

**Bijlage bij de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer inzake het wetsvoorstel
Flexibiliteit en zekerheid 25 263**

=====

I. Reactie op de brief van mr. S.W. Kuip van 9 december 1997

**1.1 'De aard van de gewichtige redenen kunnen een reïntegratieplan volstrekt
overbodig maken'**

Naar het oordeel van Kuip verdraagt de verplichting tot het opstellen van een reïntegratieplan zich slecht met de wens van de werkgever in de nabije toekomst van de zieke werknemer verlost te willen worden, hetgeen blijkt uit het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast kan er sprake zijn van redenen als sluiting van de onderneming of een zgn. dringende reden voor ontslag, in welke gevallen reïntegratie van de werknemer niet in de reden ligt.

Kernpunt van het kabinetsbeleid met betrekking tot reïntegratie is, dat een werknemer die ziek is en daardoor niet in staat is zijn arbeid te verrichten, zo snel mogelijk weer moet kunnen terugkeren in het arbeidsproces. Ten behoeve van die terugkeer in het arbeidsproces dient het door de werkgever in overleg met de werknemer opgestelde reïntegratieplan. De werkgever is primair verantwoordelijk voor de controle en de verzuimbegeleiding en daarmee voor de activiteiten gericht op terugkeer van de arbeidsongeschikte in het arbeidsproces van de eigen onderneming. In tegenstelling tot hetgeen Kuip van mening lijkt te zijn betekent de verplichting om een reïntegratieplan op te stellen niet, dat de werkgever de arbeidsongeschikte werknemer in alle gevallen in de eigen onderneming dient te reïntegreren. Met het reïntegratieplan legt de werkgever jegens het Lisv, als poortwachter voor de WAO en de WW, echter wel verantwoording af over de wijze waarop hij invulling heeft gegeven aan zijn verplichting tot verzuimbegeleiding. Voorts verschaft de werkgever door middel van het reïntegratieplan aan het Lisv (in de praktijk de uvi) inzicht in de aard en de verwachte duur van de beperkingen van de werknemer en in de mogelijkheden om de werknemer in eigen, aangepast of ander werk de arbeid weer te laten hervatten.

Indien de werkgever aangeeft dat reïntegratie niet mogelijk is wordt dit door de uvi geverifieerd. Indien de uvi onderschrijft dat er geen mogelijkheden bij de eigen werkgever zijn neemt zij de reïntegratietaak over. Ten einde de reïntegratiedoelstelling ook in geval van beëindiging van de arbeidsrelatie via de kantonrechter te waarborgen wordt thans voorgesteld de werkgever te verplichten bij zijn ontbindingsverzoek voor een zieke werknemer een reïntegratieplan te voegen.

Wat betreft de door Kuip geschetste situaties waarin een reïntegratieplan evident onnodig zou zijn, kan worden gewezen op het volgende. In het geval er als gevolg van een bedrijfssluiting geen reïntegratie in de eigen onderneming kan plaatsvinden, dient de werkgever de uvi te verzoeken de reïntegratietaak van hem over te nemen. Met het reïntegratieplan verschaft de werkgever de uvi inzicht in de (resterende) arbeidsmogelijkheden van de werknemer.

Overigens kan er in geval van bedrijfssluiting sprake zijn van sluiting van een onderdeel van een grotere onderneming. In dat geval zou een reïntegratieinspanning er mogelijk toe kunnen leiden dat de betrokken werknemer in een ander onderdeel van de onderneming

wordt herplaatst. Daarnaast is het denkbaar dat er sprake is van bedrijfsovername, waarbij reïntegratie bij de nieuwe werkgever wellicht tot de mogelijkheden behoort. In beide gevallen is een reïntegratieplan bij bedrijfssluiting wel degelijk zinvol. In het uiterste geval dat sprake is van een totale bedrijfssluiting, zonder overname door een nieuwe werkgever zal een reïntegratieplan in het kader van de ontbindingsprocedure van belang zijn om de kantonrechter het nodige inzicht te geven in de arbeidsbeperkingen en -mogelijkheden van een zieke werknemer, alsook over de oorzaak van die beperkingen. Dit inzicht zal voor de kantonrechter van belang zijn voor een beslissing over een eventuele vergoeding verbonden aan de ontbinding.

Indien een werkgever ingeval van een dringende reden voor ontslag niet kiest voor een ontslag op staande voet, maar voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter, dan geeft hij daarmee blijk niet zeker ervan te zijn dat de door hem aangevoerde ontslagredenen een ontslag op staande voet ook rechtvaardigt. Indien dat immers wel het geval zou zijn, valt niet in te zien waarom de arbeidsrelatie niet door ontslag op staande voet zou worden beëindigd. De keuze van de ontbindingsprocedure brengt echter mee, dat in geval van een zieke werknemer een reïntegratieplan moet worden overgelegd. De werkgever zal in het reïntegratieplan moeten aangeven dat er geen werkhervatting in de eigen onderneming zal plaatsvinden. De uvi zal de verzuimbegeleiding van de werkgever toetsen aan de door het Lisv gestelde criteria.

1.2 'Niet-ontvankelijkheid ontbindingsverzoek wegens ontbreken reïntegratieplan geldt niet bij ontslagvergunningaanvraag'

Kuip stelt dat het tegen de achtergrond van de versoepeling van de ontslagvergunningprocedure bij ziekte niet juist is in het kader van een ontbindingsprocedure de werkgever te verplichten een reïntegratieplan op te stellen als de ziekte is aangevangen nadat het ontbindingsverzoek door de rechter is ontvangen.

Deze interpretatie van Kuip is niet juist. De inhoud van de voorgestelde bepaling brengt mee dat uitsluitend van belang is, net als bij de ontslagvergunningsprocedure, de toestand van de werknemer op het moment van de indiening van het verzoek c.q. de ontvangst van de ontslagaanvraag door de RDA. De wettekst spreekt immers van 'bij het verzoek'. Beide procedures zijn op dit punt derhalve gelijk.

Kuip wijst er voorts op, dat zonder enige motivering een fundamenteel onderscheid wordt gemaakt tussen de ontbindings- en ontslagvergunningsprocedure met betrekking tot de verplichting inzake het reïntegratieplan. In de ontbindingsprocedure moet de werkgever, op straffe van niet-ontvankelijkheid, een reïntegratieplan voegen bij zijn verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de ontslagvergunningsprocedure vraagt de RDA in bepaalde gevallen (dus niet in alle ziektegevallen) een advies aan het Lisv.

Het verschil in procedure vindt zijn oorzaak in het verschil in ontslaggevallen in beide procedures als het gaat om ontslag van zieke werknemers. Bij de RDA geldt geen verplichting voor de werkgever om bij de ontslagaanvraag voor een zieke werknemer een reïntegratieplan te voegen. Indien echter ontslagvergunning wordt gevraagd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (of regelmatig ziekteverzuim) dient de werkgever bij de aanvraag wel aannemelijk te maken dat binnen 26 weken geen herstel van de zieke werknemer zal optreden noch een aangepaste dan wel andere functie binnen het bedrijf voor de betrokken werknemer voor handen is en als passend kan worden beschouwd. In dat geval vraagt de RDA advies aan het Lisv over de te verwachten arbeids(on)geschiktheid van betrokkene binnen een termijn van 26 weken. In deze gevallen gaat het in de praktijk

derhalve in de regel om werknemers die langdurig ziek zijn, veelal zelfs langer dan twee jaar in verband met het opzegverbod bij ziekte gedurende deze periode. Voor deze werknemers bestaat dan overigens al een reïntegratieplan op grond van de daartoe strekkende verplichting ingevolge artikel 71a WAO. Voor werknemers die nog geen twee jaar ziek zijn heeft - anders dan in geval van een kortdurende ziekte - het aanvragen van een ontslagvergunning weinig zin, omdat het wettelijk opzegverbod bij ziekte, ondanks een ontslagvergunning, verhindert dat de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer door de werkgever kan worden opgezegd. Indien een werkgever niettemin de arbeidsovereenkomst met zo'n zieke werknemer wil beëindigen wendt men zich in de praktijk tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer te ontbinden. Ten einde ook in die situaties ervoor te zorgen, dat de kantonrechter het verzoek om ontbinding zal beoordelen met inachtneming van de eventuele reïntegratiemogelijkheden van betrokkene, is de werkgever in die procedure thans de verplichting opgelegd om een reïntegratieplan bij het verzoek te voegen. De gekozen procedure is met name nodig wegens de in beginsel lijdelijke opstelling van de rechter ten aanzien van in een geding te beoordelen feiten en omstandigheden. Aldus wordt gewaarborgd, dat de kantonrechter ook de reïntegratiemogelijkheden in zijn beoordeling zal kunnen betrekken. Dit is temeer van belang nu de kantonrechter - anders dan de RDA - de arbeidsovereenkomst door ontbinding kan beëindigen, ondanks het bestaan van een opzegverbod.

