
88/12

Advies herziening ontslagrecht

SER

Sociaal-
Economische
Raad

Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad (SER) is in 1950 ingesteld bij de Wet op de bedrijfsorganisatie (Wet BO). Hij is representatief samengesteld uit vertegenwoordigers van ondernemers en van werknemers en uit onafhankelijke deskundigen.

De SER is op grond van de Wet BO belast met bestuurlijke en toezichthoudende taken met betrekking tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (produktschappen en bedrijfsschappen). Tot de taken van de SER behoren verder: de regering adviseren over sociale en economische vraagstukken, richting geven aan (nieuwe) ontwikkelingen in het bedrijfsleven (bijvoorbeeld beleidsonderbouwend onderzoek, fusiecode) en uitvoering geven aan bepaalde wetten (zoals de Wet assurantiebemiddeling, de Vestigingswet bedrijven en de Wet op de ondernemingsraden).

De SER wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door vaste en tijdelijke commissies, waarvan sommige onder bepaalde voorwaarden ook zelfstandig werkzaam zijn.

De belangrijkste adviezen die de SER uitbrengt, worden in boekvorm uitgegeven. Zij zijn tegen kostprijs verkrijgbaar. Een overzicht van recente publikaties wordt op aanvraag gratis toegezonden. Het maandelijkse SER-bulletin geeft uitgebreid nieuws en informatie over de SER.

*Dienst In- en Externe Betrekkingen
Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK's-Gravenhage
Telefoon: 070 - 499 499
Telefax: 070 - 832 535
Viditel: *678065#*

Advies herziening ontslagrecht

Advies inzake herziening van het ontslagrecht

Uitgebracht aan de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
en van Justitie

Publikatie nr. 12 — 16 september 1988

ISBN 90-6587-334-1 / CIP

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	5
1.1	De adviesaanvraag	5
1.2	Aanleiding tot de adviesaanvraag	5
1.3	Aanvullende adviesaanvraag	6
2.	Algemene beschouwingen	7
2.1	Totstandkoming en karakter van het advies	7
2.2	Overgangsproblematiek	9
3.	Samenvatting van de voorstellen van de raad	11
4.	Achtergronden en uitwerking van de voorstellen	15
4.1	De toestemmingseis van artikel 6 BBA	15
4.1.1	Huidige regeling	15
4.1.2	Voorstellen van het kabinet	15
4.1.3	Standpunt van de raad	16
4.2	De termijn van opzegging	18
4.2.1	Huidige regeling	18
4.2.2	Voorstellen van het kabinet	20
4.2.3	Standpunt van de raad	20
4.3	De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	24
4.3.1	Huidige regeling	24
4.3.2	Voorstellen van het kabinet	25
4.3.3	Standpunt van de Raad	25
4.4	De proeftijd	28
4.4.1	Huidige regeling	28
4.4.2	Voorstellen van het kabinet	29
4.4.3	Standpunt van de raad	29
4.5	Bijzondere opzeggingsverboden	31
4.5.1	Huidige regeling	31
4.5.2	Voorstellen van het kabinet	32
4.5.3	Standpunt van de raad	33
4.6	Kennelijk onredelijke opzegging	37
4.6.1	Huidige regeling	37
4.6.2	De adviesaanvraag	37
4.6.3	Standpunt van de raad	37
4.7	De reden van de opzegging	38
4.8	De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 1639w BW)	38
4.8.1	Huidige regeling	38
4.8.2	De adviesaanvraag	39
4.8.3	Standpunt van de raad	39
4.9	De Wet melding collectief ontslag	40
4.9.1	Huidige regeling	40
4.9.2	Voorstellen van het kabinet	40
4.9.3	Standpunt van de raad	41
4.10	Matiging van loonvorderingen	41

4.10.1	Huidige regeling	41
4.10.2	Standpunt van de raad	42

Bijlagen:

1	Adviesaanvraag	45
2a	Samenstelling Werkgroep Herziening Ontslagrecht	67
2b	Samenstelling Commissie Arbeidswetgeving	69
3	Schema: opzeggingstermijnen voor de werkgever	71
4	Overzicht wettelijke opzeggingsverboden	73

1. Inleiding

1.1 De adviesaanvraag

Bij brief van 20 maart 1985 hebben de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Justitie zich tot de Sociaal-Economische Raad gericht met het verzoek advies uit te brengen over een aantal voorstellen voor herziening van het ontslagrecht 1).

De voorbereiding van het advies is door het dagelijks bestuur van de raad opgedragen aan de Commissie Arbeidswetgeving, die daarvoor een speciale werkgroep heeft ingesteld 2).

Dit advies is door de raad vastgesteld in zijn vergadering van 16 september 1988. Het verslag van deze vergadering is verkrijgbaar bij het secretariaat van de raad.

1.2 Aanleiding tot de adviesaanvraag

Het ontslagrecht is de laatste jaren regelmatig ter discussie gesteld. Daaraan heeft mede bijgedragen het op 27 juni 1983 uitgebrachte rapport van de door de regering ingestelde Commissie Deregulering in verband met de economische ontwikkeling (commissie-Van der Grinten). Het ontslagrecht werd daarin genoemd als een van de terreinen waarop de regulering zodanige vormen zou hebben aangenomen, dat daardoor knelpunten op de arbeidsmarkt zouden zijn ontstaan.

Naar aanleiding van dat rapport heeft het kabinet vervolgens een onderzoek laten instellen naar dereguleringsmogelijkheden op het terrein van inkomensvorming en arbeidsmarkt; dit onderzoek resulteerde in het rapport Deregulering Inkomensvorming en Arbeidsmarkt (DIA-rapport) van 22 mei 1984.

Een van de belangrijkste conclusies die de commissie-Van der Grinten ten aanzien van het ontslagrecht trok, behelsde de vervanging van de zogenoemde preventieve 'ontslagtoetsing' (door de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau) door een systeem van een rechterlijke repressieve toetsing; de commissie tekende daarbij echter reeds aan dat zulks naar verwachting op zodanige maatschappelijke weerstand zou stuiten, dat zij meende het kabinet als alternatief te moeten aanbevelen een vorm van preventieve toetsing te handhaven, maar daaraan een aantal beperkende voorwaarden te verbinden, met betrekking tot met name de duur van de procedure.

In het DIA-rapport zijn onder andere de wettelijke ontslagbepalingen onderzocht en getoetst op de belemmeringen die uit de regelingen zouden voortvloeien voor de economische ontwikkeling. Bij die toetsing is gezien of 'een aanmerkelijke vermindering van de lasten van de regelingen (zou) zijn te bereiken met (slechts) een beperkte concessie in het doelbereik van de regelingen, die aan de wezenlijke doelstelling daarvan geen afbreuk (zou) doen.'

1) De volledige tekst van de adviesaanvraag (kenmerk: Sociale Zaken en Werkgelegenheid nr. ARBVO/JURA/B/85/04506) is opgenomen als bijlage 1 bij dit advies.

2) Zie voor de samenstelling van deze werkgroep: bijlage 2 bij dit advies.

Tegen deze achtergrond heeft het kabinet voorstellen ontwikkeld voor herziening van het ontslagrecht. De voorstellen zijn niet beperkt tot het systeem van de 'ontslagtoetsing', maar betreffen tevens een groot aantal andere onderdelen van de huidige wettelijke ontslagregelingen. Aan de raad is verzocht om 'een visie te geven over het ontslagrecht, in het bijzonder over de door de regering getrokken conclusies, en daarbij de verschillende voorstellen in hun onderlinge samenhang te bezien.'

Gelet op die onderlinge samenhang heeft de raad de adviesvragende ministers reeds spoedig laten weten niet in te kunnen gaan op het in de adviesaanvraag opgenomen verzoek om versneld afzonderlijk te adviseren over de voorstellen over de proeftijd en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

1.3 Aanvullende adviesaanvraag

Bij brief van 18 februari 1987, later op verzoek vanuit de raad aangevuld bij brief van 21 januari 1988, heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de raad om advies gevraagd over de vraag in hoeverre het in artikel 1639h vijfde lid van het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen opzeggingsverbod wegens vervulling van militaire dienstplicht tevens zou moeten gelden ingeval een werknemer van niet-Nederlandse nationaliteit zijn in Nederland vervulde dienstbetrekking feitelijk onderbreekt teneinde zijn dienstplicht in het land van herkomst te vervullen.

De raad heeft dit onderwerp niet in het onderhavige advies besproken, omdat het hier een specifieke 'eigen' problematiek betreft, en niet zozeer de algemene regeling van de opzeggingsverboden in het BW.

De raad zal zo spoedig mogelijk apart de aanvullende adviesaanvraag beantwoorden.

2. Algemene beschouwing

2.1 Totstandkoming en karakter van het advies

Uit de inleiding bij de adviesaanvraag komt naar voren dat aan de voorstellen van het kabinet drie doelstellingen ten grondslag hebben gelegen:

- deregulering van het complexe ontslagrecht;
- flexibilisering van de arbeidsmarkt, en
- lastenverlichting voor het bedrijfsleven.

Een samenhangende visie op het totale ontslagrecht wordt in de adviesaanvraag niet geformuleerd: de concrete voorstellen van het kabinet zijn geïnspireerd door één of een combinatie van genoemde doelstellingen.

De raad is unaniem van oordeel dat de problematiek van het ontslagrecht aandacht van de wetgever verdient. Het huidige ontslagrecht is complex geworden, zelfs op onderdelen 3). Ook de vaak verwarrende terminologie die in de huidige wetgeving wordt gehanteerd vraagt om herziening 4). Bovendien kan de samenloop van de ontslagbepalingen van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA) met die van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) onder omstandigheden leiden tot een langdurige afwikkeling van 'ontslagen'.

De overwegingen en voorstellen van het kabinet om te komen tot de gewenste herziening hebben binnen de raad geleid tot een uitvoerige en diepgaande gedachtenwisseling, die veel tijd vergde.

De lange duur van die besprekingen in de raad houdt allereerst verband met de complexiteit van het ontslagrecht.

De verschillende onderdelen van het ontslagrecht kunnen nauwelijks los van elkaar worden beschouwd: zij vormen een samenhangend geheel van rechten en verplichtingen voor werkgevers en werknemers, vastgelegd in elkaar beïnvloedende en aanvullende wettelijke bepalingen, cao-afspraken, en schriftelijke en mondelinge individuele arbeidscontracten 5). Dat betekent dat bij een herziening van ontslagregelingen niet alleen aandacht zal moeten worden gegeven aan een evenwichtige verhouding tussen de wettelijke beperkingen in onderling verband, maar ook aan een evenwichtige verhouding tussen de wettelijke beperkingen en contractuele mogelijkheden. Immers, alleen dan kan een geheel van regelingen tot stand komen dat enerzijds recht doet aan de contractsvrijheid van partijen en aan de ruimte die aan sociale partners toekomt om in cao-onderhandelingen de regelingen op de behoeften van de praktijk af te stemmen, en anderzijds aan het algemeen belang dat werknemers in hun arbeidscontractuele positie door wettelijke minimumnormen worden beschermd.

Het tijdsverloop bij de voorbereiding van het advies laat zich echter

3) Bijvoorbeeld: de opzeggingsverboden, die in verschillende wetten en regelingen zijn opgenomen, en verschillend van inhoud, reikwijdte en gevolgen zijn; de regeling van de opzeggingstermijnen in de artikelen 1639h, 1639i en 1639j BW en de artikelen 40 en 239 Faillissementswet, die de hantering van tabellen vraagt om de wettelijke opzeggingstermijn te bepalen.

4) Bijvoorbeeld: het gebruik van de termen 'doen eindigen', 'opzeggen' en 'beëindigen' naast en door elkaar, waardoor niet steeds duidelijk is wat wordt bedoeld, terwijl de rechtsgevolgen kunnen verschillen. Zie hierover onder meer: mevrouw mr. M. Reinsma, 'De opzegging van de arbeidsovereenkomst', Sociaal Maandblad Arbeid 1986, nr. 7/8, pp. 521 tot en met 531.

5) Volledigheidshalve: ook in verordeningen (detailhandel) en in internationale verdragen zijn bepalingen te vinden die rechtstreeks van invloed zijn op het ontslagrecht.

niet alleen verklaren uit de complexiteit van de materie. Bij de besprekingen over de voorstellen van het kabinet manifesteerden zich namelijk uiteenlopende benaderingen van de noodzaak tot herziening van het ontslagrecht.

De ene benadering komt er op neer dat de bestaande complexiteit van het ontslagrecht en de kosten, die met name het gevolg zijn van de langdurige afwikkeling van 'ontslagen', leiden tot een onnodige terughoudendheid bij werkgevers om werknemers in (vaste) dienst te nemen. In die benadering zou een aanmerkelijke versoepeling van het ontslagrecht zoals door het kabinet in de adviesaanvraag wordt voorgesteld, een positief effect hebben op de werkgelegenheid.

In de andere benadering wordt juist benadrukt dat de huidige werkloosheid het belang onderstreept van een adequate bescherming van werknemers tegen en bij een (dreigend) verlies van de dienstbetrekking, terwijl een te sterke versoepeling van het ontslagrecht bovendien zou kunnen leiden tot een 'verdringingseffect' op de arbeidsmarkt, ten gunste van degenen die het zich kunnen permitteren ongunstiger arbeidsvoorwaarden te accepteren en derhalve ten koste van degenen met een zwakkere arbeidsmarktpositie.

Vanuit deze verschillende benaderingen zijn binnen de raad onoverbrugbare verschillen van mening blijven bestaan over de aanvaardbaarheid van de voorstellen van het kabinet, met name over de evenwichtigheid ervan. Juist met het oog op deze verschillen van opvatting heeft de raad gemeend er goed aan te doen te zoeken naar een alternatief pakket van samenhangende wijzigingsvoorstellen dat voor de raad wél unaniem aanvaardbaar is. Dit zoeken heeft veel tijd en inspanning gevergd maar ten slotte is de raad er in geslaagd een pakket van voorstellen te formuleren, dat in zijn geheel beschouwd naar het oordeel van de raad zal leiden tot een werkbare regeling van het ontslagrecht, waarbij bestaande regelingen worden vereenvoudigd met -voor zover mogelijk- behoud van een adequate ontslagbescherming voor werknemers. Tevens bevat het pakket voorstellen tot aanpassing van bepalingen, die in de praktijk voor verbetering of verduidelijking vatbaar zijn gebleken. Het pakket leent zich voor invoering op korte termijn.

Het pakket van voorstellen vertoont in sterke mate de kenmerken van een compromis. Het wordt door de raad gesteund ondanks het besef dat binnen de raad verschillend wordt gedacht over de merites van de diverse onderdelen van het compromis-pakket. Het compromis-karakter betekent dat groeperingen van leden van de raad over en weer bereid zijn om op bepaalde onderdelen hun eigen voorkeuren voor een andere regeling te laten vallen. Dit houdt tevens in dat ieder onderdeel van het pakket moet worden gezien in samenhang met de overige onderdelen; daarom ook zal niet elk voorstel afzonderlijk van een afgewogen motivering worden voorzien. Het compromis-karakter brengt voorts mee dat geen onderdelen uit het pakket kunnen worden gelicht: de samenhang tussen de verschillende voorstellen is voor de raad essentieel voor het evenwicht in het pakket en daarmee voor de aanvaardbaarheid van ieder afzonderlijk onderdeel. De raad hecht er dan ook sterk aan dat het compromis als totaalpakket in wetgeving wordt vastgelegd.

Het compromis wordt hierna, in hoofdstuk 3, zonder nader commentaar gepresenteerd. Hoofdstuk 4 bevat achtergronden en een uitwerking van de verschillende voorstellen.

Het advies behandelt weliswaar een groot aantal onderdelen van het ontslagrecht in hun onderlinge verband, maar het behandelt niet het gehele ontslagrecht. De discussies over het arbeidsovereenkomstenrecht zijn hiermee niet afgerond. Zo vermeldt de memorie van toelichting op de begroting voor 1988 van het departement van Justitie: 'Verwacht mag worden dat in het komende parlementaire jaar het overleg met het georganiseerde bedrijfsleven over het ontwerp tot vaststelling en invoering van titel 7.10 (van het nieuw BW) -de arbeidsovereenkomst- kan worden aangevangen' 6). Mede daarom heeft de raad besloten -hoewel ook andere onderwerpen uitvoerig in de discussies in de raad aan de orde zijn gekomen- deze niet te betrekken in het compromis-pakket, maar ermee te volstaan enkele van die onderwerpen hier te signaleren:

- de verhouding tussen de verschillende overeenkomsten tot het verrichten van arbeid: naast de arbeidsovereenkomst zijn dat de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en de aanneming van werk 7);
- de wenselijkheid van handhaving van het huidige artikel 1639x BW. Dit artikel bepaalt dat de specifieke wettelijke bepalingen over de wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst de algemene civielrechtelijke regeling van de ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie (artikel 1303 BW) onverlet laten;
- de tweezijdigheid van het 'toestemmingsvereiste' voor opzeggingen (dat wil zeggen: op grond van artikel 6 BBA heeft zowel de werkgever als de werknemer toestemming van de directeur GAB nodig om de dienstbetrekking op te zeggen). De raad vestigt de aandacht van de regering op dit vraagpunt, mede in het licht van de recente inwerkingtreding van het derde lid van artikel 19 van de Grondwet 1983; daarin is het recht op een vrije keuze van arbeid vastgelegd 8).

Ten slotte nog een opmerking over de terminologie van de wet. Deze vraagt om herziening, zoals in het begin van dit hoofdstuk reeds is gezegd. De raad doet daarvoor geen concrete voorstellen maar volstaat met het signaleren van de verwarring die de terminologie in de praktijk door onduidelijkheid oproept. De raad zelf zal in dit advies zo consequent mogelijk de term 'opzegging' hanteren voor elke eenzijdige handeling van werkgever of werknemer, gericht op het rechtsgevolg van beëindiging van de dienstbetrekking, ook daár waar in de wet of in het spraakgebruik thans tevens termen als 'ontslag', 'beëindigen' of 'doen eindigen' voorkomen. Waar in dit advies de term 'ontslag' wel wordt gebruikt, moet daaraan een algemenere betekenis worden toegekend 9).

2.2 Overgangsproblematiek

De raad doet in dit advies een groot aantal voorstellen op verschillende terreinen van het ontslagrecht die, indien zij wet worden, zullen leiden tot belangrijke wijzigingen van de bestaande regelingen met betrekking tot onder meer de opzeggingstermijnen, de arbeids-

6) Tweede Kamer zitting 1987-1988, 20 200, hoofdstuk IV, nr. 2, p. 14.

7) Zie de artikelen 1637, 1637a, 1637b, 1637c alsmede de artikelen 1640 tot en met 1653 BW. De vraag laat zich stellen of en zo ja, in hoeverre de ontwikkelingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst niet tevens -op een of andere wijze- een weerslag moeten vinden in de regeling van de beide andere rechtsvormen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de mogelijke rechtsgevolgen van een opeenvolging van twee of meer overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten of twee of meer aannemingen van werk. De grenzen met een arbeidsovereenkomst vervagen dan. Thans bevat de wet daarover alleen ten aanzien van de aanneming van werk een nadere regeling (artikel 1637c BW).

8) Artikel 19, derde lid van de Grondwet 1983 luidt: 'Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld'. Additioneel artikel X van de Grondwet 1983 bepaalde voorts dat het derde lid van artikel 19 eerst begin 1988 in werking zou treden: het is derhalve inmiddels van kracht. De vraag laat zich stellen of en zo ja in hoeverre met name het toestemmingsvereiste van artikel 6 BBA, voor zover dat is gericht tot de werknemer die zijn dienstbetrekking wenst te beëindigen, strijdig moet worden geacht met het grondwettelijke recht op vrije keuze van arbeid.

9) Zie over de terminologie met name: mevrouw mr. M. Reinsma, 'De opzegging van de arbeidsovereenkomst', Sociaal Maandblad Arbeid 1986, nr. 7/8, pp. 521 tot en met 531. Zie ook: noot 4.

overeenkomst voor bepaalde tijd, de proeftijd en de bijzondere opzeggingsverboden.

De raad onderkent dat cao-regelingen over dezelfde onderwerpen geënt zijn op de bestaande wetgeving. De raad acht het de verantwoordelijkheid van cao-partijen te bezien of deze cao-bepalingen na verandering van wetgeving aanpassing behoeven. Wel is de raad van oordeel dat de wet een voorziening moet treffen ter zake van verworven aanspraken met betrekking tot opzeggingstermijnen. Hij doet daarvoor in hoofdstuk 4.2.3 van dit advies een voorstel.

3. Samenvatting van de voorstellen van de raad

De toestemmingseis van artikel 6 BBA

- a. Opzegging van de arbeidsverhouding kan eerst plaatsvinden nadat toestemming van de directeur GAB is verkregen.
- b. Opzegging zonder toestemming is nietig.
- c. Een beroep op nietigheid kan slechts binnen twee maanden na de opzeggingshandeling worden gedaan.
- d. Het vorderingsrecht, voortvloeiende uit het beroep op nietigheid, verjaart na zes maanden.
- e. De directeur GAB oefent zijn taak uit krachtens mandaat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De termijn van opzegging

- a. Slechts tegen het einde van de kalendermaand kan de arbeids-overeenkomst worden opgezegd door de werkgever en door de werknemer, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.
- b. De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt, bij een dienstbetrekking die op de dag van opzegging
 - korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
 - vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
 - tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;
 - vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.
- c. De door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt een maand.
- d. Bij schriftelijke overeenkomst kunnen de opzeggingstermijnen voor werkgever en voor werknemer worden verlengd, met dien verstande dat de door de werknemer in acht te nemen termijn nooit langer kan zijn dan zes maanden en dat de door de werkgever in acht te nemen termijn ten minste het dubbele van de voor de werknemer geldende termijn bedraagt.
- e. De door de werknemer in acht te nemen termijn kan bij schriftelijke overeenkomst worden verkort. De door de werkgever in acht te nemen termijn kan uitsluitend bij collectieve arbeids-overeenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan worden verkort.
- f. In geval van faillissement of surséance van betaling kan de curator respectievelijk de schuldenaar de dienstbetrekking in elk geval opzeggen met inachtneming van de wettelijke termijnen van opzegging.
De door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt in beide gevallen één maand.

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

- a. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechts-

- wege door het verstrijken van de overeengekomen tijd, tenzij opzegging schriftelijk is bedongen.
- b. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die na het verstrijken van de overeengekomen tijd wordt voortgezet dan wel niet tijdig is opgezegd in geval opzegging is vereist, geldt verder als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien partijen niet schriftelijk een voortzetting voor bepaalde tijd zijn overeengekomen.
 - c. Voor beëindiging van een voor bepaalde tijd schriftelijk voortgezette arbeidsovereenkomst is opzegging vereist. Op de beëindiging van zulk een overeenkomst zijn de opzeggingsverboden, waarnaar in artikel 1639h zesde lid BW wordt verwezen, niet van toepassing.
 - d. In afwijking van het onder c. bepaalde is opzegging niet vereist, indien het een eerste voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft, de voortzetting schriftelijk is overeengekomen en de voortzetting zes maanden of minder bedraagt.
 - e. Van een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is sprake, indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen 32 dagen wordt gevolgd door een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
 - f. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of een voortzetting daarvan voor bepaalde tijd, laat onverlet de bevoegdheid van partijen bij schriftelijke overeenkomst te beëindigen dat de overeenkomst tussentijds door opzegging kan eindigen.
 - g. Bij cao of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan van het bepaalde onder a. tot en met f. worden afgeweken.

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, volgend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

- a. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aansluitend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan slechts schriftelijk worden aangegaan. In dat geval is voor beëindiging opzegging vereist, tenzij schriftelijk opzegging is uitgesloten en schriftelijke is overeengekomen dat de voortzetting zes maanden of minder zal duren.
- b. Indien een overeenkomst van zes maanden of minder als bedoeld onder a. wordt voortgezet, is te allen tijde voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst opzegging vereist.
- c. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, binnen 32 dagen volgend op één voor onbepaalde tijd, wordt geacht een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te zijn, waarop de daarvoor geldende bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn.

