

Het huidige Nederlandse systeem van het ontslagrecht in vergelijking met het Belgisch ontslagrecht

Masterscriptie 2011

Universiteit van Tilburg

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Naam: Joost Hofman

ANR: 650587

Scriptiebegeleider: Mr. A.D.M. van Rijs

Inhoudsopgave

	Voorwoord	4
Hoofdstuk 1:	Inleiding	5
Hoofdstuk 2:	De geschiedenis van het Nederlandse ontslagrecht	10
Hoofdstuk 3:	Het huidige Nederlandse ontslagrecht: de opzegging	
3.1:	Algemeen	15
3.2:	Het algemeen opzegverbod	16
3.3:	De procedure van artikel 6 BBA	17
3.4:	Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen	18
3.5:	Ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen	20
3.6:	Geen toestemming van het UWV WERKbedrijf: opzegging is vernietigbaar	22
3.7:	Opzegtermijn	23
3.8:	Onregelmatig ontslag	24
3.9:	Bijzondere opzegverboden	25
3.10:	Noodzakelijke toestemming van de kantonrechter	30
3.11:	Opzegging tijdens de proeftijd	31
3.12:	Opzegging wegens dringende reden	32
3.13:	Kennelijk onredelijk ontslag	35

Hoofdstuk 4:	Het huidige Nederlandse ontslagrecht: de ontbinding	
4.1:	Algemeen	38
4.2:	Ontbinding wegens gewichtige redenen	38
4.3:	De kantonrechtersformule	41
4.4	Ontbinding wegens wanprestatie	44
Hoofdstuk 5:	Het Belgisch ontslagrecht	
5.1:	Korte geschiedenis	45
5.2:	Algemeen	45
5.3:	De ontbinding	46
5.4:	Overmacht	48
5.5:	Opzegging	48
	5.5.1: Arbeiders of werklieden	49
	5.5.2: Bedienden	51
	5.5.3: De opzeggingsvergoeding	53
5.6:	Ontslag om dringende redenen	53
5.7:	Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht	54
5.8:	Ontslagverboden	55
Hoofdstuk 6:	Conclusies en aanbevelingen	
6.1	Conclusie	57
6.2	Aanbevelingen	59
Hoofdstuk 7:	Literatuurlijst	64

Voorwoord

Deze scriptie heb ik geschreven ter afronding van mijn studie Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Tilburg.

Ik ben tijdens mijn studie en stage met het ontslagrecht in aanraking gekomen en dit heeft mijn interesse dusdanig gewekt, dat mijn scriptie derhalve ook over het ontslagrecht moest gaan.

Voor het schrijven van deze scriptie wil ik een aantal mensen bedanken. In het bijzonder de heer mr. A.D.M van Rijs voor de goede begeleiding, zijn commentaren en prettige samenwerking. Daarnaast de heer mr. dr. J. van Drongelen als tweede beoordelaar van mijn scriptie.

Tevens wil ik mevrouw mr. J. van Haarlem van advocatenkantoor Van Zinnicq Bergmann bedanken voor haar ondersteuning en ideeën.

Als laatste mijn ouders en Marije voor hun steun en engelengeduld. Zonder hen had ik mijn studie nooit af kunnen ronden.

1. Inleiding

Het ontslagrecht is al jaren lang een onderdeel van discussie. Versoepeling of niet? Te ingewikkeld? Wel of geen duaal stelsel?

Je hoort geluiden van mensen die voor een versoepeling van het ontslagrecht zijn, omdat ze vinden dat een werknemer in Nederland een (te) grote bescherming geniet tegen ontslag. Anderen zijn juist bang dat als het ontslagrecht wordt versoepeld, werknemers zomaar snel kunnen worden ontslagen zonder een geldige reden of zonder dat ze een redelijke vergoeding meekrijgen.

Het ontslagrecht in mijn onderzoek heeft hoofdzakelijk betrekking op dat deel van de bevolking dat werkzaam is in het private bedrijfsleven en arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst.¹

Een arbeidsovereenkomst kan op verschillende manieren eindigen. Door de dood van de werknemer, door beëindiging met wederzijds goedvinden, door opzegging van een van de partijen, door ontbinding door de rechter of van rechtswege.²

Er zijn twee soorten arbeidsovereenkomsten te onderscheiden: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in de regel gewoon als de tijd is verstreken. Ik richt me vooral op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Het ontslagrecht vindt zijn oorsprong in de Wet op de Arbeidsovereenkomst uit 1907³. De wetgever maakte hier bijvoorbeeld voor het eerst onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die dus van rechtswege eindigt, en voor onbepaalde tijd, die eindigt door opzegging door een van de partijen.

Een van de belangrijkste uitbreidingen op het ontslagrecht is het Besluit Bijzondere Arbeidsverhoudingen 1945, het BBA⁴. Dit BBA zou na afzienbare tijd weer afgeschaft worden,

¹ J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht deel 3. Het ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2009, p. 23.

² C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2010, p 94.

³ 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

⁴ 5 oktober 1945, *Stb.* 1963, 271.

maar dit is tot op de dag van vandaag nog niet gebeurd. Wel zijn er bepaalde regelingen en onderdelen ingetrokken, maar de belangrijkste regelingen zijn nog steeds onderdeel van het huidige ontslagrecht. Kortgezegd is het door dit besluit niet meer mogelijk een arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder daarvoor een 'geldige' reden te geven. Om tot ontslag over te mogen gaan had de werkgever vanaf toen een vooraf verkregen vergunning nodig. Deze preventieve toets bestaat nog steeds en wordt tegenwoordig uitgevoerd door het UWV WERKbedrijf⁵.

De werkgever in het huidige Nederland kan kiezen om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen of te ontbinden. Deze keuzemogelijkheid wordt ook wel het duale ontslagstelsel genoemd.⁶ Dit houdt in dat als een vergunning niet wordt verkregen van het UWV WERKbedrijf, de werkgever ook nog de mogelijkheid heeft om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden door de kantonrechter. Deze laatste mogelijkheid werd in 1907 in de Wet op de Arbeidsovereenkomst opgenomen. Het was wel zo dat deze mogelijkheid destijds alleen kon worden gebruikt in zeer uitzonderlijke gevallen. Tegenwoordig is het zo, dat wanneer een werkgever geen ontslagvergunning krijgt, hij alsnog kan kiezen voor de ontbindingsmogelijkheid bij de kantonrechter.

De werkgever kan over het algemeen een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf verwachten als er sprake is van een ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen, redenen die gelegen zijn in de persoon of de omstandigheden van de werknemer, of een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding.⁷ Voor ontbinding door de rechter zijn er gewichtige redenen nodig of er moet sprake zijn van wanprestatie.

Het ontslag tijdens de proeftijd en het ontslag op staande voet zijn uitzonderingen aangezien hier geen opzegtermijnen gelden en de opzegverboden worden doorbroken. Er moet sprake zijn van een dringende reden om over te mogen gaan tot ontslag op staande voet, maar bij ontslag tijdens de proeftijd hoeft dat niet.

Voor ontbinding door de rechter zijn er gewichtige redenen nodig of er moet sprake zijn van

⁵ www.uwv.nl

⁶ J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht deel 3. Het ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2009, p 25.

⁷ C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2010, p 115.

wanprestatie; artikel 7:685 en 7:686 van het Burgerlijk Wetboek⁸. Bij de ontbinding spelen de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters⁹ een grote rol. De kantonrechter is in beginsel vrij om te oordelen, maar velen zoeken toch aansluiting bij deze aanbevelingen. Hierin speelt de kantonrechtersformule een grote rol om de hoogte van de ontslagvergoeding te bepalen. De ontslagvergoeding wordt berekend aan de hand van de kantonrechtersformule: $A \times B \times C$. De A-factor staat voor het aantal dienstjaren van de werknemer, de B staat voor het brutoloon, en de C-factor staat voor de correctiefactor. Deze factor kan de kantonrechter invullen aan de hand van de risicosfeer waarbinnen de ontbindingsgrond valt. De risicosfeer van de werkgever of de werknemer. De C-factor zal dan respectievelijk uit kunnen komen op 1 of 0. Verwijtbaarheid van de werkgever of werknemer speelt ook een rol, alsook bijzondere omstandigheden.¹⁰ Bij verwijtbaarheid van de werkgever kan C ook hoger uitpakken dan 1.

Het Nederlands ontslagrecht wordt in deze scriptie vergeleken met het Belgisch ontslagrecht. Van oudsher maken de Belgen in het ontslagrecht onderscheid tussen werklieden en bedienden. Werklieden zijn degene die hoofdzakelijk handarbeid verrichten en bedienden verrichten juist hoofdzakelijk hoofdarbeid. De bedienden zijn over het algemeen beter beschermd. Het Belgisch ontslagrecht kent een regelmatige beëindiging en een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De twee vormen van regelmatig ontslag zijn opzegging van de arbeidsovereenkomst en ontslag wegens dringende redenen. Het ontslag kan dus ook onregelmatig zijn, maar dit houdt niet in dat de arbeidsovereenkomst niet eindigt. Het ontslag is bijna altijd definitief en de wederpartij krijgt dan recht op een vergoeding. In België kan men de arbeidsovereenkomst ook ontbinden wegens wanprestatie. De procedure tot gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie kan worden gestart op grond van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek van België¹¹. Hierin wordt bepaald dat in wederkerige contracten altijd de ontbindende voorwaarde stilzwijgend is opgenomen, voor het geval dat een partij haar verbintenis niet nakomt. De andere partij kan nakoming van de arbeidsovereenkomst vorderen of ontbinding met schadevergoeding. Er moet bij een procedure op deze grond wel sprake zijn

⁸ Boek 7 BW: laatste wijziging op 25 mei 2011, *Stb.* 2011, 246.

⁹ De laatste versie geldt vanaf 1 januari 2009. Zie www.rechtspraak.nl.

¹⁰ Aanbeveling 3.4 Correctiefactor.

¹¹ Wet van 21 maart 1804: Burgerlijk Wetboek.

van een voldoende ernstige wanprestatie.¹² Verder kan de arbeidsovereenkomst eindigen wanneer er sprake is van overmacht. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid, waardoor een werknemer definitief niet meer het werk kan verrichten, kan op grond van overmacht de arbeidsovereenkomst worden beëindigd. Het einde van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht mag worden vastgesteld na een getuigschrift of verklaring.

De opzegging is in België de gebruikelijke wijze om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hierbij zijn de opzeggingstermijnen van groot belang en deze verschillen voor werklieden en bedienden. De opzegging dient schriftelijke te gebeuren op straffe van nietigheid. Ex artikel 37 van de Wet Betreffende de Arbeidsovereenkomsten, ofwel WAO¹³. De reden voor het ontslag hoeft niet in de opzeggingsbrief vermeld te worden. Wanneer geen of een te korte opzeggingstermijn in acht is genomen, is de sanctie een opzeggingsvergoeding. De hoogte van de vergoeding is gelijk aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, danwel met het resterende gedeelte van die termijn.¹⁴

Verder kent België het ontslag om dringende redenen. Artikel 35 WAO geeft partijen de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst eenzijdig en onmiddellijk te beëindigen, wanneer er sprake is van een dringende reden.

Er kan sprake zijn van willekeurig ontslag en dan moet de werkgever een schadevergoeding betalen aan de werknemer.

België kent net als Nederland een aantal opzegverboden, maar deze opzegverboden zijn niet echt ontslagverboden, aangezien in België eigenlijk geen mogelijkheid bestaat tot herstel van de dienstbetrekking. Deze ontslagverboden gelden voor zwangere werkneemsters, arbeidsongeschikte werknemers, leden van ondernemingsraden, militaire dienstplichtige werknemers, werknemers met een politiek mandaat, werknemers met betaald educatief verlof, arbeidsgeneesheren, afgevaardigden van vakbonden en werknemers die de beroepsloopbaan onderbreken.

Het doel van dit onderzoek is om het huidige Nederlandse systeem van het ontslagrecht zo goed als mogelijk in kaart te brengen en te beschrijven. Het Nederlandse systeem van het

¹² Humblet en Rigaux 2009, p 224.

¹³ Wet van 3 juli 1978.

¹⁴ Artikel 39 WAO.

ontslagrecht zal worden vergeleken met het Belgische systeem. De twee systemen worden naast elkaar gelegd om de overeenkomsten en verschillen tussen de twee landen te vinden. Uit deze bevindingen kunnen misschien ideeën ontstaan voor het huidige Nederlandse ontslagrecht, om dit te vereenvoudigen danwel aan te passen, zodat het, waar nodig, verbeterd kan worden.

Om tot het uiteindelijke onderzoeksdoel te komen zal ik allereerst het Nederlandse ontslagrecht beschrijven. Van de historie tot het huidige ontslagrecht. Daarnaast ga ik mij verdiepen in het Belgische ontslagrecht.

Ik heb gekozen voor een vergelijking met België aangezien België een buurland is en het ontslagrecht er daar anders uitziet dan in Nederland.

Naar aanleiding van bovenstaande kom ik tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe ziet het huidige Nederlandse systeem van het ontslagrecht eruit in vergelijking met dat van België, en kan het Nederlands ontslagrecht wat 'leren' of gebruiken van het Belgisch ontslagrecht om het systeem te vereenvoudigen danwel te versoepelen?

2. De geschiedenis van het Nederlands ontslagrecht

Bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838¹⁵ bestond er nauwelijks zoiets als het ontslagrecht. Tot de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907¹⁶ bestond er slechts één bepaling die als ontslagrechtelijk kon worden gezien. Dit was artikel 1639 BW:¹⁷

‘Dienst- en werkboden mogen, indien zij voor een bepaalden tijd gehuurd zijn, zonder wettige redenen hunnen dienst niet verlaten, noch uit denzelfden weggezonden, voordat de tijd verstreken zij.

Indien zij binnen de bepaalden of gewonen huurtijd den dienst, zonder wettige redenen, verlaten, verbeuren zij het verdiende loon.’

Deze bepaling hield in dat dienst- en werkboden pas betaald werden als zij hun overeengekomen werktijd volledig hadden volbracht. Indien zij eerder hun werkzaamheden staakten werd er geen loon uitbetaald. Verder konden de bazen van het personeel hen in beginsel niet tussentijds ontslaan. De patroons van de werklieden mochten hen desondanks zonder reden naar huis sturen, alleen waren zij hen dan wel loon en een schadevergoeding verschuldigd.

Bijna 70 jaar lang bleef dit artikel, ondanks allerlei maatschappelijke ontwikkelingen zoals de industriële revolutie, het enige wetsartikel dat betrekking had op het ontslagrecht.

De inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 bracht hier verandering in. De wetgever maakte vanaf toen onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd komt ten einde door opzegging door een van de partijen. Ook kwam er een opzegtermijn waarmee rekening gehouden diende te worden, bij het opzeggen van een arbeidsovereenkomst wilde opzeggen. Het maximum was zes weken. Opzegging mocht op elk tijdstip, maar de opzeggende partij diende wel een

¹⁵ Inwerkingtreding op 1 oktober 1838.

¹⁶ 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

¹⁷ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 284.

schadeloosstelling te betalen. Deze was gelijk aan het bedrag van het loon dat zou zijn verdiend in een periode gelijk aan de opzegtermijn. De schadeloosstelling gold ook voor het tussentijds einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

De proeftijd, het ontslag wegens dringende redenen en de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter te laten ontbinden wegens gewichtige redenen, werden eveneens geregeld. Dit laatste mocht naar het oordeel van de wetgever slechts in uitzonderlijke gevallen plaats vinden. Het verschil van nu met begin 1900 is dat er toen een grote meerderheid aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bestond ten opzichte van de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Deze werden ook wel eens voor twee jaren afgesloten en als bijvoorbeeld de werkgever na 10 maanden van de werknemer af wilde, aangezien deze onvermogen was geworden, moest hij een schadeloosstelling betalen van veertien maanden loon.¹⁸ In dit soort uitzonderlijke gevallen kon men naar de kantonrechter stappen op grond van artikel 1939w (oud) BW om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. Het positieve ontslagrecht van Nederland bleef echter bijna ongewijzigd tot het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog in 1940 en de rechtspositie van de particuliere werknemer was tot dan toe tamelijk rechteloos. Tussen 1930 en 1940 waren er een aantal Tweede Kamerleden, die nadrukkelijk verzochten om een herziening van de rechtspositie van de particuliere werknemer, maar daar werd tot de oorlog weinig tot niets mee gedaan.¹⁹ Tijdens de oorlog werd door een aantal besluiten een verbod bepaald voor ondernemers om de werkzaamheden tijdelijk of permanent stop te zetten. Het was ook verboden om de werktijd tot minder dan 36 uur in te korten en werknemers te ontslaan, tenzij op grond van artikel 1639p van het toen geldende Burgerlijk Wetboek, behoudens toestemming van de Directeur-Generaal van de Arbeid.²⁰ Het artikel 1639p gaat over ontslag op staande voet. De Arbeidsinspectie ging derhalve over vrijwel elk ontslag die vanuit de werkgever werd geïnitieerd. Verder hadden de Duitsers tijdens de bezetting het ontslagverbod onder controle, wat geen goede ontwikkeling was voor de rechtvaardigheid. Tot 1940 veranderde er niet zoveel in het ontslagrecht. Het enige waar rekening mee moest worden gehouden door de werkgever bij ontslag was de opzegtermijn van

¹⁸ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2008, p 344.