1.3 'De voorgestelde zinsnede leidt tot absurde consequenties'

Naar Kuip meent leidt de voorgestelde verplichting om een reïntegratieplan te voegen bij het ontbindingsverzoek betreffende een werknemer die ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, in sommige gevallen tot absurde consequenties. Hij wijst er in dit verband op dat als de werknemer ziek wordt nadat het verzoek is ingediend de werkgever alsnog een reïntegratieplan zou moeten opstellen. Zelfs, meent hij, zal de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek moeten worden gestaakt als de werknemer ter zitting ziek wordt, totdat alsnog een door het Lisv getoetst reïntegratieplan is ingediend.

Deze interpretatie van Kuip van de voorgestelde bepaling is niet juist. Zoals hiervoor reeds is vermeld (zie onder 1.2) is de gezondheidstoestand van de werknemer in dit verband slechts relevant tot het moment waarop het verzoek is ingediend.

Voorts acht hij het een absurde consequentie, dat, indien sprake is van blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer en deze dus nooit meer de bedongen arbeid zal kunnen hervatten, toch een reïntegratieplan moet worden opgesteld.

Gelet op de met reïntegratie beschermde belangen van de betrokken werknemer en de sociale zekerheid, is het van belang door middel van een daartoe opgesteld reïntegratieplan dat is getoetst door een onafhankelijke deskundige instantie t.w. het Lisv, te laten vaststellen of, als sprake is van blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer voor zijn eigen functie, er al dan niet mogelijkheden zijn om in de onderneming in een aangepaste dan wel andere functie terug te keren. Hierbij gaat het niet alleen om de 'bedongen' arbeid, maar ook om andere arbeid die de werknemer bereid is te verrichten. E.e.a. conform de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt (zie m.n. HR 8-11-'85, NJ 1986,309, HR 4-1-91, NJ 1991, 270 en HR 13-12-'91, NJ 1992, 441). Ook zal de rechter aldus reïntegratieinspanningen van de werkgever en de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid mee kunnen nemen in zijn beoordeling. Indien de werknemer blijvend arbeidsongeschikt is zal dit blijken uit het plan. Ook indien betrokkene slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt is maar in de onderneming niet reïntegreerbaar, zal dat uit het plan blijken.

1.4 De plicht tot het opstellen van een reïntegratieplan als bedoeld in artikel 71a WAO.

Kuip wijst erop dat in het kader van de WAO een reïntegratieplan pas na 13 weken ziekte behoeft te worden overgelegd. Het ontgaat hem waarom dat in het kader van een ontbindingsverzoek eerder zou moeten, of, zo vraagt hij zich af, is een werkgever gedurende de eerste 13 weken sowieso niet-ontvankelijk?

In het wetsvoorstel wordt voor wat betreft het reïntegratieplan alleen verwezen naar een reïntegratieplan als bedoeld in art. 71a WAO. Daarmede wordt beoogd vorm en inhoud te geven aan een bij een ontbindingsverzoek over te leggen reïntegratieplan. Overigens geldt weliswaar de wettelijke verplichting tot overlegging van een reïntegratieplan pas zodra een termijn van 13 weken is verstreken. Dit sluit echter niet uit dat een reïntegratieplan eerder kan worden overgelegd. In het bijzonder in die gevallen waarin reeds bij aanvang van de arbeidsongeschiktheid duidelijk is dat reïntegratie niet mogelijk is, zal de werkgever in een vroeger stadium het reïntegratieplan aan het Lisv kunnen overleggen. Ook ten behoeve van een ontbindingsverzoek kan in een eerder stadium een reïntegratieplan worden opgesteld en door het Lisv worden getoetst. Een ontbindingsverzoek kan derhalve voor het verstrijken van bedoelde termijn worden ingediend.

Voorts wijst Kuip op de situatie dat het reïntegratieplan in overleg met de werknemer moet worden opgesteld. Hij meent dat een zieke werknemer daartoe in de regel weinig geneigd zal zijn, nadat de werkgever heeft meegedeeld de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te willen nastreven; nog afgezien van de vraag, of de werknemer door zijn ziekte wel in staat is om medewerking te verlenen aan het opstellen van een reïntegratieplan.

De regering deelt deze opvatting niet. Een reïntegratieplan is voor de werknemer nu juist bij uitstek het middel om te laten vaststellen dat voor hem of haar nog passende arbeid in de onderneming mogelijk is en dat beëindiging van de arbeidsrelatie mitsdien niet redelijk is. Daarnaast zal het in een situatie waarin een werknemer zijn medewerking zou weigeren, evenzeer mogelijk zijn een reïntegratieplan op te stellen op basis van de bekende informatie van betrokkene. Het is niet aannemelijk dat de Lisv een dergelijk plan niet zal willen toetsen of dat een kantonrechter, geconfronteerd met zodanige situatie, het reïntegratieplan niet zal accepteren en de werkgever niet-ontvankelijk zal verklaren. Indien niet-ontvankelijk verklaring in bedoelde situatie wel zou volgen staan tegen zodanige beslissing van de kantonrechter, ook in geval van een ontbindings-procedure, de gebruikelijke rechtsmiddelen van hoger beroep en beroep in cassatie open in die gevallen waarin de werkgever meent dat de kantonrechter met zijn niet-ontvankelijkheidsverklaring de wet verkeerd heeft toegepast.

Tenslotte meent Kuip dat niet is te bevatten met welk doel de verplichting tot het opstellen en overleggen van een reïntegratieplan wordt nagestreefd. Hij meent in dit verband, dat de memorie van toelichting op dit punt geeft, volstrekt onvoldoende is. Aldaar wordt onder meer gesteld, dat de inspanning tot reïntegratie van de werknemer voortvloeit uit het ingevolge de Arbeidsomstandighedenwet door de werkgever verplicht te voeren verzuimbeleid. Naar het oordeel van Kuip dwingt de Arbeidsomstandighedenwet de werkgever in dat kader niet tot een inspanning tot reïntegratie.

Naar de mening van de regering geeft Kuip hier een onjuiste interpretatie, en wel van de strekking van bedoeld verzuimbeleid. Immers, de kern van verzuimbegeleiding is te

bewerkstelligen, dat de zieke werknemer zo spoedig mogelijk terugkeert in het bedrijf. De werkgever is zelfs wettelijk verplicht zich daarbij door een deskundige arbodienst te laten bijstaan. Het reïntegratieplan is, zoals eerder aangegeven, een instrument voor het Lisv om te beoordelen of de werkgever zich van zijn taak heeft gekweten. Het overleggen van het reïntegratieplan in een ontbindingsprocedure voor een arbeidsongeschikte werknemer strekt ertoe de kantonrechter te informeren over de mogelijkheden die de werknemer heeft om terug te keren naar het eigen al dan niet aangepast werk dan wel naar ander werk in de onderneming van de werkgever.

2. 'Rechterlijke opzegverboden-controle bij ontbinding?'

Kuip heeft zeer uitvoerig de historie van de door hem aan de orde gestelde bepaling uit het eerste lid van artikel 685 Boek 7 weergegeven. Met deze weergave kunnen wij volledig instemmen.