De proeftijd

- a. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet voorafgegaan door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of bepaalde tijd, kunnen partijen schriftelijk bedingen dat gedurende ten hoogste de eerste twee maanden van de dienstbetrekking een kortere dan de wettelijke opzeggingstermijn geldt, mits voor werkgever en werknemer een gelijke regeling wordt getroffen. Alsdan kan tegen elke dag worden opgezegd. Op een dergelijke opzegging zijn de overige opzeggingsbepa-

lingen (artikelen 6 BBA, 1639h en 1639s BW) niet van toepassing.

- b. Het niet in acht nemen van de onder a. bedoelde opzeggings-termijn leidt uitsluitend tot schadeplichtigheid.
- c. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan van het bepaalde onder a. en b. worden afgeweken, mits de duur van de twee maanden als bedoeld onder sub a. niet wordt overschreden.

Bijzondere opzeggingsverboden

- a. De werkgever kan niet opzeggen:
 - de leden van de ondernemingsraad en de Arbo-commissie;
 - de leden van een vaste of onderdeelcommissie van de ondernemingsraad;
 - de zieke werknemer, tenzij de ziekte twee jaar heeft geduurd;
 - de zwangere werkneemster;
 - de bevallen werkneemster tot en met de twaalfde week na de bevalling, en
 - de werknemer die zijn militaire dienstplicht vervult of andere verplichtingen jegens de overheid ten aanzien van de verdediging van het land of ter bescherming van de openbare orde nakomt.
- b. De werkgever kan zonder voorafgaande toestemming van de kantonrechter niet opzeggen de personen genoemd in artikel 21 derde lid WOR en de functionarissen, genoemd in de Arbowet. De kantonrechter verleent de toestemming slechts indien in voldoende mate aannemelijk is gemaakt, in beginsel door de werkgever, dat de opzegging geen verband houdt met bovengenoemde omstandigheden. Van de beslissing van de kantonrechter staat geen hoger beroep of cassatie open.
- c. Een opzegging in strijd met het onder a. of b. bepaalde is nietig. De nietigheid moet binnen twee maanden na de opzegging door de werknemer worden ingeroepen. Het uit het beroep op de nietigheid voortvloeiende vorderingsrecht verjaart na verloop van zes maanden.
- d. In afwijking van het onder a. en b. bepaalde kan de werkgever de werknemer opzeggen, indien:
 - de werknemer schriftelijk in de beëindiging toestemt;
 - de opzegging wegens een dringende reden geschiedt;
 - de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, beëindigd worden.
- e. De regelingen sub a., b., c. en d. laten onverlet de eventueel vereiste toestemming van de directeur van het GAB.
- f. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan worden afgeweken van het opzeggingsverbod tijdens ziekte of militaire dienst.
- g. De werkgever mag de werknemer niet opzeggen wegens:
 - geslacht, burgerlijke staat of nationaliteit of wegens de omstandigheid dat de werknemer zich beroept op schending van (een van) deze discriminatieverboden;
 - bevalling;
 - het vervullen van een in artikel 1638nn BW bedoelde functie;
 - het enkele feit van de overgang van (een onderdeel van) de onderneming;
 - het lidmaatschap van een vereniging van werknemers, die

krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van de leden als werknemers te behartigen.

- h. Een opzegging in strijd met het onder a., b. en g. bepaalde is kennelijk onredelijk.

Kennelijk onredelijke opzegging

- a. Artikel 1639s BW wordt zodanig aangepast, dat de vrijheid van de rechter om een opzegging al dan niet kennelijk onredelijk te achten wordt beperkt: de wet dient aan te geven dat een opzegging, in strijd met een van de bijzondere opzeggingsverboden, kennelijk onredelijk *is*.
- b. Slechts de werknemer komt, in geval van een kennelijk onredelijke opzegging, een vordering tot herstel van de dienstbetrekking toe.

De reden van de opzegging

De wet dient te bepalen dat de opzeggende partij tegenover de wederpartij verplicht is op verzoek van de laatste de reden van de opzegging schriftelijk mee te delen.

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (artikel 1639w BW)

Hoger beroep en cassatie van de beschikking tot inwilliging van het ontbindingverzoek zijn niet toegelaten behoudens ten aanzien van de beslissing ter zake van een vergoeding, voor zover de gronden waarop de ontbinding is uitgesproken de beslissing tot ontbinding niet konden dragen dan wel de beslissing onvoldoende is gemotiveerd ten aanzien van het al dan niet vaststellen van een vergoeding en van de hoogte daarvan.

De Wet melding collectief ontslag (WMCO)

- a. De maand wachttermijn voor de directeur GAB voor het in behandeling nemen van individuele 'ontslagaanvragen' geldt niet indien een aan de directeur GAB daartoe gericht verzoek van de werkgever wordt ondersteund door een schriftelijke verklaring van geen bezwaar van de betrokken vakorganisaties.
- b. Indien het overleg tussen werkgever en de betrokken vakorganisaties tot algehele overeenstemming over het voorgenomen collectief ontslag heeft geleid, zullen de individuele 'ontslagaanvragen' in beginsel in één ronde van hoor en wederhoor door de directeur GAB kunnen worden afgehandeld.
- c. Indien een of meer vakorganisaties het onder a. bedoelde verzoek niet ondersteunen, zal de in de WMCO opgenomen onthefprocedure kunnen worden gevolgd.

Matiging van loonvorderingen

In de wet wordt tot uitdrukking gebracht dat -naast de in artikel 163-8c tweede en zesde lid BW bedoelde gevallen- op een loonvordering door de rechter slechts in mindering kan worden gebracht inkomen van de werknemer uit arbeid, anders dan in dienst van de werkgever tegen wie de loonvordering is ingesteld, tot het verwerven waarvan de werknemer in staat was, doordat van het arbeidsaanbod van de werkgever geen gebruik is gemaakt.

4. Achtergronden en uitwerking van de voorstellen

4.1 De toestemmingseis van artikel 6 BBA

4.1.1 Huidige regeling

Het BW gaat ervan uit dat een arbeidsovereenkomst te allen tijde door elk van de partijen kan worden opgezegd (artikel 1639o BW). Deze vrijheid wordt echter goeddeels ongedaan gemaakt door artikel 6 BBA. Ook de bijzondere opzeggingsverboden vormen op dat beginsel een uitzondering (zie paragraaf 4.5.1).

Artikel 6 BBA verbiedt werkgever en werknemer, behoudens enkele uitzonderingen 10), de arbeidsverhouding op te zeggen zonder dat daarvoor toestemming is verleend door de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau (GAB 11); het zogeheten 'toestemmings-' of 'vergunningensysteem'. Het vormt thans een van de kernbepalingen van het ontslagrecht; deze bepaling leidt ertoe dat vrijwel iedere opzegging moet worden onderworpen aan een preventieve toetsing door de directeur GAB 12).

De preventieve toetsing door de directeur GAB is geëvolueerd tot voornamelijk een redelijkheidstoetsing, waarbij de belangen van werkgever en werknemer worden afgewogen, maar waarbij de directeur GAB in zijn overwegingen mede het algemeen belang kan betrekken. Als voornaamste te bereiken doel geldt 'te voorkomen dat een ontslag onredelijk of sociaal onrechtvaardig wordt gevraagd of verleend' 13). Zodra toestemming van de directeur GAB is ontvangen, kan de werkgever (c.q. de werknemer) met inachtneming van de wettelijke opzeggingstermijn de arbeidsverhouding opzeggen. De opzeggingstermijn begint dus eerst te lopen nadat de toestemming van de directeur GAB is ontvangen. Dit vloeit voort uit jurisprudentie van de Hoge Raad; daardoor ontstaat de cumulatie van vergunningsprocedure en opzeggingstermijn.

Onthoudt de directeur GAB zijn toestemming aan het ontslag, dan kan niet rechtsgeldig worden opgezegd.

De duur van de behandeling van de 'ontslagaanvraag' bij het GAB is door het BBA niet aan (maximum)termijnen gebonden. Op advies van de Stichting van de Arbeid is op 14 mei 1985 door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een speciale circulaire naar de GAB's uitgegaan welke beoogde de ontslagprocedures bij het GAB binnen redelijke termijnen (in de regel binnen zes weken) af te ronden. Niettemin kunnen deze procedures onder omstandigheden meer tijd nemen, met als gevolg dat het moment waarop de opzeggingstermijnen kunnen gaan lopen, verder in de tijd wordt vooruitgeschoven.

4.1.2 Voorstellen van het kabinet

Het kabinet stelt een aantal wijzigingen van het huidige toestemmingssysteem voor, die onder meer ten doel hebben de totale behandelingsduur van 'ontslagen' te bekorten. De belangrijkste hiervan zijn:

10) Het toestemmingsvereiste ingevolge het BBA geldt niet bij beëindiging:

- met wederzijds goedvinden
- wegens ontbinding door de rechter van rechtswege
- door 'ontslag' op staande voet en
- tijdens proeftijd

met andere woorden: artikel 6 BBA betreft alleen de 'normale' opzeggingsprocedure. Bovendien is het BBA niet van toepassing op een aantal categorieën werknemers, met name genoemd in artikel 2 BBA, terwijl voorts de artikelen 2 tweede lid en 6 vijfde lid BBA de minister de mogelijkheid geven om ontheffing van (de belangrijkste) bepalingen van het BBA te verlenen.

11) Waar in dit advies gemakshalve, naar spraakgebruik, de termen 'ontslag', 'ontslagaanvraag', en 'ontslagvergunning' worden gebezigd, wordt daarmee bedoeld 'opzegging' respectievelijk 'verzoek aan de directeur GAB om toestemming tot opzegging' respectievelijk 'toestemming van de directeur GAB tot opzegging'.

12) Deze preventieve toetsing is in de praktijk thans hoofdzakelijk van belang indien sprake is van opzegging door de werkgever. Het aantal 'ontslagaanvragen' dat door de werknemer werd ingediend, is verhoudingsgewijs zeer gering. In 1986 bedroeg het aantal 'ontslagaanvragen' door de werkgever 80.477 tegen 594 door de werknemer.

13) Uit: Algemene richtlijnen van de minister van Sociale Zaken voor het beleid van de directieuren GAB, Stcrt. 22-01-1974, 15.

- invoering van een maximumtermijn voor de behandelingsduur bij het GAB;
- het opheffen van de cumulatie van de behandelingsduur bij het GAB en de opzeggingstermijn.

Als alternatief stelt het kabinet voor om het toestemmingssysteem eventueel geheel te vervangen door een zogenaamd verbodssysteem, met als belangrijkste kenmerken:

- een werkgever kan in beginsel te allen tijde de arbeidsovereenkomst opzeggen, maar de directeur GAB kan, op initiatief van de werknemer of ambtshalve, binnen een bepaalde tijd na de opzegging deze alsnog verbieden bij gemotiveerde beslissing; de directeur GAB kan dat ook op aandringen van derden, bijvoorbeeld vakorganisaties;
- de tijd, nodig voor behandeling van een verzoek om een 'ontslagverbod' schorst de opzeggingstermijn niet.

Daarnaast stelt het kabinet voor om de in artikel 6 BBA aan de directeur GAB rechtstreeks toegekende bevoegdheden formeel bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te leggen; de directeur zal zijn taken vervolgens krachtens mandaat namens de minister kunnen (blijven) uitoefenen (zie hoofdstuk III sub B van de adviesaanvraag).

4.1.3 Standpunt van de raad

De raad is van mening -in het kader van het totale pakket van voorstellen- dat het huidige toestemmingssysteem gehandhaafd dient te worden; de opzegging van een arbeidsovereenkomst blijft derhalve onderworpen aan de preventieve toetsing door de directeur van het GAB.

De raad is met de adviesvragende ministers van mening dat er naar moet worden gestreefd dat de totale periode, die verstrijkt tussen het moment waarop de werkgever kenbaar maakt de dienstbetrekking te willen opzeggen en het moment waarop de dienstbetrekking daadwerkelijk eindigt, de werkgever niet voor onevenredige lasten stelt. Tevens dient echter te worden gegarandeerd dat de redelijkheidstoetsing tot haar recht kan komen en dat vervolgens de werknemer wiens dienstbetrekking wordt opgezegd, voldoende in de gelegenheid is om zich op het eventueel eindigen van de dienstbetrekking voor te bereiden en naar ander werk uit te zien dat -zo mogelijk direct- op het vorige aansluit.

Om zulks in het kader van het toestemmingssysteem te bereiken zal in de eerste plaats moeten worden bevorderd dat de beslissing van de directeur GAB binnen een redelijke termijn wordt genomen. De eerder genoemde circulaire van 14 mei 1985 aan de directeurs van de GAB's, heeft vanaf 1 juli 1985 geleid tot een zodanige verkorting van de GAB-procedures 14) dat de raad vooralsnog geen verdergaande maatregelen op dit punt voorstelt. De raad onderkent dat er in bijzondere gevallen meer tijd nodig is om de preventieve ontslagtoetsing tot haar recht te laten komen; de directeur GAB dient dan niet door een -voor dergelijke gevallen kennelijk te strakke- wettelijke maximumtermijn te worden gedwongen zijn onderzoek naar de redelijkheid van de opzegging te staken. Daarmee zou de kern van de redelijkheidstoetsing worden aangetast.

14) Uit een evaluatie-onderzoek van het departement van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, waarvan de resultaten zijn opgenomen in een brief van de minister aan de SER van 9 januari 1987, zijn de volgende gegevens verkregen: van de zaken die konden worden afgedaan na één ronde van hoor en wederhoor blijkt de gemiddelde duur van de GAB-procedure vier weken te zijn; dat betreft 80 procent van de aanvragen; wanneer voor de afdoening meer dan één 'ronde' nodig was, bleek de gemiddelde duur van de procedure negen weken (twaalf weken voor de grote GAB's, acht weken voor de overige GAB's) te bedragen. Van alle aanvragen, die in een besluit resulteerden, wordt ruim 86 procent in acht weken afgedaan.

Voor het overige meent de raad dat een beperking van de totale duur van 'ontslag'-procedures gezocht moet worden in een algemene verkorting van de wettelijke maximum termijnen van opzegging. Deze oplossing is gekozen in het kader van het tot stand gekomen compromis en leidt bovendien tot minder juridische complicaties dan de ter zake in de adviesaanvraag voorgestelde wijzigingen van het huidige toestemmingssysteem (invoering van een maximumtermijn voor de behandelingsduur bij het GAB; opheffen van de cumulatie van behandelingsduur bij het GAB en de termijn van opzegging; invoering van een 'verbodssysteem').

In een volgende paragraaf (4.2.3) zal de raad voorstellen doen voor een algehele vereenvoudiging van het systeem van de wettelijke termijnen van opzegging. In die paragraaf zal de raad tevens een concreet voorstel tot beperking van de huidige maxima nader uitwerken.

Ten aanzien van de huidige regeling van het BBA stelt de raad ten slotte nog het volgende voor.

In de eerste plaats wordt aanbevolen om de termijn waarbinnen een beroep op de nietigheid van de opzegging wegens het ontbreken van toestemming van de directeur GAB kan worden gedaan (deze termijn is thans zes maanden: artikel 9 BBA) aanzienlijk te bekorten. Aldus kan worden bereikt dat sneller duidelijkheid wordt verkregen over hetgeen de wederpartij wil en dus mogelijkerwijs rehtens geldt: het is in het belang van alle betrokkenen dat onzekerheid niet langer duurt dan strikt noodzakelijk is. De raad acht een verjaringstermijn van twee maanden, te rekenen vanaf het moment van de opzegging, voldoende. Die termijn sluit bovendien aan bij de termijn die geldt voor het inroepen van de nietigheid van een opzegging die in strijd is met een van de bijzondere opzeggingsverboden in het Burgerlijk Wetboek (artikel 1639o vijfde lid BW).

Daarnaast wordt voorgesteld, in het kader van uniformering van termijnen, om het uit het beroep op nietigheid voortvloeiende vorderingsrecht te laten verjaren na zes maanden. Deze verjaringstermijn sluit aan bij die van artikel 1639u tweede lid BW. Zo wordt een aanzienlijke verkorting gerealiseerd in verhouding tot het thans toepasselijke algemene voorschrift van artikel 2012 BW, dat voor loonvorderingen een verjaringstermijn van vijf jaar oplevert.

Met betrekking tot het voorstel van de adviesaanvraag om de bevoegdheid van de directeur GAB ex artikel 6 BBA formeel te leggen bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, gaat de raad ervan uit, dat de nieuwe arbeidsvoorzieningenstructuur geen wijziging brengt in de huidige verantwoordelijkheid van de overheid voor het te voeren ontslagvergunningenbeleid. De raad hecht er aan dat sociale partners op een zelfde wijze als thans bij de uitvoering van dat beleid blijven betrokken: door middel van advisering aan de minister met betrekking tot de departementale richtlijnen voor de directeurs van de GAB's en door middel van de ontslagadviescommissies.

Hiervan uitgaande kan de raad zich ermee verenigen dat de directeur GAB zijn taak ter zake van de ontslagzaken zal uitoefenen bij mandaat namens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid; de daarvoor in de adviesaanvraag genoemde argumenten acht de raad overtuigend.

Resumerend bepleit de raad het volgende.

- a. Opzegging van de arbeidsverhouding kan eerst plaatsvinden nadat toestemming van de directeur GAB is verkregen.
- b. Opzegging zonder toestemming is nietig.
- c. Een beroep op nietigheid kan slechts binnen twee maanden na de opzeggingshandeling worden gedaan.
- d. Het vorderingsrecht, voortvloeiende uit het beroep op nietigheid, verjaart na zes maanden.
- e. De directeur GAB oefent zijn taak uit krachtens mandaat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

4.2 De termijn van opzegging

4.2.1 Huidige regeling

Een regelmatige opzegging van de dienstbetrekking moet voldoen aan wettelijke en contractuele regels met betrekking tot zowel het tijdstip waartegen mag worden opgezegd als de termijn van de opzegging. De wettelijke opzeggingsregelingen zijn te vinden in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet (Fw).

Voor wat het tijdstip betreft waartegen de dienstbetrekking mag worden opgezegd, bepaalt artikel 1639h eerste lid BW dat opzegging alleen mag geschieden tegen de dag of tegen een der dagen, bij overeenkomst of reglement of door het gebruik aangewezen; bij het ontbreken van dergelijke aanwijzingen mag opzegging tegen elke dag geschieden.

Voor de termijn van opzegging bevat het BW een basisregeling in artikel 1639i en een drietal specifieke regelingen in artikel 1639j eerste tot en met derde lid.

De basisregeling van artikel 1639i hanteert als criterium voor de termijn van opzegging de tijd die verstrijkt tussen twee opeenvolgende loonuitbetalingen, met een maximum van zes weken. Bij schriftelijke overeenkomst kunnen partijen kortere of langere termijnen overeenkomen; de regeling van artikel 1639i BW is dus van semi-dwingend recht. De contractuele opzeggingstermijn mag echter niet langer zijn dan zes maanden en bovendien voor de werkgever niet korter zijn dan voor de werknemer.

De regelingen in artikel 1639j zijn gebaseerd op twee criteria: diensttijd en leeftijd van de werknemer. Krachtens het eerste en tweede lid van genoemd artikel moet de werkgever voor elk dienstjaar van de werknemer na diens meerderjarigheid respectievelijk na diens 45e jaar een termijn van opzegging van een week respectievelijk een week extra in acht nemen. Na het 45e jaar tellen de gewerkte jaren voor de werknemer dus dubbel en bedraagt de termijn van opzegging voor de werkgever twee weken per dienstjaar van de werknemer. Voor elk van beide termijnen geldt een maximum van dertien weken. De maximum termijn die de werkgever in verband met de anciënniteit en de leeftijd van de werknemer in acht moet nemen, bedraagt derhalve zesentwintig weken; dit maximum wordt door de werknemer op zijn vroegst bereikt op zijn 58e jaar en na dertien dienstjaren bij dezelfde werkgever.

In het derde lid van artikel 1639j is voorts nog een bijzondere basisregeling opgenomen voor werknemers van 50 jaar; voor werknemers van die leeftijdscategorie geldt -bij een dienstverband

van minimaal een jaar- een minimumtermijn van opzegging door de werkgever van drie weken 15).

De termijnen van artikel 1639j, eerste tot en met derde lid, kunnen bij cao worden verlengd of verkort (dat wil zeggen, zij zijn van driekwart-dwingend recht). Bij schriftelijke overeenkomst of reglement kunnen evenbedoelde termijnen worden verlengd, mits de termijn voor de werknemer niet langer is dan zes maanden en voor de werkgever niet korter wordt gesteld dan op het dubbele van die voor de werknemer (artikel 1639j zesde lid). De maximum overeengekomen termijn van opzegging kan derhalve op grond van het zesde lid van artikel 1639j voor de werkgever twaalf maanden bedragen.

De opzeggingstermijnen ex artikel 1639i en 1639j cumuleren niet; leiden zij tot verschillende uitkomsten, dan wordt die regeling toegepast die voor de werknemer de langste termijn oplevert.

Volledigheidshalve zij nog vermeld dat de werknemer krachtens artikel 1639j eerste lid een termijn van een week opzegging in acht moet nemen voor ieder tijdvak van twee jaren dat hij na zijn meerderjarigheid in dienst is bij dezelfde werkgever, met een maximum van zes weken. De termijn van opzegging die de werknemer in acht moet nemen bedraagt dus de helft van die welke de werkgever in acht moet nemen.

Ten slotte bevat de Faillissementswet (artikel 40 derde lid en artikel 239 derde lid) nog een aparte regeling voor de termijnen van opzegging in geval van faillissement en van surséance van betaling.

In geval van faillissement (artikel 40 derde lid Fw) kan de curator de dienstbetrekking in elk geval opzeggen met inachtneming van een termijn van zes weken, welke termijn ten aanzien van oudere werknemers wordt verlengd met de leeftijdstoelag ex artikel 1639j tweede lid BW.

In geval van surséance van betaling (artikel 239 eerste lid Fw) geldt weer een iets andere regeling: de schuldenaar kan de dienstbetrekking ook dan in elk geval opzeggen met een termijn van zes weken. Geldt echter ten aanzien van de werknemer krachtens artikel 1639j eerste en tweede lid een langere termijn, dan moet die termijn in acht worden genomen.

Met andere woorden: de termijn van opzegging kan in geval van faillissement voor de curator thans maximaal negentien weken bedragen (zes weken plus de maximale verlenging op grond van artikel 1639j tweede lid); in geval van surséance van betaling bedraagt de maximale termijn van opzegging voor de schuldenaar thans zesentwintig weken (de maximale verlenging op grond van artikel 1639j eerste en tweede lid).

Voor de werknemer gelden eveneens aangepaste termijnen.

In geval van faillissement geldt voor de werknemer een termijn van opzegging van maximaal zes weken (artikel 40 tweede lid). In geval van surséance van betaling gelden voor hem de wettelijke of overeengekomen termijnen van opzegging, met uitzondering van het bepaalde in artikel 1639j eerste lid BW (artikel 239 tweede lid Fw).

15) Zodra een werknemer 65 jaar is geworden, zijn de in het tweede en derde lid van artikel 1639j BW bedoelde opzeggingstermijnen niet meer van toepassing.

4.2.2 Voorstellen van het kabinet

De adviesaanvraag sluit zich aan bij de conclusie in het DIA-rapport, waarin wordt aanbevolen de termijn van opzegging ingevolge het BW aan te passen in die zin dat het door de werkgever in acht te nemen maximum een periode van dertien weken niet overschrijdt. Als motief wordt aangevoerd dat vooral ten aanzien van een bepaalde groep werknemers (met een hogere leeftijd en een langer dienstverband) de termijn van opzegging die de werkgever in acht moet nemen, onder omstandigheden, met name indien geen werk meer voor hen beschikbaar is, te lang kan zijn.

