

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De opzegverboden na de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	ArbeidsRecht 1998, 57	Bijgewerkt tot:	01-10-1998
Auteur:	J.W. Klinckhamers [1]		-

De opzegverboden na de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid

Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid zal de huidige regeling van opzegverboden veranderen. Wat verandert er wel en wat verandert er niet na 1 januari 1999? Daartoe zal eerst de huidige regeling over de opzegverboden in het BW en de afzonderlijke wetten worden weergegeven. Daarna zal worden besproken welke wijzigingen na 1 januari 1999 ten aanzien van de opzegverboden zullen plaatsvinden.

De huidige opzegverboden

Opzegverboden in het BW

De hoofdregel van het BW luidt dat ieder der partijen de arbeidsovereenkomst te allen tijde eenzijdig kan beëindigen door opzegging. In art. 7:670 BW, 7:646 en 7:647 BW is op die hoofdregel een aantal uitzonderingen geformuleerd. Het gaat hier om de gevallen waarin de werkgever niet mag opzeggen *wegens* huwelijk of bevalling (art. 7:670 lid 2 en lid 4 BW). Verder kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig opzeggen *tijdens* arbeidsongeschiktheid wegens ziekte van de werknemer, tenzij die arbeidsongeschiktheid tenminste twee jaar heeft geduurd (art. 7:670 lid 3 BW), *tijdens* zwangerschap en een periode van zes weken na het eindigen van de aanspraak op ziekengeld in verband met de bevalling (art. 7:670 lid 4 BW). Het vijfde lid van art. 7:670 BW verbiedt opzegging van de arbeidsovereenkomst *tijdens* het vervullen van de militaire dienstplicht door de werknemer. Opzegging voordat de militaire dienst is aangevangen is weer wel toegestaan, zij het dat de beëindiging dan wel kennelijk onredelijk kan zijn op grond van art. 7:681 lid 2 onder c BW.

Opzegging is alleen gedurende de in art. 7:670 BW genoemde periodes verboden, dat wil zeggen dat opzegging ongeacht welke reden daaraan ten grondslag wordt gelegd niet is toegestaan; dus ook niet om een andere reden dan ziekte, zwangerschap of militaire dienst. Na afloop van die periodes is opzegging wel toegestaan. Gaat het om opzegging per einddatum van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan is opzegging tijdens ziekte, zwangerschap, en militaire dienst niet verboden. Tot slot mag van de opzegverboden tijdens ziekte (art. 7:670 lid 3 BW) en militaire dienst (art. 7:670 lid 5 BW) bij CAO worden afgeweken. De opzegverboden wegens huwelijk en tijdens ziekte ten aanzien van zwangere werkneemsters en werkneemsters die bevallingsverlof genieten, zijn dwingendrechtelijk van aard. Afwijking bij CAO is dan ook niet toegestaan.

Andere ontslagverboden in het BW zijn het discriminatieverbod, neergelegd in art. 7:646 BW, en het (tijdelijke) verbod van de werkgever om op te zeggen indien geen overeenstemming bestaat over het door de werknemer opgenomen politieke verlof, zolang de rechter over dat verlof niet heeft beslist (art. 7:643 lid 3 BW).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 13 november 1992 uitgemaakt dat de opzegverboden in het BW ook in acht genomen moeten worden jegens bestuurders van vennootschappen. [\[2\]](#) Van der Grinten denkt daar anders over. [\[3\]](#)

De werkgever is niet schadeplichtig indien hij de arbeidsovereenkomst in strijd met de voor hem geldende opzegverboden in het BW opzegt, maar het ontslag is vernietigbaar. De werknemer kan zich volgens art. 7:677 lid 5 BW binnen twee maanden na opzegging op de nietigheid van het ontslag beroepen. Beroept een werknemer zich op het discriminatieverbod, dan is het ontslag op grond van art. 7:647 BW vernietigbaar. De opzegverboden gelden niet indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen wegens een dringende reden of bij ontslag tijdens de proeftijd. Evenmin geldt het verbod bij opzegging door de curator in geval van faillissement (art. 40 Fw).

Verhouding opzegverboden in BW en art 6 BBA 1945

Er geldt nog een andere, belangrijke uitzondering op de vrijheid om een arbeidsovereenkomst eenzijdig te verbreken: het ontslagverbod in art. 6 BBA 1945 op grond waarvan de werkgever en de werknemer verplicht zijn voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst toestemming te vragen aan de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA). Het gaat hier echter niet om een specifieke, voor opzegging geldende bepaling als bedoeld in art. 7:670 BW. De RDA dient slechts een oordeel te geven over de redelijkheid van de voorgenomen beëindiging. Dat neemt niet weg, dat de RDA bij zijn oordeel kan meewegen dat volgens het BW bepaalde ontslaggronden verboden zijn en dat gedurende bepaalde periodes op grond van art. 7:670 BW niet rechtsgeldig kan worden opgezegd. Gaat de RDA in zo'n geval over tot het verlenen van een ontslagvergunning, dan kan de werknemer zich dus niet beroepen op overtreding van het ontslagverbod van art. 6 BBA. Wel kan hij (binnen twee maanden na opzegging) de nietigheid van het ontslag inroepen wegens strijd met het civielrechtelijke opzegverbod.

Opzegverboden in de WOR, de Wet EOR, de Arbowet, de AWGB

Uitzonderingen op de hoofdregel in het BW dat de arbeidsovereenkomst te allen tijde eenzijdig kan worden opgezegd zijn tevens opgenomen in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de Wet op de Europese ondernemingsraden (Wet EOR), de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

De opzegverboden in de WOR hebben betrekking op de bescherming van de bijzondere rechtspositie van leden van de ondernemingsraad of van een reglementaire commissie daarvan, van werknemers op de kandidatenlijst voor de ondernemingsraad of van werknemers die korter dan twee jaar geleden lid zijn geweest van de ondernemingsraad of van een van zijn commissies (art. 21 lid 2 en 3 WOR). De Wet EOR bevat een met de WOR vergelijkbare regeling waarin art. 21 WOR van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Ook leden van de Arbo-commissie genieten ontslagbescherming op grond van art. 15 Arbowet. Voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst van deze werknemers is toestemming van de kantonrechter vereist. Het opzegverbod geldt echter niet indien de werknemer schriftelijk heeft toegestemd in de beëindiging, indien sprake is van een dringende reden of wanneer de werkzaamheden van de onderneming (of een onderdeel daarvan) waarin de werknemer werkzaam is worden beëindigd. De WOR sanctioneert een opzegging die in strijd is met het ontslagverbod met nietigheid. Van der Grinten is echter van mening dat het om een vernietigbaar ontslag gaat en dat de werknemer de nietigheid dient in te roepen. ^[4] Opzegging in strijd met het algemene discriminatieverbod van art. 5 lid 1 onder b AWGB is nietig (art. 8 AWGB). ^[5]

Welke opzegverboden gelden er vanaf 1 januari 1999?

Opzegverboden in het BW

De opzegverboden wegens huwelijk en bevalling komen in het nieuwe art. 7:670 BW te vervallen. Onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden bij opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt al verboden in de AWGB en in art. 7:646 BW. ^[6] Hetzelfde geldt voor het opzegverbod wegens bevalling: de gelijke behandelingswetgeving voorziet al in een verbod tot opzegging wegens zwangerschap, bevalling en moederschap. De term 'beëindiging' in het huidige art. 7:646 lid 1 BW zal worden vervangen door 'opzegging'. De thans geldende opzegverboden tijdens ziekte, zwangerschap en de militaire c.q. vervangende dienstplicht van de werknemer zijn opgenomen in de nieuwe leden 1, 2 en 3 van art. 7:670 BW. Het bestaande opzegverbod gedurende de eerste twee jaar ongeschiktheid van de werknemer wegens ziekte blijft gelijkloidend (art. 7:670 lid 1 onder a BW). Nieuw is in art. 7:670 lid 1 onder b BW: opzegging tijdens ziekte is niet verboden indien de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in art. 6 BBA is ontvangen. Een belangrijk knelpunt dat thans in de praktijk ontstaat als de werknemer zich ziek meldt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd, zal daardoor verdwijnen. Het opzegverbod zal dan alleen nog gelden indien de werknemer reeds ziek was voordat de ontslagvergunning werd aangevraagd. Beslissend voor een beroep op deze ontslagbescherming is de datum waarop de werknemer daadwerkelijk arbeidsongeschikt werd, en niet de datum van ziekmelding. Omdat de arbeidsongeschiktheid ook later met terugwerkende kracht kan komen vast te staan, is de werkgever echter niet zonder meer gerechtigd de ontslagvergunning te gebruiken als de aanvraag daartoe door de RDA is ontvangen vóór de ziekmelding. De datum van ontvangst van de ontslagaanvraag is dus bepalend. De RDA zal dan ook een nauwkeurige registratie

dienen te voeren. De minister zal met de RDA in overleg gaan treden over het vastleggen van het precieze moment van ontvangst. [7] Bij een ontvangen ontslaaanvraag voor een werknemer die zich op diezelfde dag, dus gelijktijdig met de aanvraag, ziek meldt zal de ontslagbescherming op grond van een redelijke wetstoepassing dienen te prevaleren. [8]

De huidige opzegverboden tijdens zwangerschap en bevallingsverlof zijn opgenomen in het nieuwe art. 7:670 lid 2 BW. De redactie van deze opzegverboden is aangepast om te verduidelijken op welk moment het zeswekentijdvak begint waarin de werkneemster haar werk heeft hervat en waarin de werkgever de dienstbetrekking niet mag opzeggen. Dat is het moment waarop de periode, bedoeld in art. 29a lid 1 dan wel 29a lid 7 van de Ziektewet (ZW) eindigt. Gedurende de periode bedoeld in art. 29a lid 1 ZW is het recht op ontslagbescherming van de zwangere en bevallen werkneemster niet afhankelijk van het bestaan van ongeschiktheid tot werken. In de daarop volgende periode, bedoeld in art. 29a lid 7 ZW (na het zestien wekenverlof) gaat het wel om ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte in de zin van het nieuwe art. 7:670 lid 1 BW. In dat laatste geval zal de ziekteperiode meetellen bij het vaststellen van de in art. 7:670 lid 1 onder a BW genoemde periode van twee jaar ongeschiktheid.

De dienstplicht in Nederland is weliswaar afgeschaft, het opzegverbod tijdens de militaire c.q. vervangende dienstplichtperiode is echter ongewijzigd overgenomen in art. 7:670 lid 3 BW. Hiermee is beoogd ontslagbescherming te bieden aan buitenlandse dienstplichtigen, zoals werknemers met de Marokkaanse en Turkse nationaliteit. Na art. 7:670 lid 3 BW wordt in de leden 4, 5, 6 en 7 een aantal nieuwe opzegverboden toegevoegd.

Lid 4 bevat de specifieke ontslagbescherming die thans nog is opgenomen ten behoeve van de werknemers die lid zijn van de ondernemingsraad (of een commissie daarvan), genoemd in art. 21 lid 2 WOR, die lid zijn van o.a. de Europese ondernemingsraad als bedoeld in de Wet EOR of die lid zijn van de Arbo-commissie als bedoeld in art. 15 Arbowet (zie hiervoor). Nieuw in dit artikellid is de uitbreiding van de ontslagbescherming ten behoeve van de ambtelijk secretaris van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging alsmede ten behoeve van de leden van een personeelsvertegenwoordiging naar aanleiding van de gewijzigde WOR.

Nieuw is ook het opzegverbod dat strekt ter bescherming van werknemers die lid zijn van een vakbond, tenzij zij de activiteiten in hun arbeidstijd verrichten zonder toestemming van de werkgever (art. 7:670 lid 5 BW).

Verder wordt in het nieuwe lid 6 de huidige ontslagbescherming van art. 7:643 lid 3 BW, die geldt zolang de rechter in een geschil over het opnemen van politiek verlof niet heeft beslist, uitgebreid ten behoeve van de werknemer die gebruikmaakt van zijn verlof om vergaderingen van vertegenwoordigende lichamen bij te wonen. Eenzelfde ontslagbescherming komt voortaan krachtens lid 7 ook toe aan de werknemer die gebruik maakt van zijn ouderschapsverlof.

De voor opzegging geldende bepalingen zijn van dwingend recht. Alleen van de opzegverboden tijdens ziekte of militaire dienstplicht mag worden afgeweken bij CAO (art. 7:670 lid 8 BW).

Door het schrappen van art. 7:668 lid 3, 4 en 5 BW, dat betrekking had op het voortgezette tijdelijke dienstverband, is het huidige lid 6 van art. 7:670 BW komen te vervallen. Het al bestaande opzegverbod in art. 40 Fw verandert niet na de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.

Na het gewijzigde art. 7:670 BW worden twee nieuwe bepalingen toegevoegd, 7:670a en 670b BW. In art. 7:670a BW zijn de bepalingen van de WOR en de Arbowet opgenomen waarin voor ontslag de voorafgaande toestemming van de kantonrechter is vereist. Volgens Verhulp [9] dient deze bepaling geen ander doel dan de bijzondere opzegverboden uit art. 21 lid 3 en 4 WOR samen te brengen met toevoeging van de ontslagbescherming voor de werknemers die lid worden van die onderdelen van de medezeggenschapsorganen, die door de Wet EOR in het leven zullen worden geroepen. De rechter zal zich dienen te weerhouden om te toetsen of de werkgever voldoende reden heeft om tot opzegging over te gaan. Dat oordeel is voorbehouden aan de RDA.

