

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)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT ¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 5 november 2013 en het nader rapport d.d. 28 november 2013, aangeboden aan de Koning door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 september 2013, no. 13.001846, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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), met memorie van toelichting.

De Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft tot doel het arbeidsrecht aan te passen aan veranderende arbeidsverhoudingen in de samenleving. De regering streeft naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt, waarbij tweedeling op de arbeidsmarkt tussen mensen met een vaste baan en flexwerkers wordt verminderd. Werkzekerheid moet, in plaats van baanzekerheid, het overkoepelende

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

uitgangspunt van het hedendaagse arbeidsmarktbeleid worden. Het voorstel bevat in dat verband maatregelen op drie terreinen:

- Stroomlijning van de regels voor ontslag. Het voorstel laat de bestaande routes via het Uitvoeringsinstituut werk en inkomen (UWV) en de kantonrechter in stand, maar schrijft dwingend voor in welke gevallen welke ontslagroute moet worden gevolgd. Verder wordt de ontslagvergoeding omgevormd tot een transitievergoeding. Deze is bedoeld als compensatie voor het ontslag en om de overgang naar nieuw werk te vergemakkelijken.
- Verbetering van de rechtspositie van flexwerkers door een aantal maatregelen die het oneigenlijk en langdurig gebruik van flexibele arbeidsrelaties moeten ontmoedigen. De maatregelen moeten ertoe leiden dat werkgevers er sneller toe overgaan hun werknemers met een tijdelijk arbeidscontract in vaste dienst te nemen.
- Aanpassing van de werkloosheidsregelingen, onder andere verkorting van de maximale duur van de Werkloosheidswet (WW). Deze maatregelen moeten ertoe leiden dat werkloze werknemers eerder werk aanvaarden (activerender maken van werkloosheidsuitkeringen). Het wordt mogelijk om bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) te kiezen voor een aanvulling van de Werkloosheidswet (WW) tot de huidige maximale duur. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) zal zulke cao's in beginsel algemeen verbindend verklaren.

Gelet op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt onderschrijft de Afdeling de beoogde omslag van een stelsel dat is gericht op baanzekerheid naar een stelsel dat is gericht op werkzekerheid. Hoewel het voorstel een stap in de goede richting is, twijfelt zij eraan of het voorstel een voldoende substantiële bijdrage zal leveren aan het bewerkstelligen van deze omslag. Bij sommige onderdelen bestaat zelfs het risico dat deze in de huidige arbeidsmarkt contraproductief zullen werken. Bovendien is voor het maken van de beoogde omslag van baanzekerheid naar werkzekerheid een bredere heroriëntering van verschillende arbeidsmarktarrangementen nodig. Daarin is niet voorzien.

Los van de algemene doelstelling maakt de Afdeling in dit advies opmerkingen over de verschillende onderdelen van het voorstel. Met betrekking tot de beoogde stroomlijning van de regels rond ontslag komt de Afdeling tot de conclusie dat het voorstel daarin slechts gedeeltelijk slaagt; op onderdelen wordt het ontslagrecht juist complexer en in sommige gevallen worden de ontslagkosten voor werkgevers hoger. De aanpassing van de regels van flexrecht zijn gericht op versterking van de positie van werknemers met flexibele arbeidscontracten. Gezien de voorgestelde beperkte aanpassingen van regels rond vaste dienstverbanden, is het volgens de Afdeling de vraag of het voorstel wel leidt tot een verbetering van hun positie. Het is zelfs niet uitgesloten dat de positie van flexwerkers op onderdelen, met name door de aanscherping van de ketenbepaling, slechter wordt. Voorts kan het voorstel leiden tot toenemend gebruik van alternatieve constructies voor de vormgeving van een arbeidsrelatie.

De Afdeling onderschrijft de voorgestelde aanpassingen van de regels inzake werkloosheidsuitkeringen, maar wijst op het risico dat de nagestreefde werkgelegenheidseffecten teniet kunnen worden gedaan door de mogelijkheid van bovenwettelijke verlenging bij cao van de WW-uitkeringen. Gelet op het doel van de voorgestelde wijzigingen om de WW activerender te maken, moet afgezien worden van algemeenverbindendverklaring van afspraken in cao's waarin de duur van de WW-uitkering verlengd wordt.

In de adviesaanvraag is in het bijzonder aandacht gevraagd voor de afspraak in het sociaal akkoord dat de kantonrechter bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan het ontslag, naast de transitievergoeding, indien die verschuldigd is, een (niet gemaximeerde) billijke vergoeding aan de werknemer kan toekennen. Over het spiegelbeeldige geval, wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer aan het ontslag, is afgesproken dat de werknemer op zijn beurt in beginsel zijn bruikbaarheid van het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» dat in dit verband in het voorstel wordt gehanteerd (de begeleidende brief gebruikt voor dit criterium de term «muizengatje»). In paragraaf 2.4 van dit advies gaat de Afdeling in op deze vraag.

Samenvattend onderschrijft de Afdeling advisering van de Raad van State de doelstellingen van het wetsvoorstel. Met betrekking tot enkele onderdelen, zoals de wijzigingen met betrekking tot de regelingen inzake werkloosheidsuitkeringen, is de Afdeling van oordeel dat deze kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen. Voor het geheel geldt echter dat een bredere aanpak noodzakelijk is. Bij verschillende andere onderdelen van het voorstel bestaat bovendien gegronde twijfel aan de mate waarin die onderdelen aan de genoemde doelstellingen zullen bijdragen. Daarbij merkt de Afdeling in het bijzonder op dat de kosten voor werkgevers als gevolg van een aantal onderdelen van het voorstel aanzienlijk kunnen stijgen en dat een aantal onderdelen de positie van werknemers (flexwerkers) niet zullen verbeteren, maar juist kunnen verslechteren. Zij is van oordeel dat met aanpassing van het wetsvoorstel het voorstel een eerste stap kan vormen in een bredere aanpak die zal moeten worden ontwikkeld om de gestelde doelen te bereiken.

Hierna zal de Afdeling eerst de algemene uitgangspunten van het voorstel bespreken in het licht van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt (hoofdstuk 1) alsmede de hoofdlijnen van de wijzigingen in het ontslagrecht (hoofdstuk 2). Vervolgens komen de verschillende onderdelen van het voorstel aan de orde: het flexrecht (hoofdstuk 3), de werkloosheidsregelingen (hoofdstuk 4) en alle overige opmerkingen over ontslagrecht (hoofdstuk 5). De opmerkingen in dit laatste hoofdstuk hebben voor een deel betrekking op de structuur van de voorgestelde regeling. Andere opmerkingen in dit hoofdstuk zijn voornamelijk van juridisch-technische aard.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 9 september 2013, nr. 13.001846, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 november 2013, nr. W12.13.0315/III, bied ik U hierbij mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie aan.

1. Van baanzekerheid naar werkzekerheid

a. Doel van het voorstel / probleemschets

Volgens de toelichting wordt met het voorstel beoogd de regels inzake ontslagrecht, flexrecht en WW te moderniseren en aan te passen aan de arbeidsmarkt van de 21e eeuw.²

Volgens de toelichting kenmerkt de arbeidsmarkt van de 21e eeuw zich door een sterke dynamiek en een door de vergrijzing naar achteren

² Memorie van toelichting, hoofdstuk 1, onder «visie kabinet».

schuivende pensioendatum: mensen zullen langer doorwerken en daarbij vaker wisselen van baan.

De grotere behoefte aan dynamiek heeft zich volgens de toelichting echter ook vertaald in een tweedeling tussen insiders en outsiders op de arbeidsmarkt, minder perspectief op een vast contract voor jongeren, tekortschietende investeringen in duurzame inzetbaarheid, een gebrek aan dynamiek alsmede verminderde baankansen en een grotere kans op langdurige werkloosheid onder ouderen. Het voorstel beoogt dan ook de regelingen omtrent baan- en inkomenszekerheid te moderniseren en werkzekerheid te introduceren als overkoepelend uitgangspunt voor het hedendaagse arbeidsmarktbeleid. Dit moet tevens het verschil in behandeling tussen personen met een vaste baan («insiders») en personen die permanent werkzaam zijn in tijdelijke banen («outsiders») op de arbeidsmarkt verminderen. In de toelichting wordt dit in figuur 1 geïllustreerd aan de hand van de trits «duurzame inzetbaarheid», «van werk naar werk» en «een activerende WW».³

Evenals in de toelichting tot uitdrukking komt, meent de Afdeling dat het doel van het voorstel moet worden gezien tegen de achtergrond van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. Twee trends zijn daarbij dominant. In de eerste plaats is sprake van demografische veranderingen, die ertoe leiden dat de groei van de beroepsbevolking stagneert en op enig moment zelfs omslaat in krimp van de beroepsbevolking.⁴ In bepaalde sectoren (zoals zorg, onderwijs en techniek) gaat dit leiden tot grote tekorten aan personeel. Een gevolg van deze demografische veranderingen is ook dat de toename van de arbeidsparticipatie niet meer dan een zeer beperkte bijdrage zal leveren aan de economische groei. Daarbij komt dat ook twee andere groepen de komende jaren de arbeidsmarkt zullen betreden, te weten werknemers ouder dan 65 jaar, alsmede jonggehandicapten (een deel van de huidige Wajongers) als gevolg van de Invoeringswet Wet werken naar vermogen, waarover de Afdeling op 1 november 2013 advies heeft uitgebracht.⁵

In de tweede plaats is sprake van verschuiving van werkgelegenheid, met name door technische ontwikkelingen (automatisering en offshoring). Dit leidt er naar verwachting toe dat de vraag naar en de werkgelegenheid voor hoger opgeleiden toeneemt, voor lager opgeleiden constant blijft en voor gemiddeld opgeleiden (MBO) daalt of verdwijnt⁶, en dat voorts grote sectorale verschillen ontstaan.⁷ Innovatie is noodzakelijk voor verhoging van de arbeidsproductiviteit en daarmee voor de economische groei, maar vormt een bedreiging voor met name middelbaar opgeleide werknemers in bestaande sectoren, waar de inrichting van de arbeidsmarkt en het vermogen technische innovaties te absorberen onvoldoende zijn. Daar staan nieuwe banen (veelal in een hoger segment en in andere sectoren) tegenover.

Tegen deze achtergrond zijn flexibilisering van de arbeidsmarkt en (om)scholing van werknemers van groot belang voor zowel het bevorderen van de economische groei als voor de aanpak van de in veel

³ Ibidem, onder «context».

⁴ Commissie Bakker, «Naar een toekomst die werkt», 2008.

⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 1 november 2013 over de vierde nota tot wijziging van de Wet werk en bijstand, de Wet sociale werkvoorziening, de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten en enige andere wetten gericht op deelname aan de arbeidsmarkt voor mensen met arbeidsvermogen en harmonisatie van deze regelingen, W12.13.0314/III.

⁶ CPB Policy brief 2012/06, Loonongelijkheid in Nederland stijgt, 2012. Dit is niet alleen een trend in Nederland, maar een ontwikkeling die wereldwijd plaatsvindt: M. Spence, technology and the employment challenge, project syndicate, 15 januari 2013.

⁷ Researchcentrum voor Onderwijs en Arbeidsmarkt, «de Arbeidsmarkt naar opleiding en beroep tot 2016», december 2011, en «SEO, Into the Gap, exploring gaps and mismatches», juni 2012.

sectoren verminderde aansluiting tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Het vereist van iedereen dat wordt geïnvesteerd in de opleiding, niet alleen van werkgevers in hun personeel, maar ook van werknemers in hun eigen toekomstmogelijkheden.

Uit rapportages van de OESO komt naar voren dat de arbeidsmarkt in Nederland als geheel op het punt van flexibiliteit vrij gemiddeld is, maar dat de verschillen binnen de arbeidsmarkt groot zijn.⁸ De mobiliteit van werknemers met een vaste aanstelling is zeer laag (vooral onder ouderen) en de arbeidsmarkt voor flexwerk is zeer flexibel. De beschikbaarheid van verschillende vormen van flexibele arbeid (oproepen, uitzenden, zzp, payroll, etc.) brengt mee dat flexibiliteit beschikbaar is waar werkgevers dit wensen. Voor de arbeidsmarkt als geheel heeft dit echter belangrijke nadelen: er wordt relatief weinig gedaan om de employability van mensen te vergroten en de mobiliteit van ouderen is laag. Het gevolg is ook een tweedeling op de arbeidsmarkt tussen insiders en outsiders. Die tweedeling werkt ook door op andere terreinen zoals de woningmarkt, de oudedagsvoorzieningen en de sociale verzekeringen.

Gelet op de genoemde ontwikkelingen onderschrijft de Afdeling de in het voorstel geschetste noodzaak van het maken van een omslag van baan zekerheid naar werk zekerheid. De feitelijke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt dwingen daartoe. Nu bij deze ontwikkelingen werk zekerheid meer zekerheid geeft dan baan zekerheid, moet bescherming minder worden gezocht in het behoud van de (vaste) arbeidsplaats, maar meer in het weerbaar zijn op de arbeidsmarkt, en in het verlagen van drempels om werk te aanvaarden en/of personen in dienst te nemen.

b. Aanpak

Het functioneren van de arbeidsmarkt is van vele factoren afhankelijk. Vele daarvan zijn door de overheid niet of slechts in beperkte mate te beïnvloeden. De overheid heeft met name een belangrijke voorwaarden-scheppende rol. Veel bestaande arrangementen, zoals die rond (her)scholing, ontslagrecht, inkomensbescherming (sociale zekerheid en oudedagsvoorzieningen), loopbaanbeleid, re-integratie, en de praktijk inzake algemeenverbindendverklaring van cao-afspraken zijn van oudsher gericht op baan zekerheid of gekoppeld aan de traditionele arbeidsovereenkomst. Deze arrangementen zullen dan ook in ongewijzigde vorm niet zonder meer functioneel zijn in een stelsel dat gericht is op werk zekerheid.⁹ Een debat over arbeidsmarktflexibiliteit gaat dan ook over meer dan een herziening van de ontslagregeling of een bijstelling van de Wet flexibiliteit en zekerheid. In dat debat zijn aspecten van belang als de hoogte van het minimumloon, de loonstructuur, de inrichting van de cao, de activerende werking van de sociale verzekering, het op peil krijgen en houden van kennis en vaardigheden, verlofregelingen, en de kwaliteit en de toegankelijkheid van maatschappelijke dienstverlening, met name kinderopvang en het onderwijs.¹⁰

Om een stelsel dat uitgaat van werk zekerheid in plaats van baan zekerheid als overkoepelend uitgangspunt te kunnen laten functioneren, is volgens de Afdeling – gelet op vorenstaande analyse – dan ook essentieel dat institutionele en financiële arrangementen zo worden ingericht dat niet

⁸ OECD Economic Surveys, the Netherlands, June 2012.

⁹ Volgens de WRR (Investeren in werk zekerheid, 2007) zijn herschikkingen wenselijk op vier gebieden: een leven lang leren; inkomensbescherming; re-integratiebeleid; «nieuwe risico's». De inspanningen op deze terreinen moeten volgens de WRR (beter) worden afgestemd op het verwezenlijken van inzetbaarheid van individuele werknemers.

¹⁰ WRR, Investeren in werk zekerheid, 2007, blz. 24–25.

het hebben van een baan, maar het hebben van werk het aangrijpingspunt voor die arrangementen is. Dat vergt dan ook dat die arrangementen opnieuw worden doordacht en waar nodig zo worden aangepast dat zij – in onderlinge samenhang gezien – passen in de gekozen benadering van werkzekerheid.

Hierbij dient volgens de Afdeling niet alleen aandacht te bestaan voor de positie van de werknemer en zijn vaardigheden, maar ook voor de positie van de werkgever. Een stelsel gericht op werkzekerheid en vergroting van de dynamiek op de arbeidsmarkt staat of valt immers met de mate waarin werkgevers bereid zijn werknemers – al dan niet tijdelijk – in dienst te nemen. De directe beïnvloedingsmogelijkheden zijn in dit opzicht voor de overheid niet altijd even groot. Maar zij is, met name door het stellen van randvoorwaarden, wel in staat om stimulerend of juist belemmerend effect te sorteren op de vraag naar arbeid en daarmee op het functioneren van de arbeidsmarkt. In dat verband wijst de Afdeling op het volgende.

De Afdeling vraagt in het bijzonder aandacht voor de ontwikkeling van de kosten van arbeid. De kosten van arbeid voor een werkgever, alsook de netto-opbrengst van arbeid voor een werknemer zijn belangrijke factoren voor het functioneren van de arbeidsmarkt.

De overheid heeft weliswaar op de loonvorming beperkt rechtstreekse invloed, maar overheidsbeleid speelt indirect wel een belangrijke rol. Zo heeft de Afdeling in het advies over de Miljoenennota 2014 reeds gewezen op de stijging van de collectieve lastendruk en van de microlastendruk en de gevolgen daarvan voor de vraag naar arbeid.¹¹ Met name de bereidheid om mensen in dienst te nemen zal door de hogere kosten van arbeid afnemen.

Naast de meer algemene lasten moet worden gewezen op specifieke lasten waarmee werkgevers geconfronteerd worden, zoals de loondoorbetalingsverplichting van twee jaar bij ziekte. Specifiek aan de onderkant van de arbeidsmarkt spelen onder meer vraagstukken rond de productiviteit van werknemers in relatie tot het minimumloon, alsook de armoedevalproblematiek. Ook private afspraken hebben een belangrijke invloed op het functioneren van de arbeidsmarkt. De loonontwikkeling is in sterke mate onderwerp van cao-overleg. Dat geldt ook voor het loongebouw, dat in Nederland in vergelijking met veel andere landen vrij steil is, waardoor de loonkosten voor oudere werknemers hoger zijn.¹² Ook pensioenafspraken en verschillende bovenwettelijke afspraken, zoals die welke in het kader van het voorliggende voorstel aan de orde zijn bij verlenging van de WW periode bij cao, hebben een aanzienlijke invloed op de loonkosten en daarmee op het functioneren van de arbeidsmarkt. Hoewel het hier private afspraken betreft speelt de overheid hier een belangrijke rol, in het bijzonder door het algemeen verbindend verklaren van cao's.

In het voorstel is niet voor een brede, maar voor een beperkte aanpak gekozen, waarin alleen het ontslagrecht, de regels inzake flexwerk en de werkloosheidsuitkeringen worden aangepast. In de bespreking van die onderdelen hierna komt de Afdeling tot de conclusie dat veel van die aanpassingen, los van de merites die die aanpassingen op onderdelen hebben, slechts een beperkte bijdrage zullen kunnen leveren aan de beoogde omslag van baanonzekerheid naar werkzekerheid. Op onderdelen, met name de aanscherping van de ketenbepaling, lijken die aanpassingen zelfs contraproductief te kunnen zijn voor het functioneren van de arbeidsmarkt en de tweedeling op de arbeidsmarkt te kunnen versterken. Zoals hiervoor is uiteengezet, is een bredere aanpak nodig om de

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 750, nr. 3.

¹² CPB, Labour Market Flexibility in the Netherlands, 2011, blz. 40–41.

beoogde omslag te kunnen maken. Naar het oordeel van de Afdeling is voor een effectieve bijdrage aan de terecht beoogde omslag van baan-naar werkzekerheid substantieel meer nodig dan dit wetsvoorstel biedt.

c. Conclusie

De Afdeling onderschrijft, gelet op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, het oogmerk van het voorstel om de arbeidsmarktarrangementen aan te passen om te komen tot een verlegging van de nadruk in het arbeidsmarktbeleid van baanzekerheid naar werkzekerheid.

Er is grond voor gerede twijfel of de voorgestelde maatregelen met betrekking tot wijziging van de positie van flexwerkers, wijziging van het ontslagrecht en aanpassing van de werkloosheidsregelingen alleen, een substantiële bijdrage zullen leveren aan deze omslag. Om die doelstelling te kunnen bereiken is naar het oordeel van de Afdeling een bredere heroriëntering van de arbeidsmarktarrangementen noodzakelijk. Daarin wordt niet voorzien.

De Afdeling adviseert nader op het vorenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

1. Van baanzekerheid naar werkzekerheid

Het kabinet is verheugd dat de Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling) de beoogde omslag naar meer werkzekerheid deelt en de problemen onderkent van een duale arbeidsmarkt. Daarbij deelt het kabinet de analyse dat het hervormen van het ontslagrecht, het flexrecht en de werkloosheidsregelingen op zich niet afdoende is om deze omslag te bewerkstelligen. Het voorliggende wetsvoorstel is een element in het bredere regeringsbeleid, en mag niet geïdentificeerd worden met het geheel daarvan. Dit komt ook tot uiting in het Sociaal Akkoord, waarin niet alleen wordt ingegaan op flexrecht, ontslagrecht en Werkloosheidswet (WW), maar ook op duurzame inzetbaarheid, arbeidsparticipatie van mensen met een arbeidsbeperking, pensioenen en de combinatie arbeid en zorg. Elementen van dit Sociaal Akkoord zullen overigens nog nader uitgewerkt worden, onder andere in het brede advies van de SER over de toekomstige sociale infrastructuur van de arbeidsmarkt.¹³ Het feit dat het wetsvoorstel zich richt op slechts een deel van de arbeidsmarktinstuties en derhalve niet afdoende is om de volledige omslag van baanzekerheid naar werkzekerheid te maken, doet in de ogen van het kabinet niets af aan de waarde van dit wetsvoorstel.

Daarnaast ziet het kabinet aanzienlijke effecten uitgaan van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat ingrijpende hervormingen op drie belangrijke en samenhangende terreinen, namelijk het ontslagrecht, het flexrecht en de WW. Het wetsvoorstel is daarmee breder dan de Wet Flexibiliteit en zekerheid uit 1999, die vrij uitsluitend op het flexrecht gericht was. De hervorming van het ontslagstelsel is de eerste substantiële hervorming sinds de Tweede Wereldoorlog. Het wetsvoorstel maakt het stelsel eenvoudiger, bevordert de rechtsgelijkheid en maakt een einde aan de soms excessieve vergoedingen via de kantonrechter. De WW wordt activerender, zet mensen sneller aan tot het accepteren van een nieuwe baan en zorgt er voor dat werken vanuit de WW altijd loont. Door aanpassingen in het flexrecht wordt de bescherming verbeterd voor mensen die nu langdurig flexibel ingeschakeld kunnen worden bij eenzelfde werkgever.

¹³ Kamerstukken II 2012/13, 33 566, nr. 43.

De vrees van de Afdeling dat de aanpassing van de regels van flexrecht niet zal leiden tot verbetering van de positie van flexwerkers wordt niet door het kabinet gedeeld. In individuele gevallen kan het inderdaad gebeuren dat het dienstverband van een flexwerker eerder zal worden beëindigd. De economische literatuur laat echter zien dat het verkleinen van het verschil tussen de bescherming van vaste en flexibele contracten door het verstevigen van de bescherming van flexwerkers geen negatieve werkgelegenheidseffecten heeft en leidt tot een toename van het aandeel vaste contracten.¹⁴ Ook de vrees van de Afdeling dat het effect van de WW-hervormingen teniet zal worden gedaan door bovenwettelijke verlenging bij cao wordt door het kabinet niet gedeeld. Het kabinet verwacht namelijk, mede op basis van het Sociaal Akkoord, dat dergelijke afspraken hand in hand zullen gaan met afspraken om te investeren in duurzame inzetbaarheid, van-werk-naar-werk trajecten en re-integratie.

Verder wijst het kabinet op het belang van voldoende maatschappelijk draagvlak, zeker bij grote hervormingen. Dergelijke hervormingen komen in Nederland vaak tot stand door sociale akkoorden. Dat lijkt op het oog soms onvoldoende snel te gaan om de aanpassingen te maken waar de huidige tijd om vraagt. Maar het grote voordeel van het creëren van maatschappelijk draagvlak in de polder is dat de hervormingen stevig staan en niet één of twee jaar later ongedaan worden gemaakt. In deze traditie zal de Wet werk en zekerheid naar onze verwachting eveneens bijdragen aan een sterkere en socialere economie en arbeidsmarkt.

2. Hoofdpijnen van het ontslagrecht

2.1. Inleiding: het wetsvoorstel

Doel van dit onderdeel van het wetsvoorstel is het ontslagrecht eenduidig en eenvoudiger te maken, waarbij de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden bevorderd. Daarnaast beoogt het voorstel de vergoedingen bij ontslag beter te benutten en te hoge vergoedingen te beperken. Volgens de toelichting zijn werkgevers door het huidige vergoedingssysteem soms terughoudend een nieuwe (oudere) werknemer in dienst te nemen, terwijl oudere werknemers een nieuwe baan soms niet durven aangaan, omdat ze daarmee hun verworven ontslagbescherming verliezen.¹⁵ Voorts worden de huidige ontslagvergoedingen onvoldoende productief ingezet voor het vinden van nieuw werk. Het voorstel beoogt daarom de ontslagvergoedingen eerlijker te verdelen, te bevorderen dat zij bij (dreigend) ontslag worden aangewend voor transitie naar een andere baan en deze in hoogte te beperken. Daarmee beoogt het voorstel te bereiken dat niet alleen het aangaan van vaste contracten wordt bevorderd, maar ook de verschillen tussen de posities van werknemers in vaste en tijdelijke dienst worden verkleind en de mobiliteit van werknemers niet wordt ontmoedigd. Tegelijkertijd beoogt het voorstel het overheersende doel van ontslagbescherming niet uit het oog te verliezen. Daarmee wordt bedoeld het beschermen van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag hetgeen leidt tot stabiele arbeidsrelaties, het bevorderen van de bereidheid van werkgevers en werknemers over en weer om te investeren in scholing en opleiding en het bieden van inkomens- en werkzekerheid aan werknemers, aldus de toelichting.

¹⁴ OECD, Employment Outlook 2013.

¹⁵ Memorie van toelichting, hoofdstuk 1, paragraaf 3.

2.2. Nieuwe inrichting van het ontslagrecht

i) Handhaving van preventief toezicht en een duaal stelsel

In het huidige ontslagrecht kan de werkgever die een arbeidsovereenkomst met een werknemer eenzijdig wil beëindigen een keuze maken uit twee mogelijkheden. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen, waarbij gewoonlijk vereist is dat hij voorafgaand daaraan op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945) toestemming van het UWV heeft verkregen. De werkgever kan er ook voor kiezen de kantonrechter te verzoeken om de arbeidsovereenkomst met de werknemer op de voet van artikel 7:685 Burgerlijk Wetboek (BW) te ontbinden wegens gewichtige redenen.

In het voorstel komt het BBA 1945 te vervallen en wordt het ontslagrecht in hoofdzaak geregeld in het BW en daarop gebaseerde nadere (lagere) regelgeving. Het voorstel handhaaft echter de beide ontslagroutes. Wel komt de mogelijkheid voor de werkgever om tussen beide routes te kiezen te vervallen. De te volgen ontslagroute wordt afhankelijk van de grond voor het ontslag. Bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid wordt toestemming van het UWV vereist. Bij andere ontslaggronden die verband houden met in de persoon van de werknemer gelegen redenen dient de werkgever de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

De Afdeling staat op zichzelf positief tegenover de intrekking van het BBA 1945, waarmee een van de laatste nog geldende delen van het oorlogsnoodrecht na bijna 70 jaar wordt vervangen door op reguliere wijze tot stand gekomen wetgeving. De Afdeling merkt tegelijkertijd op dat door de keuze voor handhaving van een duaal ontslagstelsel met preventief toezicht geen sprake is van een werkelijke hervorming van het ontslagrecht. Het doel van het voorstel is om te komen tot een beter functionerende arbeidsmarkt die geëquipeerd is voor de uitdagingen en kansen van de 21^e eeuw. Hiertoe streeft het voorstel een nieuw evenwicht na tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt. Gelet op deze doelstellingen van het voorstel valt het echter op dat wordt afgezien van de in verschillende voorstellen en rapporten van de afgelopen jaren aanbevolen stap tot het vervangen van een duaal stelsel met zowel preventief als repressief toezicht door een enkelvoudig stelsel met toezicht achteraf.¹⁶ Een dergelijke, meer structurele hervorming behoeft niet noodzakelijkerwijs tot een gebrek aan rechtsbescherming te leiden, indien wordt voorzien in de nodige bescherming van de werknemer in het BW. In aanmerking genomen het geringe aantal gevallen waarin het preventief toezicht leidt tot het daadwerkelijk tegenhouden van ontslag en de bezwaren die leven tegen de bureaucratische aspecten van de bij het preventief toezicht betrokken procedures, kan een dergelijke stap leiden tot vermindering van de lasten van ontslag voor het bedrijfsleven. Dat zou weer kunnen bijdragen aan een minder grote terughoudendheid van werkgevers in het aanbieden van vaste dienstverbanden aan werknemers. Aan werknemerszijde zou een dergelijke ontwikkeling kunnen leiden tot een grotere aansporing tot het doorstromen naar functies die meer perspectief voor de toekomst kunnen bieden.

