

Notitie

Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818)

***Vragen en opmerkingen
ten behoeve van
de behandeling in de Eerste Kamer***

Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)
24 maart 2014



Deze Notitie is een aanvulling op het samenvattend verslag van het op 21 januari 2014 gehouden VAAN Symposium *Wetsvoorstel werk en zekerheid "33818 in de praktijk gebracht"* en heeft inhoudelijk vrijwel dezelfde indeling. De Notitie beoogt de leden van de Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer en andere bij het wetgevingsproces betrokkenen mogelijk behulpzaam te zijn bij de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel. De tekst van de Notitie is afgerond op 24 maart 2014.

INHOUDSOPGAVE

§1 Systeem van het nieuwe ontslagrecht

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de Eerste Kamer (EK) opheldering zou kunnen verschaffen	5
Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld	6

§2 Vergoedingen en sancties

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen	10
Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld	11

§3 Arbeidsrechtelijke thema's

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen	12
Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld	15

§4 Bewijs- en procesrechtelijke implicaties

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen	18
Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld	19
Algemene opmerking	19

Bijlagen

Schematisch overzicht van het door het Wetsvoorstel beoogde ontslagrecht-systeem, gepresenteerd tijdens de op 13 maart 2014 gehouden bijeenkomst van de Vereniging voor Arbeidsrecht

Redactionele gegevens

§1 Systeem van het nieuwe ontslagrecht

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de Eerste Kamer opheldering zou kunnen verschaffen

- 1.1 Het kabinet stelt dat aanpassingen van het ontslagrecht in het onderhavige wetsvoorstel (hierna ook: WWZ) het stelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een nieuwe baan maken. Daarmee ligt het ook voor de hand dat de arbeidsmarkt flexibeler wordt. Nederland scoort wat betreft de flexibiliteit van de arbeidsmarkt gemiddeld op de OESO-meter. Vraag aan de minister:

(1) Wat gaat er volgens de minister gebeuren met de positie van Nederland op de OESO-meter bij het ongewijzigd aanvaarden van dit wetsvoorstel?

- 1.2 In artikel 669 lid 1 is een algemene maatstaf voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst neergelegd. Artikel 671 regelt vervolgens de opzegging met instemming van de werknemer. Vraag aan de minister:

(1) Moet de opzegging die wordt gevolgd door een schriftelijke instemming voldoen aan het bepaalde in artikel 669 lid 1 (d.w.z.: een redelijke ontslaggrond en geen passende functie)?

- 1.3 De vergoeding naar billijkheid in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt wel eens beschouwd als smeermiddel in situaties dat het duidelijk is dat de arbeidsovereenkomst beter kan eindigen, terwijl het ontslagdossier nog niet geheel voldragen is. Dat smeermiddel zal straks niet meer bestaan. Er ontstaat een zwart-wit situatie: of er is voldoende grond te ontbinden, dan is als hoofdregel uitsluitend de transitievergoeding verschuldigd (als aan de criteria hiervan wordt voldaan en de werkgever geen ernstig verwijt valt te maken), of die voldoende grond is er niet, en de arbeidsovereenkomst waarvan het duidelijk is dat die redelijkerwijs zou moeten eindigen, duurt voort. Vragen aan de minister:

(1) Is het juist dat de kantonrechter in die situatie als enige mogelijkheid heeft een ontbindingsverzoek te weigeren?

(2) Is de minister het ermee eens dat verwacht mag worden dat het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken daardoor aanmerkelijk zal toenemen?

(3) Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft u bevestigd dat het ontslag niet soepeler wordt. Bent u het ermee eens dat ontslag vanwege disfunctioneren van de werknemer via de kantonrechter ten opzichte van de huidige situatie minder soepel wordt, mogelijk zelfs aanmerkelijk minder soepel?

(4) Tijdens het op 21 januari 2014 gehouden Symposium van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) zei de heer Wientjes (VNO-NCW) dat het voorgestelde systeem heel dicht in de buurt komt van afschaffing van de preventieve toets. Bent u het met deze opvatting eens?

- 1.4 De WWZ kent de werknemer zowel na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst als na een schriftelijke instemming met de opzegging de mogelijkheid toe op zijn beslissing terug te komen. Vragen aan de minister:

(1) *Wat is het rechtsgevolg als een arbeidsovereenkomst na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst dan wel na het ontvangen van de schriftelijke instemming met de opzegging, binnen de daaropvolgende bedenktijd pro forma door de rechter wordt ontbonden, terwijl de werknemer zich achteraf toch binnen de daartoe gestelde termijn bedenkt?*

(2) *Hoe verhoudt de tekst over het niet van toepassing zijn van de bedenktijd bij een regeling bij de rechter op de gang gevolgd door een ontbinding conform deze deal (MvT p. 103, inclusief de tekst over de zogenaamde 'losse eindjes') zich tot de tekst van de Nota naar aanleiding van het verslag (p. 54-55) waar staat dat een pro forma ontbinding niet werkt vanwege de mogelijkheid van hoger beroep?*

- 1.5 Op pagina 131 van de Nota naar aanleiding van het verslag is de minister ingegaan op een artikel van prof. Van Slooten over het driekwart dwingend ontslagrecht. De minister wijst er aldaar op dat de woorden "toepasselijke cao" in artikel 671a zijn vervangen door "bij cao" en vervolgt:

"Het feit dat de werkgever gebonden is aan de cao waarmee een sectorale commissie is ingesteld is bepalend voor de te volgen rechtsgang. Het is immers de werkgever die om toestemming moet vragen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van een arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische reden. Het enkele feit dat de werknemer niet direct, door lidmaatschap of door algemeen verbindendverklaring, gebonden is aan de cao doet daar niet aan af."

