

Ingediend via e-mail

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. mevrouw ir. C.E.G. van Gennip MBA

Den Haag, 24 juni 2024

dossiernummer: 205210

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58

e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl

Betreft: Wetsvoorstel personeelsbehoud bij crisis

Geachte minister,

Op 15 mei 2024 heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) uw internetconsultatie 'Wetsvoorstel personeelsbehoud bij crisis' ontvangen. De NOvA heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van:	Adviescommissie arbeidsrecht
Datum:	12 juni 2024
Betreft:	Concept Wetsvoorstel Personeelsbehoud bij crisis

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel Personeelsbehoud bij crisis komt in de visie van wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht (de "commissie") zonder meer tegemoet aan het doel van het concept wetsvoorstel, namelijk het ondersteunen van bedrijven en hun werknemers in het behouden van banen in een crisis die buiten het ondernemersrisico van de werkgever valt. De commissie adviseert positief. Evenwel plaatst de commissie enkele aandachtspunten bij het concept wetsvoorstel in het belang van een effectieve werking van de wet ten tijde van een crisis.

In de gevolgen van het wetsvoorstel voor de rechtszoekende en voor de geleverde rechtsbijstand wordt adequaat en weloverwogen voorzien. In paragraaf V wordt dit nader toegelicht.

Aandachtspunten (samengevat)

- I. De commissie adviseert de crises op grond waarvan gebruik kan worden gemaakt van de instrumenten in het concept wetsvoorstel verder af te bakenen.
- II. De commissie adviseert heroverweging van de beperking van de crisisperiode (twee tot zes maanden) en het maximum van één aanvraag per crisis.
- III. De werkgever is verplicht advies te vragen aan de ondernemingsraad over een voorgenomen besluit tot herplaatsing en/of verminderde loondoorbetaling. UWV neemt de aanvraag niet in behandeling als een beroep bij de Ondernemingskamer is ingesteld. Dit kan leiden tot aanzienlijke vertraging, hetgeen ongewenst is in het geval van een crisis. De commissie adviseert daarom deze beroepsmogelijkheid niet open te stellen. Verder adviseert de commissie de termijnen voor subsidieverlening en betaling van het voorschot in te korten.
- IV. De commissie adviseert in paragraaf 5 van de wet expliciet te vermelden dat de tijdelijke loonvermindering geen nadelig effect mag hebben op het SV-loon voor de berekening van de hoogte van onder meer het maatmanloon, het dagloon en het loon in de zin van artikel 64 WW.

CONSULTATIETREACTIE

Inleiding

1. Eén van de belangrijkste aanbevelingen van de Commissie Borstlap was dat werkgevers meer mogelijkheden moeten krijgen tot interne wendbaarheid binnen duurzame arbeidsrelaties, bijvoorbeeld via een regeling die het mogelijk maakt om de arbeidsomvang en salaris, maar ook de functie, werklocatie en werktijden van werknemers (tijdelijk) te wijzigen als bedrijfseconomische omstandigheden daar aanleiding toe geven.
2. Dit concept wetsvoorstel komt aan dit advies tegemoet, voor zover het gaat om tijden van crises. Dit concept wetsvoorstel beoogt de interne wendbaarheid van werkgevers te vergroten in crises die buiten het reguliere ondernemersrisico vallen en biedt hen de mogelijkheid om werknemers tijdelijk ander werk te laten doen (herplaatsing), eventueel zelfs op een andere locatie of in een andere functie. De wetgever onderkent dat werkgevers

op grond van het arbeidsrecht beperkte mogelijkheden hebben om werknemers in tijdens van crises intern wendbaar en flexibel in te zetten.

3. De commissie begrijpt dat de NOW een tijdelijke noodmaatregel was en geen structureel karakter kent. Het concept wetsvoorstel kent dit wel en vervangt de Regeling Werktijdverkorting (WTV) die volgens de wetgever niet opschaalbaar is in het geval van een crisis buiten het reguliere ondernemersrisico. De commissie adviseert positief over het concept wetsvoorstel en plaatst daarbij de volgende vijf aandachtspunten.

