

Vergaderjaar 2011–2012

33 075

Voorstel van wet van het lid Koşer Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Doel en strekking van het wetsvoorstel

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt een wijziging van het ontslagrecht tot stand te brengen ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag. Het voorstel maakt een einde aan het naast elkaar bestaan van twee verschillende ontslagroutes met onuitlegbaar grote verschillen in doorlooptijd, procesgang en ontslagvergoedingen en derhalve fors negatieve gevolgen voor de rechtszekerheid. Het voorstel maakt een einde aan de ongelijke behandeling van gelijksoortige gevallen, welke een gevolg is van dit duale stelsel. Het voorstel maakt een einde aan de dynamiek van het huidige systeem dat de werkgever de keuze laat tussen de beide ontslagroutes en hoger (betaald) personeel in de praktijk met betere ontslagvergoedingen bedient dan lager (betaald) personeel. Het voorstel maakt een einde aan het niet van toepassing zijn van de regels van het bewijsrecht en het ontbreken van een beroepsmogelijkheid bij de toetsing door het UWV en het niet toepassen van de regels van het bewijsrecht en het ontbreken van hoger beroep en cassatie in de ontbindingsprocedure op grond van art. 7:685 BW. Het voorstel neemt afscheid van de onoverzichtelijkheid (een «doolhof») van het huidige ontslagrecht. Het voorstel neemt afscheid van een systeem dat uitnodigt (en heeft geleid) tot een juridisering van de arbeidsverhoudingen. Het voorstel neemt afscheid van een complex ontslagrecht dat het in (vaste) dienst nemen van werknemers belemmert. Het voorstel maakt een einde aan het onrechtvaardige karakter van de tweedeling op de arbeidsmarkt tussen de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (de «*insiders*») en degenen die al of niet in dienstverband (flexwerkers en zzp'ers) op flexibele basis aan de slag zijn en, hoewel zij daar naar streven, niet of nauwelijks nog in aanmerking komen voor een vast dienstverband (de «*outsiders*»).

Het voorstel voorziet in een enkelvoudige opzet van het ontslagrecht: de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een repressieve volle toetsing door de onafhankelijke rechter. Deze aanpak biedt de mogelijkheid gelijke gevallen op gelijksoortige wijze te behandelen. Het

voorstel verschaft een overzichtelijk geheel van regels. Het voorstel zorgt ervoor dat arbeidsverhoudingen zonder bijzondere risico's van juridisering kunnen gedijen. Het voorstel bevat een eenvoudig vorm te geven hoorplicht voor de werkgever van de op te zeggen werknemer en introduceert daarmee een passende norm van goed werkgeverschap. Het voorstel neemt bij de toetsing van ontslagkwesties door de rechter tot uitgangspunt dat in een zichzelf respecterende democratische samenleving de rechtsgang met voldoende waarborgen moet zijn omkleed. Daarbij hoort de toegang tot een onafhankelijke rechter en een juiste omgang met het bewijsrecht en ten aanzien van een belangrijk onderwerp als het ontslagrecht de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. Het voorstel neemt belemmeringen voor het in vaste dienst nemen van werknemers weg met behoud van een rechtvaardig niveau van rechtsbescherming van de werknemer.

Het ontslagrecht beweegt zich in een complex spanningsveld van betrokken belangen. Het voorstel komt met een betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid. Het gaat om een rechtvaardiger evenwicht tussen de belangen gemoeid met een maatschappelijk verantwoord niveau van individuele en collectieve rechtsbescherming van de werknemer en de belangen van een goede arbeidsmarkt waarbij bedrijven kunnen inspelen op wisselende marktomstandigheden tegen aanvaardbare kosten en risico's.

2. Historisch perspectief

Het ontslagrecht is al tientallen jaren onderwerp van discussie, debat en onderzoek. Dit geldt voor de politiek, de sociale partners, de wetenschappelijke arena en de praktijk. In het verleden is herhaaldelijk tevergeefs getracht tot een wijziging van het ontslagrecht te komen. Diverse herzieningsvoorstellen zijn verschenen en om wisselende redenen weer ingetrokken of anderszins gesneuveld. Voor een overzicht van wat er tot 2000 heeft gespeeld, verwijst deze memorie van toelichting naar het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (de Commissie «ADO») van 2000.¹ Deze commissie kwam met eigen voorstellen voor een nieuwe opzet van het ontslagrecht. Deze voorstellen zijn door het toenmalige kabinet ter advisering voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid. In 2003 adviseerde de Stichting van de Arbeid negatief over een aanpassing van het ontslagrecht.² Het bleef vervolgens enige tijd stil. Op 3 juli 2007 deed de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een nieuwe poging. In een brief aan de Stichting van de Arbeid werd aangegeven dat het kabinet voornemens was tot een regeling te komen op de aandachtsgebieden scholing, beëindiging arbeidsovereenkomsten en het regime dat geldt voor tijdelijke contracten. De als bijlage bij de brief gevoegde notitie *Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht* zocht een nieuw evenwicht tussen werkzekerheid, inkomenszekerheid en investeren in de toekomst. De brief en de bijlage waren geplaatst in de sleutel van een verhoging van de arbeidsparticipatie. De minister vroeg de Stichting van de Arbeid advies en stelde dat het ging om een integraal en samenhangend pakket, waarbij de verschillende onderdelen wederzijds een voorwaarde voor elkaar waren.³ Het plan ontmoette kritische geluiden in de wetenschappelijke literatuur.⁴ Toen bleek dat de sociale partners geen gezamenlijke steun gaven, werd het voorstel nog voor het einde van 2007 weer ingetrokken.⁵ Het onderhavige wetsvoorstel onderschrijft de wenselijkheid van een wijziging van het ontslagrecht, maar kiest voor een andere oplossing dan de voorstellen van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit 2007. De urgentie is sinds 2007 slechts toegenomen door de omstandigheid dat de tweedeling op de arbeidsmarkt zich verdiept, de onrechtvaardigheden in het huidige ontslagrecht steeds zichtbaarder worden en

¹ Het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (de Commissie «ADO»), *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000, p. 17–30.

² Stichting van de Arbeid, Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 7/03 van 15 juli 2003.

³ De notitie Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, bijlage 1 bij de brief van het Ministerie van SZW van 3 juli 2007 aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid met als kenmerk AV/IR/2007/23064. Het plan is van commentaar voorzien door de Stichting van de Arbeid in advies 5/07 van 30 augustus 2007.

⁴ G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht* volgens Donner, *SR* 2007, p. 231–232, H.W.M.A. Staal, *De varkenscyclus van het Nederlandse wettelijke ontslagrecht*. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is, *SMA* 2007, p. 315–319, F. van der Hoek en M.V. Ulrici, *Naar een nieuw ontslagstelsel of een nieuwe kantonrechtformule*, *SMA* 2007, p. 356–359, E. Verhulp, *Herziening ontslagrecht*, het is nooit goed of het deugt niet, *SR* 2007, p. 317–326.

⁵ J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Monografieën Sociaal recht, Deel 27, tweede druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 1–37.

ons land juist in deze periode van economische onzekerheid alle zeilen bij behoort te zetten belemmeringen op de arbeidsmarkt weg te nemen. Het afscheid nemen van een onrechtvaardig en onoverzichtelijk systeem heeft welbeschouwd altijd een hoge urgentie. Deze opmerking wint nog aan kracht door de gedachte dat klachten bij het Europees Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) over de toetsingsprocedure bij het UWV of de ontbindingsprocedure een aanzienlijke kans van slagen hebben. Het kabinet zet geen stappen in de richting van een aanpassing van het huidige systeem, hetgeen noodzaakt tot indiening van dit voorstel van wet.

3. De bestaande situatie

3.1. Twee ontslagroutes

Een werkgever kan het dienstverband met een werknemer doen eindigen via opzegging. De werkgever moet beschikken over toestemming van het publiekrechtelijk lichaam Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Na de opzegging door de werkgever heeft de werknemer de mogelijkheid een vordering in te stellen bij de kantonrechter wegens kennelijk onredelijk ontslag. Deze memorie noemt deze route (de combinatie van een preventieve toetsing door het UWV en de mogelijkheid voor de werknemer zich achteraf tot de rechter te wenden wegens kennelijk onredelijk ontslag) de BBA-route. Er is een alternatief. De werkgever kan, overigens net als de werknemer, aan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Deze memorie noemt deze route de ontbindingsroute.

3.2. Omtrent de BBA route

De toetsing door het UWV vloeit voort uit artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Deze bepaling stelt dat, behoudens de opzegging wegens een dringende reden, tijdens de proeftijd of bij faillissement, een werkgever voorafgaand aan een opzegging toestemming van het UWV moet hebben ontvangen. De strekking van de bepaling is gericht op het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag in het belang van zowel de betrokken werknemer als de Nederlandse arbeidsmarkt. Het UWV toetst vooraf of het voorgenomen ontslag redelijk is (de algemene toetsingsmaatstaf van art. 3:1 Ontslagbesluit). De toetsingscriteria liggen vast in een op artikel 6 lid 3 BBA gebaseerde ministeriële regeling: het Ontslagbesluit.¹ Het BBA dateert van 5 oktober 1945.² Het BBA was een noodmaatregel van tijdelijke aard. Met de toepassing van art. 6 BBA werd beoogd het algemeen belang, gelegen in het herstel van de nationale economie, te dienen.³ Het BBA is nooit ingetrokken.

Het UWV dient zich te richten naar het Ontslagbesluit en rapporteert aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁴ De overheid wenst een ontslagbeleid te kunnen voeren en heeft via het Ontslagbesluit de mogelijkheid de vinger aan de pols te houden.⁵

Het UWV oordeelt over de vraag of opzegging door de beugel kan. Deze instantie heeft niet de bevoegdheid te oordelen over de vraag of de werkgever een ontslagvergoeding moet betalen en zo ja, hoeveel. Het oordeel over de vergoeding is aan de rechter. Het UWV oordeelt slechts op basis van aannemelijkheden. Er is geen beroepsmogelijkheid. Artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt dat bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen een ieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft

¹ Besluit van 7 december 1998, *Stcrt* 1998, nr. 238, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt*. 2009, 19487.

² KB van 5 oktober 1945, *Stb.* F 214.

³ H. Naber, Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht? (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 305–308.

⁴ Zie voor een overzicht van de middelen tot ministerieel ingrijpen: J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Monografieën Sociaal recht, Deel 27, tweede druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 139 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 390–391.

⁵ *Kamerstukken II*, 1994–1995, 22 977, nr. 6, p. 1.

¹ EHRM 28 juni 1990, *NJ* 1995, 491 m.nt. EAA (Obermeier/Oostenrijk).

² P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, «Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM», *NJB* 1990, p. 1312–1313; Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, «Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht», *SMA* 1991, p. 214–221; G.J.J. Heerma van Voss, «Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraak», in: B. Barentsen e.a. (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 30, Deventer: Kluwer 2001, p. 6; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Thematia*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 408–410; H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 240–247; L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 59, Deventer: Kluwer 2010, p. 9–10; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 358; L.G. Verburg, «Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM», *Ars Aequi* 2011, p. 284–289 en, met enige nuanceringen, D.M.A. Bij de Vaate, «Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van artikel 6 EVRM», *ArA* 2011/2, p. 34–62.

³ Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM Bulletin* 1989, p. 181 e.v. (*Pally*), Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12 en Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, *JAR* 1995/65. Het toenmalige kabinet nam ten onrechte de zienswijze van de Haagse rechtbank over. *Kamerstukken II* 1989–1990, 21 479, B, p. 1–3.

⁴ HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam).

⁵ F.J.L. Pennings, «Nederlands arbeidsrecht in een internationale context», Monografieën Sociaal Recht, Deel 43, Deventer: Kluwer 2007, p. 224. Vergelijk ook Ktr. Eindhoven 17 april 2007, *JAR* 2007/131.

⁶ En over de ontbindingsprocedure: «Faster, but also more expensive, as firms face much higher severance pay obligations».

⁷ Nationale Ombudsman, «Naar een eerlijke ontslagprocedure», Rapport 2007/260 van 21 november 2007.

⁸ Heerma van Voss stelde hierover al in 2004: «Vakbonden zullen aan hun achterban de mythe moeten blijven verkopen dat de CWI-procedure de werknemers beschermt tegen onrechtvaardig ontslag, terwijl de werkelijke functie van de CWI-procedure is dat de werkgever op kosten van de gemeenschap wordt geadviseerd hoe hij zich bij ontslag moet indekken tegen juridische procedures». G.J.J. Heerma van Voss, «ADO en STAR, de discussie gaat verder», in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 111–121, op p. 114.

⁹ C.G. Scholtens, «Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940–1945», *ArA* 2005/3, p. 28–59, op p. 59.

geoordeeld dat een ontslagkwestie binnen het bereik valt van artikel 6 EVRM.¹

Het UWV is geen «onafhankelijke rechterlijke instantie» als bedoeld in artikel 6 EVRM. De literatuur is eenduidig van oordeel dat de UWV-procedure strijdig is met het beginsel van een eerlijk proces als neergelegd in artikel 6 EVRM.² Het feit dat de werkgever en de werknemer ten aanzien van een onjuist geachte beslissing van het UWV de Staat kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad, lost dit probleem niet op. In deze procedure tegen de Staat is geen sprake van een toetsing van het oordeel van het UWV. De andersluidende jurisprudentie van de Haagse rechtbank van twintig jaar geleden is strijdig met de jurisprudentie van het EHRM.³

De opgezegde werknemer kan bij de kantonrechter een vordering instellen op de grond dat het ontslag kennelijk onredelijk is (art. 7:681 BW). Komt de rechter tot het oordeel dat dit het geval is, dan dient de rechter een ontslagvergoeding toe te kennen. De beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag vindt plaats in een gewone procedure, waarin de regels van het bewijsrecht gelden, en de hoogte van de vergoeding wordt in deze procedure vastgesteld aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen.⁴ Het oordeel van de kantonrechter is onderworpen aan hoger beroep en cassatie. De artikel 7:681 BW-procedure speelt geen rol bij de vraag of de UWV-procedure voldoet aan artikel 6 EVRM. De 681-rechter toetst een opzegging op kennelijke onredelijkheid. De 681-rechter toetst niet het oordeel van UWV. De artikel 7:681 BW-procedure voldoet overigens zelf wel aan de normen van artikel 6 EVRM.

