

Van : *Adviescommissie Arbeidsrecht Nederlandse Orde van Advocaten*  
 Datum : 17 januari 2014  
 Aan : **leden van de vaste commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid**  
 Betreft : **Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33818)**

---

## Conclusie

In dit advies wordt geen politiek oordeel uitgesproken. De ervaring leert dat men over het antwoord op de vraag of een repressief danwel een preventief stelsel van toetsing van ontslag de voorkeur verdient, van opvatting kan verschillen, en dat hetzelfde geldt voor de vraag of resp. in hoeverre de ontslagvergoeding een forfaitair karakter dient te hebben. De in het wetsvoorstel gemaakte keuzes zijn discutabel, zeker nu zonder deugdelijke motivering het sociaal akkoord in feite wordt overgeschreven, maar dit advies strekt er niet toe die keuzes als zodanig ter discussie te stellen. Wel wordt met dit advies duidelijk gemaakt op welke punten zonder amendering van het voorstel de praktijk naar verwachting voor grote problemen wordt gesteld. Het voorstel is ingegeven door de gedachte dat daarmee aan werkgevers en werknemers duidelijkheid wordt verschaft, zozeer dat in de toekomst procedures als onder het huidige recht gebruikelijk, achterwege zouden kunnen blijven. Dit advies moge duidelijk maken dat er een gereede kans is dat dat niet meer dan een vrome, maar onvervulde wens zal blijken.

## Algemeen

In de Memorie van Toelichting wordt wetsvoorstel 33 818 niet in historisch perspectief geplaatst. Zo wordt in de eerste volle alinea van de tweede pagina van die Memorie over het hoofd gezien dat na de Tweede Wereldoorlog de Wet van 17 december 1953, Stb. 619 tot stand gekomen is. Niet alleen houdt de Memorie van Toelichting geen rekening met de vele sindsdien ondernomen pogingen tot wijziging van het ontslagrecht, zoals de “gestrande” wetsvoorstellen 13 656, 21 479 en 31 862, maar ook wordt het voorgestelde systeem niet afgezet tegen recente initiatieven, zoals Wetsvoorstel 33 075, het Lente-akkoord zoals uitgewerkt in de Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, en zelfs niet tegen de op punten afwijkende gedachten uit Hoofdstuk XI van “Bruggen slaan”.

De keuze tussen een preventief en een repressief ontslagrecht en die tussen (deels) forfaitaire en “open”, aan de hand van billijkheid te bepalen ontslagvergoedingen is uiteindelijk in belangrijke mate van beleidsmatige aard. Door ook op dit punt de keuze in het wetsvoorstel zo summier en ongekwantificeerd te onderbouwen als in de Inleiding van de Memorie van Toelichting gebeurd is, geeft de Minister de indruk niet meer of anders te doen dat het Sociaal Akkoord van april 2013 praktisch integraal over te schrijven (de zeer geringe verschillen zijn van niet meer dan

marginale betekenis). Aldus miskent de Minister zijn taak om zo belangrijke keuzes als in het voorstel gemaakt, deugdelijk te onderbouwen.

Daar komt bij dat het wetsvoorstel uitermate ingewikkeld is opgezet, zoals in de eerste reacties vanuit wetenschap en praktijk op het voorstel al is geconstateerd, en dat alleen al dat feit een sterke aanwijzing oplevert dat bij de toepassing allerlei problemen zullen rijzen. Een aantal daarvan zal, zonder pretentie van volledigheid, in dit advies worden aangestipt.

Kwaliteit is belangrijker dan snelheid. De nog voor 1 juli a.s. voorziene wetwijzigingen, wat daar ook van zij, kunnen van de overige voorstellen eenvoudig worden afgezonderd. De voorziene timing is er een die moeilijk de indruk kan wegnemen dat een uiterst principiële wetwijziging die voor de lange termijn bedoeld is – de Wet van 17 december 1953 heeft zo'n 60 jaar goede diensten bewezen –, er in feite wordt “doorgedrukt”.

In afleveringen van de bladen TAP (januari-nummer 2013) en TRA (maart-nummer 2013, maar kopij reeds beschikbaar) wordt het wetsvoorstel door een groot aantal deskundige auteurs besproken en wordt op punten kritiek verwoord. Zo wordt daarin de vraag opgeworpen of met het voorstel wel adequaat wordt toegewerkt naar de doelen die volgens de Memorie van Toelichting met het voorstel worden nagestreefd en of in redelijkheid te verwachten valt dat de voorziene aangepaste ketenregeling ertoe zal leiden dat meer en sneller “vaste” contracten worden aangeboden. Ook worden kritische kanttekeningen geplaatst bij het gesloten stelsel van ontslaggronden en het in beginsel forfaitaire karakter van de voorgestelde transitievergoeding. Die kritiek maakt duidelijk dat in het voorstel op punten aan de rechtszekerheid een groter gewicht wordt toegekend dan aan de rechtvaardigheid in het individuele geval. Aldus hebben de voorstellen op veel punten een te rigide karakter.

In dit advies wordt in verband met de tijdsdruk die voor het uitbrengen daarvan geldt, niet op alle voorstellen uit het wetsvoorstel ingegaan en blijft de detailkritiek beperkt tot een enkel punt.

### **Artikel 7:628 BW (nieuw) (aanspraak op loon)**

In het wetsvoorstel vervalt het huidige artikel 7:627 BW. Artikel 7:628 BW wordt gewijzigd. Het wetsvoorstel gaat daarmee verder dan hetgeen partijen in het kader van het Sociaal Akkoord zijn overeengekomen. In het Sociaal Akkoord is opgenomen dat de thans bestaande mogelijkheid om de periode van 6 maanden, waarin de loonbetalingsverplichting van de werkgever kan worden uitgesloten, bij CAO onbeperkt te verlengen, zal worden beperkt. Dat gebeurt ook, maar het wetsvoorstel gaat verder. Het wetsvoorstel voorziet immers ook in het vervallen van artikel 7:627 en in het vervangen van de huidige hoofdregel “geen arbeid, geen loon” door een nieuwe regel, die neerkomt op “recht op loon, tenzij”.

Op dit laatste punt vermeldt de memorie van toelichting (pagina 19) ten onrechte dat als hoofdregel in het arbeidsrecht thans zou gelden dat de werkgever geen loon hoeft te betalen als de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die voor risico van de werknemer komt. In alle andere gevallen, aldus de Memorie van Toelichting, is de werkgever in beginsel wél gehouden het loon door te betalen. Dat is echter niet in overeenstemming met de wijze waarop het recht op loondoorbetaling en de risicoverdeling thans in de artikelen 7:627 en 7:628 BW zijn vastgelegd. Ingevolge het huidige artikel 7:627 BW is de werkgever immers geen loon verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. De werknemer behoudt (alleen) recht op loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen (artikel 7:628 lid 1 BW). Dit wordt in het wetsvoorstel omgekeerd. Ingevolge het nieuwe artikel 7:628 BW is de werkgever in beginsel (altijd) verplicht het loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid (geheel of gedeeltelijk) niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Dat staat ook met zoveel woorden in de memorie van toelichting (pagina 88): “Met andere woorden: het niet kunnen verrichten van de arbeid door een oorzaak die niet aan de werknemer is toe te rekenen, komt altijd voor risico van de werkgever”.

Dat betekent dat, anders dan de memorie van toelichting stelt, niet juist is dat geen inhoudelijke wijziging wordt bewerkstelligd door de “samenvoeging” van de artikelen 7:627 en 7:628 lid 1 BW tot één artikel. In de memorie van toelichting staat hierover (pagina 87) dat bedoeld wordt datgene wat er nu in de artikelen 7:627 en 7:628 lid 1 BW is geregeld, in één artikel te regelen zonder dat dit in de praktijk tot een wezenlijke verandering van de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer zal leiden. De voorgestelde “samenvoeging” van deze artikelen heeft echter een wijziging van de risicoverdeling tot gevolg.

Een en ander laat zich goed illustreren aan de hand van situatieve arbeidsongeschiktheid. Eigen daaraan is normaliter dat beide partijen een zeker verwijt treft. Recht op doorbetaling van loon is er echter slechts als de schuld uitsluitend of in hoofdzaak bij de werkgever ligt; zie HR 27 juni 2008, JAR 2008/188 (Mak/SGB0). De voorgestelde formulering lijkt dat anders te maken. Vraag is of dat inderdaad de bedoeling is.

