

Het wetsvoorstel Werk en zekerheid – dertig concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking

Vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht Universiteit van Amsterdam¹

Inleiding

Een kleine drie lustra na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is het ontslagrecht aan herziening toe. Daar zijn zeker redenen voor. Enerzijds heeft de arbeidsmarkt enkele fundamentele wijzigingen ondergaan. Zo is flexibele arbeid in alle vormen sterk in omvang toegenomen en heeft de *gemiddelde* rechtsbescherming voor alle werkenden daar geen gelijke tred mee gehouden (om die reden wordt de wet ook wel de Wet flexibiliteit genoemd, zonder de zekerheid). Ten tweede had de wetgevingsoperatie van eind jaren negentig twee majeure onderwerpen laten liggen. Deze worden nu wel opgepakt: de ontslagvergoeding, waarvan de redelijkheid wat aanleiding en omvang betreft amper is uit te leggen, en het feit dat het ontslagstelsel momenteel duaal is: een weg via het UWV en een weg via de kantonrechter, met, helaas, fundamentele verschillen in uitkomsten. Wij spreken hierbij de hoop en de verwachting uit dat het wetsvoorstel op deze punten leidt tot een eerlijker en beter uitlegbaar ontslagstelsel. Wij benadrukken dat de discussie daar wat ons betreft om moet gaan: de noodzakelijke wijzigingen van het ontslagstelsel worden wat ons betreft niet ingegeven door noties over “soepelheid” ten aanzien van ontslag of het al dan niet kunnen creëren van werkgelegenheid, al was het maar omdat wij dergelijke beweringen niet kunnen waar maken.

Het wetsvoorstel neemt op het eerste gezicht veel weg van wat het systeem nu plaagt: er komt één weg, al loopt deze soms via het kantonrechter en soms via het UWV, maar deze weg is niet langer aan de keuze van (een der) partijen. De eventuele vergoeding is niet gerelateerd aan welke weg men neemt, maar in principe voor alle werknemers dezelfde. Modern is dat deze vergoeding is bedoeld om de inzetbaarheid (employability) van de werknemer op peil te houden of te vergroten.

De wettekst is op punten complex. Het is daarom onvermijdelijk dat onduidelijkheden in de tekst of het systeem sluipen. Het is ons doel met deze bijdrage daar op te wijzen. Uitdrukkelijk gaan wij niet in op wat ons principiële politieke keuzes lijken te zijn geweest. Om die reden zullen wij derhalve niet pleiten voor het afschaffen van de UWV-route, of stellen dat een procedure in vier instanties (na afwijzing van een ontslagverzoek bij het UWV kan men drie maal in beroep) wel wat veel van het goede is. Ons doel is concrete handvatten aan te reiken voor verbetering van de huidige tekst, waarbij wij pogen aan te sluiten bij het doel van de wetgever. Aan de hand van enkele thema's uit het wetsvoorstel zullen wij kanttekeningen plaatsen bij de gekozen wettekst en bij de gekozen structuur. Voorts verzoeken wij de wetgever positie te kiezen ten aanzien van enkele aspecten die in de wettekst en de toelichtingen daarop onvoldoende helderheid scheppen. Slechts in uitzonderingsgevallen (denk aan het vervallen van de buitengerechtelijke verklaring) zullen wij de wetgever verzoeken zijn standpunt te heroverwegen. Aan het eind van deze bijdrage is een lijst opgenomen met, samengevat, enkele concrete voorstellen tot wijziging.

1. Instemming met de opzegging en beëindiging van de arbeidsovereenkomst middels een beëindigingsovereenkomst

¹ Aan dit artikel werkten mee: M. ten Broeke, E.F. Grosheide, B.P. ter Haar, P. Hufman, N. Jansen, N.A. Ramos Martin, I. Zaal en R.M. Beltzer.

Schriftelijke instemming met de opzegging

Met het wetsvoorstel wordt de verplichte schriftelijke instemming van de werknemer met opzegging geïntroduceerd. Stemt de werknemer schriftelijk in met de opzegging, dan hoeft de werkgever de ontslagroute via het UWV of de kantonrechter niet te volgen. Het doel van de instemming is volgens het Nader Rapport tweeledig. Enerzijds wordt hiermee bereikt dat zonder schriftelijke instemming de werkgever het voorgenomen ontslag moet voorleggen aan het UWV of de rechter. Anderzijds wordt hiermee voorkomen dat onnodig beroep op UWV of rechter wordt gedaan. De rechtsgeldige opzegging door middel van instemming met de opzegging door de werknemer is niet nieuw. Ook onder het huidige recht komt een rechtsgeldige opzegging tot stand wanneer de werknemer instemt met of berust in het einde van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, mits uit de verklaringen of gedragingen van de werknemer blijkt van een duidelijke en ondubbelzinnige instemming met de vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.² De bewijslast hiervoor ligt bij de opzeggende partij, doorgaans de werkgever.³ De schriftelijke instemming kan alleen door de individuele werknemer worden gegeven.⁴ Hoewel dit in eerste instantie een zware eis lijkt, leidt de verplichting tot het op schrift stellen van de instemming er wel toe dat de bewijslast lichter (of in elk geval eenvoudiger) wordt. Voor de schriftelijke instemming blijven de huidige eisen wel bestaan: het moet gaan om een duidelijke en ondubbelzinnige instemming. Een ondertekening 'voor gezien' van een stuk waaruit de door de werkgever gewenste beëindiging zal niet voldoende zijn.⁵ Ook de ondertekening van een afrekening die tevens de beëindiging met wederzijds goedvinden moet bewerkstelligen zal niet gelijkgesteld kunnen worden met een instemming met de opzegging; van de werkgever mag verwacht worden dat hij controleert of de werknemer weet waar hij voor tekent.

De instemming met opzegging versus het einde van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden

Zoals de Raad van State in zijn advies al opmerkte is instemming met de opzegging civielrechtelijk gezien een vreemde figuur. De opzegging is een eenzijdige rechtshandeling waarbij instemming van de wederpartij nu juist geen vereiste is. Het geven van instemming is in feite het afstand doen van de mogelijkheid de opzegging in rechte aan te vechten. Volgens de Raad van State is de voorgestelde instemming als voorwaarde voor rechtsgeldige opzegging dan ook een overbodig figuur. Wij sluiten ons daarbij aan. Daar komt bij dat het onderscheid tussen een berusting in de opzegging en een beëindiging met wederzijds goedvinden vaak zeer lastig van elkaar te onderscheiden zijn,⁶ hoewel zij strikt genomen twee te onderscheiden rechtsfiguren zijn. In het nieuwe recht zal het onderscheid tussen de verschillende rechtsfiguren blijven bestaan. Voor de opzegging met instemming van de werknemer geldt immers (nieuw) art. 7:669 BW, dat inhoudt dat er een redelijke grond voor de opzegging moet zijn. Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden bestaat die eis niet. Daarnaast is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd in het geval van opzegging waarmee de werknemer instemt. Uit de artikelsgewijze toelichting blijkt dat geen transitievergoeding verschuldigd is wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt door een beëindigingsovereenkomst, maar dat van het bepaalde in

² Zie o.a. Hajziani/Van Woerden, HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457.

³ HR 5 februari 1982, NJ 1983, 316; HR 17 januari 1986, NJ 1986, 372; HR 21 december 1990, NJ 1991, 235.

⁴ Memorie van toelichting, p. 67.

⁵ HR 25 maart 1988, NJ 1988, 582 en HR 29 maart 1994, JAR 1994/92.

⁶ Zoals de Hoge Raad recentelijk nog eens oordeelde, zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127.

het voorgestelde art. 7:673 BW waarschijnlijk wel een reflexwerking zal uitgaan: in de praktijk zal een werknemer waarschijnlijk niet snel een beëindigingsovereenkomst tekenen zonder dat daar een vergoeding tegenover staat, zeker niet nu hij onder het nieuwe recht in beginsel ook recht heeft op een transitievergoeding zonder dat hij instemt of een beëindigingsovereenkomst tekent. Voornoemde verschillen zijn behoorlijk. Juist nu het onderscheid tussen beide vormen van ontslag in de praktijk lastig kan zijn, zouden onzes inziens dergelijke verschillen niet mogen bestaan.

De spijtoptantenmogelijkheid gedurende veertien dagen

Hoewel onder het huidige recht de werknemer al de nodige bescherming wordt geboden tegen het lichtvaardig instemmen met een ontslag is volgens de memorie van toelichting een aanvulling hierop wenselijk. Die aanvulling is de mogelijkheid voor de werknemer zijn schriftelijke instemming met de opzegging binnen veertien dagen (schriftelijk) te herroepen, zonder opgaaf van redenen. Deze mogelijkheid heeft de werknemer conform (nieuw) art. 7:670a BW ook wanneer hij schriftelijk heeft ingestemd met een opzegging die in strijd is met een wettelijk opzegverbod. Maakt hij gebruik van die mogelijkheid, dan wordt de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden. Ook kan de werknemer een gesloten beëindigingsovereenkomst binnen veertien dagen ontbinden zonder opgaaf van redenen. De termijn van veertien dagen is bedoeld om bijvoorbeeld juridische bijstand in te roepen. De werknemer kan echter ook van de termijn gebruik maken als dat hij dat reeds of juist niet heeft gedaan.

De vraag rijst wat de gevolgen zullen zijn van deze mogelijkheid. Gewezen is wel op de mogelijkheid dat de werknemer gebruik maakt van deze mogelijkheid om een hogere ontslagvergoeding af te dwingen. Ook zou de herroeping of ontbinding gebruikt kunnen worden om bijvoorbeeld alsnog onder een opzegverbod te kunnen vallen. Wij zouden menen dat duidelijkheid moet worden geschapen of dit een mogelijkheid is. Zij lijkt ons ongewenst. Dan zou immers sprake kunnen zijn van misbruik van recht in de zin van art. 3:13 BW. Van misbruik van recht vanwege *détournement de pouvoir* zal in onze optiek niet snel sprake zijn, nu de werknemer de bevoegdheid krijgt *zonder opgaaf van redenen* de instemming te herroepen of de beëindigingsovereenkomst te ontbinden. Wellicht kan sprake zijn van misbruik van recht, wanneer de werknemer de herroepings- of ontbindingsmogelijkheid alleen gebruikt om de werkgever te benadelen. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan de werknemer die de herroepings- of ontbindingsmogelijkheid meerdere keren na elkaar gebruikt, om zo op een steeds hogere ontslagvergoeding uit te komen. Nadelig voor de werkgever is de regeling voorts indien hij reeds een nieuwe werknemer heeft aangenomen om de plek van de oude werknemer op te vullen.

Juist nu de wetgever zo duidelijk stelt dat een opgave van redenen niet nodig is, wordt het lastig voorwaarden aan het gebruik van deze spijtoptantenregeling te stellen. Zo is de werknemer niet verplicht juridische hulp in te schakelen of zich anderszins te informeren over de gevolgen van de instemming met het ontslag. Ook indien de werknemer dat al voor het zetten van zijn handtekening heeft gedaan, ja zelfs indien een heel onderhandelingstraject is voorafgegaan aan de uiteindelijke overeenstemming/toestemming, kan het nog steeds zo zijn dat de werknemer zich binnen een termijn van twee weken bedenkt. Daar lijkt ons, krasse gevallen, daargelaten, niet veel tegen te doen, althans: als de wettekst blijft zoals zij is. Daarbij merken wij op dat de spijtoptantenregeling in het geval van de beëindigingsovereenkomst bezwaarlijker lijkt dan in het geval van instemming met de opzegging, omdat bij het sluiten van een

beëindigingsovereenkomst vaak al eerder juridische hulp is ingeschakeld en langere tijd om na te denken over de gevolgen verstreken is.

Na het verstrijken van de veertiendagentermijn kan de werknemer altijd nog gebruik maken van de gewone civielrechtelijke regels als hij zijn beëindigingsovereenkomst wil vernietigen, althans: die mogelijkheid is niet uitgesloten. Als tijdens het sluiten van de beëindigingsovereenkomst sprake is geweest van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden kan de beëindigingsovereenkomst nog altijd vernietigd worden op grond van art. 3:44 BW. Een beroep op die vernietigingsgrond zal wellicht minder voorkomen, nu de ontbinding van de beëindigingsovereenkomst binnen de eerste twee weken erg eenvoudig is. Zou een werknemer ook nog na de veertiendagentermijn kunnen stellen dat zijn wil en verklaring niet met elkaar overeenkwamen en op die grond het ontslag ongedaan kunnen maken? Of is de veertiendagentermijn juist voor dergelijke situaties bedoeld? Enige toelichting op dit punt is gewenst.

Uitsluiten van de mogelijkheid tot herroeping of ontbinding mogelijk in een vaststellingsovereenkomst?

Op grond van het voorgestelde art. 7:670a lid 7, art. 7:670b lid 2 en art. 7:671 lid 4 BW is ieder beding dat de mogelijkheid van het herroepen van de instemming of het ontbinden van de beëindigingsovereenkomst wordt uitgesloten of beperkt nietig. De vraag rijst of de mogelijkheid van een beroep door de werknemer op (nieuw) art. 7:670b BW kan worden uitgesloten in een beëindigingsovereenkomst annex vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. BW). De werknemers die nog geen juridische bijstand hebben gezocht (voor wie de spijtoptantenregeling bedoeld is) zullen allicht ook geen weet hebben van de mogelijkheid tot ontbinding van de beëindigingsovereenkomst. Het is in onze optiek geen *overkill* de werkgever te verplichten de bedenkttermijn op te nemen in de beëindigingsovereenkomst.⁷

Een beëindigingsovereenkomst zal dikwijls een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW zijn. Om van een vaststellingsovereenkomst te kunnen spreken dient sprake te zijn van een overeenkomst ter voorkoming of beëindiging van een geschil. Art. 7:902 BW bepaalt dat in een vaststellingsovereenkomst partijen in beginsel af kunnen wijken van dwingend recht, tenzij die afwijking van dwingend recht leidt tot strijd met de goede zeden of de openbare orde.⁸ Wanneer sprake is van strijd met de goede zeden of de openbare orde is niet direct duidelijk.⁹ Het terzijde schuiven van een bepaling van dwingend recht is pas toegestaan wanneer over de uitleg of toepassing daarvan, na het ontstaan van onzekerheid of geschil, in redelijkheid verschil van mening kan bestaan, welke uitleg of toepassing pas achteraf onjuist blijkt.¹⁰ Er dient verschil van mening mogelijk te zijn over de uitleg, toepasselijkheid en/of het resultaat van de dwingendrechtelijke bepaling. Art. 7:902 BW is niet bedoeld om partijen de mogelijkheid te geven van dwingend recht af te wijken indien op voorhand duidelijk is dat hetgeen partijen voor ogen hebben daarmee strijdig is.¹¹

⁷ S.F. Sagel, "De bedenkelijke bedenkttermijnen in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid", TRA 2014/3, p. 47.

