

Memo

Aan: De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Locatie: Den Haag

Van: Eversheds Sutherland,
mr. W.M. Blom – advocaat

Locatie: Amsterdam

Datum: 7 mei 2018

Internetconsultatie conceptwetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans

1. Inleiding

- 1.1. Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het conceptwetsvoorstel "Arbeidsmarkt in balans", gepubliceerd op 9 april 2018 ("Conceptwetsvoorstel"). Wij maken graag gebruik van de geboden mogelijkheid om deel te nemen aan bovengenoemde internetconsultatie.
- 1.2. Wij hebben ervoor gekozen alleen te reageren ten aanzien van onderdeel G – de introductie van een "cumulatiegrond" – en onderdeel H – de extra ontslagvergoeding in geval van cumulatiegrondontslag.
- 1.3. In onderstaande reactie hebben wij bedoeld slechts te reageren vanuit juridisch analytische optiek.

2. De verzamelgrond

- 2.1. In het kader van de Wet Werk en Zekerheid ("WWZ") heeft de wetgever destijds bewust besloten geen verzamelgrond op te nemen in artikel 7:669 lid 3 BW. Nu is de wetgever voornemens wel een verzamelgrond op te nemen en stelt voor als volgt.

"G

Aan artikel 669, derde lid, wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel h door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende: i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."

- 2.2. Met de toevoeging van onderdeel i aan het huidige artikel 7:669 lid 3 BW blijft het ontslagstelsel van de WWZ in stand. Het is belangrijk dit op te merken, want daaruit volgt dat het niet de bedoeling van de wetgever is om terug te keren naar het oude ontslagrecht, in het bijzonder naar artikel 7:685 BW met een generieke ontbindingsgrond.

Memo

- 2.3. Tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ in de Eerste Kamer is motie Backer aangenomen waarin de regering is verzocht de Tweede Kamer uiterlijk 1 jaar na inwerkingtreding van de WWZ te informeren over de werking van de in de wet beschreven gronden waarop de rechter de arbeidsovereenkomst kan ontbinden.¹ Daaraan heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voldaan middels zijn brief aan de Tweede Kamer van 30 juni 2016.² Voorafgaand daaraan en in dat kader heeft de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht van de Universiteit van Amsterdam / het Hugo Sinzheimer Instituut onderzoek gedaan. Het betreffende rapport "Evaluatie ontslaggronden WWZ" ("HSI Rapport") is bijlage bij genoemde kamerbrief. In onderdeel 1.1 van dit rapport volgt na opsomming van de gronden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter op verzoek van de werkgever onder andere de constatering – overeenkomstig de parlementaire geschiedenis van de WWZ – dat een combinatie van niet voldoende onderbouwde gronden niet tot ontbinding kan leiden.
- 2.4. Het HSI Rapport meldt dat in zijn algemeenheid rechters de ontslaggronden gegeven in artikel 7:669 BW toereikend vinden. Maar er is een groep die heeft aangegeven een algemene of mix ontslaggrond te missen voor gevallen waarbij de onderbouwing van de ontslaggronden onvoldoende is voor ontbinding, terwijl zij beëindiging van de arbeidsovereenkomst wel gerechtvaardigd achten. Daarbij geven zij aan bij zo'n algemene ontslaggrond het dan wel wenselijk te vinden om de bevoegdheid te hebben hogere ontslagvergoedingen toe te kennen. 86% van deze groep respondenten geeft aan dat zij in gevallen waarin zij een grond missen, het ontbindingsverzoek afwijzen of een schikking beproeven.³ Op het punt van de vergoeding komen wij in onderdeel 3 hierna terug.
- 2.5. Het HSI Rapport vindt bevestiging in het rapport van VAAN - VvA getiteld "Evaluatieonderzoek WWZ 2016" van 15 juni 2016.
- 2.6. In de arbeidsrechtpraktijk van ons kantoor constateren wij ook dat de meeste ontslagzaken goed te behandelen zijn met de huidige gronden gegeven in artikel 7:669 BW. Maar, ook wij constateren dat er een beperkt aantal zaken is, waar het totaal aan feiten verdeeld over de verschillende ontslaggronden per ontslaggrond een onvoldoende onderbouwing geeft voor ontbinding, terwijl dat geheel *an sich* een beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.
- 2.7. De wetgever heeft met de WWZ bedoeld het ontslag niet moeilijker te maken.⁴ Geconstateerd is - zie hiervoor - dat dat in een beperkt aantal zaken wel zo heeft uitgepakt. Het gaat dan om zaken waarin het totaal aan feiten verdeeld over verschillende van de huidige ontslaggronden per grond onvoldoende onderbouwing geeft voor ontbinding, terwijl het totaal wel voldoende onderbouwing voor ontbinding zou geven indien er een cumulatiegrond zou zijn. Toevoeging van het voorgestelde sub i aan artikel 7:669 lid 3 BW, is dan ook wetstechnisch een goede aanvulling.

