

Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder

TRA 2015/67

De hervorming van het ontslagrecht moest en zou er komen. In een ongekend ijtempo is de Wet werk en zekerheid door het parlement geloodst. Deze, vanuit het verleden begrijpelijke, haast heeft tot een flink aantal onduidelijkheden in de nieuwe regels geleid. Verder beperkte het Sociaal Akkoord de ruimte voor verbetering van de WWZ. In deze bijdrage blikken de auteurs terug op de totstandkoming van de WWZ en bespreken zij een aantal ondoordachtheden.

1. Inleiding

Op 1 juli 2015 is het nieuwe ontslagrecht uit de Wet werk en zekerheid (WWZ) in werking getreden. Dit nieuwe ontslagrecht zou eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar zijn.² Het oude ontslagrecht was een samenraapsel van privaat- en publiekrechtelijke normen en daarop voortbouwende jurisprudentie. Nu de WWZ grotendeels in werking is getreden, willen we in deze bijdrage terugblikken op de ongekend snelle invoering ervan.

In het voorjaar van 2014 schreef een van ons, net na de indiening van het wetsvoorstel: "Het echte debat over een eerlijk, eenvoudig en houdbaar ontslagrecht begint nu."³ Dit debat is niet echt van de grond gekomen. Rechtspraak en -wetenschap hebben zich de afgelopen anderhalf jaar flink geroerd, maar dat heeft niet tot veel veranderingen aan het wetsvoorstel geleid.⁴ Er hebben wel debatten plaatsgevonden, maar die vonden vooral *binnen* en *tussen* wetenschap, advocatuur en rechterlijke macht plaats. Tot een werkelijk debat met de wetgever, in dit geval de politiek én de bij het sociaal akkoord van 2013 betrokken werkgevers- en werknemersorganisaties, is het niet gekomen. Dat is niet zonder gevolgen gebleven. Aan de hand van concrete voorbeelden proberen wij in het tweede deel van dit artikel (onder 4-9) aan te tonen dat het nieuwe (ontslag)recht in juridisch-technisch opzicht zoveel beter had gekund en ontmoeten.

2. Een rijdende (snel)trein valt niet te stoppen

Het wetsvoorstel WWZ dat eind november 2013 bij de Tweede Kamer werd ingediend is al bij het ingaan van het

zomerreces 2014 in het Staatsblad geplaatst. Er hebben nauwelijks wijzigingen plaatsgevonden; de meeste zijn van ondergeschikte technische en redactionele aard.⁵ Daaruit blijkt dat het commentaar vanuit de rechtswetenschappelijke hoek en advocatuur niet veel verschil heeft gemaakt.⁶ Ook de Raad van State vond weinig gehoor.⁷

Een van de weinige wijzigingen die het voorstel naar aanleiding van de commentaren heeft ondergaan betreft de bedenktijd bij instemming met de opzegging (art. 7:671 lid 2 BW e.v.) en de beëindigingsovereenkomst (art. 7:670b BW). De termijn is verlengd met een week in het geval de werkgever de werknemer niet op het bestaan van deze tweewekentermijn heeft gewezen. Verder vervalt de herroepingsmogelijkheid voor instemming/overeenkomsten die binnen zes maanden na een eerdere herroeping tot stand komen. Hiermee is enigermate tegemoetgekomen aan de door Sagel geuite kritiek.⁸ Het meer fundamentele kritiekpunt dat de regeling ook geldt in gevallen waarin alderminst ondoordacht met de beëindiging is ingestemd, is echter niet geredresseerd.

Verder is de eis geschrappt dat de werkgever inzicht moet hebben in de kennis en vaardigheden van de werknemer voor opvolgend werkgeverschap, bijvoorbeeld in art. 7:668a BW.⁹ Latere reparatiewetgeving heeft evenmin tot grote veranderingen geleid.¹⁰

Vanwege de snelle procedure kwam veel van het meer technisch getinte commentaar te laat. De tijd om kritiek en suggesties op het wetsvoorstel te formuleren was immers heel beperkt. Er zat een maand of twee tussen publicatie van het wetsvoorstel (november 2013) en de kamerbehandeling (begin februari 2014). De adviezen van de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor arbeidsrecht kwamen bijvoorbeeld pas daags voor de mondelinge behandeling bij de Tweede Kamer aan.¹¹ Dat was voor de regering en de Tweede Kamer te laat om serieus te bespreken. Het wetsvoorstel is gedurende enkele dagen besproken in de Tweede Kamer,

5 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8 (Nota van Wijziging).

6 Bijv. Vereniging van Arbeidsrechtadvocaten Nederland (VAAN), *Wetsvoorstel werk en zekerheid: '33818 in de praktijk gebracht'*, Samenvattend verslag Symposium 21 januari 2014 en L.G. Verburg e.a., *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid. Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA* (VvA-reeks nr. 41), Kluwer: Deventer 2014.

7 Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4*: de billijke vergoeding werd beperkt tot gevallen van ernstige verwijtbaarheid en de 18-maandentermijn voor afwijking van art. 7:628 BW en voor het uitzendbeding werden aangepast.