⁸ Openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW: zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 38.

⁹ Toelichting Voorontwerp, p. 1141-1142; A.A. van Rossum, *De vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2001, p. 26.

¹⁰ Toelichting Voorontwerp, p. 1135; *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 38; *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 3-4; T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op art. 7:902 door Broekema-Van Engelen.

¹¹ Zie de annotatie van Van Heusden bij Hof 's-Hertogenbosch 30 juli 2013, JAR 2013/231 en de overweging van de Hoge Raad bij zijn arrest van 21 april 1995 (NJ 1997/570): "Aan de voormelde regel ligt de gedachte ten grondslag dat, ook indien de onzekerheid of het geschil is terug te voeren op onzekerheid omtrent de uitleg van een regel van dwingend recht of omtrent het resultaat waartoe een door zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt (...), behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst,

Het bewust buiten toepassing verklaren van de mogelijkheid van art. 7:670b BW zal de vaststelling dus waarschijnlijk in strijd met de openbare orde maken. Dit geldt overigens ook voor een vaststellingsovereenkomst die wordt opgesteld bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft met de mogelijkheid van ontbinding dan wel herroeping dus een sterk wapen in de strijd tegen de onvrijwillige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en de voorwaarden waaronder die beëindiging geschiedt. Wellicht leidt de mogelijkheid van de spijtoptantenregeling tot de herintroductie van de pro forma-praktijk, waarbij werkgevers bij het afsluiten van een beëindigingsovereenkomst of het verkrijgen van instemming van de werknemer een verzoek of ontbinding voor zover vereist bij UWV of de kantonrechter neerleggen.¹² Een verkregen vergunning of ontbindingsbeschikking wordt namelijk niet geraakt door het herroepen van de instemming of de ontbinding van de beëindigingsovereenkomst. Dit zou een van de doelen van de schriftelijke instemming (voorkomen van een beroep op UWV of kantonrechter) niet ten goede komen.

2. De ketenregeling

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de regering de weg van een aantal tijdelijke, opvolgende arbeidsovereenkomsten nog steeds als een opstap beschouwt naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het belang voor een werknemer bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gelegen in de baanzekerheid die een dergelijke overeenkomst biedt. Voor zover dit het geval is, in zekere zin is het schijnzekerheid, want banen voor het leven zijn er eigenlijk niet meer, erkent de regering naar onze mening indirect dat het hele idee van *flexicurity*, van werkzekerheid in plaats van baanzekerheid, geen gestalte heeft gekregen in Nederland. Duidelijk is in elk geval dat de maatregelen rondom de contracten voor bepaalde tijd, de ketenregeling in het bijzonder, tot doel hebben een (nog sneller) pad te banen naar een contract voor onbepaalde tijd. Daartoe wijzigt de huidige ketenregeling op vier punten, te weten:

1. de mogelijkheid voor sociale partners bij cao af te wijken van de wettelijke ketenregeling;
2. verlening van de tussenliggende periode die de keten van opeenvolgende contracten doorbreekt van ten minste drie maanden, naar ten hoogste zes maanden;
3. terugbrengen van de maximale duur van een keten contracten voor bepaalde tijd van drie naar twee jaar; en
4. de bepaling dat de ketenregeling niet van toepassing is voor werknemers die jonger zijn dan 18 jaar.

In het navolgende wordt elk van deze vier punten nader besproken en van commentaar voorzien.

Beperking af te wijken van de ketenregeling bij cao

waardoor een eventuele procedure tussen partijen kan worden voorkomen en waarbij (...) op de koop toe moet worden genomen dat, indien naderhand duidelijkheid omtrent die uitleg of dat resultaat wordt verkregen, aldus een rechtsgeldige overeenkomst bestaat, die niettemin, naar resultaat, met dit dwingende recht strijdt.” Zie ook de annotatie van Houweling bij hetzelfde arrest: Annotaties AR 2013-0617: “Vaststellen dat de ketenregeling geen effect sorteert, sorteert geen effect”.

¹² G.C. Boot wees hier ook al op in TAO 2013/3, p. 98.

Mogelijkheden om af te wijken van de ketenregeling bij cao worden op verschillende manieren beperkt, met uitzondering van twee soorten werknemers: bestuurders van rechtspersonen die werken op basis van een arbeidsovereenkomst en leerlingen die een duale opleiding volgen. Beide groepen werknemers hebben volgens de wetgever de bescherming van de ketenregeling niet nodig. De eerste omdat hun positie op de arbeidsmarkt van dusdanige aard is dat zij een dergelijke bescherming niet nodig hebben; de tweede omdat het aangaan van het dienstverband overwegend omwille van de educatie van de werknemer is. Ten aanzien van beide soorten werknemers acht de wetgever het wenselijk de huidige ongeclausuleerde mogelijkheid tot afwijking middels cao voort te laten bestaan. Hierin zien ook wij geen probleem. Dit ligt anders als het gaat om 'gewone' werknemers. Voor hen wordt de mogelijkheid af te wijken van het maximale aantal contracten en de maximale duur beperkt tot ten hoogste zes opvolgende contracten in een periode van ten hoogste vier jaar. Voorts is deze afwijkingsmogelijkheid beperkt tot gevallen waarin de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering zulks vereist. Intrinsiek betekent hier 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."¹³ Als voorbeelden worden genoemd de sectoren media en cultuur en de academische sector. In deze sectoren wordt veel projectmatig gewerkt, met projectmatige financiering. Naast deze algemene mogelijkheid om in beperkte mate af te wijken, komt er een specifieke regeling die het mogelijk maakt de ketenregeling volledig weg te clausuleren. Het is aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dergelijke gevallen aan te wijzen. Hiervoor kunnen alleen sectoren in aanmerking komen waarin uitsluitend met tijdelijke contracten kan worden gewerkt. Als voorbeeld wordt genoemd de sector profvoetbal. Ten slotte bepaalt de nieuwe ketenregeling dat het niet meer mogelijk is bij cao af te wijken van de tussenliggende periode die de keten doorbreekt (de tussenpoostermijn). Terecht merkt de wetgever op dat de reden hiervoor is dat afwijking van de zes maanden een ondermijnende werking zal hebben.

Wat deze beperkingen gemeen hebben, en waarom er vraagtekens bij geplaatst moeten worden, is dat ze de mogelijkheid van sociale partners "passende maatregelen" overeen te komen beperkt. Dit is een bevoegdheid die de sociale partners heel expliciet in de Europese raamovereenkomst¹⁴ hebben opgenomen (clausule 8, paragraaf 4) en die in geen enkele andere Europese raamovereenkomst of richtlijn is terug te vinden. Deze bepaling luidt:

"Deze overeenkomst laat het recht van de sociale partners onverlet om op het daartoe geschikte niveau, waaronder het Europese, overeenkomsten te sluiten waardoor de voorzieningen van deze overeenkomst worden aangepast en/of aangevuld op een manier die rekening houdt met de specifieke behoeften van de betrokken sociale partners."

Deze bepaling benadrukt naar onze mening dat regelingen omtrent contracten voor bepaalde tijd in beginsel een onderwerp is dat thuishoort aan de onderhandelingstafel van de sociale partners. Voorts lezen wij hierin dat aanpassing en/of aanvulling zowel ten nadele als ten voordele van de werknemers mogelijk is - dit is immers volledig open gelaten. Dit leidt tot de vraag of de nationale wetgever wel bevoegd is de onderhandelingsruimte van sociale partners op dit onderwerp ingrijpend en specifiek in te perken. Het feit dat het doel van de nieuwe wetgeving (net als dat van de richtlijn) is de werknemers nog beter te beschermen tegen het misbruik van tijdelijke contracten, lijkt op grond van deze clausule de bevoegdheid van sociale

¹³ Memorie van toelichting, p. 55

¹⁴ Richtlijn 1999/70/EG, betreffende van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

partners onverlet te laten. Uiteraard is het aan het Hof van Justitie van de Europese Unie hier uitspraak over te doen, maar het is heel wel denkbaar dat een uitspraak ertoe leidt dat de beperkingen niet houdbaar zijn, omdat deze de mogelijkheden voor sociale partners om maatwerk te bieden waar nodig te veel beperken.

Een ander, meer inhoudelijk, heikel punt in het wetsvoorstel is het formaliseren van de mogelijkheid in specifieke daartoe door de minister aangewezen gevallen de ketenregeling volledig weg te clausuleren. Enerzijds hebben de sociale partners een ruime bevoegdheid maatregelen overeen te komen die voorzien in de specifieke behoeften van een sector en is het reeds praktijk dat dit ook omvat het volledig weg clausuleren van de ketenregeling via cao's. De Cao Remplaçanten Nederlandse Orkesten is hier een voorbeeld van.¹⁵ Anderzijds is het de vraag nog maar of de bevoegdheid van sociale partners inhoudelijk zover gaat dat zij kan resulteren in het volledig weg clausuleren van de wettelijke kaders. Naar ons idee staat dit op zijn minst op gespannen voet met het doel en de strekking van de richtlijn en is het nog maar de vraag of deze praktijk standhoudt wanneer dit wordt getoetst door het HvJ EU. Het HvJ EU lijkt hierin al een vingerwijzing te hebben gegeven in de zaak Küçük,¹⁶ waarin het Hof duidelijk te kennen geeft dat er ergens een begrenzing moet blijven bestaan in het gebruik van tijdelijke contracten.¹⁷

Beschouwen we deze twee beperkingen nader, dan lijkt het erop dat de eerste te nauw is in die zin dat het de sociale partners teveel (tussenpoos) en te algemeen (maximaal zes contracten in een periode van vier jaar) beperkt in hun bevoegdheid maatwerk overeen te komen. De tweede beperking (weg clausuleren ketenregeling in aangewezen sectoren/functies) druist in tegen het doel en strekking van de richtlijn en mogelijk ook tegen wat het HvJ EU toelaatbaar acht. In die zin lijkt de wetgever opportunistisch te werk te gaan door deze bestaande praktijk te formaliseren.

Verkorting van de duur van drie jaar naar twee jaar en verlening van de tussenliggende periode van "ten minste drie maanden" naar "ten hoogste zes maanden"

Hoewel beide wijzigingen los van elkaar worden gepresenteerd in de memorie van toelichting dienen ze beide hetzelfde doel: het bevorderen van doorstroom naar contracten voor onbepaalde tijd. Wij zijn hier wel sceptisch over. Ten eerste onderkent de wetgever dat het verkorten van de periode van drie naar twee jaar zeker ook zal betekenen dat een deel van de werknemers "eerder afscheid zal moeten nemen van de werkgever" en dus sneller weer zonder werk zal zitten.¹⁸ Hoewel een langere periode heeft aangetoond evenmin te leiden tot meer toestroom in contracten voor onbepaalde tijd,¹⁹ zal de inkorting van de periode hier zeker niet toe leiden. Dit gecombineerd met een tussenpoos van zes maanden om de keten van tijdelijke

¹⁵ Artikel 3, lid 1 van deze cao luidt:

Vorm van het dienstverband

Het dienstverband wordt aangegaan voor een bepaalde tijd. Artikel 668a van het BW is niet van toepassing, waardoor in geen enkel geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

¹⁶ HvJ EU Zaak C-586/10 Küçük vs Land Nordrhein-Westfalen, JAR 2012/16.

¹⁷ Zie hierover ook: S.S.M Peters (2012), '11 jaar en 13 bepaalde tijd contracten verder ... en nog steeds een tijdelijke arbeidsrelatie', in TRA 2012/5, p. 26-28 (noot bij de zaak Küçük).

¹⁸ Memorie van toelichting, p. 57.

¹⁹ Zie hierover het evaluatie rapport van Astri, waarin Astri concludeert dat de tijdelijke verruiming heeft voorzien in een behoefte naar meer flexibiliteit voor werkgevers (wat geen doel van de regeling was), maar op de lange termijn nadelig kan zijn voor jongeren die zekerheid van vast werk zoeken. Astri (2011), *Evaluatie Maatregel Verruiming Ketenbepaling. Op zoek naar het gebruik van de Tijdelijke maatregel Extra tijdelijke contracten voor jongeren tot 27 jaar*, beschikbaar op: www.astri.nl.

contracten te verbreken, zal het eerder afscheid nemen van de werkgever kunnen bevorderen. Er is aardig wat voor nodig om een periode van zes maanden te overbruggen. In die tijd is een andere werknemer al weer ingewerkt en is de behoefte laag de vorige tijdelijke werknemer terug in tijdelijke dienst te nemen. Daarmee is het een effectieve periode om de tussenpoos op creatieve wijze te omzeilen, daarin zal het wetsvoorstel zeker slagen. Wij vrezen echter dat het tegelijkertijd niet de werkzekerheid, maar juist werkonzekerheid zal bevorderen. Hoewel we geen empirische gegevens hebben om dit te ondersteunen, lijkt ons een logisch gevolg dat werknemers die afhankelijk zijn van tijdelijk werk de werkzekerheid gaan zoeken als zelfstandigen. Op die manier kunnen ze wel een langdurige band aangaan met een ‘werkgever’ (opdrachtgever), waarbij de toestroom van werkzaamheden (opdrachten) niet in de weg wordt gestaan door de beperkingen van de ketenregeling.