4.2.3 Standpunt van de raad

De raad meent dat het huidige wettelijke systeem met betrekking tot de termijnen van opzegging alsmede het opzeggingstijdstip ingewikkeld is. Dit vloeit voort uit het feit dat voor de berekening van de wettelijke termijnen van opzegging verschillende maatstaven worden gehanteerd: de maatstaf van de betalingstermijn (artikel 1639i) en de maatstaven van de duur van de dienstbetrekking (artikel 1639j eerste lid) en de leeftijd van de werknemer (artikel 1639j tweede en derde lid). De uitkomsten van de berekeningen ex artikel 1639i en artikel 1639j worden niet bij elkaar opgeteld, die van artikel 1639j wél. De uitkomst die op basis van die berekeningen voor de werknemer de meest gunstige is, bepaalt de geldende termijn van opzegging. Daarnaast moet nog rekening gehouden worden met het tijdstip waartegen mag worden opgezegd (artikel 1639h eerste lid).

Teneinde het huidige systeem te vereenvoudigen zonder al te zeer af te wijken van de thans geldende regelingen, heeft de raad het volgende wettelijke systeem ontworpen.

a. Het tijdstip waartegen kan worden opgezegd

- Opzegging kan slechts tegen het eind van de kalendermaand geschieden.

De regeling van artikel 1639h eerste lid BW wint naar de mening van de raad zowel voor de werkgever als voor de werknemer aan duidelijkheid wanneer slechts opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen het eind van de kalendermaand mogelijk wordt gemaakt. Dit houdt in dat de dienstbetrekking zal eindigen op de laatste dag van een kalendermaand. Indien een werkgever bijvoorbeeld op de derde van enige kalendermaand opzegt met een opzeggingstermijn van een maand, eindigt de dienstbetrekking op de laatste dag van de daaropvolgende maand. Aldus wordt een regeling gecreëerd die meer is afgestemd op de gangbare praktijk om werknemers enerzijds op de eerste dag van de maand in dienst te nemen en anderzijds tegen het eind van de kalendermaand op te zeggen. Tegelijkertijd wordt op deze wijze een betere aansluiting van de ene op de andere dienstbetrekking bereikt zodat het risico van onnodige frictiewerkloosheid -bij de huidige weinig inzichtelijke regeling een reëel risico- wordt verkleind. Tevens wordt voorkomen dat een werknemer door de bedrijfsvereniging kan worden verweten dat hij met een andere dan de juiste beëindigingsdatum accoord is gegaan.

Voor zover in een bedrijfstak een ander aannemingsbeleid wordt gevolgd, moet echter de mogelijkheid openstaan van deze regel af te wijken. De cao of de schriftelijke arbeidsovereenkomst is daarvoor het aangewezen instrument.

b. Termijnen van opzegging

b.1 Opzegging door de werkgever

- De termijn van opzegging wordt in maanden uitgedrukt.

Het loon van de werknemer wordt in de regel per maand uitbetaald. Dit heeft tot gevolg dat krachtens de huidige basisregeling een opzeggingstermijn van ten minste één maand in acht genomen moet worden. Hiervan uitgaande en gelet op de wens te komen tot een vereenvoudiging van de huidige regeling, ligt het voor de hand de wettelijke termijn van opzegging te bepalen op ten minste één maand. Door deze keuze is geen behoefte meer aan handhaving van het loonbetalingstijdvak als zelfstandige berekeningsmaatstaf en wordt voorts de regeling van de minimum termijn van opzegging die thans ten aanzien van werknemers van 50 jaar en ouder geldt, overbodig.

Voorgesteld wordt vervolgens iedere uit het dienstverband voortvloeiende verlenging van de minimum termijn van één maand te laten plaatsvinden met tijdvakken van één maand en niet, zoals in de huidige regeling, met tijdvakken van één week. Keuze voor handhaving van de bestaande regeling in combinatie met de voorgestelde regeling van een minimum opzeggingstermijn van één maand, zou immers weer leiden tot een complexe en daardoor voor werkgever en werknemer moeilijk hanteerbare regeling. Bovendien past een opbouwsysteem met perioden van een maand beter bij de hiervoor aanbevolen regeling dat de opzegging slechts tegen het einde van de maand kan plaatsvinden.

- Voor ieder tijdvak van vijf jaar dienstbetrekking bij een zelfde werkgever geldt een cumulatief systeem van termijnen van opzegging van een maand.

Met als uitgangspunt een termijn van opzegging, uit te drukken in maanden, bepleit de raad een systeem, waarbij de lengte van die termijn wordt bepaald door de duur van de dienstbetrekking. Teneinde te bereiken dat de overgang naar dit diensttijdafhankelijke maandsysteem zoveel mogelijk neutraal ten opzichte van het huidige weekstelsel uitwerkt, heeft de raad gekozen voor gemakkelijk te onthouden trajecten van vijf jaar dienstverband die elk staan voor een maand termijn van opzegging. Deze systematiek betekent een aanmerkelijke vereenvoudiging van de huidige systematiek waarin, zoals gezegd, de termijn van opzegging moet worden berekend zowel aan de hand van het loonbetalingstijdvak als aan de hand van het aantal dienstjaren en de leeftijd van de werknemer om vervolgens na een vergelijking tussen deze berekeningen de voor de werknemer langste opzeggingstermijn te kunnen bepalen. Dit is voor werkgever en werknemer een ingewikkelde en moeilijk te doorgronden berekeningsmethodiek, waarover bovendien -ook met uitkeringsinstanties- interpretatiegeschillen kunnen ontstaan.

- De termijn van opzegging wordt uitsluitend gerelateerd aan de duur van de dienstbetrekking.

Voor het bepalen van de termijn van opzegging acht de raad de huidige criteria van het loonbetalingstijdvak en de leeftijd van de werknemer (minder- of meerderjarig, jonger of ouder dan 45 c.q. 50 jaar) 16) minder relevant. De raad stelt daarom voor deze criteria te laten vervallen en uitsluitend het criterium van de duur van de dienstbetrekking als relevant gegeven te hanteren 17).

Door dit voorstel wordt tevens een probleem geëcarteerd dat de wetgever destijds bij de invoering van de opzeggingstermijnen ex artikel 1639j tweede en derde lid BW heeft verzuimd artikel 1639k aan te passen.

- De maximale termijn van opzegging bedraagt vier maanden.

Hiervoor, in paragraaf 4.1.3, heeft de raad vastgesteld dat een beperking van de totale duur van 'ontslag'-procedures moet worden gezocht in een algemene verkorting van de wettelijke maximum termijn van opzegging. In het kader van het totale pakket van voorstellen is gekozen voor een maximum van vier maanden.

De voorgestelde verkorting van de wettelijke maximum termijn van opzegging tot vier maanden zal in bepaalde gevallen leiden tot een achteruitgang van de rechtspositie van oudere werknemers: met name die werknemers die aan de huidige regeling een langere dan de vier-maandentermijn van opzegging kunnen ontleen, zullen door de invoering van de voorgestelde regeling worden gedupeerd. Voor deze categorie oudere werknemers beveelt de raad aan om aan de voorgestelde regeling een overgangsregeling te verbinden. De raad is van oordeel dat tot aan het moment van inwerkingtreding van de regeling verworven gunstiger rechten dienen te worden gerespecteerd.

b.2 Opzegging door de werknemer

Uit de hiervoor aanbevolen overgang van een week- op een maandsysteem vloeit overigens voort dat ook de door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging moet worden herzien. Thans bedraagt de maximale wettelijke termijn die de werknemer in acht moet nemen zes weken (na twaalf jaar dienstverband). De raad kiest hier voor een van de dienstbetrekking onafhankelijke termijn van één maand. Een maand opzeggingstermijn voor alle gevallen wijkt niet veel af van de huidige praktijk (de meeste werknemers zijn thans immers maandloners) en betekent een belangrijke vereenvoudiging.

c. Uitzonderingen op de wettelijke termijnen van opzegging

De hiervoor bepleite wettelijke termijnen van opzegging laten onverlet de mogelijkheid om (zoals thans: artikel 1639i tweede lid en artikel 1639j zesde lid BW) bij schriftelijke overeenkomst of cao langere opzeggingstermijnen overeen te komen. De contractuele opzeggingstermijn mag echter voor de werknemer niet langer zijn dan zes maanden en mag voor de werkgever niet korter worden gesteld dan op het dubbele van de werknemer.

16) De huidige regeling van leeftijdsafhankelijke termijnen van opzegging dateert van 1968.

Sindsdien is de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers niet aantoonbaar door de regeling gewijzigd. Wel is de inkomenspositie van oudere (ex-)werknemers gewijzigd: de uit de opzegging voortvloeiende financiële gevolgen worden thans in veel gevallen gedragen, deels door de werkgever (via een afvloeiingsregeling), deels door de sociale verzekeringen (via een langere uitkeringsduur op grond van de artikelen 42 en 49 NWW). Op bedrijfstaks- en ondernemingsniveau zijn voorts diverse, specifiek voor oudere werknemers geldende, regelingen getroffen.

17) In een aantal Westeuropese landen wordt een dergelijk systeem toegepast: In België, Zwitserland, Italië en Spanje wordt de lengte van de termijn van opzegging uitsluitend bepaald door het aantal dienstjaren. In de Bondsrepubliek Duitsland en Zwitserland wordt de termijn van opzegging bepaald door zowel het aantal dienstjaren als de leeftijd van de betrokken werknemer.

Ook kortere termijnen van opzegging kunnen worden overeengekomen, doch alleen bij cao (zoals thans: artikel 1639j vijfde lid BW). Deze afwijkingsmogelijkheden, te zamen met die om het tijdstip waartegen kan worden opgezegd in afwijking van de wet te bepalen, geven naar het oordeel van de Raad aan sociale partners en individuele werknemers en werkgevers voldoende ruimte om een specifiek op de behoefte van de bedrijfstak of op de individuele dienstbetrekking toegesneden regeling te treffen.

- d. Opzegging door de curator, c.q. schuldenaar en door de werknemer in geval van faillissement en van surséance van betaling

De raad stelt voor de hierboven beschreven opzeggingstermijnen in beginsel ook te laten gelden in geval van faillissement en van surséance van betaling.

In aansluiting hierop wordt voorgesteld de artikelen 40 derde lid en 239 eerste lid Fw te wijzigen in die zin dat de curator respectievelijk de schuldenaar de dienstbetrekking in elk geval kan opzeggen met inachtneming van de wettelijke termijn van opzegging. Op overeenkomstige wijze stelt de raad voor de termijn, die door de werknemer in acht genomen moet worden, in geval van faillissement en surséance van betaling te beperken tot de wettelijke opzeggingstermijn van één maand 18).

Het hiervoor beschreven systeem kan als volgt worden weergegeven.

- a. Slechts tegen het einde van de kalendermaand kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd door de werkgever en door de werknemer, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.
- b. De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt, bij een dienstbetrekking die op de dag van opzegging
 - korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
 - vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
 - tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;
 - vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.
- c. De door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt een maand.
- d. Bij schriftelijke overeenkomst kunnen de opzeggingstermijnen voor werkgever en voor werknemer worden verlengd, met dien verstande dat de door de werknemer in acht te nemen termijn nooit langer kan zijn dan zes maanden en dat de door de werkgever in acht te nemen termijn ten minste het dubbele van de voor de werknemer geldende termijn bedraagt.
- e. De door de werknemer in acht te nemen termijn kan bij schriftelijke overeenkomst worden verkort. De door de werkgever in acht te nemen termijn kan uitsluitend bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan worden verkort.
- f. In geval van faillissement of surséance van betaling kan de curator respectievelijk de schuldenaar de dienstbetrekking in elk geval opzeggen met inachtneming van de wettelijke termijnen van opzegging.

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

18) De maximale opzeggingstermijn bedraagt in het nieuwe systeem voor de curator in faillissement vier maanden (thans

Zie voor een schematisch overzicht van de voor de werkgever geldende opzeggingstermijnen in de huidige regeling en in de voorgestelde nieuwe regeling: bijlage 3.

4.3 De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

4.3.1 Huidige regeling

Een omschrijving van het begrip arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd wordt in het BW niet gegeven.

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in drie vormen voorkomen:

- a) zogenoemde kalendermatige overeenkomsten; hierbij wordt een begin- en einddatum overeengekomen; bijvoorbeeld van 1 januari tot en met 31 december; op 31 december loopt de overeenkomst dan van rechtswege af;
- b) overeenkomsten voor bepaalde werkzaamheden of een bepaald project; bij deze vorm is geen einddatum bepaald, maar vloeit het einde van de arbeidsovereenkomst voort uit de voltooiing van de werkzaamheden c.q. het project, zonder dat een nadere vaststelling van het einde is vereist;
- c) overeenkomsten ter tijdelijke vervanging van een afwezige -bijvoorbeeld zieke- werknemer.

De eerste vorm wordt, behalve voor het aantrekken van tijdelijke arbeidskrachten, ook wel gebruikt voor het beproeven van werknemers, dus als alternatief voor of in combinatie met de huidige proeftijd.

Ten aanzien van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt als hoofdregel dat zij van rechtswege eindigen door het verstrijken van de tijd waarvoor zij zijn aangegaan (artikel 1639e eerste lid). 'Van rechtswege' wil zeggen dat voor deze beëindiging geen afzonderlijke opzegging van een der partijen is vereist, en dat dus de aan de opzegging gestelde algemene en bijzondere voorwaarden, beperkingen en mogelijke rechtsgevolgen niet van toepassing zijn: geen opzegging, geen opzeggingstermijn, geen toestemming van de directeur GAB is vereist, de bijzondere opzeggingsverboden gelden niet en een beroep op kennelijke onredelijkheid is niet mogelijk.

Op de hoofdregel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt wanneer de daarin aangegeven tijd is verstreken, bestaan de volgende uitzonderingen:

- indien krachtens schriftelijke overeenkomst of reglement voorafgaande opzegging is vereist (artikel 1639e tweede lid sub 1° BW);
- indien volgens de wet of het gebruik voorafgaand opzegging behoort plaats te vinden (artikel 1639e tweede lid sub 2° BW);
- indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de daarin aangegeven tijd stilzwijgend dan wel krachtens uitdrukkelijke afspraak is voortgezet (artikel 1639f derde en vierde lid BW).

In deze gevallen zijn de normale voor opzegging geldende bepalingen van toepassing, zij het dat bij opzegging van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ingevolge artikel 1639h zesde lid BW de opzeggingsverboden van artikel 1639h derde tot en met vijfde lid niet van toepassing zijn. Van het opzeggingsvereiste bij een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan krachtens artikel 1639f vijfde lid bij cao worden afgeweken.

4.3.2 Voorstellen van het kabinet

Volgens de adviesaanvraag kan het ontbreken van de (wettelijke) mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eenmalig te verlengen zonder dat de normale opzeggingsbepalingen van toepassing worden, in sommige situaties tot problemen aanleiding geven. De adviesaanvraag heeft hierbij het oog op situaties waarin het niet altijd voorzienbaar is op welk moment het werk precies eindigt of waarin het werk langer blijkt te duren dan de tijd waarvoor het dienstverband werd aangegaan. Het effect daarvan zou namelijk kunnen zijn dat een werkgever minder snel bereid is een werknemer aan te nemen als nog onzeker is hoelang hij deze nodig zal hebben, of eerder van een verlenging voor nog een korte periode zal afzien ook al zou er nog werk voorhanden zijn. Naast de reeds bestaande mogelijkheid om voor zulke situaties een arbeidsovereenkomst voor de duur van bepaalde werkzaamheden of een bepaald project aan te gaan, ziet de adviesaanvraag als oplossing voor deze problemen een in de wet te openen mogelijkheid tot eenmalige verlenging van de oorspronkelijke overeenkomst met maximaal dezelfde duur, doch niet voor langer dan één jaar, zonder dat bij de afloop van de termijn van verlenging toestemming van de directeur GAB is vereist voor beëindiging. Als voorbeelden worden genoemd: een contract van drie maanden dat met maximaal drie maanden kan worden verlengd, of een contract van twee jaar dat met maximaal één jaar wordt verlengd, waarna deze verlengde overeenkomsten van rechtswege eindigen als waren zij van meet af aan voor zes maanden respectievelijk voor drie jaar aangegaan.

4.3.3 Standpunt van de raad

De mogelijkheid van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naast die voor onbepaalde tijd heeft altijd bestaan. De wet regelt alleen de rechtsgevolgen van beide typen arbeidsovereenkomsten (de eerste loopt -in beginsel- van rechtswege af; de laatste kan eenzijdig worden opgezegd behoudens de daarbij in acht te nemen beperkingen), maar geeft, zoals gezegd, geen omschrijvingen daarvan. Evenmin wordt in de wet aangegeven voor welke gevallen of voor welke duur een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden aangegaan: voorschriften die de keuze tussen het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en die voor onbepaalde tijd beperken, worden niet gegeven 19). Partijen zijn derhalve vrij om bij de aanvang van de dienstbetrekking te kiezen voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of één voor onbepaalde tijd.

De raad is van mening dat deze keuzevrijheid van partijen moet worden gehandhaafd en niet moet worden beperkt door wettelijke bepalingen die aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voorwaarden stellen. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden namelijk, zoals ook uit de jurisprudentie blijkt, voor verschillende doeleinden gebruikt en voorzien daarmee kennelijk in een behoefte 20).

Wel meent de raad dat er aanleiding is de huidige regeling met betrekking tot de voortgezette (of: verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te herzien. Deze regeling bevat namelijk enkele knelpunten, die zijn gelegen in de rechtsgevolgen van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 1639f eerste tot en met derde lid BW).

19 weken), voor de schuldenaar in geval van surséance van betaling eveneens vier maanden (thans 26 weken) en voor de werknemer in beide situaties één maand. 19) Anders bijvoorbeeld de (ontwerp-)JEG-Richtlijn inzake tijdelijk werk PB. EG nr. C 128/3 d.d. 19 mei 1982, waarin in artikel 15 de gevallen waarvoor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur mag worden aangegaan, limitatief worden opgesomd en waarin bij overtreding van het daarover bepaalde de arbeidsovereenkomst wordt geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan. 20) In het WRR-rapport 'Activerend Arbeidsmarktbeleid' (WRR/33/1987) wordt ook gewezen op de doorstromingsfunctie van tijdelijke naar vaste dienstverbanden.

Een eerste knelpunt betreft het bepaalde in het eerste en tweede lid van artikel 1639f dat, wanneer een arbeidsovereenkomst stilzwijgend wordt voortgezet of wanneer zulk een arbeidsovereenkomst in die gevallen waarin opzegging is vereist niet tijdig wordt opgezegd, zij wordt geacht 'voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan'.

In de praktijk kan deze bepaling tot problemen leiden indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd -zonder nadere vaste afspraken- voor enkele dagen wordt voortgezet, hetzij om het nog juist niet voltooide werk af te maken, hetzij omdat bijvoorbeeld een eventueel noodzakelijke toestemming van de directeur GAB niet tijdig werd verkregen 21). Ook dan werkt echter de bepaling van artikel 1639f eerste en tweede lid: partijen worden geacht een nieuwe arbeidsovereenkomst voor dezelfde tijd (met een maximum van een jaar) te hebben gesloten en zijn dus weer voor die gehele periode aan elkaar gebonden. In deze situaties acht de raad de huidige regeling te stringent.

Ter oplossing van dit knelpunt stelt de raad voor de betreffende regeling te vervangen door de bepaling dat de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de 'bepaalde tijd' ingeval van stilzwijgende voortzetting of wanneer niet of niet tijdig is opgezegd (in gevallen waarin opzegging is vereist), verder geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (die op de gebruikelijke wijze door een van de partijen kan worden opgezegd), zulks tenzij partijen schriftelijk uitdrukkelijk een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluiten 22).

Een ander knelpunt is gelegen in het voorschrift van het derde lid van artikel 1639f dat, indien een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is voortgezet (voor bepaalde tijd), voor haar beëindiging voorafgaande opzegging nodig is. Dit betekent dat alleen de *eerste* arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt bij het verstrijken van de bepaalde tijd; iedere *voortgezette* arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt alleen na correcte opzegging. In de praktijk komt het voor dat partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn aangegaan, die achteraf -door onvoorziene omstandigheden- te kort blijkt te zijn.

Voor die situaties beveelt de raad, in het kader van het totale pakket van voorstellen, aan in de wet te bepalen dat partijen bij een voor de eerste keer voor bepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst schriftelijk kunnen overeenkomen dat zij de overeenkomst eenmaal voor bepaalde tijd met beëindiging van rechtswege kunnen voortzetten. Zulks echter met dien verstande dat het geschrift een constitutief vereiste is voor de rechtsgeldigheid van de voortgezette arbeidsovereenkomst en de verlenging, ongeacht de duur van de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet meer dan zes maanden mag en kan bedragen.

Tevens verdient het aanbeveling -zulks in overeenstemming met de heersende doctrine en jurisprudentie- om in de wet expliciet op te nemen de mogelijkheid van tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien partijen dat schriftelijk hebben bedongen. Met name bij contracten ter vervanging van een zieke werknemer kan een dergelijk beding zin hebben. Op deze tussentijdse opzeggingen zijn de normale voor opzegging geldende bepalingen (inclusief alle opzeggingsverboden) van toepassing.

21) Vergelijk hierover: B.S. Frenkel, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1984, nr. 3, p. 147.

22) Voor beëindiging van deze schriftelijke voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is krachtens artikel 1639f derde lid BW opzegging vereist, doch op deze opzegging zijn ex artikel 1639h zesde lid BW de aldaar genoemde opzeggingsverboden niet van toepassing.

Voorts moet naar de mening van de raad de waarborg worden gehandhaafd dat de wettelijke regeling niet te gemakkelijk kan worden ontgaan: twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een interval van korter dan 32 dagen moeten, zoals thans (artikel 1639f vierde lid BW), worden beschouwd als een voortgezette arbeidsovereenkomst.

Ten slotte blijft in dit voorstel de mogelijkheid gehandhaafd om, conform artikel 1639f vijfde lid, bij cao van de regeling af te wijken.

Het vorenstaande kan als volgt in een regeling worden uitgewerkt.

- a. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege door het verstrijken van de overeengekomen tijd, tenzij opzegging schriftelijk is bedongen.
- b. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die na het verstrijken van de overeengekomen tijd wordt voortgezet dan wel niet tijdig is opgezegd in geval opzegging is vereist, geldt verder als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien partijen niet schriftelijk een voortzetting voor bepaalde tijd zijn overeengekomen.
- c. Voor beëindiging van een voor bepaalde tijd (schriftelijk) voortgezette arbeidsovereenkomst is opzegging vereist. Op de beëindiging van zulk een overeenkomst zijn de opzeggingsverboden waarnaar in artikel 1639h zesde lid BW wordt verwezen, niet van toepassing.
- d. In afwijking van het onder c. bepaalde is opzegging niet vereist indien het een eerste voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft, de voortzetting schriftelijk is overeengekomen en de voortzetting zes maanden of minder bedraagt.
- e. Van een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is sprake, indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen 32 dagen wordt gevolgd door een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
- f. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of een voortzetting daarvan voor bepaalde tijd, laat onverlet de bevoegdheid van partijen bij schriftelijke overeenkomst te bepalen dat de overeenkomst tussentijds door opzegging kan eindigen.
- g. Bij cao of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan van het bepaalde onder a. tot en met f. worden afgeweken.

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, volgend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

In het kader van de voorstellen die de raad hiervoor ten aanzien van het rechtsregime voor de (verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft gedaan, is ook gezien in hoeverre het bestaande recht met betrekking tot de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in één voor bepaalde tijd aanpassing behoeft.

Teneinde volledige aansluiting te bewerkstelligen met de hiervoor aanbevolen regeling ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (voorstel sub b) alsmede te voorkomen dat ten aanzien van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, volgend op die voor onbepaalde tijd, een soepeler regime zal worden gehanteerd dan ten aanzien van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor be-

paalde tijd, stelt de raad -in afwijking van de huidige rechtspraak- het volgende voor.