8 S.F. Sagel, 'De bedenkelijke bedenktijden in Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', *TRA 2014/27*, afl. 3. Zie de NvW van 3 februari 2014, *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 6*, p. 17.

9 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8*, p. 15-17.

10 Art. VI Verzamelwet SZW 2015, *Stb.* 2014, 504.

11 L.G. Verburg e.a., *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid. Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA* (VvA-reeks nr. 41), Kluwer: Deventer 2014, p. X.

1 Prof. mr. B. Barentsen (m) is hoogleraar sociaal recht te Leiden. Prof. mr. R.A.A. Duk (m) is advocaat te Den Haag en tevens hoogleraar bijzondere arbeidsverhoudingen aan de Erasmus School of Law. Zij zijn beiden redacteur van dit tijdschrift.

2 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3*, p. 5 (MvT).

3 R.A.A. Duk & F.B.J. Grapperhaus, 'Drucker, Levenbach en het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', *TRA 2014/21*, afl. 3, p. 2.

4 Zie bijv. de WWZ-specials van dit tijdschrift (*TRA 2014/21-29*), *TAP (2014/1-12)* en *ArbeidsRecht 2014/47-62*.

waarbij niet is gekozen voor een gefaseerde behandeling; een week later vond de stemming plaats.

De Eerste Kamer had iets meer tijd voor reflectie. De VAAN diende een lijst vraagpunten in,¹² en deze vragen hebben duidelijk een rol gespeeld in de behandeling van het voorstel door de Eerste Kamer. Op punten heeft discussie hierover tot verduidelijking van de bedoeling van de nieuwe regels geleid. Tot fundamentele wijzigingen van de plannen kwam het echter ook in de Eerste Kamer niet. Het belangrijkste verschil met de oorspronkelijke plannen is dat een deel van de WWZ niet al op 1 juli 2014, maar op 1 januari 2015 in werking is getreden.¹³

Deze wetgevende haast laat wellicht zich verklaren door het verleden en door de wankele en wisselende kamermeerderheden waar het kabinet op steunde. Tot nu toe hadden alle voorstellen tot ingrijpende herziening van het ontslagrecht hun momentum verloren en sneuvelde steeds, zoals de voorstellen van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel uit 2000 en de plannen van minister Donner uit 2007.¹⁴ Bovendien was het kabinet niet zeker hoe lang het nog op een (gedoog)meerderheid in beide kamers kon rekenen. Het is duidelijk dat vanuit de Haagse politiek is gedacht: het is nu, of nooit.

3. Het gewicht van het sociaal akkoord

Dát de WWZ er is gekomen is alleen al in het licht van de verschillende mislukte hervormingspogingen uit het verleden opmerkelijk. Nog opmerkelijker wordt het, als bedacht wordt dat de WWZ sterk afwijkt van het regeerakkoord 'Bruggen slaan' uit het najaar van 2012.¹⁵ In het regeerakkoord werd het UWV nog voorgesteld als dé ontslaginstansie, met een rechterlijke toetsing van het ontslag achteraf. Sociaal akkoord en WWZ handhaven juist de dualiteit van ontslagroutes (UWV én kantonrechter), zij het dat de ontslagreden de route gaat bepalen.

Een verklaring voor de draai van de politiek is dat het kabinet er in het voorjaar van 2013 groot belang bij had dat er een akkoord met werkgevers- en werknemersorganisaties tot stand kwam. Het kabinet diende aan 'Brussel' een doortimmerde hervormingsagenda te presenteren in verband met het te hoog opgelopen begrotingstekort. Een akkoord met de sociale partners was daar volgens het kabinet een essentieel onderdeel van, in het bijzonder een beperking van de collectieve lasten door verkorting van de uitkeringsduur van de WW. Vandaar dat het kabinet bereid was de plannen bij te stellen toen de sociale partners, naast een ak-

koord over de WW-duur, het ook over een andere inrichting van het ontslagrecht eens werden.

Na het sociaal akkoord van het voorjaar van 2013 wilde het kabinet de daarin afgesproken hervormingen daadwerkelijk doorvoeren.¹⁶ Daarmee werd dat akkoord leidend. In de MvT op de WWZ wordt dat ook bijna met zoveel woorden gezegd.¹⁷ Vanuit de wandelgangen bereikten ons verhalen dat de Minister van SZW tijdens de parlementaire behandeling ruggespraak hield met de sociale partners over de wenselijkheid van aanpassingsvoorstellen. Illustratief is wel dat de minister een eind 2014 voorgestelde aanpassing van de ketenregeling met de sociale partners heeft besproken én heeft afgewezen omdat deze niet past bij de in het sociaal akkoord neergelegde afspraken.¹⁸

Die binding aan dat akkoord verkleinde de speelruimte voor de wetgever. Veranderingen van het op het compromis tussen werkgevers en werknemers gebaseerde wetsvoorstel zouden het evenwicht in die deal kunnen verstoren. Het is bijvoorbeeld aannemelijk dat het behoud van de preventieve UWV-toets een concessie van werkgeverszijde is, in ruil voor een in vergelijking met de bestaande ontbindingspraktijk aanzienlijke limitering van ontslagvergoedingen. Ook al werkten die vergoedingen onder het oude stelsel sterk als 'smeerolie', de wel bepleite verruiming van de mogelijkheden voor vergoedingen ligt dan niet voor de hand, omdat dit het compromis zou aantasten. In feite opereerde de wetgever met gebonden handen. Bovendien zouden aanpassingen, zelfs als die binnen het compromis zouden passen, tot vertraging hebben kunnen leiden. Dat zou kans op het doorgaan van de plannen hebben verkleind, zo leert het verleden.