De regeling zal naar ons idee dus zeker effectief zijn in het beperken van de keten van tijdelijke contracten voor twee jaar, of wanneer uitgebreid bij cao voor vier jaar, maar of dit nu ook echt ten goede gaat komen van de werkzekerheid van de werknemers betwijfelen wij ten zeerste. Feit is en blijft dat de arbeidsmarkt behoefte heeft aan een flexibele schil van werknemers. Dat kan op verschillende manieren worden gerealiseerd – tijdelijke contracten, uitzendarbeid, inzet van zzp’ers. De mogelijkheid dit te creëren via het gebruik van tijdelijke contracten zal met deze wetgeving effectief worden ontmoedigd. Dat is uiteindelijk een politieke keuze waarin wij niet willen treden. Het waarschijnlijke resultaat ervan kunnen wij wel duiden, namelijk dat er meer gebruik gemaakt zal worden van de andere mogelijkheden en dat zijn niet per se betere alternatieven voor de werknemers.

Uitsluiting onder de 18 jaar en contracten voor minder dan 12 uur

Tot op zekere hoogte kunnen we de wetgever wel volgen om werknemers onder de 18 jaar met een contract voor minder dan 12 uur uit te sluiten. We stellen ons hierbij voor dat het vooral gaat om bijbanen van scholieren, dus de vakkenvullers, krantenbezorgers, vakantiebaantjes, enz. Dit leiden we onder meer af uit het feit dat de wetgever ter onderbouwing hiervan de leerplicht voorop stelt. Hier vallen echter twee kanttekeningen bij te plaatsen. Ten eerste gaat de wetgever ervan uit dat jongeren geen behoefte hebben aan baan zekerheid. Wij zien echter niet in waarom dat niet het geval zou zijn. Ook jongeren (scholieren) hebben tegenwoordig financiële verplichtingen waar de ouders niet voor willen opdraaien, bijvoorbeeld een telefoonabonnement.²⁰ Hoewel onze conclusie over de wijziging van de ketenregeling is dat dit tot minder werkzekerheid zal leiden (en scholieren in die zin wellicht beter af zijn er niet onder te vallen), gaat het ons in deze om het principe dat scholieren worden uitgesloten van de regeling die bedoeld is om baan zekerheid te bieden.

Een tweede kanttekening is meer technisch-juridisch van aard en betreft een mogelijk niet te rechtvaardige vorm van leeftijdsdiscriminatie. In het kader van de ketenregeling is hier al het een en ander over bediscussieerd met betrekking tot de tijdelijke uitbreiding van de keten van drie naar vier contracten voor jongeren onder de 27 jaar.²¹ Een deel van de destijds gewisselde

²⁰ Zie hierover ook het Nibud Scholieren onderzoek 2012-2013, waaruit blijkt dat scholieren steeds meer zelf moeten betalen, niet alleen telefoonabonnementen, maar ook kleding, schoenen, uitjes, enz. (<http://www.nibud.nl/over-het-nibud/actueel/onderzoeksrapporten/nieuws/artikel/nibud-scholierenonderzoek-2012-2013.html>)

²¹ Een mooi overzicht hiervan is terug te vinden in de master scriptie van R.M. van Halderen, welke is geschreven aan de Universiteit van Tilburg (<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127601>). Zie voor andere kritische beschouwingen: N. Gundt, “Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?”, *TRA*, nr. 11, november 2010; en A.R. Houweling, “Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed”, *TAP*, nr. 6, september 2010.

argumenten doet ook nu veel opgeld. In het kort samengevat komt het er op neer dat leeftijdsdiscriminatie gerechtvaardigd kan worden door een legitiem doel dat alleen op die manier kan worden bereikt (passendheid en noodzakelijkheid).²² Aangezien de uitzondering algemeen is geformuleerd en daarmee alle werknemers onder de 18 jaar uitsluit, zal met name de passendheid (proportionaliteit) ter discussie staan. Daarbij houden wij dan met name de uitspraak in gedachte van het HvJ EU in de zaak Mangold,²³ waarin het Hof duidelijk was dat een uitzondering voor een hele groep gebaseerd op leeftijd te algemeen is en daarmee niet passend.

3. De transitievergoeding

Een van de meest in het oog springende veranderingen is de overgang van verschillende vergoedingsstelsels naar een transitievergoeding (art. 7:673 BW). Met de instelling van een eenduidige vergoeding, ongeacht de gekozen ontslagroute, wordt de bestaande rechtsongelijkheid op dit punt weggenomen. Dit achten wij een substantiële verbetering ten opzichte van het huidige systeem, dat immers een grote rechtsongelijkheid kent. Omdat voorafgaand aan het ontslag meer zekerheid is over de hoogte van de vergoeding kan een positief effect van deze transitievergoeding zijn dat vaker zal worden geschikt. Partijen hoeven de gok niet te wagen om bij de rechter een hogere vergoeding te krijgen en daardoor worden procedurekosten en tijd bespaard.

Berekening

Voor de berekening van de hoogte van de vergoeding zijn de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon beslissend. Veelgehoorde kritiek is dat de hoogte van het inkomen niet per definitie iets zegt over de arbeidsmarktpositie van de werknemer. De leeftijd van de werknemer heeft, met tijdelijke uitzondering van 50-plussers, geen invloed meer op de hoogte van de vergoeding. Volgens het kabinet zullen werkgevers hierdoor minder aarzelen oudere werknemers in dienst te nemen en ontstaat daardoor een grotere arbeidsmobiliteit onder oudere werknemers. De keerzijde van de medaille is dat het voor werkgevers van oudere werknemers die nu in dienst zijn veel goedkoper wordt hen te ontslaan. Bij sommigen bestaat dan ook de vrees dat de instelling van een transitievergoeding in deze vorm zal leiden tot een hausse aan ontslagen van oudere werknemers. Een ander aspect van de berekening betreft de looncomponenten die relevant zijn voor het loon per maand, aan de hand waarvan de berekening wordt gemaakt. Blijkens de toelichting wordt voor de ministeriële regeling waarin ten aanzien van het loon nadere regels worden vastgesteld, aansluiting gezocht bij de looncomponenten die gelden voor de kantonrechttersformule.²⁴ Onduidelijkheid bestaat over de vraag of bonussen tot deze looncomponenten behoren, enerzijds omdat deze niet expliciet genoemd wordt en anderzijds omdat de kantonrechttersformule op hier niet eenduidig is. Bij vaste, jaarlijkse bonussen wordt regelmatig een gemiddelde van de laatste jaren in de B-factor

²² Dit volgt uit artikel 6 Kaderrichtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, welke is omgezet in artikel 7 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

²³ HvJ EU C 144/04 (Mangold vs Helm), JAR 2005/289.

²⁴ Artikelsgewijze toelichting, p. 137.

verdisconteerd, maar dit is lang niet altijd het geval en bovendien bestaat variatie tussen de in acht genomen peilperiodes.²⁵

Op grond van het voorgestelde art. 7:673 lid 4, sub b BW worden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld. Strikte lezing van deze formulering leidt tot de conclusie dat de tussenpozen zelf niet meetellen voor de lengte van de arbeidsduur. De toelichting meldt echter dat met deze samentelregeling wordt aangesloten bij hetgeen is geregeld in het huidige artikel 7:668a BW, waarin expliciet vermeld staat dat tussenpozen worden meegenomen. De wetgever zou er goed aan doen dit ten aanzien van de transitievergoeding te verduidelijken.

De transitievergoeding is ook verschuldigd indien een contract voor bepaalde tijd niet verlengd wordt op initiatief van de werkgever, mits dit contract minimaal twee jaar duurde. De angst bestaat dat werkgevers dit zullen proberen te omzeilen door arbeidscontracten aan te gaan van bijvoorbeeld een jaar en elf maanden. De vraag is of een dergelijke handelwijze in strijd is met goed werkgeverschap of misbruik van recht in de zin van art. 3:13 BW oplevert en zo ja, waar de grens ligt: bij een jaar en elf maanden of bijvoorbeeld ook nog bij een jaar en tien maanden? Het stellen van de grens van twee jaar is in bepaalde mate arbitrair; de wetgever zal ergens een lijn moeten trekken. Dat is, onder meer, ook gebeurd bij de proeftijdregeling: het is lastig vol te houden dat een proeftijdontslag één dag voordat deze periode afloopt misbruik oplevert. De angst voor misbruik bij deze nieuwe regeling lijkt ons dan ook ongegrond, althans onoverkomelijk.

Aanvullende regelingen

Zoals men op veel plaatsen in het wetsvoorstel terugziet kunnen bij algemene maatregel van bestuur additionele regelingen worden getroffen. Dit geldt ook ten aanzien van bepaalde kosten die in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding, zo blijkt uit lid 6 van het voorgestelde art. 7:673 BW. Het gaat hierbij om kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid, of om andere kosten die in dit verband zijn gemaakt. Hierbij moet men denken aan kosten voor scholing of *outplacement*, het geven van een langere opzegtermijn of aan andere kosten die ten goede komen aan de bredere inzetbaarheid van de werknemer.²⁶ Door deze maatregel wordt de werkgever geprikkeld te investeren in de ontwikkeling en opleiding van zijn werknemers met het oog op verbetering van hun inzetbaarheid. Een andere prikkel kan zijn dat het voor de werkgever fiscaal voordeliger kan zijn in scholing te investeren in plaats van dat hij een vergoeding uitkeert.

De vraag is echter wat precies onder de scholingskosten moet worden verstaan. Wat in ieder geval duidelijk is, is dat de in mindering te brengen kosten niet mogen zien op scholing die benodigd is voor de functie die de werknemer bij de werkgever uitoefent. Specifieke (bedrijfseigen) vaardigheden die elke nieuwe werknemer moet leren, zoals omgaan met bijvoorbeeld een bepaald documentatiesysteem dat door de werkgever wordt gebruikt, vallen buiten deze verminderingmogelijkheid. Daarbij kan men ook denken aan de beroepsopleiding van de Orde, die elke jonge advocaat moet volgen. De scheidslijn tussen “nodig voor functie” en “nuttig voor functie” zal echter niet altijd gemakkelijk te trekken zijn. Zo hoort bepaalde

²⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 maart 2009, JAR 2009/106. De rechter telde een periode van vijf jaren waarin een bonus was uitgekeerd mee voor bepaling van de B-factor. In Ktr. Amsterdam 21 januari 1997, JAR 1997/56 verdisconteerde de rechter de gemiddelde bonus over de laatste vier jaren.

²⁶ Memorie van toelichting, p. 79.

scholing bij de groei van een werknemer binnen zijn functie. Wellicht kan een bepaalde cursus deels in mindering worden gebracht wanneer de scheidslijn ten aanzien van dit punt minder duidelijk is. Dat brengt ons ook op een ander punt. Niet altijd zullen gegeven instructies zo gemakkelijk op geld waardeerbaar zijn, met name niet wanneer deze intern worden gefaciliteerd. Wellicht zal de transitievergoeding vanuit processueel oogpunt dan ook alleen gematigd kunnen worden wanneer gebruik is gemaakt van externe scholing.

Hoewel de vergoeding niet verplicht gebruikt dient te worden voor scholing of om over te stappen naar een andere baan speelt die overgang naar ander werk wel een belangrijke rol – de naam is immers niet voor niets transitievergoeding. De vraag is of het wetsvoorstel hierin voldoende voorziet. De opbouw van de transitievergoeding verloopt in vergelijking tot het huidige systeem van de kantonrechtformule (ook te vinden in veel sociale plannen) niet snel. Na een dienstverband van tien jaren is een vergoeding ter hoogte van 3,33 maandsalarissen verschuldigd – hoe dit dient te worden afgerond blijkt overigens uit het wetsvoorstel noch uit de toelichting. Er zal dus niet spoedig sprake zijn van een dusdanig hoge vergoeding dat voor dit bedrag ook een nuttige voorziening wordt gecreëerd; de ervaring leert dat enigszins substantiële *outplacement* begint bij zo'n € 3.500,- à € 5.000,-. Bovendien kan de werkgever ervoor kiezen een vergoeding uit te keren. Daarmee is de transitievergoeding met het oog op de achterliggende gedachte, een vergemakkelijkte transitie naar een nieuwe werkgever, wellicht te vrijblijvend.²⁷

Op grond van het voorgestelde art. 7:673b lid 1 BW kan door middel van een bedrijfstak- of ondernemings-cao worden afgeweken van de transitievergoeding, mits in die cao een gelijkwaardige voorziening – in geld of natura of een combinatie daarvan - is opgenomen. Deze voorziening moet het equivalent vormen van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke vergoedingsregeling. Hiermee is gehoor gegeven aan de wens van de sociale partners dat zij zelf maatregelen kunnen treffen voor de transitie naar ander werk.²⁸ Werknemersverenigingen krijgen hierdoor meer invloed, hoewel dit wordt beperkt door het vereiste dat sprake is van een werknemersvereniging die, net zoals bij afwijking van het afspiegelingsbeginsel en het toetsen door een commissie van een voorgenomen ontslag om bedrijfseconomische redenen, minstens twee jaar rechtspersoonlijkheid bezit. Op deze manier wordt getracht te bewerkstelligen dat *yellow unions*, die slechts een formele binding met de onderneming hebben, worden gebruikt om (onder andere) de transitievergoeding te omzeilen. De vraag is echter in hoeverre die binding gewaarborgd wordt, nu geen overige representativiteitsvereisten, zoals een minimumledenaantal, gelden. Deze discussie is echter al vaker gevoerd en wij zien in dat het wetsvoorstel geen herziening van het cao-recht kan behelzen. Een ander punt van onduidelijkheid betreft de vraag hoe de gelijkwaardige voorziening wordt ingevuld. De vakbond – en de werkgever in het kader van een vergelijkbare voorziening in de zin van art. 7:673 lid 6 BW – kan bijvoorbeeld jaarlijks een budget vaststellen dat de werknemer mag gebruiken voor scholing. Daarbij zal aan de werknemer duidelijk kenbaar moeten worden gemaakt dat dit budget bestaat en dat het in mindering zal worden gebracht op een eventuele transitievergoeding. De vraag is wat gebeurt wanneer de werknemer geen gebruik maakt van het budget. Heeft hij in die zin dan een mogelijkheid te kiezen voor uitkering in geld en doen partijen er verstandig aan een verplichting tot het volgen van bepaalde scholing op te leggen? Met andere woorden: moet het gaan om daadwerkelijk gemaakte kosten?

²⁷ Zie in die zin ook het advies van de Raad van State, p. 9.

²⁸ Memorie van toelichting, p. 80.