De kritiek op de procedure bij het UWV is nooit verstomd.⁵ Het Economic Survey van de OESO van januari 2008 betreffende het Nederlandse ontslagrecht stelt over de UWV-procedure: «*The procedure is bureaucratic, involves long notice periods and comes with unpredictable results*».⁶ De Nationale Ombudsman rapporteerde in november 2007 naar aanleiding van een eigener beweging uitgevoerd onderzoek over de procedure bij het UWV (indertijd aangeduid met CWI).⁷ De Ombudsman trok de conclusie dat de procedure niet eerlijk verloopt: «De CWI-procedure scoort op vrijwel alle belangrijke vereisten voor een eerlijke procedure niet goed voor de werknemer. De werknemer bevindt zich in veel opzichten in vergelijking met de werkgever in een nadelige positie».⁸ Het UWV gaf in het commentaar op het concept van het rapport aan dat op twee punten het wettelijk kader (BBA en Ontslagbesluit) parten speelt. Het was niet mogelijk nadere informatie bij de werknemer in te winnen, terwijl dat wel bij de werkgever gebeurt, en het was niet mogelijk in alle op tegenspraak gevoerde procedures gelegenheid te bieden voor een mondelinge toelichting door de werkgever en de werknemer. De Ombudsman ervoer het standpunt van het UWV in beide gevallen als strijdig met de Awb. Het UWV heeft de spelregels ten aanzien van het mondeling horen van partijen genuanceerd, maar partijen hebben (nog steeds) geen recht op een mondelinge behandeling. Het UWV kan op verzoek van een der partijen of zelfstandig overgaan tot een mondelinge behandeling, maar hoeft dit niet te doen. Geen enkel ander OESO-land kent een regeling van preventieve toetsing van ontslagen als die van het BBA. Niemand heeft het Nederlandse concept als voorbeeld overgenomen. Duitsland heeft een soortgelijke regel afgeschaft in 1951.⁹

3.3. Omtrent de ontbindingsroute

Het bedrijfsleven is indertijd de preventieve toetsing op grond van het BBA als knellend gaan ervaren. Dat lag aan de wijze waarop de rechtsvoorgangers van het UWV aan de procedure invulling gaven, de looptijd

van de procedure, de eisen waaraan een werkgever moet voldoen en de onvoorspelbaarheid van het resultaat. Werkgevers zochten een andere route en vonden die in de ontbindingsprocedure via de kantonrechter (art. 7:685 BW). De opmars van de ontbindingsroute is eind zeventiger jaren van de vorige eeuw begonnen.¹ De ontbindingsroute heeft zich ontwikkeld tot een volwaardige tweede hoofdweg naast de BBA-route. Tot kort geleden hielden beide routes elkaar qua aantallen grosso modo in evenwicht. De laatste twee jaar heeft door vooral de crisis het aantal procedures bij het UWV op grond van bedrijfseconomische redenen een sterke groei laten zien. Tezelfder tijd nam het aantal ontbindingsprocedures af. Dit houdt verband met het feit dat door een wetwijziging in 2006 het voor een veilig stellen van het recht op een WW-uitkering bij een vertrekregeling op initiatief van de werkgever (de vaststellingsovereenkomst met een einde met wederzijds goedvinden) niet langer nodig is een formele ontbindingsprocedure te voeren. In 2009 en 2010 valt het aantal procedures bij het UWV daarom hoger uit dan het aantal ontbindingsprocedures.²

In de ontbindingsroute verzoekt de werkgever aan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. De procedure is gericht op een spoedige beslissing in één instantie. De kantonrechter beoordeelt op basis van hetgeen hem aannemelijk voorkomt of de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen en, zo ja, of het billijk is een vergoeding toe te kennen. Hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten.

Artikel 6 EVRM heeft ook betrekking op verzoekschriftprocedures als die van artikel 7:685 BW.³ De ontbindingsrechter is een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Iedere partij heeft de mogelijkheid zijn zaak aan de rechter te presenteren op dezelfde voet en onder dezelfde voorwaarden als de tegenpartij. Beide partijen hebben toegang tot het gepresenteerde materiaal en/of de opmerkingen van de andere partij.⁴ Het EHRM heeft meer dan eens beslist dat artikel 6 EVRM geen recht op hoger beroep verschaft.⁵

Toch valt ook de ontbindingsprocedure bezwaarlijk te beschouwen als een eerlijk proces. De ontbindingsrechter stelt burgerrechtelijke rechten en verplichtingen vast zonder dat hij de mogelijkheid heeft de onderliggende feiten te onderzoeken. Het bewijsrecht vindt geen toepassing. Deze aanpak geeft snel duidelijkheid over het einde van het dienstverband en de te betalen ontslagvergoeding, maar de ontbindingsrechter moet de knopen doorhakken op basis van de informatie die partijen vaak onder aanzienlijke tijdsdruk bijeen moeten brengen. Of deze informatie klopt met de werkelijkheid, is bij betwisting door de wederpartij niet verifieerbaar. De zaak wordt beslist door een alleensprekende rechter. Hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten.

Het is aannemelijk dat de combinatie van het ontbreken van de toepassing van het normale bewijsrecht, het hoge tempo van de ontbindingsprocedure, de behandeling door één rechter en het ontbreken van hoger beroep en cassatie tot gevolg heeft dat de artikel 7:685 BW-procedure strijd oplevert met het beginsel van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM.⁶

3.4. De verschillen tussen de BBA-route en de ontbindingsroute en de daaruit voortvloeiende ongelijkheden

De werkgever heeft de keuze tussen beide routes. Die keuze heeft verstrekken gevolgen. Het verschil in looptijd tussen beide routes is aanzienlijk. De verschillen in ontslagvergoeding tussen de BBA-route en de ontbindingsroute zijn aanzienlijk. Veel werkgevers kiezen juist voor de BBA-route met de gedachte dat bij succes voor de werkgever bij het UWV WERKbedrijf de werknemer afziet van verder procederen over de vergoeding. De kans op een (hogere) vergoeding ligt voor de werknemer

¹ E.G. van Arkel, *A just cause for Dismissal in the United States and the Netherlands* (diss. Rotterdam), Bakelsreeks, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 232 e.v., W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 23, en R.A.A. Duk, «Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: *shall the Twain ever meet?*», *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, op p. 19. Van Peijpe stelt dat wij niet moeten vergeten dat toch vooral het «abnormale karakter» van het Nederlandse ontslagrecht, gevolg van een onder buitengewone omstandigheden gegeven decreet (het BBA), de hoge vlucht van de ontbindingsprocedure veroorzaakte. T. van Peijpe, «AW of BW?», *SMA* 2005, p. 403–405, op p. 404.

² P. Kruit en C.J. Loonstra, «Statistiek ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland!», *ArbeidsRecht* 2010/6/7, 27, en P. Kruit en C.J. Loonstra, «Statistiek ontbindingsvergoedingen 2010: the year after», *ArbeidsRecht* 2011/5, 25.

³ EHRM 24 oktober 1979, Serie A, vol. 33 (*Winterwerp*). Zie P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 42 e.v.

⁴ Vergelijk EHRM 6 juli 2010, *EHRC* 2010/109 (Pocius/Litouwen).

⁵ EHRM 26 oktober 1984, *NJ* 1988, 744 m.nt. EAA (De Cubber/België). Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent, 4 2009, p. 9.

⁶ Alt komt tot dezelfde conclusie. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 234–239. Zie eerder in soortgelijke zin M. Kuijer en S.F. Sagel, «Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW in het licht van art. 6 EVRM», *SR* 2001, p. 50–57, F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Serie *Recht en Praktijk*, Deel 138, Deventer: Kluwer 2005, p. 53 en L.G. Verburg, «Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM», *Ars Aequi* 2011, p. 284–289.

in de ontbindingsroute veel gunstiger dan bij de BBA-route. Dit geldt voor de vraag of er überhaupt een vergoeding komt en voor de vraag hoeveel dat dan zal zijn. Op een wezenlijk punt als de vergoeding laat de wetgever een aan niemand uit te leggen ongelijke behandeling toe van materieel gelijke gevallen.

Kleine werkgevers kiezen veelal voor de BBA-route, beducht voor de hoge vergoedingen bij de ontbindingsrechter, grote werkgevers kiezen voor de ontbindingsroute, bezorgd over de procedurele eisen aan het aannemelijk maken van de ontslaggrond en de onberekenbaarheid van de BBA-route.¹ Het bedrijfsleven kiest ten aanzien van lager personeel eerder voor de BBA-route met de bijpassende lagere vergoeding (slechts verschuldigd, indien de rechter in de artikel 7:681 BW-procedure het ontslag kennelijk onredelijk oordeelt). Ten aanzien van ontslagen op het niveau van het management kiest men meestal voor de ontbindingsroute met de hogere vergoeding (conform de kantonrechttersformule). Het bedrijfsleven komt op de hogere functie niveaus in de praktijk nauwelijks tot dossieropbouw en op de allerhoogste posities al helemaal niet. Een gebrek aan dossieropbouw voert bij een dispuut over functioneren in de BBA-route (veelal) tot een weigering van de toestemming wegens het ontbreken van waarschuwingen en andere zichtbare pogingen het functioneren zonder ontslag op een aanvaardbaar niveau te brengen.² Zwaardere managementfuncties zullen derhalve veel minder vaak op het lagere vergoedingsniveau van artikel 7:681 BW worden «afgerekend».

¹ Kamerstukken II 2004–2005, 30 109, nr. 1, p. 38–39. Vergelijk F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006, p. 44–45, *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, Bureau Bartels, Amersfoort, 2006, p. 48 (naarmate het bedrijf groter is neemt de voorkeur voor de ontbindingsrechter significant toe) en L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer 2008, p. 27–29. Zie ook de OECD Employment Outlook 2004, p. 70.

² Vergelijk R.A.A. Duk, *Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the Twain ever meet?*, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, p. 20.

³ R. Knegt, «Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel», *SR* 2006/10, 59, p. 290/292, en F.B.J. Grapperhaus, «De kredietcrisis en de gemiste kansen in het arbeidsrecht», *TRA* 2009/5, p. 3–4.

⁴ De OESO in 2004: «... *severance payments may not be sufficient for individuals who are at high risk of long-term unemployment, while individuals with more secure labour market status, such as highly-educated workers, may be overcompensated*». Policy Brief OECD 2004 Employment protection: the costs and benefits of greater job security, p. 4. Loonstra: «Te weinig werknemers krijgen bij einde dienstverband te veel en te veel werknemers ontvangen bij einde dienstverband te weinig (of niets).» C.J. Loonstra, «Het systeem van het ontslagvergoedingsrecht», in: *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw*, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 309–326, op p. 324.

⁵ HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburg-Pekel).

⁶ De verwijzing naar een «onoverzichtelijk» en «onbegrijpelijk» systeem dateert al van het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw. H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 308.

Uit onderzoek blijkt dat de ontbindingsrechter bij hogere inkomens hogere vergoedingen toewijst. Niet alleen vanwege het feit dat het maatgevende loon nu eenmaal hoger is: hoe hoger het inkomen, des te meer maanden salaris ontvangt men als ontbindingsvergoeding.³

Veel lager betaalde werknemers uit het kleinere bedrijfsleven komen zonder of met een zeer geringe vergoeding («goedkoop») op straat te staan en ondervinden het nadeel van een arbeidsmarkt die juist uitgaat van en rekening houdt met forse ontslagvergoedingen met een bijbehorend beducht zijn voor het aangaan van vaste dienstverbanden.⁴

Kortom, het bestaande systeem werkt ongelijkheid in de hand: ongelijkheid tussen de 681-vergoeding en de ontbindingsvergoeding, ongelijkheid tussen kleiner en groter bedrijfsleven, ongelijkheid tussen lager (betaald) personeel en hoger (betaald) personeel.

3.5. Het ontslagrecht is onoverzichtelijk

Het ontslagrecht is als gevolg van de dualiteit in de ontslagroutes, de verschillen in looptijd, de complicaties rond de afbakening van geschillen in verband met de bijzondere aard van de ontbindingsprocedure en bovendien de mogelijkheid tijdens de ontslagrit van route te veranderen, eventueel ook als tegenzet van de wederpartij⁵, berucht complex en onoverzichtelijk.⁶

Deze memorie geeft nog enige voorbeelden van gevallen die de gedachte versterken dat het wel erg ingewikkeld is geworden.

Krachtens art. 9 BBA is een opzegging zonder toestemming van het UWV vernietigbaar. Deze regel geldt niet bij een geldig ontslag op staande voet. Over de vraag of een dringende reden bestond kan men stevig procederen. De krijgskansen zijn vooraf moeilijk te voorspellen. Werkgevers plegen het risico van verlies in te dammen via de weg van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure. In deze laatste procedure verzoekt de werkgever de rechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor het geval dat later in rechte komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet al eerder door het ontslag op staande voet tot een einde kwam, maar door het ontbreken van een genoegzame dringende reden toch nog bestond. Dergelijke zetten lokken weer tegenzetten uit. Het effect is (vaak) een barrage van procedures met zelfs een mogelijke switch van proces-

route door de werknemer (eerst het standpunt dat de opzegging vernietigbaar is met gevolg dat het dienstverband nog voortduurt, vervolgens het standpunt dat de opzegging op zich in stand blijft, maar wel met de verplichting voor de werkgever schadevergoeding te betalen).¹ De werkgever die zijn werknemer op staande voet ontslaat, komt net als de ontslagen werknemer in een juridisch mijnenveld terecht. Het is niet mogelijk disputeren over de werking van een concurrentiebeding (artikel 7:653 BW) gelijktijdig in de ontbindingsprocedure op te lossen, terwijl partijen de hoogte van de ontbindingsvergoeding en het al of niet gebonden worden aan een concurrentiebeding vaak als onlosmakelijk verbonden beschouwen. Het is niet altijd duidelijk wat de ontbindingsrechter wel en niet tot zijn terrein mag rekenen. In de praktijk voert dit onder meer tot het risico dat de werkgever twee keer moet betalen: zowel een ontslagvergoeding in de ontbindingsprocedure als de ontslagvergoeding die men contractueel had afgesproken.²

Woont een in Nederland werkzame werknemer van een Nederlandse werkgever over de grens, dan heeft art. 20 EEX-Vo tot effect dat de Nederlandse ontbindingsrechter niet bevoegd is. Dat heeft tot gevolg dat de werkgever alleen de BBA-route tot zijn beschikking heeft of een buitenlandse rechter zo ver moet proberen te krijgen dat deze art. 7:685 BW toepast en ontbindt.³

3.6. De in het verleden gekozen balans tussen flexibiliteit en zekerheid heeft geleid tot een tweedeling op de arbeidsmarkt