Deze wijziging wordt in de memorie van toelichting (pagina 88) gemotiveerd met het vervallen van artikel 8 BBA. Volgens de memorie van toelichting is het, om te komen tot een eenduidige en qua strekking aan artikel 8 van het BBA 1945 gelijke regeling, wenselijk eerst uitdrukkelijk te regelen (in het eerste lid van artikel 7:628 BW) dat bij het niet verrichten van de overeengekomen arbeid de werkgever altijd gehouden is het loon te betalen. Beoogd wordt artikel 8 BBA (het verbod op eenzijdige

werktijdverkorting) te incorporeren in artikel 7:628 BW, aldus de memorie van toelichting.

Dat betekent dat de regering er klaarblijkelijk niet voor heeft gekozen om het uitdrukkelijke en duidelijke verbod van artikel 8 BBA in het Burgerlijk Wetboek over te nemen, maar – in plaats daarvan – kiest voor een wijziging van de huidige hoofdregel “geen arbeid, geen loon”. Aldus geeft het vervallen van artikel 8 BBA echter geen toereikende motivering voor de afschaffing van de regel “geen arbeid, geen loon”; een andere, duidelijke motivering voor deze keuze ontbreekt. Noch het Sociaal Akkoord, noch de afschaffing van artikel 8 BBA noodzaakt tot deze wijziging. Dat maakt het wenselijk tijdens de parlementaire behandeling in elk geval nader in te gaan op de noodzaak en wenselijkheid van deze wijziging.

In de Memorie van Toelichting staat verder vermeld (pagina 88) dat op grond van de voorgestelde formulering het aan de werkgever zal zijn om te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken dat bij de werknemer de bereidheid ontbrak de bedongen arbeid te verrichten, alsmede dat het niet (kunnen) verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer komt. Dat leidt dus (tenminste) tot een omkering van de bewijslast ten opzichte van de huidige wettelijke regeling. Deze omkering van de bewijslast wordt in de Memorie van Toelichting niet onderbouwd. Ook op dit punt wordt geadviseerd hierop tijdens de parlementaire behandeling nader in te gaan.

Met de wijziging van artikel 7:628 leden 5-7 BW en de toevoeging van de nieuwe leden 8-10 aan artikel 7:628 BW wordt (met name) beoogd het gebruik van 0-urencontracten gedurende langere perioden of permanent terug te dringen. Dat betekent dat met deze wijzigingen het gebruik van 0-urencontracten niet ten principale wordt verboden. Het blijft gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst mogelijk de loonbetalingsverplichting uit te sluiten. Het blijft ook mogelijk om voor bepaalde functies, waarbij de daaraan verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en die geen vaste omvang kennen (zoals invalkrachten, zie de memorie van toelichting pagina 89), bij CAO te bepalen dat de periode, waarin de loonbetalingsverplichting wordt uitgesloten, onbeperkt wordt verlengd. Niet lijkt te worden onderkend dat naar huidig recht bij een 0-urencontract niet kan worden gesproken van de bedongen omvang van de arbeid.

### **Art. 7:652 (proeftijdbeding)**

Met de wijziging van art. 7:652 (nieuw) wordt beoogd proeftijden bij kortlopende contracten uit te sluiten. Volgens de memorie van toelichting (pagina 16) wil de wetgever hiermee een stuk onzekerheid weg nemen voor flexwerkers. Ook dient de wijziging om kortdurende contracten te ontmoedigen. Leidt de voorgestane wijziging er niet toe dat, nog meer dan nu al het geval is, de proeftijd bij het uitzendbedrijf wordt doorgebracht, en is dat gewenst? Anderszins is de bepaling is ook eenvoudig

te ontwijken door met een werknemer een contract voor zes maanden en één dag aan te gaan.

De beoogde tijdelijke baanzekerheid voor werknemers met een contract van zes maanden wordt met de invoering van deze bepaling naar alle waarschijnlijkheid niet bereikt.

De mogelijk nadelige consequenties van de gewijzigde bepaling voor werkgevers worden in de toelichting onderkend. De regering is echter van mening dat deze risico's bij een contract tot zes maanden te overzien zijn. Voor grotere bedrijven is dit wellicht het geval. Voor MKB-bedrijven ligt dit vermoedelijk anders. Voor hen leidt het wetsvoorstel in ieder geval al tot extra kosten door onder meer de transitievergoeding en verruiming van de appelmogelijkheden. Juist MKB-bedrijven zijn, ook vanwege hun beperkte grootte, gebaat bij handhaving van de mogelijkheid van een proeftijdbeding in kortlopende contracten.

Dat leidt tot het advies om vanwege het beperkte voordeel voor werknemers, zeker in relatie tot de te voorzien nadelen voor een belangrijke groep van werkgevers, de mogelijkheid van een proeftijd in alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te handhaven en artikel 652 lid 4 (nieuw) te schrappen.

### **Concurrentiebeding in contract voor bepaalde tijd (artikel 7:653 (nieuw))**

Ter vergroting van de arbeidsmobiliteit en ter voorkoming van dubbel nadeel neemt de wetgever in art. 7:653 (nieuw) als uitgangspunt, dat een concurrentiebeding bij tijdelijke contracten in principe wordt verboden. Er wordt een uitzondering op de hoofdregel gecreëerd voor die gevallen waarin de werkgever gemotiveerd "in" de overeenkomst aangeeft welke zwaarwichtige bedrijfs-of dienstbelangen een concurrentiebeding vereisen, aldus de memorie van toelichting 17 .

In de wetstekst staat dat de schriftelijke motivering waaruit blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelangen, "bij" het concurrentiebeding dient te zijn opgenomen. In de memorie van toelichting (pagina 17) staat dat de bedrijfs-en dienstbelangen "in" het beding zelf gemotiveerd dienen te worden.

Dit is onduidelijk. Met Mr. P.L.M. Schneider TAP 2014-1 p. 21 kan worden geoordeeld dat het voorstel voor artikel 7:653 (nieuw) te veel vragen open laat en aanleiding geeft tot discussies en juridische procedures. Wanneer dient de schriftelijke motivering van het zwaarwegend belang te zijn vastgelegd? Kan dat slechts bij het aangaan van het beding, of is dat daarna ook nog mogelijk? Waar dient de schriftelijke motivering van het zwaarwegend belang te worden vastgelegd? In het beding, of in een afzonderlijk document waarin naar het beding wordt verwezen? Kan de motivering tijdens de overeenkomst nog worden aangepast bij gewijzigde omstandigheden en zo ja, op welke grond? Of is daarvoor een wijziging

van de functie vereist? Kan een concurrentiebeding opgenomen worden in een collectieve regeling? Wat geldt bij verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd? Volstaat dan verwijzing naar de eerdere schriftelijke vastlegging onder eventuele wijzigingen van overige arbeidsvoorwaarden? Of is in zo'n geval hernieuwde schriftelijke vastlegging van het zwaarwegend belang vereist?

Ook is de vraag wat de meerwaarde is van artikel 653 lid 3 b in relatie tot 653 lid 3 a. De toetsingsmaatstaf van artikel 653 lid 3 sub b "niet noodzakelijk vanwege zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelangen" is toch per definitie te kwalificeren als een onbillijke benadeling van werknemer en daarmee geheel of gedeeltelijk vernietigbaar. Of is het enige doel van de wetgever in artikel 653 lid 3 sub b het ontbreken van zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelangen te sanctioneren met een algehele vernietiging van het concurrentiebeding? Als dat zo is, waarom staat er dan in de aanhef van lid 3 dat de rechter het beding in dat geval "kan" vernietigen. Wat is de ratio van deze alles-of-niets variant? Is maatwerk doorgaans niet beter?

Een concurrentiebeding in een tijdelijk contract is alleen mogelijk vanwege een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Heeft het criterium "zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang" - dat we natuurlijk al kennen uit de WAA – in artikel 653 lid 2 (nieuw) de zelfde betekenis als in de WAA? Het ligt in de rede om bovengenoemde onduidelijkheden weg te nemen.