Zoals uit de ontstaansgeschiedenis blijkt is het amendement Wolffensperger, dat de bron is van deze bepaling en dat is ingediend tijdens de mondelinge behandeling van het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel Herziening ontslagrecht (Kamerstukken II, 1991/1992, 21 479, nr. 30) in het bijzonder ingegeven door de zorg voor de ontslagbescherming van ondernemingsraadsleden. De bepaling heeft evenwel betrekking op ontslagverboden in het algemeen. De indiener van het amendement heeft overigens tijdens de mondelinge behandeling te kennen gegeven dat hij bij voorbaat aanneemt dat de rechter rekening houdt met dergelijke ontslagverboden. De toenmalige Staatssecretaris van Justitie Kosto was dezelfde mening toegedaan (Handelingen II, 1991/1992, p. 41-2799) en achtte om die reden wijziging van de wettekst niet nodig.

De voorgestelde bepaling verplicht de kantonrechter te onderzoeken of het ontbindingsverzoek verband houdt met een opzegverbod. In dat opzicht bestaat er geen verschil met de geschrapte tweede zin van artikel 21, vijfde lid, van de Wet op de ondernemingsraden. Indien de kantonrechter verband aanwezig acht tussen het voorgenomen ontslag van een werknemer en diens lidmaatschap van de ondernemingsraad, zal hij - zoals ook door de praktijk bevestigd wordt - het verzoek terughoudend beoordelen. De door de werkgever als gewichtige redenen aangevoerde omstandigheden zullen zeer kritisch worden getoetst. Aan de gewichtige redenen zullen dan ook extra zware eisen gesteld moeten worden teneinde te voorkomen dat deze procedure het opzegverbod zou ontkrachten.

Hoewel de tekst van de voorgestelde bepaling niet op dezelfde wijze is geformuleerd als de geschrapte tweede zin van artikel 21, vijfde lid, van de WOR mag daaruit niet worden afgeleid, zoals de heer Kuip vreest, dat een materiële wijziging van het thans geldende recht is beoogd. De totstandkomingsgeschiedenis van het amendement Wolffensperger laat hierover geen enkele onduidelijkheid bestaan.

Kuip stelt tenslotte voor de bepaling op te nemen in de regeling van de opzegverboden en wel artikel 670b. Dit is naar onze mening niet wenselijk, aangezien deze bepaling zich richt tot de kantonrechter aan wie een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen is voorgelegd en niet, zoals de opzegverboden, tot de werkgever.

3. 'IJzeren proeftijd-theorie op de helling?'

Kuip merkt in punt 3 van zijn brief op dat ofwel expliciet in het zevende lid van artikel 652 tot uitdrukking moet worden gebracht dat óók een proeftijd van langer dan één maand in een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd korter dan twee jaar nietig is,

ofwel een toelichting moet worden gegeven.

Kortheidshalve wordt verwezen naar het antwoord dat op een vergelijkbare vraag van de leden van de PvdA-fractie is gegeven in de memorie van antwoord (onder Artikelen, onderdeel H).

4. 'Bekorting van opzegtermijn met 1 maand is onredelijk in geval van korte behandelingsduur ontslagaanvraag'

Naar het oordeel van Kuip is het niet redelijk dat de opzegtermijn wordt bekort met een fictieve termijn van één maand als die termijn langer is dan de werkelijke termijn van behandeling van de ontslagaanvraag door de RDA, omdat de werknemer de opzegtermijn nodig heeft voor het vinden van ander werk.

De keuze voor een forfaitaire aftrek van één maand, ter verdiscontering van de tijd die gemoeid is met de vergunningsprocedure voor de RDA, is gebaseerd op het unanieme voorstel ter zake van de partijen in de Stichting van de Arbeid. De voorgenomen invoering van een verkorte procedure voor die gevallen waarin de werknemer geen bezwaar maakt tegen het ontslag, was voor de Stichting kennelijk geen aanleiding om de door haar bepleite forfaitaire aftrek voor deze procedure niet toe te passen dan wel te differentiëren. Een vaste periode van aftrek voorkomt naar ons oordeel dat in de praktijk bij elke afzonderlijke ontslagvergunning discussie kan ontstaan over welke exacte periode in mindering moet worden gebracht. De gekozen oplossing is vanwege haar eenvoud en eenvormigheid naar onze mening in de praktijk de meest werkbare, zeker nu daarbij een minimumopzegtermijn van één maand gegarandeerd blijft.

5. Motie Van Nieuwenhoven: vergoeding in ontslagvergunningprocedure alsmede hoger beroep in een ontbindingsprocedure

Kuip meent dat de vermeende 'balans' in het wetsvoorstel uit evenwicht kan geraken als de regering als uitkomst van de nog te voeren principiële discussie met de Tweede Kamer over hoger beroep in de ontbindingsprocedure en/of het verlenen aan de RDA van de bevoegdheid om de werknemer een vergoeding toe te kennen in het kader van de ontslagvergunningsprocedure, wetswijzigingen ter zake doorvoert. In verband hiermede meent Kuip dat het raadzaam is dat de Eerste Kamer bedoelde discussie in de Tweede Kamer afwacht alvorens over het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid een beslissing te nemen.

In het kader van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is er in het kader van de motie Van Nieuwenhoven (kamerstukken II, 1997/98, 25 263, nr. 37) uitdrukkelijk voor gekozen om los van het wetsvoorstel onderzoek te doen naar de mogelijkheid van een regeling voor vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst in het kader van de RDA-procedure en naar de mogelijkheid en wenselijkheid van (partieel) hoger beroep in ontbindingszaken. Over de uitkomst van dit onderzoek kan eveneens los van de voorgestelde arbeidsrechtelijke wijzigingen in het kader van het wetsvoorstel besluitvorming plaatsvinden, ongeacht of die besluitvorming leidt tot nadere wetgeving. Niet valt in te zien, dat zodanige besluitvorming de balans in de voorgestelde arbeidsrechtelijke wijzigingen zal kunnen verstoren, te meer niet nu beide te onderzoeken aspecten hiervan geen onderdeel uitmaken. Uitstel van het wetsvoorstel, totdat bedoelde nadere besluitvorming en discussie hierover met de Tweede Kamer heeft plaatsgevonden, zal tot een onwenselijke vertraging van de invoering van de door regering en sociale partners wenselijk geachte veranderingen in het arbeidsrecht leiden en moet daarom worden ontraden.

II. Reactie op de brief van de Woonzorg Federatie (WZF) van 22 januari 1998

Volgens de WZF bestaat er in de rechtspraktijk onvoldoende duidelijkheid over de werking en de interpretatie van het rechtsvermoeden in de volgende praktijksituaties:

1. Is artikel 610b van toepassing in het geval de arbeidsduur is uitgedrukt als 'gemiddelde' per week, per maand of kwartaal, met een vast aantal uren op jaarbasis of is in een dergelijk systeem sprake van een situatie waarbij de arbeidsduur 'eenduidig' is overeengekomen?

(toelichting: Een groot aantal collectieve arbeidsovereenkomsten hanteert een gemiddelde arbeidsduur, bijvoorbeeld gemiddeld 36 uren per week, 156 uren per maand resp. 1872 uren per jaar. De feitelijke arbeidsinzet kan daarbij per periode (sterk) wisselen, bijvoorbeeld 3 maanden 40 uren per week gevolgd door 3 maanden 32 uren per week. De inzet per roosterperiode wordt tevoren door de werkgever bekendgemaakt. Op jaarbasis is dan sprake van een gemiddelde van 36 uur per week. Dit systeem van bandbreedtes, waarbinnen de feitelijke arbeidsinzet plaatsvindt, is afgeleid van het systeem van de Arbeidstijdenwet.)

2. Geldt een contractuele afspraak, waarbij de werknemer op jaarbasis een vast aantal uren wordt geboden maar waarbij de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht (per week/maand/kwartaal) tevoren niet worden vastgelegd maar, afhankelijk van het werkaanbod, per oproep worden bepaald, als een situatie waarbij de arbeidsduur 'eenduidig' is overeengekomen, waardoor artikel 610b toepassing mist? (voorbeeld: de arbeidsduur bedraagt 500 uren op jaarbasis).

