

Vergaderjaar 2013–2014

33 818

Wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid)

E

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 27 mei 2014

1. Inleiding

De regering heeft met belangstelling kennis genomen van de nadere inbreng van de fracties bij dit wetsvoorstel.

De uit de nadere inbreng voortvloeiende vragen worden in hoofdstuk 2 van deze nota naar aanleiding van het verslag beantwoord. Daar waar vragen samen zijn beantwoord, wordt dit expliciet vermeld. Voorts hebben de leden van de commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid de regering verzocht om de vragen uit de Nadere notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid – behorende bij de brief van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) van 14 mei 2014¹ – te beantwoorden. De antwoorden op de vragen van de VAAN zijn opgenomen in hoofdstuk 3 van deze nota naar aanleiding van het verslag. De beantwoording geschiedt mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie.

2. Vragen van de fracties

2.1 Onderdelen van het wetsvoorstel

Complicaties in het onderwijs

De leden van de VVD-fractie merken op dat het vernieuwde ontslagrecht zonder overgangsrecht voor het bijzonder onderwijs tot problemen leidt met name in het primaire onderwijs (PO). De cao in het PO schrijft voor dat er bij ontslag een opzegtermijn geldt van minimaal een jaar,

¹ De brief en de notitie (van 12 mei als bijlage) zijn geregistreerd onder griffienummer 154706.11.

gedurende welke medewerkers in een sociaal plan worden geplaatst. Plaatsing in een sociaal plan gebeurt volgens afspraken met de vakbonden. Met ingang van 1 juli 2015 dient een werkgever in het bijzonder onderwijs op grond van de Wet werk en zekerheid (WWZ) een ontslagvergunning te vragen bij UWV voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen (daling aantal leerlingen). Het UWV hanteert daarbij het afspiegelingsbeginsel. In dat verband merken deze leden op dat 2/3 van de scholen op basis van het sociaal plan een ander beginsel hanteert. De formatie voor het volgend schooljaar wordt voor 1 mei vastgesteld. Daarbij wordt bepaald wie er in het sociaal plan wordt geplaatst. Dit is al aan betrokkenen gemeld. De medewerkers die vanaf augustus 2014 in het risicodragend deel van de formatie worden geplaatst en voor ontslag in 2015 zullen worden voorgedragen, zijn niet per definitie de mensen van wie UWV vindt dat ze ontslagen kunnen worden. Naar schatting betreft het binnen het PO tussen de 2.500 en 3.000 medewerkers. Als het UWV geen toestemming verleent om hen te ontslaan, blijft overtollig personeel in dienst met financieel zeer ongewenste effecten. Zij vragen of de regering bereid is om hetzij in de door hem reeds aangekondigde reparatiewet, hetzij in de ministeriële regeling van artikel 7:669, vijfde lid, BW een overgangsregeling op te nemen en dat ook voor het Voortgezet Onderwijs (VO) en Middelbaar Beroepsonderwijs (MBO) te willen doen.

De regering merkt hier het volgende over op. Uitgangspunt is dat UWV bij de beoordeling van een verzoek om toestemming voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen toetst aan het afspiegelingsbeginsel, zoals ook reeds volgt uit de memorie van toelichting bij de wet. Voor het geval sectoren of ondernemingen een andere ontslagvolgorde (willen) hanteren voorziet het wetsvoorstel in die mogelijkheid (artikel 7:669, zesde lid, BW). Daarin is immers bepaald dat de regels voor het bepalen van de ontslagvolgorde als bedoeld in artikel 7:669, vijfde lid, onderdeel b, BW niet van toepassing zijn als bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan andere regels worden gesteld voor het bepalen van de ontslagvolgorde. Voorwaarde is dat dan tevens een onafhankelijke commissie als bedoeld in artikel 7:671a, tweede lid, BW wordt aangehouden. Zoals op pagina 48 van de memorie van toelichting is aangegeven, is de reden hiervoor dat het voor UWV ondoenlijk is om – ook binnen de gewenste proceduretermijn – telkens andere criteria te moeten hanteren bij de toetsing van een bedrijfseconomisch ontslag met bovendien het risico van misverstanden en discussie tussen UWV en betrokken cao-partijen over de bedoeling of inhoud van de criteria. Ook nu worden dergelijke ontslagen niet ter toetsing aan UWV voorgelegd. Ook binnen het PO, VO en MBO kan gebruik worden gemaakt van deze mogelijkheid waar de wet in voorziet en kan aldus een cao-commissie worden ingesteld die in plaats van UWV de voorgenomen ontslagen net als bij werknemers in andere sectoren, preventief toetst. Dit stelt partijen bovendien in staat om zelf te bepalen voor welke verdere periode het blijven hanteren van een afwijkende ontslagvolgorde nodig dan wel wenselijk is. Gelet op voorgaande ziet de regering dan ook geen aanleiding om een overgangsregeling te treffen.

Zowel de leden van de fractie van de VVD als van de fractie van de ChristenUnie wijzen op de zorgen die zijn ontstaan binnen het PO door de wijziging van de ketenbepaling voor zover het vervanging bij ziekte betreft. Door de nieuwe regelgeving (het eerder aanbieden van vaste contracten) ontstaat de situatie, dat er geen vervanging kan worden georganiseerd en dat klassen worden opgedeeld of naar huis moeten worden gestuurd, dan wel dat er geen leraar voor de klas staat. De leden van deze fracties vragen welke oplossing de regering voor dit probleem ziet. Tevens vragen de leden van deze fracties of de regering bereid is om

mee te werken aan een oplossing door met de PO-Raad en besturenorganisaties in overleg te treden over de oplossingsrichting en de Kamer daarover te informeren.

Op grond van de cao voor het PO geldt dat binnen een periode van 36 maanden een onbeperkt aantal tijdelijke contracten kan worden gesloten alvorens een vast contract ontstaat. Die mogelijkheid komt met de gewijzigde ketenbepaling te vervallen. Afwijking bij cao zal nog steeds mogelijk zijn maar beperkt worden tot maximaal zes contracten in maximaal vier jaar. De regering meent dat ook voor invalkrachten moet gelden dat zij, net als andere werknemers, na verloop van tijd in aanmerking moeten kunnen komen voor een vast contract en is verder van oordeel dat de gewenste flexibiliteit ook langs andere weg kan worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door de inzet van flexpools. Veel scholen in het primair onderwijs vallen onder een overkoepelend schoolbestuur (stichting), waarbinnen al een flexpool is ingericht. Scholen kunnen daar bijvoorbeeld ook gezamenlijk toe overgaan. Afgelopen week heeft overleg plaats gevonden tussen de voorzitter van de PO-Raad en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Tijdens dit gesprek zijn de mogelijkheden die ook de nieuwe wet biedt, gewisseld en is aangegeven dat de regering van mening is dat de wet voldoende ruimte biedt om aan de behoefte aan flexibiliteit te kunnen voldoen.

