

Wetsvoorstel werk en zekerheid *'33818 in de praktijk gebracht'*



Samenvattend verslag
Symposium 21 januari 2014 van de
Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)

Samenvattend verslag
Symposium 21 januari 2014 van de
Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)

Wetsvoorstel werk en zekerheid *'33818 in de praktijk gebracht'*



De tekst van dit samenvattend verslag van het VAAN Symposium ***Wetsvoorstel werk en zekerheid '33818 in de praktijk gebracht'*** d.d. 21 januari 2014 is afgerond op 29 januari 2014.

© 2014 Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)

www.vaan-arbeidsrecht.nl

Omslagtekening: Peter de Wit

Inhoudsopgave

	Blz.
Max Keulaerds: Opening Symposium	5
Ton Heerts: Plussen en minnen van het wetsvoorstel voor de werknemer	
Voordracht Heerts	7
Reactie vanuit de zaal	9
Reactie Keulaerds	10
Guus Heerma van Voss: Stelsel van het nieuwe ontslagrecht	
Voordracht Heerma van Voss	12
Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht	21
Reactie vanuit de zaal	24
Willem Bouwens: Vergoedingen en sancties	
Voordracht Bouwens	26
Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht	32
Reactie vanuit de zaal	33
Evert Verhulp: Arbeidsrechtelijke thema's	
Voordracht Verhulp	36
Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht	42
Bernard Wientjes: Plussen en minnen van het wetsvoorstel voor de werkgever	
Inleiding Keulaerds	46
Voordracht Wientjes	47
Reactie Keulaerds	49
Reactie vanuit de zaal	50

Leonard Verburg: Eenvoudig of toch complex: nieuwe dualiteiten in perspectief

Voordracht Verburg	51
Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht	54
Afsluiting	56

Stellingen en uitslagen stemmingen

Stellingen Heerma van Voss	57
Stellingen Bouwens	57
Stellingen Verhulp	58
Stellingen Verburg	58
Stellingen Keulaerds	59

Bijlagen

Gegevens over de sprekers, de leden van de VAAN Werkgroep Ontslagrecht en de schrijvers en eindredactie van het samenvattend verslag van het VAAN Symposium.....	61
Programma VAAN Symposium	63

Max Keulaerds:

Opening Symposium

Keulaerds opent het Symposium met de mededeling dat de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) in haar bestaan is uitgegroeid tot een volwassen en relevante specialistenvereniging, getuige ook de ongeveer 650 leden die bij het Symposium aanwezig zijn. Dat VAAN serieus wordt genomen blijkt tevens uit het feit dat naast de arbeidsrechtadvocatuur ook veel genodigden van de rechterlijke macht, wetenschap, UWV en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) bij het Symposium aanwezig zijn en Heerts en Wientjes de uitnodiging hebben aanvaard op het Symposium te spreken.

Het bestuur van VAAN had, aldus Keulaerds, graag gezien dat VAAN net als de Raad voor de rechtspraak op voorhand over het wetsvoorstel geconsulteerd zou zijn, maar op het daartoe strekkende verzoek is door het Ministerie van SZW negatief beslist. Voorts vindt het VAAN-bestuur het spijtig dat de Minister van SZW geen gevolg heeft gegeven aan de uitnodiging op dit Symposium te spreken.

Het doel van het Symposium is juridisch inhoudelijk over het wetsvoorstel met elkaar te debatteren, vanuit de premisse dat dit wetsvoorstel het Staatsblad al dan niet geamendeerd haalt. Hoewel rechtspolitieke standpunten mogen worden ingenomen, zal de nadruk liggen op juridisch-technische analyse van het wetsvoorstel, zoals dit bij de Tweede Kamer is ingediend.

Keulaerds geeft vervolgens aan dat uit het Sociaal Akkoord blijkt dat niet zo zeer de doelstelling ervan lijkt te zijn het ontslagrecht te versoepelen, maar dat – zie ook de kop van paragraaf 2.6 van het Sociaal Akkoord – veeleer **"herordening van de ontslagbescherming"** is beoogd. In de considerans van het wetsvoorstel staat een aantal doelstellingen ervan vermeld. Keulaerds vraagt de aanwezigen te beoordelen of negen van deze beoogde doelen zullen worden bereikt. Aan het slot van de bijeenkomst zal daarom door de deelnemers over deze vraag elektronisch worden gestemd. Het betreft de volgende doelstellingen:

- Ontslagrecht vereenvoudigen;
- Rechtsgelijkheid bij ontslag bevorderen;
- Rechtszekerheid bij ontslag bevorderen;

- Ontslagvergoeding beperken;
- Aanwending van de ontslagvergoeding voor snelle werkhervatting bevorderen;
- **Rechtspositie van "bepaalde tijders" versterken;**
- Rechtspositie van werknemers met een arbeidsovereenkomst met wisselende uren versterken;
- Doorstroom van flexibele naar vaste arbeid bevorderen;
- Langdurige inzet van flexibele arbeid beperken.

Het Sociaal Akkoord noemt daarnaast twee andere doelstellingen die in de considerans van het wetsvoorstel begrijpelijkerwijze niet zijn teruggekeerd. Dit zijn:

- Dejuridiseren zonder verlies van kwaliteit;
- Een systeem dat juridisch deugdelijk is.

Ook over deze doelstellingen zal aan het slot van het Symposium elektronisch worden gestemd.

Keulaerds wijst de deelnemers vervolgens op de aan een ieder uitgedeelde – en door VAAN op 20 januari jl. bij leden van de Commissie SZW van de Tweede Kamer en het Ministerie van SZW bezorgde – uitgaven van TAP en TRA, waarin beschouwingen over het wetsvoorstel zijn te lezen. Daarnaast wijst Keulaerds op de binnenkort te lanceren VAAN App, waarmee vergoedingen op basis van zowel de huidige wetgeving als het wetsvoorstel kunnen worden berekend.

Ton Heerts:

Plussen en minnen van het wetsvoorstel voor de werknemer

Voordracht Heerts

Heerts geeft aan dat hij de totstandkoming van het Sociaal Akkoord (en daarmee het wetsvoorstel) zal bespreken. Hij begint in dat verband met de opmerking dat het Sociaal Akkoord in zijn optiek in elk geval veel beter is dan het oorspronkelijke regeerakkoord. Het doel en de achtergrond van het Sociaal Akkoord is drieledig:

- Inzetten op begeleiding van werk naar werk bij ontslag.
- Regie over de WW naar de sociale partners toetrekken.
- Aanpakken doorgeschoten flex.

FNV was het zat dat de politiek keer op keer ingrijpt in de sociale zekerheid, zonder hierover met sociale partners afspraken te maken. De druppel voor FNV was de uitholling van de WW. FNV had daarom als uitgangspunt dat zij aan zet wilde komen met betrekking tot de werknemersverzekeringen.

Heerts geeft aan hierop aan Wientjes te hebben gevraagd: "*Willen we samen optrekken tegen de regering, of zowel met elkaar als met de regering strijden voor betere plannen?*" Uiteindelijk hebben Heerts en Wientjes afgesproken de handen ineen te slaan. Heerts was het direct met Wientjes eens dat het ontslagrecht moest worden aangepast vanwege de ongelijkheid in routes en uitkomst in vergoeding. Daarnaast moest de inzet zijn dat werknemers worden begeleid van werk naar werk en dat de positie van flexwerkers beter zou worden beschermd.

Doorn in het oog van FNV was de uitwerking die de ketenregeling in de praktijk heeft gekregen. De eerste belangrijke pijler van het wetsvoorstel is volgens Heerts daarom het beperken van de ketenregeling. Heerts verwacht dat werkgevers als gevolg hiervan sneller een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zullen aanbieden. Ook is een transitievergoeding verschuldigd nadat een werknemer twee jaar lang op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam is geweest. Dit leidt volgens Heerts tot een versterking van de positie van de flexwerker. Heerts geeft daarbij aan dat een

“Bureau Naleving” door FNV zal worden ingesteld om te controleren of werkgevers de afspraken met betrekking tot het inperken van het gebruikmaken van bepaalde tijd contracten ook daadwerkelijk naleven.

De tweede pijler van het wetsvoorstel is volgens Heerts de invoering van de transitievergoeding. Door een vaste forfaitaire vergoeding te introduceren, wordt een ongelijkheid in uitkomst tussen de opzeggingsprocedure en de ontbindingsprocedure weggenomen. Heerts geeft uitdrukkelijk aan dat de transitievergoeding slechts een **minimum is en dat in CAO’s afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt voor een aanvullende vergoeding**. Heerts is de mening toegedaan dat **hierover in CAO’s wel** degelijk afspraken zullen worden gemaakt. Voorts geeft Heerts aan dat de overgangsregeling voor oudere werknemers voor FNV essentieel is.

De derde belangrijke grondslag van het wetsvoorstel is volgens Heerts het verdwijnen van de keuzevrijheid tussen de ontslagroutes. Voor de werkgever leidt dit ertoe dat er geen strategische keuzes meer kunnen worden gemaakt met betrekking tot de te kiezen ontslagroute. Van belang is dat volledig wordt ingezet op transitie van werk naar werk. Niet baanzekerheid, maar werkzekerheid zal centraal staan in het nieuwe ontslagrecht. Heerts vindt het belangrijk dat de mogelijkheid is opengelaten om in sectorplannen afwijkende afspraken te maken over ontslagroutes en vergoedingen.

Heerts gaat ervan uit dat van voormelde mogelijkheid veel gebruik gemaakt zal worden. Een echte baan is volgens hem namelijk meer waard dan een kleine ontslagvergoeding. Door het toegenomen gebruik van flexibele contracten heeft een groeiende groep mensen niet alleen een laag, maar ook een onzeker inkomen, dat bovendien onvoldoende wordt beschermd door de sociale zekerheid. Mensen moeten te vaak meerdere baantjes hebben om rond te komen.

Ook ziet Heerts een aantal minpunten in het nieuwe ontslagrecht. Hij noemt de volgende:

- De transitievergoeding is niet vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst verschuldigd;
- De vergoeding bij ernstige verwijtbaarheid is te beperkt;
- Nul-uren contracten worden enkel in de zorg uitgesloten en niet in het geheel.

Volgens Heerts zijn deze minpunten echter geaccepteerd, omdat er voldoende pluspunten voor FNV tegenover stonden. Heerts geeft aan dat bij het sluiten van een compromis altijd concessies moeten worden gedaan. Hij staat voor de volle 100% achter het Sociaal Akkoord en het wetsvoorstel.

Reactie vanuit de zaal

Loonstra (hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam)

Loonstra refereert aan *Blue Monday* en spreekt de hoop uit dat het vandaag niet *Blue Tuesday*, de meest depressieve dag voor het arbeidsrecht, zal worden. Hij vraagt Heerts wat FNV gaat doen als aantoonbaar blijkt dat de doelen uit het wetsvoorstel met betrekking tot het ontslagrecht niet gerealiseerd kunnen worden. Blijft FNV het wetsvoorstel dan steunen of onderneemt zij actie?

Heerts

Heerts antwoordt dat FNV betrokken is geweest bij het opstellen van het wetsontwerp en dat er vanuit FNV daarom veel steun voor dit wetsvoorstel is. Hij hoopt dan ook dat er slechts weinig amendementen zullen worden voorgesteld. Maar indien zou blijken dat er naar het oordeel van deskundigen hele foute dingen in het wetsvoorstel staan, dan zal daar volgens Heerts wel naar moeten worden geluisterd. Hij tekent daarbij echter aan dat het wat FNV betreft nu eerst wel klaar is.

Hansma (lid Ontslagadviescommissie UWV te Haarlem)

Hansma vraagt waarom in het wetsvoorstel niet de verplichting is opgenomen om de transitievergoeding daadwerkelijk in te zetten voor begeleiding van werk naar werk. De huidige wettekst laat de werknemer de ruimte om er toch weer een caravan voor te kopen.

Heerts

Heerts antwoordt dat dit zich in de praktijk zal moeten ontwikkelen. Het intersectoraal bemiddelen van werk naar werk zal volgens Heerts één van de grootste uitdagingen gaan worden. In dat verband wil FNV niet op voorhand vastleggen aan welke activiteiten **de transitievergoeding moet worden besteed. FNV is echter van plan in de CAO's zoveel** mogelijk collectiviteit en solidariteit te bepleiten. Vandaar ook dat in de wet slechts een **minimum**vergoeding is opgenomen. FNV wil zoveel mogelijk de A&O- en O&O-fondsen verbinden met de nieuwe transitiefondsen, hetgeen volgens Heerts in de komende jaren één van de allergrootste opdrachten van FNV wordt. Dit laat echter onverlet, zo vervolgt

Heerts, dat indien zich grove misstanden voordoen binnen bedrijven – hij noemt als voorbeeld dat van de 108 leden van het FNV-ledenparlement er nu drie voorgedragen zijn voor ontslag vanwege hun activiteiten voor de vakbond – FNV voornemens is keihard op te treden. Het liefst zou Heerts zien dat dergelijke bedrijven – die volgens hem veelal vanuit Angelsaksische landen worden geleid – het functioneren in Nederland geheel onmogelijk wordt gemaakt.

Grapperhaus

Grapperhaus vraagt Heerts naar zijn mening over het feit dat de afwijkingen van de ketenregeling die FNV met het Sociaal Akkoord (en dus met het wetsvoorstel) wil **tegengaan, doorgaans toch waren opgenomen in CAO's die mede door FNV zelf zijn ondertekend.**

Heerts

Heerts antwoordt dat FNV het oprekken van de ketenregeling de laatste vijftien jaren met argusogen heeft waargenomen. Je zou volgens Heerts kunnen zeggen dat met het **Sociaal Akkoord wordt afgerekend met de doorgeschoten "flex", die oorspronkelijk goed** was bedoeld, maar uiteindelijk op grote onderdelen mislukt is.

Reactie Keulaerds

Keulaerds

Keulaerds haalt een onderzoek uit het FD aan, waaruit blijkt dat nogal wat werkgevers voornemens zijn ermee te stoppen na de laatste schakel van de bepaalde tijd keten. Hij vraagt wat Heerts het gevoel geeft dat het in de praktijk anders zal uitpakken.

Heerts

Heerts antwoordt dat hij werkgevers vaak voorhoudt dat of iemand nou werkt of niet in dit land, zij er linksom of rechtsom toch aan mee zullen moeten betalen. Het lijkt hem ondenkbaar dat werkgevers grote groepen uit de samenleving als wegwerpartikel zullen wegzetten, terwijl anderen worden binnen gehaald, enkel omdat na twee jaar iets meer zal moeten worden gegeven. Door het feit dat vooraf duidelijk is wat een ontslag zal kosten, denkt Heerts dat de kosten voor het in vaste dienst nemen van iemand door bedrijven kan worden ingecalculeerd, ook binnen het MKB.

Keulaerds

Keulaerds wijst erop dat er in het nieuwe ontslagrecht enkel een extra ontslagvergoeding verschuldigd is in geval van **ernstige** verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Daarmee **is door FNV geaccepteerd dat de "gewoon" verwijtbaar handelende werkgever** dezelfde vergoeding moet betalen als de werkgever die te goeder trouw acteert, namelijk de transitievergoeding. Waarom heeft FNV daarmee ingestemd?

Heerts

Heerts antwoordt dat het hem enorm interessant lijkt hoe de grens tussen gewone en ernstige verwijtbaarheid straks in de rechtspraak zal worden getrokken.

Keulaerds

Keulaerds reageert hierop met de opmerking dat hij graag een echt antwoord wil hebben.

Heerts

Heerts geeft in reactie aan dat het hem sterk is afgeraden op vragen als deze in te gaan.

Keulaerds

Keulaerds dringt desalniettemin aan en vraagt of aan de onderhandelingstafel wel over **de invulling van het begrip "ernstige verwijtbaarheid" is gesproken.**

Heerts

Heerts verzekert Keulaerds dat er menig uur aan dat onderwerp is gewijd, maar dat sociale partners er simpelweg niet uit zijn gekomen. Om die reden is uiteindelijk opgeschreven wat nu in het wetsvoorstel staat.

Guus Heerma van Voss:

Systeem van het nieuwe ontslagrecht

Voordracht Heerma van Voss

Inleiding

Heerma van Voss opent met de opmerking dat het gisteren *Blue Monday* was, de depressiefste dag van het jaar. Hij vreest dat de aanwezigen die hopen vandaag weer wat te worden opgewekt, teleurgesteld zullen worden. Het onderwerp van de dag is immers het wetsvoorstel. Heerma van Voss kondigt aan vooral te zullen spreken over het systeem van het nieuwe ontslagrecht.

De doelstelling van het wetsvoorstel is volgens Heerma van Voss niet slechts een puur juridische herziening. De behoefte aan wijziging moet namelijk primair worden gezien tegen de achtergrond van het functioneren van de arbeidsmarkt. Blijkens rapporten van de OESO heeft de Nederlandse arbeidsmarkt over het geheel gezien weliswaar een gemiddelde flexibiliteit, maar dat komt er anders uit te zien als de gegevens preciezer worden bekeken. Dan stelt de OESO namelijk vast dat, naar verhouding tot andere landen, de arbeidsverhouding van vaste werknemers minder flexibel is dan gemiddeld en die van flexibele arbeidskrachten meer flexibel. De te verwachten ontwikkeling in de komende jaren is dat de werkgelegenheid veel sneller dan vroeger in sommige sectoren daalt en in andere groeit. De hoger opgeleide werknemers zullen van die veranderingen minder last hebben, omdat zij zich gemakkelijker kunnen aanpassen naar een nieuwe functie. De laag opgeleide arbeidskrachten hebben ook nu al een slechte positie. De problemen zullen, zo voorspelt Heerma van Voss, met name toenemen voor de middengroepen die onvoldoende opleiding en aanpassingsvermogen hebben om snel van baan te kunnen veranderen.

Tegen deze achtergrond is het volgens Heerma van Voss begrijpelijk en ook wenselijk dat de regering als doelstelling van het wetsvoorstel voor ogen heeft dat werkzekerheid in de plaats treedt van baanzekerheid. Werkenden zullen hun zekerheid minder moeten **ontlenen aan het idee van een "vaste baan" en meer vertrouwd moeten raken met het idee dat zij hun inzetbaarheid voortdurend op peil moeten houden om te zorgen voor de zekerheid dat zij aan het arbeidsproces kunnen blijven deelnemen.** Voor het ontslagrecht leidt dit tot het adagium: **"Vast moet minder vast en flexibel minder flexibel"**. Het uitgangspunt dat gedurende het arbeidsleven wordt vastgehouden aan het bestaande

dienstverband, de bestaande werkgever en de bestaande sector moet worden verlaten. Een actief scholingsbeleid en zo nodig begeleiding naar ander werk moeten daarvoor in **de plaats komen**. **“Employability” en “flexicurity” zijn daarbij de trefwoorden**. Of dat doel met dit wetsvoorstel wordt gehaald, kan naar het oordeel van Heerma van Voss echter **worden betwijfeld**. **Globaal bekeken, zo stelt hij, blijft “vast” namelijk “vast” met het nieuwe systeem, en wordt “flexibel” iets minder “flexibel”**. Daardoor is het nog maar de vraag of werkgevers in het nieuwe systeem geneigd zullen zijn om meer vaste banen te creëren voor flexibele werknemers. Het zou volgens Heerma van Voss ook kunnen **betekenen dat er niet een verschuiving plaatsvindt van “flex” naar “vast”, maar juist van “flex” naar “meer flex”**. Hij denkt hierbij aan zzp-ers.

Het duale ontslagstelsel

Het wetsvoorstel kan volgens Heerma van Voss worden gezien als een **“stroomlijning van het duale ontslagstelsel”**. Er blijft sprake van een duaal stelsel, nu (i) beide wegen voor de toetsing van ontslag (UWV en kantonrechter) naast elkaar blijven bestaan, (ii) er sprake blijft van toetsing voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, naast mogelijke toetsing achteraf door de rechter, en (iii) er sprake blijft van een toetsing door zowel een publiekrechtelijke instantie als de burgerlijke rechter. De stroomlijning ziet Heerma van Voss met name in de afstemming van beide preventieve toetsende instanties op elkaar:

- Hun bevoegdheden gaan elkaar uitsluiten;
- Tekortkomingen in de procedures kunnen in het hoger beroep worden hersteld;
- De uitkomsten van de beide procedures worden meer met elkaar in lijn gebracht:
 - ° zowel in de toegepaste criteria als;
 - ° in de hoogte van de vergoedingen.

Heerma van Voss memoreert dat in het advies van de Raad van State is opgemerkt dat met de keuze voor handhaving van een duaal ontslagstelsel met preventief toezicht geen sprake is van een werkelijke hervorming van het ontslagrecht. De regering heeft echter geantwoord deze visie niet te delen, omdat het wetsvoorstel een einde maakt aan het **huidige** duale ontslagstelsel, waarbij de werkgever voor alle gronden voor ontslag zelf kan kiezen welke route hij neemt. In dit opzicht zou het ontslagrecht rechtvaardiger, eenduidiger en eenvoudiger worden. Heerma van Voss leidt hieruit af dat het ontslagrecht dus slechts op één beperkt punt wordt aangepast.

Een nieuwe rechtsfiguur: opzegging met instemming

Het voorgestelde nieuwe ontslagrecht kent een geheel nieuw systeem, waarvan het volgens Heerma van Voss toch wel enige tijd kost om de opzet ervan te doorgronden. Hij denkt dat het beste begrip kan worden verworven als men begint te lezen met het voorgestelde artikel 7:671 BW. Dat artikel beschouwt Heerma van Voss als het kernartikel van het nieuwe ontslagrecht. De betekenis ervan is in feite dat de werkgever op iedere grond de arbeidsovereenkomst kan opzeggen, mits hij daarvoor de instemming van de werknemer verkrijgt. Het wetsvoorstel introduceert daarmee de voor **het arbeidsrecht nieuwe rechtsfiguur van de "opzegging met schriftelijke instemming"**.

Heerma van Voss vraagt zich af wat de betekenis van deze figuur is. De eerste mogelijke invulling die hij ziet is dat de werkgever de instemming van de werknemer vraagt alvorens hij de opzegging doet. Hij denkt echter niet dat veel werknemers op een dergelijke uitnodiging zouden ingaan. Een serieuzere poging zou kunnen zijn dat de werkgever instemming vraagt onder toezegging van een bepaalde vergoeding. De werknemer zou dan kunnen instemmen, maar waarschijnlijker is dat partijen tot een onderhandeling komen. Daarmee komt de figuur van de opzegging met instemming echter dicht aan te liggen tegen de beëindigingsovereenkomst en voegt daar niets aan toe. Om die reden heeft Heerma van Voss de indruk dat het kabinet een tweede mogelijke invulling voor ogen heeft, waarbij de werkgever eerst daadwerkelijk opzegt en de werknemer vervolgens zou kunnen beslissen of hij daarmee instemt. Heerma van Voss wijst er daarbij op dat de opzegging tot het moment van instemming volgens de **voorgestelde wettekst "niet rechtsgeldig" is. Deze woorden hebben echter weinig** praktische betekenis, nu het niet de bedoeling is een dergelijke opzegging nietig te laten zijn. Het enige gevolg is namelijk dat de werknemer de kantonrechter kan verzoeken de opzegging te vernietigen. Geeft de werknemer daarentegen zijn instemming, dan is de opzegging niet meer in strijd met artikel 7:671 BW en vervalt daarmee de mogelijkheid om de kantonrechter op die grond om vernietiging te verzoeken.

Wat is nu het verschil met de beëindigingsovereenkomst? In dat geval, zo stelt Heerma van Voss, is de volgorde aldus: de werkgever doet een voorstel voor een beëindigingsovereenkomst en de werknemer aanvaardt (al dan niet na onderhandeling) het voorstel. Nu is er sprake van een tweezijdige rechtshandeling. Bij de opzegging met instemming is er sprake van twee eenzijdige rechtshandelingen met hetzelfde resultaat. Heerma van Voss vraagt zich dan ook af wat het voordeel is van het invoeren van de nieuwe figuur. Gedacht zou kunnen worden dat het aantrekkelijk is voor de werkgever om te kiezen voor de opzegging, omdat hij dan de voorwaarden eenzijdig kan bepalen. Dan maakt hij

zich echter wel afhankelijk van de vraag of de werknemer met die voorwaarden instemt. In veel gevallen zal hierover een discussie ontstaan, die weer leidt tot onderhandelingen. Het resultaat daarvan zal, zodra dit afwijkt van de oorspronkelijke opzegging, volgens Heerma van Voss toch de figuur krijgen van een beëindigingsovereenkomst. Dan liggen er evenwel twee grondslagen voor beëindiging naast elkaar: de oorspronkelijke opzegging en de later tot stand gekomen beëindigingsovereenkomst, hetgeen kan leiden tot onduidelijkheid over wat nu de geldige grondslag voor de beëindiging is. Hiermee wordt het er volgens Heerma van Voss niet eenvoudiger op. Hij vraagt zich hardop af of de wetgever nu het fatsoenlijk onderhandelen tussen de partijen bevordert of dat zij werkgevers juist aanmoedigt om het eerst eens eenzijdig te proberen in de hoop dat de werknemer zo dom is daarmee in te stemmen.

Op beide beslissingen (het sluiten van een beëindigingsovereenkomst en het instemmen met een opzegging), zo vervolgt Heerma van Voss, kan de werknemer binnen 14 dagen terugkomen. In het kader van de vereenvoudiging van het ontslagrecht is dat in twee aparte, maar vrijwel identieke bepalingen terug te vinden (artikel 7:670b respectievelijk 671 lid 2 BW). Ook om deze reden verdient het volgens Heerma van Voss aanbeveling dat de werkgever wel degelijk eerst probeert om met de werknemer op serieuze wijze tot overeenstemming te komen. Het eenvoudigste lijkt hem om het resultaat van die onderhandelingen neer te leggen in een beëindigingsovereenkomst.

Interessant is volgens Heerma van Voss dat indien de werknemer zijn instemming herroept, de opzegging op grond van de wet geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden (artikel 7:671 lid 3 BW). Letterlijk genomen, brengt dat mee dat de werknemer bijvoorbeeld bij opzegging aan het eind van de proeftijd op tactische gronden zou kunnen instemmen met die opzegging om vervolgens deze instemming weer te herroepen binnen 14 dagen, maar na het verstrijken van de proeftijd. Daardoor wordt de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden en kan deze vervolgens ook niet meer binnen de proeftijd alsnog plaatsvinden. Heerma van Voss neemt niet aan dat dit de bedoeling is van de opsteller van deze bepaling, maar dan had de bepaling beter anders kunnen worden geformuleerd.

De intrekking van het BBA 1945

Na de bespreking van de nieuwe rechtsfiguur van de "opzegging met instemming", richt Heerma van Voss zijn pijlen op de intrekking van het BBA. Met de verhuizing van de relevante bepalingen uit dat besluit naar het BW, wordt een publiekrechtelijke procedure ingevoerd in het BW. In 1975 was dit, zo brengt Heerma van Voss in herinnering, nog

een reden voor het parlement om een herziening van het ontslagrecht tegen te houden. Voor een beoefenaar van het arbeidsrecht is dit evenwel **wellicht niet zo'n vreemde** figuur, omdat in dat vakgebied publiek- en privaatrecht regelmatig door elkaar lopen.

Artikel 7:671 BW noemt een aantal gevallen waarin een opzegging rechtsgeldig kan zijn zonder *instemming* van de werknemer. In dit kader benadrukt Heerma van Voss het **belang van een juiste terminologie. "Instemming van de werknemer" en "toestemming van het UWV" moeten goed uit elkaar worden gehouden. Het betreffen twee totaal verschillende zaken.** Dan komt Heerma van Voss toe aan de uitzonderingen van artikel 7:671 BW. Het gaat om de opzegging:

- met toestemming van het UWV (artikel 7:671a BW);
- gedurende de proeftijd;
- bij een dringende reden (artikel 7:677 lid 1 BW);
- bij werk in het huishouden van een natuurlijke persoon op minder dan vier dagen per week;
- van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder van een nv of bv; of
- tegen of na de pensioenleeftijd (artikel 7:669 lid 3 BW).

Afgezien van het eerste punt, gaat het in feite om de gevallen waarin nu voor opzegging geen toestemming van het UWV nodig is. De uitzonderingen van artikel 7:671 BW zijn eigenlijk de voortzetting van de uitzonderingen die in het BBA waren voorzien. Alleen bij de laatste grond is dat anders: toestemming van het UWV is momenteel ook nodig bij opzegging tegen of na de pensioengerechtigde leeftijd (hoewel het UWV in dat geval wel een lichtere toets toepast). Bij deze groep komt dus de rechtsbescherming van de voorafgaande toetsing te vervallen. Terzijde vraagt Heerma van Voss zich af of dit wel past in het beleid om langer doorwerken te bevorderen.

Met de intrekking van het BBA komt een aantal aspecten hiervan te vervallen. Heerma van Voss benoemt er twee. De eerste is dat de uitbreiding van de werkingssfeer van het BBA tot personen buiten de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst wegvalt. De regering zegt hierover dat deze uitbreiding in de praktijk niet veel wordt toegepast. Heerma van Vos brengt hier echter tegen in dat het wetsvoorstel de positie van flexibele arbeidskrachten beoogt te beschermen en dat die nu juist door deze uitbreiding werden beschermd.

Het tweede aspect dat Heerma van Voss benoemt, is dat de uitzondering voor onderwijsgeevenden en van personen werkzaam in geestelijke ambten komt te vervallen. Voor deze groepen werknemers wordt toetsing door het UWV juist voor het eerst ingevoerd. Nu deze toetsing in het voorstel vooral de economische ontslagen zal betreffen, zou dat volgens de regering geen grote wijziging in de praktijk hoeven te betekenen. Met de grootschaligheid van het tegenwoordige onderwijs en het inkrimpen van de kerken betwijfelt Heerma van Voss dit echter. Daarnaast wijst hij erop dat het vereiste van toestemming van het UWV voor deze werkgevers voortaan ook gaat gelden voor langdurig zieken en dat de kantonrechter aangezocht moet worden als er om een andere reden wordt ontslagen. Ook voor deze beroepsgroepen is volgens Heerma van Voss dus wel degelijk sprake van een complicatie van het ontslagrecht.

Opzeggronden

Lukt het niet om het eens te worden over de opzegging, dan blijft preventieve toetsing van een beëindiging net zoals vroeger gewoon aan de orde. In grote lijnen wordt de bevoegdheidsverdeling aldus, dat

- het UWV bevoegd is bij bedrijfseconomisch ontslag en arbeidsongeschiktheidsontslag na twee jaar ziekte (artikel 7:669 lid 2 onder a en b BW); en
- de kantonrechter bevoegd is bij de overige individuele ontslaggronden (artikel 7:669 lid 2 onder c t/m h BW).

De redelijke gronden worden beschreven in artikel 7:669 BW. Heerma van Voss vindt het in dat verband merkwaardig dat dit artikel voor alle gronden spreekt van **“opzegging”, terwijl in de meeste gevallen ontbinding nodig zal zijn. Dat heeft echter te maken met het reeds behandelde systeem van de wet, dat in artikel 7:671 BW uitgaat van opzegging met instemming van de werknemer.** De opsteller van de bepaling heeft volgens Heerma van Voss echter niet goed doordacht dat in dat systeem opzegging met instemming in feite op elke grond kan plaatsvinden, ook gronden die niet worden genoemd in artikel 7:669 lid 2 BW. Wat dit betreft wordt het systeem naar het oordeel van Heerma van Voss wel erg gecompliceerd gemaakt, terwijl het ook niet aansluit bij hoe mensen de nieuwe wet zullen lezen. In de huidige formulering wekt artikel 7:669 BW namelijk de indruk dat de werkgever op alle acht genoemde gronden kan opzeggen, terwijl dat als puntje bij paaltje komt eigenlijk slechts in de eerste twee van de acht gevallen kan.

Als hoofdgrond noemt artikel 7:669 BW de eis dat er een redelijke grond voor opzegging moet bestaan en dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of in de rede ligt. In het tweede lid noemt het artikel vervolgens een achttal gronden die als redelijke grond worden verstaan. Deze opsomming is, zo leidt Heerma van Voss uit de Memorie van Toelichting af, limitatief bedoeld. Om die reden kan volgens hem worden afgevraagd wat het nut nog is van de algemene formule uit het eerste lid.

Heerma van Voss merkt op dat de gronden in artikel 7:669 BW zijn geformuleerd op een manier die past bij het Ontslagbesluit: aan de ene kant is het een vage formulering, terwijl aan de andere kant ook wordt geprobeerd heel strikt aan te geven wat wel en niet naar voren moet worden gebracht. Daarbij lijkt grond h naar de tekst een restgrond, maar de bedoeling lijkt niet dat deze grond ook als zodanig wordt gebruikt. Een beroep op die grond kan niet worden gedaan voor een reden die raakt aan gronden a t/m g, maar waar het betreffende geval net niet onder valt. Het moet een volledig nieuwe grond betreffen.

Voormelde wijze van formuleren was in het Ontslagbesluit volgens Heerma van Voss begrijpelijk. Dat besluit was immers geschreven voor ambtenaren die strak moesten worden gehouden en niet te veel eigen beleidsruimte moesten krijgen. In het nieuwe systeem zijn de regels evenwel bedoeld voor kantonrechters. Die worden dus aan een strak regime gebonden, oorspronkelijk bedoeld voor het UWV, en zullen daarbinnen moeten zoeken naar de flexibiliteit waar de kantonrechter vroeger zo bekend om was. Heerma van Voss vraagt zich af of de arbeidsmarkt hier nu mee gediend is.

Hier komt volgens Heerma van Voss nog bij dat de minister zijn bevoegdheid behoudt om de ontslagvolgorde voor te schrijven (artikel 7:669 lid 4 onder b BW). Hij krijgt de indruk dat de kantonrechter door de ontwerper van het wetsvoorstel wordt gezien als een ambtenaar van het UWV. Dat houdt in dat de minister bevoegd is kantonrechters voor te schrijven wat ze moeten doen en dat ze zo weinig mogelijk vrijheid krijgen om naar eigen inzicht recht te spreken. De mogelijkheid om de ontbindingsprocedure te gebruiken als noodluik wanneer het ontslagrecht te knellend is, wordt hiermee afgesloten. Dat betekent naar de verwachting van Heerma van Voss dat knelpunten zich vaker zullen gaan voordoen. Werkgevers zouden zich dan genoodzaakt kunnen zien om toch met beëindigingsovereenkomsten te gaan werken, hetgeen ook kan in het kader van een ontbindingsprocedure. De kantonrechter zou dan een schikking kunnen nastreven met een hogere vergoeding dan hij volgens de wet mag opleggen, met als

sanctie dat hij eventueel de ontbinding kan weigeren. Het bij werkgevers levende idee dat ontslag in het nieuwe stelsel veel goedkoper wordt, zal zich volgens Heerma van Voss nog moeten bewijzen.

Preventieve ontslagprocedures

De procedure voor het UWV wordt geregeld bij ministeriële regeling en op dat punt verandert volgens Heerma van Voss niet zo veel. Voor de kantonrechter is de procedure geregeld in het nieuwe artikel 7:671b BW. Heerma van Vos wijst erop dat deze procedure niet alleen geldt bij de gronden genoemd onder c t/m h in artikel 669 lid 2 BW, maar ook indien:

- a. de toestemming door het UWV (artikel 7:671a* BW) is geweigerd, of
- b. er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd.

Aandacht verdient volgens Heerma van Voss de mogelijkheid om bij CAO van de procedure bij het UWV af te wijken. De oorspronkelijke gedachte achter deze mogelijkheid was dat via deze constructie de CAO-partijen het ontslagrecht in eigen hand zouden kunnen nemen. Het huidige voorstel heeft daar in zijn visie evenwel weinig mee te maken. De mogelijkheid is immers beperkt tot de grond van bedrijfseconomische ontslag, hetgeen wellicht een onbedoeld gevolg heeft. De werkgever die onder een dergelijke CAO valt, krijgt namelijk te maken met drie verschillende instanties:

- de CAO-commissie voor bedrijfseconomische ontslagen;
- het UWV voor langdurig zieken;
- de kantonrechter voor de overige zaken.

Heerma van Voss meent dat dan niet meer kan worden gesproken van een duaal stelsel. Het is, zo stelt hij, zelfs een drievoudig stelsel geworden. Hij heeft er een naam voor bedacht: **weg is 'via' in het Latijn en drie is 'tri' in het Grieks, dus we zouden volgens Heerma van Voss in de toekomst kunnen spreken van het 'triviale ontslagstelsel'.**

Opzegverboden

Het laatste onderwerp waar Heerma van Voss aandacht aan schenkt, zijn de opzegverboden. In dat kader merkt hij op dat de bestaande opzegverboden van artikel 7:670 BW worden gehandhaafd. Alleen de opzegverboden waarbij voorafgaande

toestemming van de kantonrechter nodig was (artikel 7:670a BW), zijn omgezet in reguliere opzegverboden. Dit ziet Heerma van Voss echter als een verbetering.

Van belang vindt Heerma van Voss verder dat de kantonrechter een verzoek tot ontbinding in beginsel slechts kan inwilligen indien er geen opzegverboden gelden (artikel 671b lid 2 BW). Maar dat kan weer wel als het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben (artikel 7:671b lid 6 BW). Daarover kan, zo stelt Heerma van Voss, weer veel worden geprocedeerd.

De uitzonderingen op de opzegverboden worden verplaatst naar artikel 7:670a BW en blijven inhoudelijk ongeveer gelijk. Er is volgens Heerma van Voss echter wel één interessant punt op te merken. Bij bedrijfseconomische ontslagen, waarvoor toestemming nodig is van het UWV, kan volgens de voorgestelde wettekst voor OR-leden ontbinding aan de kantonrechter worden gevraagd. Voor zieke werknemers kan dit evenwel niet. Dit betekent dus dat bij bedrijfseconomische ontslagen, behoudens het geval van een sluiting van een gehele onderneming of onderdeel daarvan, zieke werknemers niet meer voor ontslag in aanmerking kunnen komen.

Conclusie

Concluderend merkt Heerma van Voss op dat doorgronding van het wetsvoorstel behoorlijk lastig is. Hij refereert aan de column van Duk in TRA, waarin Duk wijst op de ontwerpers van het ontslagrecht van 100 jaar geleden (Drucker) en van 60 jaar geleden (Levenbach). Heerma van Voss vindt het opmerkelijk dat destijds vooraanstaande hoogleraren de leiding kregen bij het herzien van de voor juristen en leken zo belangrijke ontslagrecht, hetgeen heeft geleid tot civielrechtelijk hoogstaand werk, terwijl men het ontwerpen van de wet in ons tijdsgewricht heeft overgelaten aan een kleine groep ambtenaren die onder hoge tijdsdruk een moeizaam bereikt compromis van de sociale partners moesten vertalen in wetgeving. Het resultaat is een slecht leesbare wettekst, die vol zit met dubieuze constructies en die door zijn technische benadering met vele verwijzingen uiterst ontoegankelijk is geworden.

Kan dit nog hersteld worden? Heerma van Voss denkt dat dit ten dele mogelijk is. Maar dan zou de periode van een jaar die ligt tussen de invoering van het deel van de wet over flexibele arbeidsrelaties (1 juli 2014) en de invoering van het nieuwe ontslagrecht (1 juli 2015) moeten worden benut om reparatiewetgeving tot stand te brengen. En er zou deskundige inbreng van buiten het departement bij moeten worden gehaald om dit nieuwe ontslagrecht ten minste een juridisch aanvaardbare vorm te geven.

Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht

De leden Grapperhaus, Boontje en Even krijgen de gelegenheid op het betoog van Heerma van Voss te reageren.

Grapperhaus

De eerste reactie op de voordracht van Heerma van Voss is afkomstig van Grapperhaus. Hij geeft het publiek aan een recensie te zullen geven van de belangrijkste "wasmiddelenclaim" van het wetsvoorstel. Deze claim luidt: *"De aanpassingen van het ontslagrecht in het wetsvoorstel maken het eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar en bieden ook meer baanmobiliteit."*

Wat betreft het punt van de eenvoud, stelt Grapperhaus dat heeft Heerma van Voss al een voortreffelijke eerste aanzet heeft gegeven. Kijkend naar de bijdragen van de hoogleraren die nog aan bod zullen komen, denkt Grapperhaus dat hij er rustig op kan anticiperen dat zij zullen aantonen dat dit wetsvoorstel in het brengen van eenvoud volstrekt niet slaagt. Ter aanvulling wijst Grapperhaus op het zijns inziens merkwaardige feit dat volgens de voorgestelde wettekst een werkgever die een werknemer wegens ernstig verwijtbaar gedrag wil ontslaan, eerst moet kijken of deze werknemer niet kan worden herplaatst of omgeschoold.

Dan geeft Grapperhaus aandacht aan het punt baanmobiliteit. Hij raadt het publiek in dat kader aan de CPB-notitie eens goed te lezen. Daaruit blijkt namelijk dat de bescherming van de vaste werknemer gelijk blijft en dat de flex-contracten nauwelijks wat opschieten. Het CPB signaleert dan ook dat het uiterst twijfelachtig is of het wetsvoorstel de baanzekerheid van mensen met een minder goede arbeidsmarktpositie verbetert. Dat wordt volgens Grapperhaus nog eens versterkt doordat de Raad van State erop heeft gewezen dat de regering niet echt met flankerend beleid komt. Het ontslagrecht levert, zo heeft de vorige voorzitter van het CPB Grapperhaus naar eigen zeggen ooit uitgelegd, slechts een kleine bijdrage aan het creëren van banen, hetgeen Grapperhaus ook logisch voorkomt. Zoals Pennings in zijn artikel in TRA terecht signaleert, is het activeringsgedeelte dat in flankerend beleid thuishoort in het wetsvoorstel volgens Grapperhaus nauwelijks aanwezig. Hij verwacht dan ook niet dat baanmobiliteit met het wetsvoorstel zal verbeteren.

Eerlijker wordt het ontslagrecht naar de mening van Grapperhaus evenmin. Zoals Heerma van Voss al heeft gezegd moet vast minder vast worden en flexibel minder

flexibel. En dat gebeurt met het wetsvoorstel volgens Grapperhaus niet. Hij vraagt zich sterk af of met dit wetsvoorstel mensen nu een reële kans krijgen op doorstroming van flexibel naar vast.

Als laatste bespreekt Grapperhaus het punt van de (juridische) kosten. In dat kader biedt het wetsvoorstel geen enkel bewijs van de stelling dat deze zullen dalen. Grapperhaus verwijst naar een artikel van Bij de Vaate in het NJB, waarin zij het Duitse systeem bespreekt. In Duitsland is eigenlijk een soort *nuisance value*-praktijk ontstaan. Werkgevers doen er volgens Grapperhaus verstandig aan nog eens goed na te rekenen of het nieuwe systeem echt wel goedkoper wordt.

Aan het slot adviseert Grapperhaus de zaal het rapport van de Nationale Ombudsman uit 2007 over de UWV-procedure en met name diens reactiebrief uit 2008 op het verweer van het UWV eens goed te lezen. Daarin wordt namelijk overtuigend aangetoond dat de UWV-procedure oneerlijk verloopt. Om die reden ergert Grapperhaus zich eraan dat de UWV-procedure niet alleen behouden blijft, maar zelfs in het BW wordt verankerd. Al met al vindt Grapperhaus dat het wetsvoorstel zijn eigen doelstellingen niet lijkt te bereiken en te veel uitgaat van onbewezen stellingen.

Boontje

Boontje begint zijn beschouwing met het aanhalen van de stelling van Heerma van Voss dat een herziening van het wetsontwerp zoals dat er nu ligt nodig is voor de eenvoud en toegankelijkheid. Dit is volgens Boontje een *understatement*. Hij loopt daartoe de doelstellingen bij langs:

- ***"Wordt het er eenvoudiger op? Beslist niet!"*** Het nieuwe systeem acht Boontje ongelooflijk complex; het staat bol van verwijzingen die bijna niet te volgen zijn. Het repareren van enkele kreukels in het jaar tussen de inwerkingtreding van het deel van de wet over flexibele arbeidsrelaties (1 juli 2014) en de invoering van het nieuwe ontslagrecht (1 juli 2015) zoals Heerma van Voss dat voorstelt, lijkt Boontje dan ook een onmogelijke opgave.
- ***"Wordt het sneller? Ik denk het niet."*** De bedenkttermijnen kunnen volgens Boontje een repeterend effect hebben. In combinatie met het feit dat procedures kunnen stapelen en dat hoger beroep en cassatie mogelijk worden gemaakt, verwacht Boontje niet dat ontslag met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel sneller wordt.

- **"Wordt het eerlijker?"** Grapperhaus heeft hier volgens Boontje al het een en ander over gezegd. Ter illustratie verwijst Boontje nog naar de ontslaggronden die bij ministeriële regeling gaan worden ingevuld en waarmee de rechter in zijn doen en laten zal worden beperkt.
- En niet alleen daar wordt de rechter volgens Boontje aan banden gelegd, maar ook waar het betreft de vergoeding. In dat verband vindt hij het onbegrijpelijk dat iemand die op een valide grond wordt ontslagen zijn hand op kan houden voor een standaardvergoeding, terwijl de werknemer die op verwijtbare wijze wordt ontslagen dezelfde vergoeding krijgt. Boontje vraagt zich af of zowel Wientjes als Heerts niet van een koude kermis thuis zullen komen, nu rechters naar hij verwacht niet met het nieuwe systeem uit de voeten zullen kunnen: ofwel rechters gaan ontbindingsverzoeken afwijzen omdat de vergoeding ontoereikend is, ofwel partijen gaan terug ondergronds naar schimmige taferelen van onderhandelingen. **"Dus wordt het goedkoper? Ik dacht het niet!"**

Boontje maakt een tweetal slotopmerkingen. De eerste betreft de nieuwe rechtsfiguur van de instemming. Hij vraagt zich af of de instemming (met de mogelijkheid tot herroeping binnen de bedenktijd van 14 dagen) niet als een oneigenlijk onderhandelingsinstrument zal worden ingezet en of deze figuur überhaupt nodig is. Is de kwestie niet afdoende geregeld met de jurisprudentie van de Hoge Raad? En moet **dan niet een soortgelijke regeling gelden voor de ook voorkomende "werknemers-opzeggingen"**? En wat te denken van de mogelijkheid om na de instemming alsnog de kantonrechter om vernietiging te verzoeken? Of is deze mogelijkheid vervallen, zoals Heerma van Voss betoogt?

De tweede slotopmerking van Boontje betreft het parallel lopende initiatiefwetsvoorstel met betrekking tot bevordering van mediation. Doel van dat wetsvoorstel is onder meer dejuridiseren. Zo zal conform het wetsontwerp uit iedere dagvaarding of verzoekschrift moeten blijken dat partijen via mediation hebben gepoogd hun conflict op te lossen dan wel waarom dit niet is gebeurd. Boontje acht het een gemiste kans dat de twee wetsvoorstellen niet beter op elkaar zijn afgestemd.

Even

Even opent zijn betoog met een opsomming van de doelen van het wetsvoorstel en spreekt als verwachting uit dat iedereen deze doelen zal onderschrijven. De vraag is echter of deze doelen met het wetsvoorstel worden bereikt. Even begint in dat kader met een bespreking van de opzeggronden. Deze zijn limitatief opgesomd in de wet; de

enige open grond h is niet bedoeld al te open te zijn. In navolging van Duk vindt Even dit limitatieve karakter met het oog op de flexibiliteit vervelend, maar hij stoort zich met name aan de rigiditeit van die gronden.

Over het algemeen wordt het MKB volgens Even beschouwd als de motor van onze economie. Het is, zo stelt hij, bekend dat het MKB voor ontslag relatief vaak gebruik maakt van de UWV-route. Tevens is bekend dat in zo'n geval zeker niet altijd een vergoeding wordt aangeboden. Gesteld wordt dat het ontslag met het nieuwe stelsel goedkoper wordt. Even vraagt zich af voor wie dit geldt. MKB-ers zullen straks namelijk bij elk ontslag de transitievergoeding moeten betalen. Even vreest dat dit wel eens zand in de motor van de economie kan strooien.

De doelstellingen van het wetsvoorstel lijken volgens Even ook niet altijd logisch op elkaar aan te sluiten. Als voorbeeld noemt hij de CAO-commissie die kan worden ingericht voor bedrijfseconomische ontslagen. Een dergelijke derde instantie maakt het naar het oordeel van Even niet eenvoudiger en leidt evenmin tot eerlijkere procedures. Wellicht brengt het echter wel meer flexibiliteit. Even had graag gezien dat de wetgever zich had uitgelaten over de rangorde van de verschillende doelen die het wetsvoorstel nastreeft.

Reactie vanuit de zaal

Van Zijl (advocaat te Tilburg)

Van Zijl vraagt aan Heerma van Voss of er al iets meer bekend is over de ministeriële regeling die de ontslaggronden moet gaan uitwerken: zijn dat de Beleidsregels Ontslagtaak UWV of wordt dit iets anders?

Heerma van Voss

Heerma van Voss antwoordt dat hem niets concreets bekend is, maar dat hij zich goed kan voorstellen dat daar inderdaad elementen uit de Beleidsregels in terecht komen.

Bassyouni (advocaat te Rotterdam)

De vraag van Bassyouni heeft betrekking op het voorbeeld dat Heerma van Voss in zijn voordracht gaf over de tactische instemming van de werknemer met een opzegging tijdens de proeftijd. De vraag luidt hoe hij dit bedoelt, nu tijdens de proeftijd geen instemming nodig is.

Heerma van Voss

Heerma van Voss geeft Bassyouni gelijk dat instemming volgens de wet tijdens de proeftijd niet vereist is. Hij vraagt zich echter af hoe het zit als deze wel wordt gegeven. Dit is van belang omdat de opzegging volgens de wet komt te vervallen als instemming wordt gegeven en vervolgens wordt ingetrokken.

Hoetink (advocaat te Utrecht)

Hoetink stelt een vraag over het systeem van het nieuwe ontslagrecht. Dat systeem luidt volgens hem aldus, dat de werkgever opzegt en dat de werknemer daar daarna wel of niet mee moet instemmen. De bal ligt dan dus bij de werknemer, die iets negatiefs moet **gaan zeggen, namelijk: "ik stem niet in."** Is het niet een oplossing dat de werknemer direct na het aangaan van de arbeidsovereenkomst alvast schriftelijk verklaart niet met enige, in de toekomst plaats te vinden opzegging in te stemmen?

Heerma van Voss

Heerma van Voss antwoordt het niet helemaal eens te zijn met de stelling dat de bal na een opzegging door de werkgever bij de werknemer zou komen liggen. De werknemer is namelijk niet verplicht van zich te laten horen. Desalniettemin acht Heerma van Voss het niet mogelijk op voorhand al instemming te weigeren.

Willem Bouwens:

Vergoedingen en sancties

In het nieuwe stelsel van ontslagvergoedingen zal een drietal type vergoedingen worden geïntroduceerd:

1. Vergoeding in verband met het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst;
2. Transitievergoeding;
3. Billijke vergoeding.

Deze bovenstaande vergoedingen kunnen cumuleren, bijvoorbeeld in een situatie wanneer de werkgever verwijtbaar ten onrechte overgaat tot ontslag op staande voet en de werknemer niet voor vernietiging van de opzegging kiest. Dit maakt het stelsel van ontslagvergoedingen ingewikkeld. Bouwens bespreekt vervolgens de drie typen vergoedingen.

Ad 1 Vergoeding in verband met het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst.

Het valt Bouwens op dat de vergoeding in verband met het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst in het nieuwe ontslagrecht op een viertal plaatsen wordt geregeld. Ten eerste staat in het nieuwe artikel 7:672 lid 9 en 10 BW dat opzegging zonder **inachtneming van de opzegtermijn leidt tot de verplichting om "gefixeerde schadevergoeding" te betalen. De mogelijkheid tot het vorderen van volledige schadevergoeding vervalft.** De barkeeper die een aanzienlijk deel van zijn inkomen verwerft door fooien van derden zal de schade die hij lijdt als gevolg van het niet in acht nemen van de opzegtermijn dus niet meer volledig kunnen verhalen.

Voorts is een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd, indien sprake is van een ontslag op staande voet wegens een door opzet of schuld aan de wederpartij gegeven dringende reden (artikel 7:677 lid 2 en 5). In artikel 7:677 lid 5 onder b BW is aan de kantonrechter de mogelijkheid geboden om de gefixeerde schadevergoeding op een hoger bedrag te bepalen, indien dit gelet op de omstandigheden billijk voorkomt. Hiermee heeft de wetgever de *Deuss/Holland*-escape in de wet verankerd.

Verder is in artikel 7:677 lid 4 BW geregeld dat de partij die een tussentijds niet opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ten onrechte op staande voet beëindigt, een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is ter hoogte van het loon over

de resterende duur van het contract. Deze bepaling heeft volgens Bouwens geen meerwaarde naast artikel 7:672 lid 9 BW, nu hierin feitelijk hetzelfde is geregeld. Ook de in artikel 7:677 lid 4 BW geboden mogelijkheid tot vernietiging van de opzegging heeft geen toegevoegde waarde, omdat de vernietiging reeds kan worden gevorderd vanwege het gebrek aan toestemming van het UWV dan wel een ontbindingsbeschikking van de kantonrechter. De conclusie van Bouwens is dat artikel 7:677 lid 4 BW kan worden geschrapt.

Ten slotte staat in de artikelen 7:671b lid 9 (verzoek werkgever) en 7:671c lid 3 (verzoek werknemer) BW een mogelijkheid tot het toekennen van gefixeerde schadevergoeding door de kantonrechter bij ontbinding van een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Indien de werkgever ernstig verwijtbaar handelt, kan de kantonrechter ook een hogere vergoeding dan de gefixeerde schadevergoeding toekennen. Hierbij is overigens opmerkelijk dat bij een ontbindingsverzoek van de werknemer enkel **de "gewone gefixeerde schadevergoeding"** kan worden toegekend aan de werkgever als sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werknemer. Bij opzegging door de werknemer van een tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is door de werknemer aan de werkgever een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd. Er is geen reden om die vergoeding niet te laten betalen wanneer ontbinding plaatsvindt op verzoek van de werknemer, bijvoorbeeld omdat hij elders een baan kan accepteren.

Ad 2 Transitievergoeding

Het doel van de transitievergoeding is het bieden van compensatie voor het ontslag en tegelijkertijd de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Met de invoering van de transitievergoeding vervalt de mogelijkheid tot het instellen van een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag. De vergoeding op basis van het huidige gevolgen criterium wordt als het ware geforfaiteerd in de transitievergoeding. De transitievergoeding kan, maar hoeft volgens de Memorie van Toelichting niet te worden gebruikt voor de transitie naar ander werk. Nu de wet ter zake geen voorwaarden stelt, verwacht Bouwens dat de transitievergoeding vooral zal worden gebruikt om de financiële gevolgen van het ontslag te verzachten en **de facto** niet of nauwelijks zal worden ingezet om de transitie naar ander werk te vergemakkelijken. Weliswaar wordt door de regering gestimuleerd om van-werk-naar-werk trajecten en employabilitybevorderende maatregelen te treffen, vooral door de **afwijkingmogelijkheid bij CAO voor "gelijkwaardige voorzieningen"**, maar Bouwens

verwacht dat vakbonden onder druk van hun leden niet snel akkoord zullen gaan met een vermindering van de vergoeding in geld.

In artikel 7:673 en art. 7:673c BW zijn de voorwaarden opgenomen voor het recht op de transitievergoeding:

1. Er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst (bepaalde of onbepaalde tijd) die ten minste 24 maanden heeft geduurd;
2. Deze arbeidsovereenkomst is geëindigd (opgezegd/ontbonden/niet voortgezet)
 - a. Op initiatief van de werkgever, of
 - b. Op initiatief van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever.
3. De transitievergoeding is niet verschuldigd indien:
 - a. De beëindiging geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste 12 uur per week heeft bedragen;
 - b. De beëindiging geschiedt in verband met of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd; of
 - c. Gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.
 - d. Sprake is van insolventie, surseance van betaling of een schuldsaneringsregeling.

Voorts is de wettelijke transitievergoeding op grond van artikel 7:673b BW niet verschuldigd, **indien een "gelijkwaardige voorziening" is opgenomen in de toepasselijke CAO**, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Een gelijkwaardige voorziening is volgens de Memorie van Toelichting een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) die het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding. Volgens Bouwens kan hierbij worden gedacht aan outplacement, vrijstelling van werk om te solliciteren of scholing.

De hoogte van de transitievergoeding is voor elke periode van zes maanden die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, gedurende de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst $\frac{1}{6}$ van het laatstverdiende maandloon (gebaseerd op het huidige loonbegrip in de kantonrechttersformule) en voor iedere zes maanden volgend op de eerste 120 maanden $\frac{1}{4}$ van het maandloon. De afrondingsproblematiek is verleden tijd, omdat pas na het verstrijken van een volledige periode van 6 maanden een nieuwe aanspraak is verworven. Er wordt derhalve niet langer afgerond.

Bouwens is van mening dat de arbeidsmobiliteit van (met name oudere) werknemers niet wordt bevorderd, omdat zij hun aanspraken op de transitievergoeding niet behouden bij een ontslagname. Dit betekent dat er voor oudere werknemers wederom een drempel wordt opgeworpen om hun (lange) dienstverband en daarmee corresponderende hoge transitievergoeding los te laten. Bouwens is van mening dat het beter zou zijn indien de **transitievergoeding in een "transitiefonds" wordt gestort, waarop** de werknemer aanspraak kan blijven maken, ook indien hij van werkgever verandert. Hiermee zou de arbeidsmobiliteit van oudere werknemers met een lang dienstverband daadwerkelijk kunnen worden bevorderd. Voorts is het voordeel van deze oplossing dat de transitievergoeding daadwerkelijk wordt gebruikt voor employabilitybevorderende maatregelen. Hiermee wordt voorkomen dat de transitievergoeding louter wordt ingezet om de financiële gevolgen van het ontslag te compenseren (lees: de hypotheek te betalen).

Bouwens merkt op dat voor oudere werknemers (50 plussers die langer dan 10 jaar in dienst zijn geweest) tot 2020 een overgangsregeling bestaat, namelijk dat voor iedere zes maanden na het 50^{ste} levensjaar een half maandsalaris aan transitievergoeding wordt opgebouwd. Volgens Bouwens is de overgangsregeling zoals opgenomen in artikel 7:673a BW slechte wetgeving. Letterlijk genomen zou de werknemer geen aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding over de jaren doorgebracht voor het 50^{ste} levensjaar. Voorts zou de maximering van de ontslagvergoeding niet van toepassing zijn, gelet op de letterlijke tekst van de wet. Beoogd is (natuurlijk) dat in de jaren voor het 50^{ste} levensjaar de reguliere opbouw van de transitievergoeding wordt gehanteerd en dat het maximum aan ontslagvergoeding ook op oudere werknemers van toepassing is. Het maximum voor de transitievergoeding bedraagt overigens EUR 75.000 of een jaarsalaris (indien het jaarsalaris hoger is dan EUR 75.000). De reden hiervoor is het voorkomen van (te) hoge ontslagkosten.

Hoewel Bouwens het als pluspunt ziet dat het onderscheid in uitkomst tussen de verschillende ontslagroutes verdwijnt, ziet hij het als problematisch dat in het nieuwe stelsel ieder ontslag leidt tot het verschuldigd zijn van een transitievergoeding. Dit betekent in de eerste plaats dat in gevallen waarin de kantonrechter thans de C op minder dan 1 stelt vanwege enige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, straks wel de volledige transitievergoeding verschuldigd is. Het betekent voorts dat een einde komt aan de situatie dat het MKB ontslag via het UWV kan realiseren en daarbij als uitgangspunt geen vergoeding verschuldigd is. Ook het MKB zal in het nieuwe stelsel

bij ieder ontslag een transitievergoeding moeten betalen. Dit leidt tot een aanzienlijke verhoging van de ontslagkosten.

Bouwens merkt vervolgens nog op dat bij nadere regeling te bepalen voorwaarden op de transitievergoeding in mindering kunnen worden gebracht de kosten van maatregelen gericht op voorkomen/beperken van werkloosheid die de werkgever reeds heeft gemaakt voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (te denken valt aan kosten voor scholing of outplacement), maar ook een langere dan de wettelijke opzegtermijn kan hieronder worden geschaard. Bouwens is van mening dat ook de door de werkgever aangeboden cursussen die door de werknemer om hem moverende redenen niet zijn gevolgd, op de transitievergoeding in mindering zouden moeten worden gebracht. Anders zou de werknemer beloond worden voor het niet inzetten op zijn employability. Hij ziet voorts aanleiding ook een redelijk deel van de bijdragen van werkgevers aan O&O-fondsen op de transitievergoeding in mindering te brengen.

Ten slotte merkt Bouwens op dat de transitievergoeding ruimte laat om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst (of bij een vaststellingsovereenkomst) een ruimere vergoeding overeen te komen. Mede gelet op het arrest *Blakborn* stelt Bouwens zich op het standpunt dat deze contractueel overeengekomen vergoeding volledig verschuldigd is naast de transitievergoeding, tenzij nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hij wijst er wel op dat artikel XXII het mogelijk maakt ten aanzien van vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (collectief of individueel) overeengekomen ontslagvergoedingen in mindering te brengen op de transitievergoeding.

Ad 3 Billijke vergoeding

Bouwens vangt aan met de constatering dat het begrip "billijke vergoeding" op diverse plaatsen in het wetsvoorstel terugkeert:

- Artikel 7:681 BW: opzegging in strijd met artikel 7:671 BW – zonder de vereiste instemming van de werknemer – in strijd met een bijzonder opzegverbod of in strijd met de wederindiensttreddingsvoorwaarden;
- Artikel 7:682 lid 1 BW: opzegging na toestemming UWV of ernstig verwijtbaar;
- Artikel 7:682 lid 2 BW: bij opzegging huishoudelijk dienstverlener werkzaam op minder dan 4 dagen per week in strijd met artikel 7:669 BW;
- Artikel 7:682 lid 3 BW: opzegging statutair bestuurder in strijd met artikel 7:669 BW of als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen;

- Artikel 7:682 lid 4 en 5 BW: na ontbinding op bedrijfseconomische gronden bij strijd met wederindiensttredingsvoorwaarden;
- Artikel 7:671b lid 8 sub c BW: ontbinding op verzoek van werkgever als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever;
- Artikel 7:671c lid 2 sub b BW: ontbinding op verzoek van de werknemer bij ernstig verwijtbaar bedrag van de werkgever;
- Artikel 7:673 lid 9 BW: niet voortzetten bepaalde tijd contract als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Bouwens merkt op dat de wet als voorwaarde voor het toekennen van een billijke vergoeding vaak stelt dat sprake is van **“ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” van de werkgever. Het is echter niet duidelijk wat onder het begrip “ernstige verwijtbaarheid” moet worden verstaan.** De bedoeling van de wetgever is dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de **werkgever. De regering spreekt van een “muizengaatje”.** De Memorie van Toelichting noemt weliswaar diverse voorbeelden van verwijtbaar gedrag van de werkgever – waarbij het grofweg gaat om gevallen waarin sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever (discriminatie, intimidatie, schending re-integratieverplichtingen, valse beschuldigingen) – maar de reikwijdte van dit begrip is vooralsnog onvoldoende duidelijk. De regering lijkt in de stukken soms ten onrechte aan te nemen dat steeds ernstig verwijtbaar gedrag moet worden aangenomen wanneer sprake is van een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Dat is onjuist. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is verwijtbaarheid geen voorwaarde voor een ontslag op staande voet (*Nutricia/Van D.*).

Bouwens heeft grote bedenkingen bij het door de regering voorgestelde systeem waarin de billijke vergoeding enkel kan worden toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen en nalaten, omdat hiermee de mogelijkheid aan de kantonrechter wordt onthouden om naar eigen inzicht te beslissen dat partijen beter uit elkaar kunnen gaan zonder dat een van hen een verwijt treft en dit vervolgens vertaalt in een hogere vergoeding voor de werknemer. Omdat in de transitievergoeding geen rekening wordt gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval en de mogelijkheid dat als gevolg van een ontslagprocedure een onwerkbaar situatie ontstaat, zullen, naar de mening van Bouwens kantonrechters eerder tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever concluderen dan door de regering wordt beoogd.

Ten slotte merkt Bouwens op dat onduidelijk is hoe de billijke vergoeding dient te worden berekend. In de Memorie van Toelichting staat dat het aan de rechter is om de hoogte daarvan te bepalen. Deze hoogte moet naar het oordeel van de regering aansluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dat betekent volgens de regering dat criteria als loon en lengte van het dienstverband, die nu onderdeel uitmaken van de kantonrechtersformule, hierbij geen rol *hoeven* te spelen. Uitgesloten wordt dit evenwel niet. Bouwens meent dat de billijke vergoeding gerelateerd moet worden aan de na het toekennen van de transitievergoeding resterende gevolgen van het verlies van de dienstbetrekking, nu het in de gevallen waarin de wet in de mogelijkheid van een dergelijke vergoeding voorziet als regel gaat om situaties waarin de arbeidsovereenkomst niet beëindigd had mogen worden, maar continuering niet mogelijk is door verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht

De leden Charbon, Houweling en Van der Kind krijgen de gelegenheid op het betoog van Bouwens te reageren.

Charbon

Charbon geeft aan dat de onslagvergoeding het *piece de résistance* van het wetsvoorstel is, nu het in de onslagpraktijk doorgaans uitsluitend gaat over de vraag onder welke financiële voorwaarden partijen uit elkaar gaan. Volgens Charbon is het **belangrijk hoe ver in de praktijk uiteindelijk het "muizengaatje"** – welk woord naar haar mening overigens niet snel genoeg de wereld uit kan en mag worden vervangen door het woord **"ruimte"** – zal worden opgerekt. De rol van de (kanton)rechter is hierbij cruciaal. Charbon verwijst naar de bijdrage van Kruit in TAP en sluit zich aan bij diens conclusie **dat de kantonrechters waarschijnlijk tot een ruimere uitleg van het begrip "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten" zullen overgaan dan de regering heeft beoogd, nu kantonrechters recht willen doen aan de omstandigheden van het geval en werkgevers die zich verwijtbaar (doch niet ernstig verwijtbaar) opstellen niet willen belonen met een beëindiging onder enkele toekenning van de transitievergoeding aan de werknemer.**

Houweling

Houweling geeft aan dat het verwoorden van kritiek op de plannen van de regering eenvoudiger is dan het formuleren van reële alternatieven, maar hij complimenteert de Raad van State met het advies dat zij heeft gegeven en de daarin voorgestelde wijzigingen ten aanzien van de vergoedingen.

Houweling vraagt zich af of artikel 7:673a BW – de uitzondering voor oudere werknemers – wellicht anders zou moeten worden geformuleerd, omdat uit de huidige bepaling niet blijkt dat de grens van EUR 75.000 of een jaarsalaris ook op de oudere werknemer van toepassing is.

Voorts stelt Houweling de vraag wat precies het karakter van de transitievergoeding is. Indien de transitievergoeding een incentive moet zijn voor scholing en employability, dan zou in de wet ook de verplichting moeten worden opgenomen dat de werknemer de transitievergoeding hiervoor gebruikt. Daarnaast wijst Houweling op de fiscale consequenties. Indien de transitievergoeding wordt uitbetaald als reguliere ontslagvergoeding, dan zal hierover belasting moeten worden betaald, maar indien de transitievergoeding aangewend wordt voor scholing en andere employability-bevorderende maatregelen, dan zou wellicht ter stimulering van het gebruik van de transitievergoeding voor deze doeleinden, fiscale vrijstelling kunnen worden opgenomen.

Van der Kind

Van der Kind stelt zich op het standpunt dat het muizengaatje toch echt beperkt dient te worden uitgelegd. Op dit punt is hij het dus niet eens met Charbon en Kruit. Hij betwijfelt dat rechters de - duidelijke - bedoeling van de wetgever ten aanzien van het muizengaatje zullen negeren. Van der Kind merkt op dat het mooi zou zijn als de vandaag aanwezige rechters hier iets over willen zeggen, al dan niet op persoonlijke titel.

Van der Kind is overigens positief over het gelijkschakelen van de uitkomst van de ontslagvergoeding voor de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure en over het recht op een transitievergoeding bij het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wel kan over de uitwerking van dat recht (waarom pas bij 24 maanden?) worden gediscussieerd. Van der Kind vindt dus dat niet alle onderdelen van het wetsvoorstel negatief beoordeeld moeten worden. Deze punten zijn zeker vooruitgang.

Reactie vanuit de zaal

Naar aanleiding van de voordracht van Bouwens en de reflectie van Charbon, Houweling en Van der Kind krijgt de zaal de gelegenheid te reageren.

De Laat (kantonrechter te Utrecht)

Op persoonlijke titel zegt De Laat dat hij van mening is dat het muizengaatje door de wetgever beperkt is geformuleerd en dat de rechter wel gebonden is aan hetgeen de wetgever heeft bepaald. Oprekking van het muizengaatje zal niet eenvoudig zijn, doch **De Laat ziet mogelijkheden indien op andere "kennelijk onredelijk ontslag-gronden"** dan het gevolgcriterium een beroep wordt gedaan. In de Memorie van Toelichting staat immers dat enkel het gevolgcriterium is verdisconteerd in de transitievergoeding.

Staal (kantonrechter te Maastricht)

Staal merkt op dat rechters waarschijnlijk zullen overgaan tot meer afwijzingen van het ontbindingsverzoek. Dit is een trend die momenteel al is waar te nemen.

Ulrici (kantonrechter te Amsterdam)

Ook Ulrici geeft aan dat het beoogde systeem waarschijnlijk zal leiden tot meer afwijzingen van het ontbindingsverzoek. Zij heeft hier echter grote bedenkingen bij, omdat hiermee een arbeidsrelatie in stand wordt gelaten waarvan op voorhand duidelijk is dat het tussen partijen niet meer tot een vruchtbare samenwerking zal komen.

Bos (advocaat te Amsterdam)

Bos stelt de vraag of een vooraf overeengekomen ontslagvergoeding als **"arbeidsvoorwaarde"** in de CAO wellicht een enorme vlucht zal krijgen door de relatief lage transitievergoeding en de beperkte mogelijkheid om hierop een aanvullende vergoeding te verkrijgen.

Bouwens

Bouwens geeft in zijn antwoord aan dat het niet uitnodigend is geformuleerd om vooraf afwijkende afspraken ten aanzien van de transitievergoeding te maken, maar dat wellicht in de af te sluiten **CAO's afwijkende en aanvullende bepalingen ten aanzien van de ontslagvergoeding** zullen worden opgenomen. Bouwens verwacht echter dat vakbonden niet snel akkoord zullen gaan met een vergoeding anders dan in geld, omdat de leden van de vakbond voorkeur hebben voor een financiële vergoeding boven andere in natura te betalen vergoedingscomponenten. Naar aanleiding hiervan stelt Bouwens nogmaals dat hij een voorstander is van het onderbrengen van de transitievergoeding in **een "transitiefonds", waaruit enkel employabilitybevorderende maatregelen** kunnen worden voldaan. Tot slot merkt Bouwens op dat het muizengaatje wellicht klein is, maar dat daarbinnen veel ruimte bestaat voor de rechter om de hoogte van de vergoeding vast te stellen, nu hierover weinig door de wetgever is bepaald.

Swart (advocaat te Eindhoven)

Swart vraagt of maatregelen voor scholing fiscaal anders worden belast dan de huidige ontslagvergoeding.

Houweling

Houweling antwoordt dat de transitievergoeding conform de huidige wetgeving niet wordt belast tijdens de arbeidsovereenkomst, maar wel erna. Er is momenteel nog niets afgesproken over alternatieve fiscale voorzieningen, ondanks dat dit voornemen wel in het Sociaal Akkoord staat verwoord. Op dit moment gelden echter geen afwijkende fiscale regelingen voor het uitbetalen van een transitievergoeding.

Evert Verhulp:

Arbeidsrechtelijke thema's

Voordracht Verhulp

Flexibele arbeidskrachten

Verhulp opent zijn verhaal met een verwijzing naar de weergave van de arbeidsmarkt op pagina 3 van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel. Die weergave stelt de zaken wat hem betreft wat al te simpel voor, hoewel er toch ook wel aspecten in zitten die kloppen. Wat je namelijk wil, zo stelt Verhulp, is zorgen dat mensen van werk naar werk gaan. En dat doel illustreert de eenvoudige weergave volgens Verhulp wel fraai. Naar zijn mening ontbreekt er in de illustratie echter een kolom, namelijk die van de zzp-er (hij plaatst deze op zijn PowerPoint-sheet helemaal aan de rechterzijde). Het wetsvoorstel bevordert volgens Verhulp zeker de werk-naar-werk-trajecten, alleen meent hij dat de stand van de economie meer bepalend is voor de werkgelegenheid dan deze trajecten. Dit brengt Verhulp meteen tot zijn eerste stelling: ***"Een van de gevolgen van de Wet Werk en Zekerheid zal zijn dat het aantal zzp-ers toeneemt."***

Deze stelling ligt Verhulp toe door erop te wijzen dat zzp-ers in het huidige stelsel onder de ontslagbescherming van het BBA vallen. Dit komt echter te vervallen. Verhulp verwacht dat naarmate het gebruik van de arbeidsovereenkomst belastender wordt, mensen gaan zoeken naar **escapes**. Dit geldt zowel voor de werknemer, die zal merken dat een deel van de banen op de arbeidsmarkt niet meer met een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, als voor de werkgever, die zal merken dat arbeidsovereenkomsten, met name die voor bepaalde tijd, een aantal extra belastingen zullen krijgen (overigens deels door de Wet BEZAVA). De rechtspositie van zzp-ers wordt met dit wetsvoorstel volgens Verhulp niet verbeterd. De regering stelt in de Memorie van Toelichting weliswaar dat er een actieplan aanpak schijnconstructies zal worden ingevoerd, maar Verhulp betwijfelt de effectiviteit daarvan, nu vele zzp-ers geen schijnzelfstandigen, maar echte zelfstandigen zijn. Verhulp vreest derhalve dat de betere bescherming van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zal leiden tot een vlucht naar zzp-schap.

Ook een vlucht naar payroll-constructies ziet Verhulp als een mogelijke consequentie van het wetsvoorstel. Volgens de Memorie van Toelichting geldt bij ontslag van payrollwerknemers weliswaar de regeling van de inlener, maar dit geldt niet voor andersoortige regelingen, zoals wachtgeldregelingen en pensioen. Payroll blijft volgens

Verhulp ook in de toekomst daarom een aantrekkelijke uitweg voor werkgevers, hoewel er in de rechtspraak wel steeds vaker doorheen lijkt te worden geprikt: kantonrechters nemen dan een arbeidsovereenkomst met de inlener aan. Deze laatste ontwikkeling juicht Verhulp van harte toe.

Maar hoe zit het dan met uitzendbureaus? Verhulp merkt op dat hij lange tijd heeft gedacht dat het uitzendwezen één van de belangrijkste beïnvloeders van de sociale economische verhoudingen in Nederland was, maar dat het zeer de vraag is of dit wetsvoorstel dat nu bewijst. Er wordt namelijk een aantal beperkende wijzigingen voorgesteld. Zo wordt de mogelijkheid loondoorbetaling uit te sluiten beperkt tot 26 weken, bij CAO maximaal te verlengen tot 78 weken. Hetzelfde geldt voor het uitzendbeding. Daarnaast wordt de ketenregeling aangescherpt doordat deze al na 78 weken ingaat. Verhulp vraagt zich desalniettemin af of er niet ook onder de nieuwe regeling een permanente schil van uitzendkrachten kan blijven bestaan. Hij denkt dat dit wel kan, maar dan door een mogelijkheid die tot op heden nog maar weinig wordt benut, namelijk door het bij CAO uitsluiten van het opvolgend werkgeverschap. Thans maakt artikel 7:668a lid 5 BW dit mogelijk. Weliswaar wordt dit artikellid drastisch gewijzigd, doch voor de uitzendovereenkomst wordt deze mogelijkheid behouden door de introductie van artikel 7:691 lid 8 BW. De gedachte dat het wetsvoorstel de schil uitzendkrachten verkleint, waagt Verhulp dan ook te betwijfelen.

Vervolgens gaat Verhulp over tot een artikelsgewijze bespreking van aanpassingen die worden voorgesteld ter verbetering van de positie van flexibele arbeidskrachten.

Loondoorbetaling

Hij begint met de loondoorbetalingsregeling van artikelen 7:627 en 628 BW. In dat kader **wijst hij er allereerst op dat de hoofdregel "geen arbeid, geen loon" komt te vervallen**, waardoor het uitgangspunt eigenlijk wordt dat de werkgever loon moet doorbetalen, **tenzij... Voor de eerste zes maanden kan hier, net als thans, bij overeenkomst van worden afgeweken**. Daarna mag dat alleen nog bij CAO en slechts **"voor functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben"**. Verhulp zegt lang te hebben nagedacht welke functies dit zou kunnen betreffen, maar is niet verder gekomen dan de ook al in de Memorie van Toelichting genoemde invalkracht en de uitzendkracht. Een verdere uitzondering is op verzoek van de STAR mogelijk bij AMvB. Een dergelijk verzoek is reeds gedaan voor de zorg. De meest praktische consequentie van deze wijzigingen is volgens Verhulp dat bij CAO niet langer geregeld kan worden dat een werknemer die geschorst is geen recht heeft op loon.

De proeftijd

Het tweede onderwerp dat Verhulp behandelt is de proeftijd. De wettelijke regeling daarvan wordt iets veranderd. Voortaan kan geen proeftijd meer worden afgesloten bij contracten van minder dan zes maanden. Verhulp vindt dit echter geen slechte ontwikkeling. Vanwege de korte proeftijd die in Nederland geldt, worden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd thans reeds vaak als proeftijd gebruikt. Het is dan niet nodig in een dergelijk contract ook nog eens een proeftijd op te nemen. Een andere wijziging is dat het ***Van Tuinen***-arrest (over de invulling van het begrip 'opvolgend werkgeverschap') wordt gecodificeerd.

Het concurrentiebeding

Als derde bespreekt Verhulp het concurrentiebeding. Deze kunnen onder het wetsvoorstel nog slechts worden afgesloten bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd en niet meer bij contracten voor bepaalde tijd, tenzij ***"uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen"***. Verhulp wijst erop dat de term ***"zwaarwegend bedrijfsbelang"*** ook voorkomt in artikel 2 lid 5 WAA. Blijkens de rechtspraak is echter slechts zelden aan dit criterium voldaan. Verhulp werpt dan ook de vraag op of dit voor het concurrentiebeding ook zal gelden. Hij meent van niet, nu het een totaal ander toetsingskader betreft. Verhulp waarschuwt er in dit kader nog voor dat bij het ontbreken van een motivering of bij een ondeugdelijke motivering het concurrentiebeding geheel nietig is. Partiële nietigheid is niet mogelijk.

Een tweede wijziging is dat een concurrentiebeding onder het nieuwe recht pas komt te vervallen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, terwijl dit onder het huidige regime het geval is als de werkgever schadeplichtig opzegt. Verhulp denkt dat de nieuwe toets een strengere is.

Ragetlie

Ook de Ragetlie-regel wordt aangepast. Er wordt een uitzondering gemaakt voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die eindigen vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Daarmee wordt het langer doorwerken volgens Verhulp bevorderd, hoewel nog wel moet worden gelet op de ketenregeling. Doordat die regeling wel van toepassing is, kan dit doorwerken hooguit twee jaar duren. Daarna ontstaat immers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De aanzegplicht

De aanpassing van de artikelen 7:668 en 668a BW noemt Verhulp het *piece de résistance*. Deze artikelen moeten de doorgeschoten "flex" aan banden leggen. Artikel 7:668 introduceert in dit verband een aanzegplicht voor het einde van rechtswege van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, behalve bij contracten van korter dan zes maanden. Dit aanzeggen houdt in dat de werkgever uiterlijk een maand voor het verstrijken van de duur van de arbeidsovereenkomst moet zeggen wat hij wil doen. Op het moment dat hij dat niet doet en de arbeidsovereenkomst toch laat eindigen, wordt de werkgever schadeplichtig. De werkgever moet dan het loon over de periode van de te late aanzegging op de bankrekening van de werknemer storten. Deze regeling draagt volgens Verhulp bij aan het tegengaan van de onzekerheid waar een werknemer vaak in verkeert. In de praktijk laten veel werkgevers immers pas een dag van tevoren weten dat ze een contract niet zullen verlengen, uit angst dat de werknemer bij een eerdere aanzegging niet meer gemotiveerd zal zijn. De consequentie van een dergelijk late aanzegging is echter dat de werknemer zich niet heeft kunnen voorbereiden op het zoeken naar ander werk. Met de nieuwe aanzegregeling krijgt de werknemer in tijdelijke dienst in ieder geval een maand de tijd om zich voor te bereiden op het toetreden tot de arbeidsmarkt. Dit is weliswaar niet erg lang, maar het dwingt werkgevers naar het oordeel van Verhulp wel iets beter na te denken over het al dan niet verlengen van bepaalde tijd contracten en tot zorgvuldiger handelen.

Vergoeding

Verhulp wijst er in dit verband nog op dat de regeling van de transitievergoeding geen overgangsrecht kent. Dit brengt mee dat bij het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst waarvan het einde na 1 juli 2015 valt en die ten minste 24 maanden heeft geduurd, de transitievergoeding verschuldigd is. Advocaten zullen daar in hun advisering nu al rekening mee moeten houden. Uitzonderingen op de verschuldigdheid van de transitievergoeding betreffen de jongere (<18 jaar) die minder dan 12 uur per week werkt, de pensioengerechtigde, en de werknemer die ernstig verwijtbaar handelt. Dit laatste geldt ingevolge artikel 7:673 lid 9 BW ook voor de werkgever. De werkgever die een arbeidsovereenkomst ernstig verwijtbaar niet voortzet, is – ook indien de arbeidsovereenkomst korter dan 24 maanden heeft geduurd – een billijke vergoeding verschuldigd. Dit is iets wezenlijks nieuws. Ook dit versterkt de positie van de werknemer in tijdelijke dienst naar de mening van Verhulp zeker.

De ketenregeling

Dan de ketenregeling. Die is nu 3 x 3 x 3 en wordt 3 x 2 x 6, waarbij geldt dat maximaal drie contracten mogen worden aangeboden, dat die contracten maximaal twee jaar mogen duren en dat er doorgeteld wordt bij contracten die elkaar binnen zes maanden opvolgen. Over deze verlenging van de onderbrekingsregel merkt Verhulp op dat hij heeft nagezocht waar de termijn van zes maanden vandaan komt, maar dat hij niets heeft gevonden. Ten tijde van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is over de destijds gekozen driemaandstermijn niets anders opgemerkt dan dat deze door sociale partners zo is gekozen en dat elke termijn verder toch arbitrair is. Drie maanden leek in ieder geval lang genoeg om misbruik tegen te gaan. Inmiddels weten we volgens Verhulp echter beter en rijst de vraag of zes maanden wél voldoende lang zal zijn. Verhulp meent van wel, maar houdt nog een slag om de arm.

Bij CAO kan van de 3 x 2 x 6-regel worden afgeweken, maar slechts zeer beperkt. Dit kan alleen maar als de intrinsieke aard van de werkzaamheden dit vereist, hetgeen in de CAO zal moeten worden gemotiveerd. Zelfs dan kan het aantal contracten hooguit op zes worden gesteld en mag de totale duur van de contracten hooguit worden verlengd tot 48 maanden. Tot slot kan de Minister nog bij AMvB van de ketenregeling afwijken, hetgeen hij voornemens is te doen voor voetbal.

Een uitzondering op de ketenregeling geldt voor jongeren onder de 18 die minder dan 12 uur per week werken. Verhulp voegt eraan toe dat zij, nu ze ook geen aanspraak kunnen maken op de transitievergoeding, eigenlijk overal van zijn uitgesloten. De reden daarvoor is volgens hem gelegen in het feit dat zij aan een leerplicht gebonden zijn en daardoor niet in staat zijn om langer dan 12 uur per week te werken. Dit is een **redenering waarvan Verhulp stelt dat hij deze op z'n minst begrijpt. Of de redenering ook juist is weet hij zo net nog niet.**

Het overgangsrecht

Dan het overgangsrecht. Meestal is dat een ongelooflijk ingewikkeld onderwerp, maar dit keer is het volgens Verhulp tamelijk eenvoudig gehouden. Ingevolge artikel XXIII lid 1 blijven de oude artikelen 7:628 (leden 5 t/m 7), 7:652, 7:653 en 7:691 BW van toepassing op contracten die zijn gesloten voor de inwerkingtreding van de wet. Pas bij het aangaan van een nieuw contract is het nieuwe regime van toepassing. Voor CAO-afwijkingen is de regeling van artikel XXIII lid 2 ontworpen. **CAO's waarin** is afgeweken van artikel 7:628, 7:668a of 7:691 BW blijven na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid van toepassing, met een maximum van 18 maanden. CAO-partijen hebben

daarmee 18 maanden de tijd om hun CAO's aan het nieuwe regime aan te passen. Wat betreft de aanzegplicht heeft de wet directe werking, behalve voor contracten die binnen één maand na inwerkingtreding ervan aflopen. De leden 4 en 5 van artikel XXIII geven tot slot een regeling voor het geval een arbeidsovereenkomst die voor inwerkingtreding van de wet is geëindigd meer dan drie maanden na het einde wordt opgevolgd door een nieuw contract. De keten wordt dan als onderbroken beschouwd als de laatste arbeidsovereenkomst is gesloten voor de inwerkingtreding van de wet. Als de laatste arbeidsovereenkomst wordt gesloten na inwerkingtreding van de wet wordt de keten alleen als onderbroken beschouwd als de onderbreking meer dan zes maanden heeft geduurd. De overgangswetgeving is met dit alles redelijk eenvoudig gehouden, hetgeen Verhulp een verdienste vindt.

De statutair bestuurder

Na de bespreking van de nieuwe regels voor flexibele arbeidskrachten, richt Verhulp zich op de statutair bestuurder. Voor deze werknemer wordt allereerst een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat opzeggen slechts kan met zijn instemming. Een tweede punt waar Verhulp op wijst is dat voor statutair bestuurders bij CAO onbeperkt kan worden afgeweken van de ketenregeling. Hij vraagt zich echter af welke bestuurder nu onder de reikwijdte van een CAO valt. Momenteel zal dit er niet één zijn, maar dat kan in het kader van de voorgestelde wetgeving wel eens veranderen. Verhulp vermoedt dat hier wel eens achter kan zitten dat de bestuurder dan ook gelijk onder het beloningsbeleid uit de CAO kan worden gebracht. FNV heeft immers al eerder gepleit voor het brengen van de bedrijfstop onder de CAO.

Verhulp poneert als stelling dat een arbeidsongeschikte bestuurder met de nieuwe wetgeving niet kan worden ontslagen zonder zijn instemming gedurende een reorganisatie. Het systeem van de wet is dat voor bedrijfseconomische gronden moet worden opgezegd met toestemming van het UWV. De gang naar de kantonrechter is geblokkeerd. Vanwege de ziekte van de bestuurder geldt gedurende twee jaar evenwel een opzegverbod. Ergo: ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden is onmogelijk. Dit punt dient volgens Verhulp nog te worden geadresseerd en dan liever zelfs voor alle werknemers.

CAO-recht

Het laatste onderwerp dat Verhulp behandelt, is het CAO-recht. Dit rechtsgebied zal volgens Verhulp onder het nieuwe recht aanzienlijk belangrijker worden, waardoor de rol van sociale partners in het ontslagrecht wordt uitgebreid. Dit is naar het oordeel van

Verhulp problematisch, omdat het CAO-recht nog een aantal vraagpunten kent waarop nog geen antwoord bestaat. Op welke punten wordt het ontslagrecht nog meer dan het al was van driekwart dwingend recht?

- Artikel 7:669 lid 5 BW: ontslagvolgorde bij het vervallen van arbeidsplaatsen;
- Artikel 7:670 lid 14 BW: opzegverbod bij militaire dienst;
- Artikel 7:671a leden 2 en 3 BW: de ontslagcommissie die in plaats van UWV mag worden gesteld;
- Artikel 7:673b leden 1 en 2 BW: de transitievergoeding.

Ondanks het feit dat het hier belangrijke onderwerpen betreft, worden nauwelijks inhoudelijke eisen aan de representativiteit van vakbonden gesteld. Hooguit wordt bij enkele bepalingen geëist dat de vakbond langer dan twee jaar bestaat. Verhulp acht dit maar een vage drempel. Weliswaar wordt ermee voorkomen dat snel een vakbond wordt opgericht om van de wet afwijkende bepalingen mee overeen te komen, doch dit doet niets af aan de praktijk waarin bepaalde bonden bijna blind hun handtekening onder een CAO zetten.

Los van het voorgaande, zijn er volgens Verhulp nog enkele vraagpunten die oplossing behoeven. De eerste is de positie van de ongebonden werkgever. Verhulp verdedigt de opvatting dat een dergelijke werkgever niet door incorporatie van een CAO rechtsgeldig van driekwart dwingend recht kan afwijken, zelfs niet als hij wel onder de werkingssfeer van de CAO valt. Hij merkt daarbij wel op dat in de literatuur ook andere opvattingen worden gehuldigd.

Een tweede moeilijkheid die Verhulp aan de orde stelt, betreft de terugwerkende kracht van CAO's. **Deze terugwerkende kracht bemoeilijkt volgens hem de toepassing van het overgangsrecht.** Verhulp geeft het voorbeeld van de werknemer die na 1 juli 2015 een vierde contract krijgt aangeboden. Onder de direct werkende ketenregeling converteert dit contract in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Maar wat nu als met terugwerkende kracht een CAO in werking treedt vóór 1 juli 2015 die toestaat dat zes contracten voor bepaalde tijd worden gesloten? Dan is de consequentie volgens Verhulp dat de arbeidsovereenkomst alsnog wordt geacht te zijn aangegaan voor bepaalde tijd.

Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht

De leden Ploum, De Wolff en Jellinghaus krijgen de gelegenheid op het betoog van Verhulp te reageren.

Ploum

Ploum reageert met een aantal korte opmerkingen, waarvan hij denkt dat ze voor de praktijk handig zijn.

De eerste opmerking betreft de aanzegplicht van artikel 7:668 BW. Ploum voorziet discussie over de vraag of deze aanzegging direct in de arbeidsovereenkomst zelf mag worden opgenomen. Hij zou menen dat dit voortijdig is. Kan het dan wellicht wel bij *side letter*? Ploum kijkt de aanwezige leden van de rechterlijke macht aan en blijft het antwoord schuldig.

De tweede opmerking heeft eveneens betrekking op de aanzegplicht. In de Memorie van Toelichting staat dat deze verplichting ook geldt bij opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Wat heeft te gelden indien een contract van acht maanden twee keer stilzwijgend wordt verlengd? Volgens Ploum is de werkgever na het derde contract – indien dit niet wordt verlengd – in ieder geval een maand loon verschuldigd vanwege het verzaken van de aanzegplicht. Hij vraagt zich echter af of de werkgever niet drie keer een maand moet betalen.

Bij wijze van derde opmerking poneert Ploum de stelling dat de uitzendkracht ook onder de nieuwe wetgeving uitzendkracht blijft. Door middels CAO van de wet af te wijken kan een uitzendkracht namelijk 5,5 jaar op uitzendbasis in dienst worden gehouden. Anderhalf jaar op grond van artikel 7:691 lid 8 sub a BW en vier jaar geclausuleerd op grond van artikel 7:668a lid 5 sub a BW. Ploum vraagt zich hardop af of dit de nieuwe manier wordt van het inzetten van flexwerkers.

Als vierde snijdt Ploum een procesrechtelijke kwestie aan. Een werknemer mag, zo stelt hij, een instemming straks onbeperkt herroepen. Een sluwe advocaat kan zijn cliënt dan instrueren steeds op het laatste moment zijn instemming in te trekken en opnieuw te onderhandelen. Betekent dit nu de terugkeer van de formele ontbinding?

Ten slotte besteedt Ploum aandacht aan het doorwerken na pensioen. In dat verband merkt hij op dat hij zich niet kan voorstellen dat het de wens van partijen bij het Sociaal Akkoord is geweest om dit doorwerken te beperken tot twee jaar. Dat is echter wel wat er gaat gebeuren, nu de **ketenregeling na de pensioengerechtigde leeftijd "gewoon"** werkt.

De Wolff

De Wolff merkt op dat de kloof tussen "flex" en "vast" te groot is en dat het wetsvoorstel in dit verband op een redelijk goede manier iets doet aan de rechtspositie van de bepaalde tijder. Een mankement vindt zij echter dat bij CAO nog steeds kan worden afgeweken van het opvolgend werkgeverschap. Constructies als aan de orde in het *Campina*-arrest, waarin uitzendperiodes werden afgewisseld met rechtstreekse dienstverbanden, blijven daardoor mogelijk.

Een ander kritiekpunt op de ketenregeling is volgens De Wolff ook dat het allemaal ingewikkelder wordt, waardoor gemakkelijk misverstanden kunnen ontstaan:

- Zo ontstaat na 24 maanden geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar raakt de werkgever wel de transitievergoeding verschuldigd.
- Bij een contract voor zes maanden geldt voorts dat **geen** proeftijd mag worden bedongen, maar dat **wel** moet worden aangezegd.
- De onderbrekingsregeling van de ketenregeling gaat volgens het overgangsrecht direct in.
- Tot slot is er een probleem bij de overwerkende jongere (<18 jaar). Overschrijdt hij door het overwerk de twaalf uur per week dan gaat plotseling de ketenregeling gelden.

De Wolff merkt op dat eerder op de dag al de vraag is gesteld of het wetsvoorstel niet leidt tot een toename aan zzp-ers. Deze vraag gaat er steeds van uit dat het zijn van zzp-er iets negatiefs is. Wanneer zzp-ers in de praktijk worden geïnterviewd blijkt volgens De Wolff evenwel dat zij heel tevreden zijn over hun positie en er vaak ook zelf voor hebben gekozen. Zij verdienen per uur meer dan werknemers, maar kosten de werkgever minder. De Wolff verwacht verder niet dat het wetsvoorstel zal leiden tot een toename van zzp-ers. Werkgevers zijn heel wel in staat om na twee jaar te beoordelen of ze iemand in vaste dienst willen nemen of niet. Wel voorziet De Wolff bij dit laatste een probleem door het feit dat de transitievergoeding ook verschuldigd is bij een ontslag na twee jaar ziekte. Zij vindt het vreemd dat de werkgever een transitie van de werknemer moet financieren, terwijl hij al twee jaar lang kosten in dat verband heeft gemaakt.

Jellinghaus

Jellinghaus richt zich, op verzoek van Keulaerds, tot het CAO-recht. Hij meent dat het systeem van het CAO-recht niet verandert behoeft te worden, maar erkent dat er wel

degelijk enkele lastige vraagstukken spelen. Eén daarvan is in hoeverre vakbonden tegenwoordig nog representatief zijn.

Verder is Jellinghaus het met Verhulp eens dat CAO's een belangrijke positie gaan innemen onder het nieuwe recht. Zo mag middels CAO van de UWV-procedure worden afgeweken. Dit schept volgens Jellinghaus niet alleen de mogelijkheid om het anciënniteitsbeginsel opnieuw te introduceren, maar ook om vakbondsleden een betere positie te geven bij bedrijfseconomische ontslagen.

Tot slot signaleert Jellinghaus een nieuw fenomeen, namelijk dat afwijking bij CAO enkel onder bepaalde voorwaarden is toegestaan. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de **transitievergoeding (moet "gelijkwaardig" zijn) en bij de ketenregeling (mag afwijken indien "de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist")**. De vraag of aan de genoemde voorwaarden is voldaan, wordt echter pas achteraf door de rechter getoetst. Het kan daardoor lange tijd onzeker zijn of de betreffende afspraak wel had mogen worden gemaakt.

Bernard Wientjes:

Plussen en minnen van het wetsvoorstel voor de werkgever

Inleiding Keulaerds

Keulaerds introduceert Wientjes door iets te vertellen over zijn loopbaan en te melden dat hij door de Volkskrant voor de vierde achtereenvolgende keer is uitgeroepen tot de meest invloedrijke Nederlander. Daarna citeert Keulaerds uit het Financieele Dagblad van 27 november 2013:

"Volgens Wientjes klagen juristen over het wetsvoorstel omdat 'die leven van procederen over ontslagvergoedingen'. Die vinden het niet leuk dat er veel geschikt gaat worden tussen werkgever en werknemer en een gang naar de rechter wordt gemeden. 'Dat gaat werkgevers € 1 miljard aan advocatenkosten schelen', aldus Wientjes."

Keulaerds merkt op dat hij met het VAAN-bestuur berekeningen heeft gemaakt, die geen van allen tot de genoemde € 1 miljard komen. Graag verneemt hij de herkomst van dit bedrag daarom van Wientjes. Overigens, zo voegt Keulaerds eraan toe, heeft Wientjes zijn stelling in het televisieprogramma WNL Op Zondag van 1 december 2013 in die zin genuanceerd, dat het bedrag van € 1 miljard door zowel werkgevers als werknemers wordt bespaard.

In de Financiële Telegraaf van 11 januari 2014 stond dat Wientjes arbeidsrechtadvocaten tijdens een lezing recentelijk gratis omscholing heeft aangeboden. Keulaerds dankt Wientjes dat hij vandaag aan dat aanbod gevolg geeft door op het Symposium te spreken.

Voordat Wientjes dat doet, wordt een videofragment getoond van het door Keulaerds genoemde optreden van Wientjes in WNL Op Zondag. Ter introductie van dit fragment merkt Keulaerds op dat VAAN geen vakbond is en dat het Symposium dan ook niet is bedoeld om de belangen van de advocatuur te beschermen, maar om gezamenlijk tot een werkbaar en goed ontslagrecht te komen. Om die reden vindt het bestuur van VAAN

dat het fragment relevant is voor een juridisch-technische of rechtspolitieke discussie over het wetsvoorstel.

Voordracht Wientjes

Na vertoning van het fragment uit WNL Op Zondag betreedt Wientjes het podium. Hij opent zijn verhaal met de opmerking dat hij denkt dat VAAN wel degelijk iets van een vakbond weg heeft.

Wientjes kondigt aan dat hij voornemens is iets te zeggen over wat VNO-NCW heeft gedreven bij het sluiten van het Sociaal Akkoord. Hij gaat daarvoor terug naar de tijd van het Regeerakkoord. Dit – **door Wientjes als "dramatisch" bestempelde** – akkoord zou volgens hem nooit door de Eerste en Tweede Kamer zijn gekomen, waardoor één ding zeker was: het kabinet zou niet overleven zonder amendering met een aantal andere akkoorden. Nu zowel de regering als FNV als VNO-NCW dezelfde uitgangspunten hadden – namelijk: geen nieuwe verkiezingen en een gematigde FNV aan de onderhandelingstafel – waren er gemeenschappelijke belangen om tot een alternatief akkoord te komen. De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het Regeerakkoord zijn volgens Wientjes:

- De mogelijkheid om gebruik te blijven maken van flexibele arbeidskrachten blijft bestaan;
- Het quotum van 5% arbeidsgehandicapten is geschrapt;
- De preventieve ontslagtoets blijft behouden;
- De uitzendconstructie blijft gehandhaafd, hetgeen van wezenlijk belang is voor de Nederlandse economie.

Voor Heerts was het belangrijk dat de vakbonden een *revival* zouden krijgen door middel van het versterken van hun invloed met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en ontslagrecht. De vakbonden verkeerden in een crisis en Heerts was er alles aan gelegen om met een goed akkoord de steun voor de vakbonden te herwinnen. In dit licht moest de preventieve toets behouden blijven voor het sluiten van een akkoord. Partijen waren het er echter gauw over eens dat de preventieve toets niet meer afhankelijk mocht zijn van de keuze van de werkgever. Daarom is de route per ontslaggrond vastgelegd.

Uitgangspunt in het nieuwe ontslagrecht is dat de arbeidsovereenkomst door middel van een vaststellingsovereenkomst zal eindigen. Alleen in bijzondere situaties zou een

procedure noodzakelijk moeten zijn waarin eventueel een schadevergoeding **verschuldigd is (het "muizengaatje")**. **Vanwege de forfaitaire transitievergoeding** zal volgens Wientjes weinig onderhandeld worden over de vertrekregeling en dus zijn advocaten hierbij in principe niet nodig. Over de vraag of de transitievergoeding mag worden vervangen door het aanbieden van werk-naar-werk-trajecten zijn partijen nog in gesprek. Voor VNO-NCW is evenwel uitgangspunt dat er geen onduidelijkheid mag ontstaan. De vergoeding moet **ex ante** vast staan, anders worden weer procedures gevoerd.

Volgens Wientjes zal het gebruik van flexibele contracten en zzp-ers afnemen, indien de **(financiële) risico's bij ontslag op voorhand bekend en relatief laag zijn**. De werkgever loopt dus nauwelijks risico in het nieuwe stelsel, zodat geen reden bestaat om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet aan te bieden. Daar komt bij dat de transitievergoeding pas verschuldigd is na een dienstverband van twee jaar. De werkgever heeft dus twee jaar de tijd om te bezien of de werknemer voldoet.

Wientjes vertelt dat door partijen bij het Sociaal Akkoord is gesproken over de vraag wanneer een extra ontslagvergoeding op zijn plaats zou zijn. De afspraak is dat deze extra ontslagvergoeding gereserveerd blijft voor uitzonderlijke situaties (het "muizengaatje"). **Wientjes benadrukt in dit verband wel dat in dergelijke gevallen ook een echte schadevergoeding moet worden toegekend**; er zit dan ook geen wettelijke **cap** op.

Het zou in de visie van Wientjes een regelrecht horrorscenario zijn, wanneer het "muizengaatje" in de praktijk wordt opgerekt. **Daarmee verdwijnt volgens hem namelijk de basis van het Sociaal Akkoord van tafel en ontstaat het risico op nieuwe kantonrechtformules**. Om die reden is door partijen bij het Sociaal Akkoord – vakbonden, werkgevers én kabinet – afgesproken dat de wet opnieuw wordt herzien, **indien het begrip "ernstige verwijtbaarheid" in de praktijk een te ruime betekenis krijgt**. Volgens Wientjes zal het de eerste jaren na invoering van het nieuwe stelsel wellicht nog druk zijn voor de arbeidsrechtadvocaat, maar daarna niet meer, omdat alle criteria zijn uitgekristalliseerd.

Terzijde merkt Wientjes op dat in het Sociaal Akkoord uitdrukkelijk niet is gesproken over doorwerken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en de problematiek rondom loondoorbetaling tijdens ziekte. Hierover worden later aanvullende besprekingen gehouden.

Wientjes sluit af met de € 1 miljard besparing op advocatenkosten. Dit bedrag, zo stelt hij, is niet geheel uit de lucht gegrepen. Uit een onderzoek van Pantheia naar kosten van ontslag, blijkt dat jaarlijks ongeveer € 4 miljard aan ontslagen wordt besteed. Geschat wordt dat 20% daarvan naar advocaten gaat. Naar boven afgerond is dat € 1 miljard. Dit bedrag klinkt bovendien ook gewoon mooier.

Reactie Keulaerds

Keulaerds

Keulaerds geeft aan graag een reactie van Wientjes te willen op een tweetal, met elkaar samenhangende, opmerkingen. De eerste is dat een overgrote meerderheid van de aanwezigen het eens was met de stelling dat het voorgestelde ontslagrecht nog steeds **te complex en ontoegankelijk is. De tweede opmerking heeft betrekking op "het muizengaatje". In dat verband merkt Keulaerds op niet met Wientjes in debat te willen** over de vraag hoe groot dit gat zal worden, nu ook Wientjes dat niet zal kunnen voorspellen. Bovendien heeft Heerts eerder op de dag laten weten dat hij daar niets over mag zeggen, hetgeen Wientjes in reactie bevestigt. Iets anders is echter, zo vervolgt Keulaerds, dat pas aan het muizengaatje wordt toegekomen als de arbeidsovereenkomst eindigt. De vrees van sommigen is nu, dat waar de transitievergoeding zo laag is, er druk zal ontstaan op de werknemer om niet in te stemmen met opzegging en op de kantonrechter om niet te over te gaan tot ontbinding. Waar is nu de versoepeling van het ontslagrecht?

Wientjes

Wientjes vindt dat het voorgestelde systeem heel dicht in de buurt komt van afschaffing van de preventieve toets. Indien het muizengaatje klein blijft en enkel zal worden geopend voor zeer ernstige kwesties (Wientjes noemt als voorbeelden diefstal, discriminatie en seksuele intimidatie), zal nauwelijks worden geprocedeerd over ontslag en zullen werknemers gewoon akkoord gaan met een vaststellingsovereenkomst waarin de transitievergoeding wordt aangeboden. Bij de rechter zal immers toch niet meer te halen zijn. Vanwege dit geringe procesrisico is VNO-NCW ook akkoord gegaan met het invoeren van hoger beroep en cassatie.

Keulaerds

Keulaerds repliceert met de stelling dat het MKB, deel van de achterban van VNO-NCW, **nauwelijks aan dossieropbouw doet en het woord "verbetertraject" vaak niet eens kent.** Zullen zij bij de kantonrechter niet tegen een muur oplopen?

Wientjes

Wientjes vraagt welke muur Keulaerds bedoelt. Wientjes noemt als voorbeeld een winkel waar vier mensen werken. Indien één van deze vier niet functioneert, waarom zou de werkgever dan naar de rechter gaan? Als de werkgever een vergoeding conform de wet aanbiedt, is er volgens Wientjes geen reden voor de werknemer om zich tegen het ontslag te verzetten. Het enkele feit dat er geen dossier ligt en/of er geen verbetertraject is aangeboden, is onvoldoende voor het oordeel kennelijk onredelijk ontslag. Zou dit wel zo zijn, dan is het muizengaatje namelijk te groot en dient er te worden ingegrepen.

Keulaerds

"Wil de kantonrechter medewerking verlenen aan het ontbinden van de arbeidsovereenkomst bij onvoldoende dossier? Hij komt dan aan het 'muizengaatje' niet toe, want hij ontbindt niet. Uw stelling is, zo begrijp ik, afrondend, 'ik denk dat de kantonrechter ook in deze gevallen ontbindt'."

Wientjes

"Eens, zo niet, dan staat in het Sociaal Akkoord dat dan opnieuw de wet aangepast gaat worden, zodat dat wel gebeurt."

Reactie vanuit de zaal

Oberman (advocaat te Eindhoven)

Zijn transitievergoedingen niet een te grote last voor het MKB die nu veelal de gratis route van het UWV kiezen?

Wientjes:

Bij een slechte financiële situatie kan de transitievergoeding niet of op termijn worden betaald. De duidelijkheid die gelegen is in de transitievergoeding heeft een prijs en dat zal het MKB accepteren.

Leonard Verburg:

Eenvoudig of toch complex: nieuwe dualiteiten in perspectief

Voordracht Verburg

Verburg opent zijn voordracht met de mededeling dat een wetsvoorstel in een zo vroeg stadium zelden al zoveel winnaars heeft opgeleverd. De werkgevers zijn blij, omdat de ontslagvergoedingen omlaag gaan en het UWV voor het MKB een vraagbaak blijft; de vakbonden zijn blij, omdat de preventieve ontslagtoets behouden blijft en de ontslagvergoedingen deels ook omhoog gaan; ook de werknemers zijn voor, omdat rechters waarschijnlijk nog jarenlang iets minder snel zullen ontbinden, vanwege het feit dat de transitievergoeding een stuk lager uitvalt dan de huidige formule en de kantonrechter door het hoger beroep de greep kwijt is op de samenhang tussen ontbinding en vergoeding; voor advocaten is het nieuwe ontslagrecht tot slot een *lawyers paradise*, gelet op alle procedurele en inhoudelijke complexiteiten.

Procesrechtelijke problemen

Vervolgens gaat Verburg in op een aantal procesrechtelijke complicaties in het nieuwe ontslagrecht. Ten eerste staat Verburg stil bij de beoogde kanalisatie van de procesgang: artikel 7:686a lid 3 BW. In deze bepaling staat opgenomen dat het de bedoeling van de wetgever is dat de met elkaar samenhangende geschilpunten in één gerechtelijke procedure kunnen worden beslecht. Het gaat om alle mogelijke andere vorderingen die bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst of herstel daarvan kunnen spelen. Hoewel Verburg deze kanalisatie als pluspunt ziet, gelet op de proceseconomie, ziet hij wel problemen met het afwikkelen van de verschillende vorderingen in één verzoekschriftprocedure. Een procedure over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan wellicht minder tijdrovend zijn dan claims gegrond op artikel 7:611 BW, 6:162 BW of wanprestatie. Voorts zullen advocaten beducht moeten zijn op de verkorte vervaltermijn van twee maanden (686a lid 4) die ook geldt voor vorderingen op grond van 7:611/7:658/6:162 BW.

Daarnaast constateert Verburg een probleem op het gebied van het bewijsrecht. Weliswaar is snelheid een te respecteren belang, zeker in een preventief ontslagstelsel, maar nu ook alle aanverwante vorderingen in de verzoekschriftprocedure moeten

worden meegenomen, kan nadere bewijsvoering eveneens geboden zijn. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan immers met veel minder bewijslast gepaard gaan dan een dispuut over de toezegging van een salarisverhoging of de afwikkeling van een jaarbonus onder het Long Term Incentive Plan. Verburg stelt voor om tijdens de mondelinge behandeling een regievoorstel te laten doen door de rechter, waarin de wijze van behandeling van de verschillende vorderingen wordt afgesproken, met daarbij het in acht te nemen bewijsrecht. Dit zal kunnen leiden tot het afgeven van deel- of tussenbeschikkingen, waarbij goed in ogenschouw dient te worden genomen op welk moment eventueel hoger beroep moet worden ingesteld (artikel 358 lid 4 Rv).

Vervolgens geeft Verburg aan dat hij van mening is dat de vervaltermijn van twee maanden wel erg kort is. Hij stelt voor om aan te sluiten bij de appèltermijn van drie maanden. Dit leidt tot eenduidigheid met betrekking tot in acht te nemen termijnen.

Baijings

Ten aanzien van de Baijings-leer geeft Verburg aan dat hij verwacht dat deze problematiek ook in het nieuwe ontslagrecht zal blijven bestaan. Hoewel in de billijke vergoeding in principe de eisen van redelijkheid en billijkheid ten volle tot uitdrukking behoren te komen, zal bij onbekendheid van de rechter met een nieuwe aanspraak in een apart procedure over die andere aanspraak moeten worden geoordeeld. Onder verwijzing naar het arrest **Blakborn** geeft Verburg aan dat de maatstaf vervolgens is of het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de aanspraak door de werknemer wordt verzilverd.

Afbakeningsvraagstukken

Verburg wijst vervolgens nog op de procedurele complicaties die zich kunnen voordoen indien de werknemer de met toestemming van het UWV gedane opzegging achteraf aanvecht door middel van de herstelprocedure van artikel 7:682 BW. Waar het UWV uitgaat van aannemelijkheden, kan in de 682-herstelprocedure door de kantonrechter meer ruimte worden geboden voor bewijslevering. Dit levert een verschil in beoordeling op. De werkgever zal naar alle waarschijnlijkheid dit risico in de herstelprocedure gaan indammen door middel van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Niet alleen geeft de voorwaardelijke ontbindingsprocedure wederom een andere bewijsrechtelijke invulling, ook is het mogelijk om zowel in de herstelprocedure als in de ontbindingsprocedure tot de Hoge Raad door te procederen. Hierdoor ontstaan verschillende ontslagprocedures naast elkaar. Ook met betrekking tot cumulatie van ontslaggronden (UWV of kantonrechter bevoegd?) en "ingebeelde ontslaggronden" is een cumulatie van

verschillende procedures goed mogelijk. Vaste koppeling in het wetsvoorstel tussen ontslaggrond en route verschaft een totaal nieuwe dynamiek aan zet en tegenzet, aldus Verburg.

De werknemers met woonplaats in het buitenland

Verburg wijst daarna op een complicatie met betrekking tot de werknemer die in Nederland werkzaam is, maar in het buitenland woont. Op grond van artikel 20 lid 1 EEX-Verordening is enkel de rechter bevoegd van een lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer woonplaats heeft. Dit betekent dat de Belgische of Duitse rechter bevoegd is, wanneer de werknemer in België of Duitsland woonachtig is. In het huidige systeem is er voor de werkgever altijd **de mogelijkheid van de "Nederlandse"** oplossing via het UWV. Met betrekking tot de ontslaggronden van artikel 7:669 lid 2 sub c t/m h vervalt deze mogelijkheid echter in het nieuwe ontslagstelsel.

Deze internationale procedures verhogen de kosten van juridische bijstand voor het bedrijfsleven aanzienlijk. De vraag is of – met name in de grensstreken – het nieuwe ontslagrecht derhalve tot een reductie van de ontslagkosten zal leiden.

Ontslag op staande voet

Met betrekking tot het ontslag op staande voet merkt Verburg op dat ook in het nieuwe ontslagrecht de voorwaardelijke routes behouden blijven. Sterker nog, naast de voorwaardelijke ontbindingsprocedure, zal ook de voorwaardelijke opzeggingsprocedure mogelijk zijn, gelet op de koppeling van ontslaggrond en route. Met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie zullen ook de voorwaardelijke procedures aan complexiteit winnen.

Een positief punt is volgens Verburg dat de "switch" komt te vervallen, nu de werknemer niet langer zelf buitengerechtelijk kan vernietigen. Weliswaar kan de werknemer nog van mening veranderen, maar dat geschiedt dan onder het toezicht van de rechter in de vernietigingsprocedure en zonder dat de werknemer zelf de knopen mag doorhakken.

Verburg sluit vervolgens aan bij de suggestie die Sagel ook reeds eerder opperde, namelijk om het ontslag op staande voet enkel te reserveren voor extreme gevallen. Gelet op de procedurele moeilijkheden waarin de werkgever terechtkomt bij het ontslag op staande voet, is het verstandig om een ontbindingsprocedure te starten in plaats van de werknemer op staande voet te ontslaan. Hier ontstaat echter wel opnieuw het bewijsprobleem, namelijk dat bij een ontslag op staande voet doorgaans

(getuigen)bewijs noodzakelijk is en de snelheid van de ontbindingsprocedure zich hiervoor niet leent. Verburg herhaalt zijn eerder stelling dat een regiezingting en eventuele fasering van de deelgeschillen een oplossing kan bieden.

Indien de werkgever voorafgaand aan de eindbeschikking over het ernstige verwijt aan de zijde van de werknemer op voorhand reeds de transitievergoeding heeft voldaan, omdat de arbeidsovereenkomst al eerder in een deelbeschikking door de kantonrechter is ontbonden, zal de werknemer de transitievergoeding moeten terugbetalen indien achteraf blijkt dat van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer sprake was. Dit geeft ook bij de ontbindingsprocedure procedurele complicaties, evenals bij het ontslag op staande voet.

Bedenktermijn na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst

Verburg roept de wetgever nadrukkelijk op om de bedenkttermijn na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst te laten vervallen, in elk geval voor de statutair bestuurder. Verburg schetst de situatie dat met een statutair bestuurder een beëindigingsregeling is gesloten, dit met de pers is gecommuniceerd en als koersgevoelige informatie direct openbaar is gemaakt, maar de CEO twee weken later zich alsnog op de bedenkttermijn beroept. Dit is zowel voor het betreffende bedrijf en de beurswaarde daarvan, als voor Nederland een onwenselijke situatie.

Verburg geeft vervolgens aan dat de bedenkttermijn na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst de terugkeer van de formele ontbindingspraktijk zal betekenen. Wie de deal laat afzegenen door een formele ontbinding, is immers verlost van de bedenkttermijn. Hoewel dit voor arbeidsrechtadvocaten werk oplevert, is de vraag of de praktijk hiermee is gediend.

Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht

De leden Vestering en Duk krijgen de gelegenheid op het betoog van Verburg te reageren.

Vestering

Vestering constateert dat het procesrecht in het nieuwe ontslagrecht erg ingewikkeld blijft. Hij doopt de Wet werk en zekerheid voor advocaten om tot de Wet werkzekerheid. Als voorbeeld noemt hij het bewijsrecht, de bedenkttermijn en de cumulatie van ontslaggronden.

Voorts geeft Vestering aan dat bij ontslag op staande voet geen transitievergoeding is verschuldigd, maar dat de werknemer wel een vergoeding aan de werkgever moet voldoen. Verder behoeft de opzegtermijn niet in acht te worden genomen. Indien de werknemer echter een beroep doet op artikel 7:681 BW, bestaat de mogelijkheid dat de opzegging achteraf alsnog wordt vernietigd of dat aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden voldaan. In dit licht merkt Vestering op dat het muizengaatje van de billijke vergoeding bij ontslag op staande voet niet zo klein is. Immers, indien het ontslag op staande voet geen stand houdt, is dat al voldoende aanleiding om een billijke vergoeding toe te kennen.

Daarnaast merkt Vestering op dat de verzoekschriftprocedure over de vernietiging van het ontslag op staande voet lang kan duren in verband met de toepasselijkheid van het bewijsrecht. Indien de werknemer hierop niet kan wachten, zal een kort geding aanhangig worden gemaakt. Daarnaast zal de werkgever een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken op basis van een verstoorde arbeidsrelatie. Hierdoor ontstaat een woud aan procedures.

Tot slot merkt Vestering op dat de vraag is of deze hoeveelheid aan procedures zich in werkelijkheid ook zal voordoen, gelet op het te winnen belang (de relatief lage transitievergoeding). Vestering verwacht dat deze zaken in meerderheid zullen worden geschikt. Enkel bij oudere werknemers met een hoge transitievergoeding en een lange opzegtermijn kunnen de procedures naar aanleiding van het ontslag op staande voet wellicht volledig worden uitgeprocedeerd. De onzekerheid die hiermee gepaard gaat, zal waarschijnlijk een prikkel zijn voor zowel werkgever als werknemer om een vaststellingsovereenkomst te sluiten.

Duk

Duk geeft aan dat binnen het ontslagrecht twee vrijwel onverenigbare doelstellingen met elkaar worden getracht te verenigen. Enerzijds wordt zekerheid gewenst, maar aan de andere kant bestaat de behoefte aan rechtvaardigheid. Deze twee doelstellingen leiden onherroepelijk tot complicaties.

Als voorbeeld noemt Duk de limitatieve opsomming van de ontslaggronden. Duk ziet problemen ontstaan indien een ontslaggrond wordt aangevoerd die niet onder de in de wet opgenomen opsomming vallen. Hij denkt bijvoorbeeld **aan de "up-or-out-grond"**.

Het tweede probleem is de billijke vergoeding. Hoe groot is uiteindelijk het muizengaatje? Volgens Duk moet hiervan weinig worden verwacht, enkel bij ontslag op staande voet is er wat meer mogelijk.

Daarnaast wijst Duk op de problemen met het bewijsrecht. Indien de rechter van geval tot geval zal beslissen over toepasselijkheid van het bewijsrecht, dan zal dit juist tot **hogere beroep en cassatie leiden vanwege het "loterij-gehalte"**. Volgens Duk moet duidelijker worden vastgelegd wanneer het bewijsrecht al dan niet van toepassing is.

Afsluiting

Nadat over de hierna genoemde stellingen elektronisch is gestemd, sluit Keulaerds het Symposium.

Stellingen en uitslagen stemmingen

Tijdens het Symposium is elektronisch gestemd over de door de sprekers ingebrachte stellingen. Hieronder volgt een overzicht van deze stellingen en de uitslag van de stemming door de VAAN-leden.

Stellingen Heerma van Voss

Stelling 1

Niet alleen het huidige duale ontslagstelsel, maar ook het voorgestelde is te complex en ontoegankelijk.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	88%	12%

Stelling 2

Voordat het nieuwe ontslagrecht in werking treedt, dient er nog een deskundige herziening te komen met het oog op eenvoud en toegankelijkheid.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	97%	3%

Stellingen Bouwens

Stelling 1

Omdat in de transitievergoeding geen rekening wordt gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval en de mogelijkheid dat als gevolg van een ontslagprocedure een onwerkbaar situatie ontstaat, zullen de kantonrechters eerder tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever concluderen dan door de regering wordt beoogd.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	55%	45%

Stelling 2

Nu het gaat om gevallen waarin de arbeidsovereenkomst niet beëindigd had mogen worden, maar continuering niet mogelijk is door verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dient de billijke vergoeding gerelateerd te worden aan de (na het toekennen van de transitievergoeding resterende) gevolgen van het verlies van de dienstbetrekking.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	84%	16%

Stellingen Verhulp

Stelling 1

Eén van de gevolgen van de Wet werk en zekerheid zal zijn dat het aantal ZZP-ers toeneemt.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	64%	36%

Stelling 2

Doordat CAO's bijna altijd met terugwerkende kracht in werking treden wordt het overgangsrecht van artikel XXIII lastig toe te passen.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	94%	6%

Stellingen Verburg

Stelling 1

De gewenste kanalisatie van de procesgang (686a lid 3) vraagt om een regie (per geschilpunt geldt een eigen bewijsvoeringdynamiek !) en dus om een **regiebespreking** aan de start.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	90%	10%

Stelling 2

De dualiteit in routes (UWV voor A en B en kantonrechter voor C tot en met H) verplaatst het OSV-circus van voorwaardelijke procedures naar de hoofdstraten van het ontslagrecht.

	Eens	Oneens
VAAN-leden:	77%	23%

Stellingen Keulaerds

Worden met het wetsvoorstel onderstaande negen doelstellingen van het wetsvoorstel (1 tot en met 9) en onderstaande twee doelstellingen van het Sociaal Akkoord (10 en 11) gerealiseerd?

1. Ontslagrecht vereenvoudigen.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	7%	93%

2. Rechtsgelijkheid bij ontslag bevorderen.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	64%	36%

3. Rechtszekerheid bij ontslag bevorderen.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	15%	85%

4. Ontslagvergoeding beperken.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	86%	14%

5. Aanwending van de ontslagvergoeding voor snelle werkhervatting bevorderen.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	5%	95%

6. Rechtspositie van "bepaalde tijders" versterken.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	28%	72%

7. Rechtspositie van werknemers met een arbeidsovereenkomst met wisselende uren versterken.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	21%	79%

8. Doorstroom van flexibele naar vaste arbeid bevorderen.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	12%	88%

9. Langdurige inzet van flexibele arbeid beperken.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	26%	74%

10. Dejuridiseren zonder verlies van kwaliteit.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	4%	96%

11. Een systeem introduceren dat juridisch deugdelijk is.

	Ja	Nee
VAAN-leden:	12%	88%

Gegevens

De sprekers, de leden van de VAAN Werkgroep Ontslagrecht en de schrijvers en eindredactie van het samenvattend verslag van het VAAN Symposium

Sprekers

Prof. mr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens	Hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam
Prof. mr. G.J.J. (Guus) Heerma van Voss	Hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Leiden en Staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State
A.J.M. (Ton) Heerts	Voorzitter FNV
Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds	Advocaat te Den Haag en voorzitter VAAN
Prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg	Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. E. (Evert) Verhulp	Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en plaatsvervangend SER- kroonlid
Mr. B.E.M. (Bernard) Wientjes	Voorzitter Vereniging VNO-NCW

VAAN Werkgroep Ontslagrecht

Mr. P. (Paul) Boontje	Advocaat te Amsterdam
Mr. P.A. (Petra) Charbon	Advocaat te Amsterdam
Prof. mr. R.A.A. (Rogier) Duk	Advocaat te Den Haag en hoogleraar Bijzondere Arbeidsverhoudingen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. Z. (Zef) Even	Advocaat te Rotterdam en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Prof. mr. F. (Ferdinand) Grapperhaus	Advocaat te Amsterdam, hoogleraar (Europees) Arbeidsrecht aan de Universiteit van Maastricht en SER-kroonlid

Prof. mr. A.R. (Ruben) Houweling	Bijzonder hoogleraar Arbeidsrecht, in het bijzonder de grondslagen van een modern arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. S. (Steven) Jellinghaus	Advocaat te Tilburg en Universitair Docent aan de Tilburg University
Mr. O. (Olav) van der Kind	Advocaat te Amsterdam
Mr. R. (Rutger) Ploum	Advocaat te Rotterdam
Mr. P. (Paul) Vestering	Advocaat te Amsterdam
Mr. D. (Diana) de Wolff	Advocaat te Utrecht

Schrijvers samenvattend verslag

Mr. F.M. (Frank) Dekker	Advocaat te Den Haag
Mr. P. (Pascal) Kruit	Advocaat te Rotterdam

Eindredactie samenvattend verslag

Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds	Advocaat te Den Haag en voorzitter VAAN
------------------------------	---

VAAN SYMPOSIUM

WETSVOORSTEL WERK EN ZEKERHEID:

33818 in de praktijk gebracht

PROGRAMMA

- 11:15 - 12:20 uur Registratie en lunch
- 12:20 - 12:40 uur Opening door **Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds**, voorzitter VAAN
- 12.40 - 13.10 uur **A.J.M. (Ton) Heerts**: *Plusen en minnen van het Wetsvoorstel voor de werknemer*
- 13:10 - 13:50 uur **Prof. mr. G.J.J. (Guus) Heerma van Voss**: *Systeem van het nieuwe ontslagrecht en opzeggingsgronden, met aandacht voor het advies van de Raad van State*
- 13:50 - 14:20 uur Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht en deelnemers en stemronde a.d.h.v. stellingen

De VAAN Werkgroep Ontslagrecht bestaat uit:

mr. P. (Paul) Boontje, mr. P.A. (Petra) Charbon, prof.mr. R.A.A. (Rogier) Duk, mr. Z. (Zef) Even, prof.mr. F. (Ferdinand) Grapperhaus, prof.mr. A.R. (Ruben) Houweling, mr. S. (Steven) Jellinghaus, mr. O. (Olav) van der Kind, mr. R. (Rutger) Ploum, mr. P. (Paul) Vestering en mr. D. (Diana) de Wolff

- 14.20 – 15.00 uur **Prof. mr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens**: *Vergoedingen en sancties*
- Transitievergoeding
 - Additionele billijke vergoeding

	<ul style="list-style-type: none"> • Andere vergoedingen • (Andere) sancties bij opzegging • Verkorting WW-duur
15.00 – 15.30 uur	Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht en deelnemers en stemronde a.d.h.v. stellingen
15.30 – 16.00 uur	Pauze
16.00- 16.40 uur	<p>Prof. mr. E. (Evert) Verhulp: <i>Arbeidsrechtelijke themata.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Flexibele arbeidsrelaties, 628, aanzegging bij bepaalde tijd • Het belang van $\frac{3}{4}$ dwingend recht, CAO-Commissie, afwijking van afspiegelingsbeginsel. • Proeftijd- en concurrentiebeding • Statutair directeur en bepaalde tijd
16.40 – 17.10 uur	Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht en deelnemers en stemronde a.d.h.v. stellingen
17.10 – 17.40 uur	Mr. B.E.M. (Bernard) Wientjes: <i>Plussen en minnen van het Wetsvoorstel voor de werkgever</i>
17.40 – 18.20 uur	<p>Prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg: <i>Bewijs- en procesrechtelijke implicaties</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • UWV- en ontbindingsprocedure • Termijnen • Hoger beroep en cassatie • Staande voet perikelen • Bedenktijd bij vaststellingsovereenkomst
18.20 – 18.50 uur	Respons VAAN Werkgroep Ontslagrecht en deelnemers en stemronde a.d.h.v. stellingen
18.50 – 19.00 uur	Afrondende stemronde en slotwoord door Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds
Aansluitend:	Borrel en buffet
20.30 uur	Einde