

VOORONTWERP VAN EEN VOORSTEL VAN WET TOT WIJZIGING VAN HET ONTSLAGRECHT

Datum: 1 juli 2011

Voorstel van wet van het lid Koşer Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek, de Wet melding collectief ontslag en de Faillissementswet met als doel een rechtvaardig niveau van rechtsbescherming bij ontslag

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 het Burgerlijk Wetboek, de Wet melding collectief ontslag en de Faillissementswet te wijzigen ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 6 vervalt.

B

Het eerste lid van artikel 9 vervalt onder vernummering van het tweede en derde lid tot eerste en tweede lid.

ARTIKEL II

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 440, vierde lid, wordt ‘negende, tiende en elfde lid’ vervangen door: negende en tiende lid.

B

Na artikel 628a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 628b

1. Indien de gewezen werknemer in verband met het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst recht heeft op een uitkering op grond van hoofdstuk II van de Werkloosheidswet, vult de gewezen werkgever die uitkering gedurende de eerste twee maanden van dat recht aan tot 90% van het dagloon, bedoeld in artikel 45 van die wet.

2. Voor de toepassing van dit artikel wordt de uitkering krachtens de Werkloosheidswet steeds geacht door de gewezen werknemer onverminderd te zijn genoten.

C

Artikel 668a wordt gewijzigd als volgt.

1. Het eerste lid wordt gewijzigd als volgt:

- a. In onderdeel a wordt '36 maanden' vervangen door: 24 maanden.
- b. In onderdeel b wordt 'meer dan 3' vervangen door: meer dan 2.

2. In het derde lid wordt '36 maanden' vervangen door: 24 maanden.

3. Het vijfde lid komt te luiden:

5. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken van lid 1, onderdeel a, en van lid 3 tot ten hoogste 36 maanden en van lid 1, onderdeel b, tot 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten.

D

Artikel 669 komt te luiden:

De werknemer die de arbeidsovereenkomst opzegt, geeft de werkgever op diens verzoek schriftelijk opgave van de reden of redenen van opzegging.

E

Artikel 670, eerste lid, onderdeel b, komt te luiden:

b. een aanvang heeft genomen op of na het tijdstip waarop de werknemer schriftelijk van het voornemen tot opzegging in kennis is gesteld;.

F

Na artikel 670 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 671

1. De werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen, stelt de werknemer daarvan schriftelijk in kennis. In deze kennisgeving ver-

meldt de werkgever de reden of redenen voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

2. De werknemer kan binnen 15 dagen na de in lid 1 bedoelde kennisgeving schriftelijk of mondeling zijn zienswijze hierover aan de werkgever kenbaar maken. Indien de werknemer zijn zienswijze mondeling kenbaar wenst te maken, stelt de werkgever hem daartoe in de gelegenheid en maakt de hij daarvan een verslag, dat hij tijdig ter beschikking van de werknemer stelt.

3. 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 of redenen voor de opzegging of het de werknemer niet in de gelegenheid stellen zijn zienswijze kenbaar te maken, maakt de opzegging vernietigbaar. De werknemer kan gedurende twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een beroep doen op deze vernietigingsgrond.

G

Artikel 672 komt te luiden:

Artikel 672

1. Opzegging geschiedt tegen het einde van de maand, tenzij bij schriftelijke overeenkomst of door het gebruik een andere dag daarvoor is aangewezen.

2. De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die op de dag van opzegging:

a. korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;

b. vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;

c. tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;

d. vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.

3. De door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt één maand.

4. De termijn, bedoeld in lid 2, onderdelen b tot en met d, kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden verkort tot één maand.

5. De termijn, bedoeld in lid 2 en lid 3, kan schriftelijk worden verlengd tot ten hoogste zes maanden, mits de termijn van opzegging voor de werkgever en voor de werknemer gelijk is. Slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan de in de eerste zin genoemde termijn worden verlengd.

6. Voor de toepassing van lid 2 worden arbeidsovereenkomsten geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 682.

H

In artikel 677, eerste lid, wordt na de eerste volzin de volgende volzin ingevoegd:

Artikel 671 is van overeenkomstige toepassing.

I

Artikel 681 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het eerste tot en met vierde lid vervalt telkens het woord ‘kennelijk’.
2. In het tweede lid, onderdeel a, vervalt ‘zonder opgave van redenen of’.

J

Artikel 682, derde lid, tweede zin, komt te luiden: Is in het vonnis geen afkoopsom vastgesteld, dan kan de rechter deze op verzoek van de werkgever of de werknemer alsnog vaststellen.

K

Artikel 685 wordt gewijzigd als volgt:

1. Het eerste lid komt te luiden:

1. Indien een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 646, 648, 649, 670 en 670a of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst van toepassing is, kan de werkgever zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Een dergelijk verzoek kan worden gedaan door ieder van de partijen indien het een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst betreft die niet tussentijds kan worden opgezegd. Elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt is nietig.