4. De gevolgen

Bij alle kritiek die op het snelle wetgevingsproces – en op de WWZ – mogelijk is, moet erkend worden dat de minister erin is geslaagd om deze majeure ingreep te realiseren, waar zovelen eerder faalden. Een aantal elementen uit het nieuwe ontslagrecht, zoals het wegnemen van het verschil in vergoedingen na de UWV- en de kantonrechtprocedure valt op zichzelf positief te waarderen. De introductie van hoger beroep ligt moeilijker. Aan de ene kant gaat daarmee de snelle duidelijkheid verloren die de oude ontbindingsprocedure bood. Aan de andere kant wordt wel een groot gat in de elementaire rechtsbescherming van werkgevers én werknemers gedicht.

Dat alles neemt niet weg dat deze werkwijze heeft geleid tot een aantal ondoordachtheden. We noemen een aantal belangrijke – zeker niet alle – voorbeelden. We bespreken

12 VAAN, Notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) d.d. 24 maart 2014 & Nadere notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) d.d. 12 mei 2014.

13 Besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2014, 274.

14 Zie L.G. Verburg, 'Het Nederlandse ontslagrecht en het BBA-carcinoom (oratie Nijmegen 2010)', in: C.J. Loonstra & A.R. Houweling, *Het sociaal recht uitgedaagd*, Den Haag: Bju 2014, p. 568-569.

15 Zie B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2013/2114, p. 2232-2234.

16 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag: STAR 11 april 2013, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, 15.

17 MvT WWZ, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 3.

18 Brief van de Minister van SZW van 25 november 2014, *Kamerstukken II* 2014/15, 33818, 60, p. 3.

ook een aantal niet-ontslagrechtelijke onderwerpen. De wens om het ontslagrecht 'nu eindelijk' te hervormen, en de manier waarop dat is gebeurd, heeft immers ook gevolgen voor andere belangrijke onderdelen van het arbeidsrecht.

5. Ondoordachtheid 1: 7/8^e dwingend recht

In verschillende bepalingen wordt 7/8^e dwingend recht geïntroduceerd. Dat zijn bepalingen waarin afwijking van de wettelijke hoofdregel bij cao wordt toegestaan, maar alleen als er aan bepaalde materiële voorwaarden is voldaan. Een verzwaarde variant van driekwart dwingend recht dus, vandaar onze term 7/8^e.

Een belangrijk voorbeeld is art. 7:628 lid 7 BW, dat afwijking bij cao van de loonrisicoregeling toestaat bij bepaalde, in de cao benoemde functies, mits *de aan de functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben*. Afwijken van de ketenregeling bij contracten voor bepaalde tijd mag, mits uit de cao blijkt dat de *intrinsieke aard van de bedrijfsvoering* die afwijking voor de in de cao benoemde functies noodzakelijk maakt (art. 7:668a lid 5 BW).¹⁹ In plaats van de wettelijke transitievergoeding mag in een cao een *gelijkwaardige* voorziening worden opgenomen (art. 7:673b lid 1 BW). Verder kan een bij cao ingestelde commissie in plaats van het UWV een verzoek om toestemming voor bedrijfseconomisch ontslag beoordelen, mits de cao regels bevat over de duur en de eerlijkheid van de procedure bij die commissie (art. 7:671a lid 2 BW).

Het probleem met de meeste genoemde bepalingen van 7/8^e dwingend recht is dat onduidelijk is wanneer aan de inhoudelijke voorwaarden voor rechtsgeldige afwijking van het wettelijke regime is voldaan. Dat roept de vraag op, of werkgevers er verstandig aan doen om van de door hun cao geboden mogelijkheid gebruik te maken. In deze bepalingen worden nieuwe normen geïntroduceerd zonder dat goed is nagedacht over de inhoud en reikwijdte ervan.

Zo wordt volstrekt niet duidelijk wat onder 'functies met werkzaamheden van incidentele aard en zonder vaste omvang' moet worden verstaan. Bij deze functies blijft het, ook na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst, mogelijk om het recht op loon van art. 7:628 BW uit te sluiten als er geen werk beschikbaar is. In de wetsgeschiedenis worden als voorbeeld invalkrachten²⁰ en piekkrachten²¹ genoemd. Op die voorbeelden valt het nodige af te dingen. Invallers nemen bijvoorbeeld structurele werkzaamheden over als een vaste kracht uitvalt. Zij worden juist ingehuurd om die werkzaamheden zo veel mogelijk ongewijzigd voort te zetten. De omvang van het werk is ook vast, namelijk het aantal uren dat de uitgevallen werknemer werkte. Als we de tekst van de wet niet zo letterlijk moeten opvatten en dat eerder de toelichting leidend is, dan had die duidelijker

moeten zijn. Van Fenema en Visser hebben op dit probleem gewezen,²² maar een wijziging of verduidelijking is uitgebleven. Ook bij de andere voorbeelden van 7/8^e dwingend recht laat de duidelijkheid over de voorwaarden voor gebruikmaking daarvan te wensen over en ook daarop zijn regering en parlement geattendeerd.