Aandachtspunten

I Afbakening crisis

4. Volgens het concept wetsvoorstel is er een crisis als sprake is van (1) een onvoorziene omstandigheid, (2) die in redelijkheid niet tot het reguliere ondernemingsrisico kan worden gerekend, en (3) waarbij het aannemelijk is dat sprake zal zijn van een verminderde inzet van arbeidscapaciteit.
5. Artikel 2 lid 2 bevat een opsomming van omstandigheden die door de minister altijd als een crisis worden beschouwd. Als een crisis wordt onder meer beschouwd schade aan een productiemiddel te wijten aan brand (artikel 2 lid 2 onder a). In de MvT (pag. 22) komt expliciet tot uitdrukking dat risico's waarvoor algemeen toegankelijke verzekeringen bestaan, ondernemingsrisico's betreffen. Hoewel voor brand eveneens een algemeen toegankelijke verzekering bestaat, inclusief dekking voor bedrijfsschade als gevolg daarvan, zoals loonkosten, wordt voor brand een uitzondering gemaakt onder verwijzing naar bestaand beleid dat werkgevers bij brand gebruik kunnen maken van de WTV. De wetgever meent dat het vanwege consistent overheidsbeleid wenselijk is dit beleid te handhaven, terwijl dit niet wordt toegelicht. Uit rechtspraak volgt evenwel dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel of vertrouwensbeginsel niet leidt tot een verplichting een eerdere of zelfs veelvuldig gemaakte beslissing te herhalen.¹ De commissie adviseert de kwalificatie van schade te wijten aan brand als crisis te heroverwegen en daarbij in ogenschouw te nemen dat werkgevers zich voor de gevolgen van brand kunnen verzekeren, zodat dit risico niet voor rekening van werknemers en de overheid hoeft te komen.
6. Artikel 2 lid 3 geeft een opsomming van omstandigheden die door de minister als crisis kunnen worden aangewezen. Dit maakt werkgevers afhankelijk van besluitvorming bij ministeriële regeling die vertraging kan oplopen als gevolg van administratieve en politieke omstandigheden, terwijl werkgevers juist in geval van een crisis gebaat zijn bij snelheid en duidelijkheid. In lid 2 van dit artikel is een opsomming van omstandigheden opgenomen die altijd als crisis worden beschouwd, terwijl de omstandigheden in lid 3 van dit artikel door de minister kunnen worden aangewezen als crisis. De commissie wijst erop dat zowel sub c en d van lid 2, als sub e van lid 3, omstandigheden betreffen waarin overheidsmaatregelen de crisis vormen. Het onderscheid tussen deze omstandigheden is onduidelijk, terwijl de gevolgen van dit onderscheid van wezenlijke aard zijn, omdat voor de situaties genoemd in lid 3 aanwijzing door middel van een ministeriële regeling is vereist. De commissie adviseert de situaties – zo nodig na uitwerking – als bedoeld in lid 3 niet afhankelijk te maken van nadere besluitvorming, evenals is gebeurd bij de situaties beschreven in artikel 2 lid 2. De mogelijkheid van artikel 2 lid 5 voor aanwijzing van andere situaties als crisis, die voorziet in

¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:320.

flexibiliteit bij onverwachte situaties die niet vooraf kunnen worden omschreven maar wel een crisis vormen, blijft dan de mogelijkheid bieden tot maatwerk.

7. In de MvT (pag. 99) wordt bij de bespreking van compliance risico's benoemd dat bepaalde crisisingrijpen toch binnen het bereik van het wetsvoorstel vallen, tenzij gebruik kan worden gemaakt van andere overheidsregelingen. Echter, nergens in het wetsvoorstel (of de toelichting daarop) wordt uitvoering gegeven aan enige vermindering van subsidieverlening in het geval de werkgever gebruik kan maken van andere overheidsregelingen.

