

Het ontslagstelsel volgens het Sociaal Akkoord 2013

*Gevolgen voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer
met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd*

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid/arbeidsrecht
C.L. Schuren
ANR 725661
November 2013

Examencommissie:
Mr. A.D.M. van Rijs
Mr. dr. J. van Drongelen

“The Road Not Taken

*Two roads diverged in a yellow wood,
And sorry I could not travel both
And be one traveler, long I stood
And looked down one as far as I could
To where it bent in the undergrowth*

*Then took the other, as just as fair,
And having perhaps the better claim,
Because it was grassy and wanted wear;
Though as for that the passing there
Had worn them really about the same,*

*And both that morning equally lay
In leaves no step had trodden black.
Oh, I kept the first for another day!
Yet knowing how way leads on to way,
I doubted if I should ever come back.*

*I shall be telling this with a sigh
Somewhere ages and ages hence:
Two roads diverged in a wood, and I—
I took the one less traveled by,
And that has made all the difference”*

Robert Frost, 1916¹

¹ Robert Frost, *The Road Not Taken, Birches and Other Poems*, Claremont: Coyote Canyon Press 2010, p. 10.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen	5
1. Inleiding	7
1.1 Thematisch kader	7
1.2 Onderzoeksvraag	8
1.3 Afbakening van het onderzoek	8
1.4 Opbouw van het onderzoek	9
2. Ontwikkeling van het Nederlandse ontslagrecht	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Historisch overzicht van het ontslagrecht	10
2.3 Conclusie	21
3. Normatief kader	22
3.1 Inleiding	22
3.2 Ongelijkheidscompensatie als belangrijk principe van het arbeidsrecht	22
3.3 Relevante internationale normen	27
3.4 Conclusie	31
4. Beschrijving en toetsing van het huidige duale ontslagstelsel	33
4.1 Inleiding	33
4.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging	33
4.2.1 Algemeen	33
4.2.2 Het algemene opzegverbod	34
4.2.3 De bijzondere opzegverboden	39
4.2.4 De opzegtermijn	41
4.2.5 De kennelijk onredelijk ontslagprocedure	42
4.2.6 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door opzegging	45
4.2.7 Toetsing aan ILO-verdrag nr. 158	47
4.2.8 Toetsing aan artikel 6 EVRM	50
4.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding ex artikel 7:685 BW	52
4.3.1 Algemeen	52
4.3.2 Ontbinding wegens gewichtige redenen	52
4.3.3 De ontbindingsvergoeding	55
4.3.4 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door ontbinding	56
4.3.5 Toetsing aan ILO-verdrag nr. 158	57
4.3.6 Toetsing aan artikel 6 EVRM	58
4.4 Conclusie	60

5. Beschrijving en toetsing van het ontslagstelsel volgens het Sociaal Akkoord	63
5.1 Inleiding	63
5.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging	64
5.2.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging afgezet tegen huidige recht	64
5.2.2 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door opzegging	77
5.2.3 Toetsing aan ILO-verdrag nr. 158	79
5.2.4 Toetsing aan artikel 6 EVRM	81
5.2.5 Samenvatting onderzoeksresultaten	82
5.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding	83
5.3.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding afgezet tegen huidige recht	83
5.3.2 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door ontbinding	88
5.3.3 Toetsing aan ILO-verdrag nr. 158	90
5.3.4 Toetsing aan artikel 6 EVRM	90
5.3.5 Samenvatting onderzoeksresultaten	91
5.4 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst na toetsing door ontslagcommissies	92
5.4.1 Instelling van sectorale ontslagcommissies bij cao	92
5.4.2 Afwijken van het afspiegelingsbeginsel in geval van ontslagcommissies	95
5.4.3 Samenvatting onderzoeksresultaten	97
5.5 The Road not Taken	98
6. Samenvatting, conclusie en aanbevelingen	100
6.1 Samenvatting	100
6.2 Antwoord op de onderzoeksvraag	101
6.3 Aanbevelingen	102
6.4 Tot besluit	104
Dankwoord	106
Literatuurlijst	107
Boeken en tijdschriftartikelen	107
Kamerstukken	115
Overige publicaties	115
Jurisprudentie	116
Internetbronnen	117

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi. Juridisch maandblad
AI	Arbeid Integraal. Bulletin Arbeid, Sociale Zekerheid & Recht
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BOU	Beleidsregels Ontslagtaak UWV
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CWI	Centrale Organisatie Werk en Inkomen
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
GAB	Gewestelijk Arbeidsbureau
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de EU
IAOW	Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers
ILO	International Labour Organization
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Ktr.	Kantonrechter
MvT	memorie van toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
OB	Ontslagbesluit
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RDA	Regionaal Directeur van de Arbeidsorganisatie
SER	Sociaal- Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Tijdschrift voor Sociaal Recht
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TK	Tweede Kamer
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
<i>Trb.</i>	Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TW	Toeslagenwet
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
WAA	Wet aanpassing arbeidsduur
WBP	Wet bescherming persoonsgegevens

Wet cao	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WGBH/CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WMCO	Wet melding collectief ontslag
WW	Werkloosheidswet
Wwb	Wet werk en bijstand

1. INLEIDING

1.1 Thematisch kader

Het ontslagrecht vormt een van de belangrijkste en daarnaast ook een van de meest bediscuteerde onderdelen van het Nederlandse arbeidsrecht. Het huidige ontslagstelsel wordt gekenmerkt door een preventieve toetsing met een duale structuur. Dit houdt in dat een werkgever, die een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer wil beëindigen, twee verschillende routes naar keuze kan bewandelen. De betreffende werkgever kan er ten eerste voor kiezen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Daarvoor behoeft hij voorafgaande toestemming van UWV ex artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Daarnaast kan de werkgever ervoor kiezen om de kantonrechter te verzoeken om de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 van het Burgerlijke Wetboek (BW) te ontbinden. In het eerste geval heeft de werknemer in beginsel geen recht op een ontslagvergoeding. De werkgever dient wel een opzegtermijn in acht te nemen. In het tweede geval bestaat de mogelijkheid tot toekenning van een ontslagvergoeding.²

De vraag of dit preventieve duale stelsel dient te worden gewijzigd, is al decennia onderwerp van politiek, maatschappelijk en wetenschappelijk debat.³ Het huidige duale ontslagstelsel wordt in deze discussie vaak bestempeld als ingewikkeld, duur, tijdrovend en onrechtvaardig.⁴ Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw hebben in dit verband tientallen wijzigingsvoorstellen elkaar opgevolgd. Telkens ontbrak het echter aan voldoende politiek of maatschappelijk draagvlak en/of waren er grote bedenkingen onder rechtsgeleerden.⁵ Zodoende hebben er tot nu toe dan ook geen ingrijpende hervormingen van het ontslagrecht plaatsgevonden. Ten aanzien van een aantal wijzigingsplannen van recente datum was men in de literatuur overigens bijzonder kritisch, omdat de betreffende plannen zouden leiden tot een aanzienlijke verslechtering van de rechtsbescherming van de werknemer.⁶

Onlangs is er weer een nieuw voorstel aan de inmiddels indrukwekkende lijst met voorstellen tot wijziging van het ontslagstelsel toegevoegd. Het betreft het op 11 april 2013 tussen de sociale partners tot stand gekomen Sociaal Akkoord⁷, waarin onder meer concrete plannen zijn opgenomen ten aanzien van de hervorming van het ontslagrecht. De Minister van Sociale Zaken en

² A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en Koser Kaya? Over eenheid in ons duaal ontslagstelsel', *AA* 2011, p. 789.

³ J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van het UWV*, Deventer: Kluwer 2012, p. V.

⁴ N. Grundt, 'Ontwikkelingen op het gebied van het ontslagrecht', *Ondernemingsrecht* 2012/127.

⁵ M. Mazel, 'Herziening van het ontslagrecht: work (on) progress?', *Elsa Leiden magazine* 2013-1, p. 23.

⁶ Zie onder meer: P.Th. Sick, 'Het ontslagstelsel volgens Koser Kaya: oude wijn, met een slecht etiket', *TRA* 2012/33 ; brief van W.H.A.C.M. Bouwens e.a. d.d. 11 juni 2012, gericht aan de Vaste Kamercommissie voor SZW en de Tweede Kamerfracties (te downloaden via www.vu.nl); D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', *TAP* 2012-5, p. 197; F. Grapperhaus, 'Wie heeft er nou niet een plannetje voor het ontslagrecht op zolder liggen?', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 133 ; D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', *TAP* 2012-5, p. 197; R. Duk "'All employees are unequal but....". Enkele losse gedachten over ongelijkheidscompensatie in rechtspraak en wetgeving', in: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht* (Liber amicorum voor prof.mr. P.F. van der Heijden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 18-23 en S.F. Sagel, 'Euphemia', *TRA* 2013-3, p. 3-4. Zie ook: www.fiatjustitia.nl/studie/bachelor-2/arbeidsrecht/van-de-docent/artikel-profmerhouweling-mevrmlangedijk-esl/ (laatstelijk geraadpleegd op 8 juli 2013).

⁷ Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, 11 april 2013.

Werkgelegenheid (SZW), Asscher, heeft in een brief aan de Tweede kamer te kennen gegeven dat het kabinet de voorstellen op het gebied van het ontslagrecht in beginsel steunt.⁸

Het betreffende akkoord bevat onder meer het voorstel om het duale ontslagstelsel weliswaar te behouden, maar over te gaan tot een verplichte verdeling van de taken tussen UWV en de kantonrechter. Hierbij oordeelt UWV over het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid en oordeelt de kantonrechter in alle andere gevallen.