In lid 1 van art. 7:670b BW zijn de bestaande voorschriften van art. 7:676 en 7:677 BW gegroepeerd: de opzegverboden gelden niet bij ontslag wegens een dringende reden en tijdens proeftijd. Verder bevat lid 2 nog een tweetal uitzonderingen op de opzegverboden van art. 7:670 en 7:670a BW, die ontleend zijn aan art. 21 lid 4 WOR, namelijk indien de werknemer schriftelijk toestemt in de opzegging en indien sprake is van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel daarvan waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Deze laatste uitzondering dient zeer restrictief te worden uitgelegd. De strekking van deze bepaling is dat aanvullende rechtsbescherming geen zin meer heeft indien ondernemingsactiviteiten geheel beëindigd moeten worden. Een vermindering van activiteit of het opheffen van een arbeidsplaats is

[10]

daartoe niet voldoende. ^[10]

Samengevat gelden de opzegverboden in het BW na 1 januari 1999 niet bij opzegging tijdens proeftijd en bij ontslag wegens een dringende reden, bij opzegging door de curator in geval van faillissement, indien de werknemer schriftelijk in de opzegging toestemt, bij opzegging wegens beëindiging van de werkzaamheden van (een onderdeel van) de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, en bij opzegging wegens ziekte indien de werknemer arbeidsongeschikt is geworden nadat de ontslagvergunningaanvraag door de RDA is ontvangen.

Ook na 1 januari 1999 zal overtreding van de opzegverboden niet tot schadeplichtigheid van de werkgever leiden, maar tot een vernietigbaar ontslag waarop de werknemer zich binnen twee maanden zal dienen te beroepen (art. 7:677 lid 5 BW). Eveneens zal de bestuurlijke preventieve ontslagtoets in het BBA gehandhaafd blijven, ondanks de bezwaren uit de ontslagpraktijk. Volgens de regering is handhaving daarvan noodzakelijk, omdat het dient niet alleen als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag, maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt (zoals gedeeltelijk arbeidsongeschikten en ouderen) te beschermen tegen een sociaal onrechtvaardig ontslag. Tevens is de vooraf vereiste toestemming van de RDA voor de overheid een belangrijk middel om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan, aldus de toelichting. ^[11]

Tot slot

De bedoeling van de wetgever om in het nieuwe art. 7:670 BW een volledige opsomming te geven van de huidige algemene opzegverboden in het BW en de opzegverboden in de bijzondere wetten, is maar ten dele gelukt: het opzegverbod wegens huwelijk en bevalling is opgenomen in art. 7:646 en 7:647 BW en de AWGB. Daarnaast blijft het algemene ontslagverbod van art. 6 BBA 1945 bestaan zij het alleen nog voor de werkgever. De regeling van de opzegverboden is na 1 januari 1999 wel overzichtelijker doordat de specifieke ontslagbescherming uit de bijzondere wetten is overgenomen in het BW.

Nieuw is de uitbreiding van de opzegverboden tot een aantal specifieke groepen werknemers, namelijk de werknemers die secretaris zijn van de personeelsvertegenwoordiging, die lid zijn van een vakbond, of politiek verlof dan wel ouderschapsverlof genieten. De uitbreiding van de lijst van de al bestaande opzegverboden is beperkt tot bijzondere situaties waarin bijzondere ontslagbescherming gerechtvaardigd wordt geacht. Een nieuwe uitzondering op de opzegverboden geldt bij een ontslag wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel daarvan waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mevr. mr. J.W. Klinckhamers is advocaat bij Boekel De Nerée te Amsterdam.
- [2] en .
- [3] Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 1997, p. 202.
- [4] Idem, p. 203.
- [5] Zie over de verhouding tussen art. 7:646 BW en de AWGB I.P. Asscher-Vonk, *SMA* 1995, p. 617.
- [6] MvT, *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 263, nr. 3, p. 27.
- [7] *Handelingen EK* 28 april 1998, 29-1514/1515.
- [8] MvA, *EK 1997/1998*, 25 263, nr. 132b, p. 14 en nr. 132d, p. 15.
- [9] E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, 1998, p. 201.
- [10] MvT, *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 263, nr. 3, p. 29 en 30.
- [11] MvT, *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 263, nr.3, p. 11.