3. Kan een contractuele afspraak, waarin de (maximale) omvang en duur van een overschrijding van de vaste arbeidsduur wordt geregeld, de toepasselijkheid van artikel 610b voorkomen, respectievelijk kan hiermee het rechtsvermoeden als bedoeld in artikel 610b weerlegd worden?

Zo ja, geldt artikel 24a CAO-Verzorgingshuizen* als een afspraak, waarmee artikel 610b BW buiten toepassing kan worden verklaard resp. geldt deze cao bepaling als een weerlegging voor het rechtsvermoeden als bedoeld in artikel 610b?

(* artikel 24a CAO-Verzorgingshuizen:

'Indien een werknemer, met wie een deeltijd-arbeidsduur is overeengekomen, over een referentieperiode van 6 maanden structureel meer dan 20% boven zijn deeltijd-arbeidsduur werkzaam is, dient de werkgever de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst voor te leggen waarin het structureel aantal meer gewerkte uren is verdisconteerd.)

In reactie op deze door de WZF geschetste praktijksituaties kan het volgende worden opgemerkt:

ad 1. In de door de WZF geschetste situatie is sprake van een bij CAO afgesproken gemiddelde arbeidsduur van 36 uren per week op jaarbasis. Indien een werknemer op een gegeven moment zou stellen dat zijn gemiddelde werkweek, gelet op de laatste drie maanden (ex art. 610b) gemiddeld hoger ligt dan 36 uur per week, is het aan de werkgever om met verwijzing naar bedoelde CAO-afspraken aan te tonen dat op jaarbasis de gemiddelde werkweek van betrokkene de 36 uur niet te boven gaat.

ad 2. Ingevolge het voorgestelde artikel 628a heeft een oproepkracht recht op drie uur loon per oproep als een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is

overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, dan wel indien de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd. Indien, zoals de WZF stelt, op jaarbasis 500 uren arbeid is overeengekomen, gaat het om een gemiddelde per week van minder dan 15 uur. Gegeven deze arbeidsomvang en de onzekerheid over de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, betekent een dergelijk arbeidscontract dat de betreffende oproepkracht recht heeft op ten minste 3 uur loon per oproep. (n.b. toepassing van artikel 610b, zoals genoemd door de WZF, is hier niet aan de orde).

ad 3. Met het rechtsvermoeden is bedoeld de processuele positie van de werknemer te versterken in die gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de omvang van de bedongen arbeid. De werkgever heeft echter de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. Indien een werknemer in de zorgsector zich op het rechtsvermoeden beroept in verband met door hem gemiddeld verrichte meerarbeid over de laatste 3 maanden, zal naar ons oordeel de betreffende werkgever zich op goede grond kunnen beroepen op de regeling over meerarbeid vastgelegd in artikel 24a CAO-Verzorgingshuizen, ten einde bedoelde loonaanspraak te weerleggen. Of bedoeld beroep van de werkgever op de CAO in een bepaalde situatie succes zal hebben is afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval en uiteindelijk geheel ter beoordeling aan de rechter.

De WZF meent voorts, dat de invoering van artikel 628 lid 5 zonder overgangsmaatregel zal leiden tot financiële en sociaal onwenselijke situaties omdat in de cao's in de zorgsector nog geen rekening met de invoering van deze bepaling is gehouden. Voorts zal volgens de WZF de voorgestelde invoering van een fictieve opzegtermijn bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst door ontbinding of wederzijds goedvinden ertoe leiden, dat bedoelde termijn in feite in mindering komt op de ontslaguitkering ingevolge bestaande sociale plannen, welke vaak een meerjarige looptijd hebben.

Het door de WZF gesignaleerde effect van invoering van artikel 628 lid 5 is reeds geruime tijd bekend. In ieder geval sinds de aanvaarding van het wetsvoorstel op 23 november 1997 door de Tweede Kamer. Indien de zorgsector voornemens is ter zake van deze wettelijke regeling bij collectieve arbeidsovereenkomst afwijkende afspraken te maken, dan valt niet goed in te zien waarom die afspraken thans niet reeds zijn of worden gemaakt met het oog op de te verwachten inwerkingtreding van bedoelde bepaling. De door de WZF vermeende problematiek als gevolg van de invoering van artikel 16 lid 3 WW zal zich niet behoeven voor te doen, omdat voor deze bepaling een uitgestelde inwerkingtreding reeds is voorzien.

III. Reactie op het artikel van mr. E. Verhulp in het februarinummer van Sociaal Recht

1. Ontwerp-artikel 628a: 'voor iedere periode van minder dan drie uur': onderbreking en pauze.

Door Verhulp wordt erop gewezen dat de voorgestelde bepaling inzake een minimum aanspraak van de oproepwerknemer op drie uren loon per oproep, onduidelijk is over de vraag of ook onderbreking van de arbeid als gevolg van een pauze, als beëindiging van de periode moet worden gezien waarvoor de oproepwerknemer werd opgeroepen arbeid te verrichten en waarvoor een minimumaanspraak geldt van drie uren loon. Hij wijst er in dit verband op dat ingevolge de Arbeidstijdenwet 1996 gedurende de pauze een werknemer geen recht op loon heeft.

Uitgangspunt bij de voorgestelde bepaling is dat een werknemer wiens arbeidsvoorwaarden voldoen aan de gestelde criteria en die wordt opgeroepen arbeid te verrichten, over elke periode van arbeid recht heeft op loon over een periode van ten minste drie uren. In de artikelsgewijze toelichting bij de voorgestelde bepaling wordt gesproken over een 'aaneengesloten' periode van minder dan drie uren waarin arbeid wordt verricht. De ratio van deze bepaling is, zoals ook in het algemeen deel van de memorie van toelichting (vgl. pag. 5) is aangegeven, dat het niet passend is binnen de context van het goed werkgeverschap dat werknemers worden geconfronteerd met minimale oproepen, als dat bovendien gepaard gaat met onzekerheid over de omvang van de arbeid en de werktijden. De balans tussen flexibiliteit en zekerheid is dan verstoord ten nadele van de werknemer. Het gaat er bij de voorgestelde bepaling dus om een minimumaanspraak op drie uren loon te garanderen per werkperiode waarvoor de oproepkracht wordt opgeroepen. Naar onze mening dient de voorgestelde bepaling redelijkerwijs zo te worden uitgelegd, dat een onderbreking van de werkperiode van de oproepwerknemer door een reguliere werkpauze, t.w. een pauze die ook geldt voor de overige werknemers, bijv. een koffie- of lunchpauze, niet moet worden gezien als een onderbreking en beëindiging van de werkperiode en na afloop van de pauze, als het begin van een volgende werkperiode waarover weer afzonderlijk de minimumaanspraak op loon bestaat. Indien de oproepwerknemer op een dag zowel 's morgens een paar uur en 's middag een paar uur wordt opgeroepen om arbeid te verrichten, waartussen een onderbreking ligt die voor betrokkenen niet als reguliere werkpauze kan worden aangemerkt, dan bestaat bedoelde minimumaanspraak wel.

2. Het voorbehoud bij ontwerp lid 8 van artikel 644 dient te vervallen.

Verhulp meent dat het voorbehoud bij het voorgestelde lid 8 van artikel 644 (in artikel XV) dient te vervallen.

Het voorbehoud in artikel XV moest bij de indiening van het wetsvoorstel worden gemaakt. De betreffende wet (wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het ouderschapsverlof (Kamerstukken II 1995/96, nr 24 869)) is tijdens de parlementaire behandeling van het onderhavige wetsvoorstel in werking getreden. Hierdoor werd aan de werkingsvoorwaarde van artikel XV voldaan. Deze bepaling is verder derhalve krachteloos.

3. Ontwerp-artikel 652 lid 7 dient te worden aangepast

Verhulp wijst hier op de kritiek van Kuip op de wijze waarop de nietigheidssanctie in de proeftijdregeling vorm is gegeven. In het commentaar op bedoelde kritiek werd hierop reeds ingegaan.

4(a) Ontwerp-artikel 668a lid 1: 'geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd; ten opzichte van artikel 668 lid 1.