2. Het elfde lid vervalt.

L

Aan artikel 691, zevende lid, wordt toegevoegd: Bij de toepassing van dit artikellid blijft artikel 668a, lid 5, buiten toepassing.

ARTIKEL III

De Wet melding collectief ontslag wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1, onderdeel c, komt te luiden:

c. het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen; het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, genoemd in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en in komen;.

B

Artikel 2, eerste lid, komt te luiden:

1. Deze wet is niet van toepassing op het doen eindigen van een dienstbetrekking uitsluitend om redenen die de persoon van de werknemer betreffen.

C

In de artikelen 3, eerste lid, 4, derde tot en met vijfde lid, en 5 wordt ‘het bevoegd gezag’ telkens vervangen door: het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.

D

De artikelen 6, 6a en paragraaf 3 vervallen.

E

Artikel 8 komt te luiden:

Ieder die uit hoofde van zijn functie bij een vereniging van werknemers kennis neemt van een melding als bedoeld in artikel 3, eerste lid, is verplicht tot geheimhouding van deze melding en van de inhoud daarvan, indien de werkgever dit bij die melding, onder opgave van redenen, uitdrukkelijk heeft verzocht.

ARTIKEL IV

Indien het bij Koninklijke boodschap van 30 maart 2011 ingediende 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, tot wet wordt verheven en in werking treedt, komt artikel III van deze wet als volgt te luiden:

A

Artikel 2, eerste lid, komt te luiden:

1. Deze wet is niet van toepassing op het doen eindigen van een arbeidsovereenkomst uitsluitend om redenen die de persoon van de werknemer betreffen.

B

In de artikelen 3, eerste lid, 4, derde tot en met vijfde lid, 5, en 6a, eerste lid, onderdeel a, en 7, eerste lid, wordt ‘het bevoegd gezag’ telkens vervangen door: het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.

C

Artikel 6 vervalt.

D

In artikel 7, eerste lid, vervalt: , behoudens in het geval het bevoegd gezag daarvoor toestemming heeft verleend met toepassing van artikel 6, tweede en derde lid,.

E

Artikel 8 komt te luiden:

Ieder die uit hoofde van zijn functie bij een vereniging van werknemers kennis neemt van een melding als bedoeld in artikel 3, eerste lid, is verplicht tot geheimhouding van deze melding en van de inhoud daarvan, indien de werkgever dit bij die melding, onder opgave van redenen, uitdrukkelijk heeft verzocht.

ARTIKEL V

In artikel 13a van de Faillissementswet vervalt ‘en in artikel 9, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945’.

ARTIKEL VI

1. Artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidde voor het tijdstip van het inwerkingtreden van deze wet, blijft van toepassing op werknemers van wie de arbeidsovereenkomst op het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 668a, lid 1 en lid 3, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek .

2. Afdeling 9 van Boek 7 Titel 10 van het Burgerlijk Wetboek, zoals deze luidde voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet, blijft van toepassing op opzeggingen of verzoeken om de arbeidsovereenkomst te mogen ontbinden die zijn gedaan voor genoemd tijdstip, alsmede op procedures die zijn gestart en beschikkingen die zijn gegeven voor dat tijdstip.

3. De Wet melding collectief ontslag, zoals deze wet luidde voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet, blijft van toepassing op opzeggingen of beëindigingen van een dienstbetrekking die hebben plaatsgevonden voor genoemd tijdstip, op de afwikkeling van meldingen als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van die wet, alsmede op procedures die zijn gestart en beschikkingen die zijn gegeven voor dat tijdstip.

ARTIKEL VII

Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zendt in overeenstemming met Onze Minister van Veiligheid en Justitie binnen 5 jaar na de inwerkingtreden van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

ARTIKEL VIII

Deze wet treedt in werking met ingang van de eerste dag van de vierde kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

De Minister van Veiligheid en Justitie,

Voorontwerp

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 *Hoofdlijnen 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

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 *Hoofdlijnen 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 kantonrechttersformule*, SMA 2007, p. 356-359, E. Verhulp, *Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet*, SR 2007, p. 317-326.

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 ons land juist in deze periode na de recente crisisjaren 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 van 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.⁶ Het BBA dateert

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.

⁶ Besluit van 7 december 1998, *Stcrt* 1998, nr. 238, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt* 2009, 19487.

van 5 oktober 1945.⁷ 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.⁸ Het BBA is nooit ingetrokken.