Opvolgend werkgeverschap

De leden van de D66-fractie merken op dat in geval van opvolgend werkgeverschap ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen als schakel in de keten. Deze leden verwachten dat er voor de praktijk bestaat behoefte bestaat aan (meer) verduidelijking van het voorgestelde (nieuwe) begrip «opvolgend werkgeverschap», met name de toepasselijkheid van de ketenregeling in doorstartsituaties na faillissement. Met name is volgens de leden onhelder wat wordt bedoeld met «de bij de opvolgende werkgever liggende aanleiding» en of de voorgestelde wijziging van artikel 7:668a, tweede lid, BW over opvolgende werkgevers ook van toepassing is in de situatie van 7:667, vijfde lid, BW in het bijzonder in de situatie waarin een doorstart plaatsvindt door een «derde», en de werknemer vergelijkbare werkzaamheden verricht. Zij vragen of de aangekondigde aanpassing – het opvolgend werkgeverschap van 7:667, vijfde lid, BW zal worden aangepast aan dat van 7:668a BW – er ook op ziet dat dit aspect wordt opgehelderd. Voorts vragen zij of kan worden verduidelijkt in welke situaties straks sprake is van opvolgend werkgeverschap, en, met name, antwoord op de vraag of straks iedere doorstarter die werknemers van de failliet(e) boedel overneemt voor het verrichten van vergelijkbare werkzaamheden, te beschouwen is als opvolgend werkgever.

Zowel artikel 7:667, vijfde lid, BW als artikel 7:668a, tweede lid, BW geven regels over opvolgend werkgeverschap. In de huidige wet gaat het om dezelfde begrippen. In het wetsvoorstel is het begrip voor opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a, tweede lid, BW gewijzigd. Daarbij is over het hoofd gezien dat artikel 7:667, vijfde lid, BW hetzelfde begrip bevat, waardoor het begrip daar niet is aangepast. De aangekondigde reparatie van artikel 7:667, vijfde lid, BW zal bewerkstelligen dat de begrippen in beide artikelen weer gelijkkluidend worden. Tevens is aangekondigd dat geregeld zal worden dat een opzegging door een curator rechtsgeldig is, waardoor in die situatie de ragetlieregel niet geldt. Bij een doorstart na faillissement geldt het volgende. Als de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig door de curator is opgezegd na een faillissement, en dezelfde werkgever of een derde maakt een doorstart, dan is

artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW (zoals dat na de hierboven aangekondigde aanpassing zal komen te luiden) niet van toepassing. De ragetlieregel geldt immers niet na een rechtsgeldige opzegging door de curator. Echter, als de werknemer voor het faillissement een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had wordt, op grond van artikel 7:668a, eerste lid, BW de keten van arbeidsovereenkomsten met een na een doorstart aangegane arbeidsovereenkomst voortgezet. Als aan de voorwaarden (duur en aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten) is voldaan, kan toepassing van artikel 7:668a BW met zich meebrengen dat de na de doorstart aangegane arbeidsovereenkomst aangemerkt wordt als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als de werknemer voor het faillissement een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, dan ontstaat bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever na een doorstart een nieuwe keten. Artikel 668a, eerste lid, BW ziet immers alleen op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Opgemerkt wordt hierbij dat de werkgever die een doorstart maakt na faillissement veelal aangemerkt zal kunnen worden als derde, die opvolgend werkgever is, bijvoorbeeld omdat na faillissement een nieuwe organisatie wordt opgericht. In een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap, vloeit uit artikel 7:668a, tweede lid, BW voort dat de keten niet doorbroken wordt als een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan met een opvolgend werkgever. In die situatie is niet relevant of de voorafgaande arbeidsovereenkomst een overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd was, zodat ook de duur van de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt voor het berekenen van de termijn waarna (wederom) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Dit, tevens in reactie op de tweede vraag.

Voorts merkt de regering in reactie op de tweede vraag op dat in de toelichting bij onderdeel 6 van de nota van wijziging (pagina 15) is aangegeven dat er alleen sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap, als de overgang van de ene naar de andere werkgever het gevolg is van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide werkgevers. De aanleiding voor de overgang van de ene naar de andere werkgever ligt dan bij de werkgever. Concreet is daarbij gewezen op de situatie waarin een werknemer eerst als uitzendkracht voor een werkgever werkt om vervolgens bij diezelfde werkgever in dienst te treden. Ook is genoemd dat als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever, of een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan de nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever, sprake is van een aanleiding die bij de opvolgende werkgevers ligt en dus niet primair bij de werknemer. Dit betreft dus specifieke situaties waarin voorop staat dat het werk overgaat naar een andere werkgever en de werknemer het werk volgt. Daarmee is verduidelijkt dat als een werknemer vrijwillig besluit om de arbeidsovereenkomst met een werkgever op te zeggen en een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever aan te gaan, zonder dat er sprake is van overgang van werkzaamheden, logischerwijs geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, ook al is de aard van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden niet anders dan bij zijn vroegere werkgever.

De leden van de D66-fractie merken onder verwijzing naar een eerder door de VAAN gestelde vraag over de afwijkingsmogelijkheid bij CAO en het daarop op pagina 95 van de memorie van antwoord gegeven antwoord, dat uit de bij nota van wijziging aangebrachte wijziging van de definitie van opvolgend werkgever in artikel 7:668a BW en de hierop gegeven toelichting kan worden afgeleid dat de regering het niet aanvaardbaar acht indien afspraken worden gemaakt met het vooropgezette doel om de regeling van de ketenbepaling te omzeilen. Zij geven aan

dat de regering er vanuit gaat dat de mogelijkheid tot afwijking van de desbetreffende bepaling in de ketenbepaling niet op deze wijze door cao-partijen misbruikt zal worden en dat zij op een verantwoorde wijze met deze afwijkingsmogelijkheid om zullen gaan. Dit redelijke standpunt wordt door de leden van de fractie van D66 onderschreven, maar zij vragen of in de vorm van casuïstiek een betere indicatie kan worden gegeven van situaties waarin in de opvatting van de regering sprake is van «afspraken die worden gemaakt met het vooropgezette doel om de regeling van de ketenbepaling te omzeilen».