¹⁶ Zie Commissie Rood, «Afscheid van het duale ontslagstelsel», de adviesaanvraag «, 2000, Plan Donner, Hoofddlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht», 2007, WRR «Investeren in werkzekerheid», 2007 en Commissie Bakker, «Naar een toekomst die werkt», 2008.

Een dergelijke, meer structurele hervorming zou ook beter tegemoet komen aan de in de toelichting gesignaleerde problematiek van een tweedeling op de arbeidsmarkt tussen werknemers die blijven hangen in de flexibele schil en een slinkende groep van met name oudere, vaste werknemers die vastzitten in hun huidige baan. Aan de ene kant durven mogelijke nieuwe werkgevers deze laatste groep niet direct een vast contract aan te bieden. Aan de andere kant zijn deze werknemers vaak te onzeker om van baan te wisselen vanwege de vrees dat zij de ontslagbescherming en de arbeidsvoorwaarden prijsgeven die zijn verbonden aan hun huidige baan. Zoals de toelichting terecht stelt, kan een te rigide ontslagbescherming ertoe leiden dat werknemers te weinig investeren in hun inzetbaarheid of dat zij de stap naar een andere werkgever niet durven te maken uit angst hun verworven rechten te verliezen.

Een te knellend ontslagrecht kan er ook toe leiden dat werkgevers onvoldoende in staat zijn om mee te bewegen met de economie, waardoor zij minder banen kunnen creëren of gaan uitwijken naar flexibele contracten.¹⁷ Hoe de handhaving van het ontslagstelsel de arbeidsmobiliteit van met name deze groep oudere werknemers met een vast dienstverband – hun employability – bevordert, wordt uit de toelichting onvoldoende duidelijk.

Niet duidelijk wordt dat het ontslagstelsel in de voorgestelde vorm minder complex en minder star zou worden. In dit verband wijst de Afdeling opnieuw op de hiervoor genoemde voorstellen en rapporten, waarin reeds vanaf 2000 is gepleit voor een ver(der)gaande vereenvoudiging van het ontslagstelsel.

De Afdeling concludeert dat het voorstel in deze vorm slechts een bescheiden begin van aanpak vormt van de omslag naar een op werkzekerheid gericht stelsel met vergroting van de dynamiek op de arbeidsmarkt.

ii) Invoering transitievergoeding

Het voorstel introduceert een transitievergoeding, die in de plaats komt van de huidige ontslagvergoeding. Thans hebben werknemers die via de UWV-procedure worden ontslagen in beginsel geen aanspraak op een ontslagvergoeding. Op grond van het voorstel gaat de transitievergoeding gelden voor elke werknemer die onvrijwillig wordt ontslagen, ongeacht het aantal werknemers dat bij de desbetreffende werkgever in dienst is. De voorgestelde wijze van berekening van deze vergoeding moet leiden tot lagere vergoedingen dan de huidige ontslagvergoeding. Niettemin kan de transitievergoeding voor kleine(re) werkgevers duur uitpakken, nu iedere ontslagen werknemer hierop aanspraak heeft. Daardoor kunnen de kosten van arbeid toenemen, waardoor de bereidheid om mensen in dienst te nemen verder kan afnemen.

Volgens de toelichting is de transitievergoeding enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds bedoeld om de overgang naar een andere baan te vergemakkelijken. In verband met de introductie van de transitievergoeding komt het criterium of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten, te vervallen.¹⁸

De voorgestelde bepalingen inzake de transitievergoeding beantwoorden aan de doelstellingen van het bevorderen van rechtsgelijkheid in een

¹⁷ Memorie van toelichting, hoofdstuk 1.

¹⁸ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 4.

duaal ontslagstelsel, het verminderen van een groeiende kloof tussen flexibele werknemers en werknemers in vaste dienst en het tegengaan van te hoge ontslagkosten door het maximeren van de vergoeding bij ontslag. Het voorstel heeft ook terecht oog voor de toenemende vraag naar employability en bevordering van transitie op de arbeidsmarkt. Maar de uitwerking van de transitievergoeding schiet toch op een aantal punten tekort om die doelstellingen van het wetsvoorstel te realiseren. De Afdeling wijst op het volgende.

Voor vergroting van de employability van werknemers is de koppeling van de transitievergoeding aan het einde van de arbeidsovereenkomst onvoldoende effectief. Wanneer pas aan «transitie» wordt gewerkt als ontslag dreigt, is dat in veel gevallen te laat, in ieder geval voor werknemers in vaste dienst.¹⁹ In plaats van een faciliteit bij het einde van het dienstverband is daarom behoefte aan andere vormen van bevordering van de employability. Dit vereist ook inspanningen van de werknemer tijdens het dienstverband in zijn blijvende inzetbaarheid en daarmee werkzekerheid op de arbeidsmarkt.

Daarbij is van belang dat de transitievergoeding zoals die in het voorstel is vormgegeven een te vrijblijvend karakter behoudt, nu deze vergoeding niet is gekoppeld aan het doel waarvoor deze mede bestemd is, te weten een werk-naar-werktraject of scholing en opleiding. Zoals thans voorgesteld, ontstaat de indruk dat de transitievergoeding in de praktijk in feite de voortzetting zal vormen van de huidige onbestemde of ongerichte ontslagvergoeding. Zonder waarborgen dat de transitievergoeding op een nuttige wijze wordt gebruikt voor employability en transitie naar ander werk bewerkstelligt het voorstel louter een verlaging van de ontslagvergoeding. Daarmee komt het voorstel tegemoet aan de wens om te hoge ontslagkosten te voorkomen, maar niet aan het doel om de omslag van baan- naar werkzekerheid te bevorderen.

In dat verband wijst de Afdeling er bovendien op dat de vraag gerechtvaardigd is of de in hoogte teruggebrachte vergoeding in alle gevallen effectief kan worden ingezet voor scholing en opleiding. De benodigde transitiekosten voor een werknemer zijn immers niet afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst.

De Afdeling komt tot de conclusie dat de transitievergoeding in deze vorm onvoldoende bijdraagt aan het vergroten van de werkzekerheid van werknemers.

2.3. Conclusie

Met dit wetsvoorstel wordt het ontslagstelsel enigszins gemoderniseerd. Een wezenlijke hervorming blijft evenwel uit doordat de preventieve toets blijft bestaan en het duale stelsel van ontslagrecht behouden blijft. Of hiermee de doelstellingen van het voorstel, een meer dynamische arbeidsmarkt, worden bereikt, is zeer de vraag. Een meer structurele hervorming die niet noodzakelijkerwijs tot een gebrek aan rechtsbescherming hoeft te leiden, zou de problemen op de arbeidsmarkt effectiever kunnen aanpakken.

Het nieuwe vergoedingensysteem leidt tot een meer eenduidig systeem en komt de rechtsgelijkheid van werknemers tegemoet. Dit systeem biedt echter nog onvoldoende garanties dat de vergoeding ook voor het beoogde doel van overgang naar een andere baan wordt gebruikt en kan voor de werkgever duur uitpakken.

De Afdeling ziet daardoor niet in dat het voorstel in de huidige vorm zal leiden tot het wezenlijk terugdringen van de op de arbeidsmarkt ontstane

¹⁹ Vgl. het WRR-rapport «Investeren in werkzekerheid», blz. 164.

tweedeling tussen veelal ouderen met een vast dienstverband en veelal jongeren met een flexibel dienstverband of geen dienstverband. In aansluiting hierop mist de Afdeling verder een analyse van andere bestaande arrangementen in het arbeidsovereenkomstenrecht die in de weg staan aan de bevordering van een stelsel van werkzekerheid in plaats van baanzekerheid en die een gunstig effect kunnen sorteren op de bereidheid van werkgevers om werknemers – al dan niet tijdelijk – in dienst te nemen. Hierop is reeds gewezen in punt 1.

De Afdeling adviseert in de toelichting op vorenstaande aspecten in te gaan en het voorstel aan te passen.

2.4. Het «muizengaatje»

In de begeleidende brief bij het voorstel wordt bijzondere aandacht gevraagd voor de bruikbaarheid van het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» in verschillende voorgestelde bepalingen. De Afdeling beantwoordt deze vraag als volgt.

Krachtens de voorgestelde artikelen 7:671b, lid 8 onder b en c, lid 9, onder c en d, 7:671c, lid 2, onder b, en lid 3, onder c en d, 7:673, lid 7, onder c en lid 9, 7:682, lid 1 onder b en c, en lid 2, onder b, BW wordt aan de werknemer een billijke (hogere) vergoeding toegekend, indien de opzegging, ontbinding of het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever dan wel geheel of grotendeels te wijten is aan de werkgever. Voor verlies van de transitievergoeding hanteert het voorstel eenzelfde criterium. Het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst moet dan het gevolg zijn van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer dan wel geheel of gedeeltelijk te wijten zijn aan de werknemer. Ingevolge artikel 7:653, lid 4 en 5, BW wordt dit criterium ook gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of een werkgever zich kan beroepen op een concurrentiebeding, respectievelijk of de werknemer een vergoeding krijgt ter compensatie van de belemmerende werking van het concurrentiebeding.

Volgens de begeleidende brief bij de adviesaanvraag wordt met het criterium «ernstige verwijtbaarheid» beoogd een zogenaamd «muizengaatje» te creëren. Hieraan wordt in de toelichting als volgt invulling gegeven: «ernstige verwijtbaarheid dan wel situaties die te kenschetsen zijn als een situatie waarin het feit dat de arbeidsrelatie beëindigd moet worden geheel of grotendeels te wijten is aan de ene of andere partij». Het gaat hierbij om uitzonderlijke gevallen waarbij de vergoeding een ander karakter heeft dan de transitievergoeding.²⁰ Het criterium dient enerzijds niet zo ruim te zijn dat van de billijke vergoeding een aanzui-gende werking uitgaat, anderzijds dient compensatie van werkelijk onrecht wel te zijn gewaarborgd. Vanuit de positie van de werknemer dient te worden voorkomen dat de werknemer al te makkelijk zijn recht op de transitievergoeding wordt ontzegd.

De eerste vergoedingsgrond «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» sluit goed aan bij de in de toelichting tot uitdrukking gebrachte gedachte. Mede aan de hand van de in de toelichting gegeven concrete voorbeelden, zal dit gedeelte van het criterium naar mag worden aangenomen in de praktijk hanteerbaar zijn om de additionele vergoeding beperkt te houden tot duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed

²⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 2, onder «Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten».

werkgeverschap (of goed werknemerschap in het spiegelbeeldige geval waarin het gaat om het verlies van de transitievergoeding). Dit geldt echter niet voor de tweede vergoedingsgrond «geheel of grotendeels te wijten aan». Bij een onvrijwillig ontslag zal vrijwel altijd aan de orde zijn aan wie het ontslag in meer of mindere mate te wijten is. De voorgestelde grond is zeer ruim geformuleerd en de rechter kan dan ook veel situaties onder deze grondslag brengen. Met die voorgestelde tweede grond wordt het doel om de additionele vergoeding te beperken tot uitzonderlijke gevallen voor een belangrijk deel teniet gedaan.

Met de thans voorgestelde formulering krijgt de rechter de mogelijkheid om alle gevallen met een lichtere mate van verwijtbaarheid onder de als uitzondering bedoelde grond te brengen. Gegeven dat ontslag om bedrijfseconomische redenen niet langs deze weg aan de orde komt, zullen alle andere gevallen van ontslag hieronder gebracht kunnen worden, behoudens die waarin het ontslag gelijkelijk aan het handelen van werkgever en werknemer valt toe te rekenen. Deze laatste gevallen zullen uitzondering zijn. Zonder nadere invulling of beperking van de tweede grond bestaat de kans dat deze grond in de rechtspraak zal worden uitgehold. Schrapping van deze grond kan soelaas bieden, maar zou er ook toe kunnen leiden dat de rechter in zijn ogen onbillijke situaties onder de eerste vergoedingsgrond (ernstig verwijtbaar handelen of nalaten) zal brengen. Daardoor zou deze grond een groter bereik dan beoogd kunnen krijgen.

Als alternatief zou de tweede vergoedingsgrond ook nader begrensd kunnen worden door in het voorstel een grondslag op te nemen voor een algemene maatregel van bestuur, waarin limitatief gevallen worden opgenomen van specifieke, concreet omschreven situaties, waarin een additionele vergoeding op zijn plaats zou zijn, dan wel een transitievergoeding geheel of gedeeltelijk verloren zou gaan. Voorts moet uit de tekst van het voorstel in dat geval duidelijk worden dat, als geen algemene maatregel van bestuur tot stand komt, de grond ook niet kan worden toegepast.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting de voor- en nadelen van schrapping van de tweede vergoedingsgrond ten opzichte van verdere beperking van die grond, zoals in het vorenstaande gesuggered, te bespreken en op grond daarvan een nadere keuze te maken.

2. Hoofdlijnen ontslagrecht

2.2. Nieuwe inrichting van het ontslagrecht

i) Handhaving van preventief toezicht en duaal stelsel

Het kabinet is verheugd dat de Afdeling positief staat tegenover de intrekking van het BBA 1945, waarmee een van de laatste nog geldende delen van het oorlogsnoodrecht wordt vervangen. Het kabinet deelt de mening van de Afdeling niet dat er geen sprake zou zijn van een daadwerkelijke ontslaghervorming, omdat het ontslagrecht duaal en preventief zou blijven.

Ontslag is en blijft voor werknemers een ingrijpende gebeurtenis. Het kabinet hecht daarom aan een zorgvuldige toetsing van het ontslag door een onafhankelijke derde alvorens een werkgever tot ontslag kan overgaan. Om die reden wordt in onderhavig wetsvoorstel het preventief toetsen van een ontslagvoornemen van de werkgever gecontinueerd. Het kabinet merkt hierbij op dat het preventief toetsen van ontslag niet alleen een waarborg inhoudt voor de zorgvuldigheid die van de werkgever mag worden verlangd als het gaat om het ontslag van een werknemer, maar

dat het ook een belangrijke bijdrage levert aan de acceptatie van de werknemer als het uiteindelijk toch tot ontslag komt. Werknemers kunnen er dan op vertrouwen dat hier zorgvuldig naar is gekeken waarmee rechterlijke procedures achteraf worden voorkomen.

In reactie op hetgeen de Afdeling heeft opgemerkt over het duale ontslagstelsel, merkt het kabinet het volgende op. Het voorstel maakt een einde aan het huidige duale ontslagstelsel waarbij de werkgever bij alle gronden voor ontslag zelf kan kiezen welke route hij neemt. Het kabinet acht het huidige stelsel – zoals ook aangegeven in het algemene deel van de toelichting – onwenselijk. Het voorstel maakt niet enkel een einde aan de keuze van de werkgever, maar – hiermee samenhangend – tevens een einde aan de situatie waarin de werkgever bepaalt welke rechtsgevolgen het ontslag voor een werknemer kan hebben. Anders dan de Afdeling meent, komt met dit wetsvoorstel aan het huidige duale ontslagstelsel met voornoemde kenmerken een einde. In dit licht bezien wordt het ontslagrecht met dit voorstel rechtvaardiger, eenduidiger en eenvoudiger.

In reactie op hetgeen de Afdeling stelt over de effecten van het voorstel op de arbeidsmobiliteit en employability van met name oudere werknemers merkt het kabinet het volgende op. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt aangegeven dat er in het huidige stelsel vaak sprake is van hoge vergoedingen bij ontslag van ouderen via de kantonrechter, door de leeftijdsafhankelijkheid van de kantonrechtersformule. In het nieuwe stelsel is de transitievergoeding enkel afhankelijk van de lengte van het dienstverband en niet van leeftijd (afgezien van een tijdelijke regeling tot 2020). Dit levert een bijdrage aan de mobiliteit van met name oudere werknemers, omdat zij bij een overstap naar een nieuwe baan er minder op achteruitgaan in termen van een mogelijk later te ontvangen ontslagvergoeding. Werkgevers zullen om dezelfde reden minder aarzeling ondervinden bij het aannemen van oudere werknemers. Een hogere vrijwillige mobiliteit zorgt ervoor dat werknemers sneller op plekken terechtkomen die bij hun vaardigheden passen en levert zo een bijdrage aan de duurzame inzetbaarheid van deze werknemers.

ii) Invoering transitievergoeding

De Afdeling merkt op dat de koppeling van de transitievergoeding aan het einde van de arbeidsovereenkomst onvoldoende effectief is voor de vergroting van de employability en dat de transitievergoeding zoals die in het voorstel is vormgegeven een te vrijblijvend karakter behoudt. Het kabinet deelt de analyse dat gedurende de gehele loopbaan geïnvesteerd dient te worden in de duurzame inzetbaarheid van de werknemer, zowel door de werkgever als de werknemer. Het bredere kabinetsbeleid is hier op gericht. Naar de mening van het kabinet kan niet gesteld worden dat de transitievergoeding een te vrijblijvend karakter houdt. Dit hangt mede af van de wijze waarop hiermee wordt omgegaan door de sociale partners en door individuele werkgevers en werknemers.

Een advies van de Stichting van de Arbeid zal invulling krijgen in een ministeriële regeling, die bepaalt dat op de transitievergoeding kosten in mindering worden gebracht die verband houden met maatregelen gericht op het bevorderen van het vinden van een andere baan bij (dreigend) ontslag. Te denken is aan kosten voor scholing of outplacement, maar bijvoorbeeld ook aan een langere dan de wettelijke opzegtermijn zodat een werknemer langer in de gelegenheid is om vanuit zijn baan naar een andere baan om te zien. Daarnaast kunnen, voor zover in de ministeriële regeling bepaald, op de vergoeding andere kosten in mindering worden gebracht die verband houden met het bevorderen van de bredere

inzetbaarheid van werknemers en die eerder tijdens het dienstverband zijn gemaakt door de werkgever die ook de transitievergoeding verschuldigd is.

Verder voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de wettelijke regeling voor de transitievergoeding. Dit is een expliciete wens van sociale partners zodat zij zelf regels kunnen treffen voor het bevorderen van van-werk-naar-werk transitie. Dit kunnen zij realiseren door ontslagen werknemers aanspraak te geven op (aan de transitievergoeding gelijkwaardige) voorzieningen die zijn gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de werkloosheidsduur.

2.4. Het «Muizengaatje»

Het kabinet is de Afdeling erkentelijk dat zij bijzondere aandacht heeft besteed aan de bruikbaarheid van het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, dan wel geheel of grotendeels te wijten aan». Het kabinet leest in het advies van de Afdeling de overtuiging dat bij handhaving van het aan de Afdeling voorgelegde criterium onvoldoende tegemoet wordt gekomen aan het doel dat daarmee beoogd is te bereiken, omdat het te ruim is geformuleerd. Het kabinet acht het zowel in het belang van de werkgever als in het belang van de werknemer dat slechts in uitzonderlijke gevallen aan het criterium zal zijn voldaan, zoals beschreven in de memorie van toelichting. Beide partijen hebben belang bij rechtszekerheid. Voorts is het in het belang van de werkgever dat de kosten voor ontslag beperkt zijn en in het belang van de werknemer dat hem niet al te snel een transitievergoeding wordt afgenomen (het spiegelbeeldige effect van het voldoen aan het bedoelde criterium).

Het kabinet volgt dan ook het advies van de Afdeling op om het criterium voor toekenning van een billijke vergoeding of het niet toekennen van de transitievergoeding aan te passen in de zin dat de tweede vergoedingsgrond («geheel of grotendeels te wijten aan») wordt geschrapt. Het kabinet is van mening dat het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» niet zodanig ruim is dat het een aanzuigende werking heeft, maar wel de mogelijkheid geeft om werkelijk onrecht te compenseren. De tweede alternatieve suggestie die de Afdeling heeft gedaan wordt niet gevolgd, omdat dit noopt tot het opstellen van een limitatieve lijst van gevallen die onder de werking van de tweede vergoedingsgrond zouden vallen, terwijl het kabinet van mening is dat de gevallen – naar hun aard – niet van tevoren uitputtend in een lijst te vatten zijn.

Bij de keuze voor het schrappen van de zinsnede «geheel of grotendeels te wijten aan» heeft het kabinet acht geslagen op het door de Afdeling genoemde mogelijke risico dat in de praktijk het element «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» een groter bereik dan beoogd zou kunnen krijgen, wanneer rechters een in hun ogen onbillijke situatie onder deze vergoedingsgrond zouden willen brengen. Het kabinet wijst erop dat dit niet mogelijk zal zijn, nu dergelijke situaties die niet ernstig verwijtbaar zijn niet in aanmerking komen voor een additionele billijke vergoeding naast de transitievergoeding. Dit blijkt uit de formulering van de bepaling en de toelichting betreffende de additionele vergoeding. De beoogde beperkte reikwijdte komt voorts tot uitdrukking in het feit dat de toets of het ontslag redelijk is, mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen, geen onderdeel vormt van het criterium, omdat zulks reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding. Het kabinet is van mening dat uit de toelichting voldoende blijkt dat het criterium met terughoudendheid moet worden toegepast en verwacht ook dat rechters

zich hiernaar zullen richten. Dit neemt niet weg dat het kabinet de toepassing van het criterium in de praktijk vanzelfsprekend zal blijven volgen.

3. Flexibele arbeidsrelaties

a. Inleiding

Het voorstel bevat zeven wijzigingen die de positie van werknemers met flexibele arbeidsrelaties moeten versterken. Dit zijn de aanscherping van de ketenbepaling (artikel 7:668a BW), de beperking van de mogelijkheid om bij cao van de ketenbepaling af te wijken (artikel 7:668a BW lid 5 en 7), het verbod op een proeftijd bij een contract van minder dan zes maanden (artikel 7:652 BW), het verbod op een concurrentiebeding bij tijdelijke contracten (artikel 7:653 BW), de beperking van het uitzendbeding tot anderhalf jaar (artikel 7:691 BW), de beperking van de mogelijkheid om bij cao van de regels voor oproepcontracten af te wijken (artikel 7:628 BW) en de verplichte aanzegtermijn bij tijdelijke contracten (artikel 7:668b BW). De wijzigingen moeten blijkens de toelichting langdurig gebruik van flexibele arbeidsrelaties voor werkgevers minder aantrekkelijk maken en daarmee de positie van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie verbeteren.²¹

Volgens de toelichting gaat het hier om werknemers met tijdelijke contracten, oproepcontracten of contracten zonder vaste uren, alsmede om uitzendkrachten.²² In de toelichting bij het onderdeel flexibele arbeid wordt tevens ingegaan op de groei van het aantal zzp-ers en payroll-werknemers. Het voorstel bevat geen specifieke maatregelen voor deze arbeidsrelaties.²³

b. Beoordeling flexibele arbeidsrelaties

Volgens de toelichting wordt flexibele arbeid een probleem indien werknemers langdurig en onvrijwillig in de flexibele schil verblijven.²⁴ Gewezen wordt op de structurele toename in de afgelopen tien jaar van het percentage werknemers met een flexibele arbeidsrelatie. Tegelijkertijd zijn de kansen voor een werknemer met een tijdelijk contract om in vaste dienst te worden genomen gedaald, waardoor meer werknemers langdurig en onvrijwillig in de vaste schil verblijven.²⁵ De toelichting wijst voorts op de nadelige gevolgen van langdurig verblijf in de flexibele schil voor de loopbaanmogelijkheden en de financiële positie van de werknemer.

De structurele toename van het aantal werknemers met langdurige flexibele arbeidsrelaties past in de in de toelichting geschetste ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. In zoverre ligt het voor de hand dat het arbeidsovereenkomstenrecht wordt aangepast aan de ontwikkelingen op het gebied van flexwerk.

Het voorstel bevat op dit punt een aantal maatregelen dat erop is gericht de positie van de flexwerker te versterken. De belangrijkste daarvan is de verkorting van de maximale duur van verschillende vormen van flexibele arbeidsrelaties. Werkgevers zullen daardoor eerder een definitieve keuze moeten maken tussen het in vaste dienst nemen van een flexwerker of het definitief beëindigen van de arbeidsrelatie.

²¹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, onder «beoordeling flexibele schil».

²² Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, onder «historie».

²³ In hoofdstuk 2 van de toelichting staat dat onderzoek plaatsvindt naar de mogelijkheden om schijnzelfstandigheid en oneigenlijk gebruik van driehoeksrelaties te voorkomen.

²⁴ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, onder «beoordeling».

²⁵ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, onder «grote en groeiende flexibele schil».

Volgens de toelichting zullen de voorgenomen maatregelen leiden tot een kleinere flexibele schil, omdat werkgevers eerder een vast contract moeten aanbieden. Weliswaar zullen sommige werknemers geen vast contract aangeboden krijgen, terwijl ze op basis van een flexibel contract door hadden kunnen werken bij de huidige werkgever. Dit leidt echter niet tot een hogere werkloosheid, omdat de opengevallen arbeidsplek door de werkgever gevuld zal worden met een andere flexibele werknemer, aldus de toelichting.²⁶

De gekozen maatregelen leiden ertoe dat het voor werkgevers minder aantrekkelijk wordt om gebruik te maken van flexibele arbeidsrelaties. De Afdeling wijst erop dat werkgevers meer keuzes hebben dan tussen vaste of flexibele arbeidscontracten. Zo is het mogelijk dat opengevallen flexibele arbeidsplekken niet meer worden opgevuld, omdat werkgevers de nieuwe regels als te knellend ervaren. Die werkgevers zouden dan kunnen kiezen voor een andere inrichting van het bedrijfsproces (automatisering) waardoor minder flexwerkers nodig zijn, voor een langere arbeidsduur voor de vaste werknemers (meer overuren), het gebruik van constructies waarin geen arbeidscontract nodig is (payrollers of zzp-ers), of voor verplaatsing van de arbeid naar landen met een soepeler flexrecht.

In de toelichting wordt niet op dergelijke scenario's ingegaan. De beperkte aanpak van de regels die gelden voor vaste dienstverbanden maken zulke scenario's echter realistisch.

Het is evenmin uitgesloten dat werkgevers overstappen op kortere (ketens van) tijdelijke arbeidsovereenkomsten. In dat geval zal de bereidheid van werkgevers om in scholing van tijdelijke werknemers te willen investeren mogelijk verder afnemen, omdat er te weinig tijd is om deze kosten terug te verdienen. Deze ontwikkelingen dragen niet bij aan een verbetering van de werkzekerheid van flexwerkers.

De Afdeling concludeert dat onvoldoende wordt gemotiveerd waarom de gekozen maatregelen er toe zouden bijdragen dat flexwerkers vaker en eerder in vaste dienst worden genomen en dat op die wijze de positie van flexwerkers zal verbeteren en de tweedeling op de arbeidsmarkt wordt verkleind. Tot slot is de kans reëel dat de arbeidsmarkt door deze maatregelen, in samenhang met de voorstellen op het gebied van vaste contracten, minder efficiënt gaat functioneren.