Uiteraard kan de wetgever niet alles uitputtend regelen, en moet ook ruimte gelaten worden aan de rechter om in individuele gevallen een passende belangenafweging te maken. Juist bij een wetsvoorstel dat claimt rechtszekerheid en vereenvoudiging na te streven, was meer en duidelijkere *guidance* echter op zijn plaats geweest. Op zijn minst hadden in de parlementaire stukken een aantal voorbeelden of bij een beoordeling te hanteren gezichtspunten kunnen worden weergegeven.²³

De minister was wat laconiek over de onduidelijkheid en het risico van ongeldige cao-afspraken. Naar zijn mening ligt het op de weg van cao-partijen om hun afspraken zorgvuldig te formuleren.²⁴ Het zou dan wel geholpen hebben als de strekking van de norm zou zijn verduidelijkt. In ieder geval weerspreekt deze uitlating van de minister wel de gedachte dat de rechter cao-afspraken slechts in uitzonderingsgevallen onverbindend zou mogen verklaren.

Inhoudelijke eisen aan cao-afspraken zijn nieuw.²⁵ Met de introductie van 7/8^e dwingend recht lijkt de wetgever afstand te nemen van de gedachte dat betrokkenheid van een vakbond bij het opstellen van afwijkende afspraken voldoende waarborg vormt voor werknemers. Deze gedachte kwam onder meer naar voren in het arrest *Bollemeijer/TPG*,²⁶ en de rechtspraak over de betekenis van een met representatieve vakbonden afgesloten sociaal plan.²⁷ De opmerkelijke breuk met deze traditie wordt niet echt toegelicht. Het is ook de vraag waarom vakbonden hiermee hebben ingestemd. Vertrouwen zij zichzelf geen onderhandelingsruimte toe? Of beogen ze afwijking van de wettelijke hoofdregel zo lastig te maken dat werkgevers(organisaties) er niet eens aan willen beginnen? De vrees voor 'yellow unions' wordt niet als rechtvaardiging aangevoerd. Wel bevatten sommige bepalingen van 7/8^e dwingend recht de eis dat de betrokken vak-

19 Vgl. Boot, Houweling & Keulaerds, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 397.

20 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 89 (MVT).

21 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 32 (NV II).

22 E.C. van Fenema & E.T. Visser, 'De aanspraak op loon en de bevoegdheid tot uitsluiting daarvan', in: L.G. Verburg e.a., *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid. Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA* (VvA-reeks nr. 41), Kluwer: Deventer 2014, p. 10.

23 Terzijde: een vergelijkbaar euvel kleeft aan de nieuwe regels voor het concurrentiebeding. De werkgever moet in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zwaarwegende belangen aanvoeren die het beding noodzakelijk maken (art. 7:653 lid 2 BW). Wat zijn 'zwaarwegende belangen'? Dit gebrek aan duidelijkheid roept de vraag op of partijen wel van deze mogelijkheid gebruik zullen durven te maken.

24 *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 107 (MVT).

25 I. Schraffordt e.a., 'Driekwartdwingend recht in wetsvoorstel werk en zekerheid', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA-reeks nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, p. 88.

26 HR 20 december 2002, NJ 2003/153.

27 HR 14 juni 2002, NJ 2003/234, m.nt. Heerma van Voss (*Bulut/Troost*).

bond al meer dan twee jaar moet bestaan en actief moet zijn in de bedrijfstak, maar andere juist weer niet.²⁸

Hoe dan ook is een consequentie van de introductie van 7/8^e dwingend recht dat vakbonden minder 'wisselgeld' zullen hebben in cao-onderhandelingen. De ruimte om, bijvoorbeeld over de keten van tijdelijk contracten, concessies te doen in ruil voor andere toezeggingen, of om door alle sociale partners gewenst maatwerk te realiseren, is kleiner geworden. Het is een legitieme vraag of de onderhandelaars van het sociaal akkoord én de wetgever dit ten volle hebben overzien.

De hiervoor gesignaleerde rechtsonzekerheid als gevolg van het introduceren van onuitgewerkte criteria kan zich in het bijzonder wreken als werknemers opkomen tegen een afwijking van de ketenregeling of tegen een ontslag(vergoeding) conform de cao.

6. Ondoordachtigheid 2: de loonrisicoregeling

Waarom is de wijziging van de loonrisicoregeling, in de vorm van een samenvoeging van art. 7:627 BW (geen arbeid, geen loon) en art. 7:628 BW (geen arbeid, toch loon) noodzakelijk? Die vraag klemt, nu in de MvT is gesteld dat geen inhoudelijke wijziging is beoogd en dat de cassatierechtspraak over de loonrisicoregeling 'onverkort van toepassing blijft'.²⁹ Dan ligt het onveranderd laten van de wet meer voor de hand.