De minister suggereert hier – en lezing van het advies van de NOvA, waarop de minister reageert, bevestigt dat – dat de vraag of de werknemer aan een cao gebonden is, niet relevant is voor de te volgen rechtsgang (UWV of toetsingscommissie). Vraag aan de minister:

(1) *Met deze redenering zouden veel van de door prof. Van Slooten verwachte problemen worden voorkomen, maar het lijkt te ver te gaan om een dergelijk standpunt ook in te nemen ten aanzien van de door cao-partijen geformuleerde, van het afspiegelingsbeginsel afwijkende criteria voor het bepalen van de ontslagvolgorde bij een bedrijfseconomisch ontslag. Is de minister het daarmee eens?*

Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld

- 1.6 Het wetsvoorstel is aanzienlijk moeilijker leesbaar dan de huidige wet, waardoor het ontslagrecht ontoegankelijker wordt. Dit komt onder meer door een minder vast hanteren van een zuiver begrippenstelsel en door het grote aantal verwijzingen tussen artikelen over en weer. Dit is onwenselijk voor een voor het dagelijks leven zo belangrijk rechtsgebied. Dit is een gevolg van het feit dat – waarschijnlijk door tijdgebrek – anders dan bij vorige gelegenheden onvoldoende gebruik is gemaakt van de input en visie van ervaren arbeidsrechtdeskundigen. Vraag aan de minister:

(1) *Kan de minister toezeggen dat hij het gehele wetsvoorstel door arbeidsrechtdeskundigen zorgvuldig op redactionele en juridisch-technische kwaliteit zal laten toetsen?*

- 1.7 Met het wetsvoorstel wordt de nieuwe rechtsfiguur van "opzegging met schriftelijke instemming" geïntroduceerd (artikel 7:671). Er bestaat inmiddels grote consensus onder arbeidsrecht-

deskundigen dat deze figuur geen toegevoegde waarde heeft naast de mogelijkheid een beëindigingsovereenkomst te sluiten. Door de toevoeging van deze nieuwe figuur ontstaan er twee vrijwel gelijke figuren naast elkaar. De verwachting is dat dit aanleiding zal geven tot verwarring. De nieuwe figuur zal in de praktijk moeilijk toepasbaar zijn en tot nieuwe juridische vragen leiden. Ten slotte maakt deze figuur het systeem nodeloos ingewikkeld. Zij leidt tot vreemde constructies in de andere bepalingen (zoals de gestelde opzeggingsmogelijkheid in artikel 669 voor ontslaggronden waarbij zonder instemming van de werknemer opzegging onmogelijk blijkt te zijn). Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de rechtsfiguur van "opzegging met schriftelijke instemming" uit de wet zal schrappen?

- 1.8 De voorgestelde limitatieve opsomming van de opzeggronden beperkt de mogelijkheden tot beëindiging met name in de gevallen waarin niet aan alle formele vereisten is voldaan. Sommige ontslagen blijken in de praktijk niet goed te brengen onder de exacte ontslaggronden uit artikel 669. In het huidige recht wordt in die gevallen gekozen voor ontbinding door de kantonrechter. Voorzien zou moeten worden in een ontsnappingsmogelijkheid voor die gevallen waarin wel voldoende grond is voor ontslag, maar niet alle formele stappen zijn gezet, zoals het voldoende in de gelegenheid stellen het functioneren te verbeteren of het zoeken van een passende functie voor de werknemer in de gevallen waarin dat niet in de rede ligt. Daartoe zou de "open grond" onder h, die in de MvT sterk is beperkt, ruimer moeten worden gemaakt om het ontslagrecht voldoende flexibel te houden. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet een ontsnappingsclausule als hier bedoeld zal introduceren?

- 1.9 In een ontslagdossier waarin een reorganisatie aan de orde is, waarbij een deel van de werknemers vanwege deze reorganisatie dient te worden ontslagen en waarbij tevens voor een deel van de werknemers dat moet worden ontslagen ook een persoonlijke ontslaggrond aan de orde is (denk aan een verstoorde arbeidsrelatie of minder goed functioneren van de werknemer), zal in het voorgestelde systeem het ene deel aan het UWV en een ander deel aan de kantonrechter moeten worden voorgelegd. Het zou wenselijk zijn in een dergelijk geval alle ontslagen door dezelfde instantie te laten toetsen en dus een voeging van beide procedures mogelijk te maken. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de mogelijkheid zal introduceren om, indien zich een gemengde ontslaggrond voordoet waardoor eigenlijk zowel de UWV-route als de ontbindingsprocedure zou moeten worden doorlopen, alle aangevoerde ontslaggronden tegelijkertijd in één procedure aan de orde te stellen?

- 1.10 Onder de WWZ is het klaarblijkelijk niet mogelijk de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer te beëindigen vanwege reorganisatie. Naar huidig recht wordt er doorgaans van uitgegaan dat dit juist wel zou moeten gebeuren indien de zieke werknemer ook zonder dat hij ziek was geweest volgens de ontslagvolgorde van het ontslagbesluit voor ontslag in aanmerking zou komen. Veel kantonrechters plegen in die gevallen de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer te ontbinden teneinde de zieke werknemer niet alleen om reden van zijn ziekte te bevoordelen boven gezonde werknemers. Deze mogelijkheid zou gehandhaafd moeten blijven. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de mogelijkheid zal introduceren om ten aanzien van een zieke werknemer, die volgens de bij bedrijfseconomische ontslagen geldende ontslagvolgorde voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen, een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen?

- 1.11 Het nieuwe ontslagrechtelijk systeem maakt een einde aan de mogelijkheid van een buitengerechtelijke vernietiging van een opzegging door de werknemer. De hiertoe aangevoerde gronden (er zou sneller duidelijkheid worden verkregen over de geldigheid van het ontslag) zijn echter niet dragend. Voor de praktijk is het wenselijk dat de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging weer wordt ingevoerd. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de mogelijkheid van een buitengerechtelijke vernietiging van een opzegging door een werknemer zal handhaven?