Ten aanzien van de in het Sociaal Akkoord opgenomen plannen met het ontslagrecht heeft de minister in zijn brief aan de Tweede Kamer te kennen gegeven dat de bescherming van werknemers volledig in stand blijft.⁹ Ook de sociale partners hebben aangegeven dat het behoud van adequate rechtsbescherming bij onvrijwillige beëindiging een van hun doelstellingen vormt.¹⁰ Gelet op voornoemde toezegging van de minister, de doelstelling van de sociale partners en gelet op de kritiek op eerdere recente voorstellen ten aanzien van de wijziging van het ontslagrecht, dient zich de vraag aan welke gevolgen deze jongste plannen, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer hebben. Tot nu toe heeft hiernaar nog geen systematisch onderzoek plaatsgevonden.

1.2 Onderzoeksvraag

In dit onderzoek staan de meest recente plannen ten aanzien van de wijziging van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, centraal. Doel van onderzoek is om te beoordelen welke gevolgen de betreffende plannen hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een vast contract. De centrale onderzoeksvraag luidt dan ook: welke gevolgen hebben de plannen ten aanzien van de herziening van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd? Om tot een antwoord te komen op deze onderzoeksvraag zullen de herzieningsplannen worden afgezet tegen een normatief kader dat hiertoe zal worden uitgewerkt en verantwoord.

1.3 Afbakening van het onderzoek

Zoals uit voornoemde probleemstelling blijkt, staat in dit onderzoek de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd centraal. Dergelijke werknemers worden ook wel de 'insiders' op de arbeidsmarkt genoemd. Daartegenover staan de zogenaamde 'outsiders'. Dit zijn werknemers met flexibele arbeidsovereenkomsten. Voornoemde 'outsiders' en 'insiders' kennen onder het huidige recht niet dezelfde rechtsbescherming. Hoewel het Sociaal Akkoord ook wijzigingen beoogt op het gebied van flexibele arbeidsrelaties¹¹, beperkt dit onderzoek zich tot de 'insiders' op de arbeidsmarkt. Hierbij beperk ik mij bovendien tot een tweetal facetten, te weten de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV ex artikel 6 BBA en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW. Ook andere relevante kwesties, zoals de vraag in hoeverre de jongste herzieningsplannen tegemoet komen aan de

⁸ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 11 april 2013, ref. nr. 2013-0000045997 met bijlagen, p. 9. Thans wordt er gewerkt aan een wetsvoorstel waarin de betreffende plannen worden uitgewerkt.

⁹ Brief van de minister 2013, p. 9.

¹⁰ STAR 2013, p. 28.

¹¹ Zo voorziet het Sociaal Akkoord onder meer in een aanpassing van de 'ketenregeling' van artikel 7:668a BW, in die zin dat (na drie contracten of) na twee jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Zie: STAR 2013, p. 24-25; brief van de minister 2013, p. 9-10 en punt 48 van de bijlage.

belangen van werkgevers en de vraag of de plannen kunnen bijdragen aan de doelen die de regering voor ogen heeft voor wat betreft de arbeidsmarkt en de economie, vallen buiten het bestek van deze scriptie.

1.4 Opbouw van het onderzoek

In hoofdstuk twee zal allereerst een korte schets worden gegeven van de ontwikkeling van het duale ontslagrecht in Nederland. Daarbij zullen tevens eerdere pogingen tot wijziging van het duale ontslagstelsel worden besproken. In het derde hoofdstuk zal een normatief kader worden ontvouwd waartegen de meest recente herzieningsplannen op het terrein van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, zullen worden afgezet. Hierbij zal blijken dat behalve de grondbeginselen van het arbeidsrecht en internationale normen, ook het huidige positieve ontslagrecht onderdeel uitmaakt van voornoemd normatief kader. Aan de beschrijving van het huidige ontslagstelsel wordt een apart, vierde hoofdstuk gewijd. Hierbij zal tevens worden nagegaan hoe het arbeidsrechtelijk beginsel van ongelijkheidscompensatie in het huidige recht tot uiting komt en in hoeverre het huidige recht voldoet aan de relevante internationale normen. Teneinde te komen tot de beantwoording van de centrale probleemstelling, te weten de vraag welke gevolgen de herzieningsplannen in het Sociaal Akkoord hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een vast contract, zullen deze plannen in het vijfde hoofdstuk worden afgezet tegen het normatief kader. In het zesde en tevens laatste hoofdstuk volgt de conclusie met een samenvatting van de belangrijkste argumenten en aanbevelingen aan de wetgever.

De tekst van deze scriptie is afgesloten op 4 november 2013.

2. ONTWIKKELING VAN HET NEDERLANDSE ONTSLAGRECHT

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een overzicht op hoofdlijnen gegeven van de ontwikkeling van het ontslagrecht in Nederland. Daarmee kan een beter begrip van het huidige duale ontslagstelsel worden verkregen. Een dergelijk overzicht maakt het tevens mogelijk te bezien hoe de meest recente wijzigingsvoorstellen ten aanzien van het duale ontslagstelsel zich verhouden tot eerdere voorstellen inzake de herziening van het ontslagrecht.

2.2 Historisch overzicht van het ontslagrecht

De term ontslagrecht kan worden omschreven als het geheel van regels inzake de (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dergelijke regels zijn tegenwoordig niet meer weg te denken in ons arbeidsrechtelijk systeem.¹² Tot aan het begin van de twintigste eeuw was de situatie in Nederland echter geheel anders. Voor wat betreft het ontslagrecht bestond er aanvankelijk (vanaf de invoering van het BW in 1938) slechts één bepaling, te weten artikel 1639 BW. Op grond van dat artikel mochten voor bepaalde tijd ingehuurde dienst- en werkboden hun dienst niet verlaten totdat de overeengekomen tijd was verstreken. Wanneer zij hun dienst toch voortijdig verlieten, hoefde de werkgever het tot op dat moment verdiende loon niet te betalen.¹³ De situatie van werknemers¹⁴ werd gekenmerkt door uitbuiting en sociale misstanden, hetgeen tot uiting kwam in en onveilige werkomstandigheden, lage lonen en slechte huisvesting.¹⁵

Wet op de arbeidsovereenkomst 1907

Eerst met de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907¹⁶ kwamen er meer regels op het gebied van het ontslagrecht tot stand en bleven werknemers niet langer volledig van rechten verstoken.¹⁷ Bescherming van de economisch gezien zwakkere werknemer tegen misbruik van de kant van de werkgever was dan ook een van de belangrijkste redenen voor de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst.¹⁸

De Wet op de arbeidsovereenkomst introduceerde allereerst het onderscheid tussen de (van rechtswege eindigende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de (door opzegging eindigende) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voornoemde wet bracht voorts met zich mee dat bij opzegging voortaan een opzegtermijn in acht diende te worden genomen. Deze opzegtermijn, die maximaal zes weken bedroeg, was normaal gesproken gelijk aan de termijn tussen twee opeenvolgende loonbetalingen. Indien opzegging plaatsvond zonder inachtneming van de geldende opzegtermijn, handelde de opzeggende partij onrechtmatig, tenzij een schadeloosstelling werd betaald die gelijk was aan het loon over de opzegtermijn.¹⁹ De vraag of het ontslag behalve

¹² N. Zekic, 'Ontslag in Nederland en België', AA 2011, p. 898.

¹³ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 373.

¹⁴ Destijds gebruikte men de term 'arbeider'.

¹⁵ E.G. van Arkel, *A Just Cause for Dismissal in the United States and the Netherlands. Een redelijke grond voor ontslag in Amerika en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 3.

¹⁶ Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1970, 193. De inwerkingtreding vond plaats op 1 februari 1909.

¹⁷ J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag. Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland*, Amsterdam: Jasonpers Universiteitspers 1952, p.11. Zie ook: Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 1.

¹⁸ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 24. Van Zanten verwijst in dit verband naar de memorie van toelichting. Zie ook: A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst* (deel 1), Den Haag: Belinfante 1907, p. 6-7.

¹⁹ Loonstra & Zondag 2010, p. 373.

rechtmatig ook rechtvaardig was, werd toen nog niet relevant geacht.²⁰ Rekening houdend met de (vrij korte) opzegtermijn, kon de arbeidsovereenkomst zonder meer opgezegd worden.²¹ Naast de introductie van het onderscheid tussen bepaalde en onbepaalde tijd en de opzegtermijn, werden met de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 ook de proeftijd en het ontslag wegens dringende redenen geregeld. Tevens werd het mogelijk om de kantonrechter te verzoeken wegens gewichtige redenen (artikel 1639w BW) over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.²² Onder gewichtige redenen werden begrepen veranderingen in de persoonlijke toestand of de vermogenstoestand van de verzoeker of de wederpartij, dan wel in de omstandigheden waaronder de arbeid werd verricht, die zodanig waren dat de dienstbetrekking billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoorde te eindigen. Daarnaast werden ook dringende redenen als gewichtige redenen beschouwd.²³ Het betrof hier een limitatieve opsomming. Van dit artikel 1639w BW diende naar het oordeel van de wetgever echter slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik te worden gemaakt.²⁴

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

Reeds vanaf de twintiger jaren van de vorige eeuw werd in de literatuur gepleit voor de invoering van de eis van een redelijke grond voor ontslag, de zogenaamde *iusta causa dimissionis*, waarmee willekeurig ontslag zou worden bestreden.²⁵ Toch duurde het nog tot 1940 voordat een dergelijke eis onderdeel ging uitmaken van het ontslagrecht.²⁶ In dat jaar vaardigde de Duitse bezetter het Eerste Uitvoeringsbesluit uit, waarmee een algemeen ontslagverbod werd ingevoerd. Hiermee beoogde men de Nederlandse arbeidsmarkt van overheidswege aan te sturen.²⁷ Voortaan was opzegging van de arbeidsovereenkomst, behoudens ontslag op staande voet wegens een dringende reden, verboden, tenzij er sprake was van een geldige reden voor het ontslag. De vraag of er al dan niet sprake was van een geldige reden werd voortaan vooraf getoetst door de Arbeidsinspectie. Slechts indien de Arbeidsinspectie daartoe vooraf een vergunning had verleend, kon de werkgever overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.²⁸

Aan het eind van de Tweede Wereldoorlog vaardigde de Nederlandse regering vanuit Londen het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) uit.²⁹ In dit besluit dat als noodwetgeving tot stand kwam, bleef het door de bezetter ingevoerde systeem gehandhaafd, zij het dat de voorafgaande toetsing van het ontslag voortaan door de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau (GAB) plaatsvond. Er mocht niet tot ontslag worden overgegaan, tenzij uit diens voorafgaande toetsing was gebleken dat er sprake was van een redelijke grond voor het ontslag.³⁰ Met de invoering van een vereiste toestemming voor opzegging, werd de duale structuur van het Nederlandse ontslagstelsel een feit: voortaan konden zowel de civiele rechter als een bestuursorgaan zich over

²⁰ Ringeling 1952, p. 11. Zie ook: Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 1.

