde regeling het woord "*een [verzoek]*" wordt vervangen door "*het [verzoek]*" en in de toelichting bovendien wordt gesproken over "*het volledige verzoek*".¹⁴¹ Met name deze laatste toevoeging wekt verwarring, omdat de wetgever hiermee mogelijk tot uitdrukking wil brengen dat de antimisbruikbepaling zoals bedoeld in artikel 670 lid 1 sub b alleen in werking treedt

¹⁴⁰ De heer mr. N.T.A. Zeeuwen is advocaat bij DingemansVanderKind advocaten te Amsterdam.

¹⁴¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3. p. 130.

indien de werkgever kan aantonen dat hij een *volledige* ontslagaanvraag heeft ingediend.¹⁴² Terwijl op dit moment de datum waarop de werkgever de ontslagvergunning heeft ingediend (per fax) en niet de bevestigde datum van ontvangst door het UWV hiervoor al bepalend kan zijn.¹⁴³

Met Van Coevorden¹⁴⁴ ben ik het eens dat het op de weg van de wetgever ligt te verduidelijken of hij een wijziging van de huidige (uit)werking van de antimisbruikbepaling beoogt, en zo ja, wanneer sprake is van een *volledig* verzoek en wanneer (nog) niet. Dit voorkomt dat een werkgever eerst moet wachten op de schriftelijke bevestiging van het UWV (of de commissie) dat het verzoek inderdaad volledig is en pas daarna de werknemer zal informeren over de ingediende ontslagaanvraag uit angst dat de werknemer zich anders ziek zal melden en daarmee het ontslagtraject kan frustreren. Aangezien het op grond van het nieuwe lid 14 van artikel 670 niet meer mogelijk wordt gemaakt bij cao af te wijken van het verbod om op te zeggen tijdens ziekte¹⁴⁵ kan voornoemde onduidelijkheid ook niet door cao-partijen worden weggenomen.

In het voorgestelde artikel 670a lid 1 BW wordt geregeld wat nu in artikel 7:670b lid 3 is geregeld, namelijk dat het opzegverbod tijdens ziekte – kort gezegd - niet langer van toepassing is indien de werknemer zonder deugdelijk grond weigert zijn re-integratieverplichtingen na te komen. Toegevoegd is dat deze uitzondering op het opzegverbod tijdens ziekte alleen geldt indien de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van deze verplichtingen of om die reden de betaling van het loon heeft gestaakt. Doel hiervan is de huidige praktijk en de wetgeschiedenis bij de Wet verbetering Poortwachter in de wet vast te leggen.¹⁴⁶ In haar bijdrage gaat E. Wits nader in op de (onbedoelde?) effecten van deze wijziging. Ik sluit mij aan bij haar aanbeveling om de waarschuwingsplicht voor de werkgever expliciet op te nemen in artikel 670a lid 1.

2. Uitzonderingen op opzegverboden

Het huidige artikel 7:670b lid 1 en lid 2 komt in sterk aangepaste vorm terug in het voorgestelde artikel 670a lid 2 t/m lid 8. Een belangrijke inhoudelijke wijziging is de mogelijkheid voor de werknemer om binnen 14 dagen nadat hij heeft ingestemd met een opzegging door de werkgever in strijd met een 'tijdens'-opzegverbod, die instemming zonder opgave van redenen schriftelijk te herroepen. Hiervoor is blijkens de MvT¹⁴⁷ gekozen om de werknemer extra

¹⁴² R.S. van Coevorden signaleert dit punt eveneens in zijn bijdrage 'Bijzondere opzegverboden' in de *TAP Special Nieuw Ontslagrecht (33818 in vogelvlucht)*, januari 2014/1, p. 60.

¹⁴³ Hof Den Haag 4 september 2012, *JAR* 2012/310.

¹⁴⁴ R.S. van Coevorden signaleert dit punt eveneens in zijn bijdrage 'Bijzondere opzegverboden' in de *TAP Special Nieuw Ontslagrecht (33818 in vogelvlucht)*, januari 2014/1, p. 60.

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld art. 20a lid 11 Cao voor de Bouwnijverheid.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3. p. 130.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3. p. 131.

bescherming te bieden in verband met het grote belang voor de werknemer bij een arbeidsovereenkomst en gelet op het aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beginsel van de ongelijkheidscompensatie.

Onduidelijk is echter waarom is gekozen voor een (verval)termijn van slechts 14 dagen. Uit het oogpunt van rechtszekerheid is een beperkte herroepingstermijn met de daaraan gekoppelde 'zware sanctie' voor de werkgever te billijken. Een werkgever heeft er immers belang bij op enig moment duidelijkheid te hebben over het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Anderzijds geldt dat de termijn van 14 dagen voor de werknemer voor wie deze extra bescherming in het leven wordt geroepen, vrij kort is. Juist degene die nu ook al niet weet dat het instemmen met een opzegging tijdens (bijvoorbeeld) ziekte normaal gesproken niet zonder gevolgen zal zijn, zal straks waarschijnlijk ook niet weten dat er een herroepingstermijn van slechts 14 dagen geldt. Bovendien lijkt een termijn van slechts 14 dagen voor een zieke werknemer in bepaalde gevallen te kort om advies in te winnen en tot een weloverwogen beslissing te komen. De met het voorstel beoogde ongelijkheidscompensatie en daarmee de extra bescherming van de zwakkere partij (de werknemer) werd dan ook niet bereikt en is inmiddels in de Nota van Wijziging (deels) ondervangen door in het voorgestelde artikel 670a lid 6, artikel 671 lid 3 tot en met 6 van overeenkomstige toepassing te verklaren.¹⁴⁸ In dat laatste artikel is geregeld dat de termijn van 14 dagen alleen geldt indien de werkgever de werknemer binnen twee werkdagen na de instemming schriftelijk op zijn herroepingsrecht heeft gewezen. Doet de werkgever dit niet tijdig, dan geldt er een herroepingstermijn van een maand.

Het lijkt beter in artikel 671 lid 2 te regelen dat de termijn van 14 dagen pas aanvangt met ingang van de dag nadat de werkgever de werknemer schriftelijk heeft gewezen op het recht zijn instemming binnen 14 dagen te herroepen.¹⁴⁹ Dit voorkomt dat de werkgever al dan niet bewust meerdere dagen van de bedenktijd van de werknemer kan 'afsnoepen' door hem pas op de tweede werkdag te wijzen op zijn recht. De werknemer die namelijk op een vrijdag instemt met de opzegging (als bedoeld in artikel 670a lid 2 onderdeel a) hoeft pas op de dinsdagavond daaropvolgend schriftelijk te worden gewezen op zijn herroepingsrecht, waardoor de werknemer al weer 4 dagen kwijt is.

Uit het voorstel blijkt overigens niet dat een beroep op een wilsgebrek en/of op dwaling zal komen te vervallen. Deze mogelijkheid, met de daarbij geldende ruimere (verval)termijn, blijft dus nog steeds bestaan.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 8. p. 3 en 15.

¹⁴⁹ Zie in dit kader tevens S.F. Sagel, 'De bedenkelijke bedenktijden in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', *TRA Themanummer Ontslagrecht* maart 2014/3, p. 50 (nog niet gepubliceerd), die een soortgelijke informatieverplichting voor de werkgever bepleit.

Het rechtsgevolg van de tijdige herroeping van de instemming door de werknemer blijft met de Nota van Wijziging ongewijzigd¹⁵⁰. Het gevolg van de tijdige herroeping door de werknemer is dat de opzegging door de werkgever (bedoeld in artikel 670a lid 2, onderdeel a) wordt "*geacht niet te hebben plaatsgevonden*". De facto wordt hiermee door de wetgever beoogd dat een dergelijke opzegging aldus kan worden vernietigd. Het lijkt mij dan ook beter in artikel 671 lid 4 te bepalen dat een tijdige herroeping leidt tot nietigheid, zodat de sanctie daarmee beter aansluit bij de elders in de wet gehanteerde terminologie.

Het voorgestelde lid 2, onderdeel d, en lid 3 van artikel 670a heeft een aanmerkelijk effect op de uitzonderingen op de opzegverboden zoals nu geregeld in artikel 7:670b lid 2. Het opzegverbod tijdens ziekte is uitsluitend niet meer van toepassing indien de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Dat het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, wordt gestaakt, is voor de wetgever (kennelijk) niet langer een reden om het opzegverbod buiten toepassing te laten zijn, terwijl de wetgever bij de invoering van het huidige artikel 7:670b lid 2 nog stelde dat de strekking van deze bepaling juist is dat aanvullende ontslagbescherming zin heeft verloren indien ondernemingsactiviteiten worden beëindigd.¹⁵¹

Ik meen dat deze toevoeging niet aan betekenis heeft verloren.¹⁵² Daarbij komt dat er in de toelichting geen reden wordt gegeven voor de voorgestelde aanpassing van de uitzondering van 7:670b op het opzegverbod tijdens ziekte. Door de – op grond van artikel 669 lid 2, onderdeel a, juncto artikel 671a lid 1 – gedwongen ontslagroute via het UWV (of de commissie) in geval van een bedrijfseconomisch ontslag heeft de werkgever ook niet meer de mogelijkheid in dit soort gevallen de kantonrechter te vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In tweede instantie lijkt dit alleen mogelijk indien het UWV (of de commissie) de toestemming heeft geweigerd. Dit zou er toe kunnen leiden dat de werkgever bewust een ondeugdelijke c.q. onvolledige ontslagaanvraag voor de zieke werknemers bij het UWV indient, zodat hij daarna als de toestemming is geweigerd, alsnog naar de kantonrechter kan. Naast een 'muizengaatje' krijgen we dan ook een 'muizenaanvraag'. Bovendien valt de wijziging moeilijk te rijmen met de inhoud van het nieuwe artikel 670a lid 3, onderdeel a, waarin is bepaald dat het opzegverbod tijdens zwangerschap¹⁵³ *wel* komt te vervallen indien de werkzaamheden van het onderdeel van de onderneming waarin de werkneemster uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, worden beëindigd.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8. p. 3 en 15

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 29.

¹⁵² Zie in dat kader bijvoorbeeld tevens de uitspraken: CRvB 5 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY5276 en CRvB 16 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY8635.

¹⁵³ Met dien verstande dat de opzegging (net als op dit moment) niet kan betreffen de werkneemster die zwangerschapsverlof of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 van de Wet arbeid en zorg.

Ik pleit er dan ook voor de bevoegdheid van de kantonrechter uit te breiden, zodat de werkgever bij een bedrijfseconomisch ontslag voor de werknemers voor wie een opzegverbod geldt alsnog direct naar de kantonrechter kan. Onderdeel c, van artikel 671b lid 1 kan worden aangepast in die zin dat daaraan wordt toegevoegd: "*of indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst die niet kan worden opgezegd wegens het bestaan van opzegverbod.*" Alternatief is de uitzondering op het opzegverbod tijdens ziekte en zwangerschap (met uitzondering van de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof) ten minste gelijk te schakelen en artikel 670 lid 3, onderdeel a, aan te passen in die zin dat daarin tevens wordt verwezen naar artikel 670 lid 1.

Tot slot is het opmerkelijk dat de bescherming van het opzegverbod dat geldt voor (gewezen) leden van medezeggenschapsorganen met het nieuwe voorstel wordt uitgehouden. Voor de werkgever die kan aantonen dat er een bedrijfseconomische noodzaak is tot het structureel verval van arbeidsplaatsen en herplaatsingsmogelijkheden niet voorhanden zijn, geldt dat hij niet langer rekening hoeft te houden met het opzegverbod voor (gewezen) leden van medezeggenschapsorganen als bedoeld in artikel 670 lid 4 en het voorgestelde lid 10. Enige voorwaarde is dat de werknemer ten minste 26 weken werkzaam is geweest op de arbeidsplaats die vervalt. Ook hier ontbreekt een toelichting van de wetgever met de redenen voor deze aantasting van de bescherming van met name de leden van de medezeggenschapsorganen als bedoeld in artikel 670 lid 4.

3. Aanbevelingen

Dit brengt mij tot de volgende aanbevelingen:

1. 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.
2. 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 opgave van redenen door een schriftelijke, aan de werkgever, gerichte verklaring te herroepen. De termijn als bedoeld in de eerste zin 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 bedenktijd van de werknemer kan 'afsnoppen' 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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

(MvT p. 29, 42, 46-48, 101, 105, 114 en 125; Advies RvS/Nader rapport p. 35-36, 45 en 53-54; Nota naar aanleiding van Verslag p. 44-45, 47-49, 67, 81-82 en 122)

R. Hansma¹⁵⁴

DRIEKWART DWINGEND RECHT IS OK

1. Wetsontwerp WWZ

Artikel 669 lid 5 BW introduceert de mogelijkheid om bij CAO af te wijken van de ministeriële regels over de ontslagvolgorde bij economisch ontslag, het afspiegelingsbeginsel.¹⁵⁵ Voorwaarde is dan wel dat sociale partners een onafhankelijke en onpartijdige commissie hebben ingesteld, die de preventieve ontslagtoets bij economische ontslagen van het UWV overneemt.¹⁵⁶ De wetgever stelt daarbij in artikel 671a BW eisen aan de procedure bij zo'n commissie (hoor en wederhoor, vertrouwelijkheid, redelijke termijnen, beslissing tegelijkertijd aan partijen met vermelding van de datum van ontvangst van het werkgeversverzoek, beslissing vier weken geldig) en aan de vakbonden, die zo'n CAO willen afsluiten (leden bij de werkgever, statutaire belangenbehartiging, zelf betrokken bij de werkgever en een bestaan van zeker twee jaar). Uit artikel 671a lid 5 BW blijkt dat de commissie geen toestemming voor ontslag mag geven als de werkgever niet eerst tijdelijke krachten, werknemers met een kleine aantal uren of ingeleende werkers de deur heeft gewezen, overigens tenzij de minister van SoZaWe anders bepaalt. Bij CAO kan ook worden afgeweken van de wettelijke transitievergoeding, als het dan maar wel een "gelijkwaardige voorziening" is, "gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid" (artikel 673b lid 1 BW), waarbij weer de eerdere eisen aan de vakbonden, die zo'n CAO willen ondertekenen, herhaald worden.

Art. XXI WWZ zorgt ervoor dat bij een algemeen verbindendverklaring van de CAO-passage, waarin een CAO-commissie wordt opgericht, die verklaring niet tegen het wettelijk maximum van twee jaar (artikel 2 lid 2 Wet AVV) oploopt, maar net als sectorale fondsen een uitzondering daarop vormt en daarmee richting de vijf jaar kan gaan.

¹⁵⁴ Lid ontslagadviescommissie UWV Noordwest en UWV-ontslagcommissie; voormalig hoofd Arbeidszaken en Overlegzaken ABN AMRO.

¹⁵⁵ Minister de Geus vroeg eerder met de *Notitie heroverweging van het Last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag* advies over de mogelijkheid van driekwart dwingend recht aan de STAR, die daarover op 1 december 2004 (13/04) een hopeloos verdeeld advies gaf. Daarom bleef de minister maar bij zijn idee over driekwart dwingend recht in het Kabinetsstandpunt (*Kamerstukken II 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 45-46*), dat later terecht kwam in het wetsontwerp Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht (*Kamerstukken II 2005/2006 30 370*), dat op 17 november 2005 naar het parlement werd gestuurd en twee maanden later alweer werd ingetrokken (*Kamerstukken II 2005/2006 30 370, nr. 8, p. 3-4*). Vgl. G.C. Boot, "Flexibiliteit ontslagcriteria zonder goede reden van de baan", SR 2006, p. 83-84.

¹⁵⁶ Deze voorwaarde werd voor het eerst gesteld in het Kabinetsstandpunt (*Kamerstukken II 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 45-46*). Het CWI had aangegeven alleen het Ontslagbesluit en geen alternatief kader te kunnen hanteren.

2. Parlementaire stukken

De Memorie van Toelichting is een prozaïsche samenvatting van de voorgestelde wetstekst, waarbij in de artikelsgewijze toelichting de teksten van het algemeen deel vaak letterlijk worden herhaald. Een toelichting die straks kan helpen bij de interpretatie van de wet wordt eigenlijk niet gegeven. Hoewel ik begrip heb voor het feit dat een package deal als het Sociaal Akkoord door z'n compromiskarakter misschien ook nauwelijks is toe te lichten, is helemaal niks (hoewel de memorie 151 pagina's dik is) wel mager. De Nota naar aanleiding van het Verslag (van 131 pagina's), een week na de vaststelling van het verslag al ingediend, is niet veel beter.

De mogelijkheid om bij CAO niet of anders af te spiegelen is kennelijk nodig om "maatwerk" te leveren, waarbij geruststellend wordt opgemerkt dat het hier "geen noviteit" betreft, omdat je ook nu al die afwijkingen ziet.¹⁵⁷ Er moet dan wel een commissie in het leven geroepen worden "waarbij dus de voorwaarden gelden die bij de ministeriële regeling aan die commissie worden gesteld". Het is mij overigens niet duidelijk welke regeling dat zou moeten zijn nu artikel 699 lid 5 BW juist de CAO-regels in de plaats stelt van iedere ministeriële aanwijzing, artikel 671a lid 7 BW de minister alleen iets laat zeggen over de UWV-procedure, en de vage opsomming uit artikel 671a BW al in de wet terecht komt en geen ministeriële regeling kan zijn. Dat het UWV niet hoeft te werken met de afwijkende CAO-regels wordt beargumenteerd door te stellen dat het "ondoenlijk is – om ook binnen de gewenste proceduretermijn – telkens andere criteria te moeten hanteren (...) met bovendien het risico van misverstanden en discussie tussen UWV en betrokken CAO-partijen over de bedoeling of inhoud van de criteria."¹⁵⁸ Alsof een rechter ook maar zou mogen zeggen dat hij slechts één set regels wil gebruiken en niet steeds allerlei bepalingen uit steeds verschillende CAO's. Verder geldt natuurlijk bij de interpretatie van de CAO-criteria sinds jaren de uitlegmethode naar objectieve maatstaven, de zogenoemde CAO-norm,¹⁵⁹ die een buitenstaander (misschien wel beter dan een insider) prima kan toepassen en waardoor juist geen discussies kunnen ontstaan over de bedoeling, of zo men wil de geest van de CAO. Kennelijk is het alleen de proceduretermijn van het UWV waar het voor de minister nu om draait. Verder meldt de Memorie van Toelichting geruststellend dat ontslagen op basis van CAO-criteria, die van het afspiegelingsbeginsel afwijken nu ook al niet voorkomen (nee inderdaad, het heeft geen zin zulke zaken aan het UWV voor te leggen, alleen een ontbindingsroute kan zinvol zijn¹⁶⁰) en dat je bij een al dan niet verleende toestemming van zo'n CAO-commissie toch altijd terecht kunt bij de kantonrechter, die dan wel met die

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 47.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 48. Deze motivering zat ook al in het Kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II 2004/05*, 30 109, nr. 1, p. 45-46.

¹⁵⁹ Vgl. HR 20 februari 2004, *JAR 2004/83* en de daarop voortbordurende constante rechtspraak, zoals HR 8 oktober 2010, *JAR 2010/273*; HR 15 april 2011, *JAR 2011/136*; HR 24 februari 2012, *JAR 2012/94*; HR 4 januari 2013, *JAR 2013/38* en HR 22 november 2013, *JAR 2014/14*.

¹⁶⁰ Vgl. mijn "Wie vertrokken er uit Rotterdam en voor hoeveel?" in R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988:2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, reeks VVA 35 (Scholtens-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 43-63.

afwijkende criteria aan de slag gaat. Tenzij de CAO-commissie een arbiter is en hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten, zou ik denken.

Artikel 673b lid 1 BW is “een expliciete wens geweest van sociale partners”¹⁶¹ (maar geldt dat niet voor het hele Sociaal Akkoord of heb je daarin gradaties als wensen, expliciete wensen, afspraken en dan natuurlijk tegenwoordig ook bikkelharde afspraken?), maar heeft eigenlijk weinig met driekwart dwingend recht te maken, nu de wetgever voorschrijft dat bij CAO een andere dan de wettelijke transitievergoeding afgesproken mag worden. Dat is dan alleen toegestaan als het een “gelijkwaardige voorziening” betreft die is gericht op het voorkomen of bekorten van de werkloosheid. Als toppunt van toelichting wordt daarbij vermeld dat zo’n voorziening in geld of natura of een combinatie daarvan “het equivalent” vormt van de wettelijke transitievergoeding. Dat valt moeilijk te ontkennen nu equivalent en gelijkwaardig synoniemen zijn.

Artikel XXI WWZ regelt handig dat een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling over een CAO-commissie langer dan twee jaar kan gelden, waardoor allerlei “knipperlichtsituaties”,¹⁶² waarin een werkgever een verzoek om een economisch ontslag dan aan de CAO-commissie moet doen en wat later aan het UWV en na een volgende algemeen verbindend verklaring weer bij de nieuwe CAO-commissie. De Memorie van Toelichting zwijgt overigens over een tweede consequentie: omdat artikel 669 lid 5 BW het bestaan van een commissie als voorwaarde stelt voor de mogelijkheid om überhaupt van het afspiegelingsbeginsel te kunnen afwijken, zal een niet rechtstreeks aan de CAO gebonden werkgever in zo’n avv-loze periode niet alleen bij een andere postbus moeten zijn, maar ook moeten selecteren via andere regels, namelijk die van de afspiegeling.

3. Commentaar

Ik ben al een poosje fan van het driekwart dwingend recht.¹⁶³ Om de arbeidsmarkt zo optimaal mogelijk te laten werken, is een zo min mogelijk belemmerde prijsvorming bij de factor arbeid noodzakelijk. Terwijl ik dit zo schrijf voel ik me overigens de laatste dinosaurus, die nog wat geloof heeft in het marktdenken, dat tegenwoordig een beetje de schuld van alles krijgt: de crisis, huizen die onder water staan en ongetwijfeld ook het ontbreken van romantische sneeuw rond de afgelopen Kerst. En alsjeblijft geen Amerikaanse toestanden.

Toch denk ik dat het beter is om met uitzondering van de internationale en wettelijke minimumnormen, die adequaat gehandhaafd moeten worden, de rest aan het krachtenspel tussen sociale partners te gunnen. Dat betekent dat alle ordeningsbepalingen in het ontslagrecht, die (op zichzelf terecht) uitgaan van de veronderstelling dat de werkgever de dominante partij is, waartegen de werknemer in bescherming genomen moet worden, van driekwart dwingend recht zouden mogen zijn.¹⁶⁴ En dan is het aan de vakbonden om via de CAO

¹⁶¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 72.

¹⁶² *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 125.

¹⁶³ Vgl. mijn *Onrustig ontslagrecht; commentaar op wetsontwerp 21479*, Den Haag: Prof.mr. B.M. Teldersstichting 1990 en “Een liberaal pleidooi voor soevereiniteit in eigen kring” in: E. Lujens (red.). *De Le(e)nigheid van het sociaal recht* (Van den Heuvel-bundel), Amsterdam: VU 2006, p. 295-305.

¹⁶⁴ Vgl. A. Stege, “Alternatieve selectiecriteria voor ontslag in een CAO?” in: E. Lujens (red.). *De Le(e)nigheid van het sociaal recht* (Van den Heuvel-bundel), Amsterdam: VU 2006, p. 337-360.

het spel te spelen. Een omvangrijke taak, gezien het feit dat minimumnormen natuurlijk (ook in aantal) echt minimaal moeten zijn, zodat er veel te onderhandelen valt. Als ze het goed doen, zal de organisatiegraad ongetwijfeld met sprongen stijgen, zeker indien de bonden gaan inzetten op verschillende rechten en arbeidsvoorwaarden voor wel en niet-leden. En als de bonden die kans niet pakken, zou de OR het van me mogen doen,¹⁶⁵ al moet er dan natuurlijk nog wel het een en ander geregeld worden, zoals de achterbanraadpleging. Dit laatste wordt vergemakkelijkt via intranet. Het belangrijkste evenwel is dan de gelijkschakeling van een ondernemingsovereenkomst met een CAO, want geen werkgever gaat aan tafel zitten met een OR als de daar gemaakte afspraken niet automatisch gelden voor zijn hele personeel. Die binding is cruciaal; zonder dat wordt onderhandelen met een OR bezigheidstherapie en daar is geen werkgever voor te porren. En natuurlijk ook andersom: zolang de CAO doorwerkt via het lidmaatschap van de vakbonden of het incorporatiebeding, zullen de werkgevers de lage organisatiegraad van gemiddeld 20-25% (ondanks verhalen over een beoogd hoger percentage) voor lief nemen. Zolang leeft de CAO!

Zo'n systeem betekent wel dat we moeten accepteren dat niet alles overal meer gelijk is, waardoor het ook wat onoverzichtelijker oogt. De ene werkgever of sector kan nu eenmaal meer betalen dan de andere. En dan moeten we natuurlijk niet daarna gaan jammeren dat zulke verschillen zijn ontstaan. Een klassiek gevalletje van het is ook nooit goed of het deugt niet: iedereen wil tegenwoordig maatwerk en lever je dat, dan roepen dezelfde mensen weer dat verschillen eigenlijk oneerlijk zijn. Die heen en weer-beweging zie je ook terug in de vragen van de Tweede Kamer in het Verslag. Zo vraagt bijvoorbeeld de VVD na geconstateerd te hebben dat de WWZ kan leiden tot een "eigen ontslaginstantie en eigen ontslagregels" zich af of dat niet leidt tot "teveel rechtsongelijkheid?"¹⁶⁶ Het antwoord is sierlijk ontwijkend: "Zij merkt daarbij op dat voor werknemers waar de regeling betrekking op heeft alleen sprake zal zijn van onderscheid ten opzichte van werknemers die niet onder die regeling vallen, niet van een onderscheid tussen de onder de regeling vallende werknemers, hetgeen het onderscheid aanvaardbaar maakt. Dit is ook een logische consequentie van driekwartdwingend recht in meer algemene zin."¹⁶⁷

Differentiatie zal er ook toe leiden dat een zwakke werkgever of sector eerder teloor zal gaan en dat innovaties sneller gerealiseerd worden. Dat is zorgelijk als je daar nu net werkt (daarom moet je fit blijven voor de arbeidsmarkt en dan snel vertrekken), maar beter voor de BV Nederland.

Ik ben daarom niet zo somber als de arbeidsrechtadvocaten die het medio januari 2014 op de VAAN-site allemaal eens waren met de stelling "Het ontslagrecht op onderdelen (meer) driekwartdwingend recht maken, is onverantwoord zonder eerst een grondige herziening van ons huidige CAO-recht door te voeren". Al moet er natuurlijk op het CAO-gebied nog wel wat gebeuren.¹⁶⁸ Maar de ontwikkeling van het ontslagrecht daardoor blokkeren zou ik niet doen,

¹⁶⁵ Mijn "Wetsontwerp 24615: een gemiste kans" in: J.H.M. Willems e.a., *De nieuwe Wet op de ondernemingsraden*, Amsterdam: RPMS 1998, p. 47-53. Recent I. Zaal, "De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming", *ArbeidsRecht* 2014/4.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 5, p. 36.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 82.

¹⁶⁸ Vgl. J.M. van Slooten, "Het komende driekwartdwingende ontslagrecht", *TRA* 2013/76 en R.M. Beltzer, "Enkele aspecten van CAO-recht", *TAP* 2014, p. 72-76.

want dan kun je wachten tot Sint-juttemis. In de tussentijd redt de rechterlijke macht ons wel door de grootste gekkigheid er op incidentele basis uit te zeven. Zoals gebeurde door een afwijking van de driekwart dwingende ketenbepaling uit art. 7:668a BW toch toe te staan via een naburige CAO, die op zichzelf niet op de werknemer van toepassing was,¹⁶⁹ of door een afspraak uit een niet-aangemelde CAO toch te handhaven door die te zien als een stilzwijgend aanvaard derdenbeding.¹⁷⁰ De rechter treedt ook op tegen niet-representatieve vakbonden,¹⁷¹ een probleem dat ook niet overdreven moet worden.¹⁷² Verder stellen artikel 671a BW (en via dat artikel ook artikel 669 BW) en artikel 673b BW nu net kwalitatieve eisen aan de vakbonden. Vereisten die dan weer vergeten zijn in bijvoorbeeld artikelen 628, 652, 668a, 670 en 691 BW, wat het makkelijkst is te repareren door een algemeen kapstok-artikel te maken voor heel Boek 7 Titel 10, waarna artikel 671a lid 3 en 673b lid 2 BW niet meer ingevoerd hoeven te worden en uit de WWZ geschrapt kunnen worden.