Positief is op zichzelf de mogelijkheid om op grond van artikel 686a lid 3 BW (nieuw) aan de kantonrechter bij verzoekschrift een beslissing te vragen over de geldigheid van het concurrentiebeding in combinatie met andere vorderingen. Dit naast de onverminderde mogelijkheid om in een dagvaardingsprocedure sec over de geldigheid van een concurrentiebeding een oordeel te vragen onder de vigore van het commune bewijsrecht. In een verzoekschriftprocedure is het onzeker of de kantonrechter gebruik maakt van de mogelijkheid het commune bewijsrecht toe te passen. Dat dit dient te gebeuren, zal alsnog duidelijk moeten worden gemaakt.

In artikel 653 lid 4 (nieuw) is schadeplichtig ontslag vervangen door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Vraag is of ernstig verwijtbaar handelen of nalaten ten aanzien van een concurrentiebeding een juist toetscriterium is. Voor een minder vergaand criterium is ook iets te zeggen. In navolging van A.R. Houweling & C.J. Loonstra (Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag Boom Juridische uitgevers 2011 p. 199) zou ook het volgende als uitgangspunt kunnen worden genomen. Bij een regulier ontslag op initiatief van werkgever, waarbij geen sprake is van verwijtbaarheid, is de werknemer niet langer gebonden aan een concurrentiebeding. Daaraan ware toe te voegen dat vanwege zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelangen mogelijk werknemer in dat geval wel aan een gematigd concurrentie beding (relatie beding) gebonden kan blijven, indien overeengekomen. Zodra een werknemer wel verwijtbaar heeft gehandeld, kan een ontslag op initiatief van de werkgever niet leiden tot het verval van een concurrentiebeding.



Artikel 7:653 lid 4 (nieuw) ware derhalve aan te passen

### **Artikel 7:665 BW (nieuw) (overgang van onderneming)**

Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van de tekst van artikel 7:665 BW. De huidige wettekst gebruikt de bewoordingen “een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer” terwijl de nieuwe wettekst spreekt over “een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden” ten nadele van de werknemer”. In de Memorie van Toelichting wordt vermeld dat (naast een aanpassing in verband met de aanpassing van artikel 7:685 BW) meer wordt aangesloten bij de letterlijke tekst van artikel 4 lid 2 van richtlijn 2001/23/EG.

Dat roept de vraag op of de wijziging van het woord “omstandigheden” in “arbeidsvoorwaarden” niet veeleer tot meer onduidelijkheid aanleiding zal gaan geven. Het doel van de Richtlijn is immers om de rechten en verplichtingen (dus ook en bij uitstek de arbeidsvoorwaarden) die voor de werkgever uit de arbeidsovereenkomst met de werknemer voortvloeien, te waarborgen. De voorgestelde wettekst zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer in verband met overgang van onderneming mogelijk is. Er is dan ook reden om deze onduidelijkheid weg te nemen.

### **Art. 7:669 BW (redelijke ontslaggrond)**

Het wetsvoorstel kiest voor een opzet waarbij in feite het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels leidend zijn. Niet wordt de vraag gesteld waarom de praktijk sinds ongeveer 1980 een ontwikkeling heeft laten zien waarin bij in de persoon van de werknemer gelegen ontslagredenen geen toestemming ex art. 6 BBA gevraagd, maar ontbinding ex art. 7:685 BW verzocht wordt. Het antwoord op die vraag is duidelijk: het al te bureaucratische karakter van de procedure bij het UWV leidde ertoe dat in veel gevallen waarin én voor beide partijen én objectief gezien duidelijk was dat bestending van de arbeidsverhouding niet de voorkeur verdiende, toestemming werd geweigerd.

Het ligt daarmee in de rede dat de effectieve incorporatie van het “UWV-recht” in art. 7:669 BW ertoe leidt dat in veel gevallen waarin thans ontbinding mogelijk is, beëindiging van het dienstverband naar de letter van de wet niet mogelijk is. De voorziene effectieve verlaging van de ontslagvergoeding zal werknemers ertoe nopen om, ook al zouden zij bereid zijn zich neer te leggen bij ontslag onder toekenning van een substantiële vergoeding, zich ten principale tegen ontslag te verzetten om zo een sterkere onderhandelingspositie te bereiken. Daarbij zij er op gewezen dat de mogelijkheid om naast de transitievergoeding een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid te verkrijgen door het “muizengaatje” van de ernstige verwijtbaarheid in de overgrote meerderheid van de gevallen de werknemer naar verwachting geen uitkomst zal bieden.

In art. 7:678 BW is bij de dringende reden gekozen voor een zogeheten enuntiatieve opsomming van dringende redenen. De Memorie van Toelichting verantwoordt niet waarom niet kan worden volstaan met de hoofdregel van art. 7:669 lid 1 BW onder toevoeging van een artikellid in de trant van art. 7:678. Het is uiteraard mogelijk voor de gevallen bedoeld in lid 2 sub a. en b. een afzonderlijke regeling te behouden, met rechtsingang bij het UWV, en het enuntiatieve karakter te beperken tot de gronden in het lid genoemd sub c. tot en met h.

Voor zo'n keuze pleit mede het volgende. De problemen die zijn te verwachten in ontslagprocedures onder het voorgestelde recht zullen, anders dan thans geldt, *rechtstvragen* oproepen. Het gaat immers om de uitleg van de in art. 7:669 BW en de regeling(en) ingevolge lid 4 daarvan gebruikte termen. Zo zal bij de toepassing van lid 1 de vraag kunnen rijzen – en uiteindelijk door de rechter moeten worden beantwoord – of een passende functie beschikbaar is (het voorstel verplicht de werknemer overigens niet zo'n voorstel te aanvaarden). Weliswaar is verder sprake van “al dan niet met behulp van scholing”, maar onduidelijk is welke scholing – kosten, duur – de werkgever voor zijn rekening zou moeten nemen. Lid 4 voorziet slechts in nadere regelgeving, voor zover hier van belang, van “de redelijke termijn”. Overigens zal bij zulke regelgeving niet van de wettelijke regels mogen worden afgeweken. Bij incorporatie van wat thans in de Beleidsregels is neergelegd, bestaat de mogelijkheid dat de rechter oordeelt dat sprake is van een afwijking, bij voorbeeld een verruiming of juist een beperking, van wat de wet regelt.

Bij de in lid 2 genoemde, in beginsel limitatieve opsomming passen de volgende kritische kanttekeningen.

Wanneer is sprake van het **sub a.** bedoelde “noodzakelijkerwijs”? Hoe ruim of hoe eng moet “bedrijfseconomische omstandigheden” worden uitgelegd? De formulering is niet toegesneden op louter organisatorische wijzigingen, die kunnen worden ingegeven door andere dan bedrijfseconomische omstandigheden. Het voorbeeld spreekt van “arbeidsplaatsen” (meervoud), terwijl zeker niet uitgesloten is dat ook het vervallen van een enkele arbeidsplaats overigens onder het voorbeeld valt. Het voorbeeld maakt verder niet duidelijk in hoeverre de aan de werkgever toebedachte beleidsvrijheid gerespecteerd wordt. Zou het niet veel eenvoudiger zijn te spreken van, bij voorbeeld, “het naar het redelijk oordeel van de werkgever vervallen van een of meer arbeidsplaatsen”?

Vervolgens is **sub b.** onder meer sprake van het “binnen 26 weken ... de bedongen arbeid niet aangepaste vorm kan worden verricht”. Die formulering houdt geen rekening met de thans geldende eis dat de aanpassing van de arbeid redelijkerwijs van de werkgever gevergd kan worden. Overigens zou dit punt al in het “eerste spoor”, derhalve gedurende het eerste ziektejaar, onderzocht moeten zijn; in het tweede jaar is immers “het tweede spoor” aan de orde.



De bepaling **sub c.** legt met “onaanvaardbare gevolgen” de lat voor de werkgever wel erg hoog. Verder suggereert de bepaling dat, als sprake is geweest van “onvoldoende” zorg, ontslag niet aan de orde komt, ook niet als dat gebrek aan zorg in het verleden tot onomkeerbare consequenties heeft geleid. Het verbond is bovendien van weinig praktisch belang als ontslag weliswaar niet mogelijk is, maar de verplichting tot loondoorbetaling geëindigd is.

