

No.W12.11.0475/III

's-Gravenhage, 21 februari 2012

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 8 november 2011 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Koser Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt het ontslagrecht te vereenvoudigen en de rechtsbescherming van werknemers te verbeteren door de bestaande procedures te vervangen door één procedure voor de kantonrechter. De huidige ontbindingsprocedure is alleen nog van toepassing op bijzondere gevallen. Tevens worden de beroepsmogelijkheden uitgebreid en worden werkgevers verplicht het ontslag schriftelijk te motiveren. Ter verbetering van de positie van werknemers met tijdelijke arbeidscontracten ontstaat bij werknemers met opeenvolgende tijdelijke arbeidscontracten voortaan sneller een vast dienstverband.

De Afdeling gaat in dit advies eerst in op het bestaande ontslagrecht en op de maatschappelijke context waarbinnen het ontslagrecht functioneert. Ook gaat zij in op de kritiek op het ontslagstelsel in de laatste jaren, die aanleiding vormt tot dit voorstel. Daaruit komt naar voren dat de noodzaak tot hervorming van het ontslagrecht breed wordt gedeeld. Over de wijze waarop vorm moet worden gegeven aan zo'n aanpassing, bestaat echter geen overeenstemming. Dit betekent een patstelling waardoor hervormingen tot dusver zijn uitgebleven.

Vervolgens gaat de Afdeling in op de doelstellingen die de initiatiefnemer stelt met het voorstel te beogen: vereenvoudiging van het ontslagstelsel en de versterking van de rechtspositie van de werknemers. De Afdeling constateert dat dit voorstel veel meer omvat dan een vereenvoudiging, en in wezen neerkomt op een fundamentele stelselwijziging. Met de vervanging van de preventieve toets door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV), door een repressieve toets (achteraf, door de kantonrechter) verschuift het uitgangspunt van het ontslagrecht van een "nee, tenzij" naar een "ja, mits". De Afdeling wijst erop dat het "nee, tenzij" bepalend is geweest voor het stelsel van arbeidsbescherming zoals dat in de afgelopen zestig jaren inhoud heeft gekregen. De voorgestelde wijziging van dit uitgangspunt, hoezeer deze mogelijk ook nodig en gewenst is, roept fundamentele vragen en dilemma's op. De wetgever zal deze onder ogen moeten zien en te dien aanzien een weloverwogen keuze moeten maken. In de voorgestelde opzet ruilt de werknemer namelijk de bescherming van een voorafgaande rechterlijke of bestuurlijke toetsing, aan de hand van vooraf bepaalde en in regels neergelegde criteria, in voor een hoorplicht en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing achteraf. Daarbij is vooralsnog onduidelijk hoe de rechter, zo lang nadere criteria voor diens toetsing ontbreken, de redelijkheid moet beoordelen van een ontslag dat, gegeven het "ja mits", in

beginsel geoorloofd is. Rechtssystematisch levert zo'n wijziging een vereenvoudiging op, maar het is de vraag of dit in een concreet geval ook zo gevoeld zal worden door de betrokken werknemer en door de werkgever die geconfronteerd wordt met mogelijk lange procedures voor de rechter. De Afdeling adviseert dan ook om aan te geven hoe het voorstel zich verhoudt tot de vereisten van rechtszekerheid – zowel voor werknemers als voor werkgevers - en van een goede balans tussen versterking van de rechtsbescherming van werknemers en voldoende flexibiliteit voor werkgevers.

In het licht van het voorgaande komt de Afdeling tot een viertal criteria als even zo vele toetspunten voor de beoordeling van een voorgenomen hervorming van het ontslagrecht: vereenvoudiging, rechtszekerheid, rechtsbescherming en flexibiliteit. Aan de hand van deze toetspunten beoordeelt de Afdeling het aan haar voorgelegde voorstel. Zij doet daarbij een aantal suggesties en aanbevelingen om het voorstel aan te passen ter versterking van de rechtszekerheid, de rechtsbescherming van werknemers en tot verdere vereenvoudiging van het ontslagstelsel. Ten behoeve van de leesbaarheid is een inhoudsopgave aan het einde opgenomen.

1. Inleiding: het wetsvoorstel

1.1. Het huidige ontslagstelsel

Het Nederlandse ontslagrecht kent twee routes om een arbeidsovereenkomst door één van de partijen te doen eindigen. In de eerste plaats kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd met inachtneming van de in artikel 672, lid 2, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW) genoemde termijnen. In geval van opzegging door de werkgever is voorafgaande toestemming vereist van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Dit is nader geregeld in artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA 1945). Het UWV toetst de ontslagaanvraag aan het Ontslagbesluit¹ en aan zijn eigen beleidsregels. Het UWV kan geen vergoedingen toekennen. Tegen het verlenen of weigeren van toestemming door het UWV is geen bezwaar of beroep mogelijk. Wel kan de rechter oordelen dat een opzegging met toestemming van het UWV kennelijk onredelijk is. In dat geval kan de rechter op grond van 7:681, lid 1, van het BW schadevergoeding toekennen. Tegen een uitspraak over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en het al dan niet verlenen van schadevergoeding staat hoger beroep en cassatie open. Er bestaan geen vaste regels voor de berekening van dergelijke vergoedingen. Deze procedure wordt ook wel de BBA-route genoemd.

In de tweede plaats kan ingevolge artikel 7:685 BW door de werkgever of de werknemer een ontbindingsverzoek aan de kantonrechter worden gedaan wegens gewichtige redenen. Dit kunnen zowel dringende redenen zijn als veranderingen

¹ Dit is een ministeriële regeling.

van omstandigheden. De kantonrechter beoordeelt het verzoek en kan, in geval van verandering van omstandigheden, ingevolge het achtste lid van genoemd artikel een vergoeding toekennen. Tegen de beslissing van de kantonrechter staat geen hoger beroep of cassatie open. Deze procedure staat ook wel bekend als de ontbindingsroute.

Voorts kunnen beide partijen ingevolge artikel 7:677 BW een arbeidsovereenkomst onverwijld opzeggen wegens een dringende reden (het zogeheten ontslag op staande voet). Gegeven het uitgangspunt van een ontslagverbod speelt deze uitzondering geen belangrijke rol in de discussie over het ontslagrecht. Bij ontslag op staande voet gelden de opzegtermijnen en het toestemmingsvereiste van het UWV niet. Voorbeelden van dringende redenen voor de werkgever staan - niet uitputtend - opgesomd in het tweede lid van artikel 7:678 BW. In het huidige stelsel kan een werknemer die naar zijn oordeel ten onrechte op staande voet is ontslagen een beroep doen op de vernietigingsgrond van art. 9 BBA 1945 en vervolgens loon en tewerkstelling vorderen.

Tot slot bestaat ook de mogelijkheid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Vaak wordt dan een beëindigingsovereenkomst gesloten, mede omdat sinds 2006 de Werkloosheidswet (hierna: de WW) hiervoor geen belemmering meer vormt.

1.2. De gewijzigde context van het Nederlandse ontslagstelsel

Het opzegverbod in artikel 6 BBA 1945 stamt uit 1945 en was bedoeld als een tijdelijke noodmaatregel na de Tweede Wereldoorlog om de belangen van werkgever en werknemer te beschermen en de rust op de arbeidsmarkt te bevorderen, teneinde een ongestoorde en zo gunstig mogelijke productie te krijgen.² Inmiddels zijn de arbeidsmarkt en de arbeidsverhoudingen sterk veranderd en vormt het ontslagverbod in de ogen van velen juist een belemmering voor economische groei. Zo adviseerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) nog in juni 2010 de kosten van ontslag goedkoper te maken en de gerechtelijke procedure meer voorspelbaar te maken.³ Voorts is het belang van het ontslagverbod afgenomen door de groei van het aantal flexibele contractsvormen, zoals tijdelijke arbeidscontracten, uitzendbanen en het inhuren van zelfstandigen zonder personeel.⁴ Ook de gemiddelde duur van de vaste arbeidsverbanden neemt geleidelijk af.⁵ De Afdeling wijst erop dat volgens onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau meer dan de helft van de ontslagen op initiatief van de werknemer plaatsvindt en

² J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs "De ontslagpraktijk van de CWI", (2008), blz. 9.

³ "Economic Survey OECD June 2010", blz. 5: "The efforts to reform the strict employment protection of workers with permanent contracts have come to nought. The government should renew its efforts to make the judicial part of the system more predictable and generally lower the costs of firing to enhance the job creation capacity of the projected upswing."

⁴ Volgens de Sociaal-Economische Raad steeg het percentage zzp-ers van 6,4% van de beroepsbevolking in 1996 naar 8,6% in 2009, Sociaal-Economische Raad, "Zzp-ers in beeld: een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel", SER advies nr. 2010/04, blz. 28-29.

⁵ In 2009 was slechts 39% van de werknemers langer dan 5 jaar bij dezelfde werkgever in dienst. De "externe baanmobiliteit" (vertrek naar een andere werkgever) hangt af van de conjunctuur, maar schommelt tussen tussen de 17 en 28% per jaar. SCP "Tendrapport aanbod van Arbeid 2009", blz. 40-41.

dat slechts iets meer dan 10% van alle ontslagen gedwongen is.⁶ Daarnaast wordt in ongeveer de helft van de ontslagzaken gebruik gemaakt van de (snellere) mogelijkheid om de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.⁷ De preventieve toetsing heeft daarmee veel aan betekenis ingeboet.

Al in 1953 waren regering en de Tweede Kamer der Staten-Generaal van oordeel dat het ontslagverbod in het BBA 1945 moest verdwijnen, als de rechtspraak in arbeidszaken beter geregeld was. Anderzijds waren zij er destijds van overtuigd dat dit artikel een uiterst nuttige functie vervulde.⁸ De laatste jaren is de kritiek op het huidige ontslagstelsel gegroeid. Verschillende rapporten wijzen op de ingewikkeldheid en de traagheid van het stelsel.⁹ Ook de OESO heeft aangedrongen op hervorming van het bestaande systeem. Dit alles heeft tot nu toe niet geleid tot een fundamentele wijziging.

1.3. Het wetsvoorstel: motivering en inhoud

De motivering voor het voorstel sluit volgens de initiatiefnemer aan bij de conclusies van vorengenoemde rapporten. Het stelsel zou te ingewikkeld, te traag en te oneerlijk zijn. De uitkomst van de procedure en de hoogte van de ontslagvergoeding hangen af van de route die de werkgever kiest. Bij kleine werkgevers en lage functies wordt vaak gekozen voor de tragere BBA-route, bij grote werkgevers en hogere functies wordt vaak gekozen voor de snellere ontbindingsroute. Omdat in de ontbindingsprocedure vaak een hogere ontslagvergoeding wordt toegekend, zijn werknemers in hogere functies in de praktijk aldus beter af dan werknemers in lagere functies. De initiatiefnemer wijst erop dat de BBA-route volgens verschillende auteurs in strijd is met het recht op een eerlijk proces als neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), omdat het UWV geen onafhankelijke rechter is.

De initiatiefnemer is voorts van oordeel dat het bestaande ontslagstelsel ervoor heeft gezorgd dat er een tweedeling op de arbeidsmarkt is ontstaan, tussen werknemers met een vast contract en werknemers met een tijdelijke aanstelling. De initiatiefnemer wijst in dit verband op de grote aantallen werknemers (flexwerkers) die geen vaste aanstelling kunnen krijgen.

⁶ SCP "Trendrapport vraag naar Arbeid 2008", blz. 37, 40 en 46.