II Duur crisis

8. In het concept wetsvoorstel wordt uitgegaan van een crisis met een duur tussen de twee en zes maanden. Dit is in het licht van de COVID-19-crisis een korte periode. Vanuit de gedachte dat slechts een onvoorziene omstandigheid die niet tot het reguliere ondernemersrisico kan worden gerekend, als een crisis kan worden aangemerkt, rijst de vraag of een crisis van een dergelijke korte duur voor rekening van werknemers en de overheid zou moeten worden gebracht. In de regel zal een ondernemer rekening (moeten) houden met onverwachte gebeurtenissen en tegenslagen en daarop moeten (kunnen) anticiperen.
9. In diezelfde zin geldt dat de wetgever niet heeft toegelicht waarom een crisis die langer dan zes maanden duurt tot het ondernemingsrisico van de werkgever behoort. In de MvT (pag. 11) wordt hierover opgemerkt dat werkgevers zich op deze maximale tijdsduur kunnen instellen omdat deze vooraf bekend is, en zich in het geval van een crisis kunnen voorbereiden op de fase na deze zes maanden. Echter is in recente jaren gebleken dat niet altijd duidelijk is hoe lang een crisis duurt. De commissie geeft in overweging een langere periode tot uitgangspunt te nemen gelet op het doel van het wetsvoorstel: personeelsbehoud.² Voor het verkrijgen van een ontslagvergunning om bedrijfseconomische redenen, is het aan de werkgever om aan tonen dat er sprake is van een duurzaam verval van arbeidsplaatsen, over een toekomstige periode van tenminste zes maanden bezien (artikel 7:669 lid 3 sub a BW). Om de werkgever in staat te stellen personeel te behouden en ontslagen op bedrijfseconomische gronden te voorkomen, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij een langere periode dan zes maanden.
10. Bovendien ligt het beëindigen van arbeidsrelaties juist voor de hand bij een langdurige crisis (zie ook het duurzaamheidsvereiste van artikel 7:669 lid 3 sub a BW), terwijl dit tijdens en gedurende 4 maanden na afloop van het subsidietijdvak niet is toegestaan. Als de werkgever toch een ontslagvergunning om bedrijfseconomische gronden aanvraagt, resulteert dit in een verplichting om het bedrag aan verminderde loondoorbetaling aan de werknemer(s) in kwestie terug te betalen en wordt de loonsubsidie per individuele werknemer verlaagd (pag. 34 MvT). De commissie adviseert dit ontslagverbod na afloop van het subsidietijdvak te heroverwegen.
11. Een werkgever kan slechts eenmaal per crisis een aanvraag indienen (plus maximaal twee verlengingen voor aansluitende periodes). Gedurende de COVID-19-crisis is echter

² Zie bijvoorbeeld pag. 33 van de MvT: "De inzet van de instrumenten is erop gericht om ontslagen om bedrijfseconomische redenen te voorkomen."

gebleken dat de gevolgen van een crisis kunnen fluctueren.³ Er was sprake van afwisselende lockdowns en maatregelen die in striktheid en impact veranderden, afhankelijk van de omstandigheden van dat moment. In deze fluctuaties over een langere periode is in het concept wetsvoorstel niet voorzien. Concreet kan dit betekenen dat de 'drempel' van 20% mogelijk op meerdere momenten wordt overschreden, maar niet in tussenliggende periodes.⁴ Een werkgever weet echter aan het begin van een crisis mogelijk nog niet welke impact de crisis later zal hebben, en welke periode voor hem het zwaarste zal zijn. Toch wordt van hem verwacht voor maar één periode een aanvraag in te dienen. Deze bepalende keuze in een onvoorspelbare situatie kan tot onredelijke en onwenselijke uitkomsten leiden.⁵ Op pag. 102 MvT wordt toegelicht dat het aanvragen van twee afzonderlijke, niet aaneengesloten vaststellingen niet de bedoeling is, maar waarom dit niet de bedoeling is, wordt niet nader toegelicht.