- 1.12 De WWZ maakt een onderscheid tussen vernietiging van een opzegging door de rechter en herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit ook in het bestaande recht voorkomende onderscheid voegt niets toe en maakt het systeem nodeloos ingewikkeld (zie ook het schematisch overzicht van het ontslagrecht-systeem van de WWZ, bijlage bij de Notitie). Dit onderscheid zou moeten worden afgeschaft en vervangen door een eenduidig systeem van vernietiging met desgewenst de mogelijkheid van een gedektverklaring van de nietigheid en vervanging door een schadevergoeding waar gewenst. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de mogelijkheid om om herstel van de arbeidsovereenkomst te verzoeken zal schrappen en zal vervangen door de mogelijkheid om (ook) in die gevallen vernietiging van de opzegging te verzoeken?

- 1.13 Gelet op de gelijkwaardigheid van de preventieve toets door het UWV (of de cao-ontslagcommissie) enerzijds en die door de kantonrechter anderzijds, ligt het niet voor de hand dat in het eerste geval er beroep op de kantonrechter mogelijk is. Dit levert een extra instantie op (zie ook het schematisch overzicht van het ontslagrecht-systeem van de WWZ, bijlage bij de Notitie). Het zou wenselijk zijn dat in beide gevallen het beroep direct terecht komt bij een gerechtshof. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij het bij reparatiewet mogelijk zal maken om na geweigerde of verleende toestemming van het UWV in beroep te gaan bij een gerechtshof in plaats van bij de kantonrechter?

- 1.14 Vraag aan de minister:

(1) Een aantal onjuistheden zitten in het nieuwe systeem met betrekking tot de WMCO. In de WMCO wordt "bevoegd gezag" steeds vervangen door "UWV". Niet is echter uitgewerkt wat er moet gebeuren indien er een cao-commissie is ingesteld die over het ontslag beslist. De melding dient nog steeds bij de overheid plaats te vinden, maar onduidelijk is wie toetst of die melding is gedaan. Wat is de reactie van de minister hierop?

- 1.15 Naast het in 1.14 vermelde is artikel 7 WMCO in de geconsolideerde versie onleesbaar geworden, omdat de woorden "zijn vernietigbaar" worden vervangen door twee volzinnen eindigend met een punt, waarna in de oude tekst een komma volgt en een opsomming wordt gegeven van gronden voor vernietiging. Door de invoeging lijken de opzegging en beëindigings-

overeenkomst steeds vernietigbaar. Dit kan uiteraard niet de bedoeling zijn. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij artikel 7 WMCO bij reparatiewet zodanig zal herschrijven dat dit artikel weer juridisch correct en taalkundig leesbaar is?

1.16 Vraag aan de minister:

(1) Het nieuwe artikel 7 WMCO verwijst voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding naar de artikelen 671b leden 8 en 9, maar daar is niets geregeld over de hoogte van de billijke vergoeding. Wat is de reactie van de minister hierop?

§2 Vergoedingen en sancties

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen

2.1 De WWZ introduceert in artikel 673 de transitievergoeding voor onvrijwillig ontslag van werknemers die minstens twee jaar in dienst zijn geweest. Deze bepaling roept de nodige vragen op.

Vragen aan de minister:

- (1) *Kan de minister verduidelijken hoe de transitievergoeding moet worden beschouwd: is het een aanspraak die de werknemer gedurende zijn dienstverband opbouwt maar onder omstandigheden niet (geheel) krijgt uitbetaald; of is het een rekenmaatstaf in de wet opgenomen bij ontslag? (Deze vraag is door de CDA-fractie bij Nota naar aanleiding van het Verslag gesteld, maar deze is niet beantwoord, zie p. 74). De vraag is evenwel om tal van redenen niet zonder betekenis. In het eerste geval zullen werkgevers aanmerkelijk meer voorzieningen moeten treffen op de balans (reserveringen) dan in de tweede situatie.*
- (2) *Ook ten aanzien van de tijdelijke overgangsregelingen is deze vraag relevant. Klopt het dat de 50-plus werknemer die op 30 december 2019 wordt ontslagen een transitievergoeding geniet maal een factor 0,5 per zes maanden, terwijl zijn collega-werknemer van 50-plus die op 1 januari 2020 wordt ontslagen terugvalt op 1/6 tot 1/4 per zes maanden transitievergoeding? Of behoudt ook de laatstgenoemde werknemer zijn "opgebouwde" (hogere) transitievergoeding na 1 januari 2020, maar bouwt hij daarna enkel verder op conform de "gewone" regeling van artikel 673?*
- (3) *Hoe verhoudt zich de uitsluiting van de voor de leeftijd van 18 gewerkte jaren met de uitspraak van het Hof van Justitie EU inzake Küçükdeveci (HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07)?*
- (4) *Wat is de rechtvaardiging voor de standaard toekenning van een transitievergoeding in de situatie waarin een werknemer na twee jaar (volledig) arbeidsongeschikt te zijn geweest een uitkering op grond van de regeling Inkomensvoorziening volledige en duurzaam arbeidsongeschikten (IVA) ontvangt?*
- (5) *Als een IVA-werknemer recht heeft op een transitievergoeding (terwijl hij geen schade lijdt noch zal transigeren), waarom heeft een pensioengerechtigde werknemer dan geen recht op een transitievergoeding ook al wenst hij langer door te werken en zal hij mogelijk nog vaak transigeren?*
- (6) *Op grond van artikel 673 lid 5 en 6 kan een werkgever bepaalde scholingskosten op een te betalen transitievergoeding in mindering brengen. Krijgt een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst een overzicht van 'scholingskosten' die in mindering gebracht zijn of mogen worden in geval van opvolgend werkgeverschap?*
- (7) *Hoe denkt de minister over de stelling dat het niet toekennen van een transitievergoeding aan werknemers die pensioengerechtigd zijn, in strijd is met Europese rechtspraak inzake gelijke behandeling op grond van leeftijd? Wil de minister daarbij in het bijzonder ingaan op HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (Odar/Baxter Deutschland GmbH)? Dit arrest geeft*

ruimte voor een evenredige verdeling van middelen, maar onduidelijk is of een zo algemeen geformuleerde maatregel wel de toets van noodzakelijkheid doorstaat.