Het UWV dient zich te richten naar het Ontslagbesluit en rapporteert aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁹ De overheid wenst een ontslagbeleid te kunnen voeren en heeft via het Ontslagbesluit de mogelijkheid de vinger aan de pols te houden.¹⁰

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 geoordeeld dat een ontslagkwestie binnen het bereik valt van artikel 6 EVRM.¹¹

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.¹² 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

⁷ KB van 5 oktober 1945, *Stb.* F 214.

⁸ H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 305-308.

⁹ 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.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1994-1995, 22 977, nr. 6, p. 1.

¹¹ EHRM 28 juni 1990, *NJ* 1995, 491 m.nt. EAA (Obermeier/Oostenrijk).

¹² 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 Themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 408-410; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 352-353; 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, en L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM', *Ars Aequi* 2011, p. 284-289.

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.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵ 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*”.¹⁶ 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).¹⁷ 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”.¹⁸ 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

¹³ 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.

¹⁴ HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam).

¹⁵ 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.

¹⁶ En over de ontbindingsprocedure: “*Faster, but also more expensive, as firms face much higher severance pay obligations*”.

¹⁷ Nationale Ombudsman, 'Naar een eerlijke ontslagprocedure', Rapport 2007/260 van 21 november 2007.

¹⁸ 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.

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 1951.¹⁹

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.²⁰ 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.²¹

¹⁹ C.G. Scholtens, 'Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945', *ArA* 2005/3, p. 28-59, op p. 59.

²⁰ 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.

²¹ 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.

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.²² 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.²³ Het EHRM heeft meer dan eens beslist dat artikel 6 EVRM geen recht op hoger beroep verschaft.²⁴

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.²⁵

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 verstrekkende 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-

²² 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.

²³ Vergelijk EHRM 6 juli 2010, *EHRC* 2010/109 (Pocius/Litouwen).

²⁴ EHRM 26 oktober 1984, *NJ* 1988, 744 m.nt. EAA (De Cubber/België). Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent, 4 2009, p. 9.

²⁵ Alt komt tot dezelfde conclusie. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht 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.

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 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.²⁶

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.²⁷ Zwaardere managementfuncties zullen derhalve veel minder vaak op het lagere vergoedingenniveau van artikel 7:681 BW worden 'afgerekend'.

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.²⁸

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.²⁹

²⁶ *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.

²⁷ Vergelijk R.A.A. Duk, *Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the Twain ever meet?*, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, p. 20.

²⁸ R. Knecht, '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.

²⁹ 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

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 wederpartij³⁰, berucht complex en onoverzichtelijk.³¹

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 procesroute 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).³² 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

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.

³⁰ HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburg-Pekel).

³¹ 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.

³² HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/155 (Greeven/Connexion).

ontbindingsprocedure als de ontslagvergoeding die men contractueel had afgesproken.³³

- 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.³⁴

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*”.³⁵ Het 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*.³⁶

De begrippen flexibiliteit en zekerheid zijn niet scherp omljnd. 'Flexibiliteit' kan betrekking hebben op een lossere 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-

³³ 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).

³⁴ 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 (Fromatech Ingredients BV) m.nt. Franssen.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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.*³⁷

Nederland voerde op 1 januari 1999 de Wet Flexibiliteit en zekerheid (de Flexwet) in.³⁸ 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 wijziging van de regeling van de opzegtermijnen en het bepaalde in art. 7:672 lid 4 BW) en zocht de flexibiliteit bij andere arbeidsrelaties.³⁹ 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".⁴⁰

Nederland is zeker niet het enige land. Ook andere Europese landen hebben een dergelijk tweesporenbeleid gevolgd.⁴¹

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).⁴² Het IMF in april 2010: "Indeed,

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ Tweede evaluatie Wet Flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 50.

⁴¹ *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.*"

⁴² 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

*the increasing use of temporary workers has not only resulted in dual track, two-tier labor arrangements but also blurred the boundary between dependent employment and self-employment".*⁴³

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.⁴⁴ Ouderen ondervinden meer dan gemiddeld de nadelige effecten, dat wil zeggen: de werkgever zorgt ervoor dat geen vast dienstverband ontstaat.⁴⁵

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.⁴⁶

Het aantal zzp'ers is lastig met precisie te bepalen. Een uniforme definitie ontbreekt. Het WRR rapport Investeren in werkzekerheid uit 2007 kwam op 800.000.⁴⁷ Het SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 15 oktober 2010 gaat uit van een aantal zzp'ers van 675.000 voor het jaar 2007.⁴⁸

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.⁴⁹ 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.⁵⁰

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

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."

⁴³ IMF, World Economic Outlook: Rebalancing Growth, April 2010, p. 76.

⁴⁴ Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 32.

⁴⁵ Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 39-50.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 058, nr. 3, p. 2.

⁴⁷ WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 91-92.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Inspectie Werk en Inkomen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Dienstverlening op maat, Rapport R 10/03 van juli 2010, p. 10.

⁵⁰ UWV Kwartaal Verkenning van april 2010 en UWV Magazine juli 2010, p. 29.