Er zijn tal van gevallen denkbaar waarin in redelijkheid van de werkgever niet kan worden gevergd de **sub d.** bedoelde maatregelen te nemen. Men denke aan de voetbaltrainer die wordt ontslagen wegens achterblijvende resultaten of de manager met wie verschillen van inzicht over het te voeren beleid bestaan.

Bij de bepalingen **sub e.** dringt zich de vraag op of van verwijtbaar handelen als daar bedoeld, sprake kan zijn, ook al ontbreekt een dringende reden. Verder: van een dringende reden kan onder (bijzondere) omstandigheden ook sprake zijn zonder verwijtbaarheid van de werknemer. Is de transitievergoeding dan wel of niet verschuldigd? Wanneer kan voortduren, ondanks dat handelen, toch “in redelijkheid” van de werkgever worden gevergd.

Wie moet “aannemelijk” maken dat de uitzondering bedoeld **sub f.** zich niet voordoet. Wat heeft de wetgever voor ogen bij het werken “in aangepaste vorm”? Hoe ver gaat de toetsende rol van de rechter? Wie heeft de bewijslast c.q. de verplichting aannemelijk te maken?

In welke gevallen kan ook bij een verstoorde arbeidsverhouding – hoe wordt die bij ontkenning door de werknemer in recht, vastgesteld? – van de werkgever worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten? Zou de bepaling niet simpeler kunnen worden geformuleerd door (slechts) te spreken van “een blijvend verstoorde arbeidsverhouding”?

Uit de Memorie van Toelichting valt af te leiden dat de uitzondering **sub h.** niet bedoeld is voor situaties waarin (net) niet is voldaan aan de **sub c. tot en met g.** geformuleerde criteria, maar sprake is van andere categorieën van een redelijke ontslaggrond. Aldus ontbreekt zelf een rechtsgrond als in het ambtenarenrecht (art. 99 ARAR) wel wordt gehanteerd.

### **Artikel 7:671a BW (nieuw) (toetsing UWV)**

Ingevolge lid 1 van het nieuwe artikel 7:671a BW wordt de preventieve toetsing van ontslag op bedrijfseconomische gronden of na langdurige arbeidsongeschiktheid toebedeeld aan UWV. UWV treedt dan op als (eerste) toetsingsinstructie en moet zich daarin onpartijdig en onafhankelijk opstellen. Tegelijkertijd is UWV de instantie die als “poortwachter” moet oordelen over de toekenning van een sociale verzekeringsuitkering en (in geval van een ontslag op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid) een rol heeft als medisch adviseur van “de preventieve

toetsingsinstantie UWV". UWV is als uitvoerder voor de sociale verzekeringen zelf een potentiële (proces)partij. Daarmee is het de vraag of en in hoeverre de onafhankelijkheid van UWV, die als instantie met drie petten bij en na één en dezelfde ontslagprocedure betrokken kan zijn, gewaarborgd is, vanwege de vermenging van belangen die daarbij kan optreden. Nader onderzoek is zeker gewenst; eerdere rapportage van de Nationale Ombudsman geeft aan welke twijfels ten aanzien van deze rol van UWV kunnen rijzen.

In artikel 7:671a lid 2 BW wordt voorzien in de mogelijkheid dat bij CAO een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie wordt ingesteld. Deze sectorale commissie is dan, in plaats van UWV, bevoegd tot de preventieve toetsing van ontslagen op grond van (uitsluitend) bedrijfseconomische redenen. Waarom is de bevoegdheid van de sectorale commissie beperkt tot ontslaggrond a (bedrijfseconomische redenen)? Dat wordt uit de Memorie van Toelichting onvoldoende duidelijk. Het Sociaal Akkoord laat de mogelijkheid open de preventieve toetsing ook bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid bij de sectorale commissie te leggen. De memorie van toelichting laat onbesproken waarom daar in het wetsvoorstel niet voor is gekozen.

Aandacht verdient verder de betekenis die moet worden gehecht aan het woord "toepasselijke" (CAO) in lid 2. Wordt met een toepasselijke CAO uitsluitend bedoeld een CAO waaraan beide partijen op grond van de Wet op de CAO of op grond van de Wet AVV gebonden zijn of is dat (ook) een CAO die op grond van een incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing is? Van dat laatste lijkt in de Memorie van Toelichting wel te worden uitgegaan, maar vanzelfsprekend is het niet.

In dit verband zij verwezen naar het artikel dat prof. mr. J.M. van Slooten onder de titel "Het komende driekwartdwingende ontslagrecht" onlangs publiceerde in TRA 2013/76. Voor wat betreft de "toepasselijkheid" van een CAO krachtens een incorporatiebeding vraagt Van Slooten terecht aandacht voor onduidelijk geformuleerde incorporatiebedingen, waar het van de interpretatie/uitleg van het overeengekomen beding afhangt, welke instantie bevoegd is tot de preventieve ontslagtoetsing (UWV of een sectorale commissie). Dat kan aanleiding geven tot onduidelijkheid en vertraging in ontslagprocedures.

Met Van Slooten wordt hier signaleerd dat zich problemen kunnen voordoen over de vraag of een CAO toepasselijk is op de arbeidsovereenkomst. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de werkgever wel, maar een werknemer niet rechtstreeks aan een CAO gebonden is, de CAO niet algemeen verbindend is verklaard en evenmin krachtens een incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. In zo'n geval hoeft de werknemer zich niet aan de CAO (inclusief de sectorale commissie) gebonden te achten, maar is de werkgever wel verplicht de CAO toe te passen. In dat geval kan het probleem ontstaan dat, nu de CAO de werknemer niet bindt, de werknemer ook niet gebonden is aan de rechtsgang bij de sectorale

commissie, maar UWV evenmin bevoegd is tot preventieve toetsing, nu immers bij cao een sectorale commissie is ingesteld. De werkgever heeft in zo'n geval voor deze werknemer niet de mogelijkheid tot ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen, nu de kantonrechter in dit geval evenmin bevoegd is. Van Slooten signaleert in zijn artikel ook de problematiek die in zo'n geval kan ontstaan bij de bepaling van de ontslagvolgorde van werknemers.

Het valt verder op dat wettelijke eisen worden gesteld waaraan de sectorale commissie moet voldoen om een eerlijke en onpartijdige behandeling van de preventieve toetsing te waarborgen, welke eisen niet (ook) met zoveel woorden aan UWV worden gesteld. Het ligt in de rede om (mede met het oog op de eisen van artikel 6 EVRM) deze wettelijke eisen ook aan UWV te stellen.

In het wetsvoorstel worden weliswaar eisen gesteld om te waarborgen dat de bij CAO ingestelde sectorale commissie onafhankelijk is van de werkgever, maar er worden geen representativiteitseisen aan de betrokken vakbonden gesteld. Het is immers voldoende dat de vakbonden "in de onderneming of in de bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen". Het volstaat dus dat enkele vakbondsleden binnen de onderneming of in de bedrijfstak werkzaam zijn. Representativiteitseisen zijn eens te meer van belang voor een evenwichtige verhouding tussen CAO partijen in het geval van een ondernemings-cao. Het ligt voor de hand om hier tijdens de parlementaire behandeling aandacht aan te besteden.

Opmerking verdient verder dat de continuïteit van de sectorale commissies niet gewaarborgd is; de sleutel daarvoor ligt immers bij CAO-partijen. In gevallen waarin CAO-partijen niet zouden kiezen voor een verlengde looptijd of niet (tijdig) vragen om AVV, gelden – aldus de Memorie van Toelichting – de reguliere regels over nawerking en binding van ongebonden werknemers (aldus de Memorie van Toelichting, pagina 29). Daarbij wordt over het hoofd gezien dat afwijking van  $\frac{3}{4}$  dwingend recht alleen mogelijk is bij (geldende of algemeen verbindend verklaarde) cao. Indien en zodra de looptijd van de CAO is verstreken of de algemeen verbindend verklaring is geëindigd, is afwijking van  $\frac{3}{4}$  dwingend recht door middel van nawerking of door een incorporatiebeding niet mogelijk. Terzijde wordt opgemerkt dat nawerking alleen ziet op gebonden werknemers (en derhalve niet op de ongebonden, zogenaamde artikel 14-werknemers). Opmerking verdient daarnaast dat aan algemeen verbindendverklaring geen nawerking is verbonden en dat een ondernemings-CAO niet algemeen verbindend kan worden verklaard, hetgeen de continuïteit niet ten goede komt. Verder is de vraag op welke wijze de sectorale commissies worden bekostigd in een "CAO- of AVV-loos" tijdperk.

