

Nadere notitie

Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818)

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

Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)
12 mei 2014



Deze Nadere 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 de Notitie van VAAN van 24 maart 2014 en heeft inhoudelijk vrijwel dezelfde indeling. Deze stukken beogen 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 12 mei 2014.

De Nadere notitie – en andere relevante stukken met betrekking tot het Wetsvoorstel – is te raadplegen via de tab *Wetsvoorstel werk en zekerheid: het VAAN dossier* van het publiek toegankelijke deel van www.vaan-arbeidsrecht.nl en via de VAAN Ontslag App.

INHOUDSOPGAVE

§1	Systeem van het nieuwe ontslagrecht	4
§2	Vergoedingen en sancties	6
§3	Arbeidsrechtelijke themata	7
§4	Bewijs- en procesrechtelijke implicaties	8
	Redactionele gegevens.....	9

§1 Systeem van het nieuwe ontslagrecht

1.1 De minister bevestigt op pagina 86-87 van de Memorie van Antwoord (MvA) met zoveel woorden dat de ontbindingsprocedure niet meer kan dienen als ‘smeermiddel’ bij ontslagen. Het zal daardoor bijvoorbeeld niet meer mogelijk zijn een onvolledig dossier te compenseren met een hogere vergoeding. Het gevolg daarvan zal vermoedelijk zijn dat het ontslag voor werknemers in vaste dienst nog minder soepel zal worden dan thans het geval is. Vraag aan de minister:

(1) Is de minister bereid een ontsnappingsclausule in te voeren teneinde dit contraproductieve effect van het wetsvoorstel alsnog te voorkomen?

1.2 Op pagina 56 van de MvA stelt de minister: “De toetsing door de rechter aan de redelijkheid en billijkheid van het ontslag komt in zijn huidige vorm te vervallen, [...]”. Voorts blijkt uit pagina 87 van de MvA dat de regering niet weet of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen. Het vervallen van de toetsing door de rechter aan de redelijkheid en billijkheid in combinatie met artikel 669 heeft waarschijnlijk tot gevolg dat het ontslag voor werknemers in vaste dienst nog minder soepel zal worden dan thans het geval is. Met de MvA wordt dit vermoeden, blijkens de omstandigheid dat de vraag of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen onbeantwoord wordt gelaten, bevestigd noch weersproken. Vraag aan de minister:

(1) Wil de minister, gezien het belang van dit gegeven, alsnog zo concreet mogelijk aangeven of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken in het nieuwe systeem zal toenemen?

1.3 De motivering die de minister op pagina 80 van de MvA geeft voor het invoeren van de rechtsfiguur van de opzegging met instemming mist argumentatieve kracht. De minister stelt dat dit noodzakelijk zou zijn om de preventieve toets in technische zin in het BW te incorporeren. Dit is niet juist. Ook zonder introductie van voormelde figuur kan de preventieve ontslagtoets in het BW worden opgenomen. Daarnaast ziet de minister eraan voorbij dat door de invoering van de opzegging met instemming de ingewikkelde constructie moet worden gehanteerd dat eerst opzeggingsgronden worden geformuleerd, die later zonder instemming van de werknemer in het geheel niet voor opzegging blijken te kunnen worden gebruikt. Daarbij komt dat de opzegging met instemming niet voortvloeit uit het Sociaal Akkoord. Het op pagina 85 van de MvA genoemde argument dat een fundamentele heroverweging “*strijdig zou zijn met de afspraken over de herziening van het ontslagrecht die in het kader van het met de sociale partners gesloten sociaal akkoord zijn gemaakt*” gaat bij dit thema dus niet op. Uit pagina 89 van de MvA blijkt voorts dat de minister onvoldoende gewicht toekent aan de kritiek van zowel de Nederlandse Orde van Advocaten als van VAAN dat de wet onnodig complex zal worden. Vraag aan de minister:

(1) Is de minister bereid om de rechtsfiguur van de ‘opzegging met instemming van de werknemer’ en de daarmee samenhangende complexe structuur van het wetsvoorstel voor te leggen aan deskundigen uit wetenschap en praktijk, teneinde te trachten deze structuur nog voor de invoering van dit deel van de wet substantieel te vereenvoudigen?

1.4 In haar brief van 24 maart 2014 aan de Eerste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft VAAN opgemerkt dat onduidelijk is waarom een – na het aannemen van amendement nummer 30 door de Tweede Kamer – relatief beperkt gedeelte van de wet mogelijk al met ingang van 1 juli 2014 in werking treedt. Voorts is met de brief aangegeven dat “de praktijk” hiervan onvoldoende op de hoogte lijkt te zijn. Op 7 mei 2014 hebben VNO-NCW

en MKB-Nederland via de website aangegeven dat veel werkgevers nog niet op de hoogte zijn van de aanzegverplichting bij een aflopend contract voor bepaalde tijd. De onder andere bij de Eerste Kamer aanhangige Participatiewet en Wet werk en bijstand treden wél pas na enige tijd in werking om burgers en uitvoeringsorganisaties genoeg voorbereidingstijd te geven. Vragen aan de minister:

- (1) Waarom heeft de minister besloten om een beperkt gedeelte van de wet al met ingang van 1 juli 2014 in werking te laten treden, terwijl de praktijk hiervan onvoldoende op de hoogte lijkt te zijn en hierdoor onvoldoende voorbereidingstijd heeft?*
- (2) Wil de minister – mede met het oog op de belangen van de praktijk – alsnog toezeggen dat de wet op zijn vroegst met ingang van 1 juli 2015 in werking treedt?*

§2 Vergoedingen en sancties

2.1 Het antwoord van de minister op de vraag naar de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap op pagina 15 van de MvA suggereert dat bij een nieuwe concessie de oude arbeidsovereenkomst steeds op initiatief van de werknemer beëindigd wordt en dus door de oude concessiehouder geen transitievergoeding verschuldigd is. Het komt echter regelmatig voor dat de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor de duur van de concessie (zoals bijvoorbeeld in de zaak die leidde tot het arrest *Van Tuinen/Wolters*). Vragen aan de minister:

(1) *Wat betekent voormelde situatie voor de door de oude en nieuwe werkgever verschuldigde transitievergoeding?*

(2) *Onderschrijft de minister de analyse dat de bij de oude werkgever doorgebrachte periode ook meetelt bij de berekening van een door de nieuwe concessiehouder verschuldigde transitievergoeding indien de werknemer de eerste overeenkomst wel zelf heeft beëindigd?*

2.2 Op pagina 10 van de MvA gaat de minister in op de vraag wat de toegevoegde waarde is van artikel 677 lid 4 in relatie tot artikel 672 lid 9. De minister antwoordt dat artikel 672 lid 9 gaat over de situatie “van een arbeidsovereenkomst die de mogelijkheid van – al dan niet tussentijdse – opzegging kent” en dat die bepaling dus niet ziet “op het opzeggen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de mogelijkheid van tussentijdse opzegging niet kent”. De toegevoegde waarde van artikel 677 lid 4 zou volgens de minister dan ook daarin zijn gelegen, dat een regeling wordt getroffen voor de verschuldigde vergoeding voor een situatie die niet valt onder artikel 672 lid 9. Vragen aan de minister:

(1) *Het standpunt van de minister is opmerkelijk, omdat de formulering van het nieuwe artikel 672 lid 9 (“De partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, ...”) overeenkomt met het huidige artikel 677 lid 2, waarvan wordt aangenomen dat daaronder ook de opzegging van de niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd valt. Wat is de reactie van de minister hierop?*

(2) *Indien het betoog van de minister juist is, kent het wetsvoorstel een lacune. Het nieuwe artikel 677 lid 4 bestraft namelijk alleen een opzegging van een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in strijd met artikel 677 lid 1 (onverwijld opzegging wegens een dringende reden). Daaruit vloeit voort dat artikel 677 lid 4 niet ziet op de situatie dat een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met inachtneming van een termijn wordt opgezegd. Is de minister bereid deze onvolkomenheid in de reparatiewet te herstellen?*

2.3 Op pagina 96-97 van de MvA stelt de minister dat een opvolgend werkgever een door zijn voorganger betaalde transitievergoeding in mindering mag brengen op een door hemzelf verschuldigde transitievergoeding, waarbij onder een betaalde transitievergoeding wordt verstaan het bedrag van de verschuldigde transitievergoeding zonder aftrek van kosten. Dit antwoord suggereert dat voor de aftrek van de door de opgevolgde werkgever ‘betaalde’ transitievergoeding niet relevant is of die transitievergoeding daadwerkelijk volledig is betaald of dat daarop scholingskosten in mindering zijn gebracht. In beide gevallen mag de opvolgende werkgever de gehele transitievergoeding in aanmerking nemen en op zijn eigen vergoeding in mindering brengen. Vraag aan de minister:

(1) *Voormelde uitleg verdraagt zich moeizaam met de voorgestelde wettekst. Is de minister bereid artikel 673 lid 5 op dit punt te verduidelijken?*

§3 Arbeidsrechtelijke themata

3.1 Op pagina 101 van de MvA wordt opgemerkt dat het voorgestelde artikel 628 lid 7 niet in de weg staat aan afspraken – zowel individueel als bij cao – die het voor de werkgever mogelijk maken de werknemer zonder behoud van loon te schorsen, omdat een schorsing bij wege van disciplinaire maatregel in redelijkheid voor risico van de werknemer komt. De minister wijst er daarbij op dat dit standpunt al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk bij gelegenheid van de reparatiewet flexibiliteit en zekerheid. Vraag aan de minister:

(1) Hoe verhoudt deze opvatting zich tot het – van na de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid daterende – arrest Van der Gulik/Vissers & Partners van de Hoge Raad (HR 21 maart 2003, JAR 2003/91), waarin is geoordeeld dat een schorsing steeds voor rekening van de werkgever komt, óók indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen en de schorsing aan de werknemer zelf is te wijten? Eerder in het debat merkte de minister ten aanzien van de gewijzigde redactie van artikel 628 lid 1 juist op dat de uitvoerige cassatierechtspraak onverkort van kracht blijft (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 87 en nr. 7, p. 30-31).

3.2 Artikel 668 over de aanzegverplichting treedt volgens planning per 1 juli a.s. in werking. Bij nota van wijziging is in artikel 686a lid 4 opgenomen dat een werknemer op een overtreding van de aanzegverplichting een beroep moet doen binnen twee maanden na het einde van het desbetreffende contract. Laatstgenoemde wijziging treedt evenwel eerst per 1 juli 2015 in werking. Vraag aan de minister:

(1) Acht de minister het opportuun dat juist in het eerste jaar, waarin onwetendheid bij werkgevers tot een relatief hoog aantal schendingen van de aanzegverplichting zou kunnen leiden, werknemers verschillende aanzegboetes kunnen verzoeken, ook al is de termijn van twee maanden reeds verstreken?

3.3 Op pagina 19 van de MvA gaat de minister in op de problematiek van nulurencontracten in de zorg. De minister stelt dat dergelijke contracten zullen worden tegengegaan door afwijking van de loondoorbetalingsverplichting die de werkgever heeft als de arbeid niet wordt verricht, onmogelijk te maken. Vraag aan de minister:

(1) De door de minister gesuggereerde oplossing is ondeugdelijk. De loondoorbetalingsverplichting ex artikel 628 lid 1 ziet namelijk uitsluitend op de situatie dat de overeengekomen arbeid niet wordt verricht, terwijl de essentie van een nulurencontract nu juist is dat de overeengekomen arbeid nihil bedraagt. Het aangaan van een dergelijk contract is derhalve geen afwijking van artikel 628 lid 1 en een verbod op afwijkingen van dat artikellid raakt nulurencontracten dan ook niet. Anders dan de minister stelt, is artikel 628 lid 1 niet de “juridische basis” voor nulurencontracten. Is de minister bereid reparatiewetgeving op dit punt toe te zeggen?

§4 Bewijs- en procesrechtelijke implicaties

4.1 Op pagina 110 van de MvA wordt opgemerkt dat het aan de rechter is om aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen of in een bepaalde verzoekschriftprocedure het bewijsrecht van toepassing is of niet. Aan de wettelijke regeling van het bewijsrecht ligt de gedachte ten grondslag dat het bewijsrecht van toepassing is, tenzij de aard van de procedure zich, met name: door het spoedeisende karakter, daartegen verzet. Dat geldt thans voor de procedure ex artikel 7:685 BW, maar niet voor andere arbeidsrechtelijke procedures (ontslag op staande voet, kennelijk onredelijk ontslag, etc.) en ook niet voor verzoekschriftprocedures in het algemeen. Vraag aan de minister:

(1) Als wordt aanvaard dat het bewijsrecht op sommige punten van toepassing is, zoals ten aanzien van de vraag of van ernstige verwijtbaarheid sprake is, is dan niet de onvermijdelijke consequentie dat het bewijsrecht in volle omvang van toepassing is, bijvoorbeeld ook als aan de orde is of al dan niet sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 669 lid 3?

4.2 Indien de rechter oordeelt dat een arbeidsovereenkomst niet had mogen eindigen en om die reden herstel daarvan beveelt, kan hij voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (artikel 683 lid 3 jo. 682 lid 2). De minister stelt op pagina 110-111 van de MvA dat het ter discretie van de rechter is om te bepalen of de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt hersteld en, zo niet, wat rechtens is in de tussenliggende periode. Daarmee laat de minister het ook aan de rechter over om te bepalen of een publieke voorziening (de WW-uitkering) door de werknemer behouden mag blijven of dat hij deze dient terug te betalen aan UWV. Vragen aan de minister:

(1) Kan de minister meer duidelijkheid verschaffen over hoe moet worden omgegaan met een uitbetaalde WW-uitkering?

(2) Dient een werknemer zich na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst onmiddellijk in te spannen om zijn inkomensverlies te beperken (door ander werk te zoeken)? En behoort de rechter bij het bepalen van de voorzieningen met deze eventuele "schadebeperkingsplicht" rekening te houden?

(3) Klopt het dat de minister het aan de rechter overlaat om de gevolgen van een herstel van de arbeidsovereenkomst (deels) af te wentelen op de WW?

(4) In aansluiting op de vorige vraag: is ook UWV gebonden aan het oordeel van de kantonrechter over de door de werknemer ontvangen WW-uitkering, ook al is zij geen partij in de desbetreffende procedure? Zo ja, hoe ziet de minister deze binding voor zich?

4.3 De minister merkt op pagina 111 van de MvA op dat het mogelijk blijft geschillen door arbitrage of bindend advies te beslechten. Het antwoord suggereert dat dit steeds geldt, derhalve óók voor de in het voorstel in eerste instantie aan UWV overgelaten beslissing of er een grond voor opzegging is. Vraag aan de minister:

(1) Is deze visie juist of geldt de mogelijkheid van arbitrage en bindend advies omtrent het oordeel over de grond voor opzegging als bedoeld in artikel 669 lid 3 sub a en b uitsluitend voor beslissingen van de rechter ex artikel 682 lid 1 (herstel van de arbeidsovereenkomst)?

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
------------------------------	---