Verhulp meent dat door de voorgestelde bepaling in artikel 668a lid 1 onduidelijk is hoe deze zich in geval van een voortzetting zonder tegenspraak, verhoudt tot de bepaling ter zake in artikel 668 lid 1 in die gevallen waarin de wet de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Laatstbedoelde bepaling regelt ten aanzien van de stilzwijgende verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dat deze wordt geacht voor dezelfde tijd, doch ten hoogste voor een jaar, en op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan. Voorts wijst Verhulp er in dit verband op dat er veel CAO's bestaan die afwijkende afspraken bevatten voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.

Het lijkt ons geen betoog te behoeven dat artikel 668a ten opzichte van artikel 668 moet worden beschouwd als een *lex specialis*. Voor die gevallen waarin beide bepalingen met elkaar in strijd komen prevaleert de bepaling van artikel 668a. Wat betreft de vermeende onduidelijkheid over de voorwaarden die gelden voor de opvolgende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, merken wij op dat de wet hierover niets voorschrijft. De wettelijke conversie zal meebrengen dat het juridisch karakter van de arbeidsovereenkomst wordt gewijzigd van 'bepaalde' in 'onbepaalde' tijd. De voorwaarden van de arbeidsovereenkomst worden hierdoor in beginsel niet gewijzigd. Het is wel denkbaar, zoals Verhulp ook stelt, dat in het kader van de CAO andere voorwaarden gelden voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.

4(b) Overgangsrecht van ontwerp-artikel 668a

Verhulp meent dat het overgangsrecht met betrekking tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (ontwerp-artikel XIX), welke vóór inwerkingtreding van de wet zijn voortgezet onduidelijk is.

Ingevolge het tweede lid van bedoelde bepaling van overgangsrecht blijft het oude recht van toepassing, als een arbeidsovereenkomst reeds werd voortgezet vóór de inwerkingtreding van de wet en die voortzetting nog voortduurt ná de inwerkingtreding, totdat de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt beëindigd. Indien echter niet wordt beëindigd, maar wordt gekozen voor het wederom verlengen van bedoelde voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, volgt uit het eerste lid van artikel XIX dat op deze nogmaals voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd het geldende nieuwe recht van toepassing is.

5. Ontwerp-artikel 668a lid 1: 'arbeidsovereenkomsten' of 'de arbeidsovereenkomst' en wijziging van de aard van de werkzaamheden

Door Verhulp wordt gewezen op het verschil in terminologie in de artt. 668 lid 1 en art. 668a lid 1. Eerstgenoemd artikel spreekt van 'de arbeidsovereenkomst', terwijl in artikel 668a lid 1 wordt gesproken over 'arbeidsovereenkomsten'. Verhulp constateert, dat bedoeld onderscheid ertoe leidt dat ook een wat arbeidsvoorwaarden en inhoud betreft sterk gewijzigde arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen niet opnieuw een periode van 36 maanden of een nieuwe ketting van tijdelijke arbeidsovereenkomsten doet beginnen. Hoewel Verhulp concludeert, dat in dat geval wel opnieuw een proeftijd kan worden bedongen meent hij, dat dit zich slecht verhoudt met de door de Stichting van de Arbeid en de regering erkende behoefte aan een soms langere "proef"periode en het gebruik daarvoor van een tijdelijke arbeidsovereenkomst.

De constatering van Verhulp dat ook een wat arbeidsvoorwaarden en inhoud betreft sterk gewijzigde arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen niet opnieuw een periode van 36 maanden of een nieuwe ketting van tijdelijke arbeidsovereenkomsten doet beginnen, is juist. In de door hem geschetste wijziging van de arbeidsovereenkomst bestaat in de nieuwe situatie niet de mogelijkheid om bij verlenging ook het tijdelijke karakter van de arbeidsrelatie te continueren. Wel kan ingevolge de heersende jurisprudentie in dat geval een nieuwe proeftijd worden bedongen. In de geschetste situatie lijkt het ons in de rede te liggen, dat partijen bij het aangaan van de nieuwe arbeidsovereenkomst betreffende de nieuwe (zwaardere) functie afspreken, dat de betrokken werknemer, bij eventuele op termijn gebleken onvoldoende geschiktheid voor de nieuwe functie, zal worden teruggeplaatst in zijn vroegere of andere passende functie met bijbehorende arbeidsvoorwaarden. Het karakter van 'onbepaalde tijd' van de betreffende arbeidsovereenkomst blijft echter bestaan.

6. Ontwerp-artikel 668a leden 1 en 2: tussen welke partijen geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd?

Door Verhulp worden vraagtekens geplaatst bij de voorgestelde bepaling van artikel 668a lid 2. Hij meent dat het in een keten van meer dan drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten beter ware geweest dat de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt geacht te zijn gesloten met de werkgever voor wie de werknemer feitelijk de langste periode in de ketting arbeid heeft verricht.

In artikel 668a lid 2 is aangesloten bij de in de jurisprudentie gevormde zgn. draaideurbescherming. De bepaling beoogt te voorkomen dat werkgevers de keten kunnen doorbreken door de betrokken werknemer na drie tijdelijke contracten vervolgens bijv. via een uitzendbureau in dienst te nemen. Aldus wordt dezelfde arbeid voortgezet, wederom tijdelijk - wel voor een periode van meer dan drie maanden - maar nu als uitzendkracht. Op die manier zou de rechtsbescherming van artikel 668a lid 1 ontweken kunnen worden.

Het lijkt ons niet juist dat, zoals Verhulp meent, de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geacht zou moeten worden te zijn gesloten met de werkgever voor wie de werknemer de langste periode heeft gewerkt. De voorgestelde wettelijke regeling biedt de werknemer rechtsbescherming tegen gevallen van misbruik van rechtsopvolging als hiervoor bedoeld. Aldus kan wisseling van werkgevers, uitsluitend en alleen om de rechtsbescherming van artikel 668a lid 1 te ontwijken worden tegengegaan. Hierbij moet worden bedacht, dat de omgekeerde situatie als geschetst door Verhulp in de praktijk veel meer voorkomt t.w. een uitzendkracht, die na een aantal uitzendperioden bij een bepaalde inlener rechtstreeks voor dezelfde arbeid bij de inlener in dienst treedt. Die beslissing neemt de uitzendkracht zelf. Het is niet goed in te zien, waarom de uitzendkracht dan toch - overeenkomstig de zienswijze van Verhulp - in die situatie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau zou dienen te krijgen.

7. Geldt het bepaalde in het huidige artikel 673 lid 1 sub b nog?

Het betreffende onderdeel heeft betrekking op de berekening van de opzegtermijn.

Wanneer sprake is van de in deze bepaling bedoelde "draaideurconstructie", worden de elkaar opgevolgde arbeidsovereenkomsten (van één werknemer bij verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaars opvolger moeten worden beschouwd) als één niet-onderbroken arbeidsovereenkomst beschouwd.

Deze regel blijft gelden voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die voldoen aan het bepaalde in artikel 668a lid 1. Dat volgt uit artikel 668a leden 2 en 4.

Het tweede lid van artikel 668a bevat echter een bepaling om zgn. draaideur-constructies tegen te gaan. Om die reden wordt in dat artikellid geen onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of voor onbepaalde tijd. Hieruit volgt, dat wanneer er sprake is van een constructie als bedoeld in dit artikellid waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij een andere werkgever wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, de eerste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd toch tot een keten als bedoeld in 668a lid 1 wordt gerekend. De duur van de betreffende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal ingevolge het vierde lid van artikel 668a ook meetellen bij het berekenen van de opzegtermijn.

8. Ontwerp-artikel 668a lid 1: de voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: geldt de Ragetlie-regel?

Verhulp vraagt zich - in het kader van artikel 668a lid 1 - af, of bij de voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de Ragetlie-regel geldt.

De Ragetlie-regel (een in de jurisprudentie ontwikkelde regel tegen misbruik) kan als volgt worden samengevat. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waaraan (met een tussenpoos van minder dan 32 dagen) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vooraf is gegaan, moet worden opgezegd. Voorwaarde is wel, dat sprake is van contracten met gelijke inhoud voor wat betreft salaris en secundaire arbeidsvoorwaarden.