Tot slot zij op dit punt opgemerkt dat cao's veelal met terugwerkende kracht in werking plegen te treden. Daardoor kan achteraf discussie ontstaan welke instantie (achteraf gezien) bevoegd was tot preventieve toetsing: UWV of toch de (met

terugwerkende kracht) bij CAO ingestelde sectorale commissie? Ook dit leidt tot onzekerheid die dient te worden voorkomen.

In de Memorie van Toelichting wordt herhaaldelijk het belang van de eenvormigheid en de voorspelbaarheid van het ontslagrecht en de ontslagprocedure benadrukt. Die eenvormigheid en voorspelbaarheid worden echter doorbroken door de introductie van sectorale commissies. CAO-partijen kunnen hun eigen procedure bepalen (inclusief termijnen). De sectorale commissies kunnen verder niet los worden gezien van de elders in het wetsvoorstel genoemde mogelijkheden om (1) van het afspiegelingsbeginsel afwijkende selectiecriteria te bepalen en (2) af te wijken van de transitievergoeding.

### **Art. 7:673 e.v. (transitievergoeding en billijke vergoeding)**

Het wetsvoorstel betekent het einde van zowel de kantonrechtersformule als de schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag. Hiervoor in de plaats komen de forfaitaire transitievergoeding en de mogelijk additioneel toe te kennen billijke vergoeding.

De transitievergoeding is, behalve in evidente uitzonderingsgevallen, altijd verschuldigd. De hoogte wordt bepaald aan de hand van een formule. Het is dus zo dat in de in art. 673 lid 2 (nieuw) neergelegde formule de hoogte van de transitievergoeding wordt berekend aan de hand van het begrip "in geld vastgesteld loon" terwijl het maximum boven het forfaitaire bedrag van EUR 75.000,- wordt gedefinieerd aan de hand van "het loon" over twaalf maanden. Dat roept de vraag op waarom hier niet twee keer hetzelfde begrip "in geld vast gesteld loon" is gebruikt. Geadviseerd wordt dit wél te doen en aan te geven wat wel en wat niet tot het loon behoort. Dit voorkomt onnodige discussies.

In artikel 673 lid 7a (nieuw) is bepaald dat de transitievergoeding niet verschuldigd is "indien het eindigen of het niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen". Dat brengt mee dat onder andere de "gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte "arbeid" maatgevend is. Bij deze formulering kan de vraag gesteld worden of het om betaalde of onbetaalde arbeid gaat. Om hierover discussies te voorkomen ligt het voor de hand expliciet te bepalen dat "de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, waarvoor werknemer aanspraak heeft op in geld vastgesteld loon".

Het wetsvoorstel kent twee verschillende billijke vergoedingen; **(1)** de additionele billijke vergoeding wegens verwijtbaar handelen en nalaten en **(2)** de vervangende billijke vergoeding bij vernietigbare opzegging of bij schending van de wederindiensttreedingsvoorwaarde. Vraag is of deze beide soorten van billijke

vergoeding volgens de zelfde berekeningsmaatstaf berekend moeten worden. Dat ligt niet zonder meer in de rede.

De transitievergoeding is nagenoeg altijd verschuldigd, indien de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt of laat ontbinden. Deze vergoeding is forfaitair en aanzienlijk lager is dan vergoedingen die onder de huidige wet toegekend kunnen worden bij ontslag of ontbinding. Dit betekent inderdaad, zoals terecht opgemerkt is door Mr. dr. P. Kruit TAP 2014-1 p. 56, dat onder de nieuwe wet een sterke nivellering van ontslagkosten plaatsvindt, waarbij vooral kleinere werkgevers de dupe worden. Werknemers die geen transitievergoeding nodig hebben, krijgen deze niettemin toch en werknemers die gebaat zijn met een hogere transitievergoeding, kunnen daar geen aanspraak op maken. Daarmee is de vraag of met het nieuwe wetsvoorstel de beoogde doelen van meer werkgelegenheid arbeidsmobiliteit, employability worden gerealiseerd en of maatwerk met betrekking tot het toekennen van vergoedingen niet beter is. "Of een werknemer nu jong en hoogopgeleid is met zeer goede kansen op de arbeidsmarkt, of oud laag en eenzijdig geschoold en bovendien behept met een chronische ziekte of handicap, de regering acht de transitievergoeding voor wat betreft de negatieve gevolgen voor ontslag voor iedere werknemer voldoende, aldus Mr. B. Schouten in TAP 2014-1 p. 69.

De additionele billijke vergoeding bij opzegging, of ontbinding van de arbeidsovereenkomst is in principe alleen verschuldigd bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en wordt dan naast de transitievergoeding toegekend. Ten aanzien van de hoogte geldt dat de rechter deze bepaalt, maar hoe de rechter dat moet doen is onduidelijk. De Memorie van Toelichting (p. 33) beschrijft alleen, negatief, hoe de billijke vergoeding niet moet worden berekend: "Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband, die nu onderdeel uitmaken van de kantonrechters-formule hierbij geen rol hoeven te spelen. Voorts kan in deze additionele vergoeding niet tot uitdrukking komen 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 gevolgcriterium"), omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding.

De additionele vergoeding kan alleen toegekend worden wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou alleen sprake moeten zijn - aldus de Memorie van Toelichting - in duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen (het zogenaamde "muizengaatje"). Vraag blijft waar de grens tussen gewoon en ernstig verwijtbaar handelen ligt. Hoe verhoudt zich ernstig verwijtbaar handelen of nalaten tot de dringende redenen genoemd in de artt. 7:678 en 679 BW of tot de opzet of schuld in art. 7:677 lid 2, die aanleiding zijn voor de wederpartij om de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden op te zeggen en op die grond aanspraak te maken op een vergoeding? Geadviseerd wordt, die onduidelijkheid weg te nemen, of nog beter de

rechter met een andere maatstaf iets meer armslag te geven om maatwerk te leveren.

De maatstaf ernstig verwijtbaar handelen of nalaten heeft nog meer onwenselijke gevolgen. Werkgever en werknemer kunnen verschillend oordelen over de wijze waarop het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast. Het UWV geeft toestemming. De werknemer vraagt herstel dienstbetrekking, omdat het afspiegelingsbeginsel niet juist is toegepast. De rechter geeft hem gelijk wat betreft onjuiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel, maar herstelt de arbeidsovereenkomst niet. Door de lange duur van de procedure is de verhouding tussen werkgever en werknemer intussen namelijk dusdanig verstoord, dat herstel van de dienstbetrekking redelijkerwijs niet mogelijk is. De kantonrechter kan in dit geval geen billijke vergoeding toekennen, omdat de onmogelijkheid van herstel niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Een verschil van opvatting, dat partijen verdeeld hield, is daarvoor in beginsel onvoldoende. Het verlies aan ontslagbescherming wordt dus niet gecompenseerd. Aldus ook Mr. B. Schouten in TAP 2014-1 p. 69. Ander voorbeeld. De werkgever kan ook een ontbindingsverzoek indienen wegens disfunctioneren. De kantonrechter kan oordelen dat de werknemer daadwerkelijk onvoldoende functioneert, maar nog onvoldoende de gelegenheid heeft gekregen, zijn functioneren te verbeteren. Door de hele gang van zaken is de verhouding tussen partijen inmiddels verstoord geraakt en is voortzetting niet meer mogelijk. In beginsel zou de kantonrechter het ontbindingsverzoek desalniettemin moeten afwijzen. Mogelijk biedt art. 7:699 lid 2 sub g (nieuw) (verstoorde arbeidsverhouding ) uitkomst, maar indien op die grondslag alsnog wordt ontbonden, komt de werknemer niet meer toe dan een transitievergoeding. Er is immers niet sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

Mr B. Schouten TAP 2014-1 p.70 stelt terecht de vraag of in plaats van het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, niet beter getoetst kan worden aan het criterium "alle omstandigheden van het geval op grond van de redelijkheid en billijkheid". Met dit criterium kan ook slechts in uitzonderlijke gevallen worden afgeweken van de transitievergoeding, zodat de rechtszekerheid niet al te veel schade lijdt. Belangrijk voordeel is dat meer ruimte wordt gelaten voor maatwerk, hetgeen de rechtvaardigheid in individuele gevallen ten goede komt. Dit aangepaste criterium biedt ook meer mogelijkheden om de schrijnende ongelijkheid tussen grensgevallen te beperken en te zoeken naar een redelijke uitkomst voor ieder individueel geval. Het kan niet zo zijn dat de vergoeding, die een (niet ernstig) verwijtbaar handelend werkgever aan zijn werknemer moet betalen, bij ontslag gelijk is aan de vergoeding , die een goed handelend werkgever betaalt. Dat is niet billijk.