Het antwoord op de betreffende vraag van de VAAN moet worden gelezen in de context waarin die is gesteld, namelijk in het kader van het aanpassen van het begrip opvolgend werkgever om de ketenbepaling te omzeilen. De regering gaat ervan uit dat cao-partijen bij van de wettelijke regeling afwijkende afspraken niet tevens af zullen wijken van het begrip opvolgend werkgever als thans in het wetsvoorstel gedefinieerd en in die zin op een verantwoorde wijze met de mogelijkheid tot afwijking bij cao zullen omgaan. Andere voorbeelden van afspraken van een niet verantwoorde wijze van omgang met de mogelijkheid tot afwijking zijn, het bijvoorbeeld geheel buiten toepassing verklaren van de regeling van opvolgend werkgeverschap en afspraken op grond waarvan na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een reguliere werkgever en een daarop volgende uitzendovereenkomst, de uitzendwerkgever voor de toepassing van de regeling niet als opvolgend werkgever wordt aangemerkt.

Wijziging Ontslagrecht

De leden van de VVD-fractie merken op dat het antwoord van de regering naar aanleiding van de vraag van deze fractie over het vervallen van de ontslagbescherming van niet-zelfstandigen er kortweg op neer komt dat dit het gevolg is van de keuze om het ontslagrecht voortaan in hoofdzaak in het BW te regelen, terwijl de bescherming van de hier bedoelde categorie (niet-zelfstandig en niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst) in het BBA 1945 is geregeld dat gaat verdwijnen. Deze leden constateren dat de regering de gestelde vraag, namelijk waarom de regering deze kwetsbare groep werkers, veelal werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht, de ontslagbescherming ontnemt die zij tot nu toe hadden, onvoldoende heeft beantwoord. Zij merken op dat er kennelijk ooit behoefte was om deze groep opdrachtnemers te beschermen en vragen wat er veranderd is en waarom die behoefte er nu kennelijk niet meer is. Tevens vragen zij of het niet inconsequent is om alle niet-zelfstandige opdrachtnemers vanwege hun kwetsbaarheid betaling van het minimumloon te willen garanderen², maar tegelijkertijd ontslagbescherming aan ongeveer dezelfde groep te ontnemen.

Zoals de regering in de memorie van antwoord heeft aangegeven betreft het hier personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of van wie onduidelijk is of dat het geval is. Het betreft hier een categorie van personen voor wie in de praktijk slechts zeer incidenteel een ontslagvergunning wordt gevraagd. Zij vallen in beginsel niet onder de preventieve toets van het nieuwe ontslagrecht, tenzij op grond van feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat een persoon werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of het vermoeden bestaat dat hiervan sprake is (zoals geformuleerd in artikel 7:610a BW) en de werkgever niet aannemelijk kan maken dat dat *niet* het geval is. De regering meent dat hiermee aan genoemde categorie van werkers nog steeds – en voldoende – bescherming wordt geboden. Die bescherming

² Kamerstukken I/II, 33 623.

zal alleen niet gelden voor de personen binnen deze categorie werkenden, die zich niet kunnen beroepen op het (rechtsvermoeden van het) bestaan van een arbeidsovereenkomst en veelal kortdurend werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht. Ontslagbescherming verdraagt zich naar het oordeel van de regering ook niet met de relatie tussen een opdrachtgever en opdrachtnemer die niet de kenmerken vertoont van de relatie tussen een werkgever en een werknemer die gebaseerd is op een arbeidsovereenkomst.

In relatie tot het door deze leden genoemde wetsvoorstel betreffende de wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag merkt de regering op dat dat wetsvoorstel ziet op het kunnen verwerven van een inkomen op minimumloonniveau door opdrachtnemers en op het tegengaan van concurrentievervalsing, zoals de regering bij de behandeling van genoemd wetsvoorstel in de Eerste Kamer ook uitdrukkelijk heeft verwoord. Het wetsvoorstel beoogt niet een gelijke behandeling tussen werknemers en werkenden op basis van een overeenkomst van opdracht in meer algemene zin te realiseren en daaruit kan dan ook niet worden geconcludeerd dat in onderhavig wetsvoorstel de ontslagbescherming voor deze categorie werkenden zou moeten worden opgenomen dan wel het laten vervallen hiervan met genoemd wetsvoorstel in strijd zou zijn.

Loondoorbetalingsverplichting

De leden van de PvdA-fractie vragen aandacht voor artikel 7:628, tiende lid, BW waarin komt te staan dat iedere afwijking van dit artikel nietig is. In «dit artikel» zitten ook de leden 2, 3 en 4, die kort gezegd bepalen dat de werkgever, als de werknemer niet werkt, op het loon in mindering mag brengen de kosten die de werknemer bespaart door niet te werken of de uitkeringen die hij ontvangt wegens het niet werken. Als iedere afwijking van deze leden nietig is, is het gevolg dat de werkgever verplicht is om het loon met die kostenbesparing of uitkering te verminderen, want iedere andere afspraak is nietig, aldus de leden van de PvdA-fractie. Zij vragen of de regering deze lezing met de leden van de PvdA-fractie deelt en zo ja, of de regering met deze leden meent dat dit niet de bedoeling kan zijn en hoe de regering in dat geval voornemens is dit te repareren.

Het is inderdaad niet de bedoeling dat de werkgever verplicht wordt om het loon te verminderen met het bedrag van de kostenbesparing van de werknemer. Aangezien de bepaling is opgesteld met het oogmerk om de werknemersbelangen te beschermen, mag hier uiteraard wel ten voordele van de werknemer van worden afgeweken. Het staat de werkgever dan ook vrij om met de werknemer overeen te komen dat ook eventuele niet gemaakte kosten door de werkgever zullen (blijven) worden vergoed (waarmee die onkostenvergoeding vervolgens wel tot het loon zal gaan behoren). Om hierover geen enkel misverstand te laten bestaan, zal het tiende lid zodanig worden aangevuld dat alleen een afwijking *ten nadele van de werknemer* nietig is. Deze wijziging zal worden opgenomen in de hierna te noemen in te dienen Verzamelwet SZW.

Transitievergoeding

De leden van de VVD-fractie merken op de vraag te hebben gesteld of de beëindiging van een arbeidsovereenkomst ook geacht wordt te zijn verricht op initiatief van de werknemer indien een onderneming, niet zijnde een uitzendonderneming, (anders dan bij beantwoording van de vragen in de nota naar aanleiding van het verslag, pagina 74 bovenaan) een bestaande opdracht na een nieuwe aanbestedingsprocedure betreffende diezelfde opdracht verliest waarna de medewerker in kwestie

een dienstverband aanvaardt bij de onderneming die de betreffende opdracht na de aanbestedingsprocedure verkrijgt. Zij menen dat het antwoord van de regering de situatie openlaat dat een werknemer de baan aanvaardt bij de opvolgende werkgever (de nieuwe concessiehouder) zonder zijn baan bij zijn huidige werkgever op te zeggen. Zij vragen wat geldt met betrekking tot de transitievergoeding als de oude werkgever vervolgens de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV opzegt.

Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat het antwoord in de memorie van antwoord waar naar wordt verwezen de door deze leden bedoelde situatie niet openlaat nu daarin is gesteld dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de vorige concessiehouder *geacht* wordt te zijn verricht op initiatief van de werknemer indien deze een dienstverband aanvaardt bij de nieuwe concessiehouder. Het betreft hier aldus juist de situatie waar deze leden op doelen – beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de oude werkgever bij overgang van een concessie en indiensttreding van een werknemer bij de nieuwe concessiehouder – nu bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer zelf, deze daadwerkelijk op zijn initiatief wordt beëindigd.

Overgangsrecht: voortzetting arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De leden van de fractie van D66 vragen of bij voortzetting van een tijdelijke arbeidsovereenkomst onder het nieuwe recht van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die minimaal drie maanden en één dag voor 1 juli 2015 is geëindigd, de keten van artikel 7:668a BW opnieuw begint.

Het nieuwe recht wordt van toepassing op een keten als op of na 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Daarbij is op grond van artikel XXII2, tweede lid, van onderhavig wetsvoorstel de keten pas doorbroken als de tussenpoos die ligt tussen de op of na 1 juli 2015 aangegane arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst die daaraan voorafging, langer is dan zes maanden. In de casus zoals in de vraag beschreven wordt op of na 1 juli 2015 een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst aangegaan en heeft de tussenpoos nog geen zes maanden geduurd. Daarmee is de keten niet doorbroken en loopt nog door.

De vraag van de leden van de fractie van D66 over het opvolgend werkgeverschap en een doorstart bij faillissement is hiervoor reeds beantwoord.

Nietigheid proeftijd

De leden van de PvdA-fractie geven aan in de memorie van antwoord te lezen dat geen proeftijd overeengekomen kan worden, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor ten hoogste zes maanden. Het achtste lid, onderdeel f, regelt, in aanvulling op deze hoofdregel, dat een dergelijk beding nietig is. Als de regering de bedoeling heeft duidelijk te maken dat bedingen in strijd met 7:652 BW tot nietigheid van de proeftijd leiden, dan moet in het achtste lid ook worden opgenomen dat de proeftijd die niet schriftelijk is overeengekomen (tweede lid), nietig is. Graag een reactie van de regering op dit punt.

Met de Wet Flexibiliteit en zekerheid is per 1 januari 1999 in artikel 7:652, tweede lid, van het BW geregeld dat een proeftijd schriftelijk moet zijn overeengekomen. Onderhavig wetsvoorstel wijzigt niets aan dit schriftelijkheidsvereiste. Hiermee is en blijft uitdrukkelijk geregeld dat een proeftijd niet mondeling kan worden overeengekomen. Een mondeling

overeengekomen proeftijd is niet geldig overeengekomen en bestaat dus niet omdat niet aan het vormvereiste is voldaan. Overigens is het alleen al vanuit bewijsrechtelijk oogpunt moeilijk anders voor te stellen. De overige onderwerpen die in het achtste lid van artikel 7:652 BW zijn opgenomen, en waarvan wordt bepaald dat deze leiden tot een nietig proeftijdbeding, hebben te maken met de inhoud van het (schriftelijk overeengekomen) proeftijdbeding.

2.2 Invoeringstermijn

De leden van de PvdA-fractie geven aan graag aandacht te vragen voor de zeer korte invoeringstermijn en daarmee samenhangende potentiële problemen. Zo zal een volstreekte nieuwigheid als het aanzeggen van het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij veel bedrijven voor verrassingen zorgen, zeker omdat dat al vanaf 1 juli voor de arbeidsovereenkomsten die op 1 augustus eindigen, zal moeten. De leden van de fractie van de PvdA geven aan graag van de regering te vernemen of deze de zorgen betreffende de korte invoeringstermijn deelt. En zo nee, waarom niet.

De wijzigingen van het flexrecht zijn beoogd per 1 juli 2014 in werking te treden. Dit biedt werknemers met tijdelijke contracten ook vanaf die datum een betere bescherming en draagt om die reden dan ook op korte termijn bij aan het doel van de wijzigingen: het verkleinen van de verschillen in bescherming tussen werknemers met een flexibele arbeidsovereenkomst en werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is middels een amendement (Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 30) de inwerkingtreding van de wijzigingen van de ketenbepaling uitgesteld tot 1 juli 2015. Voor een uitstel van inwerkingtreding van alle wijzigingen van het flexrecht ziet de regering in het licht van de behandeling in de Tweede Kamer, alsmede de wens om op korte termijn te komen tot een beter evenwicht in de bescherming tussen flexwerkers en werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst, geen aanleiding. Hierbij tekent de regering aan dat het wetsvoorstel een uitwerking betreft van het op 11 april 2013 gesloten sociaal akkoord en derhalve de introductie van de aanzegtermijn en andere wijzigingen van het flexrecht reeds vanaf dat moment bekend kunnen zijn.

Verder merkt de regering op dat er uiteraard sprake zal zijn van een goede voorlichting rondom het wetsvoorstel. De voorlichting hierover zal een gezamenlijke inspanning vergen van de regering, de sociale partners en uitvoerders (UWV en gemeenten). De regering zal gebruik maken van de gebruikelijke communicatiekanalen voor wetgevingstrajecten, onder andere via publicaties op www.rijksoverheid.nl. Deze communicatie, die reeds is gestart, richt zich op algemene bewustwording van de aankomende wijzigingen en is aanvullend op de communicatie van uitvoerders, die direct betrokkenen zullen informeren. Met werkgevers- en werknemersorganisaties is tevens afgesproken dat zij hun eigen respectievelijke achterban zullen informeren. Daarnaast zal in de media aandacht besteed worden aan de wijzigingen die onderhavig wetsvoorstel brengt, hetgeen eveneens zal bijdragen aan de verdere bekendheid van de maatregelen.

De leden van de PvdA-fractie geven aan dat in de praktijk veel verwarring bestaat over het verbod op nulurencontracten in de zorg, dat ook per 1 juli zal gaan gelden. In de cao thuiszorg is wel geprobeerd daarvoor een

voorziening te treffen (zie art. 4.3. uit de cao³) maar omdat niemand precies weet wat er op 1 juli geldt, is dit echt een noodvoorziening. Deze leden vragen of de regering meent dat hiermee aangesloten wordt bij de Wet werk en zekerheid en zo ja, waarom.