²¹ Loonstra & Zondag 2010, p. 375.

²² Loonstra & Zondag 2010, p. 373.

²³ P.M.M. Massuger, *Een andere kijk op het ontslagrecht*, Tilburg: Tilburg University Press 1994, p. 11.

²⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 373-374.

²⁵ Ringeling 1952, p. 17.

²⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 376.

²⁷ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 2 en W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 287.

²⁸ Loonstra & Zondag 2010, p. 376.

²⁹ Ringeling 1952, p. 19. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA: C.G. Scholtens, 'Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945', *ArA* 2005/3, p. 28-59.

³⁰ Loonstra & Zondag 2010, p. 375 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 288.

een voorgenomen ontslag van de kant van de werkgever buigen.³¹ Overigens heeft het in het BBA opgenomen algemene opzegverbod zich in de loop der tijd steeds meer ontwikkeld van een arbeidsmarktinstrument naar een preventieve redelijkheidstoetsing van ontslag. Hierbij is de nadruk komen te liggen op bescherming van de werknemer tegen willekeurige opzegging van de kant van de werkgever.³²

De wet van 17 december 1953

In 1947 stelde de Stichting van de Arbeid (STAR) op verzoek van de Minister van Justitie een advies op over de herziening van het ontslagrecht. Hierin stelde de STAR onder meer voor om de preventieve ontslagtoets van het GAB af te schaffen zodra er rechterlijke instanties zouden zijn die konden oordelen over 'kennelijk onredelijke' ontslagen. Het advies van de STAR leidde er weliswaar toe dat de Minister van Justitie een wetsvoorstel indiende, maar daarin werd het voorstel van de STAR inzake de afschaffing van de bestuurlijke preventieve ontslagtoets niet overgenomen. Een motie waarmee beoogd werd de bestuurlijke preventieve ontslagtoets alsnog af te schaffen werd vervolgens nipt verworpen, onder meer door enkele vergissingen bij het stemmen. Hiermee mislukte een eerste poging om het duale ontslagstelsel te wijzigen.³³ Toch vond met de uit voornoemd wetsvoorstel voortvloeiende wet van 17 december 1953³⁴ een ingrijpende wijziging van het BW plaats. Zo werd met deze wetswijziging de regeling inzake de opzegtermijn gewijzigd, in die zin dat de termijn langer werd naarmate de arbeidsovereenkomst langer had geduurd. Tevens bracht de wetswijziging de invoering van enkele bijzondere, tot de werkgever gerichte ontslagverboden met zich mee, te weten het verbod om de arbeidsovereenkomst gedurende de eerste twee jaar van ziekte en bij militaire dienst op te zeggen.³⁵ Hiermee werd beoogd de werknemer te beschermen tegen willekeurig ontslag ingevolge deze specifieke redenen.³⁶ Bij overtreding van deze opzegverboden was de werkgever schadelijkt.³⁷ Met voornoemde wet werd voorts de redelijkheidstoetsing in de vorm van kennelijk onredelijk ontslag in het BW verankerd middels een repressieve toets.³⁸ Voortaan kon de vraag of een opzegging gerechtvaardigd was achteraf door de rechter worden getoetst, in die zin dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk mocht zijn. De wetgever had hierbij een marginale rechterlijke toets voor ogen, hetgeen blijkt uit het in artikel 1639s BW (thans artikel 7:681 BW) neergelegde criterium. Indien het ontslag kon worden aangemerkt als zijnde kennelijk onredelijk, bestond aanspraak op schadevergoeding naar billijkheid of herstel van de arbeidsovereenkomst.³⁹ Met het criterium van het 'kennelijk

³¹ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 136.

³² Van Zanten-Baris 2009, p. 38 & Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht* 2000, p. 19.

³³ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 26 -27. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de gang van zaken bij stemming over de betreffende motie: Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 8. Zie ook: L.H. van den Heuvel, 'De plaats van het SER-advies tot herziening van het ontslagrecht', in: A.C.J.M. Wilthagen, *Herziening van het ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 12-13.

³⁴ *Stb.* 1953, 619. Deze wet trad in werking per 1 juli 1954. Zie voor een artikelsgewijs commentaar: S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1954. Zie ook: M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1954.

³⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 288 en Loonstra & zondag 2010, p. 377.

³⁶ Van Arkel 2007, p. 409.

³⁷ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 288 en Loonstra & zondag 2010, p. 377.

³⁸ L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 28.

³⁹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 288. In de rechtspraak is die marginaliteit in de loop der jaren echter losgelaten en wordt er inmiddels in volle omvang getoetst. Zie: Van Genderen e.a. 2012, p. 233 en Loonstra & Zondag 2010, p. 416.

onredelijk ontslag' beoogde de wetgever uit te drukken dat het ontslag zonder twijfel voor ieder weldenkend mens als onredelijk diende te worden aangemerkt.⁴⁰

Ter compensatie van de invoering van de langere opzegtermijnen en de bijzondere opzegverboden werd met de wetwijziging van 1953 tevens de regeling inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen aangepast. Deze regeling werd versoepeld door een verruiming van de 'gewichtige redenen' middels het schrappen van de limitatieve opsomming van ontbindingsgronden en de introductie van de 'verandering in omstandigheden', zijnde een meer algemene norm.⁴¹ Voorts werd het voor de kantonrechter mogelijk om bij ontbinding wegens verandering in omstandigheden ten laste van de wederpartij een vergoeding toe te kennen.⁴² Bezien vanuit het aanvankelijke doel van de ontbindingsprocedure was dit opmerkelijk, aangezien deze procedure bij de introductie in 1907 juist was bedoeld om partijen in de gelegenheid te stellen zonder vergoeding afscheid van elkaar te laten nemen.⁴³

Wetsvoorstel 13 656

Op basis van een advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) uit 1970⁴⁴ werd in 1975 een wetsvoorstel⁴⁵ bij de Tweede Kamer ingediend, waarin onder meer werd voorgesteld om het BBA te laten vervallen en de bepalingen met betrekking tot de bestuurlijke preventieve toetsing te incorporeren in het BW. Voorts werd voorgesteld om het vereiste van de voorafgaande toestemming bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer niet langer te handhaven. Tevens werd voorgesteld om de terminologie van artikel 1639s BW (thans artikel 7:681 BW) te wijzigen, in die zin dat de zinsnede 'onbehoorlijk of in de gevolgen voor de arbeider te bezwarend' in de plaats zou komen van het begrip 'kennelijk onredelijk'. Het wetsvoorstel voorzag ook in de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen tegen een ontbindingsbeschikking. Het betreffende wetsvoorstel werd echter zowel in de Tweede Kamer als in de literatuur zeer kritisch ontvangen. De parlementaire behandeling stagneerde en uiteindelijk werd het betreffende wetsvoorstel in 1990 ingetrokken.⁴⁶

Ondertussen werd het BW voor wat betreft het ontslagrecht in 1976 wel op enkele andere punten gewijzigd.⁴⁷ Het aantal opzegverboden werd uitgebreid, in die zin dat opzegging voortaan eveneens verboden werd gedurende zwangerschap en bevalling en vanwege huwelijk. Tegelijkertijd werd de sanctie op de overtreding van de ontslagverboden gewijzigd. Overtreding van de ontslagverboden leidde voortaan tot nietigheid. Echter, aangezien tevens bepaald werd dat de werknemer daarop binnen twee maanden na de opzegging een beroep moest doen, ging het feitelijk om vernietigbaarheid.⁴⁸

In verband met de hoge werkloosheid en de wens van de politiek om het ontslagrecht te dereguleren, werd in 1983 de zogenaamde Commissie Deregulering in verband met de Economische Ontwikkeling ingesteld. Gelet op de duur van de procedure en de gevolgen voor de werkgelegenheid

⁴⁰ Loonstra & zondag 2010, p. 377.

⁴¹ C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van de ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001/43 en Massuger 1994, p. 11.

⁴² Loonstra & zondag 2010, p. 377.

⁴³ Van Zanten–Baris 2009, p. 44.

⁴⁴ Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake intrekking van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*, 1970/9, Den Haag 1970.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 656, nrs. 1-3.

⁴⁶ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 27-28 en Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 9. Zie ook: Van den Heuvel 1989, p. 12-14.

⁴⁷ *Stb.* 1976, 295.