(8) Kan de minister een inschatting maken van hetgeen de WWZ op macro-niveau aan besparingen zal opleveren (rekening houdend met een gemiddelde ontslagvergoeding via de kantonrechter van 0,7 maandsalaris per dienstjaar en via UWV van 0,47 maandsalaris per dienstjaar)?

2.2 Artikel 673a voorziet tijdelijk in een hogere transitievergoeding voor oudere werknemers. Vraag aan de minister:

(1) Is deze bepaling volgens de minister wel te rijmen met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd? Een 49-jarige met 10 dienstjaren dient immers genoeg te nemen met 1/6 maandloon per zes maanden, terwijl zijn 59-jarige collega met 9 dienstjaren een ½ maandloon per zes maanden krijgt.

2.3 In de WWZ komt op verschillende plaatsen, en totaal verschillende situaties, de term "billijke vergoeding" terug. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister uitleggen of hier een uniforme uitleg wordt nagestreefd of dat per bepaling de rechter volledig vrij is invulling te geven aan wat hem 'billijk' voorkomt?

Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld

2.4 Volgens de letterlijke tekst van artikel 673c lid 1, betreffende de in een cao opgenomen gelijkwaardige regeling ter vervanging van de transitievergoeding, is deze gelijkwaardige regeling wel verschuldigd bij ontslag gedurende surseance van betaling en faillissement, terwijl dat niet geldt voor de transitievergoeding. Dit lijkt niet te zijn bedoeld. En als het wel zou zijn bedoeld, zullen werkgevers (zeker in bedrijfstakcao's) naar valt aan te nemen nooit een gelijkwaardige regeling accepteren. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewetgeving in artikel 673c lid 1, naast de daarin reeds voorkomende verwijzingen naar artikelen 673 lid 2 en 673a lid 1, tevens een verwijzing naar 673b lid 1 opneemt, zodat wordt bereikt dat ook de in een cao ter vervanging van de transitievergoeding overeengekomen gelijkwaardige regeling gedurende surseance van betaling en faillissement niet is verschuldigd?

§3 Arbeidsrechtelijke themata

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen

3.1 Scholing speelt onder de WWZ een nog belangrijkere rol dan nu het geval is. De introductie bij amendement van artikel 611a roept daarbij vragen op. Vragen aan de minister:

(1) Is met dit artikel beoogd te regelen dat de werkgever in principe de scholing ten behoeve van de werknemer financiert?

(2) Wordt hiermee een wijziging beoogd van de mogelijkheid tot een terugbetalingsverplichting door de werknemer van de kosten van scholing aan de werkgever als de arbeidsovereenkomst gedurende een zekere tijd na het afronden van de scholing eindigt?

(3) Deze bepaling wordt gerechtvaardigd door het toenemende belang van arbeidsmobiliteit. Dient een werkgever dan – anders dan de huidige tekst van het artikel bepaalt – niet ook juist scholingen gericht op het verwerven van arbeid buiten de bestaande arbeidsovereenkomst te faciliteren en zou deze bepaling niet met een daartoe strekkende verplichting moeten worden aangevuld?

3.2 Het nieuwe artikel 628 roept navolgende vragen aan de minister op:

(1) In de Nota naar aanleiding van het Verslag merkt de regering op dat alleen indien de situatieve arbeidsongeschiktheid volledig is te wijten aan de werknemer, de werkgever – op wie ter zake de bewijslast rust – het loon niet hoeft door te betalen. Leidt dat niet tot een onredelijke uitkomst? Dient niet steeds beoordeeld te worden of sprake is van een verhindering om de bedongen arbeid te verrichten?

(2) Is het juist dat disciplinaire sancties opgenomen in een cao waarbij een werknemer één of enkele dagen op non-actief wordt gesteld met inhouding van loon, straks niet meer mogelijk zijn omdat niet is voldaan aan artikel 7:628 lid 7 BW (aan functies verbonden incidentele werkzaamheden)?

(3) De tekst van artikel 628 lid 1 doet vermoeden dat een werknemer die gedeeltelijk de arbeid niet verricht om een voor zijn rekening komende omstandigheid, zonder meer geheel geen loonaanspraak heeft. Is dat inderdaad de bedoeling of behoudt die werknemer een met het deel van de verrichte arbeid corresponderende loonaanspraak?

(4) Onduidelijk is voor welke functies of werkzaamheden nu precies van de verplichting tot het doorbetalen van loon kan worden afgeweken (“mits de aan de functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben”). Genoemd worden invalkrachten. Dat voorbeeld schept echter verwarring omdat de werkzaamheden die invalkrachten verrichten zelden van incidentele aard zullen zijn (denk aan invalkrachten in het onderwijs, waarbij lesgeven geen incidenteel werk op een school is, of aan een invalkracht in de horeca, waar de bediening een structureel karakter heeft). Daarbij is de verhouding met artikel 7:628a niet duidelijk: de loonuitsluiting geldt niet voor een werknemer waarvoor krachtens de cao een uitsluiting van de loondoorbetaling geldt, die na drie maanden met een beroep op het bepaalde in artikel 628a een vaste arbeidsomvang verwerft?

3.3 Een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden of korter zal nietig zijn. Vraag aan de minister:

(1) Acht de minister het gelet op deze beperking toelaatbaar als een arbeidsovereenkomst voor langer dan zes maanden met een proeftijd wordt aangegaan en de werknemer in die proeftijd wordt opgezegd onder aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bijvoorbeeld zes of drie maanden?