In de wet ware te bepalen dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd alleen schriftelijk kan worden aangegaan. Voor de beëindiging van deze arbeidsovereenkomst is opzegging vereist, tenzij partijen zowel schriftelijk opzegging hebben uitgesloten als schriftelijk zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst voor zes maanden of minder wordt voortgezet. Indien de overeenkomst voor langer dan zes maanden wordt voortgezet, is te allen tijde opzegging nodig. Met deze regeling wordt niet beoogd afbreuk te doen aan de eisen die de wet en de rechtspraak stellen aan de rechtsgeldigheid van een beëindigingsovereenkomst.

Het door de raad bepleite systeem moet voorts aldus worden verstaan dat ook bij een functiewijziging dan wel aanzienlijke wijzigingen van arbeidsvoorwaarden, de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, volgend op die voor onbepaalde tijd niet moet worden gezien als een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar als een voortzetting van de bestaande arbeidsrelatie, waarop de normale opzeggingsbepalingen van toepassing zijn.

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat.

- a. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aansluitend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan slechts schriftelijk worden aangegaan. In dat geval is voor beëindiging opzegging vereist, tenzij schriftelijk de opzegging is uitgesloten en schriftelijk is overeengekomen dat de voortzetting zes maanden of minder zal duren.
- b. Indien een overeenkomst van zes maanden of minder als bedoeld onder a. wordt voortgezet, is te allen tijde voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst opzegging vereist.
- c. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, binnen 32 dagen volgend op één voor onbepaalde tijd, wordt geacht een *voortgezette* arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te zijn, waarop de daarvoor geldende bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn.

4.4 De proeftijd

4.4.1 Huidige regeling

Een proeftijdbeding kan onderdeel zijn van zowel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De bedoeling van een proeftijdbeding is dat een werknemer gedurende een bepaalde periode kan beoordelen of hij een juiste arbeidskeuze heeft gedaan en de werkgever kan beoordelen of hij de juiste werknemer heeft gekozen. In artikel 1639n BW, waarin de proeftijdregeling is opgenomen, is bepaald dat indien een proeftijd is bedongen, ieder der partijen zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd is de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen te doen eindigen.

Een proeftijdbeding moet aan een aantal vereisten voldoen:

- de proeftijd moet voor beide partijen gelijk zijn;
- de proeftijd mag niet op langer dan twee maanden worden gesteld;
- bij het aangaan van een nieuwe proeftijd in aansluiting op een

eerder overeengekomen proeftijd mogen de gezamenlijke proeftijden niet langer dan twee maanden worden.

Een proeftijdbeding dat niet aan deze vereisten voldoet is nietig; de overeenkomst wordt dan geacht zonder proeftijd te zijn aangegaan.

Met name aan het vereiste dat het proeftijdbeding een periode van twee maanden niet mag overschrijden wordt in de rechtspraak strikt de hand gehouden (zogenoemde 'ijzeren proeftijd') 23). De termijn van twee maanden wordt niet geschorst tijdens ziekte of andere verhinderingsgevallen van de werknemer 24), en evenmin indien de arbeidsovereenkomst met instemming van beide partijen voor enige tijd wordt onderbroken 25).

Een proeftijdbeding behoeft niet schriftelijk te worden overeengekomen. Een dergelijk vereiste treft men wel aan in een aantal cao's.

Ook bevatten enkele cao's de bepaling dat gedurende een proeftijd een zekere opzeggingstermijn, variërend van een dag tot een week, in acht moet worden genomen 26).

4.4.2 Voorstellen van het kabinet

De adviesaanvraag signaleert als een van de bezwaren tegen de huidige proeftijdregeling dat deze in bepaalde situaties te kort kan zijn. Dit bezwaar zou met name gelden voor functies waarbij een hogere scholing en ruime praktijkervaring is vereist, maar ook in gevallen waarin de werknemer enige tijd binnen de proeftijd ziek is geweest.

Om dit bezwaar te ondervangen, noemt de adviesaanvraag de volgende alternatieven:

- a) verlenging van de wettelijke maximumtermijn van twee naar drie maanden;
- b) verlenging van de wettelijke maximumtermijn van twee maanden met de duur van de niet gewerkte (ziekte)dagen;
- c) al dan niet in combinatie met a) of b), het in de wet opnemen van de mogelijkheid om bij cao van de wettelijke maximumtermijn af te wijken.

Na deze opsomming besluit de adviesaanvraag met de conclusie van de regering ten aanzien van deze alternatieven in de DIA-rapportage dat een proefperiode van maximaal drie maanden een acceptabele mogelijkheid is.

4.4.3 Standpunt van de raad

Gelet op de kritiek die van diverse zijden op de proeftijd zoals thans geregeld in artikel 1639n BW, is geuit, is in overweging genomen de ministers aan te bevelen de huidige proeftijdregeling geheel af te schaffen. Daartoe zou aanleiding kunnen zijn nu de hiervoor in paragraaf 4.3.3 bepleite voorstellen ten aanzien van de verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de mogelijkheid bieden een proeftijdvervangende regeling te construeren.

De raad heeft echter vastgesteld dat in de praktijk de behoefte aan een proeftijdmogelijkheid uiteenloopt: al naar gelang de aard van de bedrijfstak of onderneming komen proeftijdbedingen veelvuldig dan wel nauwelijks voor. Algehele afschaffing van de wettelijke proeftijdregeling zal dan ook in het bedrijfsleven op verschillende wijze worden ervaren: in sommige bedrijfstakken en

23) HR 27 februari 1930, NJ 1930, 977, laatstelijk HR 8 juli 1987, Rechtspraak van de Week 1987, 158.

24) HR 9 april 1954, NJ 1954, 446.

25) HR 23 december 1983, NJ 1984, 332.

26) Zie hiervoor ook M.M. Olbers: *Opzegebepalingen in cao's*, Sociaal Maandblad Arbeid, juli/augustus 1983.

ondernemingen zal de hiervoor bepleite regeling ten aanzien van de (verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een adequate vervanging van het proeftijdbeding kunnen zijn; voor andere zal afschaffing van het proeftijdbeding op grote problemen stuiten.

Hierop gelet heeft de raad uiteindelijk -in het kader van het totale pakket van voorstellen- gekozen voor een beperkte handhaving van de mogelijkheid tot het bedingen van een proeftijd, in het besef dat daarmee een complicatie in de systematiek wordt gebracht. De raad stelt namelijk voor dat, wanneer de regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd onvoldoende mogelijkheden lijkt te bieden om als 'proefperiode' te fungeren, in plaats daarvan ook kan worden gekozen voor een proeftijd bij de aanvang van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uitsluitend voor de beginperiode van een arbeidsrelatie voor onbepaalde tijd en uitsluitend schriftelijk kunnen werkgever en werknemer overeenkomen dat gedurende ten hoogste de eerste twee maanden een kortere dan de wettelijke opzeggingstermijn zal gelden. Ook hier is de eis van het geschrift weer een constitutieve voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van het proeftijdbeding. In de lijn van de interpretatie, zoals hiervoor in hoofdstuk 4.3.3 (p. 39) is verwoord, zal tevens slechts bij het begin van de arbeidsrelatie en niet tussentijds (bijvoorbeeld bij een functiewijziging) een proeftijdbeding tussen werkgever en werknemer kunnen worden gesloten. De aldus overeengekomen (kortere) opzeggingstermijn moet zowel door de werkgever als de werknemer in acht worden genomen; de overige bepalingen met betrekking tot de opzegging (artikel 6 BBA; artikelen 1639h en 1639s BW) zijn niet van toepassing.

Evenals thans zal aan de termijn van maximaal twee maanden strikt de hand moeten worden gehouden: de huidige vaste rechtspraak over de 'ijzeren proeftijd' dient onverkort te worden gehandhaafd.

Door dit voorstel wordt de bevoegdheid van de werkgever en werknemer beperkt: alleen bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen zij een proeftijd overeenkomen.

De raad constateert echter dat er in de praktijk, ook indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten, behoefte kan bestaan aan het afspreken van een proeftijd. Aangezien cao-partijen het meest in staat zijn om -lettend op de specifieke behoeften en omstandigheden van de betreffende bedrijfstak of onderneming- te bezien in hoeverre in de praktijk wederzijds behoefte bestaat aan proeftijdbedingen, wordt aan hen een ruimere bevoegdheid toegekend proeftijdbedingen mogelijk te maken dan wel voor te schrijven. Ook bij cao kan echter niet van de maximum termijn van twee maanden worden afgeweken.

De voorstellen van de raad luiden dan als volgt.

- a. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet voorafgegaan door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of bepaalde tijd, kunnen partijen schriftelijk bedingen dat gedurende ten hoogste de eerste twee maanden van de dienstbetrekking een kortere dan de wettelijke termijn van opzegging geldt, mits voor werkgever en werknemer een gelijke regeling wordt getroffen. Alsdan kan tegen elke dag worden opgezegd. Op een dergelijke opzegging zijn de overige opzeg-

gingsbepalingen (artikelen 6 BBA, 1639h en 1639v BW) niet van toepassing.

- b. Het niet in acht nemen van de onder a. bedoelde termijn van opzegging leidt uitsluitend tot schadeplichtigheid.
- c. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan van het bepaalde onder a. en b. worden afgeweken, mits de duur van de twee maanden als bedoeld onder a., niet wordt overschreden.

4.5 Bijzondere opzeggingsverboden

4.5.1 *Huidige regeling*

Naast het algemeen preventief opzeggingsverbod van artikel 6 BBA, zoals beschreven in paragraaf 4.1.1 van dit advies, zijn in een aantal wetten bijzondere ontslagbeschermende regelingen opgenomen. De betreffende regelingen zijn -in de vorm van bijzondere opzeggingsverboden- te vinden in het Burgerlijk Wetboek, de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en in enkele andere speciale wetten en hebben de volgende kenmerken gemeen:

- zij beogen bepaalde categorieën werknemers, naast de normale ontslagbescherming, een extra ontslagbescherming te verschaffen, hetzij vanwege bepaalde omstandigheden waarin zij verkeren, hetzij vanwege de functie die zij in de onderneming vervullen;
- zij laten onverlet het toestemmingsvereiste van artikel 6 BBA;
- zij zijn alle eenzijdig gericht tot de werkgever;
- zij gelden niet indien beëindiging plaatsvindt gedurende de proeftijd en bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden;
- zij betreffen slechts de opzegging en laten derhalve onverlet dat de arbeidsovereenkomst in onderlinge overeenstemming, door een beëindigingsovereenkomst of van rechtswege eindigt, dan wel wordt ontbonden door de kantonrechter wegens gewichtige redenen ex artikel 1639w BW.

De uitwerking van de regelingen in de diverse wetten laat echter grote verschillen zien. Naar de mate waarin en de wijze waarop de extra ontslagbescherming in de verschillende regelingen is geëffectueerd, kunnen juridisch-technisch twee systemen worden onderscheiden.

1. Het systeem waarbij overtreding van het bijzondere opzeggingsverbod tot nietigheid van de opzegging leidt; deze nietigheid moet doorgaans binnen een bepaalde termijn na de opzegging door de werknemer worden ingeroepen. Veelal wordt het beroep op nietigheid gevolgd door een procedure bij de kantonrechter (met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie), waarbij doorbetaling van loon wordt gevorderd. Onder dit systeem kunnen worden gerangschikt de opzeggingsverbodsregelingen van de artikelen 1639h tweede tot en met vijfde lid BW, 1637ij vijfde lid BW, 21 tweede lid WOR en 14 dertiende lid Arbowet.
2. Het systeem waarbij de opzegging slechts kan plaatsvinden nadat de kantonrechter hiervoor toestemming heeft gegeven (met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie) en aan het inroepen van de nietigheid wegens het ontbreken van de vereiste rechterlijke toestemming geen termijn is gesteld.

Onder dit systeem kunnen worden gerangschikt de opzeggingsverbodsregelingen van artikel 21 derde lid WOR en van de artikelen 8 vijfde lid, 17 zevende lid, 18 vijfde lid en 19 vijfde lid Arbowet 27).

In beide systemen laat het beroep op nietigheid wegens overtreding van het opzeggingsverbod onverlet het beroep op nietigheid op grond van artikel 6 jo. 9 BBA wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de directeur GAB; deze nietigheid moet binnen zes maanden na opzegging worden ingeroepen; op het uit dit beroep op nietigheid voortvloeiende loonvorderingsrecht is de verjaringstermijn van artikel 2012 BW (vijf jaar) van toepassing (elders in dit advies wordt bepleit deze termijn voor loonvorderingen terug te brengen tot zes maanden).

De werknemer kan echter ook afzien van het beroep op nietigheid en zich derhalve neerleggen bij de opzegging van de dienstbetrekking. In verband met schending van de bepaling waarop de nietigheidssanctie is gesteld, kan hij nog wel een actie instellen vanwege de kennelijke onredelijkheid van de opzegging (artikel 1639s BW).

Naast de hiervoor bedoelde twee systemen zijn in diverse wetten opzeggingsbeperkende regelingen opgenomen. De waarborg van naleving van deze regelingen is geïntegreerd in de algemene preventieve ontslagtoetsing door de directeur GAB.

Het betreft hier de regelingen van artikel 1638nn BW, de GAB-richtlijn van 9 december 1986 mede in verband met de invoering van de Wet arbeid gehandicapte werknemers (WAGW), artikel 1639aa en volgende BW, artikel 1637ij eerste en zesde lid BW en artikel 5 Uitvoeringswet Europees Verdrag rechtspositie migrerende werknemers.

Voor een overzicht van de in deze paragraaf genoemde regelingen moge worden verwezen naar bijlage 4 van dit advies.

4.5.2 Voorstellen van het kabinet

De adviesaanvraag bevat alleen met betrekking tot de opzeggingsverboden ex artikel 1639h BW een concreet voorstel: aan dat artikel zou een uitzonderingsbepaling moeten worden toegevoegd inhoudende dat tijdens ziekte en militaire dienst wel opzegging mogelijk is in geval van opzegging 'wegens zwaarwichtige bedrijfseconomische redenen'.

Ter argumentatie van dit voorstel voeren de ministers aan dat de opzeggingsverboden tijdens ziekte en militaire dienst problemen kunnen opleveren indien personeelsinkrimping moet plaatsvinden om zwaarwichtige bedrijfseconomische redenen. Het lijkt niet gerechtvaardigd, aldus de adviesaanvraag, om in deze gevallen de betreffende werknemers van de personeelsinkrimpingsoperatie uit te sluiten.

De vraagstelling aan de raad is echter niet tot dit ene concrete voorstel beperkt: aan de raad wordt de zeer ruime vraagstelling voorgelegd:

- a. in hoeverre het geheel van ontslagbeschermingsbepalingen tot verstarring van de arbeidsmarkt leidt, en

27) Hiervan zijn alleen artikel 18 vijfde lid (arts bedrijfsgezondheidsdienst) en artikel 19 vijfde lid (veiligheidskundige) van de Arbowet reeds van kracht; de overige artikelen zullen worden ingevoerd in de zogenoemde derde fase van invoering.

- b. of er daarom, met name vanwege de cumulatie van sancties en procedures, aanleiding is het samenstel van bijzondere ontslagverboden te herzien of een beperking aan te brengen in het aantal ontslagverboden.

4.5.3 Standpunt van de raad

Het huidige stelsel van wettelijke bijzondere opzeggingsverboden acht de raad complex en weinig consistent. Daarom heeft de raad de volgende voorstellen geformuleerd die in hoofdzaak zijn gericht op stroomlijning, verduidelijking en uniformering van de bestaande regelingen.

1. Alle bijzondere opzeggingsverboden worden in één wet: het Burgerlijk Wetboek, ondergebracht en geregeld.
2. Voor het invoeren van de nietigheid en het instellen van het daaruit voortvloeiende vorderingsrecht gelden uniforme termijnen. De voorkeur van de raad gaat daarbij uit naar de desbetreffende regelingen van het Burgerlijk Wetboek: een termijn van twee maanden voor het invoeren van de nietigheid en een verjaringstermijn van zes maanden (28) voor het uit het beroep op nietigheid voortvloeiende vorderingsrecht.
3. Van de beslissing van de kantonrechter tot het al dan niet verlenen van de toestemming tot opzegging staat geen hoger beroep of cassatie open.
4. Voor alle opzeggingsverboden gelden dezelfde uitzonderingen.
5. In de wet wordt bepaald dat opzeggingen in strijd met de in het BW (nieuw artikel 1639h) op te nemen opzeggingsverboden, kennelijk onredelijk zijn.

Ter uitwerking van de hiervoor bepleite voorstellen zou in het Burgerlijk Wetboek een regeling kunnen worden getroffen met de volgende inhoud.

- a. De werkgever kan niet opzeggen:
- de leden van de ondernemingsraad en de Arbo-commissie;
 - de leden van een vaste of onderdeelcommissie van de ondernemingsraad;
 - de zieke werknemer, tenzij de ziekte twee jaar heeft geduurd;
 - de zwangere werknemer;
 - de bevallen werknemer tot en met de twaalfde week na de bevalling en
 - de werknemer die zijn militaire dienstplicht vervult of andere verplichtingen jegens de overheid ten aanzien van de verdediging van het land of ter bescherming van de openbare orde nakomt.
- b. De werkgever kan zonder voorafgaande toestemming van de kantonrechter niet opzeggen de personen genoemd in artikel 21 derde lid WOR en de functionarissen genoemd in de Arbouwet. De kantonrechter verleent de toestemming slechts indien in voldoende mate aannemelijk is gemaakt, in beginsel door de werkgever, dat de opzegging geen verband houdt met bovengenoemde omstandigheden. Van de beslissing van de kantonrechter staat geen hoger beroep of cassatie open.
- c. Een opzegging in strijd met het onder a. of b. bepaalde is nietig. De nietigheid moet binnen twee maanden na de opzegging door de werknemer worden ingeroepen. Het uit het beroep op de nietigheid voortvloeiende vorderingsrecht verjaart na verloop van zes maanden.

28) Zie voor het ingaan van de verjaringstermijn ex artikel 1639u BW het arrest van de HR van 16 januari 1987, NJ 1987, 961; uit deze uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat voor het eerste lid van artikel 1639u hetzelfde regime geldt als voor het tweede lid; tevens blijkt uit het arrest dat de rechtsontwikkeling op dit punt geenszins is afgerond.

- d. In afwijking van het onder a. en b. bepaalde kan de werkgever de werknemer opzeggen, indien:
- de werknemer schriftelijk in de beëindiging toestemt;
 - de opzegging wegens een dringende reden geschiedt;
 - de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, beëindigd worden.
- e. De regelingen sub a., b., c. en d. laten onverlet de eventueel vereiste toestemming van de directeur van het GAB.
- f. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan worden afgeweken van het opzeggingsverbod tijdens ziekte of militaire dienst.
- g. De werkgever mag de werknemer niet opzeggen wegens:
- geslacht, burgerlijke staat of nationaliteit of wegens de omstandigheid dat de werknemer zich beroept op schending van (een van) deze discriminatieverboden;
 - bevalling;
 - het vervullen van een in artikel 1638nn BW bedoelde functie;
 - het enkele feit van de overgang van (een onderdeel van) de onderneming;
 - het lidmaatschap van een vereniging van werknemers, die krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van de leden als werknemers te behartigen.
- h. Een opzegging in strijd met het onder a., b. en g. bepaalde is kennelijk onredelijk.

Toelichting

ad a.

De huidige opzeggingsverboden ex artikel 21 tweede lid WOR, artikel 14 dertiende lid Arbowet en artikel 1639h derde tot en met vijfde lid BW ondergaan door het voorstel materieel geen wijziging.

ad b.

De functionarissen voor wie thans volgens artikel 21 derde lid WOR en de artikelen 8 vijfde lid, 17 zevende lid, 18 vijfde lid en 19 vijfde lid Arbowet een opzeggingsverbod geldt zijn: kandidaat- en ex-leden van de ondernemingsraad (OR) of een OR-commissie, leden van een voorbereidingscommissie van de OR respectievelijk mentoren, deskundigen van de Arbo-dienst, artsen werkzaam bij een bedrijfsgezondheidsdienst en veiligheidskundigen. Ten aanzien van deze personen worden geen wijzigingen voorgesteld.

Gelet op het feit dat sommige kantonrechters de huidige wettelijke bepaling van artikel 21 derde lid 'De Kantonrechter verleent de toestemming slechts, indien het hem aannemelijk voorkomt dat de beëindiging geen verband houdt met', interpreteren in die zin dat de werknemer aannemelijk moet maken dat er wel verband bestaat tussen de opzegging en de hoedanigheid waarvoor een opzeggingsverbod geldt, is een andere formulering gekozen. De strekking hiervan is aan te geven dat het gaat om een wederzijds proces van aannemelijk maken, waarbij dit aannemelijk maken in eerste instantie door de werkgever zal moeten geschieden.

Het voorstel van de raad tot uitsluiting van een beroepsmogelijkheid tegen een beslissing van de kantonrechter betekent een materiële wijziging ten opzichte van de huidige regeling van artikel 21 derde lid WOR, waarin wel in de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie

wordt voorzien. De raad acht dit aanvaardbaar uit praktische overwegingen: het voorkomt langdurige onzekerheid over de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd. Bovendien is in de praktijk gebleken dat werkgevers in dergelijke gevallen vrijwel altijd de ontbindingsprocedure volgen.

ad c.

In het kader van uniformering van termijnen is gekozen voor de termijnen van de artikelen 1639o en 1639u BW. De thans bestaande verschillen in nietigheids- en verjaringsregelingen tussen enerzijds de artikelen 1639o vijfde lid en artikel 1639u tweede lid BW en anderzijds artikel 21 tweede lid WOR komen daarmee te vervallen.

ad d.

De twee eerste uitzonderingsgronden gelden ook thans, zij het dat de eis van *schriftelijke* instemming niet voor de opzeggingsverboden ex artikel 1639h, maar wel voor die ex artikel 21 WOR wordt gesteld. De derde uitzonderingsgrond is ontleend aan artikel 21 tweede lid WOR.

In de adviesaanvraag werd als uitzonderingsgrond op het opzeggingsverbod tijdens ziekte en militaire dienst voorgesteld een opzegging in geval van 'zwaarwichtige bedrijfseconomische redenen'. Deze grond is naar het oordeel van de raad echter te vaag, waardoor onnodige procedures kunnen worden uitgelokt over de vraag wat al dan niet een zwaarwegende bedrijfseconomische reden is en biedt daardoor onvoldoende rechtsbescherming.

De raad wijst dit voorstel dan ook af en kiest voor een uitzonderingsgrond die de bezwaren tegen het voorstel van de adviesaanvraag mist: sluiting van (het onderdeel van) de onderneming 29).

Ter voorkoming van interpretatiegeschillen is echter toegevoegd dat de werknemer 'uitsluitend of in hoofdzaak' werkzaam moet zijn in het onderdeel van de onderneming 30).

ad e.

Evenals in het huidige systeem laat in het voorgestelde systeem het beroep op nietigheid wegens overtreding van de opzeggingsverboden onverlet het beroep op nietigheid op grond van artikel 6 jo. 9 BBA wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de directeur GAB. Conform het voorstel van de raad in paragraaf 4.1.3 moet ook dit beroep op nietigheid binnen twee maanden na de opzeggingshandeling worden gedaan en verjaart het uit het beroep op nietigheid voortvloeiende vorderingsrecht na zes maanden.

ad f.

In de huidige regeling van artikel 1639h zevende lid BW komt geen verandering.

ad g.

Deze categorie opzeggingsverboden is in hoofdzaak een weergave van de reeds bestaande opzeggingsverboden:

- wegens geslacht (artikel 1637ij eerste lid BW), burgerlijke staat (artikel 1637ij zesde lid en artikel 1639h tweede lid BW) of nationaliteit (artikel 5 eerste lid Uitvoeringswet Europees Verdrag positie migrerende werknemers);

29) Ten aanzien van een verboden opzegging van een bevallen of zwangere werknemer zal deze uitzonderingsgrond alleen gelden indien zulks in het kader van internationale verdragen is toegestaan.