Ten aanzien van werknemers die gebonden zijn door een incorporatiebeding is te verwachten dat zij bij toekomstige cao's, waarin in hun ogen ten nadele van hen is afgeweken van de transitievergoeding – bijvoorbeeld door het toekennen van scholingskosten in plaats van een vrij te besteden som ineens - zullen protesteren tegen de toepasselijkheid ervan. Op grond van de Haviltex-norm²⁹ kunnen zij betogen dat het bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst niet hun bedoeling was akkoord te gaan met een dusdanige afwijking van de transitievergoeding. Het is vervolgens afhankelijk van de formulering van het incorporatiebeding of een dergelijk betoog al dan niet opgaat.

Additionele vergoeding

Aan de werknemer kan een additionele billijke vergoeding worden toegekend wanneer ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever ten grondslag ligt aan de beëindiging of de niet-voortzetting van de arbeidsovereenkomst door de werknemer. Het gaat hierbij om uitzonderlijke gevallen. Het gevolgen criterium speelt hierbij geen rol; de gevolgen zijn volgens de wetgever verdisconteerd in de hoogte van de transitievergoeding.³⁰ De verkorting van de WW-duur zal in principe dus geen grond kunnen opleveren voor het toekennen van een hogere vergoeding, noch het feit dat de werknemer een matige arbeidsmarktpositie heeft. Onduidelijk is wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever. De toelichting geeft enig uitsluitel en noemt een aantal situaties: discriminatie, het grovelijk veronachtzamen van verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, het aanvoeren van een valse ontslaggrond of het veroorzaken van arbeidsongeschiktheid bij de werknemer als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg. Ook wordt een verstoorde arbeidsrelatie wegens laakbaar gedrag van de werkgever genoemd als situatie waaraan wordt gedacht voor het toekennen van een billijke vergoeding.³¹ “Laakbaar gedrag” van de werkgever lijkt breder dan “ernstige verwijtbaarheid”. De vraag is dan ook wat hieronder moet worden verstaan. Enigszins willekeurig voorkomend noemt de toelichting hierbij het voorbeeld van een verstoorde arbeidsrelatie, ontstaan nadat de werknemer niet is ingegaan op avances van de werkgever. Hoewel de wetgever in de toelichting benadrukt dat alleen een billijke vergoeding mag worden toegekend wanneer het ontslag is toe te rekenen aan ernstige verwijtbaarheid, biedt de optie laakbaar gedrag voldoende ruimte voor en uitzicht op juridisch getouwtrek tussen werkgevers en werknemers. Inkleuring van de norm wordt door de wetgever dan ook overgelaten aan de praktijk. De rechtspraak ten aanzien van deze bepaling zal uiterlijk in 2017 worden geëvalueerd en dan wordt beoordeeld of het doel van de bepaling (het slechts toekennen van een billijke vergoeding in geval van ernstige verwijtbaarheid) voldoende wordt geëffectueerd. Duk en Sagel spreken de angst uit dat met de ernstige verwijtbaarheid en bijbehorende additionele vergoeding door rechters lichtvaardig zal worden omgesprongen, om zo het maximumbedrag van € 75.000,= te repareren.³² Dit is niet de bedoeling van de wetgever. Wanneer uit de evaluatie blijkt dat deze angst waarheid wordt zal de wetgever duidelijker handvatten moeten bieden om dit verder te voorkomen. Nog beter zou het zijn als dat met ingang van het wetsvoorstel reeds zou gebeuren.

De rechter bepaalt de hoogte van de additionele vergoeding en kan daarbij rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn.³³ Overigens wordt

²⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

³⁰ Memorie van toelichting, p. 72.

³¹ Artikelsgewijze toelichting, p. 139.

³² In: S. Jonker, “Ontslagrecht wordt niet soepeler”, FD 26 november 2013.

³³ Memorie van toelichting, p. 73.

niet meer helderheid verschaft over de wijze waarop de hoogte van deze vergoeding berekend dient te worden. De hoogte van de transitievergoeding staat in beginsel vast, maar het additionele gedeelte zal afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van het geval. Het huidige recht kent niet een dergelijk expliciet tweeledig systeem van opbouw van de totale vergoeding. De verwijtbaarheid van de werkgever wordt dan immers verdisconteerd in de C-factor van de kantonrechtersformule of de omstandigheden van het geval in de Rutten/Breed-leer, die verder niet aanknoopt bij een vaste formule.³⁴ Hoewel de Rutten/Breed-leer op hetzelfde neer lijkt te komen – het wegen van de omstandigheden van het geval – bestaat verschil tussen de omstandigheden die mogen worden meegewogen: het gevolgen criterium speelt immers geen rol meer. Bij deze wijzen van berekening kan dan ook niet worden aangesloten. Aanknoping bij de gefixeerde schadevergoeding van art. 7:680 lid 1 BW na een vernietigd ontslag op staande voet komt ons ijdeler voor; deze vergoeding wordt ten slotte gebaseerd op de opzegtermijn die acht had moeten worden genomen wanneer de arbeidsovereenkomst regelmatig zou zijn opgezegd. De hoogte van de billijke vergoeding blijft bij gebrek aan gezichtspunten van de wetgever dus een discretionaire aangelegenheid van de rechter. Eventuele aanknopingspunten waar volgens ons aan gedacht kan worden bij de bepaling van de hoogte van de additionele vergoeding zijn de aard en de ernst van de verwijtbaarheid van de werkgever, de vraag of concrete (veiligheids-)voorschriften zijn geschonden door de werkgever en de lengte van het dienstverband.

Geen vergoeding – ernstige verwijtbaarheid

Voor de werkgever is ontsnappen aan de transitievergoeding – of een vergelijkbare voorziening – slechts mogelijk via het ‘muizengaatje’ van de ernstige verwijtbaarheid in de zin van het voorgestelde art. 7:673 lid 7, sub c. Ernstige verwijtbaarheid bestaat niet uit en is breder dan een dringende reden.³⁵ Waar deze uit bestaat is, net als bij ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever, niet geheel duidelijk. Een aantal situaties wordt genoemd in de toelichting maar deze lijken sterk op gronden voor een dringende reden (het ontslag op staande voet). Wat precies het verschil is tussen deze termen wordt hiermee niet duidelijker. Wij stellen voor dat de wetgever toelicht wat het verschil is tussen laakbaarheid, ernstige verwijtbaarheid en dringendheid. Aan deze drie termen worden immers verschillende rechtsgevolgen verbonden. Ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer levert nog een ander vraagteken op. Stel dat de werkgever gedurende een arbeidsovereenkomst van tien jaren € 5.000 heeft betaald aan externe scholing ter verbetering van de bredere inzetbaarheid van de werknemer. Na die periode wordt de arbeidsovereenkomst beëindigd als gevolg van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer. De werkgever is zoals gezegd in een dergelijk geval geen transitievergoeding of vergelijkbare vergoeding verschuldigd. Hij heeft de kosten voor de scholing echter al gemaakt. Kan de werkgever deze kosten nu verhalen op de werknemer? Wanneer dit niet het geval is zal dit een reden kunnen zijn voor werkgevers niet te investeren in scholing. Dat lijkt ons ongewenst.

Een ander punt van onduidelijkheid is het volgende. Stel dat een werknemer inmiddels een tweede arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever heeft. De eerste arbeidsovereenkomst duurde vier jaren en bij beëindiging heeft de werknemer de wettelijke transitievergoeding ontvangen. Binnen zes maanden wordt de werknemer weer aangenomen, en ditmaal duurt de arbeidsovereenkomst drie jaren. De laatste arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van ernstig

³⁴ HR 12 februari 2010, JAR 2010/72.

³⁵ Artikelsgewijze toelichting, p. 139.

verwijtbaar handelen van de werknemer. De transitievergoeding is niet verschuldigd. Wat geldt ten aanzien van de vergoeding die na de eerste arbeidsovereenkomst is uitgekeerd? Op grond van art. 7:673 lid 4 BW worden deze en de tweede overeenkomst voor de berekening van de vergoeding immers samengeteld. Uit lid 5 volgt echter dat een eerder betaalde transitievergoeding in geval van een voorafgaande arbeidsovereenkomst op de transitievergoeding in mindering wordt gebracht. In principe is dus geen sprake van twee losse transitievergoedingen. Heeft de werkgever nu een vordering op de werknemer ter hoogte van het bedrag van de eerste transitievergoeding? Ons lijkt daar overigens geen sprake van te zijn – op het moment van afrekening speelde immers geen ernstige verwijtbaarheid – maar een toelichting op dit punt zou niet misstaan.

Op grond van lid 8 kan de rechter de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toekennen als het niet toekennen ervan tot onaanvaardbaarheid zou leiden. Een situatie waarin hiervan volgens de wetgever sprake kan zijn is wanneer sprake is van een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband. Waar moeten we hierbij aan denken? Het wegnemen van één blik motorolie op de laatste werkdag van werknemer?

4. Concurrentiebeding

Onder het huidige regime wordt bij een rechtsgeldige totstandkoming van een concurrentiebeding geen onderscheid gemaakt in de contractsoort. De enige twee totstandkomingsvereisten zijn immers dat het beding schriftelijk is overeengekomen en de werknemer meerderjarig is. Uit het wetsvoorstel volgt dat de contractsoort wel relevant wordt bij het rechtsgeldig overeengekomen van een concurrentiebeding onder de toekomstige regeling. Een concurrentiebeding kan dan in principe alleen geldig overeengekomen worden als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Hiervan kan slechts worden afgeweken als de werkgever schriftelijk motiveert op basis van welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd noodzakelijk is. Als gedurende een gerechtelijke procedure blijkt dat het beding niet noodzakelijk is vanwege het ontbreken van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen dan kan gehele vernietiging volgen, aldus het voorgestelde lid 3 sub b van art. 7:653 BW.

Voor het uitzonderen van het concurrentiebeding in contracten voor bepaalde tijd is veel te zeggen. Zo onderschrijft de Raad van State het uitsluiten van het beding met het oog op het verbeteren van de positie van flexwerkers op de arbeidsmarkt.³⁶ Juist werknemers in de flexibele schil ondervinden veel nadeel van het concurrentiebeding omdat zij in de regel vaak wisselen van baan. De wijze waarop de regering invulling geeft aan het verbod is echter niet altijd even helder en het gevaar bestaat dat er (nog meer) rechtsonzekerheid ontstaat voor partijen bij het wel of niet opnemen van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. Dit standpunt lichten wij als volgt toe.

De motiveringseis

Allereerst, alleen als de werkgever schriftelijk motiveert welke zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen het concurrentiebeding noodzakelijk maken, mag het beding in een contract voor bepaalde tijd worden opgenomen. Het lijkt een illusie dat het verplichten van werkgevers het gebruik van een concurrentiebeding te motiveren, per definitie leidt tot een niet lichtvaardig gebruik van een dergelijk beding. Hoewel de administratieve lasten van de

³⁶ Advies van de Raad van State, p. 38.

werkgever zullen toenemen door de introductie van motiveringsplicht is het maar de vraag of werkgevers daardoor geen concurrentiebeding meer opnemen in contracten voor bepaalde tijd. “Niet geschoten is altijd mis”. Er zou in elk geval overwogen kunnen worden een collectieve afwijkingsmogelijkheid te creëren voor werknemers met een contract voor bepaalde tijd in beroepen of functies waar altijd sprake is van een zwaarwichtig bedrijfs- of beroepsbelang zodat de lastenverzwaring voor de werkgever beperkt blijft tot de noodzakelijke gevallen.³⁷ Daarnaast volgt uit de memorie van toelichting en het artikelsgewijs commentaar niet wat de regering bedoelt met “zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen.” Dit schept weinig zekerheid voor partijen. Het is derhalve wenselijk dat de regering enkele handvatten of voorbeelden biedt waarin wel of geen sprake is van zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen zodat werkgevers en werknemers bij het overeenkomen van een concurrentiebeding of in een geschil over het beding beter weten waar zij aan toe zijn. Het noemen van soorten functies zou al helpen.

Verder geeft de regering in de memorie van toelichting aan dat zij bewust heeft gekozen het concurrentiebeding uit te sluiten voor alle contracten voor bepaalde tijd ongeacht de duur van het bepaaldetijdcontract. De ketenregeling van art. 7:668a BW wordt in het wetsvoorstel echter ook drastisch onder handen genomen. In het thans geldende art. 7:668a lid 5 BW is bepaald dat bij cao kan worden afgeweken van de ketenbepaling. Deze afwijkingsmogelijkheid ziet zowel op het aantal contracten, als op de termijn van drie jaar, de tussenpoos van drie maanden en op de bepaling over elkaar opvolgende werkgevers.³⁸ Zoals hiervoor al vermeld, legt het wetsvoorstel deze afwijkingsmogelijkheid aan banden. Onder de nieuwe regeling kan bij cao alleen nog van het maximale aantal contracten en de maximale duur worden afgeweken als de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering dit vereist. Voor de werkgever kan het een behoorlijke opgave worden om steeds per individueel geval te motiveren waarom het concurrentiebeding van toepassing behoort te zijn. Een suggestie zou zijn de regeling van het concurrentieverbod voor bepaaldetijdcontracten in lijn te brengen met de ketenregeling. De regering had de uitsluiting van het concurrentiebeding voor bepaaldetijdcontracten kunnen beperken tot een maximumduur van twee jaar of kunnen aansluiten bij de duur van de uitzondering op de ketenregeling en daarmee bij een termijn van vier jaar. De regering had zo kunnen voorkomen dat voor de categorie die oneindig op basis van bepaaldetijdcontracten werkzaam kan zijn (zoals de arbeidsovereenkomst in het kader van educatie) steeds opnieuw gemotiveerd moet worden waarom een concurrentiebeding noodzakelijk is.

Toetsmoment

Als moment waarop getoetst wordt of er sprake is van zwaarwegende belangen geldt niet alleen het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst maar ook het moment van de toetsing zelf. Het eerste toetsmoment (i.e. de beoordeling of er bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst een zwaarwegend belang is) bepaalt, zo menen wij, of überhaupt nog beoordeeld moet worden of de werkgever aan het einde van de arbeidsovereenkomst nog wel belang heeft bij het beding (het tweede toetsmoment). Als de werkgever bij het aangaan van het concurrentiebeding geen belang heeft bij het beding dan doet het er dus niet meer ter zake of er na verloop van tijd wel een belang bij het beding ontstaat. Mochten de werkzaamheden dusdanig wijzigen dat een concurrentiebeding op een gegeven moment wel gerechtvaardigd is, dan dient de werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst met de werknemer te sluiten waarin gemotiveerd wordt

³⁷ Advies van de Raad van State, p. 38.