De wetswijziging is volgens de regering noodzakelijk, omdat het verbod op werktijdverkorting van art. 8 BBA en de bijbehorende calamiteitenregeling vervallen.³⁰ Deze redenering valt niet goed te begrijpen. De bevoegdheid van de minister om bij calamiteiten de werkgever van zijn loondoorbetalingsplicht te ontheffen kan ook worden gerealiseerd door een onderdeel aan een voor het overige ongewijzigd art. 7:628 BW toe te voegen. Dat zou dan inhouden dat de werknemer geen recht heeft op loon indien de minister ontheffing heeft verleend wegens uitzonderlijke omstandigheden. Dat zou veel onduidelijkheid hebben geschied, bijvoorbeeld over de gevolgen van de (kennelijk toch) gewijzigde bewijslastverdeling ten aanzien van het loonrisico. Daar komt bij, dat de regering in haar uitleg van de huidige risicoverdeling regelmatig de plank mislaat. Zo zou een werknemer thans alleen bij ontbreken van enige verwijtbaarheid recht hebben op loon bij situatieve arbeidsongeschiktheid,³¹ en zouden werkwilligen die als gevolg van een staking niet kunnen werken als regel recht hebben op loon.³² Dat is niet juist. Wat het ontbreken van recht op loon bij schorsing betreft, wordt eerst het arrest *Van der Gulik/Vissers* 'verge-

ten'.³³ Vervolgens wordt gesteld dat de nieuwe wettekst inhoudt dat werknemers in geval van schorsing hun recht op loon niet (zonder meer) behouden.³⁴ Volstrekt duister blijft welk element uit de nieuwe tekst tot die conclusie leidt. Een staaltje van 'wishful wetgeving'? Sowieso bevreemdt deze uitlating, omdat de Tweede Kamer is verteld dat er niets zou veranderen.

Onder een wat magere verwijzing naar de literatuur gaat de regering ervan uit dat nul-urencontracten een afwijking van de loonrisicoregeling van art. 7:628 BW inhouden.³⁵ Beperking van de mogelijkheid om bij cao van deze bepaling af te wijken, zou het gebruik van deze contracten daarom reduceren. Er wordt echter ook betoogd dat nul-urencontracten geen afwijking van deze bepaling inhouden. De kern van zo'n contract is nu juist dat daarin geen arbeid(somvang) is bedongen.³⁶ In rechtspraak die dateert van voor de wetswijziging is aangenomen dat er recht op loon bestaat als de werkgever de werknemer met een nul-urencontract vernietigbaar had ontslagen of op onbetamelijke gronden werk had onthouden. Dat er geen bepaald aantal arbeidsuren is afgesproken staat dan niet aan recht op loon in de weg.³⁷

Wat echter onderbelicht blijft, is hoe de omvang van de loondoorbetalingsplicht in dit soort gevallen moet worden vastgesteld. Moet uitgegaan worden van een bepaald gemiddelde over een voorgaande periode, al of niet op basis art. 7:610b BW? In dit verband is belangrijk dat bij zogeheten min/max-contracten niet zonder meer van de gemiddelde arbeidsomvang uit het verleden wordt uitgegaan. Het Gerechtshof Den Haag overwoog onlangs dat de door werknemer en werkgever beoogde flexibiliteit dan te zeer in het gedrang zou komen.³⁸ Verandert dit onder het nieuwe recht, omdat zo'n overeenkomst als een combinatie van een deeltijdcontract voor de vaste uren en een nulurencontract voor de 'meeruren' moet worden gezien?³⁹ Sowieso is de vraag of en in hoeverre min/max-contracten door het nieuwe art. 7:628 BW worden geraakt. Een deeltijdwerknemer zal toch niet altijd recht op loon hebben na zes maanden, indien 'overwerk' dat hij met enige regelmaat verrichtte niet meer beschikbaar blijkt te zijn? Kort en goed: bij de beperking van nul-urencontracten schuilen vele adders onder het gras. Ook hier was het beter geweest de nieuwe normen beter te doordenken en duidelijker toe te lichten.

7. Ondoordachtigheid 3: redelijke grond

Art. 7:669 lid 1 BW bepaalt dat er een redelijke grond voor ontslag moet zijn. In art. 7:699 lid 3 BW wordt – limitatief

28 I. Schraffordt e.a., 'Driekwartdwingend recht in wetsvoorstel werk en zekerheid', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA-reeks nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, p. 106-107.

29 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 87-88.

30 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 249 e.v.

31 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 128-129 (NV II).

32 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 31 (NV II).

33 *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 101 (MvA I).

34 *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, E, p. 14-15 (NV I).

35 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 268.

36 VAAN, Nadere notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid d.d. 12 mei 2014, p. 10.

37 Zie E. Verhulp, 'De oproepovereenkomst', in: E. Verhulp (red.) *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 130 e.v.

38 Hof Den Haag 29 oktober 2014, *JAR 2015/9*.

39 Zie E. Knipschild & T. Ridder, 'De voordelen en risico's van een min-maxovereenkomst anno 2015', *ArbeidsRecht 2015/22*, onder 5.