De Ragetlie-regel zegt dus alleen onder welke specifieke omstandigheden een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigt, maar moet worden opgezegd.

Verhulp vraagt zich tevens af, of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onder artikel 668a lid 3 kan vallen.

Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. Artikel 668a lid 3 (zoals geherformuleerd bij nota van wijziging) geeft een uitzonderingsregel op 668a lid 1 voor één specifieke situatie. Die situatie doet zich voor wanneer een arbeidsovereenkomst, die is aangegaan voor 36 maanden of langer onmiddellijk wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor ten hoogste drie maanden. Zonder de uitzondering, opgenomen in het derde lid, zou dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Dat is niet gewenst, omdat een werkgever die iemand in dienst neemt op basis van een tijdelijk contract voor een periode van - bijvoorbeeld - 48 maanden om een bepaald project tot stand te brengen, vaak moeilijk aan het begin precies kan inschatten of het project 48 maanden of iets korter of langer zal duren. Als hij na 48 maanden de werknemer het project wil laten afmaken en deze hiertoe een paar maanden langer in dienst wil houden, moet hij niet worden gedwongen de werknemer voor deze korte duur op basis van een vast contract verder te laten werken.

9. Ontwerp-artikel 668a lid 3: 'tussen dezelfde partijen'.

Verhulp meent dat op de voorgestelde bepaling van art. 668a lid 3 het tweede lid van dit artikel ten onrechte niet van toepassing is.

Uitgangspunt bij de bepaling van het eerste lid van genoemd artikel is, dat een werknemer die gedurende een periode van in totaal 36 maanden of langer werkzaam is krachtens een opvolgend tijdelijk arbeidscontract, arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In de praktijk komt het veelvuldig voor dat

tijdelijke arbeidscontracten worden afgesloten ten behoeve van de realisering van een meerjarig project. Dergelijke projecten lopen aan het eind vaak uit, waardoor het wenselijk is de voor het project aangenomen tijdelijke werknemers nog enige tijd aan te houden. Voor deze situatie is voorgesteld een verlenging van het tijdelijke arbeidscontract tot een maximum van drie maanden mogelijk te maken, zonder dat deze verlenging consequenties heeft voor de status van de arbeidsrelatie in de zin van het eerste lid van artikel 668a BW. De door Verhulp aangevoerde bezwaren zijn voor de praktijk niet reëel. Juist door de mogelijkheid van verlenging kan de werknemer rechtstreeks in dienst blijven. Overstap naar een uitzendbureau dient geen enkel doel.

10. Ontwerp-artikel 670 lid 5: 'vereniging van werknemers die krachtens haar statuten'

Naar het oordeel van Verhulp is het oprichten van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, gelet op de daarvoor gestelde eisen in Boek 2 BW, wel erg eenvoudig en had, om misbruik van de voorgestelde ontslagbescherming met betrekking tot het verrichten van vakbondswerk in de onderneming te voorkomen, het voor de hand gelegen om van een werknemersvereniging volledige rechtsbevoegdheid te eisen alvorens haar leden tegen opzegging te beschermen in bedoelde situatie.

Wij menen dat Verhulp de voorgestelde bepaling niet juist interpreteert. Enerzijds wordt voorgesteld te verbieden dat de werknemer die lid is van een vakvereniging wordt opgezegd enkel en alleen vanwege het lidmaatschap van een vakbond. Het voorstel vloeit voort uit het door Nederland bekrachtigde ILO-verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen. Het verdrag brengt geen onderscheid aan tussen verenigingen met volledige en beperkte rechtsbevoegdheid. Het maken van bedoeld onderscheid zou daardoor wellicht strijd met het verdrag kunnen opleveren. Wij achten een dergelijk onderscheid voor de praktijk ook niet van belang. Het enkele feit van het lidmaatschap van welke vakbond dan ook, behoort naar ons oordeel geen geldige reden voor ontslag zijn.

Anderzijds wordt voorgesteld om elke werknemer, ongeacht of deze lid is van een vakbond, tegen opzegging te beschermen wegens het enkele feit dat betrokkene vakbondsactiviteiten verricht in de onderneming. In de praktijk zal het waarschijnlijk veelal wel gaan om werknemers die tevens lid zijn van een vakbond. Hoewel, het is denkbaar dat bij (de voorbereiding van) collectieve acties in de onderneming ook andere werknemers, niet-vakbondsleden, zich in de onderneming zullen bezighouden met vakbondsactiviteiten. Een beperking hierbij is wel, dat beroep op het opzegverbod voor het verrichten van vakbondsactiviteiten 'tijdens werktijd van de betrokken werknemer', alleen kan slagen als de werkgever voor die activiteiten toestemming heeft verleend.

11. Ontwerp-artikel 670a lid 2: een verklaring voor het schrappen van hoger beroep of cassatie ontbreekt.

Verhulp wijst erop dat overbrenging van de bepaling van artikel 21 lid 3 WOR naar artikel 670a ertoe heeft geleid dat hoger beroep en cassatie niet langer zullen openstaan tegen de beschikking van de kantonrechter inzake het verzoek om toestemming voor ontslag ingevolge bedoelde bepaling.

De constatering van Verhulp is juist. Het BW kent bedoelde rechtsmiddelen niet in geval van een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 685. Overbrenging van bedoelde bepaling naar het BW leidt ertoe dat hoger beroep en cassatie in bedoelde situatie niet langer mogelijk is, terwille van de eenheid van wetgeving. Het

gaat hier om een voorstel dat is ontleend aan het ingetrokken wetsvoorstel herziening ontslagrecht 21 479. Aan dat voorstel lag het unanieme SER-advies over de herziening van het ontslagrecht (88/12) ten grondslag. De SER zegt hierover het volgende: 'Het voorstel van de raad tot uitsluiting van een beroepsmogelijkheid tegen een beslissing van de kantonrechter betekent een materiële wijziging ten opzichte van de huidige regeling van artikel 21 derde lid WOR, waarin wel de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie wordt voorzien. De raad acht dit aanvaardbaar uit praktische overwegingen: het voorkomt langdurige onzekerheid over de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd. Bovendien is in de praktijk gebleken, dat werkgevers in dergelijke gevallen vrijwel altijd de ontbindingsprocedure volgen.' Wij achten deze redegeving juist. Ook Verhulp stelt dat in de praktijk reeds voornamelijk de weg van artikel 685 wordt gevolgd, als het gaat om beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een werknemer bedoeld in artikel 21 lid 3 WOR.

12. Overgangsrecht van ontwerp-artikel 672 scheidt verwarring.

Verhulp meent dat uit het voorgestelde artikel XXI betreffende het overgangsrecht inzake de opzegtermijn voor oudere werknemers volgt dat de opzegtermijn na inwerking-treding van de wet niet gefixeerd wordt zoals uit de tekst van de voorgestelde bepaling blijkt, maar dat ingevolge de memorie van toelichting de opzegtermijn ook naderhand berekend wordt volgens het oude 'recht'. Vervolgens vraagt Verhulp zich in dit verband nog af of onder deze overgangsbepaling ook oudere werknemers vallen die op grond van een CAO of individuele arbeidsovereenkomst een langere opzegtermijn hebben?

De voorgestelde tekst van artikel XXI met bijbehorende toelichting geven naar onze mening correct aan wat de bedoeling is van het overgangsrecht. Indien op het tijdstip van inwerking-treding van de wet een werknemer van 45 jaar of ouder een opzegtermijn heeft die langer is dan voor hem op grond van het nieuwe recht geldt (ongeacht of die langere opzegtermijn is gebaseerd op de wet of (collectieve) arbeidsovereenkomst), dan geldt voor betrokkene die langere opzegtermijn. Verkregen rechten worden in dit geval gerespecteerd. Dit sluit niet uit dat op termijn de opzegtermijn ingevolge de nieuwe wet (of CAO) langer kan worden dan die volgens het oude recht. In dat geval geldt de nieuwe opzegtermijn zodra deze de oude opzegtermijn overschrijdt.