3. Vergoeding

- 3.1. De wetgever stelt voor om in het geval van ontbinding op de cumulatiegrond, de rechter de mogelijkheid te geven bovenop de transitievergoeding een vergoeding toe te kennen ter grootte van maximaal 50% van de transitievergoeding. Het voorgestelde artikel luidt als volgt.

1 Kamerstuk 33 818, nr F.
2 Kamerstuk 34 351, nr. 18.
3 HSI Rapport, onder andere onderdelen 1.5 en 1.8.
4 Zie onderdeel 4 hierna.

"H

Artikel 671b wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onderdeel a, wordt "c tot en met h" vervangen door "c tot en met i".

2. In het zesde lid wordt "b tot en met h" vervangen door "b tot en met i".

3. Onder vernummering van de leden 8 tot en met 10 tot 9 tot en met 11 wordt een lid ingevoegd, luidende:

8. Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel i, kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de vergoeding die de werkgever op grond van artikel 673, leden 1 en 3, aan de werknemer is verschuldigd."

- 3.2. Ook in dit kader hechten wij er aan op te merken dat de wetgever met het Conceptwetsvoorstel niet wil afwijken van de systematiek van artikel 7:669 BW. Ook hechten wij er aan nog eens op te merken dat onderzoeken laten zien dat er rechters zijn die bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst strenger toetsen dan voorheen, in strijd met de bedoeling van de wetgever en ondanks bevestiging van die bedoeling in rechtspraak van hoven en inmiddels ook de Hoge Raad.⁵ Vervolgens wijzen wij op het onderstaande citaat uit het HSI Rapport.

*"Onderkend wordt ook dat zo'n algemene ontbindingsgrond met een discretionaire vergoedingsmogelijkheid niet past binnen de door de wetgever gekozen systematiek. Een aantal rechters merkt in de gesprekken op dat daarmee in feite het oude systeem weer binnen zou worden gehaald."*⁶

- 3.3. De voorgestelde extra vergoedingsmogelijkheid bij ontbinding op de cumulatiegrond is discretionair, hoewel in maximum beperkt. Het risico van het toevoegen van de cumulatiegrond mét hogere vergoedingsmogelijkheid, is precies dat wat rechters zelf al aangaven: de feitelijke terugkeer naar het oude systeem omdat rechters dan geneigd zullen zijn eerder op de voorgestelde cumulatiegrond te ontbinden. Dat zou niet overeenkomen met de bedoeling van de wetgever bij de WWZ als bij het huidige Conceptwetsvoorstel, niet in de minste plaats omdat daarmee de door de wetgever niet gewilde strengere toetsing - voor zover dat nog plaats vindt - in stand gehouden zou worden.
- 3.4. Bedacht moet overigens worden dat in het oude systeem de toetsingsmaatstaf bij een geval dat nu onder voorgestelde cumulatiegrond zou vallen, niet lichter was dan in gevallen die nu onder de gronden van artikel 7:669 lid 3 c tot en met h BW vallen. Dat zou ook bij de cumulatiegrond niet het geval moeten zijn.
- 3.5. De toekenning van een extra vergoeding bij een cumulatiegrond, komt ons ook overigens niet logisch voor. Het verschil tussen de werknemer die zodanig onderpresteert dat zijn arbeidsovereenkomst deswege ontbonden moet worden op de d-grond en de werknemer die onderpresteert, maar in mindere mate en daarbij ook nog bij tijd en wijle vervelend doet tegen zijn leidinggevende (g-grond) en het veelal niet eens is met het te voeren beleid (h-grond), waarbij het totaal ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt op de cumulatiegrond maar niet op andere gronden, zien wij

⁵ Zie voetnoten 10 en 11.

⁶ HSI Rapport, p. 17.

niet. De werkgever treft in beide gevallen geen verwijt en zeker geen ernstig verwijt, zodat ook in het gedrag van de werkgever geen rechtvaardiging gevonden kan worden voor een hogere ontslagvergoeding. Verder is ook in het werkgeversrisico in deze gevallen geen verschil te zien, laat staan een verschil dat een hogere vergoeding bij cumulatiegrondontslag rechtvaardigt. Wat de rechtvaardiging zou zijn om in het verzamelgrondvoorbeeld deze werknemer bij ontslag te belonen ten opzichte van de genoemde onderpresterende werknemer, zien wij niet.