⁷ Volgens "Naar een eerlijke ontslagprocedure", blz. 7, bedroeg in 2006 het aantal ontslagaanvragen 48.610 en het aantal ontbindingsverzoeken 54.213. Volgens Verburg "Het BBA-carcinoom", blz. 5, hielden de ontslagaanvragen en de ontbindingsverzoeken elkaar tussen 2006 en 2008 in evenwicht, met beide ongeveer 30.000 gevallen. In 2009 is het aantal ontslagaanvragen door de crisis verdubbeld terwijl het aantal ontbindingsverzoeken gelijk bleef.

⁸ Van Drongelen en Van Rijs "Ontslagpraktijk CWI", blz. 11.

⁹ De memorie van toelichting verwijst naar de adviezen van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (2000), de reactie hierop van de Stichting van de Arbeid (hierna: STAR) (2003), de adviesaanvraag "Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht" van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit 2007 (hierna: Hoofdpijnen) en de reactie hierop van de STAR (2007) en het rapport van de Commissie Bakker, "Naar een toekomst die werkt. Advies Commissie Arbeidsparticipatie" (2008). De adviezen pleiten zonder uitzondering voor vereenvoudiging van het ontslagstelsel. De reactie van met name de werknemers in de STAR is telkens zeer kritisch. Men ziet geen aanleiding om het duale stelsel te verlaten.

Het wetsvoorstel gaat uit van een enkelvoudige opzet van het ontslagrecht. De BBA-route komt te vervallen. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst alleen schriftelijk opzeggen, onder vermelding van de reden voor opzegging. Vervolgens moet de werknemer binnen twee weken schriftelijk of mondeling worden gehoord, ook als sprake is van een dringende reden voor ontslag. Ook krijgt de werkgever de verplichting om de uitkering ingevolge de Werkloosheidswet (hierna: de WW) van de ontslagen werknemer gedurende drie maanden aan te vullen tot 90% van het dagloon. De werknemer kan zijn ontslag aanvechten in een procedure bij de kantonrechter. Alleen als deze oordeelt dat het ontslag onredelijk is, wordt nog een ontslagvergoeding toegekend. Tegen het vonnis van de kantonrechter staat de normale route van hoger beroep en cassatie open. De ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 BW wordt beperkt tot gevallen waarin de opzegverboden van Boek 7 van het BW gelden. Daaronder vallen bijvoorbeeld ontslag tijdens ziekte, zwangerschap, en ontslag wegens het deelnemen aan vakbondswerk of het opnemen van ouderschapsverlof.¹⁰ Ook in die procedure wordt hoger beroep en cassatie mogelijk.

Voorts wordt de positie van flexwerkers gewijzigd door aanpassing van artikel 7:668a BW. Op grond van deze zogeheten ketenbepaling geldt thans dat een werknemer die drie of meer tijdelijke arbeidsovereenkomsten of tijdelijke arbeidsovereenkomsten van meer dan 36 maanden bij dezelfde werkgever heeft gehad, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Deze regel wordt aangescherpt, zodat bij meer dan twee tijdelijke arbeidsovereenkomsten dan wel voor langere duur dan 24 maanden al een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat.¹¹

2. Hervorming van het ontslagstelsel: het belang van evenwicht

De rapporten die sinds 2000 over het ontslagstelsel zijn verschenen, bepleiten de preventieve toets af te schaffen, of deze verregaand te beperken.¹² De OESO bepleit al enige tijd een versoepeling van de Nederlandse arbeidsmarkt.¹³ De Raad van State heeft reeds eerder opgemerkt dat het huidige stelsel van ontslagbescherming onoverzichtelijk en weinig samenhangend is, de werknemer

¹⁰ Zie de artikelen 646, 648, 649, 670 en 670a van Boek 7 van het BW.

¹¹ De indiener wijst erop dat het voorstel geïnspireerd is door een schets van een nieuw ontslagrecht van prof. L.G. Verburg in zijn oratie "Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen met als leeropdracht Sociaal recht op donderdag 7 oktober 2010". Deze schets is weer sterk beïnvloed door het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht uit 2000.

¹² ADO (2000), blz. 17-30, pleit voor afschaffing van de preventieve toets. In "Hoofdlijnen" (2007) wordt gepleit voor een stelsel waarin de preventieve toets alleen gehandhaafd blijft bij een voorgenomen ontslag zonder ontslagvergoeding (blz. 7). De Commissie Bakker (2008) pleit voor een "transferfase" waarin de werknemer voorlopig in dienst blijft, maar beide partijen zich inspannen om ander werk te vinden, "Naar een toekomst die werkt", blz. 82-83.

¹³ "Economic Survey OECD January 2008", blz. 9. Zie tevens "Economic Survey OECD June 2010", blz. 5: "The efforts to reform the strict employment protection of workers with permanent contracts have come to nought. The government should renew its efforts to make the judicial part of the system more predictable and generally lower the costs of firing to enhance the job creation capacity of the projected upswing."

niet altijd reële bescherming biedt en niet zelden tot onbegrijpelijke uitkomsten leidt.¹⁴

De Afdeling stelt vast dat de argumenten om tot hervorming van het ontslagrecht over te gaan breed worden gedeeld. Als het gaat om de wijze van hervorming bestaat al jarenlang een patstelling, waardoor de door velen noodzakelijk geachte hervorming tot nu toe is uitgebleven.

Het bestaande stelsel is overwegend publiekrechtelijk van aard, omdat de overheid via het UWV, (in beginsel) elk ontslag vooraf toetst. De civielrechtelijke toetsing door de kantonrechter in een ontbindingsprocedure vormt in wezen een aanvulling op de toetsing door het UWV, en is eveneens preventief. Hoewel sommige andere OESO-landen een meldingsplicht of een korte wachttijd bij een voorgenomen ontslag kennen, is Nederland het enige land dat een dergelijke vorm van preventieve toetsing kent.¹⁵ Dat roept de vraag op of ontslagbescherming in de vorm van een preventieve toetsing nog wel past in de huidige flexibele en deels ook internationaal georiënteerde arbeidsmarkt. Daarbij is van belang dat de werknemer op de huidige arbeidsmarkt met name zijn bescherming moet kunnen vinden in maatregelen die onvrijwillig ontslag kunnen voorkomen, zoals tijds hulp bij het vinden van ander werk en adequate scholing.

Het voorstel van de initiatiefnemer impliceert een fundamentele wijziging van het stelsel van het ontslagrecht. Met de vervanging van de preventieve toets door een repressieve toets (achteraf, door de rechter) verschuift het uitgangspunt van het ontslagrecht van een "nee, tenzij" naar een "ja, mits". De werknemer die meent dat zijn ontslag ongerechtvaardigd is, kan niet langer het oordeel van het UWV of de kantonrechter afwachten, maar moet zelf actie ondernemen. Daarentegen hoeft de werkgever die ontslag aanzegt in beginsel alleen de eventuele reactie van de werknemer af te wachten. Daarmee is niet langer de werkgever de handelende partij in de ontslagprocedure, maar de werknemer. Dit vereist een actieve opstelling van de werknemer die ontslag krijgt aangezegd. Een zeer belangrijke vraag is of de rechtsbescherming van deze werknemer ook na de voorgestelde stelselwijziging nog toereikend zal zijn. In dat kader is eveneens van belang of de werknemer die het aangaat op een meer flexibele arbeidsmarkt voldoende zal zijn toegerust voor een traject van baan naar baan.

De gevolgen van de voorgestelde fundamentele wijziging zullen naar het oordeel van de Afdeling niet beperkt blijven tot de ontslagprocedure zelf, maar tevens doorwerken naar andere onderdelen van het ontslagrecht, zoals de hoogte van een ontslagvergoeding of de maatstaven die de rechter hanteert om te oordelen of een ontslag al dan niet onredelijk is.

¹⁴ Zie het advies van de Raad van State van 26 januari 2009, over het voorstel tot wijziging van Boek 7, titel 10, van het Burgerlijk Wetboek in verband met het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 van het BW voor personen met een inkomen van € 75.000 of hoger, Kamerstukken II 2008/09, 31 862, nr. 4. Zie ook het Advies van 13 september 2004 over de ontwerp-Miljoenennota 2005, Kamerstukken II 2004/05, 29 800, nr. 28.

¹⁵ Volgens de OESO-gegevens uit 2008 over ontslagbescherming kennen andere landen inderdaad geen duaal systeem. In een aantal rechtsstelsels is wel notificatie of melding aan een arbeidsraad (Duitsland, Griekenland en Oostenrijk) of de werknemersvertegenwoordiging (Canada) vereist. Het is opvallend dat de ontslagbescherming in Nederland volgens de website van de OESO precies op het OESO-gemiddelde ligt. Zie de OECD employment protection website (2008), www.oecd.org/employment/protection.

De wetgever zal zich rekenschap moeten geven van de gevolgen van de invoering van een repressief stelsel van ontslagbescherming en de verdere inrichting daarvan. Hij zal daarbij recht moeten doen aan de vereisten van rechtszekerheid en van rechtsbescherming, alsmede aan dat van voldoende flexibiliteit. Naar het oordeel van de Afdeling is het van groot belang dat er goed evenwicht bestaat tussen deze drie vereisten.

In het huidige stelsel liggen de risico's en de kosten van een ontslagprocedure overwegend bij de werkgever, omdat deze het initiatief moet nemen om te komen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze situatie bevordert de (economische) zekerheid van werknemers met een vast contract, maar heeft een remmend effect op de arbeidsmobiliteit. Bij een repressieve toets moet daarentegen de werknemer het initiatief nemen, om zich tegen ontslag te verweren. Zo'n stelsel leidt mogelijk tot meer arbeidsmobiliteit, en daarmee tot een betere aansluiting bij de toenemende behoefte aan flexibiliteit op de huidige arbeidsmarkt.

Aan de ene kant staat in het voorstel de werkgever die ontslag verleent, en ingevolge het voorstel een verplichting zal hebben tot aanvulling van de WW-uitkering van de ontslagen werknemer voor drie maanden tot 90% van het dagloon. Deze werkgever kan daarnaast door de rechter veroordeeld worden tot een vergoeding, indien de werknemer een procedure begint en in het gelijk wordt gesteld. Aan de andere kant staat de werknemer die wordt ontslagen en de afweging moet maken zich al dan niet tot de rechter te wenden. Die afweging zal mede worden beïnvloed door de inschatting van de werknemer van zijn kansen op werk elders, nadat hij is ontslagen. Voor oudere werknemers en werknemers met minder scholing kan deze afweging anders uitvallen dan voor gewilde, goed opgeleide werknemers. Aandacht zal moeten worden gegeven aan dergelijke verschillen in posities van ontslagen werknemers en aan de vraag of voor alle categorieën is voorzien in een goed evenwicht tussen rechtsbescherming en arbeidsflexibiliteit.

Naar het oordeel van de Afdeling moet worden voorkomen dat in een gewijzigd stelsel de nadelige effecten van versoepeling van het ontslagrecht eenzijdig of overwegend bij de werknemers komen te liggen.

Deze voorwaarde houdt onder meer in dat een nieuwe wettelijke regeling voldoende en reële mogelijkheden tot verweer tegen een (voorgenomen) opzegging moet bevatten, met inbegrip van een toetsing door de rechter. Ook zal zo'n regeling althans in hoofdlijnen, de gronden moeten bevatten die een opzegging kunnen rechtvaardigen. De Afdeling wijst er in dit verband op dat er goede gronden kunnen zijn om verschillende kaders te hanteren voor de beoordeling van individueel ontslag, respectievelijk collectief ontslag. Het lijkt haar verder van belang dat de regeling bevordert dat een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt bereikt.

