

MR. H.A. HORA ADEMA

Opzegverboden en opzegtermijnen

DOSSIER

12

Nr. 42 / juli 2000

Vertel de eerste de beste werkgever dat ieder der partijen in beginsel vrij is de arbeidsovereenkomst te allen tijde op te zeggen en je wordt uitgelachen of boos aangekeken. Boos aangekeken omdat elke werkgever wel te maken heeft (gehad) met een (volgens de werkgever zogenaamd) zieke werknemer waar de werkgever vanaf wil maar niet kan. Of met een procedure die al ruim een half jaar loopt bij de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA), terwijl de werkgever dacht 'even' een ontslagvergunning te regelen na twee jaar wachten in verband met het opzegverbod wegens ziekte. Om nog maar te zwijgen over die keer dat de werkgever zich – nadat eindelijk de toestemming voor opzegging was verkregen – geconfronteerd zag met een in acht te nemen opzegtermijn van 6 maanden. Uitgelachen of boos aangekeken, het ontslagrecht kent toch echt het beginsel van kort gezegd 'de vrije opzegging'.¹ Het zijn de bepalingen over opzegverboden en opzegtermijnen die het beginsel afdekken en haast onzichtbaar maken.

Het vrijwel gesloten systeem van het ontslagrecht is neergelegd in afdeling 9 van titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (BW). Opzegging is één van de in de wet genoemde manieren om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarbij gelden onder andere de wettelijke bepalingen over opzegtermijnen en opzegverboden. Het opzeggen van een arbeidsovereenkomst in strijd met een opzegverbod of een opzegtermijn, kan leiden tot schadeplichtigheid of een niet rechtsgeldige opzegging. In deze uiteenzetting zal niet nader op de schadeplicht² worden ingegaan. Wel zal deze bijdrage in vogelvlucht de huidige regeling van de opzegverboden en de opzegtermijnen behandelen, in het bijzonder met het oog op de sinds

1 januari 1999 geldende Wet flexibiliteit en zekerheid en voorzover relevant in het licht van de oude regeling.³

Opzegverboden

Oude regeling en herziening

Tot 1 januari 1999 waren de opzegverboden verspreid over het BW, de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de Wet op de Europese ondernemingsraden (Wet EOR), en de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Het belangrijkste doel van de wetgever bij herziening was concentratie van de opzegverboden in het BW.⁴

Op grond van het tot 1 januari 1999 geldende artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) had de partij die de arbeidsovereenkomst wilde opzeggen voorafgaande toestemming nodig van de directeur van het arbeidsbureau. De bevoegdheid om deze ontslagvergunningen te verstrekken rustte tot 1 januari 1999 overigens bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) die deze bevoegdheid delegerde aan de directeur van het arbeidsbureau.

Gedurende de behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid is veel discussie gevoerd over de wenselijkheid van handhaving van de bestuurlijke preventieve ontslagtoets. Ondanks de bezwaren uit de ontslagpraktijk is artikel 6 BBA niet ingrijpend gewijzigd. Voor de overheid blijft de bestuurlijke toets een middel om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan.⁵

Opzegverboden en opzegtermijnen

Artikel 6 BBA 1945

Artikel 6 BBA wordt wel het (algemeen) ontslagverbod genoemd. In tegenstelling tot de ontslagverboden genoemd in artikel 7:670 BW gaat het hier echter niet om een voor opzegging geldende bepaling, doch slechts om een oordeel van de RDA over de redelijkheid van de voorgenomen opzegging. De werkingssfeer van het BBA is bovendien niet gelijk aan die van de hiervoor bedoelde opzegverboden. Zonder uitputtend te willen zijn: het BBA is beperkt tot arbeidsverhoudingen waarbij de sociaal-economische verhoudingen in Nederland zijn betrokken; toestemming van de RDA is niet vereist bij opzegging ten gevolge van het faillissement van de werkgever en het BBA is niet van toepassing op bepaalde groepen werknemers⁶ waaronder bestuurders van een NV of BV.⁷

Geen toestemming van de RDA is vereist voor opzegging tijdens proeftijd, wegens een dringende reden en als gevolg van het faillissement van de werkgever. Een opzegging zonder vereiste toestemming van de RDA is vernietigbaar binnen zes maanden.