- 3.6. Gelet op het voorgaande raden wij het af een extra vergoedingsmogelijkheid bij cumulatiegrondontslag op te nemen in het uiteindelijke wetsvoorstel.

4. Vervang "onvoldragen" door "onvoldoende onderbouwd"

- 4.1. Civielrechtelijke analyse en beoordeling is een kwestie van het wegen van de onderbouwing van de aangevoerde grond of gronden tegen de onderbouwde betwisting van de wederpartij. De onderbouwing kan bestaan uit argumenten, eventueel verder onderbouwd door verwijzing naar rechtsbronnen en bewijs. Dat alles gegeven de omstandigheden van het geval. Het rechtelijk oordeel dient gegeven het voorgaande rechtvaardig te zijn. Het arbeidsrecht – als onderdeel van het civiele recht – is daarvan niet uitgezonderd.
- 4.2. Civielrechtelijke analyse en beoordeling is dan ook geheel anders dan hoe dat in de exacte wetenschap plaats vindt. Wat een rechtvaardig oordeel is, kan niet tot stand komen door te meten, op te tellen of andere reken- of meetkundige methoden toe te passen. Vergelijkingen met maatbekers, al dan niet volle glazen en dergelijke gaan dan ook mank. Dat geldt ook voor het gebruik van de term "niet voldragen" (danwel "onvoldragen" of "voldragen").
- 4.3. De term "niet voldragen" duikt op in de parlementaire geschiedenis van de WWZ. Voor het gemak volgt hieronder het betreffende citaat.

"De VAAN merkt op dat de vergoeding naar billijkheid in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wel wordt beschouwd als smeermiddel in situaties waarin het duidelijk is dat de arbeidsovereenkomst beter kan eindigen, terwijl het ontslagdossier nog niet geheel voldragen is. Opgemerkt wordt dat dat smeermiddel straks niet meer zal bestaan en er een zwart-wit situatie zal ontstaan: of er is voldoende grond om te ontbinden, dan is als hoofdregel uitsluitend de transitievergoeding verschuldigd, of die voldoende grond is er niet, en de arbeidsovereenkomst waarvan het duidelijk is dat die redelijkerwijs zou moeten eindigen, duurt voort. De VAAN vraagt zich af of het juist is dat de kantonrechter in die situatie als enige mogelijkheid heeft een ontbindingsverzoek te weigeren en of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen.

Als in dit verband onder een <<niet voldragen>> dossier wordt verstaan dat uit het dossier niet blijkt dat er een redelijke grond is voor ontslag (of aan de overige vereisten voor ontslag is voldaan) dan is het evident dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet zal kunnen ontbinden. Daar is in dat geval immers geen grond voor. Niet duidelijk is welke situatie de VAAN voor ogen heeft daar waar gesteld wordt dat bij het ontbreken van een redelijke grond voor ontslag er redenen kunnen zijn dat de arbeidsovereenkomst <<redelijkerwijs>> toch zou moeten eindigen. Of er is een redelijke grond voor ontslag en dan kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden, of er is geen redelijke grond voor ontslag en dan is er ook geen grond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Of het

aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen, kan de regering niet op voorhand voorspellen. Dat is immers mede afhankelijk van hetgeen aan de rechter wordt voorgelegd die vervolgens zal moeten oordelen of een werknemer terecht of onterecht voor ontslag wordt voorgedragen.”⁷

- 4.4. Van (wetstechnisch) belang is in dit verband niet zozeer de vraag van de VAAN, maar veeleer hoe de wetgever daarop heeft geantwoord. Allereerst: de wetgever herkent de term niet én neemt deze ook niet over. Daaruit volgt dat deze term niet van toepassing is in het kader van artikel 7:669 BW.
- 4.5. De interpretatie dat het huidige ontslagrecht een striktere toetsing zou kennen dan op grond van artikel 7:685 oud BW en het vervallen BBA, zie onder andere S.F. Sagel,⁸ lijkt in hoge mate gestoeld op het bovenstaande antwoord van de Minister op de vraag van de VAAN ten aanzien van het ‘niet voldragen dossier’ en de ontslagvergoeding als ‘smeermiddel’. Onder die vraagstelling ligt een wonderlijke aanname, namelijk dat onder het oude recht rechters arbeidsovereenkomsten ontbonden terwijl dat niet gerechtvaardigd was en dat dan compenseerden met een hogere vergoeding. Die aanname doet rechters schromelijk tekort, sterker nog, het is impliciet een nogal ernstige beschuldiging aan het adres van kantonrechters. Ons zijn ook geen uitspraken bekend die die aanname ondersteunen en wat ons betreft is die aanname dan ook onjuist. Aan die wonderlijke en onjuiste aanname wordt overigens ook een onjuiste conclusie verbonden: namelijk dat een ongerechtvaardigd ontslag met een hoge vergoeding wel gerechtvaardigd zou zijn. Het antwoord van de wetgever dat er op neer komt dat als ontslag niet gerechtvaardigd is, het ook niet gegeven moet worden is dan ook het enige logische antwoord op de gestelde vraag.
- 4.6. Gelet op de parlementaire geschiedenis van de WWZ kan de in randnummer 4.5 genoemde interpretatie niet juist zijn. De wetgever gaf immers, zeker 11 keer, in de parlementaire geschiedenis aan dat de ontslagtoetsing niet soepeler, niet strenger maar hetzelfde zou zijn als onder het oude recht.⁹ Al vroeg na de inwerkingtreding van de WWZ is dat ook bevestigd in rechtspraak van gerechtshoven¹⁰ en recent nog door de Hoge Raad.¹¹
- 4.7. Dat een wetsartikel toegepast dient te worden naar de bedoeling van de wetgever, af te leiden uit de parlementaire geschiedenis, is niet nieuw en