De Afdeling adviseert in verband met het voorgaande in de toelichting dragend te motiveren dat de positie van flexwerkers door het voorstel als geheel werkelijk verbetert en de maatregelen op het gebied van het flexrecht of onderdelen daarvan, opnieuw te bezien.

Onverminderd het vorenstaande merkt de Afdeling over de afzonderlijke zeven wijzigingen het volgende op.

c. Aanscherping ketenbepaling

Ingevolge het huidige artikel 7:668a BW, lid 1, worden achtereenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, indien meer dan drie overeenkomsten elkaar hebben opgevolgd, of deze overeenkomsten de duur van drie jaar hebben overschreden. Er mogen niet meer dan drie maanden tussen elkaar opvolgende tijdelijke contracten zitten.

²⁶ Memorie van toelichting, hoofdstuk 5, paragraaf 3, onder «omvang flexibele schil, aannamebeleid en arbeidsmobiliteit».

Het voorstel wijzigt deze ketenbepaling op twee onderdelen. De duur van de tijdelijke contracten mag niet langer zijn dan twee jaar en de tussenpozen tussen twee tijdelijke contracten mogen niet langer dan zes maanden zijn. Van werkgevers mag worden verwacht dat zij na twee jaar een beeld hebben van de (financiële) mogelijkheden om een werknemer in vaste dienst te nemen, aldus de toelichting.²⁷

De voorgestelde aanscherping betekent dat de werkgever zijn definitieve keuze voor een vast contract of ontslag al een jaar eerder moet maken. Zo'n wijziging zou op zijn plaats zijn als de regels voor vaste contracten voldoende zijn aangepast om de vrees bij werkgevers voor vaste contracten weg te nemen. Voorts wordt de werkgever op grond van het voorgestelde artikel 7:673, lid 1, van het BW, ook bij tijdelijke arbeidsrelaties na twee jaar een transitievergoeding verschuldigd. Bij onzekere economische perspectieven is de kans groot dat de werkgever een vast contract niet aandurft, ook al functioneert de werknemer goed en is er voldoende werk.

De Afdeling geeft in overweging bij de invoering van dit voorstel eerst de wijzigingen in werking te laten treden die het ontslagrecht hervormen, en op een later moment de wijzigingen die zien op verbetering van de positie van flexwerkers.

d. Beperking afwijking bij cao van de ketenbepaling

Ingevolge het huidige artikel 7:668a, lid 5, BW kan bij cao van de ketenbepaling worden afgeweken ten nadele van de werknemer. Het voorstel beperkt de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de ketenbepaling. Ingevolge het voorgestelde vijfde lid van artikel 7:668a BW kan bij cao de ketenbepaling worden verlengd tot zes tijdelijke overeenkomsten in vier jaar voor uitzendovereenkomsten en voor in de cao vast te leggen functies of functiegroepen. Het moet gaan om functies waarvan de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist. Volgens de memorie van toelichting gaat het daarbij niet om normale schommelingen in de bedrijfsvoering als gevolg van economische omstandigheden, maar om een noodzaak die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering dan wel het productieproces in de sector. Alleen in zwaarwegende gevallen mag van die afwijkingsbevoegdheid gebruik worden gemaakt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan media en cultuur en aan de academische sector, aldus de toelichting.²⁸

Volgens de Afdeling biedt het criterium «intrinsieke aard van de functie» de cao-partijen te weinig duidelijkheid om te beoordelen of voor bepaalde sectoren en functies de ketenbepaling mag worden verlengd. Ook de in de toelichting genoemde begrippen als «aard van de bedrijfsvoering» en «het productieproces in de sector» zijn onvoldoende concreet om in de praktijk als richtsnoer te dienen. Deze begrippen zijn zo ruim dat ook sectoren als de landbouw en de horeca onder de werking van deze bepaling kunnen vallen. Niet uit te sluiten valt dat ook de cao-partners in deze sectoren gebruik willen maken van de mogelijkheid tot verdubbeling van de ketenbepaling.

De Afdeling adviseert het criterium «intrinsieke aard van de functie» in de toelichting te verduidelijken en zo mogelijk te vervangen door een concretere definitie.

²⁷ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 1, onder «maximum termijn ketenbepaling».

²⁸ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 1, «onder afwijking ketenbepaling».

e. *Uitzondering voor profvoetballers?*

Op grond van het zevende lid van artikel 7:668a BW kan de Minister van SZW bij ministeriële regeling de ketenbepaling voor bepaalde functies in een bedrijfstak buiten toepassing verklaren. Aan die regeling moet voorts een cao of een regeling door of namens een bevoegd bestuursorgaan ten grondslag liggen. Zo'n regeling is alleen bedoeld voor functies waarin uitsluitend met tijdelijke contracten wordt gewerkt. De toelichting wekt de indruk dat deze uitzondering is bedoeld voor de specifieke functie profvoetballer in de sector betaald voetbal.²⁹ De voorgestelde tekst van het zevende lid sluit uitbreiding tot andere sectoren en functies niet uit. Uit de toelichting wordt onvoldoende duidelijk of ook andere sectoren van deze «voetballersregel» gebruik kunnen maken.

De Afdeling adviseert de reikwijdte van deze uitzondering zoveel mogelijk te beperken en de toelichting bij deze bepaling aan te vullen.

f. *Geen proeftijd bij een contract korter dan zes maanden*

Ingevolge het huidige artikel 7:652 BW kan bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die voor korter dan twee jaren is aangegaan, een proeftijd worden bedongen van één maand. Ingevolge het voorgestelde artikel 7:652 BW is een proeftijd pas toegestaan bij overeenkomsten voor bepaalde tijd van zes maanden of langer. Volgens de toelichting wordt hiermee beoogd de onzekerheid onder flexwerkers te verkleinen en de werkgever te dwingen tot een keuze: een kort contract zonder proeftijd of een langer contract met proeftijd.³⁰

De toelichting besteedt geen aandacht aan het mogelijke gevolg van deze wijziging dat werkgevers in het geheel geen contract sluiten, omdat zij te veel twijfels hebben over de aanstaande werknemer om hem zonder (korte) proeftijd in dienst te nemen. De beoogde tijdelijke vergroting van de baan zekerheid voor deze contracten kan per saldo nadelig uitwerken voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt, zoals werknemers met een hoog risico op uitval door ziekte.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de gevolgen voor deze categorie werknemers, en, indien deze maatregel nadelige gevolgen heeft voor hun positie, de mogelijkheid van een proeftijd te handhaven.

g. *Beperking duur uitzendbeding tot anderhalf jaar*

Ingevolge het huidige artikel 7:691, lid 2, BW kan in een uitzendovereenkomst worden bedongen dat die overeenkomst eindigt op verzoek van de inlener aan wie de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld (hierna: het uitzendbeding). Op grond van het derde lid van die bepaling wordt de ketenbepaling in artikel 7:668a BW dan pas na 26 weken van toepassing op de uitzendovereenkomst. Op grond van het zevende lid kan voorts bij cao onbeperkt ten nadele van de werknemer worden afgeweken van die termijn.

Het voorstel beperkt de afwijkingsmogelijkheid in het zevende lid, zodat na anderhalf jaar de ketenbepaling altijd van toepassing wordt. Volgens de memorie van toelichting wordt deze beperking ingevoerd om te voorkomen dat werknemers te lang in onzekerheid verkeren over hun financiële positie.³¹

²⁹ Ibidem.

³⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 2.

³¹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 4.

De Afdeling sluit niet uit dat vooral werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt onder de werking van zo'n verlengd uitzendbeding vallen, omdat de meeste uitzendkrachten niet vrijwillig zullen kiezen voor een onzekere uitzendrelatie van zo'n lange duur. De voorgestelde wijziging belet niet dat werkgevers, indien zij willen vermijden dat de ketenbepaling op hun uitzendkrachten van toepassing wordt, deze uitzendkrachten na anderhalf jaar ontslaan. De vraag is dan ook nog niet afdoende beantwoord of deze maatregel per saldo leidt tot meer zekerheid voor deze uitzendkrachten.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

h. Afwijking van oproepcontracten bij cao

Ingevolge de huidige artikelen 7:627 en 7:628 BW heeft de werknemer die de overeengekomen arbeid niet heeft verricht, aanspraak op loon, indien dit niet verrichten voor rekening van de werkgever dient te komen. Op grond van het zevende lid kan bij cao onbeperkt ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Deze bepaling vormt de basis voor nul-urencontracten en oproepcontracten.

Door wijziging van artikel 7:628 BW wordt de mogelijkheid om loondoorbetaling bij het niet doorgaan van een oproep uit te sluiten, beperkt voor zowel de reguliere arbeidsovereenkomst (maximaal 18 maanden) als de uitzendovereenkomst (maximaal 78 weken). De mogelijkheid om uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht te verlengen leidt tot langdurige inkomensonzekerheid bij de werknemer, aldus de toelichting.³²

Uit de toelichting wordt niet duidelijk in welke sectoren en om welke redenen werkgevers gebruik maken van nul-urencontracten. Uit een onderzoek van het ministerie van SZW uit 2007 blijkt dat nul-urencontracten onder andere voorkomen in sectoren waar het aanbod van werk sterk afhankelijk is van de weersomstandigheden, zoals de landbouw en de horeca.³³ De voorgestelde wijziging van artikel 7:628 BW kan ertoe leiden dat werkgevers in deze sectoren verplicht worden om hun werknemers na anderhalf jaar door te betalen, ook als zij geen arbeid verrichten. Het wordt zo minder aantrekkelijk deze groep werknemers langdurig in een nul-urencontract in dienst te houden. Dat kan ertoe leiden dat na anderhalf jaar ontslag volgt, of dat werkgevers kiezen voor arbeidsovereenkomsten van zeer beperkte duur. Het voorgaande leidt tot twijfel of de duur van de uitzend- of de arbeidsovereenkomst het meest geschikte criterium is aan de hand waarvan het gebruik van nul-urencontracten kan worden gereguleerd.

De Afdeling adviseert om aan de hand van recente gegevens over het gebruik van nul-urencontracten aanvullende criteria te formuleren.

i. Aanzegtermijn bij tijdelijke contracten

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:668b BW wordt de werkgever bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verplicht om de werknemer uiterlijk één maand voor afloop van de arbeidsovereenkomst schriftelijk te informeren over zijn voornemen om de arbeidsovereenkomst al dan niet voort te zetten. Dit geldt niet voor arbeidsovereenkomsten korter dan zes maanden. De werkgever is bij niet nakoming een vergoeding ter hoogte van één maand loon verschuldigd. Bij niet-tijdige nakoming is dit een vergoeding naar rato. Volgens de toelichting wordt met deze regel beoogd

³² Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 5.

³³ SZW «Wet flexibiliteit en zekerheid» (2007), paragraaf 3.4.1.

de werknemer tijdig zekerheid te bieden over de voortzetting van de arbeidsverhouding. Voor contracten van minder dan zes maanden is zo'n verplichting niet nodig, omdat deze materieel weinig betekenis heeft, aldus de toelichting.³⁴

Deze verplichting leidt ertoe dat werkgevers eerder moeten beslissen of zij een tijdelijk contract al dan niet zullen verlengen. Daardoor kan bij werkgevers al snel de neiging ontstaan om vroegtijdig verlenging van een contract uit te sluiten. Zo zou een werkgever een standaardmail aan de werknemer kunnen sturen met de mededeling dat er geen ruimte is voor verlenging van het contract. Het is de vraag of de flexwerker in de praktijk veel baat heeft bij zo'n aanzegtermijn.

Overigens mist het voorstel een corresponderende verplichting voor de werknemer om tijdig te melden wanneer hij het contract niet wil verlengen. Ook voor werkgevers kan het belangrijk zijn om dit zo spoedig mogelijk te vernemen.

De Afdeling adviseert de aanzegtermijn voor tijdelijke contracten nader te overwegen.

3. Flexibele arbeidsrelaties

a. Inleiding

De Afdeling merkt op dat het voorstel geen specifieke maatregelen bevat voor zzp-ers en payroll-werknemers. Het kabinet wijst erop dat, zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, de ontslagregels die nu voor payrolling gelden zullen worden aangepast. Het doel daarvan is om de payrollwerknemer in dienst bij de inlener dezelfde bescherming te bieden als de eigen werknemers bij de inlener. Verder verwijst het kabinet naar de hierna genoemde maatregelen van het kabinet die er op gericht zijn het oneigenlijke gebruik van flexibele constructies terug te dringen.

b. Beoordeling flexibele arbeidsrelaties

De Afdeling werpt de vraag op of de maatregelen op het terrein van flexibele arbeid daadwerkelijk zullen leiden tot een verbetering van de positie van flexwerkers en stelt dat de positie van flexwerkers op onderdelen zelfs zou kunnen verslechteren. De Afdeling wijst er ten eerste op dat werkgevers er ook voor kunnen kiezen flexibele arbeidsplekken niet meer op te vullen, hetgeen per implicatie negatief uit zou pakken voor de werkgelegenheid. Ten tweede zouden werkgevers kunnen uitwijken naar constructies waarvoor geen arbeidscontract nodig is (payroll of zzp). Ten derde zouden werkgevers als gevolg van de invoering van de stringenter ketenbepaling kunnen overstappen op kortere ketens van flexibele contracten, hetgeen negatief uit zou pakken voor investeringen in duurzame inzetbaarheid. Samenvattend stelt de Afdeling dat onvoldoende wordt gemotiveerd dat flexwerkers door de maatregelen eerder en vaker in vaste dienst worden genomen. Het advies van de Afdeling is in dit licht om beter te motiveren dat de positie van flexwerkers door het voorstel werkelijk verbetert.

Het kabinet onderkent dat de door de Afdeling gesignaleerde risico's zich in individuele gevallen kunnen voordoen. Uiteindelijk is het de vrijheid van de werkgever te bepalen of hij met een bepaalde werknemer een contract af wil sluiten. Het verbinden van nadere condities aan een bepaalde contractvorm kan er in sommige gevallen toe leiden dat deze

³⁴ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 6.

contractvorm minder wordt gebruikt en dat werkgevers uitwijken naar andere contractvormen. De vrees dat deze risico's zich zo grootschalig zullen manifesteren dat het beoogde effect van de maatregelen ongedaan wordt gemaakt, is echter naar de mening van het kabinet niet terecht.

Zo blijkt uit een recent en uitgebreid literatuuroverzicht van de OESO dat hervormingen in het ontslagrecht en het flexrecht volgens de meeste onderzoeken geen significant negatief effect hebben op de werkgelegenheid en de werkloosheid.³⁵ De angst van de Afdeling dat flexibele werkplekken niet meer worden opgevuld, hetgeen zou leiden tot werkgelegenheidsverlies, vindt dus geen stevige grond in de empirische literatuur op dit gebied.

Verder komt uit dezelfde overzichtsstudie van de OESO naar voren dat het vergroten van het gat tussen de bescherming van vaste en flexibele contracten leidt tot een toename van het aantal flexibele contracten. Omgekeerd geldt dan ook dat het dichten van het gat tussen vaste en flexibele arbeid leidt tot minder flexibele en meer vaste contracten. De maatregelen ter versteviging van de positie van flexwerkers zullen er dus naar verwachting toe leiden dat werkgevers per saldo meer vaste contracten aan zullen bieden.

Het kabinet onderschrijft de analyse van de Afdeling dat werkgevers kunnen uitwijken naar constructies waarin geen arbeidscontract nodig is, teneinde de aan het arbeidscontract verbonden verplichtingen te ontwijken. Om deze reden worden in dit wetsvoorstel maatregelen genomen om het oneigenlijk gebruik van de payroll-constructie terug te dringen. Dit gebeurt door de ontslagbescherming voor payrollwerknemers gelijk te doen zijn aan de ontslagbescherming die reguliere werknemers genieten. In de visie van het kabinet dienen echter alle vormen van oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsrelaties te worden teruggedrongen. Zo geeft het kabinet uitvoering aan specifieke maatregelen gericht op het tegengaan van schijnconstructies. Deze maatregelen heeft het kabinet op 11 april 2013 in een Plan van Aanpak schijnconstructies, gelijktijdig met het Sociaal Akkoord, aan de Tweede Kamer gestuurd.³⁶ Onderdeel van dit plan van aanpak vormt de aanpak van schijnzelfstandigheid. Zo zal het kabinet de positie van werkenden versterken en de handhaving op schijnzelfstandigheid verbeteren. De inzet is om het wettelijk kader zo aan te passen dat schijnzelfstandigheid kan worden teruggedrongen. De focus ligt daarbij op het «grijze gebied» tussen werknemerschap en zelfstandig ondernemerschap. Daarnaast wil het kabinet dat schijnzelfstandigen beter hun rechten benutten om bij de rechter een arbeidsovereenkomst te claimen door bijvoorbeeld een beroep te doen op de rechtsvermoedens opgenomen in de artikelen 610a en 610b van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (7:610a en 7:610b BW). Hiervoor zal onder meer de voorlichting worden verbeterd. Deze maatregelen op het terrein van payroll en zzp reduceren het door de Afdeling gesignaleerde gevaar dat werkgevers uitwijken naar alternatieve flexconstructies.

Specifiek met het oog op de ketenbepaling signaleert de Afdeling het risico dat werkgevers zullen overstappen op kortere ketens van tijdelijke contracten. Zoals eerder genoemd maakt de economische literatuur duidelijk dat het verkleinen van het verschil in de bescherming van vaste en flexibele contracten leidt tot meer vaste en minder flexibele contracten. Dat neemt niet weg dat een deel van de tijdelijke werknemers door de aanpassing van de ketenbepaling sneller (namelijk na twee jaar in plaats

³⁵ OECD, Employment Outlook 2013.

³⁶ Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428.

van na drie jaar) afscheid zal moeten nemen van de werkgever. Er zal altijd een groep werknemers blijven waarvoor werkgevers de verplichtingen van een vast contract niet aan durven gaan en die daardoor langdurig werkzaam zijn op flexibele contracten bij een reeks van werkgevers. Maar daar staat tegenover dat een groep werknemers sneller de zekerheid krijgt van een vast contract. Verder is het kabinet van mening dat een werkgever na twee jaar dienstverband het oordeel moet kunnen vellen of hij al dan niet een toekomst voor zich ziet met een werknemer. Internationaal gezien is een maximale duur van twee jaar voor tijdelijke contracten dan ook de standaard.

c. Aanscherping ketenbepaling

Het kabinet onderschrijft de analyse van de Afdeling dat werkgevers bij onzekere economische perspectieven minder snel vaste contracten aanbieden aan werknemers. Voor het kabinet is dit geen aanleiding om, zoals de Afdeling in overweging geeft, pas op een later moment de wijzigingen door te voeren die zien op een verbetering van de positie van flexwerkers. Als gevolg van het overgangsrecht duurt het na invoering van de wet nog anderhalf jaar voordat de maatregelen op het terrein van flexibele arbeid volledig van kracht zijn, hetgeen samenhangt met de noodzaak van een doorvertaling van de wettelijk afspraken in cao's. Het economisch beeld kan dan verbeterd zijn ten opzichte van de huidige situatie.

d. Beperking afwijking bij cao van de ketenbepaling

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is in de memorie van toelichting verduidelijkt dat met de term «intrinsieke aard van de bedrijfsvoering» wordt bedoeld op de wijze waarop het productieproces is ingericht, bijvoorbeeld ten aanzien van de wijze waarop de werkzaamheden worden gefinancierd. Het gaat daarbij om afgeronde werkzaamheden die noodzakelijkerwijs met zich brengen dat zij projectmatig worden gefinancierd en daarom verlenging van de ketenbepaling rechtvaardigen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan media en cultuur en de academische sector.

e. Uitzondering voor profvoetballers?

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de memorie van toelichting verduidelijkt dat van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 7:668a, achtste lid, BW in een zeer beperkt aantal gevallen gebruik kan worden gemaakt. Deze uitzondering is louter bedoeld voor die functies in bedrijfstakken die uitsluitend middels tijdelijke contracten kunnen worden vervuld en waarvoor het gebruik van langjarige tijdelijke contracten geen oplossing kan vormen. Het kabinet onderschrijft derhalve het advies van de Afdeling om deze mogelijkheid te beperken tot situaties waarvoor toepassing van de regeling echt noodzakelijk is. Daartoe is tevens toegelicht dat bepaalde functies in andere sectoren eventueel onder de uitzondering van het achtste lid van artikel 7:668a BW kunnen vallen, als aan de voorwaarden wordt voldaan.

f. Geen proeftijd bij een contract van ten hoogste zes maanden

De Afdeling merkt op dat in de toelichting bij het voorstel om het opnemen van een proeftijd in een contract van ten hoogste een half jaar te verbieden, niet is ingegaan op de mogelijke gevolgen voor werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie. Het kabinet wijst erop dat ook deze maatregel is bedoeld om de onzekere en daarmee zwakkere arbeidsmarktpositie van flexwerkers te versterken. Indien een werkgever het risico niet

aandurft om een werknemer een contract zonder proeftijd aan te bieden dan kan hij er voor kiezen om een contract met een duur van langer dan een half jaar aan te bieden met een proeftijd.

g. Beperking duur uitzendbeding tot anderhalf jaar

Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, bestaat op grond van het zogenoemde uitzendbeding de mogelijkheid om schriftelijk te bedingen dat de overeenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt. Een dergelijk beding is geldig gedurende de eerste 26 weken waarin de uitzendkracht voor het uitzendbureau werkzaamheden verricht. Bij cao kan op dit moment onbeperkt ten nadele van de werknemer van deze 26-wekentermijn worden afgeweken. Van deze mogelijkheid om van de 26-wekentermijn af te wijken, wordt in verschillende uitzend-cao's op verschillende wijzen gebruik gemaakt. Daarnaast geldt voor de uitzendovereenkomst dat de ketenbepaling pas van toepassing is zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Ook van deze bepaling kan nu onbeperkt bij cao worden afgeweken.

Met dit wetsvoorstel wordt de afwijkingsmogelijkheid bij cao van het uitzendbeding alsmede van de periode waarna de ketenbepaling van toepassing wordt, gemaximeerd op 78 weken. Door deze maatregel zal een uitzendwerknemer eerder aanspraak krijgen op een regulier tijdelijk contract waarop geen uitzendbeding van toepassing is (namelijk als de genoemde periode op grond van een cao thans langer is) en, door toepasselijkheid van de ketenbepaling, eerder uitzicht krijgen op mogelijke doorstroming naar een vast contract. Afwijkingen in cao's van langer dan deze termijn worden langs deze weg voorkomen en uniformiteit, als het gaat om het rechtsregime dat geldt voor uitzendkrachten, wordt hierdoor bevorderd. In die zin leidt de maatregel dan ook tot meer zekerheid voor uitzendkrachten. Daarmee is er, zoals de Afdeling terecht stelt, vanzelfsprekend nog geen zekerheid dat na ommekomst van de periode gedurende welke gebruik kan worden gemaakt van een uitzendbeding, de werknemer daadwerkelijk zal doorstromen naar een tijdelijk contract waarop geen uitzendbeding en wel de ketenbepaling van toepassing is. Die zekerheid is er thans evenmin. Het kabinet acht het risico beperkt dat uitzendkrachten met een zwakke positie op de arbeidsmarkt sneller zullen worden ontslagen. Het kabinet ziet derhalve geen aanleiding om het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

h. Afwijking van oproepcontracten bij cao

Met de Afdeling is het kabinet de mening toegedaan dat de mogelijkheid van het gebruik van nulurencontracten behouden moet blijven. Zoals in het wetsvoorstel is toegelicht, zijn oproepcontracten voor werkgevers van belang om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te kunnen brengen met de productie of werkzaamheden. Daarnaast kan een substantieel deel van de oproepkrachten (zoals werkstudenten) eveneens gebaat zijn bij de mogelijkheid van flexibele inzetbaarheid. Het kabinet begrijpt de gedachtegang van de Afdeling dat een duurcriterium mogelijk tot gevolg kan hebben dat werkgevers na een periode van 18 maanden (en voor uitzendovereenkomsten na 78 gewerkte weken) het contract zullen beëindigen om niet onnodig met een loondoorbetalingsplicht te worden geconfronteerd. Het kabinet ziet daarom aanleiding het wetsvoorstel zo aan te passen dat afwijking van de loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 7:628 BW mogelijk is op grond van inhoudelijke criteria. Zo blijft gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst afwijking mogelijk, maar wordt verdere afwijking bij

cao slechts toegestaan bij werkzaamheden in functies die incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen.

Voorts wordt geregeld dat op verzoek van de Stichting van de Arbeid bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat voor bepaalde bedrijfstakken, of onderdelen daarvan, afwijking van de loondoorbetalingsplicht niet mogelijk is. Deze maatregel is toegelicht in paragraaf 2.5 van de memorie van toelichting.

Gelet op het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst acht het kabinet het aangewezen om voor de uitzendsector op een andere wijze aan de beperking van de loondoorbetalingsverplichting invulling te geven, in die zin dat gedurende de eerste 26 gewerkte weken van de arbeidsovereenkomst van de loondoorbetalingsplicht kan worden afgeweken. Deze periode kan vervolgens bij cao worden verlengd tot ten hoogste 78 gewerkte weken. Op deze wijze wordt voldoende recht gedaan aan de contractsvrijheid van partijen en wordt tevens een begrenzing in duur aangebracht om de onzekere positie van de uitzendkracht te bewaken.

i. Aanzegtermijn bij tijdelijke contracten

Aangezien werknemers met een tijdelijk contract vaak in onzekerheid verkeren over de vraag of hun contract al dan niet wordt voortgezet, heeft het kabinet ervoor gekozen om voor tijdelijke contracten van zes maanden of langer een wettelijke aanzegtermijn van één maand op te nemen. Door deze maatregel is voor werknemers met een tijdelijk contract eerder duidelijk of zij op zoek moeten naar een andere baan, hetgeen de transitie van werk naar werk kan bevorderen en ertoe leidt dat de werknemer wellicht geen beroep hoeft te doen op een uitkering. Het is niet uit te sluiten, zoals de Afdeling stelt, dat een werkgever in het vervolg een standaardmail aan de werknemer stuurt met de mededeling dat er geen ruimte is voor verlenging van het contract. Ook in dat geval heeft de maatregel het beoogde effect, namelijk dat er tijdig duidelijkheid is voor de werknemer. Het valt overigens nog te bezien of werkgevers hiertoe standaard zullen overgaan omdat zij daarmee ook werknemers verliezen over wie tevredenheid bestaat en een nieuwe werknemer zal moeten worden aangetrokken (met de kosten van dien) als de desbetreffende werkzaamheden niet ook komen te vervallen. Wel is om het gebruik van een standaardmail door een werkgever te beperken de aanzegplicht van de werkgever uitgebreid. Zo is de verplichting voor de werkgever opgenomen om bij de aanzegging de werknemer tevens te informeren over de voorwaarden waaronder de werkgever het dienstverband zou willen voortzetten. Verder is geregeld dat indien de werkgever zijn aanzegplicht – inclusief de plicht om de voorwaarden waaronder hij wil voortzetten te vermelden – niet nakomt en de arbeidsovereenkomst toch wordt voortgezet, deze geacht wordt te zijn voortgezet voor dezelfde tijd (maar ten hoogste voor een jaar) op de vroegere voorwaarden. Aangezien dat laatste in het huidige artikel 7:668 BW is geregeld (voor de situatie dat de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege zonder tegenpraak wordt voortgezet), is er voor gekozen om de aanzegplicht in artikel 7:668 BW te regelen (in plaats van in het aan de Afdeling voorgedragen artikel 7:668b BW).