De belangrijkste wijzigingen per 1 januari 1999 in artikel 6 BBA zijn de volgende. Een werknemer die zijn arbeidsovereenkomst wil opzeggen heeft niet langer een ontslagvergunning nodig. Alleen de werkgever is verplicht voorafgaande toestemming tot opzegging te verkrijgen. Voorts rust de bevoegdheid tot het geven van toestemming tot opzegging niet langer bij de minister van SZW. Op grond van het BBA is deze bevoegdheid rechtstreeks aan de RDA verleend.

Opzegverboden van artikel 7:670 BW

De meeste opzegverboden zijn sinds 1 januari 1999 te vinden in artikel 7:670 BW. Indien de werkgever in strijd met de in dit artikel genoemde opzegverboden handelt, kan een werknemer de opzegging binnen twee maanden vernietigen.⁸

De opzegverboden uit artikel 7:670 oud BW⁹ zijn gehandhaafd in de eerste drie leden van de huidige regeling. Opzegging gedurende de eerste twee ziektejaren is nog steeds verboden. Deze bepaling is aangevuld met een anti-misbruikbepaling: een werknemer die ziek is geworden nadat het verzoek om toestemming tot opzegging ex artikel 6 lid 1 BBA door de RDA is ontvangen, kan geen bescherming meer ontlenen aan het opzegverbod wegens ziekte. Een werknemer die ziek wordt op de dag van ontvangst wordt overigens nog wel beschermd. Indien de toestemming tot opzegging door de RDA wordt geweigerd, gaat het opzegverbod weer gelden. Voorts is opzegging verboden tijdens militaire dienst. Dit

verbod heeft thans nog betekenis voor buitenlandse werknemers die hun nationale dienstplicht vervullen. Tot slot is opzegging verboden tijdens zwangerschap en bevalling. Deze bepaling is sinds 1 januari 1999 verrijkt met de ingewikkelde maar verhelderende bepaling over de periode waarin de vrouw na de bevalling is beschermd: het verbod duurt voort tot zes weken na de periode waarin de betaling van ziekengeld wegens bevalling is geëindigd.

De opzegverboden die onder de oude regeling in artikel 21 WOR stonden, zijn sinds 1 januari 1999 (weliswaar aangepast aan recente ontwikkelingen) in het vierde lid van artikel 7:670 BW te vinden. Het artikellid bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet mag opzeggen wanneer de werknemer lid of ambtelijk secretaris is van: een (Europese) ondernemingsraad (OR); een centrale ondernemingsraad (COR); een groepsondernemingsraad (GOR); een vaste commissie van die raden of onderdeelscommissie; een personeelsvertegenwoordiging; een arbocommissie of bijzondere onderhandelingsgroep.

Een nieuwkomer is het opzegverbod wegens lidmaatschap van een vakbond of activiteiten voor een vakbond¹⁰ (lid 5).

Het opzegverbod in verband met politiek verlof is verhuisd van artikel 7:643 BW naar artikel 7:670 lid 6 BW en uitgebreid tot de situatie waarin wordt opgezegd wegens het bijwonen van de vergaderingen als bedoeld in artikel 7:643 BW waaronder bijvoorbeeld vergaderingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal of van Waterschappen.

Tot slot is in lid 7 voor het eerst in de wet opgenomen dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden opgezegd door de werkgever wegens de omstandigheid dat de werknemer zijn recht op ouderschapsverlof – dat is neergelegd in artikel 7:644 BW – geldend maakt. Dit nieuwe opzegverbod beschermt werknemers die ouderschapsverlof genieten op grond van artikel 7:646.

Toestemming kantonrechter voor opzegging

Artikel 7:670a lid 1 BW noemt de personenkring (voorheen grotendeels genoemd in WOR en Wet EOR) met wie de arbeidsovereenkomst niet zonder voorafgaande toestemming van de kantonrechter kan worden opgezegd. Het betreft onder andere werknemers die geplaatst zijn op de kandidatenlijst voor een (Europese) ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging; korter dan twee jaar daarvoor lid zijn geweest van een (Europese) (voorbereidings)commissie van een OR, een COR of een GOR, dan wel een commissie daaruit; korter dan twee jaar lid zijn

Opzegverboden en opzegtermijnen

geweest van een arbo-commissie of als mentor of deskundige werknemer in de zin van de Arbwet werkzaam zijn.