³⁸ Memorie van toelichting, p. 55.

aangegeven op basis van welke zwaarwegende bedrijfsbelangen een concurrentiebeding gerechtvaardigd is. Het gebrek aan belang bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst kan derhalve niet worden gerepareerd door het hebben van belang bij het beding aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Voor de werkgever is deze regeling een verslechtering ten opzichte van de huidige situatie omdat er op dit moment niet gemotiveerd aangegeven hoeft te worden waarom een concurrentiebeding wordt aangegaan. Hiermee wordt echter wel – terecht – voorkomen dat werkgevers “voor de zekerheid” een concurrentiebeding overeenkomen. Concluderend: het is onduidelijk wanneer sprake is van een zwaarwichtig bedrijfs- of beroepsbelang of waarom de regering niet meer aansluiting heeft gezocht bij de ketenregeling. Verheldering op deze punten is gewenst. De administratieve lasten voor werkgevers zouden verminderd kunnen worden door introductie van een collectieve afwijkingsmogelijkheid of door het toestaan van een afwijkingsmogelijkheid voor bepaalde functies waarbij altijd sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of beroepsbelangen.

5. Enkele processuele aspecten

Buitengerechtelijke vernietiging

In het huidige ontslagrecht is – behoudens uitzonderingen – de opzegging van een werkgever zonder toestemming van het UWV op grond van art. 6 juncto 9 BBA vernietigbaar. Een werknemer die zich met een vernietigbare opzegging niet kan verenigen, dient binnen zes maanden een beroep op de vernietigbaarheid van de opzegging te doen. Krachtens art. 3:49 BW kan een rechtshandeling worden vernietigd door een (vormvrije) buitengerechtelijke verklaring of een rechterlijke uitspraak. De keuze is aan degene die een beroep op de vernietiging toekomt. In de arbeidsrechtpraktijk is de buitengerechtelijke verklaring verreweg de meest gebruikte manier om een opzegging van de werkgever te vernietigen wanneer toestemming van het UWV ontbreekt. Een werknemer die handelt zonder advocaat (of andere rechtsbijstandverlener) weet vaak niet beter dan bij brief op te komen tegen zijn ontslag. De weg naar de kantonrechter is hem eenvoudigweg onbekend en onbekend maakt onbemind. Een werknemer die wel een advocaat in de arm heeft genomen, kiest in de regel toch ook voor de buitengerechtelijke vernietiging. Vier argumenten spelen daarbij een rol. In de eerste plaats het kostenaspect. Het versturen van een brief waarin de opzegging wordt vernietigd, is aanzienlijk goedkoper dan het opstellen en uitbrengen van een dagvaarding. In de tweede plaats is van belang dat de gedragsregels voor de advocatuur voorschrijven dat een advocaat voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.³⁹ Dit brengt mee dat buitengerechtelijk vernietigen de voorkeur zal genieten boven rauwelijks dagvaarden. In de derde plaats kan erop worden gewezen dat een oplossing in der minne in de regel niet dichterbij komt wanneer een procedure aanhangig is of wordt gemaakt. Bij het streven naar een minnelijke regeling past een buitengerechtelijke vernietiging beter dan het uitbrengen van een dagvaarding. Tot slot is van belang dat een werknemersadvocaat rekening dient te houden met de mogelijkheid dat een werkgever ermee onbekend was dat hij voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst toestemming van het UWV nodig had en dat een werkgever niet zal volharden in een kansloze zaak wanneer hij fijntjes op zijn verzuim gewezen wordt. Een eenvoudig briefje van werknemerszijde kan dan vaak al volstaan om het geschil te beëindigen.

³⁹ Dit argument speelt niet bij een rechtsbijstandverlener die geen advocaat is.

In het nieuwe ontslagrecht vervalt de buitengerechtelijke vernietiging. De wetgever voert als reden voor deze wijziging aan dat de buitengerechtelijke vernietiging het nadeel zou hebben dat een werknemer maar moet afwachten of een werkgever zich bij de vernietiging neerlegt en als dat niet het geval is, hij alsnog een loonvorderingsprocedure zal moeten starten.⁴⁰ Omwille van de eenvoud en eenduidigheid heeft de wetgever voorgesteld vernietiging alleen via de kantonrechter te laten plaatsvinden, waardoor snel duidelijk is of de arbeidsovereenkomst al dan niet is geëindigd. De argumenten van de wetgever voor het laten vervallen van de buitengerechtelijke vernietiging in het nieuwe ontslagrecht overtuigen ons niet. Het is absoluut waar dat een werknemer na een buitengerechtelijke vernietiging maar moet afwachten of een werkgever zich neerlegt bij de vernietiging, maar die duidelijkheid verkrijgt hij in de praktijk in de regel vrij snel van zijn werkgever. Een werkgever die wordt geconfronteerd met een buitengerechtelijke vernietiging zal namelijk niet lang wachten met een reactie. Een werkgever die onbewust heeft verzuimd zal snel op zijn beslissing willen terugkomen om zijn eventuele schade te beperken, terwijl een werkgever die meent in zijn recht te staan, zo snel mogelijk zal proberen zijn werknemer te doen overtuigen van zijn gelijk. In de praktijk bestaat vaak kort na de vernietigingsbrief van de werknemer al duidelijkheid over de standpunten van partijen. Een werkgever die abusievelijk heeft verzuimd, legt zich in de regel snel neer bij de vernietiging, waardoor ook geen loonvorderingsprocedure volgt. Wanneer een werkgever niet abusievelijk heeft verzuimd (bijvoorbeeld omdat hij meent dat een uitzonderingssituatie aan de orde is, zoals een ontslag op staande voet) en zich derhalve niet neerlegt bij de vernietiging, leidt dat – in tegenstelling tot hetgeen de wetgever heeft gesteld – lang niet altijd tot een loonvorderingsprocedure. Partijen zullen in zo'n geval namelijk vaak eerst in onderhandeling treden teneinde een minnelijke regeling te treffen en in de meeste gevallen lukt dat zonder dat daarvoor een procedure nodig is. In de meeste arbeidszaken wordt niet geprocedeerd. Overigens – en dat zal een van de redenen van het succes van de minnelijke regeling zijn – schept een schikking aan partijen sneller duidelijkheid over het lot van de arbeidsovereenkomst dan een procedure.

De buitengerechtelijke verklaring zorgt er in de praktijk juist voor dat in arbeidszaken snel duidelijkheid bestaat over de wederzijdse standpunten, waardoor vlotter werk kan worden gemaakt van een minnelijke regeling en partijen niet onnodig gaan procederen. De voorgestelde wijziging dwingt werknemers procedures op te starten terwijl nog geenszins duidelijk is of die wel nodig zijn, waardoor het rechterlijke apparaat onnodig wordt belast, terwijl daarbij komt dat het opstarten van procedures het negatieve effect kan hebben dat standpunten verharder en minnelijke regelingen uit zicht raken. Dit lijkt een zeer onwenselijk effect van de voorgestelde wijziging. Los daarvan lijkt de wetgever er geen oog voor te hebben dat het starten van een procedure voor werknemers kostbaarder is dan het sturen van een brief.

Een werkgever die de arbeidsovereenkomst met een werknemer heeft beëindigd door middel van een vernietigbare opzegging, loopt het risico aan deze werknemer achterstallig loon te moeten betalen indien de vernietigbaarheid wordt ingeroepen. Het rechtsgevolg van de vernietiging is immers dat de opzegging geacht wordt nooit te hebben plaatsgevonden en de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herleeft. Hoewel ook in het arbeidsrecht de hoofdregel is dat geen loon is verschuldigd als geen arbeid is verricht, komt het niet werken als gevolg van een vernietigbare opzegging in redelijkheid voor rekening van de werkgever en is de werkgever op grond van art. 7:628 BW over de periode van niet-werken toch loon verschuldigd.⁴¹ Voor het slagen van een loonvordering ex art. 7:628 BW is wel noodzakelijk dat

⁴⁰ Memorie van toelichting, p. 67.

⁴¹ Hoewel artikel 7:627 BW in het nieuwe ontslagrecht vervalt en artikel 7:628 BW wordt aangepast, heeft de regering hierin geen wijziging beoogd te brengen. Zie Memorie van toelichting, p. 119.

een werknemer bereid is de bedongen arbeid te verrichten.⁴² Met het oog op dit vereiste wordt in de huidige arbeidsrechtpraktijk de brief waarin de opzegging (buitengerechtigd) wordt vernietigd ook gebruikt door werknemers zich bereid te verklaren op eerste afroep de overeengekomen werkzaamheden weer te komen verrichten en loon te vorderen. In het nieuwe ontslagrecht verdwijnt de buitengerechtigde verklaring uit beeld, waardoor de vraag opkomt of werknemers zich in die gevallen nog steeds afzonderlijk (mondeling of schriftelijk) bereid moeten gaan verklaren arbeid te verrichten, of dat die bereidheid impliciet volgt uit een vernietigingsverzoek aan de rechter (en terugwerkende kracht heeft). De regering lijkt het laatste voor te staan gelet op de opmerking in de MvT dat na vernietiging de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht in stand blijft en de werkgever ook het loon verschuldigd blijft.⁴³ Ter bescherming van de werknemer van wie niet steeds verwacht kan worden dat hij over voldoende juridische kennis beschikt, is dit wenselijk, waarbij opmerking verdient dat een werkgever altijd in de gelegenheid moet worden gesteld tegenbewijs van deze bereidheid tot werken te leveren. Overigens past het een en ander bij de nieuwe opzet van artikel 7:628 BW. De nieuwe opzet brengt namelijk mee dat van de bereidheid van de werknemer wordt uitgegaan en dat het voortaan aan de werkgever is te stellen (en bij betwisting aannemelijk te maken) dat bij de werknemer de bereidheid ontbrak arbeid te verrichten.⁴⁴

De rol van de rechter in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie

Net als in het huidige ontslagrecht, bestaan in het voorgestelde ontslagrecht naast elkaar verschillende procedures bij de kantonrechter. In de eerste plaats is dat de procedure met betrekking tot de vernietiging van de opzegging (art. 7:681 BW nieuw). Het nieuwe ontslagrecht kent in de tweede plaats een reguliere ontbindingsprocedure bij de kantonrechter (art. 7:671b BW nieuw en art. 7:671c BW nieuw). Tot slot heeft de werknemer die meent dat hij – ondanks toestemming van het UWV – ten onrechte is ontslagen, de mogelijkheid zich tot de kantonrechter te wenden (art. 7:682 BW nieuw) en kan een werkgever die wordt geconfronteerd met een weigering van het UWV zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden (art. 7:671b BW nieuw). In alle hierboven beschreven procedures kan de rechter steeds aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (niet te verwarren met de transitievergoeding).⁴⁵ De door de rechter toe te kennen vergoeding dient in relatie te staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever en dient daarnaast aan te sluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.⁴⁶ In de memorie van toelichting heeft de wetgever expliciet overwogen dat bij het vaststellen van de billijke vergoeding criteria als loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen. Ook voor het zogenoemde gevolgen criterium is geen ruimte omdat dit element reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding. In de procedure over de vernietiging van de opzegging lijkt de aanhef van art. 7:681 lid 1 BW (nieuw) de rechter slechts de mogelijkheid te bieden een billijke vergoeding toe te kennen

⁴² Dit vereiste werd expliciet gesteld in het oude artikel 7A:1638d BW. Hoewel dit vereiste niet teruggekeerde in de tekst van het huidige artikel 7:628 BW, beoogde de wetgever daarmee geen materiële wijziging te brengen. Hoewel artikel 7:628 BW wijziging ondergaat, beoogt de wetgever met die wijziging wederom geen wijziging te brengen in het vereiste dat de werknemer voor een geslaagd beroep op loondoorbetaling 'bereid' is de bedongen arbeid te verrichten. Zie memorie van toelichting, p. 119.

⁴³ Memorie van toelichting, p. 67.

⁴⁴ Memorie van toelichting, p. 119.

⁴⁵ In de vernietigingsprocedure van art. 7:681 BW (nieuw) is dat alleen mogelijk indien een werknemer afziet van vernietiging en opteert voor een vergoeding.

⁴⁶ Zie ook P. Kruit, "De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?", TAP 2014 themanummer 1, p. 52-59

indien de werknemer een daartoe strekkend verzoek heeft gedaan. Indien de werknemer daartoe geen verzoek heeft gedaan, of slechts subsidiair heeft verzocht om een billijke vergoeding, mag de rechter niet ambtshalve besluiten een verzoek tot vernietiging te passeren (of wijzigen) en in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. De keuze voor enerzijds vernietiging of anderzijds een billijke vergoeding ligt bij de werknemer, wiens keuze de rechter lijkt te moeten accepteren. Gelet op de omstandigheid dat ook in het nieuwe ontslagrecht een reeds beëindigde arbeidsovereenkomst van een bestuurder niet meer kan worden hersteld, terwijl de opzegging op grond van art. 2:134/44 BW “te allen tijde” mogelijk is, kan ten aanzien van de opzegging van een statutair bestuurder worden getwijfeld aan de wenselijkheid van de lijdelijkheid van de rechter bij de keuze van de werknemer tussen enerzijds vernietiging en anderzijds een billijke vergoeding. Wenselijker is wellicht de rechter bij het ontslag van een bestuurder de mogelijkheid te bieden een verzoek tot vernietiging ambtshalve te wijzigen in een verzoek tot een billijke vergoeding.