Als het gaat om de door de Afdeling gesuggereerde wederkerigheid van deze verplichting, merkt het kabinet op hier geen aanleiding voor te zien. Als de werkgever meer zekerheid wil over het kunnen beschikken over een werknemer dan ligt het in de rede dat hij de werknemer tijdig een vervolcontract aanbiedt. Het kabinet ziet derhalve geen aanleiding om het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

4. Werkloosheidsregelingen

a. Inleiding

Met het voorstel worden ook maatregelen getroffen om de werkloosheidsregelingen activerender te maken.³⁷ Daartoe wordt in de eerste plaats de maximale duur van de uitkering op grond van de WW teruggebracht van 38 naar 24 maanden. Voorts wordt de opbouw van de uitkeringsduur aangescherpt door ieder gewerkt jaar na 10 jaar arbeidsverleden slechts voor een half jaar te laten meetellen voor de duur van de WW-uitkering.³⁸ Wanneer naast de WW-uitkering inkomen uit arbeid wordt ontvangen, zal dat inkomen direct met de WW-uitkering worden verrekend, in plaats van een verrekening van de arbeidsuren, zoals die thans plaatsvindt. Vervolgens zal het begrip passende arbeid worden aangescherpt, hetgeen tot gevolg heeft dat WW-gerechtigden eerder dan thans, te weten na een half jaar, arbeid onder hun eigen niveau zullen moeten accepteren. Deze aanscherping zal ook doorwerken in de Ziektewet en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. In de toelichting wordt melding gemaakt van de afspraak die het kabinet met sociale partners heeft gemaakt dat zij via cao-afspraken een aanvulling op de WW-uitkeringsduur van 14 maanden kunnen introduceren en dat dergelijke afspraken in beginsel algemeen verbindend zullen worden verklaard.

Ten slotte regelt het voorstel een verlenging van de werking van Wet inkomensvoorziening ouderen.³⁹

De Afdeling onderschrijft het met het voorstel nagestreefde doel om met name de WW⁴⁰ activerender te maken. De meeste van de voorgestelde maatregelen dragen naar het oordeel van de Afdeling bij aan dit doel. De Afdeling maakt echter opmerkingen over het algemeen verbindend verklaren van door sociale partners gemaakte afspraken over verlenging van de WW-uitkeringsduur en de verlenging van de werking van de IOW, het creëren van de mogelijkheid om de WW-premie te differentiëren en het niveau van de regels over passende arbeid.

b. Private aanvulling op WW-uitkering na 24 maanden

Het doel van het voorstel om de WW meer activerend te maken, is blijkens de toelichting nodig omdat een te weinig activerende inkomensbescherming via de WW de stimulans om actief op zoek te gaan naar werk vermindert. Om werkloosheid zoveel mogelijk te voorkomen en om werklozen zo snel mogelijk weer aan de slag te laten gaan, wordt met het voorstel de maximale duur van een WW-uitkering verlaagd van 38 naar 24 maanden.

Tegelijkertijd wordt in de toelichting aangegeven dat, conform het sociaal akkoord, sociale partners via cao-afspraken de verantwoordelijkheid kunnen nemen voor privaat gefinancierde aanvullingen op de WW van veertien maanden, waardoor de opbouw en duur van de uitkering de facto gelijk kunnen blijven aan de huidige situatie.⁴¹ De toelichting vermeldt

³⁷ Memorie van toelichting, hoofdstuk 4, paragraaf 1.

³⁸ De eerste 10 jaar leidt elk jaar arbeidsverleden tot een maand WW-uitkering per jaar. Na die 10 jaar leidt elk jaar arbeidsverleden tot een halve maand WW-uitkering per jaar.

³⁹ Met het voorstel wordt de openstelling van de IOW verlengd van 1 juli 2011 tot vervaldatum van de IOW gewijzigd van 1 december 2016 in 1 december 2027.

⁴⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 1, onder «Visie kabinet».

⁴¹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 1, onder «Achtergrond en aard van de maatregelen» en hoofdstuk 4, paragraaf 2.

voorts dat deze afspraken in beginsel algemeen verbindend zullen worden verklaard.⁴²

De Afdeling wijst erop dat het algemeen verbindend verklaren van afspraken om de maximumduur van de WW-uitkering uit te breiden op gespannen voet staat met het activerender maken van de WW. Juist met het oog op dat doel wordt de «publieke» WW in duur bekort. In de toelichting ontbreekt niet alleen een beschouwing over deze verhouding, maar daarin wordt gesteld dat de resulterende daling van de werkloosheid mede afhankelijk is van de mate waarin in cao's afspraken worden gemaakt over aanvullingen op de WW.⁴³ Uit de toelichting blijkt voorts niet dat bij deze algemeen verbindend verklaring op enige wijze rekening zal worden gehouden met de op dat moment geldende economische situatie en andere relevante factoren, zoals de concrete inhoud van deze afspraken.

Voorts wijst de Afdeling op de opmerkingen van het Centraal Planbureau dat juist de mogelijkheid voor sociale partners om de duurverkortung te repareren de gunstige werkgelegenheidseffecten (die het gevolg waren van het regeerakkoord «Bruggen slaan») grotendeels teniet doen.⁴⁴

Naar het oordeel van de Afdeling staat het in de toelichting aangekondigde voornemen om cao-afspraken over een verlenging van de maximumduur van de WW algemeen verbindend te verklaren op gespannen voet met het doel van de voorgestelde verkorting van de maximumduur van de WW, namelijk het activerender maken van de WW.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling wettelijk te bepalen dat cao-afspraken waarin de maximale duur van een WW-uitkering wordt verlengd niet algemeen verbindend verklaard kunnen worden. Dat laat onverlet dat individuele werkgevers een bovenwettelijke aanvulling toezeggen, maar deze zou niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

c. Verlenging IOW

De IOW biedt oudere werkloze werknemers een inkomenswaarborg op het sociaal minimum. Op grond van de huidige IOW krijgen werkloze werknemers wier eerste werkloosheidsdag is gelegen voor 1 juli 2011 en die bij aanvang van de werkloosheid 60 jaar of ouder waren een uitkering op sociaal minimumniveau nadat hun WW-uitkering is geëindigd. Belangrijk verschil met de Wet werk en bijstand is dat de IOW geen vermogens- en partnertoets kent. De IOW is bedoeld als tijdelijke regeling; artikel 50, tweede lid, IOW bepaalt dat de IOW vervalt met ingang van 1 december 2016. Met het voorstel wordt deze vervaldatum gewijzigd in 1 januari 2027. De instroom in IOW-uitkering blijft voor 60-plusser bestaan tot 2020.⁴⁵

Ter motivering van deze verlenging wordt in de toelichting gesteld dat, hoewel het «weer normaal moet zijn dat werkgever en werknemer er alles aan doen om, gezond en gemotiveerd, werkend de AOW-leeftijd te halen, er momenteel een groep ouderen is die de weg van de WW naar de arbeidsmarkt niet meer zal vinden.⁴⁶ In de toelichting wordt daarom

⁴² Memorie van toelichting, hoofdstuk 4, paragraaf 1.

⁴³ Memorie van toelichting, hoofdstuk 5, paragraaf 3.

⁴⁴ CPB, Juniraming 2013, Economische vooruitzichten 2013 en 2014, p. 10.

⁴⁵ Dit houdt in dat instroom in de IOW mogelijk is tot 1 januari 2020; zie ook artikel XXVIII, onderdeel A en B, van het voorstel.

⁴⁶ Memorie van toelichting, hoofdstuk 4, paragraaf 1 en voorts paragraaf 7 onder «Arbeidsparticipatie oudere werknemers».

gewezen op het belang van een goede uitkeringsregeling voor deze ouderen.⁴⁷

Reden voor invoering van de IOW in 2009⁴⁸ was de slechte(re) arbeidsmarktpositie van ouderen terwijl ook op dat moment, met de Wet wijziging WW-stelsel, een verkorting van de WW-duur werd ingevoerd.⁴⁹ Daarbij werd in die toelichting opgemerkt dat de invoering van de IOW afbreuk zou kunnen doen aan de versterking van de activerende werking van de WW en dat het kabinet wilde voorkomen dat de IOW zou fungeren als route voor vervroegde uittreding. Met het oog hierop werd in de toelichting benadrukt dat de IOW als tijdelijk arrangement diende te worden gezien.⁵⁰ In de IOW is in artikel 49 een evaluatiebepaling opgenomen.

Blijkens een brief van de staatssecretaris van SZW aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 8 april 2011 heeft het Centraal Bureau voor de Statistiek onderzoek gedaan naar de arbeidsparticipatie van ouderen.⁵¹ In de brief wordt geen standpunt over de verlenging van de IOW ingenomen. Wel wordt enerzijds erop gewezen dat, hoewel de arbeidsparticipatie van ouderen in het algemeen is verbeterd, de arbeidsmarktpositie van oudere werklozen onder invloed van de economische crisis is verslechterd. Anderzijds wordt de vraag gesteld of verlenging van de IOW wel dienstig is aan de arbeidsmarktpositie van ouderen. Door de staatssecretaris wordt in de brief gewezen op de noodzaak van een cultuuromslag, waarin werkgevers en werknemers zich instellen op een langer verblijf van ouderen op de werkvloer. Hij stelt dat een vangnet voor oudere werklozen de prikkel tot investeren in inzetbaarheid en snelle werkhervatting vermindert. Bovendien wijst hij er in de brief op dat ouderen na de aanpassing van de WW in 2006, 5 jaar de tijd hebben gehad om zich in te stellen op de verkorting van de WW-duur en dat werknemers zelf verantwoordelijk zijn voor hun inzetbaarheid en aantrekkelijkheid op de arbeidsmarkt, ook op latere leeftijd.

Uit de toelichting op het voorliggende voorstel blijkt niet hoe de hiervoor aangehaalde aspecten tegen elkaar zijn afgewogen. Daarin wordt uitsluitend gewezen op het aspect van de slechte arbeidsmarktpositie van ouderen. Niet duidelijk wordt of en in hoeverre de eigen verantwoordelijkheid van oudere werklozen en de mogelijkheid dat zij zich konden voorbereiden op «het eind van de IOW» een rol hebben gespeeld bij de beslissing tot verlenging.

In verband met het voorgaande adviseert de Afdeling alsnog de bedoelde afweging van belangen in de toelichting op te nemen, de noodzaak van de verlenging van de IOW ook overigens dragend te motiveren en dit onderdeel zo nodig aan te passen.

d. Differentiatie WW-premie

In aansluiting op het regeerakkoord «Bruggen slaan»⁵² bevat het voorstel wijzigingen van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) die een grondslag in het leven roepen voor premiedifferentiatie in de WW. De gedachte bij deze premiedifferentiatie is dat een werkgever die voldoende investeert in de blijvende inzetbaarheid van zijn personeel (goed

⁴⁷ Memorie van toelichting, hoofdstuk 4, paragraaf 7.

⁴⁸ De IOW is op 1 december 2009 in werking getreden (zie Stb. 2008, 341).

⁴⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30 819, nr. 3, blz. 2.

⁵⁰ Kamerstukken II 2006/07, 30 819, nr. 3, blz. 3 en 55.

⁵¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 729, nr. 1.

⁵² Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15, blz. 31: «We bezien de mogelijkheid om de WW-premie per werkgever te differentiëren op basis van criteria van goed werkgeverschap».

werkgeverschap/employability), beloond kan worden met een lagere premie.

Het Sociaal akkoord geeft aan dat het kabinet advies zal vragen aan de SER over de vormgeving van de sociale infrastructuur voor de arbeidsmarkt en dat het daarbij onder meer gaat om premiedifferentiatie.⁵³ De toelichting op onderhavig voorstel concretiseert dit door aan te geven dat het kabinet onder meer is «geïnteresseerd in de vraag of en hoe premiedifferentiatie in de WW kan worden vormgegeven in het licht van goed werkgeverschap».⁵⁴ De toelichting geeft daarbij vervolgens aan dat de SER is verzocht om medio 2014 advies uit te brengen en dat in onderhavig wetsvoorstel wordt geregeld dat «indien gewenst» bij amvb invulling kan worden gegeven aan premiedifferentiatie naar goed werkgeverschap.

Het voorstel bevat daartoe al enkele grondslagen op grond waarvan de hoogte van de WW-premie bij lagere regelgeving kan worden gedifferentieerd.⁵⁵ Zo bevat het voorstel een grondslag om te differentiëren naar «categorieën van werkgevers en werknemers».⁵⁶ Volgens de toelichting kan het daarbij gaan om differentiatie naar aard van het dienstverband (werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en werknemers die niet op deze basis werkzaam zijn), al dan niet in combinatie met de duur van het dienstverband. Verder bevat het voorstel een grondslag om te differentiëren naar de mate waarin door werkgevers maatregelen zijn getroffen «gericht op bevordering van de duurzame arbeidsparticipatie van de werknemers»⁵⁷, waarbij het ook kan gaan om een premiekorting «ten aanzien van de betrokken werknemer».⁵⁸ Volgens de toelichting gaat het daarbij bijvoorbeeld om de mate waarin door de werkgever(s) wordt geïnvesteerd in opleiding van de werknemer(s).

De Afdeling vraagt aandacht voor de uitvoeringsaspecten van de voorgestelde premiedifferentiatie.

Zoals de toelichting ook vermeldt, wordt pas een aanvang gemaakt met de uitwerking van eventuele nadere regelgeving na ontvangst van het SER-advies.⁵⁹ Dit impliceert dat het pas dan mogelijk is, ook voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal, om een oordeel te vormen over de noodzakelijke of gewenste reikwijdte van de delegatiegrondslag en over de vraag of deze toereikend is geformuleerd.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat uit de relevante uitvoeringstoetsen en adviezen blijkt dat premiedifferentiatie ingewikkeld is en veel werk vergt. De verwachting is dat de uitvoeringslasten voor bedrijven, de Belastingdienst en het UWV fors zullen stijgen. De toelichting gaat weliswaar in op enkele uitvoeringstoetsen⁶⁰, maar daarbij zijn enkele relevante aspecten niet of niet volledig verwoord in vergelijking met de gemaakte uitvoeringstoetsen zelf. Zo wordt in de uitvoeringstoets van het UWV opgemerkt dat de waarschijnlijke gevolgen (van de premiedifferentiatie) voor de loonaangifte aanpassingen vergen met een doorlooptijd van 1,5 jaar. Introductie per 1 januari 2016 brengt mee dat op 1 juli 2014 de aanpassingen duidelijk moeten zijn en de voorbereiding van de implementatie

⁵³ Kamerstukken II 2012/13, 33 566, nr. 15, blz. 16, punt 31.

⁵⁴ Memorie van toelichting, hoofdstuk 4, paragraaf 5, voorlaatste tekstblok.

⁵⁵ Artikel XXVI, onderdelen A, B en C, van het voorstel.

⁵⁶ Artikel XXVI, onderdeel A, van het voorstel (artikel 27 (nieuw) van de Wfsv).

⁵⁷ Artikel XXVI, onderdelen A en B, van het voorstel (artikel 27 (nieuw) respectievelijk wijziging van artikel 28, eerste lid, van de Wfsv).

⁵⁸ Artikel XXVI, onderdeel C, van het voorstel (artikel 50a, eerste lid, (nieuw), van de Wfsv).

⁵⁹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 5, paragraaf 5, onder «Uitvoeringstoets Belastingdienst».

⁶⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 5, paragraaf 5.

kan starten. Dat maakt de beschikbare tijd tussen het uitkomen van het SER-advies en de startdatum erg beperkt.⁶¹

In de uitvoeringstoets van de Belastingdienst wordt opgemerkt dat de maatregelen zeer ingrijpende gevolgen hebben voor de loonaangifte. Gesteld wordt dat de huidige premiedifferentiatie WIA en bij de sectorfondsen al arbeidsintensief is. Ook wordt gesteld dat een premievaststelling naar individuele werknemerskenmerken (nagenoeg) onuitvoerbaar is. Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat zich grote problemen zullen voordoen bij de uitvoering van premiedifferentiatie.

De Afdeling adviseert de mogelijkheid tot premiedifferentiatie vooralsnog uit het voorstel te schrappen.

e. Niveau regels passende arbeid

Aan het recht op een WW-uitkering is de verplichting verbonden om in voldoende mate te trachten passende arbeid te verkrijgen. In de huidige situatie mag een WW-gerechtigde zich in de eerste zes maanden van zijn werkloosheid richten op arbeid op zijn eigen niveau, wordt na zes maanden ook arbeid op een lager opleidingsniveau als passend aangemerkt en is na een jaar alle arbeid passend. In de toelichting bij het voorstel wordt aangekondigd dat bij ministeriële regeling zal worden geregeld dat reeds na zes maanden alle arbeid als passend wordt aangemerkt. Deze aanscherping van het begrip van het begrip passende arbeid zal ook gaan gelden voor de ZW en de WIA.

De Afdeling heeft begrip voor de bedoelde aanscherping. Zij merkt echter op dat van delegatie van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften – in verband met het uitgangspunt dat deze op zo hoog mogelijk regelniveau worden vastgesteld – terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Delegatie aan een minister moet bovendien beperkt blijven tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.⁶² Gelet hierop en gelet op het feit dat de invulling van het begrip passende arbeid een essentiële factor is voor het recht op uitkering⁶³ adviseert de Afdeling die invulling ten minste plaats te doen vinden op het niveau van een algemene maatregel van bestuur.

4. Werkloosheidsregelingen

a. Inleiding

Het kabinet stelt met genoegen vast dat de Afdeling van oordeel is dat de meeste maatregelen ten aanzien van de WW bijdragen aan het beoogde doel om de WW activerender te maken. De Afdeling heeft enkele opmerkingen ten aanzien van de WW-maatregelen. Onderstaand wordt op deze afzonderlijke opmerkingen ingegaan.

⁶¹ UWV, Uitvoeringstoets wetsvoorstel Wet hervorming ontslagrecht, flexrecht en Werkloosheidswet van 15 augustus 2013, «Samenvattend oordeel uitvoerbaarheid», blz. 9, onder «Premiedifferentiatie».

⁶² Zie aanwijzing 26 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁶³ Bij het niet voldoen aan de verplichting om in voldoende mate te trachten passende arbeid te verkrijgen wordt de WW-uitkering geheel of gedeeltelijk geweigerd.

b. Private aanvulling op WW-uitkering na 24 maanden

Het kabinet onderschrijft niet zonder meer de constatering van de Afdeling dat cao's waarin afspraken worden opgenomen over het verstrekken van een cao-aanvulling na de wettelijke WW-duur, de beoogde versterking van de activerende werking van de WW deels kunnen beperken. Of en in welke mate dit het geval zal zijn, is op voorhand niet te zeggen. Het is namelijk onbekend in hoeveel cao's bepalingen zullen worden opgenomen om de WW-duur te repareren. Evenmin zijn de inhoud en reikwijdte van dergelijke afspraken op voorhand bekend. Bovendien wordt het begrip passende arbeid (versneld) aangescherpt waarmee de activerende werking van de WW al in het eerste half jaar wordt bevorderd.

Het kabinet heeft echter de gegronde verwachting dat wanneer cao-partijen op dit punt afspraken maken, deze niet eenzijdig gericht zullen zijn op het repareren van de WW-duurverkorting, maar hand in hand zullen gaan met afspraken om te investeren in duurzame inzetbaarheid, van-werk-naar-werk trajecten en re-integratie. Allereerst is namelijk van belang dat wanneer een dergelijke aanvulling wordt afgesproken, de financiering ervan volledig door werkgevers en/of werknemers uit de sector plaatsvindt. Werkgevers en werknemers in de sector krijgen langs deze weg een direct financieel belang om het beroep op de aanvullingen te beperken. Verder wordt deze verwachting gestaafd door de ambitie die sociale partners hebben uitgesproken in de afspraken tussen werkgevers- en werknemersorganisaties bij het Sociaal Akkoord over onder meer de opbouw van (inter)sectorale van-werk-naar-werk voorzieningen.⁶⁴

In relatie hiermee heeft het kabinet aan de Sociaal-Economische Raad (SER) advies gevraagd over de rol van sociale partners bij de toekomstige arbeidsmarktinfrastructuur. Deze adviesaanvraag richt zich onder meer op de vraag hoe verder invulling gegeven kan worden aan de in het Sociaal Akkoord geschetste visie op een toekomstbestendige arbeidsmarktinfrastructuur – en met name de rol van werkgevers en werknemers hierin – waarbij de nadruk komt te liggen op het voorkómen van werkloosheid en het beperken van de werkloosheidsduur. Dit SER-advies wordt in mei 2014 verwacht.

Het kabinet acht het gezien het bovenstaande op dit moment niet voor de hand liggend, zoals de Afdeling voorstelt, cao-afspraken waarin aanvullingen na de WW-duur zijn opgenomen, niet algemeen verbindend te verklaren. Wel zal het kabinet de aard van de cao-afspraken nauwgezet monitoren. Wanneer blijkt dat deze afspraken – ondanks de hierboven geschetste verwachting – eenzijdig gericht zijn op reparatie van de WW-maatregelen en geen of onvoldoende maatregelen kennen die gericht zijn op van-werk-naar werk en activering dan zal het kabinet hierover in overleg treden met sociale partners.

c. Verlenging IOW

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is ten aanzien van de IOW de toelichting bij het wetsvoorstel uitgebreid. In de toelichting motiveert het kabinet uitgebreid waarom verlenging van de IOW tot 2020 door het kabinet wenselijk wordt geacht. Nader wordt ingegaan op de historie van de IOW. Ook wordt aangegeven welke belangenafweging ten grondslag heeft gelegen aan invoering van de IOW en hoe deze belangenafweging nu uitvalt. Kern van deze afweging is dat alhoewel de arbeidsmarktpositie

⁶⁴ Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*.

van oudere werknemers verbetert, tegelijkertijd zichtbaar is dat de situatie voor ouderen nog steeds lastig is wanneer zij eenmaal werkloos worden. Zo ligt de langdurige werkloosheid onder ouderen onverminderd op een hoog niveau en heeft van de 60-plussers gemiddeld genomen nog geen 20% binnen 12 maanden een baan gevonden. Verschillende maatregelen zijn erop gericht om dit te verbeteren. Als voorbeeld kan gewezen worden op de beleidsagenda 2020 van de Stichting van de Arbeid. Dat neemt niet weg dat er op dit moment een groep ouderen is die gebaat is bij een inkomensvoorziening aansluitend op de (kortere) WW waarbij geen partner- of vermogenstoets aan de orde is.

d. Differentiatie WW-premie

De Afdeling wijst erop dat de Belastingdienst kritische opmerkingen heeft gemaakt bij de uitvoerbaarheid van premiedifferentiatie in de WW. Het kabinet is van oordeel dat deze kanttekeningen enigszins voorbarig zijn. In het wetsvoorstel wordt immers enkel een delegatiebepaling opgenomen op grond waarvan op enig moment bij algemene maatregel van bestuur premiedifferentiatie kan worden vormgegeven. De delegatiebepaling op zichzelf heeft geen consequenties voor de uitvoering door de Belastingdienst. Deze consequenties komen pas in beeld wanneer daadwerkelijk inhoud wordt gegeven aan deze bepaling. Dat zal dan in een algemene maatregel van bestuur worden vervat die – zoals gebruikelijk is – voor toetsing op uitvoerbaarheid aan de Belastingdienst en UWV zal worden voorgelegd.

Verder volgt het kabinet de Afdeling niet in het advies om deze bepaling vooralsnog uit het wetsvoorstel te schrappen. Met premiedifferentiatie is beoogd om langs de lijn van de financiering de activerende werking van de WW te versterken en goed werkgeverschap te bevorderen. Het wetsvoorstel bevat in bredere zin maatregelen om de WW activerender te maken. Daarom is deze maatregel in de ogen van het kabinet een logisch onderdeel van het voorliggende wetsvoorstel. Wel zegt het kabinet toe dat niet overhaast tot invulling hiervan zal worden overgegaan. Eerst zal het kabinet het lopende SER-advies over de arbeidsmarktinfrastructuur afwachten en naar aanleiding daarvan een kabinetsstandpunt opstellen. In de desbetreffende SER-adviesaanvraag is expliciet naar de opvatting van de SER gevraagd hoe premiedifferentiatie in de WW kan worden vormgegeven in het licht van goed werkgeverschap en de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het inperken van het beroep op de WW. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het SER-advies zal worden aangegeven wat de concrete voornemens zijn van het kabinet met betrekking tot invulling van deze delegatiebepaling. De delegatiebepaling is zodanig geformuleerd dat deze naar verwachting toereikend zal zijn.

e. Niveau regels passende arbeid

Het kabinet heeft het advies van de Afdeling overgenomen om de invulling van het begrip passende arbeid plaats te doen vinden op het niveau van een algemene maatregel van bestuur. De grondslagen in het wetsvoorstel zijn hierop aangepast.

5. Wijzigingen in het ontslagrecht

Voorafgaand aan de bespreking van de verschillende onderdelen merkt de Afdeling op dat veel voorgestelde bepalingen moeilijk leesbaar zijn als gevolg van de vele onderlinge verwijzingen en de omslachtige formuleringen. In dit opzicht is de voorgestelde tekst aanmerkelijk complexer dan de huidige wettekst. De Afdeling adviseert de tekst daarom in zijn geheel

opnieuw aan een redactionele toets te onderwerpen en waar mogelijk te vereenvoudigen. Voorbeelden zijn de regeling van drie verschillende vergoedingen, inclusief de bijbehorende uitzonderingen in verschillende wetsartikelen, en de vormgeving van het systeem van opzeggingen. Deze komen in de hierna volgende opmerkingen aan de orde.

Over de voorgestelde wijzigingen van het ontslagrecht maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

5.1. Het duale stelsel

a. Dwingend voorgeschreven ontslagroutes

i) Afbakening ontslagroutes

Ook wanneer de Afdeling het voorgestelde vernieuwde duale ontslagrecht nader beziet, kan zij niet concluderen dat er sprake is van een eenduidiger en eenvoudiger ontslagrecht. Weliswaar heeft de werkgever geen keuze meer tussen de beide ontslagroutes, maar hier staat tegenover dat het zich laat aanzien dat als gevolg hiervan afbakeningsvraagstukken zullen ontstaan tussen de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. Het voorstel regelt dan wel door middel van een opsomming van ontslaggronden in welke gevallen de werkgever de UWV-procedure moet doorlopen en in welke gevallen de werkgever de route van de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter moet volgen.⁶⁵ Niet ondenkbaar is echter dat in bepaalde gevallen de werkgever de ontslaggrond op zodanige wijze inkleedt dat hij toch de keuze heeft tussen de beide procedures.

Een voorbeeld kan zijn een om bedrijfseconomische redenen gegrond ontslag, terwijl de werkgever eigenlijk vanwege vermeend disfunctioneren van de werknemer af wil. Daarbij rijst de vraag naar het rechtsgevolg van een dergelijke situatie. Niet ondenkbaar is dat de werknemer de rechtsgeldigheid van een op bedrijfseconomische redenen gegronde opzegging na verkregen toestemming van het UWV probeert aan te tasten indien hij kan bewijzen dat het vermeend disfunctioneren de werkelijke reden van het ontslag was. Daarop anticiperend zou de werkgever, om dit te voorkomen, naast toestemming van het UWV ook nog een voorwaardelijke ontbinding van de kantonrechter kunnen verzoeken voor het geval hij zich vergist heeft in de benadering van de juiste instantie.⁶⁶

Afgezien daarvan kan zich uiteraard ook een combinatie van ontslaggronden voordoen, bijvoorbeeld als met een werknemer die langdurig ziek is ook de arbeidsverhouding verstoord raakt. Door deze mogelijke problemen van afbakening kan het ontslagrecht nog ingewikkelder en zwaarder voorkomen dan thans het geval is. Voor dit soort gevallen zou gedacht kunnen worden aan een voorrangsregel of een doorverwijzingsplicht ten behoeve van de werkgever teneinde te voorkomen dat de werkgever niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn verzoek om toestemming onderscheidenlijk ontbinding.