De kantonrechter dient te beoordelen of de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat het verzoek om toestemming voor opzegging geen verband houdt met de hiervoor genoemde hoedanigheid van werknemers. Vervolgens dient in beginsel nog een ontslagvergunning te worden verkregen. Reden waarom de procedure in de praktijk niet veel wordt gebruikt. Het is efficiënter de rechter direct om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.

Uitzonderingen op de opzegverboden van de artikelen 7:670 en 7:670a BW

Artikel 7:670b BW noemt de uitzonderingen op de opzegverboden van de artikelen 7:670 en 7:670a BW. Een belangrijke uitzondering is dat geen opzegverboden gelden voor opzegging wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel van de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Slechts bij zwangerschaps- en bevallingsverlof geldt deze uitzondering weer niet (en de opzegverboden dus wel).

Voorts mag niet onvermeld blijven dat de in de artikelen 7:670 en 7:670a BW genoemde opzegverboden niet gelden bij een opzegging gedurende de proeftijd of wegens een dringende reden. Hoewel deze bepaling op het eerste gezicht vanzelfsprekend lijkt, blijkt daaruit dat de hierna te bespreken opzegverboden die verband houden met discriminatie, wél gelden bij opzegging wegens een dringende reden of tijdens de proeftijd.

Opzegverboden die betrekking hebben op discriminatie

Een arbeidsovereenkomst mag niet worden beëindigd – op welke wijze dan ook – in strijd met de wettelijke norm van gelijke behandeling.

De gelijke-behandelingsnorm van artikel 7:646 BW bevat een verbod op het maken van direct en indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeid. Bedingen in strijd met deze norm zijn nietig; rechtshandelingen in strijd met de norm zijn vernietigbaar op grond van artikel 3:39 e.v. BW.

Daarnaast is beëindiging van een arbeidsovereenkomst wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op schending van de gelijke behandelingsnorm van artikel 7:646 BW (victimisatieontslag) vernietigbaar binnen twee maanden op grond van artikel 7:647 BW.

Eerder is al genoemd het in artikel 7:670 lid 7 BW neergelegde opzegverbod dat bepaalt dat de werkgever niet mag opzeggen wegens de omstandigheid dat

de werknemer zijn recht op ouderschapsverlof geldend maakt. Dit opzegverbod geldt zoals uit de tekst blijkt ook als de opzegging geen enkel verband houdt met discriminatie op grond van geslacht. Desalniettemin zijn er nog altijd meer vrouwen dan mannen die met ouderschapsverlof gaan zodat een opzegging als bedoeld in artikel 7:670 lid 7 BW soms ook vernietigd kan worden op grond van (indirecte) discriminatie.

De AWGB verbiedt niet alleen discriminatie op grond van geslacht maar ook op andere gronden. Op grond van artikel 8 AWGB is het mogelijk een discriminatoire beëindiging van de arbeidsverhouding binnen zes maanden te vernietigen.

Tot slot heeft de wetgever artikel 7:669 BW ingevoerd op 1 januari 1999. Op grond van dit artikel is een werkgever gehouden op verzoek van een (ex-) werknemer de reden van opzegging (ook tijdens proeftijd) mede te delen. Dit zou moeten bijdragen aan het opsporen van opzeggingen in strijd met de gelijke behandelingsnorm. Als een werkgever zich bewust is van de onrechtmatigheid van een opzegging, zal dit artikel echter zelden doel treffen.

Opzegtermijnen

Vooraf verdient het opmerking dat de bepalingen over de opzegtermijnen niet bij elke opzegging gelden. Wordt een arbeidsovereenkomst opgezegd tijdens de proeftijd of op grond van een dringende reden dan hoeft uiteraard geen rekening te worden gehouden met een opzegtermijn. Bij faillissement en surseance van betaling gelden afwijkende opzegtermijnen die in deze bijdrage niet worden besproken.¹¹

Oude regeling en herziening

Voor de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid bestond de regeling over de opzegtermijnen uit een artikellid over de dag van aanzegging¹², een artikel over de basisopzegtermijn¹³ en een artikel over de verlengde termijnen wegens anciënniteit en leeftijd.¹⁴ Voorts was er een artikel op grond waarvan de duur van het dienstverband werd berekend.¹⁵ Bij het berekenen van een opzegtermijn, speelden de betalingstermijn, de leeftijd van de werknemer en de duur van de dienstbetrekking een rol. De opzegtermijn, die werd berekend in weken, kon oplopen tot het wettelijke maximum van 26 weken. De tijd die nodig was voor het verkrijgen van een ontslagvergunning, werd overigens niet in mindering gebracht op de opzegtermijn.¹⁶ Al met al kon er onder de oude regeling wel veel tijd gaan zitten tussen de aanvraag van de ontslagvergunning en de dag waarop de arbeidsovereenkomst door opzegging eindigde.