Een nieuw element in procedures rond ontslag is dat de wetgever de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie heeft opengesteld tegen de beschikkingen van de kantonrechter in de hiervoor genoemde procedures (art. 7:683 BW nieuw). Dit geldt dus zowel voor een beschikking van de kantonrechter waarin hij een opzegging vernietigt, als voor een beschikking waarin hij – na weigering van het UWV – alsnog een arbeidsovereenkomst ontbindt, als voor een beschikking die volgt in een reguliere ontbindingsprocedure, als voor een beschikking in een procedure omtrent een vermeende onrechtmatige opzegging. Bij het introduceren van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie heeft de wetgever een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang van werknemer en werkgever bij een snelle uitkomst en anderzijds het belang van partijen in hoger beroep en cassatie te gaan als zij zich onrechtvaardig behandeld voelen.⁴⁷ Teneinde tegemoet te komen aan het belang van partijen bij een snelle uitkomst, zal het instellen van hoger beroep of cassatie de tenuitvoerlegging van een beschikking in eerste aanleg niet schorsen (art. 7:683 lid 1 BW nieuw). De toegevoegde waarde hiervan lijkt gering om de volgende twee redenen. Art. 360 lid 1 Rv stelt als hoofdregel dat hoger beroep schorsende werking heeft, maar art. 288 Rv geeft de rechter de bevoegdheid een beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Dit kan zowel ambtshalve als op verzoek. Het belangrijkste gevolg van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad is dat de executie-schorsende werking van de gewone rechtsmiddelen, zoals hoger beroep en cassatie, is opgeheven. In de praktijk blijken eisers aan een hoofdvordering standaard de uitvoerbaarverklaring als nevenvordering te verbinden en die nevenvordering deelt in de regel het lot van de hoofdvordering, zodat in de praktijk uitvoerbaarverklaring bij voorraad eerder regel dan uitzondering is. De uitvoerbaarverklaring bij voorraad die volgt uit art. 7:683 lid 1 BW (nieuw) lijkt aldus voor de praktijk weinig nieuws te bevatten. Daarbij komt in de tweede plaats dat een beschikking die een opzegging vernietigt of een arbeidsovereenkomst ontbindt, een declaratoir karakter heeft. Dergelijke beschikkingen stellen een rechtstoestand vast en zijn niet vatbaar voor executie en kunnen daarom ook niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.⁴⁸ In het licht hiervan is de toegevoegde waarde van art. 7:683 lid 1 BW (nieuw) überhaupt beperkt tot beschikkingen, of het deel van beschikkingen, betreffende een toegewezen vordering tot betaling van een billijke vergoeding, waarop art. 7:683 lid 1 BW (nieuw) vreemd genoeg dan weer niet ziet, of tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Dergelijke beschikkingen, of delen van beschikkingen, hebben immers een duidelijk constitutief karakter en zijn – anders dan declaratoire beschikkingen – wel vatbaar voor executie.

⁴⁷ Memorie van toelichting, p.73

⁴⁸ W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2002, p. 127.

Voor declaratoire beschikkingen geldt overigens dat partijen zich ook zonder art. 7:683 lid 1 BW (nieuw) dienen neer te leggen bij de rechtstoestand die zo'n beschikking schept en brengt het louter instellen van hoger beroep of cassatie daarin geen verandering. Pas wanneer de declaratoire beschikking wordt vernietigd, verandert de rechtstoestand tussen partijen.

Van dagvaarding naar verzoekschrift

Het nieuwe ontslagrecht bepaalt dat alle vorderingen die verband houden met het einde van de arbeidsovereenkomst kunnen worden ingeleid met een verzoekschrift (art. 7:686a leden 2 en 3 BW nieuw). De met elkaar samenhangende geschilpunten kunnen daardoor in één gerechtelijke procedure worden beslist. Dit scheelt tijd en kosten. Het besparen van tijd en kosten heeft de wetgever overigens doen besluiten dat de procedures tot vernietiging van een opzegging, herstel van een arbeidsovereenkomst of betaling van een billijke vergoeding, net als de (nieuwe) reguliere ontbindingsprocedure, moeten worden ingeleid door een verzoekschrift. Aan de wetgever kan worden toegegeven dat verzoekschriftprocedures in de regel sneller en goedkoper zijn dan reguliere dagvaardingsprocedures. Er zijn echter wel enkele zaken die de aandacht vragen.

In het procesrecht is de dagvaardingsprocedure de algemene procedure die openstaat voor alle zaken tenzij uit de wet volgt dat een zaak moet worden ingeleid met een verzoekschrift. In dat geval is de verzoekschriftprocedure aangewezen. In de verzoekschriftprocedure is de relatieve bevoegdheid geregeld in art. 262 - 268 Rv en is de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de verzoeker en de woonplaats van de belanghebbende bevoegd zijn kennis te nemen van het verzoek. De verzoeker heeft dus de keuze een verzoek aanhangig te maken bij de rechter van zijn woonplaats of bij de rechter van de woonplaats van de verweerder. Voor arbeidszaken kent de verzoekschriftprocedure geen alternatieve bevoegdheid. In de huidige ontbindingsprocedure is voor de relatieve bevoegdheid expliciet verwezen naar art. 99, 100, en 107 tot en met 109 Rv.⁴⁹ Deze verwijzing is noodzakelijk omdat voornoemde artikelen in beginsel slechts van toepassing zijn in dagvaardingsprocedures. In het nieuwe ontslagrecht ontbreekt bij alle verzoekschriftprocedures een verwijzing naar voornoemde artikelen. Dit brengt mee dat in het nieuwe ontslagrecht het forum van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt of laatstelijk gewoonlijk werd verricht plaatsmaakt voor het forum van de woonplaats van verzoeker. De vraag is of dit een bewuste keuze is van de wetgever of dat de wetgever is vergeten een verwijzing naar art. 99, 100, en 107 tot en met 109 Rv op te nemen in de verschillende procedures. Hoewel het nieuwe ontslagrecht meer verzoekschriftprocedures kent die door de werknemer dienen te worden gestart, zodat de introductie van het forum van de woonplaats van de verzoeker niet direct nadelig voor werknemers lijkt, zal in de praktijk de door de werkgever op te starten reguliere ontbindingsprocedure waarschijnlijk toch de meest gevoerde procedure worden. In het licht hiervan kan niet uit het oog worden verloren dat art. 99, 100 en 107 tot en met 109 Rv het belang van de werknemer dient.⁵⁰ Gelet daarop is wenselijk dat in het nieuwe ontslagrecht de verwijzing naar art. 99, 100, en 107 tot en met 109 Rv in elk geval terug wordt gebracht in art. 7:671b BW (nieuw).

6. Schadevergoeding als effectieve sanctie op discriminatie

⁴⁹ Zie o.a. H.I. van den Heuvel-Boonstra, "Relatieve bevoegdheid van de ontbindingskantonrechter", *ArbeidsRecht* 2002/16.

⁵⁰ HvJ 9 januari 1997, *JAR* 1997, 107 (Rutten/Cross Medical). Wanneer een werknemer terecht kan bij de rechter van de plaats waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht, wordt passende bescherming geboden aan de werknemer die als de sociaal zwakste contractspartij moet worden beschouwd.

Achtergrond

Het wetsvoorstel kent een van de huidige regeling afwijkend sanctiesysteem. Alvorens hier op in te gaan, is het goed stil te staan bij de mogelijkheden die de nationale wetgever ter beschikking staan. Nationale verplichtingen op het gebied van gelijke behandeling vloeien immers voort uit handhaving van de Europese Unie-verdragen (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie); EU non-discriminatie richtlijnen en rechtspraak van het HvJ EU in zaken omtrent discriminatie op gronden van geslacht, ras, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, of seksuele geaardheid, deeltijdarbeid, of bepaalde tijd van de arbeid. De lidstaten zijn in beginsel vrij de vorm en methode te kiezen voor de implementatie van richtlijnen; dit geldt ook voor sancties in het nationale recht.⁵¹ Naast deze verplichtingen uit het -EU verdrag heeft het HvJ EU een aantal specifieke voorwaarden aan sancties op discriminatie ontwikkeld in zijn rechtspraak.⁵² Zo moeten lidstaten bij het opstellen van nationale sancties het beginsel van voldoende effectiviteit in acht nemen.⁵³ Volgens de Europese richtlijnen op het terrein van non-discriminatie valt dit beginsel van voldoende effectiviteit uiteen in drie afzonderlijke vereisten: sancties moeten doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn (art. 17 Richtlijn 2000/78/EG, Art. 15 Richtlijn 2000/43/EG en art. 18 Richtlijn 2006/54/EG). De richtlijnen stellen voor dat effectieve sancties het betalen van een schadevergoeding aan het slachtoffer van discriminatie kunnen omvatten maar deze soort vergoeding is niet een verplichting. De jurisprudentie van de HvJ EU vereist dat de sanctie een afschrikwekkend effect heeft op de werkgever om discriminatie tegen te gaan.⁵⁴ Ten slotte volgt uit het vereiste van evenredigheid, dat indien ervoor gekozen is de overtreding te bestraffen met een verplichting tot schadevergoeding, de hoogte van de vergoeding in passende verhouding staat tot de geleden schade.⁵⁵

Uitvoering van de Europese wetgeving in Nederlandse recht

In het nieuwe art. 7:681 BW wordt (centraal) geregeld wanneer een opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigbaar is. In verband daarmee wordt hierbij tevens voorgesteld te regelen (eerste lid, onderdeel b) dat een opzegging in strijd met de artikelen 7:646, 7:648 en 7:649 BW op verzoek van de werknemer door de rechter kan worden vernietigd. Daarmee kunnen de tweede en derde zin van het eerste lid van art. 7:648 BW vervallen. Ook wordt in het voorgestelde art. 7:681 BW geregeld dat de werknemer, anders dan nu het geval is, in plaats van het vernietigen van de opzegging de rechter kan verzoeken aan hem een vergoeding toe te kennen. In verband met deze nieuwe bepaling worden de hiervoor genoemde artikelen in technische zin aangepast en komt art. 7:647 BW te vervallen onder verplaatsing van het vijfde lid van dat artikel naar art. 7:646 BW.

⁵¹ De lidstaten zijn verplicht de naleving van de EU-regels door het creëren van een systeem van voldoende waarborgen vanuit het perspectief van het beginsel van doeltreffende bescherming te garanderen: zie de arresten van het Hof: Bilka, C 170/74; Rinner-Kühn, C 171/88; Kowalska, C 33/89; Nimz, C 184/89 en Barber, C 262/88.

⁵² Zie J. Malmberg, *Effective enforcement of EC labour law*, The Hague: Kluwer Law International 2003, 50-58.

⁵³ Arrest van het Hof van 10 april 1984, Von Colson en Kamann tegen Land Nordrhein-Westfalen, C 14/83.

⁵⁴ Zie de vorige noot, alsmede het arrest van het Hof van 22 april 1997: Draehmpaehl, C 180/95. Zie: E. Steindorff, "Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG of 22 April 1997", *CMLRev.* Vol. 34, 1997, 1259-1277 en Arrest van het Hof in Marshall II, C 271/91.

⁵⁵ Zie ook hiervoor de zaak Von Colson en Kamann tegen Land Nordrhein-Westfalen, C 14/83.

Met de nieuwe maatregelen, in gevallen van een opzegging van de arbeidsovereenkomst in strijd met de verboden discriminatie bij de arbeid, heeft de werknemer dus de keuze tussen vernietigen en schadevergoeding. De tekst van het nieuwe art. 7:681, eerste lid, onderdeel b, BW in het wetsvoorstel maakt duidelijk dat de keuze aan de werknemer is. Dat zullen veel werkgevers betreuren. De Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid worden, op basis van de artikelen XI, XII, XIII, XIV en XVIII van de wetvoorstel, worden op dezelfde wijze geformuleerd: de werknemer kan verzoeken om een vergoeding of om vernietiging van de opzegging. In de gevallen dat de werknemer de keuze heeft gemaakt voor een verzoek van een vergoeding, lijkt het niet meer mogelijk dat de rechter de opzegging kan vernietigen.

Eisen aan de vergoeding

Het Hof van Justitie heeft in zijn jurisprudentie verklaard dat de lidstaten vrij zijn te kiezen tussen de verschillende middelen en wegen die geschikt zijn voor de uitvoering van reële en effectieve bescherming van de rechten ontleend aan de gelijkebehandelingsrichtlijnen. Wanneer een lidstaat ervoor kiest de schending door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, dan dient deze vergoeding – wil haar doeltreffendheid en afschrikkende effect verzekerd zijn – in elk geval in een passende verhouding te staan tot de geleden schade en deze moet dus meer zijn dan een zuiver symbolische vergoeding. Deze compensatie of reparatie mag niet worden beperkt tot een vooraf vastgesteld maximumbedrag.⁵⁶ Met de nieuwe maatregelen in het wetsvoorstel wordt deze Europese rechtspraak nog belangrijker. Het is dan goed kennis te nemen van het feit dat het beginsel van voldoende effectiviteit uiteenvalt in drie afzonderlijke vereisten: sancties moeten doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn. Het doel van de vergoeding is dat de eiser in de positie komt zoals deze vóór de onrechtmatige daad was. Het is belangrijk dat de verzoeker niet te laag of te hoog wordt gecompenseerd. De toegekende compensatie moet rekening houden met het feit dat het discriminatoire feit mogelijk niet de enige oorzaak is geweest, de kans dat het verlies zou zijn voortgezet in andere gevallen, voorts zou de vergoeding de financiële schade (*damnum emergens*) moeten vergoeden en ook moeten stigmatiseringsschade (*lucrum cessans*) moeten bevatten als erkenning voor het stigma op de arbeidsmarkt dat verbonden kan zijn aan degene die klaagt over discriminatie door een voormalig werkgever. Met dit nieuwe wetsvoorstel wordt in onze optiek voorzien in effectievere sancties omdat het slachtoffer van discriminatie nu kan kiezen tussen verschillende juridische middelen.

7. De statutair bestuurder

De bestuurder van de rechtspersoon heeft een bijzondere positie in het ontslagrecht. Zo is er voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder van een BV of een NV geen ontslagvergunning van het UWV nodig en kan er in geval van een kennelijk onredelijke opzegging geen herstel van de dienstbetrekking worden uitgesproken (art. 2:134/244 BW). Ook in het wetsvoorstel wordt in sommige bepalingen een bijzondere positie gecreëerd voor de bestuurders.

⁵⁶ Zie de vorige noot, alsmede art. 18 van Richtlijn 2006/54/EG.