## **Werkloosheidswet**

Op de voorgestelde wijzigingen van de Werkloosheidswet is een artikelgewijs commentaar geformuleerd, dat als volgt luidt.



## **Artikel 1b WW (onderdeel A) en artikel 47 WW**

### **Dagloon (art. 1b lid 1)**

In het artikelgewijs commentaar op dit artikel staat dat geschrapt is het onderdeel 'verdiende in de dienstbetrekking waaruit hij werkloos is geworden'; dit onderdeel is geschrapt, zodat het loon uit alle dienstbetrekkingen in het refertejaar wordt meegeteld bij de vaststelling van het dagloon.

De vraag is hoe deze wijziging beoordeeld moet worden in het licht van het per 1 juni 2013 gewijzigde Dagloonbesluit. In art. 3 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen staat dat het dagloon worden vastgesteld op grond van het loon dat de werknemer verdiende uit de dienstbetrekking waaruit hij werkloos is geworden. In het Besluit dagloonregels (van voor 1 juni 2013) was nu juist geregeld dat het ging om het loon dat verdiend was in het refertejaar, dus ook om inkomen uit een eerdere dienstbetrekking voor zover deze was gelegen binnen het refertejaar. Met het voorgestelde art. 1b lijkt de wetgever te willen terugkeren naar het systeem van voor 1 juni 2013. Is dit de bedoeling? Het is zaak om dit in art. 1b en het Dagloonbesluit duidelijk te maken.

Het advies is over deze kwestie duidelijkheid te verschaffen.

## **Inkomen (art. 1b lid 4) en 47 WW**

In de WW worden de begrippen inkomen en inkomen uit arbeid gehanteerd. Vraag is hoe die begrippen zich tot elkaar verhouden.

### **inkomen**

Art. 1b lid 4 bepaalt wat moet worden verstaan onder het begrip 'inkomen'. Art. 1b lid 10 bevat een delegatiebepaling. Deze bepalingen zijn (mede) van belang voor de vaststelling van het recht op (art. 16 lid 8 WW nieuw) en de hoogte van de uitkering (art. 47 WW nieuw). In art. 47 WW nieuw staat dat de 75 resp. 70% van de inkomsten worden verrekend met de uitkering. Art. 1b lid 10 WW nieuw verwijst naar het Aib.

### **Inkomen uit arbeid**

In huidige art. 1a WW is het begrip 'arbeidsuur' gedefinieerd en in art. 1 onder o WW het begrip 'inkomen uit arbeid'. Het begrip 'arbeidsuur' en daarmee dus inkomen uit arbeid is van belang voor onder andere het ontstaan van werkloosheid (art. 16 WW): er moet sprake zijn van een relevant arbeidsurenverlies. In art. 16 lid 8 WW nieuwe staat dat als er een WW-recht ontstaat en dit recht direct eindigt als de werknemer 'inkomen uit werkzaamheden als werknemer geniet' die gelijk zijn aan 87,5% van het maandloon, dan het recht niet wordt geacht te zijn ontstaan.

### **Advies**

De keuze voor inkomensverrekening is positief. Inkomensverrekening is over het algemeen bevorderlijk voor de re-integratie en leidt tot een vereenvoudiging van de uitvoering.

Het is aanbevelenswaardig om te onderzoeken of voor het ontstaan, eindiging en hoogte van recht omwille van de eenvoud dezelfde (inkomens)begrippen kunnen worden gehanteerd. In het voorstel wordt voor het ontstaan aangesloten bij 'inkomen uit arbeid' en voor de vaststelling van de hoogte en beëindiging bij 'inkomen'. Het verzoek is om te onderzoeken of bij het ontstaan, vaststelling hoogte en eindiging een zelfde begrip ('inkomen' of 'inkomen uit arbeid') kan worden gehanteerd. Door het gebruik van dezelfde inkomensbegrippen wordt voorkomen dat er een onevenwichtige verhouding bestaat tussen enerzijds 'het ontstaan' en anderzijds 'de eindiging van het recht'.

### **Fictief inkomen (art. 1b lid 5) – beschikbaarheid - werkzaamheden als zelfstandige**

De wetgever schakelt in de nieuwe systematiek over naar inkomensverrekening. Om te bewerkstelligen dat bij 'verminderde beschikbaarheid' en bij 'werkzaamheden als zelfstandige' de uitkering kan worden verlaagd of beëindigd, introduceert de wetgever het begrip 'fictief inkomen' in art. 1b lid 5 WW. Uitgangspunt is dat bij verminderde beschikbaarheid of bij werkzaamheden als zelfstandig sprake is van fictief inkomen als gevolg waarvan de uitkering wordt verlaagd of beëindigd.

Voor de startende zelfstandige zijn twee systemen waaruit de werknemer kan kiezen. Enerzijds kan de werknemer opteren voor verrekening op grond van het fictief inkomen (over de uren dat er met of zonder inkomen werkzaamheden als zelfstandige zijn verricht). Als hij geen keuze maakt wordt dit systeem ook toegepast. Anderzijds kan de werknemer gedurende de eerste zes maanden opteren voor de startersregeling van art. 77a WW en art. 47b nieuw WW. Bij een keuze voor de startersregeling behoudt de verzekerde zijn recht op WW, ook als hij alle uren als zelfstandige werkzaam is. Zijn uitkering wordt echter gekort met een forfaitair percentage van 29%, ongeacht de hoogte van zijn inkomen.

#### **advies**

De keuze voor inkomensverrekening in plaats van urenverrekening valt positief te waarderen. Het leidt tot een vereenvoudiging van de wetgeving, het stimuleert re-integratie en het systeem sluit meer aan bij de beleving van mensen. Uitkeringsgerechtigde beseffen dat zij inkomsten naast de uitkering moeten opgeven. Dat zij ook uren moeten opgeven ligt minder voor de hand.

Een verdere vereenvoudiging kan worden bereikt door bij hervatting in werkzaamheden als zelfstandige één systeem te hanteren, namelijk dat van inkomen (en niet van fictief inkomen). Als een verzekerde start als zelfstandige, dan zou hij tijdens de WW-duur zijn hoedanigheid als werknemer moeten kunnen behouden en uit dien hoofde verzekerd blijven voor de WW. Voorwaarde is wel dat hij beschikbaar

moet zijn voor betaalde arbeid. Het onderscheid tussen werkzaamheden als zelfstandige en werkzaamheden in loondienstverband zou dan niet langer relevant zijn. Art. 47b WW nieuw zou dan kunnen worden geschrapt. Aldus wordt consequent ingezet op inkomstenverrekening. Groot voordeel is dat de discussie over directe en indirecte uren verleden tijd is. Uit de jurisprudentie volgt dat dit onderscheid soms moeizaam en is onduidelijk is welke uren hebben te gelden als werkzaamheden als zelfstandig en welke niet. Juist ook als de nieuwe WW inzet op inkomstenverrekening en niet langer urenverrekening, dient de introductie van een fictief inkomensbegrip zoveel te worden voorkomen. Het voorstel dat in overweging wordt gegeven is dan ook om bij werkzaamheden als zelfstandige uit te gaan van inkomensverrekening. Het aantal uur dat iemand als zelfstandige werkzaam is zou niet langer moeten leiden tot een verlaging van de uitkering op basis van een fictief inkomensbegrip. De startersregeling ex art. 77a WW kan worden geschrapt. Er geldt dan één systeem voor de (startend) zelfstandige. Dit systeem leidt tot een verdere vereenvoudiging van de wet en het bevordert de re-integratie van de werkloze werknemer. Bijkomend voordeel is dat door schrapping van art. 47b (het huidige art. 35ab WW) een einde wordt gemaakt aan de toch merkwaardige situatie dat een startend zelfstandige door samentelling van zijn uitkering en inkomsten als zelfstandige meer zou kunnen verdienen dan voor zijn werkloosheid. De startend zelfstandige ontvangt immers op grond van art. 47b nieuw een met 29% gekorte WW-uitkering en daarnaast heeft hij inkomsten die niet in mindering worden gebracht op de uitkering. Dit kan ertoe leiden dat de gekorte WW-uitkering en de inkomsten als zelfstandige tezamen het loonniveau van voor ingang van werkloosheid overstijgen. Dit strookt niet met het beginsel dat de WW een loondervingsverzekering is.

Het advies is dan ook te bepalen dat verlies van hoedanigheid van werknemer niet leidt tot beëindiging van werknemerschap tijdens de WW-duur. Art. 8 lid 1 WW zou in die zin kunnen worden gewijzigd.

Ook kan de bepaling over fictief inkomensbegrip ex art. 1b lid 5 WW worden geschrapt. Het fictief inkomensbegrip terzake van verminderde beschikbaarheid kan worden gehandhaafd. Art. 77a en 47b nieuw zouden kunnen worden geschrapt. Ook dient art. 8 WW te worden gewijzigd.

samenhang met art. 8 lid 2 WW

Uit de artikelsgewijze toelichting op art. 1b lid 5 WW (MvT) volgt dat de hoedanigheid van de werknemer definitief verloren gaat als hij gaat werken als zelfstandige, tenzij hij deze werkzaamheden geheel beëindigt binnen in art. 8 lid 2 WW gestelde termijn. In het wetsvoorstel wordt nu uitgegaan van berekening per kalendermaand en niet, zoals nu het geval is, per kalenderweek.

commentaar

Berekening per maand in plaats van de berekening per kalenderweek levert de zelfstandige een zeker voordeel op vanwege de middeling per maand. Desondanks is niet goed te begrijpen waarom bij de introductie van het fictief inkomensbegrip (art. 1b lid 5 WW) dan toch van een definitief verlies van rechten wordt uitgegaan daar

waar het gaat om werkzaamheden als zelfstandige. Zoals de uitkering meebeweegt met de inkomsten zou de uitkering ook moeten kunnen meebewegen bij fictieve inkomsten. Niet duidelijk is waarom de wetgever niet voor wisselende korting kiest en vasthoudt aan blijvende korting. Blijvende korting is ex art 8 lid 2 WW nu de regel (CRvB 8 december 1992, RSV 1993/106). Het lijkt strijdig met het nieuwe systeem van inkomensverrekening. Het is ook moeilijk te rechtvaardigen waarom een (startend) zelfstandige die zijn onderneming niet geheel staakt rechten definitief verspeelt als hij in enige maand in enige omvang werkzaamheden als zelfstandige verricht en daarna niet meer.

### **Artikel 16 lid 8 WW – nader verlies van rechten (onderdeel B)**

In art. 16 lid 5 WW staat dat bij amvb nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de berekening van het verlies van arbeidsuren bij een opeenvolgend verlies van arbeidsuren. In het besluit 'Nader regeling verlies van arbeidsuren (Stb 1986, 687) is uitvoering gegeven aan deze delegatiebepaling. Het besluit voorziet in een mogelijkheid van samentelling van niet-relevante urenverliezen die zich in een periode van een jaar voordoen tot het moment dat de grens van 5 uur of tenminste de helft van het gemiddeld aantal arbeidsuren is bereikt. Daarnaast kunnen ook relevante verliezen die zich in een periode van een half jaar voordoen worden samengeteld.

advies

Vraag is wat de verhouding is tussen hetgeen bepaald is in art. 16 lid 5 WW en art. 16 lid 8 nieuw WW. In art. 16 lid 8 WW nieuw staat dat als er een ontstaan WW-recht direct weer eindigt als het inkomensverlies kleiner is dan 12,5%, dat dan het recht niet wordt geacht te zijn ontstaan. In de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting wordt de reden voor deze bepaling genoemd: voorkomen dat bij een opeenvolgend arbeidsurenverlies het inkomen uit het eerste inkomensverlies niet kan meetellen bij de berekening van het maandloon van het tweede arbeidsurenverlies. Vervolgens wordt deze stelling geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld waarin een opvolgend urenverlies zich binnen twee maanden voordoet: eerst verliest de werknemer vijf uren en vervolgens de resterende uren.

Vraag is wel of door het nieuwe art. 16 lid 8 WW de weg naar samentelling van niet relevante verliezen binnen een jaar wordt afgesloten. Stel, dat een werknemer eerst € 1.600 per kalendermaand voor 40 uur per week, verdient, vervolgens 4 uur verliest en € 160 teruggaat in salaris (naar € 1440). Er ontstaat op dat moment geen WW-recht, want het inkomensverlies is kleiner dan 12,5% per kalendermaand. Het recht wordt ook niet geacht te zijn ontstaan. Na 11 maanden verliest hij opnieuw 3 uur. Als gevolg van samentelling op grond van de regeling Nader verlies zou dan alsnog een WW-recht ontstaan. Is dat met het nieuwe art. 16 lid 8 WW ook het geval als dit artikellid bepaalt dat na het verlies van die vier uur het recht ook niet geacht wordt te zijn ontstaan? Samentelling van rechten lijkt dan niet mogelijk. Dit is kennelijk niet de bedoeling. Samentelling moet dan mogelijk blijven. Art. 16 lid 5 WW dient op dit punt

wellicht te worden aangepast, zodat duidelijk is dat samentelling bij 'nader verlies van niet relevante verliezen' mogelijk blijft en het eerste verlies wel geacht wordt te zijn ontstaan.

### **Artikel 20 en 21 WW (onderdeel E en F) - beëindiging en herleving – gedeeltelijke hervatting**

Een gevolg van de overgang van uren- naar inkomensverrekening is dat een recht alleen nog maar geheel kan eindigen.

Eenzijds betekent dit dat als een werknemer t.g.v. een relevant arbeidsurenverlies een inkomensverlies lijdt van bijvoorbeeld 15% hij dan toch zijn gehele WW-recht opsoupeert. Anderzijds bouwt hij over de uren die hij nog werkt na het relevant urenverlies weer een nieuw recht op. Na zes maanden is een nieuw recht opgebouwd. Duurt de werkhervatting minder dan zes maanden, dan kan het opgebouwde recht herleven.

Een werknemer die eerst een inkomensverlies van 15% lijdt, zoals in bovenstaand voorbeeld, en vervolgens een nieuw WW-recht opbouwt en na zes maanden geheel werkloos raakt, zou dan wellicht in het nadeel zijn ten opzichte van de huidige regeling. Immers, hij kan geen aanspraak meer maken op een deelrecht terzake van die 15%. Vraag is of dit in de WW (te) ondervangen is. De WW dient geen perverse re-integratieprikkels te bevatten. Zij dient werkhervatting, ook gedeeltelijke werkhervatting, te stimuleren. Wellicht is reeds voorzien in deze omstandigheid. Zo ja, dan verneemt de Adviescommissie graag op welke wijze daarin is voorzien.

### **Artikel 24 lid 3 WW**

Als na zes maanden alle arbeid passend is, dan kan dit leiden tot een zekere kapitaalsvernietiging. Werknemers met een hoge opleiding worden gedwongen om lagere arbeid te accepteren. De investeringen in opleiding en ervaring worden aldus wellicht vernietigd als later geen werkhervatting plaatsvindt in arbeid die past bij het opleidingsniveau van de werknemer. Ook zal het kunnen leiden tot verdringing van werknemers met lagere opleiding. Er ontstaat zo mogelijk een mismatch tussen opleiding(niveau) en werk.

Hoe heet de soep gegeten zal worden hangt af van de uitvoering van de regeling door onder andere het UWV. Als het UWV en ketenpartners niet actief handhaven op dit punt zal een werknemer zich ook na zes maanden kunnen blijven richten op werk op eigen of vergelijkbaar niveau. Ten tijde van de WW-operatie in 2006 werd aangekondigd dat het UWV na drie maanden WW een 'poortwachterstoets' zou toepassen. Instreek van die wetsgevingsoperatie was 'minder letten op instroom en meer op de bevordering van de uitstroom'. Die doelstelling is niet gerealiseerd omdat het UWV niet in staat is geweest (wellicht door gebrek aan middelen) om die poortwachterstoets uit te voeren. Kortom, of deze wijziging in de wetgeving effect zal hebben zal sterk afhangen van de uitvoering door het UWV.