Opzegverboden en opzegtermijnen

Bij de herziening van de wetgeving over de opzegtermijn stond de regering dan ook beperking van de duur voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst door opzegging voor ogen, alsmede een eenvoudiger regeling van de opzegtermijn. Daarin volgde zij grotendeels het voorstel van de Stichting van de Arbeid.¹⁷

Dag waartegen mag worden opgezegd

Voor 1 januari 1999 bepaalde de wet dat een arbeidsovereenkomst slechts mocht worden opgezegd tegen de dag die bij overeenkomst of door het gebruik (meestal het einde van de betaaltermijn) was aangewezen; bij gebreke daarvan tegen elke dag. Op 1 januari 1999 heeft dit artikel plaats gemaakt voor een bepaling die in overeenstemming is met de moderne rechtspraktijk: opzegging geschiedt tegen het einde van de maand tenzij bij schriftelijke overeenkomst of door gebruik een andere dag daarvoor is aangewezen.¹⁸ Laatst bedoeld gebruik doet zich bijvoorbeeld nog voor bij weekloners. Vaak zal in een dergelijk geval ook bij collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) worden afgeweken van de wet.

Berekening wettelijke opzegtermijn artikel 7:672 BW

Voor alle juristen die niet kunnen rekenen bracht de Wet flexibiliteit en zekerheid goed nieuws met de eenvoudige nieuwe regeling van de opzegtermijn. De oude regeling is teruggebracht tot artikel 7:672 BW (de artikelen 7:671 en 7:673 BW zijn vervallen) op grond waarvan de opzegtermijn voor de werknemer altijd een maand is. Voor een werkgever is de opzegtermijn nog slechts afhankelijk gesteld van de duur van het dienstverband, telkens berekend op de dag van opzegging. Duurt een dienstverband korter dan vijf jaar dan is de opzegtermijn voor een werkgever een maand; 5 tot 10 jaar dienstverband komt op 2 maanden opzegtermijn; 10 tot 15 jaar levert een opzegtermijn van 3 maanden op en 15 jaar of langer brengt een opzegtermijn van 4 maanden met zich mee voor de werkgever. Een wettelijke opzegtermijn duurt derhalve nooit langer dan 4 maanden, heel wat korter dan de onder de oude wet geldende maximale termijn van 26 weken.

Daarenboven bepaalt lid 4 van artikel 7:672 BW dat indien een ontslagvergunning is verleend door de RDA de voor de werkgever geldende opzegtermijn met één maand kan worden verkort, mits de resterende termijn tenminste één maand bedraagt – afwijking daarvan is mogelijk bij CAO of bestuursregeling (lid 7).

Afwijkingen van de wettelijke opzegtermijn

Vlak na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid hebben juristen zich wel bekreund over de vraag welke afwijkingen van de wettelijke opzegtermijnen nu wel en niet zijn toegestaan. Menig arbeidsovereenkomst bleek niet te voldoen aan artikel 7:672 BW. Gezien de onmiddellijke werking van de dwingendrechtelijke bepalingen had dit nietigheid van de niet toegestane afwijkingen tot gevolg. De wettelijke opzegtermijn voorzag in die gevallen in de leemte doch niet altijd naar wens van beide partijen. Anderhalf jaar na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is menigeen door schade en schande door-drongen van de wettelijke normen.

Voor een werkgever geldt dat de door hem in acht te nemen wettelijke opzegtermijn slechts kan worden verkort bij CAO of bij een regeling namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Verlenging kan schriftelijk gebeuren.