⁷ *Kamerstukken I*, 2013 - 2014, 33 818, C, p. 87.

⁸ S.F. Sagel, *Werk en Zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, Universiteit Leiden 2014.

⁹ *Kamerstukken II*, 2013 - 2014, 33 818, 3 p. 80, *Kamerstukken II*, 2013 - 2014, 33 818, 7, p. 43, *Handelingen II*, 2013 - 2014, 54, item 9, p. 17, *Handelingen I*, 2013 - 2014, 32, item 14, p. 10, *Handelingen I*, 2013 - 2014, 32, item 14, p. 11, *Kamerstukken I*, 2013 - 2014, 33 818, 3, p. 46, *Kamerstukken I*, 2013 - 2014, 33 818, p. 98, *Handelingen II*, 2013 - 2014, 54, item 9, p. 20, *Handelingen II*, 2013 - 2014, 54, item 9, p. 20, *Kamerstukken I*, 2013 - 2014, 33 818, C, p. 87 en *Kamerstukken I*, 2013 2014, 33 818, C, p. 87-88.

¹⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI: NL:GHARL:2016:2655, AR-Updates.nl 2016-0383, JAR 2016/129, TvPP 2016, afl. 3, p. 69, AR 2016/1055, JAR 2016/129 en Gerechtshof Den Haag, 23-08-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441, JAR 2016/245 met annotatie van mr. M.W. Koole, JIN 2016/213 met annotatie van H.C.K. Senden, AR-Updates.nl 2016-0989, RAR 2016/160, AR 2016/3170, JAR 2016/245.

¹¹ Hoge Raad 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, AR-Updates.nl 2018-0214, NJB 2018/454 RvdW 2018/270, Ondernemingsrecht 2018/50 met annotatie van J.M. van Slooten en Hoge Raad, 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, TRA 2018/41 met annotatie van D.J. Buijs, AR-Updates.nl 2018-0216, NJB 2018/457, RvdW 2018/271.

wordt – logischerwijs – ook in de rechtspraak onder de WWZ toegepast.¹² Waarom er ook rechters – en anderen – zijn die menen dat er onder het huidige ontslagrecht een strengere toetsing zou dienen plaats te vinden – zie ook het HSI Rapport – kunnen wij dan ook niet verklaren anders dan dat dat komt door een door de wetgever niet bedoelde toepassing van artikel 7:669 BW.