Veel EU-landen hebben de afgelopen decennia ten aanzien van de arbeidsmarkt gezocht naar wegen om wensen van werkgevers en werknemers op het gebied van rechtszekerheid te combineren met wensen op het gebied van flexibiliteit. Men refereert aan het «*flexicurity*» concept, een combinatie van de woorden flexibiliteit en zekerheid. Het gaat om «*the strategy which aims to simultaneously strengthen flexibility and security for the benefits of both parties in an employment relationship*». ⁴Het betreft het vinden van een balans tussen rechtsbescherming voor werknemers en flexibeler vormen van arbeid om adequaat in te kunnen spelen op wisselende marktomstandigheden, *balancing job protection and flexible working*.⁵

De begrippen flexibiliteit en zekerheid zijn niet scherp omlijnd. «Flexibiliteit» kan betrekking hebben op een losser maken van de regels van het ontslagrecht betreffende vaste dienstverbanden en/of op een verruiming van de mogelijkheid opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd aan te gaan. Bij «zekerheid» kan men denken aan bescherming tegen ontslag (baanzekerheid), bescherming tegen werkloosheid (werkzekerheid) of bescherming tegen een op een ontslag volgend inkomensverlies (inkomenszekerheid). De eerste soort bescherming richt zich met name op het ontslagrecht, de tweede soort bescherming concentreert zich op werkzekerheid en daaraan gerelateerde maatregelen, bijvoorbeeld op het gebied van scholing («*employability*», «*life long learning strategies*»). De derde vorm van zekerheid heeft betrekking op het sociale zekerheidsrecht (vangnetten als de WW en WWB). De EU-Commissie stuurt aan op werkzekerheid: «*Flexicurity aims at ensuring that EU citizens can enjoy a high level of employment security, i.e. the possibility to easily find a job at every stage of active life and have a good prospect for career development in a quickly changing economic environment.*»⁶ Nederland voerde op 1 januari 1999 de Wet Flexibiliteit en zekerheid (de Flexwet) in.⁷ De Flexwet zocht de balans tussen flexibiliteit en zekerheid niet binnen een en dezelfde arbeidsrelatie en streefde nauwelijks naar een zeker evenwicht tussen de diverse soorten arbeidsrelaties. Ons huidige ontslagrecht concentreert zich niet op werkzekerheid. De Flexwet liet de vaste dienstverbanden nagenoeg buiten schot (dit «nagenoeg» ziet op de

¹ HR 7 juni 2002, JAR 2002/155 (Greeven/Connexxion).

² Zie HR 2 april 2004, JAR 2004/112 (Blakborn/Drankencentrale), HR 25 juni 2004, JAR 2004/169 (Stichting De Zonnehof/Swart), Ktr. Breda 14 januari 2009, JAR 2009/80 (wachtgeldregeling en ontbindingsvergoeding) en Hof Amsterdam 16 maart 2010, JAR 2010/178 (contractuele vergoeding en ontbindingsvergoeding).

³ Arbeidsrechtbank Tongeren 23 juli 2002, JAR 2002/199. Ktr. Eindhoven 22 augustus 2002, JAR 2002/215. S.W. Kuip, Relatieve competentie: de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, *ArbeidsRecht* 2003/1, 2. Ktr. Eindhoven 12 november 2004, JAR 2005/3. Ktr. 's-Hertogenbosch 2 juni 2005, JAR 2005/161. Hof Amsterdam 27 mei 2008, JAR 2008/163. Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 21 oktober 2008, JAR 2008/297. J.H. Even, De rechtsmacht van de Nederlandse ontbindingsrechter aan de hand van de EEX-Verordening, *TAP* 2009/1, p. 24–29. Ktr. Sittard-Geleen 30 juli 2009, JAR 2009/242. Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2010, JAR 2011/40 m.nt. Franssen (Fromatech Ingredients BV).

⁴ EU-Council document 17047/1/08 REV 1 van 12 december 2008 met als onderwerp: «Implementation of the common principles of flexicurity within the framework of the 2008–2010 round of the Lisbon Strategy – Report by the «flexicurity» mission», p. 3.

⁵ Bob Hepple and Bruno Veneziani (ed.), *The transformation of Labour Law in Europe, A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*, Oxford: Hart Publishing Ltd. 2009, p. 6.

⁶ Towards Common Principles of Flexicurity, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2007) 359 final, 27.06.2007, p. 4. In dezelfde zin M. Weiss, *The future of European Social Policy*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2008/4, p. 1349–1381, op p. 1363.

⁷ Wet Flexibiliteit en zekerheid, Stb. 1998, 300. Deze wet (de Flexwet) vloeiende voort uit een akkoord dat in 1996 tussen werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid werd bereikt. Vergelijk over de totstandkoming P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, NJV 2001-I, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 40–44.

wijziging van de regeling van de opzegtermijnen en het bepaalde in art. 7:672 lid 4 BW) en zocht de flexibiliteit bij andere arbeidsrelaties.¹ De Tweede Evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid van 2007 stelt over deze vorm van een tweesporenbeleid: «Het niet verlengen of uitstellen van een tijdelijk dienstverband hoort daarbij. Weliswaar is te verwachten dat dergelijke voor werknemers nadelige effecten zullen toenemen in economisch slechtere tijden, maar dat is de keerzijde van de flexibiliteit die de wetgever de werkgevers uitdrukkelijk biedt».² Nederland is zeker niet het enige land. Ook andere Europese landen hebben een dergelijk tweesporenbeleid gevolgd.³ Wij kennen in ons land een relatief groot aantal flexwerkers (bepaalde tijd contracten, uitzendkrachten) en een nog groter en toenemend aantal zelfstandigen zonder personeel (de zzp'er).⁴ Het IMF in april 2010: «*Indeed, the increasing use of temporary workers has not only resulted in dual*

¹ Ook Houwing is kritisch over de balans die ons land heeft gevonden tussen flexibiliteit en zekerheid. Zie H. Houwing, «De Nederlandse aanpak van «flexicurity»? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk», *TRA* 2010/6/7, 56.

² Tweede evaluatie Wet Flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 50.

³ *Two-tier employment protection reforms* zijn in de afgelopen twintig jaar ook ingevoerd in België, Denemarken, Duitsland, Griekenland, Italië en Zweden. In geen van deze landen bracht dit een verandering in het niveau van ontslagbescherming van de *insiders*. W. Ochel, «The Political Economy of Two-Tier reforms of Employment Protection in Europe», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009), p. 237–260. Ochel stelt: «*Two-tier employment protection reforms are confronted with less resistance from incumbent workers than employment protection reforms of permanent jobs.*» Met andere woorden: «*Governments, however, have pursued a highly selective approach. They have left the existing provisions for permanent (or regular) employment protection only for temporary jobs. They have pursued a two-tier reform strategy, which consists of buying the support of incumbent employees by granting that the new arrangements will only apply to new contracts, not to them.*»

⁴ WRR rapport *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 91, rekent tot de flexwerkers de thuiswerkers, uitzendkrachten, seizoensarbeiders, vakantiewerkers en andere tijdelijke arbeidskrachten. Daarnaast onderscheidt men de freelancer, de zzp'er, detachering en arbeidspools. In de CBS-statistieken worden flexwerkers verdeeld in uitzendkrachten, oproep-/invalkrachten en de categorie «overig». Tot deze laatste categorie behoren onder andere tijdelijke arbeidskrachten, freelancers en min-/max-contracten. Zie *Monitor Arbeidsmarkt maart 2010* van het Ministerie van SZW, p. 7; de tekst vervolgt met: «De kenmerken van flexwerkers verschillen afhankelijk van het type contract. In het algemeen geldt dat jongeren vaker flexwerkers zijn dan ouderen, niet-westerse allochtonen vaker dan autochtonen en dat laagopgeleiden zijn oververtegenwoordigd onder flexwerkers.»

*track, two-tier labor arrangements but also blurred the boundary between dependent employment and self-employment».*¹ Er is voorts een toenemend gebruik van de payrollconstructie.² Een deel van de flexwerkers maakt de keuze voor flexwerk, omdat men geen vaste baan kan vinden. Een ander deel kiest voor flexwerk, omdat men de vrijheid wil houden werk en privé te combineren.³ Ouderen ondervinden meer dan gemiddeld de nadelige effecten, dat wil zeggen: de werkgever zorgt ervoor dat geen vast dienstverband ontstaat.⁴

Het aantal flexwerkers komt op zo'n 550 000 personen. Jongeren komen vaak niet verder dan flexibele contracten. Van het aantal werknemers met een flexibele arbeidsrelatie is bijna 39% jonger dan 25 jaar.⁵ Het aantal zzp'ers is lastig met precisie te bepalen. Een uniforme definitie ontbreekt. Het WRR rapport Investeren in werkzekerheid uit 2007 kwam op 800 000.⁶ Het SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 15 oktober 2010 gaat uit van een aantal zzp'ers van 675 000 voor het jaar 2007.⁷

De Inspectie Werk en Inkomen stelde in juli 2010 dat als gevolg van de crisis in eerste instantie de werkgelegenheid voor flexibele arbeidskrachten, zoals zzp'ers en uitzendkrachten, is afgenomen.⁸ De UWV Verkenning van april 2010 liet zien dat de flexibilisering van de arbeidsmarkt sterk is toegenomen, dat flexwerkers vaker een beroep doen op de WW en dat laaggeschoolden een slecht arbeidsmarkt perspectief hebben. Het aantal tijdelijke werknemers groeit de laatste jaren vrijwel continu. De vooruitzichten op een vaste baan voor werknemers met een tijdelijk contract zijn beperkt. Na twee jaar heeft één op de drie een vaste baan. Van de uitzendkrachten is dit één op de vijf. Flexwerkers stromen vier keer vaker de WW in dan werknemers met een vast dienstverband.⁹ Uit onderzoek naar de dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt blijkt dat arbeidsmarktbeleid dat er op gericht is meer tijdelijke banen te creëren op zijn best geen effect heeft op de werkloosheidsduur voor mensen die tijdelijke banen bekleden. Dat gevoegd bij de inherent hogere werkloosheidsincidentie bij tijdelijke werknemers kan leiden tot hogere in plaats van lagere werkloosheid. Volgens de onderzoekers valt te vrezen, dat de positieve effecten van tijdelijk werk (doorstroom naar vast werk) voornamelijk te vinden zijn bij werkenden die toch al een gunstige arbeidsmarktpositie hebben en dat de negatieve effecten (vaker werkloos) voornamelijk gelden voor diegenen met een minder florissant perspectief. De doorstroming naar vast werk is in Nederland laag in vergelijking met andere landen.¹⁰

¹ IMF, World Economic Outlook: Rebalancing Growth, April 2010, p. 76.

² De werknemer is bij payrolling niet rechtstreeks in dienst bij de «werkgever» en wordt evenmin als (reguliere) uitzendkracht ter beschikking gesteld. Het payrollbedrijf vervult de werkgeversrol en leent de werknemers aan de opdrachtgever uit. De opdrachtgever doet zelf de werving en selectie. Dit laatste aspect maakt de payrollovereenkomst tot een bijzondere uitzendovereenkomst. Het belangrijkste motief van de payrollconstructie betreft de flexibiliteitsbehoefte van de opdrachtgever. De werknemer heeft (veelal) niet de keuze tussen een dienstverband met de opdrachtgever zelf of met het payrollbedrijf. In een aantal gevallen hebben bedrijven zelfs hun bestaande personeelsbestand aan een payrollbedrijf overgedragen. Het toenemend gebruik van payrolling ondergraaft de regelgeving op het gebied van het ontslagrecht en beïnvloedt de bepalingen omtrent de aanpak van arbeidsongeschiktheid en re-integratie.

³ Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 32.

⁴ Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 39–50.

⁵ Kamerstukken II 2008–2009, 32 058, nr. 3, p. 2.

⁶ WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 91–92.

⁷ SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 15 oktober 2010, p. 15. Het kabinet heeft de Tweede Kamer toegezegd dit najaar met een eenduidige definitie van het begrip zzp'ers te komen. Zie Kamerstukken II, 2010–2011, 31 311, nr. 71, p. 3.

⁸ Inspectie Werk en Inkomen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Dienstverlening op maat, Rapport R 10/03 van juli 2010, p. 10.

⁹ UWV Kwartaal Verkenning van april 2010 en UWV Magazine juli 2010, p. 29.

¹⁰ R. Dekker en I. Mooi-Reçi, «Tijdelijk werk: zegen of vloek?», in: CBS en TNO Rapport *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt*, februari 2011, p. 112–113. R.J.A. Muffels en T.C.J.M. Wilthagen, Flexwerk en werkzekerheid in tijden van crisis, ESB 96(4602) van 21 januari 2011, p. 54–57, op p. 55.

De in het verleden gekozen balans tussen flexibiliteit en zekerheid heeft geleid tot een tweedeling op de arbeidsmarkt.¹ Aan de ene kant staan de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (de *insiders*) met hun naar Europese maatstaven als ruim gepercipieerde beschermingsniveau. Aan de andere kant staan de werknemers en zelfstandigen zonder personeel die op flexibele basis werken en streven naar een vast dienstverband (de *outsiders*). Veel *outsiders* zijn structureel buitengesloten. Zij komen niet (meer) in een vast dienstverband terecht vanwege (onder meer) de omstandigheid dat het ontslagrecht de werkgever geen zekerheid biedt dat deze het dienstverband ook weer kan beëindigen.

4. De beoogde situatie

4.1. De beoogde situatie samengevat

De opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt de normale manier van het beëindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De preventieve toetsing door het UWV vervalt.

De werkgever moet voorafgaand aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst de werknemer horen: de hoorplicht.

De opzegging is vol toetsbaar door een onafhankelijke rechter.

Komt de rechter tot de conclusie dat de opzegging niet onredelijk is, dan kent hij geen vergoeding toe.

Komt de rechter tot de conclusie dat sprake is van een onredelijk ontslag, dan veroordeelt de rechter de werkgever tot betaling van een schadevergoeding. Komt de rechter tot de conclusie dat de opzegging zelfs kennelijk onredelijk is (de opzegging had niet behoren plaats te vinden of gaat duidelijk ver over de schreef), dan veroordeelt de rechter de werkgever tot herstel van de dienstbetrekking. Hij kan ook, mede op verzoek van de werkgever en/of werknemer, de werkgever verplichten tot betaling van een afkoopsom naar billijkheid. De afkoopsom naar billijkheid kan afhankelijk van de omstandigheden (fors) hoger liggen dan de schadevergoeding wegens onredelijk ontslag.

De wet voorziet in de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie van de rechterlijke uitspraken.

