

Naar een nieuw ontslagrecht (2): loondoorbetaling, proeftijd en concurrentiebeding

Bb 2014/29

In aanloop naar de inwerkingtreding van de eerste onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid (hierna: de WWZ) per 1 juli 2014, worden de hoofdlijnen van de WWZ in een reeks artikelen in Bedrijfsjuridische berichten uiteengezet. In de vorige editie (Bb 2014/26) heeft mr. Rutgers in het eerste artikel van deze reeks de achtergronden en doelstelling van het voorstel besproken en is hij ingegaan op de hoofdlijnen van de WWZ. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op wijzigingen met betrekking tot loonaanspraken, de proeftijd en het concurrentiebeding.

Loonaanspraken

Huidige regeling

De hoofdregel met betrekking tot wanneer een werknemer aanspraak kan maken op loon is thans te vinden in art. 7:627 BW en is duidelijk: 'Geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht.' Oftewel: geen arbeid, geen loon. Situaties waarin een werknemer op grond van dit artikel geen aanspraak op loon kan maken zijn onwettig verzuim, te laat op het werk verschijnen, gevangenisstraf of voorlopige hechtenis en staking (waarbij overigens geldt dat een werknemer die wel wil werken, maar als gevolg van een staking wordt verhinderd zijn werkzaamheden te verrichten, wel aanspraak op loon kan maken).

Art. 7:627 BW is een inleidend artikel waarin de algemene regel wordt genoemd. Voor een goed en volledig beeld van wanneer aanspraak op loon bestaat, dient dit artikel te worden gelezen in samenhang met art. 7:628 en 7:629 BW en de Wet arbeid en zorg (recht op loon bij verschillende vormen van verlof). In art. 7:628 BW is bepaald dat een werknemer die de bedongen arbeid niet verricht, toch aanspraak op loon kan maken als hij de bedongen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen. Art. 7:628 lid 5 BW biedt de werkgever de mogelijkheid om bij individuele arbeidsovereenkomst het risico op loondoorbetaling voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst uit te sluiten. Op grond van het zevende lid kan bij cao onbeperkt ten nadele van de werknemer van de loondoorbetalingsplicht worden afgeweken.

In de jurisprudentie is een risicoverdeling ontwikkeld ten aanzien van de vraag wanneer een oorzaak voor het niet verrichten van de bedongen arbeid voor rekening van de werkgever of de werknemer dient te komen. Hoewel het antwoord op deze vraag afhangt van de feitelijke omstandigheden, is het voor een succesvolle loonvordering in ieder geval noodzakelijk dat de werknemer zich bereid heeft ver-

klaard de bedongen arbeid te verrichten (HR 19 december 2003, JAR 2004/14, ECLI:NL:HR:2003:AL7037).

Art. 7:629 BW bepaalt dat het uitgangspunt is dat werknemers gedurende de eerste twee ziektejaren aanspraak kunnen maken op loon. Deze aanspraak bestaat niet indien de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, weigert mee te werken aan het plan van aanpak of redelijke voorschriften na te leven. Ook bestaat de aanspraak op loon niet indien de werknemer de genezing belemmert of vertraagt, indien hij valse informatie verstrekt over zijn ziekte of indien de ziekte opzettelijk is veroorzaakt.

Wet Werk en Zekerheid

Op basis van de WWZ komt art. 7:627 BW te vervallen en wordt art. 7:628 lid 1 BW zodanig gewijzigd dat de werkgever verplicht is het loon te voldoen indien de werknemer de arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij dat in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Daarmee lijkt het geldende principe 'geen arbeid geen loon' te worden losgelaten en te worden vervangen door 'geen arbeid, wel loon, tenzij het niet verrichten van de arbeid voor rekening van de werknemer behoort te komen.' Hoewel het uitgangspunt wijzigt, wordt in de Memorie van Toelichting benadrukt dat de in de jurisprudentie ontwikkelde risicoverdeling onverkort van toepassing blijft.

Het voorstel brengt echter wel een belangrijke wijziging in de bewijslast met zich. Waar het in de huidige regeling aan de werknemer is om te bewijzen dat hij bereid is geweest de bedongen arbeid te verrichten en de oorzaak voor het niet verrichten van werkzaamheden voor rekening van de werkgever dient te komen, is het op basis van de nieuwe regeling aan de werkgever om aan te tonen dat de oorzaak voor het niet verrichten van werkzaamheden in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen. Daarnaast dient de werkgever aannemelijk te maken dat bij de werknemer de bereidheid ontbrak de bedongen arbeid te verrichten. Deze wijziging van bewijslastverdeling is ingegeven door de toekomstige incorporatie van de Calamiteitenregeling WW in het BW per 1 april 2016 en het gelijktijdig laten vervallen van art. 8 BBA, waarin is bepaald dat het de werkgever niet is toegestaan de werktijd eenzijdig te verkorten, als gevolg waarvan ook de verplichting het loon te betalen zou komen te vervallen. In dat kader is aan art. 7:628 BW een negende lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat de verplichting voor de werkgever om het loon door te betalen geheel of gedeeltelijk niet geldt indien het niet verrichten van de overeengekomen arbeid het gevolg is van buitengewone omstandigheden die in een (calamiteiten)regeling door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt afgekondigd.