Het is aan de wetgever om bij het opstellen van de hiervoor bedoelde kaders keuzes te maken in de hiervoor geschetste dilemma's, rekening houdend met het belang van voldoende evenwicht tussen rechtszekerheid, rechtsbescherming en flexibiliteit. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat een vergaand gedetailleerd wettelijk kader ertoe kan leiden dat het stelsel inboet aan flexibiliteit. De Afdeling wijst er in dit verband verder nog op dat eerdere voorstellen tot hervorming van het ontslagrecht flankerende maatregelen bevatten tot scholing van werknemers tijdens hun loopbaan, zodat zij zo goed mogelijk zijn en blijven toegerust voor een flexibele arbeidsmarkt.¹⁶ Het is evident dat juist na een hervorming van het ontslagrecht zoals voorgesteld, de vakorganisaties en de werkgeversorganisaties in dit opzicht een wezenlijke rol hebben.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de hiervoor genoemde criteria en dilemma's, om aldus uiteen te zetten hoe het voorstel zich verhoudt tot het hiervoor bedoelde evenwicht tussen de vereisten van rechtszekerheid, rechtsbescherming en flexibiliteit.

3. Beoordeling wetsvoorstel

Hiervoor, onder 2, zijn drie criteria genoemd die – ieder voor zich alsmede in goed onderling evenwicht – naar het oordeel van de Afdeling in acht moeten worden genomen bij aanpassing van het ontslagrecht. Samen met het streven naar vereenvoudiging resulteren er dus vier toetspunten voor de beoordeling van de voorgenomen hervorming van het ontslagrecht:

- o Vereenvoudiging van het ontslagrecht: Het stelsel moet een vereenvoudiging zijn ten opzichte van het huidige stelsel (onderdeel 3.1.).
- o Rechtszekerheid: De regeling moet voldoende rechtszekerheid bieden, zodat voor de betrokken partijen duidelijk is welke rechten en plichten zij hebben, en de uitkomst van een procedure redelijk voorspelbaar is (onderdeel 3.2.).

Voorts moet het stelsel een goede balans vormen tussen:

- o Rechtsbescherming: De regeling moet voorzien in adequate rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijk ontslag. Daaraan is onlosmakelijk verbonden dat werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt of een bijzondere taak zo nodig aanvullende bescherming genieten (onderdeel 3.3.).

en

- o Flexibiliteit: De regeling moet tegemoet komen aan de voor de arbeidsmarkt wenselijk geachte flexibiliteit, waaronder betere kansen op snelle overgang naar ander werk na ontslag (onderdeel 3.4.).

¹⁶ Zie Hoofddlijnen, blz. 6-7 en Commissie Bakker "Naar een toekomst die werkt", hoofdstuk 5 "Werkzekerheid voor iedereen", blz. 76-90.

De Afdeling zal hierna, onder 3.1 tot en met 3.4, vanuit elk van deze vier uitgangspunten opmerkingen maken over het voorstel.

3.1. Vereenvoudiging van het ontslagrecht

3.1.1. De opzegging van de arbeidsovereenkomst¹⁷

Het voorstel leidt ertoe dat beëindiging van een arbeidsovereenkomst in beginsel geschiedt door opzegging. Ingevolge het voorgestelde artikel 7:671, lid 1, BW moet de werkgever die voornemens is een werknemer te ontslaan hem daarvan schriftelijk in kennis stellen. Ingevolge lid 2 van deze bepaling kan de werknemer zijn zienswijze schriftelijk of mondeling kenbaar maken. De werkgever stelt de werknemer in staat om zijn zienswijze mondeling toe te lichten, en maakt van deze bijeenkomst tijdig een verslag, dat hij ter beschikking van de werknemer stelt. Volgens de toelichting krijgt deze mondelinge toelichting het karakter van een "hoorzitting". De precieze vormgeving wordt beheerst door de eisen van goed werkgever- en werknemerschap en kan bij cao nader worden ingevuld.¹⁸ Indien de werknemer het niet eens is met de uiteindelijke beslissing van de werkgever, kan hij de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen. De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Bemiddeling in de hoorprocedure

De toelichting benadrukt de functie van de hoorplicht als mogelijkheid voor de werknemer om zijn standpunt naar voren te brengen. Zo'n hoorzitting is naar het oordeel van de Afdeling bij uitstek geschikt om in onderling overleg tot een voor beide partijen aanvaardbare beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. Het is daarbij van belang dat de hoorprocedure niet wordt gebruikt om het ontslag nodeloos te vertragen. Voorts dienen in de hoorprocedure alle inhoudelijke argumenten aan de orde te komen. Het spreekt voor zich dat de werknemer, die zich wellicht door de opzegging overvallen voelt, door zijn inbreng in de hoorprocedure niet het recht verspeelt om in rechte met nieuwe argumenten te komen. Een hoorzitting zou nog meer aan praktische betekenis winnen, wanneer partijen daarbij gebruik maken van een onafhankelijke en deskundige bemiddelaar. Deze kan zorgen voor de benodigde arbeidsrechtelijke expertise, die met name bij het midden- en kleinbedrijf niet altijd aanwezig is. Het inschakelen van een deskundige bemiddelaar kan voorkomen dat de werkgever en de (gewezen) werknemer in een lange en kostbare gerechtelijke procedure verwickeld raken. De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de mogelijkheid van bemiddeling in de hoorprocedure.

b. Afzien van het horen

Aan het niet voldoen aan de vormvereisten van artikel 7:671 BW is de sanctie van vernietigbaarheid van de opzegging verbonden. De Afdeling wijst erop dat ingevolge het tweede lid van dit artikel het initiatief tot het houden van een

¹⁷ Zie paragraaf 4.4 van de memorie van toelichting.

¹⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.4, blz. 14 alsmede blz. 29-30.

hoorzitting bij de werknemer lijkt te liggen. Strikt genomen kan de werkgever van een hoorzitting afzien indien de werknemer zijn bezwaren tegen het voorgenomen ontslag per e-mail verstuurt en niet uitdrukkelijk om een "hoorzitting" vraagt. Gelet op de rechtsgevolgen die het niet houden van een hoorzitting kan hebben, is het naar het oordeel van de Afdeling gewenst dat in artikel 7:671 BW wordt bepaald dat de werkgever slechts van een hoorzitting mag afzien indien de werknemer dit uitdrukkelijk te kennen geeft.

De Afdeling adviseert artikel 7:671 BW en de toelichting in bovenstaande zin aan te passen.

c. Hoorplicht bij collectief ontslag

Het valt de Afdeling op dat het voorstel niet apart ingaat op een voorgenomen ontslag om bedrijfseconomische redenen. Ingevolge artikel 7:671, lid 2, BW geldt in zo'n geval de individuele hoorplicht eveneens, ongeacht het aantal werknemers dat door zo'n ontslag getroffen wordt. Naar het oordeel van de Afdeling is het niet effectief om, bij ontslagen van grote groepen werknemers om bedrijfseconomische redenen, met elke werknemer een individuele hoorzitting te houden. Zij wijst erop dat bij ontslagen van 20 werknemers of meer de Wet melding collectief ontslag (hierna: WMCO) reeds van toepassing is. Op grond van artikel 3 van die wet is bij collectief ontslag overleg met de vakbonden verplicht, voordat de desbetreffende arbeidsovereenkomsten opgezegd of ontbonden mogen worden.¹⁹ Dit overleg heeft betrekking op het aantal werknemers dat wordt ontslagen, het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomsten worden beëindigd, de criteria voor het bepalen welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen en de berekening van eventuele afvloeiingsregelingen.²⁰

De Afdeling geeft in overweging de individuele hoorplicht bij collectief ontslag te beperken en alsdan te volstaan met een mogelijkheid om schriftelijk opmerkingen te maken.²¹ Zij geeft in overweging artikel 7:671 BW in vorengenoemde zin aan te passen.

d. Wijze van opzegging bij ontslag op staande voet

In artikel 7:677, lid 1, BW is het ontslag op staande voet geregeld. Ingevolge het voorgestelde artikel II, onder H, wordt aan dit lid de zin toegevoegd dat artikel 7:671 BW van overeenkomstige toepassing is. In de toelichting bij dit artikel wordt ingegaan op de mogelijkheid tot het horen van de werknemer, maar er staat niet uitdrukkelijk dat ontslag op staande voet ook schriftelijk en gemotiveerd moet plaatsvinden. De Afdeling neemt aan dat de initiatiefnemer dit wel beoogt. Om misverstanden te voorkomen, verdient het de voorkeur om in de toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 7:677 BW uitdrukkelijk te vermelden dat een mondeling gegeven ontslag op staande voet schriftelijk en onder opgave van redenen bevestigd wordt.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

¹⁹ WMCO, artikel 5a. Deze bepaling treedt op 1 maart 2012 in werking en treedt in de plaats van het huidige artikel 6 WMCO. (Stb. 2011, 597)

²⁰ WMCO, artikel 4, eerste lid.

²¹ Zie ook het voorgestelde artikel 7:669a, lid 1, BW, in "Ontslagrecht volgens ADO", blz. 9.

3.1.2. Schadevergoeding wegens opzegging²²

In het huidige stelsel kan de rechter na ontslag met (indien vereist) toestemming van het UWV oordelen dat het ontslag kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding toekennen. Een opzegging kan overigens al onredelijk zijn wegens het ontbreken van een adequate vergoeding. Bij de ontbindingsroute kan de rechter op grond van lid 8 van artikel 7:685 BW een vergoeding toekennen. In deze procedure laat de rechter weten dat hij van plan is om een vergoeding toe te kennen, waardoor de verzoeker de mogelijkheid krijgt zijn verzoek in te trekken. Bij onterecht ontslag op staande voet kan de werknemer loon en tewerkstelling vorderen, maar is ook vervangende schadevergoeding mogelijk.

Het voorstel beoogt dit ingewikkelde stelsel van vergoedingen te vereenvoudigen. De werkgever is bij opzegging ingevolge het nieuwe artikel 7:628b BW verplicht de WW-uitkering gedurende drie maanden aan te vullen tot 90% van het dagloon. Nieuw is het voorgestelde onderscheid tussen "onredelijk ontslag" en "kennelijk onredelijk ontslag". Bij een opzegging die onredelijk is, dient de werkgever een schadevergoeding te betalen. Bij een opzegging die kennelijk onredelijk is, volgt in beginsel herstel van de arbeidsovereenkomst, maar kan de rechter ook de werkgever veroordelen tot een afkoopsom die fors hoger ligt dan bij "gewoon" onredelijk ontslag.²³ Kennelijk onredelijk ontslag is aan de orde bij situaties "waarin de werkgever duidelijk ver over de schreef gaat" van wat maatschappelijk aanvaardbaar is. De voorgestelde beperking moet voorkomen dat ontslagen werknemers herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen (uitsluitend) om de hogere schadevergoeding die een afkoopsom oplevert.²⁴ Daarnaast mag de werknemer voortaan ook zelf een afkoopsom vorderen in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst. De regels voor het toekennen van een vergoeding bij ontslag op staande voet worden gehandhaafd.