III Procedure versnellen

Ondernemingsraad

12. De commissie neemt tot uitgangspunt dat snelheid en duidelijkheid geboden zijn in tijden van crises. Uit een voorbeeld met tijdlijnen volgt dat de betrokkenheid van de ondernemingsraad mogelijk ernstige vertragende gevolgen kan hebben:⁶
- a. 1 januari start crisis;
 - b. 15 januari start crisistijdvak;
 - c. 18 januari adviesaanvraag – 3 dagen nadat de gevolgen worden opgemerkt duidt op een snel handelende werkgever;
 - d. 1 februari negatief advies ondernemingsraad;
 - e. 15 februari einde opschortingstermijn en beroep wordt ingesteld bij Ondernemingskamer door de ondernemingsraad;
 - f. 19 juni beschikking Ondernemingskamer;⁷
 - g. 20 juni initiële aanvraag bij UWV;
 - h. 1 augustus beschikking UWV – gebaseerd op de beslistermijn van zes weken.

³ In dit kader wordt eveneens opgemerkt dat niet altijd duidelijk zal zijn welke omstandigheid kwalificeert als de crisis: de situatie zelf (in dit voorbeeld: COVID-19), of de overheidsmaatregel ter beperking van de gevolgen daarvan (in dit voorbeeld: een lockdown).

⁴ Voorbeeld: van februari tot en met april is sprake van meer dan 20% verminderde arbeidscapaciteit, in mei tot en met september niet (terwijl alleen aansluitende verlenging mogelijk is), en vervolgens wordt deze drempel vanaf oktober wel weer gehaald, mogelijk voor langere periode.

⁵ Vervolg voorbeeld: de werkgever besluit het zekere voor het onzekere te nemen en de aanvraag voor de eerste (voorjaars)periode in te dienen. Deze werkgever kan er vervolgens mee worden geconfronteerd dat hij in de latere (najaars)periode in zwaarder weer komt, en moet mogelijk alsnog afscheid nemen van personeel. Dit personeel heeft in dat geval drie maanden loonvermindering moeten accepteren, om vervolgens alsnog te worden ontslagen in een periode waarin de crisis op zijn zwaarst is. Dit terwijl het concept wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om zes maanden van instrumenten gebruik te maken, en de werkgever in dit voorbeeld dus nog drie maanden aan subsidie 'over' heeft, maar die niet mag inzetten omdat het niet aansluitend is.

⁶ In het voorbeeld zijn de termijnen tot het maximale opgerekt. Het is denkbaar dat de ondernemingsraad sneller adviseert en en/of beroep instelt en dat de Ondernemingskamer en/of het UWV sneller beslissen. In tijden van crises moet er echter rekening mee worden gehouden dat de maximale termijnen gebruikt moeten worden.

⁷ Jaarverslag Ondernemingskamer 2022: een behandelperiode van 62 dagen (paragraaf 3.9.2,) plus een beslisperiode van 62 dagen (paragraaf 3.9.3) komt neer op 18 weken.