Zoals in de memorie van antwoord is aangegeven zal in overleg met sociale partners worden bepaald voor welke onderdelen van de bedrijfstak zorg het gebruik van nulurencontracten uitgesloten zal worden (door het afwijken van de loondoorbetalingsplicht bij ministeriële regeling niet langer mogelijk te maken). Het overleg hierover tussen genoemde organisaties is op dit moment gaande en zolang de uitkomsten hiervan niet bekend zijn, is ook niet bekend of een dergelijke bepaling waarin nog steeds wordt uitgegaan van het gebruik van nulurencontracten, zij het geclausuleerd, hiermee in overeenstemming zal zijn. De afspraak met sociale partners is dat zij op korte termijn zullen bepalen op welke onderdelen van de bedrijfstak zorg het verbod op nulurencontracten betrekking zal hebben, waarna – of bij het ontbreken van een eensluidend advies – de regering hiervoor regels zal stellen die bij of zo spoedig mogelijk na inwerkingtreding van dit onderdeel van de wet in werking zullen treden.

2.3 Reparatiewet

De leden van de SP-fractie danken de regering voor het geleverde overzicht van voorstellen ter reparatie of aanpassing van onderdelen van onderhavig wetsvoorstel. Deze leden vragen de regering de omvang van deze lijst van beoogde aanpassingen en reparaties, alsmede het moment van aankondiging te duiden en het tijdschema («wordt binnenkort bij de Tweede Kamer ingediend») te specificeren. Terwijl het wetsvoorstel nog bij de Eerste Kamer in behandeling is, komt de regering met een aanzienlijke lijst aan wenselijke reparaties en aanpassingen. De leden van de SP-fractie vragen of de Eerste Kamer dit aangekondigde reparatiewetsvoorstel als een novelle moet beschouwen en of de regering het wenselijk acht het onderhavige wetsvoorstel onderwijl zelf aan te houden en zo niet, met welke reden zou de Eerste Kamer niet op aangekondigde reparaties zou moeten wachten.

In reactie hierop merkt de regering op dat het wetsvoorstel waarin de voorgenomen reparaties zullen worden opgenomen geen novelle betreft; het gaat slechts om redactionele en technische verbeteringen en verduidelijkingen. De regering neemt, mede met het oog op voornoemde aard van de aangekondigde reparaties en het gewenste tijdschema, deze op in het binnenkort bij de Tweede Kamer in te dienen wetsvoorstel Verzamelwet SZW. Dit ontwerpvoorstel ligt momenteel ter advisering voor bij de Afdeling advisering van de Raad van State.

De regering beoogt – gelet op de redenen uiteengezet in reactie op vragen van de PvdA-fractie- de wijzigingen van het flexrecht per 1 juli 2014 in werking te laten treden. Dit leidt er immers toe dat werknemers met flexibele arbeidsovereenkomsten vanaf die datum een betere bescherming krijgen en het verschil in bescherming tussen werknemers met een flexibele arbeidsovereenkomst en werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst wordt verkleind. Het betreft concreet de volgende maatregelen:

- a. het beperken van de mogelijkheid om, ten nadele van de werknemer, af te wijken van de loondoorbetalingsplicht (7:628 BW) (deze

³ Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg (cao VVT).

- wijziging vormt tevens de basis voor het aangekondigde voorkomen van nul-uren contracten in de zorgsector);
- b. de wijziging waardoor een proeftijd voor wat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft, alleen mogelijk is als er sprake is van een overeenkomst van langer dan zes maanden (7:652 BW);
 - c. de wijziging waardoor het opnemen van een concurrentiebeding in een overeenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk is onder strenge voorwaarden (7:653 BW);
 - d. de introductie van de plicht voor de werkgever om een werknemer met een overeenkomst voor bepaalde tijd, van zes maanden of langer, een maand voor het einde van rechtswege van deze overeenkomst duidelijkheid te bieden over de toekomst (7:668 BW);
 - e. de wijzigingen waarmee de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de termijn gedurende welke in een uitzendovereenkomst een uitzendbeding kan worden overeengekomen, de termijn waarna op uitzendovereenkomsten de ketenbepaling van toepassing wordt en de termijn gedurende welke de loondoorbetalingsverplichting kan worden uitgesloten, wordt beperkt ten aanzien van uitzendkrachten (7:691 BW).

De aard van de voorgenomen reparaties waaraan de SP-fractie refereert rechtvaardigt wat de regering betreft niet het aanhouden van het voorliggende wetsvoorstel omdat daarmee onvermijdelijk ook voornoemde belangrijke maatregelen ten behoeve van het versterken van de positie van mensen met flexibele arbeidsovereenkomsten aanzienlijk later in werking zullen treden.

3. Reactie op de vragen en opmerkingen die in de notitie betreffende onderhavig wetsvoorstel zijn gesteld door de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)

3.1 Systeem van het nieuwe ontslagrecht

3.1.1

De VAAN benoemt dat de regering op pagina 86–87 van de memorie van antwoord met zoveel woorden bevestigt dat de ontbindingsprocedure niet meer kan dienen als «*smeermiddel*» bij ontslagen. Het zal daardoor – aldus de VAAN – bijvoorbeeld niet meer mogelijk zijn een onvolledig dossier te compenseren met een hogere vergoeding. Het gevolg daarvan zal volgens de VAAN vermoedelijk zijn dat het ontslag voor werknemers in vaste dienst nog minder soepel zal worden dan thans het geval is. De VAAN vraagt of de regering bereid is een ontsnappingsclausule in te voeren teneinde dit contraproductieve effect van het wetsvoorstel alsnog te voorkomen.

De regering merkt hierover op dat de VAAN hiermee voorbij lijkt te gaan aan de essentie van het ontslagrecht: dat de werknemer zich beschermd weet tegen ontslag zonder redelijke grond en in het verlengde daarvan, onzorgvuldig handelen van de zijde van de werkgever. Zoals in de memorie van antwoord al aangegeven, zal de rechter de arbeidsovereenkomst dan ook niet kunnen ontbinden als uit hetgeen door de werkgever wordt aangevoerd onvoldoende blijkt dat er een redelijke grond voor ontslag is zoals verwoord in het wetsvoorstel.

3.1.2

De VAAN merkt onder verwijzing naar een aantal passages in de memorie van antwoord op dat het wetsvoorstel waarschijnlijk tot gevolg heeft dat het ontslag voor werknemers in vaste dienst nog minder soepel zal worden dan thans het geval is en dat dit vermoeden door de memorie van

antwoord voor de VAAN wordt bevestigd nu de vraag of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen onbeantwoord wordt gelaten, bevestigd noch weersproken. De VAAN vraagt of de regering, gezien het belang van dit gegeven, alsnog zo concreet mogelijk wil aangeven of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken in het nieuwe systeem zal toenemen.