De Afdeling wijst op een mogelijkheid tot verdere vereenvoudiging.²⁵ Na inwerkingtreding van het voorstel kent het ontslagrecht twee soorten schadevergoeding en twee soorten vernietiging. In de eerste plaats is ingevolge artikel 7:677, lid 1, BW schadevergoeding bij ontijdig en onterecht ontslag op staande voet mogelijk. Voorts is ingevolge artikel 7:681, lid 1, BW bij onredelijke opzegging schadevergoeding mogelijk. Deze bepaling is in beginsel ook van toepassing bij ontslag op staande voet. Indien de wijze van opzegging van een arbeidsovereenkomst niet aan de vereisten van het voorgestelde artikel 7:671 BW voldoet, is op grond van het derde lid van dit artikel de opzegging vernietigbaar. Ingevolge het voorgestelde artikel 7:682, lid 1, BW, kan de rechter bij kennelijk onredelijk ontslag de werkgever tevens gelasten tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Het nut van deze verschillen blijkt niet uit de toelichting. Naar het oordeel van de Afdeling is vereenvoudiging

²² Zie paragraaf 4.10 van de memorie van toelichting.

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.11, blz. 18. Zie opmerking 3.1.3 voor het verschil tussen onredelijk en kennelijk onredelijk.

²⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 4.11, blz. 19.

²⁵ In de navolgende opmerking (3.1.3) gaat de Afdeling nader in op de wenselijkheid van een onderscheid tussen onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag.

van het aantal sancties mogelijk, en kan in beginsel volstaan worden met twee soorten sancties: vernietiging van de opzegging en een schadevergoeding. De Afdeling geeft in overweging het sanctiestelsel verder te vereenvoudigen langs bovengenoemde lijn.

3.1.3. Onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag²⁶

In de huidige artikelen 7:681 en 7:682 BW zijn de gevolgen van de kennelijk onredelijke opzegging van een arbeidsovereenkomst geregeld. Ingevolge het eerste lid van artikel 7:681 BW kan de rechter de partij die kennelijk onredelijk opzegt, verplichten aan de wederpartij een schadevergoeding te betalen. Het tweede en derde lid bevatten een aantal (niet uitputtend opgesomde) gronden die geacht worden kennelijk onredelijk te zijn. Ingevolge het eerste lid van artikel 7:682 BW kan de rechter de werkgever die kennelijk onredelijk heeft opgezegd ook veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Op grond van het derde lid kan de rechter ook een afkoopsom bepalen, waardoor de verplichting tot herstel vervalt. Hij is hiertoe verplicht wanneer de werkgever hierom verzoekt. De initiatiefnemer stelt voor het woord "kennelijk" in artikel 7:681 BW te laten vervallen, maar dit woord in artikel 7:682, eerste lid, BW te laten staan. Zoals in opmerking III.A.2 reeds uiteen is gezet, kan de rechter in het voorstel alleen bij "kennelijk onredelijk ontslag" nog veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Het is de bedoeling van de initiatiefnemer om te voorkomen dat werknemers een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag gaan gebruiken om een hogere schadevergoeding te krijgen in de vorm van een afkoopsom, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. De initiatiefnemer lijkt ervan uit te gaan dat het begrip "kennelijk onredelijk" een marginale toetsing door de rechter suggereert. In de voorgestelde tekst van de artikelen 7:681, eerste lid en artikel 7:682, tweede lid, van het BW wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds "onredelijk ontslag", voor situaties waarin voor een ontslag onvoldoende redenen zijn, en anderzijds "kennelijk onredelijk ontslag", voor situaties waarin een ontslag over de grens gaat van wat maatschappelijk aanvaardbaar is. Het begrip "kennelijk onredelijk" wordt in die uitleg opgevat als de vergrotende trap van "onredelijk". Die uitleg verdraagt zich echter niet met de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie. Op grond van vaste jurisprudentie toetst de rechter bij een ontslag aan alle feiten en omstandigheden die bij dit ontslag een rol spelen, omdat de rechter volgens vaste jurisprudentie ook rekening moet houden met de gevolgen die een ontslag voor de werknemer heeft.²⁷ Die uitleg vindt ook steun in de wetsgeschiedenis van het toenmalige artikel 1639s BW.²⁸ In de praktijk blijft de rechterlijke terughoudendheid beperkt tot de beleidsvrijheid van de werkgever om het bedrijfsproces volgens zijn opvattingen in te richten. Met uitzondering van het

²⁶ Zie paragraaf 4.10 en 4.11 van de memorie van toelichting.

²⁷ Zie onder meer HR 21 april 1989, NJ 1989, 783, HR 5 april 1991, NJ 1991, 422 en HR 27 november 2009, JAR 2008/290.

²⁸ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, blz. 1.

hiervoor genoemde aspect wordt een ontslag in de praktijk door de rechter "vol" getoetst.

b. De Afdeling wijst erop dat bij vorderingen tot herstel van de arbeidsovereenkomst niet uitsluitend de hoogte van de schadevergoeding van belang is. Beide partijen kunnen aanzienlijke belangen hebben bij herstel van de arbeidsovereenkomst, zelfs al zou dit op den duur toch leiden tot een verbreking van de arbeidsrelatie. Zo zullen de meeste werknemers er voordeel bij hebben om vanuit een werkende positie naar een functie bij een andere werkgever te solliciteren. Daarnaast zullen sommige werknemers een bijzonder belang hebben om aan het werk te blijven, zoals werknemers in de ICT-sector die hun technische kennis op peil moeten houden, of piloten die een minimaal aantal landingen per jaar moeten verrichten. Ook de werkgever kan er groot belang bij hebben dat de werknemer zijn taken afrondt of tijdelijk blijft waarnemen. Ook in situaties waarin het ontslag niet "kennelijk onredelijk" maar slechts "onredelijk" is, moet de rechter de mogelijkheid houden herstel van de arbeidsovereenkomst te gelasten. De Afdeling acht het dan ook van belang dat de mogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst niet beperkt blijft tot situaties waarin sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging.²⁹

c. Bij kennelijk onredelijk ontslag is herstel van de arbeidsrelatie het uitgangspunt, maar beide partijen kunnen de rechter verzoeken in plaats daarvan een afkoopsom naar billijkheid vast te stellen. Deze afkoopsom kan fors hoger liggen dan een gewone schadevergoeding, omdat de werkgever in dat geval "duidelijk ver over de schreef is gegaan"³⁰ van wat maatschappelijk behoorlijk is. Aan de andere kant moet, volgens de toelichting, worden voorkomen dat werknemers lichtvaardig een beroep doen op de grond van kennelijk onredelijk ontslag, met als enig doel een hogere schadevergoeding te krijgen dan bij "gewoon" onredelijk ontslag.³¹ Volgens de memorie van toelichting zal een billijkheidsvergoeding slechts bij hoge uitzondering toewijsbaar zijn, omdat werkgevers zich de consequenties van een aanmerkelijke strijd met de norm van goed werkgeverschap terdege zullen realiseren. De Afdeling wijst erop dat het voorstel er niet aan in de weg staat dat ontslagen werknemers in een procedure voor beide ankers gaan liggen. Het is uiteindelijk de rechter die oordeelt in welke concrete gevallen het ontslag zo onredelijk is dat een fors hogere schadevergoeding gerechtvaardigd is. Het onderscheid tussen onredelijk en kennelijk onredelijk is ook op dit punt onnodig.

d. Conclusie

De Afdeling komt tot de conclusie dat het onderscheid tussen onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag het voorgestelde ontslagstelsel onnodig compliceert. Zij acht het onpraktisch om aan onredelijk ontslag respectievelijk kennelijk onredelijk ontslag verschillende rechtsgevolgen te verbinden. Voor zover

²⁹ Zie voorts opmerking 3.3.2. over de relatie tussen herstel van de arbeidsovereenkomst en de vernietiging van de opzegging.

³⁰ Memorie van toelichting, blz. 18.

³¹ Idem, blz. 19.

de werkgever bij ontslag de grenzen van goed werkgeverschap verregaand heeft overschreden, kan hiermee rekening worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding of bij de beslissing om al dan niet over te gaan tot herstel van de arbeidsovereenkomst. De Afdeling wijst erop dat ook in het huidige stelsel er maar één vorm van onredelijkheid bestaat.

De Afdeling adviseert geen onderscheid te maken tussen onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag en het voorstel in die zin aan te passen.

3.1.4. Vereenvoudiging opzegverboden³²

Het voorstel beoogt de bestaande opzegverboden te handhaven.³³ De Afdeling wijst erop dat daarmee de huidige situatie wordt bestendigd dat bij de opzegverboden van artikel 7:670a BW voorafgaande toestemming van de kantonrechter nodig is voordat opzegging kan plaatsvinden. In de praktijk wordt thans meestal gekozen voor een ontbindingsprocedure, om een dubbele of zelfs driedubbele toetsing in die zaak te vermijden. Op dit onderdeel zou een vereenvoudiging kunnen worden bereikt door deze categorie opzegverboden onder te brengen bij de opzegverboden van artikel 7:670 BW en de aparte procedure van voorafgaande toetsing door de kantonrechter af te schaffen. Dit ligt in lijn met de voorgestelde vereenvoudiging van het stelsel.

De Afdeling adviseert de rechterlijke toetsing van de opzegverboden langs bovengenoemde lijn te vereenvoudigen.

3.2 Rechtszekerheid

3.2.1. Algemeen³⁴

De Afdeling toetst het voorstel hierna aan het uitgangspunt dat het wetsvoorstel voldoende rechtszekerheid moet bieden aan zowel werkgevers als werknemers. Bij de voorgestelde fundamentele wijziging van het ontslagrecht is het van groot belang dat de rechten en plichten van werknemers en werkgevers adequaat geregeld zijn, zodat dienaangaande voldoende duidelijkheid bestaat. De wetgever zal in een nieuw ontslagstelsel enerzijds moeten voorzien in de ruimte en flexibiliteit die nodig zijn om in te kunnen spelen op bijzondere situaties en nieuwe ontwikkelingen. Dit neemt anderzijds echter niet weg dat het naar het oordeel van de Afdeling ongewenst is om belangrijke onderdelen van een nieuw stelsel van ontslagrecht geheel over te laten aan (nadere) normering door de rechter. Zou de wet op hoofdpunten (vooralsnog) onvoldoende houvast bieden, dan zou zo'n stelsel leiden tot (langdurige) onzekerheid bij werkgevers en werknemers over hun rechtspositie. Dat zal weer gevolgen hebben voor de omvang van het beroep op de rechter, en voor diens werklast. Naar het oordeel van de Afdeling mag daarentegen worden verwacht dat een heldere en meer duidelijke regeling ertoe bijdraagt dat rechterlijke procedures in ontslagzaken worden voorkomen,

³² Zie paragraaf 4.7 van de memorie van toelichting.

³³ Zie onderdeel 3.3.3 voor een bespreking van de opzegverboden.

³⁴ Zie paragraaf 4.2 en 4.3 van de memorie van toelichting.

bijvoorbeeld doordat geschillen waar mogelijk al tot een oplossing komen in de hiervoor behandelde hoofdprocedure. Voorts wijst de Afdeling nog op het uitgangspunt dat voorschriften die de rechten en verplichtingen van burgers jegens elkaar regelen zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen.³⁵ Vanuit het hiervoor bedoelde uitgangspunt van rechtszekerheid signaleert de Afdeling op de volgende punten lacunes in het voorstel.

3.2.2. Ontbreken inhoudelijke regels voor toetsing van de opzegging

De regels voor ontslag volgens de BBA-route zijn thans vastgelegd in het Ontslagbesluit en in de beleidsregels van het UWV. Deze bevatten onder meer de gronden voor het ontslag en de volgorde die moet worden gehanteerd bij bedrijfseconomisch ontslag. Zo worden bij bedrijfseconomisch ontslag op grond van artikel 4:2 van het Ontslagbesluit de werknemers binnen een categorie uitwisselbare functies ingedeeld in leeftijdsgroepen, en komen per leeftijdsgroep de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking. Deze regeling zorgt ervoor dat de leeftijdsopbouw in bedrijven evenwichtig verdeeld blijft, werknemers met een redelijke mate van zekerheid hun kansen op ontslag kunnen inschatten en de gevolgen van ontslag min of meer evenwichtig over de verschillende leeftijdscategorieën worden verdeeld.

Het voorstel voorziet er niet in dat deze regels worden opgenomen in Boek 7 van het BW of in een daarop gebaseerde algemene maatregel van bestuur.³⁶ Deze opzet leidt ertoe dat de rechter bij een ontslag dat niet wegens dringende redenen plaatsvindt, weinig andere wettelijke maatstaven heeft dan de eisen van goed werkgever- en werknemerschap in artikel 7:611 BW en het algemene deel van het overeenkomstenrecht. In het huidige stelsel bestaat door de regels in het Ontslagbesluit bij werkgevers en werknemers redelijke zekerheid over de kansen op ontslag bij bedrijfseconomische problemen. Het nieuwe stelsel mist die zekerheid, omdat de inhoudelijke regels voor opzegging niet zijn vastgelegd. Artikel 7:681 BW bevat weliswaar een aantal gevallen waarin een opzegging geacht kan worden kennelijk onredelijk te zijn. Dit betreft echter slechts een beperkt aantal situaties, waarin bovendien de kennelijke onredelijkheid van de ontslagreden gemakkelijk kan worden aangenomen, zoals ontslag onder opgave van een valse reden, opzegging wegens de vervulling van dienstplicht of opzegging bij werkweigering wegens ernstige gewetensbezwaren.

Naar het oordeel van de Afdeling dient het BW echter althans in hoofdlijnen partijen op voorhand meer houvast te bieden en de rechter meer te voorzien van maatstaven voor de beoordeling of een ontslag al dan niet redelijk is.³⁷

De Afdeling adviseert daarom in Boek 7 van het BW in die zin aan te vullen.

³⁵ Zie ook aanwijzing 24, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³⁶ De memorie van toelichting (paragraaf 4.10, blz. 16) bevat alleen een algemeen verhaal over rechterlijke toetsing, waarin wordt gewezen op enkele bestaande jurisprudentielijnen over ontslag, zoals de gevolgen voor de werknemer en de duur van het dienstverband.

³⁷ De Adviescommissie Duaal Ontslagrecht heeft in 2001 daartoe ook geadviseerd. Zie de uitwerking door de Vereniging voor Arbeidsrecht in "Ontslagrecht volgens ADO", 2001, onder artikel 7:669a BW.

3.2.3. Factoren voor de berekening van schadevergoeding

Het wetsvoorstel biedt geen aanknopingspunten voor de wijze waarop de rechter eventuele schadevergoeding bij onredelijke opzegging moet berekenen. Volgens de toelichting verandert het voorstel niets aan de wijze waarop de rechter een eventuele schadevergoeding berekent.³⁸ Een harmonisatie van rechterlijke uitspraken zou op dit gebied tot stand kunnen worden gebracht, wanneer de rechter de van belang zijnde factoren duidelijk in zijn vonnis benoemt en inzichtelijk maakt welke financiële gevolgen aan de verschillende factoren worden verbonden, aldus de toelichting. De initiatiefnemer verwijst ook naar de mogelijkheid om dit via sociale plannen, cao's of in afspraken tussen werkgever en ondernemingsraad te regelen.³⁹

De Afdeling acht het noodzakelijk dat de factoren die de rechter moet betrekken bij een schadevergoeding wegens onredelijk ontslag althans in hoofdlijnen in de wet zelf worden opgenomen. Deze factoren zijn immers bepalend voor de aanspraken die de (gewezen) werknemer op zijn werkgever heeft. De Afdeling acht het ongewenst dat de beantwoording van de vraag wat een redelijke schadeloosstelling is, ingevolge dit voorstel geheel aan de rechter wordt overgelaten. Ook voor de werkgever is de voorspelbaarheid van de omvang van de schadevergoeding van belang. De Afdeling wijst erop dat bij eerdere voorstellen dergelijke factoren wel in de wet werden opgenomen.⁴⁰ Zij adviseert Boek 7 van het BW in die zin aan te vullen.

3.3 Rechtsbescherming werknemers

3.3.1. Algemeen

Uit het opschrift van het voorstel blijkt dat de initiatiefnemer beoogt de rechtsbescherming van werknemers bij ontslag te verbeteren. Volgens de toelichting bevat het huidige ontslagrecht ernstige tekortkomingen, die hebben geleid tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen en tot een tekort aan rechtszekerheid. Deze gebreken zijn volgens haar in belangrijke mate terug te voeren op het duale ontslagstelsel.⁴¹

Het voorstel maakt echter niet alleen een einde aan het duale ontslagstelsel, maar vervangt ook het uitgangspunt van een preventieve ontslagtoets door een repressieve ontslagtoets. Daarnaast bevat het voorstel een aantal nieuwe elementen, zoals de verplichting om de werknemer te horen. Maar tegelijk ontbreken in het voorstel criteria aan de hand waarvan de redelijkheid van het ontslag kan worden beoordeeld. In de huidige toelichting komt onvoldoende naar voren of de door de initiatiefnemer nagestreefde verbetering van de rechtsbescherming van de werknemer en een goede balans tussen flexibiliteit en

³⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.10, blz. 17.

³⁹ Idem, blz. 17.

⁴⁰ Zie onder meer het voorstel van ADO voor een wettelijke regeling van de factoren die meetellen bij schadevergoeding wegens onredelijk ontslag, uitgewerkt als artikel 7:681 BW in Vereniging voor Arbeidsrecht, "Ontslagrecht volgens ADO" (2001), blz. 21.

⁴¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1, blz. 1-2.

zekerheid worden bereikt, ook voor de werknemer met een zwakkere positie op de arbeidsmarkt.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande in de toelichting toereikend te onderbouwen, en het voorstel zo nodig aan te passen. Aansluitend aan de opmerkingen hiervoor, onder 3.2 Rechtszekerheid, doet zij hierna enige verdere suggesties ter versterking en vereenvoudiging van de rechtsbescherming.

3.3.2. Toetsing door de kantonrechter⁴²

Het voorstel leidt ertoe dat opzegging van een arbeidsovereenkomst in beginsel achteraf wordt getoetst door de rechter. Alleen voor de werknemers voor wie een opzegverbod geldt, blijft de ontbindingsroute gehandhaafd. Tegen de beslissing van de kantonrechter staan altijd hoger beroep en cassatie open. De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Aard van de toetsing door de rechter en bewijslastverdeling

In de artikelen 7:681 en 7:682 BW zijn de gevolgen van de kennelijk onredelijke opzegging van een arbeidsovereenkomst geregeld. Ingevolge het eerste lid van artikel 7:681 BW kan de rechter de partij die kennelijk onredelijk opzegt, verplichten aan de wederpartij een schadevergoeding te betalen. Het tweede en derde lid bevatten een aantal (niet uitputtend opgesomde) gronden die geacht worden kennelijk onredelijk te zijn. Ingevolge het eerste lid van artikel 7:682 BW kan de rechter de werkgever die kennelijk onredelijk heeft opgezegd ook veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Op grond van het derde lid kan de rechter ook een afkoopsom bepalen waardoor de verplichting tot herstel vervalt. Hij is hiertoe verplicht wanneer de werkgever hierom verzoekt.⁴³

De initiatiefnemer stelt voor het woord "kennelijk" in artikel 7:681 BW te laten vervallen. Blijkens de toelichting beoogt de initiatiefnemer hiermee de "marginale toetsing" door de rechter te vervangen door een "volle toetsing".⁴⁴ De initiatiefnemer beoogt hiermee de bewijsplicht voor de werkgever te verzwaren. Deze hoeft thans slechts aanknopingspunten te verschaffen voor de onderbouwing van zijn ontslaggrond, terwijl de werknemer de onredelijkheid van het ontslag moet bewijzen. Op grond van de omstandigheden van het geval kan de rechter tot een andere verdeling van de bewijslast komen. In het huidige ontslagstelsel is de rechterlijke toetsing in de BBA-route de tweede toets, omdat de werkgever voorafgaand aan de opzegging bij het UWV de noodzaak van het ontslag heeft moeten aantonen.

De Afdeling wijst er op dat het laten vervallen van het woord "kennelijk" geen gevolgen heeft voor de verdeling van bewijslast in ontslagzaken. Een belangrijk uitgangspunt in het burgerlijk procesrecht is dat een eiser zijn vordering moet onderbouwen (wie stelt moet bewijzen). Bij een vordering wegens (kennelijk)

⁴² Zie paragraaf 4.10 van de memorie van toelichting.

⁴³ Deze procedure wordt overigens weinig toegepast, omdat deze zeer lang duurt en daarom vaak niet meer praktisch toepasbaar is.

⁴⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 4.10, blz. 16.

onredelijk ontslag is dat de ontslagen werknemer.⁴⁵ De rechter heeft de mogelijkheid om in individuele situaties de bewijslast om te draaien. Ook de wetgever kan voor bepaalde soorten geschillen de bewijsplicht bij de gedaagde leggen, bijvoorbeeld omdat de eiser, zoals een ontslagen werknemer, doorgaans in een zwakkere positie verkeert. Het voorstel bevat echter geen regel die de bewijslast bij de werkgever legt. De Afdeling wijst er verder op dat er internationaal steun bestaat voor een wettelijke regeling van bewijslastverdeling die rekening houdt met de positie van de werknemer, bijvoorbeeld door de bewijslast dat het ontslag niet onredelijk is bij de werkgever te leggen.⁴⁶ Ook zou gekozen kunnen worden voor een variant, waarin de werkgever de ontslaggrond moet bewijzen en de werknemer de persoonlijke omstandigheden moet aantonen die ertoe leiden dat het ontslag onredelijk is te achten. Voor zo'n versie bestaat te meer aanleiding, nu de motiveringsplicht van de werkgever bij het UWV komt te vervallen.

De Afdeling geeft in overweging bij de bewijslastverdeling meer rekening te houden met de positie van de werknemer.

b. Aanvullende schadevergoeding

Het niet volgens de regels van artikel 7:671 BW (schriftelijke motivering en hoorplicht) door de werkgever opzeggen van een arbeidsovereenkomst maakt de opzegging vernietigbaar. Volgens de toelichting is hiervoor gekozen omdat de werknemer belang kan hebben bij het in stand blijven van de (onregelmatige) opzegging, bijvoorbeeld omdat hij al bij een concurrent in dienst is getreden.⁴⁷ Daarmee wordt echter nog niet duidelijk of de werknemer in dat geval nog aanvullende schadevergoeding zou kunnen eisen. Naar het oordeel van de Afdeling kunnen zich ook andere situaties voordoen waarin herstel van de arbeidsrelatie niet meer gevegd kan worden, en schadevergoeding de aangewezen oplossing is. De Afdeling geeft in overweging in het BW te regelen in welke gevallen bij onregelmatige opzegging ook aanvullende schadevergoeding kan worden toegekend.

3.3.3. Handhaving opzegverboden

Ingevolge het eerste lid van artikel 7:685 BW is de rechter verplicht om bij een ontbindingsverzoek te onderzoeken of een van de opzegverboden in de artikelen 647, 648, 670 en 670a van boek 7 van het BW of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst van toepassing is.

De toegang tot de ontbindingsprocedure wordt in het voorstel beperkt tot situaties waarin wettelijke opzegverboden gelden, en tot tijdelijke arbeidsovereenkomsten die geen mogelijkheid tot tussentijdse opzegging kennen. De initiatiefnemer beoogt

⁴⁵ Zie onder andere HR 2 juni 1978, NJ 1979, 520, en HR 25 april 1986, NJ 1986, 624.

⁴⁶ De Afdeling wijst onder meer op Verdrag 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie van 22 juni 1982, (Termination of Employment Convention). Ingevolge artikel 9, tweede lid, onder a en b van dit verdrag, hoeft de werknemer niet de bewijslast te dragen dat zijn arbeidsverhouding zonder geldige reden beëindigd werd door hetzij (a) de bewijslast bij de werkgever te leggen, hetzij (b) de bevoegde rechterlijke instanties te laten beslissen op basis van door partijen verstrekte bewijsmiddelen, volgens de nationaalrechtelijke regels en praktijken. Nederland is overigens niet tot dit verdrag toegetreden.

⁴⁷ Memorie van toelichting, blz. 30. De toelichting doelt kennelijk op de situatie waarin de werknemer als gevolg van ontslag door de werkgever de nietigheid van een concurrentiebeding kan inroepen.

de bescherming van zwakke of bijzondere groepen op de arbeidsmarkt in stand te laten, doordat elke beëindiging van hun arbeidsovereenkomst aan een voorafgaande rechterlijke toetsing moet worden onderworpen.⁴⁸

De Afdeling merkt over de voorgestelde regeling van de opzegverboden het volgende op.

a. De in het voorgestelde artikel 7:685 BW genoemde opzegverboden verschillen sterk van elkaar in vormgeving, reikwijdte en de mate van bescherming tegen ontslag. De artikelen 7:646 tot en met 7:649 BW beogen tegen te gaan dat een werknemer wordt ontslagen op een discriminerende grond of omdat hij een beroep heeft gedaan op een van de discriminatieverboden in die artikelen. De artikelen 7:670 en 7:670a BW bevatten opzegverboden gedurende een bepaalde tijd (bijvoorbeeld tijdens de zwangerschap) en wegens bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld wegens het opnemen van zorgverlof). De bescherming van de opzegverboden in artikel 7:670a BW is minder sterk dan die in artikel 7:670 BW. Ingevolge het tweede lid van eerstgenoemd artikel is opzegging mogelijk na toestemming van de kantonrechter, indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de opzegging geen verband houdt met een van de in het eerste lid genoemde omstandigheden. De Afdeling wijst erop dat de ontbindingsprocedure voor de werknemers voor wie een opzegverbod geldt alleen zin heeft bij opzegverboden die gedurende een bepaalde tijd gelden. Het spreekt voor zich dat, indien een ontbindingsverzoek verband houdt met een van de discriminatieverboden in de artikelen 7:646 tot en met 7:649 BW, ontbinding niet is toegestaan.

b. De toepassing van het voorgestelde artikel 7:685 BW leidt niet altijd tot handhaving van de bestaande rechtsbescherming. Zo kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een zwangere werkneemster niet opzeggen gedurende de zwangerschap, tenzij sprake is van opzegging wegens een dringende reden (ontslag op staande voet) en tijdens de proeftijd.⁴⁹ Ingevolge het voorgestelde artikel 7:685, eerste lid, BW zou de arbeidsovereenkomst met een werkneemster tijdens haar zwangerschap echter ook opgezegd kunnen worden wegens gewichtige redenen. Dit criterium is veel ruimer dan een dringende reden, omdat hier op grond van het tweede lid tevens de "veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen" onder vallen. Daarmee zou een zwangere werkneemster gemakkelijker kunnen worden ontslagen, omdat bij de toepassing van dit laatste criterium eerder ontslag mag worden verleend.

De Afdeling komt tot de conclusie dat de voorgestelde regeling van de opzegverboden onvoldoende is uitgewerkt en niet altijd leidt tot handhaving van de beoogde rechtsbescherming van de werknemers op wie deze verboden van toepassing zijn. Zij adviseert een eenvoudige en heldere regeling van de

⁴⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.7, blz. 15.

⁴⁹ BW, artikel 7:670, tweede lid, juncto artikel 7:670b, eerste lid. Het tweede lid van artikel 670b kent nog een paar andere uitzonderingen op het opzegverbod.

opzegverboden in het voorstel op te nemen, die het bestaande niveau van bescherming handhaaft.⁵⁰

De Afdeling adviseert de voorgestelde regeling van de opzegverboden in de hiervoor bedoelde zin aan te passen.

3.3.4. Toegang tot de rechter⁵¹

Het voorstel leidt er toe dat de rechtsbescherming tegen ontslag geheel wordt overgelaten aan de "repressieve volle toetsing" door de rechter. De werknemer die het niet eens is met de opzegging zal naar de rechter moeten stappen. Het griffierecht bij de kantonrechter bedraagt thans €73.⁵² Indien de in het ongelijk gestelde partij in beroep gaat, wordt het griffierecht wezenlijk hoger.

De Afdeling wijst erop dat het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van de griffierechten, dat thans bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal voorligt, het griffierecht in alle zaken fors verhoogt.⁵³ Dit kan een belemmering vormen voor werknemers om hun ontslag aan de rechter voor te leggen. De Afdeling wijst in het bijzonder op de situatie waarin de werknemer door de kantonrechter in eerste instantie in het gelijk wordt gesteld en de werkgever tegen dit vonnis in hoger beroep gaat. Op grond van het bovengenoemde voorstel betaalt de gewezen werknemer – naast advocaatkosten - een griffierecht, namelijk tussen de €470 voor onvermogens en €1408 voor middeninkomens.⁵⁴ De Afdeling tekent daarbij aan dat ook voor werkgevers in het midden- en kleinbedrijf hoge griffierechten een (te hoge) drempel kunnen vormen om tegen bijvoorbeeld een te hoge ontslagvergoeding in beroep te gaan.

In de reactie op het advies van de FNV suggereert de initiatiefnemer dat de te besparen kosten van de overheid van de procedure bij het UWV kunnen worden gebruikt voor handhaving van griffierechten op het huidige niveau. Zo nodig zullen bij nota van wijziging daartoe voorzieningen worden toegevoegd, aldus de toelichting.

⁵⁰ De Afdeling wijst in dit verband op het tekstvoorstel voor artikel 7:685 BW, lid 1 en 2, dat de Vereniging voor Arbeidsrecht in 2000 heeft gedaan in: "Ontslagrecht volgens ADO", blz. 24-27 en 44:

1. Gedurende de tijd dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden opgezegd, is ieder der partijen bevoegd zich tot de rechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. In afwijking van het in de vorige zinsnede bepaalde komt die bevoegdheid, indien het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft, slechts toe aan de werkgever indien de looptijd van de arbeidsovereenkomst nog ten minste 12 maanden bedraagt en slechts toe aan de werknemer indien de looptijd van de arbeidsovereenkomst nog ten minste 6 maanden bedraagt. Elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig.

2. Als gewichtige redenen worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 677 lid 1 zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn, alsook veranderingen welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst, niettegenstaande de reden waarom geen opzegging kan plaatsvinden, billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.

⁵¹ Zie paragraaf 4.10 en de bespreking van de reacties van FNV, CNV en MHP in paragraaf 6 van de memorie van toelichting.

⁵² Tarief per 1 januari 2012 volgens www.rechtspraak.nl. De Afdeling wijst erop dat het griffierecht bij een beroep bij de rechtbank in verband met een uitkering € 42 bedraagt.

⁵³ Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 1.

⁵⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 3, blz. 26.

De Afdeling acht het van groot belang dat in ontslagzaken de financiële drempel voor toegang tot de rechter zo laag mogelijk is, omdat na afschaffing van het ontslagverbod in het BBA 1945 toetsing door de rechter voor de meeste werknemers de enige mogelijkheid vormt om hun ontslag en de uitkomst van de "hoorzitting" te toetsen.⁵⁵ Dit geldt in het bijzonder voor situaties waarin het horen niet op de juiste wijze plaatsvindt, of geen rekening wordt gehouden met de argumenten en belangen van de werknemer. Het valt de Afdeling op dat de initiatiefnemer nog geen wijziging van het griffierecht in het voorstel heeft opgenomen.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de wijze waarop de toegang tot rechter in het voorgestelde nieuwe ontslagrecht gewaarborgd wordt, en zo nodig het voorstel op dit onderdeel aan te vullen.⁵⁶

3.3.5. Opzegtermijnen⁵⁷

Artikel 7:672 BW bevat de door werkgever en werknemer in acht te nemen opzegtermijnen. Op grond van het voorgestelde vierde en vijfde lid kunnen deze termijnen worden verkort of verlengd. De wettelijke termijnen veranderen niet ten opzichte van de huidige wet.

Ingevolge het voorgestelde vijfde lid kan de opzegtermijn voor een werknemer schriftelijk worden verlengd tot ten hoogste zes maanden, mits deze termijn voor werkgever en werknemer gelijk is. Naar het oordeel van de Afdeling behoeft deze keuze nadere motivering, omdat een lange verlenging van de opzegtermijn voor de werknemer en de werkgever niet altijd in hun belang hoeft te zijn. Het valt voorts op dat de huidige bescherming van de werknemer in de vorm van een dubbele opzegtermijn voor de werkgever komt te vervallen. De toelichting geeft hiervoor geen verklaring. Het risico bestaat dat werkgevers op veel grotere schaal verlengde opzegtermijnen gaan opnemen ten nadele van de werknemer, omdat hiervoor niet in een rem is voorzien. Daarnaast is niet duidelijk hoe de gelijke termijn voor werknemer en werkgever na verlenging zich verhoudt tot de verschillende duur van de opzegtermijnen voor beide partijen, waarin artikel 7:672, lid 2 en 3, BW voorzien.⁵⁸

De Afdeling adviseert af te zien van de verlenging van de opzegtermijn voor de werknemer en de toelichting aan te vullen.

⁵⁵ Zie onder meer het voornoemde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 september 2011, Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 4, onderdeel 1c, blz. 4, voor een meer algemene beschouwing over de relatie tussen de hoogte van het griffierecht en de toegang tot de rechter.

⁵⁶ Daarbij valt nog op te merken dat een andere regime voor de rechtsbescherming in ontslagzaken, zoals thans voorgesteld, uiteraard geen deel heeft kunnen uitmaken van de afwegingen die hebben geleid tot het bovengenoemde wetsvoorstel tot verhoging van de griffierechten.

⁵⁷ Zie paragraaf 4.8 van de memorie van toelichting.

⁵⁸ Zo kan in een arbeidsovereenkomst worden overeengekomen dat de termijn voor beide partijen twee maanden is. Als de werknemer tien jaar of langer in dienst is geweest is deze termijn in strijd met de wettelijke opzegtermijn voor een werknemer.

3.3.6. Rechtsgevolgen verkeerde termijn⁵⁹

De Afdeling wijst er voorts op dat uit de toelichting niet duidelijk wordt wat het rechtsgevolg is van het niet voldoen van de bedongen opzegtermijn aan de eisen van artikel 7:672 BW. Omdat de langere wettelijke opzegtermijn voor de werkgever strekt tot bescherming van de werknemer, kan de laatste met toepassing van artikel 3:40, tweede lid, van het BW, een beroep doen op de vernietiging van een bepaling die niet voldoet aan de wettelijke eisen. Uit het oogpunt van rechtsbescherming acht de Afdeling het wenselijk dat de toelichting op deze mogelijkheid wijst.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit onderdeel aan te vullen.

3.3.7. Hoger beroep en cassatie⁶⁰

Het voorstel opent de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie in enkele categorieën ontslagzaken die thans daarvan zijn uitgesloten. Naar het oordeel van de Afdeling dwingt artikel 6 EVRM niet tot die stap, maar kunnen er goede argumenten zijn om in alle categorieën ontslagzaken hoger beroep en cassatie mogelijk te maken. Het voorstel beoogt echter ook een vereenvoudiging en verkorting van procedures, en het is niet duidelijk op welke wijze de openstelling van hoger beroep en cassatie in alle zaken bijdraagt aan het bereiken van die doelen. De Afdeling wijst er op dat het voorstel met name in de eerste jaren na inwerkingtreding kan leiden tot een toename van het aantal civiele (cassatie)zaken. Zij adviseert in de toelichting op dit onderwerp in te gaan.

De Afdeling acht het voorts gewenst dat in de toelichting wordt ingegaan op de gevolgen voor de Hoge Raad en op de mogelijkheid om lichtvaardig cassatieberoep tegen te gaan. In dit verband kan worden ingegaan op het voorstel tot wijziging van de cassatierechtspraak dat thans bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal voorligt.⁶¹ Dit voorstel voorziet in een aparte cassatiebalie bij de Hoge Raad en in de mogelijkheid om een beroep in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren wegens – kort samengevat- onvoldoende belang.

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de gevolgen voor de cassatierechtspraak.

3.4. Flexibiliteit

3.4.1. Verkorting procedures⁶²

Het voorstel vervangt de bestaande ontslagprocedures door opzegging, met de mogelijkheid van repressieve toetsing door de rechter. Aan de opzegging gaat een

⁵⁹ Zie paragraaf 4.8 van de memorie van toelichting.

⁶⁰ Zie paragraaf 4.12 van de memorie van toelichting.

⁶¹ Voorstel van wet tot wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak, Kamerstukken I 2011/12, 32 756, A.

⁶² Zie paragraaf 4.2 tot en met paragraaf 4.6 van de memorie van toelichting.

interne hoorprocedure vooraf. Indien deze hoorzitting het karakter krijgt van een buitengerechtelijke geschillenbeslechting kunnen procedures bij de rechter voorkomen worden. De duur van een ontslagprocedure kan hierdoor aanzienlijk worden bekort. De Afdeling kan echter op basis van de beschikbare gegevens niet beoordelen of de ontslagprocedure in het voorstel (aanmerkelijk) korter is dan de bestaande procedures. Zij wijst daartoe op het volgende.

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:671, tweede lid, van het BW, moet de werkgever zijn voornemen de arbeidsovereenkomst op te zeggen schriftelijk aan de werknemer te kennen geven. De werknemer heeft dan vijftien dagen om zijn zienswijze kenbaar te maken. Vervolgens moet de werkgever de geldende termijn van opzegging in acht nemen. De duur van deze termijnen blijft ingevolge het voorgestelde artikel 7:672 BW een tot vier maanden. Indien de werknemer de opzegging niet aan de rechter voorlegt, eindigt de arbeidsovereenkomst na afloop van deze termijn.

In de ontbindingsroute vangt thans de behandeling van de zaak ingevolge artikel 7:685, lid 6, BW uiterlijk aan in de vierde week na indiening van het verzoekschrift. De rechter bepaalt ingevolge het zevende lid van dit artikel in zijn vonnis wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt. Deze procedure wordt beperkt tot de gevallen waarin een opzegverbod geldt. Volgens de Raad voor de Rechtspraak gaat het om 20% van de ontbindingsprocedures.⁶³ Op grond van het voorstel wordt in deze procedures hoger beroep en cassatie mogelijk.

In de BBA-route moet de werkgever het UWV toestemming voor ontslag vragen. Vaak is er voorafgaand aan die aanvraag contact tussen het UWV en de werkgever. Het UWV geeft dan informatie over de ontslaggronden en de gegevens die nodig zijn om een aanvraag in behandeling te nemen.⁶⁴ In 2007 kwam het CWI (thans UWV) in 80% van de gevallen binnen zes weken tot een beslissing.⁶⁵ Nadat de werkgever toestemming heeft gekregen, kan hij de arbeidsovereenkomst opzeggen en beginnen de opzegtermijnen van een tot vier maanden in artikel 7:672 BW lopen. Op grond van het vierde lid van dit artikel kan de werkgever de termijn van opzegging met één maand verkorten, mits de resterende termijn van opzegging minimaal één maand bedraagt.

De Afdeling constateert dat het voorstel geen gegevens bevat over de gemiddelde duur van de bestaande procedures. Uit de toelichting valt niet af te leiden of het voorstel zal leiden tot kortere ontslagprocedures en daarmee tot meer flexibiliteit dan thans het geval is. Evenmin wordt ingegaan op de mogelijke effecten van het voorstel op de kans dat een ontslagen werknemer daardoor eerder in een andere werkkring weer aan de slag kan. De Afdeling adviseert in de toelichting nader te onderbouwen dat het voorstel tot een (aanmerkelijke) versnelling van procedures leidt en tot een betere positie van de ontslagen werknemer op de arbeidsmarkt.

⁶³ Advies Raad voor de Rechtspraak 22 december 2011, blz. 6.

⁶⁴ Nationale ombudsman (No), "Naar een eerlijke ontslagprocedure", 2007/260, blz. 17-18.

⁶⁵ No "Naar een eerlijke ontslagprocedure", 2007/260, blz. 34-35. Als de weigeringen worden meegeteld ligt dit percentage iets lager, rond de 75%.

3.4.2. Beperking opeenvolgende arbeidsovereenkomsten⁶⁶

De initiatiefnemer verbindt aan het voorstel tot vereenvoudiging van het ontslagrecht een verscherping van de zogeheten ketenbepaling, waardoor bij opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten sneller een vast dienstverband ontstaat. De initiatiefnemer is van oordeel dat er een verband bestaat tussen de strikte regels van het Nederlandse ontslagstelsel en de groei van het aantal arbeidscontracten voor bepaalde tijd en het aantal zelfstandigen zonder personeel. Dit heeft geleid tot een tweedeling tussen mensen met een vaste baan (insiders) en tijdelijke werknemers en zzp-ers (outsiders).

De initiatiefnemer plaatst het voorstel nadrukkelijk in de door veel EU-landen nagestreefde combinatie van flexibiliteit en rechtszekerheid, "flexicurity".⁶⁷ In de toelichting wordt gewezen op de slechte arbeidsmarktpositie van werknemers met tijdelijke contracten en zzp-ers en de slechte doorstroming vanuit tijdelijk werk naar een vaste baan.

Het voorstel gaat ervan uit dat, indien beëindiging van de arbeidsovereenkomst eenvoudiger en sneller kan, er minder beletselen zullen bestaan voor werkgevers om arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aan te gaan. De Afdeling wijst er echter op dat een aanscherping van de ketenbepaling ertoe kan leiden dat werkgevers de regels over tijdelijke arbeidscontracten als knellend gaan ervaren en aldus terughoudender zullen omgaan met het verlengen van tijdelijke arbeidscontracten.

Zij wijst voorts met betrekking tot de ketenbepaling nog op de onzekere vooruitzichten voor de economische situatie in Nederland.⁶⁸ Bij slechte economische vooruitzichten zouden werkgevers wellicht minder snel een tijdelijk contract willen hernieuwen, om aldus een vaste aanstelling te vermijden. Zij verwijst in dit verband ook naar haar advies over de invoering van flexibel werken.⁶⁹

De Afdeling geeft in overweging eerst de effecten van een vereenvoudigd ontslagrecht af te wachten en dan pas te bezien of maatregelen tot beperking van tijdelijke contracten wenselijk of noodzakelijk zijn.

3.4.3. Aanvulling WW-uitkering

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:628b, lid 1, BW, vult de werkgever de uitkering van zijn gewezen werknemer gedurende drie maanden aan tot 90% van het dagloon als bedoeld in artikel 45 van de WW. De hoogte en duur van de aanvulling zijn voor elke ontslagen werknemer hetzelfde, ongeacht de duur van de

⁶⁶ Zie paragraaf 4.14 van de memorie van toelichting.

⁶⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 3.6.

⁶⁸ Zie Centraal Bureau voor de Statistiek, Conjunctuurbericht, vrijdag 13 januari 2012. De economische groei was in het derde kwartaal van 2011 teruggelopen tot 1,1% ten opzichte van hetzelfde kwartaal in 2010. Ten opzichte van het voorafgaande kwartaal kromp de economie met 0,2%.

⁶⁹ Advies van 10 november 2011, W12.11.0375, onderdeel 3d (nog niet openbaar).

arbeidsrelatie of de reden voor beëindiging.⁷⁰ Naar de Afdeling begrijpt, beoogt de initiatiefnemer hiermee iedere ontslagen werknemer gedurende drie maanden zijn inkomensniveau te laten behouden, en daarmee de overgang van werk naar werk te versoepelen. In zoverre kan een hogere WW-uitkering bijdragen aan meer flexibiliteit op de arbeidsmarkt. De toelichting bevat echter geen nadere motivering voor de keuzes die de initiatiefnemer heeft gemaakt met betrekking tot de duur en hoogte van de uitkering en waarom die voor elke werknemer gelijk zijn. De Afdeling adviseert de toelichting op dit onderwerp aan te vullen.

3.5. Overige opmerkingen

3.5.1. Kosten en baten

De initiatiefnemer verwacht dat na inwerkingtreding meer gerechtelijke procedures zullen worden gevoerd, maar dat uiteindelijk het totale aantal ontslagzaken zal dalen. Met name het aantal ontbindingsprocedures op grond van 7:685 BW zal dalen, omdat deze procedure beperkt wordt tot bepaalde categorieën werknemers.⁷¹ De toelichting bevat echter geen schatting van het aantal extra ontslagzaken waarmee de rechterlijke macht te maken krijgt.

De Afdeling wijst op het advies van de Raad voor de Rechtspraak van 22 december 2012. In dit advies wordt uitgegaan van een extra werklust van 15.000 bodemzaken, 1500 kort gedingzaken en 3.500 appèlzaken. De te verwachten structurele kosten voor de rechtspraak bedragen € 25 miljoen per jaar. Daarbij is rekening gehouden met een daling van het aantal procedures na uitkristallisering van de rechtspraak over het nieuwe ontslagrecht.

De Afdeling adviseert in de toelichting op deze schattingen in te gaan.

3.5.2. Ingewonnen adviezen

Uit de memorie van toelichting blijkt dat advies is ingewonnen bij en ontvangen van de werkgeversverenigingen VNO-NCW en MKB-Nederland, de vakfederaties FNV, CNV en MHP alsmede van de Algemene Bond van Uitzendondernemingen (ABU). Inmiddels heeft ook de Raad voor de Rechtspraak zijn advies van 22 december 2011 aan de Tweede Kamer toegezonden. De initiatiefnemer heeft hier nog niet op kunnen reageren.

De Afdeling mist in dit verband nog onder meer adviezen van andere organisaties, zoals onder meer de Hoge Raad, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Vereniging voor Arbeidsrecht, de Sociaal-Economische Raad, en het UWV, alsmede de reactie hierop van de initiatiefnemer. De Afdeling adviseert om het voorstel ook aan deze organisaties voor te leggen en in de toelichting in te gaan op hun opmerkingen.

⁷⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 4.13, blz. 20.

⁷¹ Memorie van toelichting, paragraaf 5, blz. 22.

3.5.3. Samenloop met de wijziging WMCO

Artikel III bevat technische aanpassingen in de WMCO. Deze wet is gewijzigd door de Wet van 17 november 2011 houdende wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet. Deze wet treedt op 1 maart 2012 in werking.⁷² Het voorgestelde Artikel IV bevat hiervoor een samenloopbepaling. Deze is volgens de toelichting technisch van aard. De Afdeling wijst er op dat artikel 2 van de WMCO, zoals deze vanaf 1 maart 2012 zal luiden, tevens arbeidsovereenkomsten tijdens de proeftijd (subonderdeel c) en arbeidsovereenkomsten met bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen omvat (subonderdeel d). De Afdeling adviseert onderdeel A van artikel IV aan te vullen.

3.5.4. Overgangsrecht

Artikel VII wijzigt het vierde lid van artikel 37 van de Wet personenvervoer 2000. Deze bepaling bevat nadere regels over de overgang van de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst bij overgang van een concessie voor personenvervoer van een geprivatiseerd vervoerbedrijf. Het vierde lid beoogt te bereiken dat personeel van gemeentelijke vervoerbedrijven bij privatisering geen ongunstiger positie heeft dan gewone werknemers.⁷³ Het voorstel kent voor deze regeling geen apart overgangsrecht. Dat kan er toe leiden dat na inwerkingtreding de rechtspositie van werknemers bij een gemeentelijk vervoersbedrijf dat geprivatiseerd wordt onmiddellijk na inwerkingtreding verandert. De toelichting bevat geen motivering voor deze keuze.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen, en zo nodig het overgangsrecht aan te vullen met een aparte bepaling voor artikel VII.

3.5.5. Voortbestaan BBA 1945

Na inwerkingtreding van het voorstel zullen van het BBA 1945 alleen nog de artikelen 8 (verbod op werkweekverkortings tot minder dan 48 uur) en 10 (wachtgeldregeling bij tijdelijke stilstand of slaptes in de onderneming) van toepassing zijn. Dat roept de vraag op of het BBA 1945 niet in zijn geheel moet worden ingetrokken, met overbrenging van de inhoud van die bepalingen naar een andere wet, zoals de Werkloosheidswet of de Arbeidstijdenwet.

De Afdeling adviseert intrekking van het BBA 1945 in overweging te nemen.

3.5.6. Plaats aanvulling WW in het BW

Ingevolge het voorgestelde artikel 7:628b BW wordt de verplichting van de gewezen werkgever om na ontslag de WW-uitkering voor drie maanden tot 90% aan te vullen opgenomen in Afdeling 2 van Titel 10 van Boek 7 van het BW. Deze afdeling bevat bepalingen over het loon.

⁷² Kamerstukken I 2011/12, 32 718, A.

⁷³ Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, blz. 69-71.

Naar het oordeel van de Afdeling ligt opname in Afdeling 9, Einde van de arbeidsovereenkomst, meer voor de hand. Zij adviseert deze bepaling op te nemen in artikel 673 van Boek 7 BW.

3.6. Conclusie

Gelet op de voorgaande opmerkingen komt de Afdeling ten aanzien van de vier toetspunten tot de volgende conclusies.

Ten aanzien van 3.1. Vereenvoudiging van het ontslagrecht

Het voorstel leidt volgens de Afdeling in zoverre tot een vereenvoudiging van het ontslagstelsel, dat de BBA-route verdwijnt. De opzegging wordt de gebruikelijke route, en de ontbindingsprocedure wordt beperkt tot bijzondere categorieën werknemers. De Afdeling wijst er echter op dat op sommige onderdelen nog een verdere vereenvoudiging mogelijk is, zoals een praktische regeling van de hoorplicht (zie opmerking 3.1.1.) en de regeling van de schadevergoeding bij opzegging (zie opmerking 3.1.2.), door het niet maken van een onderscheid tussen onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag (zie opmerking 3.1.3.), alsmede door het vereenvoudigen van de procedure bij de opzegging in geval van een opzegverbod (zie opmerking 3.1.4.).

Ten aanzien van 3.2. Rechtszekerheid

De Afdeling constateert dat het voorstel een aantal belangrijke aspecten van het ontslagrecht niet regelt, namelijk de regels voor toetsing van een opzegging, en de factoren die de hoogte van de schadevergoeding bepalen. Zij adviseert aanvulling van het voorstel op beide punten (zie opmerkingen 3.2.2. en 3.2.3.).

Ten aanzien van 3.3. Rechtsbescherming werknemer

Het voorstel voorziet in een verplichte aanvulling van de WW-uitkering van de werknemer door de werkgever tot 90% van het dagloon gedurende drie maanden na opzegging door de werkgever. De werknemer kan zich tegen een opzegging door de werkgever verzetten tijdens de hoorprocedure bij de werkgever, de toetsing achteraf van de opzegging door de rechter, en hoger beroep en cassatie in alle procedures. Voor groepen werknemers met een kwetsbare of bijzondere positie blijven opzegverboden gelden (opmerking 3.3.3.).

Naar het oordeel van de Afdeling dient de initiatiefnemer toereikend te onderbouwen dat de nagestreefde verbetering van de rechtsbescherming van de werknemer en de balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid met dit voorstel worden bereikt, met name ook voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt (opmerking 3.3.3.). De Afdeling doet enkele suggesties tot versterking en vereenvoudiging van de rechtsbescherming van de werknemer. Allereerst is een heldere regeling van de opzegverboden nodig die de bestaande bescherming handhaaft (zie opmerking 3.3.3.). Voorts zou de verplichting om de werknemer voorafgaand aan een ontslag te horen meer dwingend mogen worden

vastgelegd (zie opmerking 3.1.1.a. tot en met 3.1.1.b.). Naar het oordeel van de Afdeling zou bij de hoorprocedure een onafhankelijke bemiddelaar betrokken kunnen worden (zie opmerking 3.1.1.a.). Bij de toetsing door de rechter moet meer rekening worden gehouden met de bewijspositie van de werknemer (zie opmerking 3.3.2.a.). Ook moet de rechter steeds de vrije keuze krijgen tussen schadevergoeding en vernietiging van de opzegging (zie opmerking 3.2.2.b.). Voorts moet volgens de Afdeling de hoogte van de griffierechten geen belemmering vormen voor de toegang tot de rechter (zie opmerking 3.3.4.). Tenslotte behoeft het een nadere toelichting dat het openstellen van hoger beroep en cassatie in alle ontslagzaken er niet aan in de weg staat dat de doelstellingen van de vereenvoudiging en verkorting van procedures kunnen worden gerealiseerd (zie opmerking 3.3.7.).

Ten aanzien van 3.4. Flexibilisering

Het voorstel kan volgens de Afdeling bijdragen aan meer flexibiliteit op de arbeidsmarkt. De informele hoorprocedure, met eventueel inschakeling van een bemiddelaar, kan er toe bijdragen dat geschillen over ontslag sneller en zonder tussenkomst van de rechter tot tevredenheid van beide partijen kunnen worden afgedaan. Ook daarom is opname van de regels met betrekking tot de ontslaggronden en de ontslagvergoeding gewenst (zie opmerking 3.2.2. en 3.2.3.).

Het is de Afdeling nog niet duidelijk of het voorstel daadwerkelijk tot verkorting van de duur van de ontslagprocedure leidt (zie opmerking 3.4.1.).

De Afdeling geeft in overweging eerst de effecten van een vereenvoudigd ontslagrecht af te wachten en dan pas te bezien of maatregelen tot beperking van tijdelijke contracten wenselijk of noodzakelijk zijn (zie opmerking 3.4.2.).

4. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De vice-president van de Raad van State,



Inhoudsopgave

1. Inleiding
 - 1.1. Het huidige ontslagstelsel
 - 1.2. De gewijzigde context van het Nederlandse ontslagstelsel
 - 1.3. Het wetsvoorstel: motivering en inhoud

2. Hervorming van het ontslagstelsel: het belang van evenwicht

3. Beoordeling van het voorstel
 - 3.1. Vereenvoudiging van het ontslagrecht
 - 3.1.1. De opzegging van de arbeidsovereenkomst
 - a. Bemiddeling in de hoorprocedure
 - b. Afzien van het horen
 - c. Hoorplicht bij collectief ontslag
 - d. Wijze van opzegging bij ontslag op staande voet
 - 3.1.2. Schadevergoeding wegens opzegging
 - 3.1.3. Onredelijk ontslag en kennelijk onredelijk ontslag
 - 3.1.4. Vereenvoudiging opzegverboden
 - 3.2. Rechtszekerheid
 - 3.2.1. Algemeen
 - 3.2.2. Ontbreken inhoudelijke regels voor toetsing van de opzegging
 - 3.2.3. Factoren voor de berekening van schadevergoeding
 - 3.3. Rechtsbescherming werknemers
 - 3.3.1. Algemeen
 - 3.3.2. Toetsing door de kantonrechter
 - a. Aard van de toetsing door de rechter en bewijslastverdeling
 - b. Aanvullende schadevergoeding
 - 3.3.3. Handhaving opzegverboden
 - 3.3.4. Toegang tot de rechter
 - 3.3.5. Opzegtermijnen
 - 3.3.6. Rechtsgevolgen verkeerde termijn
 - 3.3.7. Hoger beroep en cassatie
 - 3.4. Flexibiliteit
 - 3.4.1. Verkorting procedures
 - 3.4.2. Beperking opeenvolgende arbeidsovereenkomsten
 - 3.4.3. Aanvulling WW-uitkering door de werkgever
 - 3.5. Overige opmerkingen
 - 3.5.1. Kosten en baten
 - 3.5.2. Ingewonnen adviezen
 - 3.5.3. Samenloop met de wijziging WMCO
 - 3.5.4. Overgangsrecht

- 3.5.5. Voortbestaan BBA 1945
- 3.5.6. Plaats aanvulling WW in het BW
- 3.6. Conclusie beoordeling wetsvoorstel
- 4. Redactionele kanttekeningen

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W12.11.0475/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel II, onderdeel F, "artikel 670" vervangen door: artikel 670b;
- In artikel II, onderdeel F, in het tweede lid van het voorgestelde artikel 671 na "maakt" het woord "de" schrappen.
- Het in artikel II, onderdeel F, voorgestelde artikel 671, derde lid, eerste zin, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek vervangen door: De opzegging is vernietigbaar indien de werkgever de verplichtingen, bedoeld in het eerste en tweede lid, niet heeft nageleefd.
- In het in artikel II, onderdeel G, voorgestelde artikel 672, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de zinsnede "De termijn, bedoeld in lid 2 en lid 3, kan" vervangen door: In afwijking van lid 2 en lid 3, kan de in die leden bedoelde termijn";
- In artikel 682, eerste lid van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek het woord "kennelijk" laten vervallen;
- In het in artikel II, onderdeel K, voorgestelde artikel 7:685, eerste lid, de zinsnede "ieder van de partijen" vervangen door: ieder van de partijen bij de arbeidsovereenkomst.
- Artikel VIII, eerste lid, vervangen door:
 1. Op de arbeidsovereenkomst, waarop artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidde op de dag voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, van toepassing was, blijft genoemd artikellid van toepassing.
- In artikel VIII, tweede en derde lid, de zinsnede "zoals deze luidde voor" telkens vervangen door: zoals deze luidde op de dag voorafgaand aan.
- In artikel VIII, derde lid, na "als bedoeld in artikel, eerste lid, van die wet," invoegen: die zijn gedaan voor dat tijdstip,.