30) De raad benadrukt dat met de overbrenging van de opzeggingsverboden vanuit de Wet op de ondernemingsraden naar het Burgerlijk Wetboek geen materiële wijzigingen zijn beoogd; aandacht verdient in dit verband wel het feit dat begrippen als 'onderneming' en 'onderdeel van de onderneming' zowel in de WOR als in het BW (artikel 1639aa en volgende) worden gehanteerd, maar verschillende betekenissen hebben.

- wegens een beroep van de werknemer op schending van een dezer discriminatieverboden (artikel 1637ij vijfde lid BW);
- wegens bevalling (artikel 1639h vierde lid BW);
- het enkele feit van de overgang van (een onderdeel van) de onderneming, als bedoeld in artikel 1639aa en volgende BW.

Nieuw is het opzeggingsverbod wegens het lidmaatschap van een vakvereniging, terwijl met betrekking tot het opzeggingsverbod van artikel 1638nn BW een wijziging wordt voorgesteld (zie hierna). Met betrekking tot alle sub g. genoemde opzeggingsverboden wordt voorgesteld op overtreding daarvan geen aparte nietigheidssancties in de wet op te nemen, doch te volstaan met de bewaking van deze normen via de preventieve GAB-toets. Dit geldt nu reeds voor de meeste van deze opzeggingsverboden; uitzondering daaronder vormen de opzeggingsverboden ex artikel 1639h tweede en vierde lid en artikel 1637ij vijfde lid, op overtreding waarvan thans een nietigheidssanctie is gesteld, waarop door de werknemer ook achteraf (met de daaraan inherente onzekerheid) een beroep kan worden gedaan.

Voor de onder g., eerste gedachtenstreepje bedoelde categorisering van opzeggingsverboden is gekozen teneinde duidelijk te maken dat zowel discriminatoire opzeggingen als zodanig, alsook opzeggingen wegens een door de werknemer gedaan beroep op schending van een discriminatieverbod zijn verboden. Buiten beschouwing zijn gelaten de discriminatiegronden zoals deze momenteel in het kader van de ontwerpen van de Algemene Wet gelijke behandeling en van de (initiatief)wet tegen sekse-discriminatie ter discussie staan. De raad gaat ervan uit dat verbodsbepalingen in genoemde wetsontwerpen, die betrekking hebben op discriminatoire opzeggingen, te zijner tijd bij de eventuele invoering van één van die wetten zullen worden opgenomen in het nieuwe artikel 1639h BW.

Het derde gedachtenstreepje onder g. betreft het opzeggingsverbod wegens het vervullen van een openbare functie als genoemd in artikel 1638nn BW. Daarin wordt thans bepaald dat de werkgever de dienstbetrekking niet kan opzeggen, zolang de rechter niet heeft beslist in een geschil tussen werkgever en werknemer over het opnemen van verlof voor het bijwonen van vergaderingen van openbare lichamen waaraan de werknemer in een bepaalde functie moet deelnemen. Op het verbod is geen nietigheidssanctie gesteld.

In het voorstel van de raad dient het opzeggingsverbod niet alleen te gelden in afwachting van een rechterlijke beslissing over het verlof, maar tevens de vervulling van de functie als zodanig te betreffen. Dat biedt een enigszins ruimere en betere waarborg voor de mogelijkheid om een dienstbetrekking te combineren met een in artikel 1638nn bedoelde openbare functie. Het voorstel past bovendien in de door de raad bepleite systematiek en betekent in zoverre een vereenvoudiging dat uit de wet de figuur verdwijnt van een opzeggingsverbod waarop geen sanctie is gesteld.

Het opzeggingsverbod, bedoeld in het laatste gedachtenstreepje sub g. (wegens lidmaatschap van een vakvereniging), is voorgesteld omdat zulks overeenstemt met het in internationale normen verankerd grondrecht zich bij een vakvereniging aan te sluiten.

ad h.

De vrijheid van de rechter om opzeggingen die in strijd met de

onder a., b. en g. genoemde gronden zijn gedaan, al dan niet kennelijk onredelijk te achten, wordt door het voorstel beperkt: de wet zal immers bepalen dat dergelijke opzeggingen kennelijk onredelijk *zijn* (zie tevens paragraaf 4.6.3 van dit advies).

4.6 Kennelijk onredelijke opzegging

4.6.1 Huidige regeling

Indien een der partijen de dienstbetrekking 'kennelijk onredelijk' heeft opgezegd, kan de rechter aan de wederpartij, die zich naar zijn oordeel terecht op die kennelijke onredelijkheid heeft beroepen, een schadevergoeding naar billijkheid toekennen (artikel 1639s BW) en/of die wederpartij veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking (artikel 1639t BW). In het vonnis tot herstel van de dienstbetrekking kan worden bepaald dat de verplichting tot herstel vervalt door betaling van een in het vonnis vastgestelde afkoopsom.

4.6.2 De adviesaanvraag

Blijkens de inleiding van de adviesaanvraag heeft het kabinet, naar aanleiding van de aanbevelingen van de commissie-Van der Grinten, besloten tot handhaving van de rechterlijke repressieve toetsing van opzeggingen op basis van het criterium 'kennelijk onredelijk'.

4.6.3 Standpunt van de raad

Gelet op het voorstel van de raad tot behoud van de preventieve toetsing door de directeur GAB (paragraaf 4.1.3 van dit advies) alsmede de ontwikkeling in de rechtspraak -die heeft geleid tot een minder 'marginale' toetsing 31)- kan de raad zich ermee verenigen dat het criterium 'kennelijk onredelijk' ongewijzigd gehandhaafd wordt.

Wel meent de raad dat er reden is om de bevoegdheid van de rechter om een opzegging al dan niet kennelijk onredelijk te achten, te beperken in dier voege dat de wet voor bepaalde gevallen aangeeft dat de opzegging kennelijk onredelijk *is*. Daarbij wordt met name gedacht aan die gevallen waarin de bevoegdheid van de werkgever om de dienstbetrekking op te zeggen aan banden wordt gelegd, te weten bij de bijzondere opzeggingsverboden (zie paragraaf 4.5 van dit advies).

Voorts is de raad van oordeel dat de mogelijkheid van een vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging -hoewel deze vordering in het algemeen wordt ingesteld door de werknemer- ook voor de werkgever moet blijven bestaan. Hierdoor kan worden tegengegaan dat een werknemer opzegt, zonder dat daarbij in voldoende mate rekening is gehouden met de belangen van de werkgever.

Ten slotte meent de raad dat de in artikel 1639t BW opgenomen herstelsanctie eveneens moet worden gehandhaafd. Ondanks het feit dat de rechter van de hem in dit artikel gegeven bevoegdheid om tot herstel van de dienstbetrekking te veroordelen zelden gebruik maakt en een dergelijke veroordeling bovendien altijd op verzoek van een der partijen kan worden omgezet in een afkoopsom, is er toch aanleiding deze vorderingsmogelijkheid te handhaven. In

31) Na de invoering van het criterium 'kennelijk onredelijk' in 1953 paste de rechter aanvankelijk in het algemeen een strikt marginale toetsing toe: alleen in gevallen van extreme onredelijkheid werd een schadevergoeding toegekend.

Thans is vaste jurisprudentie dat door de rechter niet alleen wordt getoetst op de reden van de opzegging, maar vooral op de wijze van opzegging, op de termijn die daarbij in acht wordt genomen en op de gevolgen die de opzegging voor de werknemer meebrengt.

de praktijk blijkt deze mogelijkheid namelijk een rol te spelen, vooral bij onderhandelingen naar aanleiding van het gegeven 'ontslag'. De raad bepleit echter om -in afwijking van de huidige regeling- slechts de werknemer de mogelijkheid te geven een vordering tot herstel van de dienstbetrekking in te stellen. Een vordering door de werkgever en/of een veroordeling door de rechter tot herstel van de dienstbetrekking betekent immers voor de werknemer dat hij zijn werkzaamheden daadwerkelijk zal moeten hervatten. Na-koming van die verplichting kan evenwel niet door middel van dwangsom of gijzeling worden afgedwongen; hierdoor verliest de herstellenvordering voor de werkgever haar betekenis.

Op grond van vorenstaande overwegingen stelt de raad het volgende voor.

- a. Artikel 1639s BW wordt zodanig aangepast, dat de vrijheid van de rechter om een opzegging al dan niet kennelijk onredelijk te achten wordt beperkt: de wet dient aan te geven dat een opzegging, in strijd met één van de hiervoor in paragraaf 4.5.3 onder a., b. en g. beschreven opzeggingsverboden, kennelijk onredelijk is.
- b. Slechts de werknemer komt, in geval van een kennelijk onredelijke opzegging, een vordering tot herstel van de dienstbetrekking toe.

4.7 De reden van de opzegging

De raad bepleit wettelijk te bepalen dat de opzeggende partij tegenover de wederpartij verplicht is op verzoek van de laatste de reden van opzegging schriftelijk mee te delen. De wederpartij die zich met de opzegging niet kan verenigen, kan op deze wijze op de hoogte worden gesteld van de aan de opzegging ten grondslag liggende motieven en zo beter zijn kansen beoordelen om met succes in rechte op te komen tegen de opzegging. Een specifieke sanctie op niet-naleving van het hier bepleite voorschrift, acht de raad niet noodzakelijk. Niet-naleving van het voorschrift kan mede het rechterlijke oordeel over de kennelijke onredelijkheid van de opzegging bepalen, zoals ook nu reeds een opzegging als kennelijk onredelijk kan worden beschouwd indien die geschiedt zonder opgave van redenen.

4.8 De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (artikel 1639w BW)

4.8.1 Huidige regeling

Krachtens artikel 1639w BW kan ieder der partijen zich te allen tijde tot de kantonrechter wenden met het schriftelijke verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. Als gewichtige redenen worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden, als bedoeld in artikel 1639o eerste lid, zouden hebben opgeleverd, indien de dienstbetrekking deswege onverwijld beëindigd ware, alsmede veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de dienstbetrekking billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (artikel 1639w tweede lid).

Indien de rechter het verzoek tot ontbinding inwilligt, kan hij de

dienstbetrekking zowel terstond als op een later tijdstip ontbinden. Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden, kan hij -als hem dat billijk voorkomt- aan een der partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen. Tegen de beschikking van de kantonrechter staat geen hoger beroep en cassatie open.

De (verzoekschrift)procedure van artikel 1639w wordt in de praktijk vooral toegepast:

- voor een tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd;
- wanneer er sprake is van een zeer lange opzeggingstermijn;
- wanneer de directeur GAB geen toestemming tot opzegging heeft gegeven, of
- wanneer een opzegging is geblokkeerd door de bijzondere opzeggingsverboden (artikelen 1639h BW en 21 tweede lid WOR).

4.8.2 *De adviesaanvraag*

In de inleiding van de adviesaanvraag wordt de raad meegedeeld dat in verband met de keuze voor handhaving van een preventieve toetsing het kabinet heeft besloten geen hoger beroep mogelijk te maken op een beslissing van de rechter ex artikel 1639w BW. Overigens is de raad inmiddels gebleken dat het kabinet niettemin een standpunt van de raad hierover in het kader van dit advies tegemoet ziet 32).

4.8.3 *Standpunt van de raad*

In de afgelopen jaren is het ontbreken van hoger beroep en cassatie bij de ontbindingsprocedure regelmatig onderwerp van discussie geweest. In betrekkelijk korte tijd zijn drie wetsontwerpen ingediend, waarin -mede als gevolg van kritiek vanuit de juridische vakliteratuur- wel in beroepsmogelijkheden werd voorzien 33). Kort nadat het laatste wetsontwerp de instemming van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer had verworven, adviseerde de (deregulerings-)commissie-Van der Grinten onder meer om, bij handhaving van het stelsel van preventieve 'ontslagtoetsing', de ontbindingsprocedure te blijven beperken tot één instantie. Het kabinet sloot zich, zoals hiervoor vermeld, bij dat advies aan.

In het kader van het pakket van voorstellen bepleit de raad het volgende. Tegen een beslissing tot afwijzing van het ontbindingsverzoek staat nooit beroep open.

Tegen een beslissing tot inwilliging van het ontbindingsverzoek staat te allen tijde beroep open: dit beroep richt zich echter niet op de ontbinding zelf, maar uitsluitend op de financiële gevolgen daarvan. Aldus wordt bereikt dat over het al dan niet voortbestaan van de dienstbetrekking niet langdurig onzekerheid zal bestaan: de beslissing dáárover kan immers niet meer door een hogere rechter ongedaan worden gemaakt; alleen de financiële gevolgen van die beslissing (de vergoeding) kunnen in beroep opnieuw worden beoordeeld.

Voor het beroep dat ter zake van de vergoeding wordt ingesteld komen naar de mening van de raad twee gronden in aanmerking. In de eerste plaats kan de beschikking, waarbij een vergoeding wordt geweigerd of toegekend, worden herzien indien de ontbinding

32) Tweede Kamer, zitting 1986-1987, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 565 (p. 1123); antwoord van de minister van Justitie d.d. 6 april 1987 op vragen gesteld door leden van de Kamer over de herziening van het ontslagrecht.

33) W.o. 13656: wijziging van de bepalingen omtrent de beëindiging van arbeidsovereenkomsten, Tweede Kamer zitting 1975-1976; W.o. 16682: wijziging artikel 1639w BW, Tweede Kamer zitting 1980-1982; W.o. 17620: invoering verzoekschriftprocedure van de artikelen 429a-429r Rechtsvordering voor de boeken 4 en 5 BW, Tweede Kamer zitting 1982-1983.

is uitgesproken op gronden die de beslissing tot ontbinding niet konden dragen. Onder deze beroepsgrond valt niet alleen een te lichtvaardige ontbinding, maar ook een ontbinding waarvan in beroep komt vast te staan dat de daaraan ten grondslag liggende argumenten achteraf niet houdbaar blijken te zijn.

Als tweede beroepsgrond ziet de raad een onvoldoende motivering van de beslissing om al dan niet een vergoeding toe te kennen en een onvoldoende motivering van de hoogte van de vergoeding. Deze omschrijvingen zijn weliswaar vaag, maar bieden voldoende mogelijkheden om te komen tot een uniformering van de rechtspraak met betrekking tot de financiële gevolgen van de ontbinding.

Voor het overige behoeft de rechterlijke bevoegdheid tot ontbinding naar het oordeel van de raad geen verandering.

Het vorenstaande leidt tot het volgende voorstel.

Hoger beroep en cassatie van de beschikking tot inwilliging van het ontbindingsverzoek zijn niet toegelaten, behoudens ten aanzien van de beslissing ter zake van een vergoeding, voor zover de gronden waarop de ontbinding is uitgesproken de beslissing tot ontbinding niet konden dragen dan wel de beslissing onvoldoende is gemotiveerd ten aanzien van het al dan niet vaststellen van een vergoeding of van de hoogte daarvan.

4.9 De Wet melding collectief ontslag (WMCO)

4.9.1 Huidige regeling

Artikel 3 eerste lid van de Wet melding collectief ontslag (WMCO) bepaalt dat een werkgever die voornemens is de dienstbetrekking van ten minste twintig werknemers, werkzaam in het gebied van één GAB, binnen een tijdsbestek van drie maanden te beëindigen, dit voornemen schriftelijk moet melden aan de betrokken vakorganisaties en aan de directeur GAB.

Krachtens artikel 6 eerste lid WMCO kan de directeur GAB de aanvragen tot 'ontslagvergunningen' pas een maand na de melding van dit voornemen in behandeling nemen. De termijn van één maand is bedoeld zowel om de overheid de gelegenheid te geven te zoeken naar oplossingen als om ruimte te scheppen om in overleg met de vakorganisaties naar alternatieve oplossingen te zoeken. Het vierde lid van artikel 6 WMCO opent de mogelijkheid om op bepaalde gronden ontheffing van de wachttermijn van één maand te verkrijgen, na toestemming van de minister.

4.9.2 Voorstellen van het kabinet

De adviesaanvraag signaleert als knelpunt dat de huidige regeling in de praktijk een vertraging van de collectieve 'ontslag'procedure kan veroorzaken, omdat de melding van het voorgenomen collectieve ontslag gewoonlijk pas wordt gedaan nadat het voorafgaand overleg met de ondernemingsraad en de vakorganisaties is afgesloten. Deze vertraging is, gelet op de strekking van de betreffende EG-richtlijn 34) en van de wet, onnodig. Ter oplossing van dit knelpunt worden, onder respectering van de strekking van de richtlijn en de wet, twee alternatieve voorstellen gedaan:

- a. in de wet de mogelijkheid opnemen om van de wachttermijn van één maand af te wijken, indien reeds voorafgaand overleg tussen werkgever en vakorganisaties heeft plaatsgevonden;

34) Richtlijn betreffende de aanpassing van de wetgeving van de lidstaten inzake collectief ontslag d.d. 17 februari 1975, Pb. 22 februari 1975, L 48/29.

- b. een verlichting van de huidige vereisten voor de specificatie van de melding.

4.9.3 Standpunt van de raad

Geconstateerd kan worden dat ingevolge de WMCO bij een collectief 'ontslag' aparte regels gelden alvorens de directeur GAB beslissingen kan nemen met betrekking tot individuele werknemers. De WMCO veronderstelt dat eerst na de melding van het voornemen tot collectief ontslag de consultatie van de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties begint, terwijl de praktijk is gegroeid dat -omgekeerd- de melding eerst wordt gedaan nadat de consultatie is afgerond.

De raad is het met de adviesaanvragers eens dat hierdoor een onnodige vertraging in de procedure optreedt. Ter oplossing van dit knelpunt geeft de raad de voorkeur aan de voorstellen die ter zake door de Stichting van de Arbeid in haar aanbeveling van 12 maart 1984 zijn gedaan. In het voetspoor van deze voorstellen wordt het volgende aanbevolen.

- a. De maand wachttermijn voor de directeur GAB voor het in behandeling nemen van individuele 'ontslagaanvragen' geldt niet indien een aan de directeur GAB daartoe gericht verzoek van de werkgever wordt ondersteund door een schriftelijke verklaring van geen bezwaar van de betrokken vakorganisaties.
- b. Indien het overleg tussen werkgever en de betrokken vakorganisaties tot algehele overeenstemming over het voorgenomen collectief ontslag heeft geleid, zullen de individuele 'ontslagaanvragen' in beginsel in één ronde van hoor en wederhoor door de directeur GAB kunnen worden afgehandeld.
- c. Indien een of meer vakorganisaties het onder a. bedoelde verzoek niet ondersteunen, zal de in de WMCO opgenomen onthefingsprocedure kunnen worden gevolgd.

4.10 Matiging van loonvorderingen

4.10.1 Huidige regeling

Krachtens artikel 1639r vijfde lid BW kan door de rechter de zogenoemde schadeloosstelling bij een schadeplichtig ontslag worden gematigd, maar niet tot een lager bedrag dan het in geld vastgestelde loon over de wettelijke opzeggingstermijn, noch tot een lager bedrag dan het in geld vastgestelde loon over drie maanden.

Artikel 1639r vijfde lid BW wordt door de Hoge Raad analoog toegepast teneinde loonvorderingen, gebaseerd op een nietig gebleken opzegging, te matigen (35). Feitelijke gronden voor matiging worden in de (lagere) rechtspraak onder meer gevonden in de volgende omstandigheden: de werknemer heeft elders inkomsten uit arbeid genoten, of hem kan verweten worden dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om elders aan de slag te komen, (ander) verwijtbaar gedrag van de werknemer, de (korte) duur van de dienstbetrekking of de late indiening van het verzoekschrift. De rechter kan het bedrag van de vastgestelde loonvordering (procentueel) matigen; hij kan ook de tijd waarover de loonvordering wordt toegewezen, beperken.

35) Voor het eerst: HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207.

Tegen deze matigingsleer van de Hoge Raad is veel kritiek geuit, die hier kort wordt weergegeven 36).

Er zijn in de eerste plaats bezwaren van juridisch-systematische aard. Zo vervaagt het onderscheid dat de wetgever in het ontslagrecht bewust heeft aangebracht tussen enerzijds onregelmatige opzeggingen die rechtsgeldig zijn maar waaraan de sanctie van een schadeloosstelling is verbonden, en anderzijds nietige opzeggingen die niet rechtsgeldig zijn en waarvan de consequentie derhalve voortzetting van de dienstbetrekking is. Immers, indien de rechter de loonvordering -gebaseerd op een nietig gebleken opzegging- matigt door de periode waarover loon wordt gevorderd te beperken, wordt voortzetting van de dienstbetrekking voor de werknemer feitelijk onmogelijk: de loonvorderingen uit de voort gezetten dienstbetrekking zijn dan namelijk reeds bij voorbaat tot nul gereduceerd.

Een tweede belangrijk bezwaar is dat de werknemer in een buitengewoon moeilijke processuele positie wordt gebracht. Immers, wil zijn loonvordering slagen, dan zal hij zich beschikbaar moeten houden de bedongen arbeid te verrichten: artikel 1638d BW vereist dat uitdrukkelijk. Hij zal echter tevens moeten aantonen dat hij in voldoende mate heeft getracht vervangend werk te vinden om te voorkomen dat niet reeds om die reden zijn loonvordering wordt gematigd. Indien hij daadwerkelijk ander werk vindt, of zich daarvoor in ieder geval voldoende moeite heeft getroost, loopt hij het risico dat hem zijn gehele loonvordering wordt ontzegd, omdat hij zich kennelijk niet beschikbaar heeft gehouden om de bedongen arbeid te verrichten: de vicieuze cirkel is daarmee rond. Daar komt bij dat, indien de werknemer daadwerkelijk ander werk zou hebben gevonden -en de gehele loonvordering niet reeds daarop zou stranden- het in de nieuwe betrekking verdiende loon op zijn loonvordering in mindering zou kunnen worden gebracht.

De situatie, waarin wordt vastgesteld dat weliswaar de dienstbetrekking niet is verbroken maar dat niettemin geen (of slechts een beperkt) recht op loon (meer) bestaat, roept ook vragen op ten aanzien van de toepassing van de werkloosheidswetgeving. Als de rechter aanleiding heeft gezien de loonvordering te matigen omdat naar zijn oordeel de werknemer elders inkomsten had kunnen verwerven, zal de bedrijfsvereniging zich in het algemeen op hetzelfde standpunt stellen, hetgeen zal leiden tot weigering van de uitkering 37).

4.10.2 Standpunt van de raad

Erkend wordt dat loonvorderingen op grond van artikel 1638d BW onder omstandigheden zeer hoog kunnen oplopen en -mede gelet op het feit dat gedurende de periode waarover het loon gevorderd wordt geen arbeidsprestatie is geleverd- voor de werkgever een zware last kunnen betekenen.

Echter, van het werkloosheidsrecht gaat een impuls uit om ander werk te zoeken. De werkloosheidswetgeving kent de uitkeringsvoorwaarde om in voldoende mate te trachten passende arbeid te verkrijgen, passende arbeid te aanvaarden en geen eisen te stellen die aan het verkrijgen of aanvaarden van passende arbeid belemmeringen opwerpen. Van het werkloosheidsrecht gaat derhalve een matigende werking uit, in die zin dat beoogd wordt de periode van non-activiteit te beperken.

Daarbij dient nog te worden betrokken dat de werkgever het risico van een loonvordering na een nietig gebleken opzegging kan

36) Zie uitgebreider over de bezwaren van de matigingsleer: H. van Noord, *Rechterlijke matiging van de loonvordering*, Sociaal Maandblad Arbeid 1984, pp. 649 en volgende; Uitspraak Centrale Raad van Beroep 12 november 1984, met noot M.M. Olbers, SMA 1985, pp. 138 en volgende; Arrest Hoge Raad 26 april 1985, Rechtspraak van de week 1985, 85 met noot D. Christe, SMA 1985, pp. 598 en volgende.