Waarom hebben werkgevers zo het land aan het afspiegelingsbeginsel?¹⁷³ Zelfs al lijkt dat ietsje versoepeld te worden, doordat de minister van SoZaWe al heeft aangegeven van zijn bevoegdheid uit artikel 669 lid 4 onder b BW gebruik te zullen maken om maximaal 10% van de werknemers die afgespiegeld moeten worden en tussen de 25 en 55 jaar zijn, buiten dat proces te houden. Deze werknemers moeten dan wel een bovengemiddelde performance of potentie hebben, terwijl de werkgever dat aannemelijk moet maken en een modern HR-beleid moet voeren.¹⁷⁴ Vreemd genoeg wordt ook nog gesteld dat deze regeling weer van driekwart dwingend recht zal worden. En als je dan bedenkt dat artikel 669 lid 5 BW deze beperkingen in het geheel niet kent (je moet alleen wel een correcte CAO-commissie instellen), lijkt het me niet moeilijk te voorspellen dat deze ministeriële regeling even zelden gebruikt zal worden als de huidige regeling van art. 4:2 lid 4 Ontslagbesluit, op grond waarvan een werknemer met bijzondere kennis of bekwaamheden buiten de afspiegeling gehouden kan worden als zijn ontslag voor het bedrijf te bezwaarlijk is. En dan zijn we weer blij gemaakt met een dode mus. Werkgevers willen eigenlijk steeds zo selecteren dat de beste werknemer in de beste functie geplaatst kan worden. Ook ABN AMRO wilde dat. De bank dacht na een door de vakbondsleden geaccepteerd eindbod daar ruimte voor gekregen te hebben, omdat in dat eindbod geen selectieregels stonden. De bonden vonden evenwel dat daarom het “last in first out”-principe van het CWI gold, al was het zo dat er na selectie juist geen ontslag volgde, maar er 18 maanden (ook met Randstad) intensief werd gezocht naar een herplaatsing binnen of buiten de bank. Tijdens deze impasse zette bijna een tiental OR-en extra druk door alle adviesaanvragen over reorganisaties op de plank te leggen, een conflict dat niet juridisch werd uitgevochten,

¹⁶⁹ HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19. Vgl. R.A.A. Duk, “Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht”, *TAP* 2010, p. 162-166.

¹⁷⁰ Hof Arnhem 1 november 2005, *JAR* 2005/284. E. Verhulp, “De terugwerkende kracht van bepalingen van de CAO en artikel 4 WLV: enige beschouwingen naar aanleiding van een website” in: A. Jacobs & F. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Paris 2007, p. 103-104 stapt over het mankement van niet-aanmelden heen door de contractuele kant van de CAO te benadrukken.

¹⁷¹ Bijv. Ktr. Amsterdam 24 april 2008, *JAR* 2008/191 en Ktr. Utrecht 1 april 2009, *JAR* 2009/122.

¹⁷² I. Blekman e.a., “Nieuwe vorm van legitimering van het CAO-stelsel”, in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het CAO-recht*, reeks VvA 39, Deventer: Kluwer 2011, p. 235-236.

¹⁷³ Vgl. mijn “Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd”, *NJB* 2004, p. 1484-1486.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 47 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 81-82.

hoewel dat waarschijnlijk wel succesvol zou zijn geweest.¹⁷⁵ Zoals wel vaker bleek toen weer dat Rome niet in één dag gebouwd is en dat er ook nog eens vele wegen naartoe leiden: op 26 februari 2004 werd een akkoord gesloten, waarin eigens selectieregels gekozen werden boven het nog lastiger “last in first out”-principe, dat tot 1 maart 2006 gold. Bij de selectie was allereerst van belang of de nieuwe functie vergeleken met de oude wel of niet ingrijpend gewijzigd was. Dat werd bepaald door een door CAO-partijen geaccepteerde methode, waarbij gekeken werd naar de verandering in context, inhoud, vereisten en beoordeling van beide functies. Als de functie niet ingrijpend veranderde werd er afgespiegeld over drie brede leeftijdscategorieën, waarbij dienstjaren en kwaliteit evenveel punten opleverden. Kwaliteit moest blijken uit een aantal recente jaarlijkse beoordelingen¹⁷⁶ over en een inschatting door de oude en nieuwe manager van de kennis en competenties van de werknemer. Die beoordelingen werden overigens tijdelijk ingeruild bij de integratie met Fortis voor een assessment, omdat de bonden, die bij beide banken aan tafel zaten, te veel verschil in beoordelen in die banken zagen. Daardoor kon één slechte dag dan een eind maken aan een jarenlange goede performance. Maar goed, soms moet je wat. Verder werd nog bedongen dat de bank “sleutelfunctionarissen” buiten de afspiegeling mocht houden, wat aan de OR uitgelegd moest worden. Deze uitzondering was zwaarbevochten, maar is in de praktijk opvallend weinig gebruikt. Als de functie wel ingrijpend vernieuwd werd (in een latere CAO is afgesproken dat dit in ieder geval gold voor iedere nieuwe managementfunctie), moest de werknemer gewoon solliciteren via een “faire en transparante” procedure. Deze afspraken waren voor de leden van de vakbonden waarschijnlijk acceptabel omdat zo anciënniteit toch nog voor 50% meetelde, terwijl de bank kon denken dat er in de ruime leeftijdscategorieën weinig verschil in (punten voor de) dienstjaren zat, zodat het kwaliteitscriterium bijna als vanzelf de doorslag ging geven. In de praktijk bleek dat hoe meer geobjectiveerd de selectie was (door tot twee cijfers achter de komma de kennis en competenties uit te werken), des te minder er over de uitkomst van de selectie door werknemers te discussiëren bij geschillen daarover voor de geschillencommissie. Immers 4,39 aan punten is nu eenmaal meer dan 4,37.

Na jaren van stevig reorganiseren op kwaliteit kun je je afvragen of dat later tot opvallend positieve resultaten heeft geleid. Ik zie weinig aanleiding voor die veronderstelling. Daar kwam natuurlijk ook nog de samenvoeging met Fortis tussendoor, waarvoor overigens aan beide kanten dezelfde selectieregels in beider CAO's kwamen. Kennelijk hadden we zoveel krediet bij de vakbonden dat we toen geen strak gequoteerde integratieregels hebben hoeven afspreken, of zoals de CAO het zei: “CAO-partijen verwachten binnen de toekomstige bank een voldoende evenwichtige verdeling tussen medewerkers van de te integreren bankonderdelen. Gelet op de afgesproken plaatsingsmethodiek komt dit in de praktijk veelal neer op afspiegelen.” Soms moet je ook een beetje op de spontane processen rekenen en daar hoort dan een volstrekt rubberen formulering bij. Dat vertrouwen is gelukkig ook niet beschaamd. Bankbreed zag men achteraf een (voor de komma) gelijk percentage Fortis- als ABN AMRO-werknemers boventallig worden. Per unit waren de verhoudingen soms duidelijk anders, maar dat kwam dan met name omdat één van de banken in die bepaalde tak van sport zat. Na de integratie zag je wel

¹⁷⁵ Vgl. de latere beschikking OK 8 januari 2008, *JAR* 2008/51.

¹⁷⁶ Dat de beoordelingen daarbij wel een rol spelen, moet je de werknemers dan wel vertellen.

individuele verschillen optreden, maar dat had niet zoveel met de eerdere selectie te maken, maar met de vroegere bedrijven zelf. Fortis was klein en kende daarom nogal wat brede functies, terwijl binnen het grotere ABN AMRO (met voor ieder probleem een afdeling) meer specialisten rondliepen. De tegenwoordige tijd vraagt meer om specialisten, waardoor generalisten eerder buiten de boot (dreigen te) vallen.

Omdat bij de selectie de afspiegelingsregels uit het Ontslagbesluit werden genegeerd, kon de bank voor een gedwongen ontslag van een boventallige werknemer (voor wie eerst nog een door de bank betaalde zoekperiode voor van werk naar werk van 18 en later 12 maanden gold) niet bij het UWV terecht, maar moest men wel in contradictoire zaken naar de kantonrechter. Die hield zich in de regel netjes aan de eigen Aanbeveling 3.7 van de Kring van Kantonrechters¹⁷⁷ en volgde de berekening uit de Sociaal Plan-CAO, ook al omdat als je de vergoeding en kosten van de zoekperiode (loon, outplacement, scholing) optelde, je ruim boven een neutrale kantonrechtersformule uitkwam.

Kennelijk was de bank er bij problemen over die Sociaal Plan-CAO verder niet gerust op. Er werd namelijk (uiteindelijk) in die CAO afgesproken dat alle geschillen daarover met uitsluiting van de civiele rechter verplicht voorgelegd moesten worden aan een arbitrage-commissie, die paritair was samengesteld met een hoogleraar arbeidsrecht als neutrale voorzitter. En die CAO was geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst.¹⁷⁸ Zo'n incorporatiebeding moet overigens wel netjes geformuleerd zijn, al komt via de uitleg van dat beding volgens de Haviltex-norm ook wel een binding aan de CAO tot stand ondanks een niet (helemaal) juiste benaming daarvan.¹⁷⁹ En je kunt de tekst van het beding ook wel tussentijds verfraaien of actualiseren, door de nieuwe formulering op te nemen in brieven, waarin bijvoorbeeld loonsverhogingen, promoties, overplaatsingen en standplaatswijzigingen zijn opgenomen, en die voor akkoord door de werknemer te laten tekenen.¹⁸⁰

Anders dan Verhulp op het VAAN-congres stelde,¹⁸¹ zie ik niet in waarom een ongebonden werkgever niet via incorporatie van een CAO rechtsgeldig gebruik zou kunnen maken van de wettelijke mogelijkheden van driekwart dwingend recht, zelfs als hij niet in dat bedrijf of die branche werkt waarvoor die CAO geldt.¹⁸² Hij neemt ten slotte door z'n handtekening onder de arbeidsovereenkomst alle gevolgen daarvan (in de plus maar ook de min) voor z'n rekening, daargelaten of dat verstandig is. Waar het toch volgens de Hoge Raad om gaat is dat "in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits

¹⁷⁷ Die ziet alleen op de hoogte van de ontbindingsvergoeding en niet ook op andere CAO-afspraken: Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6384.

¹⁷⁸ Vgl. HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40.

¹⁷⁹ Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12 en HR 25 januari 2008, *JAR* 2008/55.

¹⁸⁰ Een incorporatiebeding mag ook mondeling volgens Hof Leeuwarden 21 februari 2012, *JAR* 2012/91. Of dat verstandig is, is vraag twee.

¹⁸¹ Samenvattend verslag VAAN-symposium 21 januari 2014 *Wetsvoorstel werk en zekerheid. 33818 in de praktijk gebracht*, p. 41. Ook W.J.P.M. Fase & J. Van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98-99 en R.A.A. Duk, "Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht", *TAP* 2010, p. 165. Anders G.C. Boot, "Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?", *ArbeidsRecht* 2003/5.

¹⁸² Mijn "Een geïncorporeerde CAO zomaar veranderen?", *SMA* 2006, p. 507.

deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.”¹⁸³ De werknemer is evenmin dan helemaal aan de werkgever overgeleverd: die werkgever moet immers via incorporatie steeds de handtekening en instemming van de werknemer voor die CAO ophalen. En als gebonden vakbondslicid (op termijn) die binding verbreken door zijn lidmaatschap op te zeggen.

Via een CAO-commissie ruimt de werkgever via een laagdrempelige procedure op eigen kosten de maatschappelijke rommel op die hij door te reorganiseren zelf had veroorzaakt, terwijl men binnen de commissie mooi kennis kan centraliseren, waardoor ook makkelijker een eenduidige lijn gevolgd kon worden dan via de vele kantons, met vele kantonrechters en plaatsvervangers, waar misschien eens in de zoveel tijd één zaak speelt. Daarmee wordt zo ook een (te) vrijgevege rechter buitenspel gezet.¹⁸⁴ Als overwogen wordt zo’n CAO-commissie op te tuigen, zou ik ook proberen af te spreken dat die commissie, anders dan artikel 671a lid 2 BW dat spreekt over toestemming vragen om te mogen opzeggen, als arbiter zelf mag beslissen over het ontslag. Dan ben je als je daarbij rechtsmiddelen tegen dat arbitrale vonnis uitsluit mooi in één klap klaar. En dan doet het er niet toe dat de wetgever er eigenlijk weinig van verwacht.¹⁸⁵

Kortom, een situatie vergelijkbaar met wat de wetgever nu in artikel 669 lid 5 BW samen met artikel 671a lid 2 BW voor ogen staat. En dat kan dan best goed gaan als de commissie zich scherp houdt aan de CAO-norm en mooie uitspraken in mensentaal schrijft, waarbij men zich realiseert dat de motivering met name geschreven wordt om de verliezer uit te leggen waarom hij niet heeft gewonnen.¹⁸⁶

Ik begrijp dat dit niet voor iedere werkgever is weggelegd (en we hebben ook niet zoveel hoogleraren arbeidsrecht in Nederland), maar een werkgeversvereniging zou hierbij kunnen ondersteunen, terwijl de meeste werknemers die onder een CAO vallen toch onder een bedrijfstak-CAO vallen, zodat dit probleem dan op sector-niveau wordt opgelost. Jarenlang kende de grafische industrie een op art. 32 BBA gebaseerde CAO-commissie, die over ontslag ging, terwijl het bijzonder onderwijs (waarvan de werknemers straks onder het BW vallen, terwijl ze nu van het BBA en de UWV-toets bij economisch ontslag uitgezonderd zijn) ook zo’n soort commissie als repressieve toezichthouder op ontslag heeft. Het UWV kent voor de eigen ontslagen eveneens een speciale preventieve ontslagcommissie in de CAO.

Artikel 673b lid 1 BW geeft de ruimte om af te wijken van de wettelijke transitievergoeding, al moet het dan wel om een “gelijkwaardige voorziening” gaan “gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid”. Ik denk dat dat niks wordt. Allereerst is onduidelijk wat gelijkwaardig is. Appels worden met ander fruit vergeleken. Wij rekenden tijdens de CAO-onderhandelingen alle wijzigingen minutieus door, maar kan een rechter dat? Wat kost overigens bij ABN AMRO het verlengen van een zoekperiode om van werk naar werk te gaan met één maand? En wat kost het als je door die verlenging net in de IOAW valt en je leven lang geen last meer krijgt met een vermogenstoets? En dat in een tijd

¹⁸³ HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19, r.o. 3.3.

¹⁸⁴ Ktr. Amsterdam 15 mei 2003, *JAR* 2003/149; CAO-adviescommissie ABN AMRO 21 maart 2007 en Ktr. Amsterdam 28 maart 2007, *JAR* 2007/94; Hof Amsterdam 14 april 2009, *RAR* 2010/4 en Ktr. Rotterdam 19 mei 2011, *JAR* 2011/160.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 49.

¹⁸⁶ Bijv. CAO-adviescommissie ABN AMRO 21 maart 2007 en Ktr. Amsterdam 28 maart 2007, *JAR* 2007/94 en ABN AMRO Geschillencommissie 8 oktober 2013 en Ktr. Nijmegen 7 november 2013, *JAR* 2014/1.

waarin veel huizen onder water staan? Ik denk niet dat een buitenstaander als een rechter de dynamiek van de onderhandelingen kan volgen om er daarna een prijskaartje aan te hangen. Dat prijskaartje is nu juist het geheim van de onderhandelingen en het akkoord: iedereen rekent zich op z'n eigen manier de koning te rijk. Een rechter kan de loop van een package deal ook niet volgen. En dan heb ik het nog maar niet eens over het fenomeen dat (anders dan buitenstaanders denken) het niet moeilijker, maar juist makkelijker is om tot een overkoepelende afspraak te komen als er zo veel mogelijk geschilpunten uit te onderhandelen zijn. Daarom ben ik er ook voorstander van om naast de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden-CAO tegelijkertijd de Sociaal Plan-CAO uit te onderhandelen. Hoe groter het aantal items van onderhandeling is (hoe vreemd dat ook klinkt) des te makkelijker het is om tot een algemeen CAO-akkoord te komen. En hoe moeilijker dat voor een buitenstaander, zoals de rechter, is te volgen.

Verder zijn mensen in Nederland sinds de geboorte van de kantonrechttersformule in november 1996 opgevoed met de gedachte dat iedereen recht heeft op een gouden handdruk. Dat merkte ik bij de bank ook. Alleen toen een werknemer die ontslagen moest worden me dat meldde en ik hem vroeg hoeveel het dan moest zijn, bleef het na "nou ja, gewoon een gouden handdruk" stil. Het verbaasde me dan ook niet dat het gestaalde (en vergrijsde) kader van onze vakbonden na luidruchtig verzet tegen het door de bank voorgestelde laten vervallen van de ontslagbescherming van medewerkers van 57 ½ en ouder in de laatste CAO-onderhandelingen zelf eieren voor hun geld kozen en die bescherming keurig inleverden voor een extra ontslagvergoeding van acht maandsalarissen.

Die ziekte is niet zomaar te bestrijden. Zeker niet door hen als medicijn de cash te onthouden en ze een mix toe te dienen van een cursus "hoe maak ik een cv", een paar coachingsgesprekken over hoe men "in zijn kracht" gezet kan worden en wat koffie-bijeenkomsten met andere ervaringsdeskundigen. En dat in een tijd waarin er gewoon banen te kort zijn, we op de arbeidsmarkt ouderen discrimineren en er een heleboel mensen niet in de toch al sombere statistieken zitten, omdat we bijvoorbeeld ZZP-ers en vrouwen die teleurgesteld de arbeidsmarkt de rug toekeren niet meetellen.

De partijen van het Sociaal Akkoord zullen het wel niet mogen zeggen, maar zo'n politiek correcte formulering als in artikel 673b lid 1 BW zal niet leiden tot het gebruik van die mogelijkheid. Als men dat wel wil dan dient die doeluitkering losgelaten te worden. En het vereiste van gelijkwaardigheid is oncontroleerbaar en natuurlijk de dood in de pot voor ieder alternatief.

4. Conclusie en aanbevelingen

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 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

Vindplaatsen: Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 31-34 en 106-109 (MvT); Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 45-46 en 61 (Advies RvS en Nader Rapport); Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 43-44, 52 en 62 (Nota n.a.v. het verslag).

De ontbindingsprocedure

F.M. Dekker¹⁸⁷

Artikel 671b

1. Voorgestelde regeling

Het voorgestelde artikel 671b regelt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever. De daarin neergelegde voorschriften kunnen grofweg in een drietal categorieën worden ingedeeld. Achtereenvolgens bepaalt artikel 671b:

- (i) op welke gronden de werkgever zich tot de kantonrechter kan wenden (lid 1);
- (ii) onder welke voorwaarden de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst mag overgaan (leden 2 tot en met 7); en
- (iii) de modaliteiten waaronder de ontbinding kan worden uitgesproken (leden 8 en 9).

2. Analyse en commentaar

Ad (i): De ontbindingsgronden

Het eerste lid van artikel 671b bepaalt in welke gevallen de werkgever zich tot de kantonrechter kan wenden met een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Anders dan onder het huidige recht is daarbij niet meer sprake van een open norm (“gewichtige redenen”), maar worden de ontbindingsgronden limitatief opgesomd. Volgens de tekst van artikel 671b lid 1 kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever namelijk “slechts” ontbinden:

- a. op grond van artikel 669, lid 2, onderdelen c tot en met h;
- b. indien de toestemming, bedoeld in artikel 671a, is geweigerd; of
- 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.

Met name door de onder a genoemde grond vervult artikel 671b in het voorgestelde ontslagstelsel een spilfunctie. Omdat de werkgever voor de ontslagredenen uit artikel 669, lid 2, onderdelen c tot en met h, geen toestemming voor opzegging zal kunnen aanvragen (artikel 671a beperkt deze mogelijkheid tot de gronden uit onderdelen a en b), zal opzegging zonder instemming van de werknemer op die gronden niet mogelijk zijn. De werkgever is daardoor dus gedwongen zich tot de kantonrechter te richten. Aldus wordt bewerkstelligd dat het UWV

¹⁸⁷ Mr. F.M. Dekker is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag en externe promovendus aan de RuG.

exclusief zal gaan over de bedrijfseconomische ontslagen en over ontslagen na langdurige ziekte, terwijl alle ontslagen vanwege in de persoon van de werknemer gelegen redenen via de kantonrechter gerealiseerd zullen moeten worden.

De onder b en c genoemde ontbindingsgronden maken op dit systeem een tweetal uitzonderingen. Grond b promoveert de kantonrechter tot appèlinstantie van het UWV. Indien een ontslagvergunning is geweigerd, kan de werkgever zijn geluk daarna bij de kantonrechter beproeven. Hoewel het niet expliciet uit de tekst van artikel 671b, lid 1, onderdeel b, blijkt, kan ontbinding alsdan dus ook wegens (i) bedrijfseconomische redenen of (ii) langdurige ziekte worden gevraagd. In onderdeel c van artikel 671b, lid 1, staat dit expliciet vermeld. Omwille van de uniformiteit en om verwarring op dit punt te voorkomen, is het aan te bevelen dit in onderdeel b eveneens op te nemen. Zie voor een aanvullende aanbeveling ten aanzien van dit onderdeel de bijdrage van Wits over de zieke werknemer.

Tot slot kan de werkgever bij wijze van uitzondering de rechter direct om ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige ziekte vragen, indien sprake is van een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een rechtsgeldige opzegging is in die situatie immers niet mogelijk.

Uit de memorie van toelichting valt op te maken dat het de bedoeling is de mogelijkheid van ontbinding wegens een dringende reden te handhaven.¹⁸⁸ De tekst van artikel 671b lid 1 maakt dit echter niet duidelijk. Vaak zal de dringende reden kunnen worden gebracht onder artikel 669, lid onderdeel e (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer), doch dat is niet altijd het geval. Een dringende reden kan zich volgens vaste jurisprudentie immers ook voordoen zonder dat sprake is van verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer.¹⁸⁹ Om die reden dient aan artikel 761b, lid 1, toegevoegd te worden dat een ontbindingsverzoek eveneens op een dringende reden kan worden gebaseerd.

Ad (ii): Voorwaarden voor ontbinding

De leden 2 tot en met 7 geven voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor toewijzing van een ontbindingsverzoek. Zo stelt lid 2 dat ontbinding slechts mag worden uitgesproken, indien aan de voorwaarden voor opzegging ex artikel 669 is voldaan en er geen opzegverbod van toepassing is. Op dit laatste maakt het zesde lid, behalve bij bedrijfseconomische redenen, een uitzondering voor de zogenaamde tijdens-opzegverboden. Als het ontbindingsverzoek met het betreffende opzegverbod geen verband houdt of als dit in het belang is van de werknemer, mag de kantonrechter het verzoek, ondanks de toepasselijkheid van het opzegverbod, tóch inwilligen. Lid 7 bepaalt voorts dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt, ingeval de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen.

De leden 3, 4 en 5 bevatten verder enkele vereisten voor specifieke ontbindingsgronden. Een verzoek gebaseerd op bedrijfseconomische redenen kan volgens het derde lid enkel worden gehonoreerd als de werkgever – kort gezegd – eerst alle tijdelijke arbeidskrachten de deur heeft gewezen. Verder dient een ontbindingsverzoek wegens veelvuldig ziekteverzuim

¹⁸⁸ Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 106-107.

¹⁸⁹ HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 m.nt. P.A. Steijn (Chaoibi/NS) en HR 29 september 2000, JAR 2000/223 (Van D/Nutricia).

ingevolge lid 4 gepaard te gaan met een deskundigenoordeel in de zin van artikel 629a. Dezelfde eis stelt lid 5 voor toewijzing van een verzoek vanwege het door de werknemer verzaken van diens re-integratieverplichtingen. In dat geval geldt tevens als voorwaarde dat de werkgever de werknemer eerst schriftelijk tot nakoming van die verplichtingen moet hebben gemaand of het loon om die reden moet hebben stopgezet.

Als gevolg van voormelde eisen wordt de ontbindingsrechter in het wetsontwerp aanzienlijk strakker aan de ketting gelegd dan nu het geval is. Naar aanleiding van vragen van de VVD heeft de regering laten weten zich hiervan niet alleen bewust te zijn, maar dit juist ook te beogen. Waar het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV thans hooguit enige reflexwerking in de ontbindingsprocedure hebben, is het de bedoeling dat de rechter daar straks rechtstreeks aan wordt gebonden. Als reden daarvoor geeft de regering dat het karakter van de ontbindingsprocedure in het nieuwe systeem wijzigt, in die zin dat het een reguliere ontslagroute wordt met bijbehorende criteria.¹⁹⁰ Deze redenering is lastig te rijmen met het feit dat de keuze voor de persoonsgebonden ontslagredenen nu juist op de kantonrechter is gevallen om aan te sluiten bij de huidige praktijk.¹⁹¹ Ligt daarin immers niet besloten dat reeds sprake is van een reguliere ontslagroute? Daarenboven wordt de kantonrechter de mogelijkheid tot het leveren van maatwerk voor een belangrijk deel ontnomen. De flexibiliteit waar hij thans om bekend staat, zal hierdoor (drastisch) verminderen. Het is maar de vraag of de arbeidsmarkt daarmee is gediend.

Ad (iii): De modaliteiten van de ontbinding

In de leden 8 en 9 worden regels gegeven voor de datum waartegen de kantonrechter de arbeidsovereenkomst moet ontbinden en de vergoeding die hij daarbij mag toekennen. Lid 8 heeft betrekking op de ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een tussentijds opzegbeding. Het negende lid ziet op de niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ingevolge lid 8 moet de kantonrechter bij inwilliging van het ontbindingsverzoek het einde van de arbeidsovereenkomst bepalen op het tijdstip waarop deze “bij opzegging” zou zijn geëindigd. Het ware beter hier te spreken van “bij regelmatige opzegging”, nu het bij dit voorschrift juist gaat om het bepalen van de toepasselijke opzegtermijn.¹⁹² Is de ontbinding niet het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan mag de duur van de procedure bij de kantonrechter op de ontbindingstermijn in mindering worden gebracht. Er dient wel minstens een termijn van een maand te resteren, tenzij de ontbinding is te wijten aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze regeling van de ontbindingsdatum levert een breuk op met de huidige praktijk, waarin de ontbinding veelal wordt uitgesproken tegen de eerste van de volgende maand en de fictieve opzegtermijn doorgaans voor rekening van de werknemer wordt gehouden.¹⁹³

¹⁹⁰ Nota n.a.v. het verslag, p. 42-43.

¹⁹¹ Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 25.

¹⁹² De term “regelmatige” is gekozen om aansluiting te zoeken bij het voorgestelde artikel 672, lid 9.

¹⁹³ Zie ook E. Knipschild, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid’, *TAP* 2014/1, p. 40.

Indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, is de sanctie niet slechts dat de ontbindingstermijn met de duur van de procedure wordt verlengd. De kantonrechter kan dan tevens een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen. Het is jammer dat deze bevoegdheid enkel bestaat bij ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever. Gevolg hiervan is dat de werkgever die volledig te goeder trouw heeft gehandeld dezelfde behandeling ontvangt als de werkgever die weliswaar verwijtbaar, doch niet ernstig verwijtbaar, acteert. Beide werkgevers zijn dezelfde vergoeding verschuldigd, namelijk enkel de transitievergoeding. Dit valt eigenlijk niet aan werknemers uit te leggen.

De vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet blijken de memorie van toelichting met grote terughoudendheid worden beantwoord.¹⁹⁴ Er wordt in dat verband wel gesproken van het “muizengaatje”. Hiermee – en overigens ook met de regeling van de ontbindingsdatum – wordt de bewegingsvrijheid van de kantonrechter nog verder beknot dan in de vorige paragraaf reeds is aangegeven. De bereidheid van de kantonrechter om tot ontbinding over te gaan zou als gevolg van dit alles kunnen afnemen, met als consequentie dat een dienstverband tegen beter weten in stand wordt gehouden. En daarbij is niemand – noch de werkgever, noch de werknemer, noch de arbeidsmarkt – gebaat. Het zou beter zijn lid 8 aldus aan te passen dat al een billijke vergoeding toegekend kan worden in geval van “gewoon” verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De kantonrechter krijgt daarmee de vrijheid de mate van verwijtbaarheid in de hoogte van de vergoeding uit te drukken.