⁴⁸ Loonstra & zondag 2010, p. 377.

vond deze commissie het wenselijk om de preventieve bestuurlijk ontslagtoets te vervangen door een repressieve toets door de kantonrechter, waar een eventueel advies van de kant van de ontslagadviescommissie aan vooraf zou kunnen gaan. Omdat voornoemde commissie echter grote maatschappelijke weerstand verwachtte tegen een dergelijk repressief stelsel, stelde zij bij wijze van alternatief voor om de bestuurlijke preventieve ontslagtoets te handhaven op voorwaarde dat de duur van de betreffende procedure zou worden ingeperkt. Laatstgenoemd voorstel werd door het kabinet onderschreven en daarmee bleef het preventieve duale ontslagstelsel voorlopig ongewijzigd.⁴⁹

Begin jaren negentig werd op basis van een unaniem SER-advies⁵⁰ een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend waarin onder meer werd uitgegaan van handhaving van de bestuurlijke preventieve ontslagtoets. Teneinde aan een aantal kritische Kamerleden tegemoet te komen, werd bij de behandeling van het wetsvoorstel evenwel door de bewindslieden toegezegd dat de preventieve ontslagtoets zou worden geëvalueerd.⁵¹ De uitkomsten van de betreffende evaluatie werden neergelegd in de nota Toetsing van ontslag.⁵² In deze nota werd de voorkeur gegeven aan een repressief civielrechtelijk ontslagstelsel. De bestuurlijke preventieve ontslagtoets zou uitsluitend gehandhaafd blijven voor gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers.⁵³ Op basis van een daarop volgend – verdeeld – SER-advies werd vervolgens een wetsvoorstel⁵⁴ opgesteld en voorgelegd aan de Raad van State. Dit wetsvoorstel ging uit van de afschaffing van artikel 6 BBA en de wijziging van de bepalingen inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in het BW. Het wetsvoorstel bevatte onder meer een verplichte hoorprocedure, de optie om bij wijze van voorlopige voorziening herstel van de arbeidsovereenkomst te vorderen en een regeling van de ontslagvergoeding, waarbij aan de rechter een beperkte afwijkingsmogelijkheid werd toegekend. Echter, nog voordat de Raad van State advies kon uitbrengen, werd het zittende kabinet, te weten het kabinet Lubbers-III, opgevolgd door het kabinet Kok-I. Dit nieuwe kabinet trok het betreffende wetsvoorstel in, waarmee weer een nieuwe poging om het ontslagstelsel te wijzigen mislukte.⁵⁵

Per 1 juli 1997 werden de bepalingen in het BW met betrekking tot de arbeidsovereenkomst ingevoegd in Boek 7 titel 10 van het nieuwe BW. Hierbij vond echter geen inhoudelijke wijziging van het ontslagrecht plaats.⁵⁶

Wet flexibiliteit en zekerheid

De met ingang van 1 januari 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid⁵⁷ leidde wel tot belangrijke wijzigingen in het ontslagrecht, maar niet tot een fundamentele wijziging van het ontslagstelsel. In de memorie van toelichting (MvT) werd erop gewezen dat de betreffende

⁴⁹ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 28 en Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 10.

⁵⁰ Sociaal- Economische Raad, *Advies herziening ontslagrecht*, 1988/12, Den Haag 1988. Zie voor een commentaar op het SER-advies: Werkgroep Herziening Ontslagrecht, *Commentaar op SER-advies 88/12*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

⁵¹ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 29.

⁵² Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Notitie toetsing van ontslag: principiële beschouwingen omtrent de merites van de preventieve ontslagtoets*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1992.

⁵³ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 11 en Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht* 2000, p. 29.

⁵⁴ Dit wetsvoorstel is gepubliceerd en van commentaar voorzien in: P.F. van der Heijden, J.J.M. de Laat & C.G. Scholtens, *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1995.

⁵⁵ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 29.

⁵⁶ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 289 en Loonstra & zondag 2010, p. 378.

⁵⁷ 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

wijzigingen gericht waren op 'het tot stand komen van een nieuw evenwicht tussen partijen op de arbeidsmarkt waarbij flexibiliteit en zekerheid hand in hand gaan en wel zodanig dat het proces van flexibilisering van de arbeid op een verantwoorde wijze voor beide partijen verloopt.'⁵⁸ Met deze zogenaamde Flexwet werd onder meer de regeling met betrekking tot de opzegtermijn gewijzigd, met dien verstande dat de opzegtermijnen werden verkort. Voor de werknemer gold voortaan een opzegtermijn van één maand, terwijl deze voor de werkgever één tot vier maanden zou bedragen, afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst.⁵⁹ Verder werd de regeling inzake de verlenging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verruimd, opdat werkgevers makkelijker zouden kunnen reageren op wijzigingen in de markt. Dit leidde evenwel tot een aanmerkelijke verslechtering van de rechtsbescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daar waar voorheen de regels van opzegging in acht genomen moesten worden vanaf de tweede arbeidsovereenkomst, werd het voortaan mogelijk om op grond van artikel 7:668a BW gedurende een periode van maximaal drie jaar drie (binnen drie maanden) opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. Bovendien werd het mogelijk om hiervan bij (onder meer) cao ten nadele van de werknemer af te wijken.⁶⁰ Met de invoering van de Flexwet bleef de bestuurlijke preventieve ontslagtoets en daarmee het duale ontslagstelsel gehandhaafd. Wel werd de procedure bekort en tevens ging men over tot verkorting van de opzegtermijn voor gevallen waarin een ontslagvergunning was verleend. Daarnaast werd een zogenaamde 'geen bezwaar'-procedure voor economische ontslagen ingevoerd. Tot slot werd de verplichte ontslagvergunning voor de werknemer die opzegt, alsnog afgeschaft.⁶¹

De Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel

De keuze om de bestuurlijke preventieve ontslagtoets te handhaven stuitte tijdens het debat over de Flexwet opnieuw op de nodige kritiek in zowel de Tweede als de Eerste Kamer.⁶² Deze kritiek leidde tot de toezegging van de dan zittende Minister van SZW, Melkert, aan de Eerste Kamer om een commissie van onafhankelijke deskundigen in te stellen teneinde advies uit te brengen over – met name – de vraag of de preventieve ontslagtoets al dan niet diende te worden gehandhaafd.⁶³ De betreffende Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel⁶⁴ werkte in haar (in november 2000 verschenen) rapport zowel een zogenaamd geactualiseerd preventief ontslagsysteem als een repressief ontslagstelsel uit, waarna zij voorstelde om het laatstgenoemde stelsel in te voeren. In dit repressieve stelsel zou de werkgever – behoudens de situatie dat een opzegverbod aan de orde is – de arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen indien sprake is van een redelijke grond en de werknemer voorafgaande aan de opzegging is gehoord. Vervolgens zou de opzegging kunnen worden

⁵⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 1. Zie ook: Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 135.

⁵⁹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 289.

⁶⁰ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 289, Loonstra & zondag 2010, p. 378 en C.J. Loonstra, 'Franse toestanden in Nederland?', AA 2006, p. 415.

⁶¹ G.J.J. Heerma van Voss, 'Contouren van het ontslagrecht van de 21^e eeuw', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw* (Koning- bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 239 en 242. Overigens is de zogenaamde 'geen bezwaar'-procedure voor economische ontslagen per 1 januari 2007 weer afgeschaft.

⁶² Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 1- 2.

⁶³ W.J.P.M. Fase, 'Is een repressief ontslagsysteem een verstandige keus?', *Arbeid Integraal* 2000, p. 193.

⁶⁴ Deze commissie, die werd voorgezeten door prof.mr. M.G. Rood, wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de Commissie-Rood.

voorgelegd aan de rechter, die de opzegging op zijn beurt zou kunnen vernietigen.⁶⁵ Het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel leidde tot veel discussie in de literatuur⁶⁶ en tot een negatief advies van de STAR.⁶⁷ Ook dit rapport leidde uiteindelijk niet tot een wijziging van het ontslagstelsel.⁶⁸

Invoering evenredigheids- of afspiegelingsbeginsel

In november 2005 diende de toenmalig Minister van SZW, De Geus, bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel in, waarin onder meer werd voorgesteld om artikel 6 BBA te wijzigen, met dien verstande dat het voortaan mogelijk zou zijn om bij cao alternatieve selectiecriteria voor ontslag overeen te komen. Dit voorstel werd echter na negatieve adviezen van het CPB en CWI weer ingetrokken. Wel werd per 1 maart 2006 overgegaan tot invoering van het zogenaamde evenredigheids- of afspiegelingsbeginsel.⁶⁹

Voorstel Donner

In 2007 deed de toen zittende Minister van SZW, Donner, een nieuw voorstel tot een herziening van het ontslagstelsel.⁷⁰ Donner was voornemens om het BBA te laten vervallen en te voorzien in een enkelvoudige regeling in het BW. In geval van ontslag omwille van in de persoon van de werknemer gelegen redenen of een verstoorde arbeidsrelatie zou de werkgever voortaan zonder voorafgaande toestemming van het CWI of de kantonrechter kunnen overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Daarbij zou de werkgever verplicht zijn om een wettelijke vergoeding te betalen. In geval van opzegging wegens bedrijfseconomische redenen zou een voorafgaand positief advies van CWI vereist zijn, maar zou geen verplichting tot betaling van de wettelijke vergoeding bestaan. Bij ontslag op staande voet zou evenmin aanspraak op vergoeding bestaan, terwijl in geval van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever recht zou bestaan op een dubbele vergoeding. Voor de kantonrechter zou enkel nog een rol weggelegd zijn bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet recht bestaat op een wettelijke vergoeding. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is volgens het voorstel van Donner enkel aan de orde wanneer van een opzegverbod sprake is. De hoogte van de wettelijke vergoeding zou worden bepaald door vermenigvuldiging van het maandsalaris met het aantal gewerkte dienstjaren tot een maximum van € 75.000,-. De leeftijdsfactor zoals die is opgenomen in de kantonrechterformule zou gehandhaafd blijven, met dien

⁶⁵ Fase 2000, p. 193. Volgens Knegt is de conclusie van de commissie, gelet op haar samenstelling, niet verrassend is. In dit verband wijst hij erop dat de uitvoerders van de bestuurlijke preventieve toets niet in de commissie vertegenwoordigd waren. Zie: R. Knegt, 'De preventieve toets behouden, de verwijtbaarheid herzien?', *Arbeid Integraal* 2003, p. 176.

⁶⁶ Zie onder meer: Fase 2000, p. 193-198; F.B.J. Grapperhaus, 'Afscheid van het duale ontslagrecht: de proloog is geschreven', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 447- 448; W.J.P.M. Fase, 'Afscheid van het huidige ontslagrecht?', *SMA* 2000, p. 487- 492; P.F. van der Heijden, 'Een nieuw en beter ontslagrecht', *SMA* 2001, p. 87- 92; R. Knegt, 'De ontslagtoets en de bescherming van de werknemers: pretentie of preventie?', *SMA* 2001, p. 93-96; C.G. Scholtens, 'ADO-ontslagrecht', *SMA* 2001, p. 97- 103; W.J.P.M. Fase, 'De dringende reden in een repressief ontslagstelsel', *SMA* 2001, p. 107- 116; F.M. Noordam, 'Re-integratie en preventie: de commissie –Rood en Karl Lagerfeld', *SMA* 2001, p. 117- 121; J.M. van Slooten, 'Much ado about ADO?', *NJB* 2001, p. 931- 937; S.W. Kuip en E. Verhulp, 'Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd?', *SMA* 2001, p. 415- 433.