Anders: R.A.A. Duk, in 'Schetsen voor Bakels', Kluwer 1987, pp. 39 en volgende.

37) Uitspraak Centrale Raad van Beroep 12 november 1984, met noot M.M. Olbers, Sociaal Maandblad Arbeid 1985, pp. 138 en volgende.

trachten te beperken door hetzij een vergunning voor zover vereist te vragen, hetzij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover vereist te verzoeken.

Alles afwegende is er naar het oordeel van de raad onvoldoende grond om de diep in het ontslagrecht insnijdende matigingsleer van de Hoge Raad onverkort te handhaven.

Daarom wordt voorgesteld, dat op een loonvordering van de werknemer naast de al in artikel 1638c tweede en zesde lid BW bedoelde gevallen uitsluitend in mindering komt hetgeen hij elders daadwerkelijk heeft verdiend uit arbeid ter vervanging van het werk waarvoor hij loon van zijn werkgever vordert. Daarbij gaat het uiteraard om arbeid die de werknemer slechts heeft kunnen verrichten doordat hij de bij de (eerste) werkgever bedongen arbeid niet heeft verricht. Andere gronden voor matiging van een loonvordering wegens een nietig gebleken opzegging dient de wet niet toe te staan. Op deze wijze zal de hypothetische mogelijkheid dat de werknemer met arbeid loon zou hebben kunnen verdienen, nimmer tot aftrek op zijn loonvordering kunnen leiden. Evenmin kan de loonvordering in de tijd worden beperkt, zodat voortzetting van de dienstbetrekking tot de mogelijkheden blijft behoren. De hierboven beschreven consequenties ten aanzien van de proces-suele positie van de werknemer en ten aanzien van zijn eventuele uitkeringsrechten worden aldus voorkomen.

Matiging van de vordering met het bedrag dat daadwerkelijk elders is verdiend, acht de raad daarentegen redelijk: de werkgever behoeft aldus geen loon uit te keren waartegenover geen arbeidsprestatie heeft gestaan; de werknemer wordt bovendien door die matiging feitelijk niet benadeeld: hij heeft immers over die periode zijn inkomsten -zij het uit andere bron- behouden.

De raad stelt, samenvattend, het volgende voor.

In de wet wordt tot uitdrukking gebracht dat -naast de in artikel 1638c tweede en zesde lid BW bedoelde gevallen- op een loonvordering door de rechter slechts in mindering kan worden gebracht inkomen van de werknemer uit arbeid, anders dan in dienst van de werkgever tegen wie de loonvordering is ingesteld, tot het verwerven waarvan de werknemer in staat was, doordat van het arbeidsaanbod door de werkgever geen gebruik is gemaakt.

's-Gravenhage, 16 september 1988.

Th. Quené,
voorzitter.

B.N.J. Pompen,
algemeen secretaris.



MINISTERIE VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID
DIRECTORAAT-GENERAAL VOOR DE ARBEIDSVOORZIENING

2280 HV RIJSWIJK (ZH) - POSTBUS 5814 - VISSERINGLAAN 26 - TELEFOON 070 - 13 09 11 - TELEGRAMADRES SOZA - TELEX 31205 - 34361

De Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
's-Gravenhage

Uw kenmerk

Uw brief van

Ons kenmerk Nr. ARBVO/JURA/B/85/04506

Onderwerp Adviesaanvraag SER inzake
herziening ontslagrecht

Datum 20 maart 1985

I. Inleiding

Regelmatig is er discussie rondom het ontslagrecht geweest. De laatste jaren is die discussie weer verhevigd, mede in verband met de dereguleringsstendens. De behandeling van de vraag welke dereguleringsmogelijkheden t.a.v. het ontslagrecht denkbaar waren, werd opgedragen aan de commissie Deregulering, onder voorzitterschap van Prof. Mr. W.C.L. van der Grinten.

De Commissie Van der Grinten kwam met de aanbeveling om tot vermindering en stroomlijning van regelgeving op het gebied van het functioneren van de arbeidsmarkt en inkomensvorming te geraken. Binnen dit ruime kader werd ook het ontslagrecht betrokken.

Een van de belangrijkste conclusies die de commissie Van der Grinten t.a.v. het ontslagrecht trok kwam erop neer dat de commissie voorstander was van afschaffing van het preventieve ontslagvergunningstelsel en daarvoor in de plaats een rechterlijke repressieve toets prefereerde. Gelet op de te verwachten maatschappelijke weerstanden beval zij evenwel het behoud van een preventieve toets aan. Daarbij zou dan wel aan een aantal voorwaarden moeten worden voldaan. Deze voorwaarden zouden met name beperking van de procedureduur moeten betreffen.

Naar aanleiding van de aanbevelingen van de commissie van der Grinten heeft het kabinet inmiddels besloten tot het doen vervallen van het toestemmingsvereiste ex art. 6 BBA in geval van faillissement.

Bovendien is in verband met de keuze voor handhaving van een preventieve toetsing besloten de repressieve toetsing van ontslagen door de kantonrechter te handhaven op basis van het criterium "kennelijk onredelijk". Voorts heeft het kabinet besloten géén hoger beroep mogelijk te maken op een beslissing van de rechter ex art. 1639 w B.W. Naar aanleiding van het door genoemde commissie uitgebrachte rapport heeft het kabinet vervolgens besloten een onderzoek in te stellen naar dereguleringsmogelijkheden op het terrein van inkomensvorming en arbeidsmarkt.

Het rapport Deregulering Inkomensvorming en Arbeidsmarkt, het zogenaamde DIA-rapport, dat de resultaten van dit onderzoek bevat, is aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal bij brief van 25 mei 1984, kenmerk WBIA 84/2342 kamerstukken 17.931 no 24. In dit rapport wordt o.m. een aantal conclusies met betrekking tot regelingen op het gebied van het ontslag weergegeven ten aanzien waarvan een adviesaanvraag aan Uw Raad in het vooruitzicht wordt gesteld.

Bij de in het kader van dit DIA-onderzoek verrichte toetsing van regelingen op de belemmeringen die uit deze regeling voor de economische ontwikkeling voortvloeien is steeds een afweging gemaakt tussen de lasten van de regelgeving in verhouding tot de doelstellingen van de regeling en de mate waarin deze werden bereikt. Daarbij werd bezien of een aanmerkelijke vermindering van de lasten van een regeling te bereiken valt met een beperkte concessie in het doelbereik van de regeling, die aan de wezenlijke doelstelling geen afbreuk doet.

Bij de conclusies die het kabinet heeft getrokken vormde een belangrijk punt van overweging de mate waarin regelgeving door de overheid in de plaats treedt van de eigen verantwoordelijkheid van de sociale partners. Het kabinet is de overtuiging toegedaan dat de primaire verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaardenvorming en wat daarmee samenhangt behoort te berusten bij de partners. Actieve interventie van de kant van de overheid dient daarbij beperkt te blijven tot gevallen waarin er zeer zwaarwegende redenen zijn om aan de eigen verantwoordelijkheid van de partners voorbij te gaan, bijv. wanneer het belang van derden of een algemeen maatschappelijk belang in het geding is. In verschillende conclusies klinkt deze basisfilosofie door.

Tijdens de beraadslagingen die aan het opstellen van de conclusies vooraf gingen zijn uiteraard ook de ontwikkelingen in het denken over het ontslagrecht aan de orde geweest.

Op het departement van Sociale Zaken was inmiddels, vóór het DIA-onderzoek een aanvang nam, een werkgroep aan het werk gegaan, mede naar aanleiding van een door het NCW in 1982 uitgebrachte nota, die tot opdracht had verschillende modaliteiten van ontslagrechtstelsels, te onderzoeken. In het kader van het DIA-project werd aan de rapportage van deze werkgroep mede aandacht besteed.

Ook dient in dit verband te worden gememoreerd dat reeds in de werkgelegenheidsnotitie van 23 januari 1983 het kabinet heeft aangegeven tot flexibilisering van de arbeidsmarkt te willen komen.

Hoewel het huidige arbeidsrecht een zekere ruimte biedt om een flexibel aanname en ontslagbeleid te voeren blijken in de praktijk knelpunten te bestaan.

Los van het bovenstaande heeft de Stichting van de Arbeid op 2 maart 1984 op eigen initiatief een notitie opgesteld met aanbevelingen inzake de ontslagprocedure binnen de huidige wettelijke mogelijkheden en deze aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid doen toekomen. De notitie inzake knelpunten in de huidige ontslagvergunningsprocedure bij de directeurs GAB's en de mogelijke oplossingen hiervoor, beoogt een verkorting en stroomlijning van de GAB-ontslagprocedure.

Op 8 juni 1984 heeft de Minister van SZW aan de Stichting meegegeeld de aanbevelingen bij de uitwerking van de landelijke uniforme ontslagprocedure te willen betrekken.

Aan de Centrale Commissie van Bijstand en Advies voor de Directeur Generaal voor de Arbeidsvoorziening is op 12 september 1984 een uitgewerkte goeddeels schriftelijke standaardprocedure ter advisering voorgelegd.

Naar verwachting zal in het voorjaar van 1985 deze uniforme ontslagprocedure bij de GAB's worden ingevoerd waardoor het mogelijk wordt geacht de ontslagaanvragen in het algemeen binnen 4 - 6 weken na indiening van een goed onderbouwde ontslagaanvraag af te wikkelen.

In genoemde reactie aan de Stichting van de Arbeid werd voorts vermeld dat aan uw Raad over verdere modaliteiten in het ontslagrecht een adviesaanvraag zou worden voorgelegd. Inmiddels heeft de Stichting van de Arbeid bij brief van 26 oktober 1984 meegedeeld hiermee te kunnen instemmen.

Het is om deze reden dat de ontwikkelingen eerst in hoofdlijnen worden geschetst alvorens aan uw Raad een visie wordt gevraagd over het ontslagrecht, in het bijzonder over de door het kabinet getrokken conclusies.

De uiteenlopende voorstellen en conclusies zullen in hun onderlinge samenhang moeten worden gezien, hetgeen zou kunnen betekenen dat een standpuntbepaling ten aanzien van bepaalde voorstellen invloed kan hebben op andere voorstellen.

De indeling is als volgt:

- De ontwikkelingen in het ontslagrecht.
- Voorstellen:
 - A. Verschillende modaliteiten van een preventieve toets.
 - B. Gemandateerde bevoegdheid ex art. 6 BBA.
 - C. De maximale opzegtermijn.
 - D. Bijzondere ontslagverboden.
 - E. De proeftijd.
 - F. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
 - G. De Wet Melding Collectief Ontslag.

II De ontwikkelingen in het ontslagrecht

Het ontslagrecht zoals dit in 1907 werd geregeld berustte op het beginsel dat de arbeidsovereenkomst na opzegging door de ene partij kon eindigen en eindigde, ook al was de wederpartij het met die beëindiging niet eens. Aan een onregelmatige beëindiging werd weliswaar een aanspraak op schadeloosstelling verbonden, maar de arbeidsovereenkomst bleef verbroken.

Al vrij snel werd de invoering van een redelijkheidstoetsing bij ontslagen bepleit, met als grote voorvechter hiervan Prof. Levenbach. In het rapport van de staatscommissie Limburg van 1939, ingesteld om voorstellen tot herziening van het ontslagrecht te doen, werd deze gedachte nog niet overgenomen. Wel werd een verbeterde regeling van de opzegtermijn en wachtgeldregelingen voorgesteld ter bescherming van de werknemers.

Het beginsel dat de arbeidsovereenkomst eenzijdig kon worden beëindigd mits de opzegtermijn in acht werd genomen werd in 1944/1945 doorkruist door invoering van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) (Stb. E 214).

Artikel 6 BBA 1945 verbiedt de werkgever en de werknemer, behoudens enkele uitzonderingen, de arbeidsverhouding te beëindigen alvorens toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau te hebben verkregen.

De doelstelling van het BBA was tweeledig:

- a. het creëren van een mogelijkheid om een zekere ordening te bewerkstelligen in de na-oorlogse chaos op het sociaal-economisch terrein;
- b. het voorkomen van onbillijke ontslagen door afweging van belangen van werkgever en werknemer;

Het BBA diende in aanvang voornamelijk om ordening te bewerkstelligen op de arbeidsmarkt. In de loop der jaren kwam echter meer de nadruk te liggen op de afweging van de individuele belangen van werkgever en werknemer.

De laatste jaren wordt het BBA weer meer gebruikt ter ondersteuning van collectieve belangen. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het door de directeuren GAB te voeren ontslagbeleid met het oog op het door de regering voorgestane volumebeleid in het kader van de sociale zekerheid of in verband met het algemene arbeidsmarktbeleid (bv. de richtlijn voor 571/2 jarigen en ouder in verband met een te grote belasting van de collectieve middelen; de richtlijn ten aanzien van illegale buitenlandse werknemers in verband met het ontbreken van een verblijf- en tewerkstellingsvergunning etc.).

Naast de invoering van de preventieve toetsing bij ontslag via het BBA werden in 1953 enkele dwingende bepalingen opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW) die onbillijke ontslagen beoogden te voorkomen. Het betrof (voornamelijk) bepalingen ten aanzien van de ontslagverboden bij ziekte en militaire dienst (artikel 1639h BW) bepalingen omtrent de in acht te nemen opzegtermijnen (artikelen 1639i e.v. B.W.), en bepalingen in het kader van de (repressieve) kennelijke onredelijkheidstoetsing door de burgerlijke rechter.

Daar het niet mogelijk was via algemene regelgeving de vraag geheel te beantwoorden of en onder welke voorwaarden een ontslag in een specifiek individueel geval als onredelijk moest worden beschouwd werden de artikelen 1639s en t in het B.W. opgenomen. Of er sprake is van "kennelijk onredelijk ontslag" werd daarbij door de wet grotendeels afhankelijk gesteld van het oordeel van de rechter over het aan hem voorgelegde concrete geval. De rechter kreeg daarbij de mogelijkheid om de werkgever (achteraf) te veroordelen tot schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking indien die dienstbetrekking "kennelijk onredelijk" werd beëindigd.

Dit dubbel ontslagrechtstelsel geldt ook nu nog. Dit impliceert dat, nadat door de directeur GAB een ontslagvergunning wordt verleend, door de werknemer nog een beroep kan worden gedaan op de "kennelijke onredelijkheid" van het ontslag. Omgekeerd kan de werkgever, als de directeur GAB een ontslagvergunning weigert, zich tot de rechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst alsnog op grond van "gewichtige redenen" te ontbinden (art. 1639 w BW). Hoewel formeel geen hoger beroep tegen de beslissing van de directeur GAB open staat, kan de beslissing op bovengenoemde wijze toch worden aangetast.

In 1968 werden opzegtermijnen in het B.W. voor werknemers van 45 jaar en ouder verlengd en afhankelijk gesteld van leeftijd en duur van het dienstverband.

Bij brief van 1 maart 1968 heeft de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid aan Uw Raad advies gevraagd over de vraag of, nu de derde titel van het BBA 1945 zou worden vervangen door een nieuwe wetgeving op de loonvorming, de tijd niet gekomen was om het BBA en daarmee ook artikel 6 in zijn geheel in te trekken.

Uw Raad heeft bij advies van 17 juli 1970 (uitgave van de SER 1970 no. 9) twee zienswijzen tot uitdrukking gebracht.

De ene zienswijze ging uit van de gelijkheid van positie van werkgever en werknemer ten aanzien van het ontslagrecht. In deze zienswijze waarvoor de grootst mogelijke minderheid van Uw Raad zich uitsprak, werd aanbevolen het toestemmingsvereiste van de directeur GAB voor het doen eindigen van de arbeidsverhouding te laten vervallen en te vervangen door een verplichting van werkgever en werknemer om voor de opzegging het advies te vragen aan de directeur GAB. Het niet vragen van het advies van de directeur GAB zou in deze gedachte moeten leiden tot schadeplichtigheid van de nalatige partij. De arbeidsverhouding zou dan echter toch kunnen eindigen.

De meerderheid van Uw Raad ging uit van de ongelijkheid van positie van werkgever en werknemer ten aanzien van het ontslagrecht. Dit deel van Uw Raad wenste het vereiste van toestemming van de directeur GAB vooraf te handhaven bij opzegging van de kant van de werkgever. De opzegging van de kant van de werknemer zou daarentegen niet aan toestemming van de directeur of aan een verplicht advies onderworpen behoeven te zijn.

De meerderheid van Uw Raad achtte het wel gewenst dat de directeur GAB in bijzondere gevallen een oordeel kon geven over de redelijkheid van de beëindiging door de werknemer, terwijl ook de rechter daarover achteraf een uitspraak zou moeten kunnen doen.

Uw Raad heeft na ampel beraad uiteindelijk in meerderheid aanbevolen artikel 6 BBA 1945 te doen vervallen en een soortgelijke regeling op te nemen in het B.W. bij de bepalingen omtrent het einde van de dienstbetrekking.

Dit uitgangspunt werd aan het ontwerp van wet tot wijziging van de bepalingen omtrent de beëindiging van arbeidsovereenkomsten (no. 13.656) ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in 1975 ten grondslag gelegd.

In datzelfde jaar werden de opzeggingsbepalingen van artikel 1639h B.W. aangescherpt. Ter versterking van de positie van de vrouw in het arbeidsproces werd bij wet opzegging wegens huwelijk, tijdens zwangerschap en wegens bevalling verboden. In 1980 volgde ter voldoening aan de inmiddels tot stand gekomen EG richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij o.a. beëindiging van de arbeidsovereenkomst invoering van artikel 1637ij in het Burgerlijk Wetboek.

Ook in andere wetten werden regelingen opgenomen ter bescherming van de belangen van werknemers.

De Wet op de Ondernemingsraden 1971 laatstelijk gewijzigd bij wet van 22 mei 1981 (Stb. 416) bevat bepalingen waardoor beëindiging van de dienstbetrekking van voornamelijk leden van de Ondernemingsraad, commissies e.d. niet of niet zonder meer mogelijk is (art. 21 W.O.R.).

De Arbeidsomstandighedenwet bevat ook bepalingen die beogen bepaalde groepen werknemers een specifieke ontslagbescherming te geven; het gaat hier in het bijzonder om de bedrijfsgeneeskundige, de veiligheidskundige en de mentor.

Mede ter voldoening aan een E.G. richtlijn terzake werd in 1976 de Wet Melding Collectief Ontslag (24 maart 1976, Stb. 223) ingevoerd.

Op basis van deze wet dient een werkgever die voornemens is tot ontslag van 20 of meer werknemers over te gaan binnen een tijdsbestek van 3 maanden, dit voornemen te melden aan de vakorganisaties en de directeur GAB. De directeur GAB dient in het algemeen alvorens met de individuele behandeling van de ontslagaanvragen aan te vangen, een maand wachttijd in acht te nemen. Van die maand wachttijd kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onder bepaalde omstandigheden ontheffing verlenen.

Tot slot zij nog vermeld de invoering van de artt. 1639 aa, bb en verder B.W. (Stb 400), eveneens ter voldoening van een E.G. richtlijn, waarbij beoogd wordt de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan te beschermen.

III. Voorstellen:

A. De preventieve ontslagtoetsing.

a. het huidige stelsel.

1. Artikel 6 BBA 1945 verbiedt de werkgever en werknemer behoudens enkele uitzonderingen, de arbeidsverhouding te beëindigen zonder dat daarvoor toestemming door de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau is verleend. Deze preventieve toetsing is in de praktijk thans hoofdzakelijk van belang indien sprake is van beëindiging door de werkgever; ontslagvergunningsaanvragen welke worden ingediend door de werknemer komen thans vrijwel niet meer voor (van 16 december 1983 tot 15 november 1984: 335).

In het navolgende zal het stelsel dan ook worden gezien vanuit de invalshoek van ontslagverlening door de werkgever.

Het feitelijk verloop van de toetsingsprocedure is op dit moment als volgt.

Na een ingekomen goed onderbouwd verzoek om een ontslagvergunning wordt de werknemer door het GAB "gehoord". Hiertoe krijgt hij inzage in de aangevoerde argumenten. De werknemer kan zelf diens reaktie, mondeling of schriftelijk, naar voren brengen maar kan zich ook laten bijstaan door raadslieden.

Indien de zaak na eenmaal hoor en wederhoor niet duidelijk is wordt een tweede ronde en mogelijk zelfs een derde ronde van hoor en wederhoor ingelast. Zodra de directeur GAB of diens ontslagambtenaar van mening is over voldoende gegevens te beschikken wordt de aanvraag en alle daarop betrekking hebbende stukken voorgelegd aan de Arbeidsinspectie en vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties, de ontslagcommissie genoemd.

De Arbeidsinspectie en de ontslagcommissie brengen advies uit aan de directeur GAB die dan terzake een gemotiveerde beslissing neemt.

Weigert de directeur GAB een vergunning te verlenen dan vindt het ontslag geen doorgang en blijft de arbeidsverhouding in stand. Wel heeft de werkgever dan nog de mogelijkheid om via de kantonrechter ontbinding op grond van gewichtige redenen te verzoeken (1639 w B.W.).

Indien de werkgever ondanks de weigering van de directeur GAB om een ontslagvergunning te verlenen, toch tot beëindiging van de arbeidsverhouding overgaat, dan kan binnen het huidige stelsel de werknemer binnen 6 maanden na de nietige rechtshandeling de nie-

tigheid hiervan inroepen en loondoorbetaling vorderen via de kantonrechter. De arbeidsverhouding blijft dan in stand. Roept de werknemer de nietigheid niet (tijdig) in dan blijft het dienstverband verbroken.

Binnen het huidige systeem kan de werkgever overigens nog op dezelfde dag dat hij de weigering ontvangt een nieuwe aanvraag indienen waarna opnieuw de bovengeschetste procedure wordt gevolgd. Voorzover er geen nieuwe motieven worden aangevoerd is de uitslag van de beslissing van de directeur GAB voorspelbaar. Een en ander vormt evenwel een onnodige werkbelasting voor het GAB.

Een verdere onnodige werkbelasting voor het GAB vormen de zgn. "pro forma- bezwaren".

De ontslagvergunningeis geldt ingevolge het BBA 1945 niet indien de beëindiging van de arbeidsverhouding geschiedt "met wederzijds goedvinden". Ingevolge de Werkloosheidswet heeft de werknemer geen recht op werkloosheidsuitkering indien hij werkloos wordt "door eigen schuld of eigen toedoen" en evenmin indien hij handelingen pleegt welke benadeling van de bedrijfsvereniging tot gevolg hebben. Aan werknemers die met ontslag bedreigd worden wordt in het algemeen aangeraden tegenover de werkgever bezwaar aan te tekenen tegen het ontslag (het ontslag dus niet goed te vinden) teneinde elk risico uit te sluiten dat de bedrijfsvereniging de werkloosheid aan de eigen schuld of het eigen toedoen zal wijten of een benadelingshandeling aanwezig zal achten. Hoewel dat advies vanuit het belang van de werknemer begrijpelijk is (het risico dat uitkering wordt geweigerd door bezwaar aan te tekenen tegen het ontslag wordt geminimaliseerd, de opzegtermijn wordt verlengd met de tijdsduur die de behandeling van de vergunningsaanvraag vergt, en overigens is elke kans om de dienstbetrekking te behouden - hoe klein ook - meegenomen) is dit vanuit de doelstellingen die aan het ontslagvergunningenrecht ten grondslag liggen niet verdedigbaar. De ontslagtoets is niet in het leven geroepen met het oog op de vaststelling van uitkeringsrechten of om een verlenging van de opzegtermijn te bewerkstelligen, maar om onredelijke c.q. vanuit het algemeen belang gezien onwenselijke ontslagen te kunnen voorkomen. Slechts laatstgenoemde belangen mogen bij de ontslagtoets een rol spelen. Het is ook geenszins zo dat de bedrijfsvereniging aan het enkele feit dat de betrokken werknemer het ontslag heeft "goedgevonden", zodat geen ontslagvergunning of ontslagverbod nodig was, de conclusie kan verbinden dat dus de uitkering kan worden geweigerd omdat de werkloosheid door eigen schuld of toedoen

is ontstaan of omdat een benadelingshandeling zou zijn gepleegd. Het "goedvinden" is vaak niet meer dan het zich schikken in het onvermijdelijke.

Omgekeerd vloeit uit het feit dat de werknemer bezwaar heeft aangekend tegen het ontslag, zodat een ontslagvergunning nodig werd, ook niet voort dat de werkloosheid door de bedrijfsvereniging moet worden beschouwd als buiten eigen schuld of toedoen veroorzaakt. De grond voor de ontslagverlening kan juist zijn een verwijtbare gedraging van de werknemer. Dat de toetsing door het GAB en de toetsing door de bedrijfsvereniging los van elkaar (behooren te) staan is ook meermalen door de jurisprudentie bevestigd. Ook de Federatie van Bedrijfsverenigingen heeft dit als haar opvatting verwoord. Uit het feit dat er jurisprudentie aanwezig is blijkt echter al dat de bedrijfsverenigingen zich er niet altijd van bewust zijn geweest dat van hen een zelfstandige toetsing wordt verwacht. Hierdoor valt te verklaren dat de algemene opvatting is ontstaan dat de werknemer, om moeilijkheden te voorkomen, maar beter altijd bezwaar kan aantekenen tegen de ontslagaanvraag, ook indien hem de ontslagredenen als redelijk voorkomen. Jarenlang is getracht dit oneigenlijke aspect uit de ontslagtoetsing te verwijderen, aangezien het een belasting betekent voor het arbeidsbureau die ten koste gaat van de gevallen waar een echt verschil van mening bestaat tussen werkgever en werknemer over het ontslag, doch dit is niet gelukt.

b. Bezwaren, en maatregelen ter voorkoming daarvan.

Aan de preventieve toetsing in de gangbare vorm van vergunningverlening is een tweetal bezwaren verbonden. In de eerste plaats blijkt de beoordeling van de vergunningsaanvraag, benodigd voor iedere opzegging een aanzienlijke belasting voor het GAB-apparaat te vormen. Vooral de werklast van het GAB die in het vergunningen systeem voortvloeit uit het grote aantal pro forma gevallen vormt een belemmering voor een adequate behandeling van de echte beslissingen en gaat bovendien onnodig ten koste van de bemiddelings-taak van het GAB.

Voorts brengt voor de werkgevers een beoordeling van alle ontslag-aanvragen door de ermee gemoeide behandelingstermijn, een verlenging van de tijd die met ontslag gemoeid is mee, die vaak als een belemmering wordt ervaren.

In verband met het eerste bezwaar achten wij het wenselijk dat wordt gezien hoe de onnodige werklast in het GAB zou kunnen worden

weggenomen; bevorderd zou moeten worden dat de preventieve toetsing slechts plaatsvindt indien er tussen werkgever en werknemer een reëel verschil van inzicht bestaat over de redelijkheid van het ontslag.

In verband met het tweede bezwaar zou, er vanuit gaande dat de termijn tussen het aanzeggen en het effectueren van het ontslag niet langer behoort te zijn dan uit een oogpunt van bescherming van de positie van de werknemer noodzakelijk is (in beginsel de opzegtermijn van het B.W.) het systeem van preventieve toetsing op twee wijzen aangepast moeten worden:

1^e. De behandeling van een ontslagaanvraag door het GAB zou gebonden moeten worden aan een bepaalde maximumtermijn, te rekenen vanaf het moment van een voldoende onderbouwde aanvraag.

2^e. De periode waarin het ontslag wordt beoordeeld zou niet langer vooraf moeten gaan aan de opzegtermijn, maar daarmee in de tijd moeten samen vallen; dit betekent het ongedaan maken van de cumulatie van behandelingsduur-GAB en opzegtermijn.

Ter realisatie van het vorenstaande kan ófwel het huidige ontslagvergunningstelsel worden aangepast, ófwel worden overgegaan op een zogenaamd ontslagverbodenstelsel waarin de Directeur GAB alleen tot actie hoeft over te gaan wanneer hij de effectuering van een aangezegd ontslag wenst te verhinderen, hetzij na bezwaar van de kant van de werknemer hetzij op eigen initiatief. De verschillende modaliteiten zullen hierna nader worden uitgewerkt.

c. een aangepast ontslagvergunningstelsel.

Essentie van een ontslagvergunningstelsel is dat, zolang een vergunning niet is verleend de ontslagverlening geen doorgang kan vinden.

In dit vergunningensysteem gaat het initiatief uit van de werkgever, hij dient de argumenten voor ontslag aan te voeren; zolang geen ontslagvergunning wordt verleend blijft de arbeidsverhouding in stand.

Dit is een essentieel verschil met het hierna omschreven preventieve ontslagverbodensysteem.

Bij handhaving van het ontslagvergunningstelsel zou in de regeling een termijn moeten worden gesteld waarbinnen de directeur van het GAB een ontslagvergunningsaanvraag afhandelt. Wat de duur van deze termijn betreft zou als uitgangspunt genomen kunnen worden de termijnen genoemd in het advies van de Stichting van de Arbeid van 2 maart 1984.

Met een ontslagvergunningenstelsel is bezwaarlijk te verenigen dat die termijnen een absoluut fataal karakter zouden krijgen, in die zin dat na verstrijken van de termijn geacht wordt de vergunning te zijn verleend. M.a.w. overschrijding van de termijnen blijft in bepaalde omstandigheden mogelijk; dit dient beperkt te blijven tot objectief dringende redenen inhaerent aan de zaak, waarbij de oorzaak van de overschrijding niet gelegen mag zijn in vertraging bij het GAB.

Bij handhaving van het vergunningenstelsel zal het tegengaan van de cumulatie moet worden geregeld in die zin, dat reeds kan worden opgezegd gelijktijdig met de indiening van de ontslagvergunningsaanvraag. Indien met de ontslagvergunningsprocedure meer tijd gemoeid blijkt te zijn dan de opzegtermijn lang is, dan zal de dienstbetrekking in ieder geval niet kunnen eindigen zolang de ontslagvergunning niet is verleend.

De richtlijnen aan de Directeuren GAB zouden moeten worden vereenvoudigd en gepubliceerd.

Bij handhaving van dit stelsel zou dan ook overwogen kunnen worden in de procedure de "ne bis in idem" gedachte in te voeren in die zin dat binnen 3 maanden na dagtekening van de verleende weigering voor dezelfde werknemer geen nieuwe ontslagvergunning bij het GAB kan worden aangevraagd.

In het verlengde van bovenstaande kan worden gedacht aan het laten vervallen van de preventieve toetsing ten aanzien van dienstbetrekkingen die nog geen 6 maanden hebben geduurd.

Het laten vervallen van een preventieve toetsing ten aanzien van dienstbetrekkingen die nog geen 6 maanden hebben geduurd laat zich zeer wel verenigen met de basis filosofie dat slechts in de echte beslisgevallen een preventieve toets noodzakelijk is. Bij kortlopende dienstverbanden zal dat vaak niet het geval zijn.

Doorvoering van andere voorstellen maakt deze gedachte wellicht minder opportuun met name gelet op het voorstel tot verlenging van de proeftijd genoemd onder E.

Tenslotte zou het kabinet uw Raad's opvatting willen vernemen over de vraag of het gewenst en mogelijk is voorzieningen te treffen in het kader van de werkloosheidsregelingen teneinde te bereiken dat het proforma bezwaar aantekenen overbodig wordt.

Zeker gesteld zou moeten worden dat het niet aantekenen van bezwaar door de werknemer op zich nooit grond mag zijn een uitkeringsaanvraag niet in behandeling te nemen of een uitkering te weigeren. Deze problematiek speelt overigens ook bij het hierna weergegeven ontslagverbodenstelsel.

d. Het ontslagverbodenstelsel.

Kern van het ontslagverbodenstelsel is dat de werkgever zijn ontslagvoornemens binnen de grenzen die de wet (o.m. het Burgerlijk Wetboek) stelt, tot uitvoering mag en kan brengen, tenzij de directeur GAB het ontslag verbiedt bij gemotiveerde beslissing waarin wordt aangegeven welke bezwaren er bestaan tegen het ontslag. Indien de directeur GAB niets doet, d.w.z. geen verbod oplegt, leidt dit ertoe dat het ontslag doorgaat en de arbeidsverhouding wordt verbroken. Dit belangrijke van het vergunningensysteem te onderscheiden gevolg impliceert ook dat primair door de werknemer initiatieven moeten worden genomen en argumenten moeten worden aangedragen om het ontslag geen doorgang te laten vinden. De directeur GAB kan dit verbod opleggen na bezwaar van de werknemer en/of op eigen initiatief. In dit stelsel hebben derden b.v. daarvoor in aanmerking komende werknemersorganisaties de mogelijkheid acties richting directeur GAB te ondernemen.

Overwogen zou kunnen worden voor te schrijven dat opzegging schriftelijk en gemotiveerd dient te geschieden. Dit maakt het de werknemer gemakkelijker om te beoordelen of er aanleiding is voor indiening van een klacht, en geeft het GAB meer overzicht voor de beoordeling of en binnen welke termijnen een verbod moet worden opgelegd.

Indien de werknemer niet protesteert en de directeur GAB geen verbod oplegt zal het ontslag doorgang vinden. Indien de werknemer voldoende argumenten aanvoert of indien de directeur GAB op andere gronden overweegt om een verbod op te leggen zal de directeur GAB de werkgever "horen". Ook hier is eventueel een tweede of derde ronde van hoor en wederhoor niet uitgesloten. Indien de directeur GAB aan de werkgever een verbod oplegt, gaat het ontslag niet door en blijft de arbeidsverhouding in stand.

Inhaerent aan het ontslagverbodensysteem is dat geen cumulatie van behandelingsduur GAB en opzeggingstermijn plaats vindt. Aan het GAB zal een uiterste termijn moeten worden gesteld waarbinnen een

eventueel ontslagverbod zal moeten worden opgelegd.

Op het punt van deze termijn zijn verschillende uitwerkingen mogelijk, doch de dag waarop de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn eindigt kan terzake als "natuurlijke" uiterste termijn worden beschouwd. Indien men de directeur GAB ook na het eindigen van de opzegtermijn nog bevoegdheden ten aanzien van het ontslag zou geven zou dit in feite neerkomen op de bevoegdheid te gelasten dat een feitelijk en juridisch reeds beëindigde dienstbetrekking wederom moet worden aangegaan. Daarbij zou echter een speciale voorziening moeten worden getroffen voor de zeer korte opzeggings-termijnen.

Expliciet zou moeten worden geregeld in welke gevallen het GAB tot het opleggen van een ontslagverbod kan overgaan teneinde tegen te gaan dat onnodige klachten bij het GAB worden ingediend; d.w.z. die gevallen waarvan à priori kan worden gezegd dat de klacht niet tot een ontslagverbod zal leiden. Dit komt ook de rechtszekerheid ten goede.

Elementen van de huidige circulaires van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening zouden in die regels kunnen worden verwerkt. De inhoud van die regels bepaalt of het overheidstoezicht op ontslagverlening meer of minder vergaand zal zijn. Klachten die zijn ingediend naar aanleiding van een ontslagaanzegging en die duidelijk geen betrekking hebben op gedragingen van de werkgever die in de regels zijn genoemd als grond voor een ontslagverbod, zoals de pro forma bezwaren, kunnen op eenvoudige wijze worden afgedaan door het zenden van een standaardreactie aan de klager inhoudende dat de door hem aangevoerde feiten geen aanleiding kunnen geven voor oplegging van een ontslagverbod.

Nader moet worden gezien hoe het georganiseerde bedrijfsleven bij de behandeling van klachten kan worden betrokken. Indien het ontslag een duidelijke relatie met de arbeidsomstandigheden lijkt te hebben zal ook de Arbeidsinspectie moeten worden ingeschakeld.

In die gevallen waar geen ontslagverbod wordt opgelegd staat voor de werknemer nog de mogelijkheid open het ontslag aan te tasten op grond van artikel 1639s B.W. kennelijk onredelijk ontslag.

In het geval waarbij aan de werkgever wel een ontslagverbod wordt opgelegd blijft de mogelijkheid bestaan aan de kantonrechter te verzoeken op grond van gewichtige redenen (art. 1639w B.W.) de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

e. Overige opmerkingen.

Tot slot zij opgemerkt dat uitwerking van bovenomschreven voorstellen kan impliceren dat het reeds eerder genoemde wetsontwerp 13656 te zijner tijd zal moeten worden vervangen door een ander wetsontwerp.

In afwachting van het door U uit te brengen advies worden de werkzaamheden rondom het wetsontwerp 13656 verder opgeschort.

Verder kan nog vermeld worden dat op korte termijn in de Tweede Kamer een voorstel tot wijziging van art. 6, lid 4 BBA betreffende de rol van de Arbeidsinspectie bij ontslagzaken zal worden ingediend. De strekking van het voorstel zal zijn de Arbeidsinspectie slechts in die gevallen waarin naast de reeds ter beschikking staande schriftelijk gegevens nadere bedrijfsinformatie nodig is in te schakelen. De Stichting van de Arbeid heeft zich met dit voorstel accoord verklaard.

B. Gemandateerde bevoegdheid ex art. 6 BBA.

Op grond van het huidige artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 is uitsluitend de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau bevoegd tot het verlenen van een ontslagvergunning. Dit verhindert overigens niet dat de directeur gehouden is de algemene en bijzondere instructies in acht te nemen die hem door of namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden gegeven; dergelijke instructies komen ook regelmatig voor.

Om een aantal redenen achten wij het gewenst dat de bevoegdheid om een ontslagvergunning te verlenen - of, in het ontslagverbodenstelsel, om ontslagverboden op te leggen - formeel wordt gelegd bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Ten eerste is, gelet op de hiërarchische verhouding directeur/Minister en de daarmee samenhangende instructiebevoegdheid, de Minister ten volle verantwoordelijk voor de uitvoering van artikel 6 BBA (c.q. de daarvoor in de plaats tredende regeling); dit achten wij ook wenselijk.

De keerzijde hiervan is dat, waar de directeur een beslissing neemt op basis van de hem gegeven instructies, niet de indruk moet worden gewekt alsof die beslissing inhoudelijk in essentie door de directeur wordt bepaald.

Tenslotte kan het soms wenselijk zijn dat beslissingen omtrent ontslagvergunningverlening niet door de directeur GAB worden genomen, maar centraal op het departement, door of namens de Minister. Hieraan kan met name worden gedacht in geval het een complex van beslissingen betreft in het kader van een collectief ontslag, zeker wanneer bij dat collectief ontslag meerdere bedrijfsvestigingen zijn betrokken, welke onder verschillende GAB gebieden ressorteren.

Indien de beslissingsbevoegdheid formeel bij de Minister wordt gelegd, zullen de directeurs van de GAB's handelen bij gemandateerde bevoegdheid waarbij zij de aanwijzingen en richtlijnen van de Minister terzake in acht zullen nemen, maar waarbij toch in de afweging van belangen de specifieke regionale arbeidsmarktsituatie in voldoende mate kan worden betrokken. In deze afweging zal naar de mening van de regering vaak het algemeen belang moeten worden meegewogen. Die aanwijzingen en richtlijnen dienen te worden vastgesteld bij Ministeriële Besluit en/of A.M.v.B. opdat de burger beter dan tot nu toe het geval is weet of kan weten overeenkomstig welke regels en met inachtneming van welke criteria beslissingen dienen te worden genomen.

In het eerdergenoemde DIA-rapport kwam de regering tot de volgende conclusie:

"De bevoegdheid ex artikel 6 BBA zal worden gelegd bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid die zijn bevoegdheid terzake mandateert aan de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau. De ontslagrichtlijnen zullen worden neergelegd in Ministeriële Besluiten en A.M.v.B.'s."

Terzijde zij hier nog opgemerkt dat de vraag kan worden gesteld of indien wordt gekozen voor een tripatiëte bestuursvorm voor arbeidsvoorziening zoals verwoord in het door Uw Raad d.d. 9 mei 1984 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebrachte interim advies, de bevoegdheid tot het nemen van dergelijke beslissingen bij de overheid moet blijven berusten. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de keuze inzake de toedeling van bevoegdheden die bij het alsdan te vormen tripartiete Bestuur en bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid komen te liggen.

In 1985 zal naar verwachting aan Uw Raad een reactie op genoemd interim-advies worden voorgelegd waarbij ook deze problematiek aan de orde wordt gesteld.

Vooralsnog zou Uw Raad zich kunnen beperken tot een oordeel over de door de regering getrokken conclusie in het kader van de huidige bestuursvorm met betrekking tot het arbeidsvoorzieningsapparaat.

C. De maximale opzegtermijn.

In het B.W. is een aantal bepalingen opgenomen, die in de praktijk een knelpunt kunnen vormen. Het betreft hier vooral de bepaling dat voor een bepaalde groep werknemers (met een hogere leeftijd en langer dienstverband) de opzegtermijn ingevolge het B.W. kan oplopen tot 6 maanden (zie artikel 1639j B.W.). Dit kan onder omstandigheden een te lange termijn voor de werkgever vormen. Met name indien vast staat dat geen werk meer voor de werknemer beschikbaar is.

Vandaar dat in de DIA-rapportage de volgende conclusie werd opgenomen:

"De opzeggingstermijn van het B.W. zou zo kunnen worden aangepast dat de hoogste termijn voor de werkgever een periode van 13 weken niet overschrijdt."

D. Bijzondere ontslagverboden.

In het algemeen kan ingevolge art. 1639 h B.W. niet worden opgezegd tijdens ziekte, zwangerschap en militaire dienst. Dit kan een reëel probleem zijn indien met name bij collectieve ontslagen, om zwaarwichtige bedrijfseconomische redenen moet worden ingekrompen. Het lijkt niet rechtvaardig om in deze gevallen de betreffende werknemers buiten de personeelsinkrimingsoperatie te houden. Bovendien kan handhaving van art. 1639h lid 5 B.W. ook nadelig uitwerken voor deze categorie dienstplichtigen omdat werkgevers minder snel geneigd zijn een arbeidsovereenkomst aan te gaan juist met het oog op dit ontslagverbod.

Derhalve wordt voorgesteld aan artikel 1639h een bepaling toe te voegen dat opzegging wel mogelijk is tijdens ziekte en militaire dienst in geval van opzegging wegens zwaarwichtige bedrijfseconomische redenen. De opzegtermijn gaat dan onmiddellijk in. Het mag daarbij uiteraard niet zo zijn dat bij de selectie bij voorkeur de keuze valt op deze werknemers.

Tijdens de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof - globaal gesproken 6 weken vóór de bevalling en 6 weken daarna - kan het verbod tot opzegging echter niet worden opgeheven aangezien wat die periode betreft Nederland gebonden is aan internationale verplichtingen die zulks verhinderen.

Zowel artikel 8, lid 2, van het Europees Sociaal Handvest als artikel 6 van Verdrag no. 103 van de Internationale Arbeidsorganisatie bevatten de verplichting het als onwettig te beschouwen indien een werkgever een vrouw haar ontslag aanzegt gedurende haar zwangerschaps- en bevallingsverlof of ontslag aanzegt op een zodanig tijdstip dat de opzegtermijn gedurende een dergelijk verlof afloopt.

Artikel 1639h lid 7 bepaalt overigens dat bij CAO van het opzeggingsverbod tijdens ziekte en militaire dienst kan worden afgeweken. Slechts enkele CAO's hebben van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

In de DIA-rapportage werd dienaangaande de volgende conclusie opgenomen:

"Aan het verbod tot opzegging tijdens ziekte, zwangerschap en militaire dienst zal een uitzonderingsmogelijkheid worden toegevoegd, in die zin dat (met uitzondering van de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof) ontslag wel mogelijk is indien het gaat om ontslag wegens bedrijfseconomische redenen dan wel dat de opzeggingstermijn ingaat na afloop van de ziekte, het bevallingsverlof of de militaire dienst."

Verder gelden in gevolge de arbeidsomstandighedenwet bijzondere ontslagverboden voor de bedrijfsgeneeskundige, de veiligheidskundige en de mentor. Deze ontslagverboden zijn in de wet opgenomen om een goed functioneren van deskundigen op het terrein van arbeidsomstandigheden te bevorderen. Aan uw Raad wordt de vraag voorgelegd in hoeverre het geheel van bijzondere ontslagbeschermingsbepalingen tot verstarring van de arbeidsmarkt leidt en of er daarom, met name vanwege de cumulatie, aanleiding is het samenstel van bijzondere ontslagverboden te herzien of een beperking aan te brengen in het aantal ontslagverboden.

E. De proeftijd.

Artikel 1639n B.W. bepaalt dat indien werkgever en werknemer een proeftijd overeenkomen deze niet langer mag zijn dan 2 maanden en voor beide partijen gelijk moet zijn. Afspraken in strijd hiermee zijn nietig; d.w.z. dat dan geacht wordt geen proeftijd overeengekomen te zijn.

Gedurende de proeftijd mag ieder der partijen de dienstbetrekking eindigen zonder opzegging. Voorafgaande toestemming van de directeur GAB ingevolge artikel 6 BBA is niet nodig.

Door een proeftijd overeen te komen geven partijen er blijk van dat zij, alvorens voor de toekomst aan elkaar gebonden te zijn, zich van elkaars hoedanigheden, van de aard van de arbeid of zelfs van hun eigen geschiktheid daartoe, op de hoogte kunnen stellen.

Veelal is het de werkgever die van de gelegenheid tot het op eenvoudige wijze verbreken van de relatie binnen de proeftijd, gebruik maakt.

In tijden van grote werkloosheid en de verminderde mogelijkheden tot het vinden van werk is de periode van de proeftijd een periode van grote onzekerheid met name voor de werknemer. Vanuit de bescherming van de positie van de werknemer dient deze periode kort te zijn.

Een proeftijd van 2 maanden kan in bepaalde situaties echter te kort zijn om goed te kunnen beoordelen of de arbeidsverhouding voor beide partijen bevredigend is en of de werknemer geschikt is voor het werk.

Dit is vooral het geval bij functies voor de vervulling waarvan hogere scholing en ruime praktijkervaring vereist is.

Dit kan ook zo zijn in die gevallen waarin de werknemer enige tijd binnen de proefperiode ziek is geweest. Wordt eerst na afloop van de proeftijd duidelijk dat de werknemer onvoldoende geschikt is, dan kan de werkgever niet meer op eenvoudige wijze een eind aan de arbeidsverhouding maken maar dient hij in de regel de procedure ex artikel 6 BBA bij de directeur GAB te volgen en daarna de opzeggingstermijn in acht nemen.

Dit kan er toe leiden dat een werkgever minder snel bereid is werknemers aan te trekken of bij twijfel eerder tot ontslag binnen de proeftijd overgaat. Daartegenover staat dat een proeftijd per definitie onzekerheid schept; zowel werkgever als werknemer kunnen van de ene op de andere dag geconfronteerd worden met de wens van de wederpartij om tot onmiddellijke verbreking van de arbeidsverhouding over te gaan.

Het lijkt acceptabel de maximale proeftijd in verband hiermee een langere termijn, te weten 3 maanden, te stellen.

Een andere mogelijkheid zou zijn, iets waarvoor in de praktijk eveneens wordt gepleit, het verlengen van de proeftijd met de duur van de ziekte van de werknemer zodat louter dagen van feitelijk werken voor de duur van de proeftijd meetellen. Op deze wijze zou de proeftijd meer tegemoet komen aan de strekking van de bepaling.

Al dan niet in combinatie met voorgaande voorstellen zou in het B.W. de mogelijkheid kunnen worden opgenomen dat bij CAO kan worden afgeweken van de maximale proefperiode van 2 maanden. Hierdoor zou voor de sociale partners de mogelijkheid worden geschapen getoet op de aard en het niveau van de functie het proeftijdsbeding genuanceerd toe te passen.

De regering heeft ten aanzien van bovenstaande in de DIA-rapportage de volgende conclusie getrokken.