3.4 Voorgesteld wordt, onder verwijzing in de MvT naar rechtspraak, om te bepalen dat een proeftijdbeding, opgenomen in een opvolgende overeenkomst tussen een werknemer en dezelfde werkgever, nietig is tenzij de werknemer bij het aangaan van een die afspraak belast wordt met werkzaamheden die “*duidelijk andere vaardigheden en bekwaamheden*” vereisen. In de rechtspraak waarnaar wordt verwezen, wordt steeds gesproken over “*wezenlijke andere vaardigheden en bekwaamheden*”. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister dit verschil in woordkeus toelichten?

3.5 In een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag ingevolge het voorgestelde artikel 653 slechts een concurrentiebeding worden opgenomen, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Vraag aan de minister:

(1) Kan de regering voorbeelden geven van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die rechtvaardigen dat in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding wordt opgenomen?

3.6 Het overgangsrecht bij artikel 653 is zodanig geregeld dat nog tot in lengte van vele jaren twee regimes zullen gelden bij de vraag of het concurrentiebeding zijn werking blijft houden wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Vragen aan de minister:

(1) Wat rechtvaardigt het handhaven van het huidige regime voor bestaande contracten, dat bepaalt dat de werkgever alleen geen rechten aan het concurrentiebeding kan ontnemen indien hij “schadeplichtig” opzegt?

(2) Onderkent de regering dat deze wijze van vormgeven van het overgangsrecht in de praktijk nog lange tijd tot onduidelijkheid en zelfs geschillen kan leiden?

3.7 De WWZ brengt de termijn van drie jaar in artikel 668a terug naar twee jaar en verlengt de termijn van drie maanden, waarbinnen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten als behorende tot dezelfde keten gelden, naar zes maanden. Volgens een onder werkgevers gehouden enquête zal dit ertoe leiden dat eerder substitutie van de werknemer plaatsvindt. Vragen aan de minister:

(1) Wat betekent dit voor het beroep op de WW?

(2) Tellen tussenpozen tussen twee tijdelijke contracten mee voor de berekening van het recht op een transitievergoeding?

3.8 Artikel 668a lid 2 gaat over het zogenoemde opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling. De bij Nota van wijziging toegevoegde woorden “*ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid of geschiktheid van de werknemer*” zullen in de praktijk tot nieuwe rechtsvragen aanleiding geven. Het komt in de praktijk immers met regelmaat voor dat een werknemer elders in dienst treedt en zijn werkzaamheden min of meer op dezelfde wijze voortzet, bijvoorbeeld omdat een klant, relatie of een (persoonsgebonden) onderzoeksbudget meegaat. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister uitvoeriger toelichten voor welke situaties deze wijziging is bedoeld? Gaat het uitsluitend om concessieverlening aan een andere partij?

3.9 Volgens artikel 668a lid 6 is ongelimiteerde afwijking bij cao mogelijk van de bescherming die lid 2 de werknemer biedt (opvolgend werkgeverschap). Hier lijkt zich derhalve een gat voor te doen in de bescherming van flexibele werknemers. Vraag aan de minister:

(1) Acht de minister het aanvaardbaar dat (de cao het mogelijk maakt dat) werknemers telkens na twee jaar voor korte duur via een andere rechtspersoon of een detacheringsbureau worden ingehuurd om daarna weer van voren af aan te beginnen met het opbouwen van werkzekerheid?

3.10 De WWZ verruimt het begrip “*passende arbeid*” in de WW. Vraag aan de minister:

(1) Wat is de betekenis van deze verruiming voor de verplichtingen van zieke werknemers jegens hun werkgever; het begrip passende arbeid in artikel 7:658a BW was immers oorspronkelijk ontleend aan de WW?

3.11 In de WWZ wordt het mogelijk gemaakt om per cao af te wijken van de verplichting om eerst toestemming van het UWV te hebben alvorens een werkgever een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig kan opzeggen (artikel 671a). Alsdan kan ook van het zogenoemde afspiegelingsbeginsel worden afgeweken, bijvoorbeeld door het ancienniteitsbeginsel van toepassing te verklaren. In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een cao met terugwerkende kracht wordt overeengekomen. Dit valt ook terug te zien op cao.szw.nl, alwaar de aangemelde cao's worden gepubliceerd, inclusief meldings- en ingangsdatum. Het probleem kan derhalve ontstaan dat een werkgever een ontslag aanvraag indient bij het UWV en dat achteraf blijkt dat de per cao ingestelde commissie bevoegd is. Vragen aan de minister:

(1) Leidt het wetsvoorstel, mede in aanmerking nemende deze juridische omissie, niet tot rechtsonzekerheid op dit punt? Zou die rechtsonzekerheid niet beter kunnen worden vermeden door bijvoorbeeld bij wet te bepalen dat afwijkingen van driekwartdwingend recht niet met terugwerkende kracht kunnen worden overeengekomen of van kracht kunnen worden?

(2) Voormelde problematiek wordt ook in de Nota naar aanleiding van het verslag door de minister behandeld. Op pagina 132 van deze nota wordt evenwel aangegeven dat het probleem niet speelt, omdat een cao pas in werking treedt op het moment dat deze bij de minister SZW is aangemeld op grond van de Wet op de Loonvorming. In hoeverre is deze opmerking te rijmen met de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin is geoordeeld dat een terugwerkende kracht van een cao ook mogelijk is (HR 28 mei 1999, JAR 1999/131 en HR 28 mei 1999, NJ 1999, 509)?

- 3.12 De WWZ opent op diverse plaatsen de mogelijkheid van de wettelijke bepaling af te wijken per cao. Daaraan worden wel voorwaarden gesteld. Zo wordt verlangd dat bij een afwijking ter zake van de toepasselijke transitievergoeding een gelijkwaardige regeling moet worden gegeven. Ook kan van de ketenbepaling worden afgeweken wanneer sprake is van een zogenoemde intrinsieke functie. Het gevolg hiervan is dat een rechter achteraf inhoudelijk moet toetsen of de afspraak in de cao überhaupt wel had mogen worden gemaakt. Dit wordt ook in de Nota naar aanleiding van het verslag door de minister erkend (zie bijvoorbeeld pagina 85). Vraag aan de minister:

(1) Is het, mede met het oog op de rechtszekerheid, wel wenselijk dat een cao afspraak achteraf door de rechter buiten werking kan worden gesteld?

Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld

- 3.13 De formulering van artikel 628 lid 8 verdient aanpassing nu het gaat om de leden (en niet lid) 5, 6 en 7, en daarom dus de meervoudsvorm gebruikt moet worden. In artikel 7:649 lid 5 is terecht wel voor een dergelijk meervoud gekozen. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 628 lid 8 zodanig zal aanpassen dat daarin bij de verwijzing naar de leden 5, 6 en 7 de meervoudsvorm zal worden gebruikt in plaats van de huidige enkelvoudsvorm?

- 3.14 Artikel 7:648 lid 3 lijkt ten onrechte niet geschrapt. Of de opzegging in strijd met een opzegverbod leidt tot een verplichting van de werkgever een vergoeding te betalen wordt in de WWZ door de rechter bepaald op grond van artikel 681. De vraag of een opzegging in strijd met een opzegverbod op zich tot schadeplichtigheid leidt, doet zich niet voor zodat deze bepaling overbodig is. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 7:648 lid 3 alsnog zal schrappen?

- 3.15 Artikel 652 lid 4 en lid 8 onder f bepalen beide hetzelfde, terwijl lid 4 systematisch minder goed past, zodat het voor de hand ligt dat lid te schrappen. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet het voorgestelde artikel 652 lid 4 zal schrappen?

- 3.16 De formulering van de leden 4 en 5 van artikel 652 is ongelukkig door gebruik van het woord "er" in lid 4 en een geheel andere formulering in lid 5. Beter is het om lid 4 te laten luiden: "Indien de arbeidsovereenkomst voor ten hoogste zes maanden is aangegaan kan geen proeftijd worden overeengekomen" en lid 5 "Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van langer dan zes maanden is aangegaan kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste..."

Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 652 leden 4 en 5 overeenkomstig de hierboven voorgestelde formeringen zal aanpassen?

- 3.17 Het verdient aanbeveling de tekst van artikel 652 lid 8 onder e aan te passen en een formulering te kiezen die aansluit bij het bepaalde in artikel 668a lid 2. Zoals die tekst nu luidt

(door het gebruik van het woord "vorige") zou wel een proeftijd kunnen worden bedongen door een tweede opvolgende werkgever, hetgeen niet de bedoeling zal zijn. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de formulering van het voorgestelde artikel 652 lid 8 onder e zal aanpassen conform die van artikel 668a lid 2?

3.18 Artikel 665 regelt dat, indien een werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt of niet voortzet omdat zijn arbeidsvoorwaarden als gevolg van de overgang van de onderneming "aanmerkelijk" zijn gewijzigd, deze beëindiging of niet-voortzetting met het oog op artikel 673 heeft te gelden als geschied op initiatief van de werkgever. Het idee hierachter is dat de werknemer dan aanspraak kan maken op de transitievergoeding. Doordat artikel 665 enkel verwijst naar artikel 673 en niet ook naar artikelen 673a en 673b, bestaat geen recht op de hogere transitievergoeding voor ouderen (artikel 673a) en/of een eventuele ter vervanging van de wettelijke transitievergoeding in een cao neergelegde vergoeding (artikel 673b). Dit zal niet zijn bedoeld. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat artikel 665 bij reparatiewet zodanig zal worden aangepast, dat bij een in dat artikel bedoelde beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ook recht ontstaat op een vergoeding als bedoeld in de artikelen 673a en 673b?

3.19 De eis in artikel 665 dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarden "aanmerkelijk" dient te zijn, is nieuw. Als daarvan sprake is, zou de werknemer in bijzondere gevallen dan niet alleen de transitievergoeding, maar ook de billijke vergoeding van artikel 7:681 moeten kunnen vorderen? Het gaat hier tenslotte om wat ook wel een *constructive dismissal* wordt genoemd, dat soms zeer ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever kent, en dus ook een hogere vergoeding dan de transitievergoeding kan rechtvaardigen. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 665 zodanig zal aanpassen dat het ook mogelijk zal zijn een billijke vergoeding te verzoeken in de situatie waarin een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een werknemer op grond van artikel 665 heeft te gelden als een beëindiging door de werkgever?

3.20 Sub b van artikel 665 is zeer slecht geredigeerd. Als de tijdelijke arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, die een aanzienlijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden wil doorvoeren, om die reden niet aansluitend wordt voortgezet, zal deze werkgever de transitievergoeding volgens de letterlijke tekst niet verschuldigd zijn, terwijl de kennelijke bedoeling is dat dat wel het geval is. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 665 sub b zodanig zal aanpassen dat de transitievergoeding verschuldigd is, indien een tijdelijke arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, die een aanzienlijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden wil doorvoeren, om die reden niet aansluitend wordt voortgezet?

3.21 Artikel 667 (lid 4 en) lid 6, waarin is opgenomen dat voor de beëindiging van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig is, past niet meer in het voorgestelde stelsel waar de arbeidsovereenkomst wegens een veelheid van redenen (behoudens instemming van de werknemer) alleen door ontbinding door de rechter kan eindigen. Deze terminologie leidt in artikel 669 lid 1 dan ook tot misverstanden. Het is beter in de leden 4 en 6 ook al de ontbinding te vermelden. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 667 leden 4 en 6 zodanig zal aanpassen dat zij komen te luiden dat voor een beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ofwel opzegging ofwel ontbinding door de kantonrechter nodig is?

3.22 In artikel 668 lid 4 onder a en b wordt verwezen naar de arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1, maar bedoeld is het eerste lid van artikel 7:667. Dit dient te worden aangepast. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet artikel 668 lid 4 onder a en b zodanig zal wijziging dat wordt verwezen naar de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:667 in plaats van in lid 1 van hetzelfde artikel?