Gelet op deze afbakeningproblemen mist de Afdeling in de toelichting een bespreking van de mogelijkheid om één instantie aan te wijzen die alle ontslagen toetst, hetgeen vanuit het oogpunt van vereenvoudiging van het ontslagstelsel ook goed denkbaar is.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen in verband met problemen die kunnen rijzen bij een «dubbele» ontslaggrond.⁶⁷

⁶⁵ Zie het voorgestelde artikel 7:669 lid 2 in verbinding met artikel 7:671a en 7:671b BW.

⁶⁶ Vgl. B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2013, afl. 35, blz. 2434.

⁶⁷ Zie ook het advies van de Raad voor de rechtspraak: Advies wetsvoorstel hervorming ontslagrecht, flexrecht en werkloosheidswet van 27 augustus 2013, blz. 4.

ii) Afbakening gronden

Voorts wijst de Afdeling in dit verband op het onderscheid tussen de ontslaggrond van artikel 7:669 lid 2 onder b (langdurige arbeidsongeschiktheid) en die onder c BW (frequent ziekteverzuim). Het komt op zichzelf niet onlogisch voor om de preventieve toets bij langdurige arbeidsongeschiktheid bij het UWV te leggen, waar immers de expertise bestaat om deskundigenoordelen vast te stellen. Maar het onderscheid tussen langdurige arbeidsongeschiktheid en frequent ziekteverzuim is betrekkelijk dun en de vraag rijst dan waarom ook niet in andere situaties die met ziekteverzuim verband houden het UWV de aangewezen instantie is.⁶⁸ Anderzijds zou ook geconcludeerd kunnen worden dat een eenduidige systematiek meebrengt dat alle ontslagen op persoonlijke gronden (inclusief die met betrekking tot ziekte) bij de kantonrechter thuishoren en alleen de ontslagen op bedrijfseconomische gronden bij het UWV.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel naar aanleiding van het voorgaande in de toelichting te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. De UWV-procedure

i) Inrichting procedure

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:671a BW dient de werkgever die de arbeidsovereenkomst op grond van bedrijfseconomische gronden of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid wenst op te zeggen, toestemming te vragen aan het UWV. Over de inrichting van de procedure bij het UWV en de hierbij te hanteren termijnen zullen bij ministeriële regeling regels worden gesteld. De toelichting neemt tot uitgangspunt dat ontslagaanvragen in beginsel binnen een termijn van vier weken worden afgehandeld.⁶⁹

De Afdeling mist in het voorstel een toelichting over een aantal al jaren geldende bezwaren tegen de UWV-procedure, die naast een omvangrijke literatuur onder meer tot uitdrukking komen in een rapport van de Nationale Ombudsman.⁷⁰ Kritiekpunten betreffen de positie van de werkgever en werknemer in de procedure, het ontbreken van hoorzittingen en de onduidelijke rol van de ontslagadviescommissies. Deze commissies blijven in het voorstel in de UWV-procedure een rol spelen. Wat betreft de procedure wordt in het voorstel voorzien in een korte termijn voor afhandeling van deze ontslagzaken. Uit de uitvoeringstoets van het UWV blijkt echter dat deze korte termijn dikwijls niet gehaald zal worden.⁷¹

ii) Reikwijdte preventieve toets

De toelichting vermeldt dat de eis van toestemming van het UWV thans ook gaat gelden voor personeel werkzaam bij het bijzonder onderwijs en personen die een geestelijk ambt bekleden.⁷² Een reden wordt daarbij niet gegeven. Bij de totstandkoming van het BBA 1945 zijn deze groepen

⁶⁸ Zo heeft het UWV bijvoorbeeld ook een rol bij een op frequent ziekteverzuim gebaseerd verzoek. Ingevolge het voorgestelde artikel 7:669 lid 4 BW dient de werkgever te beschikken over een verklaring van een door het UWV benoemde deskundige als bedoeld in artikel 7:629a BW.

⁶⁹ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 3.

⁷⁰ «Naar een eerlijke ontslagprocedure». Rapport van de Nationale Ombudsman van 21 november 2007, 2007/260.

⁷¹ UWV, Uitvoeringstoets wetsvoorstel Wet hervorming ontslagrecht, flexrecht en werkloosheidswet, van 15 augustus 2013, blz. 12–13.

⁷² Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 2 onder «Reikwijdte preventieve toets». In het huidige recht is deze uitzondering geregeld in art. 2 lid 1 onder b en c BBA 1945.

uitgezonderd op grond van het feit dat bij deze beroepen de onderwijsvrijheid respectievelijk de godsdienstvrijheid in het geding zijn. De toestemming van het UWV ziet in het voorstel op ontslag op bedrijfseconomische gronden of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Naar huidig recht is voor werknemers in het bijzonder onderwijs en die een geestelijk ambt bekleden in plaats van de toestemming van het UWV voorzien in eigen procedures in de vorm van kringenrechtspraak in het bijzonder onderwijs resp. de interne regeling van de kerkgenootschappen. De toelichting motiveert niet waarom deze procedures thans niet meer toereikend zijn om te voorzien in de vereiste rechtsbescherming tegen onredelijk ontslag. Deze ommezwaai verdient deze motivering mede in het licht van de genoemde grondwettelijk gewaarborgde vrijheden, waaruit ook de autonome positie van kerkgenootschappen voortvloeit, zoals die ook tot uitdrukking komt in artikel 2:2 BW.67

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

iii) Werknemers niet werkzaam op basis van arbeidsovereenkomst Daarentegen vallen volgens het voorstel in de toekomst de ontslagen van de werknemers in de zin van het BBA 1945 die niet werkzaam zijn op basis van arbeidsovereenkomst maar wel persoonlijk arbeid verrichten, niet meer onder het toestemmingsvereiste (thans geregeld in artikel 1 onder b ten 2° BBA 1945). De toelichting geeft als reden dat dit een kleine groep betreft. Nu het echter met name werknemers zal betreffen in flexibele arbeidsverhoudingen, mist de Afdeling een uiteenzetting hoe dit voorstel zich verhoudt tot de doelstelling van een ander deel van het wetsvoorstel om de positie van de werknemers met flexibele arbeidsverhoudingen te versterken.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en voorstel zo nodig aan te passen.

c. Onafhankelijke commissies

Het voorgestelde tweede lid van artikel 7:671a BW roept de mogelijkheid in het leven om bij cao een onafhankelijke ontslagcommissie in te stellen die de taak van het UWV overneemt voor zover het betreft de preventieve toetsing van bedrijfseconomische ontslagen. Dit leidt ertoe dat ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen niet steeds door het UWV zelf worden getoetst, maar in handen kunnen worden gegeven van een onafhankelijke bij cao ingestelde commissie. De samenstelling en werkwijze van deze commissies wordt in het voorstel niet nader geregeld, afgezien van de in het voorgestelde artikel 7:671a lid 3 BW aan de cao-partijen gestelde eisen. Dit betreffen formele eisen waaraan betrekkelijk snel kan zijn voldaan.⁷³ Voorstelbaar is dat, gelet op het alternatief van de UWV-procedure, ook in deze procedure minimale eisen worden geformuleerd die een eerlijke en onpartijdige behandeling voldoende waarborgen. Aldus kan nader worden ingekaderd in hoeverre de werkwijze van deze commissies mag afwijken van de gang van zaken bij het UWV.

Evenmin wordt duidelijk of een dergelijke cao-bepaling in aanmerking komt voor algemeen verbindend verklaring en derhalve in een bedrijfstak ook zou gelden voor werkgevers die niet zijn aangesloten bij één van de cao-partijen. Een andere vraag is in hoeverre werknemers die niet zijn aangesloten bij een van de cao-partijen aan een dergelijke cao-afsprake

⁷³ Zie hierover nader B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2013, afl. 35, blz. 2435 en J.M. van Slooten, Het komende driekwartdwingende ontslagrecht, TRA 2013, afl. 10, blz. 9.

gebonden zullen zijn. Ook is van belang dat duidelijkheid bestaat over de vraag naar de bevoegdheid van de commissies na afloop van de werkingsduur van de desbetreffende cao en of deze commissies ook blijven bestaan tijdens een tijdvak van nawerking van de cao of dat dan de wettelijke route bij het UWV herleeft. Een mogelijkheid is dat deze commissies in aparte cao's met een langdurige looptijd worden geregeld, zoals dit ook bij pensioenen pleegt te gebeuren.

De Afdeling wijst er daarnaast op dat de mogelijkheid om onafhankelijke commissies te laten beslissen over ontslag in de gekozen opzet niet mogelijk is ten aanzien van ontslagen op medische gronden en wegens persoonlijke redenen. De reikwijdte van deze mogelijkheid is derhalve sterk begrensd. Voor de werkgever op wie een dergelijke cao van toepassing is, zullen in voorkomende gevallen niet twee, zoals thans het geval is, maar zelfs drie verschillende ontslagwegen bestaan, die hij volgens het voorstel ook verplicht is steeds te volgen in de daartoe door de wet en de cao aangewezen gevallen.

De Afdeling concludeert dat het voorgaande niet bijdraagt aan een vereenvoudiging van het ontslagrecht en adviseert dit onderdeel van het voorstel dragend te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. Opzegbaarheid van de arbeidsovereenkomst en ontslaggronden

i) Structuur van het wettelijke systeem

Artikel 7:669 lid 1 BW (nieuw) bevat bij wijze van hoofdregel de bepaling dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor bestaat. Bovendien dient hij aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Het tweede lid somt limitatief op wat onder een redelijke grond wordt verstaan.

De Afdeling heeft begrip voor de in het tweede lid van het voorgestelde artikel 7:669 BW opgenomen ontslaggronden. Door het opnemen van concrete normen (met een vangnetbepaling in artikel 7:669, lid 2, onder h, BW voor omstandigheden die niet onder een van de andere gronden zijn onder te brengen) biedt de wet de werkgever en werknemer houvast en de rechter maatstaven voor de beoordeling of een ontslag al dan niet redelijk is. Dit kan bijdragen aan dejuridisering van ontslag en bevordert de rechtszekerheid van de betrokken partijen.

Het voorgestelde artikel 7:671 BW bepaalt daarop vervolgens dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, behoudens in een vijftal gevallen. Dit zijn – kort gezegd – a. na door het UWV verleende toestemming voor de opzegging, b. gedurende de proeftijd, c. indien sprake is van dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW, d. het de opzegging van huishoudelijk personeel betreft en e. de opzegging geschiedt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer als bedoeld in het nieuw voorgestelde artikel 7:669 lid 3 BW. In de laatste vier gevallen (b t/m e) is voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever instemming van de werknemer noch toestemming van het UWV vereist. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk reeds is opgemerkt, komt de voorgestelde redactie voor verbetering in aanmerking.

De Afdeling plaatst bij de voorgestelde structuur van het ontslagrecht de volgende kanttekeningen.

ii) Terminologie

In de eerste plaats geldt dit de civielrechtelijke terminologie. Het voorstel introduceert de constructie van een «opzegging met instemming van de werknemer». Een opzegging geldt civielrechtelijk echter als een eenzijdige

rechtshandeling. Instemming van de wederpartij is daarbij geen vereiste. Wordt die instemming gegeven, dan komt die in feite neer op het afstand doen van de mogelijkheid om de opzegging in rechte aan te vechten. De in artikel 7:671 BW voorgestelde instemming als voorwaarde voor een rechtsgeldige opzegging (met daarop weer uitzonderingen) is derhalve overbodig.

Daarnaast sluit dit niet aan bij de bij andere overeenkomsten in het burgerlijk recht gebruikelijke regeling. De Afdeling kan zich wel verenigen met het voornemen om de voorwaarden waaronder een instemming van de werknemer met een opzegging als rechtsgeldig wordt beschouwd nader te normeren, door de mogelijkheid te bieden op de instemming binnen een beperkte periode terug te komen. Hiertoe kan echter worden volstaan met aanvulling van het voorgestelde artikel 7:670b BW, welke bepaling handelt over de aanverwante situatie bij totstandkoming van een beëindigingsovereenkomst. Daarnaast blijft nog ongeregeld de hieraan verwante situatie waarin de werknemer te kennen geeft te berusten in een opzegging zonder daarmee ook in te stemmen. Het verdient derhalve aanbeveling de (uitdrukkelijke) berusting van een zelfde regeling te voorzien.

Verder is de gekozen terminologie niet altijd consistent. In artikel 7:669 BW (nieuw) wordt gesproken over opzegging op acht mogelijke gronden, terwijl uit het nieuwe artikel 7:671a BW blijkt dat opzegging slechts op twee van die gronden daadwerkelijk mogelijk is. Bij de zes andere gronden is alleen ontbinding door de kantonrechter mogelijk. De Afdeling adviseert deze bepalingen met elkaar in overeenstemming te brengen.

Voorts is er een zekere tegenstrijdigheid te constateren tussen enerzijds de bepaling van artikel 7:669 BW dat de werkgever kan opzeggen op bepaalde gronden en anderzijds artikel 7:671 BW dat bepaalt dat hij juist niet kan opzeggen, tenzij aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Dit zou kunnen worden opgelost door in artikel 7:671 BW een lijst van situaties te vermelden waarin de in artikel 7:671a BW vereiste toestemming van het UWV niet vereist is. Omkering van de volgorde van de beide laatstgenoemde artikelen ligt dan in de rede.

De Afdeling adviseert naar aanleiding van het voorgaande het voorstel aan te passen.

e. Mogelijkheid tot langer doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd

i) Nieuwe uitzondering op toestemmingsvereiste

Het voorgestelde artikel 7:671 lid 1 onder e BW bevat een nieuwe uitzondering op de regel dat de werkgever geen toestemming van het UWV nodig heeft indien de opzegging geschiedt op of na het bereiken – kort gezegd – van de voor de werknemer geldende pensioenleeftijd. Voor deze categorie oudere werknemers creëert het voorstel aldus een lichter arbeidsrechtelijk regime, tenzij de werkgever en werknemer schriftelijk anders zijn overeengekomen (het voorgestelde artikel 7:669 lid 3 BW).

De Afdeling onderschrijft enerzijds deze uitzondering, nu deze bepaling enige belemmeringen voor het in dienst nemen of houden van personeel rond de pensioengerechtigde leeftijd wegneemt en daarmee de arbeidsparticipatie van oudere werknemers vergroot en langer doorwerken ook na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd stimuleert. Vanuit deze invalshoek past de voorgestelde wijziging in de doelstellingen van het voorstel. De Afdeling begrijpt ook dat het wegnemen van belemmeringen om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden moet

worden gezocht in een lichter arbeidsrechtelijk regime. Anderzijds heeft deze wijziging in de rechtspositie van oudere werknemers tot gevolg dat de arbeidsrechtelijke bescherming van deze groep personen door het ontbreken van adequate bescherming tegen ontslag in belangrijke mate wordt verminderd. Ook kan de vraag worden gesteld of het lichtvaardig kunnen opzeggen van de arbeidsovereenkomst op het moment van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd nog wel maatschappelijk wenselijk is, gelet op de behoefte van een aantal oudere werknemers om langer te kunnen doorwerken, wat de overheid nu juist ook wil bevorderen.

Bovendien rijzen vragen met betrekking tot de verenigbaarheid van de voorgestelde uitzonderingsgrond met het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij arbeid. In dat verband is artikel 6 van Richtlijn 2000/78/EG van belang.⁷⁴ Deze bepaling biedt de lidstaten enige ruimte voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd indien deze in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het artikel stelt daarop dat een categorale uitzondering op het discriminatieverbod voor het vaststellen van de pensioengerechtigde leeftijd mogelijk is. Dat neemt niet weg dat de voorgestelde maatregelen die de rechtspositie van oudere werknemers verslechteren getoetst dienen te worden op de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Deze kan niet worden gevonden in de enkele voorziening van een AOW-pensioen, nu daarmee wordt voorbij gegaan aan de omstandigheid dat langer doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd door sommige werknemers uit noodzaak geschiedt om aanvullend inkomen te verwerven. De maatregel dient in dit licht niet verder te gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen en niet op excessieve wijze afbreuk te doen aan de belangen van de werknemers, waarbij de maatregel in zijn eigen regelingscontext dient te worden geplaatst en rekening moet worden gehouden zowel met het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.⁷⁵

Tegen deze achtergrond merkt de Afdeling op dat het bevorderen van het in dienst nemen of houden van oudere werknemers ook op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt. Volgens het huidige beleid van het UWV wordt een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met de werknemer tegen de AOW-leeftijd op de enkele grond dat deze leeftijd wordt bereikt, steeds verleend, mits het verzoek tijdig is ingediend. Alleen wanneer na de pensioengerechtigde leeftijd wordt doorgewerkt, herleeft een volwaardige toets aan het BBA 1945 en de ontslaggronden van het daarop gebaseerde Ontslagbesluit. Het doel om de vrees van werkgevers om oudere werknemers tegen de pensioengerechtigde leeftijd aan te stellen weg te nemen, kan dus ook worden bereikt door de werking van het Ontslagbesluit aan te passen of regels uit dit besluit buiten toepassing te verklaren bij ontslag op of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Met een lichtere toets door het UWV (en in het voorgestelde nieuwe systeem de kantonrechter) wordt ook recht gedaan aan de arbeidsrechtelijke rechtsbescherming van deze groep werknemers.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel aan te passen.

⁷⁴ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Pb EU 2000, L 303)

⁷⁵ Zie de rechtspraak van het HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, JAR 2010/79 (Rosenblatt/Oellerkring) en van de HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (KLM en VNV), NJ 2012/547.

ii) Schrappen van de Ragetlie-regel

Ingevolge het voorgestelde vierde lid van artikel 7:667 BW is de zogenoemde Ragetlie-regel⁷⁶ niet van toepassing indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Volgens de memorie van toelichting vloeit uit deze wijziging voort dat ook de regel in het vijfde lid van artikel 7:667 BW over de voortgezette arbeidsovereenkomst op deze groep werknemers niet van toepassing is.

Het schrappen van de Ragetlie-regel heeft als consequentie dat de werkgever met de werknemer na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan overeenkomen zonder dat dit – althans gedurende de eerste drie (of volgens het voorstel twee) jaren – leidt tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarnaast wordt ook de ketenbepaling geschrapt. Hierdoor wordt elke andere beperking op het aantal en de duur van de te sluiten tijdelijke contracten weggenomen.

Op zichzelf genomen heeft de Afdeling begrip voor de gedachte dat na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd het verder werken in de vorm van tijdelijke contracten dient te worden vergemakkelijkt. De Afdeling is echter van oordeel dat het voorstel op dit punt heel ver gaat. Het leidt er immers toe dat elke bescherming tegen het onbeperkt gebruiken van tijdelijke arbeidsovereenkomsten wordt weggenomen. Dit maakt het mogelijk misbruik te maken van de afhankelijkheid van de betrokken werknemers van hun werkgevers. Als gevolg daarvan zouden deze oudere werknemers in voortdurende onzekerheid kunnen worden gehouden over de toekomst van hun dienstverband, doordat de werkgever steeds contracten voor korte tijd zou aanbieden, bijvoorbeeld voor de duur van een maand, een week of in extreme gevallen zelfs één dag.

De Afdeling merkt tegen deze achtergrond op dat de gekozen benadering op gespannen voet staat met de clausules 1 en 5 van de in richtlijn 1999/70/EG⁷⁷ opgenomen raamovereenkomst, waarin onder andere is geregeld dat maatregelen moeten worden getroffen ter voorkoming van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De ketenbepaling strekt daartoe. Clausule 5, lid 1, van de raamovereenkomst stelt de lidstaten een algemeen doel, bestaande in het voorkomen van voornoemd misbruik, maar laat hun daarbij de vrijheid om de middelen voor het bereiken daarvan te kiezen. Lidstaten kunnen dus in beginsel kiezen tussen de in deze clausule genoemde maatregelen of bestaande gelijkwaardige wettelijke maatregelen op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren of categorieën werknemers.⁷⁸ De wetgever mag dus voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt kiezen voor andere, gelijkwaardige wettelijke maatregelen. Met het zonder meer buiten toepassing verklaren van die bepaling voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, is om hiervoor genoemde redenen voor deze groep in het geheel niet voorzien in het voorkomen van misbruik.⁷⁹

⁷⁶ Op grond van artikel 7:667 lid 1 BW eindigt een arbeidsovereenkomst van rechtswege wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst, de wet of door het gebruik is aangewezen. De in het huidige artikel 7:667 lid 4 BW opgenomen Ragetlie-regel houdt in dat als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, voor de beëindiging als regel een opzegging nodig is.

⁷⁷ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Pb EG 1999, L 175)

⁷⁸ HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09, JAR 2011/113 (Lufthansa/Kumpan), r.o. 34–35.

⁷⁹ Lufthansa/Kumpan, m.n. r.o. 43–45.

Ook de toetsing aan de eis van noodzakelijkheid lijkt de voorgestelde uitzondering op de ketenbepaling niet te kunnen doorstaan. De Afdeling meent namelijk dat ook minder vergaande varianten kunnen leiden tot de beoogde flexibilisering. Een minder ingrijpend stelsel zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de regel voor de AOW-gerechtigden alleen buiten werking blijft, indien de laatste drie tijdelijke contracten een bepaalde minimumduur hebben gehad (bijvoorbeeld telkens drie maanden). Dit zou stimuleren dat contracten voor een niet te korte duur worden overeengekomen. Ook zou kunnen worden overwogen het aantal te sluiten contracten te verhogen tot vijf en het aantal jaren eveneens tot vijf. Een dergelijke verruiming zou de meeste gevallen van doorwerken na de AOW-leeftijd kunnen dekken.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de voorgestelde uitzondering op de ketenbepaling aan te passen.

f. Sancties

Indien een opzegging door de werkgever zonder toestemming van het UWV of in strijd met een opzegverbod plaatsvindt, is deze in het huidige stelsel vernietigbaar. De werknemer kan de opzegging door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen.

Het voorstel vervangt deze constructie door de mogelijkheid om de kantonrechter te vragen de opzegging te vernietigen. Als redengeving wordt vermeld dat de huidige procedure nadelig zou zijn voor de werknemer omdat hij moet afwachten of de werkgever zich bij de vernietiging neerlegt. Als dat niet het geval is moet hij een loonvordering instellen in een dagvaardingsprocedure. Wanneer de vernietiging via de rechter plaatsvindt (waarvoor een verzoekschriftprocedure wordt voorgesteld) zou er snel duidelijkheid zijn wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt.

De Afdeling acht deze toelichting niet dragend. In het huidige stelsel kan zo nodig via een voorlopige voorzieningsprocedure op korte termijn voldoende duidelijkheid worden verkregen over de vraag of de werkgever de werknemer moet blijven tewerkstellen. Door de vernietigingsmogelijkheid bij de rechter te leggen, blijft hangende de procedure bij die rechter ook onduidelijkheid bestaan over de vraag of de arbeidsovereenkomst kon worden verbroken, terwijl in de bedoelde gevallen de onrechtmatigheid van het ontslag reeds automatisch volgt uit de overtreding van de wettelijke bepaling. De grondslag voor een door de werknemer te eisen voorlopige voorziening wordt door de wijziging echter verzwakt.

Uit het voorgestelde artikel 7:681 BW blijkt dat de rechter op verzoek van de werknemer de vernietiging kan doen vervangen door een billijke vergoeding. Deze laatste mogelijkheid kan worden gezien als een vooruitgang, maar kan ook worden ingevoerd door de introductie van een zelfstandige vordering tot een dergelijke vergoeding.

Daarnaast introduceert het voorstel een onderscheid tussen het vernietigen van de opzegging door de rechter (artikel 7:681 BW) en het door de rechter veroordelen van de werkgever tot het herstellen van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:682 BW). Uit de toelichting wordt niet duidelijk waarom dit twee verschillende sancties moeten zijn en welke eventuele verschillende rechtsgevolgen deze zouden moeten hebben. Bovendien maakt dit onderscheid het voorstel onnodig complex van aard.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel nader te motiveren en de tekst zo nodig aan te passen.

g. Rechtsmiddelen

Thans is geen bezwaar of beroep mogelijk tegen het verlenen of weigeren van toestemming door het UWV. Ook tegen de beslissing van de kantonrechter op het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst staat geen hogere voorziening open (behoudens cassatie op de voet van artikel 80, eerste lid, Wet RO).

Het voorstel brengt hierin wijziging. Krachtens het voorgestelde artikel 7:671b, lid 1, sub b, BW kan de werkgever na weigering van het UWV (of de onafhankelijke commissie) om toestemming voor opzegging te verlenen, de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst met de werknemer (alsnog) te ontbinden. Tegen het verlenen van toestemming door het UWV (of de onafhankelijke commissie) waarop opzegging door de werkgever is gevolgd, kan de werknemer op grond van het voorgestelde artikel 7:682, lid 1, sub a, BW de kantonrechter verzoeken de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Tegen de beschikking van de kantonrechter (zowel na het doorlopen van de procedure bij het UWV als in de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter zelf) wordt het instellen van hoger beroep en cassatie mogelijk.

i) Noodzaak van hoger beroep en cassatie

Bezien vanuit het oogpunt van optimale rechtsbescherming valt de openstelling van hoger beroep en cassatie te begrijpen. Naar het oordeel van de Afdeling dwingt artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) wel tot het openstellen van beroep tegen de beslissing van het UWV en mogelijk dat van de onafhankelijke commissie, maar niet tot het openstellen van hoger beroep en cassatie tegen besluiten van de rechter in eerste instantie. Er kunnen zowel goede argumenten zijn om in ontslagzaken hoger beroep en cassatie mogelijk te maken, als om dit juist niet te doen. De toelichting noemt slechts als argument het bevorderen van uniformiteit in de rechtspraak gelet op het stelsel waar verschillende kantonrechters oordelen over ontslag.⁸⁰ Aan de openstelling van hoger beroep (en cassatie) ligt aldus geen gemotiveerde afweging van alle mogelijke voor- en nadelen ten grondslag. In deze afweging dient ook betrokken te worden het nadeel dat de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie door werkgevers als een verdere verzwaring van de ontslagprocedure kan worden opgevat, en daarmee als een extra reden om af te zien van het in vaste dienst nemen van personeel. Dit aspect zou kunnen leiden tot een verdere juridisering, met name in de eerste jaren na inwerkingtreding van het voorstel, waarin een toename van het aantal civiele (cassatie)zaken op dit gebied niet denkbeeldig is.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

ii) Aantal instanties

Door de openstelling van beroep tegen de beslissing van het UWV bij de kantonrechter en daaropvolgend hoger beroep en cassatie kan de (voorgenomen) opzegging wegens bedrijfseconomische gronden of langdurige arbeidsongeschiktheid aan vier instanties ter toetsing worden voorgelegd. De werknemer van wie de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd op gronden waarvoor de werkgever toestemming van het UWV nodig heeft, heeft derhalve een extra instantie. Dit strookt niet met de beoogde gelijktrekking van de verschillende ontslagprocedures, draagt bij tot vergroting van de complexiteit van het stelsel en verlengt de duur van ontslagprocedures voor de werkgever nog verder.

⁸⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 3, onder «Hoger beroep».

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel nader te motiveren en zo nodig aan te passen.

h. De verzoekschriftprocedure

i) Uitbreiding verzoekschriftprocedure

In het huidige stelsel worden veel aan beëindiging van het dienstverband gerelateerde geschillen in een dagvaardingsprocedure door de rechter behandeld, waarbij het bewijsrecht integraal van toepassing is en hoger beroep en cassatie openstaan. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst vindt plaats in een verzoekschriftprocedure, waarin de bepalingen van het bewijsrecht krachtens artikel 284 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) van overeenkomstige toepassing zijn tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet en waarbij hoger beroep en cassatie, uitzonderingen daargelaten, niet mogelijk zijn. De verzoekschriftprocedure is een op een snelle beslissing gerichte procedure.