De werkgever die tot opzegging overgaat, vult gedurende een periode van drie maanden de door de werknemer verkregen loongerelateerde WW-uitkering aan met 15% van het bruto loon met als maximum 15% van het bruto maximum dagloon gedurende de eerste twee WW-maanden en 20% van het bruto loon met als maximum 20% van het bruto maximum dagloon gedurende de derde WW-maand.

De wet beperkte mogelijkheid van het aangaan van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot maximaal twee arbeidsovereenkomsten en in totaal een maximum van twee jaar («twee om twee»).

4.2. De preventieve toetsing door het UWV vervalt

De preventieve toetsing door het UWV van het voornemen van de werkgever tot opzegging over te gaan vloeit voort uit artikel 6 BBA. Deze bepaling stelt de eis dat een werkgever voorafgaand aan een opzegging toestemming van het UWV heeft ontvangen. Deze regel is de oorzaak van het ontstaan van verschillende ontslagroutes met ieder een eigen dynamiek en qua vergoeding voor de werknemer en de werkgever zeer verschillende uitkomsten. Hij is ook de oorzaak van de complexiteit van het ontslagrecht en de onrechtvaardige verdeling van flexibiliteit en zekerheid. Artikel 6 BBA wordt afgeschaft. Daarmee vervalt de preventieve toetsing door het UWV.

¹ De Policy Brief OECD 2004 Employment protection: the costs and benefits of greater job security, stelt op p. 3: «Nevertheless, more comprehensive international comparisons lend support to the view that stricter employment protection legislation reduces the risk of layoff but also makes the hedge between non-employment and employment more difficult to jump over. Strict employment protection rules may also be a factor behind the rise in the use of temporary contracts rather than converting them to permanent contracts. Certain workers may thus be trapped in situations where they move between temporary work and unemployment, with little chance of getting a permanent job and building a career.» M.C.M. Aerts, «De zelfstandige in het sociaal recht» (diss. UvA Amsterdam), *Monografieën Sociaal recht*, Deel 41, stelt op p. 413: «Bepaalde groepen werkenden voor wie het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht zijn bedoeld, vallen buiten de beschermende bepalingen van het sociaal recht, omdat hun juridische status een andere is of omdat hun juridische status dubbelzinnig is.» R.J.A. Muffels en T.C.J.M. Wiltshagen, *Flexwerk en werkzekerheid in tijden van crisis*, ESB 96(4602) van 21 januari 2011, p. 54–57, op p. 57: «Een hoge mate van bescherming voor de insiders op de arbeidsmarkt lijkt te leiden tot een groeiend gebruik van flexwerk en maakt het erg moeilijk voor de flexwerkers om de overstap naar de gewenste vaste baan te maken indien ze dat willen.»

De regeling van het ontslagrecht in het Burgerlijk Wetboek heeft zonder de werking van het BBA reeds nu in beginsel een robuust karakter. Een algehele herziening van Titel 10 van Boek 7 BW is niet nodig. De in dit voorstel opgenomen aanpassingen van de regeling van het ontslagrecht in Afdeling 9 van Titel 10 van Boek 7 BW omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst staan met name in de sleutel van de gedachte dat een zekere «compensatie» voor het verlies van de preventieve toetsing de rechtvaardigheid van het systeem ten goede komt.

4.3. De opzegging is de normale ontslagroute

De afschaffing van de preventieve toetsing door het UWV betekent dat de werkgever in beginsel, behoudens de gevallen waarin sprake is van een opzegverbod of de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een bepaalde tijd zonder een afspraak over tussentijdse opzegging, de arbeidsovereenkomst kan opzeggen.

4.4. De werkgever dient voorafgaand aan de opzegging de werknemer te horen (de hoorplicht)

Voorafgaand aan een opzegging door de werkgever dient deze de werknemer schriftelijk in kennis te stellen van de reden(en) voor de opzegging en de werknemer de gelegenheid te bieden van zijn zienswijze schriftelijk of mondeling te doen blijken (de hoorplicht).¹ Deze hoorplicht geldt niet bij een opzegging door de werknemer. Bij een opzegging door de werknemer geldt slechts de huidige regel van artikel 7:669 BW, dat degene die de arbeidsovereenkomst opzegt de andere partij op diens verzoek schriftelijk opgave doet van de reden van opzegging. De artikelsgewijze toelichting bij artikel II, onderdeel F, gaat hier nader op in. De hoorplicht geldt ook, indien de werkgever zich op het standpunt stelt dat sprake is van een dringende reden voor een opzegging van de arbeidsovereenkomst (het ontslag op staande voet). Dit doet geen afbreuk aan het vereiste van onverwijldheid in het geval van een ontslag op staande voet. De artikelsgewijze toelichting bij artikel II, onderdeel H, gaat hier nader op in.

Het bij een ontslag op staande voet verplicht stellen van de hoorplicht heeft mede tot achtergrond dat het alternatief (géén hoorplicht) aanleiding zal blijven geven tot allerhande (voorwaardelijke) procedures en dus geen oplossing biedt voor het thans bij ontslagen op staande voet bestaande juridische «mijnenveld». Zonder invoering van een hoorplicht bij het ontslag op staande voet, welke identiek is aan de hoorplicht bij de opzegging op andere gronden dan een dringende reden, blijft het ontslagrecht op dit punt ingewikkeld. Het bij een voorgenomen ontslag op staande voet invoeren van de hoorplicht bevordert bovendien dat de werkgever kennis kan nemen van alle omstandigheden van het geval en zo, conform de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent het ontslag op staande voet, een betere afweging kan maken omtrent het antwoord op de vraag of daadwerkelijk sprake is van een dringende reden voor opzegging met onmiddellijke ingang.

In de situatie van een ontslag op staande voet kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (zie artikel 6:248 BW) dat de werkgever, die vanwege de dringende reden de werknemer met de aanzegging op non-actief stelde, gehouden is tijdens die periode van 14 dagen loon door te betalen. Doet zich in de visie van de rechter die situatie voor, dan kan de werkgever het over die periode betaalde loon van de op staande voet ontslagen werknemer terugvorderen. De jurisprudentie van de Hoge Raad over loondoorbetaling bij non-activiteit is in deze situaties niet van toepassing.² De werkgever kan bij non-activiteit met de aanzegging de loonbetaling staken dan wel het

¹ Het voorstel van wet volgt hierin met een aangepaste vormgeving de plannen van de Commissie ADO uit 2000 en van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit 2007.

² Zie HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (Van der Gulik/Visser & Partners).

betaalde loon terugvorderen, indien de rechter vaststelt dat er sprake is van een dringende reden. Er mag van worden uitgegaan dat bij non-activiteit van werknemerskant tijdens de hoorprocedure het door de werkgever doorbetalen van loon over een betrekkelijk korte periode als hier aan de orde niet zonder meer zal leiden tot een succesvolle terugbetalingsactie van werkgeverskant.

4.5. De regeling van de proeftijd blijft gehandhaafd

De bestaande regelgeving betreffende de proeftijd blijft in stand. In deze situatie geldt geen hoorplicht. Indien een proeftijd is bedongen, is ieder der partijen, zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Een hoorplicht strookt niet met de relatief korte duur van de proeftijd (maximaal twee maanden bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) en de gedachte dat de proeftijd partijen de mogelijkheid biedt gedurende die korte periode vrijblijvend (bij wijze van proef) te bezien of men met de ander door wil gaan.

4.6. De ontbindingsprocedure verdwijnt als «normale» ontslagroute

Met het afschaffen van de preventieve toetsing van de opzegging door het UWV valt de thans in de praktijk gevoelde behoefte aan de mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden weg. Dit voorstel van wet maakt een einde aan de ontbindingsroute als volwaardige route om tot een einde van de arbeidsovereenkomst te komen. Het voorstel beperkt het bereik van de ontbindingsroute bij aanwezigheid van een gewichtige reden tot de situatie dat een opzegverbod van toepassing is of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder door werkgever en werknemer afgesproken tussentijdse opzegmogelijkheid.

4.7. De opzegverboden blijven gehandhaafd

Het voorstel van wet brengt geen wijziging in de bestaande regeling van de wettelijke opzegverboden. De daarmee bedoelde bescherming van zwakke en/of bijzondere groepen blijft in stand. De wet regelt dat het opzegverbod gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte niet meer geldt, indien de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen op of na de kennisgeving van de voorgenomen opzegging in het kader van de hoorplicht. Dit is nu in gelijksoortige zin bepaald in artikel 7:670, lid 1, sub b, BW ten aanzien van de aanvang van de UWV-procedure.

4.8. De wettelijke opzegtermijnen ondergaan geen verandering, de regeling van de contractuele opzegtermijn wordt eenvoudiger

De regeling van de lengte van de wettelijke opzegtermijnen in het BW blijft in stand. De hoorplicht vergroot de totale lengte van de door de werkgever aan te houden termijnen. Daar staat tegenover dat een deel van de periode welke is gemoeid met de UWV-procedure wegvalt. (Artikel 7:672, lid 4, BW verkort nu reeds de opzegtermijn met een maand in het geval dat de werkgever een UWV-procedure heeft moeten doorlopen.)

Het voorstel laat de mogelijkheid in stand dat de werkgever en werknemer schriftelijk in hun arbeidsovereenkomst afspreken dat de door de werkgever en werknemer aan te houden opzegtermijnen als bedoeld in artikel 7:672, leden 2 en 3, BW langer zijn dan de wettelijke termijnen. De termijn van opzegging voor de werknemer mag bij verlenging niet langer

zijn dan zes maanden. Bij cao kan een termijn van opzegging worden afgesproken welke langer is dan zes maanden over en weer. Het door de werkgever of werknemer aanhouden van een contractuele opzegtermijn die in strijd is met de bepalingen van artikel 7:672 BW, betekent niet dat niet is opgezegd of dat de opzegtermijn geacht moet worden te gelden voor een periode die overeenkomt met de wettelijke regeling. De partij die opzegt tegen een eerdere dag dan strookt met de bepalingen van artikel 7:672 BW, is schadeplichtig (artikel 7:677, lid 2, BW). Indien de werkgever een te korte opzegtermijn heeft aangehouden, heeft het schadeplichtig zijn jegens de werknemer mede tot effect dat deze werkgever op een overeengekomen concurrentiebeding geen beroep meer kan doen (artikel 7:653, lid 3, BW).

4.9. De werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie telt mee voor de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding

De regeling van de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:680 BW gaat uit van het civielrechtelijke loonbegrip. In het algemeen neemt men aan dat de werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie niet valt onder het bereik van het civielrechtelijke loonbegrip. Het voorstel van wet legt vast dat voor de toepassing van het bepaalde omtrent de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:680 BW de werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie wel meetelt. Het gaat om een eenvoudig vast te stellen bedrag. De reden voor het meetellen van de werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie is te voorkomen dat werkgevers overgaan op een beleid dat gericht is op opzegging met onmiddellijke ingang en uitbetaling van een gefixeerde schadevergoeding voor een bedrag dat zonder goede reden lager ligt dan het bedrag dat de werkgever aan vaste beloningsbestanddelen verschuldigd zou zijn geweest, indien de juiste opzegtermijn in acht zou zijn genomen. Om dezelfde reden kan het met onmiddellijke ingang opzeggen zonder dat sprake is van een dringende reden een factor vormen welke van belang is voor de vraag of een opzegging onredelijk was in de zin van artikel 7:681 BW (zie hierna). Een wijziging van artikel 7:680 BW is niet nodig. Het is aan de rechtspraak de wettelijke regeling op een juiste wijze uit te leggen met inachtneming van hetgeen in deze paragraaf is verwoord.

4.10. De vordering tot schadevergoeding wegens de opzegging: vol toetsbaar op onredelijkheid door een onafhankelijke rechter

Het huidige artikel 7:681, lid 1, BW regelt dat indien de werkgever of de werknemer de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt, de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding kan toekennen. Het onderhavige voorstel laat overeenkomstig de bestaande lijnen in de jurisprudentie de verwijzing naar «kennelijk» weg. De opzegging is vol toetsbaar op onredelijkheid door een onafhankelijke rechter. Bij de beantwoording van de vraag of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst, moet de rechter oordelen naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan het tijdstip van het einde van de arbeidsovereenkomst voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht.¹ De omvang van de zorgplicht van de werkgever neemt jegens de werknemer toe naar gelang de werknemer langer in dienst is.² Dit laat onverlet dat de enkele omstandigheid van het ontbreken van een vergoeding in het algemeen geen grond vormt voor toewijzing van een schadevergoeding op grond van artikel 7:681 BW, ook niet bij een langer

¹ HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245 en *NJ* 1999, 266 m.nt. PAS (Schoonderwoert Waterwerken BV/Schoonderwoerd) en HR 8 april 2011, *JAR* 2011/131 m.nt. Van der Voet (Kemkens Gasservice BV/Schoonbergen).
² HR 28 maart 1997, *NJ* 1997/561 (Cemsto/EI Azzouti).

dienstverband.¹ Het voorstel van wet houdt vast aan de lijn in de jurisprudentie die aangeeft dat als een opzegging onredelijk is, de rechter verplicht is een schadevergoeding toe te kennen.²

De werkgever zal, bij betwisting door de werknemer, in beginsel de door hem aangevoerde reden(en) voor de opzegging moeten aantonen. De werkgever heeft de bewijslast betreffende de door hem voor de opzegging gehanteerde redengeving. Het voorstel van wet komt de werknemer hiermee tegemoet. Naar huidig recht hoeft de werkgever slechts feitelijke aanknopingspunten te verschaffen ter onderbouwing van de ontslaggrond. Op de werknemer rust de bewijslast van de onredelijkheid van de opzegging door de werkgever, met dien verstande dat de werkgever voldoende feitelijke aanknopingspunten moet verschaffen ter onderbouwing van zijn verweer. Laat de werkgever dit na, dan mag de rechter daaruit concluderen dat de werkgever onvoldoende heeft weersproken dat de opzegging onredelijk was. Op grond van de omstandigheden van het geval kan de rechter de verdeling van de bewijslast anders leggen.

Het voorstel van wet doet geen afbreuk aan de aard, omvang en berekening van de schadevergoeding, welke aan de orde is indien de rechter tot het oordeel komt dat de opzegging onredelijk is. Artikel 3:12 BW brengt tot uitdrukking dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval (binnen de context van dit voorstel van wet: een ontslagkwestie) zijn betrokken. Dit gedachtegoed vindt zijn neerslag in het arbeidsrecht via de «trechterfunctie» van artikel 7:611 BW. In deze bepaling is verwoord dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.