§4 Bewijs- en procesrechtelijke implicaties

Onduidelijkheden waarover de behandeling in de EK opheldering zou kunnen verschaffen

4.1 Op basis van artikel 686a lid 3 worden vorderingen verband houdend met het einde van de arbeidsovereenkomst ook ingeleid met een verzoekschrift, zodat de kantonrechter in een ontbindingsprocedure ook direct hierover kan oordelen. Deze bundeling kan leiden tot een efficiënte procesgang, maar ook tot verschillende verzoeken in één procedure elk met een eigen complexiteit. De snelheid van de huidige ontbindingsprocedure zou verloren kunnen gaan door de bundeling daarvan met (complexere) verzoeken over bijvoorbeeld de afwikkeling van beloningen uit aandelenplannen, concurrentiebedingen of een arbeidsongeval. Vraag aan de minister:

(1) Is het de bedoeling dat de kantonrechter het tempo van behandeling van verschillende vorderingen in één procedure bepaalt (bijvoorbeeld via een regiezitting) en komt tot deel- of tussenbeschikkingen? Of is het de bedoeling dat de kantonrechter ingewikkeldere vorderingen naar een aparte verzoekschriftprocedure verwijst, zodat eenvoudigere verzoeken snel afgedaan kunnen worden en verschillende verzoekschriftprocedures naast elkaar gaan lopen?

4.2 Waar de huidige ontbindingsprocedure ex artikel 685 zich in het algemeen niet leent voor bewijslevering, zal het bewijsrecht op de nieuwe verzoekschriftprocedure in beginsel wel volledig van toepassing zijn. In het Nader rapport (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 60) stelt het kabinet dat toepassing van het bewijsrecht van geval tot geval ter beoordeling aan de rechter is. Dit leidt tot onzekerheid voor partijen en een mogelijke extra grond om – bijvoorbeeld bij beperking van de bewijslevering door de rechter – hoger beroep of cassatie in te stellen. Vragen aan de minister:

(1) Kan de minister verder verduidelijken wanneer het bewijsrecht ten aanzien van welke vorderingen wel of niet van toepassing is in de nieuwe verzoekschriftprocedure?

(2) Dient het bewijsrecht niet in elk geval onverkort te gelden indien tussen werkgever en werknemer ter discussie staat of een van hen een ernstig verwijt gemaakt kan worden (zodat bijvoorbeeld sprake kan zijn van een ontslag op staande voet, verschuldigdheid van een billijke vergoeding, of het verval van een concurrentiebeding)?

4.3 Indien de rechter oordeelt, bijvoorbeeld in appel na een ontbinding in eerste instantie, dat de arbeidsovereenkomst niet had mogen eindigen, kan hij de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordelen en “treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst” (artikel 683 lid 3 jo. 682 lid 6). Vragen aan de minister:

(1) De vraag is wat de bedoeling van deze voorzieningen is. Gaat het om een volledige vergoeding van alle inkomensschade van de werknemer gedurende de tussenperiode, dient de werknemer in die periode zijn schade zelf te beperken (door toch inkomsten te verwerven) en/of is het een boetebepaling waarmee de werkgever de gevolgen moet dragen van het onterecht uitvoeren van een eerdere beschikking die opzij gezet wordt?

(2) *Bij deze vragen is ook van belang of, indien de werknemer in de tussentijd een WW-uitkering ontvangen heeft, deze WW-uitkering verrekend moet worden met de toe te kennen voorziening.*

(3) *In samenhang hiermee is de vraag of de kantonrechter moet bepalen dat de arbeids-overeenkomst met terugwerkende kracht hersteld wordt, of dat dit ter discretie van de rechter is (waardoor de voorgaande vragen over de voorzieningen relevant worden en rechtsonzekerheid kan ontstaan).*

4.4 Bij ontslaggronden die door de kantonrechter beoordeeld moeten worden (de gronden c t/m h van artikel 669), kan de werkgever indien de werknemer in het buitenland woont gezien Verordening EU 44/2001 niet terecht bij de Nederlandse rechter. Het Kabinet meent dat dit geen probleem oplevert, mede omdat partijen *nadat het geschil ontstaan is* nog een rechtskeuze voor de Nederlandse rechter kunnen maken. Dit miskent dat in de praktijk de belangen van partijen in die situatie al uit elkaar zijn gaan lopen en een dergelijke afspraak meestal niet meer tot stand zal komen. Vragen aan de minister:

(1) *Kan de minister bevestigen dat, zoals ook thans het geval is, werkgever en werknemer vooraf (bijv. in de arbeidsovereenkomst of bij cao de gang naar de kantonrechter en dit soort bevoegdheidsperikelen kunnen vermijden door arbitrage of bindend advies overeen te komen?*

(2) *Opmerking hierbij: de arbiters of bindend adviseurs zouden dan overigens dezelfde kunnen zijn als de (leden van de) onafhankelijke commissie die bij cao ingesteld is en ontslagen wegens het verval van arbeidsplaatsen ex art. 669 lid 3 sub a beoordeelt (zie art. 671a lid 2).*

Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld

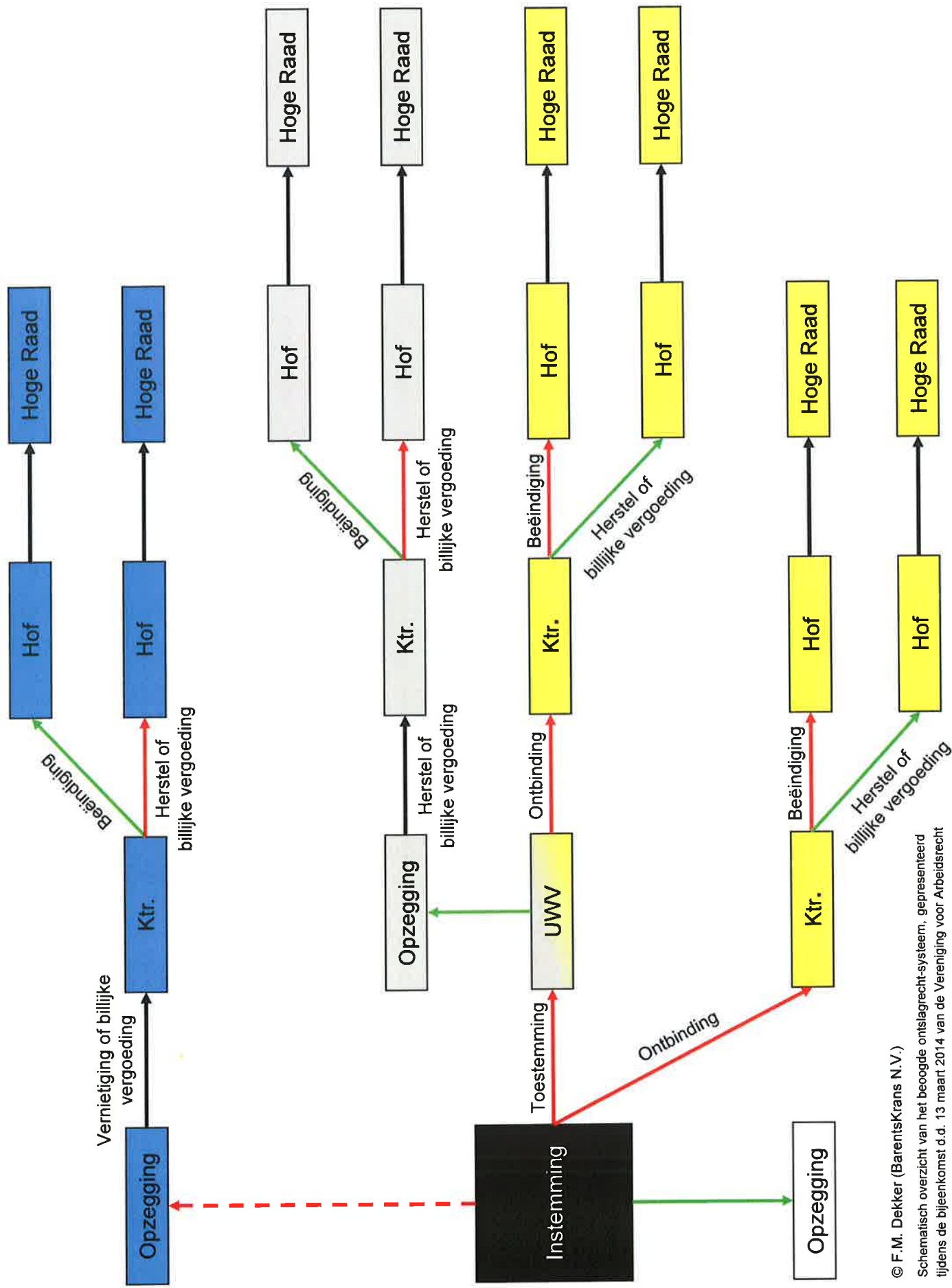
4.5 Verwezen zij naar *Commentaar en aanbevelingen Werkgroep Ontslagrecht VvA* van de Vereniging voor Arbeidsrecht, met name naar de bijdragen van mr. Kampert en Prof. Van Slooten.

Algemene opmerking

4.6 De keuzes van de wetgever voor (i) een preventieve ontslagtoets, (ii) met afhankelijk van de ontslaggrond ofwel het UWV ofwel de kantonrechter als bevoegde instantie, (iii) de optie om bij bevoegdheid van de kantonrechter alle verwante vorderingen met betrekking tot ontslag aan de kantonrechter voor te leggen, én (iv) de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie, leidt gezamenlijk tot een complex, nieuw arbeidsprocesrecht. Potentieel leidt dit tot meer procedures dan thans het geval is. De wetgever zou de genoemde keuzes dus nog eens moeten (her)overwegen, aangezien het doel van de WWZ (ook) is een eenvoudiger ontslagrecht te realiseren.

BIJLAGEN





De Notitie is gebaseerd op bijdragen van:

Hoogleraren

Prof. mr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens	Hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam
Prof. mr. G.J.J. (Guus) Heerma van Voss	Hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Leiden en Staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State
Prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg	Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. E. (Evert) Verhulp	Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en plaatsvervangend SER-kroonlid

Leden van de VAAN Werkgroep Ontslagrecht

Mr. P. (Paul) Boontje	Advocaat te Amsterdam
Mr. P.A. (Petra) Charbon	Advocaat te Amsterdam
Prof. mr. R.A.A. (Rogier) Duk	Advocaat te Den Haag en hoogleraar Bijzondere Arbeidsverhoudingen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. Z. (Zef) Even	Advocaat te Rotterdam en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Prof. mr. F. (Ferdinand) Grapperhaus	Advocaat te Amsterdam, hoogleraar (Europees) Arbeidsrecht aan de Universiteit van Maastricht en SER-kroonlid
Prof. mr. A.R. (Ruben) Houweling	Bijzonder hoogleraar Arbeidsrecht, in het bijzonder de grondslagen van een modern arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. S. (Steven) Jellinghaus	Advocaat te Tilburg en Universitair Docent aan de Tilburg University
Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds	Advocaat te Den Haag en voorzitter VAAN
Mr. O. (Olav) van der Kind	Advocaat te Amsterdam
Mr. R. (Rutger) Ploum	Advocaat te Rotterdam
Mr. P. (Paul) Vestering	Advocaat te Amsterdam
Mr. D. (Diana) de Wolff	Advocaat te Utrecht

Schematisch overzicht van het ontslagrecht-systeem van de WWZ

Mr. F.M. (Frank) Dekker	Advocaat te Den Haag
-------------------------	----------------------

Eindredactie

Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds	Advocaat te Den Haag en voorzitter VAAN
------------------------------	---