In het wetsvoorstel worden verschillende definities van het begrip bestuurder gehanteerd. Zo wordt in art. 7:671 BW een uitzondering gemaakt voor de bestuurder voor NV's, BV's of soortgelijke buitenlandse vennootschappen, terwijl in art. 7:668a BW (nieuw) wordt verwezen naar het bredere begrip "bestuurder van de rechtspersoon". Onder het laatste begrip valt bijvoorbeeld ook de bestuurder van een stichting, vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij. De minister geeft niet aan wat de reden is voor dit onderscheid en wij vragen ons af of dit onderscheid een doel dient. Op grond van art. 7:671 lid 1 sub f BW kan de vennootschap de arbeidsovereenkomst met een bestuurder rechtsgeldig opzeggen zonder instemming van de bestuurder dan wel toestemming van het UWV. Het gaat daarbij om bestuurders van NV's en BV's of soortgelijke buitenlandse vennootschappen. De uitzondering voor bestuurders voor kapitaalvennootschappen die nu is neergelegd in een ministeriële regeling, wordt hiermee in Boek 7 BW verankerd. Voor bestuurders van stichtingen en verenigingen blijft, gezien de hiervoor gekozen definitie, toestemming van het UWV vereist, met dien verstande dat deze onder het wetsvoorstel vervangen kan worden door de (schriftelijke) instemming van de bestuurder.

In tegenstelling tot het huidige recht bevat het wetsvoorstel een opsomming van de ontslaggronden. In de betreffende bepaling (art. 7:669 BW) wordt geen uitzondering gemaakt voor de bestuurder van de rechtspersoon. Een onverkorte toepassing van het nieuwe art. 7:669 BW staat naar onze mening op gespannen voet met het vennootschapsrecht. In art. 2:134/244 BW is immers opgenomen dat het bestuur van de BV en de NV *te allen tijde* kan worden ontslagen door het degene die bevoegd is tot benoeming. Dit is in het algemeen de AV(A), maar kan ook de RVC (bij een structuurvennootschap) of een bijzondere aandeelhouder (bij de BV) zijn. Weliswaar zal het ontslag van de bestuurder in het algemeen onder de restcategorie van het voorgestelde art. 7:669 BW lid 1 sub g BW vallen, maar de enkele omstandigheid dat sprake moet zijn van een redelijke grond, is onzes inziens in strijd met het uitgangspunt van art. 2:134/244 BW. Art. 7:669 BW zal daarom naar onze mening moeten worden aangepast. Hierbij zijn er globaal twee mogelijkheden:

1. Er wordt een uitzondering gemaakt voor de bestuurder van de NV, BV of een vergelijkbare buitenlandse vennootschap.
2. Er wordt in art. 7:669 BW of in de toelichting opgenomen dat art. 7:669 BW de bevoegdheid van de AVA of een ander orgaan ex art. 2:134/244 BW onverlet laat.

De opzegverboden zijn - net als onder het huidige recht - van toepassing op de bestuurder. Bij schending van dit opzegverbod kan er, zoals in de vorige paragraaf vermeld, onder het nieuwe recht ook - indien de bestuurder dit verzoekt - een schadevergoeding worden verzocht in plaats van vernietiging van de arbeidsovereenkomst. Ten aanzien van de transitievergoeding wordt geen uitzondering voor de bestuurder gemaakt. De rechter kan de bestuurder ook een vergoeding toekennen indien sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de vennootschap. In dat geval is herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk.

Ketenregeling

Bestuurders werken in het algemeen op basis van een contract voor bepaalde tijd. In het nieuwe art. 7:668a BW wordt opgenomen dat na 24 maanden een contract voor bepaalde tijd ontstaat. Uit het zevende lid volgt dat hiervan kan worden afgeweken bij cao voor de bestuurder van de rechtspersoon. De bedoeling van het aanscherpen van de ketenregeling is het versterken van de positie van werknemers met een tijdelijk contract. Naar het oordeel van de minister gaat deze

redenering voor de bestuurder van de rechtspersoon niet in alle gevallen op.⁵⁷ Het betreft doorgaans geen personen met een onvoldoende perspectief op de arbeidsmarkt. Op deze manier wordt tevens recht gedaan aan de belangen van de onderneming om contracten met de bestuurder eenvoudig te beëindigen.

In tegenstelling tot andere bepalingen kent art. 7:668a BW (nieuw) niet het vereiste dat de cao-sluitende vakbond twee jaar moet bestaan, zodat een cao voor bestuurders direct na invoering van de Wet werk en zekerheid kan worden gesloten. Er doen zich echter wel andere problemen voor. Zo vallen bestuurders in het algemeen niet onder de reikwijdte van een cao en zijn zij geen lid van een vakbond. Er zijn verschillende mogelijkheden om dit probleem te redresseren:

- In de voor de onderneming geldende bedrijfstak- of ondernemings-cao wordt een bepaling opgenomen waarin gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van art. 7:668a lid 7 BW. Deze cao zal vervolgens in de arbeidsovereenkomst van de bestuurder moeten worden geïncorporeerd, omdat deze in het algemeen niet zal zijn aangesloten bij een vakbond die de cao heeft gesloten. Een interessante vraag is of dan de hele cao van toepassing moet worden verklaard of dat ook een enkel beding uit de cao – waarin gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van art. 7:668a lid 7 BW – kan worden geïncorporeerd. Het kan immers onwenselijk zijn de gehele cao van toepassing te verklaren op de bestuurder van de rechtspersoon. Omdat niet duidelijk is of ook een enkel beding uit de cao kan worden geïncorporeerd, zal de bestuurder onder de reikwijdte van de cao's moeten worden gebracht die vervolgens moeten worden geïncorporeerd in zijn arbeidsovereenkomst. Denkbaar is dat veel andere bepalingen uit de betreffende cao dan buiten toepassing worden verklaard voor de bestuurder. Zolang bestuurders geen lid zijn van vakbonden rijst wel de vraag of deze vakbonden wel met het oog op de belangen van de ongebonden bestuurders handelen, zoals de Hoge Raad in het arrest TPG/Bollemeijer als uitgangspunt lijkt te nemen.⁵⁸
- Een speciale cao's voor bestuurders wordt gesloten. In dat geval zou de cao slechts kunnen bestaan uit een bepaling waarin wordt afgeweken van art. 7:668a BW. De vraag is dan wie een dergelijke cao moet sluiten, nu er geen vakbond voor bestuurders is. Dit hoeft echter geen probleem te zijn, nu er geen representativiteitsvereisten gelden voor vakbonden. Iedere vakbond kan in principe een cao voor bestuurders sluiten. Belangrijker is dat aan de werkgeverszijde gebondenheid ontstaat aan een dergelijke cao. Als de werkgever immers niet gebonden is, kan niet door middel van incorporatie worden afgeweken van driekwartdwingend recht.⁵⁹ Opgemerkt moet worden dat het sluiten van een cao die geldt voor personen die een bepaalde functie uitoefenen een novum zal zijn, nu cao's in het algemeen worden gesloten voor een sector of een onderneming. De bestuurders-cao zou in dat geval landelijke dekking hebben en vervolgens algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

Wij denken dat de minister bij het opstellen van deze bepaling geen rekening heeft gehouden met het feit dat bestuurders in het algemeen buiten cao's vallen. Wij stellen voor dat wordt gezocht naar een andere manier om bestuurders buiten de inperking van de ketenregeling te houden. Wat ons betreft is er geen bezwaar bestuurders geheel buiten de werkingssfeer van art. 7:668a BW te laten vallen. Een AMvB zou zulks kunnen bepalen.

Concurrentiebeding

⁵⁷ Memorie van toelichting, p. 55.

⁵⁸ HR 20 december 2002, JAR 2003/19.

⁵⁹ Zie ook: R.M. Beltzer, E. Verhulp, *Capita Selecta cao-recht*, Den Haag: BJU 2012, p. 1-12.

Zoals hiervoor vermeld: een concurrentiebeding kan in het wetsvoorstel in principe niet worden afgesloten voor contracten voor bepaalde tijd (art. 7:653 BW). De achtergrond daarvan is dat werknemers met een contract voor bepaalde tijd een “dubbel nadeel” hebben.

Bestuurders van vennootschappen hebben vrijwel altijd een contract voor bepaalde tijd en juist bij deze functies is een concurrentiebeding wenselijk. De vennootschap moet in dat geval altijd gebruik maken van de in lid 2 geboden mogelijkheid schriftelijk en gemotiveerd af te wijken in geval van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen (art. 7:653 lid 2 BW). Aangezien deze zwaarwichtige bedrijfsbelangen er bij een bestuurder vrijwel altijd zijn en de minister bij de ketenregeling zelf ook overweegt dat de nadelen van een tijdelijk contract in het algemeen niet gelden voor de bestuurder van de rechtspersoon (zodat geen sprake is van het zogenoemde dubbele nadeel), stellen wij voor een wettelijke afwijking op te nemen voor de bestuurder van de rechtspersoon.

8. Collectieve aspecten

Het wetsvoorstel biedt meer dan voorheen ruimte om af te wijken bij cao. De vraag is of een dergelijke wijziging wenselijk is, in een tijd waarin de representativiteit van vakbonden afneemt. Ook kan de vraag gesteld worden of het ontslagrecht wel een taak van de vakbonden is. Ten aanzien van de wijze waarop wordt afgeweken van het ontslagrecht valt op dat op verschillende plaatsen verschillende vereisten worden gesteld aan de partijen bij een cao. Zo zijn er bepalingen waarin afwijking eerst bij AMvB mogelijk wordt gemaakt (art. 7:668a BW) en worden er in andere bepalingen representativiteitsvereisten gesteld (art. 7:671a). Wij geven in deze bijdrage geen overzicht van de verschillende bepalingen die afwijking bij cao mogelijk maken, maar gaan slechts in op mogelijke knelpunten.

Gebondenheid

Werknemers die geen lid zijn van een cao-sluitende vakbond zijn in beginsel niet gebonden aan de ontslagprocedure in de cao. De werkgever moet weliswaar op grond van art. 14 Wet Cao de cao op ongebonden werknemers toepassen, maar de ongebonden werknemer hoeft dat aanbod niet te aanvaarden. Een andersluidend oordeel zou in strijd zijn met de zogenoemde negatieve verenigingsvrijheid. Het niet-aanvaarden van de bepalingen uit de cao zal zich mogelijk eerder voordoen bij een alternatieve ontslagprocedure dan bij een (positieve) wijziging van arbeidsvoorwaarden zoals gebruikelijk is. Een voorbeeld: in de cao wordt opgenomen dat niet het afspiegelingsbeginsel maar het anciënniteitsbeginsel zal worden gehanteerd. Op basis van dit laatste beginsel komt ongebonden werknemer A in aanmerking voor ontslag. Indien het (wettelijke) afspiegelingsbeginsel echter was toegepast, zou niet hij maar een andere werknemer (bijv. vakbondslid B) in aanmerking komen voor ontslag. A kan zich in dat geval op het standpunt stellen dat de afwijkende ontslagprocedure niet op hem van toepassing is. Vakbondslid B kan zich daarentegen weer op het standpunt stellen dat het afspiegelingsbeginsel niet op hem van toepassing is omdat rechtsgeldig is afgeweken bij cao. Het zal in dit geval ingewikkeld worden te bepalen wie voor ontslag in aanmerking komt.

Bij art.14-werknemers zal de cao in het algemeen geïncorporeerd zijn in de individuele arbeidsovereenkomst. Een dergelijk incorporatiebeding wordt in de rechtspraak in het algemeen dynamisch uitgelegd, in die zin dat toekomstige versies van de op de onderneming van toepassing zijnde cao ook onder een dergelijk beding vallen. De vraag is of dit ook het geval is, indien de cao zodanig gewijzigd wordt dat hierin wordt afgeweken van het wettelijke ontslagrecht. Partijen konden in het algemeen niet voorzien dat een dergelijke wijziging van de

cao zou plaatsvinden. Aan de andere kant gaat het hier om een mogelijkheid die geboden wordt door de wetgever, maar dat is naar onze mening niet voldoende om aan te nemen dat een ingrijpende wijziging van de cao onder een eerder overeengekomen incorporatiebeding valt. Waarschijnlijk kan dit in de praktijk alleen werken indien de cao's waarin in een alternatief ontslagrecht wordt voorzien algemeen verbindend worden verklaard. Denkbaar is dat er speciale "ontslag-cao's" worden gesloten waarvan de bepalingen vervolgens algemeen verbindend worden verklaard. Een vergelijking met fondsencao's doet zich hier voor.

Nawerking en terugwerkende kracht

In de toelichting schrijft de minister dat de reguliere regels inzake nawerking gelden. Nawerking heeft alleen betrekking op arbeidsvoorwaarden: afwijkingen van $\frac{3}{4}$ -dwingend recht die geen betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden, zullen dus niet nawerken. Dit geldt onzes inziens bijvoorbeeld voor het instellen van een ontslagcommissie. In de periode tussen twee cao's zal dus worden teruggevallen op het wettelijke systeem. Op het moment dat er een nieuwe cao wordt gesloten, geldt weer het afwijkende systeem. Dat betekent dat er toestemming van het UWV nodig is, tenzij de werknemer met het ontslag instemt. De positie die een werknemer inneemt op basis van alternatieve ontslagcriteria werkt wel door in de individuele arbeidsovereenkomst en heeft dus nawerking.⁶⁰ Dit heeft tot gevolg dat een tussen werkgever(s) en werknemersorganisaties uitonderhandeld ontslagsysteem slechts gedeeltelijk nawerkt. Bovendien moet het UWV in dat geval toch de in de cao opgenomen ontslagvolgorde hanteren, terwijl dat nu juist uitdrukkelijk niet de bedoeling is van de minister.⁶¹ Of brengt de uitdrukkelijke koppeling van afwijking van het afspiegelingsbeginsel aan de ontslagcommissie met zich dat de ontslagvolgorde ook niet nawerkt? De minister zal zich moeten uitlaten over de nawerking van deze bepalingen. Het enkel volstaan met "de normale regels omtrent nawerking gelden" leidt in ieder geval tot te veel onduidelijkheid in de praktijk. Het (gedeeltelijk) terugvallen op het wettelijke systeem, omdat geen sprake is van nawerking, kan worden voorkomen door aan de nieuwe cao terugwerkende kracht toe te kennen. Wanneer echter in de met terugwerkende kracht in werking getreden cao een wijziging van het ontslagsysteem wordt overeengekomen ontstaan problemen. Wanneer een cao - waarin wordt afgeweken van het afspiegelingsbeginsel - wordt afgesloten op 1 mei 2014, maar per 1 januari 2014 in werking treedt, rijst bijvoorbeeld de vraag of een werknemer die per 1 maart ontslagen is wegens reorganisatie met in achtneming van het afspiegelingsbeginsel wel rechtsgeldig ontslagen is. Net als Beltzer en Verhulp zijn wij van mening dat het contractuele karakter van het huidige cao leidt tot deze conclusie.⁶²

Algemeenverbindendverklaring

Zoals al eerder opgemerkt, denken wij dat de invoering van het wetsvoorstel gaat leiden tot meer algemeenverbindendverklaringen, nu weinig werknemers rechtstreeks gebonden zijn aan een cao en incorporatie bij art. 14-werknemers niet vanzelfsprekend is. Algemeenverbindendverklaring lijkt de enige manier te zijn om de hierboven besproken problemen te voorkomen. Hiermee wordt de werkingssfeer van cao's (aanzienlijk) uitgebreid, in een tijd dat de legitimiteit van vakbonden en daarom van cao's afneemt. Men moeten zich afvragen of dit wenselijk is.