In reactie op vragen van de SGP-fractie heeft de regering erkend dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent. Het daarmee rekening willen houden, zou volgens de regering echter betekenen dat de gang naar de rechter te snel zal worden gemaakt, hetgeen zij nu juist wil voorkomen.¹⁹⁵ Dit argument gaat voor de ontbindingsprocedure evenwel niet op, nu de rechter in dat geval per definitie al bij de zaak is betrokken. De gedachte van de regering dat door het bestaan van een standaardvergoeding (de transitievergoeding) het leeuwendeel van de werknemers zal instemmen met ontslag, zodat er vrijwel nooit een ontbindingsprocedure hoeft te komen, kan, gelet op de hoogte van die vergoeding, sterk worden betwijfeld. Doordat de vergoeding laag is, ligt het namelijk juist in de lijn der verwachting dat werknemers zich tegen het ontslag zullen verzetten, waardoor de gang naar de rechter alsnog gemaakt moet worden. Ook in dit opzicht bestaat er dus geen bezwaar om voormeld criterium in artikel 671b te versoepelen.

Lid 9 bevat de ontbindingsmodaliteiten in geval van een tijdelijke arbeidsovereenkomst waarin geen tussentijds opzegbeding is opgenomen. Op grond van de aanhef van dit artikellid moet de kantonrechter allereerst bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarnaast kan hij:

- a. de werknemer een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn die de arbeidsovereenkomst zonder ontbinding zou hebben voortgeduurd;
- b. de werknemer een “hogere vergoeding” toekennen, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever;

¹⁹⁴ Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34 en 108.

¹⁹⁵ Nota n.a.v. het verslag, p. 60.

- c. de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn die de arbeidsovereenkomst zonder ontbinding zou hebben voortgeduurd, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Met betrekking tot de woorden “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” in onderdelen b en c geldt dezelfde kritiek als hierboven vermeld ten aanzien van lid 8. Voor wat betreft de term “hogere vergoeding” zij voorts opgemerkt dat de memorie van toelichting geen woorden wijdt aan de betekenis daarvan. Vermoedelijk is hetzelfde bedoeld als de “billijke vergoeding” uit lid 8, maar is voor de huidige redactie gekozen vanwege de systematiek van lid 9, waarin ingevolge onderdeel a sowieso reeds een vergoeding kan worden toegekend, louter omdat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Als dit vermoeden juist is, is het evenwel beter ook in lid 9 te spreken van “billijke vergoeding”, opdat duidelijk wordt dat de vergoeding op dezelfde manier moet worden bepaald.

Een op het eerste gezicht merkwaardige omissie in artikel 671b betreft de regeling uit het huidige artikel 7:685 lid 9 en 10 BW, inhoudende dat de kantonrechter die voornemens is een vergoeding aan de ontbinding te verbinden of, anders dan verzocht, juist geen vergoeding toe te kennen, partijen daarvan in kennis moet stellen en de verzoeker de gelegenheid moet geven zijn verzoek in te trekken. Schijn bedriegt echter. Deze regeling is namelijk wél gehandhaafd, maar is overgebracht naar het zesde en zevende lid van het voorgestelde artikel 686a. Een reden daarvoor geeft de memorie van toelichting niet. Artikel 686a bevat een aantal algemene procesregels. Voormelde regeling is echter specifiek voor de ontbindingsprocedure, om welke reden het zuiverder is de inhoud van lid 6 en 7 van artikel 686a naar artikel 671b te verplaatsen.

Slotopmerking

Krachtens lid 4 van artikel 671c is elk beding waarbij de mogelijkheid voor de werknemer om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden wordt uitgesloten of beperkt, nietig. Een vergelijkbare bepaling is te vinden in de artikelen 670a, lid 7, 670b, lid 2, 671, lid 4, 670a, lid 8, en 682, lid 7. Het is mij niet duidelijk waarom artikel 671b niet eveneens met deze bepaling afsluit. Toegegeven: aangezien het doorgaans de werkgever is die de arbeidsovereenkomst opstelt, zal het in de praktijk (vrijwel) nooit voorkomen dat de bevoegdheid van de werkgever om ontbinding te verzoeken wordt uitgesloten of beperkt. In het nieuwe ontslagsysteem zouden de gevolgen daarvan evenwel onaanvaardbaar zijn. De werkgever zou de arbeidsovereenkomst op de gronden genoemd in artikel 669, lid 2, onderdelen c tot en met h, in het geheel niet meer kunnen beëindigen zonder medewerking van de werknemer. Dat kan niet de bedoeling zijn. Omwille van de volledigheid is dan ook aan te bevelen een lid met dezelfde inhoud als 671c, lid 4, aan artikel 671b toe te voegen.

Artikel 671c

1. Voorgestelde regeling

Artikel 671c is het spiegelbeeld van artikel 671b en regelt wanneer de werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. De voorschriften van dit artikel zijn in dezelfde

drie categorieën onder te verdelen als die van artikel 671b, met dien verstande dat categorieën (i) en (ii) voor artikel 671c samenvallen.

2. Analyse en commentaar

Ad (i) en (ii): De ontbindingsgronden en voorwaarden voor ontbinding

Lid 1 van artikel 671c bepaalt wanneer de kantonrechter op verzoek van de werknemer mag overgaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit is het geval indien sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn behoort te eindigen. De regering heeft hierbij welbewust aangesloten bij de formulering van het huidige artikel 7:685, lid 2, BW.

Op dit punt geldt, net als bij artikel 671b, dat het de bedoeling van de regering is de mogelijkheid van ontbinding wegens een dringende reden te handhaven.¹⁹⁶ De redactie van lid 1 sluit dit strikt genomen weliswaar niet uit, doch het verdient de voorkeur dit expliciet te maken. Zeker wanneer dit ook in artikel 671b wordt aangepast, is dit om onduidelijkheid te voorkomen aan te bevelen.

Ad (iii): De modaliteiten van de ontbinding

De leden 2 en 3 bevatten regels met betrekking tot de ontbindingsdatum en de vergoeding die daarbij kan worden toegekend. Lid 2 heeft betrekking op de ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een tussentijds opzegbeding. Het derde lid ziet op de tijdelijke arbeidsovereenkomst zonder tussentijdse opzegmogelijkheid.

Lid 2 schrijft voor dat de kantonrechter de datum bepaalt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarnaast maakt dit artikellid het voor de kantonrechter mogelijk om de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen indien deze het ontbindingsverzoek heeft ingediend vanwege ernstig verwijtbaar gedrag van zijn werkgever.

Op grond van lid 3 moet de kantonrechter allereerst bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarnaast kan hij:

- a. de werknemer een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn die de arbeidsovereenkomst zonder ontbinding zou hebben voortgeduurd, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt;
- b. de werknemer een “hogere vergoeding” toekennen, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever;
- c. de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn die de arbeidsovereenkomst zonder ontbinding zou hebben voortgeduurd, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Voor wat betreft (i) de beperking van de mogelijkheid tot toekenning van een billijke vergoeding bij “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten”, en (ii) de woorden “hogere

¹⁹⁶ Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 109.

vergoeding”, volsta ik met een verwijzing naar het commentaar op artikel 671b. Hetzelfde geldt voor het ontbreken van een regeling overeenkomstig het huidige artikel 7:685 lid 9 en 10 BW.

3. Aanbevelingen

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.

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 rextens 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.

4. De nieuwe artikelen

Artikel 671b

1. De kantonrechter kan op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst ontbinden:
 - a. (...)
 - b. **op grond van artikel 669, lid 2, onderdelen a en b**, indien de toestemming, bedoeld in artikel 671a, is geweigerd;
 - c. (...); **of**
 - d. **op grond van een dringende reden als bedoeld in artikel 677, lid 1.**
- 2-7. (...)
8. (...)
 - a. bepaalt hij het einde van de arbeidsovereenkomst op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij **regelmatige** opzegging zou zijn geëindigd, waarbij, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de duur van de periode gelegen tussen de ontvangst van het verzoek om ontbinding en de dagtekening van de ontbindingsbeschikking in mindering wordt gebracht, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert;
 - b. (...)
 - c. kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
9. (...)
 - a. (...)
 - 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

- c. kan hij, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd.
10. **Alvorens een ontbinding waaraan een vergoeding verbonden wordt, uit te spreken, stelt de rechter de partijen van zijn voornemen in kennis en stelt hij een termijn, binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken. Indien de verzoeker dat doet, zal de rechter alleen een beslissing geven omtrent de proceskosten.**
 11. **Lid 10 is van overeenkomstige toepassing indien de rechter voornemens is een ontbinding uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden.**
 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.**

Artikel 671c

1. De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst **ontbinden op grond van een dringende reden als bedoeld in artikel 677, lid 1, dan wel** wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.
2. (...)
 - a. (...)
 - b. kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
3. (...)
 - a. (...)
 - 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
 - c. kan hij, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt of de ontbinding het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd.
4. **Alvorens een ontbinding waaraan een vergoeding verbonden wordt, uit te spreken, stelt de rechter de partijen van zijn voornemen in kennis en stelt hij een termijn, binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken. Indien de verzoeker dat doet, zal de rechter alleen een beslissing geven omtrent de proceskosten.**
5. **Lid 4 is van overeenkomstige toepassing indien de rechter voornemens is een ontbinding uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden.**

6. Elk beding waarbij de mogelijkheid voor de werknemer om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, bedoeld in lid 1, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig.

Artikelen 673, 673a, 673b en 673c

Vindplaatsen: Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 72, 76-80 en 137-140 (MvT); Advies RvS, p. 8-11 en 32-36; Nader Rapport, p. 3-4 en 23-25; Nota n.a.v. het verslag, p. 64-79.

De transitievergoeding

P. Kruit¹⁹⁷

1. Doel van de voorgestelde regeling

Een van de doelen van de Wet Werk en Zekerheid is het eenduidig en eenvoudiger maken van het ontslagrecht, waarbij de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden bevorderd. Het huidige ontslagrecht zorgt volgens de wetgever zowel voor rechtsonzekerheid vanwege de veelal onvoorspelbare uitkomsten in de ontbindingsprocedure, als voor rechtsongelijkheid in uitkomst tussen opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst, met name wat betreft de (hoogte van de) ontslagvergoeding.¹⁹⁸ Met betrekking tot de ontslagvergoeding beoogt het wetsvoorstel voorts dat de vergoedingen bij ontslag worden aangewend om de mobiliteit van werknemers te bevorderen, omdat de wetgever van mening is dat de huidige ontslagvergoedingen onvoldoende productief worden ingezet voor het vinden van nieuw werk.¹⁹⁹ Daarnaast is een doelstelling van de wetgever om de (in haar ogen te) hoge ontslagvergoedingen te beperken. Momenteel zijn de ontslagvergoedingen via de kantonrechter niet alleen afhankelijk van de duur van het dienstverband, maar ook van de leeftijd van de werknemer.²⁰⁰ Niet alleen lopen hierdoor de ontslagvergoedingen van oudere werknemers soms enorm op, maar ook kunnen werkgevers hierdoor terughoudend zijn met het aannemen van oudere werknemers, terwijl de oudere werknemers zelf ook niet van baan willen veranderen, omdat ze hiermee opgebouwde ontslag(vergoedings)bescherming prijsgeven, aldus de wetgever. De mobiliteit van de oudere werknemer wordt hiermee afgeremd in plaats van bevorderd. Om de hiervoor beschreven doelen (a. gelijkheid in ontslagvergoeding tussen opzegging en ontbinding, b. het reduceren van (te) hoge ontslagvergoedingen en c. het bevorderen van transitie van werk naar werk) te bereiken introduceert de wetgever in de artikelen 673-673c BW van het wetsvoorstel een transitievergoeding die in de plaats komt van de huidige ontbindingsvergoeding op basis van de kantonrechtersformule en de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. De transitievergoeding heeft een forfaitair karakter en biedt geen ruimte voor het verdisconteren van eventuele verwijtbaarheid. Indien de werkgever zich echter ernstig verwijtbaar heeft gedragen, kan door de rechter een aanvullende billijke vergoeding worden toegekend om dit ernstig verwijtbaar handelen te sanctioneren.

¹⁹⁷ Mr. dr. P. Kruit is advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam.

¹⁹⁸ Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 23-24.

¹⁹⁹ Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 24.

²⁰⁰ Vanwege de berekening van de A-factor op basis van het aantal gewogen dienstjaren.

2. Analyse en commentaar

De eerste doelstelling die de wetgever heeft gesteld met het introduceren van een nieuw stelsel van ontslagvergoedingen is het creëren van gelijkheid in de hoogte van de ontslagvergoeding tussen de opzeggings- en ontbindingsprocedure. De transitievergoeding ex artikel 673 BW is krachtens lid 1 van dit artikel verschuldigd zowel bij opzegging als ontbinding van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, alsmede indien de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd) op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet. Ook indien de werknemer het initiatief tot beëindiging of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst heeft genomen, maar hieraan ten grondslag ligt ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, is de transitievergoeding verschuldigd. De enige voorwaarde die wordt gesteld, is dat de arbeidsovereenkomst minimaal 24 maanden moet hebben geduurd. Het uitgangspunt is dat de transitievergoeding altijd door de werkgever moet worden betaald. Hierop is slechts een beperkt aantal (limitatief opgesomde) uitzonderingssituaties:

- de beëindiging geschiedt voor de dag dat de werknemer de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid bedraagt ten hoogste 12 uur per week (673 lid 7 BW);
- de werknemer heeft de pensioengerechtigde leeftijd bereikt (673 lid 7 BW);
- de beëindiging is het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (673 lid 7 en 8 BW);
- de werkgever verkeert in staat van faillissement, surseance van betaling of op hem is de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing (673c BW).

Nu de transitievergoeding in beginsel altijd van toepassing is bij opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst, als ook bij het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, lijkt de door de wetgever nagestreefde rechtsgelijkheid met de voorgestelde regeling van de transitievergoeding te worden bereikt.

De tweede doelstelling van de wetgever met de nieuwe ontslagvergoedingsregels is het terugdringen van de (te) hoge ontslagvergoedingen. Thans is de gemiddelde hoogte van de ontbindingsvergoeding al jarenlang ongeveer 1 maandsalaris per gewerkt jaar,²⁰¹ terwijl de gemiddelde hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding ongeveer 0,6 maandsalaris per gewerkt jaar bedraagt.²⁰² In absolute bedragen is in het huidige ontslagrecht zowel bij de ontbindingsvergoeding als bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding geen maximumbedrag aan de toe te kennen vergoeding gekoppeld. De rechter heeft hierin volledige vrijheid. De transitievergoeding zal op grond van lid 2 van artikel 673 BW met 1/3 maandsalaris voor de eerste tien gewerkte jaren en ½ maandsalaris voor de jaren die de werknemer langer dan tien jaar bij de werkgever heeft gewerkt, substantieel lager uitvallen dan thans met toepassing van de kantonrechtformule het geval is. Ook ten opzichte van de huidige kennelijk onredelijk ontslagvergoeding brengt de transitievergoeding een verlaging van de vergoeding met zich.

²⁰¹ P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 getoetst*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012.

²⁰² P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2012: het einde van een tijdperk Loonstatistiek', *ArbeidsRecht* 2013, 32.

Daarnaast staat in het nieuwe artikel 673 lid 2 BW dat de maximaal toe te kennen transitievergoeding € 75.000 of een jaarsalaris bedraagt, indien een werknemer meer dan € 75.000 per jaar verdient.²⁰³ Nu de transitievergoeding een geforfaiteerd bedrag met een relatief laag maximum is en er voor de rechter geen mogelijkheid bestaat om van de transitievergoeding af te wijken, zal naar mijn mening de ontslagvergoeding inderdaad – zoals de wetgever wenst – afnemen. Ook de tweede doelstelling van de wetgever lijkt aldus te worden bereikt.

Hierbij moet echter worden opgemerkt dat de afname van de hoogte van de ontslagvergoeding weliswaar een algehele verlaging betreft, maar dat de ontslagkosten voor veel kleine werkgever die normaliter de (kosteloze) UWV-route bewandelen sterk zullen stijgen. Deze (veelal MKB-)werkgevers zullen immers bij ieder ontslag de transitievergoeding moeten betalen, daar waar zij thans in veel gevallen geen vergoeding zijn verschuldigd na het doorlopen van de UWV-procedure. Er vindt de facto dus een nivellering van de ontslagkosten plaats, waarvan naar mijn verwachting vooral kleinere werkgevers de dupe zijn. Het gevolg hiervan is dat juiste deze kleine werkgevers voorzichtiger zullen worden om werknemers aan te nemen, waardoor de arbeidsmobiliteit juist wordt verkleind in plaats van vergroot. De doorrekening van de Wet Werk en Zekerheid door het CPB toont aan dat de voorgestelde wijzigingen in het ontslag(vergoedings)recht geen positief effect op de werkgelegenheid zullen hebben.²⁰⁴

Daarnaast wijs ik uitdrukkelijk op de mogelijkheid om bij (vaststellings- of (collectieve) arbeids)overeenkomst in voor de werknemer positieve zin af te wijken van de transitievergoeding. Indien van deze mogelijkheid op grote schaal gebruik gaat worden gemaakt – bijvoorbeeld om langdurig procederen over het ontslag af te kopen – is nog maar de vraag in hoeverre de ontslagvergoedingen uiteindelijk daadwerkelijk zullen dalen.²⁰⁵ Mijn advies is om schriftelijke afwijking van de transitievergoeding nietig te verklaren en enkel afwijkingen bij cao toe te laten, nu de sociale partners voldoende zijn geëquipeerd om een gelijkwaardige regeling overeen te komen. De kans is groot dat de discussie over de hoogte van de ontslagvergoeding anders zal verplaatsen naar de aanvang van de arbeidsovereenkomst en/of het sluiten van de beëindigingsovereenkomst. Daarnaast voorkomt nietigheid van afwijken van de transitievergoeding dat de kantonrechter de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst afwijst, zodat partijen onderling tot een voor de werknemer gunstiger regeling kunnen komen. De transitievergoeding wordt aldus echt de enige financiële compensatie voor de werknemer bij ontslag.

Voorts verdient opmerking dat de wetgever de oudere werknemer heeft willen beschermen tegen een al te grote teruggang in zijn ontslagvergoeding door tot 2020 een overgangsregeling in artikel 673a BW op te nemen, waarbij werknemers die bij het einde van de arbeidsovereenkomst 50 jaar of ouder en minimaal 10 jaar in dienst van de werkgever zijn voor de dienstjaren boven het 50e levensjaar een transitievergoeding van een maandsalaris per gewerkt jaar krijgen. Deze uitzonderingssituatie voor oudere werknemers geldt overigens niet indien de werkgever gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had in de tweede helft

²⁰³ Voor een uitvoerige bespreking van het plafond van € 75.000 verwijs ik naar de bijdrage van Hansma.

²⁰⁴ CPB Notitie 27 november 2013, *Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor werkgelegenheid*, p. 5.

²⁰⁵ P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/1, p. 52-59.

van het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar van ontslag. Met deze 'uitzondering op de uitzondering' wordt beoogd om kleine werkgevers tegemoet te komen. Hoewel bij de inhoud van artikel 673a BW op zich al vraagtekens kunnen worden geplaatst (zie de bijdrage van Hansma), leek in eerste instantie ook tekstueel wel het een ander op deze bepaling aan te merken. De oorspronkelijke formulering van artikel 673a lid 1 BW leek namelijk te suggereren dat de oudere werknemer die onder deze regeling valt over de periode van zijn dienstverband voor het bereiken van de 50-jarige leeftijd in het geheel geen transitievergoeding opbouwt. Daarnaast leek ook de maximering van € 75.000 of een jaarsalaris niet van toepassing te zijn op de oudere werknemer van artikel 673a BW. In de nota van wijziging is echter een aanpassing voorgesteld waarin deze onbedoelde effecten van artikel 673a ongedaan zijn gemaakt.²⁰⁶

Tot slot wijs ik op het ontbreken van een bepaling waarin de transitievergoeding wordt gemaximeerd tot het gederfde loon tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd. Er is geen enkele reden om een werknemer een hogere transitievergoeding toe te kennen dan het maximaal te derven inkomen tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, nu ieder bedrag daarboven noch de transitie van deze werknemer, noch het compenseren van de gevolgen van het ontslag als doel dient.

De derde doelstelling van de wetgever met de invoering van de transitievergoeding is het bevorderen van de transitie van werk naar werk van de ontslagen werknemer. Hoewel deze doelstelling als zodanig in de memorie van toelichting wordt genoemd, blijkt uit de tekst van artikel 673 BW niet dat de werknemer op enigerlei wijze gehouden is om (een deel van) zijn transitievergoeding daadwerkelijk te besteden aan employability bevorderende maatregelen zoals scholing of outplacement. De wetgever stimuleert de werkgever weliswaar om al tijdens het dienstverband te investeren in employability van zijn werknemers, nu de tijdens het dienstverband gemaakte kosten dienaangaande krachtens lid 6 van artikel 673 BW op de transitievergoeding in mindering mogen worden gebracht, maar dit biedt onvoldoende waarborg dat de werknemer de (resterende) transitievergoeding daadwerkelijk zal inzetten voor begeleiding van werk naar werk. Daarnaast ben ik met Bouwens van mening dat ook door de werkgever aangeboden, maar door de werknemer geweigerde scholing op de transitievergoeding in mindering mag worden gebracht.²⁰⁷ De werknemer mag niet 'beloond' worden voor een non-coöperatieve opstelling ten aanzien van zijn employability. In plaats van het uitkeren van de transitievergoeding bij het einde van het dienstverband, is een beter alternatief om de transitievergoeding te storten in een 'transitiefonds', waaruit de werknemer financiële middelen kan putten voor scholing, outplacement en andere employability bevorderende maatregelen. Dit fonds zou de werknemer dan ook tijdens de arbeidsovereenkomst al kunnen aanwenden om daarmee de transitie van werk naar werk al gaandeweg het dienstverband in te zetten. Voorts wordt hiermee voorkomen dat de transitievergoeding uiteindelijk door de werknemer zal worden aangewend voor andere uitgaven dan het vergroten van zijn employability. Een derde voordeel van het storten van de transitievergoeding in een transitiefonds is dat de werknemer ook indien hij zelf ontslag neemt aanspraak heeft op de transitievergoeding. Hierdoor wordt de arbeidsmobiliteit daadwerkelijk

²⁰⁶ Nota van wijziging, p. 4.

²⁰⁷ Deze stelling nam Bouwens in tijdens het VAAN-symposium over de Wet Werk en Zekerheid op 21 januari 2014.

bevorderd, omdat de kans groot is dat werknemers in de thans voorgestelde regeling alsnog wachten tot de werkgever stappen onderneemt, nu dit immers wordt beloofd met een transitievergoeding.²⁰⁸ Tot slot merk ik op dat in de geboden afwijkingsmogelijkheid van de transitievergoeding bij cao ex artikel 673b BW is bepaald dat de transitievergoeding zelfs volledig buiten toepassing kan worden gelaten, mits er een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. In deze bepaling is aldus het bestemmingsvereiste wel uitdrukkelijk opgenomen.

3. Aanbevelingen

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.

4. Nieuw artikel 673

Artikel 673 als volgt aanpassen:

²⁰⁸ C.J. Loonstra en P.Th. Sick, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?', *TAP* 2014/1, p. 4-13.

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 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

(MvT p. 39-41 en 111-114; Advies RvS/Nader rapport p. 11, 44-45 en 60; Nota naar aanleiding van het Verslag p. 67-68, 73 en 75-76; Nota van Wijziging p. 4 en 16-17)

R. Hansma²⁰⁹

EVEN WENNEN: IEDEREEN EEN LODEN GOUDEN HANDDRUK

1. Wetsontwerp WWZ

Artikel 673 lid 2 BW verlaagt ten opzichte van de huidige kantonrechtersformule de opbouw van de vergoeding en maximeert de transitievergoeding op EUR 75.000 of op een jaarloon, bij een jaarloon van meer dan die EUR 75.000. Werknemers van 50 jaar of ouder krijgen tot 1 januari 2020 als ze minstens 10 jaar in dienst zijn bij dezelfde werkgever nog een hogere opbouw van een maandsalaris per dienstjaar na hun 50^e jaar, maar het plafond geldt ook gewoon voor hen (artikel 763a lid 1 BW). Kleine werkgevers met minder dan 25 man of door de minister van SoZaWe aangewezen werkgevers zijn juist weer van dit overgangsrecht in de opbouw uitgezonderd (artikel 673a lid 2 en 3 BW). De transitievergoeding wordt verminderd met de kosten die de werkgever heeft gemaakt om de werkloosheid te voorkomen of te bekorten, eerder betaalde ontslagvergoedingen, of de kosten om de employability van de werknemer te bevorderen (artikel 673 lid 5 en 6 BW).

2. Parlementaire stukken

De belangrijkste reden voor de maximering is “dat te hoge ontslagkosten voor werkgevers worden voorkomen en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie. Een transitievergoeding van maximaal een jaarsalaris wordt voor hen afdoende geacht omdat zij vaak sneller werk vinden en eerder de inkomensderiving als gevolg van ontslag kunnen opvangen. Voor werknemers met lagere inkomens is een jaarsalaris wellicht niet toereikend.”²¹⁰ De uitzondering voor oudere werknemers wordt goedgepraat door te wijzen op de huidige minder gunstige arbeidsmarktpositie, die niet alleen door de werknemer gedragen moet worden, terwijl de uitzondering daarop voor kleine werkgevers weer wordt gemotiveerd door te wijzen op de relatief zware overgangsbepalingen voor oudere werknemers, het ontbreken van herplaatsingsmogelijkheden en het feit dat zij juist vaak gebruik maken van de goedkope UWV-route.²¹¹ Het verrekenen van allerlei opleidingskosten wordt beargumenteerd met de gedachte dat de werkgever zo gemotiveerd blijft te investeren in de ontwikkeling van zijn personeel,

²⁰⁹ Lid ontslagadviescommissie UWV Noordwest en UWV-ontslagcommissie; voormalig hoofd Arbeidszaken en Overlegzaken ABN AMRO.

²¹⁰ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 39.

²¹¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 41.

waarbij de scholingskosten die nodig zijn voor de functievervulling buiten beschouwing moeten blijven.²¹²

De Raad van State merkt (terecht) op dat door z'n ongerichtheid de transitievergoeding "in de praktijk in feite de voortzetting zal vormen van de huidige onbestemde en ongerichte ontslagvergoeding".²¹³ Ook ziet de raad geen correlatie tussen inkomen en arbeidsmarktpositie, waarbij er gewezen wordt op het feit dat een lager betaalde werknemer met een slechtere arbeidsmarktpositie vastgepind wordt op EUR 75.000, terwijl een ander met betere perspectieven en een hoger salaris, een hogere transitievergoeding krijgt. Het kabinet wil het voorstel echter niet herzien, omdat "gelet op de berekeningsmethode van de transitievergoeding niet snel sprake zal zijn van een transitievergoeding die raakt aan het gestelde maximum."²¹⁴

3. Commentaar

Dat de ontslagvergoeding wordt gekortwiekt, lijkt me verstandig.²¹⁵ De lagere opbouw uit artikel 673 lid 2 BW doet dat zo rigoureuus dat het kanon van de maximering vaak niet eens in stelling gebracht hoeft te worden. Reken maar mee. Pas bij 27 dienstjaren (voor ouderen zoals een 55-jarige bij circa 22 jaar) kom je als veelverdiener aan de grens van het jaarloon. De gemiddelde anciënniteit is voor 25-jarigen circa drie jaar, voor 35-jarigen zo'n zeven jaar en voor 45-jarigen ongeveer 11 jaar.²¹⁶ En Jan Modaal krijgt EUR 2.585 per maand aan inkomen. Die komt tegen de grens van de EUR 75.000 aan bij zo'n 45 dienstjaren, maar moet dan wel gebruik maken van de tijdelijke extra opbouw voor ouderen en komt dan uit op een leeftijd van 65 jaar. Bij tweemaal modaal stoot een 50-jarige zich aan die grens bij circa 22 dienstjaren. Om te werken met gemiddeldes kan natuurlijk gevaarlijk zijn; iemand die niet kan zwemmen kan ook verdrinken in een plas van gemiddeld een halve meter diep. Ik schat in dat de gemiddelde ontslagvergoeding enkele tienduizenden Euro's bedraagt,²¹⁷ maar goed, ik ken ook een bank waar gemiddeld (veel) meer wordt meegegeven, wat eenvoudig komt door een combinatie van een redelijk hoge leeftijd, een anciënniteit van bijna 20 jaar, terwijl de hoogste CAO-schaal een jaarinkomen van circa EUR 140.000 indiceert. Daar zal het sociaal plan minder duur moeten worden, want de maximering heeft natuurlijk reflexwerking (leg ook maar als werkgever uit waarom je meer zou betalen dan de wetgever verlangt), net zoals de per 2009 geldende verlaging van de opbouw van de A-factor in de kantonrechtersformule (na een paar jaar) leidde tot een vergelijkbare aanpassing in de meeste sociale plannen.²¹⁸ Al moet je dan wel door de kille cijfers heen kijken en nog even denken aan wat ik maar de schizofrenie van de

²¹² *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 112.