¹⁹ J.H.A. Ringeling 1953, p 18.

²⁰ J.H.A. Ringeling 1953, p 19.

maximaal 6 weken. De reden van ontslag deed er niet toe.

Een van de belangrijkste aanvullingen op het Nederlands ontslagrecht, dat geheel in het Burgerlijk Wetboek was opgenomen, is het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945²¹. Dit besluit is tijdens de oorlog tot stand gekomen in Londen, alwaar de Nederlandse regering tijdens de oorlog verbleef. Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, in combinatie met de Uitvoeringsbesluiten die tijdens de oorlog door de Duitse bezetter werden ingevoerd, brachten veranderingen in het ontslagrecht van voor 1940. De grootste verandering die gepaard ging met de invoering van het BBA en de Uitvoeringsbesluiten was dat vanaf toen een werkgever niet zomaar tot ontslag kon overgaan indien hij geen geldige reden had voor dat ontslag. Verder had de werkgever een vergunning nodig om tot ontslag te mogen overgaan. Dit wordt gezien als het algemeen ontslagverbod in combinatie met een preventieve ontslagtoets.²² Om van het ontslagverbod af te wijken diende er voorafgaand getoetst te worden of er een geldige reden voor het ontslag was. De toenmalige Arbeidsinspectie was verantwoordelijk voor de toetsing. Na de Tweede Wereldoorlog kwam de preventieve toets bij de Gewestelijke Arbeidsbureaus te liggen.

Het Burgerlijk Wetboek werd in 1953 op het gebied van het ontslagrecht op een aantal punten grondig veranderd²³. Er werden zogenaamde opzegverboden ingevoerd. Het eerste opzegverbod hield in dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet mocht opzeggen tijdens ziekte van een werknemer. Opzeggen van de arbeidsovereenkomst tijdens militaire dienst was het tweede opzegverbod. Het was vanaf toen zo, dat men niet meer te allen tijde de arbeidsovereenkomst op kon zeggen. Indien de werkgever zich niet aan een van deze verboden hield werd hij schadeplichtig ten opzichte van de werknemer. Dit gold ook voor het niet juist toepassen van de opzegtermijn. Vóór 1953 was deze handelswijze van de werkgever onrechtmatig en na 1953 werd de werkgever door deze handelswijze schadeplichtig.²⁴ Een andere verandering in het ontslagrecht kwam met de invoering van een nieuw wetsartikel, artikel 1936s BW. Dit artikel behelsde het onderwerp van het kennelijk onredelijk ontslag.

²¹ 5 oktober 1945, *Stb.* 1963, 271.

²² C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 287-288.

²³ *Stb.* 1953, 619.

²⁴ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 288.

Zodra er sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag moest de werkgever een schadevergoeding betalen aan de werknemer, die naar billijkheid werd vastgesteld, of hij moest de werknemer weer terug in dienst nemen.²⁵ Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen door de kantonrechter, artikel 1939w BW, werd in 1953 aangepast in de zin dat vanaf toen de kantonrechter een vergoeding kon toekennen aan de werknemer die was ontslagen wegens verandering in de omstandigheden.

Het ontslagrecht werd in 1976 wederom verder aangepast, waardoor het aantal opzegverboden toenam²⁶. De arbeidsovereenkomst mocht nu niet meer opgezegd worden indien een werknemer zwanger of aan het bevallen was en niet meer vanwege huwelijk. Verder werd de sanctie nietigheid in het leven geroepen. De werknemer kon zich beroepen op nietigheid indien de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegde in strijd met het opzegverbod.²⁷

Met de intrede van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek op 1 april 1997²⁸ werden alle ontslagregelingen die in het (oude) Burgerlijk Wetboek stonden overgeplaatst naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Als laatste heeft de Wet Flexibiliteit en zekerheid²⁹ zijn intrede gedaan in het ontslagrecht. De wet is ingevoerd op 1 januari 1999 en hield een verbetering van de rechtspositie in van een oproepkracht en van een persoon die werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst. Verder werd het proeftijdbeding ten gunste van de werknemer aangepast, alsook de regeling die gaat over de verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waardoor de werkgevers beter konden reageren op veranderingen van de markt.³⁰

Zoals we gezien hebben is het Nederlands ontslagrecht vanaf de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 uitermate veel uitgebouwd en ook verfijnd. Toch zien we in ons huidige ontslagrecht nog steeds een hoop regels terug van deze Wet op de Arbeidsovereenkomst uit 1907. Het opvallende hierin is wel, dat de wetgever sinds 1907 weinig

²⁵ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 289.

²⁶ *Stb.* 1976, 295.

²⁷ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 289.

²⁸ *Stb.* 1997, 37

²⁹ 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

³⁰ C.J. Loonstra en W.A. Zondag 2006, p 290.

van de bestaande regelingen uit het ontslagrecht heeft verwijderd, waardoor het ontslagrecht langzamerhand een onoverzichtelijk geheel is geworden van vele regelingen. Het is mede hierdoor voor 'leken' een moeilijk te begrijpen stelsel.

3. Het huidig Nederlands ontslagrecht: de opzegging

3.1 Algemeen

Er zijn arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen in de regel van rechtswege, als de door partijen overeengekomen tijd is verstreken. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen alleen worden beëindigd door middel van voorafgaande opzegging. Ex artikel 7:667 lid 6 BW. Lid 3 van dat artikel bepaalt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds kan worden opgezegd, maar alleen als partijen dit schriftelijk zijn overeengekomen. Opzegging wil zeggen dat een van de betrokken partijen voornemens is de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit kan direct op grond van een dringende reden of op termijn. De beëindiging op grond van een dringende reden wordt later in deze scriptie behandeld. De opzegging moet een wilsverklaring zijn; uit de verklaring moet de wil tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomst blijken.³¹ De opzegging moet, volgens artikel 7:672 lid 1 BW, in principe plaatsvinden tegen het einde van de maand. Hier kan vanaf worden geweken indien dit schriftelijk is overeengekomen of indien het een gebruik is om tegen een andere dag op te zeggen. Het opzeggen is vormvrij en kan derhalve schriftelijk maar ook mondeling. Vormvrij wil zeggen dat de opzegging niet gebonden is aan regels. Degene die de arbeidsovereenkomst opzegt moet schriftelijk een reden geven aan de andere partij waarom de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd indien deze daarom verzoekt ex artikel 7:669 BW. Dit zal in de praktijk toch vaak het geval zijn, aangezien de meeste mensen toch graag weten wat de reden voor hun ontslag is. Verder heeft degene die de arbeidsovereenkomst opzegt ook nog te maken met de zogenaamde opzegtermijnen. Het niet naleven van deze wettelijke of contractuele opzegtermijnen kan betekenen dat bijvoorbeeld de werkgever schadeplichtig is. Dit wordt een onregelmatige opzegging genoemd en hierover kom ik in dit hoofdstuk nog te spreken.

³¹ Van Drongelen e.a. 2009, p 53.

3.2 Het algemeen opzegverbod

In hoofdstuk 2 is al heel kort iets gezegd over het algemeen ontslagverbod. Het houdt in dat het voor de werkgever verboden is om de arbeidsovereenkomst van een werknemer op te zeggen zonder voorafgaande toestemming van het UWV WERKbedrijf.³² De werkgever dient een zogenaamde ontslagvergunning te verkrijgen van het UWV WERKbedrijf. We hebben gezien dat deze vergunning na de Tweede Wereldoorlog aanvankelijk werd afgegeven door de Gewestelijke Arbeidsbureaus. Later werd deze taak overgenomen door de Centrale organisatie werk en inkomen, die zelf weer werd opgevolgd door het UWV WERKbedrijf.³³ Dit staat in artikel 6 van het Besluit Bijzondere Arbeidsverhoudingen 1945³⁴. Het BBA, zoals het Besluit Bijzondere Arbeidsverhoudingen 1945 kortweg wordt genoemd, werd in Londen genomen tegen het einde van de Tweede Wereldoorlog. Het oorspronkelijke idee van het BBA was dat dit besluit tijdelijk zou worden ingevoerd om de situatie na de oorlog een beetje op orde te krijgen, aangezien Nederland weer opgebouwd diende te worden en de arbeiders meer bescherming verdienden. De arbeidsverhouding, ofwel de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer, staat centraal in het BBA. De werknemer is enerzijds degene die op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verricht. Dit staat artikel 7:610 BW. Het begrip werknemer is alleen iets ruimer in de zin van artikel 1 sub b BBA, omdat in dit besluit degene die persoonlijk arbeid voor een ander verricht ook als werknemer wordt gezien. Het BBA heeft in deze zin namelijk een ruimer en bereik dan Boek 7 titel 10 BW.³⁵ Het BBA heeft in de zin van artikel 2 BBA een beperktere uitleg dan Boek 7 titel 10 BW. Hierin worden namelijk een aantal arbeidsverhoudingen genoemd die niet onder het BBA vallen. De personen waar dit artikel over gaat, kunnen anderzijds wel arbeid verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW, maar zoals gezegd vallen buiten het bereik van het BBA. Het gaat om werknemers bij een publiekrechtelijk orgaan, onderwijzend en docerend personeel, personen die een geestelijk ambt bekleden en werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend huishoudelijke of persoonlijke diensten verrichten.

³² Van Genderen e.a. 2008, p 207.

³³ Van Drongelen e.a. 2009, p 87.

³⁴ 5 oktober 1945, *Stb.* 1963, 271. Laatst gewijzigd op 1 januari 2009, *Stb.* 2008, 600.

³⁵ Boek 7 titel 10 BW heeft betrekking op alles wat heeft te maken met de arbeidsovereenkomst.

Artikel 6 BBA bepaalt zoals gezegd dat de werkgever voorafgaande toestemming nodig heeft van het UWV WERKbedrijf om de arbeidsverhouding op te zeggen. Hierop bestaan uiteraard een aantal uitzonderingen waarbij de werkgever deze toestemming niet nodig heeft. De uitzonderingen staan in artikel 6 lid 2 BBA. Er kan derhalve een arbeidsverhouding bestaan die op grond van artikel 1 en 2 onder het BBA valt, maar dat dan toch geen toestemming nodig is. De werkgever behoeft geen voorafgaande toestemming indien de opzegging onverwijld geschiedt om een dringende reden, met daarbij gelijktijdige mededeling van de reden aan de werknemer. Het gaat dan om ontslag op staande voet. Verder behoeft de werkgever geen voorafgaande toestemming indien de opzegging tijdens de proeftijd geschiedt en indien opgezegd wordt door het faillissement van de werkgever. De curator is in een faillissement bevoegd om zonder toestemming de arbeidsovereenkomsten van de werknemers op te zeggen. Op grond van artikel 6 lid 9 BBA kan bij ministeriële regeling voor bepaalde werknemers ontheffing of vrijstelling van de toestemming uit lid 1 worden verleend. Hierbij gaat het vooral om bestuurders van vennootschappen, de zogenaamde statutair directeur. De statutair directeur moet benoemd zijn door een bevoegd orgaan en deze heeft een vennootschapsrechtelijke en een arbeidsrechtelijke band met de vennootschap³⁶ die beide verbroken moet worden. Dit wordt een dubbele ontslagbescherming genoemd, maar dit is niet helemaal juist, omdat de statutair directeur niet de bescherming van artikel 6 BBA geniet.³⁷ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat titel 10 van boek 7 BW wel van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de statutair directeur voor zover boek 2 BW zich daar niet tegen verzet³⁸.

3.3 De procedure van artikel 6 BBA

De procedure begint logischerwijs met de werkgever, die het UWV WERKbedrijf schriftelijk verzoekt toestemming te verlenen tot opzegging van de arbeidsverhouding, ofwel de arbeidsovereenkomst. Het UWV WERKbedrijf beoordeelt of de arbeidsverhouding mag worden

³⁶ HR 28 juni 2000, *NJ* 2000, 556.

³⁷ Van Drongelen e.a. 2009, p 98.

³⁸ HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265.

opgezegd. Hiervoor maakt het gebruik van het zogenaamde Ontslagbesluit³⁹. In artikel 6 lid 3 BBA staat, dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot de toestemming. Dit Ontslagbesluit komt hieruit voort. Hierin staan bijvoorbeeld onder andere termijnen waarbinnen extra relevante stukken moeten worden aangeleverd door de werkgever (artikel 2:1 Ontslagbesluit) en dat de werknemer vervolgens binnen veertien dagen verweer moet voeren (artikel 2:2 Ontslagbesluit). Verder staat in dit Ontslagbesluit de algemene toetsingsmaatstaf, waarbij door het UWV WERKbedrijf wordt beoordeeld of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hierbij neemt het UWV in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer en eventuele andere belangen. Geprobeerd wordt een sociaal onrechtvaardig ontslag te voorkomen^{40, 41}. De belangen en mogelijkheden die van belang zijn en die het UWV overweegt zijn onder andere de financiële draagkracht van een onderneming, de mogelijkheden van de werkgever om het ontslag te voorkomen door overplaatsing, de arbeidsmarktpositie van de werknemer na het ontslag en de duur van het dienstverband.⁴² De redenen die werkgevers het meeste gebruiken om toestemming te verkrijgen een werknemer te ontslaan zijn in het Ontslagbesluit opgenomen en uitgewerkt. In paragraaf 4 wordt het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen uitgewerkt en in paragraaf 5 ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen, zoals onder andere disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie.

3.4 Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen

In deze tijd van economische onrust komen ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen vaak voor. Op grond van artikel 4:1 lid 1 Ontslagbesluit moet de werkgever aannemelijk maken, dat er redenen zijn van bedrijfseconomische aard zijn die ervoor zorgen ,dat er een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Een reden voor de werkgever kan zijn zwakke financiële positie zijn. Een andere reden kan zijn, dat de vraag naar zijn product af is genomen. Er kan ook

³⁹ *Stcrt.* 1998, 238.

⁴⁰ HR 16 november 2001, *JAR* 2001, 258.

⁴¹ Loonstra en Zondag 2008, p 362.

⁴² Van Drongelen e.a. 2009, p 113 en 114.

gesneden moeten worden in de onderneming indien deze verlies lijdt en dit een reden kan zijn dat de onderneming gaat verhuizen.⁴³ Om uiteindelijk daadwerkelijk aannemelijk maken dat er geen andere oplossing mogelijk is dan ontslag, zal de werkgever zijn standpunt moeten onderbouwen met bijvoorbeeld zijn jaarcijfers. Het is wel zo dat er marginaal getoetst wordt aangezien hard bewijs niet altijd is vereist of mogelijk is.⁴⁴ Verder moet de werkgever ook aantonen dat personeelsverloop en overplaatsing geen opties zijn.⁴⁵ Indien de werkgever 20 of meer werknemers wil ontslaan en de belanghebbende werknemersverenigingen stemmen in met het ontslag, dan is toetsing door het UWV niet meer nodig (artikel 4:1 lid 1 Ontslagbesluit). Dit is bij een zogenaamd collectief ontslag. Het aantal van 20 werknemers staat in artikel 3 Wet melding collectief ontslag⁴⁶. Nadat de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat er op grond van bedrijfseconomische redenen arbeidsplaatsen dienen te vervallen, moet de werkgever bepalen welke werknemers daarvoor in aanmerking komen. De werknemers met het kortste dienstverband komen over het algemeen als eerste in aanmerking voor ontslag. Dit is het zogenaamde anciënniteitsbeginsel. Om te voorkomen dat alleen de jongste werknemers worden ontslagen, wordt per leeftijdsgroep gekeken welke werknemers er voor ontslag in aanmerking komen. Het aantal werknemers met uitwisselbare functies dat per leeftijdsgroep in aanmerking komt voor ontslag, moet zoveel mogelijk overeenkomen met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de betreffende functies. Met dit zogenaamde afspiegelingsbeginsel moet de werkgever rekening houden. Dit staat in artikel 4:2 Ontslagbesluit. Uitwisselbare functies zijn functies die naar de aard, inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, niveau en beloning vergelijkbaar zijn.⁴⁷ Er zijn vijf leeftijdsgroepen en vervolgens wordt het anciënniteitsbeginsel toegepast voor elke categorie uitwisselbare functies per leeftijdsgroep. Zo wordt het afspiegelingsbeginsel eenvoudiger uitgelegd toegepast. Voor schoonmakers en uitzendkrachten zijn er aparte regelingen die staan in bijlagen A en B van het Ontslagbesluit (artikel 4:2 lid 2 Ontslagbesluit). Er zijn uitzonderingen waarbij het UWV kan afwijken van het verplichte afspiegelingsbeginsel. Indien de werkgever

⁴³ Van Drongelen e.a. 2009, p 115.