⁶⁷ Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, Den Haag 2003, publicatienummer 7/03.

⁶⁸ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 290.

⁶⁹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 13-19. Zie verder paragraaf 4.2.2.

⁷⁰ Zie de brief van 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064. Zie ook: E. Verhulp, 'Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet', *SR* 2007/68.

verstande dat de vergoeding bij toepassing van de leeftijdsfactor zou worden gemaximeerd tot € 100.000,-. Eventuele kosten, gemaakt ten behoeve van de scholing van de werknemer, zouden tot een bedrag dat gelijk is aan een kwart van het maandsalaris per gewerkt dienstjaar op de wettelijke vergoeding in mindering worden gebracht.⁷¹ Ook dit voorstel werd in de literatuur⁷² sterk bekritiseerd en leidde evenmin tot een wijziging van het ontslagstelsel.

De Commissie Bakker

Het politieke debat naar aanleiding van het voorstel van Donner leidde wel (opnieuw) tot een compromis in de vorm van de instelling van een commissie. Het betrof de zogenaamde Commissie Arbeidsparticipatie, naar haar voorzitter ook wel de Commissie Bakker genoemd.⁷³ Deze commissie rapporteerde in juni 2008.⁷⁴ Hoewel werd aangespoord tot enige versoepeling van het ontslagrecht op termijn, waarbij onder meer de preventieve ontslagtoets zou worden afgeschaft, was er voor het ontslagrecht slechts een beperkte rol weggelegd in dit rapport.⁷⁵ Ondertussen werd er wel een wetsvoorstel aanhangig gemaakt, dat erop gericht was de ontslagvergoeding voor werknemers met een jaarsalaris van meer dan € 75.000,- te maximeren op één jaarsalaris.⁷⁶ Dit wetsvoorstel is op 15 februari 2013 door Minister Asscher van SZW ingetrokken.⁷⁷

Wetsvoorstel 33 075

Vanaf eind 2011 hebben een aantal nieuwe voorstellen tot wijziging van het ontslagrecht elkaar in rap tempo opgevolgd. Zo diende D66-Kamerlid Koser Kaya in november 2011 een initiatiefwetsvoorstel in.⁷⁸ De kern van dit wetsvoorstel was erin gelegen dat er één ontslagroute zou komen, waarbij de arbeidsovereenkomst door de werkgever zou kunnen worden beëindigd middels opzegging zonder dat daarvoor voorafgaande toestemming van UWV nodig zou zijn. De werkgever zou gehouden zijn om de werknemer voorafgaand aan de opzegging te horen. In de plaats van de preventieve toetsing van het ontslag door UWV zou er een (niet marginale) repressieve toets door de rechter komen, waarbij tevens hoger beroep en cassatie mogelijk zou zijn. In het wetsvoorstel werd een onderscheid gemaakt tussen een 'onredelijke opzegging' en een 'kennelijk onredelijke opzegging'. In geval van een 'onredelijke opzegging', zou de werkgever de daaruit voortvloeiende schade dienen te vergoeden. In geval van een 'kennelijk onredelijke opzegging', zou herstel van de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt gelden, hetgeen in uitzonderlijke gevallen zou kunnen worden afgekocht door een afkoopsom naar billijkheid. De ontbindingsroute zou enkel nog een optie zijn indien een opzegverbod aan de orde zou zijn of bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

⁷¹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 21-23.

⁷² Zie onder meer: G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *SR* 2007, p. 231- 232; Verhulp 2007, p. 317- 326 en H.W.M.A. Staal, 'De varkenscyclus van het Nederlands wettelijk ontslagrecht, of: waar kwaliteit niet meer de norm is', *SMA* 2007, p. 315- 319.

⁷³ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 290.

⁷⁴ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt. Advies Commissie Arbeidsparticipatie*, Rotterdam 2008.

⁷⁵ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 290.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 862. Zie ook: Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 290.

⁷⁷ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 februari 2013. Gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 1-3. Bij het opstellen van dit initiatiefwetsvoorstel heeft Koser Kaya zich laten inspireren door de (eerder genoemde) voorstellen van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel en de ideeën van L.G. Verburg, zoals verwoord in diens op 7 oktober 2010 uitgesproken inaugurele rede. Zie: L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom' (oratie Nijmegen), in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Serie Onderneming & Recht*, nr. 59, Deventer: Kluwer 2010.

zonder tussentijdse opzegmogelijkheid. Hierbij zou de kantonrechter bevoegd blijven om een eventuele vergoeding naar billijkheid toe te kennen.⁷⁹

Het Lente-akkoord

Vervolgens maakte de zogenaamde Kunduz-coalitie ongeveer een half jaar later afspraken over de herziening van het ontslagrecht, welke werden neergelegd in het zogenaamde Lente-akkoord.⁸⁰ Het betreffende akkoord had – evenals in het wetsvoorstel van Koser Kaya – de afschaffing van de preventieve toets voor ogen en de invoering van een repressieve rechterlijke toets van de opzegging met een aan de opzegging voorafgaande verplichte hoorprocedure binnen de onderneming. Voorts zou – anders dan in het wetsvoorstel van Koser Kaya – de ontslagvergoeding worden verlaagd tot een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van zes maandsalarissen.⁸¹

De hoofdlijnennotitie

De plannen zoals verwoord in het Lente-akkoord werden vervolgens door de dan demissionaire Minister van SZW, Kamp, uitgewerkt in een hoofdlijnennotitie van 18 juni 2012. Ook hierin werd uitgegaan van de afschaffing van de preventieve toets, de invoering van een repressieve rechterlijke toets van de opzegging en een aan de opzegging voorafgaande verplichte hoorprocedure binnen de onderneming.⁸² Voorts werd een zogenaamd gedifferentieerd stelsel van hoger beroep voorgesteld, waarbij afhankelijk van de uitkomst van de procedure in eerste aanleg herstel van de arbeidsovereenkomst of een hogere vergoeding zou kunnen worden gevorderd. In navolging van het Lente-akkoord zou de ontslagvergoeding worden verlaagd tot een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van zes maandsalarissen, zij het dat deze vergoeding in alle gevallen zou worden toegekend in de vorm van een transitiebudget. In geval van verwijtbaar ontslag zou aanspraak bestaan op een ontslagvergoeding ter hoogte van een half maandsalaris per dienstjaar met een maximum van een jaarsalaris.⁸³

Het Regeerakkoord

Weer enkele maanden later ontvouwde het kabinet Rutte-II in het Regeerakkoord van 29 oktober 2012 haar nieuwe plannen met betrekking tot de herziening van het ontslagrecht.⁸⁴ In dit Regeerakkoord werd uitgegaan van een preventieve toetsing in de vorm van een verplichte adviesaanvraag bij UWV, waarbij de route via de kantonrechter zou komen te vervallen. Deze preventieve toets door UWV zou volgens het Regeerakkoord kunnen komen te vervallen indien bij cao zou zijn voorzien in een vergelijkbare procedure. Het ontslag zou achteraf kunnen worden getoetst door de rechter, die echter dezelfde toetsingscriteria diende te hanteren als UWV en het advies van UWV zwaar diende te laten wegen. Evenals bij de eerdere voorstellen zou de ontbindingsroute enkel nog een optie zijn indien een opzegverbod aan de orde zou zijn of in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid. Herstel van de arbeidsovereenkomst zou enkel mogelijk zijn indien de werkgever was afgeweken van een negatief advies van UWV. Indien zou worden vastgesteld dat het ontslag onterecht of verwijtbaar is, zou de rechter kunnen overgaan tot toekenning van een vergoeding van maximaal een half

⁷⁹ A.R. Houweling, 'Akkoord, akkoord, akkoord... maar waarmee eigenlijk? Ontslagrecht volgens het Sociaal Akkoord 2013', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013-2, p. 73 en Houweling 2011, p. 790.

⁸⁰ Bijlage 2 bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 280, nr. 1.

⁸¹ Houweling 2013, p. 73.

⁸² *Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 400.

⁸³ Houweling 2013, p. 73-74.

⁸⁴ Regeerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33.

maandsalaris per dienstjaar, met een maximum van € 75.000,-. In geval van onvrijwillig ontslag zou de werkgever aan de werknemer een vergoeding voor scholing, zijnde een transitiebudget, verschuldigd zijn. De hoogte van dit transitiebudget zou een kwart maandsalaris per dienstjaar bedragen, maar maximaal vier maandsalarissen. In het Regeerakkoord werd de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep uitgesloten.⁸⁵

Het Sociaal Akkoord 2013

Met het tot stand komen van het Sociaal Akkoord op 11 april 2013 ligt er voor wat betreft het ontslagrecht een nieuw een voorstel tot wijziging van het preventieve duale ontslagstelsel. Hiermee zijn de hiervoor besproken eerdere plannen weer – grotendeels – achterhaald. Volgens het Sociaal Akkoord blijft de preventieve ontslagtoets gehandhaafd, zij het dat er een procedureel onderscheid wordt gemaakt tussen ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid enerzijds en ontslag wegens in de persoon gelegen redenen en een verstoorde arbeidsrelatie anderzijds. In geval van opzegging wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid behoeft de werkgever voorafgaande toestemming van UWV. In geval van opzegging wegens in de persoon gelegen redenen of een verstoorde arbeidsrelatie dient de werkgever zich tot de kantonrechter te wenden teneinde deze te verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In beide gevallen behoort hoger beroep en cassatie tot de mogelijkheden. Werknemers hebben bij het einde van het dienstverband recht op een transitievergoeding. Voor wat betreft de hoogte van die transitievergoeding geldt dat ten aanzien van de eerste tien dienstjaren recht bestaat op een derde maandsalaris per dienstjaar en dat recht bestaat op een half maandsalaris per dienstjaar voor ieder jaar dat de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd dan tien jaar. Het maximum bedraagt € 75.000,- of een jaarsalaris indien het inkomen hoger is dan € 75.000,-. In geval van ernstige verwijtbaarheid van een van beide partijen, behoort een correctie tot de mogelijkheden.⁸⁶

Ten aanzien van laatstgenoemde voorstellen, die elkaar binnen een tijdsbestek van minder dan anderhalf jaar hebben opgevolgd, valt op dat deze soms lijnrecht tegenover elkaar staan. Zo wordt in de plannen zoals verwoord in het wetsvoorstel van Koser Kaya, het Lente-akkoord en de hoofdlijnennotitie uitgegaan van een verplichte hoorprocedure voorafgaand aan de opzegging en een repressieve toetsing door de rechter met de mogelijkheid van hoger beroep. In het Regeerakkoord wordt daarentegen uitgegaan van een verplicht advies van UWV vooraf en een beperkte rechterlijke toets achteraf. Tot slot wordt bij het Sociaal Akkoord dan weer uitgegaan van een duaal preventief stelsel, maar nu met enkelvoudige routes en de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie (zie schema).⁸⁷ Deze gang van zaken waarbij men nu weer het ene idee omarmt en dan weer een geheel ander, illustreert de in de literatuur geuite kritiek dat de politiek zich bij sociale rechtsvorming te zeer laat leiden door de waan van de dag.⁸⁸ Een aantal auteurs heeft er dan ook op gewezen dat de wetgever bij de modernisering van het ontslagrecht voldoende oog dient te houden voor de basiswaarden van het arbeidsrecht.⁸⁹

⁸⁵ Houweling 2013, p. 74.

⁸⁶ STAR 2013, p. 28-30 en de brief van de minister 2013. Zie ook: Houweling 2013, p. 74 en V. Bij de Vaate, 'Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht: lessen uit Duitsland', *NJ* 2013/1490. Zie verder hoofdstuk 5.

⁸⁷ Houweling 2013, p. 74.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: W.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001- 5, p. 254-255.

⁸⁹ Zie onder meer: A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 31; Fase 2001, p. 254-255; P.F. van der Heijden &

	<i>Koser Kaya</i>	<i>Lente-akk.</i>	<i>Hoofdlijnen</i>	<i>Regeerakk.</i>	<i>Sociaal Akk.</i>
preventief / repressief	repr.	repr.	repr.	prev. *	prev.
verplichte hoorprocedure	ja	ja	ja	nee	nee
ontslagvergoeding gemaximeerd	nee	ja	ja	ja	nee
Transitiebudget	nee	nee	ja	ja	ja
Rechtsmiddelen	ja	nee	ja **	nee	ja

Schema: belangrijkste items per wijzigingsvoorstel

* *formeel betreft het hier geen preventieve redelijkheidstoetsing, maar een verplicht 'zwaarwegend' advies.*

** *gedifferentieerd stelsel van hoger beroep, waarbij afhankelijk van de uitkomst van de procedure in eerste aanleg, herstel van de arbeidsovereenkomst of een hogere vergoeding kan worden gevorderd.*

Tot slot

Evenals de eerdere voorstellen tot wijziging van het duale ontslagstelsel zijn de plannen, zoals verwoord in het initiatief wetsvoorstel van Koser Kaya⁹⁰, het Lente-akkoord en de hoofdlijnennotitie⁹¹ over het algemeen kritisch ontvangen in de literatuur. De voorstellen in het Lente-akkoord hebben zelfs geleid tot een open brief, opgesteld door vooraanstaande arbeidsrechtgeleerden van verschillende Nederlandse rechtenfaculteiten, gericht aan de leden van de Tweede Kamer. Hierin uitten de betreffende auteurs hun 'grote bezwaren' tegen de plannen, zoals die in het Lente-akkoord waren geformuleerd. Zij stelden dat de plannen zijn gebaseerd op onjuiste veronderstellingen en dat zij een negatieve uitwerking zouden hebben op de economie, de machtsverhoudingen tussen werkgever en werknemer en de tweedeling op de arbeidsmarkt. Zij waren van mening dat invoering van de plannen bovendien zou leiden tot een 'ernstige verslechtering van de rechtspositie van de werknemer'.⁹² Ook de in het Regeerakkoord geformuleerde plannen zijn in de literatuur zeer kritisch ontvangen. Verschillende auteurs hebben er op gewezen dat ook deze plannen zullen leiden tot een aanzienlijke verslechtering van de ontslagbescherming van werknemers, met name de werknemers met een vast contract.⁹³

In het licht van de kritiek op vornoemde eerdere recente voorstellen dient zich de vraag aan welke gevolgen de plannen in het Sociaal Akkoord hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit geldt des te meer daar minister Asscher in zijn brief aan de Tweede Kamer te kennen heeft gegeven dat de bescherming van

F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies NJV 2001, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 4 en A.F.M. Brenninkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss, 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV', *NJB* 2001, p. 975.

⁹⁰ Zie onder meer: P.Th. Sick, 'Het ontslagstelsel volgens Koser Kaya: oude wijn, met een slecht etiket', *TRA* 2012/33; Houweling 2011, p. 789-794. Wel positief over het initiatief wetsvoorstel: A.R. Galvis, 'De modernisering van het ontslagrecht kan beter', *Advocatenblad* 2011, p. 27-28.

⁹¹ Zie onder meer: de artikelen in het themanummer van *TAP* 2012-7; R. Kötter, 'Koser Kaya, Lenteakkoord en Hoofdlijnennotitie Kamp. Van oude dingen die voorbij gaan...', *NJ* 2012-34, p. 2339-2345; N. Grundt, 'Ontwikkelingen op het gebied van het ontslagrecht', *Ondernemingsrecht* 2012/127 en Mazel 2013, p. 23-25.

⁹² Betreft een open brief van Bouwens e.a. d.d. 11 juni 2012, gericht aan de Vaste Kamercommissie voor SZW en de Tweede Kamerfracties. Deze brief kan worden gedownload via www.vu.nl.

⁹³ F. Grapperhaus, 'Wie heeft er nou niet een plannetje voor het ontslagrecht op zolder liggen?', *Ondernemingsrecht* 2012, 133. Houweling en Langedijk spraken in dit verband zelfs van een verwerpelijke regeling. Zie: www.fiatjustitia.nl/studie/bachelor-2/arbeidsrecht/van-de-docent/artikel-profmerhouweling-mevrmr-langedijk-esl/ (laatstelijk geraadpleegd op 8 juli 2013). Zie verder: Duk 2013a, p. 18-23 en S.F. Sagel, 'Euphemia', *TRA* 2013-3, p. 3-4.

werknemers volledig in stand blijft.⁹⁴ Ook de sociale partners hebben aangegeven dat het behoud van adequate rechtsbescherming bij onvrijwillige beëindiging een van hun doelstellingen is.⁹⁵ In dit onderzoek wordt nagegaan of dit ook daadwerkelijk zo is.

2.3 Conclusie

Uit vorenstaand overzicht kan worden afgeleid, dat de mate van rechtsbescherming voor werknemers vanaf de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 aanvankelijk steeds verder is toegenomen. Onder meer de invoering van de wettelijke opzegtermijn, het algemeen opzegverbod, de redelijke grond voor ontslag en de verschillende bijzondere opzegverboden hebben hiertoe een bijdrage geleverd. Vanaf het midden van de jaren zeventig van de twintigste eeuw is evenwel een kentering in deze ontwikkeling gekomen in die zin dat er sindsdien talloze voorstellen zijn gedaan om het ontslagrecht te wijzigen, teneinde het eenvoudiger en meer flexibel te maken. Deze kentering heeft zijn - voorlopige - beslag gekregen in de Wet flexibiliteit en zekerheid. Gebleken is dat deze Flexwet onder meer heeft geleid tot een versoepeling van de regeling ten aanzien van het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een verkorting van de procedure inzake de bestuurlijke preventieve ontslagtoets.⁹⁶

Ook na de invoering van de Flexwet hebben vele voorstellen tot verdergaande wijziging van het ontslagrecht elkaar opgevolgd. Tot op heden ontbrak het echter aan politiek en/of maatschappelijk draagvlak en waren er meestal grote bedenkingen onder rechtswetenschappers.⁹⁷ Tot nu toe hebben er zich dan ook geen grote wijzigingen in het ontslagrecht voorgedaan.

Met het tot stand komen van het Sociaal Akkoord ligt er weer een nieuw voorstel tot wijziging van het ontslagrecht. In het licht van de kritiek op de eerdere recente voorstellen met betrekking tot de wijziging van het duale ontslagstelsel dient zich de vraag aan, welke gevolgen deze nieuwste plannen hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dit onderzoek staat die vraag dan ook centraal. Teneinde te komen tot de beantwoording van deze vraag, zal in het volgende hoofdstuk een normatief kader worden ontwikkeld.

⁹⁴ Brief van de minister 2013, p. 9.

⁹⁵ STAR 2013, p. 28.

⁹⁶ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 135.

⁹⁷ Mazel 2013, p. 23.

3. NORMATIEF KADER⁹⁸

3.1 Inleiding

Om een antwoord te kunnen geven op de vraag wat de gevolgen zijn van de hervormingsplannen met betrekking tot het ontslagrecht voor de ontslagbescherming van de individuele werknemer met een vast contract, zullen deze plannen worden afgezet tegen het positieve recht. Hoe het preventieve duale ontslagstelsel er thans uitziet in Nederland, zal in het volgende hoofdstuk worden beschreven. Het huidige positieve recht vormt echter niet het gehele kader, waartegen de herzieningsplannen kunnen worden afgezet.⁹⁹ Bezien vanuit het perspectief van de individuele werknemer wordt in dit hoofdstuk een ruimer kader ontvouwd aan de hand waarvan de wijzigingsvoorstellen ten aanzien van het individuele ontslagrecht zullen worden beoordeeld.

Tot het normatief kader waaraan eventuele toekomstige regels kunnen worden getoetst, kunnen – naast het positieve recht – tevens de beginselen van het arbeidsrecht worden gerekend.¹⁰⁰ In het hierna volgende zal echter blijken dat er in de literatuur geen overeenstemming bestaat over de vraag welke beginselen eigen zijn aan het arbeidsrecht en hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden.¹⁰¹ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om de beginselen van het arbeidsrecht en hun onderlinge verhouding systematisch in kaart te brengen. Daarom zal in dit onderzoek worden volstaan met een toetsing van de herzieningsplannen aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie, in die zin dat zal worden onderzocht in hoeverre in de betreffende plannen aan dit beginsel invulling wordt gegeven en hoe zich dit verhoudt ten opzichte van de invulling in het huidige recht. Van het beginsel van ongelijkheidscompensatie wordt door veel gezaghebbende auteurs aangenomen dat het een van de belangrijkste beginselen van het arbeidsrecht is en dat dit ook voor het ontslagrecht relevant is. In paragraaf 3.2 zal worden onderzocht wat dit beginsel precies inhoudt.

Tot slot kunnen ook internationale rechtsnormen tot het normatief kader worden gerekend.¹⁰² In paragraaf 3.3 zal worden ingegaan op de vraag welke internationale normen voor het individuele ontslagrecht relevant zijn en derhalve tot het normatief kader van dit onderzoek kunnen worden gerekend.

3.2 Ongelijkheidscompensatie als belangrijk principe van het arbeidsrecht

Zoals hierboven reeds is aangegeven, kunnen de beginselen van het arbeidsrecht tot het normatief kader worden gerekend waartegen eventuele toekomstige regels, en dus ook de jongste voorstellen tot wijziging van het ontslagrecht, kunnen worden afgezet.¹⁰³ In de literatuur is regelmatig benadrukt dat de wetgever bij de modernisering van het arbeidsrecht voldoende oog dient te houden voor de basiswaarden ofwel de beginselen van het arbeidsrecht. De wetgever zou zich te zeer laten leiden

⁹⁸ Het begrip 'normatief kader' ontleen ik aan: N. Zekic, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in: W. Plessen c.s. (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Liber Amicorum Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 61.

⁹⁹ Zekic 2011, p. 61.

¹⁰⁰ Zekic 2011, p. 61.

¹⁰¹ Zekic 2011, p. 62 & Houweling 2012, p. 20.

¹⁰² Zekic 2011, p. 61.

¹⁰³ Zekic 2011, p. 61.

door de economie en beleid ten aanzien van de arbeidsmarkt.¹⁰⁴ Houweling stelt in dit verband dat er een 'kritische toetsing' moet plaatsvinden aan dat wat 'eigen is aan het arbeidsrecht'.¹⁰⁵

De opvatting dat recht naast een ordenende kant een normatieve kant heeft, in die zin dat normatieve opvattingen een rol spelen bij de totstandkoming en interpretatie van wetten, wordt vrij algemeen onderschreven. Bij het maken van wetten spelen normatieve keuzes immers een rol.¹⁰⁶ De opvatting dat nieuwe regels zouden kunnen worden getoetst aan bestaande normatieve waarden, oftewel rechtsbeginselen, is echter niet onomstreden. Dit heeft onder meer te maken met het gegeven dat rechtsbeginselen vaak vaag zijn en met elkaar kunnen conflicteren.¹⁰⁷ Indien echter duidelijk kan worden gemaakt wat een rechtsbeginsel inhoudt of hoe er eerder invulling aan het betreffende beginsel is gegeven, dan kan daaruit naar mijn mening toch een zeker toetsingskader voor toekomstige regels worden gedestilleerd. Dat verschillende rechtsbeginselen met elkaar kunnen botsen doet daar naar mijn mening niet aan af. Terecht heeft Zekic erop gewezen dat waardeoordelen en afweging van betrokken belangen in een dergelijke situatie onvermijdelijk zijn.¹⁰⁸

De waarden van het arbeidsrecht

In Nederland is tot nu toe nog maar weinig onderzoek verricht naar de vraag welke beginselen aan het Nederlandse arbeidsrecht ten grondslag liggen.¹⁰⁹ In 2001 is een preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van de hand van Noordam en Van der Heijden verschenen, dat handelt over de beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. Op basis van hun onderzoek naar de sociale rechtsvorming in de periode vanaf 1980 onderscheiden deze auteurs zes sociaalrechtelijke basiswaarden, te weten verantwoordelijkheid, bestaans-zekerheid, bescherming, solidariteit, non-discriminatie en participatie. Ze wijzen erop dat het hierbij om algemeen erkende uitgangspunten gaat, waarvan is gebleken dat zij gedurende een langere periode een belangrijke rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van sociale rechtsvorming. Ze erkennen dat de keuze voor de betreffende basiswaarden in zekere mate arbitrair is, maar volgens Van der Heijden en Noordam hebben de genoemde basiswaarden zich in de loop der tijd duidelijk genoeg 'bewezen'.¹¹⁰

Op het preadvies is in de literatuur de nodige kritiek geuit. Zo vraagt Loonstra zich af waarom Van der Heijden en Noordam niet hebben geprobeerd om alle relevante arbeidsrechtelijke beginselen te inventariseren en vervolgens te bespreken. Hij wijst op de mogelijkheid om een lijst van arbeidsrechtelijke basiswaarden op te stellen en de wetgever op te roepen om deze waarden bij nieuwe regelgeving ter harte te nemen. Hierbij acht Loonstra het van belang dat wordt aangegeven welke basiswaarde prevaleert in geval van conflicterende basiswaarden.¹¹¹ Ten aanzien van de zes

¹⁰⁴ Fase 2001, p. 254-255. Zie ook: P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies NJV 2001, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 4 en Houweling 2012, p. 31.

¹⁰⁵ Houweling 2012, p. 31.

¹⁰⁶ Zekic 2011, p. 60-61.

¹⁰⁷ Zekic 2011, p. 63.

¹⁰⁸ Zekic 2011, p. 63.

¹⁰⁹ Hierin komt mogelijk verandering nu Houweling in zijn oratie, uitgesproken in mei 2012, ter gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Grondslagen van een modern arbeidsrecht aan de Erasmus School of Law, heeft aangegeven dat hij – onder meer – het systematiseren van de wisselwerking tussen de verschillende uit het arbeidsrecht voortvloeiende beginselen als onderdeel van zijn leeropdracht beschouwt. Zie: Houweling 2012, p. 21.

¹¹⁰ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 74-75.

¹¹¹ C.J. Loonstra, in: *Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 22.

door Van der Heijden en Noordam in kaart gebrachte basiswaarden wijzen Brenninkmeijer en Heerma van Voss er onder meer op dat bescherming en bestaanszekerheid zouden kunnen worden beschouwd als verschijningsvormen van solidariteit. Voorts beschouwen zij participatie niet als een typische basiswaarde. Ten aanzien van de waarde van non-discriminatie merken zij op dat dit een algemeen geldend grondrecht betreft en dat het pas recent in toenemende mate in het sociaal recht is doorgedrongen. De basiswaarde verantwoordelijkheid achten zij moeilijk grijpbaar. Zij menen bovendien dat het gaat om zeer betrekkelijke waarden van het sociaal recht.¹¹² Fase stelt zich onder meer op het standpunt dat de auteurs van het preadvies wellicht andere beginselen zouden hebben benoemd, indien zij een ruimere periode zouden hebben bestudeerd en aandacht zouden hebben gehad voor sociale rechtsvorming in cao's en de private sociale zekerheid. Ook zou het volgens Fase de moeite waard zijn geweest indien Van der Heijden en Noordam zouden hebben geanalyseerd welke sociale basiswaarden de harde basiswaarden vormen en bij welke waarden 'water bij de wijn kan worden gedaan'.¹¹³ Naast voornoemd preadvies is er in Nederland vrijwel geen literatuur voorhanden waarin de beginselen van ons arbeidsrecht en hun onderlinge verhouding systematisch worden geanalyseerd.¹¹⁴ Uit dit alles kan worden geconcludeerd dat er in de literatuur geen overeenstemming bestaat over de vraag welke beginselen aan het arbeidsrecht ten grondslag liggen en hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden.¹¹⁵

Ongelijkheidscompensatie

Veel auteurs zien het beginsel van ongelijkheidscompensatie als één van de meest fundamentele beginselen van het arbeidsrecht.¹¹⁶ Loonstra spreekt in dit verband zelfs van een 'superbasiswaarde'¹¹⁷, Duk spreekt van 'raison d'être' van het arbeidsovereenkomstenrecht¹¹⁸ en Houweling en Langedijk beschouwen ongelijkheidscompensatie als het fundament onder de

¹¹² A.F.M. Brenninkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss, 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV', *NJB* 2001, p. 980.

¹¹³ Fase 2001, p. 251-252.

¹¹⁴ Zie ook: Zekic 2011, p. 67. Recent is er wel onderzoek verricht naar de grondslagen van de ontslagvergoeding. Zie: Van Zanten-Baris 2009. Voorts is er onlangs een bundel verschenen ter gelegenheid van het afscheid van prof.mr. F. van der Heijden als voorzitter van het College van Bestuur en rector-magnificus van de Universiteit. Hierin hebben een aantal arbeidsrechtelijke auteurs ieder een bijdrage geschreven over de door Van der Heijden en Noordam in hun preadvies van 2001 onderscheiden sociaalrechtelijke basiswaarden. Zie: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht* (Liber amicorum voor prof.mr. P.F. van der Heijden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

¹¹⁵ Zo ook: Zekic 2011, p. 62 en Houweling 2012, p. 20.

¹¹⁶ Zie onder meer: G. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, p. 7-8; M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 4-5; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 25; G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 7 en J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 24 en Houweling 2012, p. 14; Zie ook: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Liber Amicorum M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997.