– opgesomd welke redelijke gronden voor ontslag er zijn. Dat maakt duidelijk dat er geen andere door de rechter te honoreren gronden voor ontslag zijn. Van Slooten wijst er terecht op dat, nu de UWV-beleidsregels niet meer gelden, onduidelijk is hoe die gronden nu precies moeten worden ingevuld.⁴⁰ Ook blijft echter de vraag open of bij een geval dat naar de letter voldoet aan de criteria van art. 7:699 lid 3 BW steeds en zonder meer een redelijke grond voor ontslag aanwezig is. De (bijzondere) omstandigheden van het geval zouden kunnen meebrengen dat ook bij aanwezigheid ‘naar de letter’ van de beschreven gevallen ontslag onredelijk kan zijn.⁴¹

Veelal zal dat geen, althans slechts een theoretisch probleem zijn omdat in vier van de acht voorbeelden van art. 7:699 lid 3 BW termen als ‘redelijk’ voorkomen. Zo is het verwijtbare handelen bedoeld in onder d slechts grond voor ontslag als van de werkgever “in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren” en levert de onder g bedoelde ‘verstoorde arbeidsverhouding’ slechts grond voor ontslag op als aan die redelijkheidsvoorwaarde is voldaan. Bij de onder a bedoelde ‘bedrijfseconomische’ ontslagen speelt de redelijkheid van het uit een reorganisatie voortvloeiende ontslag van een specifieke werknemer volgens de tekst van de wet geen rol. Een verklaring daarvoor kan zijn dat de bepaling in kwestie slechts de noodzaak van de (aantallen) ontslagen betreft. Een tegenwerping is dat een redelijkheidsoordeel ook mogelijk is over de reorganisatie als zodanig en het aantal werknemers dat in een reorganisatie wordt meegenomen. Een tweede en belangrijker tegenargument is dat het wetsartikel zelf niet regelt wie er bij een reorganisatie worden ontslagen. Daarvoor is er immers de in art. 7:669 lid 5 BW bedoelde ministeriële regeling.⁴² Art. 12 lid 6 van die Ontslagregeling geeft de mogelijkheid om bij de afspiegeling ‘arbeidsbeperkten’ buiten beschouwing te laten, maar laat open of redelijkheidstoetsing van de door de werkgever op dat punt gemaakte keuzes (door het UWV en, vervolgens, de rechter) überhaupt mogelijk is. Maar ook op andere gronden zou een afwijking mogelijk zijn, zoals op grond van het tot 1 juli jl. geldende Ontslagbesluit bij een uitgesproken ‘zielig geval’.

Het is niet moeilijk gevallen te bedenken waarin bij louter rekenkundige toepassing van de in de Ontslagregeling voorziene afspiegeling een reorganisatieontslag in een individueel geval onredelijk is. Aan een werknemer kunnen, bijvoorbeeld bij diens recente aanstelling, in dit verband relevante toezeggingen zijn gedaan. Men denke aan de werknemer die zich tot indiensttreding heeft laten overhalen doordat bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de hem aangeboden positie hem bij goed functioneren tot in

lengte van jaren baanzekerheid zou geven of aan de werknemer die kort voor de ‘peildatum’ een positie die na de reorganisatie blijft bestaan, heeft opgegeven voor ‘horizontale verplaatsing’ of zelfs promotie naar een wél getroffen functie, een functie waarvan mogelijk al – min of meer concreet – door de werkgever werd overwogen deze op te heffen. Daarbij zij aangetekend dat het in dat soort gevallen slechts bij uitzondering in de rede ligt ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan te nemen, nog daargelaten dat de daaraan verbonden billijke vergoeding niet strekt tot compensatie van het verlies van de betrekking.

Naar ons oordeel dient bij alle in art. 7:669 lid 3 BW bedoelde categorieën van ontslaggronden een redelijkheidstoets aangelegd te worden. Ook al zal die toets er slechts bij uitzondering toe leiden dat ontslag van de betrokken werknemer geen doorgang kan vinden, had het de wetgever in elk geval gepast zich over dit probleem uit te laten.⁴³

8. Ondoordachtheid 4: ontslagvergoedingen

Tussen de volgens de kantonrechttersformule berekende vergoeding naar billijkheid van art. 7:685 BW (oud) en de transitievergoeding van art. 7:673 lid 2 BW bestaat een wezenlijk verschil. De werknemer van 60 jaar met 10 dienstjaren komt onder die formule, bij een neutrale correctiefactor, uit op 15 maandsalarissen, terwijl dat voor de transitievergoeding – zonder de overgangsregeling van art. 7:673a lid 1 BW – 3,3 maanden is. Andere rekenvoorbeelden geven wat kleinere, maar eveneens substantiële verschillen. De kantonrechttersformule, daterend van 1997, had een lange voorgeschiedenis. Voordien liep de rechtspraak sterk uiteen. De betekenis van de formule was enerzijds dat deze duidelijke handvatten gaf en anderzijds dat met behulp van de zogeheten correctiefactor recht kon worden gedaan aan de omstandigheden van het geval. Toegegeven: de formule was zeker niet onomstreden.⁴⁴