De Adviescommissie is positief over het feit dat de regering ervoor heeft gekozen om het begrip ‘passende arbeid’ nader te regelen in een nieuwe amvb (en niet in een ministerieel besluit). De Adviescommissie is ook positief over de toevoeging aan art. 24 lid 3 dat niet-verzekerde arbeid niet als passend kan worden aangemerkt.

Uit artikel 24 lid 3 WW volgt niet hoe het begrip ‘passende arbeid’ in de eerste zes maanden wordt ingevuld. In de artikelsgewijze toelichting staat dat voorgesteld wordt om mensen zes maanden de tijd te vinden om werk te vinden dat het beste aansluit bij de arbeid waaruit ze werkloos zijn geworden. Het verdient aanbeveling om dit uitgangspunt tot uitdrukking te brengen in art. 24 lid 3 WW zelf. Dit uitgangspunt kan nader geregeld worden in de nieuwe amvb inzake passende arbeid. In het voorgestelde artikel 24 lid 3 WW ontbreekt dergelijk waarborg. In de laatste volzin staat dat bij amvb wordt bepaald dat voor werknemers op basis van hun werkervaring en andere bij amvb te bepalen omstandigheden nader kan worden gedifferentieerd welke arbeid passend is.

### **Artikel 27 WW (onderdeel J)**

matigingsmogelijkheid

In het artikelsgewijze commentaar (Mvt, p. 157) wordt gesuggereerd dat artikel 27 WW slechts zou zien op de sanctie bij verwijtbare werkloosheid. Dit is niet geheel juist, aangezien artikel 27 WW de sanctie bepaalt als een werknemer andere verplichtingen uit de WW niet is nagekomen, zoals het nalaten om passend arbeid te aanvaarden (art. 24 lid 1 onder b ten tweede WW) en nalaten om passende arbeid te behouden (art. 24 lid 1 onder b ten derde WW). Deze verplichtingen vormen geen onderdeel van het wettelijk begrip ‘verwijtbare werkloosheid’, zoals bedoeld in art. 24 lid 2 onder a en b WW.

In art. 27 lid 1 WW staat dat bij verwijtbaar werkloosheid het nalaten om passende arbeid te behouden sanctie wordt opgelegd, maar is er een matigingsmogelijkheid (bij verminderde verwijtbaarheid). Art. 27 lid 2 WW bepaalt de sanctie als de werknemer nagelaten heeft passende arbeid te aanvaarden. In dit artikellid ontbreekt de matigingsmogelijkheid. Niet duidelijk is waarom in art. 27 lid 1 wel en in art. 27 lid 2 deze matigingsmogelijkheid is opgenomen. Het advies is dan ook om in artikel 27 lid 2 WW deze matiging op te nemen. Hoezeer de huidige bepaling van art. 27 lid 2 WW leidt tot onwenselijke uitkomsten mag blijken uit CRvB 20 juli 2011, LJN BR2488.

Codificatie begunstigend beleid van het UWV

In paragraaf 7 van de Beleidsregels 24 en 27 WW van het UWV is bepaald dat bij verwijtbare werkloosheid de duur van de maatregel wordt gematigd als vast staat dat de dienstbetrekking binnen drie maanden zou eindigen. In dat geval wordt door het UWV een maatregel wegens benadeling opgelegd voor de duur dat de werknemer nog in dienst had kunnen blijven. Het verdient aanbeveling dit buitenwettelijk begunstigend beleid te codificeren en onder te brengen in art. 27 WW. Wegens rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is het niet wenselijk dat dergelijke regel is opgenomen in een beleidsregel en niet in de wet.



Bij codificatie van dit beleid zou moeten worden overwogen dit beleid uit te breiden tot de gronden ‘nalaten passende arbeid te aanvaarden’ en ‘nalaten passend arbeid te behouden’. Niet duidelijk is waarom dit beleid wel geldt bij verwijtbare werkloosheid en niet bij nalaten om passende arbeid te behouden of te aanvaarden. Het gaat immers om vergelijkbare situaties.

#### Schrapping artikel 34 WW (onderdeel M)

Omdat inkomensverrekening het nieuwe uitgangspunt in de WW is kan art. 34 worden geschrapt. Nu is echter in het Aib uitvoering gegeven aan art. 34 lid 2 WW. In art. 3:5 Aib staat nu de nadere regeling ex art. 34 lid 2 WW. Art. 3:5 Aib bevat de uitzonderingen voor de WW op de hoofdregel op het inkomensbegrip ex art. 3:2 e.v. Aib. Vraag is of een wijziging of vereenvoudiging van het Aib is beoogd. De opbouw van het Aib is momenteel tamelijk complex en weinig overzichtelijk.

#### **Artikel 42 WW (onderdeel N)**

In dit artikel is de duur en opbouw van de WW geregeld. De duur wordt geleidelijk (in een periode tot april 2019) afgebouwd tot 24 maanden. Daarnaast wijzigt de opbouw van de WW. Gedurende de eerste tien jaar wordt elk jaar een maand uitkering opgebouwd, maar daarna wordt met elk extra jaar een halve maand uitkering opgebouwd. Dit betekent dat conform het nieuwe wettelijke systeem een volledig recht wordt opgebouwd in 38 jaar.

In de Memorie van Toelichting (p. 91) staat: “Sociale partners kunnen zoals overigens ook nu het geval is) via cao-afspraken de verantwoordelijkheid nemen voor privaat gefinancierde aanvullingen op de WW, waardoor de opbouw en duur gelijk kunnen blijven aan de huidige situatie”.

De RvS stelt in het advies van 5 november 2013 vast dat deze maatregel op gespannen voet staat met de doelstelling om de WW activerender te maken. In het nader rapport van 28 november 2013 stelt de regering dat werkgevers en werknemers in de sector aldus een direct belang krijgen om het beroep op de aanvullingen te beperken. De regering gaat er dan ook vanuit dat sociale partners werk maken van sectorale van werk-naar werk-voorzieningen (p. 10). Als de cao-afspraken toch eenzijdig gericht zouden zijn op reparatie van de WW-maatregelen en geen of onvoldoende maatregelen kennen die gericht zijn op werk-naar –werk en activering, dan zal het kabinet in overleg treden met sociale partners.

#### Commentaar

1. De regering gaat niet zover om aan te kondigen dat de cao niet algemeen verbindend wordt verklaard als de cao alleen reparaties en geen of onvoldoende activeringsmaatregelen bevat. Het verdient aanbeveling duidelijk te maken wat de regering doet als in de cao alleen aanvullingsmaatregelen zijn opgenomen en geen activeringsmaatregelen.

2. In de jaren negentig heeft de regering besloten om de invloed van de sociale partners in de (uitvoering van) de werknemersverzekeringen te beperken; dit, omdat bleek dat risico's te veel werden afgewenteld op het collectief en er voor de individuele werkgever en werknemer onvoldoende belang was om instroom in de WAO en WW te beperken. Niet duidelijk is waarom dit afwentelingsrisico nu niet langer aanwezig zou zijn.
3. Als de regering nadrukkelijk een verband legt tussen enerzijds bovenwettelijke aanvullingen en anderzijds de inzet van sectorale re-integratiemaatregelen, dan moet worden geconstateerd dat de vormgeving van de re-integratiemaatregelen beperkingen met zich brengt. Uitvoerder van de WW is immers het UWV. Terzake van boven/nawettelijk deel zijn cao-partners verantwoordelijk. Vraag is of de cao-partners over voldoende mogelijkheden beschikken om werkgever en werknemer aan te spreken op de re-integratieplichten.
4. Door aanvullende cao-afspraken terzake van de opbouw en duur van de WW wordt de intersectorale arbeidsmobiliteit beperkt. Een werknemer, werkzaam in een sector waar aanvullende cao-afspraken zijn gemaakt, zal zich twee keer bedenken voor hij overstapt naar een baan in een sector waarin die afspraken niet gelden. Juist omdat de regering hecht aan verhoging van de arbeidsmobiliteit is deze kwestie van belang.