13. In dit voorbeeld kan de werkgever, die sinds januari in crisis verkeert, pas vanaf 19 juni een aanvraag indienen, waarbij de beschikking van UWV tot en met tien weken vanaf de datum van indiening kan terugwerken (artikel 4 lid 4), dus tot en met 11 april. Dat betekent dat het instrument van verminderde loondoorbetaling pas vanaf die datum kan worden toegepast, zodat de werkgever bijna drie maanden (gerekend vanaf 15 januari) misloopt. Bovendien kan herplaatsing niet met terugwerkende kracht worden toegepast, zodat de werkgever dit instrument pas vanaf 1 augustus kan inzetten. Dit instrument kan op grond van artikel 7:660a lid 1 echter slechts worden ingezet gedurende het crisistijdvak. Omdat het crisistijdvak maximaal 6 maanden duurt, te rekenen vanaf 15 januari, eindigt dit uiterlijk op 15 juli. De inzet van het instrument van herplaatsing is dus in zijn geheel niet meer mogelijk.
14. Gelet op het voorgaande, wordt geadviseerd om de opschortingstermijn en het beroepsrecht van de ondernemingsraad te laten vervallen, vergelijkbaar met het adviesrecht van artikel 30 WOR. Dit zorgt voor een versnelde en efficiëntere procedure en geeft de werkgever de mogelijkheid een aanvraag in te dienen nadat hij de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering in de gelegenheid heeft gesteld advies uit te brengen. Voorts kan worden overwogen de redelijke termijn van twee weken te verkorten, gelet op het feit dat het gaat om een crisissituatie waarin vaak elke dag telt. Om er alsnog voor te zorgen dat deze gelegenheid daadwerkelijk wordt geboden, kan artikel 7 lid 2 zodanig worden aangepast dat een aanvraag pas kan worden ingediend vanaf bijvoorbeeld een week nadat om advies is gevraagd of zoveel eerder als de ondernemingsraad een advies heeft gegeven. Het UWV dient het gegeven advies vervolgens mee te wegen bij de beoordeling of de werkgever geraakt is door de crisis als bedoeld in artikel 5, zodat het werknemersbelang voldoende is geborgd.
15. Op pag. 89 van de MvT wordt besproken dat de meeste leden van ondernemingsraden aangeven dat de mogelijkheid beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer wordt gezien als 'last resort', dat dit in de praktijk niet vaak gebeurt en dat er, ook vanuit de werkgever, alles aan wordt gedaan om er samen uit te komen. Dat betekent dat verval van dit beroepsrecht maar een beperkte impact heeft. Het UWV doet zijn eigen toets en bovendien heeft het versnellen van de procedure een significant voordeel voor alle betrokken partijen.
16. De werkgever is niet alleen verplicht de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering om advies te vragen, maar is tevens verplicht om voorafgaand aan het indienen van de initiële aanvraag bij UWV een belanghebbende vereniging van werknemers te informeren. Daarvoor wordt een meldpunt opgericht. Mede in acht nemende het recente TUI-arrest,⁸ is aan te raden te verduidelijken of dit 'slechts' een meldingsplicht betreft, of ook een overleg- of zelfs onderhandelingsplicht, met de (mogelijk vertragende) gevolgen van dien.

Voorfinanciering door werkgever

17. In het concept wetsvoorstel zijn meerdere fases onderscheiden (pagina 20 MvT), waarbij fase 3 bestaat uit de aanvraag voor loonsubsidie bij het UWV. Deze aanvraag kan op grond van artikel 14 lid 1 worden ingediend vanaf het moment dat van het loon over de subsidiabele uren in het subsidietijdvak loonaangifte is gedaan. Dat kan leiden tot de volgende tijdlijn:

⁸ Hoge Raad 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:673.

- a. 1 januari start crisis;
 - b. 15 januari start crisistijdvak (tot en met 14 maart);
 - c. 29 januari indiening initiële aanvraag bij UWV;
 - d. 12 februari beschikking UWV: de werkgever kan met terugwerkende kracht vanaf 15 januari t/m 14 maart de verminderde loondoorbetaling inzetten;
 - e. 1 april loonaangifte van loon dat betrekking heeft op subsidietijdvak;
 - f. 8 april aanvraag loonsubsidie;
 - g. 20 mei beschikking subsidieverlening UWV (termijn van zes weken: artikel 16 lid 1);
 - h. 3 juni betaling voorschot (termijn van twee weken: artikel 17 lid 3).
18. Het voorgaande betekent dat de werkgever de loondoorbetaling van januari, februari en maart, moet 'voorfinancieren' en pas in juni gecompenseerd krijgt. In geval van een crisis kan dit grote gevolgen hebben, gelet op de situaties waarvoor deze wet is bedoeld. Voor veel werkgevers zijn loonkosten meer dan de helft van de totale kosten, zodat een werkgever in crisissituatie mogelijk niet in staat is deze kosten dusdanig lang te blijven betalen. Deze lange doorlooptijd zou ook tot gevolg kunnen hebben dat een werkgever besluit toch te kiezen voor de optie van ontslag in plaats van de instrumenten onder het concept wetsvoorstel. Daarom wordt in overweging gegeven de termijnen van artikel 16 lid 1 en artikel 17 lid 3 in te korten, mede gelet op het feit dat in fase 1 al de inhoudelijke toets heeft plaatsgevonden of de werkgever geraakt is door de crisis.