Het voorstel bepaalt in artikel 7:686a lid 2 BW dat gedingen op grond van de voorgestelde artikelen 7:672 lid 9, 673, 673a en 677 BW of gedingen gebaseerd op het bepaalde bij of krachtens de voorgestelde artikelen 7:673b en 673c BW worden ingeleid met een verzoekschrift. Uit de voorgestelde artikelen 7:671b, 671c, 681 en 682 BW volgt reeds dat op de desbetreffende bepalingen gebaseerde procedures verzoekschriftprocedure betreffen. In de toelichting wordt het voorstelbaar geacht dat er met het in deze artikelen bepaalde verband houdende geschillen bestaan die thans nog met een dagvaarding moeten worden ingeleid.⁸¹ Om de praktijk hierin tegemoet te komen, regelt het voorgestelde artikel 7:686a lid 3 BW dat in gedingen op grond van de hierboven genoemde voorgestelde artikelen, daarmee verband houdende andere vorderingen worden ingediend met een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding. Daarmee wordt bereikt dat de met elkaar samenhangende geschilpunten in één gerechtelijke procedure kunnen worden beslecht en wordt een dubbele rechtsgang voorkomen, hetgeen tijd en geld bespaart en het gerechtelijk apparaat minder belast.⁸²

Gelet op het met het voorstel beoogde doel van vereenvoudiging van het ontslagrecht onderschrijft de Afdeling deze aanpassing, maar maakt daarbij de volgende opmerkingen.

ii) Reikwijdte wijzigingen

Blijkens de toelichting ziet de voor samenhangende geschilpunten opengestelde verzoekschriftprocedure in ieder geval op een vordering tot betaling van achterstallig loon. Naar de Afdeling veronderstelt, geldt het voorgestelde artikel 7:686a BW voor alle mogelijk denkbare vorderingen die bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst kunnen worden ingesteld en daarmee verband houden, zoals bijvoorbeeld die ten aanzien van de geldigheid van een concurrentiebeding. De Afdeling kan dit echter niet ondubbelzinnig uit het voorstel afleiden, hetgeen wel wenselijk is, ook met het oog op de praktijk ter voorkoming van onduidelijkheden ten aanzien van de juiste rechtsingang. Daarnaast kan dit ertoe leiden dat dezelfde procedures in het ene geval met een dagvaarding en in het andere geval met een verzoekschrift zullen worden ingeleid. Dit leidt er weer toe dat ook in hoger beroep dezelfde geschillen met verschillende procedures kunnen worden gevoerd. Dit roept de vraag op of hier niet weer een nieuwe complexiteit wordt toegevoegd. Uit de toelichting blijkt niet of is overwogen om voor alle arbeidsrechtelijke vorderingen, ook die niet rechtstreeks met ontslag verband houden of daarmee tegelijkertijd

⁸¹ Memorie van toelichting bij artikel I, onderdeel EE.

⁸² ibidem.

worden ingesteld, voortaan een verzoekschriftprocedure voor te schrijven. Het arbeidsrecht zou hierin vooruit kunnen lopen op de voorgenomen wijziging van het burgerlijk procesrecht.⁸³

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

iii) Procesrechtelijke gevolgen

Indien de verzoekschriftprocedure over de gehele breedte van het ontslagrecht wordt voorgeschreven, is daarnaast van belang dat duidelijk wordt welke regels van procesrecht worden gehanteerd. Dit geldt althans voor de regels van het bewijsrecht. Nu thans in praktijk, in verband met het snelle karakter van de ontbindingsprocedure, het horen van getuigen in die procedure doorgaans niet plaatsvindt, rijst de vraag welke procesrechtelijke implicaties de samenvoeging van alle geschilpunten in een verzoekschriftprocedure in de arbeidsrechtelijke praktijk zal hebben.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande nader in te gaan.

5.2 Het vergoedingensysteem

Het voorstel kent drie soorten vergoedingen: een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een vergoeding wegens het niet in acht nemen van de juiste termijnen.

a. De «transitievergoeding»

i) Huidige grondslag

In het huidige ontslagrecht ontvangt de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV wordt opgezegd in beginsel geen vergoeding. De werknemer kan wel, wanneer hij van mening is dat de opzegging kennelijk onredelijk is, bij de kantonrechter een schadevergoeding vorderen. De berekening van deze schadevergoeding geschiedt volgens de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek op basis van een zo concreet mogelijke berekening van de schade en is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De gronden voor toekenning van een schadevergoeding vanwege een kennelijk onredelijke opzegging zijn onder meer het hanteren van een valse ontslaggrond, maar bij ontslag door de werkgever ook het feit dat de gevolgen voor de werknemer onevenredig zwaar zijn. Dit laatste kan worden uitgelegd als een element van «nadeelcompensatie». Uit de wetsgeschiedenis blijkt tevens dat de vergoeding kan worden gezien als een «pleister op de wonde». Tegen de toekenning of afwijzing van een schadevergoeding uit kennelijk onredelijke opzegging staan hoger beroep en cassatie open.

De werknemer van wie de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt ontbonden, ontvangt in het huidige recht als regel een vergoeding ten laste van de werkgever. De berekening van deze vergoeding wordt als regel gebaseerd op de aanbevelingen van de Kring van kantonrechters, die onder meer de zogeheten kantonrechtersformule bevatten. Volgens deze formule wordt de hoogte van deze vergoeding gebaseerd op dienstjaren, leeftijd en vast maandsalaris, waarbij correctie mogelijk is op grond van verwijtbaarheid en risicoverdeling. Tegen toe- of afwijzing van deze vergoeding staat geen hogere voorziening open.

⁸³ Zie de brief van Minister van Veiligheid en Justitie, Kamerstukken II 2012/13, 29 279, nr. 164.

ii) Nieuwe grondslag

Het voorgestelde systeem gaat uit van een vergoedingensysteem dat op nieuwe grondslagen berust.

Het nieuwe artikel 7:673 BW introduceert de «transitievergoeding» voor iedere werknemer die twee jaar of langer (in vaste of tijdelijke dienst) bij dezelfde werkgever werkzaam is geweest. De transitievergoeding is verschuldigd bij opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever en bij een einde van rechtswege, indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever niet wordt voortgezet. De verwijtbaarheid speelt in deze gevallen geen rol. De vergoeding is ook verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer wordt beëindigd na ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De vergoeding bedraagt over de eerste 120 maanden van het dienstverband 1/6 van het maandsalaris voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en is gelijk aan een kwart van het maandsalaris voor elke daaropvolgende periode van zes maanden met een maximum van € 75.000 of een salaris gelijk aan ten hoogste het jaarsalaris indien dat loon hoger is dan dat salaris. Krachtens het zesde lid van artikel 7:673 BW kan bij ministeriële regeling worden bepaald dat kosten in mindering worden gebracht die verband houden met maatregelen gericht op het bevorderen van het vinden van een andere baan bij (dreigend) ontslag of die de bredere inzetbaarheid van werknemers tijdens het dienstverband bevorderen.

iii) Uitzonderingen

Het voorgestelde artikel 7:673a BW bevat een aparte regeling voor werknemers van 50 jaar en ouder die langer dan tien jaar in dienst zijn. Tot 1 januari 2020 geldt voor deze werknemers een hogere berekeningsmaatstaf, indien zij ten minste tien jaar in dienst zijn geweest (bij een werkgever met meer dan 25 werknemers). Ingevolge het voorgestelde artikel 7:673b BW kunnen bij cao afspraken worden gemaakt waardoor het wettelijke recht op de transitievergoeding niet van toepassing is mits de betrokken werknemers aanspraak kunnen maken op een gelijkwaardige voorziening gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Het voorgestelde artikel 7:673c BW voorziet voorts in de mogelijkheid bij ministeriële regeling te bepalen dat onder nadere voorwaarden en op nader te bepalen wijze de hoogte van de verschuldigde vergoeding in verband met de financiële positie van de werkgever op lager of nihil kan worden gesteld. Volgens de toelichting bij deze bepaling wordt hierbij gedacht aan ernstige financiële problemen, waaronder surseance van betaling en faillissement.⁸⁴ Geen aanspraak op de transitievergoeding bestaat voor werknemers jonger dan 18 jaar en voor werknemers die de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt (artikel 7:673 lid 7 sub a en b BW). De transitievergoeding is evenmin verschuldigd indien het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer dan wel grotendeels te wijten is aan de werknemer (onder c).⁸⁵

iv) Maximale hoogte

Met betrekking tot de (maximale) hoogte van de transitievergoeding merkt de Afdeling op dat de toelichting voor de in het voorgestelde artikel 7:673 lid 2 BW geregelde wijze van maximeren slechts als motivering vermeldt dat aldus te hoge ontslagkosten voor werkgevers

⁸⁴ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 4, onder «Slechte financiële situatie van de werkgever» alsmede de toelichting bij artikel I, onder V.

⁸⁵ Overigens maakt het voorstel hierop weer een uitzondering: zie het voorgestelde artikel 7:673 lid 8 BW, waarin wordt bepaald dat de kantonrechter in afwijking van lid 7, onderdeel c, de vergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer kan toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

worden voorkomen en voorts dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie, zodat zij vaak sneller werk vinden en eerder de inkomensderving als gevolg van ontslag kunnen opvangen. Voor werknemers met lagere inkomens is de verwachting dat een jaarsalaris niet toereikend is. Voor hen kan de transitievergoeding daarom oplopen tot maximaal € 75.000 (dat kan overeenkomen met twee jaarsalarissen) als hun jaarsalaris lager is dan dat bedrag.⁸⁶

De Afdeling mist een motivering van het in de toelichting gestelde positieve verband tussen het jaarsalaris en de kansen op de arbeidsmarkt. De Afdeling onderschrijft dat de arbeidsmarktpositie van de werknemer een factor kan zijn bij de berekening van de vergoeding bij ontslag. Maar een hoog jaarsalaris zegt op zichzelf nog niet zoveel over de kansen die de desbetreffende werknemer op de arbeidsmarkt heeft, omdat de perspectieven op de arbeidsmarkt eerder samenhangen met het opleidingsniveau van werknemers. In dit verband wijst de Afdeling voorts op het volgende. Een werknemer met een jaarsalaris boven het bedrag van € 75.000 kan ingevolge het voorstel bij ontslag een heel jaarsalaris ontvangen (bijv. € 80.000); een werknemer met een aanzienlijk lager jaarsalaris heeft, afhankelijk van het aantal dienstjaren, misschien wel recht op een aantal jaarsalarissen, maar tot een hoogte van € 75.000. Hoewel de werknemer met een lager jaarsalaris en volgens de toelichting mindere kansen op de arbeidsmarkt aanspraak heeft op meer jaarsalarissen, ontvangt de werknemer met een hoger jaarsalaris dan € 75.000 en volgens de toelichting gunstigere arbeidsmarktperspectieven, een hoger bedrag voor zijn transitie en compensatie voor het ontslag.

Ten aanzien van het jaarsalaris acht de Afdeling het wenselijk dat de toelichting tevens ingaat op de vraag welke looncomponenten al dan niet in de berekening worden meegenomen.

Voorts wordt niet duidelijk hoe de (gemaximeerde) transitievergoeding zich verhoudt tot de contractsvrijheid van de werkgever en werknemer om bijvoorbeeld al bij aanvang van het dienstverband een hogere vergoeding overeen te komen indien de arbeidsovereenkomst onvrijwillig beëindigd wordt.

Tot slot wijst de Afdeling erop dat het begrip «gelijkwaardige voorziening» in artikel 7:673b, lid 1, BW niet wordt gedefinieerd. De toelichting bevat evenmin voorbeelden van voorzieningen die kunnen worden aangemerkt als gelijkwaardig aan de wettelijke transitievergoeding. Hierdoor wordt niet uitgesloten dat in een cao bijvoorbeeld een outplacement ter waarde van € 1.000,- wordt aangemerkt als een gelijkwaardige voorziening, terwijl een werknemer met een lang dienstverband anders bijna een jaarsalaris had ontvangen. Naar het oordeel van de Afdeling verdient het aanbeveling om de toelichting op dit onderdeel aan te vullen.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel van een nadere motivering te voorzien en het voorstel aan te passen.

b. De billijke vergoeding

Naast de transitievergoeding kent het voorstel in sommige gevallen de werknemer een (niet-gemaximeerde) vergoeding naar billijkheid toe. De toekenning van deze billijke vergoeding is in verscheidene wetsartikelen geregeld.

De billijke vergoeding is in de eerste plaats voorzien bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter (artikel 7:671b, lid 8, onder c, en 9 BW). In de regeling van het negende lid kan de werknemer bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds niet opzegbaar is, een vergoeding ter vervanging van het loon

⁸⁶ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 4.

worden toegekend alsmede een (hogere) vergoeding naar billijkheid. Het voorgestelde artikel 7:671c BW bevat eenzelfde bepaling ingeval van een ontbindingsverzoek van de werknemer. Voorts bevat het voorgestelde artikel 7:673 lid 9, sub a, BW een regeling voor het toekennen van een billijke vergoeding – naast de transitievergoeding – in het geval een arbeidsovereenkomst, na een van einde van rechtswege, niet wordt voortgezet. Sub b van het artikel kent een billijke vergoeding toe aan werknemers die niet in aanmerking komen voor een transitievergoeding.

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:681 BW kan de kantonrechter voorts de werknemer in de daarin omschreven gevallen op zijn verzoek een billijke vergoeding toekennen, indien de werknemer niet verzoekt om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Het voorgestelde artikel 7:682 BW voorziet tot slot in de mogelijkheid om in de daarin omschreven gevallen de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, indien de werknemer niet verzoekt om herstel van de door opzegging geëindigde arbeidsovereenkomst.

Behoudens in de gevallen van artikel 7:673, lid 9, sub b, en artikel 7:681 BW is de billijke vergoeding slechts verschuldigd indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan wel van omstandigheden die geheel of grotendeels te wijten zijn aan de werkgever.⁸⁷ Onder het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» verstaat de toelichting ernstige verwijtbaarheid dan wel situaties die te kenschetsen zijn als een situatie waarin het feit dat de arbeidsrelatie beëindigd moet worden grotendeels te wijten is aan de werkgever. Het gaat hierbij om uitzonderlijke gevallen, waarbij de vergoeding een ander karakter heeft dan de transitievergoeding. De hoogte van deze additionele vergoeding wordt door de rechter bepaald.⁸⁸

Ten aanzien van de billijke vergoeding merkt de Afdeling op dat het opnemen van de billijke vergoeding in verschillende bepalingen niet bijdraagt aan de overzichtelijkheid van het stelsel van vergoedingen.

Een tweede opmerking betreft de billijke vergoeding zelf. Nu de berekening van de hoogte van deze vergoeding niet aan nadere normen is gebonden, maar deze aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten, is onduidelijk hoe de rechter tot de berekening van deze vergoeding zal komen en met welke factoren de rechter rekening zal houden. In de billijke vergoeding ligt uitdrukkelijk niet het criterium besloten of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen. Dit criterium komt te vervallen, omdat daarin is voorzien in de transitievergoeding, aldus de toelichting.⁸⁹ Te verwachten valt dat enerzijds dat deze onzekerheid een groot aantal procedures zal uitlokken. Anderzijds valt niet uit te sluiten dat ten behoeve van de rechtseenheid en rechtszekerheid in de praktijk opnieuw afspraken over een te hanteren formule worden gemaakt.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het voorstel nader te motiveren.

⁸⁷ Ten aanzien van de werknemer is in het voorgestelde artikel 7:673 lid 7, onder c BW eenzelfde criterium opgenomen als grond voor het niet toekennen van een transitievergoeding.

⁸⁸ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 2, onder «Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten».

⁸⁹ ibidem.

c. De vergoeding wegens het niet in acht nemen van de juiste termijnen

i) De huidige regeling

Bij een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst is thans een schadeloosstelling verschuldigd. Deze vergoeding komt in het voorstel in beginsel weer terug onder de term «vergoeding». Deze is thans geplaatst aan het einde van het artikel over de opzegtermijn (artikel 7:672, lid 9, BW nieuw). Dezelfde term «vergoeding» is ook te vinden bij de regeling inzake het ontslag wegens een dringende reden (ontslag op staande voet) in artikel 7:677 leden 2 en 4 BW (nieuw). Daarnaast behoort bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst die tussentijds opzegbaar is, een billijke vergoeding tot de mogelijkheden als daartoe, kort gezegd, op grond van slecht werkgeverschap aanleiding bestaat (artikel 7:671b, lid 8, en artikel 7:671b, lid 2, BW (nieuw)). Bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst die tussentijds niet opzegbaar is, kan de kantonrechter, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, de werknemer een vergoeding toekennen overeenkomstig de in artikel 7:672, lid 9, BW bedoelde vergoeding, aldus het voorgestelde artikel 7:671b, lid 9 en 7:671c, lid 3, BW.

ii) Voorgestelde berekening vergoeding

Voor de berekening van deze vergoeding kent de huidige regeling een keuze tussen een gefixeerde schadevergoeding en een «volledige» schadevergoeding. Deze laatste vergoeding wordt geschrapt vanwege het vervallen van de kennelijk onredelijke ontslagprocedure.⁹⁰ Dit is een begrijpelijke keuze gezien het geringe beroep dat op deze mogelijkheid wordt gedaan. Een andere wijziging betreft de mogelijkheid van matiging van de vergoeding, die thans geregeld is in artikel 7:680a BW. Het matigingsrecht (en de mogelijkheid tot verhoging in het spiegelbeeldige geval) wordt in het voorstel uitsluitend geregeld in de bepaling inzake het ontslag op staande voet (artikel 7:677, lid 4 en 5 BW). De mogelijkheid van matiging van de vergoeding die verschuldigd is wegens het niet in acht nemen van de juiste (opzeg)termijnen komt in het voorstel niet terug (het huidige artikel 7:680 BW). Het voorstel ziet daarnaast weinig toegevoegde waarde in de handhaving van de matiging van de loonvordering (het huidige artikel 7:680a BW). Voor dit laatste geeft de toelichting als reden de kortere termijnen waarbinnen de werknemer in rechte een beroep moet doen op de vernietigbaarheid van de opzegging en de rechter de behandeling van het verzoek moet aanvangen, waardoor de loonvordering in de meeste gevallen niet veel meer zal bedragen dan het in geld vastgelegde loon voor de duur van drie maanden, waarop de loonvordering thans ook minimaal moet worden gesteld.⁹¹ De rechter kan, door de uitsluiting van schorsende werking in hoger beroep en de beperkte mogelijkheden die de appelrechter ingevolge het voorgestelde artikel 7:683 BW ter beschikking staan, een eventuele matiging van de loonvordering zoeken in het tijdstip waarop het herstel van de arbeidsovereenkomst wordt gelast. De gevallen waarin om vernietiging van de opzegging kan worden verzocht zijn voorts zodanig ernstig dat een volledige loonvordering een passende sanctie is. Tot slot is het schrappen van de matigingsbevoegdheid in lijn met de beoogde vereenvoudiging van het ontslagrecht, aldus de toelichting.⁹²

Deze aan de schrapping van de matigingsbevoegdheid van de artikelen 7:680 en 680a BW ten grondslag gelegde motiveringen acht de Afdeling niet dragend.

⁹⁰ Memorie van toelichting, hoofdstuk 3, paragraaf 8.

⁹¹ Memorie van toelichting, toelichting bij artikel I, onder Z.

⁹² ibidem.

De Afdeling merkt op dat de matigingsbevoegdheid ten aanzien van de vergoeding bij niet in acht genomen termijnen van belang kan blijven bij lange opzegtermijnen en lang lopende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De matigingsbevoegdheid bij loonvorderingen kan van belang blijven als bijvoorbeeld de procedure in beroep veel tijd in beslag neemt. Voorts is artikel 7:680a BW juist bedoeld om de matigingsbevoegdheid van de rechter te beperken en niet om deze te vestigen, aangezien het algemeen deel van het vermogensrecht hiervoor ook een grondslag kan bieden.

Gelet hierop adviseert de Afdeling de beide thans bestaande bepalingen over de matigingsbevoegdheden te handhaven.

5.3 Het concurrentiebeding

Het voorstel beperkt de mogelijkheid om een concurrentiebeding overeen te komen bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Ingevolge het voorgestelde artikel 7:653 BW, eerste lid, is een concurrentiebeding slechts geldig indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. Krachtens het tweede lid is een uitzondering op het verbod van een concurrentiebeding bij een tijdelijk arbeidscontract mogelijk indien dit vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is. De werkgever moet deze belangen schriftelijk motiveren. Indien de motivering tekortschiet is het beding vernietigbaar (artikel 7:653, lid 3, onder b BW). Op grond van het vierde lid kan een werkgever geen rechten aan een concurrentiebeding ontleen, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan wel geheel of grotendeels te wijten is aan de werkgever. Omgekeerd kan de werknemer zijn vergoeding ter compensatie van de voor hem belemmerende werking van het concurrentiebeding volgens het voorstel verliezen, indien het einde of de niet-voortzetting van het dienstverband het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zijnerzijds dan wel geheel of grotendeels aan hem is te wijten.

Gelet op de beoogde verbetering van de positie van flexwerkers op de arbeidsmarkt onderschrijft de Afdeling het uitgangspunt dat bij een tijdelijk contract geen concurrentiebeding mogelijk is, tenzij zwaarwegende belangen van de werkgever dit rechtvaardigen. Dit uitgangspunt komt in beginsel evenwichtig voor. Hoewel de Afdeling onderkent dat de arbeidsmarktpositie van flexwerkers door hun in duur beperkte arbeidscontract zwakker is dan werknemers met een vast contract voor onbepaalde duur, mist zij een toereikende motivering van de beperking van de mogelijkheid van tot het overeenkomen van een concurrentiebeding tot arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. De Afdeling acht hiervoor het volgende van belang.

In de eerste plaats bestaan er ook tijdelijke arbeidsrelaties waarin een werknemer zoveel contacten heeft met klanten of zodanige bedrijfskennis heeft opgedaan dat een concurrentiebeding ook voor deze groep werknemers wenselijk is om het gevaar van oneerlijke bedrijfsconcurrentie door de gewezen tijdelijke werknemer tegen te gaan. De vereiste schriftelijke motivering kan dan te zwaar overkomen. In de tweede plaats kan een concurrentiebeding voor werknemers in vaste dienst belemmerend werken bij de overstap naar een nieuw werk. Nu het voorstel juist de arbeidsmobiliteit van met name deze groep werknemers die «vast» zitten in hun huidige baan wil stimuleren, werkt de aanwezigheid van een concurrentiebeding niet bevorderend. Teneinde tegemoet te komen aan de belangen van de werkgever zou een concurrentiebeding voor deze

groep van vaste werknemers op gelijke wijze als voor tijdelijke arbeidscontracten kunnen worden ingeperkt. In dat verband wordt uit de toelichting niet duidelijk waarom in dit voorstel niet tegelijkertijd is gekozen voor een bredere modernisering van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding voor alle arbeidsovereenkomsten, zoals het kabinet blijkens de toelichting wel voornemens is te bezien.⁹³

Voorts merkt de Afdeling op dat het hierboven onder d besproken criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten dan wel geheel of gedeeltelijk te wijten is aan» ook in de regeling van het concurrentiebeding is opgenomen. De Afdeling merkt op dat de toelichting niet duidelijk is over de vraag hoe dit criterium in het vierde en vijfde lid moet worden uitgelegd. De gebruikte formulering suggereert dat moet worden aangesloten bij het hiervoor besproken criterium waarmee een «muizen-gaatje» is beoogd. Een dergelijke overeenkomstige uitleg ligt niet voor de hand, omdat een concurrentiebeding van een andere aard is en andere belangen dient dan het al dan niet moeten betalen van een transitievergoeding. Daarbij is van belang dat de reikwijdte van een concurrentiebeding voor werknemers in tijdelijke dienst in het voorstel beperkt is tot gevallen waarin sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit onderdeel dragend te motiveren en het voorstel aan te passen.

5. Wijzigingen in het ontslagrecht

5.1 Het duale stelsel

a. Dwingend voorgeschreven ontslagroutes

i) Afbakening ontslagroutes

In reactie op hetgeen de Afdeling heeft opgemerkt over het duale ontslagstelsel, verwijst het kabinet naar hetgeen hierboven is opgemerkt.

Met betrekking tot de opmerkingen van de Afdeling over de samenloop van ontslaggronden geldt dat respectievelijk UWV of de rechter de grond toetst waarover hij bevoegd is te oordelen. In het door de Afdeling genoemde voorbeeld van een op bedrijfseconomische redenen gegrond ontslag terwijl de werkgever ook vanwege vermeend disfunctioneren de arbeidsovereenkomst met de werknemer wil beëindigen, zal de werkgever kunnen kiezen aan welke instantie het ontslag wordt voorgelegd, met dien verstande dat bij de verschillende instanties enkel de grond aan de orde kan komen die aan UWV respectievelijk de rechter is toegewezen. Met andere woorden eventueel disfunctioneren kan geen enkele rol spelen bij de beoordeling door UWV van de aangevoerde bedrijfseconomische gronden noch als het gaat om de ontslagkeuze (toepassing van het afspiegelingsbeginsel). Omgekeerd zal de rechter bij de beoordeling van eventueel disfunctioneren geen acht mogen slaan op eventuele economische omstandigheden. Dit noopt tot heldere keuzes en zuivere afwegingen. Indien in het door de Afdeling gegeven voorbeeld de werkgever – in strijd met de daadwerkelijke reden – bedrijfseconomische redenen als grond voor ontslag opgeeft, komt het logischerwijs voor zijn rekening als hij – nadat UWV geen toestemming heeft verleend – vervolgens alsnog bij de rechter ontbinding op grond van disfunctioneren zal moeten bewerkstelligen als daar reden voor is. Het wetsvoorstel laat de mogelijkheid van de gelijktijdige indiening van een ontbindingsverzoek onverlet maar gezien de nieuwe structuur is dat geen logische keuze. Het

⁹³ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2, paragraaf 3.

ligt meer voor de hand dat een werkgever beoordeelt welke grond (als er eventueel meer gronden in aanmerking komen) de meeste kans van slagen heeft. Mocht hij toch voor twee ankers willen liggen dan zal hij twee procedures kunnen starten op verschillende gronden, zowel bij de rechter als bij UWV. Afhankelijk van de snelheid (en de uitkomst) van de beide procedures zal dan de arbeidsovereenkomst ofwel opzegbaar zijn ofwel worden ontbonden door de rechter.

Mocht er overigens sprake zijn van verschillende in de persoon gelegen gronden dan kan de werkgever in zijn verzoekschrift aan de rechter deze verschillende gronden aanvoeren en onderbouwen.

Voor wat betreft het door de Afdeling aangehaalde voorbeeld van langdurige arbeidsongeschiktheid (na twee jaar of langer) toetst UWV of er nog mogelijkheden zijn om bij de werkgever aan de slag te blijven. Als hierbij tegelijkertijd sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, zal dit zich over het algemeen eerder hebben geopenbaard. In dat geval is het aan de rechter om hierover te oordelen als de werkgever om ontbinding vraagt. UWV zal bij de beoordeling of er mogelijkheden zijn om bij de werkgever aan de slag te blijven een eventueel verstoorde arbeidsrelatie niet kunnen meewegen; die beoordeling vindt louter plaats op arbeidskundige en medische gronden (belasting versus belastbaarheid).

Gelet op het voorgaande is het kabinet dan ook van mening dat van problemen bij samenloop geen sprake zal zijn. Aldus ziet het kabinet geen aanleiding voor de door de Afdeling gedane suggestie van het opnemen van een voorrangregel of doorverwijzingsplicht.