De rechter begroot de schadevergoeding wegens onredelijke opzegging in nauw verband met de geconstateerde strijd met het goed werkgeverschap, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. Een harmonisatie van rechterlijke uitspraken valt, zoals de Hoge Raad in zijn jurisprudentie aangeeft, tot stand te brengen doordat de rechter de van belang zijnde factoren duidelijk in zijn vonnis benoemt en inzichtelijk maakt welke financiële gevolgen eventueel aan de verschillende factoren worden verbonden. Een zekere normering kan ook via sociale plannen en cao's of afspraken tussen werkgever en ondernemingsraad vastere grond onder de voeten krijgen.³

Bij de vraag of een opzegging door de werkgever onredelijk is en, indien de rechter deze vraag in bevestigende zin beantwoordt, bij de begroting van de door de werkgever te betalen schadevergoeding komt betekenis toe aan de mate waarin de werkgever in geld, tijd en/of anderszins (scholing, training, loopbaanbegeleiding gedurende de periode van het dienstverband, inspelend op de voor de werkgever voorzienbare ontwikkelingen van de werkzaamheden van de werknemer) bijdraagt c.q. heeft bijgedragen aan de werkzekerheid van de werknemer in of buiten het bedrijf van de werkgever, rekening houdend met (i) de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ten aanzien van zijn scholing, mede gelet op de voor de werknemer voorzienbare ontwikkelingen van zijn werkzaamheden, en (ii) wat redelijkerwijs gezien de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever van partijen kan worden verwacht. Een en ander laat onverlet dat scholingsinspanningen een gedeelde verantwoordelijkheid zijn van werkgever en werknemer, waarbij geldt dat de weging van de respectieve verantwoordelijkheden plaatsvindt aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

¹ HR 15 februari 2008, *NJ* 2008/111 (Wustlich/Chromalloy Holland), HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 en *NJ* 2010/494 m.nt. Heerma van Voss (Rutten/Breed).

² HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 en *NJ* 2010/494 m.nt. Heerma van Voss (Rutten/Breed), in r.o. 3.5.3.

³ HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam), HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed), HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/163 (Hoedjes/Volker Wessels Telecom Installaties BV).

4.11. De vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst wegens kennelijk onredelijke opzegging in geval van kennelijk onredelijk ontslag. De onafhankelijke rechter toetst marginaal en kan in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst ook een afkoopsom naar billijkheid vaststellen

Het voorstel van wet handhaaft ten aanzien van de redengeving van de opzegging een open stelsel. Er is geen sprake van een gesloten systeem van ontslaggronden. Dat maakt, mede als gevolg van het wegvallen van de preventieve toetsing als voorzien in het BBA, dat werkgevers een aanzienlijke ruimte hebben om desgewenst tot opzegging over te gaan. De rechtvaardigheid eist dat deze ruimte niet zonder begrenzing mag zijn. Er zullen redelijke ontslagen zijn, er zullen ook onredelijke ontslagen voorkomen. Deze twee mogelijkheden zijn voorzien in artikel 7:681 BW. De hoorplicht draagt er zorg voor dat de werknemer weet welke reden de werkgever heeft. De toetsing van de (on)redelijkheid van de opzegging op basis van artikel 7:681 BW verschafft de werknemer de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

Het voorstel van wet onderscheidt nog een derde mogelijkheid. Deze ziet op de gedachte dat een opzegging onder de omstandigheden van het geval dermate onredelijk is, dat de opzegging eigenlijk niet had mogen plaatsvinden. In deze situatie zal een opzegging kennelijk onredelijk zijn als bedoeld in artikel 7:682 BW. Deze toetsing door de rechter dient noodzakelijkerwijs terughoudend te zijn. De toetsing is uiteraard vol in de zin dat de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval, maar marginaal in de zin dat de rechter een aanzienlijke marge moet toestaan en slechts als kennelijk onredelijk mag aanmerken wat in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de betreffende opzegging duidelijk ver over de schreef gaat. De vordering tot herstel dient met andere woorden de uitzondering te zijn. In veruit de meeste gevallen zal, naar men mag aannemen, de opzegging van de arbeidsovereenkomst door een werkgever vallen binnen de twee eerder genoemde mogelijkheden, dat wil zeggen redelijk of onredelijk zijn.

Dit voorstel van wet kiest mede voor een ruime benadering van de mogelijkheid tot eenzijdige opzegging van de arbeidsovereenkomst in het besef, dat in het huidige systeem de arbeidsrelatie ook vrijwel altijd tot een einde komt indien een van beide partijen daadwerkelijk niet meer verder wil. Bij die ruimte past een stok achter de deur, die stevig genoeg is om werkgevers ervan te weerhouden lichtvaardig met ontslagkwesties om te gaan. Artikel 7:682 BW vormt deze stok achter de deur. Te denken valt aan het voorbeeld dat de werkgever heeft opgezegd wegens een bedrijfseconomische reden en binnen een periode van zes maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst aan een derde een arbeidsovereenkomst aanbiedt voor arbeid van dezelfde aard, zonder dat de werkgever eerst deze arbeid aan de opgezegde werknemer heeft aangeboden. In deze situatie moet de werknemer de mogelijkheid hebben een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst in te stellen. Dit voorstel van wet laat deze mogelijkheid toe.

De werknemer kan vorderen dat de rechter partijen veroordeelt tot een herstel van het dienstverband. Zoals ook nu het geval is, kan de rechter op eigen initiatief of op verzoek van de werkgever in zijn vonnis bepalen dat de verplichting tot herstel vervalt door betaling van een in het vonnis vastgestelde afkoopsom. De rechter is bij een desbetreffend verzoek van de werkgever evenwel, anders dan thans het geval is, niet verplicht tot vaststelling van een afkoopsom.

De hoogte van de afkoopsom stelt de rechter op de voet van het bepaalde in artikel 7:682, lid 4, BW naar billijkheid vast. Het bedrag van de afkoopsom kan (fors) hoger uitvallen dan het geval is bij een vordering op grond van artikel 7:681 BW wegens onredelijke opzegging. Ook ten aanzien van de billijkheidsvergoeding van artikel 7:682, lid 4, BW geldt, dat een zekere harmonisatie van rechterlijke uitspraken tot stand valt te

brengen doordat de rechter de van belang zijnde factoren duidelijk in zijn vonnis benoemt en inzichtelijk maakt welke financiële gevolgen eventueel aan de verschillende factoren worden verbonden.

Nieuw is dat ook de werknemer kan verzoeken een afkoopsom vast te stellen. Denkbaar is dat de werknemer na een opzegging van de zijde van zijn werkgever zelf niet meer terug wil en/of een andere baan vond, terwijl het onder de omstandigheden van het geval niet rechtvaardig is dat dan slechts de vordering tot schadevergoeding van artikel 7:681 BW voor deze werknemer beschikbaar is. Het voorstel van wet maakt het mogelijk dat de rechter ook op verzoek van de werknemer over kan gaan tot vaststelling van een afkoopsom met de potentieel hogere billijkheidsvergoeding van artikel 7:682 BW, indien de rechter tot het oordeel komt dat sprake is van een kennelijke onredelijkheid van de opzegging door de werkgever. Dit vormt een belasting van de voorspelbaarheid van de consequenties van een opzegging. Dat weegt echter minder zwaar dan de mogelijkheid dat anders onder omstandigheden de opzeggingsbevoegdheid van de werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbaar resultaat kan voeren. Het nieuwe ontslagrecht mag niet aanzetten tot een handelen in strijd met goed werkgeverschap. Naar verwachting zal een beroep van de werknemer op de billijkheidsvergoeding van artikel 7:682 BW in de hier bedoelde situatie slechts bij hoge uitzondering toewijsbaar zijn, omdat werkgevers zich de consequenties van een aanmerkelijke strijd met de norm van goed werkgeverschap terdege zullen realiseren.

Komt de rechter tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, dan is herstel van de arbeidsovereenkomst in beginsel het uitgangspunt. Hierbij speelt mee dat het voorstel van wet wil voorkomen dat werknemers lichtvaardig gebruik maken van de mogelijkheid herstel te vorderen met het oog op de potentieel hogere afkoopsom en pas als tweede «linie» («subsidiair») proberen terug te vallen op de vordering wegens onredelijk ontslag op grond van artikel 7:681 BW. Bij de uiteindelijke keuze tussen een daadwerkelijk herstel of afkoop laat het voorstel van wet de rechter echter de vrijheid om te handelen met inachtneming van de omstandigheden die het geval kenmerken.

In bepaalde situaties biedt herstel de enig juiste oplossing. Te denken valt aan het geval waarin de werkgever op financiële gronden niet of nauwelijks in staat is tot betaling van een vergoeding die als pleister recht doet aan de door de kennelijk onredelijke opzegging geslagen wonde. De billijkheid vergt dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder ook de financiële draagkracht van de werkgever. In deze situatie zal de rechter de mogelijkheid hebben tot een herstel te dwingen. Vragen in deze situatie beide partijen de rechter toch om de kwestie toch op te lossen door betaling van een (voor de werkgever haalbare) afkoopsom, dan kan de rechter niettemin daaraan gevolg geven.

4.12. Hoger beroep en cassatie van procedures op grond van artikel 7:681 BW, artikel 7:682 BW en artikel 7:685 BW

De procedures op grond van de artikelen 7:681 en 7:682 BW kennen reeds hoger beroep en cassatie. Dat blijft in stand.

Artikel 7:685, lid 11, BW vervalt. Dat betekent dat de ontbindingsbeschikking onderworpen is aan hoger beroep en cassatie. Het ligt in de rede dat bij een toewijzing van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter de hoven de ontbinding als zodanig met een zekere terughoudendheid beoordelen, in de wetenschap dat een van de beschikking van de kantonrechter afwijkend oordeel de relatie tussen partijen doet herleven. Dat brengt partijen in het algemeen in een lastig parket. Dit aspect weegt niet zwaar genoeg om hoger beroep (en cassatie) af te

wijzen. Overigens betreft het hier een aanzienlijk geringer aantal zaken dan thans voorwerp zijn van de ontbindingsprocedure, omdat het toepassingsgebied van de ontbindingsprocedure aanzienlijk geringer wordt.

4.13. De WW blijft gehandhaafd. Er komt een wettelijke plicht tot aanvulling door de werkgever van de door de werknemer verkregen loongerelateerde WW-uitkering gedurende een periode van twee maanden

Dit voorstel van wet tornt niet aan de bestaande regelingen in de WW. Het voorstel van wet verplicht de werkgever die opzegt wel de door de werknemer ontvangen loongerelateerde WW-uitkering gedurende de eerste drie maanden van werkloosheid aan te vullen met 15% van het bruto loon, met als maximum 15% van het bruto maximum dagloon gedurende de eerste twee WW-maanden en 20% van het bruto loon met als maximum 20% van het bruto maximum dagloon gedurende de derde WW-maand.¹ Dat brengt de uitkering in die periode in beginsel op 90% van het bruto loon, met als maximum 90% van het bruto maximum dagloon.

Deze verplichting speelt, bij toekenning van de WW-uitkering, bij iedere opzegging door de werkgever, ongeacht of sprake is van een redelijke, onredelijke of kennelijk onredelijke opzegging.

4.14. Beperking opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot twee arbeidsovereenkomsten en in totaal een maximum van twee jaar

Het voorstel van wet beperkt de thans bestaande mogelijkheid om opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan tot twee arbeidsovereenkomsten en in totaal tot een maximum van twee jaar. Krachtens de huidige regelgeving kunnen werkgever en werknemer in totaal tot een maximum van drie jaar achtereenvolgens (met tussenpozen van niet meer dan drie maanden) drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangaan.

Het voorstel van wet laat de mogelijkheid om bij collectieve arbeidsovereenkomst van het voorgaande af te wijken in stand.

Het voorstel van wet neemt tot uitgangspunt dat de als tijdelijk bedoelde regeling voor werknemers tot 27 jaar in artikel 7:668a, lid 6, BW (achtereenvolgens vier arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot in totaal maximaal vier jaar) is vervallen c.q. vervalt als strijdig met de algemene beginselen van EU-recht (in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel op grond van leeftijd)². Zie verder de artikelsgewijze toelichting bij artikel II onderdeel C.

4.15. Voor bedrijven in de uitzendbranche blijft het bestaande wettelijke regime in stand

De positie van de uitzendkracht is met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 verbeterd. Er is in het kader van dit voorstel van wet geen aanleiding de wettelijke regelingen rond uitzending aan te passen. Een andersluidende visie zou daarenboven een belangrijke bedrijfstak met een relevante eigen positie op de arbeidsmarkt in problemen brengen, zonder dat hier aanvaardbare redenen voor zijn.

4.16. Wet melding collectief ontslag

De Wet melding collectief ontslag verplicht de werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers, werkzaam binnen een werkgebied van het UWV, op een of meer binnen

¹ Het verschil in percentage tussen de eerste twee maanden en de derde maand houdt verband met het verschil in WW-uitkeringspercentage in de maatgevende periodes. Dit percentage bedraagt op grond van artikel 47, lid 1, WW in de eerste twee WW-uitkeringsmaanden 75% en ligt nadien op een niveau van 70% (steeds rekening houdende met het maximumdagloon).

² Hof van Justitie EU 19 januari 2010, JAR 2010/53 (Küçükdeveci).

een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te doen eindigen, tot raadpleging van de belanghebbende vakorganisaties. Deze verplichting vloeit voort uit EU-richtlijn 98/59 EG.

Het voorstel van wet onderschrijft het belang van de raadpleging van vakorganisaties. De raadpleging dient te hebben plaatsgevonden voordat de werkgever tot opzegging over gaat. Binnen concernverband dient de raadpleging te starten op het moment dat binnen het concern een strategisch besluit wordt goedgekeurd dat ertoe dwingt de tot het concern behorende werkgever noodzaakt tot het voorbereiden van een collectief ontslag.¹

Bij het bepalen van de ondergrens van twintig arbeidsovereenkomsten tellen vaststellingsovereenkomsten tot beëindiging met wederzijds goedvinden wegens bedrijfseconomische redenen op initiatief van de werkgever mee. Datzelfde geldt voor ontbindingsprocedures op grond van artikel 7:685 BW, indien de gewichtige reden is terug te voeren op een bedrijfseconomische reden. Ontbindingsprocedures doen zich overigens in het beoogde systeem nog slechts voor, indien sprake is van een opzegverbod of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid.

De Wet melding collectief ontslag stelt dat voor de telling van twintig of meer werknemers binnen een tijdsbestek van drie maanden (de ondergrens voor de duiding als collectief ontslag) bepalend is of de ontslagen vallen binnen een werkgebied van een UWV-district. De Wet melding collectief ontslag gaat hierbij uit van de plaats waar de werknemers werkzaam zijn. Het afschaffen van het BBA heeft op deze regeling geen invloed. De rol van het UWV als bewaker van de vraag of een rechts-geldige melding is gedaan, blijft in stand.

De afronding van de raadpleging van de belanghebbende verenigingen van werknemers kan blijken uit een verklaring van de belanghebbende verenigingen van werknemers dat zij zijn geraadpleegd c.q. dat zij geen gevolg hebben gegeven aan een schriftelijke uitnodiging van de werkgever of van raadpleging hebben afgezien. Ontbreekt een dergelijke verklaring, dan draagt de werkgever zelf de verantwoordelijkheid voor de juiste procesgang. Het UWV heeft geen taak in het bepalen of de raadpleging is afgerond, maar verstrekt wel op verzoek van belanghebbenden een schriftelijke verklaring waaruit blijkt dat aan de verplichting tot melding aan het UWV is voldaan.

De melding krachtens de Wet melding collectief ontslag laat onverlet dat de werkgever jegens de individuele werknemers voorafgaande aan de opzegging de hoorplicht, als voorzien in dit wetsvoorstel, moet naleven. Deze hoorplicht kan de werkgever niet eerder starten dan een maand nadat de werkgever het voorgenomen collectief ontslag aan de belanghebbende verenigingen van werknemers en aan het UWV heeft gemeld. De opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf kan, als gezegd, eerst plaats vinden na afronding van de raadpleging.

Niets belet de opgezegde werknemer de wijze waarop de werkgever gestalte heeft gegeven aan zijn verplichtingen uit hoofde van de Wet melding collectief ontslag mede ten grondslag te leggen aan vorderingen uit hoofde van artikel 7:681 BW. Een beroep op de kennelijke onredelijkheid van artikel 7:682 BW is op zich niet uitgesloten, maar een succesvol beroep op deze bepaling behoeft nog andere bijzondere omstandigheden van het geval. Het enkele feit dat de werkgever de verplichtingen op grond van de Wet melding collectief ontslag niet heeft nageleefd, kan op zichzelf beschouwd een opzegging niet kennelijk onredelijk maken.

¹ Hof van Justitie EG 10 september 2009, JAR 2009/252 (Akavan/Fujitsu).

4.17. De bestuurder van de NV en BV kan geen beroep doen op de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag als bedoeld in artikel 7:682 BW

De huidige artikelen 2:134, lid 3, BW en 2:244, lid 3, BW bepalen dat de rechter geen veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap (NV respectievelijk BV) en de bestuurder kan uitspreken. Aan de bestuurder komt geen vordering op grond van artikel 7:682 BW toe. Het gevolg is dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder onredelijk kan zijn in de zin van artikel 7:681 BW, maar niet kennelijk onredelijk in de zin van artikel 7:682 BW. De potentieel hogere afkoopsom welke op billijkheidsgronden kan voortvloeien uit een handelen in strijd met het goed werkgeverschap in de bijzondere vorm als voorzien in artikel 7:682 BW, is voor de bestuurder onbereikbaar.

5. Kosten en baten

Een afscheid van de preventieve toetsing op basis van het BBA geeft het UWV de mogelijkheid haar organisatie aan te passen. De kosten welke voor het UWV verband houden met de preventieve toetsing vervallen. Het CPB raamt de kostenbesparing op een kleine 100 miljoen euro.¹

De hoorplicht maakt de redengeving van de opzegging transparant en draagt zo mede bij aan een efficiënte uitvoering van de WW.

De rechtspraak zal mogelijk in de eerste periode na de inwerkingtreding van de wet met meer procedures te maken krijgen. Het is inherent aan nieuwe wetgeving dat de markt zich aan het begin moet instellen op de nieuwe situatie en via procedures moet leren inspelen op de aangepaste regelgeving. Tegenover het vrijwel opdrogen van de ontbindingsprocedures zal naar alle waarschijnlijkheid een toename staan van het aantal procedures op grond van artikel 7:681 BW. Het ligt niet voor de hand dat deze twee bewegingen na een beginperiode gelijke tred zullen houden. Te verwachten valt dat na verloop van tijd het totale aantal artikel 7:681 BW-procedures en artikel 7:685 BW-procedures lager komt te liggen dan nu het geval is. Het bestaan van de preventieve toetsing door het UWV heeft een aanzuigende werking gehad op de ontbindingsprocedure en het complexe karakter van het huidige ontslagsysteem heeft eveneens geleid tot een hoger aantal procedures. Die werking vervalt. Ook nu al lossen veel kwesties zich op in minnelijke regelingen. Er is geen aanleiding voor de veronderstelling dat dit in de toekomst anders komt te liggen.

6. Reacties op een voorontwerp van het wetsvoorstel

Naar aanleiding van een voorontwerp van wet zijn verschillende reacties ontvangen. Deze worden hierna besproken.

VNO-NCW en MKB-Nederland

De werkgeversorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland kunnen zich op hoofdlijnen vinden in de voorgestelde wijzigingen met in achtname van de volgende opmerkingen.

- a. Zij vinden dat de voorgestelde wijziging te expliciet wordt opgehangen aan het versterken van de rechtspositie van de werknemer bij ontslag. Nadrukkelijker zou ook het belang van het aanpassingsvermogen van organisaties en van de arbeidsmarkt onder de aandacht moeten worden gebracht evenals het verminderen van juridische procedures en (ontslag)kosten voor werkgevers. Zij vinden voorts dat ten onrechte de keuzevrijheid van de werkgever voor de route op deze wijze naar voren komt, te weten voor de lageropgeleide het UWV, zonder vergoeding, en voor de hogeropgeleide de kantonrechter, met een vergoeding. In de praktijk blijkt volgens de werkgeversorganisaties dat vooral bedrijfseconomische ontslagen via het UWV

¹ *Keuzes in Kaart 2011–2015*, CPB Rapport No 85, Mei 2010, Bijlage H, p. 97. Het CPB neemt in het genoemde bedrag aan besparingen niet alleen de besparing bij het UWV mee, maar gaat tevens uit van een zekere vermindering van het aantal kantonrechters. Zoals in de tekst ook aangegeven, wijzen wij er op dat een dergelijke vermindering eerst na verloop van tijd gestalte zal krijgen.

- verlopen en in geval van disfunctioneren/verstoorde arbeidsverhouding de kantonrechter om ontbinding wordt gevraagd (met als gevolg het automatisme van het toekennen van een vergoeding volgens de kantonrechtersformule).
- b. Expliciet moet duidelijk worden dat beoogd wordt dat een (ontslag)vergoeding bij opzegging niet meer aan de orde is. Een verandering van mindset en praktijk op dit vlak kan ook een impuls betekenen voor intensivering van scholingsinspanningen om ontslag te voorkomen of zich te kwalificeren voor andere functies/sectoren op de arbeidsmarkt. Tevens zal dit een schwing geven aan van-werk-naar-werk-trajecten, omdat de focus van de vergoeding af gaat en zich gaat richten op het elders op de arbeidsmarkt verwerven van werk (het aan het werk blijven).
 - c. Toetsing door de rechter moet mogelijk zijn, echter wat de werkgeversorganisaties betreft niet op basis van het – te zachte – criterium «kennelijk onredelijk», maar: kennelijk ongegrond. Dit om te vermijden dat een procedure te lichtzinnig wordt aangegaan slechts omwille van het toegekend krijgen van een schadevergoeding.
 - d. Binnen deze context kunnen de werkgeversorganisaties zich voorstellen dat vooralsnog werkgevers (met name die in het mkb) de mogelijkheid hebben op vrijwillige basis (niet bindend) advies te vragen aan het UWV over de legitimiteit van een voorgenomen opzegging.
 - e. Een toetsing door rechter over het al dan niet kennelijk ongegrond zijn van een opzegging dient zich primair en vooral te richten op het feit of de opzegging vanuit het functioneren dan wel de (bedrijfs)economische situatie gegrond of ongegrond is. De geuite interpretatie dat toetsing (en beoordeling of schadevergoeding aan de orde is) zich richt op de scholingsinspanning van de werkgever dan wel de inspanning van de werkgever om de werknemer naar ander werk te begeleiden, legt ten onrechte een mono-causaal verband tussen bijvoorbeeld functioneren en scholing en gaat overigens voorbij aan de werknemersverantwoordelijkheid in deze. De verantwoordelijkheid van de werkgever (vanuit goed werkgeverschap), maar ook die van de werknemer (vanuit goed werknemerschap), waar het bijvoorbeeld het functioneren betreft, dient dus in een brede context beoordeeld en gewogen te worden.
 - f. In geval van opzegging geldt al de situatie dat de opzegtermijn in acht genomen moet worden, die in veel gevallen uitbetaald zal worden. Een loonaanvulling door de werkgever op de WW van 20% voor de duur van twee maanden in de – eventuele – WW-periode – wat zou neerkomen op een uitkeringsniveau 95%, aangezien tijdens de eerste twee maanden het WW-uitkeringsniveau 75% is – vinden de werkgeversorganisaties te ver gaan, zeker als het een bedrijfseconomisch ontslag betreft. Dit laat onverlet dat de werkgeversorganisaties vanuit activerend sociale zekerheids- en arbeidsmarktbeleid voorstander zijn van een gestaffelde WW-uitkering die hoog begint – bijvoorbeeld 90% in de eerste maand – en vervolgens degressief verloopt (bijvoorbeeld 85% in de tweede maand, 80/75% in de derde maand en 70% vanaf de vierde maand). Dit ware in de visie van de werkgeversorganisaties te financieren vanuit de reguliere sectorfondsen. Wat de werkgeversorganisaties betreft leidt een andere modellering van de WW overigens ook tot een kortere uitkeringsduur, bijvoorbeeld maximaal 18 maanden.
 - g. De werkgeversorganisaties vinden een inperking van de mogelijkheden voor tijdelijke contracten absoluut ongewenst. Het is een misvatting ontslagrecht en tijdelijke contracten per definitie 1 op 1 als communicerende vaten te zien. Tijdelijke contracten weerspiegelen vaak de fluctuaties in werkaanbod en de onzekerheid op (middellange) termijn, zeker in de huidige marktomstandigheden.

Daarnaast zijn zij vaak de opmaat in doorgroei naar een vast contract. Het inperken daarvan belemmert de arbeidsmarktflexibiliteit die nu juist met het wetsvoorstel – verder – ruimte krijgt en zou ertoe kunnen leiden dat het aantal opzeggingen van vaste contracten drastisch toeneemt – met kans op vergroting van de juridisering – omdat slechts twee tijdelijke contracten mogen worden aangegaan.

Wij tekenen bij de reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland het volgende aan:

ad a.

Het voorstel streeft naar een rechtvaardig evenwicht tussen de belangen, gemoeid met een maatschappelijk verantwoord niveau van individuele en collectieve rechtsbescherming van werknemers en de belangen van een arbeidsmarkt waarbij bedrijven kunnen inspelen op wisselende marktomstandigheden tegen aanvaardbare kosten en risico's. De gedachte van een versterking van de positie van de werknemer vloeit voort uit het feit dat het voorstel compensatie biedt voor het vervallen van de preventieve toetsing en de (perceptie van) ontslagbescherming die aan deze toetsing is verbonden. De voorgestelde compenserende maatregelen behoren op een passende manier te worden uitgelegd en krijgen daarom meer aandacht. Dat laat onverlet dat, juist met het afscheid van artikel 6 BBA, het voorstel (ook) het belang van het aanpassingsvermogen van bedrijven in het vizier heeft. De wijze waarop de keuzevrijheid voor de werkgever in het voorstel naar voren komt, ziet niet op een soort collectieve welbewuste aanpak van bedrijven – daarvan is inderdaad geen sprake – maar wijst op het effect van de dualiteit van het huidige ontslagrecht.

ad b.

Het voorstel van wet onderschrijft het nut en de noodzaak van een intensivering van scholingsinspanningen en werk-naar-werk-trajecten en zet in paragraaf 4.10 op die aspecten fors in bij de verwoording van de toetsing van de onredelijkheid van een opzegging door de werkgever en, indien het oordeel daaromtrent bevestigend luidt, de begroting van de door de rechter te bepalen schadevergoeding.

ad c.

Het voorstel van wet kiest niet voor een vervanging van de aanduiding «onredelijk» door «ongegrond». Het sluit bewust zoveel mogelijk aan bij de bestaande terminologie en jurisprudentie. Dat voorkomt (extra) procedures over de juiste uitleg van de nieuwe bewoordingen, waarbij bovendien op voorhand niet gezegd kan worden dat met «ongegrond» iets anders wordt bedoeld dan «onredelijk». Daar komt bij dat de aanduiding «onredelijk» strookt met de gedachte dat uitgangspunt moet zijn dat een opzegging in beginsel is gestoeld op een redelijke grond.

ad d.

Het is aan de marktpartijen zelf om keuzes te maken in het inschakelen van adviseurs met betrekking tot ontslagkwesties. Dat is in het voorstel van wet niet langer een aangelegenheid die wordt bekostigd uit de door de belastingbetaler gefourneerde algemene middelen.

ad e.

Het voorstel van wet gaat eveneens uit van de gedachte dat scholingsinspanningen een gedeelde verantwoordelijkheid zijn van werkgever en werknemer, waarbij geldt dat de weging van de respectieve verantwoordelijkheden plaatsvindt aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Dit is uitdrukkelijk verwoord in paragraaf 4.10.

ad f.

Het voorontwerp had niet de intentie te regelen dat werkgevers de WW-uitkering aanvullen tot 95%. Het voorstel van wet gaat uit van een aanvulling tot 90% (met een maximum gerelateerd aan het maximum dagloon) gedurende de eerste drie maanden waarin de werknemer gerechtigd is tot een WW-uitkering. Het voorstel van wet maakt ten aanzien van de overige opmerkingen van VNO-NCW en MKB-Nederland omtrent de hoogte en duur van de WW-uitkeringen een pas op de plaats.

ad g.

