



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
t.a.v. de Minister, mr. L.F. Asscher
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

Correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 36 10000

www.rechtspraak.nl

datum 27 mei 2013
contactpersoon voorlichting
doorkiesnummer 06-18609322
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
uw kenmerk 2013-0000014423
onderwerp Advies wetsvoorstel tot wijziging ontslagrecht en WW

Geachte heer Asscher,

Bij brief van 15 februari jl., met kenmerk 2013-0000014423 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") advies uit te brengen over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van het ontslagrecht en de Werkloosheidswet (het "wetsvoorstel"). Deze versie van het wetsvoorstel had ten tijde van de consultatie nog niet de instemming van de sociale partners. Vervolgens heeft het kabinet overleg gevoerd met centrale werkgevers- en werknemersorganisaties, vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid. Op 11 april jl. hebben betrokkenen een sociaal akkoord bereikt, dat tot gevolg heeft dat het onderhavige wetsvoorstel niet zal worden doorgezet.

De Raad hecht er desalniettemin aan advies uit te brengen over het wetsvoorstel en gaat er vanuit dat de inhoud ervan bij het opstellen van een volgend wetsvoorstel zal worden betrokken. Over dat wetsvoorstel zal de Raad u gaarne wederom van advies dienen. Gegeven de zojuist omschreven status van het thans voorliggende wetsvoorstel, volstaat de Raad in het onderhavige advies met een globale inschatting van de werklastgevolgen.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd een meer activerend arbeidsmarktbeleid te voeren en de tweedeling tussen werknemers met een vaste en een tijdelijke arbeidsovereenkomst terug te dringen. Het strekt tot ingrijpende wijziging van het ontslagrecht. Onder het huidige ontslagstelsel kan een werkgever op twee verschillende manieren het dienstverband met een werknemer beëindigen: via de BBA-route en via de ontbindingsroute. Bij de BBA-route geschiedt de beëindiging van het dienstverband via opzegging door de werkgever. Daarvoor moet de werkgever beschikken over toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen ("UWV"). Na de opzegging door de werkgever heeft de werknemer de mogelijkheid om een vordering in stellen bij de kantonrechter wegens kennelijk onredelijk ontslag. Bij de ontbindingsroute kan zowel de werkgever als de werknemer de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Het wetsvoorstel maakt een einde aan het naast elkaar bestaan van deze twee verschillende ontslagroutes. Er komt één hoofdroute voor ontslag: opzegging van de arbeidsovereenkomst nadat het UWV over het voornemen daartoe advies heeft uitgebracht.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 2 van 12

Naast de afschaffing van het duale stelsel beoogt het wetsvoorstel de werkgever financieel verantwoordelijk te maken voor de eerste periode van de werkloosheid. De ontslagen werknemer krijgt recht op een zogenaamd transitiebudget.

Gehoord de gerechten adviseert de Raad u als volgt.¹

De Raad stelt voorop dat de noodzaak van wijziging van het ontslagrecht wordt onderschreven. Het huidige duale stelsel kan meebrengen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld en ongelijke uitkomsten hebben. Daarnaast zijn er in het huidige stelsel grote verschillen in de bescherming van de rechtspositie van vaste werknemers en tijdelijke arbeidskrachten. Het ontslagrecht is mede daardoor voor de rechtzoekende niet altijd voldoende inzichtelijk en in zijn toepassing niet altijd voldoende voorspelbaar. De wijzigingen die het wetsvoorstel van het huidige stelsel beoogt, geven de Raad aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Verhouding UWV-rechter

De MvT meldt op pagina 38 dat het UWV-advies voor de rechter ‘zwaar moet wegen omdat het UWV en de rechter gebonden zijn aan dezelfde criteria van het Ontslagbesluit’. Deze redenering is naar de mening van de Raad niet houdbaar. Indien in de wet komt te staan dat voor de toetsing door de rechter dezelfde ontslagcriteria gelden als voor het UWV, dan nog hoeft de uitkomst van de procedure bij de rechter niet dezelfde te zijn als die bij het UWV. Rechter en UWV hebben een geheel verschillende functie en positie., waarbij voor wat betreft dat laatste de onafhankelijkheid van de rechter, zoals deze voortvloeit uit artikel 6 EVRM, het meeste onderscheidende kenmerk is. Daarnaast verloopt de procedure bij het UWV anders dan bij de rechter: de rechter zal vaak over andere feitelijke informatie beschikken dan het UWV, hetgeen voortvloeit uit de bijzondere procedurele waarborgen waarmee de gang naar de rechter is omkleerd. Zo hoort het UWV slechts in een beperkt aantal gevallen de werknemer (alleen bij ontslag om niet bedrijfseconomische redenen)² en is het bewijsrecht, zoals dat in procedures bij de civiele rechter geldt, niet van toepassing op de UWV-procedure. Het UWV kan bijvoorbeeld geen getuigen horen. Ten slotte is het niveau en de ervaring van de UWV-functionarissen niet goed vergelijkbaar met die van kantonrechters. Concluderend dient de stelling in de MvT in die zin

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad voor de rechtspraak de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

² Ook bij aanvragen op grond van bedrijfseconomische redenen is het horen van partijen in veel gevallen uiterst zinvol en zelfs nodig: alleen zo komt de relevante informatie over bijv. de onderlinge uitwisselbaarheid van functies boven tafel.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 3 van 12

te worden genuanceerd, dat gesteld kan worden dat het UWV-advies vrijwel altijd (enig) gewicht in de schaal zal leggen, maar het niet in alle gevallen doorslaggevend zal zijn.

Dejuridisering?

Het wetsvoorstel beoogt heldere kaders te bieden voor de situaties waarin een beroep op de rechter kan worden gedaan, de hoogte van de toe te kennen vergoeding, en de termijn waarbinnen de opzegging aangevochten moet worden. De Raad verwacht desondanks dat, zeker in de beginfase, partijen de grenzen van de nieuwe regeling zullen gaan verkennen door de nieuwe rechtsvragen die daarin liggen besloten aan de rechter voor te leggen. Wet en jurisprudentie bieden hiervoor meerdere aanknopingspunten, zoals in de Bijlage (pagina 10) wordt toegelicht. Waar het wetsvoorstel beoogt te dejuridiseren door het bieden van heldere kaders, moet er dan ook mee rekening worden gehouden dat in de praktijk volop procedures gevoerd zullen worden, juist om de grenzen te verkennen en zo mogelijk ook te verleggen.

Openhouden ontbindingsroute via kantonrechter

Met name voor werkgevers kan het interessant zijn om de ontbindingsroute open te houden. Zij kunnen hier belang bij hebben, omdat in de praktijk gebleken is dat het in sommige gevallen gemakkelijker is om via de kantonrechter de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te effectueren. De indruk bestaat dat bij werkgevers - in ieder geval bij veel advocaten die vaak voor werkgevers optreden - het vertrouwen in een positieve afloop van de zaak en een oplossing van het probleem bij de kantonrechter groter is dan bij het UWV. Dat die weg veelal gepaard gaat met een vergoeding ten gunste van de werknemer en ten laste van de werkgever, nemen veel werkgevers voor lief. In veel gevallen werkt de ontbindingsvergoeding als een soort smeerolie om een probleem tussen werkgever en werknemer op te lossen. Niet uitgesloten is dat een deel van de werkgevers er voor zal kiezen om die route open te houden en hiertoe voorzieningen in de arbeidsovereenkomst te treffen. In dat geval zal alsnog een deel van de zaken bij de kantonrechter terecht komen.

Verzoekschrift- vs dagvaardingsprocedure

De Raad staat positief tegenover de keuze voor een meer informele procedure in het arbeidsrecht. In het eerdere advies van de Raad van 20 november 2012 over het wetsvoorstel ontslagrecht is echter tevens gewezen op de mogelijke complicaties als gevolg van de samenloop van verzoekschrift- en dagvaardingsprocedures. De procedures waarvan sprake is na invoering van het wetsvoorstel zullen met name door de werknemer worden ingeleid. Te verwachten is dat de werknemer ook andere geschilpunten aan de orde zal wil stellen die naar geldend recht bij dagvaarding moeten worden ingeleid, zoals bijvoorbeeld een vordering wegens achterstallig loon of achterstallige vakantiebijslag. Daarnaast zal het voorkomen dat een werknemer zonder juridische bijstand een zaak aanhangig maakt, en dat de strekking van zijn vordering niet duidelijk is. Dit levert extra werk op voor de kantonrechter. De Raad gaat ervan uit dat aan het bezwaar van de samenloop van procedures zal worden tegemoetgekomen in het kader van het wetgevingsprogramma Kwaliteit en Innovatie van het ministerie



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 4 van 12

van V&J, dat gericht is op uniformering en informalisering van de procedures in het civiele en bestuursrecht.

Transitiebudget

Het transitiebudget is bedoeld als wettelijke voorziening voor de werknemer bij ontslag en komt in de plaats van de huidige ontslagvergoedingen. Dat geen toetsing van het ontslag meer plaatsvindt aan het gevolgcriterium van artikel 7:681 lid 2 BW, omdat daarin reeds is voorzien door middel van het transitiebudget doet naar de mening van de Raad onvoldoende recht aan sommige situaties.

Over de “verrekening” van het transitiebudget bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden procedures voorzien. In het vijfde lid van artikel 673 van het Wetsvoorstel is opgenomen dat partijen tijdens het dienstverband *schriftelijk* moeten overeenkomen dat de kosten van scholing die op verzoek van de werknemer is gevolgd, op het transitiebudget in mindering strekken. Op zichzelf wordt de kans op geschillen ten aanzien van het transitiebudget hierdoor beperkt. Om de werknemer te doordringen van de kosten van een bepaalde cursus en de gevolgen voor zijn eventuele transitiebudget bij een onverhoopte beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zou het evenwel aanbeveling verdienen om in de wet op te nemen dat de werknemer in zulke gevallen de kosten van die specifieke cursus moet accorderen. Ook lijkt het verstandig om bij wet te bepalen dat (standaard) bepalingen in de arbeidsovereenkomst volgens welke alle cursussen van de werknemer geacht worden gevolgd te zijn op zijn verzoek en dat de kosten daarvan in mindering strekken op het transitiebudget ex artikel 673 nieuw BW, nietig, dan wel vernietigbaar zijn.

Hoger beroep en cassatie

In de MvT wordt als argument voor het niet openstellen van hoger beroep en cassatie aangedragen dat nu ook bij de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW geen rechtsmiddelen open staan tegen de beschikking van de kantonrechter. Dit argument is weinig overtuigend. Het appelverbod van artikel 7:685 lid 11 BW moet worden gezien als een uitzondering op het fundamentele uitgangspunt van het civiele procesrecht dat partijen recht hebben op behandeling van hun zaak in twee feitelijke instanties. De afwezigheid van die mogelijkheid wordt door velen als een gemis ervaren.

Waar in de MvT de behandeling door het UWV en de toetsingsmogelijkheid daarvan door de kantonrechter wordt aangeduid als (indirect) een vorm van “hoger beroep”, berust dit evident op een ernstige misvatting. De suggestie dat de advisering door het UWV zou kunnen worden aangemerkt als een ‘rechtsgang’ dient met kracht te worden verworpen. Die advisering voldoet immers op geen enkele wijze aan de eisen die artikel 6 EVRM aan een dergelijke rechtsgang stelt. De MvT geeft er ook voor het overige geen blijk van dat het belang van een goede rechtsbescherming voldoende serieus wordt genomen. Het genoemde argument voor het uitsluiten van hoger beroep, namelijk dat partijen snel duidelijkheid dienen te verkrijgen over de (on)gerechtvaardigdheid van het ontslag wordt nergens afgewogen tegen het gewicht van het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen ongerechtvaardigd ontslag, waarvan de persoonlijke en financiële gevolgen nog lang kunnen nawerken. De Raad dringt erop aan dat bij het opstellen van een volgend wetsvoorstel het belang van een adequate rechtsbescherming voor partijen voldoende serieus wordt genomen en adviseert u in dat wetsvoorstel



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 5 van 12

wel een voorziening voor hoger beroep op te nemen. Indien dit advies niet wordt gevolgd, dient dit op een deugdelijke wijze te worden gemotiveerd.

Werklast

a. opzegging zonder UWV-advies

Verwacht wordt dat (vrijwel) alle werknemers van wie het dienstverband zonder UWV-advies is opgezegd, hun zaak zullen voorleggen aan de kantonrechter.

De gevallen dat de werkgever geen advies vraagt aan het UWV, zullen naar verwachting met name betrekking hebben op de situatie dat de werkgever de werknemer op grond van art. 677 BW van het Wetsvoorstel op staande voet ontslaat. Vecht de werknemer die opzegging bij de kantonrechter aan, dan zal deze moeten beoordelen of sprake is van een dringende reden in de zin van de wet. Denkbaar is dan dat de werkgever vervolgens alsnog voorwaardelijk advies vraagt aan het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, uitsluitend voor het geval mocht komen vast te staan dat het ontslag op staande voet rechtskracht ontbeert. Ook in het voorgestelde systeem blijft “stapelings” van procedures dus mogelijk.

b. opzegging met een negatief UWV-advies

Verwacht wordt dat vrijwel alle gevallen waarin het UWV negatief heeft geadviseerd door de werknemer aan de rechter zullen worden voorgelegd. Die zaken zijn ingewikkelder dan de gevallen waarin de werkgever tot opzegging van de arbeidsovereenkomst is overgegaan, zonder voorafgaand advies te vragen aan het UWV. De rechter moet toetsen of het ontslag terecht is gegeven (conform de criteria van art. 669 van het Wetsvoorstel c.q. het Ontslagbesluit, waarbij cao-partijen ook afwijkende criteria mogen zijn overeengekomen). Als sprake is van een onterecht ontslag, moet de rechter een keuze maken tussen herstel van het dienstverband of het toekennen van een ontslagvergoeding. Als sprake is van een terecht ontslag, kan er nog steeds grond zijn voor een ontslagvergoeding, namelijk als dat ontslag grotendeels aan de werkgever te wijten is.

c. opzegging met een positief UWV-advies

Verwacht wordt dat een deel van de zaken waarin het UWV positief heeft geadviseerd aan de rechter voorgelegd zullen worden. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat het aantal zaken waarin de werknemer het positieve advies aanvecht op grond van art. 681 lid 3 (al of niet in combinatie met een actie uit 669 b) zeker in de aanvangsfase, een stijging zal vertonen ten opzichte van het huidige aantal procedures op grond van artikel 681 lid 2 sub a, waarmee deze zaken in de verte enige gelijkenis vertonen. Voorts lijkt de veronderstelling gerechtvaardigd, dat het aantal toekomstige procedures waarin de werkgever zich op het standpunt stelt dat de opzegging niet in hoofdzaak aan hem is te verwijten (artikel 669b lid 5) niet lager zal liggen dan het huidige aantal 681 lid 2 sub b-procedures, waar deze zaken in de verte wat op lijken³.

³ Goed denkbaar is dat in de nieuwe situatie werkgever en werknemer zullen onderhandelen, omdat de bandbreedtes goeddeels in de wet vastliggen. Tegelijkertijd zal voor kleinere en/of economisch zwakkere bedrijven de verleiding groot zijn het verweer te voeren, dat de opzegging niet in hoofdzaak aan hen is te wijten.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 6 van 12

Voor de inschatting dat het aantal toekomstige procedures in zaken waarin het UWV een positief advies heeft afgegeven niet lager zal liggen dan het huidige aantal procedures op grond van kennelijk onredelijk ontslag zijn twee redenen aan te voeren:

1. De kwaliteit van de door UWV Werkbedrijf te geven adviezen zal naar verwachting onder druk komen te staan door de ambitieuze termijnstelling (zie hoofdstuk 3 MvT: Inrichting van de UWV adviesprocedure, pag. 36-37).
2. De adviesaanvragen om niet-bedrijfseconomische redenen (zaken die nu veelal de ontbindingsroute volgen) vergen veelal een mondelinge behandeling, waarop de UWV-organisatie (nog) niet is toegesneden. Deze zaken kwamen voorheen maar in beperkte mate bij UWV Werkbedrijf voor een toestemmingsaanvraag op grond van het BBA terecht. Naar hun aard zijn deze zaken voor meer discussie vatbaar dan de huidige toestemmingen. Ontbindingsprocedures op grond van niet-bedrijfseconomische redenen (disfunctioneren, ongeschiktheid, re-integratieproblematiek, verstoorde verhoudingen) vragen al gauw een zittingstijd van 90 minuten. Hoe matiger de mondelinge behandeling, hoe groter de kans, dat de werknemer het op zo'n behandeling gevolgde positieve advies zal aanvechten.

d. transitiebudget

Over het recht op een transitiebudget en de verrekening van het transitiebudget (zie hierboven) worden procedures voorzien. Ingevolge artikel 673 ontstaat onder meer recht op een transitiebudget als de werknemer ontslag neemt wegens omstandigheden die aan de werkgever zijn te verwijten. In een dergelijke situatie is goed denkbaar dat partijen twisten over de feiten en over de vraag of omstandigheden aan de werkgever zijn te verwijten en daarover procedures voeren.

Conclusie werklast

De niet betwiste ontbindingsverzoeken ('geregelde ontbindingen') vallen weg bij invoering van het wetsvoorstel. Gemiddeld gaat het om een kleine 16.000 zaken per jaar. De werklast van de afhandeling van deze zaken is gering en vergelijkbaar met verstekzaken. De besparing hiervan is dan ook slechts 175.000 Euro.

Het wegvallen van deze groep zeer lichte zaken heeft als effect dat de gemiddelde werklast per kantonzaak toeneemt met circa 1,2% per zaak. Dit betekent dat de gemiddelde kantonzaak 1,2% duurder wordt.

Het aantal betwiste ontbindingen dat voor de kantonrechter wordt gebracht (ontbindingsverzoeken op tegenspraak) is gemiddeld ongeveer 5.300 per jaar. Op basis van de hierboven gegeven analyses en argumenten, verwacht de Raad in vergelijking met de huidige situatie geen noemenswaardige afname van het aantal zaken rond betwiste beëindigingen van de arbeidsovereenkomst. Tegenover het grotendeels wegvallen van betwiste ontbindingen ontstaan immers nieuwe zaaksstromen, zoals eerder is beschreven. Overheveling van 5 miljoen Euro uitvoeringskosten van de rechtspraak naar het UWV kan dan ook niet op basis van dit concept wetsvoorstel worden gegrond.

De Raad verwacht daarnaast dat in de eerste jaren na invoering, partijen de grenzen van de nieuwe regeling zullen gaan verkennen en andere juridische vraagstukken zullen gaan hanteren om hun doel te bereiken. Dat zal tot een verhoogd aantal rechtszaken leiden.

Wijziging Werkloosheidswet



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 7 van 12

Een wijziging van het begrip passende arbeid en de mogelijkheid tot premiedifferentiatie voor de werkgever kunnen werklastgevolgen hebben voor de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken en de Centrale Raad van Beroep. Deze gevolgen zijn afhankelijk van de wijze waarop een en ander in lagere regelgeving zal worden uitgewerkt. De Raad verzoekt u om deze lagere regelgeving ter advisering voor te leggen zodat onder meer bezien kan worden of er werklastgevolgen optreden bij de betreffende gerechten.

De overstap van de systematiek van urenverrekening naar inkomstenverrekening en de splitsing van de WW-uitkering in een loongerelateerd deel en een deel dat gekoppeld wordt aan het minimumloon leiden naar verwachting tot een toename van de werklast bij de rechtbanken en de Centrale Raad van Beroep. Deze verwachte toename is nu echter niet in te schatten. De Raad behoudt zich het recht voor hier zonodig later op terug te komen.

Tot slot

De Raad wordt graag in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over het nieuwe wetsvoorstel dat op basis van het sociaal akkoord van 11 april jl. zal worden opgesteld.

Hoogachtend,

Mr. F.C. Bakker,
waarnemend voorzitter Raad voor de rechtspraak



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 8 van 12

BIJLAGE

- De criteria van het Ontslagbesluit (en bijvoorbeeld ook de indexering van de maximumvergoeding van € 75.000,-) worden niet bij wet in formele zin vastgelegd, maar bij ministerieel besluit. Het zou aanbeveling verdienen om in de wet op te nemen dat een en ander geregeld wordt bij AMvB, omdat op die wijze meer waarborgen worden geboden.
- De MvT bespreekt op pagina 37/38 de situatie van een negatief en positief advies. De situatie van het ontbreken van een advies wordt daar niet besproken. Evenmin staat die toelichting op pagina 69. Het verdient aanbeveling aan de MvT toe te voegen dat in geval van het niet vragen van een UWV advies de rechter toetst aan de aanwezigheid van een redelijke ontslaggrond. De kantonrechter beoordeelt de zaak conform artikel 681-nieuw, zodat voor beide partijen zo snel mogelijk duidelijkheid ontstaat.
- Wet en MvT zeggen niets over de omstandigheid dat, wanneer partijen een beëindigingsvergoeding overeenkomen in het kader van een beëindigingsovereenkomst, de vergoeding hoger kan uitvallen. De maximale hoogte in artikel 669b lid 2 is immers gekoppeld aan *de opzegging* van de overeenkomst in lid 1. *Buiten de gevallen van opzegging* geldt derhalve het maximum niet.
- Het criterium van artikel 669b lid 1 dat de omstandigheden die tot opzegging van de arbeidsovereenkomst “in hoofdzaak aan de werkgever zijn te verwijten” is niet duidelijk in die gevallen dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens bedrijfseconomische omstandigheden wordt opgezegd. Denkbaar is de situatie dat de ontslaggrond (vervallen functies en keuze op deze werknemer) op zich te billijken valt, maar dat de wijze waarop de werkgever het ontslagtraject heeft gevoerd onzorgvuldig is. Kan de werknemer ook in zo’n geval aanspraak maken op de vergoeding op basis van het tweede lid van artikel 669b of bestaat daarvoor alleen aanleiding als bijvoorbeeld sprake is van wanbeleid van de werkgever?
- Het is opvallend dat in het ontwerp sub T simpelweg gesteld wordt dat artikel 680a, waarin de matiging van de loonvordering geregeld is, komt te vervallen, zonder dat uit de MvT blijkt met welke bedoeling de matiging is geschrapt. Er bestaat ook in de nieuwe regeling behoefte aan de mogelijkheid om in voorkomende gevallen de loonvordering te matigen, nl. wanneer integrale toewijzing van de loonvordering “in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden”, zoals artikel 7:680a BW nu bepaalt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat pas na uitgebreide getuigenverhoren geoordeeld wordt dat de greep in de kas van de werknemer die de werkgever aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd niet (volledig) is komen vast te staan en dat het ontslag op staande voet dus ten onrechte gegeven is, terwijl de werknemer slechts enkele maanden feitelijk bij de werkgever heeft gewerkt. Wanneer in die situatie artikel 680a niet meer bestaat, heeft de rechter vermoedelijk geen mogelijkheid om slechts een deel van de loonvordering toe te wijzen, hoe onredelijk integrale toewijzing ook zou kunnen zijn. De Raad adviseert dan ook de loonmatiging ex artikel 680a in de wet te handhaven, dan wel minst genomen in de MvT tot uitdrukking te brengen wat de ratio van het schrappen van dat artikel is.
- Op pagina 35 van de MvT wordt gemeld dat voor BBA-werknemers slechts zeer incidenteel een ontslagvergunning wordt aangevraagd. Dit is op zichzelf juist. De laatste tijd wordt echter veelvuldig aandacht gevraagd voor het verbeteren van de rechtspositie van schijnzelfstandigen, en ook voor andere



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 9 van 12

zelfstandigen die sterk afhankelijk zijn van hun grootste opdrachtgever. De bescherming van het BBA, al wordt deze nog door weinigen onderkend, helpt daarbij. De HR heeft in het arrest van 9 december 2011 (JAR 2012/17, LJN BT7500, Tros) een ruime uitleg gegeven aan het begrip BBA-werknemer. Het lijkt dan niet logisch die bescherming teniet te doen, zonder andere vorm van compenserende bescherming.

- MvT, p. 39 (onderaan) wordt gesteld dat het UWV bij bedrijfseconomische aanvragen slechts een negatief advies zal geven wanneer ‘voor een ieder duidelijk is dat de aangevoerde redenen de beslissing niet kunnen dragen’. Dat lijkt een te beperkte toetsingsgrond, is immers nog beperkter dan een marginale toetsing.

- MvT p. 40 (bovenaan). Er wordt een negatief advies gegeven wanneer het uitsluitend de bedoeling van de werkgever is de werkzaamheden te laten overnemen door goedkopere arbeidskrachten. Dat is wel een ruimere ‘weigerings’-grond dan thans wordt gehanteerd.

- MvT p. 40, 41 en 42: payrollbedrijven. In de eerste volle alinea van p. 40 wordt aangekondigd dat in het nieuwe Ontslagbesluit een uitzondering zal worden gemaakt voor payrollbedrijven. Op pagina 41 (‘nadere regels’) en pagina 42 (laatste regels voor par. 7) staat dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers ‘niet afwijkt’ van die van werknemers bij de inlener. Dat betekent niet alleen dat (cf. uitspraak Ktr Rotterdam, JAR 2013/46) het afspiegelingsbeginsel van de inlener moet worden toegepast, maar dat voor beoordeling of sprake is van een redelijke ontslaggrond de hele positie van de inlener moet worden beoordeeld. Immers alleen dan heeft de payrollwerknemer een zelfde ontslagbescherming als de werknemers van de inlener. De facto blijft dan van payrolling weinig over. Velen zullen die ontwikkeling niet betreuren, omdat wel betoogd wordt dat de extreme vormen van payrolling leiden tot een ongewenste vorm van stelselmatige ontduiking van (ontslag)beschermingsregels.

- MvT p. 41 onderaan staat dat het nu ook voorkomt dat bij cao wordt afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Misschien is dit waar, maar op grond van het Ontslagbesluit is het niet toegestaan. Het amendement om het wel toe te staan werd omstreeks 2000 zonder discussie weer ingetrokken. Als het overigens voor het UWV ‘ondoenlijk’ is om aan die afwijkende criteria te toetsen, geldt dat dan niet voor de kantonrechter? Of is die zoveel beter geëquipeerd?

- MvT p. 43: indien het mogelijk wordt te ontbinden tijdens een opzegverbod terwijl de ontslaggrond direct verband houdt met dat opzegverbod, dan maakt dat het opzegverbod nog niet tot een ‘loze’ bepaling. Het zal niet vaak voorkomen⁴ maar het opzegverbod vervult in die situaties wel een nuttige functie (bijvoorbeeld: ‘partijen kunnen echt niet meer met elkaar verder en voortzetting dienstverband zal de werknemer alleen maar zieker maken’).

- Niet duidelijk is welke emolumenten precies onder de maximumvergoeding van €75.000,- vallen. Valt daar bijvoorbeeld de wachtgelduitkering onder, waarop de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst aanspraak kan maken, die door de werkgever zelf betaald wordt, zoals in sommige gevallen in het onderwijs heel gebruikelijk is? Het lijkt niet reëel om die wachtgelduitkering volledig onder het maximum van €75.000,- te brengen, aangezien met de reguliere WW-uitkering in dat verband ook geen rekening wordt gehouden.

⁴ Volgens Kruit in zijn proefschrift van 2012 “De ontbindingsbeschikking ex. art. 7:685 BW getoetst” wordt in 71% van de gevallen met een opzegverbod toch ontbonden.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 10 van 12

- Aanknopingspunten in wet en jurisprudentie voor opzoeken grenzen van de wet:

1. Baijingsleer

De Baijingsleer is gebaseerd op redelijkheid en billijkheid/ goed werkgeverschap.

Doordat ook onder het nieuwe ontslagrecht in bepaalde gevallen de mogelijkheid tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoals thans neergelegd in artikel 7: 685 BW, blijft bestaan, zal ook de zogenoemde "Baijingsleer" gelding blijven behouden⁵. Dit zal ertoe kunnen leiden dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vaker zal voorkomen dan wellicht de bedoeling van de regering is.

Ook indien de vergoeding maximaal €75.000,- zal bedragen, zal de problematiek van het zogenoemde dubbele nee niet verminderen⁶. Wel kan door de maximering tot €75.000,- de nadruk in de toekomst komen te liggen op nakoming van de contractuele vergoeding. Immers de werknemer mag door de wettelijke limitering niet langer verwachten dat hij een door de kantonrechter toe te kennen hoge vergoeding zou kunnen krijgen naast de contractuele vergoeding.

Voorts wordt nog gewezen op een ander gevolg van de Baijingsleer, te weten dat de kantonrechter in een procedure terzake van ontbinding wegens gewichtige redenen, de werknemer naar een afzonderlijk geding kan verwijzen voor een vordering tot schadevergoeding, in te stellen op basis van redelijkheid en billijkheid. Zie laatstelijk Hoge Raad 11 juli 2008, jaar 2008/203 (SVS Holland van Wielink).

2. Betekenis artikel 7:686 BW

Ongewijzigd blijft artikel 7: 686 BW, dat bepaalt dat de bepalingen van afdeling 9 (m.b.t. einde van de arbeidsovereenkomst) voor geen van beide partijen de mogelijkheid uitsluiten van ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst en van schadevergoeding. De ontbinding kan alleen door de rechter worden uitgesproken. Art. 7:686 BW is een verbijzondering van art. 6:265 BW, dat bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis de bevoegdheid geeft tot gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De Hoge Raad eist, gelet op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, dat de tekortkoming ernstig is⁷.

De algemene visie ten aanzien van het gebruik van dit artikel is dat weinig van de geboden mogelijkheid gebruik wordt gemaakt vanwege de aanwezigheid van ontbinding wegens gewichtige redenen in artikel 7:

⁵ In het arrest Drankencentrale Waterland/Blakborn (HR 2 april 2004 JAR 2004/112 en NJ 2006, 212) heeft de Hoge Raad beslist dat een vordering tot nakoming van een contractuele ontslagvergoeding ontvankelijk is nadat al een ontbindingsprocedure is gevoerd. Verder heeft de Hoge Raad over de overeengekomen ontslagvergoedingen in verhouding tot de door de rechter toe te kennen ontbindingsvergoeding overwogen dat van belang is of de kantonrechter wel of niet bekend is met de tussen werkgever en werknemer overeengekomen ontslagvergoeding.

⁶ Zie C.J. Loonstra en L.G. G. Verburg, Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding, ArA 2005/ 1, pagina 48 e.v., m.n. pagina 51

⁷ Volgens het arrest van 12 december 1980, NJ 1981, 202, met noot PAS, is een vordering tot ontbinding slechts toewijsbaar in gevallen van ernstige wanprestatie, namelijk een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van ontbinding van de overeenkomst kan rechtvaardigen. Bij dit uitgangspunt is volgens de Hoge Raad ontbinding veeleer op één lijn te stellen met een ontslag op staande voet. Inschatting is dat de Hoge Raad niet minder zware eisen zal gaan stellen aan een tekortschieten in de arbeidsprestatie, omdat bescherming van de werknemer ook onder het huidige recht (genoemde uitspraak is gebaseerd op het oude Burgerlijk Wetboek) nog steeds voorop staat. (Zie C.J.H. Janssen en C.J. Loonstra, "Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie", SR 2004, 2, blz 43 e.v., m.n. 45/46.)



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 11 van 12

685 BW. Door de voorgenomen vermindering van het gebruik van art. 7:685 BW zou dus wellicht een effect kunnen optreden dat van art. 7:686 BW vaker gebruik gemaakt gaat worden.

3. Mogelijkheid undue dismissal

Er kunnen tal van situaties bestaan waarin het gedrag van de werkgever erop gericht is de werknemer ertoe te brengen eigener beweging ontslag te nemen. Het is niet duidelijk langs welke weg de werknemer dan aanspraak zou kunnen maken op een redelijke vergoeding omdat in de artikelen 669 en 681 nieuw alleen gesproken wordt over opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever en de werknemer bovendien niet langer de mogelijkheid heeft om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken met toekenning van een vergoeding op basis van het huidige artikel 685 BW. De Raad adviseert aan deze leemte aandacht te schenken. Denkbaar is dat de werknemer in zo'n geval gebruik maakt van de ontbinding ex artikel 7:686 BW (zie hierboven onder punt 2).

Zou de werknemer slagen in die actie, dan geldt het maximum van €75.000,- niet voor de toe te kennen schadevergoeding, omdat dat maximum is gekoppeld aan de opzegging door de werkgever ex artikel 669b nieuw.

4. Betekenis artikel 7: 611

Niet onvermeld mag blijven de werking van het bepaalde in artikel 7: 611 BW dat bepaalt dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en werknemer te gedragen.

Allereerst is door de Hoge Raad aangenomen dat de kennelijke onredelijkheid een bijzondere vorm is van strijd met goed werkgeverschap, op haar beurt uitdrukking van een bijzondere vorm van tekortkoming⁸. Dit kan in het nieuwe ontslagrecht doorwerken ook wanneer naar nieuw recht het gevolgen criterium⁹ zoals thans geldend in art. 681 niet meer geldt. Vervolgens ontwikkelt het goed werkgeverschap zich naast het bepaalde in art. 7:658, dat de zorgverplichting voor de werkgever regelt. Moeilijk voorspelbaar is of in het tussengebied, bijvoorbeeld immateriële schade of schade ten gevolge van psychisch leed, dat niet onder artikel 7:658 BW valt, door artikel 7:611 BW als zelfstandige bron van het ontstaan van een schadevergoedingsplicht van de werkgever zal kunnen worden bestreken.

Aangenomen moet worden dat artikel 7:611 BW in beginsel alleen kan worden benut voor aanvullende schadevergoeding, omdat de norm van het goed werkgeverschap (en goed werknemerschap) zodanig algemeen is dat de bijzondere regeling voor schadevergoeding bij ontslag eraan in de weg staat dat artikel 7:611 BW een vervangende functie krijgt voor de bijzondere ontslagvergoeding.

5. Onrechtmatig handelen werkgever

Ten slotte valt niet uit te sluiten dat door de inhoudelijke veranderingen in het ontslagrecht de rechtspraak terug zou kunnen komen op het arrest van de Hoge Raad d.d. 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Bras Monteiro tegen Nedlloyd), waarin de Hoge Raad aannam dat in uitzonderlijke gevallen strijd met de goede zeden of de openbare orde door de werknemer kan worden gebruikt om schadevergoeding te verzoeken, naast de schadelijktigheid en vernietigbaarheid op bepaalde in de wet beschreven gronden.

Daarbij is in dit verband van belang de vraag in hoeverre de door de Hoge Raad in het arrest Pratt&Whitney/Franssen c.s. (HR 3 december 1999, JAR 2000, 18) ontwikkelde leer de mogelijkheid biedt

⁸ HR 15 februari 2008, JAR 2008/318, Dahri/ Vianen Beton, en HR 29 november 2009, JAR 2009/ 305, Van der Grijp/ Stam

⁹ Een op een gegronde reden berustende opzegging kan vanwege de gevolgen voor de werknemer kennelijk onredelijk zijn.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 27 mei 2013
pagina 12 van 12

om in geval van onrechtmatig handelen de termijn van (in het nieuwe recht) twee maanden om de opzegging aan te vechten, op te rekken.

6. Betekenis Deuss-jurisprudentie

Niet duidelijk is of het door de Hoge Raad in het arrest Deuss/Motelmaatschappij Holland (HR 1 december 1989, NJ 1990, 451) ontwikkelde schadevergoedingsrecht door het nieuwe ontslagrecht beïnvloed wordt. In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat een werkgever wiens verwijtbaar gedrag de werknemer heeft genoopt de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst op grond van (destijds) 1639w BW wegens een dringende reden te ontbinden, gehouden is de schade te vergoeden die de werknemer lijdt ten gevolge van het uit die wanprestatie voortvloeiende verloren gaan van zijn dienstbetrekking. Daartoe zal met name aanleiding zijn ingeval het gedrag van de werkgever erop is gericht de werknemer ertoe te brengen eigener beweging ontslag te nemen en waarin het voor de betrokken werknemer moeilijk is andere passende arbeid te vinden. In zodanig omstandigheden past het in de ontwikkeling de werknemer gerechtigd te oordelen tot vergoeding van de uit de beëindiging als zodanig voortvloeiende schade.

Het is de vraag wat de invloed is van dit arrest in het licht van de nieuwe omstandigheden als gevolg van het onderhavige wetsvoorstel. Zo zal het in de nieuwe situatie niet meer mogelijk zijn om de arbeidsovereenkomst krachtens art. 7: 685 BW wegens een dringende reden te laten ontbinden. Voorts wijzigt de door de Hoge Raad in aanmerking genomen situatie dat aan de werkgever toestemming tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wellicht reeds is onthouden, want dat zal gaan veranderen (door de vervallenverklaring van het BBA) in de weigering van een positief advies van het UWV of het geheel ontbreken daarvan.