- 4.8. Civielrechtelijk was de term “*niet voldragen*” ook niet bekend voor de juridische discussies in de aanloop naar de inwerkingtreding van de WWZ, althans in elk geval ons niet. Het civielrechtelijk systeem brengt met zich dat er een rechtsgrond aangevoerd moet worden die voldoende onderbouwd moet zijn. Bij onvoldoende argumentatie en/of bewijs kan de rechter het verzochte/gevorderde afwijzen, wegens gebrek aan bewijs en/of onvoldoende motivering althans voldoende gemotiveerde betwisting of woorden van vergelijkbare strekking, zoals dat altijd al – binnen en buiten het arbeidsrecht – gebruikelijk was.
- 4.9. Ter vergelijking: voor de overdracht van een goed, vereist artikel 3:84 BW onder andere dat er een geldige titel moet zijn, bijvoorbeeld koop. Een rechter zal niet oordelen dat overdracht niet tot stand is gekomen vanwege een “*niet voldragen*” titel. Het is dan ook logisch dat de wetgever de term niet herkende en ook niet overnam.
- 4.10. De term geeft bovendien de ontorechte indruk dat de toetsingsmaatstaf bij ontslag zou zijn dat een ontslaggrond pas voldoende onderbouwd zou zijn als het dossier “*voldragen*” is, alsof een dossier rekenkundig meetbaar zou zijn, of zoals Sagel stelde, de ontslaggrond voldoende onderbouwd zou zijn als het glas vol zou zijn. Dergelijke vergelijkingen helpen niet, want deze passen de wijze van juridische analyse en beoordeling niet.
- 4.11. In de concept Memorie van Toelichting bij het Conceptwetsvoorstel (“**ConceptMvT**”) kwamen wij de term “*onvoldragen*” respectievelijk “*bijna voldragen*” tegen.¹³ Gelet op het voorgaande en niet in de minste plaats omdat de wetgever met het Conceptwetsvoorstel aan de toetsingsmaatstaven van artikel 7:669 BW niets wil veranderen, adviseren wij deze term in het uiteindelijke wetsvoorstel te vervangen door “*onvoldoende onderbouwd*” of woorden van gelijke strekking.
- 4.12. Voor de duidelijkheid: de toetsingmaatstaf voor elk van de ontslaggronden genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW is “*aannemelijkheid*”. De werkgever moet aannemelijk maken dat aan de aangevoerde ontslaggrond is voldaan.

5. Terminologie overig

- 5.1. Het ontslagstelsel was nooit gesloten, want beëindiging middels bepalingen uit het algemeen verbintenissenrecht (Boek 6 BW), zoals de ontbindende voorwaarde, waren van toepassing en ook de mogelijkheid van beëindiging middels een vaststellingsovereenkomst of anderszins met wederzijds goedvinden waren van toepassing. Met de WWZ is daaraan niets gewijzigd: de betreffende parlementaire geschiedenis wijdt er geen woord aan.

¹² Zie onder andere Hoge Raad, 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, ECLI:NL:PHR:2016:998, 16/02674 (annotatie), JAR 2017/19, Hoge Raad, 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, JAR 2017/188 met annotatie van Mr. dr. A. van Zanten-Baris, JIN 2017/171 met annotatie van I.H. Kersten, AR-Updates.nl 2017-0826 met annotatie van P. Kruit, Prg. 2017/228 met annotatie van Mr. J.J.M. de Laat, NJ 2017/298 met annotatie van E. Verhulp, TRA 2017/92 met annotatie van mr. dr. M.S.A. Vegter, UDH:TvAO/14818 met annotatie van mr. K. Teuben en mr. A.A.T.M. de Jong, TvPP 2017, afl. 4, p. 146, RAR 2017/121, AR 2017/6114, NJB 2017/1523, RvdW 2017/764, AR 2017/3360, JAR 2017/188, AR 2018/19816/03200 en de uitspraken genoemd in voetnoten 10 en 11.

¹³ ConceptMvT, p. 61 respectievelijk 62.

Memo

- 5.2. De term 'gesloten ontslagstelsel' wordt wel veel gebezigd, maar is niet alleen onjuist, maar ook onnodig. Via het adagium '*lex specialis derogat ad lex generalis*' (de bijzondere regel gaat voor de algemene regel) zal ontbinding van de arbeidsovereenkomst altijd plaats moeten vinden middels de betreffende bepalingen van Boek 7, titel 10 BW en niet middels meer algemene bepalingen elders in het BW. Dat het adagium nog steeds in het latijn gebruikt wordt, zegt overigens ook iets over hoe lang dat al in ons recht gebruikt wordt.
- 5.3. Bedrijven als Schiphol en bedrijven op Schiphol hebben er baat bij dat de arbeidsovereenkomsten met hun werknemers bij verlies van de Schipholpas van rechtswege automatisch eindigen op grond van een ontbindende voorwaarde. Het gebruik van de term "gesloten ontslagstelsel" zou aanleiding kunnen geven om te denken dat de wetgever deze mogelijkheden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet meer wenst. Uit de verdere tekst van de ConceptMvT blijkt dat zeker niet en ervan uitgaande dat dat ook niet de bedoeling van de wetgever is met het Conceptwetsvoorstel, is het dan ook aan te raden deze terminologie niet te hanteren.
- 5.4. In de ConceptMvT lazen wij "*Met de Wwz is een gesloten stelsel van redelijke gronden in de wet op genomen.*"¹⁴ Gelet op het voorgaande adviseren wij in het uiteindelijke wetsvoorstel de term "gesloten stelsel" of woorden van gelijke strekking niet op te nemen.

¹⁴ ConceptMvT, p. 59, onderdeel 3.2.1.