Over de keuze voor het niet aan één instantie toebedelen van alle ontslagen merkt het kabinet nog het volgende op. Zoals reeds in de toelichting is opgenomen, hangt dit samen met de huidige praktijk waarin ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen en vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid veelal worden behandeld door UWV en ontslagen die samenhangen met persoonlijke redenen door de kantonrechter. Aldus is zowel op inhoudelijke (kennis en ervaring) als praktische gronden (aansluiten bij huidige praktijk) gekozen voor de huidige verdeling, waarmee ook de extra belasting van de rechterlijke macht beperkt wordt gehouden. Zoals hiervoor weergegeven, betekent dit echter niet dat het huidige duale ontslagstelsel behouden blijft. Integendeel; weliswaar blijven er twee instanties betrokken maar het staat een werkgever niet vrij om te kiezen welke instantie gaat oordelen zoals in het huidige duale stelsel het geval is (met alle rechtsongelijkheid van dien). Per ontslaggrond staat voortaan immers vast welke instantie er een preventief oordeel over velt.

ii) Afbakening gronden

In reactie op de opmerking van de Afdeling over het onderscheid tussen langdurige arbeidsongeschiktheid en frequent ziekteverzuim, merkt het kabinet het volgende op. Anders dan de Afdeling is het kabinet van mening dat er goede redenen zijn om de toets van ontslagen op de gronden langdurige arbeidsongeschiktheid en frequent ziekteverzuim niet bij één en dezelfde instantie neer te leggen. De Afdeling geeft ook aan dat het op zichzelf niet onlogisch voorkomt om de preventieve toets bij langdurige arbeidsongeschiktheid bij UWV te leggen, gelet op de daar bestaande expertise. In de toelichting is hier voorts over opgemerkt dat UWV al zicht heeft op de werknemer gelet op zijn rol van poortwachter voor de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA). Deze verdeling komt, met andere woorden, de snelheid en efficiëntie ten goede. Het kabinet merkt op dat de gronden langdurige arbeidsongeschiktheid en frequent ziekteverzuim twee op zichzelf staande gronden zijn die een ander karakter hebben. Bij ontslag *na* de periode van langdurige arbeidsongeschiktheid (dat betekent na ommekomst van de periode gedurende

welke het opzegverbod tijdens ziekte geldt) moet worden beoordeeld of er binnen een periode van 26 weken nog mogelijkheden zijn om bij de werkgever aan de slag te kunnen. Dit is een relatief feitelijke beoordeling waarbij louter arbeidskundige deskundigheid en medische kennis de doorslag geven, beide voorhanden bij UWV.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat eventuele geschillen tussen partijen *tijdens* deze periode gedurende welke het opzegverbod bij ziekte geldt, bijvoorbeeld over het al dan niet voldoen aan re-integratieverplichtingen en de consequenties daarvan (zoals opschorting van de loonbetaling bij ziekte), voorgelegd worden aan de rechter, zoals dat ook nu al het geval is. Datzelfde geldt, op grond van het voorstel, voor de situatie waarin een werknemer tijdens langdurige arbeidsongeschiktheid eventueel in aanmerking komt voor ontslag vanwege het niet naleven van re-integratieverplichtingen.

Frequent ziekteverzuim ziet op een geheel andere situatie, namelijk die waarin een werknemer met enige regelmaat, maar *niet* langdurig, ziek is en dit zodanige negatieve gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering van de werkgever dat dit aanleiding kan zijn voor ontslag. Niet alleen zal in die gevallen moeten worden vastgesteld of er daadwerkelijk sprake is van ziekte – te denken hierbij is aan de werknemer die zich stelselmatig na het weekend ziek meldt – en niet van verwijtbaar handelen. Ook kan de oorzaak van het regelmatig ziekteverzuim (deels) te wijten zijn aan omstandigheden op de werkvloer of het gevolg zijn van het feit dat een werknemer niet (langer) aan zijn functie-eisen kan voldoen. Voorts zal de rechter zich een oordeel moeten vormen over de gevolgen voor de bedrijfsvoering van deze ziekmeldingen, en over de vraag of de werkgever voldoende heeft gedaan om de werkzaamheden aan te passen. Dit dient beoordeeld te worden in relatie tot voornoemde negatieve consequenties alsmede in het licht van de op hem rustende verplichtingen in het kader van de Wet gelijke behandeling chronisch zieken en gehandicapten. Kortom: deze ontslaggrond is vanwege de complexiteit toebedeeld aan de rechter die daarvoor bij uitstek geëquipeerd is. Daarbij moet ook niet worden vergeten dat, in tegenstelling tot de verzoeken om na langdurige ziekte te mogen opzeggen, in deze zaken vanwege juist het feit dat het om kortdurende maar veelvuldig voorkomende ziekmeldingen gaat vaak geen poortwachterdossier voorhanden is waarin de medische kanten alsook de arbeidskundige aspecten en de inspanningen van werkgever en werknemer goed zijn gedocumenteerd.

b. UWV procedure

Naar aanleiding van het rapport van de Nationale Ombudsman uit 2007 waarnaar de Afdeling verwijst, is in het verleden al een aantal maatregelen getroffen. De Nationale Ombudsman heeft hier ook verslag over gedaan aan de Tweede Kamer bij brief van 22 oktober 2008. Daaruit blijkt dat resterende kritiekpunten waren (1) het niet openbaar maken van de namen van de leden van de Ontslagadviescommissie (OAC) en (2) het niet in alle gevallen mondeling horen van partijen in zogenoemde tweede ronde zaken. Wat betreft het eerste punt merkt het kabinet op dat de thans bestaande praktijk is dat de namen van de leden van de OAC bekend worden gemaakt aan partijen als daarom wordt verzocht. Wat betreft het tweede punt wordt opgemerkt dat wanneer het mondeling horen van partijen naar het oordeel van UWV nodig is om tot zorgvuldige besluitvorming te kunnen komen, daar ook toe wordt overgegaan.

Wat betreft de duur van de procedure geldt dat het streven erop is gericht het merendeel van de aanvragen om toestemming voor opzegging binnen een termijn van vier weken af te handelen, mits de zorgvuldigheid dit toelaat. Daar waar de te betrachten zorgvuldigheid dit niet toelaat, zal

UWV vanzelfsprekend later beslissen. Uit de uitvoeringstoets van UWV blijkt dat naar verwachting in 75% van de gevallen waarin toestemming wordt gevraagd voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen, deze aanvragen binnen vier tot vijf weken zullen worden afgehandeld. Datzelfde geldt voor 60% van de gevallen waarin de toestemming wordt gevraagd in verband met langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Dat betekent dat naar verwachting in respectievelijk 25% en 40% van de gevallen de beslissing langer op zich zal laten wachten. Dit is echter het gevolg van het feit dat in deze gevallen een tweede ronde van hoor en wederhoor moet plaatsvinden om tot een zorgvuldige beslissing te kunnen komen. Voorts wordt opgemerkt dat de behandeltermijn in beide gevallen mede wordt beïnvloed door het al dan niet betrekken van de OAC bij de uiteindelijke beslissing. Dit punt zal worden meegenomen bij de verdere inrichting van de procedure, waarover – gelet op hun vertegenwoordiging in deze commissie – nog wordt gesproken met sociale partners.

ii) Reikwijdte preventieve toets

Het uitzonderen van het BBA 1945 (dus van overheidstoetsing van ontslag) van personeel werkzaam bij het bijzonder onderwijs en van personen die een geestelijk ambt bekleden, was inderdaad ingegeven vanuit de gedachte dat de onderwijsvrijheid respectievelijk de godsdienstvrijheid in het geding konden zijn. Dat neemt niet weg dat het ontslag van personeel werkzaam in het bijzonder onderwijs en van geestelijken in het huidige systeem wel voorgelegd kan worden aan de kantonrechter in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Nu de vrijheid van onderwijs respectievelijk de godsdienstvrijheid in de regel alleen een rol zullen spelen als het gaat om een ontslag om in de persoon van de werknemer gelegen redenen, verandert er in feite niets aan de bestaande situatie, behoudens de generiek voorgestelde wijziging dat de toetsing achteraf door de rechter wordt vervangen door een toetsing vooraf. Doorslaggevend wordt geacht de bescherming die de werknemer door de preventieve toets geniet. Deze bescherming dient ook te gelden voor werknemers die een geestelijk ambt bekleden, alsmede voor hen die werkzaam zijn in het bijzonder onderwijs. Bij de beoordeling van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal de rechter vanzelfsprekend de vrijheid van onderwijs respectievelijk de godsdienstvrijheid betrekken als daar aanleiding voor is. Terwijl onder het BBA 1945 alle redenen voor ontslag zijn onderworpen aan een preventieve toets door UWV, geldt dat in de nieuwe situatie enkel ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of na langdurige arbeidsongeschiktheid aan een preventieve toets door UWV onderworpen is. Toetsing vindt hierbij plaats op basis van objectieve criteria, waarbij de vrijheid van onderwijs of godsdienst geen rol speelt maar enkel de vraag of er een redelijke grond is voor ontslag in het licht van wat hierover wettelijk is bepaald. Gelet op deze beperking van de preventieve toets door UWV ten opzichte van het huidige recht is er – mede gelet op het specifieke karakter van deze redenen voor ontslag – geen aanleiding meer om bekleeders van een geestelijk ambt categoriaal uit te zonderen van de(ze) preventieve toets. Voorts wordt opgemerkt dat als het gaat om het bijzonder onderwijs, een voorgenomen ontslag om bedrijfseconomische redenen zal worden getoetst door een eigen cao-commissie zoals in de memorie van toelichting is aangegeven. In het licht van het voorgaande meent het kabinet dat er geen reden is om het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

iii) Werknemers niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst

Het betreft hier, gelet op het BBA 1945, personen die persoonlijk arbeid verrichten voor een ander, tenzij zij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verrichten, of zich laten bijstaan door meer dan twee

andere personen niet zijnde hun echtgenoot of geregistreerde partner of bij hen inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, of deze arbeid voor hen slechts van bijkomstige aard is. Het betreft hier – zoals toegelicht in de memorie van toelichting – een groep personen voor wie in de praktijk slechts zeer incidenteel een ontslagvergunning wordt gevraagd. De regeling is bedoeld voor personen van wie het onduidelijk is of zij werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Nu in het BW voor deze situatie al een voorziening is getroffen, te weten artikel 7:610a BW betreffende het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht het kabinet het niet noodzakelijk aanvullende regels te stellen. Zoals in de toelichting is opgemerkt, geldt voor deze personen dat zij onder het toestemmingsvereiste vallen als op grond van feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat zij werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst (wanneer is voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW) of het vermoeden bestaat dat hiervan sprake is en de werkgever niet aannemelijk kan maken dat dat *niet* het geval is (artikel 7:610a BW).

c. Onafhankelijke commissie

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat het voorstelbaar is dat ook voor de procedure voor ontslag via een bij cao ingestelde onafhankelijke cao-commissie minimale eisen worden geformuleerd die een eerlijke en onpartijdige behandeling voldoende waarborgen, zijn in de wet dergelijke waarborgen opgenomen. In artikel 7:671a, tweede lid, BW is opgenomen dat in de cao of de regeling waarbij de commissie wordt ingesteld, wordt bepaald dat de commissie in de procedure van verlening van toestemming voor ontslag recht doet aan het beginsel van hoor en wederhoor, dat de gegevens die haar worden voorgelegd vertrouwelijk worden behandeld, dat in de procedure redelijke termijnen worden gesteld aan de werkgever en werknemer om op elkaars standpunten te reageren en dat het besluit op het verzoek om toestemming binnen een redelijke termijn op het verzoek daartoe volgt.

Als het gaat om de onafhankelijkheid van de cao-commissie is in het wetsvoorstel geregeld dat het moet gaan om een van de werkgever onafhankelijke commissie. De onafhankelijkheid van de commissie wordt verder gewaarborgd doordat het instellen van de commissie een uitkomst is van cao-onderhandeling waarbij ten minste één onafhankelijke vereniging van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid betrokken is. De primaire verantwoordelijkheid voor zowel de samenstelling als het waarborgen van de onafhankelijkheid van een commissie ligt in eerste instantie bij de cao-partijen zelf. Nu artikel 7:671a, tweede lid, BW wordt aangevuld zoals hierboven vermeld, meent het kabinet dat er onvoldoende reden is om daarenboven de mogelijkheid te handhaven om nadere regels te stellen met betrekking tot de commissie. Deze mogelijkheid, waarin werd voorzien in artikel 7:671a, achtste lid, BW, is dan ook geschrapt.

De Afdeling merkt op dat niet duidelijk is gemaakt of cao-bepalingen over het instellen van een ontslagcommissie voor algemeen verbindend verklaring (avv) in aanmerking kunnen komen, zodat zij zich over de gehele sector uitstrekken. Het kabinet heeft de toelichting op dit punt aangevuld en aangegeven dat dergelijke cao-bepalingen inderdaad voor avv in aanmerking kunnen komen. Bij de avv van cao-bepalingen over het instellen van een ontslagcommissie zal worden getoetst of is voldaan aan de eisen die in artikel 7:671a, derde lid, BW worden gesteld aan de verenigingen van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid, of aan de overige wettelijke eisen is voldaan en of de commissie onafhankelijk is van de werkgever.

Naar aanleiding van de vragen van de Afdeling over de positie van de cao-commissie ten opzichte van ongebonden werknemers, bij het aflopen van de looptijd van de cao en nawerking, is de toelichting eveneens aangevuld met de volgende nadere informatie.

Volgens de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet op de cao) is de maximum looptijd van cao's vijf jaren. De cao-partijen kunnen zelf in de cao duidelijkheid verschaffen over de werkingsduur van de cao. Indien cao-partijen geen cao-bepalingen opnemen over beëindiging of verlenging geldt volgens artikel 19 van de Wet op de cao dat de cao na afloop telkens voor gelijke tijd (met een maximum van één jaar) geacht wordt te zijn verlengd. Indien de instelling van de cao-commissie niet is voorzien bij afzonderlijke cao, kan met het oog op het meer structurele karakter van een ontslagcommissie door cao-partijen worden besloten om de betreffende cao-bepalingen over de instelling van de commissie voor langere tijd aan te gaan dan de cao-bepalingen over de reguliere arbeidsvoorwaarden.

Voorts zal het kabinet naar aanleiding van de vragen van de Afdeling een voorziening treffen in de Wet algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet avv). Hierdoor wordt mogelijk gemaakt dat bepalingen over ontslagcommissies als bedoeld in artikel 7:671a, tweede lid, BW voor langere tijd algemeen verbindend kunnen worden verklaard, namelijk voor een maximale duur van vijf jaar. Dit voorkomt situaties waarbij werkgevers na afloop van een beperktere looptijd van de cao of tijdvak van avv naar UWV moeten voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Het maakt een meer structurele voorziening mogelijk.

In gevallen waarin cao-partijen niet zouden kiezen voor een dergelijke verlengde looptijd of niet verzoeken om avv, gelden de reguliere regels over nawerking en binding van ongebonden werknemers. Zij kunnen als er geen sprake (meer) is van een algemeen verbindende cao, aan een cao gebonden zijn door een zogenoemd incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst (waarmee in de individuele arbeidsovereenkomsten wordt bepaald dat de geldende cao integraal onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst).

d. Opzegbaarheid van de arbeidsovereenkomst en ontslaggronden

ii) Terminologie

De Afdeling merkt terecht op dat in het civielrechtelijk systeem een eenzijdige rechtshandeling als opzeggen geen instemming behoeft. Beoogd is te regelen dat de opzegging in rechte (onder meer, zie artikel 7:671 BW) effect sorteert als er daarnaast een andere eenzijdige rechtshandeling is, te weten de instemming. Om dit te verduidelijken is de wetstekst aangepast. Hoewel het geen veelvoorkomende rechtsfiguur is, komt deze in het civiele recht vaker voor. Te denken valt bijvoorbeeld aan de opzegging van een huurovereenkomst (zie artikel 7:272 BW).

De schriftelijke instemming dient een tweeledig doel. Enerzijds wordt hiermee bereikt dat zonder schriftelijke instemming de werkgever zijn voornemen tot ontslag moet voorleggen aan UWV of de rechter (waarmee binnen de bestaande structuur van het BW preventieve toetsing van ontslag wordt bewerkstelligd voor alle gronden genoemd in artikel 7:669 BW). Anderzijds wordt hiermee voorkomen dat onnodig beroep op UWV of rechter wordt gedaan. Immers als de werknemer instemt in zijn ontslag hoeft geen toestemming of ontbinding te worden gevraagd.

Over de structuur van het wetsvoorstel merkt het kabinet het volgende op. De structuur van het wetsvoorstel is aldus dat in artikel 7:669 BW wordt geregeld wanneer de werkgever een arbeidsovereenkomst kan opzeggen. Vervolgens zijn in artikel 7:670 BW de opzegverboden geregeld en is in artikel 7:670a BW geregeld wanneer de opzegverboden niet gelden. Vervolgens is in artikel 7:671 BW geregeld dat de werkgever de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig kan opzeggen, mits de werknemer hiermee schriftelijk instemt. Zonder een dergelijke schriftelijke instemming van de werknemer moet de werkgever toestemming vragen aan UWV als hij de arbeidsovereenkomst om bedrijfseconomische redenen of vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid wil opzeggen of de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden om één van de andere redenen genoemd in artikel 7:669, tweede lid, BW.

In reactie op de opmerking van de Afdeling over het ongeregeld zijn van de situatie waarin de werknemer te kennen geeft te berusten in een opzegging zonder daarmee ook in te stemmen, merkt het kabinet op dat schriftelijke instemming als bedoeld in dit artikel mede omvat de situatie waarin de werknemer het mogelijkterwijs niet helemaal eens is met het ontslag maar hier toch mee instemt en er aldus in berust.

In artikel 7:671 BW is tevens geregeld wanneer een dergelijke instemming van de werknemer voor het rechtsgeldig kunnen opzeggen van de arbeidsovereenkomst niet is vereist. Naast de situatie waarin UWV toestemming heeft verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, geldt het vereiste (onder meer ook) niet als er sprake is van een ontslag op staande voet, als de opzegging geschiedt tijdens de proeftijd of als de opzegging een persoon betreft op wie de zogenoemde regeling dienstverlening aan huis van toepassing is. Het kabinet heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt om hieraan ook de categorie statutair bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen en vergelijkbare vennootschappen opgericht naar buitenlands recht toe te voegen. Het ontbreken van het vereiste van schriftelijke instemming betekent dat in deze gevallen het ontslag niet vooraf (preventief) hoeft te worden getoetst door UWV of de rechter, zoals thans ook niet het geval is. Het kabinet meent dat met de inrichting van het wetsvoorstel zoals dat thans voorligt, op een juiste wijze wordt aangesloten bij de huidige bepalingen van het BW en ziet geen aanleiding het wetsvoorstel aan te passen.

e. Mogelijkheid tot langer doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd

i) Nieuwe uitzondering op toestemmingsvereiste

Hoewel de Afdeling de voorgestelde regeling onderschrijft, vraagt zij zich af of het maatschappelijk nog wel wenselijk is dat de arbeidsovereenkomst van werknemers kan worden opgezegd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde of een andere pensioenleeftijd. Naar aanleiding hiervan merkt het kabinet op dat met het voorstel wordt aangesloten bij wat thans in de praktijk gangbaar is en maatschappelijk is aanvaard. Voor 96% van de werknemers is in de collectieve arbeidsovereenkomst of in de individuele arbeidsovereenkomst bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere pensioengerechtigde leeftijd.⁹⁴ Voorts merkt het kabinet op dat de regeling geldt tenzij bij schriftelijke overeenkomst (individueel of collectief) een andersluidende afspraak geldt. Daaruit blijkt de opvatting van het kabinet dat het aan partijen zelf moet worden overgelaten of werknemers kunnen doorwerken na het bereiken van de

⁹⁴ J.P.M. Smits e.a., *Perspectief op langer doorwerken* (2010), Een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, september 2010, p. 35.

AOW-gerechtigde leeftijd en dat zulks niet van overheidswege moet worden opgelegd.

Ook vraagt de Afdeling zich af of de regeling in overeenstemming is met het verbod op leeftijdsdiscriminatie zoals verwoord in Richtlijn 2000/78/EG. Hoewel een categorale uitzondering op het discriminatieverbod voor het vaststellen van de pensioengerechtigde leeftijd op grond van deze richtlijn mogelijk is, dient hiervoor wel een rechtvaardigingsgrond te bestaan. Het kabinet meent dat dit het geval is nu er een natuurlijk moment moet blijven waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder nadere procedurele voorschriften kan eindigen bij het ontbreken van andersluidende afspraken. Dat natuurlijke moment is het moment waarop de pensioengerechtigde leeftijd wordt bereikt. Dat hoeft op zichzelf geen betoog en hiermee wordt, zoals gezegd, aangesloten bij wat thans staande praktijk en maatschappelijk aanvaard is. In zoverre is er dan ook geen sprake van een verslechtering van de rechtspositie van oudere werknemers, zoals door de Afdeling gesteld. Verder merkt het kabinet op dat het ontbreken van dat natuurlijke moment een averechts effect kan hebben op de bereidheid van werkgevers om oudere werknemers in dienst te nemen. Dat argument weegt zwaar in het licht van de op dit moment weinig positieve arbeidsmarktpositie van oudere werknemers. Ten slotte merkt het kabinet op dat daar waar voor een werkgever de garantie bestaat dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer ook na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd relatief eenvoudig – in verband daarmee – kan worden beëindigd, het aantrekkelijk wordt het dienstverband met de desbetreffende werknemer bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd voort te zetten op basis van de bestaande arbeidsovereenkomst.

Bovendien merkt het kabinet op dat Richtlijn 2000/78/EG in Nederland is geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wgbl). Op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, Wgbl is opzegging van de arbeidsovereenkomst op of na de AOW-leeftijd of een hogere pensioengerechtigde leeftijd bij voorbaat objectief gerechtvaardigd. Een opzegging van de arbeidsovereenkomst op een lagere dan de AOW-leeftijd dient op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder c objectief te worden gerechtvaardigd. Dit betekent dat de werkgever alvorens de arbeidsovereenkomst op te zeggen moet nagaan of er een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Zonder aanwezigheid van deze objectieve rechtvaardigingsgrond is de opzegging strijdig met de Wgbl. Het kabinet wijst in dit kader nog op de met dit wetsvoorstel voorziene wijziging van artikel 11 Wgbl waarmee artikel 7:681 BW van toepassing wordt indien de beëindiging van de arbeidsverhouding in strijd is met artikel 3 Wgbl. Gelet op de opmerkingen van de Afdeling is de artikelsgewijze toelichting aangevuld.

ii) Schrappen van de Ragetlieregel

De uitzondering van de Ragetlieregel (artikel 7:667, vierde lid, BW) is beperkt tot de situatie waarin de arbeidsovereenkomst op grond van een pensioenontslagbeding is geëindigd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer. De Ragetlieregel is sowieso niet van toepassing wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669, derde lid, BW heeft opgezegd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere pensioengerechtigde leeftijd.

De Afdeling heeft geen bezwaar tegen deze aanpassing van de Ragetlieregel *an sich*. Zij vindt echter dat een aanpassing van de Ragetlieregel met een schrapping van de ketenbepaling voor AOW-gerechtigde werknemers te vergaand is omdat deze werknemers niet meer beschermd zijn tegen

misbruik van het gebruik van contracten voor bepaalde tijd door de werkgever. Dit berust echter op een misverstand, nu in het onderhavige wetsvoorstel een dergelijk voorstel tot aanpassing van de ketenbepaling ontbreekt.

f. Sancties

Het is juist zoals de Afdeling stelt dat in het huidige systeem bij de figuur van de buitengerechtelijke vernietiging, waar door een werkgever niet op wordt gereageerd, de mogelijkheid bestaat een voorlopige voorziening te vragen. Dat betekent echter dat de werknemer dan zowel de opzegging door een buitengerechtelijke verklaring moet vernietigen als een voorlopige voorziening moet vragen. Dit beoogt het kabinet met het voorliggende voorstel juist te vereenvoudigen. Voorstel is om één route te bieden om een opzegging te vernietigen waarbij de werknemer zich meteen (via een eenvoudige verzoekschriftprocedure) tot de rechter dient te wenden.

Verder merkt het kabinet op dat de Afdeling uitgaat van de veronderstelling dat daar waar bijvoorbeeld is opgezegd en sprake is van een opzegverbod, zonder meer vaststaat dat het ontslag niet rechtsgeldig is. Dat is echter niet altijd het geval. Zo zijn bij een ontslag op staande voet de opzegverboden niet van toepassing en is het antwoord op de vraag of er in strijd met een opzegverbod is opgezegd dan dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of rechtsgeldig wegens een dringende reden is opgezegd. Bij een verzoek om vernietiging van de opzegging is het aan de rechter om daarover te oordelen.

Herstel van de arbeidsovereenkomst is aan de orde (1) als de arbeidsovereenkomst op zichzelf rechtsgeldig is opgezegd, bijvoorbeeld na toestemming van UWV, maar de rechter tot het oordeel komt dat de toestemming ten onrechte is verleend of (2) als de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden en de werkgever de zogeheten wederindienststredingsvoorwaarde heeft geschonden. Het rechtsgevolg is, het woord zegt het al, dat de rechter de werkgever beveelt de arbeidsovereenkomst te herstellen. Vernietiging ligt ten aanzien van die eerste categorie niet in de rede, omdat het een rechtsgeldige opzegging betreft na toestemming van UWV. Ook in het huidige recht kennen we in deze situaties de figuur van herstel (mogelijkheid van herstel in kennelijk onredelijk ontslag procedure na oordeel UWV). Ten aanzien van die tweede categorie is vernietiging vaak niet mogelijk, omdat de oorspronkelijke ontbindingsbeschikking ten tijde van de rechterlijke beschikking (op het verzoek vanwege de schending van de wederindienststredingsvoorwaarde) inmiddels onherroepelijk kan zijn geworden. Het staat de rechter ten aanzien van de eerste categorie vrij om te bepalen op welk moment hij de overeenkomst herstelt; ten aanzien van de tweede categorie moet hij dat doen met ingang van de ontbindingsdatum. In beide gevallen geldt dat de werknemer in plaats van vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst, de rechter kan verzoeken aan hem een billijke vergoeding toe te kennen. De toelichting is op dit punt aangevuld. Het kabinet meent dat het gemaakte onderscheid tussen vernietiging van de opzegging en het herstel van de arbeidsovereenkomst aldus voldoende gemotiveerd is om het onderscheid te rechtvaardigen.

g. Rechtsmiddelen

i) Noodzaak van hoger beroep en cassatie

Met de openstelling van hoger beroep en cassatie tegen de opzegging die is gedaan al dan niet na verkregen toestemming van UWV kan het ontslag aan drie rechterlijke instanties worden voorgelegd. Het kabinet is – in

tegenstelling tot de Afdeling – van mening dat op grond van artikel 6 van het EVRM het niet noodzakelijk is dat beroep open staat tegen de beslissing van UWV (of die van de onafhankelijke ontslagcommissie die bij cao is ingesteld), nu de werknemer tegen de opzegging die daarop is gebaseerd in beroep (en zo nodig hoger beroep en cassatie) kan bij de rechter. Dit wijkt overigens niet af van hetgeen al decennialang geldt. Ook thans is het zo dat een werkgever of werknemer niet in beroep kan tegen het al dan niet verlenen van een ontslagvergunning. Als geen vergunning wordt verleend, kan de werkgever de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden en als wel een vergunning wordt verleend, kan de werknemer de opzegging aanvechten in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

Naast de Afdeling heeft ook de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) gewezen op de mogelijke keerzijde van de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie. In reactie op het advies van de NVvR gaat het kabinet in de memorie van toelichting in op de afweging tussen enerzijds het belang van de werknemer en de werkgever om snel duidelijkheid te hebben over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst en anderzijds het belang van de werknemer en de werkgever om in hoger beroep en cassatie te kunnen gaan als deze zich onrechtvaardig behandeld voelen. Het kabinet wijst hierbij op het feit dat in het wetsvoorstel wordt geregeld dat het instellen van rechtsmiddelen geen schorsende werking heeft. Dit betekent dat een uitgesproken ontbinding of vernietigde opzegging in eerste aanleg in stand blijft tijdens hoger beroep. In afwachting van de uitkomst van hoger beroep (en cassatie) zal een werknemer op zoek moeten naar een andere baan (ook in het kader van de sollicitatieplicht van de WW). Ook kan een rechter in hoger beroep besluiten de werkgever niet te bevelen de arbeidsovereenkomst te herstellen maar in plaats daarvan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Gezien het tijdsverloop zal een rechter hier vermoedelijk vaak toe overgaan en zal de rechtsstrijd in de praktijk met name gaan over de hoogte van de vergoeding. De wettekst is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangepast en de toelichting is aangevuld waardoor er geen twijfel meer kan bestaan over de vraag in welke situatie de rechter de bevoegdheid heeft om ambtshalve, in plaats van bijvoorbeeld het herstel van de arbeidsovereenkomst, aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Daarbij ligt het in de rede dat hij partijen dan wel in de gelegenheid stelt zich over die vergoeding uit te laten.