In de memorie van antwoord is op deze vraag van de VAAN al antwoord gegeven, namelijk dat een toename dan wel afname van ontbindingsverzoeken mede afhankelijk zal zijn van hetgeen aan de rechter wordt voorgelegd die vervolgens zal moeten oordelen of een werknemer terecht of onterecht voor ontslag wordt voorgedragen.

3.1.3

De VAAN is van mening dat de motivering die de regering op pagina 80 van de memorie van antwoord geeft voor het invoeren van de rechtsfiguur van de opzegging met instemming argumentatieve kracht mist. De regering stelt dat dit noodzakelijk zou zijn om de preventieve toets in technische zin in het BW te incorporeren. Volgens de VAAN kan de preventieve toets ook zonder introductie van voormelde figuur in het BW worden opgenomen. De VAAN meent dat de regering in de memorie van antwoord onvoldoende gewicht toekent aan de kritiek van zowel de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) als van de VAAN dat de wet onnodig complex zal worden. De VAAN vraagt of de regering bereid is 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.

Naar aanleiding hiervan merkt de regering op in haar beantwoording uitgebreid te zijn ingegaan op de kritiek van de VAAN en in een eerder stadium op dat van de NOvA. Voorts merkt de regering op dat hoewel de VAAN meent dat ook zonder de figuur van schriftelijke instemming de preventieve toets in het BW kan worden geïncorporeerd, zij niet komt met een daartoe strekkend voorstel dat de toets der kritiek kan doorstaan. Het voorstel dat de VAAN in haar eerdere notitie heeft gedaan, biedt geen soelaas, zoals de regering in de memorie van antwoord beargumenteerd heeft aangegeven. De regering heeft waardering voor de inspanningen die de VAAN heeft verricht om het wetsvoorstel kritisch te belichten hetgeen op een aantal punten ook heeft geresulteerd in verbetering en verduidelijking van het wetsvoorstel, maar herhaalt dat zij geen noodzaak ziet het wetsvoorstel verder voor te leggen aan deskundigen en meent dat het wetsvoorstel veel minder complex is dan de VAAN doet voorkomen (en in de praktijk ook zal blijken te zijn) en dat ook uitgebreid te hebben beargumenteerd in de memorie van toelichting, in de nota naar aanleiding van het verslag en in de memorie van antwoord bij onderhavig wetsvoorstel.

3.1.4

De VAAN refereert aan haar brief van 24 maart 2014 aan de Eerste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid waarin is opgemerkt dat onduidelijk is waarom een relatief beperkt gedeelte van de wet mogelijk al met ingang van 1 juli 2014 in werking treedt en dat «de praktijk» hiervan onvoldoende op de hoogte lijkt te zijn. De VAAN vraagt waarom de regering besloten heeft 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. De VAAN vraagt voorts of de regering – mede met het oog op de belangen van de praktijk – alsnog wil toezeggen dat de wet op zijn vroegst met ingang van 1 juli 2015 in werking treedt.

Voor een antwoord op deze vraag word verwezen naar wat hierover is opgemerkt in reactie op vragen van de PvdA-fractie.

3.2. Vergoedingen en sancties

3.2.1

De VAAN benoemt dat het antwoord van de regering op de vraag naar de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap op pagina 15 van de memorie van antwoord 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 volgens de VAAN 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*). De VAAN vraagt wat voormelde situatie betekent voor de door de oude en nieuwe werkgever verschuldigde vergoeding.

De regering heeft op pagina 15 van de memorie van antwoord inderdaad aangegeven ervan uit te gaan dat bij een nieuwe concessie de oude arbeidsovereenkomst steeds op initiatief van de werknemer wordt beëindigd. Onderkend is dat de situatie zich kan voordoen dat daar waar een werknemer de concessie volgt maar zelf niet de arbeidsovereenkomst opzegt, en om die reden de arbeidsovereenkomst door de oude werkgever wordt opgezegd, die opzegging tot gevolg zou hebben dat de oude werkgever een transitievergoeding verschuldigd is. Dat is ongewenst. Vandaar dat de regering heeft aangegeven dat in een situatie als deze voor de toepassing van artikel 7:673 BW de opzegging van de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn gedaan op initiatief van de werknemer. Hierbij is tevens de vergelijking getrokken met de in de nota naar aanleiding van het verslag genoemde situatie van het beëindigen van een arbeidsovereenkomst door een uitzendwerkgever als gevolg van het feit dat een uitzendkracht in dienst treedt bij een inlener. Ook in dat geval geldt dat de arbeidsovereenkomst geacht moet worden te zijn beëindigd op initiatief van de werknemer.

Naar aanleiding hiervan vraagt de VAAN wat geldt in een situatie waar een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens het vervallen van een concessie en indiensttreding van een werknemer bij de nieuwe concessiehouder. In het verlengde van hetgeen hiervoor is opgemerkt, meent de regering dat in een situatie als deze de oude werkgever evenmin een transitievergoeding verschuldigd is nu de arbeidsovereenkomst geacht kan worden niet op zijn initiatief niet te worden voortgezet, maar op initiatief van de werknemer die een baan aanvaardt bij de nieuwe concessiehouder.

Voorts vraagt de VAAN of de regering de analyse onderschrijft 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.

In reactie op de tweede vraag van de VAAN geldt dat de analyse van de VAAN klopt en dit volgt uit hetgeen in artikel 7:673 BW is geregeld als het gaat om elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten, al dan niet bij elkaar opvolgende werkgevers.

3.2.2

De VAAN wijst erop dat de regering op pagina 10 van de memorie van antwoord ingaat op de vraag wat de toegevoegde waarde is van artikel 7:677, vierde lid, BW in relatie tot artikel 7:672, negende lid, BW. Die zou volgens de regering hierin zijn gelegen, dat een regeling wordt getroffen voor de verschuldigde vergoeding voor een situatie die niet valt onder artikel 7:672, negende lid, BW. De VAAN vindt het standpunt van de regering opmerkelijk, omdat de formulering van het nieuwe artikel 7:672, negende lid, BW («De partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, ...») overeenkomt met het huidige artikel 7:677, tweede lid, BW, waarvan wordt aangenomen dat daaronder ook de opzegging van de niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd valt. De VAAN vraagt om een reactie hierop.