⁴⁴ *Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf*, 2010, p 62.

⁴⁵ Van Genderen e.a. 2008, p 208.

⁴⁶ *Stb.* 1976, 223. Laatst gewijzigd op 1 januari 2009, *Stb.* 2008, 600.

⁴⁷ Van Drongelen e.a. 2009, p 118.

kan aantonen dat een werknemer over zodanig bijzondere kennis en bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming bezwaarlijk zou zijn, kan het UWV afwijken. Zie artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit. Dit zal in de praktijk niet snel voorkomen, want de werknemer moet echt zeer waardevol voor de onderneming zijn. Daarnaast kan het UWV afwijken van het afspiegelingsbeginsel, wanneer een werknemer die voor ontslag is voorgedragen een zwakke arbeidsmarkt positie heeft (artikel 4:2 lid 5 Ontslagbesluit). Dit kan bijvoorbeeld een oudere werknemer zijn of een allochtone werknemer.⁴⁸ Op grond van artikel 4:2 lid 3 Ontslagbesluit kan het UWV ook afwijken indien een werkgever kan aantonen dat de vervanging van een gedetacheerde werknemer in het licht van de zakelijke relatie tussen de werkgever en de opdrachtgever tot grote bezwaren zou leiden.⁴⁹ Wanneer het UWV toestemming verleent de arbeidsverhouding op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen, kan het UWV aan deze toestemming nog wel een voorwaarde verbinden die staat in artikel 4:5 Ontslagbesluit. Dit houdt in dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, nadat hij de werknemer waarvoor de toestemming is verleend in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op basis van dezelfde voorwaarden te hervatten.

3.5 Ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen

Zoals we gezien hebben, kan een werkgever een arbeidsovereenkomst opzeggen op grond van redenen die te maken hebben met het reilen en zeilen van een onderneming. Daarnaast kan de werkgever ook ontslag vorderen van een werknemer op grond van persoonsgebonden beweegredenen. Deze persoonsgebonden redenen staan in artikel 5:1 en 5:2 van het Ontslagbesluit. Artikel 5:1 lid 1 Ontslagbesluit heeft het over het disfunctioneren van een werknemer. Dit houdt in dat de werknemer niet voldoet aan de gevraagde of gestelde eisen die bij een bepaalde functie horen. De werkgever moet aannemelijk maken, dat de werknemer niet

⁴⁸ Van Genderen e.a. 2008, p 211.

⁴⁹ Van Drongelen e.a. 2009, p 136.

naar behoren functioneert. Verder moet de werkgever voldoende contact met de werknemer hebben gehad om te proberen het functioneren te verbeteren en de werknemer daarvoor ook genoeg tijd hebben gegeven. De ongeschiktheid van de werknemer mag niet komen door ziekte of gebreken van de werknemer. Als laatste mag het disfunctioneren niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden (artikel 5:1 lid 1 Ontslagbesluit). De werkgever mag ook om opzegging van de arbeidsverhouding verzoeken, indien de werknemer de bedongen arbeid niet wil verrichten met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar. De werkgever moet uiteraard wel met de werknemer in overleg om te proberen het gewetensbezwaar uit de wereld te helpen of de werkgever moet proberen de werknemer een aangepaste dan wel andere functie aan te bieden. Dit staat in lid 2 van artikel 5:1 Ontslagbesluit. Indien de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld jegens de werkgever, kan het UWV ook toestemming geven de arbeidsverhouding op te zeggen. De werkgever moet dan wel aantonen dat het verwijtbaar handelen of nalaten dusdanig is dat van de werkgever niet in redelijkheid kan worden gevergd om de arbeidsverhouding met de werknemer te laten voortduren (artikel 5:1 lid 3 Ontslagbesluit). Het verwijtbaar handelen van de werknemer kan bijvoorbeeld inhouden het herhaaldelijk te laat komen, het weigeren van werk of het weigeren om mee te werken aan zijn re-integratie. Een middel voor de werkgever om dit laatste soort handelen tegen te gaan is het staken of opschorten van de loonbetaling. Dit mag de werkgever doen op grond van artikel 7:660a jo. artikel 7:629 lid 3 BW. Indien dit ook niet meer helpt, mag de werkgever om een ontslagvergunning bij het UWV WERKbedrijf vragen, onder overlegging van een besluit van de bedrijfsarts.⁵⁰ De meest aangevoerde persoonlijke grond staat in lid 4 en gaat over de verstoorde arbeidsrelatie. Dit houdt in dat de werkgever en werknemer niet meer door een deur kunnen. Er moet wel sprake zijn van een ernstige en duurzame verstoring en herstel van de relatie moet niet meer mogelijk zijn. In een groter bedrijf kan plaatsing van de werknemer naar een andere afdeling soms een oplossing bieden, maar in een kleiner bedrijf waar werkgever en werknemer dagelijks met elkaar samen werken of elkaar dagelijks tegen komen zal dit lastiger zijn. De werkgever kan het UWV om toestemming vragen een werknemer te mogen ontslaan na twee jaar ziekte of op grond van een gebrek van de werknemer,

⁵⁰ Van Genderen e.a. 2008, p 213.

waardoor deze niet meer in staat is aan de gestelde functie-eisen te voldoen. Dit kan op grond van artikel 5:2 van het Ontslagbesluit, maar daar zijn wel extra eisen aan verbonden. De werkgever moet aantonen dat de werknemer ongeschikt is voor zijn functie en dat aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden. De werkgever moet ook daarbij aantonen dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer binnen 26 weken te herplaatsen in een aangepaste of andere functie binnen de onderneming welke voor die werknemer ook als passend kan worden beschouwd. Hierbij kan scholing nodig zijn. Verder is het zo dat op grond van artikel 7:658a lid 1 BW de werkgever ook buiten de onderneming naar een passende oplossing moet zoeken, maar op grond van het Ontslagbesluit is de werkgever daartoe niet verplicht. Regelmatig ziekteverzuim valt hieronder.⁵¹

Werknemers die zich bezig houden of zich minder dan twee jaar bezig hebben gehouden met de oprichting van een ondernemingsraad of een personeelsvereniging genieten bescherming. Als zo'n werkgever zo een werknemer wil ontslaan moet deze aantonen dat dit niet te maken heeft met deze activiteiten van de werknemer. Dit zijn de bijzondere groepen en dit staat in paragraaf 6 van het Ontslagbesluit (artikel 6:1 Ontslagbesluit). Artikel 7:1 bepaalt dat het UWV WERKbedrijf extra aandacht moet besteden aan het tegengaan van discriminatie. Het UWV moet ervoor waken dat verzoeken om toestemming niet worden gedaan op grond van discriminatie.

3.6 Geen toestemming van het UWV WERKbedrijf: opzegging is vernietigbaar

Het kan voorkomen dat de werkgever niet de noodzakelijke toestemming ex artikel 6 BBA verkrijgt van het UWV. Indien de werkgever de arbeidsverhouding toch opzegt zonder dat hij deze toestemming heeft verkregen bepaalt artikel 9 lid 1 BBA dat de opzegging van de arbeidsverhouding vernietigbaar is. De werknemer kan op grond van lid 3 van artikel 9 BBA een beroep op de vernietigingsgrond doen gedurende zes maanden. Een beroep op de vernietigbaarheid van de opzegging houdt in dat de arbeidsovereenkomst eigenlijk gewoon is blijven bestaan. Betaalt dan de werkgever niet, dan kan de werknemer een loonvordering

⁵¹ Van Genderen e.a. 2008, p 214.

instellen. Artikel 7:628 BW bepaalt namelijk dat de werknemer recht op loon heeft wanneer de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid voor rekening van de werkgever komt. Dit brengt wel met zich mee dat de werknemer nog altijd bereid moet zijn de overeengekomen arbeid te verrichten. De werknemer moet dit ook kenbaar maken aan zijn werkgever.⁵² De werknemer kan dit alleen doen als hij zijn arbeidsovereenkomst wil behouden en dus wil blijven werken bij zijn werkgever. Indien de werknemer dit niet wil kan deze op grond van een onregelmatige opzegging of een kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding van de werkgever vorderen. Een onregelmatige opzegging houdt in dat de werkgever niet de juiste opzegtermijn in acht heeft genomen (zie 3.8). Het kan zo zijn dat een werkgever opgezegd heeft zonder voorafgaande toestemming van het UWV en zonder dat hij de juiste opzegtermijn in acht heeft genomen. De werknemer kan een beroep doen op vernietiging van de opzegging, maar indien de werknemer later besluit dat hij dit toch niet wil, omdat hem bijvoorbeeld een nieuwe baan is aangeboden die hij graag wil, kan de werknemer dit omzetten naar een vordering tot schadevergoeding.⁵³ Deze omzetting is ook wel bekend als de 'switch'.⁵⁴ Een kennelijk onredelijk ontslag wordt later nog behandeld.

3.7 Opzegtermijn

Zoals we hebben gezien moeten de werkgever en de werknemer, bij opzegging van de arbeidsovereenkomst rekening houden met een opzegtermijn. Voor de werkgever is deze anders dan voor de werknemer. Voor de werkgever geldt namelijk een wettelijke termijn die afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst. In artikel 7:672 lid 2 BW staat dat de termijn één maand is wanneer de arbeidsovereenkomst korter dan 5 jaar heeft geduurd. De termijn duurt twee maanden indien de arbeidsovereenkomst vijf jaar of langer heeft geduurd, maar korter dan tien jaar. De termijn is drie maanden als de arbeidsovereenkomst tien jaar tot vijftien jaar heeft geduurd en vier maanden wanneer deze vijftien jaar of langer heeft geduurd. Artikel 7:672 lid 5 BW bepaalt dat deze opzegtermijn voor de werkgever alleen verkort kan

⁵² Loonstra en Zondag 2008, p 371.

⁵³ HR 7 oktober 1994, *JAR* 1994, 234.

⁵⁴ Loonstra en Zondag 2008, p 374.

worden bij CAO en schriftelijk worden verlengd. Voor de werknemer geldt een wettelijke termijn van één maand, wat blijkt uit artikel 7:672 lid 3 BW. In lid 6 van dit artikel staat dat schriftelijk van deze termijn mag worden afgeweken, maar dat de maximale termijn van de werknemer niet langer mag zijn dan zes maanden. Verder mag de termijn voor de werkgever niet korter zijn dan het dubbele van de opzegtermijn die geldt voor de werknemer. Het komt nog al eens voor dat de werkgever en werknemer een evenlange opzegtermijn zijn overeengekomen die geldig is op grond van de CAO. Artikel 7:672 lid 8 bepaalt dan dat de termijn voor de werkgever in ieder geval nooit korter mag zijn dan die voor de werknemer. Op 1 januari 1999 is de Wet Flexibiliteit en zekerheid in werking getreden. In artikel XXI van die wet staat een bepaling voor werknemers die bij de invoering van de wet 45 jaar of ouder waren, welke bepaalt dat wanneer de opzegtermijn voor deze werknemers op 1 januari 1999 langer is dan de opzegtermijn die volgens het huidige recht zou gelden, de langere termijn blijft gelden. Maar dit geldt alleen indien de werknemer sindsdien bij dezelfde werkgever in dienst is gebleven.⁵⁵ Als de werkgever voorafgaande aan de opzegging bij het UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning heeft aangevraagd en verkregen, mag hij zijn opzegtermijn met 1 maand verkorten.

3.8 Onregelmatig ontslag

Een onregelmatig ontslag is een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarbij de juiste opzegtermijn niet in acht is genomen. Op grond van artikel 7:677 lid 2 BW is de partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt schadeplichtig. Indien de werkgever niet de juiste termijn in acht heeft genomen heeft de werknemer op grond van lid 4 van dat artikel de keus tussen het vorderen van een gefixeerde of een volledige schadevergoeding. De gefixeerde schadevergoeding is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgesteld loon voor de tijd, dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren (artikel 7:680 lid 1 BW). Als de werkgever bijvoorbeeld een termijn van twee maanden in acht heeft genomen terwijl hij er drie in acht had moeten nemen is de gefixeerde schadevergoeding gelijk

⁵⁵ Van Genderen e.a. 2008, p 219.

aan één maand loon. De volledige schadevergoeding is overigens in de praktijk bijna gelijk aan de gefixeerde schadevergoeding. De volledige schadevergoeding heeft betrekking op alle schade die alleen wordt geleden doordat de juiste opzegtermijn niet in acht is genomen.⁵⁶ Als de werknemer langer zonder werk zit dan de regelmatige opzegtermijn maakt het voor de hoogte van de schadevergoeding niet uit of hij kiest voor de gefixeerde of volledige schadevergoeding. De enige uitzondering is dat de werknemer naast zijn normale loon nog andere inkomsten uit dezelfde baan heeft. Het gaat dan om fooien van derden of als de werknemer een aanvullende provisie krijgt. Dan zou het bedrag van de volledige schadevergoeding hoger kunnen uitvallen.⁵⁷ De werknemer kan bij een onregelmatige opzegging ook herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen op grond van artikel 7:682 BW, maar dit gebeurt in de praktijk niet veel aangezien een werknemer dan beter de opzegging kan vernietigen zoals we gezien hebben in 3.6.

3.9 Bijzondere opzegverboden

Naast het algemeen opzegverbod zijn er nog een aantal extra opzegverboden om werknemers extra te beschermen tegen ontslag. Het kan zijn dat de werkgever voorafgaande toestemming van het UWV heeft gekregen, maar hij op grond van de bijzondere opzegverboden toch niet over mag gaan tot opzegging van arbeidsovereenkomst. Deze opzegverboden beschermen de werknemers die een groter risico lopen om ontslagen te worden.⁵⁸ De werkgever mag de arbeidsovereenkomst niet opzeggen in de volgende gevallen:

- gedurende de eerste twee jaar van ziekte;
- gedurende de zwangerschap, het bevallingsverlof en na werkhervatting gedurende de eerste 6 weken na het verlof;

⁵⁶ HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106.

⁵⁷ Loonstra 2011, p 104.

⁵⁸ Van Genderen e.a. 2010, p 225.

- omdat de werknemer aanspraak maakt op een van de volgende verlofvormen uit de Wet arbeid en zorg: adoptie- en pleegzorgverlof, kort- en langerdurend zorgverlof en ouderschapsverlof;
- wegens het bijwonen van vergaderingen van de Eerste Kamer en andere rechtstreeks gekozen publiekrechtelijke organen, als de werknemer daartoe verlof heeft gekregen;
- gedurende de (vervangende) dienstplicht. Dit opzegverbod heeft geen betekenis meer omdat de dienstplicht feitelijk is afgeschaft;
- gedurende het lidmaatschap van (een vaste commissie van) de ondernemingsraad;
- wegens het lidmaatschap van een vakbond;
- wegens overgang van onderneming;
- omdat de werknemer op grond van de Wet aanpassing arbeidsduur gevraagd heeft om zijn arbeidsduur aan te passen;
- omdat de werknemer overeenkomstig de regels in de Arbeidstijdenwet niet instemt met het werken op zondag;
- in strijd met een wettelijk verbod van ongelijke behandeling.⁵⁹

Artikel 7:670 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever niet op kan zeggen wanneer de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. Dit opzegverbod geldt niet wanneer de ziekte ten minste twee jaren heeft geduurd. Perioden van ziekte die elkaar opvolgen binnen vier weken worden samengeteld. Zwangerschaps- of bevallingsverlof wordt niet meegeteld.⁶⁰ Als het aantoonbaar is dat er sprake is van een doorlopende ziekte die voor en na het verlof doorloopt, loopt de ziekteperiode ook door minus de periode van het verlof, want anders zou er namelijk een nieuwe termijn gaan lopen.⁶¹ Verder geldt het verbod ook niet indien de werknemer ziek is geworden nadat een verzoek van de werkgever om toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA is ontvangen door het UWV. Artikel 7:670 lid 2 BW bepaalt dat de werkgever niet kan opzeggen gedurende de zwangerschap van een werkneemster. Verder kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de periode waarin zij

⁵⁹ www.ontslagdossier.nl

⁶⁰ Artikel 7:670 lid 1 BW.