"Om de functie van de proefperiode zo goed mogelijk tot zijn recht te laten komen, terwijl toch de periode van onzekerheid zo kort mogelijk blijft, is verruiming van de thans geldende bepaling in die zin dat een proefperiode niet langer dan 3 maanden kan duren, een acceptabele mogelijkheid."

F. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur.

Wanneer werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur aangaan, dan kan deze ingevolge artikel 1639 f BW niet worden voortgezet zonder dat na afloop van deze verlenging opzegging en toestemming van de directeur GAB nodig is. Het doel hiervan is te voorkomen dat door het afsluiten van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur, de werknemer m.b.t. de opzegging in een zwakkere positie wordt gebracht dan de werknemer die voor onbepaalde tijd is aangesteld. Dit voorschrift voorkomt derhalve oneigenlijk gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tengevolge waarvan de werknemer geen rechtsbescherming inzake opzegging zou toekomen.

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur vinden onder meer toepassing indien voor een bepaalde periode werk verricht moet worden, indien een vaste kracht tijdelijk vervangen moet worden of indien een nieuwe activiteit net gestart is en nog onzeker is of die goed van de grond zal komen.

Het kan in dergelijke situaties bezwaarlijk zijn dat een eenmalige verlenging van de arbeidsovereenkomst van bepaalde duur niet mogelijk is zonder dat de normale ontslagbepalingen van toepassing worden. Het effect hiervan kan nl. zijn dat een werkgever minder snel bereid is een werknemer aan te nemen als nog onzeker is hoe lang hij deze nodig zal kunnen hebben, of eerder van verlenging voor nog een korte periode zal afzien, ook al zou er nog werk zijn.

Met inachtneming van het vorenstaande kan een oplossing worden gevonden voor problemen die er met name bij verlenging van kortlopende contracten kunnen zijn.

Er zou een oplossing moeten komen voor die situaties waarin het niet altijd voorzienbaar is op welk moment het werk precies eindigt of het werk toch nog langer blijkt te duren dan waarvoor het dienstverband werd aangegaan. Overigens zou deze problematiek bin-

nen het huidige Burgelijk Wetboek voor een deel kunnen worden ondervangen door het afsluiten van arbeidsovereenkomsten voor de duur van een bepaald project of voor de duur van bepaalde werkzaamheden.

De arbeidsovereenkomst eindigt dan van rechtswege na afloop van het project of na afloop van het bepaalde werk zonder dat daartoe opzegging is vereist.

Voorts zij nog opgemerkt dat ingevolge art. 1639 f lid 5 B.W. bij C.A.O. kan worden afgeweken van het opzeggingsvereiste, waardoor evenmin toestemming nodig is van de directeur GAB. De verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt dan van rechtswege na het verstrijken van de overeengekomen duur. In de praktijk wordt van deze mogelijkheid echter weinig gebruik gemaakt.

De regering heeft aan omschreven problematiek de volgende conclusie verbonden:

"Eenmalige verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur zal mogelijk worden gemaakt met dezelfde duur "(bedoeld is met maximaal dezelfde duur)" als de eerste overeenkomst, met een maximum van één jaar zonder dat na afloop daarvan opzegging en toestemming Directeur GAB vereist zijn (Bijv. een contract voor 3 maanden kan met "(maximaal)" 3 maanden verlengd worden, of een contract voor twee jaar met één jaar, waarna zij "gewoon aflopen" als waren zij van het begin af voor 6 maanden resp. voor 3 jaar gesloten)."

6. De Wet melding collectief ontslag.

Onder de huidige regeling van de Wet Melding Collectief Ontslag doet zich in de praktijk een vertraging van de collectieve ontslagprocedure voor doordat de melding van het ontslag gewoonlijk pas wordt gedaan nadat het voorafgaand overleg (met OR en vakbeweging) is afgesloten; dit vindt zijn oorzaak in het feit dat, althans in de ogen van de partners, de melding een fnuikende belasting van dit voorafgaand overleg zou vormen, omdat de melding al een verregaande specificatie van het ontslagvoornemen dient te bevatten. Deze vertraging is vanuit de strekking van de betreffende EG-richtlijn en de wet gezien onnodig, omdat op deze wijze de termijn van een maand, bedoeld voor consultatie, pas gaat lopen wanneer het in de regeling bedoelde overleg al is beëindigd.

Het is denkbaar dit knelpunt op te lossen onder respectering van de strekking van de richtlijn en de wet, bijv. door in de wet de

mogelijkheid op te nemen dat van de termijn van 1 maand kan worden afgeweken indien reeds voorafgaand overleg tussen werkgever en vakbeweging heeft plaatsgevonden; volgens enigerlei formule zou de duur van het voorafgaand overleg dan tot vermindering van de meldingstermijn kunnen leiden.

Een andere mogelijkheid zou zijn dat de huidige vereisten voor de specificaties van de melding, uiteraard binnen de grenzen van de richtlijn, zodanig worden verlicht dat de melding geen andere gegevens zou behoeven te bevatten dan gegevens die al moesten worden overgelegd in de adviesaanvraag die in verband met het voorgenomen collectief ontslag aan de OR moet worden gericht.

Op basis hiervan kwam de regering tot de volgende conclusie:

"De verlenging in de ontslagprocedure die voortvloeit uit de Wet Melding Collectief Ontslag zal, voorzover deze niet nodig is vanuit de strekking van de richtlijn en de wet, ongedaan worden gemaakt."

Tot slot.

Aan Uw Raad wordt verzocht een visie over het ontslagrecht, in het bijzonder over de door de regering getrokken conclusies uit te spreken en daarbij de verschillende voorstellen in hun onderlinge samenhang te bezien. Wij zouden daarbij op spoed willen aandringen.

Indien zulks mogelijk is zonder dat bedoelde onderlinge samenhang behoeft te worden aangetast, zouden wij gaarne zien dat Uw Raad voor de onderdelen E "proeftijd" en F "arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd" een versneld advies uitbrengt.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,



De Minister van Justitie,

SAMENSTELLING WERKGROEP HERZIENING ONTSLAGRECHT

(Commissie Arbeidswetgeving)

onafhankelijke leden:

mr. W.J.P.M. Fase (voorzitter)
prof. mr. H.L. Bakels
mr. M.M. Olbers

werkgeversleden:

mr. A.G. Blok	(KNOV)
mr. H.N. Brouwer	(VNO)
mr. W. Loorbach	(NCOV)
mevr. mr. C. de Meester	(VNO)
mr. S.J.L. Nieuwsma	(NCW)
mr. J.L. Pagano Mirani	(KNOV)

werknemersleden:

mr. J.C.M.G. Bloemarts	(FNV)
W.W. Muller	(MHP)
mr. H. Nentjes	(CNV)
mr. H.W.M.A. Staal	(FNV)
mr. D.J. van der Vos	(FNV)
A.A. Westerlaken	(CNV)

ministeriële vertegenwoordig(st)ers:

mevr. mr. C.E.M. van den Boom	(SZW)
mr. M. Bouwes	(Just)
mr. J.J. Nuijten	(SZW)
mevr. mr. M. Reinsma	(Just)
mr. J.W. de Vos	(SZW)

secretariaat:

mr. S. van Dissel
mevr. mr. J.M. Uttien-Brussel
mevr. mr. A.A. Snijders

SAMENSTELLING COMMISSIE ARBEIDSWETGEVING

onafhankelijke leden:

mr. W.J.P.M. Fase (voorzitter)
prof. mr. H.L. Bakels
mr. M.M. Olbers

ondernemersleden:

mr. N.J.J. van Kesteren	(NCW)
mr. W. Loorbach	(NCOV)
mevr. mr. C. de Meester	(VNO)
mr. J.L. Pagano Mirani	(KNOV)
drs. T.H.H. van Vuren	(NCBTB)

werknemersleden:

mevr. K.Y.I.J. Adelmund	(FNV)
mr. J.C.M.G. Bloemarts	(FNV)
W.W. Muller	(MHP)
mr. H. Nentjes	(CNV)
mr. H.W.M.A. Staal	(FNV)
A.A. Westerlaken	(CNV)

ministeriële vertegenwoordigers:

dr. J.A.M. Cornelissens	(SZW)
drs. E.H. Siccama	(SZW)

secretariaat:

mr. S. van Dissel
mevr. mr. J.M. Uttien-Brussel
mevr. mr. A.A. Snijders

OPZEGGINGSTERMIJNEN VOOR DE WERKGEVER

	HUIDIGE REGELING		VOORGESTELDE REGELING	
		afwijkingen		afwijkingen
- basisregeling	loonbetalings- tijdvak	bij schriftelijke overeenkomst langere termijn mogelijk (max. 6 maanden)	maandsysteem gekoppeld aan dienstverband	- bij schriftelijke overeenkomst langere opzeggingstermijn mogelijk (max. 6 mnd.) - bij c.a.o. of publiekrechtelijke regeling langere of kortere termijn mogelijk
- anciënniteitsregeling (niet cumulatief met basisregeling)	1 week per dienstjaar na meerderjarigheid met max. 13 weken	- bij schriftelijke overeenkomst langere termijn mogelijk (max. 12 maanden)	bij dienstverband 0-5 jaar : 1 mnd. 5-10 jaar : 2 mnd. 10-15 jaar : 3 mnd. 15 jaar of >: 4 mnd.	
- leeftijdsafhankelijke regeling (cumulatief) met anciënniteitsrege- ling, niet cumulatief met basisregeling	- 1 week extra per dienstjaar na 45 jaar met max. 13 weken - 50 jaar min. opzeggingstermijn 3 weken	- bij c.a.o. of publiekrechtelijke regeling langere of kortere termijn mogelijk		
- maximum opzeggings- termijn	26 weken (door cumulatie anciënniteit + leeftijd)		4 maanden	

OVERZICHT WETTELIJKE OPZEGGINGSVERBODENad I. Nietigheid na handeling in strijd met het bijzondere opzeggingsverbod- Opzeggingsverboden ex artikel 1639h BW

Ingevolge artikel 1639h, tweede t/m vijfde lid BW kan de werkgever de dienstbetrekking niet opzeggen wegens huwelijk of bevalling, tijdens de 7e tot en met de 12e week na de bevalling, of tijdens ziekte (de eerste twee jaar), zwangerschap of "militaire dienst" van de werknemer. Een opzegging, in strijd met één dezer verboden, is nietig. De werknemer moet de nietigheid binnen 2 maanden na de opzegging inroepen (artikel 1639o, vijfde lid); het uit het beroep op nietigheid voortvloeiende loonvoorderechtsrecht verjaart na 6 maanden (artikel 1639u, tweede lid). Van het opzeggingsverbod tijdens ziekte en "militaire dienst" kan bij c.a.o. worden afgeweken (artikel 1639h zevende lid). In geval van faillissement en surséance van betaling kan ten slotte krachtens artikel 40 respectievelijk 239 Faillissementswet van alle opzeggingsverboden ex artikel 1639h worden afgeweken.

- Opzeggingsverbod ex artikel 1637ij, vijfde lid BW

Artikel 1637ij, vijfde lid BW bevat een regeling die voor zover het gaat om een opzegging van een werknemer wegens het feit dat deze een beroep doet op het discriminatieverbod van het eerste lid van dit artikel, aansluit bij het systeem van artikel 1639h.

Het eerste lid van artikel 1637ij verbiedt de werkgever onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen, hetzij middellijk, hetzij onmiddellijk, bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht, de arbeidsvoorwaarden, de bevordering en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge het vijfde lid van voornoemd artikel is een opzegging wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het discriminatieverbod van het eerste lid, nietig; deze nietigheid moet binnen 2 maanden worden ingeroepen.

- Opzeggingsverboden ex artikel 21, tweede lid WOR

Artikel 21, tweede lid WOR verbiedt de ondernemer de dienstbetrekking op te zeggen van leden van de ondernemingsraad (OR) of van leden van een vaste¹ of onderdeelcommissie van de OR. Op overtreding van dit opzeggingsverbod is een nietigheidssanctie

¹ Zie voor de standpunten van de Raad met betrekking tot een eventuele uitbreiding van het aantal werknemers dat onder het opzeggingsverbod van artikel 21, tweede lid WOR valt door het voorstel de samenstelling van de vaste commissies gelijk te doen zijn aan die van de voorbereidingscommissies, het advies van de Raad inzake de vereenvoudiging van de WOR (publicatie nr. 14, 24 oktober 1986, blzn. 32 en 33).

gesteld. Afwijkend van de nietigheidsregeling van artikel 1639o, vijfde lid en artikel 1637ij, vijfde lid, ingevolge welke de werknemer de nietigheid binnen 2 maanden moet inroepen, bevat artikel 21, tweede lid daaromtrent geen enkele bepaling zodat de termijn voor het inroepen van de nietigheid onbegrensd is.

Als extra uitzondering op het opzeggingsverbod is bovendien opgenomen een beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel van de onderneming waarin betrokkene werkzaam is.

- Opzeggingsverbod ex artikel 14, dertiende lid Arbowet

Het systeem van artikel 21, tweede lid WOR is in artikel 14, dertiende lid Arbowet van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van de Arbocommissie.

ad II. Nietigheid wegens handeling in strijd met het voor opzegging geldende vereiste van voorafgaande toestemming van de kantonrechter

- Opzeggingsverbod van artikel 21, derde lid WOR

Krachtens het derde lid van artikel 21 WOR is het de ondernemer niet toegestaan de dienstbetrekking op te zeggen van werknemers die zijn geplaatst op een kandidatenlijst voor de OR, lid zijn van een voorbereidingscommissie van de OR of korter dan 2 jaar geleden lid zijn geweest van (een commissie van) de OR, tenzij de kantonrechter daarvoor vooraf zijn toestemming heeft verleend. De kantonrechter verleent zijn toestemming alleen indien het hem aannemelijk voorkomt dat de opzegging geen verband houdt met de plaatsing van de werknemer op de kandidatenlijst voor de OR of met diens gewezen lidmaatschap van de OR of van een OR-commissie.

Gelijk aan de hiervoor onder systeem I beschreven opzeggingsverboden ex artikel 21, tweede lid WOR, geldt ook voor deze opzegverboden de extra uitzondering wegens beëindiging van de werkzaamheden van (een onderdeel van) de onderneming.

- Opzeggingsverboden van de artikelen 8, vijfde lid, 17, zevende lid, 18, vijfde lid en 19, vijfde lid Arbowet

Het systeem van artikel 21, derde lid WOR is in de Arbowet doorgetrokken naar een aantal andere functionarissen: mentoren, deskundigen van de Arbodienst, artsen werkzaam bij een bedrijfsgezondheidsdienst (bgd) en veiligheidskundigen (artikelen 8, vijfde lid, 17, zevende lid, 18, vijfde lid en 19, vijfde lid)². In artikel 8, vijfde lid Arbowet wordt op de opzegging van de dienstbetrekking van de in dienst zijnde mentor artikel 21, derde t/m vijfde lid WOR van overeenkomstige

² Alleen de artikelen 18, vijfde lid en 19, vijfde lid Arbowet zijn inmiddels in werking getreden.

toepassing verklaard zij het dat het derde lid, derde zin van dat artikel enigszins is aangepast in die zin dat de kanton-rechter zijn toestemming slechts verleent indien het hem aannemelijk voorkomt dat de opzegging geen verband houdt met "feiten of omstandigheden, voortvloeiend uit een juiste taakuitoefening door de mentor".

In de artikelen 17, zevende lid, 18, vijfde lid en 19, vijfde lid wordt voor de opzegging van de aldaar genoemde functionarissen artikel 8, vijfde lid van overeenkomstige toepassing verklaard.

Ten aanzien van deze functionarissen geldt overigens nog een extra ontslagbeschermende bepaling: zij kunnen niet worden opgezegd dan nadat de OR respectievelijk de Arbocommissie in de gelegenheid is gesteld daarover advies uit te brengen (artikel 8, vijfde lid Arbowed).

Wettelijke opzeggingsbeperkingen: waarborg voor naleving via GAB-toets

- Artikel 1638nn BW

Artikel 1638nn BW bevat een bijzondere verlofregeling (zonder behoud van loon) voor werknemers die in hun hoedanigheid van lid van de Eerste Kamer of van bepaalde vertegenwoordigende organen van publiekrechtelijke lichamen, met uitzondering van de Tweede Kamer, de vergaderingen van die organen moeten bijwonen. Wanneer tussen partijen geen overeenstemming over het verlof bestaat, kan de werkgever de dienstbetrekking niet wegens het bijwonen van vergaderingen van het vertegenwoordigend orgaan opzeggen, zolang de rechter niet omtrent (de mate van) het verlof heeft beslist. Een aparte sanctieregeling ontbreekt hier: op een handeling van de werkgever in strijd met deze opzeggingsbeperking, is het algemeen preventief opzeggingsverbod ex artikel 6 BBA van toepassing. Een afwijkend beding ten nadele van de werknemer is nietig (artikel 1638nn, vijfde lid).

- De Wet Arbeid gehandicapte werknemers (WAGW)

De Wet Arbeid gehandicapte werknemers (WAGW) die op 1 juli 1986 in werking is getreden, voorziet niet in een bijzonder verbod tot opzegging van een gehandicapte werknemer. Wel is in het kader van die wet -zoals in de M.v.T. op het ontwerp al werd aangekondigd- een richtlijn³ aan de directeuren GAB uitgevaardigd ingevolge welke het ontslagbeleid ten aanzien van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers (met een restcapaciteit) is aangescherpt.

- Wet Overgang van Ondernemingen

In de Wet Overgang van Ondernemingen (artikelen 1639aa e.v. BW) is een regeling opgenomen welke beoogt werknemers in geval van

³ Richtlijn van 9 december 1986, ARBVO/Jura - BMA/86/19683.

de overdracht van de onderneming waarin zij werkzaam zijn het behoud van hun arbeidsplaats en arbeidsvoorwaarden te garanderen. Hiertoe is in artikel 1639bb bepaald dat door de overgang van een onderneming de rechten en plichten die op het tijdstip van de overgang voor de werkgever van die onderneming voortvloeien, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Hoewel de onderhavige ontslagbescherming niet in een specifiek opzeggingsverbod is uitgewerkt, houdt zij wel impliciet een verbod tot opzegging wegens het enkele feit van overgang van de onderneming in.

De directeur GAB wordt geacht bij zijn preventieve toetsing met dit verbod rekening te houden en aan ontslagaanvragen die uitsluitend met (of door) een mogelijke of plaatsgehad hebbende overname worden gemotiveerd zijn toestemming te onthouden. De regeling is niet van toepassing in geval van faillissement.⁴

- Artikel 1637ij, eerste en zesde lid BW

Artikel 1637ij, eerste lid BW bevat, zoals hiervoor al bij het opzeggingsverbod van artikel 1637ij, vijfde lid werd vermeld, een verbod voor de werkgever tot directe en indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen onder meer bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge het tweede lid van dit artikel is ieder beding in strijd met het verbod van het eerste lid nietig.

Voorts is in artikel 1637ij, zesde lid een verbod tot discriminatie tussen gehuwden en ongehuwden bij het aangaan en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst opgenomen.

Op overtreding van de in het eerste en zesde lid van artikel 1637ij bedoelde discriminatieverboden staat geen aparte (nietigheids)sanctie. De directeur GAB wordt ook hier weer geacht bij zijn preventieve ontslagtoetsing met het discriminatieverbod rekening te houden en zal, indien hij van mening is dat in strijd met één dezer verboden is gehandeld, de gevraagde toestemming onthouden.

Een werknemer die meent dat de werkgever in strijd met het discriminatieverbod de dienstbetrekking heeft beëindigd, is aangewezen op de civiele procedure van artikel 1639s BW (kennelijk onredelijk ontslag), waarbij een schadevergoeding naar billijkheid kan worden gevorderd of (artikel 1639t) herstel van de dienstbetrekking.

Voorts kan de zich gediscrimineerd voelende werknemer zich nog wenden tot de Commissie Gelijke Behandeling tussen mannen en vrouwen bij de arbeid, die haar uitspraak kan publiceren.

- Artikel 5 Uitvoeringswet Europees Verdrag rechtspositie migrerende werknemers

In artikel 5 van de Uitvoeringswet van het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers dd. 2 decem-

⁴ Conform Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, arrest dd. 7 februari 1985, zaak nr. 135/83; zie ook het SER-advies Overgang van Ondernemingen van 15 november 1985, SER-uitgave 1985, nr. 23.

ber 1982 is een regeling opgenomen die, voor zover het discriminatie tussen Nederlanders en niet-Nederlanders betreft, gelijkennissen vertoont met de regeling van artikel 1637ij, eerste en tweede lid BW.

Artikel 5, eerste en tweede lid van de Uitvoeringswet luidt als volgt.

1. De voorwaarden, waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel wordt beëindigd met een arbeider van een andere dan de Nederlandse nationaliteit, die in Nederland zijn woonplaats heeft, mogen voor deze niet ongunstiger zijn dan die welke voor een arbeider van Nederlandse nationaliteit zouden gelden.

2. Elk beding dat niet in overeenstemming is met het bepaalde in het eerste lid van dit artikel is nietig.

Voor de sancties en procedures met betrekking tot de overtreding van dit discriminatieverbod moge korthedshalve worden verwezen naar hetgeen hiervoor bij het discriminatieverbod ex artikel 1637ij, eerste lid BW hierover werd opgemerkt.



Publikatieoverzicht

RECENTE PUBLIKATIES

Advies cursorisch beroepsonderwijs
1988, 28 pp., ISBN 90-6587-324-4
bestelnr. 88/11

Advies sociaal-economisch beleid op middellange termijn 1988-1992
1988, 241 pp., ISBN 90-6587-320-1
bestelnr. 88/10

Advies WAGW
1988, 113 pp., ISBN 90-6587-322-8
bestelnr. 88/09

Advies gelijktijdige OR-verkiezingen
1988, 19 pp., ISBN 90-6587-319-8
bestelnr. 88/08

Advies zwangerschaps- en bevallingsverlof
1988, 36 pp., ISBN 90-6587-318-X
bestelnr. 88/07

Advies vaststelling rechtspositie en arbeidsvoorwaarden WSW
1988, 16 pp., ISBN 90-6587-317-1
bestelnr. 88/06

Advies Pandhuiswet
1988, 12 pp., ISBN 90-6587-316-3
bestelnr. 88/05

Advies maatschappelijke posities van meisjes
1988, 64 pp., ISBN 90-6587-313-9
bestelnr. 88/04

Advies aanpassingssysteem minimumloon en sociale uitkeringen
1988, 113 pp., ISBN 90-6587-312-0
bestelnr. 88/03

Rapport publieke uitgavennorm en collectieve lastendruk
1988, 61 pp., ISBN 90-6587-310-4
bestelnr. 88/02

Advies voorbereidend beroepsonderwijs
1988, 23 pp., ISBN 90-6587-309-0
bestelnr. 88/01

ALGEMEEN

SER-adviezen
Een jaarabonnement op de belangrijkste adviezen die de SER uitbrengt (ca. 20 per jaar) kost *f* 200,--

SER-bulletin
Maandelijks uitgave met nieuws en informatie over de SER, Stichting van de Arbeid en de Pensioenkamer en over belangrijke sociaal-economische ontwikkelingen.
Abonnement per kalenderjaar *f* 35,--

De Sociaal-Economische Raad
(folder, ook verkrijgbaar in Frans, Duits en Engels) gratis

Knipselkrant
Achtergrondartikelen en commentaren op sociaal-economisch gebied uit de dag- en weekbladen. Verschijnt tweemaal per week. Jaarabonnement (verzend- en administratiekosten) *f* 200,--

Alle uitgaven zijn te bestellen door overmaking van de vermelde prijs op gironummer 33.32.81 ten name van de SER te 's-Gravenhage, onder vermelding van bestelnummer of titel.
Op aanvraag zenden wij u gratis een uitgebreid publikatieoverzicht toe.

Uitgave: Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK 's-Gravenhage

ISBN 90-6587-334-1