IV Sociaalzekerheidsrechtelijk loonbegrip verduidelijken

19. Het voorgestelde artikel 7:660b lid 1 sub b BW bepaalt dat in afwijking van artikel 7:628 lid 1 BW over de uren waarin de werknemer de bedongen arbeid in verband met crisis niet kan verrichten, 90% wordt betaald door de werkgever. De MvT bij het concept wetsvoorstel vermeldt op pag. 66 dat uitgangspunt is dat een werknemer na afloop van een crisis geen negatieve inkomenseffecten mag ondervinden. Op pag. 65 wordt in dat verband erkend dat het SV-loonbegrip ook een rol speelt bij de dagloonvaststelling, berekening maatmanloon en bij verrekening van inkomsten. Aangegeven wordt dat er maatregelen worden voorgesteld om een en ander te repareren. Met andere woorden: voor wat betreft de genoemde sociaalzekerheidsrechtelijke onderwerpen blijft 100% van het loon het uitgangspunt in plaats van 90%. De commissie wenst hier de volgende 2 punten onder de aandacht te brengen.
- i. Allereerst heeft het de voorkeur van de commissie om terzake een algemene bepaling in paragraaf 5 van de wet (Wijziging andere wetten) zelf op te nemen in aanvulling op het voorgestelde artikel 7:660b lid 1 sub b BW. Dit te meer nu niet expliciet alle sociaalzekerheidsrechtelijke bepalingen die wijziging behoeven genoemd worden (bijvoorbeeld artikel 7 Schattingsbesluit, hoofdstuk 3 Algemeen inkomensbesluit socialezekerheidswetten).

Terecht wordt op pag. 70 van de MvT opgemerkt dat de loonvermindering ook effect heeft op de berekening van de transitievergoeding, zodat de Regeling looncomponenten en arbeidsduur aanpassing behoeft om in de nadelige gevolgen daarvan te voorzien.
 - ii. Verder valt op dat niet gesproken wordt over het loonbegrip in de zin van artikel 64 WW (betalingsonmacht). Indien de loonperiodes genoemd in artikel 64 (deels) samenvallen met een periode waarover het voorgestelde art. 7:660 b lid 1 sub b BW

geldt, rijst de vraag of het voor overname in aanmerking komende loon 90% dan wel 100% bedraagt. Ook dit punt dient expliciet in paragraaf 5 van de wet opgenomen te worden.

V Bestuursrechtelijke handhaving

20. Het concept wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid tot herziening, terugvordering en het opleggen van een boete door het UWV. Het verheugt de commissie te constateren dat hierbij oog is voor de in het bestuursrecht steeds meer aandacht krijgende 'menselijke maat' en het evenredigheidsbeginsel. Zo is aandacht besteed aan het 'doenvermogen' van werkgevers en is er voor gekozen om de bepalingen rond herziening/terugvordering/boete niet dwingendrechtelijk te formuleren maar als discretionaire bevoegdheden. De MvT vermeldt in dat verband dat het belangrijk wordt geacht dat het UWV ruimte heeft om rekening te houden met de omstandigheden en de ernst van de verwijtbaarheid van het optreden van de werkgever. Het verheugt de commissie tot slot dat in het voorgestelde artikel 3 tweede lid (de tot 1 augustus 1996 in de sociale zekerheid geldende) 5 jaarstermijn bij herziening/terugvordering weer in ere is hersteld. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.