De regering merkt op dat met artikel 7:677, vierde lid, BW duidelijkheid wordt gecreëerd over wat geldt in geval sprake is van een tijdelijke arbeidsovereenkomst die niet tussentijds kan worden opgezegd (omdat deze geen tussentijds opzegbeding bevat). Artikel 7:672 (negende lid) BW heeft betrekking op een reguliere opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd en bevat in dat kader onder andere de wettelijke opzegtermijn. Het is juist dat het huidige artikel 7:677, tweede lid, BW eenzelfde term hanteert als de term die in het nieuwe artikel 7:672, negende lid, BW wordt gehanteerd, doch de regering wijst erop dat die terminologie in het wetsvoorstel bewust niet terugkomt in het nieuwe artikel 7:677, vierde lid, BW. Daar wordt expliciet bepaald wat rechtens is wanneer een partij die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd *die niet tussentijds kan worden opgezegd*, in strijd met het eerste lid van dat artikel opzegt. De regering is dan ook van mening dat – anders dan in het huidige artikel 7:677, tweede lid, BW het geval is – de tekst van het wetsvoorstel de duidelijkheid verschaft die de regering op dit punt wenselijk acht. Dat hiermee sprake is van een gewenste verduidelijking wordt overigens ook in de literatuur erkend.⁴

Als het betoog van de regering juist is, kent het wetsvoorstel volgens de VAAN een lacune. Het nieuwe artikel 7:677, vierde lid, BW bestraft namelijk alleen een opzegging van een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in strijd met artikel 7:677, eerste lid, BW (onverwijld opzegging wegens een dringende reden). Daaruit vloeit voort dat artikel 7:677, vierde lid, BW niet ziet op de situatie dat een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met inachtneming van een termijn wordt opgezegd. De VAAN vraagt of de regering bereid is deze onvolkomenheid in de reparatiewet te herstellen.

Nu een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder mogelijkheid van tussentijdse opzegging ook niet met inachtneming van een termijn kan worden opgezegd, ziet de regering geen aanleiding voor reparatiewetgeving op dit punt. Indien wel tussentijdse opzegging mogelijk is, bijvoorbeeld op grond van artikel 7:684 BW, is – zoals aangegeven – artikel 7:672, negende lid, BW hierop van toepassing. Bovendien zou een dergelijke regeling overbodig zijn nu het partijen vrij staat een dergelijke arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen, al dan niet met inachtneming van een termijn.

⁴ D.J.B. de Wolff, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het wetsvoorstel Werk en zekerheid, in: TRA 2014, aflevering 3, p. 30, waarin de auteur constateert dat in een nieuw artikel 7:677 lid 4 BW zal worden verduidelijkt welke sanctie staat op opzegging zonder een bevoegdheid tot tussentijdse opzegging en aangeeft dat de rechter intussen reeds op de nieuwe tekst kunnen anticiperen, nu thans niet (en op grond van het wetsvoorstel wel) duidelijk is of een onbevoegde tussentijdse opzegging door de rechter kan worden vernietigd.

3.2.3

De VAAN wijst op pagina 96–97 van de memorie van antwoord waar de regering stelt 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 volgens de VAAN 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. De VAAN is van mening dat voormelde uitleg zich moeizaam verdraagt met de voorgesteld wettekst en vraagt of de regering bereid is artikel 7:673, vijfde lid, BW op dit punt te verduidelijken.

Nu – gelet op de vraag van de VAAN – uit de wettekst zelf kennelijk onvoldoende duidelijk is dat hieraan de uitleg moet worden gegeven als verwoord in de memorie van antwoord, zal dit worden verduidelijkt. Een wetsvoorstel waarin een voorstel om dit te verduidelijken is opgenomen, zal in de hiervoor genoemde in te dienen Verzamelwet SZW worden verduidelijkt.

3.3. Arbeidsrechtelijke thema's

3.3.1

De VAAN verwijst naar pagina 101 van de memorie van antwoord waar wordt opgemerkt dat het voorgestelde artikel 7:628, zevende lid, BW 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 regering wijst er daarbij op dat dit standpunt al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk bij gelegenheid van de reparatiewet flexibiliteit en zekerheid. De VAAN vraagt hoe deze opvatting zich verhoudt 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.

De regering stelt voorop dat ten tijde van de uitspraak van in het door de VAAN aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003⁵ hetgeen door de toenmalige regering in het kader van de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid is gesteld niet in de wettekst tot uitdrukking was gebracht. Dat is met dit wetsvoorstel wel het geval, waarbij opgemerkt dat het huidige regime, als het gaat om het wel of niet verschuldigd zijn van loon, als gevolg van dit onderdeel van de jurisprudentie, tot een zekere ongerijmdheid leidt. Die ongerijmdheid, welke met het onderhavige wetsvoorstel ongedaan wordt gemaakt, bestaat hieruit dat daar waar op grond van een cao geldt dat een bepaalde gedraging van een werknemer leidt tot het niet verschuldigd zijn van loon, diezelfde gedraging voor een werkgever waar geen cao voor geldt niet hetzelfde effect heeft of kan hebben. Daar waar in de verschillende schriftelijke stukken (waar de VAAN

⁵ HR 21 maart 2003, JAR 2003/91.

naar verwijst) de regering heeft gerefereerd aan de jurisprudentie is hierbij overigens niet bedoeld op deze jurisprudentie maar op de jurisprudentie betreffende situatieve arbeidsongeschiktheid in relatie tot het wel of niet verschuldigd zijn van het loon. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar die schriftelijke stukken, meer in het bijzonder naar het antwoord op de eerdere vraag van de VAAN dienaangaande op pagina 101 van de memorie van antwoord.

3.3.2

Artikel 7:668 BW over de aanzegverplichting treedt volgens planning per 1 juli a.s. in werking. Bij nota van wijziging is in artikel 7:686a, vierde lid, BW 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. De VAAN vraagt of de regering het opportuun acht 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.

In het inwerkingtredingsbesluit zal geregeld worden dat het deel van artikel 7:686a BW dat betrekking heeft op artikel 7:668 BW reeds per 1 juli a.s. in werking zal treden.

3.3.3

De VAAN geeft aan dat de regering op pagina 19 van de memorie van antwoord ingaat op de problematiek van nulurencontracten in de zorg. De regering 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. De VAAN vindt de door de regering gesuggereerde oplossing ondeugdelijk. De loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628, eerste lid, BW ziet volgens de VAAN 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 7:628, eerste lid, BW en een verbod op afwijkingen van dat artikellid raakt nulurencontracten dan ook niet. Anders dan de regering stelt, is artikel 7:628, eerste lid, BW aldus de VAAN niet de «juridische basis» voor nulurencontracten. De VAAN vraagt of de regering bereid is reparatiewetgeving op dit punt toe te zeggen.