⁶¹ Van Drongelen e.a. 2009, p 172.

bevallingsverlof als bedoeld in artikel 3:1 lid 3 Wet arbeid en zorg⁶² geniet. De 6 weken kunnen ook pas gaan lopen nadat de werkneemster niet meer ongeschikt is te werken, indien de ongeschiktheid te wijten is aan de zwangerschap of bevalling.⁶³ Bij een aantal vormen van verlof waar een werknemer aanspraak op kan maken geldt een opzegverbod voor de werkgever. Deze vormen van verlof waar een werknemer aanspraak op kan maken staan in de Wet arbeid en zorg. Allereerst kan een werknemer verlof krijgen in verband met een adoptie. Het verlof is maximaal 4 weken.⁶⁴ Bij een pleegzorgverlof gelden dezelfde voorwaarden als bij een adoptieverlof. Daarnaast kan een werknemer om een kortdurend of een langdurend zorgverlof verzoeken om een persoon met een ziekte te verzorgen (artikel 5:1 e.v. Wet arbeid en zorg) of met een levensbedreigende ziekte te verzorgen (artikel 5:9 e.v. Wet arbeid en zorg). De werknemer die in familierechtelijke betrekking staat tot een kind, maar ook de werknemer die op hetzelfde adres woont als het kind en de verzorging en opvoeding van dat kind op zich heeft genomen, kan verzoeken om ouderschapsverlof. Dit staat in artikel 6:1 Wet arbeid en zorg. Het verlof van maximaal dertien keer het aantal arbeidsuren per week kan alleen worden opgenomen voor een kind jonger dan acht jaar (artikel 6:2 en 6:4 Wet arbeid en zorg). Het opzegverbod geldt alleen als de werkgever een werknemer wil ontslaan omdat deze juist gebruik maakt van zijn recht op verlof. Dit is bepaald in artikel 7:670 lid 7 BW. Lid 6 van dat artikel bepaalt dat niet opgezegd mag worden door de werkgever indien de werknemer die met verlof vergaderingen bijwoont als lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal en van vertegenwoordigende organen van publiekrechtelijke lichamen die bij rechtstreekse verkiezing worden samengesteld. Verder bepaalt artikel 7:643 BW dat dit niet geldt voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal, alsmede commissies uit deze organen van publiekrechtelijke lichamen. Het opzegverbod dat geldt gedurende de (vervangende dienstplicht) uit artikel 7:670 lid 3 BW heeft geen betekenis meer omdat de dienstplicht is afgeschaft en kan alleen nog gelden voor buitenlandse dienstplichtige werknemers.⁶⁵ De werkgever mag de arbeidsovereenkomst met een werknemer niet opzeggen indien de werknemer lid is van

⁶² *Stb.* 2001, 567.

⁶³ Artikel 7:670 lid 2 BW.

⁶⁴ Artikel 3:2 en 3:3 Wet arbeid en zorg.

⁶⁵ Van Drongelen e.a. 2009, p 177.

ondernemingsraad of van een personeelsvertegenwoordiging. Zie artikel 7:670 lid 4 BW. Op grond van artikel 7:670 lid 5 BW is er een opzegverbod voor de werkgever om wegens het lidmaatschap van een werknemer van een vakbond de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De werkgever mag de arbeidsovereenkomst ook niet opzeggen wegens het deelnemen van de werknemer aan activiteiten voor de vakbond. Bij de overgang van de onderneming geldt er ook een opzegverbod ten opzichte van de werknemer. Op grond van artikel 7:670 lid 8 BW en artikel 7:662 lid 2 sub a BW moet het om een overgang gaan ten gevolge van een fusie of een splitsing. De onderneming moet dan wel haar identiteit behouden. De werkgever mag de arbeidsovereenkomst evenmin opzeggen omdat de werknemer verzocht heeft om zijn arbeidsduur te verkorten of vermeederen op grond van de Wet aanpassing arbeidsduur⁶⁶. Zie artikel 3 Wet aanpassing arbeidsduur. De werknemer moet wel voorafgaand aan de beoogde ingang van de aanpassing ten minste een jaar in dienst zijn bij de werkgever (artikel 2 lid 1 Wet aanpassing arbeidsduur). Als de werknemer op grond van de Arbeidstijdenwet⁶⁷ niet instemt met het werken op zondag mag de werkgever hem niet ontslaan. Dit verbod staat in artikel 7:670 lid 9 BW. De werknemer hoeft geen redenen te geven waarom hij niet instemt met het werken op zondag. Het kunnen religieuze redenen zijn, maar dat hoeft niet.⁶⁸ Het laatste opzegverbod is dat er niet opgezegd mag worden als dit in strijd is met een wettelijk verbod van ongelijke behandeling. 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.' Dit staat in artikel 1 Grondwet⁶⁹ en is natuurlijk de basis van de gelijke behandeling. In artikel 7:646 lid 1 BW staat dat de werkgever geen direct of indirect onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst. In artikel 7:647 lid 1 staat dat de opzegging vernietigbaar is als de opzegging in strijd is met artikel 7:646 lid 1. De werkgever mag ook geen onderscheid maken

⁶⁶ *Stb.* 2000, 114.

⁶⁷ *Stb.* 1995, 598.

⁶⁸ Van Drongelen e.a. 2009, p 184.

⁶⁹ *Stb.* 1815, 45. Inwerkingtreding: 12 september 1840, *Stb.* 1840, 54.

tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet of opgezegd (artikel 7:648 lid 1 BW). De werkgever mag ook geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Dit staat in artikel 7:649 lid 1. De werkgever moet aan kunnen tonen dat zijn besluit tot ontslag niet te maken heeft met enig onderscheid.⁷⁰ Er zijn een paar uitzonderingen op de hierboven beschreven bijzondere ontslagverboden. De ontslagverboden die staan beschreven in artikel 7:670 gelden niet als de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt tijdens de proeftijd en ook niet als de werkgever opzegt wegens een dringende reden. Hier later meer over. Een andere uitzondering staat in artikel 7:670b lid 2 BW. Het ligt voor de hand als de werknemer schriftelijk instemt met de opzegging dat de opzegverboden dan niet gelden. Verder staat in lid 2 ook nog een andere uitzondering. Als de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming, dan gelden de opzegverboden ook niet, behalve wanneer het gaat om een werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof heeft (artikel 3:1 Wet arbeid en zorg). De laatste uitzondering betreft een werknemer die niet mee wil werken aan zijn re-integratie en als deze ongeschikt is wegens ziekte om de bedongen arbeid te verrichten. Op grond van artikel 7:670b lid 3 BW kan de werknemer geen beroep meer doen op een opzegverbod indien de werknemer weigert gevolg te geven aan gegeven redelijke voorschriften of maatregelen om hem in staat te stellen de passende arbeid te verrichten (sub a), weigert passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 te verrichten (sub b) en weigert zijn medewerking te verlenen aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak (sub c). Het niet in acht nemen van de opzegverboden uit artikel 7:670 BW maakt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vernietigbaar. Dit staat in artikel 7:677 lid 5 BW.⁷¹ Ook als de opzegging in strijd is met de wettelijke voorschriften over gelijke behandeling is de opzegging vernietigbaar.⁷²

⁷⁰ Van Drongelen e.a. 2009, p 186.

⁷¹ Van Drongelen e.a. 2009, p 192.

⁷² Van Drongelen e.a. 2009, p 193.

3.10 Noodzakelijke toestemming van de kantonrechter

Naast het algemeen opzegverbod en de bijzondere opzegverboden bestaat er een bepaling die stelt dat voor opzegging van een arbeidsovereenkomst voor sommige groepen werknemers voorafgaande toestemming van de kantonrechter nodig is. De noodzakelijke toestemming van de kantonrechter staat in artikel 7:670a BW. De werknemers waarvoor dit geldt zijn:

- werknemers die geplaatst zijn op een kandidatenlijst voor een ondernemingsraad dan wel een personeelsvertegenwoordiging (lid 1 sub a);
- werknemers die korter dan twee jaar geleden lid zijn geweest van (lid 1 sub a):
 - een centrale ondernemingsraad;
 - een groepsondernemingsraad;
 - een personeelsvertegenwoordiging;
 - een bijzondere onderhandelingsgroep;
 - een Europese ondernemingsraad;
 - een ondernemingsraad van een Europese naamloze vennootschap;
 - een ondernemingsraad van een Europese coöperatieve vennootschap;
- werknemers die korter dan twee jaar geleden zijn opgetreden als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers (lid 1 sub a);
- werknemers die lid zijn van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad of van een groepsondernemingsraad (lid 1 sub b);
- werknemers die als deskundig werknemer of als deskundig persoon als bedoeld in de Arbeidsomstandighedenwet⁷³ werkzaam zijn (lid 1 sub c);
- werknemers die als functionaris voor de gegevensbescherming als bedoeld in artikel 62 van de Wet bescherming persoonsgegevens⁷⁴ werkzaam zijn (lid sub d).⁷⁵

Lid 2 van artikel 7:670a BW bepaalt dat de toestemming van de kantonrechter kan worden gevraagd bij verzoekschrift. De werkgever moet wel aannemelijk maken dat de opzegging geen

⁷³ Stb. 1999, 184.

⁷⁴ Stb. 2000, 302.

⁷⁵ Van Drongelen e.a. 2009, p 197.

verband houdt met een van de omstandigheden die in lid 1 van het artikel staan.

Uitzonderingen zijn wederom de opzegging tijdens de proeftijd of opzegging bij een dringende reden. Indien de werknemer schriftelijk instemt met het ontslag geldt de noodzakelijke toestemming van de kantonrechter niet. De beëindiging van de onderneming of een deel van de onderneming heeft ook tot gevolg dat er geen toestemming is vereist. Als de opzegging van de arbeidsovereenkomst in strijd is met artikel 7:670a BW is de opzegging vernietigbaar.⁷⁶

3.11 Opzegging tijdens de proeftijd

Opzegging tijdens de proeftijd is een buitengewoon geval ten opzichte van de andere opzeggingsgevallen. Bij opzegging in de proeftijd heb je geen voorafgaande toestemming nodig van het UWV in de zin van artikel 6 BBA. Er hoeft ook geen rekening te worden gehouden met de opzegtermijn. De vereisten voor een rechtsgeldig proeftijdbeding staan in artikel 7:652 BW. De proeftijd is voor beide partijen gelijk en deze moet schriftelijk overeen worden gekomen. De proeftijd is maximaal twee maanden bij afsluiting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze is een maand bij een arbeidsovereenkomst die aan is gegaan voor korter dan twee jaren en twee maanden bij een arbeidsovereenkomst die aan is gegaan voor twee jaar of langer. Elk beding waarbij de proeftijd niet voor beide partijen gelijk is of op langer dan twee maanden wordt gesteld, alsmede elk beding waarbij door het aangaan van een nieuwe proeftijd de gezamenlijke proeftijden langer dan twee maanden worden, is nietig. Partijen zijn bevoegd op grond van artikel 7:676 BW om de arbeidsovereenkomst met een proeftijdbeding met onmiddellijke ingang op te zeggen. Partijen mogen zelf wel overeenkomen dat bijvoorbeeld alleen tegen het einde van de proeftijd opgezegd mag worden.⁷⁷ Zoals we hebben gezien gelden de bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 en 7:670a BW ook niet bij een opzegging tijdens de proeftijd. Dit betekent evenwel niet dat de werkgever zomaar alles kan maken in verband met het proeftijdontslag. Soms wordt er toch tot op zekere hoogte inhoudelijk naar het ontslag gekeken. De werkgever mag namelijk niet zomaar de

⁷⁶ Van Drongelen e.a. 2009, p 200-201.

⁷⁷ Van Drongelen e.a. 2009, p 72.

arbeidsovereenkomst beëindigen op grond van een discriminatoire reden. De werkgever kan dan misbruik van bevoegdheid worden tegengeworpen, wat staat in artikel 3:13 BW. Het ontslag tijdens de proeftijd kan daarentegen nooit kennelijk onredelijk zijn. Verder kan een opzegging tijdens de proeftijd wel in strijd zijn met het goed werkgeverschap van een werkgever. Artikel 7:611 BW bepaalt dat een werkgever zich als een goed werkgever moet gedragen en als bijvoorbeeld de werkgever de werknemer tijdens de proeftijd ontslaat om een reden die niets te maken heeft met het functioneren van de desbetreffende werknemer. Strijdigheid met het goed werkgeverschap kan zich bijvoorbeeld voordoen indien er is opgezegd omdat de werknemer niet op tijd zijn leaseauto ingeleverd heeft⁷⁸, omdat de werknemer wordt ontslagen tijdens de proeftijd vanwege een reorganisatie, terwijl de werkgever tijdens de sollicitatie de werknemer niet van deze mogelijke gebeurtenis op de hoogte heeft gesteld⁷⁹, of omdat er getwijfeld wordt aan de eerlijkheid van een ziektemelding van de werknemer^{80, 81}. Als er in strijd met het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW wordt gehandeld met betrekking tot de proeftijd, kan dit leiden tot een vordering tot schadevergoeding. Er staat namelijk niets in het artikel over vernietiging of nietigheid.⁸² De schadevergoeding kan oplopen tot een bedrag dat zou zijn uitgekeerd indien de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gewoon loon had gekregen tot het einde van die overeenkomst.⁸³

3.12 Opzegging wegens dringende reden

Opzegging wegens een dringende reden, danwel ontslag op staande voet, is ook een bijzonder geval van opzegging. Het heeft verstrekken gevolgen voor de werknemer, indien hij op grond van een dringende reden op straat wordt gezet. De opzegging geschiedt onverwijld zonder voorafgaande toestemming van het UWV en zonder termijn. Onverwijld is iets anders dan

⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, *JAR* 2007, 70.

⁷⁹ Ktr. Amsterdam 24 maart 2000, *JAR* 2000, 91.

⁸⁰ Rb. Den Haag 1 november 2000, *JAR* 2001, 18.

⁸¹ Van Genderen e.a. 2010, p 248.

⁸² Loonstra en Zondag 2008, p 402.

⁸³ HR 10 november 2000, *JAR* 2000, 249.

onmiddellijk.⁸⁴ Er hoeft eveneens geen rekening te worden gehouden met opzegverboden. De werknemer heeft trouwens ook het recht om ontslag te nemen op grond van een dringende reden. Artikel 7:677 lid 1 BW bepaalt dat deze opzegging onverwijld mag zijn indien er een dringende reden is en deze reden moet gelijktijdig aan de wederpartij worden medegedeeld. Alleen het bestaan van een dringende reden is niet voldoende, want er moet sprake zijn van een objectieve dringende reden. Dit houdt dat de reden algemeen als dringend moet worden gezien. Ieder weldenkend mens moet dit zo zien. Dringende redenen kunnen onder andere zijn de redenen die in artikel 7:678 en 7:679 BW staan. Artikel 7:678 lid 1 geeft aan dat voor de werkgever dringende redenen zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer zijn, dat van de werkgever niet redelijkerwijs kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren. Lid 2 geeft daarbij een groot aantal voorbeelden, maar dit is geen limitatieve opsomming. Er kunnen ook andere gedragingen die niet genoemd zijn ernstig genoeg zin voor een ontslag op staande voet. Dronken op het werk verschijnen, diefstal, bedrog, bedreiging, mishandeling, werkweigering en schending van de geheimhoudingsplicht zijn een aantal voorbeelden van dringende redenen voor de werkgever.⁸⁵ De gedragingen hoeven zelfs niet altijd werk gerelateerd zijn, waardoor soms gedragingen in de privésfeer ook kunnen leiden tot een ontslag op staande voet. Bijvoorbeeld wanneer een werknemer een dusdanig strafbaar feit heeft gepleegd, waardoor de integriteit van de werknemer die bij een bepaalde functie hoort wegvalt.⁸⁶ Naast de objectiviteit van de dringende reden is het eveneens vereist dat er sprake moet zijn van een subjectieve dringende reden. Dit houdt in dat degene die de arbeidsovereenkomst onverwijld opzegt wegens een dringende reden, de reden zelf ook als dringend ervaart.⁸⁷ Wat voor het ene bedrijf gebruikelijk is hoeft voor het andere bedrijf niet zo te zijn. De werkgever geeft de dringendheid van de reden aan door onverwijld en schriftelijk op te zeggen. De werkgever geeft derhalve dus ook aan dat hij de arbeidsverhouding niet langer wil laten voortbestaan. Onverwijld moet wel in perspectief worden gezien als er bijvoorbeeld een onderzoek moet volgen naar aanleiding van een bepaalde gedraging. Het

⁸⁴ Van Drongelen e.a. 2009, p 205.

⁸⁵ Zie artikel 7:678 lid 2 BW.

⁸⁶ Van Genderen e.a. 2010, p 251.