⁶⁰ Zie ook: R.M. Beltzer, "Enkele aspecten van cao-recht", TAP 2014-1 p. 75.

⁶¹ Zie de memorie van toelichting, p. 84.

⁶² R.M. Beltzer & E. Verhulp, *Capita Selecta cao-recht*, Den Haag: BJU 2012, p. 13-24.

In tegenstelling tot nawerking, is algemeenverbindendverklaring niet beperkt tot horizontale bepalingen. Vereist is slechts dat de bepaling betrekking heeft op arbeid.⁶³ Ook bepalingen inzake ontslagcommissies en afwijkingen van de ketenregeling komen dus voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat bepalingen van ondernemings-cao's niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Denkbaar is dat er per bedrijfstak specifieke ontslag-cao's worden gesloten waarvan de bepalingen vervolgens algemeen verbindend worden verklaard. De overige arbeidsvoorwaarden zullen voor veel ondernemingen dan bij ondernemings-cao worden geregeld. Daar komt bij dat het wetsvoorstel de mogelijkheid creëert de periode van algemeenverbindendverklaring uit te breiden ten aanzien van de ontslagcommissies. De maximale duur van de algemeenverbindendverklaring kan na de invoering van het wetsvoorstel vijf jaar bedragen, hetgeen in overeenstemming is met de maximale duur van cao's. Over deze uitbreiding overweegt de minister het volgende: "Dit voorkomt situaties waarbij de werkgevers na afloop van een beperktere looptijd van de cao of tijdvak van algemeen verbindend verklaring van de cao naar UWV moeten voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen".⁶⁴ Bedoelt de minister hiermee dat ook een cao met een beperktere looptijd dan vijf jaar voor vijf jaar algemeen verbindend kan worden verklaard? Dat zou betekenen dat de duur van de algemeenverbindendverklaring losgekoppeld kan worden van de duur van de cao. Dit lijkt ons een zeer wenselijk novum. De wijziging van art. 2 Wet Avv (art. XXI) lijkt echter alleen betrekking te hebben op het eerste gedeelte van art. 2 lid 2 Wet Avv, zodat het tweede deel waarin staat dat de algemeenverbindendverklaring nooit langer kan duren dan de cao zelf, met inachtneming van de verlening van art. 19 Wet Cao. Ook op dit punt zou de minister wat verheldering kunnen bieden. De meeste cao's hebben overigens een kortere duur dan vijf jaar. Bovendien kan een algemeenverbindendverklaring – ook na invoering van dit wetsvoorstel – geen terugwerkende kracht hebben. Wanneer een cao dus heel laat wordt aangenomen en met terugwerkende kracht wordt ingevoerd, blijven zeer korte periodes van algemeenverbindendverklaring bestaan.

Overgang van onderneming

In het geval van overgang van onderneming kan de verkrijger geconfronteerd worden met twee verschillende systemen van ontslagrecht. De cao van de vervreemder gaat immers op grond van art. 14a Wet Cao/2a Wet Avv over op de verkrijger. Wanneer in beide cao's is afgeweken van het wettelijke ontslagrecht en de criteria voor ontslag, wordt de verkrijger geconfronteerd met verschillende regels voor verschillende groepen personeel, terwijl het personeel van de vervreemder wellicht na overgang volledig is geïntegreerd in de onderneming van de verkrijger. Binnen die groep werknemers moet bovendien – indien de cao niet algemeen verbinden is verklaard – een onderscheid worden gemaakt tussen vakbondsleden en art. 14-werknemers, hetgeen het helemaal ingewikkeld maakt.

Beltzer heeft er eerder op gewezen dat deze problemen kunnen worden voorkomen door gebruik te maken van de mogelijkheid die art. 3 van de Richtlijn overgang van ondernemingen biedt om de eigen cao van de verkrijger direct van toepassing te verklaren. Het zou voor de hand liggen als dit nog wordt meegenomen in het wetsvoorstel – het betreft een kleine operatie met voor de praktijk belangrijke en gewenste gevolgen.⁶⁵

⁶³ Memorie van toelichting, p. 149.

⁶⁴ Memorie van toelichting, p. 69.

⁶⁵ R.M. Beltzer, "Enkele aspecten van cao-recht", TAP 2014-1, p. 76.

Dertig aanbevelingen

De voorgaande analyse leidt ons tot de volgende concrete aanbevelingen. Wij herhalen hier dat wij principiële keuzes niet ter discussie willen stellen. Het is ons doel in het wetgevingsproces concrete stellingen ter overdenking te geven, die wellicht aanleiding kunnen zijn tot een nadere uitleg van de minister, of die kunnen leiden tot amendering van de voorliggende tekst.

1. Instemming als voorwaarde voor rechtsgeldige opzegging is een overbodige figuur en strijdig met het systeem. Het onderscheid met het einde met wederzijds goedvinden is in de praktijk amper te maken. Reserveer de schriftelijkheidseis alleen voor de laatste figuur.
2. De veertiendagentermijn waarbinnen een werknemer kan terugkomen op zijn instemming is momenteel ongeclausuleerd. Het verdient sterk aanbeveling in een toelichting enkele situaties te schetsen waarin de werknemer niet kan terugkomen op zijn instemming.
3. De verhouding tussen de veertiendagentermijn enerzijds en algemene civielrechtelijke leerstukken, in het bijzonder de wilsverklaringleer en de wilsgebreken, is niet duidelijk. Opheldering is gewenst.
4. Laat de pro forma-praktijk bij de kantonrechter en het UWV niet herleven: maak duidelijk wat de status is van een (pro forma) verkregen vergunning of ontbindingsbeschikking ten opzichte van de herroeping binnen veertien dagen door de werknemer.
5. Houd er rekening mee dat Europees recht meebrengt dat regelingen omtrent contracten voor bepaalde tijd in beginsel een thuishoren aan de onderhandelingstafel van de sociale partners. Onderzoek of het huidige voorstel daar voldoende rekening mee houdt.
6. Het volledig “weg clausuleren” van de ketenregeling in aangewezen sectoren/functies druist in tegen het doel en strekking van Europees recht. Het is aan te bevelen deze mogelijkheid te beperken c.q. anders vorm te geven.
7. De uitsluiting van scholieren/werknemers onder 18 jaar van de ketenregeling is te algemeen geformuleerd. Het Hof van Justitie van de EU heeft immers geoordeeld was dat een uitzondering voor een hele groep gebaseerd op leeftijd te algemeen is en daarmee niet passend.
8. Maak duidelijk(er) welke looncomponenten meetellen bij het berekenen van de transitievergoeding. Aansluiting zoeken bij de looncomponenten die gelden voor de kantonrechtformule lost het probleem niet op, nu deze voor mererlei uitleg vatbaar is gebleken.
9. Bepaal in art. 7:673 lid 4, sub b expliciet dat voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst de tussenpozen van ten hoogste zes maanden meetellen.
10. De praktijk heeft behoefte aan meer uitleg op het terrein van scholingsinspanningen die van de transitievergoeding kunnen worden afgetrokken. Licht toe dat, bijvoorbeeld, slechts externe scholing in aanmerking komt voor een dergelijke vermindering. Het gevaar van te veel discussie in de rechtszaal ligt op de loer.
11. Nu de werkgever er in het wetsvoorstel voor kan kiezen een vergoeding uit te keren, is de transitievergoeding met het oog op de achterliggende gedachte, een vergemakkelijkte transitie naar een nieuwe werkgever, te vrijblijvend. Denkbaar is de vergoeding (extra) te belasten indien deze niet wordt aangewend voor de transitie.

12. De term “ernstige verwijtbaarheid” is onvoldoende helder omljnd. Het verdient aanbeveling de afbakening met de termen “laakbaar gedrag” en “dringende reden” scherper te trekken, nu de rechtsgevolgen bij het intreden van de verschillende vormen van gedrag verschillen.
13. Inzicht in het berekenen van de additionele vergoeding ontbreekt. Enkele richtlijnen zouden de praktijk helpen, zeker nu experts verwachten dat juist hierover veel geprocedeerd zal worden.
14. De rechter kan de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toekennen als het niet toekennen ervan “tot onaanvaardbaarheid zou leiden.” Deze aanvulling roept slechts verwarring op en is onnodig.
15. Onduidelijk is wanneer sprake is van een zwaarwichtig bedrijfs- of beroepsbelang dat het opnemen van een concurrentiebeding kan rechtvaardigen. Enkele richtlijnen zouden de praktijk helpen.
16. De grens van twee jaar bij een bepaaldetijdcontract waarna een concurrentiebeding in principe is toegestaan, is arbitrair. Denkbaar is het aansluiting te zoeken bij de ketenregeling.
17. De administratieve lasten ten aanzien van het concurrentiebeding zouden voor werkgevers verminderd kunnen worden door introductie van een collectieve afwijkingsmogelijkheid of door het toestaan van een afwijkingsmogelijkheid voor bepaalde functies waarbij altijd sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of beroepsbelangen.
18. Het verdient aanbeveling de vernietiging van een opzegging niet exclusief bij de kantonrechter te beleggen, maar werknemers de keuzemogelijkheid te blijven bieden tussen rechterlijke vernietiging en een buitenrechtelijke vernietiging teneinde niet te veel wijziging te brengen in een zich in de arbeidsrechtpraktijk ontwikkeld systeem van standpuntbepaling en onderhandeling. Dit systeem heeft zijn waarde bewezen, gelet op het feit dat het merendeel van de arbeidszaken eindigt in een minnelijke regeling nog voordat een rechter in het geschil betrokken is of wordt, en behoeft geen aanpassing.
19. Indien de vorige aanbeveling niet wordt overgenomen door de wetgever, verdient het in elk geval aanbeveling te expliciteren dat werknemers die zich tot de rechter wenden teneinde een opzegging te vernietigen, zich daarmee met terugwerkende kracht bereid hebben verklaard arbeid te verrichten als bedoeld in artikel 7:628 BW.
20. Ten aanzien van de procedures rond ontslag en de mogelijkheid van de rechter aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen, is wenselijk dat de rechter bij het ontslag van een bestuurder de mogelijkheid krijgt een verzoek tot vernietiging ambtshalve te wijzigen in een verzoek tot een billijke vergoeding. Het huidige artikel 7:681 BW (nieuw) lijkt die mogelijkheid niet te bieden.
21. De bij wet geregelde uitvoerbaarverklaring bij voorraad biedt weinig toegevoegde waarde en kan in het nieuwe ontslagrecht achterwege blijven.
22. Met betrekking tot de verzoekschriftprocedure verdient het aanbeveling in elk geval in artikel 7:671b BW (nieuw) op te nemen dat het verzoek moet worden gedaan aan de ingevolge artikel 99, 100, en 107 tot en met 109 Rv bevoegde kantonrechter.
23. Het is aan te bevelen de bevoegdheid tot het betalen van een schadevergoeding om vernietiging van de opzegging te voorkomen aan de werkgever en de rechter toe te kennen, waarbij uiteraard rekening moet worden gehouden met de belangen van de werknemer bij het behoud van de arbeidsovereenkomst.
24. In het wetsvoorstel worden verschillende definities van het begrip bestuurder gehanteerd. De reden daarvoor wordt nergens uitgelegd. Maak een keuze voor ofwel de

bestuurder voor NV's, BV's (of soortgelijke buitenlandse vennootschappen), ofwel voor elke bestuurder van welke rechtspersoon dan ook.

25. De verplichte opzegingsgronden in het voorgestelde art. 7:669 BW verhouden zich matig tot de ontslagbevoegdheid binnen de vennootschap. Creëer een uitzondering gemaakt voor de bestuurder van de NV, BV of een vergelijkbare buitenlandse vennootschap, of neem in art. 7:669 BW of in de toelichting op dat art. 7:669 BW de bevoegdheid van de AVA of een ander orgaan onverlet laat.
26. Nu het juridisch lastig is de bestuurder onder een cao te laten vallen om zo van de ketenregeling te kunnen afwijken, is het aan te bevelen de bestuurder geheel buiten de werkingssfeer van art. 7:668a BW te laten vallen. Een AMvB zou zulks kunnen bepalen.
27. Het opnemen van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van een bestuurder moet, ongeacht het soort contract, altijd mogelijk zijn.
28. Het vergroten van de mogelijkheden bij cao af te wijken van ontslagregels verhoudt zich lastig tot het feit dat de meeste werknemers niet gebonden zullen zijn aan wijzigingen te hunner nadele.
29. Voorts eindigt de geldigheid van bepalingen die niet arbeidsvoorwaarden betreffen – zoals de bevoegdheden van een ontslagcommissie – zodra de cao afloopt, nu dit soort bepalingen niet nawerkt.
30. In de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming (art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv) dient – geheel in overeenstemming met Europees recht - de mogelijkheid te worden opgenomen dat de verkrijger direct zijn eigen cao toepast, om te voorkomen dat verschillende ontslagregimes na overgang gelden.