Over het antwoord op de vraag of het wenselijk is de ontslagvergoeding wettelijk te normeren kan men twisten. De keuze voor een wettelijke normering is op zichzelf niet irrationeel, en dat vindt ook degene die een andere keuze preferreert. Moeilijker is de vraag hoeveel ruimte men de rechter voor afwijking van de genormeerde vergoeding wil laten. Evident is dat hoe geringer die mogelijkheden zijn, hoe meer de rechter in een Procrustesbed wordt gedwongen. Uitgangspunt voor de wetgever is geweest dat afwijkingen slechts gerechtvaardigd zijn bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of, bij toepassing van art. 7:673 lid 7 en 8 BW, de werknemer. Opvallend is dat die laatste bepaling wel toetsing aan “maatstaven van redelijkheid en billijkheid” openlaat. Dat die toetsing in dat speciale geval wordt genoemd, zal wel meebrengen dat die door art. 6:248 lid 2 BW

40 J.M. van Slooten, ‘Wat er niet in de Ontslagregeling staat en de gevolgen daarvan’, *NJB* 2015/1189, p. 1653-1654.

41 Zie M.P.A.M. Fruytier, ‘Wet werk en zekerheid: en nu vooruit of onderuit!’, *TAP* 2015/227, met kritische opmerkingen over (de bruikbaarheid van) “redelijke” gronden.

42 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, *Stcrt.* 2015, 12685 (Ontslagregeling).

43 Dat gebeurt niet in de wetgeschiedenis zoals weergegeven in Boot, Houweling & Keulaers, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 445-507 en L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 73-93.

44 Vgl. bijv. W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie VU 2007), p. 27-33.

gegeven ruimte door de wetgever in andere gevallen niet is beoogd. Wat de rechter daarmee gaat doen, moet worden afgewacht.⁴⁵

De hierboven genoemde punten zijn in het wetgevingsproces (min of meer) onderkend. Men zal in die wetsgeschiedenis echter tevergeefs zoeken naar een andere rechtvaardiging voor de transitievergoeding dan dat de onder het vorige regime toegekende vergoedingen te hoog waren.⁴⁶ De gekozen maatstaf van – grof gezegd – een derde maand per vol dienstjaar wordt echter nergens gerechtvaardigd.⁴⁷ De werkelijke (cynische) verklaring zal wel zijn dat de vergoedingen voorzien in het regeerakkoord “Bruggen slaan” nog lager waren – grosso modo een kwart maandsalaris per dienstjaar –, dat in het sociaal akkoord daar van de kant van de vakbeweging nog een ietsiepietsie is bijonderhandeld (het behoud van de preventieve toetsing had kennelijk voorrang) en dat de regering uit louter politieke overwegingen aan dat onderhandelingsakkoord heeft vastgehouden. Het regeringsmotto zou kunnen zijn: “Right or wrong, my social partners”. Die keuze is politiek gezien begrijpelijk. Daarmee is die keuze nog niet juist. Bij een forfaitaire vaststelling van de ontslagvergoeding zal men de gekozen rigide maatstaf met meer moeten rechtvaardigen dan met het argument dat deze zekerheid geeft. De ingeroepen rechtsgelijkheid is sowieso een zwak argument voor wie met Aristoteles meent dat ongelijke gevallen naar hun mate van ongelijkheid waren te behandelen. Daarom zouden vergelijkingen met buitenlands ontslagrecht (en de ontwikkelingen daarin) op hun plaats zijn geweest,⁴⁸ maar ook van zulke rechtsvergelijking ontbreekt praktisch elk spoor in de wetsgeschiedenis.

Bij dit alles zij bedacht dat er een relatie bestaat tussen de (preventieve of repressieve) toetsing van ontslagen enerzijds en de aan ontslag te verbinden vergoedingen anderzijds. Op zichzelf valt nog wel te verdedigen dat bij een ‘streng’, beëindiging bemoeilijkend, ontslagrecht als dat van art. 7:669 lid 3 BW in beginsel lagere vergoedingen passen. Dat vormt echter geen rechtvaardiging voor een verlaging als de ontslaggronden in de visie van de regering door de WWZ geen wijziging ondergaan.⁴⁹

9. Ondoordachttheid 5: sancties

In gevallen waarin in geschil is of al dan niet zonder instemming van de werknemer mocht worden opgezegd, zoals bij ontslag op staande voet, wordt vernietiging buiten rechte

(art. 6 en 9 BBA) vervangen door vernietiging in rechte (art. 7:681 BW). Een wezenlijk verschil in vergelijking met het oude systeem treedt op indien de rechter in eerste aanleg ten onrechte vernietigt. Ingevolge art. 7:683 BW schorst hoger beroep die vernietiging niet. Dat is tot daar aan toe. Belangrijker is dat art. 7:683 lid 6 BW de appelrechter niet de bevoegdheid geeft de vernietiging door de eerste rechter ongedaan te maken. De appelrechter heeft in zo'n geval slechts de mogelijkheid te bepalen “op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt”. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het daarbij gaat om een toekomstig tijdstip. Argument: een andere oplossing zou neerkomen op een door het nieuwe stelsel niet beoogde einddatum in het verleden.⁵⁰