13. De formulering van de tweede volzin van ontwerp-artikel 677 lid 1 is onvolledig

Verhulp wijst erop dat het woordje 'dit' in de tweede volzin van artikel 677 lid 1 ten onrechte niet terugslaat op de verplichting om bij opzegging om een dringende reden gelijktijdig mededeling van die reden te doen. Hierdoor wordt het niet voldoen aan die mededelingsplicht niet met schadeplichtigheid bedreigd. Dit is in strijd met de heersende jurisprudentie op dit punt.

De tweede zin van lid 1 is strikt genomen taalkundig gezien inderdaad beperkt tot de situatie dat wordt opgezegd zonder een dringende reden. Het geval dat de reden niet gelijktijdig aan de wederpartij wordt medegedeeld wordt niet expliciet in deze zin genoemd. Echter, indien de bepaling naar haar bedoeling wordt geïnterpreteerd is deze naar ons oordeel niet voor onjuiste uitleg vatbaar, temeer nu deze bedoeling in vaste jurisprudentie is bevestigd.

14. Ontwerp-artikel 680a en toepassing van de matigingsbevoegdheid voor 'op een lijn te stellen gevallen'.

Verhulp meent, dat de voorgestelde beperking van de matigingsbevoegdheid van de rechter - in tegenstelling tot de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad - zich niet langer uitstrekt tot andere gevallen dan loonvorderingen die zijn gebaseerd op een nietige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 680a is ontleend aan artikel 1639ra van het ingetrokken wetsvoorstel herziening ontslagrecht 21 479. De bewoordingen van artikel 1639a zijn aangepast aan de in het kader van de nieuwe titel 7.10 BW gehanteerde terminologie. In de memorie van antwoord bij bovengenoemd wetsvoorstel (Kamerstukken II, 1990/1991, 21 479, nr.6, blz. 11) wordt opgemerkt dat de nieuwe bepaling toepassing kan vinden zowel wanneer de in de artikelen 1637ij (thans 646-647 Boek 7 BW) en 1637h (thans 612 lid 2 Boek 7 BW) geregelde nietigheden worden ingeroepen als ook wanneer bij een ontslag op staande voet wegens een dringende reden de nietigheid van het ontslag op grond van artikel 6 juncto artikel 9 BBA wordt ingeroepen. In andere gevallen kan eventueel een beroep worden gedaan op artikel 248 lid 2 Boek 6 BW. Volgens dit artikellid is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

15. Ontwerp-artikel 685 lid 1 voorlaatste volzin: 'heeft vergewist'.

Verhulp meent dat in de voorgestelde bepaling onduidelijk is of de rechter bij een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ook rekening dient te houden met het bestaan van een ontslagverbod, als de werknemer geen beroep doet op een geldend opzegverbod, of wanneer het gaat om een zogenaamde geregelde ontbinding. Verhulp meent van niet.

Het opnemen van de voorgestelde bepaling in artikel 685 is naar ons oordeel een opdracht aan de in beginsel lijdelijke kantonrechter om bij elk verzoek om ontbinding van een arbeidsovereenkomst zich eigener beweging ervan te vergewissen of voor de betrokken werknemer een ontslagverbod geldt. Of de werknemer hier al dan niet een beroep op doet is derhalve niet relevant. Wel zal de rechter het al dan niet beroep doen op een toepasselijk ontslagverbod in zijn beslissing kunnen laten meewegen.

16. Ontwerp-artikel 685 lid 1 laatste volzin: 'verklaart de rechter verzoeker niet ontvankelijk'

Verhulp formuleert vier kritiekpunten op de voorgestelde wijziging van artikel 685 lid 1. Hieronder worden deze puntsgewijs besproken.

1. De redactie van de wetswijziging leidt ertoe dat ook indien de arbeidsongeschikte werknemer zelf verzoekt om ontbinding, hij een door het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) getoetst reïntegratieplan moet bijvoegen. Dit is door de wetgever niet beoogd en volgt ook niet uit de bewoordingen van dit artikelonderdeel.
2. In een aantal situaties zou het voor de werkgever moeilijk, zo niet onmogelijk zijn in overleg met de werknemer een reïntegratieplan op te stellen.

Met het opstellen van een reïntegratieplan legt de werkgever verantwoording af van zijn verzuimbegeleiding. Door het invullen van het daartoe door het Lisv ontwikkelde

standaardformulier verstrekt hij de uitvoeringsinstelling (uvi) informatie over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer en over diens reïntegratiemogelijkheden. Het Lisv (in feite de uvi) toetst de reïntegratie-inspanningen van de werkgever aan de hand van de in het reïntegratieplan opgenomen informatie. Het reïntegratieplan vervult een belangrijke functie in het kader van de poortwachtersrol van het Lisv voor de WAO en de WW. Indien de werkgever betrokken werknemer niet binnen zijn onderneming kan of wil reïntegreren kan hij dat op het formulier vermelden. Hij zal dit met redenen moeten omkleden, welke door het Lisv worden getoetst. De werknemer dient in staat gesteld te worden zijn visie op het reïntegratieplan te geven. Ingeval van een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet zal de werkgever voor het invullen van het reïntegratieplan wellicht een zekere schroom moeten overwinnen. Dit weegt echter niet op tegen het belang dat het Lisv heeft bij een adequate informatievoorziening.

3. Indien de werknemer na indiening van het verzoek arbeidsongeschikt wordt zou de werkgever gehouden zijn het ontbindingsverzoek in te trekken en alsnog een reïntegratieplan te overleggen. Dit contrasteert met de versoepeling die in aangebracht in het opzegverbod bij ziekte.

De ontvankelijkheid van het ontbindingsverzoek wordt bepaald aan de hand van de situatie op het moment van indiening van het verzoekschrift. Indien de werknemer arbeidsongeschikt wordt nadat de werkgever het ontbindingsverzoek heeft ingediend, heeft dat geen consequenties meer voor de ontvankelijkheid van het verzoek. Hiermee is de voorgestelde regeling gelijk aan de werking van het opzegverbod bij ziekte (artikel 670 lid 1), na de inwerkingtreding van de in *Flexibiliteit en zekerheid* voorgestelde wijziging.

4. Op grond van artikel 71a WAO jo. artikel 38 ZW dient de werkgever pas na 13 weken een reïntegratieplan op te stellen.

Op grond van genoemde bepalingen dient de werkgever *uiterlijk* na 13 weken aangifte van de arbeidsongeschiktheid te doen. Bij de aangifte dient de werkgever een in overleg met de werknemer opgesteld adequaat reïntegratieplan te overleggen.

De werkgever kan de aangifte en het reïntegratieplan echter reeds in een veel eerder stadium van de arbeidsongeschiktheid naar de uvi zenden. Het verdient aanbeveling dit te doen zodra de werkgever van mening is dat de werknemer niet binnen de onderneming kan worden gereïntegreerd. Dat kan in beginsel zelfs al op de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid. De toetsing van het plan geschiedt direct na ontvangst daarvan door de uvi. Voor de ontbindingspraktijk is de termijn van 13 weken derhalve van geen enkele betekenis.

IV Reactie op het artikel van prof. mr W.J.P.M. Fase over de voorgestelde wijziging van artikel 16 WW in het septembernummer van SMA.

In het SMA-artikel geeft prof. Fase de doelstelling en de strekking van de met de wijziging van artikel 16 WW voorgestelde regeling juist weer. Een aantal aspecten is naar zijn mening niet of niet afdoende geregeld. De door prof. Fase genoemde punten worden hieronder in de in het artikel aangehouden volgorde besproken.

1. Impuls van de nieuwe regeling op verkorting van de opzegtermijnen

De wet biedt werkgevers en werknemers de mogelijkheid om de opzegtermijn contractueel te beïnvloeden. Bij CAO kan de opzegtermijn worden verkort. De wijziging van artikel 16 WW zou partijen ertoe kunnen brengen om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een korte opzegtermijn te bedingen met het oog op de gevolgen daarvan bij een eventuele latere ontslagvergoeding. Dit heeft nadelige consequenties voor de WW-fondsen.