Voorts geldt dat de in lid 5 genoemde termijn van zes maanden, waarin bij schriftelijke overeenkomst van lid 1 kan worden afgeweken, op grond van het gewijzigde lid 7

¹ Tijmen Noordoven is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam.

eengekomen bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van zes maanden of korter. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die zijn aangegaan voor langer dan zes maanden, maar korter dan twee jaren en voor arbeidsovereenkomsten waarvan de einddatum niet op een kalenderdatum is gesteld, geldt nog altijd dat een proeftijd niet meer dan één maand mag bedragen. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van langer dan twee jaren of voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, blijft gelden dat de proeftijd niet langer dan twee maanden mag zijn. In het aan art. 7:652 BW toegevoegde lid 8 zijn de verschillende nietigheden opgesomd. Sub b bepaalt dat ook een proeftijd van langer dan één maand nietig is indien deze is opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor korter dan twee jaren. Deze aanvulling is in van beperkte relevantie, daar dit in de praktijk reeds gangbaar was. Sub d en e zijn een codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad dat een proeftijd nietig is wanneer deze deel uitmaakt van een opvolgende arbeidsovereenkomst die is overeengekomen met dezelfde of opvolgend werkgever. Voor het begrip opvolgend werkgever is de bestaande jurisprudentie gevolgd, op basis waarvan sprake is van een opvolgend werkgever indien bij de tweede arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden vereist zijn en waarbij er tussen de oude en de nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat het verkregen inzicht in de vaardigheden van de werknemer in redelijkheid aan de opvolgend werkgever is toegerekend (HR 11 mei 2012, JAR 2012/150, ECLI:NL:HR:2012:BV9603).

Commentaar

Het merendeel van de wijzigingen die door de WWZ ten aanzien van de proeftijd in het leven worden geroepen, is een codificatie van de geldende jurisprudentie en de gangbare praktijk. De enige noviteit is het verbod om een proeftijd overeen te komen bij arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd van zes maanden of korter. Met dit verbod wil de regering bewerkstelligen dat beperkter gebruik wordt gemaakt van kortdurende arbeidsovereenkomsten. De regering lijkt ervan uit te gaan dat een werkgever slechts de keuze heeft tussen het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor korter dan zes maanden zonder proeftijd of het aangaan van een arbeidsovereenkomst langer dan zes maanden met een proeftijd. De Raad van State heeft in zijn advies reeds opgemerkt dat de regering ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat werkgevers bij twijfel in het geheel geen arbeidsovereenkomst sluiten, terwijl zij dat wellicht wel hadden gedaan als zij een proeftijd hadden mogen overeenkomen. Het verbod om een proeftijdbeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van zes maanden of minder zal de praktijk van betrekkelijk weinig waarde zijn, daar het verbod eenvoudig te omzeilen is door een arbeidsovereenkomst aan te gaan voor zes maanden en één dag. Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft dit in het wetgevingsproces reeds signaleerd. De regering heeft daarop gereageerd dat iedere grens op deze manier ontweken kan worden. Daarnaast kan het verbod eenvoudig ontweken te worden door bij wijze van verkapte proeftijd een arbeidsovereenkomst voor be-

paalde tijd van een of twee maanden aan te gaan, waarin de capaciteiten van de werknemer kunnen worden beoordeeld en waarna alsnog besloten kan worden de arbeidsovereenkomst te verlengen.

Concurrentiebeding

Huidige regeling

Op grond van art. 7:653 lid 1 BW is een concurrentiebeding slechts geldig indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer. De rechter kan een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen indien hij oordeelt dat het belang van de werknemer onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever (lid 2). Indien de werkgever schadeplichtig is vanwege de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, kan hij aan het concurrentiebeding geen rechten ontleen (lid 3). Tot slot is in het vierde lid van art. 7:653 BW bepaald dat de rechter kan bepalen dat de werkgever de werknemer een vergoeding moet betalen voor de duur dat de werknemer door de toepasselijkheid van het concurrentiebeding in belangrijke mate wordt belemmerd om anders dan in dienst bij de werkgever werkzaam te zijn. Deze vergoeding is de werkgever niet verschuldigd indien de werknemer schadeplichtig heeft opgezegd.