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.⁵¹

De in het verleden gekozen balans tussen flexibiliteit en zekerheid heeft geleid tot een tweedeling op de arbeidsmarkt.⁵² 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.

⁵¹ 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.

⁵² 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. Wilthagen, 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."

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 twee maanden de door de werknemer verkregen loongerelateerde WW-uitkering aan met 20% van het bruto loon met als maximum 20% van het bruto maximum dagloon.

De wet beperkt de 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') en legt de mogelijkheid bij cao naar boven af te wijken aan banden.

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.

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).⁵³ 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 over 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) 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.⁵⁴ De werkgever kan bij non-activiteit met de aanzegging de loonbetaling staken dan wel het 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

⁵³ 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.

⁵⁴ Zie HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (Van der Gulik/Visser & Partners).

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. In de

jurisprudentie treedt onder meer naar voren dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naar gelang de werknemer langer in dienst is.⁵⁵ 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 dienstverband.⁵⁶ 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.

Het voorstel van wet doet evenmin 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 zich als goed werkgever behoort 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. Daarbij komt mede 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 voorzienbare ontwikkelingen van de werkzaamheden van de werknemer) heeft bijgedragen aan de werkzekerheid van de werknemer in of buiten het bedrijf van de werkgever, rekening houdend met wat redelijkerwijs gezien de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever van partijen kan worden verwacht. Een harmonisatie van rechterlijke uitspraken valt, zoals de Hoge Raad heeft aangegeven, 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.⁵⁷

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

⁵⁵ HR 28 maart 1997, *NJ* 1997/561 (Cemsto/El Azzouti).

⁵⁶ HR 15 februari 2008, *NJ* 2008/111 (Wustlich/Chromalloy Holland), HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed).

⁵⁷ 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).

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 verschaft 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 hij 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 overigens 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 twee maanden van werkloosheid aan te vullen met 20% van het bruto loon, met als maximum 20% van het bruto maximum dagloon. 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, 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, beperking van de mogelijkheid bij cao af te wijken

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 beperkt voorts de mogelijkheid om bij collectieve arbeidsovereenkomst van het voorgaande af te wijken. Het legt het plafond voor wat bij cao kan worden afgesproken op het niveau van de huidige wettelijke regeling. Dit betekent dat de mogelijkheid bestaat om bij collectieve arbeidsovereenkomst af te spreken, dat werkgever en werknemer achtereenvolgens (met tussenpozen van niet meer dan drie maanden) drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangaan, tot in totaal een maximum van drie jaar, zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

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)⁵⁸. 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. Het voorstel van wet bedoelt hierbij de uitzendbedrijven die daadwerkelijk zelf zorg dragen voor de werving en selectie van de uitgezonden werknemers. Dat betekent dat het cao-plafond waarvan sprake is in paragraaf 4.13 niet van toepassing is op cao's die zich richten op de uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW tussen een dergelijk uitzendbedrijf en de uitzendkracht. Dit speelt overigens eerst nadat de uitzendkracht in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht als bedoeld in artikel 7:691, lid 1, BW. Binnen deze periode is artikel 7:668a BW voor uitzendkrachten (nog) niet van toepassing.

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 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

⁵⁸ Hof van Justitie EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (Küçükdeveci).

besluit wordt goedgekeurd dat ertoe dwingt de tot het concern behorende werkgever noodzaakt tot het voorbereiden van een collectief ontslag.⁵⁹

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 rechtsgeldige 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.

⁵⁹ 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 laten zich op grond van haar budget voor 2011 becijferen op een bedrag van **EUR [pm]**.

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 inwerkintreding 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 vervalft. 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.

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 vervalft. 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.

In het thans geldende lid 5 van artikel 668a BW is een onbeperkte afwijkingsmogelijkheid ten nadele van de werknemer mogelijk als het gaat om het kunnen afsluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Een dergelijke onbeperkte afwijkingsmogelijkheid verhoudt zich slecht met Richtlijn 1999/70/EG. In het nieuwe lid 5 wordt deze afwijkingsmogelijkheid ingeperkt tot de nu geldende normering van artikel 668a, lid 1.

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 schadelijchige 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 schadeplichtig (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 II, onderdeel L

Deze wijziging is toegelicht in paragraaf 4.14 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 32718) eerder in werking treedt dan het onderhavige wetsvoorstel. In dat geval dienen de in artikel III voorgestelde wijzigingen enigszins te worden aangepast.

Artikel V

Deze wijziging van de Faillissementswet is technisch van aard en vloeit voort uit het vervallen van artikel 6 BBA 1945 en het als gevolg daarvan wijzigen van art. 9 BBA 1945.

Artikel VI

In artikel VI 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 VII

In artikel VII 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 VIII

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