⁸⁷ Van Drongelen e.a. 2009, p 205.

gebruik, beleid of de huisregels kunnen leiden tot een subjectieve dringende reden. Het is wel zo dat de werkgever consequent moet zijn met zijn beleid.⁸⁸ Naast de redenen voor de werkgever zijn er ook redenen voor een werknemer om ontslag op staande voet te nemen. Artikel 7:679 lid 1 BW geeft aan dat dringende redenen voor de werknemer zodanige omstandigheden zijn, dat van de werknemer niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortbestaan. In lid 2 van dit artikel staan onder andere een aantal redenen die als dringend kunnen worden gezien. Wederom is dit niet een limitatieve opsomming. Onder andere wanneer de werkgever de werknemer mishandelt, bedreigt of verleidt tot handelingen die strijdig zijn met de goede zeden kan dit een dringende reden opleveren. Verder kan, als de werkgever het loon niet op tijd voldoet of op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamt welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt, dit ook een aanduiding zijn voor een dringende reden. Dit is ook het geval wanneer de werknemer door ziekte buiten zijn toedoen buiten staat geraakt de bedongen arbeid te verrichten. De gevolgen zijn zoals we hebben gezien niet gering indien de werknemer wordt ontslagen op staande voet. De werknemer verliest per direct zijn baan en een WW-uitkering⁸⁹ zal waarschijnlijk ook worden geweigerd.⁹⁰ Vaak zal dit leiden tot een procedure. De partij die door opzet of schuld aan de wederpartij een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen is schadeplichtig ten opzichte van de wederpartij ex 7:677 lid 3 BW. De werknemer kan derhalve een beroep doen op de schadeplichtigheid van de werkgever en kan op grond van lid 4 kiezen tussen een gefixeerde of een volledige schadevergoeding. De werknemer kan zich ook beroepen op de vernietigbaarheid van de opzegging. Hierbij zal de werknemer ook vaak een loonvordering instellen (artikel 7:628 BW). De dringende reden wordt verwacht te ontbreken en de werknemer moet dan wel bij de werkgever in dienst willen blijven en bereid zijn de bedongen arbeid te verrichten.⁹¹ Er kan ook sprake zijn van wanprestatie van de werkgever, waardoor de werknemer op grond daarvan een schadevergoeding kan

⁸⁸ Van Genderen e.a. 2010, p 253.

⁸⁹ Uitkering op grond van de Werkloosheidswet: *Stb.* 1986, 566.

⁹⁰ Van Genderen e.a. 2010, p 260.

⁹¹ Van Genderen e.a. 2010, p 260.

vorderen.⁹² Een terecht ontslag op staande voet kan volgens de Hoge Raad⁹³ niet kennelijk onredelijk zijn.⁹⁴

3.13 Kennelijk onredelijk ontslag

Hierbij gaat het om de vraag die een werkgever en een werknemer kunnen voorleggen aan de rechter of een opzegging van een arbeidsovereenkomst vanwege de aangevoerde reden als rechtvaardig is aan te merken. Dit betekent dat er aan alle vereisten voor opzegging voldaan kan zijn, de voorafgaande toestemming van het UWV kan verkregen zijn en de opzegtermijn kan juist gehanteerd zijn, maar dat er toch een reden bestaat waardoor het ontslag als kennelijk onredelijk kan worden gezien. In artikel 7:681 lid 1 BW staat immers dat als partijen de arbeidsovereenkomst, al dan niet met inachtneming van de geldende bepalingen voor opzegging, kennelijk onredelijk opzegt, de rechter een schadevergoeding kan toekennen. Het woord kennelijk in het artikel is bedoeld om aan te geven dat als de opzegging zo onmiskenbaar onredelijk is de rechter niet anders kan dan ingrijpen. Bij de invoering van het artikel zou de toets door de rechter geen volledige, maar een marginale toets moeten zijn.⁹⁵ Dit is later veranderd en de rechter toets nu derhalve volledig.⁹⁶ Lid 2 van artikel 7:681 BW geeft een aantal voorbeelden waarbij onder andere sprake zou kunnen zijn van een kennelijke onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit is geen limitatieve opsomming en de rechter heeft een grote mate van beoordelingsvrijheid.⁹⁷ Opgave van een valse reden kan als kennelijk onredelijk worden gezien. Dit kan bijvoorbeeld als de werkgever toestemming heeft gevraagd aan het UWV op grond van artikel 6 BBA vanwege bedrijfseconomische redenen en later blijkt dat de werkgever geknoeid heeft met cijfers.⁹⁸ Sub b van lid 2 is het belangrijkste lid van artikel 7:681 BW. Dit wordt het gevolgcriterium genoemd en houdt in dat er door de rechter wordt

⁹² Asscher-Vonk e.a. 2009, p 163.

⁹³ HR 12 februari 1999, *JAR* 1999, 102, HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95.

⁹⁴ Van Drongelen e.a. 2009, p 237.

⁹⁵ Van Genderen e.a. 2010, p 230.

⁹⁶ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72, HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76.

⁹⁷ Loonstra en Zondag 2008, p 386.

⁹⁸ Loonstra en Zondag 2008, p 386.

gekeken of de gevolgen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met de belangen die de werkgever heeft bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁹⁹ Er wordt een belangenafweging gemaakt door de rechter. Bij de werknemer zijn van belang, de duur van zijn arbeidsovereenkomst, zijn leeftijd en zijn mogelijkheden om ander passende arbeid te vinden.¹⁰⁰ Alle omstandigheden van het geval zijn hierbij van belang. Sub c gaat weer over de dienstplicht en heeft eigenlijk geen zeggenschap meer aangezien de dienstplicht is afgeschaft. Sub d heeft het over opzegging in afwijking van het volgens gebruik geldende anciënniteitsregeling van een onderneming en sub e bepaalt dat een opzegging waarschijnlijk kennelijk onredelijk is indien de werkgever opzegt op grond van het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten. Als er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag kan de rechter een schadevergoeding toekennen op grond van 7:681 lid 1 BW of hij kan degene die schadelijktig is geworden ook veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen op grond van artikel 7:682 lid 1 BW. De hoogte van de schadevergoeding wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval mee te nemen in de beslissing en daarbij heeft de rechter een grote mate van vrijheid. Bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding hebben verschillende rechters de laatste jaren uiteenlopende ideeën gehad. Sommige hebben aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule, die gebruikt wordt bij de ontbindingsprocedure, waar in het volgende hoofdstuk uitgebreid bij stil wordt gestaan. Deze houdt kortgezegd $A \times B \times C$ in, waarbij A het aantal dienstjaren betreft, B het laatste verdiende maandsalaris en C de correctiefactor. C wordt minder dan 1 indien het verwijt bij de werknemer ligt en meer dan 1 indien dit bij de werkgever ligt. Dit gaf sommige rechters een soort van houvast voor het berekenen van de schadevergoeding bij een kennelijke onredelijke opzegging. Dit wordt ook wel de reflexwerking van de kantonrechtersformule genoemd. De Hoge Raad heeft recentelijk bepaald dat de kantonrechtersformule hoort bij ontbindingsprocedures en niet bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.¹⁰¹ In dit arrest vind de Hoge Raad dat de schadeberekening niet aan de hand van een formule kan gebeuren, maar noemt wel een aantal

⁹⁹ Van Genderen e.a. 2010, p 231.

¹⁰⁰ Loonstra en Zondag 2008, p 386.

¹⁰¹ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 en 22 oktober 2010, *JAR* 2010, 293.

factoren waar rekening mee gehouden kan worden. het gaat dan onder andere om de leeftijd, het aantal dienstjaren, de beloning en de mogelijke pensioenschade.¹⁰²

¹⁰² Van Genderen e.a. 2010, p 234.

4. Het huidige Nederlands ontslagrecht: de ontbinding

4.1 Algemeen

In Nederland kennen we het duale stelsel zoals we hebben gezien. Dit betekent dat naast de mogelijkheid om een arbeidsverhouding op te zeggen, ook een mogelijkheid bestaat om de arbeidsovereenkomst te laten beëindigen door ontbinding. De werkgever en werknemer kunnen beiden de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden via een rechterlijke uitspraak. Dit kan op grond van gewichtige redenen en op grond van wanprestatie.¹⁰³ De ontbinding op grond van gewichtige redenen zal eerst worden behandeld en daarna de ontbinding op grond van wanprestatie.

4.2 Ontbinding wegens gewichtige redenen

De ontbinding wegens gewichtige redenen van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter kan door partijen te allen tijde worden verzocht. Elk beding in de arbeidsovereenkomst waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig. Dit staat in artikel 7:685 lid 1 BW. Verder is het zo dat het algemene opzegverbod en de bijzondere opzegverboden niet gelden bij ontbinding omdat hier geen sprake is van opzegging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter moet er wel zeker van zijn dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van een bijzonder opzegverbod. Als dit wel het geval is, dan kan de kantonrechter het verzoek tot ontbinding afwijzen. De procedure ex 7:685 BW start zoals hierboven duidelijk is geworden met een verzoekschrift bij de kantonrechter met daarin het verzoek de arbeidsovereenkomst van een werknemer te ontbinden. De gewichtige redenen uit lid 1 kunnen ex artikel 685 lid 2 BW worden onderverdeeld in dringende redenen en verandering in de omstandigheden. Gewichtige reden is de enige grondslag.¹⁰⁴ De eerste gewichtige reden die artikel 7:685 BW noemt is de dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW. Het gaat dan om

¹⁰³ Artikel 7:685 en 7:686 BW.

¹⁰⁴ Van Drongelen e.a. 2009, p 268.

omstandigheden die een dringende reden zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst onverwijld opgezegd zou zijn. Het moet dus gaan om een dringende reden die ernstig genoeg is om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen indien dit ontslag direct zou zijn gegeven.¹⁰⁵ Deze dringende redenen zijn al uitvoerig besproken in paragraaf 3.12 en staan onder andere in artikel 7:678 en 7:679 BW. Er is bij deze redenen sprake van een situatie waardoor van de werkgever niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren. De dringende reden moet objectief en subjectief zijn. Ieder weldenkend mens moet de dringende reden als dringend zien en degene die opzegt wegens een dringende reden moet dit zelf ook als dringend ervaren. De andere gewichtige reden is de verandering van omstandigheden. Dit staat in lid 2 van artikel 7:685 BW. Een belangrijk verschil tussen de dringende reden en de verandering van omstandigheden staat in artikel 7:685 lid 8 BW. Hierin is bepaald dat alleen bij verandering van omstandigheden een vergoeding toegekend kan worden door de rechter indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Het moet echter wel gaan om zodanige veranderingen in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. De gronden bij verandering van de omstandigheden worden vaak onderverdeeld in bedrijfseconomische redenen, een verstoorde arbeidsrelatie, het disfunctioneren van de werknemer en de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.¹⁰⁶ Dit is echter geen limitatieve opsomming. Deze gronden zijn ook ter sprake gekomen bij de opzegging en de beoordeling door het UWV WERKbedrijf. Het Ontslagbesluit en de beleidsregels Ontslagtaak UWV WERKbedrijf gelden niet voor de kantonrechter, maar toch is de besluitvorming gebaseerd op min of meer dezelfde ideeën. Bij bedrijfseconomische redenen en/of een reorganisatie moet de werkgever de noodzaak aantonen. Bijvoorbeeld door de slechte financiële positie aannemelijk te maken met behulp van cijfers. De kantonrechter neemt het afspiegelingsbeginsel mee bij de beoordeling of een werknemer voor ontslag in aanmerking komt. Zie voor meer redenen paragraaf 3.4. De verstoorde arbeidsrelatie houdt in dat de werkgever en werknemer niet meer door een deur kunnen. Herstel van de arbeidsverhouding moet hierbij niet meer mogelijk zijn en de werkgever zal hierbij moet en laten zien of en wat hij gedaan heeft om een herstel toch mogelijk te maken

¹⁰⁵ Van Genderen e.a. 2010, p 262.

¹⁰⁶ Van Drongelen e.a. 2009, p 271 en Van Genderen e.a. 2010, p 265-267.

(paragraaf 3.5). De hoogte van de vergoeding wordt bepaald door de verwijtbaarheid ten aanzien van de verstoring. Daarbij wordt bijvoorbeeld gekeken naar wie er zijn best heeft gedaan om de gemoederen te sussen of wie de meeste medewerking heeft verleend aan het onderzoek naar de verhouding. Disfunctioneren van de werknemer kan ook een verandering van omstandigheden inhouden. Het disfunctioneren van de werknemer moet zodanig zijn dat er niet kan worden verlangd van de werkgever dat hij de arbeidsverhouding voort laat bestaan. De rechter houdt rekening met naar ongeveer dezelfde factoren als het UWV WERKbedrijf (paragraaf 3.5), al is het UWV WERKbedrijf een stuk strenger bij de beoordeling dan de kantonrechter. Van belang zijn onder meer dat de werkgever de klachten aan de werknemer kenbaar heeft gemaakt en dat hij de werknemer de tijd heeft gegeven om zijn functioneren te verbeteren. Verder moet de werkgever de werknemer mogelijkheden hebben geboden om het functioneren te verbeteren door bijvoorbeeld scholing of door hem een andere functie aan te bieden. Ook hierbij speelt het verwijt een grote rol bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Indien de werknemer zelf onvoldoende inspanning heeft geleverd om te voldoen aan de eisen van zijn functie zal de vergoeding lager zijn dan wanneer de werkgever weinig heeft gedaan zijn werknemer te helpen. Bij de arbeidsongeschiktheid zal de kantonrechter moeten kijken of met dit verzoek de werkgever het ontslagverbod tijdens ziekte probeert te ontduiken.¹⁰⁷ Daarnaast gebruikt de kantonrechter ongeveer dezelfde ideeën die ten grondslag liggen aan de regels die het UWV WERKbedrijf gebruikt bij de beoordeling van het verzoek tot opzegging van de arbeidsverhouding (paragraaf 3.5). De rechter is hierbij uiteraard niet gebonden aan deze regels. In beginsel zal een verzoek tot ontbinding wegens arbeidsongeschiktheid toegewezen worden indien de arbeidsongeschiktheid twee jaar heeft geduurd. Ook hierbij geldt dat de werkgever moet aantonen dat er binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer binnen 26 weken te herplaatsen in een aangepaste of andere functie binnen de onderneming. Voor de hoogte van de vergoeding is onder meer van belang in welke mate de werkgever en de werknemer hebben meegewerkt aan de re-integratie. Hiernaast zijn er nog andere redenen te bedenken om tot een ontbindingsverzoek over te gaan. Werknemers mogen tijdens het werk af

¹⁰⁷ Van Genderen e.a. 2010, p 267.

en toe privéactiviteiten ondernemen, maar er zijn grenzen: 'Zo is het in een periode van vier maanden voor € 4800 telefoneren met een nieuwe vriendin in Finland iets te veel van het goede volgens de kantonrechter Enschede¹⁰⁸.¹⁰⁹ Er zijn werknemers die tijdens werktijd vaak erotische websites bezoeken. Er kunnen ook liefdesrelaties ontstaan tussen collega's, waardoor er spanningen kunnen optreden op de werkvloer.¹¹⁰ Op grond van artikel 7:685 lid 8 BW kan de kantonrechter een vergoeding toekennen indien deze een ontbindingsverzoek wegens verandering in de omstandigheden inwilligt. De vergoeding moet hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomen. Dit is eigenlijk het enige criterium voor de kantonrechter en daarmee heeft hij dus een grote mate van vrijheid bij het toekennen van een vergoeding. Om te voorkomen dat elke rechter anders beslist en dat deze vrijheid van de rechter rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in de hand werkt, heeft de Kring van Kantonrechters aanbevelingen¹¹¹ opgesteld voor de ontbindingsprocedure en deze aanbevelingen geven maatstaven voor de vaststelling van de hoogte van de vergoeding.¹¹² Het is wel zo dat de kantonrechter zich niet aan deze aanbevelingen hoeft te houden, maar veel rechters zoekt toch aansluiting bij deze aanbevelingen. De afspraken zijn van kracht geworden vanaf 1 januari 1997. In 2008 zijn de oorspronkelijke aanbevelingen aangepast en deze zijn van kracht geworden op 1 januari 2009.¹¹³

4.3 De kantonrechtersformule

De vergoeding op grond van artikel 7:685 lid 8 BW wordt berekend aan de hand van de kantonrechtsformule. Deze formule is $A \times B \times C$. Hierbij staat A voor het aantal gewogen dienstjaren, B voor de beloning en C voor de correctiefactor.¹¹⁴ De factor A wordt berekend aan de hand van het aantal dienstjaren dat een werknemer in dienst is vanaf het moment van

¹⁰⁸ Ktr. Enschede 2 december 2002, *JAR* 2003, 2.

¹⁰⁹ Van Drongelen e.a. 2009, p 275.

¹¹⁰ Loonstra en Zondag 2008, p 412-413.

¹¹¹ www.rechtspraak.nl

¹¹² Van Drongelen e.a. 2009, p 285 en Van Genderen e.a. 2010, p 269.

¹¹³ Asscher-Vonk e.a. 2009, 172.

¹¹⁴ Van Genderen e.a. 2010, p 269.

aanvang van zijn arbeidsovereenkomst. De periode wordt afgerond op hele dienstjaren; daarbij wordt een half jaar en één dag gezien als een heel dienstjaar.¹¹⁵ Er wordt rekening gehouden met de leeftijd van de desbetreffende werknemer. Er zijn sinds 1 januari 2009 aangepaste aanbevelingen en deze hebben invloed op het aantal dienstjaren. Voor 1 januari 2009 was het zo dat de dienstjaren tot het 40^e levensjaar van de werknemer tellen als 1, dienstjaren van het 40^e tot het 50^e levensjaar tellen als 1,5 en dienstjaren vanaf het 50^e levensjaar tellen als 2. Vanaf 1 januari 2009 is het zo dat de dienstjaren voor het 35^e levensjaar tellen als 0,5, de dienstjaren van het 35^e tot het 45^e levensjaar tellen als 1, de dienstjaren van het 45^e tot het 55^e levensjaar tellen als 1,5 en de dienstjaren vanaf het 55^e levensjaar tellen als 2.¹¹⁶ De factor B behelst de beloning en hierbij wordt uitgegaan van het laatst verdiende bruto maandsalaris van de werknemer. Verder wordt voor de berekening van de B-factor het bruto maandsalaris vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten. Dit zijn onder andere een vaste dertiende maand, vakantietoelagen, structurele bonussen en structurele overwerkvergoedingen.¹¹⁷ Variabele beloningen worden veelal niet meegenomen in de berekening van de B-factor, tenzij men kan aantonen dat deze toch wel moeten worden gezien als vaste beloningen. Het laatste element, de factor C, wordt gezien als de correctiefactor. In beginsel zou je kunnen zeggen dat de beloning wordt bepaald door $A \times B \times C$. C is hier een correctie op. Dit kan betekenen dat de beloning verlaagd of verhoogd wordt door andere omstandigheden. Er wordt gekeken naar de risicosfeer en de verwijtbaarheid. Indien de grond van de ontbinding volledig in de risicosfeer van de werkgever ligt en als verwijtbaarheid niet aan de orde is, is de correctiefactor 1. Wanneer de grond van de ontbinding volledig in de risicosfeer van de werknemer ligt zonder dat hem enig verwijt kan worden gemaakt is de correctiefactor 0. Hierbij valt onder meer te denken een verhuizing om privéredenen, het ergens anders gaan werken om hogerop te komen, een werknemer kan uitgekeken zijn op het werk of een werknemer vertrekt op grond van gezondheidsredenen die niets met het werk te maken hebben.¹¹⁸ De correctiefactor zal 0 zijn als de werkgever met alle plezier de werknemer

¹¹⁵ Van Drongelen e.a. 2009, p 286.

¹¹⁶ Van Drongelen e.a. 2009, p 286.

¹¹⁷ Van Drongelen e.a. 2009, p 289.

¹¹⁸ Aanbeveling 3.4, www.rechtspraak.nl.

wil laten blijven, maar op de beslissing van de werknemer geen invloed kan uitoefenen. Indien de werkgever iets had kunnen doen om de werknemer te behouden en hij heeft dit nagelaten zal over het algemeen de correctiefactor hoger dan 0 zijn, maar lager dan 1. Bij verwijtbaarheid gaat het om de mate van verwijtbaarheid bij het bepalen van de hoogte van de correctiefactor. Als het verwijt geheel bij de werknemer ligt is de correctiefactor gelijk aan 0. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de werknemer fraude pleegt of in geval van seksuele intimidatie. Als het verwijt van de werknemer minder ernstig is ligt de correctiefactor ergens tussen 0 en 1. De verwijtbaarheid kan ook zeker aan de werkgeverskant liggen en dan wordt de correctiefactor hoger dan 1. Bij het bepalen van de hoogte van de correctiefactor moet de kantonrechter alle relevante feiten en omstandigheden meenemen en zal hij een afweging moeten maken. Bijvoorbeeld kan de arbeidsmarktpositie van de werknemer van invloed zijn op de correctiefactor en zo dus op de hoogte van de vergoeding. De financiële positie van de werkgever kan ook van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding. De werkgever zal dan wel zijn 'habenchits'-positie moeten aantonen op grond van jaarstukken en prognoses. Dit is vergelijkbaar met de BBA-ontslagprocedure.¹¹⁹ Tegen de beslissing van de kantonrechter staat in beginsel geen hoger beroep of cassatie open. Dit appelverbod staat in artikel 7:685 lid 11 BW. De wetgever heeft dit gedaan om te voorkomen dat het een jarenlange procedure wordt.¹²⁰ Er bestaan een paar situaties waarin de beschikking van de kantonrechter toch kan worden aangevochten.¹²¹ Ten eerste kan het vonnis worden herroepen op grond van artikel 382 Rv¹²². Het vonnis berust dan op bedrog, overlegging van valse stukken en het achterhouden van stukken van beslissende aard. De termijn om dit rechtsmiddel in te roepen is drie maanden en dit staat artikel 383 Rv. Daarnaast heeft de Hoge Raad bepaald dat in een aantal gevallen toch in hoger beroep gegaan kan worden. Dit kan indien er essentiële vormen zijn verzuimd in het proces, als de kantonrechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW is getreden en dus ten onrechte dit artikel wel of niet toegepast heeft.¹²³

¹¹⁹ Aanbeveling 3.4, www.rechtspraak.nl.

¹²⁰ Van Drongelen e.a. 2009, p 313-314.

¹²¹ Van Genderen e.a. 2010, p 407.

¹²² *Stb.* 1828, 14.

¹²³ Van Genderen e.a. 2010, p 407.

4.4 Ontbinding wegens wanprestatie

Op grond van artikel 7:686 BW kan de rechter de arbeidsovereenkomst ook ontbinden wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Het moet wel gaan om ernstige wanprestatie van een van de contractspartijen. Het wangedrag is dan vergelijkbaar met een dringende reden.¹²⁴ Tevens kan een schadevergoeding worden geëist wegens de wanprestatie van de andere partij. Dit komt in de praktijk alleen zeer weinig voor.

¹²⁴ Van Genderen e.a. 2010, p 283.

5. Het Belgisch ontslagrecht

5.1 Korte geschiedenis

In 1830 werden België en Nederland gescheiden. In België bleef de Franse Code Civil van kracht. De rest van de 19^e eeuw bleven werkgever en werknemer volledig vrij om de arbeidsverhoudingen te regelen en om deze te verbreken. Dit betekende onder andere dat de werkgever de werknemer kon ontslaan om welke reden dan ook. In 1886 braken er opstanden uit in België die een verandering teweeg brachten. Er werd in de jaren daarna vooral aandacht geschonken aan de bescherming van de werknemer.¹²⁵ In België wordt een onderscheid gemaakt tussen werklieden en bedienden. Werklieden zijn mensen die hoofdzakelijk handarbeid verrichten en bedienden verrichten hoofdzakelijk hoofdarbeid. Eerst werd er vastgelegd in de wet op de arbeidsovereenkomsten voor werklieden van 10 maart 1900 dat er een opzegtermijn in acht genomen moest worden bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst. 22 jaar later, 7 augustus 1922, kwam er ook zo'n wet voor de bedienden. Latere wetten brachten nog meer bescherming voor de werknemers en een gewaarborgd weekloon, wat later een gewaarborgd maandloon werd.¹²⁶ In 1978 werden de wetten betreffende de arbeidsovereenkomsten geordend. Alle verscheidene regels die er bestonden voor de verschillende groepen werknemers werden samengebracht in de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978, de WAO. Het ging om de regelingen betreffende werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers, dienstboden en studenten.¹²⁷

5.2 Algemeen

In artikel 32 van de WAO staan de gevallen vermeld wanneer een overeenkomst kan eindigen behoudens de algemene gevallen. Uit het artikel blijkt dat dit kan door afloop van de termijn,

¹²⁵ Humblet en Rigaux 2009, p 2.

¹²⁶ Blanpain 2004, p78.

¹²⁷ Blanpain 2004, p79.

door voltooiing van het werk, waarvoor de overeenkomst werd gesloten, door de wil van een van de partijen, wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd gesloten, in geval een dringende reden tot beëindiging voorhanden is, door de dood van de werknemer en door overmacht. Verder kan de arbeidsovereenkomst eindigen door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, door onderlinge toestemming en door de nietigheid.¹²⁸ Bij het verstrijken van de termijn of de voltooiing van het bedongen werk eindigt de arbeidsovereenkomst wanneer dit zich voordoet. Eerder eindigt de arbeidsovereenkomst in beginsel niet of er moet sprake zijn van een dringende reden of onderlinge overeenstemming. Een arbeidsovereenkomst is nietig wanneer de geldigheidsvereisten niet in acht worden genomen, maar ook als deze in strijd is met een wet van openbare orde. De andere vormen worden later uitgebreider behandeld. In België kent men twee vormen van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De regelmatige en onregelmatige beëindiging. Verder wordt tevens een onderscheid gemaakt tussen ontslagrecht en ontslagmacht. Ontslagrecht wordt als regelmatig gezien wanneer dit ontslag wordt gegeven met het in acht nemen van de wettelijke regelingen en gewoonteregels. De opzegging van de arbeidsovereenkomst en het ontslag om dringende redenen zijn de twee belangrijkste vormen van regelmatig ontslag.¹²⁹ Het ontslag kan naast regelmatig ook onregelmatig zijn, maar dit betekent niet dat een partij de arbeidsovereenkomst niet kan beëindigen door ontslag. Wanneer er sprake is van een onregelmatig ontslag is dit onmiddellijk en definitief, maar de wederpartij heeft wel recht op schadevergoeding. In België heet dat de ontslagmacht van een partij.¹³⁰

5.3 De ontbinding

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan op verscheidene manieren. Dit kan door de ontbindende tijdsbepaling, door de gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie, door het uitdrukkelijk ontbindend beding en door de ontbindende voorwaarde. Op grond van artikel 32 WAO is een arbeidsovereenkomst met een ontbindende tijdsbepaling toegestaan. Meestal is dit

¹²⁸ Humblet en Rigaux 2009, p 222.

¹²⁹ Humblet en Rigaux 2009, p 221.

¹³⁰ Humblet en Rigaux 2009, p 221.

een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en deze eindigt in de regel van rechtswege. Er mag daarentegen geen arbeidsovereenkomst voor het leven worden aangegaan en er mag ook geen bepaling in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen die bepaalt dat, wanneer een werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt de overeenkomst wordt ontbonden.¹³¹ De procedure tot gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie kan worden gestart op grond van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek van België¹³². Hierin wordt bepaald dat in wederkerige contracten altijd de ontbindende voorwaarde stilzwijgend is opgenomen, voor het geval dat een partij haar verbintenis niet nakomt. De andere partij kan nakoming van de arbeidsovereenkomst vorderen of ontbinding met schadevergoeding. Er moet bij een procedure op deze grond wel sprake zijn van een voldoende ernstige wanprestatie.¹³³ Deze wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst komt in de praktijk weinig voor aangezien partijen ook de mogelijkheid hebben van ontslag om dringende redenen. Deze wijze is nog wel bruikbaar wanneer de werkgever niet het risico wil lopen als de dringende reden niet wordt aanvaard en als de hij aan een aantal formaliteiten van het ontslag om dringende redenen wil ontsnappen.¹³⁴ Het opnemen van een uitdrukkelijk ontbindend beding in de arbeidsovereenkomst is toegelaten voor zover dit niet de appreciatie van de rechter uitsluit. Het is namelijk aan de rechter om de aangevoerde feiten te beoordelen.¹³⁵ De ontbindende voorwaarde is een toekomstige en onzekere gebeurtenis die de verbintenis teniet doet en de zaken herstelt in dezelfde toestand alsof er geen verbintenis had bestaan. Dit staat in artikel 1183 BW. Indien de ontbindende voorwaarde zich voordoet wordt de arbeidsovereenkomst van rechtswege ontbonden. Bedingen waarin wordt bepaald dat bij huwelijk, moederschap of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd de arbeidsovereenkomst eindigt, zijn nietig ex 36 WAO. Het beding dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd in geval van loonbeslag ten gevolge van een consumentenkrediet is ook nietig (artikel 36*bis* WAO).

¹³¹ Humblet en Rigaux 2009, p 223.

¹³² Wet van 21 maart 1804: Burgerlijk Wetboek.

¹³³ Humblet en Rigaux 2009, p 224.

¹³⁴ Blanpain 2004, p 230.

¹³⁵ Humblet en Rigaux 2009, p 225.

5.4 Overmacht

Overmacht kan, zoals artikel 32 WAO stelt, betekenen dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Tijdelijke overmacht kan een schorsing van de arbeidsovereenkomst inhouden, maar als de toestand een definitief karakter heeft, wordt de overeenkomst toch beëindigd. Deze gebeurtenis is onafhankelijk van de wil van partijen. Artikel 34 WAO houdt in dat wanneer de werknemer definitief arbeidsongeschikt is en geen passende arbeid of ander werk voorhanden is of dit niet van de werkgever geëist kan worden, het einde van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht mag worden vastgesteld na een getuigschrift of verklaring van deze definitieve arbeidsongeschiktheid door de bevoegde geneesheer-sociaal inspecteur van de Algemene Directie Toezicht op het Welzijn op het Werk van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg.¹³⁶ Artikel 34 WAO is nog niet in werking getreden, zodat het algemeen geldende recht nog geldt.¹³⁷ Blijvende arbeidsongeschiktheid waardoor een werknemer definitief niet meer het werk kan verrichten, kan op grond van overmacht worden beëindigd.¹³⁸ De werkgever moet wel bewijzen dat de arbeidsongeschiktheid een definitief karakter heeft. Hierdoor komt er een einde aan de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of vergoeding.¹³⁹

5.5 Opzegging

De opzegging is in België de gebruikelijke wijze om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. De opzegging is een eenzijdige mededeling van de ene aan de andere partij, waarbij de ene partij verklaart de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen tegen een bepaalde datum. Hierbij moet de opzeggende partij een opzeggingstermijn in acht nemen. De opzegging dient schriftelijke te gebeuren op straffe van nietigheid. Dit staat in artikel 37 WAO. De werkgever kan alleen de arbeidsovereenkomst opzeggen per aangetekende brief of bij deurwaardersexploot. Indien hier niet aan is voldaan leidt dit ook tot nietigheid van de

¹³⁶ Artikel 34 WAO.

¹³⁷ Humblet en Rigaux 2009, p 230.

¹³⁸ Blanpain 2004, p 231.

¹³⁹ Humblet en Rigaux 2009, p 230.

opzegging. Verder staat er in artikel 37 WAO dat de kennisgeving van de opzegging het begin en de duur opzeggingstermijn moet vermelden. Een verkeerd vermelde begindatum van de termijn leidt niet tot nietigheid, omdat deze aangepast kan worden aan de wettelijk voorgeschreven begindatum. Het kan ook zo zijn dat de termijn helemaal niet wordt genoemd en dan leidt dit wel weer tot nietigheid en als er een kortere opzeggingstermijn wordt genoemd dan de wettelijke termijn, dient een opzeggingsvergoeding betaald te worden voor het gedeelte van de opzeggingstermijn dat niet in de opzeggingsbrief stond.¹⁴⁰ De reden voor het ontslag hoeft niet in de opzeggingsbrief vermeld te worden. Het gaat om een eenzijdige wilsuiking om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Het kan wel zo zijn, dat de werknemer willekeurig ontslag wil invoeren en dat de werkgever zich dan moet verantwoorden.¹⁴¹ Wanneer de opzegging niet aan de vereiste vorm voldoet, zal dit tot nietigheid leiden. Dit betekent in België echter niet dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft. In België is het uitgangspunt zo dat partijen vrij zijn om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. In België moet er ook rekening gehouden worden met een opzegtermijn. Hierbij wordt nu nog traditiegetrouw een onderscheid gemaakt tussen een arbeidsovereenkomst voor arbeiders of werklieden en een arbeidsovereenkomst voor bedienden. Het Grondwettelijk Hof van België heeft bepaald dat het onderscheid tussen werklieden en bedienden ongrondwettelijk is, maar het is nog niet aangepast. De arbeider verricht in hoofdzaak handarbeid en de bediende in hoofdzaak hoofdarbeid. Het criterium is de aard van de feitelijk verrichte arbeid. Dit staat de artikelen 2 en 3 WAO.

5.5.1 Arbeiders of werklieden

De opzeggingsbrief moet zoals we hebben gezien een begindatum van de opzeggingstermijn vermelden. Voor werklieden gaat de opzeggingstermijn in op de maandag volgend op de week waarin de opzeggingstermijn werd betekend. De opzeggingstermijn voor de werklieden gaat enkel uit van de anciënniteit. De regeling voor de duur van de opzeggingstermijn staat in artikel

¹⁴⁰ Humblet en Rigaux 2009, p 236.

¹⁴¹ Humblet en Rigaux 2009, p 237.

59 WAO. In het artikel staat ook dat de opzeggingstermijn is vastgesteld op 28 dagen indien de opzegging uitgaat van de werkgever en 14 dagen wanneer de opzegging uitgaat van de werknemer. Deze termijnen worden verdubbeld wat de werklieden betreft indien deze gedurende ten minste twintig jaar ononderbroken bij dezelfde onderneming in dienst zijn gebleven. Voor werklieden die minder dan zes maanden ononderbroken bij dezelfde onderneming in dienst zijn kan de opzeggingstermijn worden verkort tot minimaal zeven dagen. Zie artikel 60 WAO. In artikel 61 WAO staat, dat de koning op voorstel van het paritair comité of van de Nationale Arbeidsraad de opzeggingstermijnen kan wijzigen in het belang van bepaalde categorieën van werknemers of voor de opzeggingen die om sociale of economische redenen worden gedaan. De opzegtermijnen van 28 dagen en de verdubbeling daarvan werden opgetrokken door de CAO nummer 75 van 20 december 1999¹⁴². Dit met de reden om de termijnen meer gelijk te trekken met die van de bedienden.¹⁴³ Hierbij wordt, indien de opzegging van de werkgever uitgaat, bepaald dat de opzegtermijnen worden vastgesteld als volgt:

- 35 dagen voor werklieden die tussen zes maanden en minder dan vijf jaren werkzaam zijn geweest in een onderneming
- 42 dagen voor werklieden die tussen vijf en minder dan tien jaren werkzaam zijn geweest in een onderneming
- 56 dagen voor werklieden die tussen tien en minder dan vijftien jaren werkzaam zijn geweest in een onderneming
- 84 dagen voor werklieden die tussen vijftien en minder dan twintig jaren werkzaam zijn geweest in een onderneming
- 112 dagen voor werklieden die twintig of meer jaren werkzaam zijn geweest in een onderneming

Deze regeling geldt niet, wanneer krachtens een Koninklijk Besluit of een collectieve arbeidsovereenkomst andere, afwijkende opzegtermijnen gelden.¹⁴⁴

¹⁴² Algemeen verbindend verklaard bij Koninklijk Besluit 10 februari 2000, *B.S.*26 februari 2000.

¹⁴³ Humblet en Rigaux 2009, p 243.

¹⁴⁴ Humblet en Rigaux 2009, p 243.

5.5.2 Bedienden

Voor bedienden gaat de opzeggingstermijn lopen op de eerste dag van de maand volgend op die waarin kennis van de opzegging is gegeven. Dit staat in artikel 82 WAO. Indien het jaarloon van de bediende lager of gelijk is aan € 30.535,-¹⁴⁵ bedraagt de opzegtermijn voor de werkgever tenminste drie maanden voor de bediende die minder dan vijf jaar in dienst is. Deze termijn wordt vermeerderd met drie maanden bij aanvang van elke nieuwe periode van vijf jaar. Wanneer de bediende de arbeidsovereenkomst wil opzeggen wordt de termijn gehalveerd, zonder dat deze meer dan drie maanden mag zijn.¹⁴⁶ Als het loon van de bediende hoger is dan € 30.535,- spreekt men over een hogere bediende en wordt de opzeggingstermijn vastgesteld bij hetzij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het moment waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter.¹⁴⁷ Als de rechter de opzeggingstermijn moet bepalen die de werkgever moet nakomen, dient hij rekening te houden met de termijn die de hogere bediende nodig heeft om een gelijkwaardige dienstbetrekking te vinden. Verder houdt de rechter hierbij rekening met de anciënniteit, leeftijd en het loon van de bediende, met de daarbij horende omstandigheden van het geval.¹⁴⁸ De opzeggingstermijn mag niet korter zijn dan die voor een lagere bediende met een jaarloon van maximaal € 30.535,-, indien de opzegging uitgaat van de werkgever.¹⁴⁹ Indien de opzegging uitgaat van de bediende, mag de opzeggingstermijn niet langer zijn dan vier en een halve maand, wanneer het jaarlijks loon hoger is dan € 30.535,- zonder het loon van € 61.071,-¹⁵⁰ te overschrijden, noch langer dan zes maanden, wanneer het jaarlijks loon hoger is dan € 61.071,-. De opzeggingstermijnen moeten berekend worden volgens de verworven anciënniteit op het ogenblik dat de opzegging ingaat.¹⁵¹ Voor bedienden die een jaarloon hebben van meer dan € 61.071,- ten tijde van de indiensttreding, kunnen de opzegtermijnen worden vastgesteld bij overeenkomst op het ogenblik van de indiensttreding,

¹⁴⁵ Dit is voor 2011 het geïndexeerde bedrag van € 16.100,- uit 1978.

¹⁴⁶ Artikel 82 WAO.

¹⁴⁷ Artikel 82 WAO.

¹⁴⁸ Humblet en Rigaux 2009, p 244.

¹⁴⁹ Artikel 82 WAO.

¹⁵⁰ Dit is voor 2011 het geïndexeerde bedrag van € 32.200,- uit 1978.

¹⁵¹ Artikel 82 WAO.

wanneer de opzegging uitgaat van de werkgever.¹⁵² De opzeggingstermijnen mogen in ieder geval niet korter zijn dan die voor een lagere bediende met een jaarloon van minder dan € 30.535,-. Bij het ontbreken van een overeenkomst zijn de regels van toepassing die gelden voor hogere bedienden met een jaarloon dat € 30.535,- overschrijdt. Voor bedienden met een jaarloon hoger dan € 61.071,- gelden deze regels alleen, wanneer men in dienst is getreden na 1 april 1994. Bij het vaststellen van de opzegtermijn moet rekening gehouden worden met de moeilijkheden die de werknemer zou kunnen ondervinden bij het vinden van een vergelijkbare dienstbetrekking en hij moet beloond worden voor zijn trouw aan een onderneming.¹⁵³ Wanneer een bediende een hoger jaarloon geniet dan € 30.535,- moeten partijen overeenstemming bereiken over de opzegtermijn, maar wanneer zij er niet uitkomen kan uiteindelijk de rechter beslissen over de opzegtermijn. De rechtbanken houden onder andere rekening met de anciënniteit, leeftijd, loon, belangrijkheid van functie, verantwoordelijkheidsniveau en de toestand van de arbeidsmarkt.¹⁵⁴ De rechter heeft een vrije beslissingsbevoegdheid en sommige rechtbanken houden hieraan vast. Andere rechtbanken maken gebruik van standaardformules, die ontwikkeld zijn door een aantal rechtsgeleerden. Een veel gebruikte formule is de formule Claeys. Deze is voor het eerst tot stand gekomen in 1974 en is daarna vele malen aangepast. De formule houdt rekening met de anciënniteit, de leeftijd en het loon van de bediende. De laatste versie dateert van 2008 en komt voort uit de analyse van 2.591 rechterlijke uitspraken tussen het midden van 2003 en 2007.¹⁵⁵ De formule luidt als volgt:

$$(0,87 \times \text{anciënniteit}) + (0,06 \times \text{leeftijd}) + (0,037 \times \text{loon}/1000 \times 106,53/\text{index van maand van ontslag}) - 1,45$$

Voor werknemers die een jaarloon hebben gelijk of hoger dan € 120.000,- wordt er een alternatieve formule gebruikt:

¹⁵² Artikel 82 WAO.

¹⁵³ Blanpain 2004, p 243-244.

¹⁵⁴ Blanpain 2004, p 244.

¹⁵⁵ www.formuleclaeys.be.

$(0,87 \times \text{anciënniteit}) + (0,06 \times \text{leeftijd}) + (0,029 \times \text{loon}/1000 \times 106,53/\text{index van maand van ontslag}) - 1,45$

5.5.3 De opzeggingsvergoeding

Wanneer er geen of een te korte opzeggingstermijn in acht is genomen is de sanctie een opzeggingsvergoeding. De hoogte van de vergoeding is gelijk aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, danwel met het resterende gedeelte van die termijn.¹⁵⁶ Alleen bepaalt artikel 39 WAO dat de vergoeding niet alleen het lopend loon behelst, maar ook de voordelen die zijn verworven op grond van de arbeidsovereenkomst. De vergoeding mag echter niet hoger liggen dan een bedrag gelijk aan het loon van drie maanden voor werklieden en zes maanden voor bedienden.¹⁵⁷

5.6 Ontslag om dringende redenen

Artikel 35 WAO geeft partijen de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst eenzijdig en onmiddellijk te beëindigen, wanneer er sprake is van een dringende reden. Het moet volgens de wet gaan om een ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.¹⁵⁸ De wet vereist niet dat er schade is geleden of dat de ernstige tekortkoming werd begaan tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.¹⁵⁹ Het moet wel gaan om een gemaakte fout en deze fout moet de verdere samenwerking, ook al is dit maar tijdelijk, onmogelijk maken. De fout moet verder ook nog zwaarwichtig zijn.¹⁶⁰ Indien bijvoorbeeld de werknemer het niet eens is met de dringende reden kan hij zich richten tot de rechtbank om de zaak voor te leggen aan de rechter. De

¹⁵⁶ Artikel 39 WAO.

¹⁵⁷ Artikel 39 WAO.

¹⁵⁸ Artikel 35 WAO.

¹⁵⁹ Humblet en Rigaux 2009, p 257.

¹⁶⁰ Blanpain 2004, p 259.

rechter bepaalt aan de hand van alle omstandigheden van het geval of de reden als dringende reden kan worden aangemerkt. Als dringende redenen kunnen onder andere dingen worden verstaan diefstal, gewelddaden en misbruik van vertrouwen.¹⁶¹ De partij die de arbeidsovereenkomst wil beëindigen moet binnen drie werkdagen, nadat de feiten bekend zijn geworden, tot ontslag over gaan.¹⁶² De termijn van drie dagen begint pas te lopen wanneer de fout bekend is geworden bij de wederpartij. De wederpartij heeft echter nog wel de tijd om de fout of vermoedens van een fout te onderzoeken en daarvoor bewijs te vergaren voordat de termijn begint te lopen.¹⁶³ Indien de werkgever een dringende reden aanvoert moet hij dit bewijzen. Wanneer hij echter een procedurefout maakt of de rechter ziet de aangevoerde reden niet als een dringende reden zal de werkgever een schadevergoeding moeten betalen. De arbeidsovereenkomst kan niet worden hersteld, maar blijft beëindigd.

5.7 Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht

Het willekeurig ontslag houdt in dat een werknemer, die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft, ontslagen wordt om redenen die geen verband houden met zijn geschiktheid of gedrag of redenen die niet berusten op noodzaken met betrekking tot de werking van de onderneming, de instelling of de dienst. Zie artikel 63 WAO, dit artikel gold in beginsel alleen voor werklieden, maar is gelijk getrokken en geldt nu dus ook voor bedienden. Een rechtvaardige reden voor ontslag kan worden afgeleid uit artikel 63 WAO. Het betreft dan een reden die te maken heeft met de geschiktheid van de werknemer of het gedrag en de noodzaken inzake de werking van een bedrijf. Er is geen fout vereist voor ontslag.¹⁶⁴ De werkgever dient het bewijs te leveren voor de reden voor ontslag.¹⁶⁵ De schadevergoeding moet overeenstemmen met een loon van zes maanden, behalve wanneer een andere vergoeding is vastgesteld door een algemeen verbindend verklaarde CAO. De vergoeding is te

¹⁶¹ Blanpain 2004, p 260.

¹⁶² Artikel 35 WAO.

¹⁶³ Humblet en Rigaux 2009, p 258-259.

¹⁶⁴ Humblet en Rigaux 2009, p 267.

¹⁶⁵ Artikel 63 WAO.

cumuleren met een opzeggingsvergoeding, maar niet met vergoedingen die voortkomen uit overtredingen met ontslagverboden.¹⁶⁶ Misbruik van recht kan worden omschreven als kennelijk onredelijk ontslag. Het gaat om de omstandigheden van het ontslag, die het ontslag een grievend of boosaardig karakter geven. Wanneer blijkt dat het ontslagrecht van zijn economische en sociale functie werd afgehouden kan ook sprake zijn van misbruik van het recht.¹⁶⁷ De schadevergoeding komt voort uit de schade die niet volgt uit het ontslag zelf, maar door met het ontslag samenhangende omstandigheden. Hier moet over het algemeen degene die het misbruik inroept bewijzen dat er sprake is van misbruik.¹⁶⁸

5.8 Ontslagverboden

In een aantal gevallen heeft de wetgever de mogelijkheden van ontslag door de werkgever beperkt. Deze ontslagverboden gelden voor onder andere zwangere werkneemsters, arbeidsongeschikte werknemers, leden van ondernemingsraden, militaire dienstplichtige werknemers, werknemers met een politiek mandaat, werknemers met betaald educatief verlof, arbeidsgeneesheren, afgevaardigden van vakbonden en werknemers die de beroepsloopbaan onderbreken. Over het algemeen geldt bij een overtreding van een ontslagverbod, dat de arbeidsovereenkomst toch wordt beëindigd, maar dat er wel recht op een vergoeding ontstaat. Een uitzondering is de mogelijke herplaatsing van leden van ondernemingsraden, maar dit is niet verplicht.¹⁶⁹ Hieronder volgen een paar uitgewerkte verboden. De zwangere werkneemster mag niet worden ontslagen vanaf het moment dat de werkgever op de hoogte is van de zwangerschap tot een maand na het einde van de postnatale rustperiode. Dit staat in artikel 40 Arbeidswet.¹⁷⁰ De werkneemster mag alleen ontslagen worden op grond van redenen die niks te maken hebben met haar lichamelijke toestand. Indien de werkgever zich niet houdt aan dit

¹⁶⁶ Blanpain 2004, p 256.

¹⁶⁷ Blanpain 2004, p 256.

¹⁶⁸ Humblet en Rigaux 2009, p 269.

¹⁶⁹ Blanpain 2004, p 265-266.

¹⁷⁰ Wet van 16 maart 1971.

verbod dient hij een vergoeding van zes maanden brutoloon te betalen.¹⁷¹ Wanneer een werknemer arbeidsongeschikt is ten gevolge van ziekte of ongeval, wordt de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst. Dit staat in artikel 31 WAO. Uit artikel 38 WAO komt voort, dat de werkgever de overeenkomst mag opzeggen, alleen begint de opzeggingstermijn pas te lopen nadat de schorsing voorbij is. Dit is de beperking. Als de werknemer meer dan zes maanden arbeidsongeschikt is wegens ziekte of ongeval, kan de werkgever te allen tijde de arbeidsovereenkomst beëindigen. Hij moet dan wel een vergoeding betalen aan de werknemer. Voor werklieden staat dit in artikel 58 WAO en voor bedienden staat dit in artikel 78 WAO. Er geldt ook een opzegverbod bij militaire dienst. Wanneer de werknemer zijn werkgever vertelt over de datum van de oproeping gaat de periode van bescherming in tot aan een maand nadat de werknemer met verlof was. Dit staat in artikel 38 WAO. Ontslagverboden zijn niet echt ontslagverboden, aangezien in België geen mogelijkheid bestaat tot herstel van de dienstbetrekking, maar deze verboden houden in dat de werknemer recht heeft op een vergoeding.

¹⁷¹ Blanpain 2004, p 266.

6. Conclusies en aanbevelingen

6.1 Conclusie

In Nederland moet de werkgever voorafgaand aan de opzegging een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV WERKbedrijf. Hierbij moet de werkgever de reden voor het ontslag geven. In België is het zo dat er geen voorafgaande procedure nodig is om tot opzegging over te gaan. In Nederland zijn er specifieke redenen nodig om tot opzegging over te mogen gaan, terwijl in België een eenzijdige wilsuiting voldoende om tot opzegging over te gaan. De redenen zijn de bedrijfseconomische redenen en persoonsgebonden redenen, zoals disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie.

De opzegtermijn die in acht moet worden genomen door de werkgever, wordt in Nederland en België bepaald aan de hand van het aantal jaren dat de werknemer in dienst is van dezelfde onderneming. In België wordt er alleen nog steeds een onderscheid gemaakt tussen werklieden en bedienden. De wettelijke opzegtermijnen verschillen aanzienlijk voor een arbeider en een bediende, waarbij de bediende een langere opzegtermijn krijgt. Een arbeider die meer dan vijf jaar in dezelfde onderneming heeft gewerkt heeft recht op een opzegtermijn van minimaal 42 dagen, terwijl een lagere bediende recht heeft op een opzegtermijn van minimaal 6 maanden. In Nederland is het 2 maanden indien een werknemer meer dan vijf jaar in dienst is geweest. Wanneer de opzeggende partij in Nederland niet de vereiste opzeggingstermijn in acht heeft genomen, is hij de andere partij een schadevergoeding verschuldigd. Dit is in België ook het geval en de schadevergoeding is gelijk aan het loon voor de tijd, dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. In Nederland beschikt de werknemer echter ook over de mogelijkheid om zijn dienstbetrekking te laten herstellen.