De regering acht een dergelijke gang van zaken weinig waarschijnlijk. Partijen zullen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst de duur van de opzegtermijn eerder willen baseren op de periode die gemoeid is met het aantrekken van een nieuwe medewerker, respectievelijk het vinden van een nieuwe baan. Gezien het belang hiervan voor de werkgever en de werknemer zal dit na de wijziging van artikel 16 WW niet anders zijn. Overigens ontstaat op grond van de huidige WW het uitkeringsrecht na ontbinding of eindiging van de dienstbetrekking met wederzijds goedvinden zonder (opzeg)termijn onmiddellijk.

2. CAO-partijen kunnen bij een sociaal plan ad hoc besluiten de opzegtermijnen te verkorten om de afvloeiingsregeling buiten bereik van de WW te brengen.

Het ligt naar het oordeel van de regering niet in de rede dat vakbonden bij reorganisaties een CAO-wijziging accorderen ter verkorting van de opzegtermijnen. In het algemeen worden bij de dienstbetrekkingen bij collectieve ontslagen regulier opgezegd. De voorgestelde bepaling brengt voor deze wijze van beëindigen geen wijziging met zich mee. Een verkorting van de opzegtermijn is voor de werknemer overigens niet zonder risico. Indien de ontslagen werknemer over de maximale WW-duur uitkering geniet is het resultaat dat hij eerder is aangewezen op een bijstandsuitkering. Het lijkt wel een goede zaak om na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel de handelwijze bij collectieve ontslagen te monitoren.

3. Het verdient aanbeveling om de duur van de fictieve opzegtermijn uitsluitend te baseren op de wettelijke opzegtermijn.

Voor een aanpassing van artikel 16 lid 3 WW in de door prof. Fase genoemde zin zijn geen zwaarwegende argumenten voorhanden. Daar komt bij dat deze aanpassing de aansluiting tussen het arbeidsrecht en de WW doorbreekt. Indien er tussen partijen in de arbeidsovereenkomst een langere dan de wettelijke opzegtermijn is afgesproken, behoort het recht op WW pas in te gaan na afloop van deze, rechtens geldende, opzegtermijn. In de systematiek van prof. Fase kunnen partijen er in zo'n situatie belang bij hebben om "slechts" de wettelijke opzegtermijn te hanteren. Het is niet wenselijk dat

arbeidsrechtelijke verplichtingen vanuit de WW worden ondergraven.

- 4. Indien de inkomsten in verband met de beëindiging de vorm hebben van een periodieke aanvulling ontstaan er problemen voor de werknemer. Een regeling waarbij onmiddellijk een recht op WW ontstaat, maar de aanvulling wordt ge-anticumuleerd met de uitkering zou voor de werknemer aantrekkelijker zijn.**

In het voorgestelde artikel 16, derde lid, WW is het begrip inkomsten zo ruim mogelijk gehouden om de gebruikersruimte te minimaliseren en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid te maximaliseren. Het uitzonderen van vergoedingen met een bepaalde bestemming of in een bepaalde vorm biedt werkgevers en werknemers ruimte om de toepassing van het artikel te ontwijken. Het staat partijen immers vrij een bestemming voor de vergoeding te bepalen. De regering is van mening dat het voor het recht op een WW-uitkering niet uit dient te maken welke bestemming of vorm wordt gegeven aan een overeengekomen of toegekende vergoeding. Van belang is dat het dienstverband van de werknemer ten gevolge van de gekozen vorm van beëindiging eerder eindigt dan bij opzegging het geval zou zijn geweest. Het is overigens niet ongebruikelijk dat bij de vaststelling van een vergoeding bij een beëindiging met wederzijds goedvinden of bij een ontbinding rekening wordt gehouden met het ontbreken van een (volledige) opzegtermijn. De regering neemt aan dat werkgevers en werknemers, alsmede de kantonrechters, op het moment dat artikel 16, derde lid WW in werking treedt, met de consequenties daarvan rekening zullen houden. Van degenen die zijn betrokken bij de uitvoering zijn geen signalen ontvangen, dat de voorgestelde berekeningswijze op problemen stuit. Ook voor partijen is de systematiek voldoende inzichtelijk om er bij de besprekingen over de beëindiging van het dienstverband rekening mee te houden.

De door prof. Fase voorgestelde anticumulatieregeling bij periodieke aanvullingen is wellicht voor de betrokken werknemer aantrekkelijker, voor de uitvoeringsinstanties lijkt dat zeker niet het geval. Bovendien staan anticumulatieregelingen haaks op de systematiek van de WW, waarvoor in 1987 expliciet is gekozen en waarvan artikel 16, derde lid, in feite een exponent is. Kort gezegd komt die systematiek er op neer dat niet de hoogte van het inkomen, maar de omvang van het verlies aan arbeid bepalend is voor het recht op en de hoogte van de uitkering.

- 5. Niet duidelijk is hoe de regeling uitgevoerd moet worden bij voorwaardelijke aanvullingen.**

Net als bij de (onvoorwaardelijke) periodieke aanvullingen op de WW-uitkering dienen de uitvoeringsinstanties ook bij voorwaardelijke aanvullingen uit te gaan van het theoretisch maximale bedrag aan inkomsten. Het ligt naar het oordeel van de regering niet voor de hand om voorwaardelijke aanvullingen uit te zonderen van het begrip inkomsten in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking.

De ratio van voorwaardelijke aanvullingen op de WW-uitkering is de garantie voor de voormalig werkgever dat er geen aanvulling wordt betaald over een periode dat de werknemer elders het werk heeft hervat. Partijen die een dergelijke regeling willen treffen, zullen in staat zijn om deze een zodanige vorm te geven dat ook over de fictieve opzegtermijn een aanvulling wordt verstrekt.

6. **Werknemers die een vergoeding ontvangen in de vorm van een koopsompolis, die op zijn beurt weer leidt tot een lijfrente die ingaat vóór de leeftijd van 65 jaar worden "dubbel gepakt".**

Hierboven is bij de reactie op het vierde punt al aangegeven waarom geen uitzondering wordt gemaakt voor inkomsten waaraan partijen een specifieke bestemming geven, zoals voor pensioenen of lijfrenten. Kort gezegd, zou dat leiden tot handhavings- en uitvoeringsproblemen. Het ligt niet voor de hand om voor de door prof. Fase genoemde zéér specifieke gevallen wel een uitzondering te maken.

7. **De aangekondigde wijziging van de loonovernameregeling is in dit wetsvoorstel niet opgenomen. De inwerkingtreding van de wijziging van artikel 16 WW zou moeten wachten op de aanpassing van de loonovernameregeling. Prof. Fase wijst expliciet op twee knelpunten. Het eerste punt betreft het feit dat de bestaande loonovernameregeling niet voorziet in een overname van het deel van de ontbindingsvergoeding dat correspondeert met de opzegtermijn. Als gevolg hiervan zouden werknemers die niet kunnen worden opgezegd in een nadelige positie verkeren. Het tweede punt betreft de "lacune-problematiek".**

Het is juist dat in het wetsvoorstel *Flexibiliteit en zekerheid* geen voorstellen voor de aanpassing van de loonovernameregeling in de WW (hoofdstuk IV WW) zijn meegenomen. Een wijziging van de in hoofdstuk IV WW opgenomen regeling staat op stapel. Bedoelde voorstellen hebben echter slechts in geringe mate een raakvlak met de in artikel 16, derde lid, WW voorgestelde regeling. Er is daarom geen reden om de in *Flexibiliteit en zekerheid* voorgestelde maatregelen aan te houden tot een aanpassing van hoofdstuk IV WW is geconcipieerd.

Bij collectieve ontslagen in verband met reorganisaties wordt het dienstverband met werknemers voor wie een opzegverbod geldt in het algemeen via de kantonrechter ontbinden. Het is volgens VNO-NCW in dergelijke procedures gebruikelijk de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomsten te ontbinden op een termijn gelijk aan de opzegtermijn. De door prof. Fase genoemde problematiek speelt in dat geval niet. De lacuneproblematiek betreft een van de vele, meerendeels technische, problemen in de huidige loonovername-regeling. In de voorgenomen wijziging van de loonovernameregeling zal de lacune-problematiek worden meegenomen.