De regering merkt hierover het volgende op. Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt (pagina 32) is een zogenoemd nulurencontract geen juridisch begrip. In de praktijk wordt het gebruikt voor een tijdelijke of vaste arbeidsovereenkomst, waarin is overeengekomen dat er geen loon wordt betaald als er niet wordt gewerkt en dus geen vaste arbeidsomvang is overeengekomen. Anders dan de VAAN veronderstelt, wordt algemeen aangenomen dat een nulurencontract gebaseerd is op artikel 7:628 BW (op grond waarvan de loondoorbetalingsplicht kan worden uitgesloten)⁶. Een variant van een nulurencontract is het zogenoemde min-max contract waarin veelal geregeld wordt dat een werknemer ten minste een aantal uren per week werkt en dat aantal op oproepbasis kan worden verhoogd tot een bepaald maximum. De reden voor het kunnen uitsluiten van de loondoorbetalingsplicht is gelegen in het feit, enerzijds dat als een werkgever werk heeft maar een

⁶ Zie bijvoorbeeld Arbeidsrecht in de praktijk (achtste herziene druk) pagina 13/14.

werknemer niet oproept, de werknemer in beginsel aanspraak kan maken op loon. Anderzijds dat als een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand vermoed wordt een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden (artikel 7:610b) en de werkgever vervolgens gehouden is het loon te betalen als deze bedongen arbeid niet wordt verricht door een oorzaak die in zijn risicosfeer gelegen is. Als de oorzaak het onvoldoende voor handen hebben van werk is dan ligt dat in de risicosfeer van de werkgever en dient hij – zonder uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht – het loon te betalen. De regering meent dan ook dat het uitsluiten van het gebruik van nulurencontracten in de sector zorg gerealiseerd kan worden door een verbod op het uitsluiten van de loondoorbetalingsplicht die de werkgever heeft als de arbeid niet wordt verricht.

3.4 Bewijs- en procesrechtelijke implicaties

3.4.1

De VAAN vermeldt dat op pagina 110 van de memorie van antwoord 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. 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 7:669, derde lid, BW, zo vraagt de VAAN.

In reactie hierop merkt de regering op – zoals reeds is aangegeven –, dat aan de rechter wordt overgelaten of het bewijsrecht van toepassing is en dit zal afhangen van factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het voorgelegde geschil alsmede van de complexiteit van de zaak. Aangenomen mag worden dat bij de beoordeling of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:669, derde lid BW, net als in andere zaken die het ontslag als zodanig van een werknemer betreffen, een zekere spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn. Dat laat uiteraard onverlet dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er een redelijke grond voor ontslag is en, zoals reeds aangegeven, in complexe zaken mogelijk door de rechter anders wordt geoordeeld, bijvoorbeeld wanneer discussie bestaat over ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer. Zoals in memorie van antwoord reeds aangegeven zal via de in te dienen Verzamelwet SZW de rechter een extra bevoegdheid krijgen om zaken die in samenhang aan hem worden voorgelegd alsnog te splitsen, dit mede met het oog op het kunnen bieden van maatwerk. Daarmee wordt het ook mogelijk om zaken waarop het bewijsrecht, naar het oordeel van de rechter, wel van toepassing is, apart te behandelen van zaken waarbij dat niet het geval is.

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 7:683, derde lid jo. 7:682, tweede lid, BW). De VAAN merkt op dat de regering op pagina 110–111 van de memorie van antwoord stelt 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 – aldus de VAAN – 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. De VAAN vraagt of de regering meer duidelijkheid kan verschaffen over hoe moet worden omgegaan met een uitbetaalde WW-uitkering, of een werknemer zich na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst onmiddellijk dient in te spannen om zijn inkomensverlies te beperken (door ander werk te zoeken) en de rechter bij het bepalen van de voorzieningen met deze eventuele «schadebeperkingsplicht» behoort rekening te houden. Voorts vraagt de VAAN of het klopt dat de regering het aan de rechter overlaat om de gevolgen van een herstel van de arbeidsovereenkomst (deels) af te wentelen op de WW. Tot slot vraagt de VAAN of ook UWV gebonden is aan het oordeel van de kantonrechter over de door de werknemer ontvangen WW-uitkering, ook al is zij geen partij in de desbetreffende procedure en zo ja, hoe de regering deze binding voor zich ziet.

In de memorie van antwoord is aangegeven dat als de rechter de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herstelt, dit gevolgen kan hebben voor de WW-uitkering. Een werknemer die in eerste instantie werkloos geworden was na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, blijkt, door het herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht, toch niet werkloos te zijn geweest in de achterliggende periode. De WW-uitkering is dan onverschuldigd betaald; er bestond immers recht op loondoorbetaling. Het is echter niet aan de rechter om vast te stellen of de WW-uitkering moet worden terugbetaald, maar aan het UWV. Als de rechter de werkgever opdraagt om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde te herstellen, is geen sprake van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst. In die situatie zal de rechter derhalve ook geen voorziening hoeven treffen omtrent de rechtsgevolgen van een onderbreking. Een dergelijke voorziening kan de rechter wel treffen als hij de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst voor de toekomst te herstellen (of op een moment dat weliswaar in het verleden ligt maar na het einde van de arbeidsovereenkomst). De rechter bepaalt dan hoe omgegaan wordt met de rechtsgevolgen van de onderbreking. De rechter kan hierbij een voorziening voor de tussenliggende periode treffen. Daarbij kan de rechter een vergoeding vanwege inkomensderving toekennen. Bij de hoogte daarvan kan hij rekening houden met de WW-uitkering die de betreffende werknemer heeft ontvangen.

In het BW wordt voor de werknemer die zijn ontslag aanvecht geen specifieke schadebeperkingsplicht opgenomen. Wel is het natuurlijk zo dat als de werknemer na ontslag recht heeft op een WW-uitkering, de plichten voortvloeiend uit de Werkloosheidswet onverkort voor hem gelden. Om die reden zal de werknemer wel op zoek moeten naar nieuw passend werk, ook als hij zijn ontslag aanvecht.

3.4.3

De VAAN verwijst naar pagina 111 van de memorie van antwoord waar de regering opmerkt 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. De VAAN vraagt of deze visie juist is of dat de mogelijkheid van arbitrage en bindend advies omtrent het oordeel over de grond voor opzegging als bedoeld in artikel 7:669, derde lid, onderdelen a en b, BW uitsluitend geldt voor beslissingen van de rechter ex artikel 7:682, eerste lid, BW (herstel van de arbeidsovereenkomst).

De visie van VAAN is juist. Ook als voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst toestemming van het UWV vereist is, kunnen partijen overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst na arbitrage of bindend advies kan worden beëindigd.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher