

De modernisering van het ontslagrecht kan beter

Op 7 november 2011 heeft D66 Tweede Kamerlid Fatma Koşer Kaya een initiatiefwetsvoorstel ingediend om het ontslagrecht te hervormen.¹ De huidige ontslagprocedure is volgens haar kostbaar en tijdrovend, waardoor werkgevers huiverig zijn om mensen aan te nemen. Daarnaast leidt het volgens haar tot ongelijkheid tussen werknemers in tijdelijke en die in vaste dienst.

Adriana Rodriguez Galvis
Advocaat in Amsterdam²

De wijzigingen

De twee belangrijkste beoogde wijzigingen zijn de afschaffing van het duale ontslagstelsel en de afschaffing van de zogeheten preventieve toetsing. Het huidige duale ontslagstelsel houdt in dat een werkgever twee mogelijkheden heeft om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te doen eindigen: door opzegging of door de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De preventieve toetsing houdt in dat de werkgever, behoudens de opzegging wegens een dringende reden (ontslag op staande voet), tijdens de proeftijd of bij faillissement, voor opzegging toestemming nodig heeft van het UWV.³

Kiest de werkgever voor de opzeggingsroute, dan beoordeelt het UWV of de voorgenomen opzegging redelijk is, maar beslist niet over een eventuele vergoeding. De werknemer kan na de opzegging door de werkgever in een procedure bij de kantonrechter een vergoeding vorderen wegens kennelijk onredelijke opzegging. Kiest de werkgever voor de ontbindingsroute, dan zal de kanton-

rechter beoordelen of de arbeidsovereenkomst op korte termijn dient te eindigen en, zo ja, of het billijk is een vergoeding toe te kennen. Bij de ontbindingsroute is zowel de kans op een vergoeding als de hoogte ervan in het algemeen groter dan bij de opzeggingsroute.⁴ Die ongelijkheid is verder toegenomen door recente rechtspraak op het terrein van de kennelijk onredelijke opzegging.⁵

Het wetsvoorstel voorziet erin dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd normaliter wordt beëindigd door opzegging, waarbij de preventieve toetsing door het UWV vervalt. Verder voorziet het voorstel erin dat de werkgever alleen dan om ontbinding door de kantonrechter mag verzoeken wanneer een opzeverbod van toepassing is of wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzeggingsmogelijkheid.

Volgens Kamerlid Koşer Kaya maken deze wijzigingen een einde aan de in het huidige ontslagrecht bestaande onacceptabele verschillen met betrekking tot de doorlooptijd, de procesgang en de ontslagvergoedingen. Ook verwacht zij dat deze wijzigingen een einde maken aan de onrechtvaardige tweedeling op de arbeidsmarkt tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde

tijd (de zogeheten *insiders*) en werknemers die op flexibele basis werkzaam zijn en niet of nauwelijks nog in aanmerking komen voor een vast dienstverband (de *outsiders*). Werkgevers zullen immers gemakkelijker een vast contract aanbieden indien zij het dienstverband ook weer (eenvoudig) kunnen beëindigen.

Het wetsvoorstel bepaalt verder dat een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen, de werknemer daarvan schriftelijk in kennis moet stellen met vermelding van de reden(en) voor de opzegging. De werknemer kan binnen vijftien dagen na de kennisgeving schriftelijk of mondeling zijn zienswijze kenbaar maken. Het niet schriftelijk in kennis stellen van de werknemer van het ontslagvoornemen, het in de kennisgeving niet vermelden van de reden(en) voor de opzegging of het de werknemer niet in de gelegenheid stellen zijn zienswijze kenbaar te maken, maakt de opzegging vernietigbaar. De werknemer kan gedurende twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een beroep doen op deze vernietigingsgrond.

Het wetsvoorstel introduceert voorts een onderscheid tussen 'onredelijke' en 'kennelijk onredelijke' opzegging en maakt het voor werknemers mogelijk het ontslag achteraf door de rechter op deze gronden te laten toetsen. De toets op redelijkheid is een integrale. Concludeert de rechter dat het ontslag onredelijk is, dan veroordeelt hij de werkgever tot het betalen van een schadevergoeding. De toets op kennelijke onredelijk-

1 Voorstel van wet van het Tweede Kamerlid Koşer Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, TK, vergaderjaar 2011-2012, 33 075, nr. 2.

2 Bij Pallas Advocaten. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

3 Zie art. 6 en 9 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA).

4 Zie de MvT bij het onderhavige wetsvoorstel, TK, vergaderjaar 2011-2012, 33 075, nr. 3, hoofdstuk I, paragraaf 3.4.

5 Zie ook P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2010: the year after, *Arbeidsrecht* 2011/25 en A.R. Houweling, *Who's afraid of Rood, Donner en Kaya?*, *AR Commentaar* 2011-12.

heid is een marginale. De opzegging is kennelijk onredelijk indien die niet had behoren plaats te vinden of in het licht van de maatschappelijke opvattingen over de schreef gaat. Komt de rechter tot de conclusie dat de opzegging kennelijk onredelijk is, dan veroordeelt hij de werkgever in beginsel tot herstel van de dienstbetrekking. Dat herstel kan eventueel worden vervangen door een afkoopsom naar billijkheid, die – afhankelijk van de omstandigheden – (fors) hoger kan liggen dan de schadevergoeding wegens onredelijk ontslag. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie van de rechterlijke uitspraken.

Het wetsvoorstel bepaalt tevens dat de werkgever die tot opzegging overgaat gedurende een periode van drie maanden de door de werknemer verkregen loongerelateerde WW-uitkering aan moet vullen tot 90 procent van het brutoloon, gemaximeerd tot 90 procent van het bruto maximum dagloon. Het voorstel beperkt de mogelijkheid van het aangaan van openvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot maximaal twee arbeidsovereenkomsten en in totaal een maximum van twee jaar.

Beoordeling van het wetsvoorstel

Met Koşer Kaya ben ik van mening dat het wetsvoorstel een einde maakt aan de in het huidige ontslagrecht bestaande onacceptabele verschillen met betrekking tot de doorlooptijd, de procesgang en de ontslagvergoedingen. Ook deel ik de verwachting – op basis van mijn in de praktijk opgedane ervaringen – dat werkgevers minder huiverig zullen zijn iemand in vaste dienst te nemen doordat het voor hen eenvoudiger wordt werknemers te ontslaan. Daarenboven verwacht ik dat werknemers met een goede arbeidsmarktpositie die vrezen voor ontslag sneller elders een baan zullen aanvaarden. Dit zou een verbetering zijn ten opzichte van het huidige systeem, waarin het voor een werknemer kan lonen om stil te blijven zitten totdat de werkgever het initiatief neemt tot beëindiging en een ontslagvergoeding aanbiedt met het

‘Zo krijgt de werknemer meer tijd om werk te vinden zonder fors inkomensverlies’

oog op het voorkomen van een procedure.

Ik onderschrijf de door Koşer Kaya genoemde negatieve effecten van de preventieve toetsing op de bereidwilligheid van werkgevers om vaste contracten aan te bieden. Die toetsing heeft echter ook een positief effect. Het feit dat werkgevers een ontslagvoornemen vooraf moeten rechtvaardigen bij het UWV, verkleint namelijk de kans dat zij op ondeugdelijke gronden overgaan tot ontslag.

Wel ontbeert het wetsvoorstel naar mijn mening een maatregel die het wegvallen van deze ‘filterwerking’ voldoende compenseert. Voor veel werknemers is het financieel onhaalbaar op te treden tegen een (kennelijk) onredelijk ontslag. Procederen is duur en een eventuele proceskostenveroordeling is doorgaans gebaseerd op forfaitaire bedragen die niet in verhouding staan tot de daadwerkelijke proceskosten. Wanneer de huidige kabinetsplannen om te bezuinigen op gefinancierde rechtsbijstand en om het kostendekkend maken van de griffierechten doorgang vinden, lopen deze kosten nog verder op.⁶

Het wetsvoorstel kan op dit punt verbeterd worden door de toevoeging dat de werkgever die de arbeidsovereenkomst (kennelijk) onredelijk heeft opgezegd, in beginsel wordt veroordeeld in de volledige proceskosten van de werknemer.

Zo kunnen werknemers effectiever optreden tegen dergelijk ontslag. Zeker indien een rechterlijke toets slechts achteraf kan plaatsvinden, is een dergelijke tegemoetkoming richting werknemers gerechtvaardigd.

Daarnaast leidt het wegvallen van de preventieve toetsing ertoe dat werknemers gemakkelijker en op kortere termijn worden geconfronteerd met beëindiging van hun dienstverband. Ontslagen werknemers zullen hierdoor sneller dan onder het huidige ontslagrecht worden geconfronteerd met een – soms forse – inkomensachteruitgang. Het wetsvoorstel wijzigt namelijk niet de huidige wettelijke opzegtermijnen, die afhankelijk zijn van de lengte van het dienstverband. Het hoorrecht van de werknemer vergroot weliswaar de totale lengte van de door de werkgever aan te houden termijnen met twee weken. Dat laat onverlet dat de werkgever een aanzienlijke tijdswinst ondervindt door het kunnen afzien van een beëindigingsprocedure. De ontslagen werknemer valt vanaf einde dienstverband terug naar een inkomen van 90 procent van zijn loon, gemaximeerd tot 90 procent van het maximumdagloon. Vooral wanneer de werknemer meer verdient dan het maximum dagloon en een kort dienstverband heeft, heeft dit tot gevolg dat de werknemer binnen een zeer korte termijn een forse inkomensachteruitgang ondervindt.

Het optreden van dit ongewenste neveneffect kan naar mijns inziens op twee manieren worden voorkomen. Het wetsvoorstel kan voorzien in een tijdelijke aanvulling tot 90 of 100 procent van het laatstverdiende loon (zonder maximum) of het kan de opzegtermijnen verlengen. Zo krijgt de werknemer meer tijd om werk te vinden zonder daarbij te worden geconfronteerd met fors inkomensverlies.

Tot slot ben ik van mening dat het al een flinke verbetering inhoudt ten opzichte van het huidige ontslagrecht als dit wetsvoorstel wordt aangenomen. Maar worden de twee aanvullingen die ik hiervoor heb genoemd er nog in opgenomen, dan zou het gemoderniseerde ontslagrecht nóg beter en eerlijker worden.

⁶ Zie blz. 23 van de MvT, TK, vergaderjaar 2011-2012, 33 075, nr. 3. Hierin wordt de intentie uitgesproken om de kostenbesparing door het wegvallen van de kosten die het UWV moet maken in verband met de preventieve toetsingsstaak, in te zetten ten gunste van een handhaving van de griffierechten betreffende arbeidsgeschillen op het huidige niveau.