Van de opzegtermijn van de werknemer mag schriftelijk worden afgeweken voorzover de termijn van opzegging niet langer wordt dan 6 maanden en voor een werkgever niet korter dan het dubbele van de opzegtermijn van de werknemer. (Verkorting van laatst genoemde termijn van de werkgever mag uitsluitend bij CAO of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan mits de opzegtermijn van de werkgever niet korter wordt dan die van de werknemer).

Overgangsrecht

Afgezien van de hierna te noemen overgangsbepaling voor oudere werknemers, hebben alle bepalingen over de opzegtermijn in de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid, onmiddellijke werking.

Voor de werknemer die bij het in werking treden van de Wet flexibiliteit en zekerheid 45 jaar of ouder was en voor wie op dat tijdstip een langere opzegtermijn gold dan volgens de huidige wet, blijft de oude termijn gelden zo lang hij bij dezelfde werkgever in dienst blijft.¹⁹ Hieruit volgt dat de oudere werknemer ook na 1 januari 1999 onder omstandigheden aanspraak kan maken op een opzegtermijn van bijvoorbeeld 26 weken, doch alleen als de werknemer dit op grond van het oude recht op 1 januari 1999 kon. Het is de bedoeling van de wetgever dat de opzegtermijn van de werknemer die bij de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid 45 jaar of ouder was, wordt gefixeerd zo lang deze bij dezelfde werkgever in dienst is. Indien de onder de huidige wet geldende opzegtermijn langer is geworden dan de gefixeerde opzegtermijn, dan geldt evenwel de nieuwe (en langste) opzegtermijn. Een en ander

Opzegverboden en opzegtermijnen

brengt met zich mee dat de oude opzegtermijn nog ruim 20 jaar na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid kan bestaan.

Tot slot

De Wet flexibiliteit en zekerheid bracht grote veranderingen teweeg en leidde in het algemeen tot kortere opzegtermijnen voor werkgevers en meer bescherming op grond van de opzegverboden voor

werknemers. De grootste verandering was wel het nieuwe systeem van de opzegtermijnen en opzegverboden, dat meer overzicht gaf, maar overigens niet het beginsel van 'de vrije opzegging' zichtbaarder maakte. Niet het beginsel maar de opzegtermijnen en opzegverboden zetten de toon in het ontslagrecht.

Mevr. mr. H.A. Hora Adema is advocaat bij Van Mens & Wisselink, Advocaten – Belastingadviseurs te Utrecht.

-
- 1 Artikel 7:677 BW geeft hier bijvoorbeeld nog blijk van.
 - 2 Artikelen 7:677 en 7:680 BW; tot 1 april 1997 artikelen 7A:1639o en 7A:1639r oud BW.
 - 3 Bedoeld wordt steeds de regeling van vóór 1 januari 1999.
 - 4 Overeenkomstig de wens van het SER-advies inzake herziening van het ontslagrecht van 16 september 1988 (SER-publicatie 88/12).
 - 5 MvT, Kamerstukken II 1996/1997, 25 263, nr. 3, p. 11.
 - 6 Op grond van artikel 2 BBA is het BBA niet van toepassing op o.a. werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam; personen die een geestelijk ambt bekleden; werknemers die minder dan drie dagen per week hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten verrichten voor een natuurlijk persoon.
 - 7 Artikel 6 lid 9 BBA 1945 jo. Beschikking van 21 november 1972, Stert. 234.
 - 8 Artikel 7:677 lid 5 BW.
 - 9 Artikel 7A:1639h oud BW.
 - 10 Is ontleend aan het Internationale Arbeidsorganisatie-Verdrag 135 en het ESH.
 - 11 Artikel 40 en 239 Faillissementswet.
 - 12 Het eerste lid van artikel 7:670; tot 1 april 1997 artikel 7A:1639h oud BW.
 - 13 Artikel 7:671; tot 1 april 1997 artikel 7A:1639i oud BW.
 - 14 Artikel 7:672; tot 1 april 1997 artikel 7A:1639j oud BW.
 - 15 Artikel 7:673; tot 1 april 1997 artikel 7A:1639k oud BW.
 - 16 Vergelijk met het huidige artikel 7:672 lid 4 BW.
 - 17 Gebaseerd op het SER-advies 88/12 en wetsvoorstel herziening ontslagrecht 21 479.
 - 18 Artikel 7:672 lid 1 BW.
 - 19 Artikel XXI, overgangs- en slotbepalingen, Wet flexibiliteit en zekerheid.