Een werkgever ontslaat op staande voet. De kantonrechter, in de war gebracht door de op het punt van het bewijsrecht niet al te heldere wetsgeschiedenis,⁵¹ passeert een relevant bewijsaanbod. Het hof honoreert dat aanbod alsnog, en na een gecompliceerde – en door de werknemer getraineerde – instructie stelt het hof de aanwezigheid van de aangevoerde dringende reden alsnog vast. Is het dan in het nieuwe stelsel ‘logisch’ dat de werkgever over de gehele periode tussen het ontslag en (een datum na) de beschikking van het hof het loon moet betalen? Op zijn minst kan worden gezegd dat een dergelijk niet direct voor de hand liggend resultaat een deugdelijke motivering behoeft. Die ontbreekt.

Art. 7:683 lid 5 en 6 BW betreffen het geval waarin de kantonrechter de opzegging met toestemming van het UWV ongedaan heeft gemaakt en dat waarin ontbinding op verzoek van de werkgever in eerste aanleg is geweigerd. In die gevallen valt voor het ontbreken van de mogelijkheid van terugwerkende kracht wellicht wat meer te zeggen. Eerst de latere uitspraak opent dan immers de poort naar ontslag. Vernietiging van de opzegging is echter niet zonder meer gelijk te stellen met herstel van de dienstbetrekking. Bovendien: er is geen volledige symmetrie met het geval waarin de eerste rechter ten onrechte ontbonden of vernietigd heeft. In die gevallen staat het de rechter vrij niet te herstellen (maar een billijke vergoeding toe te wijzen, en dat zo nodig eigener beweging) en is beperking van de terugwerkende kracht aldus wel mogelijk.

Nu de wetgever geen serieus te nemen rechtvaardiging voor het hier bedoelde resultaat – terecht zonder toestemming ontslagen; door een “fout” van de eerste rechter lang loon doorbetalen – heeft aangevoerd, is ook op dit punt de conclusie gerechtvaardigd dat het probleem op zijn minst nadere aandacht had moeten krijgen.

45 Vgl. HR 22 juni 2012, *JAR* 2012/189 (beroep op nietigheid ontslag na vervalt termijn).

46 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 741 e.v., m.n. p. 745-750 en L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 124-133.

47 Zie voor kritiek op de gekozen methodiek onder meer A. van Zanten-Baris, ‘Een ‘kleurloze’ (transitie)vergoeding bij ontslag?’, *TRA* 2014/28, afl. 3.

48 Zie daarvoor D.M.A. Bij de Vaate & A.T.J.M. Jacobs, ‘Een blik over de grens: enkele trends in de hervorming van het ontslagrecht’, *TRA* 2014/23, afl. 3.

49 Te verdedigen valt dat met de WWZ ontslag moeilijker wordt doordat de ‘open’ ontbindingsgrond ‘verandering in de omstandigheden’ vervalt; vgl. R.A.A. Duk, ‘Art. 7:669 Wetsvoorstel werk en zekerheid: de rechter als bureaucraat’, *TRA* 2014/26, afl. 3.

50 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parl. Gesch. WWZ*, p. 980.

51 Vgl. W.J.J. Wetzels, ‘Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?’, *TAP* 2014/1 en K.G.F. van der Kraats, ‘Bewijzen vermoet de waarheid, althans de procedure. Toepasselijkheid van het bewijsrecht, in het kader van de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2014/59. Uit de door Van der Kraats gemoreerde uitlatingen blijkt dat de regering ervan uitgaat dat in sommige ontslaggeschillen het bewijsrecht wel en in andere niet geldt, maar een weerlegging van de aan art. 284 Rv ontleende stelling dat niet het geschilpunt, maar de aard van de procedure-als-geheel beslist of het bewijsrecht van toepassing is, valt daarin niet te vinden.

10. Conclusie

In de inleiding van deze bijdrage (onder 2-4) is gewezen op de grote snelheid waarmee de WWZ in het parlement is behandeld. De wettelijke regeling brengt grote veranderingen. Dit artikel is niet bedoeld om vraagtekens te plaatsen bij de gedachte dat aldus het stelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar wordt. Dat was en is aan anderen. Wel wilden we duidelijk maken dat het door de wetgever gekozen systeem zeker niet eenduidig is en op tal van punten vragen openlaat dan wel tot consequenties leidt waarvan de aanvaardbaarheid niet direct evident is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat die consequenties onderkend en in de besluitvorming meegenomen zijn. Het parlementaire debat is daarmee niet of nauwelijks richtinggevend. De sneltrein waarmee de WWZ is voortbewogen, heeft daarmee trekken van de Fyra waarmee de NS zichzelf zo ernstig bedrogen heeft. Om met de trouwe bediende Joost te spreken: 'dat is betreurenswaardig, heer Lodewijk'. In het kader van de aan het parlement toegezegde evaluatie zal zeker moeten worden bezien of er aanleiding is punten als in deze bijdrage onder 5-9 beschreven te heroverwegen. Begint het debat dán toch echt?