Wet Werk en Zekerheid

Voor de geldigheid van het concurrentiebeding blijft vereist dat het beding schriftelijk wordt overeengekomen met een meerderjarige werknemer. In aanvulling daarop wordt op basis van de WWZ in lid 1 de eis toegevoegd dat het concurrentiebeding alleen geldig is indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. Een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is op grond van lid 2 echter nog wel mogelijk indien de werkgever bij het beding schriftelijk motiveert dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. In lid 3 zijn de gronden waarop een rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen gelijk aan de huidige regeling, met dien verstande dat een rechter een concurrentiebeding dat is opgenomen bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook kan vernietigen indien het beding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het vierde lid bepaalt vervolgens dat een werkgever geen rechten aan het concurrentiebeding kan ontleen indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In lid 5 wordt vervolgens gesproken over een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Met deze bewoordingen wordt de huidige regeling, waar gesproken wordt over schadeplichtig eindigen van de arbeidsovereenkomst, losgelaten, teneinde aan te sluiten bij de gronden waarop de arbeidsovereenkomst volgens de WWZ kan worden beëindigd. Hierop wordt in een latere bijdrage in deze reeks over het nieuwe ontslagrecht nader ingegaan.

niet langer onbeperkt bij cao kan worden verlengd. Teneinde de langdurige inkomensonzekerheid die het onbeperkt verlengen van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting voor, met name, flexwerkers met zich bracht te beperken, kan de uitsluiting op grond van lid 7 alleen nog worden verlengd voor nader te bepalen functies, voor zover de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Daarbij moet gedacht worden aan invalkrachten, zo volgt uit de Memorie van Toelichting. Voorts is aan art. 7:628 BW een achtste lid toegevoegd waarin is bepaald dat op verzoek van de Stichting van de Arbeid bij regeling van de Minister kan worden bepaald dat het voor bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan niet mogelijk is van lid 1 af te wijken. Tot slot is een tiende lid aan art. 7:628 BW toegevoegd, waarin bepaald is dat bedingen die strijdig zijn met dit artikel nietig zijn. De regels met betrekking tot loonaanspraken bij ziekte, als opgenomen in art. 7:629 BW, zijn in de WWZ ongewijzigd in stand gebleven.

Commentaar

Het laten vervallen van art. 7:627 BW en het wijzigen van art. 7:628 lid 1 BW leidt tot het uitgangspunt dat een werknemer ook bij het niet verrichten van de bedongen arbeid aanspraak maakt op loon. Daarmee is het recht op loon niet langer gekoppeld aan het verrichten van arbeid, maar aan het hebben van een arbeidsovereenkomst. Dit lijkt zich niet alleen principieel niet goed te verhouden met het karakter van de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer gehouden is werkzaamheden te verrichten in ruil voor loon, maar verhoudt zich ook niet altijd even goed met de in de jurisprudentie ontwikkelde risicoverdeling. Dat de in de jurisprudentie ontwikkelde risicoverdeling onverkort van toepassing blijft en de wijziging beperkte invloed heeft op de praktijk, zoals in de Memorie van Toelichting is benadrukt, is dan ook twijfelachtig. Dat zich een situatie kan voordoen waarin het niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid binnen de risicosfeer van de werkgever noch de werknemer valt, is niet slechts een theoretische gedachte. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij extreme weersomstandigheden die het verrichten van werkzaamheden onmogelijk maken. Op basis van de huidige regeling zal het uitgangspunt zijn dat de werknemer geen aanspraak op loondoorbetaling heeft, nu niet gezegd kan worden dat dit een oorzaak is die in redelijkheid voor risico van de werkgever dient te komen. Indien zich na de inwerkingtreding van de WWZ een identieke situatie voordoet, zal het uitgangspunt zijn dat de werknemer juist wel aanspraak op loondoorbetaling maakt, nu geen sprake is van een situatie waarin het niet verrichten van de bedongen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen. Het is niet ondenkbaar dat de lat om in aanmerking te komen voor doorbetaling van loon na de inwerkingtreding van de WWZ lager komt te liggen.

Een ander probleem waarmee de werkgever na de inwerkingtreding van de WWZ rekening moet houden, vloeit voort uit de wijziging van de bewijslastverdeling. Om te ontkomen aan de loondoorbetalingsverplichting zal de

werkgever in de nieuwe situatie immers niet alleen dienen aan te tonen dat het niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen, maar hij zal ook aannemelijk moeten maken dat de werknemer niet bereid is geweest de bedongen arbeid te verrichten. Het aantonen van het ontbreken van de bereidheid om de werkzaamheden te verrichten zal in de praktijk nagenoeg onmogelijk blijken, daar het al dan niet bestaan van bereidheid voor de werkgever vaak niet kenbaar zijn.