De beperking van het aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot twee en in totaal een maximum van twee jaar geeft een betere aansluiting bij het doel en de strekking van de EU Richtlijn omtrent het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Richtlijn 1999/70/EG) en laat werkgevers bovendien voldoende ruimte, zeker nu het voorstel van wet, anders dan het voorontwerp, geen beperking bevat ten aanzien van de mogelijkheid bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken. Overigens kunnen partijen ook bij meer dan normale onzekerheden over de toekomstige situatie, welke de overeenkomst eventueel kan vermelden, gebruik maken van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

FNV

De FNV deelt de zorgen van D66 over de groeiende groep werkenden met een flexibele arbeidsrelatie, die onvoldoende wordt beschermd tegen onzekerheid van werk en inkomen. De FNV is het echter niet eens met de analyse dat het huidige samenstel van ontslagregels de aanwijsbare oorzaak is van de tweedeling tussen vaste en flexibele werknemers, en dat vereenvoudiging en versoepeling van deze regels de oplossing zou zijn. De FNV heeft de volgende bezwaren tegen het wetsvoorstel.

- a. Het noodzakelijke brede maatschappelijke draagvlak ontbreekt. Daardoor kan het voorontwerp alleen maar onrust onder brede groepen werknemers veroorzaken. Werknemers zouden in deze tijd juist van economische onzekerheid en forse bezuinigingen juist méér behoefte aan zekerheid hebben.
- b. Het voorontwerp benadert het ontslagrecht als een geïsoleerd probleem, waarbij te weinig lessen uit andere Europese landen worden getrokken. Op Europees niveau zou duidelijk erkend worden dat er evenwicht en samenhang nodig is tussen ontslagbescherming, activerend arbeidsmarktbeleid, sociale zekerheid, scholing en sociale dialoog. Een voldoende mate van ontslagbescherming is ook van belang om het investeren in de capaciteiten van werknemers te bevorderen.
- c. Het wetsvoorstel komt met eenzijdig juridische oplossingen en biedt werknemers onvoldoende preventieve bescherming. Dit betekent potentieel een enorme juridisering van het systeem en een zwaar beslag op de rechterlijke macht. In de praktijk zal echter sprake zijn van een hoge drempel voor de werknemer om actie te ondernemen, en dit zal nog meer het geval zijn als het wetsvoorstel erdoor komt dat de griffierechten kostendekkend wil maken.

Wij tekenen bij de reactie van de FNV het volgende aan:

ad a.

Wij zien het openbaar maken van een voorontwerp van wet als het startpunt van een maatschappelijke en politieke discussie. Discussie over het onderwerp van dit hervormingsvoorstel achten wij – juist ook in economisch onzekere tijden – van groot belang.

ad b.

Het is waar dat er een samenhang bestaat tussen de verschillende onderwerpen op sociaal gebied. Het voorstel van wet komt met een betere balans en een rechtvaardiger evenwicht tussen de diverse met de materie gemoeide belangen. Daarbij past de kanttekening dat er vanzelfsprekend geen reden is om, indien hervormingen noodzakelijk zijn waarvoor wetgeving vereist is, louter zeer brede of alomvattende wetsvoorstellen in te dienen. Het is verstandig wetgevingsbeleid om wetsvoorstellen in te dienen voor overzichtelijke onderwerpen, zonder de samenhang met andere onderwerpen uit het oog te verliezen. Het voorstel van wet schenkt aandacht aan samenhangende onderwerpen: het nieuwe artikel 628b voor wat betreft de WW-uitkering en de wijziging van artikel 668a voor wat betreft het aantal tijdelijke contracten. Overigens kent geen enkel ander OESO-land een ten aanzien van de preventieve toetsing krachtens artikel 6 BBA vergelijkbare regeling. Het wetsvoorstel speelt daar juist op in.

ad c.

Het bezwaar is niet consistent. Indien men, anders dan het voorstel van wet verwoordt (zie paragraaf 5), vreest voor de omvang van het beslag dat wordt gelegd op de rechterlijke macht, dan impliceert dit dat werknemers geen hoge drempel ervaren om actie te ondernemen. Overigens zijn wij het met de FNV eens dat de toegang tot de rechter niet bemoeilijkt moet worden door een verhoging van de griffierechten als waarvan thans sprake is. Het wegvallen van de kosten die het UWV moet maken in verband met de preventieve toetsingstaak heeft een jaarlijks terugkerende kostenbesparing tot gevolg. Het ligt in de bedoeling deze besparing in te zetten ten gunste van een handhaving van de griffierechten betreffende arbeidsgeschillen op het huidige niveau. Zo nodig zullen wij bij nota van wijziging voorzieningen aan het voorstel van wet toevoegen om dit te bewerkstelligen.

CNV

Het CNV staat positief tegenover het voorstel om het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te beperken, omdat dit kan bijdragen aan het verstevigen van de arbeidsmarktpositie van deze groep werknemers. Zij begrijpt ook de wens om te komen tot een verbetering en vereenvoudiging van het ontslagrecht, maar deze vereenvoudiging kan in haar ogen niet meer zijn dan een onderdeel van en sluitstuk op een totaal aan maatregelen gericht op het vergroten van de kansen op het vinden en houden van werk voor iedereen die dat niet op eigen kracht kan. Het CNV betwijfelt of wijziging van het ontslagrecht een positieve bijdrage kan leveren aan het beter functioneren van de arbeidsmarkt. Wanneer de voorgestane wijziging niet gekoppeld wordt aan adequate maatregelen om ervoor te zorgen dat werknemers aan het werk komen en blijven, is er geen sprake van verbetering, vooral niet voor diegenen met een zwakke arbeidsmarktpositie. Ontslag zonder perspectief op werk levert geen bijdrage aan de oplossing van de problemen op de arbeidsmarkt. Dat geldt eens te meer waar het voorstel slechts uitgaat van een rechterlijke, repressieve toets. Juist in een tijd waarin voorstellen zijn gedaan om het griffierecht te verhogen, leidt dit naar de mening van het CNV tot een ontoelaatbare vermindering van de bescherming van werknemers tegen onzorgvuldig/onredelijk handelen van werkgevers.

Wij tekenen bij de reactie van het CNV het volgende aan:

Ook ons gaat het om het functioneren van de arbeidsmarkt en ook wij hebben in het bijzonder het oog op degenen met een zwakke arbeidsmarktpositie. Het voorstel van wet tornt niet aan de opzegverboden welke gelden ten aanzien van werknemers die bijzondere bescherming

behoeven. Bovendien denken wij aan de grote groep – waaronder veel jonge – werknemers met een contract voor bepaalde tijd. Voor hen ontstaat perspectief op een vaste contract, indien de bezwaren die werkgevers daar thans tegen zien – een bewerkelijk en duur ontslagrecht – komen te vervallen. Daarnaast zijn er de werknemers met een vast dienstverband, die na een eventueel ontslag vaak zeer moeilijk weer in een vast dienstverband aan het werk komen. Het voorstel van wet verbetert hun kansen door barricades te slechten.

MHP

De vakcentrale voor middengroepen en hoger personeel is positief over het onderdeel van het wetsvoorstel dat gaat over de mogelijkheid arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd nog maar tot maximaal twee keer in twee jaar te verlengen. Dit voorstel draagt bij aan het verkleinen van de kloof tussen insiders met een vaste baan en outsiders met een onzeker toekomstperspectief. Zeker voor jongeren tot 27 jaar is de huidige wetstekst, die het mogelijk maakt een overeenkomst voor bepaalde tijd maar liefst vier keer te verlengen, onwenselijk en discriminerend. De MHP heeft op zich begrip voor het streven om te komen tot één eenduidige ontslagroute voor alle werknemers in plaats van het huidige duale ontslagstelsel. Ook het mogelijk maken van hoger beroep en cassatie in een dergelijke procedure kan op de sympathie van de MHP rekenen. De MHP acht het echter onwenselijk om werknemers de mogelijkheid te ontnemen zich vooraf te verzetten tegen een ontslagvoornemen van een werkgever. Wat de MHP betreft is het onderbrengen van een dergelijke toets bij één instantie, bijvoorbeeld de onafhankelijke rechter, bespreekbaar. Van een dergelijke preventieve ontslagtoets gaat evenals dat het geval is in het huidige preventieve duale ontslagstelsel een extra beschermende werking uit, omdat werkgevers weten dat een voorgenomen ontslag getoetst zal worden. Dat zet een rem op mogelijk onzorgvuldig handelen van werkgevers. Mede gelet op de voorgenomen verhoging van het griffierecht meent de MHP dat een toetsing van het ontslag vooraf op kosten van de werkgever mogelijk moet blijven. Immers, de werknemer moet niet in de positie worden gebracht achteraf tegen hoge kosten zijn ontslag te moeten aanvechten.

Wij tekenen bij de reactie van MHP het volgende aan:

Het preventief laten toetsen van ontslagen door een onafhankelijke rechter lost weliswaar zekere pijnpunten in het huidige systeem op, maar valt niet op zorgvuldige wijze vorm te geven zonder een aanmerkelijke vertraging van de mogelijkheid in te spelen op wisselende marktomstandigheden. Een zorgvuldige behandeling van ontslagkwesties vergt nu eenmaal enige tijd. De suggestie van MHP betekent tevens een aanzienlijke belasting van de rechterlijke macht. Nederland zou daarnaast met een preventieve toetsing internationaal gezien een buitenbeentje blijven. Wij herhalen dat het onjuist zou zijn de toegang tot de rechter – juist ook in ontslagzaken – te bemoeilijken door een aanzienlijke verhoging van de griffierechten. Het voorstel van wet geeft op dat punt een oplossing door de met het wetsvoorstel te bereiken besparingen in de kosten gemoeid met de preventieve toetsing desnodig (deels) in te zetten ten gunste van een handhaving van de griffierechten betreffende arbeidsgeschillen op het huidige niveau.

ABU

De Algemene Bond uitzendondernemingen reageert op twee punten.

- a. De mogelijkheden voor de uitzendbranche om af te wijken van de ketenbepaling van artikel 7:668a BW. Door de formulering van de voorgestelde toevoeging op het zevende lid van artikel 681, zevende lid, lijkt de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de ketenbepaling

- in het geheel niet meer op de branche van toepassing te zijn. Gezien de toelichting vermoed zij dat bedoeld is om aan te geven dat de maximering aan de aanpassing bij cao niet op de uitzendbranche van toepassing is, maar dat blijkt niet eenduidig uit het wetsvoorstel zelf.
- b. De aanvullingsplicht bij de WW. In de toelichting wordt steeds gesproken over «opzegging», maar de tekst van het wetsvoorstel zelf – artikel 7:628b BW – spreekt over «het eindigen van de arbeidsovereenkomst». Dit zou tot gevolg hebben dat de aanvullingsplicht in veel meer situaties zou gaan spelen, bijvoorbeeld ook bij het eindigen van rechtswege aan het einde van een overeenkomst voor bepaalde tijd. Voorts signaleerden zij een verschil tussen de wetstekst en de toelichting, waar de toelichting spreekt van een aanvulling «met 20%» en de wetstekst van aanvulling «tot 90%». Nu in de meeste gevallen de uitkering de eerste twee maanden 75% bedraagt, zou op dit punt de toelichting aangepast moeten worden.

Wij tekenen bij de reactie van de ABU het volgende aan:

ad a.

Het door de ABU uitgesproken vermoeden was juist. Het punt speelt niet meer, nu het voorstel van wet, anders dan het voorontwerp, geen beperking bevat in de mogelijkheid bij cao af te wijken. Het wetsvoorstel neemt daarbij tot uitgangspunt dat marktpartijen met deze ruimte prudent omgaan.

ad b

Met betrekking tot de redactie «opzegging» dan wel «beëindiging» in art. 7:628b is de wettekst aangepast aan de toelichting. Op het punt van de percentages van de aanvulling is de memorie van toelichting aangepast aan de wet.

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Dit artikel strekt ertoe – door het laten vervallen van artikel 6 BBA 1945 – een einde te maken aan het duale ontslagrecht. Het betekent dat het zogenoemde algemeen opzegverbod vervalt. Als gevolg daarvan hoeft de werkgever voor het mogen opzeggen van de arbeidsovereenkomst geen toestemming meer te vragen aan het UWV. In verband hiermee moet in artikel 9 een vernummering aangebracht worden.

Artikel II, onderdeel A

In artikel 440 BW wordt de ontbinding van de agentuurovereenkomst geregeld. De wijziging van lid 4 van dit artikel hangt samen met de wijziging van artikel 685 BW (zie onderdeel K) en is technisch van aard.

Artikel II, onderdeel B

Dit onderdeel is in paragraaf 4.12 van het algemeen deel toegelicht.

Artikel II, onderdeel C

Met de voorgestelde wijziging van artikel 668a BW worden de mogelijkheden om van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gebruik te maken beperkt in die zin, dat er sneller dan onder het thans geldend recht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. De thans geldende conversietermijn van 36 maanden wordt verkort tot 24 maanden en de mogelijkheid om van de zogenoemde «ketenconstructie» gebruik te maken, wordt teruggebracht naar twee arbeidsovereenkomsten. Dit betekent dat de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de grens van 24 maanden overschrijdt vanaf dat moment automatisch wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Datzelfde

gebeurt bij de keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd; de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde wordt automatisch omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Artikel II, onderdeel D

In artikel 669 is nu alleen nog de verplichting voor de werknemer opgenomen om aan de werkgever, indien die daarom verzoekt, zijn reden voor opzegging mee te delen. De mededelingsverplichting voor de werkgever is opgenomen in het nieuwe artikel 671, lid 1 (zie artikel II, onderdeel F).

Artikel II, onderdeel E

De wijziging van artikel 670 lid 1, onderdeel b, is in de eerste plaats van technische aard. De verwijzing naar het verzoek om toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen van het UWV is niet meer nodig, nu het voorstel van wet voorziet in het vervallen van artikel 6 BBA 1945. Daarvoor in de plaats geldt het opzegverbod wegens ziekte in de nieuwe situatie niet als de ziekte van de betrokkene werknemer een aanvang heeft genomen op of na het tijdstip van kennisgeving van de opzegging. De daaraan ten grondslag liggende gedachte is dezelfde als in de thans geldende situatie, namelijk het voorkomen van misbruik.