Het kabinet erkent en kan niet voorkomen dat de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie door sommige werkgevers als verzwarende van de ontslagprocedure kan worden opgevat. Hieraan ligt echter wel de aanname ten grondslag dat hoger beroep en cassatie enkel in het belang van werknemers zouden zijn. Dit miskent dat ook werkgevers hoger beroep en cassatie kunnen instellen als zij daartoe aanleiding zien. Voorts geldt dat niet alleen werknemers, maar tevens werkgevers gebaat zijn bij uniformiteit van rechtspraak en daarmee gepaard gaande rechtszekerheid. Hierbij moet ook het feit worden betrokken dat verreweg de meeste ontslagzaken onderling worden geregeld. De uniformiteit en rechtszekerheid in het arbeidsrecht als gevolg van de rechtspraak in meer instanties zullen, naar de overtuiging van het kabinet, ook daar hun weerslag krijgen (reflexwerking). Overigens is – zoals vermeld in de toelichting – de inschatting van de Raad voor de Rechtspraak dat in een relatief gering aantal zaken hoger beroep zal worden ingesteld.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over het in de toelichting onvoldoende tot uitdrukking komen van een afweging van mogelijke voor- en nadelen van de mogelijkheid tot het instellen van

hoger beroep en cassatie, is de toelichting op voormelde punten nader aangevuld.

ii) Aantal instanties

Het kabinet merkt op dat het feit dat bij een opzegging via toestemming van UWV het ontslag kan worden voorgelegd aan vier instanties niet afwijkt van de huidige kennelijk onredelijk ontslagprocedure en dit niet bijdraagt aan verlenging van de duur van de ontslagprocedure via UWV. Net als bij opzegging met toestemming van UWV biedt het nieuwe stelsel ook bij de ontbinding via de kantonrechter de mogelijkheid om het ontslag aan drie gerechtelijke instanties voor te leggen. Hierdoor krijgen werkgever en werknemer ongeacht de ontslaggrond dezelfde mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen, welke mogelijkheid in beginsel in het huidige stelsel niet bestaat na ontbinding. In zoverre wordt de bestaande ongelijkheid opgeheven. Het kabinet is van mening dat deze gelijktrekking een belangrijke bijdrage levert aan het eenduidiger maken van de ontslagprocedure en het vergroten van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

h. De verzoekschriftprocedure

ii) Reikwijdte wijzigingen

Gelet op het doel van vereenvoudiging van het ontslagrecht onderschrijft de Afdeling de aanpassing die ervoor zorgt dat ontslagprocedures en daarmee samenhangende procedures middels een verzoekschrift aanhangig kunnen worden gemaakt.

Naar aanleiding van hetgeen de Afdeling signaleert, wordt opgemerkt dat het niet gebruikelijk is om in een wetsvoorstel vooruit te lopen op wat mogelijk nog zal worden gewijzigd in andere wetgeving. Als het komt tot wijzigingen in het burgerlijk procesrecht, zoals aangekondigd in de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, dan zal de dan bestaande wetgeving hierop worden aangepast. Het kabinet merkt hierbij op dat bedoelde herziening nog in een voorbereidende fase verkeert terwijl beoogd wordt om het onderhavige wetsvoorstel op korte termijn bij de Tweede Kamer in te dienen.

De Afdeling roept de vraag op of er geen nieuwe complexiteit wordt geschapen door in artikel 7:686a BW te bepalen dat vorderingen die verband houden met gedingen die reeds met een verzoekschrift zijn ingeleid, ook met een verzoekschrift moeten worden ingeleid. Het kabinet is van mening dat een van de geschetste nadelen (dat er in hoger beroep over hetzelfde type geschillen op verschillende wijze geprocedeerd gaat worden afhankelijk van de vraag of het bijvoorbeeld een zelfstandige (loon)vordering is of dat het een (loon)vordering is die samenhangt met een verzoekschrift op grond van de in artikel 7:686a BW opgesomde artikelen) ruimschoots opweegt tegen de complexiteit die het zou opleveren als partijen in een en hetzelfde geschil, over het einde van de arbeidsovereenkomst of het herstel daarvan, aparte vorderingen middels een dagvaardingsprocedure aanhangig zouden moeten maken als er aanverwante geschillen spelen.

Wat onder «daarmee verband houdende andere vorderingen» moet worden verstaan, is ter beoordeling van de behandelende rechter, maar het kabinet onderschrijft de veronderstelling van de Afdeling dat het in beginsel gaat om alle mogelijke vorderingen die bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst of het herstel daarvan kunnen worden ingesteld. In de memorie van toelichting is dit nader toegelicht teneinde mogelijke onduidelijkheden ten aanzien van de juiste rechtsgang zo veel mogelijk te voorkomen.

iii) Procesrechtelijke gevolgen

Naar aanleiding van opmerkingen van de Afdeling over het belang van duidelijkheid over de van toepassing zijnde regels van het bewijsrecht, merkt het kabinet op dat in de memorie van toelichting is opgenomen dat het bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure op de verzoekschriftprocedure van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Omwille van de snelheid van de verzoekschriftprocedure lijkt een aan de mondelinge behandeling voorafgaande schriftelijke wisseling van processtukken of het houden van een getuigenverhoor niet altijd passend te zijn. In bijzondere omstandigheden, ter beoordeling aan de rechter, kan zulks echter wel aangewezen zijn (zoals in een procedure op grond van artikel 7:681 BW waarbij de vraag speelt of sprake is van een terecht ontslag op staande voet). Het kabinet verwacht voorts dat een rechter een aan hem in een verzoekschrift voorgelegd aanverwant geschil al snel zal kwalificeren als een voornoemde bijzondere omstandigheid waardoor alle bewijsrechtelijke mogelijkheden hem ten dienste staan. De opmerkingen van de Afdeling hebben aanleiding gegeven tot aanvulling van de memorie van toelichting op dit punt.

5.2 Het vergoedingensysteem

a. De «transitievergoeding»

iv) Maximale hoogte

De Afdeling merkt terecht op dat het inkomen van een werknemer niet alles zegt over zijn of haar kansen op de arbeidsmarkt. Wel is het zo dat werknemers met een hoger inkomen vaker ook hoger opgeleid zijn dan werknemers met een laag inkomen en hoger opgeleiden minder vaak (langdurig) werkloos zijn dan werknemers met een laag inkomen (en een lagere opleiding). In zoverre is er dus wel een verband tussen de hoogte van het inkomen en de kansen op de arbeidsmarkt hoewel dat in individuele gevallen anders kan zijn. Voorts merkt de Afdeling op dat werknemers met een hoger inkomen in absolute zin uiteindelijk een hogere transitievergoeding kunnen krijgen dan werknemers met een lager inkomen. Dat is op zichzelf juist maar in relatieve zin is de transitievergoeding lager, namelijk gemaximeerd op een jaarsalaris. Verder geldt dat werknemers met een hoger inkomen veelal ook navenant hogere lasten zullen hebben (bijvoorbeeld hogere hypotheeklasten) waardoor ook in die zin de transitievergoeding voor hen in relatieve zin lager is. Voorts merkt het kabinet hierbij nog op dat er gelet op de berekeningsmethode van de transitievergoeding niet snel sprake zal zijn van een transitievergoeding die raakt aan het gestelde maximum. Het kabinet ziet dan ook geen aanleiding het voorstel te heroverwegen.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is in de toelichting aangegeven welke looncomponenten worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Wat betreft de opmerking van de Afdeling over de contractsvrijheid van partijen wordt verduidelijkt dat partijen, zoals in de memorie van toelichting is opgemerkt, bij aanvang van het dienstverband een hogere vergoeding kunnen overeenkomen als zij dat wenselijk vinden.

Voorts heeft de Afdeling verzocht het begrip «gelijkwaardige voorziening» nader te duiden. In dat verband is de memorie van toelichting aangepast en toegelicht dat onder een gelijkwaardige voorziening wordt verstaan een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding.

b. De billijke vergoeding

De constatering van de Afdeling dat in verschillende artikelen wordt gesproken over een billijke vergoeding, is juist. Dat is ook nodig omdat het telkens andere situaties betreft waarin de rechter een vergoeding kan toekennen. De Afdeling merkt overigens ten onrechte op dat behoudens in de gevallen genoemd in de artikelen 7:673, negende lid, sub b, BW en 7:681 BW de billijke vergoeding slechts verschuldigd is indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan wel van omstandigheden die geheel of grotendeels te wijten zijn aan de werkgever. Artikel 7:673, negende lid, sub b, BW moet in combinatie worden gelezen met de aanhef van dit lid waaruit blijkt dat het ook daar om de situatie gaat waarin een arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voorts merkt het kabinet op dat in het geval van artikel 7:681 BW het situaties betreft waar de werkgever heeft gehandeld in strijd met voor hem geldende voorschriften. Dat is hem ernstig aan te rekenen en om die reden kan de rechter op verzoek van de werknemer een billijke vergoeding toekennen (in plaats van het vernietigen van de opzegging).

Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding merkt het kabinet – met de Afdeling – op dat in de billijke vergoeding uitdrukkelijk niet het criterium ligt besloten of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen (ook wel aangeduid als «het gevolgen criterium»). Deze elementen worden reeds geacht te zijn verdisconteerd in de transitievergoeding. De hoogte van de additionele billijke vergoeding staat – naar haar aard – in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever (en niet tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer). Gelet op de aard van de additionele billijke vergoeding past het niet om hiervoor criteria op te nemen. Immers, rechters moeten de mogelijkheid behouden om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband die nu onderdeel uitmaken van de kantonrechtersformule hierbij geen rol hoeven te spelen.

c. De vergoeding wegens het niet in acht nemen van de juiste termijnen

ii) Voorgestelde berekening vergoeding

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over de matigingsbevoegdheid van de rechter, heeft het kabinet besloten om artikel 7:680a BW alsnog te handhaven. De formulering van dit artikel («rechter is bevoegd de loonvordering te matigen indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden») brengt immers mee dat een rechter een mate van terughoudend zal moeten betrachten die overeenkomt met deze maatstaf. Er zal dan ook slechts in uitzonderingsgevallen gebruik van worden gemaakt. Voorts biedt het artikel bescherming aan de werknemer doordat het artikel, zoals de Afdeling terecht opmerkt, de matigingsbevoegdheid die de rechter op grond van het algemeen verbintennisrecht heeft, begrenst.

Aan het advies van de Afdeling om de «thans bestaande bepalingen over de matigingsbevoegdheden te handhaven» kan ten aanzien van het huidige artikel 7:680 BW echter niet volledig gehoor worden gegeven aangezien een deel van dit artikel reeds is geïncorporeerd in het voorstel. Met betrekking tot de mogelijkheid om de vergoeding te matigen die verschuldigd is wegens het niet in acht nemen van de juiste (opzeg)-

termijn, is, conform het advies, aan het voorgestelde artikel 7:672 BW een nieuw (tiende) lid toegevoegd. De kantonrechter kan op grond hiervan de vergoeding matigen indien dit hem – gelet op de omstandigheden van het geval – billijk voorkomt. Bij matiging kan de vergoeding niet minder bedragen dan het in geld vastgestelde loon voor de duur van de minimale wettelijke opzegtermijn, noch minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden.

Voor overeenkomsten voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid is met artikel 7:677, vierde lid, BW niet alleen een matigingsrecht geregeld, zoals de Afdeling schrijft, maar wordt tevens de mogelijkheid geboden om, als een der partijen de overeenkomst opzegt tegen de verkeerde datum (hetgeen vanwege het ontbreken van de mogelijkheid daartoe in de overeenkomst zelf, per definitie het geval is) zowel de vergoeding alsook de matiging daarvan toe te kennen. Daarmee was, met andere woorden, ook hetgeen in het huidige artikel 7:680, vijfde lid, BW was geregeld deels overgenomen ten aanzien van deze zeer specifieke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Aan artikel 7:677, vierde lid, BW zal worden toegevoegd dat de matiging nooit kan leiden tot een vergoeding die minder bedraagt dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden. Daarmee is dan het bepaalde in het huidige artikel 7:680, vijfde lid, BW voor alle arbeidsovereenkomsten weer geheel van toepassing.

5.3 Het concurrentiebeding

In het wetsvoorstel wordt de aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding beperkt tot werknemers met een tijdelijk contract vanwege het dubbele nadeel dat zij ondervinden. Verwezen zij hiervoor naar hetgeen hierover in de toelichting is gesteld. Dat laat een eventuele verdergaande aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding onverlet. Het kabinet heeft besloten daar eventueel pas toe over te gaan nadat de SER over de noodzaak om te komen tot een modernisering van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding heeft geadviseerd. Het voornemen om advies te vragen aan de SER is bij brief van 17 september 2013 aan de Tweede Kamer meegedeeld.⁹⁵

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over het opnemen in artikel 7:653 BW van het criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten dan wel geheel of gedeeltelijk te wijten aan» voor het zich niet kunnen beroepen op een beding door de werkgever of het door hem niet verschuldigd zijn van een vergoeding wordt opgemerkt, dat deze wijziging verband houdt met het komen te vervallen van de term «schadeplichtig» zoals ook aangegeven in de artikelsgewijze toelichting bij dit onderdeel. Op grond van de huidige regeling geldt dat een werkgever zich niet op een beding kan beroepen als de werknemer de arbeidsovereenkomst om een dringende reden heeft beëindigd en de werkgever dientengevolge schadeplichtig is geworden. Vice versa geldt dat een werkgever geen vergoeding verschuldigd is (vanwege het beding) als de werknemer om een dringende reden is ontslagen en dientengevolge schadeplichtig is geworden (aan de werkgever). Zoals hiervoor aangegeven is de term schadeplichtig komen te vervallen en wordt het naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangepaste criterium «ernstig verwijtbaar handelen of nalaten» gehanteerd. Dit criterium is ontleend aan de voorstellen met betrekking tot het ontslagrecht (bijvoorbeeld artikel 7:671 BW en 7:671c BW). Is dit criterium aan de orde, dan kan er geen beroep worden gedaan door de werkgever op het concurrentiebeding of is de vergoeding niet verschuldigd aan de werknemer. De artikelsgewijze

⁹⁵ Kamerstukken II 2013/14, bijlage bij 33 750 XV, nr. 5.

toelichting is op dit punt nader verduidelijkt. Het kabinet ziet geen aanleiding om het voorstel anderszins aan te passen.

6. Redactionele kanttekeningen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

6. Redactionele opmerkingen

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn zo veel mogelijk verwerkt in het wetsvoorstel. De volgende punten zijn niet overgenomen:

- De suggestie om in artikel XXII, onderdeel C (artikel 18, eerste lid, WW) en XXII, onderdeel D (artikel 19, achtste lid, onderdeel b, WW) te verwijzen naar de op artikel 7:628, achtste lid, BW te baseren ministeriële regeling is niet overgenomen. Het vrijstellen van de verplichting om het loon te betalen over uren waarop de arbeidstijd wordt verkort vanwege een niet-economische calamiteit of vanwege sneeuw, vorst of ijzel wordt gebaseerd op artikel 7:628, negende lid, BW en niet op lagere regelgeving.
- De opmerking met betrekking tot artikel XXII, onderdeel EE (artikel ##, eerste lid, WW) is niet overgenomen omdat de verwijzing tot uitdrukking beoogt te brengen dat een recht op grond van hoofdstuk II WW omgezet kan worden, indien hoofdstuk 2 van de Wet werk en zekerheid in werking is getreden en aan de andere voorwaarden voor omzetting is voldaan.
- De suggestie om artikel XXII, onderdeel EE (artikel ##, tweede lid, WW) anders vorm te geven is wel opgevolgd, maar van het letterlijke voorstel van de Afdeling is afgeweken omdat inmiddels meer duidelijkheid bestaat over de randvoorwaarden voor het omzetten van rechten. Die voorwaarden liggen in artikel ##, eerste en tweede lid besloten. Derhalve is de tekst van het eerste en tweede lid nader gespecificeerd.
- De suggestie om artikel XXV te vernummeren is niet overgenomen omdat het onwenselijk geacht wordt om een wijzigingsregeling te vernummeren die reeds gedeeltelijk in werking is getreden. De suggestie om in artikel XXV, onderdeel 5 (artikel 101 ZW) de aanduiding 1 voor het eerste lid te laten vervallen wordt reeds bewerkstelligd met artikel XXIV, onderdeel E.

7. Overige wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het wetsvoorstel op enkele punten redactioneel te verbeteren, een aantal kleine technische wijzigingen aan te brengen en de memorie van toelichting op enkele punten aan te vullen. Daarnaast zijn de volgende wijzigingen aangebracht in het wetsvoorstel:

- In artikel 7:667 BW was geregeld dat de zogeheten Ragetlieregels geldt indien de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd. Door nu te bepalen dat het om een opzegging anders dan een opzegging als bedoeld in artikel 7:671, lid 1, onderdelen a tot en met f, BW gaat, is verduidelijkt dat de Ragetlieregels wel van toepassing is bij een opzegging met instemming van de werknemer.
- In artikel 7:668 BW is geregeld dat de vergoeding, bedoeld in dat artikel, niet verschuldigd is als de werkgever failliet gaat, als aan hem surseance van betaling wordt verleend, of als op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen wordt toegepast.
- In artikel 7:668a, zevende lid, BW is geregeld dat bij cao voor bestuurders van rechtspersonen van de ketenbepaling kan worden afgeweken. Ondernemingen in met name de (semi)publieke sector kunnen daardoor na verloop van tijd de arbeidsrelatie met de bestuurder

eenvoudig beëindigen. De huidige afwijkmogelijkheid voor deze groep blijft hiermee in stand, mede omdat bestuurders niet de doelgroep vormen die de ketenbepaling beoogt te beschermen.

- Aan artikel 7:669, tweede lid, onderdeel a, BW is het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming toegevoegd.
- Aan artikel 7:669, tweede lid, onderdeel f, BW is toegevoegd dat het aannemelijk moet zijn dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.
- In artikel 7:670a, derde en vierde lid, BW is geregeld dat onder bepaalde voorwaarden bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden de in die leden genoemde opzegverboden niet van toepassing zijn.
- In de artikelen 7:670a en 7:671 BW is geregeld dat indien de werknemer zijn instemming met de opzegging herroept, de opzegging geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden. Anders zou, na de herroeping van de instemming, sprake zijn van een niet rechtsgeldige opzegging.
- Aan artikel 7:671, eerste lid, BW is een onderdeel toegevoegd, waarin geregeld is dat de arbeidsovereenkomst met een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap of een vergelijkbare vennootschap opgericht naar buitenlands recht zonder instemming van de bestuurder met de opzegging van de arbeidsovereenkomst mag worden opgezegd. Tevens is in artikel 7:682, derde lid, BW nu geregeld dat de rechter in deze situatie na een niet rechtsgeldige opzegging de werkgever niet kan opdragen de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar alleen aan de werknemer een vergoeding kan toekennen.
- In artikel 7:673, zevende lid, onderdeel b, BW was geregeld dat de transitievergoeding niet verschuldigd is als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt op of na de dag waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd, of hogere of lagere pensioengerechtigde leeftijd, heeft bereikt. In de praktijk eindigt de arbeidsovereenkomst echter veelal op de dag voor het bereiken van de genoemde leeftijd waardoor onbedoeld alsnog recht zou bestaan op een transitievergoeding voor pensioengerechtigden. De desbetreffende bepaling is aangepast om dit onbedoelde effect te voorkomen.
- In artikel 7:673a, tweede lid, BW is nu geregeld dat een kleine werkgever geen hogere transitievergoeding aan oudere werknemers verschuldigd is. Ook is een grondslag opgenomen voor een ministeriële regeling waarin kan worden geregeld dat dit lid op bepaalde werkgevers niet van toepassing is. In de versie die aan de Afdeling is voorgelegd, was nog geregeld dat bij ministeriële regeling kon worden bepaald wanneer deze vergoeding niet verschuldigd zou zijn door kleinere werkgevers.
- In artikel 7:673c BW is geregeld dat de transitievergoeding niet verschuldigd is als de werkgever failliet gaat, als aan hem surseance van betaling wordt verleend, of als op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen wordt toegepast. Daarnaast wordt het mogelijk gemaakt dat de transitievergoeding wordt betaald in de vorm van een betalingsregeling, in geval de betaling hiervan ineens tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering leidt. Er is voorts een grondslag opgenomen voor een ministeriële regeling waarin een percentage wordt opgenomen waarmee – in geval van een betalingsregeling – het te betalen bedrag wordt verhoogd en tevens wordt bepaald over welke periode de betalingsregeling zich kan uitstrekken. In de versie die aan de Afdeling is voorgelegd was nog geregeld dat bij ministeriële regeling kon worden bepaald dat onder de in die regeling te bepalen voorwaarden en op in die regeling te bepalen wijze de hoogte van de verschuldigde transitievergoeding lager of op nihil kon worden gesteld, indien de financiële situatie van de werkgever daartoe noopte.

- In artikel 7:682a BW is een grondslag opgenomen voor een ministeriële regeling waarin bepaald kan worden welke werknemer als eerste voor wederindiensttreding in aanmerking komt, als er meerdere werknemers zijn ontslagen en er binnen 26 weken weer een arbeidsplaats of arbeidsplaatsen bij de werkgever ontstaan.
- In artikel 11 van de Wet op de loonbelasting 1964 wordt geregeld dat aanspraken op de transitievergoeding niet beschouwd worden als fiscaal loon.
- In artikel 1b, vijfde lid, WW is bepaald dat wanneer een werknemer deelneemt dan wel gaat deelnemen aan een naar het oordeel van UWV noodzakelijke opleiding of scholing dit niet zal leiden tot de berekening van een fictief inkomen. In het wetsvoorstel zoals aan de Afdeling verzonden, was dit al bepaald voor ziekte of arbeidsongeschiktheid.
- Afgezien van het overgangsrecht voor de duurverkorting, zoals neergelegd in het te introduceren artikel 42d WW, is het overgangsrecht voor de WW anders vormgegeven. De grondslag voor het omzetten van rechten is specifiek gemaakt, zo zijn de voorwaarden waaronder een recht omgezet zal worden neergelegd in artikel ##, eerste lid. Daarbij is in artikel #, tweede lid, een rechtsgrondslag gecreëerd om eventueel rechten die zijn gebaseerd op de WW zoals deze voor inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid gold, om te zetten naar «nieuwe» rechten. Dit kan echter niet eerder dan een half jaar na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid en tast de duur van de om te zetten oude rechten niet aan. Verder is nog een drietal overgangsrechtelijke artikelen toegevoegd met het oog op het later inwerkingtreden van artikel 18 WW, hoofdstuk IV WW en de bepalingen rondom (de ontheffing van het verbod van) werktijdverkorting. Indien een recht op uitkering op grond van de WW bestaat in verband met de ontheffing van het verbod om de werktijd op minder uren te stellen, dan wel recht bestaat op uitkering op grond van artikel 18 of hoofdstuk IV WW blijft de WW, tot de inwerkingtreding van die artikelen, gelden zoals deze luidde voor inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid. Daarbij is een extra overgangsrechtelijk artikel voor de Ziektewet opgenomen teneinde de aanpassingen rondom passende arbeid niet van toepassing te laten zijn op personen van wie de eerste ziektedag lag voor de inwerkingtreding van de aanscherping van de definitie van passende arbeid in de Wet werk en zekerheid.
- In het derde lid van artikel 1b WW is een grondslag geïntroduceerd om bij ministeriële regeling nadere regels, van technische aard, te kunnen stellen. Hierin kan worden bepaald welke dagen relevant zijn voor de bepaling van het maandloon in kalendermaanden waarover niet over de volledige kalendermaand recht op uitkering bestaat (gebroken kalendermaanden) en welke kalendermaanden als zodanig aangemerkt moeten worden.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

**De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner**

Ik moge U, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W12.13.0315/III

- In artikel I, onderdeel H, in het voorgestelde achtste lid van artikel 7:652 BW de proeftijd aangegaan bij een arbeidsovereenkomst die korter is dan zes maanden opnemen in de lijst van nietige bedingen.
- In het in artikel I, onderdeel S, voorgestelde artikel 671b, zesde lid, onderdeel b, BW «dient» vervangen door: behoort (zie aanwijzing 53 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- In het in artikel I, onderdeel S, voorgestelde artikel 671b, negende lid, onderdeel c, BW «en» vervangen door: of.
- In het in artikel I, onderdeel S, voorgestelde artikel 671c, derde lid, onderdeel c, BW, «en» vervangen door: of.
- In het in artikel I, onderdeel U, voorgestelde artikel 673, leden 6, 7, 8, 9, onderdeel a, de vergoeding telkens vervangen door: de transitievergoeding.
- In het in artikel I, onderdeel CC, voorgestelde artikel 683, vierde lid, BW de passage «artikel 682, lid 4», vervangen door: artikel 682, lid 5.
- In het in artikel I, onderdeel EE, voorgestelde artikel 686a, vierde lid, onderdeel c, BW een spatie zetten tussen «en» en «682».
- In het in artikel IV, onderdeel F, voorgestelde artikel 7, eerste lid artikel 671b vervangen door: artikel 671b, leden 8 en 9.
- In artikel XIX, onder B, «het zevende lid (nieuw)» vervangen door: het zesde lid (nieuw).
- In het in artikel XXII, onderdeel C, voorgestelde artikel 18, eerste lid, WW en het in artikel XXII, onderdeel D, voorgestelde artikel 19, achtste lid, onderdeel b, WW «op grond van artikel 628, achtste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek» vervangen door: de op grond van artikel 628, achtste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te baseren ministeriële regeling.
- In het in artikel XXII, onderdeel Y, voorgestelde artikel 65, derde lid, WW «op grond van het vorige lid» vervangen door: op grond van het tweede lid.
- In het in artikel XXII, onderdeel EE, voorgestelde artikel ##, eerste lid, WW «hoofdstuk 2» telkens vervangen door: hoofdstuk II.
- Het in artikel XXII, onderdeel EE, voorgestelde artikel ##, tweede lid, WW vervangen door: 2. Omzetting van een recht op uitkering als bedoeld in het eerste lid vindt plaats met inachtneming van bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels, die in elk geval betrekking hebben op de datum waarop die omzetting plaatsvindt, waarbij tevens kan worden bepaald dat de datum van omzetting niet voor elk recht op uitkering gelijk hoeft te zijn.
- In artikel XXV de wijzigingen als volgt vormgeven:
- Onderdeel 1. «Onderdeel D, onder 1, vervalt alsmede de aanduiding «2» voor het tweede onderdeel.
- Onderdeel 2. Na artikel 29d wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende: 29g
- Onderdeel 3. Onderdeel F, onder 2 en de aanduiding «1» komen te vervallen.
- Onderdeel 5. In artikel 101 tevens de aanduiding 1 voor het eerste lid laten vervallen.