De wijziging van lid 7 lijken een positiever effect te sorteren. De wijziging brengt mee dat de mogelijkheid tot uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting, waarvan voornamelijk bij oproepkrachten gebruik werd gemaakt, niet langer bij cao onbeperkt kan worden verlengd. Met deze maatregel wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan het verbeteren van de positie van de flexwerker doordat een einde wordt gemaakt aan de langdurige inkomensonzekerheid die de mogelijkheid tot onbeperkte verlenging van uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting voor deze groep werknemers met zich bracht. Nu de mogelijkheid tot uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting op grond van lid 5 gedurende zes maanden mogelijk blijft, is met de wijziging van lid 7 een goede balans gevonden tussen enerzijds aanvullende bescherming van de (vaak) flexwerker en anderzijds het belang van de werkgever om de loondoorbetalingsverplichting gedurende de eerste zes maanden uit te sluiten teneinde de gelegenheid te hebben de omvang van de werkzaamheden vast te stellen.

Proeftijd

Huidige regeling

De regeling met betrekking tot de proeftijd is opgenomen in art. 7:652 BW. Op grond van het eerste lid kan alleen een proeftijd worden overeengekomen die voor beide partijen gelijk is. Deze dient schriftelijk te worden overeengekomen (lid 2). Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd van twee jaren of langer, mag de proeftijd maximaal twee maanden bedragen (lid 3 en 4b). In het geval partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van korter dan twee jaren aangaan (lid 4a) of indien de einddatum van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op een datum is gesteld, maar bijvoorbeeld afhankelijk is van de afronding van een project (lid 5), mag de proeftijd niet meer dan één maand bedragen. Van lid 4a en lid 5 kan bij cao of bij regeling door of namens een bevoegd bestuursorgaan ten nadele van de werknemer worden afgeweken (lid 6). Proeftijden van langer dan één maand in situaties waarin dat niet is toegestaan, proeftijden van langer dan twee maanden of proeftijden die niet voor beide partijen gelijk zijn, zijn nietig.

Wet Werk en Zekerheid

De regeling met betrekking tot de proeftijd wordt door de WWZ slechts in beperkte mate gewijzigd. De meest in het oog springende wijziging is de invoering van een nieuw lid 4, waarin is bepaald dat een proeftijd niet kan worden over-

Commentaar

De wijzigingen van art. 7:653 BW zijn in belangrijke mate slechts technisch van aard. Omdat het begrip 'schadeplichtigheid' niet in de WWZ voorkomt, wordt gesproken over 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' van de werkgever of werknemer. De WWZ voegt echter als belangrijke nieuwe regel toe dat een concurrentiebeding in beginsel alleen kan worden overeengekomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Daarmee wordt bijgedragen aan een verbetering van de positie van flexwerkers. Deze wijziging lijkt tevens een tegemoetkoming aan de praktijk, waar al langere tijd wordt gepleit voor een aanscherping van art. 7:653 BW. Bovendien sluit deze aanpassing aan bij de jurisprudentie waarin de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst of de korte duur van het dienstverband voor rechter niet zelden aanleiding is om het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Een belangrijk en effectief instrument om te voorkomen dat bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd lichtzinnig gebruik wordt gemaakt van een concurrentiebeding, is de verplichting om bij het beding schriftelijke te motiveren dat het beding is opgenomen vanwege zwaarwichtige bedrijfsbelangen. Deze eis zal eraan bijdragen dat werkgever bij het aangaan van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concrete afweging maken. Zeker nu de noodzaak van het beding niet alleen dient te bestaan op het moment van het aangaan, maar ook op het moment dat de werkgever zich op het concurrentiebeding beroept, leidt het wetsvoorstel ertoe dat het concurrentiebeding in de nieuwe regeling doelmatiger en meer proportioneel zal worden ingezet. Een goed gemotiveerd beding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is daarmee waardevoller en beter afdwingbaar.

Inwerkingtreding

De regering heeft besloten de WWZ gefaseerd in te voeren. De bepalingen uit de WWZ die tot doel hebben de positie van de flexwerkers te versterken treden met ingang van 1 juli 2014 als eerste in werking. Tot deze bepalingen behoren de in deze bijdrage besproken artikelen 7:628 (vijfde tot en met achtste lid en tiende lid) BW met betrekking tot de loondoorbetalingsplicht, 7:652 BW met betrekking tot de proeftijd en 7:653 (eerste tot en met derde lid) BW aangaande het concurrentiebeding. Daarnaast treden ook art. 7:668, 7:668a en 7:691 BW per 1 juli 2014 in werking.

Het nieuwe recht is alleen van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan op of na 1 juli 2014, tenzij een cao van toepassing is waarvoor overgangsrecht geldt. In dat geval mogen de bepalingen uit de cao ook in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Het nieuwe recht wordt op deze arbeidsovereenkomsten pas van toepassing vanaf de datum waarop de looptijd van de cao is verstreken, maar uiterlijk na een periode van anderhalf jaar. Op bestaande arbeidsovereenkomsten blijven de huidige bepalingen van toepassing.