²¹³ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 11. De Nota naar aanleiding van het Verslag spreekt modern over "een eigen, hybride, karakter" (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 64).

²¹⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 60.

²¹⁵ Mijn "Weg met de rechterlijke loongolf", *NJB*, 1996, p. 1635, "Naschrift", *NJB*, 1997, p. 212-213 en "De collectieve waanzin rond de kantonrechtersnorm", *NJB*, 2000, p. 363-365.

²¹⁶ CBS, *Veranderende beroepsloopbanen van mannen en vrouwen*, Den Haag: CBS 2013, p. 11-13.

²¹⁷ Panteia, *Ontslagkosten van werkgevers in 2012*, Zoetermeer: Panteia 2013. p. 45 noemt als gemiddelde voor de opzegging EUR 6.684, de ontbinding EUR 34.859 en wederzijds goedvinden EUR 18.159.

²¹⁸ De kwartaal-quickscan van het AWWN over de ontwikkeling van de kantonrechtersformule in de sociale plannen (januari 2014) geeft aan dat nu 76% van die plannen op de nieuwe formule staat.

polder noem: de A-factor van de nieuwe formule mag dan overgenomen zijn, maar soms gebeurde dat gelijk met een verhoging van de C-factor, zodat de vergoeding per saldo gelijk bleef. Zo doen onderhandelaars dat als ze tot een (onmogelijk) compromis moeten komen.

Kortom, de maximering tot EUR 75.000 zal meestal onbenut blijven. En dan kun je twee kanten op redeneren: waarom te hoop lopen tegen een maximering waar je niet vaak last van hebt óf waarom een maximering in de wet opnemen als die in de praktijk toch weinig effect sorteert? Ik kies er dan voor alleen maar nuttige dingen in wetgeving op te nemen.

Soms geeft die maximering, waarbij eerst op grond van het jaarinkomen de schapen van de bokken gescheiden worden, waarna pas het aantal hele halve dienstjaren geteld kan worden, ook rare uitkomsten. Want waarom zou een werknemer jonger dan 50 met een inkomen van EUR 74.900 bij zo'n 27 dienstjaren een maximale vergoeding van EUR 75.000 krijgen, maar een even oude werknemer met een inkomen van EUR 150.000 bij dezelfde anciënniteit een vergoeding van EUR 150.000 moeten krijgen, terwijl het kabinet de arbeidsmarktpositie van die laatste juist als beter inschat? Minister Asscher wijst dan wel als rechtvaardiging op de (hogere) vaste lasten van die groep,²¹⁹ maar ook laagbetaalden hebben zulke lasten (die misschien wel zwaarder in het gezinsbudget wegen), terwijl men met een hoger inkomen natuurlijk ook niet verplicht is een grotere hypotheeklening te nemen. En waarin verschilt nu de arbeidsmarktpositie van een werknemer met een jaarinkomen van net onder die EUR 75.000 met die van een collega die net boven die norm zit? De regering zwakt dit argument ook (terecht) af in het Nader Rapport, al leidt dit via een nieuwe globale, niet-onderbouwde redenering (werknemers met een hoger inkomen hebben vaker een hogere opleiding en zijn daarom minder vaak (langdurig) werkloos)²²⁰ niet tot het laten vervallen van de inkomensgrens. Waar komt die befaamde EUR 75.000 eigenlijk vandaan? Het bedrag kwam voor in de adviesaanvraag aan de STAR van 3 juli 2007 van het kabinet Balkenende IV (CDA, PvdA, CU), waarin de uitruil zat van het vervallen van de preventieve ontslagtoets tegenover een wettelijke ontbindingsvergoeding van EUR 75.000 (voor 40-jarigen en ouder EUR 100.000) of een jaarsalaris als dat jaarsalaris hoger was. Nadat de STAR verdeeld adviseerde en ook de Raad van State negatief bleek, werd in februari 2009 het wetsontwerp Wet Limitering Ontbindingsvergoeding ingediend. Minister Donner stelde in de Memorie van Toelichting dat de grens van de EUR 75.000 een afspraak was met sociale partners tijdens het Najaarsoverleg van 7 oktober 2008,²²¹ maar verzuimde daarbij te vertellen dat het bedrag door hemzelf was ingestoken. Uiteindelijk heeft minister Asscher dit wetsvoorstel begin 2013 ingetrokken.²²²

We vinden de knip bij EUR 75.000 ook terug in de Wet Normering bezoldiging Topfunctionarissen (semi)publieke sector (WNT). In het regeerakkoord (en niet het gedoogakkoord met de PVV) van Rutte I (VVD, CDA en PVV) stond dat de ontslagvergoeding in die sector gemaximeerd werd op EUR 75.000, terwijl het regeerakkoord Balkenende IV (CDA, PvdA, CU) in navolging van het 7^e advies van de commissie-Dijkstal nog over een jaarsalaris sprak. Minister Donner motiveerde deze verandering in de Nota naar aanleiding van een

²¹⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 60.

²²⁰ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 60. Vgl. www.hoelangwerkloos.nl, genuanceerd door J.J.J. Janse de Jonge & K. Hakvoort, "De kennelijke onredelijkheid van de rekentool www.hoelangwerkloos.nl", *TAP*, 2013, p. 236-239.

²²¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 862, nr. 3.

²²² *Kamerstukken II 2012/13*, 31 862, nr. 19.

Verslag vrij kortaf, door op te merken dat een vergoeding van een jaarsalaris hem “nog te hoog” was, zodat hij op een plafond van EUR 75.000 uitkwam voor alle bestuurders.²²³ Daarbij zal wel op de achtergrond hebben meegespeeld dat eigenlijk al die bestuurders een jaarsalaris fors boven die EUR 75.000 hebben, zodat een vergoeding van een jaarsalaris de echte gouden handdrukken nauwelijks effectief aan banden legt. De ontbindingsrechter voor wie dit plafond officieel niet geldt, reageert weinig enthousiast op deze wettelijke grens.²²⁴ Dat belooft nog wat voor het “muizengaatje” uit artikel 673 lid 7 onder c BW!

De achtergrond bij beide wetsontwerpen was overigens de vileine cocktail van de kantonrechtformule met zijn doorgesloten ontbindingsvergoedingen, de crisis en de jaloezie richting falende bestuurders, waarvan de ontslagvergoeding uit de publieke middelen komt, terwijl werknemers waarvan de werkgever failliet gaat weten dat er voor hen niets overblijft.²²⁵

De grens van EUR 75.000 is nergens op gebaseerd, maar zong gewoon al wat langer in Den Haag rond en lag op het ministerie van SoZaWe in het “to do”-laadje, waarin steevast gekeken wordt als er weer een voorstel over ontslagrecht geschreven moet worden.

Ik zie wel in dat arbitraire grenzen natuurlijk steeds ellende geven. Ze leiden tot ontduiking en ontwijking en zijn door gebrek aan grondslag verweesd, uiteindelijk lust niemand ze. Daarom moeten we ze ook zo weinig mogelijk in wetgeving opnemen. Dat pleit voor het laten vervallen van ten minste één van de twee maxima uit artikel 673 lid 2 BW, want anders krijgen we ontduiking/ontwijking en onbegrip in het kwadraat. Ik kies dan voor het wegkrassen van de EUR 75.000. Zo ontstaat voor iedereen de grens van één jaarinkomen, zoals bijvoorbeeld in de Corporate Governance Code (best practice-bepaling 11.2.8) of Code Banken (bepaling 6.3.2). Deze grens kwam ook voor in de op het Kunduz-akkoord (VVD, CDA, D66, CU en Groen Links) geïnspireerde Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW van minister Kamp.²²⁶ En het past ook prima in de transitie-gedachte van dit wetsontwerp, omdat de werknemer zo de financiële ruimte krijgt in een begrensde periode de stap naar een andere baan te maken. Minister Asscher verdedigt de 75K-grens ook met weinig overtuiging: “Voor werknemers met lagere inkomens is een jaarsalaris wellicht niet toereikend.”²²⁷

Je kunt erop wachten dat werknemers die goed in de markt liggen het wettelijk beperken van de ontslagvergoeding gaan omzeilen door vooraf een hogere vergoeding af te spreken, de golden parachute. En zo komen de graaiers er weer mee weg. Dat is fnuikend, zeker in het huidige sentiment. Daarom zou ik nu we hier een handhavingsmechanisme als van de WNT (alles boven de EUR 75.000 is onverschuldigd, verrekening met subsidie, dwangsom) moeten missen, wel wat voelen voor een bepaling dat iedere van de wet afwijkende afspraak over een

²²³ *Kamerstukken II 2010/11*, 32 600, nr. 8, p. 2.

²²⁴ Niet enthousiast zijn Ktr. Wageningen 4 december 2012, *JAR 2013/85*; Ktr. Eindhoven 13 maart 2013, *RAR 2013/84*; Ktr. Eindhoven 22 oktober 2013, *JIN 2013/192*; Ktr. Eindhoven 22 oktober 2013, *JAR 2013/289*; Ktr. Maastricht 6 december 2013, *JAR 2014/26*; Ktr. Enschede 23 december 2013, *ECLI:NL:RBOVE:2013:3505*. Positief zijn Ktr. Breda 20 juni 2013, *JAR 2013/166*; Ktr. Leeuwarden 4 juli 2013, *RAR 2013/143*; Ktr. Breda 27 september 2013, *RAR 2014/10*; Ktr. Rotterdam 25 oktober 2013, *JAR 2013/293*. Vgl. Ktr. Utrecht 30 augustus 2012, *JAR 2012/254* en Ktr. Rotterdam 27 mei 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:3853*.

²²⁵ Zie voor de reeks affaires J.A. de Hoog, *De toezichthouder*, Delft: Eburon 2013.

²²⁶ Bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 400.

²²⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 73.

ontslagvergoeding nietig is.²²⁸ Natuurlijk kan men tegenwerpen dat dit alles een forse inbreuk is op de contractsvrijheid die binnen het burgerlijk recht regel is, maar ik zie geen andere mogelijkheid. Die nietigheid moet je eigenlijk nog versterken door de WW te verminderen met de vergoeding boven één jaarinkomen of het zwaarder belasten (zowel bij de werkgever als de werknemer) van het meerdere, omdat alleen de nietigheid me niet voldoende lijkt, aangezien beide partijen er een welbegrepen eigenbelang bij hebben die nietigheid juist niet in te roepen. Voor het overgangsrecht van artikel 673a BW voel ik niet veel. Het belemmert overigens ook de mobiliteit van ouderen. Natuurlijk zijn 50-jarigen kwetsbaar door hun zwakke arbeidsmarktpositie, maar geldt dat niet voor iedereen met zo'n positie? En is men gezien de kansen op de arbeidsmarkt al niet bij 40 of zeker 45 jaar uitgerangeerd? Verder komt het me opvallend rooskleurig voor dat de situatie voor ouderen per 1 januari 2020 zodanig verbeterd is, dat deze wetsbepaling dan kan verdwijnen. Nee, dit overgangsrecht is de knieval voor de vergrijpsde achterban van de vakbonden.

In ieder geval lijkt het me logischer deze wetsbepaling te reserveren voor werknemers die bij de inwerkingtreding van de wet 50 jaar of ouder zijn, en om bij de uitzondering voor kleine werkgevers aansluiting te zoeken bij een bekende grens, zoals 50 man personeel uit de Wet op de Ondernemingsraden. En de formulering moet wat scherper, zoals ook P. Kruit in zijn bijdrage "De transitievergoeding" al opmerkt, want nu lijkt het alsof de werknemer vóór zijn 50^e geen enkele vergoeding opbouwt. Ik zou dat niet verstoppen zoals nu gebeurt in de toelichting op de Nota van Wijziging,²²⁹ want die zijn we straks allemaal vergeten, maar gewoon zoals het hoort in de wetstekst. Onduidelijk was of de maximering uit artikel 673 lid 2 BW voor dit overgangsrecht gold,²³⁰ maar de Nota van Wijziging stelt nu voor in artikel 673a lid 1 BW alleen maar af te wijken van de opbouw uit de eerste zin van artikel 673 lid 2 BW en daarmee niet van het plafond van EUR 75.000 (of één jaarinkomen), zodat dat ook voor ouderen geldt.²³¹

De grens van één jaarinkomen is mooi eenvoudig en zal daarom een Poolse landdag en onnodige juridische kosten voorkomen. En dat moeten we zo proberen te houden. De inverdienposten uit artikel 673 lid 6 BW (kosten die de werkgever heeft gemaakt om de werkloosheid te voorkomen of te bekorten, of de kosten om de employability van de werknemer te bevorderen) dreigen die helderheid te vertroebelen. In navolging van werkgeversvoorzitter Wientjes op het VAAN-congres van 21 januari 2014²³² zou ik daarom die posten maar snel vergeten als ze teveel discussie oproepen. Hoewel de regeling natuurlijk wel goed past in de transitie-gedachte, maar als je die zou doortrekken, zou je de transitievergoeding ook niet rechtsreeks aan de werknemer moeten betalen, maar moeten zien als een budget, waaruit de werknemer op declaratie-basis zijn kosten voor het bevorderen van

²²⁸ Ook P. Kruit komt in zijn bijdrage "De transitievergoeding" tot nietigheid, al bepleit hij daarbij ook een afwijkingmogelijkheid bij CAO, wat problematisch is omdat deze soort werknemer vaak buiten een CAO valt en vakbonden vanuit hun welbegrepen eigenbelang voor deze veelal niet-leden ook vrijwel nooit in de bres willen springen.

²²⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 17.*

²³⁰ De Memorie van Toelichting spreekt eerst over een "hogere rekenmaatstaf" (*Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 40 en 41*), maar later op pagina 113 over een "tijdelijke uitzondering (...) op de hoogte van de verschuldigde transitievergoeding".

²³¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 4 en 17.*

²³² Samenvattend verslag VAAN-symposium 21 januari 2014 *Wetsvoorstel werk en zekerheid. 33818 in de praktijk gebracht*, p. 47.

zijn inzetbaarheid kan claimen,²³³ al is dat wel fraudegevoelig. Maar deze transitie-gedachte uit het Kunduz-akkoord van 25 mei 2012 werd al binnen een maand toch al door minister Kamp verlaten in de uitwerking daarvan, de Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW.²³⁴

De regeling stelt je ook voor vragen als wat je moet doen met kosten voor een door de werkgever aangeboden cursus om de employability te vergoten, die de werknemer weigert te doen? Bouwens was daar op het VAAN-congres van 21 januari 2014 (vanuit de transitie-gedachte terecht) snel klaar mee: die kosten konden in mindering op de vergoeding gebracht worden.²³⁵ Maar een werknemer, die net van de wetgever een standaard-vergoeding heeft gekregen, zal niet accepteren dat de soms forse opleidings- of outplacementkosten zijn bescheiden vergoeding snel opsoupeert; hij moet er nog wel wat aan over houden. Daarom verwacht ik van verrekening in de praktijk niet zoveel, hoe principieel juist dat ook zou zijn.

Door het afschaffen van de kantonrechtersformule vervallen ook de daarop gebaseerde Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. En dat is jammer voor Aanbeveling 3.5, waarin staat dat de vergoeding niet hoger dient te zijn dan de inkomensderving tot aan pensioen. Daarmee wordt voorkomen dat een bijna gepensioneerd niet meer ontslagen wordt, omdat dat (veel) te duur is en partijen dan maar de rit gaan uitzitten. Daarom dient een vergelijkbare regeling in de wet opgenomen te worden.

4. Conclusie en aanbevelingen

De ontslagvergoeding dient gemaximeerd te worden op één jaarinkomen, terwijl nog een bepaling opgenomen dient te worden om te voorkomen dat de ontslagvergoeding hoger wordt dan de inkomensderving tot aan pensioen.

Iedere afspraak, waarin een hogere dan de wettelijke ontslagvergoeding wordt afgesproken, is nietig, eventueel versterkt door de WW te verminderen met de vergoeding boven dat wettelijk maximum of het zwaarder belasten (zowel bij de werkgever als de werknemer) van het meerdere.

Het overgangsrecht van artikel 673a BW vervalst. Als dat politiek niet te verkopen is, gaat de hogere opbouw van de transitievergoeding alleen gelden voor werknemers die op 1 juli 2015 50 jaar of ouder zijn. De uitzondering hierop geldt voor kleine werkgevers met minder dan 50 man personeel.

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

²³³ P. Kruit bepleit in zijn bijdrage “De transitievergoeding” een transitiefonds, waaruit de werknemer tijdens zijn dienstverband en na zijn ontslag scholing, outplacement en andere employability-bevorderende maatregelen kan bekostigen.

²³⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 400. De Nota naar aanleiding van het Verslag stelt nog eens onomwonden dat de transitievergoeding niet verplicht aangewend moet worden voor scholing of outplacement (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 65).

²³⁵ Samenvattend verslag VAAN-symposium 21 januari 2014 *Wetsvoorstel werk en zekerheid. 33818 in de praktijk gebracht*, p. 29. Anders: A. van Zanten-Baris, “Een ‘kleurloze’ (transitie)vergoeding bij ontslag?”, *TRA*, 2014/27, p. 54.

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 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

MvT p. 49-51, 109-110, 115-117, RvS p. 45-47, 61-62, Verslag p.37, Nota n.a.v. Verslag p. 83-84, RvdR p. 10.

Ontslag op staande voet onder de loep

A.H. van Empel²³⁶

1. Redactioneel commentaar

Artikel 7:677 BW gaat in de huidige vorm over ontslag op staande voet én over schadeplichtigheid bij het niet in acht nemen van de opzegtermijn (onregelmatigheid). In de nieuwe gedaante van het artikel staat ondanks enkele tegengeluiden²³⁷, het ontslag op staande voet nog steeds fier overeind (gelukkig), maar er is wel sprake van een redactionele make-over. Zo zijn de bepalingen die zien op de onregelmatigheid van de opzegging (lid 2 BW) verplaatst naar het nieuwe artikel 672 lid 9 BW en is de vernietiging als sanctie op overtreding van de opzegverboden (lid 5) zelfs geheel verdwenen. De verplaatsing van het huidige lid 2 lijkt een juiste keuze omdat de bepaling daar beter tot zijn recht komt. Het schrappen van het huidige lid 5 past in de nieuwe systematiek. Het bestaan van een opzegverbod brengt immers mee dat in het geval er geen instemming is van de werknemer, geen vergunning van het UWV en/of geen toestemming van de kantonrechter, er geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Het nieuwe artikel 677 ziet alleen nog op ontslag op staande voet en de mogelijke schadeplichtigheid die (enkel) daaruit voortvloeit.

677 lid 1

Waar onder de huidige bepaling de reden van opzegging om een dringende reden 'gelijktijdig' dient te gebeuren, zal dit met het nieuwe artikel, evenals vóór de invoering van de flexwet (artikel 7A:1639o oud BW), 'onverwijld' moeten geschieden. Met de omzetting toentertijd van 'onverwijld' naar 'gelijktijdig' was geen inhoudelijke wijziging beoogd²³⁸. De toezegging om die omzetting van de begrippen bij reparatiewet ongedaan te maken, is tot op heden niet ingelost.

Schadeplicht

In het huidige systeem geeft een onterecht gegeven ontslag op staande voet aanspraak op een gefixeerde schadevergoeding (die gelijk is aan het bedrag van het in geld vastgesteld loon voor de tijd dat arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren, artikel 7:680 lid 1 BW) of op volledige schadevergoeding (daadwerkelijk geleden schade²³⁹), eventueel aangevuld met een schadevergoeding op basis van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag (artikel 7:681 BW).

²³⁶ Mr. A.H. van Empel is Legal Manager van de afdeling Arbeidszaken van ABN AMRO Bank N.V.

²³⁷ C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, NJB 2005, afl. 6, p. 290-297 en F.B.J. Grapperhaus, Weg met het ontslag op staande voet, TRA 2013, 8/9.

²³⁸ S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet, p. 135-151.

²³⁹ HR 1 februari 1946, NJ 1946, 106 en HR 1 december 1989, NJ 1990, 451.

In de nieuwe regeling is bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet geen plaats meer voor een volledige schadevergoeding. Naar mijn mening is dat geen gemis. In de praktijk blijkt er immers nauwelijks een beroep op te worden gedaan²⁴⁰. Slechts horecapersoneel (vanwege de fooien) en werkgevers²⁴¹, die naast loonkosten soms tegen kosten voor dure vervangers (en het werven en opleiden daarvan²⁴²) aanliepen, deden er wel eens een beroep op. De impopulariteit van de volledige schadevergoeding valt wellicht te verklaren doordat deze enkel betrekking heeft op de onregelmatigheid van de opzegging als zodanig²⁴³ en niet ziet op additionele schade (zoals bijvoorbeeld vermogens-, of reputatieschade).

De schadevergoeding vanwege de kennelijke onredelijkheid van het ontslag keert evenmin -als zodanig- terug in de nieuwe regeling. Dit past in de gedachte van het wetsvoorstel, nu de wetgever er doelbewust voor gekozen heeft het gevolgen criterium te schrappen²⁴⁴. In de nieuwe regeling kan evenwel, al dan niet cumulatief, naast de gefixeerde schadevergoeding (lid 2), die onverkort blijft bestaan, aanspraak worden gemaakt op (een gedeelte van) de transitievergoeding (673 BW) en -enkel voor de werknemer- een billijke vergoeding (671c BW). Hiermee lijkt voor de vergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag toch nog een achterdeurtje open te staan.

677 lid 2

Dit artikellid regelt de aanspraak op de gefixeerde schadevergoeding voor degene die om reden van opzet of schuld van zijn wederpartij de arbeidsovereenkomst om een dringende reden opzegt. Eenzelfde bepaling staat ook in lid 3 van het huidige artikel 7:677 BW, waarbij opvalt dat in de huidige situatie die aanspraak ook bestaat bij een ontbinding op grond van een dringende reden. Die mogelijkheid komt in de nieuwe regeling te vervallen. Waarschijnlijk omdat hier toch vrijwel nooit gebruik van wordt gemaakt of misschien wel omdat ontbinding op grond van een dringende reden sec straks niet meer bestaat, zie de bijdrage van Frank Dekker (Ontbinding van de arbeidsovereenkomst) die elders in deze uitgave terecht het handhaven hiervan bepleit, aanbeveling 1.

677 lid 3

Hier wordt de modaliteit van de gefixeerde schadevergoeding geformuleerd voor het geval de situatie als in het hiervoor genoemde lid 2 zich voordoet, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde en voor bepaalde tijd die tussentijds opzegbaar zijn respectievelijk arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die dat niet zijn.

677 lid 4

Dit artikellid regelt de situatie voor het geval het ontslag op staande voet bij een bepaalde tijdscontract zonder de mogelijkheid van tussentijdse opzegging **niet** rechtsgeldig is en bepaalt de modaliteit van de gefixeerde schadevergoeding in dat geval. Het bevat een matigingsbevoegdheid met een ondergrens van drie maanden.

²⁴⁰ Advies Raad van State, p. 47.

²⁴¹ D.F. Berkhout, Volledige en gefixeerde schadevergoeding, Arbeidsrecht 2008/31.

²⁴² M.B. Vestering, Vergoeding aan de werkgever, Arbeidsrecht 2004/8.

²⁴³ E.J.A. Franssen en P.H.E. Voute, Opzegging en onregelmatig ontslag in SDU Commentaar 2014, pagina 1272.

²⁴⁴ MvT p. 115.

Deze bepaling overlapt met artikel 672 BW lid 9 (niet rechtsgeldige opzegging en bepaling van de hoogte van de schade) en lid 10 (matigingsbevoegdheid). Weliswaar wordt in lid 4 de werknemer nog de gelegenheid geboden de opzegging te laten vernietigen, maar in het nieuwe systeem zijn bij een niet rechtsgeldig gegeven (of genomen) ontslag op staande voet onverkort de reguliere bepalingen voor opzegging blijven gelden, zodat hierop (respectievelijk geen instemming, vergunning of ontbindingsbeschikking als noodzakelijke voorwaarden voor de noodzakelijke (rechtsgeldige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst) kan worden teruggevallen²⁴⁵ en er geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot stand gekomen is. Eén en ander leidt er mijns inziens toe dat lid 4 als overbodig kan worden aangemerkt.

Buitengerechtelijk vernietigen kan niet meer

Overigens verandert er wel het nodige ten aanzien van de vernietiging van het ontslag op staande voet. Waar die mogelijkheid nu door artikel 9 van het BBA gegeven wordt, bepaalt artikel 681 BW straks dat vernietiging alleen nog maar via de rechter kan plaatsvinden. Dit brengt de nodige nadelen mee, zie de bijdrage van Nathalie Kampert (Aanbevelingen voor de artikelen 681, 682 en 682a BW) elders in deze uitgave, waarin zij met reden een pleidooi houdt om de buitengerechtelijke vernietiging te handhaven, zie aanbeveling 2).

677 lid 5

- a) Regelt de matigingsbevoegdheid van de in lid 3 genoemde, gemodaliseerde gefixeerde schadevergoeding (voor een terecht gegeven ontslag op staande voet in geval van een tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst). Deze bepaling kent geen ondergrens van drie maanden, zoals wel het geval is in lid 4 en in artikel 672 lid 10 BW. In de MvT wordt geen reden gegeven voor die wijziging, zoals de Raad voor de Rechtspraak terecht heeft opgemerkt²⁴⁶. Het lijkt een hiaat en het verdient mijns inziens aanbeveling de ondergrens hier onverkort op te nemen.
- b) Voorziet in een billijkheidsvergoeding in het geval een werknemer terecht een ontslag op staande voet 'neemt'. Deze bepaling is nieuw en lijkt een codificatie te zijn van het arrest Deuss/Motel Maatschappij Holland²⁴⁷, waarin is bepaald dat in het geval een werkgever de werknemer een dringende reden geeft voor ontslag op staande voet (in casu werd de werkneemster weggepest) de werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding op grond van wanprestatie.

677 lid 6

Deze dwingendrechtelijke bepaling -die verbiedt om de mogelijkheid van een ontslag op staande voet weg te contracteren- is nieuw. Vreemd is dat er voor de (reden van) invoering van dit lid geen enkele toelichting wordt gegeven. Het is dan ook gissen wie de wetgever hiermee beoogt te beschermen en waartegen. Bescherming van de werkgever lijkt wat vreemd omdat het zelden tot nooit voorkomt dat een werknemer ontslag op staande voet neemt. Zo het is

²⁴⁵ Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, Vergoedingen en sancties, VAAN Symposium januari 2014.

²⁴⁶ Advies Raad voor de Rechtspraak, 27 augustus 2013.

²⁴⁷ HR 1 december 1989, NJ 1990, 451.

bedoeld om te voorkomen dat een goed onderhandelend topfunctionaris een mogelijk ontslag op staande voet weet weg te contracteren, dan lijkt mij die bepaling bepaald misplaatst.

Nota bene

Opmerkelijk is dat het nieuwe 673 BW lid 7c bepaalt dat geen transitievergoeding verschuldigd is als het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van het 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' van de werknemer. Dit is een aanmerkelijk lichtere toets dan de in het huidige artikel 7:685 lid 2 BW genoemde dringende reden. Lid 8 van artikel 673 BW geeft de kantonrechter vervolgens de mogelijkheid de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toe te kennen indien het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit staat haaks op de huidige lijn in de jurisprudentie²⁴⁸, waarin is uitgemaakt dat een terecht gegeven ontslag op staande voet nooit kennelijk onredelijk kan zijn²⁴⁹ en daarom niet tot schadevergoeding kan leiden.

2. Aanbevelingen

1. Lid 4 laten vervallen.
2. In lid 5a de ondergrens van drie maanden opnemen.
3. Aan de minister toelichting vragen voor de reden van invoering van lid 6. Is die toelichting niet bevredigend, aanbevelen het artikellid te schrappen.

Toelichting

1. 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. 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. 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.

Het nieuwe artikel (komt er dan als volgt uit te zien)

²⁴⁸ zie ook B. Schouten, Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje, TAP 2014/1.

²⁴⁹ HR 12 februari 1999, JAR 1999, 102 (Schrijvers/Van Essen).

Artikel 677

1. Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder onverwijld mededeling van die reden aan de wederpartij.
2. De partij die door opzet of schuld aan de wederpartij een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, is aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd indien de wederpartij van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.
3. De vergoeding, bedoeld in lid 2, is:
 - a. in geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren;
 - b. in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd, gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd.
4. De kantonrechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 2:
 - a. matigen, indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, met dien verstande dat de vergoeding, bedoeld in lid 3, onderdeel a, ten minste gelijk is aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij toepassing van de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, had behoren voort te duren, maar tot niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden;
 - b. op een hoger bedrag stellen, indien de opzegging geschiedt door de werknemer en hem dit op de omstandigheden billijk voorkomt.
5. [Elk beding waarbij de bevoegdheid, bedoeld in lid 1, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig]. -> optioneel, afhankelijk van de toelichting van de minister (zie boven).

Artikelen 681, 682 en 682a

Vindplaatsen: Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, MvT (nr. 3), p. 34, 48, 49, 85, 116-119; Nader Rapport (nr. 4), p. 82, 83; Nota n.a.v. het verslag (nr. 5), p. 37, 47, 48; Nota van wijziging, p. 4, 5, 17.

Sancties: vernietiging en herstel of billijke vergoeding

N. Kampert²⁵⁰

1. Voorgestelde regeling

Het voorgestelde artikel 681 biedt de mogelijkheid tot vernietiging door de rechter van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Vernietiging is aan de orde bij een opzegging in strijd met wettelijke opzegverboden (onderdeel a), indien is opgezegd zonder instemming van de werknemer of zonder toestemming van het UWV in gevallen waarin die op grond van artikel 671 wel vereist zijn (onderdeel a), een opzegging in strijd met discriminatieverboden (onderdeel b) of wanneer binnen 26 weken na de opzegging de wederindiensttredingsvoorwaarde is geschonden (onderdeel c voor de 'gewone' werkgever en onderdeel d voor de uitzendwerkgever). Ongeacht de vernietigingsgrond kan in plaats van vernietiging een billijke vergoeding worden gevraagd. Ingeval van vernietiging moet de transitievergoeding (logischerwijs) die de werknemer in het kader van de beëindiging had ontvangen, worden terugbetaald. Afwijkingen van de bepalingen uit artikel 681 zijn op grond van lid 2 nietig.

Herstel van de arbeidsovereenkomst is ex artikel 682 mogelijk:

- na een (rechtsgeldige) opzegging van de arbeidsovereenkomst die in strijd is met artikel 669 (artikel 682 leden 1, 2 en 3);
- indien na ontbinding van de arbeidsovereenkomst de wederindiensttredingsvoorwaarde wordt geschonden (artikel 682 lid 4 voor de 'gewone' werknemer en lid 5 voor de uitzendwerkgever).

In plaats van herstel kan ook een billijke vergoeding worden verzocht. Uitgangspunt is dat dan sprake moet zijn van een 'opzegging als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. Bij overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde geldt deze voorwaarde echter niet. In die situatie is de overtreding 'an sich' al voldoende om in plaats van herstel een billijke vergoeding te kunnen vragen. Ook bij ontslag om bedrijfseconomische redenen wordt een ander criterium voor toekenning van een billijke vergoeding gehanteerd, namelijk of 'herstel redelijkerwijs niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. De bestuurder vormt weer een aparte categorie. Vanwege het bepaalde in artikelen 2:134 en 2:244 BW is herstel in zijn geval niet mogelijk. Wel kan hij - na een rechtsgeldige opzegging - een billijke vergoeding vragen indien 'de opzegging in strijd is met artikel 669 of deze het gevolg is van ernstig verwijtbaar

²⁵⁰ Mr. N. Kampert is arbeidsjurist bij KLM N.V.

handelen of nalaten van de werkgever'. Op grond van lid 6 bepaalt de rechter tegen welke dag de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld en treft hij een voorziening omtrent de gevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Afwijking van artikel 682 is, op straffe van nietigheid, niet toegestaan.

2. Commentaar

Redactioneel artikel 681

Artikel 681 kent vijf vernietigingsgronden, opgesomd in de onderdelen a t/m d. De vernietigingsgronden 'opzegging in strijd met een wettelijk opzegverbod' en 'opzegging in strijd met artikel 671' zijn tezamen opgenomen in onderdeel a. Dat komt de leesbaarheid niet ten goede. Dat geldt eens te meer nu vernietiging wegens strijd met artikel 671 (waaronder de vernietiging van een ontslag op staande voet) in de praktijk het meest voorkomt. Het advies is om deze vernietigingsgrond in een apart onderdeel op te nemen en de overige onderdelen door te nummeren, zodat artikel 681 in totaal vijf onderdelen (a t/m e) zal bevatten.

Afschaffing buitengerechtelijke vernietiging (artikel 681)

Door invoering van artikel 681 kan de opzegging alleen nog maar via de rechter worden vernietigd en is de thans bestaande buitengerechtelijke vernietiging niet langer mogelijk.²⁵¹ De motivering is dat hierdoor sneller duidelijk is of de arbeidsovereenkomst (rechtsgeldig) is geëindigd. Ook wordt de door de werknemer te volgen route eenvoudiger. Een belangrijk nadeel is echter dat de werknemer, doordat het verzoek tot vernietiging binnen twee maanden na de opzegging moet worden ingediend, gedwongen wordt snel een procedure te starten. Daardoor is er nauwelijks tijd om voorafgaand aan die procedure – en voordat kosten ter voorbereiding van die procedure moeten worden gemaakt - een minnelijke schikking te beproeven. Dit zal tot meer procedures en dus tot hogere kosten voor alle partijen leiden, terwijl een van de doelstellingen van het wetsvoorstel is om het aantal procedures terug te dringen (zie in gelijke zin de bijdrage van Zeeuwen). Mijn advies is om afschaffing van de buitengerechtelijke vernietiging met inachtneming van het voorgaande te heroverwegen.

Wederindiensttredingsvoorwaarde (artikel 681 onderdelen c en d, artikel 682 lid 4 en 5 en artikel 682a)

De wederindiensttredingsvoorwaarde (oftewel 26-wekenvoorwaarde) die door het UWV standaard aan de toestemming voor opzegging om bedrijfseconomische redenen wordt verbonden, en de premisse die bij toestemming voor opzegging van de uitzendovereenkomst wordt gebruikt, worden overgeheveld naar artikelen 681 onderdelen c en d en artikel 682 lid 4 en 5. Op grond van deze voorwaarde is de werkgever verplicht om, indien binnen 26 weken na de opzegging nieuw personeel moet worden aangetrokken voor dezelfde werkzaamheden als de werkzaamheden van de voormalig werknemer, deze voormalig werknemer eerst een aanbod te doen om terug te keren onder de dan gebruikelijke arbeidsvoorwaarden. Voor de uitzendwerkgever geldt een vergelijkbare verplichting in die zin dat hij in voornoemde situatie verplicht is de voormalig werknemer in de gelegenheid stellen als kandidaat voor de

²⁵¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 116.*

terbeschikkingstelling bij de derde te worden voorgedragen. Ik heb naar aanleiding van de voorgestelde wettekst de volgende opmerkingen en aanbevelingen:

1. De voorgestelde wederindiensttredingsvoorwaarde bezigt het begrip 'een ander in dienst nemen' terwijl in de huidige tekst is vermeld dat 'geen werknemer' in dienst mag worden genomen voordat aan de voormalig werknemer een aanbod is gedaan. Met deze ruimere formulering wordt aangesloten bij vaste rechtspraak dat de wederindiensttredingsvoorwaarde niet alleen geldt wanneer op basis van een arbeidsovereenkomst personeel wordt aangetrokken, maar ook bij inhuur via een uitzend- of detacheringsbureau.²⁵² Niet geheel duidelijk op dit moment is of de inhuur van zelfstandigen een schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde oplevert. In 2009 heeft het Hof Arnhem geoordeeld dat dit (op basis van de huidige regelgeving) niet het geval is.²⁵³ In lijn hiermee was in het wetsvoorstel geregeld dat de voorwaarde niet geldt als de werkgever de werkzaamheden door een zelfstandige laat verrichten. Deze uitzondering voor inhuur van zelfstandigen is in de nota van wijziging echter geschrapt. Het argument hiervoor is dat er situaties denkbaar zijn waarin het in de rede ligt dat de wederindiensttredingsvoorwaarde geldt bij inhuur van zelfstandigen. Aangekondigd is dat in de ministeriele regeling ex artikel 682a wordt geregeld in welke gevallen de wederindiensttredingsvoorwaarde niet geldt bij inhuur van zelfstandigen.²⁵⁴ De inhoud van deze regeling is thans nog niet bekend, zodat nog niet duidelijk is wat de impact van deze wijziging is.
2. De zinsnede 'werkzaamheden van dezelfde aard'²⁵⁵ wordt vervangen door 'dezelfde werkzaamheden'. Niet duidelijk is of daarmee bedoeld is de werkingsfeer (iets) te beperken. Verduidelijking is gewenst, omdat onduidelijkheid tot meer discussie, en dus tot meer procedures en hogere kosten voor partijen zal (kunnen) leiden.
3. In de toelichting is vermeld dat de wederindiensttredingsvoorwaarde zich ook uitstrekt tot de situatie waarin nieuw personeel wordt aangetrokken voor een andere vestiging dan de vestiging waar de voormalige werknemer werkzaam was.²⁵⁶ In 2011 heeft de Rechtbank Leeuwarden echter geoordeeld dat de wederindiensttredingsvoorwaarde niet tot dergelijke situaties mocht worden 'opgerekt'.²⁵⁷ Dit zou volgens de rechter tot onredelijke en onwerkbaar situaties leiden, omdat de werkgever dan gedwongen zou zijn de voormalig werknemer werk aan te bieden in een geheel andere regio dan de regio waar hij werkzaam was. Ik ben met de Rechtbank Leeuwarden eens dat een uitbreiding

²⁵² Zie hierover J.W.A. Ringeling, "De wederindiensttredingsvoorwaarde", *ArbeidsRecht* 2010, 45.

²⁵³ Hof Arnhem, 15 december 2009, JAR 2010/106.

²⁵⁴ Nota van wijziging, p. 17.

²⁵⁵ Hoofdstuk 22 onderdeel 2 c van de UWV Beleidsregels Ontslagtaak verwijst voor wat betreft het begrip 'arbeid van dezelfde aard' naar hoofdstuk 12 waarin de uitwisselbare functies voor wat betreft de vergelijkbaarheid en gelijkwaardigheid van functies is toegelicht. Daaruit leid ik af dat het begrip 'werkzaamheden van dezelfde aard' ruimer is dan 'dezelfde werkzaamheden'.

functies.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 49.

²⁵⁷ Rechtbank Leeuwarden 8 april 2011, LJN BQ0962.

van de wederindiensttreding tot onwerkbaar situaties kan leiden. De problemen zullen mijns inziens echter van andere aard zijn dan het door de rechtbank gesignaleerde probleem. De situatie dat aan de voormalig werknemer werk moet worden aangeboden in een andere regio dan de regio waar deze werknemer actief was, zal zich naar mijn idee in de praktijk vanzelf oplossen. Er bestaat voor de werknemer immers geen verplichting een aanbod tot wederindiensttreding te accepteren. Wanneer hij het aanbod (bijvoorbeeld vanwege de langere reistijd) van de hand wijst, kan hij geen verdere actie meer richting de (voormalig) werkgever ondernemen. Accepteert hij echter het aanbod, dan stemt hij er ook mee in dat het werk vanuit een andere vestiging moet worden verricht.

Ik zie wel een ander probleem dat zich met name bij collectief ontslag zal voordoen. Volgens de MvT moet de vrijgekomen functie dan als eerste worden aangeboden aan de werknemer die op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking kwam.²⁵⁸ Deze regel biedt echter geen soelaas wanneer bij meerdere vestigingen meerdere werknemers zijn ontslagen en er werk beschikbaar komt bij een van die vestigingen of bij een andere vestiging waar geen ontslagen waren gevallen. In die gevallen is de volgorde van terugkeer niet aan de hand van het ('omgekeerde') afspiegelingsbeginsel te bepalen, omdat de afspiegeling van de voormalig werknemers uitsluitend per bedrijfsvestiging heeft plaatsgevonden. Het wetsvoorstel en de MvT maken niet duidelijk hoe met deze situaties moet worden omgegaan. Deze situatie zal, zoals reeds vermeld in de nota naar aanleiding van het nader verslag, nader (moeten) worden uitgewerkt in een ministeriële regeling ex artikel 682a.²⁵⁹

Mijn voorstel is om in de situatie dat meerdere ontslagen werknemers van verschillende vestigingen aanspraak kunnen maken op terugkeer bij één van die vestigingen, de voormalige werknemer(s) van de bedrijfsvestiging waar een functie vrijkomt, voorrang te geven boven voormalig werknemers van andere vestigingen. In het geval werk beschikbaar komt bij een andere vestiging dan de vestigingen van de werknemers die een beroep op de wederindiensttredingsvoorwaarde kunnen doen, biedt ook deze regel echter geen uitkomst. Voor die situatie stel ik voor de lengte van het dienstverband doorslaggevend te laten zijn.

4. De sanctie (vernietiging of herstel) op overtreding is in het voorstel afhankelijk gesteld van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Hiervoor is, aldus de MvT, gekozen omdat de eerdere ontbinding door de kantonrechter (die hiermee materieel ongedaan wordt gemaakt) al onherroepelijk kan zijn.²⁶⁰ Daarmee is echter nog niet gemotiveerd waarom niet in alle gevallen voor herstel is gekozen. Die sanctie ligt gezien de aard van de overtreding meer voor de hand. Vernietiging impliceert dat de opzegging nooit geldig is geweest. Dit hoeft bij overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde echter niet het geval te zijn. Goed denkbaar is immers dat de werkgever ten tijde van de opzegging daadwerkelijk niet heeft kunnen voorzien dat het werk in de nabije

²⁵⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, nr. 3, p. 85.

²⁵⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, nr. 5, p. 85 en nota van wijziging, p. 17.

²⁶⁰ *Kamerstukken II 2014/13*, nr. 3, p. 118.

toekomst weer zou aantrekken. Zijn opzegging was (mits voldaan aan de voorwaarden ex artikel 671 en 669) op dat moment dus rechtsgeldig. Het 'gebrek' ontstaat pas op het moment dat (binnen 26 weken na de opzegging) de werkgever verzuimt om beschikbaar gekomen werk aan zijn voormalig werknemer aan te bieden. Het is in die situatie niet logisch de opzegging (die op dat moment geldig was) achteraf te vernietigen, met als gevolg dat de opzegging geacht wordt nooit te hebben bestaan. Mijn voorstel is dus om artikel 681 onderdelen c en d te schrappen en artikel 682 lid 4 en 5 ook te laten gelden voor overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde na opzegging van de arbeidsovereenkomst.

5. Om voornoemde reden zou de rechter bij herstel wegens schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde ook de bevoegdheid moeten hebben om zelf de dag te bepalen waartegen de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld. Dat is in de voorgestelde regeling niet het geval; leden 4a en 5a van artikel 682 bepalen dat bij overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde moet worden hersteld met ingang van de dag waarop deze geëindigd is. Dit is een afwijking van artikel 682 lid 6, op grond waarvan de rechter bij herstel op de andere in het artikel genoemde gronden zelf kan bepalen op welk tijdstip wordt hersteld. Hiervoor is waarschijnlijk gekozen om het effect van herstel wegens schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde gelijk te trekken met het effect van vernietiging op diezelfde grond. Deze 'kunstgreep' is echter niet nodig indien ervoor wordt gekozen de overtreding ongeacht de beëindigingswijze te sanctioneren met herstel. Mijn advies is dus om lid 6 van artikel 682 ook te laten gelden bij overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde. Daarmee heeft de rechter meteen een instrument om juridisch complexe vraagstukken over de loonaanspraak van de werknemer in de tussenliggende periode (van het moment van de rechtsgeldige beëindiging tot het moment waarop de wederindiensttredingsvoorwaarde wordt geschonden) op passende wijze op te lossen.
6. Een (al bestaand) bezwaar is dat het in de praktijk voor werknemers vaak lastig te bewijzen is dat de wederindiensttredingsvoorwaarde is geschonden. Zo werd recentelijk door de Rechtbank Noord-Nederland een beroep op de wederindiensttredingsvoorwaarde afgewezen omdat de werkneemster niet kon aantonen dat de in dienst genomen arbeidskrachten niet (zoals de werkgever stelde) werkzaam waren als zelfstandige en als stagiaire.²⁶¹ Dit probleem wordt deels maar niet volledig weggenomen door schrapping van de uitzondering bij inhuur van zelfstandigen (zie hiervoor). Het zou daarom de positie van de werknemer ten goede komen indien de volgende bepaling wordt toegevoegd: "Indien de werknemer die meent dat de werkgever in strijd met art. 681 lid 1 sub c of d of art. 682 lid 4 of 5 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".

²⁶¹ Rechtbank Noord-Nederland 12 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6766.

Billijke vergoeding

Het begrip billijke vergoeding komt, behalve in artikelen 671b, 671c en 673, ook in artikelen 681 en 682 voor. In de arbeidsrechtelijke literatuur is gediscussieerd over de vraag of de billijke vergoeding in alle voornoemde bepalingen dezelfde is en of deze steeds op eenzelfde wijze moet worden berekend. Volgens Kruit is dit, gezien de reactie van de regering op het advies van de Raad van State, wel het geval, maar de meningen hierover zijn verdeeld.²⁶² Het feit dat voor de billijke vergoeding zoals genoemd in artikelen 681 en 682 lid 3, 4 en 5 geen ernstige verwijtbaarheid van de werkgever vereist is, terwijl dat in de andere voornoemde artikelen wel uitdrukkelijk vereist is, lijkt een aanwijzing dat toch sprake kan zijn van verschillende soorten 'billijke vergoeding'. Aangezien de meningen aldus verdeeld zijn, is verduidelijking gewenst.

Keuze tussen vernietiging/herstel of de billijke vergoeding

De keuze tussen vernietiging/herstel of de billijke vergoeding ligt, zo begrijp ik uit de MvT, bij de werknemer. Dit lijkt op het eerste gezicht duidelijk. De vraag rijst echter hoe wordt omgegaan met de situatie waarin de werknemer op grond van artikel 682 lid 1 onderdeel b (ontslag om bedrijfseconomische redenen) uitsluitend om herstel vraagt, maar de rechter van oordeel is dat 'herstel redelijkerwijs niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. Kan de rechter dan ambtshalve een billijke vergoeding toekennen? En hoe is de situatie als de rechter oordeelt dat herstel weliswaar redelijkerwijs niet mogelijk is, maar dat dit niet het gevolg is van aan de werkgever te wijten omstandigheden? Volgens mij vloeit uit de tekst van artikel 682 lid 1 onderdeel b voort dat dan geen vergoeding kan worden toegekend en dat de rechter toch moet herstellen. Andersom kan zich de situatie voordoen dat de werknemer geen herstel maar (uitsluitend) een billijke vergoeding vordert. Wanneer de rechter oordeelt dat herstel niet onmogelijk is of dat de onmogelijkheid van herstel niet het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, kan hij dan ambtshalve tot herstel besluiten of moet het verzoek tot een billijke vergoeding worden afgewezen en moet de werknemer in een nieuwe procedure alsnog om herstel verzoeken? Dit lijkt mij niet wenselijk en ook niet te rijmen met de doelstellingen van het wetsvoorstel.

De MvT geeft geen antwoord op bovenstaande vragen. In de reactie op het advies van de Raad van de Rechtspraak is weliswaar aangegeven dat de rechter in hoger beroep kan besluiten om in plaats van herstel een billijke vergoeding toe te kennen²⁶³, maar of dat ook in eerste aanleg geldt, is niet duidelijk en blijkt niet (duidelijk) uit artikel 682.

Om voornoemde redenen is mijn voorstel in de wet op te nemen dat de rechter, bij een verzoek tot herstel, (ambtshalve) kan besluiten in plaats van herstel een billijke vergoeding toe te kennen indien herstel redelijkerwijs niet mogelijk is en/of sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Op deze manier worden ook de criteria voor toekenning van een billijke vergoeding in plaats van herstel gelijk getrokken²⁶⁴, waarmee een vereenvoudiging van het zeer complex geredigeerde artikel 682 wordt bereikt.

²⁶² Zie P. Kruit, *De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?*, TAP Special, 2014/1, p. 58.

²⁶³ *Kamerstukken II 2013/14*, 333 818, nr. 3, p. 85.

²⁶⁴ Mijn voorstel voor het gelijktrekken van de criteria voor een billijke vergoeding in plaats van herstel geldt niet voor de bestuurder ex artikel 682 lid 3 omdat die uitsluitend een billijke vergoeding en geen herstel kan vragen.

Redactioneel artikel 682 lid 1 sub c

De tekst van artikel 682 lid 1 sub c strookt niet met de MvT. In voornoemde bepaling is vastgelegd dat de werknemer in plaats van herstel een billijke vergoeding kan vragen 'indien de opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. De toelichting vermeldt echter dat het moet gaan om 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever waardoor de werknemer langdurig ziek is geworden'.²⁶⁵ Dit zijn twee verschillende criteria die tot ongewenste discussies kunnen leiden. Verduidelijking op dit punt is dus gewenst. Mijns inziens zou een keuze voor eerstgenoemd criterium moeten worden gemaakt. Dit criterium sluit aan bij die van de andere onderdelen van artikel 682 en voorkomt dat de werknemer moet aantonen dat zijn arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door (ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door) de werkgever om voor een billijke vergoeding in aanmerking te komen. Voor die laatste situatie staat bovendien al de procedure van artikel 7:658 BW open.

3. Aanbevelingen

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.

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.

Het is mijns inziens goed te begrijpen dat de criteria voor een billijke vergoeding aan een bestuurder minder 'streng' zijn dan de gevallen waarin de billijke vergoeding als alternatief voor herstel kan worden gevraagd.

²⁶⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 118.*

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 geschrappt) 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 vornoemde 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

Advies RvS, p. 30-31, Nader rapport, p. 20-22, MvT, p. 73-74, 116-117 en 144-145.

J.M. van Slooten²⁶⁶

Hoger beroep en cassatie

1. Voorgestelde regeling

- A. In art. 7:683 BW is een aantal regels met betrekking tot hoger beroep en cassatie opgenomen:
- B. Indien hoger beroep of cassatie wordt ingesteld tegen een beschikking waarin wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst voortduurt of juist eindigt, schorst dit de tenuitvoerlegging van de beschikking niet (lid 1).
- C. Indien de rechter in eerste aanleg oordeelt dat de arbeidsovereenkomst niet voortduurt en de hogere rechter (Hof of Hoge Raad) oordeelt in tegengestelde zin, dan zijn er twee mogelijkheden: (i) herstel arbeidsovereenkomst of (ii) toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer (lid 3).
- D. Bij herstel moet de hogere rechter oordelen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst wordt hersteld en voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (lid 4).
- E. Oordeelt de rechter in eerste aanleg dat de arbeidsovereenkomst wel voortduurt en oordeelt de hogere rechter in tegengestelde zin, dan bepaalt de rechter het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt (terugwerkende kracht is dan niet mogelijk). Tevens oordeelt de rechter dan over de toekenning van een vergoeding (leden 5 en 6).
- F. Als een werknemer ontbinding heeft verzocht en dat is toegewezen, dan kan de hogere rechter uitsluitend nog oordelen over de door de rechter toegekende vergoeding (lid 2).

2. Commentaar

AD (A): GEEN SCHORSING TENUITVOERLEGGING

Achtergrond

In het huidige recht staat geen hogere voorziening open tegen een beslissing van het UWV of een beschikking van de kantonrechter inzake een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW (behoudens een zeer beperkt aantal uitzonderingen). Art. 683 regelt nu dat hoger beroep en cassatie tegen een ontbindingsbeschikking wel mogelijk zijn. Dit wordt aldus geregeld dat het huidige wettelijk verbod (zie art. 685 lid 11 BW) vervalt. Daardoor vallen we terug op de hoofdregel van art. 358 Rv. die inhoudt dat tegen eindbeschikkingen hoger beroep open staat. De termijn is drie maanden. Anders dan in een dagvaardingsprocedure, dienen de gronden direct in het beroepschrift te worden vermeld, op straffe van niet-ontvankelijkheid. Omdat art.

²⁶⁶ Prof. mr. J.M. van Slooten, hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

360 Rv. regelt dat het hoger beroep schorsende werking heeft tenzij de beschikking uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en omdat daartoe meestal wordt besloten door de rechter in eerste aanleg, is het nodig om in art. 683 lid 1 hierop weer een uitzondering te maken. In de toelichting wordt niet gemotiveerd waarom hiervoor is gekozen. Vermoedelijk is de reden dat op die manier het instellen van hoger beroep zo min mogelijk onrust veroorzaakt. Partijen zullen zich hangende het hoger beroep moeten neerleggen bij de uitspraak. In lijn met het uitsluiten van schorsende werking is dat de werknemer, indien de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden of de vernietiging van het ontslag niet wordt toegewezen, geacht wordt werkloos te zijn. Hij komt dan in beginsel in aanmerking voor een transitievergoeding en een WW-uitkering.

Analyse

Er is een aantal situaties waarin de rechter in eerste aanleg oordeelt over de vraag of de arbeidsovereenkomst is geëindigd, danwel moet eindigen:

- (a) een ontbinding op verzoek van werkgever of werknemer (671b en 671c);
- (b) een opzegging om een dringende reden als bedoeld in art. 677 lid 1 wordt vernietigd (677 lid 4);
- (c) de opzegging wordt vernietigd op verzoek van de werknemer wegens strijd met, kort gezegd, de opzegverboden (art. 681); of
- (d) de rechter herstelt de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer (art. 682).

Gaat het om beschikkingen als bedoeld onder (a), dan eindigt de arbeidsovereenkomst en is dus in beginsel de transitievergoeding of de billijke vergoeding wegens een ernstig verwijtbaar ontslag verschuldigd. Omdat de tenuitvoerlegging niet wordt geschorst, dient een dergelijke vergoeding direct betaald te worden door de werkgever. Wordt de toekenning van die vergoeding in hoger beroep ongedaan gemaakt, dan zal de werknemer het bedrag moeten terugbetalen. Er is natuurlijk een risico dat de werknemer dat dan niet meer kan, maar dat is ook bij andere procedures aan de orde.

Een vraag is nog of het verbod op schorsing van de tenuitvoerlegging alleen maar ziet op de beslissing tot ontbinding en/of toekenning van een vergoeding, of ook op de "daaraan gerelateerde vorderingen" zoals bedoeld in art. 686a. Het is van belang dat de wetgever dit verheldert.

Men kan zich afvragen of art. 683 lid 1 in de weg staat aan art. 360 lid 2 Rv. Dit luidt: "Deze uitvoerbaarverklaring bij voorraad kan ook in hoger beroep geschieden. Niettegenstaande de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in eerste aanleg kan de hogere rechter schorsing van de werking bevelen." Als deze bepaling niet expliciet wordt uitgesloten, bestaat de kans dat een partij direct in hoger beroep gaat en bij wijze van incident vraagt om schorsing. Het lijkt mij verstandig om die mogelijkheid te laten bestaan. Er zal vermoedelijk alleen maar in uitzonderlijke gevallen gebruik van worden gemaakt en het is goed dat er in het geval van evidente fouten in eerste aanleg een dergelijke noodrem overblijft om te voorkomen dat een werkgever een onnodig risico lijdt. Voorbeeld: in de ontbindingsbeschikking wordt geoordeeld dat er slechts aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding, maar vervolgens wordt een bedrag toegekend dat vele malen hoger is dan wat uit de wet volgt. In dat geval kan de werknemer de beschikking inclusief het bedrag executeren totdat in hoger beroep anders is

geoordeeld. Dit kan een ongewenst lange periode zijn. Uiteraard kan ook een executie-kort geding worden gestart.

AD (B) EN (C): VOLGENS APPÈLRECHTER HAD ARBEIDSOVEREENKOMST NIET MOETEN EINDIGEN

Achtergrond

Het gaat hier om de situaties die bij aantekening 2. sub (a) tot en met (d) zijn uitgesplitst. Het uitgangspunt is hier steeds dat de appèlrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst niet had mogen eindigen. De appèlrechter heeft dan twee mogelijkheden. De eerste is om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter is daarbij vrij om te bepalen met ingang van welke datum hij de overeenkomst herstelt. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan hij uitsluitend gelasten als de werknemer daarom in appèl heeft verzocht. Besluit de rechter tot herstel, dan zal hij tevens voorzieningen moeten treffen voor een "eventuele" tussenliggende periode, aansluitend bij het specifieke geval.

Analyse

Lid 4 verwijst naar art. 682 lid 6. Uit de toelichting daarop volgt dat de arbeidsovereenkomst niet door de gerechtelijke beschikking zelf wordt hersteld. De rechter draagt de werkgever in de beschikking op om de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige. Uit het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst moet aanbieden, leid ik af dat herstel niet met terugwerkende kracht kan. In de tekst of de toelichting is dit echter ook niet uitgesloten. Dit is des te opvallender omdat wel expliciet is overwogen dat een verzoek om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ongedaan te maken, geen terugwerkende kracht kan hebben (dit wordt geregeld in lid 6). Anderzijds wordt in artikel 682 lid 6 gesproken over een "onderbreking van de arbeidsovereenkomst". Bovendien wijkt dit lid af van de formulering in de leden 4 sub a en 5 sub a. Daar staat "...de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van de dag waarop deze is geëindigd." Hieruit kan men afleiden dat een herstel met terugwerkende kracht in ieder geval niet de enige mogelijkheid is. Het verdient dan ook aanbeveling om te verduidelijken dat herstel geen terugwerkende kracht kan hebben. Uit het volgende blijkt dat er ook weer wat te zeggen is voor het wel met terugwerkende kracht laten herstellen.

De rechter kan namelijk "voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst" treffen. De toelichting maakt niet duidelijk wat deze voorzieningen zouden kunnen zijn. Het ligt natuurlijk voor de hand te denken aan de inkomensschade die de werknemer in de tussentijd heeft geleden. Een vervolgvraag die dan opkomt is of de door de werknemer genoten WW moet worden terugbetaald aan het UWV, of dat dit afhankelijk zal gaan zijn van de uitspraak van de appèlrechter. De toelichting zwijgt daarover. Men kan niet onder de nieuwe wet argumenteren als thans, namelijk dat een voorlopige WW-uitkering moet worden terugbetaald als de werknemer na een vernietigbaar ontslag met succes een loonvordering toegewezen heeft gekregen. In die situatie is er achteraf gezien geen urenverlies en dus ook geen recht op een WW-uitkering. In het wetsvoorstel leidt een vernietiging in hoger beroep echter niet tot het automatisch doorlopen van de arbeidsovereenkomst en dus evenmin automatisch tot toewijzing van een loonvordering. Er is dus wel uren- of

inkomensverlies en dus zou het niet terugbetaald moeten worden, tenzij het herstel met terugwerkende kracht plaatsvindt. Het ligt echter wel voor de hand dat de werkgever de WW moet betalen omdat de werkgever die achteraf gezien ten onrechte ontbinding heeft gevraagd, anders in feite profiteert van het feit dat er een publieke voorziening is en de werknemer WW-rechten heeft verloren.

Verondersteld dat de WW-uitkering over de periode tot de uitspraak in appèl **niet** hoeft te worden terugbetaald, dan zal de "voorziening" slechts hoeven te bestaan uit het verschil tussen de bij normale voortdurende gemiste arbeidsvoorwaarden waarop dan de ontvangen WW-uitkering in mindering strekt. Voorstelbaar is dat dezelfde regel wordt toegepast voor eventueel elders genoten loon. Mocht dat elders genoten loon hoger zijn dan het loon uit de herstelde arbeidsovereenkomst, dan gaat er geen afschrikwekkende werking uit van de voorziening.

Dit roept dus de vraag op wat eigenlijk 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 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 terugwerkende kracht kan hebben. Ten slotte is er de vraag of herstel, als het wordt uitgesproken, ook met terugwerkende kracht moet. Het is van groot belang dat de wetgever deze vragen beantwoordt. Daarbij is het meeste eenvoudig dat herstel – als daarvoor wordt gekozen door de rechter - altijd met terugwerkende kracht moet plaatsvinden. De werknemer is dan ook gehouden de WW terug te betalen. Hierdoor wordt de kans beperkt dat er allerlei ingewikkelde schadevergoedingsberekeningen en discussies over schadebeperkingsplicht ontstaan. Denk ook aan zaken als pensioenopbouw. Uiteraard is dit voor de werkgever wel een financiële belasting.

Los van deze keuze zal soms een voorziening moeten worden getroffen voor bijzondere schade die de werknemer heeft geleden door het tijdelijk missen van het dienstverband. Dit kan bestaan uit de onmogelijkheid om een hypotheek te continueren en derhalve de noodzaak het huis tegen ongunstige voorwaarden te verkopen. Een andere situatie kan zijn dat collega-werknemers in de tussentijd in aanmerking zijn gekomen voor aandelen of opties.

In plaats van herstel kan de werkgever ook veroordeeld worden om een billijke vergoeding aan de werknemer te betalen. De toelichting gaat ervan uit dat deze mogelijkheid meer in de rede ligt wanneer het tijdsverloop tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en de beslissing van de appel- of cassatierechter daartoe aanleiding geeft. Over de omvang van deze billijke vergoeding zwijgt de toelichting. Het is denkbaar dat in dat geval een forfaitaire vergoeding wordt toegekend, in tegenstelling tot de voorziening als hiervoor besproken. De voorziening zal immers vermoedelijk eerder het karakter hebben van een reële schadevergoeding.

Blijkens de toelichting moet de arbeidsovereenkomst op "dezelfde voorwaarden" worden hersteld. Indien de werknemer dus Hoofd Personeelszaken was, dient hem opnieuw die baan te worden aangeboden. Dit kan uiteraard vervelende consequenties hebben indien de werkgever inmiddels een nieuw Hoofd Personeelszaken heeft aangenomen. Om die reden is het verstandig dat de werkgever altijd in de gelegenheid kan worden gesteld het herstel af te kopen

op basis van een door de rechter vast te stellen vergoeding. Ook thans kent de wet die mogelijkheid (art. 682).

AD (D): VOLGENS APPÈLRECHTER EINDIGT ARBEIDSOVEREENKOMST ALSNOG

Achtergrond

De leden 5 en 6 regelen de situatie dat de appèlrechter oordeelt dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen (lid 5) of het verzoek om vernietiging danwel herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen (lid 6). De rechter bepaalt dan op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Uit de toelichting blijkt dat een ontbinding met terugwerkende kracht niet is toegestaan. In dit soort gevallen mag de appèlrechter alsnog een vergoeding toekennen. Het betreft zowel de transitievergoeding als de billijke vergoeding.

Analyse

Het gaat in lid 5 om de situatie waarin de werkgever ontbinding heeft gevraagd en dat die ontbinding in eerste instantie is afgewezen. De arbeidsovereenkomst is in stand gebleven maar de werkgever is in appèl gegaan en heeft alsnog gelijk gekregen. Ik kan mij voorstellen dat er tussen de uitspraak in eerste instantie en de uitspraak in tweede instantie weinig van de goede uitoefening van de arbeidsovereenkomst terecht is gekomen. De werknemer zal niet erg gemotiveerd zijn. De werkgever zal bovendien in sommige gevallen moeten uitkijken dat hij zijn kansen in hoger beroep niet verkleint. Heeft de werkgever bijvoorbeeld ontbinding verzocht wegens een verstoorde arbeidsverhouding, dan vergooit hij zijn kansen in hoger beroep als hij tijdens de looptijd van het hoger beroep zoete broodjes bakt met de werknemer. Het is redelijk dat de hogere rechter met deze omstandigheden rekening houdt bij de toekenning van een vergoeding.

Lid 6 gaat over de situatie dat de hogere rechter oordeelt dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte de opzegging heeft vernietigd of de arbeidsovereenkomst heeft hersteld. De memorie van toelichting stelt: "De toekenning van een (additionele) vergoeding zal in die gevallen doorgaans niet in de rede liggen, maar uitgesloten is deze niet." Het is onduidelijk op welke additionele vergoeding hier wordt gedoeld. Het kan natuurlijk zijn dat de werknemer in eerste instantie vernietiging van de opzegging had gevraagd en dat de rechter die vernietiging weliswaar niet passend vindt, maar wel meent dat de werknemer in aanmerking komt voor een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 673 lid 9 onder a. Ook 682 kan een grondslag zijn voor de toekenning van een vergoeding. Kennelijk gaat de toelichting ervan uit dat als een vernietiging van de opzegging geen stand had mogen houden, er ook geen aanleiding kan zijn voor een billijke vergoeding. Begrijpelijk is dat niet.

Bedacht dient te worden dat art. 683 uitsluitend enkele bijzondere regels bevat over hoger beroep en cassatie. Niet geregeld, maar wel mogelijk, is om in hoger beroep een andere billijke vergoeding te vragen of juist een oordeel te vragen dat deze niet verschuldigd is.

AD (E): HOGER BEROEP NA TOEGEWENZEN ONTBINDINGSVERZOEK WERKNEMER

Lid 2 regelt dat als een ontbindingsverzoek door de werknemer in eerste aanleg is toegewezen, het hoger beroep niet meer kan gaan over de vraag of deze ontbinding op zichzelf in stand moet blijven. Volgens de tekst kan het hoger beroep of cassatie uitsluitend nog betrekking

hebben op "de daarbij door de rechter toegekende vergoeding". Door het woord "toegekende" wordt gesuggereerd dat de werknemer geen hoger beroep of cassatie kan instellen indien de rechter in eerste instantie geen vergoeding heeft toegekend. Het lijkt echter niet de bedoeling van de wetgever te zijn om deze mogelijkheid uit te sluiten. Logisch is immers dat de werknemer ook in hoger beroep moet kunnen klagen indien hem in eerste instantie een vergoeding is onthouden.

3. Aanbevelingen

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 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.

Voorgestelde tekst artikel 683

Artikel 683

1. [...]
2. Hoger beroep en beroep in cassatie tegen een op verzoek van de werknemer toegewezen ontbinding kunnen uitsluitend betrekking hebben op de [tekst verwijderd] vergoeding, bedoeld in artikel 671c, lid 2 of lid 3.
3. [...]
4. Indien de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt als bedoeld in lid 3, is artikel 682, lid 6, van overeenkomstige toepassing. [optie 1: Herstel kan niet met terugwerkende kracht.][optie 2: Herstel dient met terugwerkende kracht plaats te vinden.]
5. [...]

Artikel 686a

Advies RvS, p. 31-32, Nader rapport, p. 22, MvT, 145-146, Nota nav het Verslag, p. 35.

Procesregeling

J.M. van Slooten²⁶⁷

1. Voorgestelde regeling

In artikel 7:686a BW is een aantal nieuwe procesregels opgenomen:

- A. de termijn waarop de wettelijke rente verschuldigd wordt over sommige beëindigingsvergoedingen: direct of na 1 maand (lid 1);
- B. de regel dat een aantal procedures rondom de beëindiging voortaan met een verzoekschrift in plaats van met een dagvaarding aanhangig wordt gemaakt (lid 2);
- C. de regel dat een aantal met de beëindiging verband houdende vorderingen eveneens met een verzoekschrift in plaats van met een dagvaarding wordt ingeleid (lid 3);
- D. de termijnen waarna de bevoegdheid om verzoeken in verband met de beëindiging te doen, vervalt: in beginsel twee maanden en bij een transitievergoeding drie maanden (lid 4);
- E. de behandeling van alle verzoeken uit hoofde van dit artikel dient binnen vier weken na indiening aan te vangen (lid 5).

De onder (a) tot en met (e) genoemde regels worden hierna geanalyseerd. Art. 686a leden 6, 7 en 8 bevatten geen nieuwe regels.

2. Commentaar

AD (A): WETTELIJKE RENTE

Achtergrond

Het eerste lid regelt dat de wettelijke rente over, kort gezegd, de gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Dit is aan de orde indien er ten onrechte geen (art. 677) of een te korte (art. 672) opzegtermijn in acht is genomen. De wettelijke rente over het bedrag van de transitievergoeding wordt gerekend vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Dat laatste heeft een praktische achtergrond: werkgevers kunnen een transitievergoeding dan meenemen in de eindafrekening.

Analyse

Allereerst valt op dat de verschuldigdheid van wettelijke rente niet voor alle ontslagvergoedingen wordt geregeld, maar alleen maar voor de in het artikel genoemde.

²⁶⁷ Prof. mr. J.M. van Slooten, hoogleraar arbeidsrecht UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Wellicht heeft de wetgever dit alleen willen regelen voor de vergoedingen waarvan de omvang eigenlijk al meteen uitgerekend kan worden, zulks in tegenstelling tot de billijke vergoedingen (zoals in de artikelen 681, 682 of 683). Van deze billijkheidsvergoeding staat immers noch de verschuldigdheid, noch de hoogte op voorhand vast.

In de tweede plaats roept de betalingstermijn van een maand, die inderdaad zeer praktisch is, de vraag op waarom die beperkt is tot de wettelijke transitievergoeding. De eindafrekening volgt in de praktijk doorgaans met de salarisronde in de maand na afloop van de arbeidsovereenkomst. Tot die eindafrekening behoren betalingen als: niet genoten vakantiedagen, resterend vakantiegeld, pro rata bonus of eindejaarsuitkering. Voor deze betalingen geldt dat zij doorgaans verschuldigd zijn per de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit volgt bij gebreke van een andersluidende wettelijke of contractuele bepaling uit art. 6:83 BW. Wettelijke rente is dan op grond van art. 6:119 BW per die datum verschuldigd en niet pas een maand later. Dus: hoewel de maand wachttijd praktisch is, legt zij juist bloot dat er wel wettelijke rente verschuldigd is over (de meeste elementen van) de eindafrekening. Het is om die reden aan te bevelen de éénmaands-termijn uit te breiden tot alle elementen van de eindafrekening. Ook voor de andere elementen van de eindafrekening geldt immers dat het vaak praktisch niet mogelijk is om deze direct bij de einddatum de voldoen.

De aan een transitievergoeding gelijkwaardige voorziening zoals opgenomen in een cao (vgl. art. 673b) is uitgesloten van lid 1. Dat brengt mee dat over deze voorziening, voor zover zij in geld is uitgedrukt, de wettelijke rente in beginsel al verschuldigd zal zijn per datum einde dienstverband, tenzij in de cao een afwijkende regeling is getroffen. Als de wetgever er niet op vertrouwt dat cao-partijen dit goed zullen regelen, is te overwegen ook betalingen krachtens een 673b-vergoeding onder lid 1 laatste volzin te brengen.

Lid 1 is niet beperkt tot de door de werkgever verschuldigde vergoedingen. Het spreekt vanzelf dat een werknemer die onregelmatig opzegt ook per de einddatum wettelijke rente verschuldigd is. Men kan zich afvragen of dit ook moet gelden voor de situatie waarin in hoger beroep of cassatie blijkt dat een transitievergoeding ten onrechte is betaald aan de werknemer. Dergelijke verschuldigdheid past wel in het systeem van de wet.

AD (B): INLEIDING BIJ VERZOEKSCRIFT

Achtergrond

In het huidige stelsel worden veel aan beëindiging van het dienstverband gerelateerde geschillen in een dagvaardingsprocedure behandeld. In lid 2 wordt geregeld dat gedingen in verband met de gefixeerde schadevergoeding (art. 672 lid 9), de dringende reden (art. 677) of de transitievergoeding (art. 673-673c) bij verzoekschrift moeten worden gestart. De tekst maakt een onderscheid tussen op bepaalde artikelen gebaseerde gedingen en gedingen die zijn gebaseerd op het bepaalde bij of krachtens bepaalde artikelen. Het gaat bij dit laatste om artikel 673b (regeling van de aan een transitievergoeding "gelijkwaardige voorziening") en artikel 673c (de betaling van de transitievergoeding in termijnen op grond van een ministeriële regeling). Het zinsdeel "bij of krachtens" biedt daarmee dus ook de grondslag om vorderingen op basis van de cao of de ministeriële regeling bij verzoekschrift in te dienen. Omdat het artikel spreekt over "gedingen" moet worden aangenomen dat hieronder ook valt een procedure

waarin een werknemer klaagt over de cao-bepaling waarin is afgeweken van de wettelijke transitievergoeding. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om een vordering dat de voorziening niet gelijkwaardig is of dat één of meerdere partijen bij de cao niet representatief is.

Analyse

Het is opvallend dat art. 686a lid 2 BW zich beperkt tot enkele artikelen uit Afdeling 7.10.9 BW. Er zijn ook andere artikelen in het nieuwe ontslagrecht op grond waarvan men een vordering kan indienen. Een aantal daarvan (671b, 671c – beide over de ontbinding – en 681 en 682) regelen zelf reeds door gebruikmaking van het woord "verzoek" dat de daarop gebaseerde vorderingen bij een verzoekschrift moeten worden ingeleid. Er zijn echter ook bepalingen in het ontslagrecht die dit niet duidelijk maken. Men kan denken aan de ketenregeling, de inachtneming van opzegtermijnen of de dood van de werkgever. Geschillen over deze artikelen kunnen bestaan in een vordering tot nakoming of een verklaring voor recht. Thans dienen deze vorderingen bij dagvaarding te worden ingesteld. Er is derhalve onzekerheid over de vraag of alle geschillen in het kader van het ontslagrecht door de verzoekschriftprocedure worden bestreken of slechts de expliciet in lid 2 genoemden. De toelichting is niet duidelijk over de vraag of deze procedure voor het gehele ontslagrecht geldt. Het verdient dan ook aanbeveling dit duidelijk te maken. Het is in lijn met het doel van de bepaling, de vereenvoudiging van het procesrecht en het voorkomen van dubbele procedures, om nog beter te voorkomen dat er dagvaardings- en verzoekschriftprocedures naast elkaar blijven bestaan in het ontslagrecht. Twijfel over dit onderwerp dient vermeden te worden. Het verdient dan ook aanbeveling om lid 2 aldus te verwoorden dat alle geschillen inzake Afdeling 7.10.9 worden ingeleid door een verzoekschrift.

In de praktijk zal de meest belangrijke verandering als gevolg van lid 2 zijn dat geschillen over een ontslag wegens een dringende reden bij verzoekschrift zullen worden gevoerd.

De toepasselijkheid van Boek 1, titel 3 Rv brengt mee dat de werkgever tot op de zitting een verweerschrift mag indienen, eventueel gepaard gaand met een incidenteel verzoek (art. 282 Rv). Dit kan de werknemer processueel nadeel opleveren. Eerst moet hij gelet op de vervaltermijn van lid 4 met grote voortvarendheid een verzoekschrift tot vernietiging van het ontslag op staande voet indienen. Vervolgens behoort de behandeling van het verzoek krachtens lid 5 binnen vier weken na indiening plaats te vinden. De werkgever kan in de praktijk tot enkele dagen vóór de zitting met een lijvig verweerschrift komen. Overigens kan de werkgever ook op achterstand worden gezet door het feit dat hij een relatief korte periode heeft om zich te verweren. In deze procedure zal, normaal gesproken, het bewijsrecht ten volle van kracht zijn, terwijl ook hoger beroep en cassatie mogelijk blijven. Het is onwaarschijnlijk dat aan al deze elementen recht wordt gedaan indien de procedure in het tempo van een 685-ontbinding plaatsvindt, hetgeen lid 5 veronderstelt. De rechter zal echter gebonden zijn aan Titel 1.3 Rv, inclusief art. 282 Rv. Hij kan daar niet zomaar van afwijken. Evenmin kunnen gerechten of de Kring van Kantonrechters dat doen. Het zou dan ook aanbeveling verdienen om in de wet op te nemen dat het de rechter vrij staat middels een procesreglement enkele processuele waarborgen te stellen zodat de belangen van partijen geen gevaar lopen.

AD (C): GERELATEERDE VORDERINGEN

Achtergrond

Lid 3 noemt alle procedures in het ontslagrecht die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid (kort gezegd: de vordering tot betaling van een transitievergoeding, de gefixeerde schadeloosstelling, de ontbindingsprocedure, en vernietigingen van de opzegging) en regelt dat "daarmee verband houdende andere vorderingen" ingediend worden met een verzoekschrift. De memorie van toelichting merkt op dat het ter beoordeling van de behandelende rechter is wat onder "daarmee verband houdende andere vorderingen" (hierna: "gerelateerde vorderingen") moet worden verstaan. In beginsel gaat het om alle mogelijke vorderingen die bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst of het herstel daarvan kunnen worden ingesteld. De memorie van toelichting noemt vorderingen wegens achterstallig loon, uit hoofde van een tussen partijen aangegaan concurrentiebeding of rond (de terugbetaling van) een aan de werknemer toegekende transitievergoeding. Ook kunnen in dat verband bij verweerschrift incidentele verzoeken worden gedaan. Zodoende wordt volgens de toelichting een dubbele rechtsgang voorkomen, hetgeen tijd en geld scheelt. Ook het gerechtelijk apparaat wordt daarmee minder zwaar belast.

Analyse

Lid 3 kan aanzienlijke veranderingen voor de rechtspraak betekenen en een verzwaring van de belasting van de rechtelijke macht meebrengen. Ik heb daarbij met name voor ogen de situatie dat de werkgever een ontbindingsverzoek indient. Een eerste aspect van deze verandering betreft het feit dat voortaan vorderingen die vanwege hun geringe omvang of kans op succes doorgaans niet tot een procedure leiden, nu wél aan de rechter zullen worden voorgelegd. Hierbij kan gedacht worden aan de geschillen over eventueel achterstallig loon, de hoogte van het aantal niet opgenomen vakantiedagen, alsmede de berekening van de waarde daarvan, vorderingen uit hoofde van discriminatie of gezondheidsschade.

Kennelijk beoogt de wetgever deze bepaling een wijde strekking te geven. Door het voorbeeld van het achterstallig loon gaat deze thans verder dan de bewoording van lid 3 en art. 282 lid 4 Rv (dat bepaalt dat het incidenteel verzoek betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek). Het valt immers niet dan met de nodige moeite in te zien wat achterstallig loon voor verband houdt met de beëindiging.

Zeker nu: a) dergelijke verzoeken ook door de werknemer bij verweerschrift kunnen worden ingediend en b) de transitievergoeding zeer weinig ruimte laat voor het meewegen van verwijtbaarheid van de werkgever, valt te verwachten dat veel werknemers, geconfronteerd met een ontbindingsverzoek, de gehele geschiedenis van de arbeidsovereenkomst aan de orde zullen stellen, met daaraan gekoppeld enkele van de hiervoor genoemde vorderingen. Ook om tactische redenen zal dit door werknemers kunnen worden gedaan: zo wordt de aandacht op de zitting afgeleid van het ontslagverzoek. Bovendien zal de werkgever zeer weinig tijd hebben om te reageren op deze incidentele verzoeken, aangezien het verweerschrift van de werknemer meestal pas enkele dagen voor de mondelinge behandeling komt en de wet geen verandering brengt in die praktijk. Gevolg: langere processtukken en langer durende behandelingen. Mogelijk leidt dat weer tot beschikkingen die op andere punten dan de transitievergoeding tot discussie aanleiding geven. Gevolg is dan een stijging van de hoger beroepen, waarbij dan ook maar weer alles wordt meegenomen.

Het tweede aspect: sommige van deze gerelateerde vorderingen zijn eenvoudig mee te nemen; andere niet. Men kan denken aan het ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer die stelt schade op grond van artikel 7:658 BW te hebben geleden (arbeidsongeval en beroepsziekte). Een ander voorbeeld betreft een procedure over aandelenplannen. Dergelijke procedures kunnen langdurig en complex zijn. Het is in strijd met de aard van de ontbindingsprocedure indien de gerelateerde vorderingen de behandeling van het ontbindingsverzoek te lang ophouden. Omgekeerd is het soms in strijd met de zorgvuldigheid indien een schadeclaim wegens een arbeidsongeval in het tempo van een ontbindingsprocedure moet worden behandeld. Het verschil tussen beide wordt pregnanter indien bij de ontbinding, zoals gebruikelijk, de bewijsregels in beginsel niet van toepassing zijn en bij de zaak betreffende het arbeidsongeval in beginsel juist wel. Lid 3 maakt nu niet duidelijk of het de rechter vrij staat om sommige gerelateerde vorderingen niet tot het geschil toe te laten, maar daarvoor naar een aparte procedure te verwijzen en de verzoeker in zoverre niet ontvankelijk te verklaren.

Een dergelijke regeling geldt nu ook voor vorderingen die door een benadeelde partij in een strafzaak worden ingebracht (vgl. art. 361 Sv.) Oordeelt de rechter dat die te ingewikkeld zijn voor de strafzaak, dan wordt het verzoek niet ontvankelijk verklaard en mag de benadeelde het nog eens in een gewone procedure proberen. Dat zou hier ook een goede oplossing zijn.

De Baijingsleer²⁶⁸, die niet wordt genoemd in de memorie van toelichting, regelt dat zoveel mogelijk met de beëindiging verband houdende vorderingen die met de redelijkheid en billijkheid verband houden in de ontbindingsprocedure worden afgehandeld. Dat verandert dus kennelijk niet, maar de problematiek die ik hier aansnijdt gaat verder omdat deze ook ziet op vorderingen die krachtens de Baijingsleer nu juist niet hoeven worden meegenomen in de ontbindingsbeschikking.

De rechter is op grond van het Wetboek van Rechtsvordering bevoegd deelbeschikkingen af te geven (art. 232 Rv.) Dat is een voor de hand liggende oplossing voor het splitsen van de diverse gerelateerde vorderingen. Een nadeel van de toepassing van het werken met deelbeschikkingen kan zijn dat de rechter vorderingen in samenhang zal willen bezien. Voorbeeld is de verschuldigdheid van een vergoeding aan een arbeidsongeschikte werknemer bij ernstige verwijtbaarheid (671b lid 8 en 9 sub b.). De rechter zal daarover pas willen oordelen als hij ook de vordering ex art. 7:658 BW heeft beoordeeld. Daarbij komt nog dat als de ontbindingsdeelbeschikking al is gegeven, daarvan al appèl moet worden ingesteld, terwijl over de andere deelverzoeken nog moet worden geoordeeld²⁶⁹.

Gelet op bovenstaande complicaties en onzekerheden verdient het aanbeveling de rechter de vrijheid te geven om aan de ontbindingsprocedure gerelateerde vorderingen te verwijzen naar een aparte (bodem)procedure, indien behandeling van deze vordering een snelle behandeling of de nagestreefde vereenvoudiging van het procesrecht in arbeidszaken in de weg staat. Anders bestaat immers het risico dat het doel van lid 3 (het vermijden van een dubbele rechtsgang) middels deelbeschikkingen en niet parallel lopende appenzaken niet wordt bereikt, maar er juist meer tijd en geld mee gemoeid is dan indien er twee afzonderlijke procedures zouden zijn.

²⁶⁸ Begonnen bij HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248.

²⁶⁹ Asser/Van Schaick (2011), nr. 113.

Evenmin is duidelijk of een partij verplicht is om zo'n gerelateerde vordering in te dienen. De tekst van lid 3 spreekt over "worden", hetgeen een gebiedende strekking heeft. Mocht dat niet de bedoeling zijn, dan is aan te bevelen het woord "kunnen" toe te voegen.

AD (D): VERVALTERMIJNEN

Achtergrond

Het vierde lid regelt de termijnen waarna de bevoegdheid om de rechter iets te verzoeken vervalst. Indien deze termijnen verstrijken, zal de rechter de verzoeker niet ontvankelijk verklaren. Het gaat om vervaltermijnen, die niet kunnen worden gestuit. De termijn bedraagt effectief twee maanden. Bij de transitievergoeding is dat formeel drie maanden, maar in de praktijk zal pas na een maand duidelijk zijn of, en zo ja, of de goede transitievergoeding is betaald, zodat ook hier in de praktijk maar twee maanden overblijven om een verzoekschrift in te dienen bij de rechter. Er zijn overigens ook gevallen van samenloop denkbaar: zo kan de werknemer primair vernietiging van de opzegging verzoeken (vervaltermijn is twee maanden) en subsidiair een transitievergoeding (drie maanden). Omdat de werknemer dat in een verzoekschrift zal aankaarten zal dan per saldo dus de tweemaandstermijn gelden (en heeft de werknemer één maand voor beoordeling van de transitievergoeding).

Analyse

Op de verzoekschriftprocedure is titel 1.3 Rv. van toepassing. Dat, in combinatie met het voorschrift van lid 5 dat de behandeling binnen vier weken aanvangt, brengt mee dat het verzoekschrift ook meteen de gronden moet bevatten (art. 278 lid 1 Rv.). Verder begint de termijn in de meest voorkomende gevallen op de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Dit alles betekent dat een werknemer die geconfronteerd wordt met ontslag de volgende stappen moeten nemen:

1. hij zal zich snel moeten realiseren dat sprake is van ontslag,
2. hij zal meestal een gemachtigde moeten raadplegen,
3. de werknemer zal na advies van de gemachtigde een afweging moeten maken of de met een procedure gemoeide kosten opwegen tegen de verwachte opbrengst,
4. en vervolgens, eventueel, een schikking beproeven en/of
5. een inhoudelijk verzoekschrift (laten) opstellen en tijdig indienen.

Bij zaken als een gecompliceerd ontslag op staande voet, kan dit tot zeer strakke tijdlijnen leiden. Soms is ook onduidelijk of een arbeidsovereenkomst is opgezegd. Daarbij gaat het om situaties waarin een werknemer te horen krijgt dat op zijn arbeid geen prijs meer wordt gesteld en hij niet wordt toegelaten tot het werk.

Het voordeel van de korte termijn is dat er niet meer met termijnen kan worden gespeeld. In het huidige recht kan een vernietiging binnen zes maanden buitengerechtelijk worden uitgebracht, waarna een procedure nog langer op zich kan laten wachten. In het nieuwe stelsel weten partijen sneller waaraan ze toe zijn. Een nadeel is dat de werknemer vrijwel direct in de vechtmodus moet springen om geen rechten te verspelen. Per saldo zal de kans op het bereiken van een schikking voor aanvang van de procedure hierdoor kleiner worden. Een ander nadeel van deze vervaltermijnen is dat de werknemer niet eerst onderzoek kan doen ter onderbouwing van zijn vordering. Verder ontbreekt hem de tijd om door een voorlopig

getuigenverhoor zijn procespositie in te schatten, alvorens hij een ontslag op staande voet gaat aanvechten. Ook dit is een verslechtering van met name de positie van de werknemer. Het is te overwegen om de vervaltermijnen iets te verruimen, bijvoorbeeld tot 3 maanden.

3. Aanbevelingen

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.

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

RvS p. 19-20, NR p. 7-8, MvT p. 18-19, 122, Verslag p. 15, NnavV p. 28-29

Uitzendkrachten

E.C. van Fenema en E.T. Visser²⁷⁰

1. Voorgestelde regeling

In de MvT wordt gesteld dat de positie van uitzendkrachten kan worden verbeterd door meer zekerheid te bieden. In dit kader is een aantal maatregelen voorgesteld. Dit betreft onder andere het uitzendbeding op grond waarvan de overeenkomst tussen uitzendkracht en uitzendbureau automatisch eindigt op het moment dat de inlener het einde van de terbeschikkingstelling wenst. Dit kan volgens de huidige wettelijke regeling gedurende de eerste 26 gewerkte weken van de uitzendovereenkomst. Per cao kan deze periode onbeperkt worden verlengd. Het kabinet stelt voor de mogelijkheid van verlenging te beperken tot 78 weken. Dezelfde beperking wordt voorgesteld voor de mogelijkheid bij cao af te wijken van het van toepassing worden van de ketenregeling voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (artikel 7:668a) en de loondoorbetalingplicht van artikel 7:628.

2. Commentaar

78 weken

De afwijkingmogelijkheid bij cao wordt volgens de MvT beperkt om te voorkomen dat uitzendkrachten langdurig in onzekerheid verkeren.²⁷¹ De beperking in duur tot 78 weken zou oorspronkelijk ook worden aangebracht in artikel 628 lid 7. Dit is na het advies van de RvS geschrapt. De RvS heeft ook ten aanzien van uitzendkrachten naar voren gebracht dat een beperking in duur mogelijk niet het meest geschikte criterium is.²⁷² De beperking in duur is in dit artikel echter nog blijven staan. Uitzendkrachten wordt daarmee meer zekerheid geboden dan oproepkrachten voor wie de beperking tot 78 weken niet geldt waar het gaat om de afwijking van de loondoorbetalingplicht. De termijn van 78 weken is een politieke keuze, waarover de nodige vragen zijn gesteld.²⁷³ Naar wij aannemen zal hierop nog verder worden ingegaan bij de behandeling van het wetsvoorstel.

Uit het nader rapport van de minister blijkt dat voor de termijn van 78 weken is gekozen, omdat dit onder meer de contractsvrijheid van partijen voldoende respecteert.²⁷⁴ Men heeft het hier echter niet over de contractsvrijheid van uitzendwerkgever en uitzendkracht, maar over de

²⁷⁰ Advocaten bij respectievelijk Kennedy van der Laan en AKD.

²⁷¹ MvT, p. 19.

²⁷² RvS, p 20.

²⁷³ Zie het Verslag, p. 15, waar onder meer de vraag aan de orde komt of de voorgestelde wijziging ertoe zal leiden dat uitzendkrachten na 78 weken geen werk meer zullen hebben en waar de keuze voor 78 weken vandaan is gekomen.

²⁷⁴ Nader rapport, p 8.

contractsvrijheid van cao-partijen. Het is de vraag of het aangewezen is deze partijen zo te beperken in wat zij mogen afspreken. Hetzelfde geldt voor de opmerking van de minister over afwijkingmogelijkheden bij cao van het uitzendbeding (artikel 691 lid 8) en de toepasselijkheid van de ketenregeling (artikel 668a lid 6). Het kabinet wil afwijkingen in cao's gedurende een langere periode dan 78 weken voorkomen en de uniformiteit van het rechtsregime dat geldt voor uitzendkrachten, bevorderen.²⁷⁵ Op dit moment valt de uitzendsector grof gezegd uiteen in uitzendkrachten werkend onder de ABU- of de NBBU-cao.²⁷⁶ Deze cao's worden van werknemerszijde gesloten door dezelfde partijen, maar hebben een eigen identiteit²⁷⁷ en inhoud. Door de verschillende cao's kan worden ingespeeld op verschillende behoeftes in de sectoren waar de uitzendkrachten te werk worden gesteld. Uitzendkrachten werken immers overal en in allerlei functies. Sociale partners hebben nu de mogelijkheid om met de ABU- of NBBU-cao in te spelen op een specifieke behoefte. Het is de vraag of dit moet worden opgeofferd ten behoeve van uniformiteit, met name omdat de vakbonden in het verleden bewust hebben gekozen voor niet uniforme regelingen in de ABU- en NBBU-cao.²⁷⁸ Opvalt dat in de nota naar aanleiding van het verslag wordt opgemerkt dat wordt aangesloten bij de ABU-cao, maar dat niets wordt gezegd over de NBBU-cao.²⁷⁹ Cao-partijen zullen immers een reden hebben gehad om niet in iedere uitzendcao dezelfde regeling op te nemen. Het verdient aanbeveling aandacht te besteden aan dit belang, alvorens de onderhandelingsvrijheid van cao-partijen te beperken en afspraken die voorheen in een cao werden gemaakt, aan wettelijke banden te leggen.

Als er vrees is dat per cao onwenselijke afspraken worden gemaakt met mogelijk niet-representatieve of niet-onafhankelijke vakverenigingen, dan wordt opgemerkt dat dit kan worden ondervangen door in de wet eisen op te nemen waaraan de cao-partijen moeten voldoen (zie ook hierna).

Anders dan naar tijdvak vastgesteld loon en schorsing

In het voorgestelde lid 7 van artikel 691 is een verwijzing opgenomen naar alleen het eerste lid van artikel 628. Dit heeft als gevolg dat de uitsluiting van de verplichting loon door te betalen aan uitzendkrachten geen betrekking meer mag hebben op het 'anders dan naar tijdruimte vastgesteld loon' van het 3^e lid. Dezelfde situatie speelt ten aanzien van 'reguliere' werknemers onder het voorgestelde artikel 628 lid 5. Wij verwijzen naar ons commentaar ten aanzien van die bepaling. Verder merkten wij ten aanzien van de voorgestelde wijziging van artikel 628 lid 7 al op dat geen rekening lijkt te zijn gehouden met de gevolgen hiervan voor de mogelijkheid werknemers te schorsen met inhouding van loon. Dit geldt ook voor artikel 691 lid 8. In de ABU-cao is thans in artikel 10 opgenomen dat het bij ongewenst gedrag, onregelmatigheden of

²⁷⁵ Nader rapport, p. 8.

²⁷⁶ Van werknemerszijde worden deze cao's gesloten door dezelfde partijen: FNV, CNV, LBV en De unie.

²⁷⁷ Zo wordt van NBBU-zijde gesteld dat de NBBU-cao een eenvoudige en flexibele regeling is en dat men bij het afsluiten rekening houdt met de wens van het MKB om de administratieve lasten te verminderen (<https://www.nbbu.nl/pagina/nbbu-cao-voor-uitzendkrachten>).

²⁷⁸ Uniformiteit kan overigens ook worden bereikt door algemeen verbindend verklaring van een cao. Het is de vraag of cao-partijen dit willen, maar als dat zo is, dan kan een verzoek tot algemeen verbindend verklaring worden gedaan en wordt op die wijze uniformiteit bewerkstelligd. Het blijft dan aan de cao-partijen.

²⁷⁹ Nota naar aanleiding van het verslag, p. 29.

overtreding van gedragsregels, procedures of instructies door de uitzendkracht het mogelijk is een schorsing zonder behoud van loon op te leggen. Die afspraak is onder de voorgestelde regeling nietig voor zover de uitzendkracht gedurende meer dan 78 weken heeft gewerkt. Hierdoor wordt niet alleen het sanctiearsenaal van de uitzendwerkgever aanzienlijk beperkt, maar ook onderscheid gemaakt naar arbeidsduur. Dit laatste zou ertoe kunnen leiden dat op grond van artikel 7:648 lid 2 het schorsingsbeding ook nietig is voor zover dit op uitzendkrachten ziet die minder dan 78 weken hebben gewerkt.

Net als bij artikel 7:628 is er veel voor te zeggen de cao, genoemd in lid 8 van artikel 691 aan dezelfde totstandkomingvereisten te onderwerpen als de cao, genoemd in de voorgestelde artikelen 671 lid 2 en 673b lid 2. Het gaat om de vereisten die dienen te voorkomen dat een cao wordt gesloten met een niet-representatieve of niet-onafhankelijke vakbond.

3. Conclusies en aanbevelingen

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

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.

Nieuwe artikelen

Artikel 691

1. [...]
2. [Conform wetsvoorstel]
3. [...].
4. [Conform wetsvoorstel]
5. [Conform wetsvoorstel]
6. [...]
7. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan:
 - a. kunnen de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3 worden verlengd; en
 - b. kan van lid 5 worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
9. De collectieve arbeidsovereenkomst, bedoeld in lid 8, is afgesloten met een of meer verenigingen van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun 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.

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

Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, MvT (nr. 3), p. 26-27, 31-33, 101-103, 106109 en130

De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?

E.B. Wits²⁸⁰

1. Voorgestelde regeling

Het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid heeft de nodige gevolgen voor de positie van de zieke werknemer en zijn werkgever. In de Memorie van Toelichting (MvT) en overige stukken en de tot op heden verschenen commentaren, is hieraan nauwelijks aandacht besteed. Toch verdient dit onderwerp een beschouwing om een aantal redenen.

In de eerste plaats bevat het wetsvoorstel diverse regelingen die de positie van de zieke werknemer en zijn werkgever direct raken. Bijvoorbeeld het nieuwe vereiste van het overleggen van een deskundigenverklaring door de werkgever in een ontbindingsprocedure op straffe van niet-ontvankelijkheid (art. 7:671b lid 5). Dit is verplicht indien de werkgever de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer wegens het niet nakomen van zijn re-integratie-verplichtingen wil laten ontbinden.

In de tweede plaats is een vaak gehoord geluid, dat de vlucht naar payrollconstructies en (andere) flexibele arbeidsvormen door werkgevers, is ingegeven door de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte en de daarbij horende re-integratie inspanningen²⁸¹. Niet zozeer het ontslagrecht, maar wel deze zware verplichtingen weerhouden werkgevers van het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Doel van het wetsvoorstel is onder andere de balans tussen vast en flexibel werk te herstellen. Geen enkel voorstel ziet echter op het verlichten van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte, terwijl dit nu juist bevorderlijk zou kunnen zijn voor het herstel van deze balans. Het is zelfs zo, zoals hierna zal blijken, dat de last die op werkgevers rust bij zieke werknemers, nog zwaarder wordt. Deze consequentie is vermoedelijk niet bedoeld door de wetgever. Voldoende reden dus om te beoordelen welke gevolgen het wetsvoorstel heeft voor de balans van rechten en verplichtingen bij ziekte die op de werkgever en zijn werknemer rusten.

Ten slotte is het van belang om te beoordelen of het wetsvoorstel spoort met de recent ingevoerde wijzigingen in de sociale zekerheidswetgeving. Ik doel hier op de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, ook bekend onder de naam 'Modernisering Ziektewet'²⁸². Deze wet heeft tot doel het ziekteverzuim en de arbeidsongeschiktheid van tijdelijke werknemers terug te dringen. Het gaat met name om werknemers die tijdens de eerste 104 weken van ziekte ziek uit dienst gaan. Deze werknemers vormen 50% van de instroom in de WIA, terwijl ze minder dan 20% van het verzekerdenbestand

²⁸⁰ Erica Wits is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht.

²⁸¹ Zie hiervoor E. Verhulp 'De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na Werk en zekerheid', *TRA* 2014/3, p. 21.

²⁸² Wet van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 464.

vormen. Door o.a. het vergroten van de financiële verantwoordelijkheid van werkgevers voor deze groep, moet het aantal vangnetters terug worden gebracht.²⁸³ Enkele voorgestelde wijzigingen hebben echter een averechts effect op de doelstelling van deze nieuwe wet. Hieronder daarom een beoordeling van de voorstellen vanuit deze drie invalshoeken.

I Artikel 670a lid 1 onder c en artikel 671b lid 5 (inperking opzegverbod tijdens ziekte bij schending re-integratieverplichtingen)

Een werknemer kan geen beroep doen op het opzegverbod tijdens ziekte indien hij zich, kortgezegd, niet houdt aan zijn re-integratieverplichtingen. Artikel 670a lid 1 neemt artikel 670b lid 3 BW over met de aanvulling dat onderdeel c (het meewerken aan een plan van aanpak) alleen van toepassing is indien de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van deze verplichting of om die reden de betaling van het loon heeft gestaakt. Deze waarschuwingsplicht is ook opgenomen in artikel 671b lid 5. Dit lid 5 is nog aangevuld met de eis dat de werkgever dient te beschikken over een deskundigenverklaring als bedoeld in artikel 7:629a BW.

In de MvT staat dat de voorgestelde waarschuwingsplicht uit de huidige praktijk volgt en uit de wetgeschiedenis bij de Wet verbetering Poortwachter. Uit hoofde van de kenbaarheid is het wenselijk deze waarschuwingsplicht expliciet in de wet op te nemen. Bij de toelichting op artikel 671b lid 5 wordt nog genoemd dat deze verplichting voor de werkgever ook in het geval van de 'gewoon disfunctionerende' werknemer, neergelegd in artikel 669, tweede lid, onderdeel d, BW geldt²⁸⁴. Voor de eis dat er een deskundigenverklaring dient te worden overgelegd wordt geen verklaring gegeven. Uit de MvT volgt slechts dat deze naar het oordeel van de rechter van voldoende recente datum dient te zijn.

2. Commentaar

Incongruentie met artikel 7:629 BW

De voorgestelde regelingen stemmen niet overeen met de regeling in artikel 7:629 lid 7 BW en de wetgeschiedenis van dit artikel. Ook wijken deze af van de praktijk. Deze incongruenties zullen wellicht leiden tot conflictstof en ongewenste procedures.

Artikel 7:629 lid 3 en 6 BW geven de mogelijkheid tot het stopzetten of opschorting van de loonbetaling. Lid 7 van dit artikel bepaalt dat de werkgever steeds verplicht is om de werknemer de grond van de weigering of opschorting mee te delen. Dit dient direct te gebeuren en de werkgever mag hier niet mee wachten tot de loonbetaling. Laat hij dit na, dan kan de werkgever geen loon meer uitsluiten of opschorten. De regeling waarborgt dat de werknemer tijdig weet waar hij aan toe is en dat hij de nodige maatregelen kan treffen. Voorkomen wordt aldus dat de werknemer pas in een zo laat stadium, bij de loonbetaling, wordt geconfronteerd met een weigering van de werkgever om het loon door te betalen dat het voor hem niet goed meer mogelijk is om nog te bewijzen dat hij wel degelijk recht op de loondoorbetaling had.

²⁸³ Zie hiervoor D.J.B. de Wolff, Wijzigingen inde Ziektewet: medicatie met bijwerkingen, *Arbeidsrecht* 2013/10, p 3 – 6.

²⁸⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3. p. 130.

Deze mededelingsplicht komt niet op deze manier terug in het wetsvoorstel. In de bepalingen staat:

“indien de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van deze verplichtingen of om die reden de betaling van het loon heeft gestaakt”.

De eis van artikel 7:629 lid 7 BW dat de waarschuwing onverwijld dient te zijn gegeven nadat bij de werkgever het vermoeden van het bestaan van een grond het loon niet te betalen, is niet in artikel 671b lid 5 opgenomen. Ook lijkt het nu mogelijk om een zieke werknemer rechtsgeldig op te zeggen, daags na het staken van het loon, zonder dat de werkgever de werknemer heeft gewaarschuwd en de gelegenheid heeft gegeven zijn gedrag aan te passen. Bovendien lijkt het er nu ook nog op dat een enkele waarschuwing voor een geringe overtreding zal leiden tot een buitenwerking stellen van het opzegverbod tijdens ziekte. Dit misverstand wordt nog eens versterkt doordat in artikel 671b lid 5 de zinsnede “zonder deugdelijke grond” niet is opgenomen²⁸⁵. Nu een ontslag van een zieke werknemer bij het niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen volgens de wetsgeschiedenis van de wet Verbetering Poortwachter is bedoeld als ‘ultimum remedium’²⁸⁶, stemt deze voorgestelde tekst niet overeen met deze wetsgeschiedenis. Ten slotte zijn de voorgestelde artikelen slechts een ‘light’ variant op de strikte eisen die het UWV stelt aan het verzoek om toestemming voor een werknemer die zijn re-integratieverplichtingen schendt²⁸⁷. Overeenstemming met de praktijk is zo gezien ook niet aanwezig.

Uit de MvT blijkt niet dat het de bedoeling is geweest om het opzegverbod tijdens ziekte meer te beperken dan nu het geval is, integendeel, de bedoeling is juist aan te sluiten bij de praktijk en de wetsgeschiedenis. Het verdient daarom aanbeveling het woordje ‘of’ in de voorgestelde bepalingen, te wijzigen in ‘en’ en om te verwijzen naar artikel 7:629 lid 7 BW. Nu het tevens de bedoeling is om de kenbaarheid van de verplichtingen te vergroten, verdient het ook aanbeveling tot uitdrukking te brengen dat een einde van de arbeidsovereenkomst een uiterst middel is bij het schenden van de re-integratieverplichtingen.

Nieuw: deskundigenverklaring vereist voor de werkgever

De eis aan de werkgever tot het overleggen van een deskundigenverklaring waaruit blijkt dat de werknemer zonder deugdelijke grond zijn re-integratieverplichtingen niet naleeft, is een noviteit²⁸⁸. Tot nu toe was alleen de werknemer verplicht tot het overleggen van een dergelijke verklaring en wel bij het instellen van een vordering tot doorbetalen van het loon tijdens ziekte (artikel 7:629a lid 1 BW). Het valt niet altijd mee om een deskundigenverklaring te verkrijgen²⁸⁹ en al helemaal niet om deze snel te verkrijgen. Bovendien is er veel kritiek op de kwaliteit van

²⁸⁵ De vraag is namelijk of dit gebrek volledig wordt ondervangen door de ontslaggrond ‘verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer’.

²⁸⁶ Zie bijv. *Kamerstukken I*, 2001/2002, 27 678, nr. 37a, p. 18 waarnaar E. Verhulp in zijn noot bij HR 24 december 2004, *JAR* 2005, 50 (L’Kadi/Albert Heijn) verwijst.

²⁸⁷ Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 26 paragraaf 6.

²⁸⁸ Het UWV geeft deze verklaring af op grond van artikel 32 lid 2 Wet SUWI.

²⁸⁹ Zie recent: HR 20 december 2013, *JAR* 2014/35. Zie ook Kantonrechter Den Bosch, 15 juli 2010, *JAR* 2010/240, waarin de werknemer toch ontvankelijk werd verklaard, ondanks ontbreken deskundigenoordeel. Het UWV had geweigerd het verzoek van de werknemer in behandeling te nemen.

het onderzoek van de verzekeringsarts van het UWV²⁹⁰. Het stellen van deze eis roept dan ook wel de nodige vragen op, die de MvT niet beantwoordt. Ook het ontbreken van een 'escape' vraagt om een toelichting. Waar artikel 7:629a BW een nooduitgang kent in de vorm van lid 2 (het overleggen van de verklaring kan in redelijkheid niet worden gevegd), mist deze in de voorgestelde regeling. Ik veronderstel dat dit een omissie is, zeker nu de sanctie afwijzing van het ontbindingsverzoek is.

Het roept zeker ook vragen op dat deze deskundigenverklaring wordt vereist in een procedure die gericht is op een spoedige beslissing. Uit de wetsgeschiedenis van dit artikel blijkt dat de verplichte inschakeling van een deskundige slechts geldt voor bodemprocedures. De werknemer die bij wijze van voorlopige voorziening loondoorbetaling verlangt kan die in de regel vragen zonder de verklaring over te leggen²⁹¹. Het argument is dat het spoedkarakter van deze procedure zich niet verdraagt met de tijd die gemoeid is met het verkrijgen van een deskundigenoordeel²⁹². Ook de ontbindingsprocedure is gericht op een snelle beslissing. De vraag is hoe deze nieuwe eis zich hiermee verhoudt.

Onduidelijk is waarom een deskundigenverklaring wél is vereist in een ontbindingsprocedure, maar niet geldt bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst. Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat het UWV bij een beoordeling van een aanvraag wegens het niet meewerken aan re-integratie, altijd een deskundigenoordeel over de re-integratie inspanningen bij zijn beslissing zal betrekken²⁹³. De MvT geeft hierin geen inzicht. Het verdient naar mijn mening aanbeveling om, mede in het kader van het 'gelijkschakelen' van de ontslagprocedures, ook in artikel 670a lid 1 op te nemen dat een verklaring terzake het niet nakomen van de re-integratieverplichtingen van een deskundige verplicht is.

Redactioneel

Ik vraag mij af of het wel de bedoeling is geweest om de waarschuwingsplicht alleen maar betrekking te laten hebben op het niet meewerken aan een plan van aanpak (onderdeel c van artikel 670a lid 1). Deze zal naar ik mag aannemen toch ook gelden voor de onderdelen a (meewerken aan maatregelen) en onderdeel b (verrichten passende arbeid), zeker nu dit voor de ontbindingsprocedure wel het geval is?

Ook valt op dat in artikel 670a lid 1 de re-integratieverplichtingen zijn uitgeschreven, maar dat in artikel 671b lid 5 aanhef alleen wordt verwezen naar artikel 7:660a BW, welk artikel dezelfde re-integratieverplichtingen bevat. Het komt de duidelijkheid ten goede de redactie van deze artikelen dezelfde te laten zijn.

II Balans rechten en plichten werkgever en zieke werknemer

De verplichtingen die op de werkgever rusten bij ziekte van zijn werknemer zijn talrijk en zwaar. Zoals aangegeven in de inleiding zouden deze verplichtingen wel eens een grotere barrière voor het aannemen van vast personeel kunnen zijn dan het ontslagrecht.

²⁹⁰ Zie uitvoerig: van D.M. van Moerkerk en W.M. Hes, Deskundigenoordeel overbodig? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012/3, p. 112.

²⁹¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3 mbt art. 7:1738ca.

²⁹² Bijvoorbeeld Kantonrechter Amersfoort 17 januari 2007, *JAR* 2007/54.

²⁹³ Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 26 paragraaf 6. Indien deze niet beschikbaar is, zal het UWV zelf dit advies nog inwinnen.

Het wetsvoorstel verzwaart, onbedoeld?, de verplichtingen voor de werkgever, maar ook voor de werknemer. Ik som hier een aantal voorgenomen maatregelen op die dit effect kunnen hebben.

Op de eerste plaats is de transitievergoeding ook verschuldigd in het geval van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Op dit moment zal een werkgever veelal geen schadevergoeding verschuldigd zijn wegens een kennelijk onredelijk ontslag²⁹⁴. Werkgevers hebben in deze gevallen al twee jaar (soms zelfs drie) het loon doorbetaald en re-integratiekosten gemaakt om de inzetbaarheid van de werknemer te verhogen. Met het doorvoeren van deze regeling, komt er weer een kostenpost bij voor werkgevers ten opzichte van de huidige situatie.

In artikel 673 lid 6 BW wordt geregeld dat op de transitievergoeding in mindering mag worden gebracht (b.) andere kosten verband houdende met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer die tijdens of bij het eindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt. Deze regel zou er toe kunnen leiden dat (alle) kosten die een werkgever maakt in verband met de re-integratie kunnen worden afgetrokken van de transitievergoeding. Ik vraag mij af of dit wel de bedoeling is van de wetgever. Als dit zo is, dan zal dit duidelijk in de algemene maatregel van bestuur opgenomen dienen te worden om conflictstof te voorkomen.

Een ander voorstel dat leidt tot een kostenverhoging voor de werkgever van de zieke werknemer is de bepaling van artikel 671a lid 6 BW dat de geldigheid van de toestemming voor opzegging bekort met vier weken. De reden die de MvT hiervoor geeft, is dat de werknemer dan niet te lang in onzekerheid hoeft te verkeren over de vraag of de werkgever gebruik gaat maken van de vergunning. Naar mijn idee wordt hier een niet bestaand probleem opgelost en is deze wijziging overbodig. Deze verkorting kan wel een behoorlijke benadeling van de werkgever van een zieke maar herstellende werknemer betekenen. De kans dat opnieuw een UWV-procedure moet worden doorlopen op exact dezelfde gronden omdat de werknemer net niet is hersteld binnen de geldigheidstermijn, wordt met deze bekorting vergroot. Het is niet meer mogelijk om een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen bij de kantonrechter, gelet op het verbod van artikel 671b lid 2, tenzij in het geval van een volledig bedrijfssluiting, terwijl dit in de huidige regeling wel mogelijk is.

In zijn bijdrage gaat N. Zeeuwen uitgebreid in op het ontbreken van de mogelijkheid een arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer te laten ontbinden in het geval van een bedrijfseconomisch ontslag. Het hoeft geen betoog dat dit onderdeel van het wetsvoorstel zeer nadelig is voor werkgevers en een negatieve weerslag zal hebben op de keuze voor vast personeel. In feite betekent dit dat werkgevers langdurig zieke werknemers buiten de afspiegeling moeten houden, in een situatie waarin wegens bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Er kan geen rechterlijke afweging meer plaatsvinden tussen de belangen van de zieke werknemer(s) en het bedrijfsbelang. Het zou mijn

²⁹⁴ HR 15 februari 2008, JAR 2008/76 (Wustlich/Chromalloy) waarin de HR overwoog: de enkele omstandigheid dat Wustlich na een langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid is ontslagen, op zichzelf beschouwd geen grond oplevert voor het toekennen van een vergoeding. Het onderdeel faalt omdat dit oordeel juist is.

voorkeur hebben dat in dergelijke situaties het UWV de bedrijfseconomische reden toetst en de kantonrechter vervolgens toetst of het verzoek geen verband houdt met het opzegverbod tijdens ziekte. Ik stel voor een onderdeel d toe te voegen aan artikel 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." Een directe gang naar de kantonrechter lijkt mij niet juist, nu het UWV de aangewezen instantie is om de bedrijfseconomische reden te toetsen.

Ook de positie van de zieke werknemer gaat er niet op vooruit. Ik wijs op het voornemen de buitengerechtelijke verklaring te laten vervallen. Ik schat in dat er werkgevers zullen zijn die 'de gok' nemen en na verkregen toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst zullen opzeggen met de zieke werknemer. Deze laatste zal genoodzaakt zijn een procedure te starten om zijn gelijk te krijgen en wel binnen twee maanden. Het is de vraag of de werknemer dit zal doen, vooral gelet op de kosten en het feit dat hij, als hij zich maar beschikbaar stelt voor passend werk, een WW uitkering zal ontvangen. In plaats van re-integratie bij zijn eigen werkgever of een tweede spoor, belandt de werknemer in een ongunstige uitgangspositie op de arbeidsmarkt. Ondanks het 'tijdens' verbod zal de zieke werknemer achtereenvolgens worden geconfronteerd met het moeten voeren van verweer in een (snelle) UWV-procedure, de noodzaak (opnieuw) direct naar een rechtshulpverlener te stappen als in strijd met het opzegverbod wordt opgezegd, om vervolgens binnen no time zijn werkgever in een procedure te betrekken om geen aanspraken verloren te laten gaan. Ik ken betere methoden om te herstellen van ziekte. In het huidige systeem zal de werkgever een dergelijke gok niet nemen: de werknemer hoeft alleen maar de opzegging te vernietigen en zich bereid te verklaren, zodra hersteld, zijn arbeid te verrichten. De werkgever zal dan lange tijd in onzekerheid verkeren over zijn verplichtingen en hij kan deze alleen maar beëindigen door een ontbindingsprocedure te starten, welke tamelijk kansloos is als er sprake is van schending van het opzegverbod.

De zieke werknemer is wel geholpen met de herroepingsmogelijkheid van artikel 670a lid 2 juncto lid 5 BW, alleen is de periode van 14 dagen te kort. Dikwijls zal de werknemer pas bij een afwijzende beslissing van het UWV zich realiseren wat de gevolgen zijn (geen ZW-uitkering, zie artikel 45 lid 7 ZW).

III De invloed van de voorstellen op de doelstelling van de Wet beperking ziekte en arbeidsongeschiktheid vangnetters (de Wet Bezava)

Drie voorstellen verdienen de aandacht in relatie tot de Wet Bezava.

In de eerste plaats is het de vraag hoe de inperking van de ketenregeling (artikel 668a BW) zich verhoudt tot de doelstelling van de Wet Bezava om het aantal 'ziek uit dienst' werknemers te beperken en tot een afname te komen van het aantal 'vangnetters' die voor verantwoordelijkheid van het UWV komen. Een van de oplossingen voor de werkgever om een verhoging van de premielast te vermijden, is dat deze een voortgezet dienstverband aanbiedt aan de zieke werknemer²⁹⁵. Zo kan de werkgever zorg dragen voor een goede re-integratie en

²⁹⁵ Zo valt op te maken uit de MvT, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 241, p. 23 en 24.

daarmee de instroom in de ZW en de WIA zoveel mogelijk beperken²⁹⁶. Een werkgever zal echter met het invoeren van de nieuwe ketenregeling, terugdeinzen om een zieke werknemer opnieuw een bepaalde tijd contract aan te bieden. In een afweging door de werkgever tussen een voortzetten van het dienstverband met een zieke werknemer of een verhoging van de premielast, zal door het eerder ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, de balans doorslaan naar het ziek uit dienst laten gaan van de werknemer. Hiermee werkt de beperking van de ketenregeling onbedoeld in tegen de doelstelling van de Wet Bezava.

Ten tweede kan de positie van de werkgever in het licht van de Wet Bezava (heel) beperkt verbeterd worden door het volgende. Door het splitsen van artikel 7:685 BW over twee artikelen (ontbinding op verzoek werkgever in artikel 671b en op verzoek werknemer in artikel 671c) is waarschijnlijk onbedoeld de zogenaamde vergewisplicht zoals opgenomen in het huidige lid 1 van artikel 7:685 BW in artikel 671c verdwenen. Een uitstroom van een zieke werknemer naar de ZW, kan tot een forse premieverhoging leiden voor de werkgever. Het zou daarom goed zijn de vergewisplicht ("houdt het verzoek verband met een opzegverbod?") ook in dit artikel om te nemen, zodat de rechter in zijn afweging rekening kan houden met het belang van de werkgever bij het voorzetten van het dienstverband met een zieke werknemer met het oog op de Wet Bezava.

Ten slotte is artikel 671b lid 7 (opzegverbod tijdens ziekte mist toepassing bij aanvang ziekte na start ontbindingsprocedure) nog van belang. Deze antimisbruikbepaling is ingevoerd met de Wet Flex en Zekerheid voor de BBA-procedure (artikel 7:670 lid 1 onder b BW). Het is begrijpelijk dat in verband met het 'gelijktrekken' van de beide ontslagroutes, deze bepaling ook is opgenomen voor de ontbindingsprocedure. De vraag is echter of deze bepaling nog nut heeft. Sinds de invoering van deze bepaling is de verzuimbegeleiding sterk verbeterd, mede door de Stecr Werkwijzer Arbeidsconflicten. Het resultaat hiervan is dat het 'vluchten in ziekte' geen zin meer heeft. Als er geen ziekte ten grondslag ligt aan de ziekmelding, verklaart de ARBO- of bedrijfsarts de werknemer doorgaans zeer snel arbeidsgeschikt.

Het gevolg van deze bepaling is wel dat de 'goeden onder de kwaden' moeten leiden. De 'echt' zieken missen de bescherming van het opzegverbod en hiervoor is feitelijk geen rechtvaardiging. Bovendien is het resultaat dat het dienstverband tijdens ziekte kan worden beëindigd. Dit staat haaks op de bedoeling van de Wet Bezava die er op gericht is zieke werknemers 'binnen boord' van de werkgever te houden en het aantal 'vangnetters' die onder verantwoordelijkheid van het UWV vallen, te beperken.

3. Aanbevelingen

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

²⁹⁶ Zie hierover: P.H. Burger en P.S. Fluit, Over het leed dat BEZAVA heet: de complicaties van de nieuwe Ziektewet voor de 'vangnetter' en de ex-werkgever, *TRA* 2014/12.

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:

- 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 gevergd 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 gevergd 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 gevergd.”

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 Werkloosheidswet

Vindplaatsen: Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 88-98 en 152-163 (MvT); Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 17-18 (Advies RvS) en p. 9-11 (Nader Rapport); Nota n.a.v. het verslag, p. 89-105, 123-127

P.S. Fluit²⁹⁷

ARTIKEL 24 WW

Verwijtbare werkloosheid (b-grond) en ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever

voorgesteld artikel

Artikel 673 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is als door of op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst eindigt (opzegging, ontbinding of geen voorzetting van rechtswege) en de reden hiervoor gelegen is ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is.

Commentaar

Uitgesloten moet worden dat een werknemer op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst eindigt vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, verwijtbaar werkloos is op grond van artikel 24 lid 2 onder b WW. Het UWV heeft een eigen bevoegdheid om vast te stellen of er sprake is van 'een beëindiging door of op verzoek van de werknemer'. Omwille van de rechtszekerheid is het van belang om wettelijk te waarborgen dat de werknemer in dergelijk geval niet verwijtbaar werkloos is.

aanbeveling

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.

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.

nieuw artikel

invoegen na artikel 24 lid 6 WW een nieuw lid 7 (onder vernumming 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.

²⁹⁷ Mr. dr. P.S. Fluit is als advocaat verbonden aan Stadhouders Advocaten te Utrecht.

Verwijtbare werkloosheid (a-grond) en ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer

voorgestelde regeling

Artikel 673 lid 7 BW bepaalt dat de werkgever de transitievergoeding niet verschuldigd is als de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of ernstig nalatig is geweest.

commentaar

Onduidelijk is wat de verhouding is tussen deze bepaling en artikel 24 lid 2 onder a WW. De werknemer is in beginsel verwijtbaar werkloos als aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt. In artikel 24 lid onder a WW wordt verwezen naar de dringende reden 'in de zin van artikel 7:678 BW', maar niet naar 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer'. In 2006 heeft de wetgever er voor gekozen om het begrip 'dringende reden' in te voegen in artikel 24 lid 2 WW teneinde te beschikken over een (meer) objectieve maatstaf om te beoordelen of een werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Pennings geeft terecht aan dat de voorbeelden die in de memorie van toelichting staan erop wijzen dat het begrip 'ernstig verwijtbaar handelen' niet identiek is aan de dringende reden.²⁹⁸ Harmonisatie van criteria is van belang. Deze harmonisatie kan worden bereikt door of het begrip 'dringende reden' te gebruiken in artikel 673 lid 7 BW. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan dient artikel 24 lid 2 onder a WW te worden aangepast door niet alleen te verwijzen naar het begrip 'dringende reden', maar ook naar het begrip 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer'.

aanbeveling

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.

Nieuw artikel

artikel 673 lid 7

De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:

(...)

- c. **het gevolg is van handelen of nalaten van de werknemer dat als een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW wordt aangemerkt.**

²⁹⁸ F.J.L. Pennings, 'De Wet Werk en Zekerheid en de Werkloosheidswet', TRA 2014/28.

De vergoeding ex artikel 668 lid 3 BW en de WW

Voorgesteld artikel

Op grond van artikel 668 BW dient de werkgever de werknemer uiterlijk een maand voordat de overeenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Als de werkgever deze verplichting niet nakomt, dan dient hij het loon voor één maand te betalen. Is de werkgever te laat, dan wordt de vergoeding naar rato van de vertraging vastgesteld (artikel 668 lid 3 BW).

commentaar

Het ligt niet voor de hand dat deze aanzegvergoeding ex artikel 668 lid 3 BW, die in feite een soort 'boete' is, moet worden aangemerkt als inkomen in zin van artikel 47 WW. Zou het 'inkomen' zijn, dan dient deze vergoeding te worden verdisconteerd met de WW-uitkering. Zou het 'inkomen uit arbeid' zijn, dan leidt het tot een opschuiven van de eerste werkloosheidsdag, omdat er geen sprake zou zijn van een arbeidsurenverlies (art. 1a WW en 16 WW). De wetgever dient hierover duidelijkheid te verschaffen. Gaat het hier om 'hetgeen uit vroegere dienstbetrekking wordt genoten', zoals bedoeld in artikel 2:2 Algemeen Inkomensbesluit Socialezekerheidswetten (AIB)? In dat geval dient de vergoeding, net als de beëindigings- of transitievergoeding, niet te worden verrekend met de uitkering (op voet van artikel 47 WW). Als de regering van mening is dat deze vergoeding zoals bedoeld in artikel 668 lid 3 BW niet valt onder 'hetgeen uit vroegere dienstbetrekking wordt genoten', dan dient deze situatie nader te worden geregeld in het AIB.

Aanbeveling

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.

ARTIKEL 42 WW

Opbouw en duur van de WW

Voorgestelde regeling

In artikel 42 WW is de duur en opbouw van de WW geregeld. De duur wordt geleidelijk (in een periode tot april 2019) afgebouwd tot 24 maanden. Daarnaast wijzigt de opbouw van de WW. Gedurende de eerste tien jaar wordt elk jaar een maand uitkering opgebouwd, maar daarna wordt met elk extra jaar een halve maand uitkering opgebouwd. Dit betekent dat conform het nieuwe wettelijke systeem een volledig recht wordt opgebouwd in 38 jaar.

In de memorie van toelichting staat: "Sociale partners kunnen (zoals overigens ook nu het geval is) via cao-afspraken de verantwoordelijkheid nemen voor privaat gefinancierde aanvullingen

op de WW, waardoor de opbouw en duur gelijk kunnen blijven aan de huidige situatie”.²⁹⁹ De Raad van State stelt vast dat deze maatregel op gespannen voet staat met de doelstelling om de WW activerender te maken.

In het nader rapport stelt de regering dat werkgevers en werknemers in de sector aldus een direct belang krijgen om het beroep op de aanvullingen te beperken.³⁰⁰ De regering gaat er dan ook vanuit dat sociale partners werk maken van sectorale van werk-naar werkvoorzieningen. Als de cao-afspraken toch eenzijdig gericht zouden zijn op reparatie van de WW-maatregelen en geen of onvoldoende maatregelen kennen die gericht zijn op werk-naar-werk en activering, dan zal het kabinet in overleg treden met sociale partners.

Commentaar

Het doel van deze maatregel is activering.³⁰¹ Dat bekorting van de WW leidt tot activering is niet aangetoond.³⁰² Vervolgens heeft de Raad van State terecht de vraag gesteld hoe deze maatregel zich verhoudt tot de aankondiging om reparaties in cao's toe te laten. De regering geeft in het nader rapport aan dat een cao niet alleen reparaties mag bevatten, maar ook activeringsmaatregelen dient te bevatten. De regering gaat echter niet zover om aan te kondigen dat de cao niet algemeen verbindend wordt verklaard als de cao alleen reparaties en geen of onvoldoende activeringsmaatregelen bevat. Het verdient aanbeveling dat de regering van te voren aangeeft wat de reactie zal zijn als in de cao alleen aanvullingsmaatregelen zijn opgenomen en geen of onvoldoende activeringsmaatregelen.

Uit de nota naar aanleiding van het verslag volgt dat het wel of niet maken van afspraken over werk-naar-werk en duurzame inzetbaarheid wordt overgelaten aan sociale partners. Cao-bepalingen worden algemeen verbindend verklaard mits deze niet in strijd zijn met de geldende wet- en regelgeving.³⁰³ De regering geeft desgevraagd ook cijfers over cao-reparaties bij eerdere verslechtingen van wettelijke rechten, zoals in de jaren negentig het WAO-gat. Deze reparatie waren omvangrijk. De regering maakt onvoldoende duidelijk hoe deze ruimhartige acceptatie van de mogelijkheid van cao-reparaties zich verhoudt tot de doelstelling de WW meer activerend te maken.

In de jaren negentig - is na de enquête van de Commissie Buurmeijer - weloverwogen besloten om de invloed van de sociale partners in de (uitvoering van) de werknemersverzekeringen te beperken; dit, omdat bleek dat risico's te veel werden afgewenteld op het collectief en er voor de individuele werkgever en werknemer onvoldoende belang was om instroom in de WAO en WW te beperken. Niet duidelijk is waarom dit afwentelingsrisico nu niet langer aanwezig zou zijn. Er ligt nu een adviesaanvraag over de verdeling van de verantwoordelijkheid voor de financiering van de WW.³⁰⁴ Het advies wordt in mei 2014 verwacht. Het verdient aanbeveling om eerst dit advies af te wachten voordat beslissingen worden genomen over de mogelijkheid om via cao's bekorting van de WW te repareren. Als de sociale partners een rol krijgen in de

²⁹⁹ Kamerstukken II 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 91.

³⁰⁰ Kamerstukken II 2013-2014, 33818, nr. 4, p. 10

³⁰¹ Dit advies is – voor wat betreft het WW-deel - gedeeltelijk ontleend aan het advies dat door de NOVA is gegeven.

³⁰² F.J.L. Penning, 'De Wet werk en zekerheid en de Werkloosheidswet', TRA 2014/28.

³⁰³ Kamerstukken II 2013-2014, nr. 33818, nr. 6, p. 90-91.

³⁰⁴ Adviesaanvraag: rol sociale partners bij toekomstige Arbeidsmarktinfrastructuur van 10 juli 2013.

regeling van opbouw en duur van de WW, dan zal ook de vraag zijn hoe deze maatregelen moeten worden uitgevoerd. Als sociale partners verantwoordelijk zijn voor het bovenwettelijk en nawettelijk deel van de WW en voor activering, dan dienen de sociale partners ook (opnieuw) een rol te krijgen in de uitvoering van de WW. Het boven-en nawettelijk deel van de WW dient immers te worden uitbetaald, maar ook moeten de cao-partners over voldoende mogelijkheden beschikken om individuele werkgever en werknemer aan te spreken op de (re-integratie)plichten tijdens het boven- en nawettelijk deel. Dit hoeft niet te betekenen dat de sociale partners weer op de oude toer gaan.³⁰⁵ Toch dient van te voren duidelijk te worden gemaakt hoe kan worden voorkomen dat de risico's op het collectief worden afgewenteld.

De regering heeft arbeidsmobiliteit hoog in het vaandel staan. De regering dient zich te realiseren dat door aanvullende cao-afspraken de intersectorale arbeidsmobiliteit wordt ontmoedigd. Een werknemer, werkzaam in een sector waar aanvullende cao-afspraken zijn gemaakt, zal zich twee keer bedenken voor hij overstapt naar een baan in een sector waarin die afspraken niet gelden. Juist omdat de regering hecht aan verhoging van de arbeidsmobiliteit is deze kwestie van belang.

Aanbevelingen

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

Passende arbeid

voorgesteld artikel

- Nadat de verzekerde zes maanden een WW-uitkering heeft genoten is alle arbeid passend.
- Het begrip passende arbeid wordt nader geregeld in een amvb.

commentaar

In het wetsvoorstel wordt de huidige koppeling tussen het beginsel 'alle arbeid is passend' en inkomenskortening losgelaten. Nu is na 52 weken werkloosheid (waarvan 13 aaneengesloten weken van volledige werkloosheid) alle arbeid passend en wordt ook het systeem van inkomensverrekening toegepast (artikel 20 lid 6 en artikel 35ab WW). Ingevolge het nieuwe artikel 24 lid 3 WW is al na zes maanden alle arbeid passend. Het systeem van inkomensverrekening wordt echter al bij aanvang van werkloosheid toegepast. Dit betekent onder andere dat een werknemer gedurende zes maanden geen werk onder uitkeringsniveau hoeft te accepteren. Hij kan er echter wel voor kiezen vanwege de inkomensverrekening die wordt toegepast. Deze werknemer snijdt zich dan voor wat betreft zijn inkomenspositie niet in de vingers als hij dat doet.

³⁰⁵ A.T.J.M. Jacobs, 'Hervorming van de arbeidsmarkt volgens het sociaal akkoord', TRA 2013/80.

Als na zes maanden alle arbeid passend is, dan kan dit leiden tot een zekere kapitaalsvernietiging. Werknemers met een hoge opleiding worden gedwongen om lagere arbeid te accepteren. De investeringen in opleiding en ervaring worden aldus wellicht vernietigd als later geen werkhervatting plaatsvindt in arbeid die past bij het opleidingsniveau van de werknemer. Ook zal het kunnen leiden tot verdringing van werknemers met een lagere opleiding. Er ontstaat zo mogelijk een mismatch tussen opleiding(sniveau) en werk.

Hoe heet de soep gegeten zal worden hangt af van de uitvoering van de regeling door onder andere het UWV. Als het UWV en ketenpartners niet actief handhaven op dit punt zal een werknemer zich ook na zes maanden kunnen blijven richten op werk op eigen of vergelijkbaar niveau. Ten tijde van de WW-operatie in 2006 werd aangekondigd dat het UWV na drie maanden WW een 'poortwachterstoets' zou toepassen. Instreek van die wetgevingsoperatie was 'minder letten op instroom en meer op de bevordering van de uitstroom'. Die doelstelling is niet gerealiseerd omdat het UWV niet in staat is geweest (wellicht door gebrek aan middelen) om die poortwachterstoets uit te voeren. Kortom, of deze wijziging in de wetgeving effect zal hebben zal sterk afhangen van de uitvoering door het UWV. Heeft de regering er zich van vergewist dat er bij het UWV voldoende capaciteit is om uitvoering te geven aan deze toets?

Vanwege de rechtszekerheid en beginselen van behoorlijke wetgeving is het positief dat het begrip 'passende arbeid' nader wordt geregeld in een nieuwe amvb en niet in een ministerieel besluit. Om diezelfde redenen is het ook goed dat aan artikel 24 lid 3 is toegevoegd dat niet-verzekerde arbeid niet als passend kan worden aangemerkt.

Evenwel volgt uit artikel 24 lid 3 WW niet hoe het begrip 'passende arbeid' in de eerste zes maanden wordt ingevuld. In de artikelsgewijze toelichting staat dat voorgesteld wordt om mensen zes maanden de tijd te geven om werk te vinden dat het beste aansluit bij de arbeid waaruit ze werkloos zijn geworden. Het verdient aanbeveling om dit uitgangspunt tot uitdrukking te brengen in artikel 24 lid 3 WW zelf. Dit uitgangspunt kan nader geregeld worden in de nieuwe amvb inzake passende arbeid. In het voorgestelde artikel 24 lid 3 WW ontbreekt dergelijk waarborg. In de laatste volzin staat dat bij amvb wordt bepaald dat voor werknemers op basis van hun werkervaring en andere bij amvb te bepalen omstandigheden nader kan worden gedifferentieerd welke arbeid passend is.

Pennings vraagt bovendien aandacht voor de vraag of dit nieuwe begrip passende arbeid ook doorwerkt in artikel 7:660a BW.³⁰⁶ Het begrip passende arbeid in artikel 7:660a BW zou min of meer gekoppeld zijn aan het WW-begrip. Dit zou betekenen dat voor een werknemer na zes maanden arbeidsongeschiktheid alle arbeid passend zou zijn en hij geen aanspraken zou kunnen ontlenen aan zijn oude loonniveau? Dit lijkt niet te bedoeling te zijn. Het is zaak dit bij de behandeling van het wetsvoorstel duidelijk te maken.

In het huidige artikel 24 lid 1 WW is het begrip passende arbeid ook relevant bij de invulling van de verplichtingen ex artikel 24 lid 1 onder b ten tweede en ten derde WW terzake het aanvaarden van passende arbeid. Een werknemer heeft deze verplichtingen reeds voorafgaande aan werkloosheid als duidelijk is dat de arbeidsplaats vervalt. Deze verplichting kan dan ook van bijzonder belang zijn bij bedrijfseconomische ontslagen waarin na boventalligheid (op grond van een sociaal plan) een werk-naar-werktraject wordt aangeboden.

³⁰⁶ F.J.L. Pennings, 'De wet werk en zekerheid en de Werkloosheidswet', TRA 2014/28.

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

Inkomensverrekening en werkzaamheden als zelfstandige

voorgestelde artikelen

De wetgever introduceert in artikel 1b lid 5 WW het begrip 'fictief inkomen' om te bewerkstelligen dat bij 'verminderde beschikbaarheid' en bij 'werkzaamheden als zelfstandige' de uitkering kan worden verlaagd of beëindigd. Bij verminderde beschikbaarheid zijn er geen inkomsten en bij werkzaamheden als zelfstandige misschien ook niet, maar toch leiden deze situaties – net als nu - tot een verlaging of beëindiging van de uitkering.

Artikel 47b WW is niet nieuw. Het is het huidige artikel 35aa WW waarin de inkomensverrekening is geregeld.

commentaar

In het huidige systeem wordt de uitkering beëindigd over de uren dat de verzekerde niet langer beschikbaar is voor arbeid of werkzaamheden als zelfstandige gronden verricht (artikel 20 lid 1

onder 1 en b WW). De wetgever schakelt in de nieuwe systematiek over naar inkomensverrekening (artikel 47 WW).

Voor de startende zelfstandige zijn er – ook in het wetsvoorstel - twee systemen aan de orde. Enerzijds – als de werknemer geen keuze maakt – wordt de WW-uitkering verlaagd op grond van urenverrekening in het huidige systeem en in het nieuwe systeem op grond van het fictief inkomen (over de uren dat er met of zonder inkomen werkzaamheden als zelfstandige zijn verricht). Anderzijds kan de werknemer gedurende de eerste zes maanden opteren voor de startersregeling

(artikel 77a WW). Bij een keuze voor de startersregeling behoudt de verzekerde zijn recht op WW, ook als hij alle uren als zelfstandige werkzaam is. Zijn uitkering wordt echter gekort met een forfaitair percentage van 29%, ongeacht de hoogte van zijn inkomen (artikel 35aa WW/47b WW).

Nu de wetgever gekozen heeft voor inkomensverrekening is het een gemiste kans als bij de (startend) zelfstandige het begrip ‘fictief inkomen’ wordt gehanteerd. Een verdere vereenvoudiging wordt bereikt door bij hervatting in werkzaamheden als zelfstandige één systeem te hanteren, namelijk dat van inkomensverrekening. Als een verzekerde start als zelfstandige, dan zou hij tijdens de WW-duur zijn hoedanigheid als werknemer kunnen behouden en uit dien hoofde verzekerd blijven voor de WW. Voorwaarde is wel dat hij beschikbaar moet zijn voor betaalde arbeid. Het onderscheid tussen werkzaamheden als zelfstandige en werkzaamheden in loondienstverband zou dan niet langer relevant moeten zijn. Artikel 47b WW nieuw zou dan kunnen worden geschrapt. Voordeel is dat de discussie over directe en indirecte uren verleden tijd is. Uit de jurisprudentie volgt dat dit onderscheid soms moeizaam en onduidelijk is welke uren hebben te gelden als werkzaamheden als zelfstandig en welke niet.

Bijkomend voordeel is dat door schrapping van de startersregeling een einde wordt gemaakt aan de merkwaardige situatie dat een startend zelfstandige door samentelling van zijn uitkering en inkomsten als zelfstandige meer kan verdienen dan voor zijn werkloosheid. De startend zelfstandige ontvangt immers op grond van artikel 47b nieuw een met 29% gekorte WW-uitkering en daarnaast heeft hij inkomsten die niet in mindering worden gebracht op de uitkering.

Ten slotte betekent de afschaffing van de startersregeling dat er geen knip meer in de uitvoering zit: de eerste zes maanden gedurende welke de startersregeling van toepassing is met de forfaitaire korting en de periode daarna.

Het voorstel dat in overweging wordt gegeven is dan ook om bij werkzaamheden als zelfstandige uit te gaan van inkomensverrekening. Het aantal uren dat iemand als zelfstandige werkzaam is zou niet langer moeten leiden tot een verlaging van de uitkering op basis van een fictief inkomensbegrip. De startersregeling ex artikel 47b/77a WW kan worden geschrapt.

In de nota naar aanleiding van het verslag³⁰⁷ gaat de regering in op deze suggestie om de startersregeling te schrappen. De regering ziet geen aanleiding om die startersregeling te wijzigen, omdat dit per 1 januari 2013 al gebeurd is. Vervolgens beschrijft de regering de twee opties die er zijn voor een startend zelfstandige, namelijk wel of geen gebruik maken van de startersregeling. Niet wordt aangegeven waarom toch moet worden vastgehouden aan de

³⁰⁷ Kamerstukken II 2013-2014,33818, nr. 5, p. 145.

startersregeling. Met de keuze voor inkomensverrekening is er immers een echt nieuwe situatie ten opzichte van 2013. De keuze voor inkomensverrekening zou reden moeten zijn voor startend zelfstandigen geen uitzondering te maken.

Er is nog een argument op grond waarvan afschaffing van de startersregeling wordt bepleit. Uit de artikelsgewijze toelichting op artikel 1b lid 5 WW in de memorie van toelichting volgt dat de hoedanigheid van de werknemer definitief verloren als hij aan de slag gaat als zelfstandige, tenzij hij deze werkzaamheden geheel beëindigt binnen in artikel 8 lid 2 WW gestelde termijn.³⁰⁸ Dit wordt bevestigd in de nota naar aanleiding van het verslag.³⁰⁹ De regering houdt daarmee vast aan blijvende urenkorting (CRvB 8 december 1992, RSV 1993/106) en een definitief verlies van rechten. De uitkering beweegt niet mee met de uren van de zelfstandige. De regering geeft aan dat de WW een werknemersverzekering is die niet risico's van de zelfstandige opvangt. Toch zijn hierbij wel enige kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats is het huidige artikel 8 lid 2 WW wel een voorziening om de risico's van de zelfstandige op te vangen. Herleving van rechten is thans mogelijk als de zelfstandige binnen een bepaalde termijn zijn werkzaamheden als zelfstandige geheel staakt. In de tweede plaats voert het UWV beleid waaruit blijkt dat wisselende urenkorting wel wordt toegepast ten aanzien van de freelancers. In de derde plaats – dit is het belangrijkste argument - dient de WW hervatting in werkzaamheden te bevorderen, waarbij het geen verschil moet maken of het gaat om werkzaamheden als zelfstandige of niet. Het beroep op de WW kan worden teruggedrongen door hervatting in werkzaamheden als zelfstandige te stimuleren. Dit kan door wisselende korting van de uitkering mogelijk te maken. Het meest consequent is om af te zien van de startersregeling en het fictief inkomensbegrip terzake van de werkzaamheden als zelfstandige.

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.

³⁰⁸ Kamerstukken II 2013-2014, 333818, nr. 3, p. 154.

³⁰⁹ Kamerstukken II 2013-2014, 333818, nr. 5, p. 145.

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.