Zowel in Nederland als in België is het ontslag wegens dringende reden mogelijk en deze procedures liggen niet heel ver uit elkaar. In Nederland bevat de wet een aantal voorbeelden die als een dringende reden kunnen worden beschouwd. Dit is geen limitatieve opsomming. In België is er geen opsomming, maar het moet wel gaan om een ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief

onmogelijk maakt. De rechter bepaalt aan de hand van alle omstandigheden van het geval of de reden als dringende reden kan worden aangemerkt. Indien de werknemer het ontslag betwist kan hij in Nederland net als in België een schadevergoeding eisen. De werknemer heeft in Nederland ook de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te laten herstellen en om een loonvordering in te stellen. België kent echter niet de mogelijkheid tot het herstel van de arbeidsovereenkomst. In België eindigt de arbeidsovereenkomst sowieso.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is mogelijk in zowel Nederland als België. In Nederland kan dit op grond van gewichtige redenen en wanprestatie. De gewichtige redenen kunnen onderverdeeld worden in dringende redenen en verandering in de omstandigheden. In België is ontbinding mogelijk wegens wanprestatie, een ontbindende tijdsbepaling, een uitdrukkelijk ontbindend beding en door de ontbindende voorwaarde. De ontbinding is in Nederland naast de opzegging een belangrijke procedure. In België komt, net als in Nederland, de ontbinding wegens wanprestatie in de praktijk niet vaak voor, aangezien partijen ook de mogelijkheid hebben van ontslag om dringende redenen. Deze wijze is nog wel bruikbaar wanneer de werkgever niet het risico wil lopen dat de dringende reden niet wordt aanvaard en als hij aan een aantal formaliteiten van het ontslag om dringende redenen wil ontsnappen.

Een kennelijk onredelijk ontslag in Nederland is vergelijkbaar met het willekeurig ontslag in België. Het willekeurig ontslag houdt in dat een werknemer, die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft, ontslagen wordt om redenen die geen verband houden met zijn geschiktheid of gedrag of redenen die niet berusten op noodzaken met betrekking tot de werking van de onderneming, de instelling of de dienst. De werknemer kan een schadevergoeding vorderen. De rechter in België zal alleen de aangevoerde redenen van de werkgever beoordelen, terwijl in Nederland de rechter een grote mate van beoordelingsvrijheid heeft. In beide landen kan er een schadevergoeding worden toegekend en in Nederland is er ook de mogelijkheid tot herstel van dienstbetrekking.

In Nederland en België worden bepaalde categorieën van werknemers beschermd tegen ontslag. Het gaat dan onder meer om zwangere werkneemsters, zieke werknemers, leden van ondernemingsraden en dienstplichtigen. Dit zijn de zogenaamde opzeg- of ontslagverboden. In Nederland zijn deze verboden vaak absoluut en in België zijn het meer een soort beperkingen.

In Nederland is een opzegging in strijd met een opzegverbod vernietigbaar en de arbeidsovereenkomst blijft dus in stand. De werkgever wordt niet schadelijktig indien hij een opzegverbod niet in acht neemt. De werknemer heeft wel de mogelijkheid tot loonvordering. Deze kan worden verhoogd of gematigd. In België eindigt de arbeidsovereenkomst ook al is er strijd met een ontslagverbod. Herstel van de arbeidsovereenkomst is voor de meeste gevallen niet mogelijk, maar een uitzondering is de mogelijke herplaatsing van leden van ondernemingsraden, maar dit is niet verplicht. Er ontstaat wel een recht op schadevergoeding. In Nederland en België kan de werkgever, wanneer hij een werknemer wil ontslaan, dit toch doen op grond van redenen die niets te maken hebben met de bijzondere positie van de werknemer.

6.2 Aanbevelingen

Zoals we hebben gezien is het Nederlandse systeem van het ontslagrecht een zeer uitgebreid geheel van regels en procedures. Het Belgisch ontslagrecht is daarentegen een stuk overzichtelijker en ogenschijnlijk eenvoudiger, maar is het daarom ook beter?

In Nederland kennen we het duale ontslagstelsel. Om een werknemer te ontslaan, kan de werkgever kiezen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, met voorafgaande toestemming van het UWV, of hij kan de arbeidsovereenkomst laten ontbinden door de kantonrechter. In België heeft de werkgever geen voorafgaande toestemming nodig en is er maar een manier om een werknemer te ontslaan en dat is door opzegging.

Het beginsel van het ontslagrecht is dat de werknemer beschermd wordt tegen een willekeurig ontslag. In Nederland heeft de werknemer ten opzichte van België extra bescherming, aangezien hier een preventieve toets bestaat. De werknemer heeft zelfs nog de mogelijkheid om na toestemming van het UWV het ontslag aan te vechten bij de rechter op grond van een kennelijk onredelijk ontslag. In België kan het ontslag alleen achteraf worden getoetst door de rechter, wanneer de werknemer zelf naar de rechter is gestapt. Hierbij is het ook nog eens zo, dat de werknemer alleen een schadevergoeding kan vorderen en geen herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit systeem lijkt gevoeliger voor een willekeurig ontslag, omdat

sommige werknemers bij twijfelgevallen misschien niet naar de rechter zullen stappen en hun ontslag accepteren, terwijl de rechter misschien wel anders had beslist. Dat er in België ook geen reden gegeven dient te worden gegeven voor het ontslag draagt ook niet bij aan de bescherming.

Verder is het onderscheid dat België nog steeds maakt tussen werklieden en bedienden erg ouderwets en achterhaald. Gelukkig moet dit worden aangepast na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof en gelijk worden getrokken in 2012. In Nederland kennen we een dergelijk onderscheid niet en dat lijkt mij juist met het oog op het gelijkheidsbeginsel.

Kijkend naar de opzegtermijnen, vind ik het Nederlandse systeem erg overzichtelijk en duidelijk. Hoe langer een werknemer in een bedrijf heeft gewerkt hoe langer de opzegtermijn is. Hierbij wordt ook nog rekening gehouden met bepaalde leeftijdsgroepen volgens het afspiegelingsbeginsel. Dit is naar mijn mening een heel redelijk systeem. In België is het vreemd dat er zo een groot verschil is tussen de werklieden en bedienden. De opzegtermijnen van de bedienden zijn ook wel erg lang. De lange opzegtermijnen zijn de Belgische vorm van bescherming bij gebrek aan een ander systeem. In sommige CAO's kunnen deze opzegtermijnen wel oplopen tot 2 jaar. Dit kan werkgevers tegen houden om een bediende te ontslaan, omdat dit zo op kan lopen tot een behoorlijk bedrag voordat een bediende ontslagen is. Daarnaast zullen werkgevers misschien minder snel iemand een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden. In Nederland zijn de opzegtermijnen zeer redelijk.

De ontslagverboden die gelden in beide landen zijn ongeveer bedoeld voor dezelfde personen die een bijzondere positie hebben. In België zijn het meer beperkingen en in Nederland zijn het echte ontslagverboden. Deze absolute ontslagverboden zijn goed, omdat sommige groepen inderdaad bescherming nodig hebben zoals zieken en zwangere werkneemsters. De verboden in Nederland zijn daarom in mijn ogen prima en de mogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst, die men in België niet kent, is ook een goede zaak.

Indien een werknemer het niet met zijn ontslag eens is, kan hij naar de rechter stappen om de rechter te laten oordelen over de rechtmatigheid van het ontslag. Dit kan bijvoorbeeld bij onregelmatig ontslag en willekeurig ontslag. Wanneer de rechter bepaalt dat het ontslag niet gegeven had mogen worden, moet er naast een schadevergoeding, anders dan in België, ook

een mogelijkheid bestaan om herstel van de dienstbetrekking te eisen.

De onderzoeksvraag van mijn scriptie is de volgende:

Hoe ziet het huidige Nederlandse systeem van het ontslagrecht eruit in vergelijking met dat van België, en kan het Nederlands ontslagrecht wat 'leren' of gebruiken van het Belgisch ontslagrecht om het systeem te vereenvoudigen danwel te versoepelen?

Het eerste deel van de vraag is in mijn scriptie reeds beantwoord. Op de vraag of het Nederlands ontslagrecht iets kan leren of gebruiken van het Belgisch ontslagrecht is mijn antwoord negatief.

Het ontslagrecht in België is overzichtelijker en duidelijker, maar zoals hierboven al beschreven is, is het een verouderd en vaak discriminerend systeem. Het enige wat wel aanspreekt is dat er maar één ontslagroute bestaat in tegenstelling tot de twee ontslagroutes die Nederland kent. Het ontslagrecht staat in beginsel voor de bescherming tegen het willekeurig ontslag van werknemers en daarom is de preventieve toets die er in Nederland bestaat nog niet zo slecht. Het geeft de werknemer meer bescherming, want de werkgever moet nu vooraf goed nadenken over de gronden van het ontslag van een werknemer. Er moet altijd een goede reden zijn voor het ontslag. Een ontslag heeft namelijk een grote impact en grote gevolgen voor een werknemer, waardoor deze best een redelijke bescherming verdient.

Het is in Nederland nu zo, dat de meeste werkgevers kiezen voor de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter om een ontslag te verkrijgen wegens persoonsgebonden redenen. Voor een ontslagvergunning van het UWV dient de werkgever namelijk een dossier te overleggen waaruit blijkt, dat het functioneren van de werknemer niet goed is. Daarbij dient de werkgever veel aan te tonen, onder andere dat hij er alles aan heeft gedaan om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Het verbetertraject is erg belangrijk.

Werkgevers kiezen tegenwoordig voor de ontslagvergunning van het UWV als het gaat om bedrijfseconomische redenen. Dit omdat de weg via de rechter veelal gepaard gaat met een vergoeding, wat niet het geval is bij het UWV. Het andere verschil in deze procedures is, dat de ontbindingsprocedure vrij snel verloopt en de UWV-procedure vrij langzaam.

De discussie over het versoepelen en vereenvoudigen van het Nederlands ontslagrecht is al

jaren aan de gang. Het versoepelen van het ontslagrecht gaat vaak over de afschaffing van de preventieve toets, maar zoals gezegd geeft een repressieve toets minder bescherming voor werknemers. Jongere en vooral oudere werknemers hebben juist een goede bescherming nodig, omdat zij na het verliezen van hun baan moeite hebben om weer opnieuw ergens aan de slag te geraken. Ik ben van mening dat het derhalve beter is met het oog op de bescherming van de werknemer, om de preventieve toets te behouden. De werknemer heeft nu na de preventieve toetsing, nog een mogelijkheid. Hij kan uiteindelijk alsnog naar de rechter te stappen, wanneer hij meent dat zijn ontslag onredelijk of willekeurig is. Deze drempel voor een werknemer bestaat dan pas na de preventieve toets.

Het vereenvoudigen van het Nederlandse ontslagrecht is ook een punt waarover de discussie al een lange tijd gaande is. Het ontslagrecht is ook een groot geheel van allerlei regels, maar het grootste probleem volgens de meesten is het duale stelsel. De aanwezigheid van twee verschillende procedures die tot ontslag kunnen leiden is natuurlijk ook niet geheel overzichtelijk, omdat ze ook nogal van elkaar verschillen qua tijd en geld en qua vergoeding. Bij de UWV-procedure volgt immers geen vergoeding, want deze instantie heeft daartoe niet de bevoegdheid. Bij de ontbindingsprocedure volgt vrijwel altijd een vergoeding. In Nederland zijn deze twee procedures al jaren en jaren onderdeel van discussie, maar ze bestaan beide nu al zo lang dat ze niet meer weg te denken zijn bij ontslag. De 'ideale' oplossing is dat er één procedure van preventieve toetsing komt. Deze procedure kan het beste bij de kantonrechter komen, aangezien het geheel van regelingen bij het UWV nogal onduidelijk is voor velen. De kosten om naar de kantonrechter te gaan moeten wel redelijk zijn, in geval de werkgever op grond van financiële problemen de rechter om ontslag wil verzoeken. Voor de vergoeding is de kantonrechtersformule een goede maatstaf om de hoogte van de vergoeding te bepalen. Een andere, misschien minder vergaande oplossing zou kunnen zijn, dat het UWV ook een bevoegdheid krijgt om een vergoeding toe te kennen bij een ontslag. De kantonrechtersformule zou hier ook goed bij kunnen passen. Zo krijgen de verschillende procedures een gelijkmatigere uitkomst, wat goed is voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De bedrijfseconomische redenen zouden kunnen dienen bij het UWV en de persoonsgebonden redenen bij kantonrechter, zoals dat nu ook al vaak het geval is. Een kennelijk onredelijk ontslagprocedure

zal dan waarschijnlijk minder vaak voorkomen, wat niet ongunstig is. Dit is namelijk een lastige en vaak langdurige procedure. De mogelijkheid van hoger beroep is hier toegestaan en de uitkomst is allerminst zeker. Zoals we hebben gezien is het gebruik van de kantonrechtersformule niet toegestaan.

Al met al is het Nederlandse systeem van het ontslagrecht nog niet zo slecht, wanneer men het vergelijkt met het Belgisch ontslagrecht. De discussie zal nog wel jaren doorgaan voordat er grondige veranderingen optreden, maar misschien kunnen we beginnen met één uniforme ontslagprocedure.

Literatuurlijst

BOEKEN:

Ringeling 1953

J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag: Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland*, Amsterdam: Albert de Lange 1953, p 18.

Loonstra en Zondag 2006

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006.

Loonstra en Zondag 2008

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008.

Van Genderen e.a. 2008

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Van Genderen e.a. 2010

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Van Drongelen e.a. 2009

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht (Deel 3: Ontslagrecht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, 2010

Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, Beleidsregels en regelgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Smits 2009

T.M.J Smits, *Vaardig met arbeidsrecht: de UWV-ontslagprocedure*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Smits 2005

T.M.J Smits, *Vaardig met arbeidsrecht: De ontslagprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Loonstra 2011

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken Sociaal Recht*, Houten: Noordhoff Uitgevers 2011.

Asscher-Vonk e.a. 2009

I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M Bouwens, H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Grinten 2008

J.W.M. van der Grinten en W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Blanpain en Vanachter 1998

R. Blanpain en O. Vanachter, *Schets van het Belgisch arbeidsrecht*, Brugge: Die Keure 1998.

Bosse 2003

C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Herman 2009

J. Herman, *Bijzondere bescherming tegen ontslag*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium NV 2009.

Engels 2006

C. Engels, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium NV 2006.

Plessen en Massuger 2011

W. Plessen en P.M.M. Massuger, *Arbeidsovereenkomstenrecht en sociaalzekerheidsrecht*, Houten: Noordhoff uitgevers Groningen 2011.

ARTIKELEN EN SCRIPTIES**Verburg 2010**

L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (Radboud Universiteit Nijmegen), 2010.

Brock

S. Brock, *Afschaffing van de preventieve toets in het ontslagrecht* (afstudeerscriptie Universiteit van Tilburg).

Van Wezenbeek

L. van Wezenbeek, *Flexibilisering van het ontslagrecht, In hoeverre is verdere flexibilisering van het Nederlandse ontslagrecht wenselijk, mede gelet op de huidige economische crisis?* (Universiteit van Tilburg).

Van Huijgevoort 2006

S. van Huijgevoort, *Versoepeling van het ontslagrecht* (Universiteit van Tilburg), 2006.

JURISPRUDENTIE:

HR 28 juni 2000, *NJ* 2000, 556.

HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265.

HR 16 november 2001, *JAR* 2001, 258.

HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106.

Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, *JAR* 2007, 70.

Ktr. Amsterdam 24 maart 2000, *JAR* 2000, 91.

Rb. Den Haag 1 november 2000, *JAR* 2001, 18.

HR 10 november 2000, *JAR* 2000, 249.

HR 12 februari 1999, *JAR* 1999, 102.

HR 27 april 2001, *JAR* 2001, 95.

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72.

HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76.

Ktr. Enschede 2 december 2002, *JAR* 2003, 2.

STAATSBLAD/COURANT

Stb. 1907, 193.

Stb. 1963, 271.

Stb. 1953, 619.

Stb. 1976, 295.

Stb. 1963, 271.

Stcrt. 1998, 238.

Stb. 1976, 223.

Stb. 2001, 567.

Stb. 2000, 114.

Stb. 1995, 598.

Stb. 1999, 184.

Stb. 2000, 302.

Stb. 1986, 566.

Stb. 1828, 14.

Stb. 2011, 246.

Stb. 2008, 600.

WEBSITES

www.uwv.nl

www.wetten.nl

www.ontslagdossier.nl

www.rechtspraak.nl

www.st-ab.nl

www.just.fgov.be

www.formuleclaeys.be

www.bbtck.org