Artikel II, onderdeel F

Artikel 671, lid 1 en 2

Zoals in het algemeen deel al is geschreven, is in artikel 671 de procedure geregeld die in acht genomen moet worden bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Deze procedure, die is vormgegeven in lid 1 en 2 van artikel 671, ziet er als volgt uit. De werkgever die van plan is de arbeidsovereenkomst op te zeggen, moet de werknemer daarvan schriftelijk in kennis stellen (de aanzegging). Daarbij moet hij de reden(en) aangeven voor het ontslag (zie ook de toelichting bij artikel II onderdeel D). De werkgever moet de betrokken werknemer informeren over de procedure en zijn rechten en plichten. Dat is niet expliciet geregeld, omdat dit al valt onder het goed werkgeverschap van artikel 611. Wel is geregeld welke rechten de werknemer heeft. Hij heeft 14 dagen de tijd om te reageren op de aanzegging van het ontslag en de redengeving, de zogenoemde hoorplicht. Hij kan daarbij kiezen uit een schriftelijke of mondelinge reactie. In dat laatste geval volgt er een «hoorzitting» waarin hij zijn zienswijze kenbaar kan maken. De werkgever moet daarvan een verslag maken en dit tijdig ter beschikking stellen van de werknemer. «Tijdig» houdt in dat het verslag in ieder geval ten tijde van de opzegging voor de werknemer beschikbaar is. Dat is van belang voor een eventueel vervolg, bijvoorbeeld een aanvechten van het ontslag op grond van de onredelijkheid. De vormgeving van de mogelijkheid om te worden gehoord en van de hoorzitting worden beheerst door het goed werkgevers- en werknemerschap van artikel 611. Dat laat onverlet dat bij cao of bij schriftelijke overeenkomst tussen de werkgever en de ondernemingsraad een nadere invulling kan worden gegeven aan de hoorprocedure.

De periode die de werknemer heeft om zijn zienswijze kenbaar te maken, is tevens de periode die geldt voordat de werkgever kan overgaan tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. Dat brengt met zich dat de werkgever, in beginsel, bij de aanzegging in een specifiek geval rekening zal hebben te houden met hem bekende periodes van afwezigheid van de werknemer. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan dit betekenen dat de mogelijkheid van de werknemer om zijn zienswijze kenbaar te maken later valt, namelijk na zijn terugkeer. Ook is mogelijk dat de redelijkheid vergt dat beide partijen gegeven de omstandigheden medewerking verlenen aan het kenbaar maken van de zienswijze van de

werknemer op een andere manier, bijvoorbeeld met gebruikmaking van communicatiemiddelen.

Artikel 671 lid 3

In lid 3 is de sanctie op het niet naleven van de verschillende elementen die in lid 1 en 2 van artikel 671 zijn opgenomen geregeld. Het gaat om: het door de werkgever niet schriftelijk in kennis stellen van het voornemen tot opzeggen van de arbeidsovereenkomst, het in de kennisgeving niet vermelden van de reden(en) voor de opzegging, of het de werknemer niet in de gelegenheid stellen zijn zienswijze kenbaar te maken. De sanctie is vernietigbaarheid van de opzegging. Er is gekozen voor vernietigbaarheid, nu de werknemer er belang bij kan hebben dat de eerdere opzegging in stand blijft. Te denken valt aan het geval waarin de werkgever een te korte opzegtermijn in acht neemt en de werknemer een beroep wil doen op het bepaalde in artikel 7:653 lid 3 BW omtrent het vervallen van een concurrentiebeding wegens een schadeplichtige beëindiging.

Voor het invoeren van deze vernietigingsgrond door de werknemer geldt een vervaltermijn van twee maanden, te rekenen vanaf de dag waarop de werknemer schriftelijk van het voornemen tot de opzegging in kennis is gesteld.

Artikel II, onderdeel G

Het huidige artikel 672 is in de nieuwe opzet vereenvoudigd, met instandhouding van de mogelijkheid om bij collectieve arbeidsovereenkomst van de wettelijke termijnen af te wijken. De afwijking wat betreft de verlenging van de opzegtermijn wordt aan de cao-partijen zelf overgelaten, onder de voorwaarde dat de opzegtermijn voor beide partijen gelijk is. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan de opzegtermijn worden verkort, met dien verstande dat er voor de werkgever altijd een opzegtermijn geldt van één maand. In feite wordt het via de collectieve arbeidsovereenkomst mogelijk de opzegtermijn van de werkgever en de werknemer gelijk te schakelen. De opzegtermijn kan bij schriftelijke overeenkomst, dus zowel bij individuele als bij collectieve arbeidsovereenkomst worden verlengd tot zes maanden. Daarbij geldt dan wel de voorwaarde dat de opzegtermijn voor de werkgever en de werknemer gelijk moet zijn. Die opzegtermijn van zes maanden kan alleen bij collectieve arbeidsovereenkomst worden verlengd. Ook bij die verlenging geldt dat de opzegtermijn voor werkgever en werknemer gelijk moet zijn. Het nieuwe lid 6 is gelijk aan het thans geldende lid 9.

Artikel II, onderdeel H

Waar sprake is van een ontslag op staande voet wordt de wederpartij in de gelegenheid gesteld daarover zijn visie kenbaar te maken. De reden daarvoor is, dat ook hier sprake is van een opzegging van de arbeidsovereenkomst, zij het een bijzondere, namelijk onverwijld. Het onverwijld opzeggen van een arbeidsovereenkomst laat onverlet dat de er ruimte moet zijn voor enig beraad. Onder meer het horen van de betrokken werknemer is daarvan een invulling. De procedure die daarbij in acht genomen moet worden is identiek aan die van artikel 671 (zie ook de toelichting op Artikel II onderdeel F).

Artikel II, onderdeel I

Artikel 681 heeft betrekking op het kennelijk onredelijk ontslag. Het is in feite de kernbepaling van het geldende ontslagrecht. Het gaat om een toetsing achteraf. In het huidige situatie kan ook een opzegging met toestemming van het UWV kennelijk onredelijk zijn.

De term «kennelijk onredelijk» beoogt een marginale rechterlijke toetsing. Daarvan is in de praktijk nog maar in beperkte mate sprake. Dat is een gevolg van het feit dat niet alleen wordt gekeken naar de aan het ontslag ten grondslag liggende reden, maar ook rekening wordt gehouden met de

gevolgen van het ontslag voor de betrokken werknemer, het zogenoemde gevolgcriterium, dat is neergelegd in art. 681, lid 2, onderdeel b. Het laten vervallen van het woord «kennelijk» bij de toetsingsgrond van de redelijkheid van het ontslag, zorgt ervoor dat de wettekst in overeenstemming is met de rechtspraak.

Wanneer is er nu sprake van een onredelijk ontslag? Er worden in het tweede lid van artikel 681 een aantal voorbeelden genoemd. Het zijn echter niet meer dan voorbeelden. Zo is in beginsel ook sprake van een onredelijke opzegging als die opzegging wordt gedaan in strijd met maatschappelijk aanvaarde normen of met inachtneming van niet toetsbare ontslagcriteria. Indien de criteria zijn afgesproken met vakbonden in bijvoorbeeld cao-verband of bij het afsluiten van een sociaal plan, geeft dat een rechtsvermoeden van maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Het voorstel van wet laat het aan de rechter over te oordelen of in een specifiek geval dit rechtsvermoeden ook kan gelden voor afspraken over ontslagcriteria tussen een ondernemer in de zin van de Wet op de ondernemingsraden en zijn ondernemingsraad. Onder de bijzondere omstandigheden van een geval kan een opzegging in strijd met maatschappelijk aanvaarde of met inachtneming van niet toetsbare ontslagcriteria zelfs kennelijk onredelijk zijn in de zin van artikel 7:682 BW (zie hierover paragraaf 4.10 van het algemeen deel).

Artikel 681 lid 2

In lid 2 van artikel 681 kunnen de woorden »zonder opgave van redenen» vervallen, omdat de werkgever op grond van artikel 671 schriftelijk reden(en) voor de opzegging aan de werknemer moet mededelen. De werknemer moet op grond van artikel 669 de werkgever schriftelijk de reden voor zijn opzegging mededelen als deze daarom verzoekt. Voor de werknemer verandert er derhalve niets.

Als de werkgever de reden van de opzegging niet noemt, ondermijnt hij in feite de mogelijkheid van de werknemer om zijn zienswijze over het ontslag naar voren te brengen. De werknemer heeft dan de mogelijkheid tot het invoeren van de vernietiging van de opzegging. Dat het opgeven van een valse reden kan leiden tot een onredelijk ontslag blijft gehandhaafd.

Artikel II, onderdeel J

De regeling van artikel 7:682 BW betreffende het herstel van de arbeidsovereenkomst blijft in beginsel gehandhaafd. Dat betekent dat de verwijzing naar «kennelijk» in dit artikel blijft staan. In de huidige wettelijke regeling zijn de artikelen 681 en 682 gelijklopend in de zin dat het in beide bepalingen gaat om een kennelijk onredelijke opzegging. De beide bepalingen zijn nu reeds verschillend waar het in artikel 681 gaat om een schadevergoeding en in artikel 682 leden 3 en 4 om een billijkheidsvergoeding (een afkoopsom). Dit laatste verschil blijft in stand. Beide bepalingen onderscheiden zich voortaan echter ook in die zin, dat «kennelijk» in artikel 681 niet meer voor komt, terwijl het in artikel 682 blijft staan.

Het huidige lid 3 van artikel 682 geeft aan dat de rechter kan besluiten om in plaats van het herstel van de arbeidsovereenkomst te kiezen voor een afkoopsom op verzoek van de werkgever. Voorgesteld wordt om de keuzemogelijkheid voor de rechter te verruimen door te regelen dat hij *kan* besluiten om het herstel van de arbeidsovereenkomst te vervangen door een afkoopsom. Bovendien wordt voorgesteld om het verzoek daartoe ook door de werknemer kan worden gedaan. Het gaat bij het vaststellen van de afkoopsom om een vergoeding naar billijkheid waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen.

Artikel II, onderdeel K

Aangezien voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst geen toestemming meer nodig is van het UWV, wordt de arbeidsovereenkomst steeds door opzegging beëindigd. Het kan dan gaan om een regelmatige of een onregelmatige opzegging. Daarop is een uitzondering gemaakt. Het niet in acht nemen van de hoorplicht van het nieuwe artikel 671 maakt de opzegging vernietigbaar. Bij de onregelmatige opzegging kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het niet opzeggen tegen de juiste datum. Een dergelijke opzegging maakt de opzeggende partij schadelijktig (zie artikel 677). Ook kan het herstel van de arbeidsovereenkomst worden gevorderd (zie artikel 682).

Door het vervallen van de noodzaak van het moeten hebben van toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen, verandert ook de rol van de ontbindingsmogelijkheid van artikel 685. Opzegging kan in de nieuwe situatie altijd en er kan niet meer aan de kantonrechter een verzoek te worden gericht om de arbeidsovereenkomst te mogen ontbinden. Hierop zijn twee uitzonderingen. De eerste heeft betrekking op de zogenoemde «opzegverboden». Het woord zegt het al, in die situaties mag de arbeidsovereenkomst niet worden opgezegd. De rechtspraak leert dat voor een dergelijke situatie de ontbindingsmogelijkheid moet (blijven) openstaan. Dat geldt ook voor de situatie dat er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan waarin niet is voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging. Om dit te realiseren is lid 1 van artikel 685 aangepast.

In het thans geldende artikel 685 kan tegen de beschikking van de kantonrechter geen hoger beroep of cassatie worden ingesteld. Dat betekent dat de kantonrechter de hoogste rechter is als het gaat om de ontbindingsmogelijkheid. Door het laten vervallen van lid 11 van artikel 685 is in de toekomst wel hoger beroep en cassatie mogelijk (zie paragraaf 4.11 van het algemeen deel).

Artikel III

De wijziging van de Wet melding collectief ontslag zijn technisch van aard en vloeien voort uit het vervallen van artikel 6 BBA 1945.

Artikel IV

Dit artikel houdt rekening met de mogelijkheid dat het op 30 maart 2011 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakte voorstel van wet tot wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet (Kamerstukken 32 718) eerder in werking treedt dan het onderhavige wetsvoorstel. In dat geval dienen de in artikel III voorgestelde wijzigingen enigszins te worden aangepast.

Artikelen V tot en met VII

De wijzigingen van de Faillissementswet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet personenvervoer zijn technisch van aard en vloeien voort uit het vervallen van artikel 6 BBA 1945.

Artikel VIII

In dit artikel is het overgangsrecht geregeld.

Eerste lid

Het overgangsrecht met betrekking tot de conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd houdt in dat het in werking treden van deze wet geen invloed heeft op de al lopende reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of de nu geldende termijn van 36 maanden. Als een werknemer derhalve na het in werking treden van deze wet werkzaam is op basis van de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal eerst

bij de vierde arbeidsovereenkomst sprake zijn van de conversie. Met andere woorden: op na de datum van inwerkingtreding aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is het nieuwe regime van toepassing.

Voor tussentijdse opzegclausules in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die ten tijde van de datum van inwerkingtreding van deze wet nog voortduren, geldt onmiddellijke werking. Anders is dit waar het gaat om contractuele opzegtermijnen die zijn aangegaan voor de datum van inwerkingtreding van deze wet. Die overeengekomen opzegtermijnen blijven van toepassing.

Tweede lid

Het overgangsrecht in het tweede lid van artikel VI heeft betrekking op de situaties waarbij de arbeidsovereenkomst al is opgezegd of er verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst zijn gedaan voor het in werking treden van deze wet. Dat geldt ook voor de procedures die zijn gestart en de beschikkingen die zijn afgegeven. Op deze situaties blijft het oude recht gelden en is bijvoorbeeld de voorgeschreven hoorplicht niet van toepassing.

Derde lid

Daar waar sprake is van reorganisaties blijft de WMCO, zoals die wet luidde voor het inwerkingtreding van deze wet, van toepassing. Dat heeft betrekking op de wijze waarop de meldingen voor collectief ontslag moeten worden afgehandeld en de procedures die zijn gestart en de afhandeling daarvan.

Artikel IX

In artikel IX is een eenmalige evaluatiebepaling opgenomen. Met deze evaluatie wordt nagegaan wat de doeltreffendheid en de effecten zijn van deze wijziging van het ontslagrecht in de praktijk. Daarbij kunnen kwesties aan de orde komen als de eenvoud, de duidelijkheid en de toegankelijkheid van het nieuwe ontslagrecht en de vraag of daardoor de rechtsbescherming van de werknemer in geval van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst voldoende is gewaarborgd.

Artikel X

Voorgesteld wordt het onderhavige voorstel van wet in werking te laten treden met ingang van de eerste dag van de vierde kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. De werkgevers(organisaties) en werknemers(organisaties) hebben parallel aan de periode van behandeling van het voorstel van wet in de Staten-Generaal voldoende gelegenheid zich op de nieuwe regelgeving in te stellen. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld de rechterlijke macht, de advocatuur en het UWV. In die periode kunnen diverse voorbereidende werkzaamheden worden verricht.

Koşer Kaya