¹¹⁷ C.J. Loonstra, in: *Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 24.

¹¹⁸ R.A.A. Duk, 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in vogelvlucht', in: G.M.J. Veldkamp e.a.(red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog, Veertig jaar Sociaal Maandblad Arbeid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986, p. 172.

wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.¹¹⁹ Hoewel Van der Heijden en Noordam het beginsel van ongelijkheidscompensatie niet expliciet benoemen in hun preadvies, blijkt dat zij dit beginsel wel degelijk zien als een van de basiswaarden van het arbeidsrecht. Zij spreken in dit verband echter van bescherming. Bij de bespreking van deze basiswaarde wijzen zij er op dat bescherming van de werknemer tegen de economisch gezien sterkere werkgever één van de pijlers van het arbeidsrecht is.¹²⁰ Heerma van Voss heeft er in zijn reactie op het preadvies echter voor gewaarschuwd dat indien wordt gesproken in vage termen als bescherming van de werknemer, het gevaar dreigt dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie als meest wezenlijk idee van het sociaal recht, uit het oog dreigt te worden verloren.¹²¹

De achterliggende gedachte bij het beginsel van ongelijkheidscompensatie is dat de werknemer in een kwetsbare positie verkeert ten opzichte van de werkgever, omdat sprake is van machtsongelijkheid tussen beiden. Deze machtsongelijkheid wordt veroorzaakt doordat de werknemer in zowel juridische als economische zin afhankelijk is van de werkgever.¹²² De juridische afhankelijkheid komt tot uiting in het gegeven dat de werknemer in een gezagsverhouding staat ten opzichte van de werkgever.¹²³ De economische afhankelijkheid komt tot uiting in het feit dat de werkgever – in ruil voor de arbeid van de werknemer – loon verstrekt dat de werknemer nodig heeft voor zijn levensonderhoud. Deze dubbele ongelijkheid, namelijk juridische ondergeschiktheid en economische afhankelijkheid, maakt dat het recht moet zijn gericht op ongelijkheidscompensatie. De werknemer wordt derhalve wettelijk beschermd, opdat werknemer en werkgever in een meer gelijke positie terecht komen.¹²⁴

De idee dat de tussen de werknemer en werkgever bestaande ongelijkheid dient te worden gecompenseerd, heeft onder meer zijn beslag gekregen in het ontslagrecht. Het beginsel lag ten grondslag aan de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907.¹²⁵ Ten behoeve van de compensatie van de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer biedt de wet ontslagbescherming aan de werknemer. De in dit verband geldende regels met betrekking tot het ontslagrecht, zoals die inmiddels in Boek 7 titel 10 BW zijn opgenomen, zien met name toe op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met deze regels wordt voorkomen dat de werknemer met een vast contract door de werkgever zomaar op straat kan worden gezet. In tegenstelling tot een werknemer met een tijdelijk contract, weet een werknemer met een vast contract immers niet op voorhand wanneer zijn arbeidsovereenkomst zal eindigen.¹²⁶

Van Peijpe heeft er op gewezen dat binnen het arbeidsrecht het ontslagrecht geen compensatie kan bieden voor de uit de juridische ondergeschiktheid voortvloeiende ongelijkheid tussen werkgever en

¹¹⁹ A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011-10, p. 10.

¹²⁰ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 85.

¹²¹ Zie: G.J.J. Heerma van Voss, in: *Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 29.

¹²² Loonstra & Zondag 2010, p. 25.

¹²³ Dit komt tot uitdrukking in artikel 7:610 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst de overeenkomst is waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende een zekere tijd arbeid te verrichten.

¹²⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 25.

¹²⁵ Zie: Houweling & Langedijk 2011, p. 9- 14.

¹²⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 372. Loonstra & Zondag wijzen er in dit verband overigens terecht op dat er ook ten aanzien van het eindigen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst problemen kunnen ontstaan, onder meer wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend wordt verlengd. De wet voorziet ook in oplossingen voor dergelijke situaties.

werknemer. Zoals hiervoor reeds is aangegeven is ontslagbescherming er immers op gericht om te voorkomen dat de werknemer van de ene op de andere dag wordt ontslagen. Dit brengt met zich mee dat er compensatie van economische afhankelijkheid plaats vindt en niet zozeer compensatie voor juridische ondergeschiktheid. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat het ontslagrecht wel degelijk (zij het op indirecte wijze) compensatie van ondergeschiktheid in de dienstbetrekking biedt, bijvoorbeeld doordat het weigeren van onredelijke opdrachten van de kant van de werknemer door de werkgever niet met ontslag mag worden bestraft.¹²⁷

Ongelijkheidscompensatie onverminderd actueel?

Dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie nog steeds een van de belangrijkste beginselen van het arbeidsrecht is, wordt niet door alle auteurs onderschreven. Zo acht Hartlief het denken in termen van bescherming van de werknemer niet meer van deze tijd. Hij is de mening toegedaan dat hoog opgeleide en mondige werknemers vandaag de dag niet meer geïnteresseerd zijn in afgedwongen bescherming.¹²⁸ Andere auteurs zijn dan weer van mening dat niet alle werknemers dezelfde bescherming behoeven. Zo menen Jacobs en Boot in dit verband dat het huidige arbeidsrecht ten onrechte aan alle werknemers evenveel ongelijkheidscompensatie biedt.¹²⁹ Boot is daarbij van oordeel dat de noodzaak tot arbeidsrechtelijke bescherming lager is naarmate het loonniveau hoger is. Alt heeft er mijns inziens terecht op gewezen dat Boot miskent dat de mate waarin ongelijkheidscompensatie noodzakelijk is niet uitsluitend wordt bepaald door de hoogte van het loon. Alt noemt in dit verband het voorbeeld van een goede timmerman die in een overspannen markt mogelijk minder bescherming c.q. ongelijkheidscompensatie behoeft dan een statutair directeur, die 25 jaar voor een bedrijf heeft gewerkt en die nog maar kort geleden tot statutair directeur is benoemd, opdat hij vervolgens zonder toestemming van UWV kan worden opgezegd.¹³⁰ De hiervoor aangestipte discussie over de vraag of alle werknemers dezelfde mate van ongelijkheidscompensatie behoeven valt verder buiten het bestek van dit onderzoek.

In tegenstelling tot bovengenoemde auteurs die dit actuele belang van ongelijkheidscompensatie in twijfel trekken, kan worden opgemerkt dat machtsongelijkheid tussen werkgevers en werknemers vandaag de dag nog altijd aan de orde is. Hoe mondig en hoog opgeleid ook, een werknemer kan mijns inziens nog steeds niet worden beschouwd als een ten opzichte van de werkgever gelijkwaardige contractspartij. In die zin blijft hij in juridisch en economisch opzicht dan ook afhankelijk.¹³¹ Houweling merkt terecht op dat het nog altijd de werkgever is die aan het langste eind trekt als het gaat om de concrete arbeid, die de werknemer moet verrichten. Daarnaast is ook de economische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever nog onverkort aanwezig. Ten aanzien van het ontslagrecht kan in dit verband worden opgemerkt dat vrees voor de eventuele financiële gevolgen van het verlies van werk bij de werknemer ongewijzigd zal zijn

¹²⁷ T. van Peijpe, 'Ongelijkheidscompensatie in het ontslagrecht', in: Betten e.a. 1997, p. 373.

¹²⁸ Zie: T. Hartlief, 'De politiek van het arbeidsrecht', *NJB* 2008/666.

¹²⁹ A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Liber Amicorum M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 78 & G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, hoofdstuk 22.

¹³⁰ H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11.

¹³¹ Zo ook: Loonstra, in: *Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 24; Loonstra & Zondag 2010, p. 38; Zekic 2011, p. 70 en Houweling 2012, p. 17.

gebleven.¹³² Met name nu, in een tijd van economische crisis met fors banenverlies, komt de inherente ongelijkheid tussen werkgever en werknemer (weer) volop tot uiting.¹³³

Overigens is het goed mogelijk dat de machtsongelijkheid de laatste decennia als gevolg van de globalisering zelfs groter is geworden. Multinationals zijn vandaag de dag immers nog vrijwel uitsluitend gericht op het maken van winst ten behoeve van de aandeelhouders. Hiervoor moeten zij concurrerend zijn, hetgeen leidt tot aanhoudende herstructureringen en verlies van banen. Besluitvorming dienaangaande vindt veelal plaats door in het buitenland gelegen hoofdkantoren. Hierbij hebben nationale actoren, waaronder regeringen en vakbonden, het nakijken.¹³⁴ De noodzaak tot bescherming van de werknemer middels het recht blijft tot op de dag van vandaag dan ook onveranderd bestaan en de wetgever dient hiermee terdege rekening te houden. Aangezien het arbeidsrecht feitelijk nog altijd een universele toepassing kent en er – nagenoeg – geen differentiatie in bescherming is, dient ongelijkheidscompensatie bij de hervorming van het ontslagrecht een van de belangrijkste uitgangspunten te blijven.¹³⁵ Een en ander laat uiteraard onverlet dat de wetgever tevens rekening dient te houden met de belangen van de werkgever, die meer gericht zijn op een adequate bedrijfsvoering en een bijpassend personeelsbeleid.¹³⁶ Deze belangen vallen echter buiten het bestek van dit onderzoek.

In het kader van dit onderzoek leidt het te ver om alle voor het arbeidsrecht relevante beginselen en hun onderlinge verhouding in kaart te brengen. Gelet op het doel van het onderhavige onderzoek, te weten het beoordelen van de gevolgen van de herzieningsplannen met betrekking tot het ontslagrecht voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een vast contract, zal daarom worden volstaan met het afzetten van de herzieningsplannen tegen het fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie. Daartoe zal in het volgende hoofdstuk eerst worden onderzocht welke invulling aan dit beginsel wordt gegeven in het huidige recht.

3.3 Relevante internationale normen

Tot het normatief kader waaraan toekomstige regels kunnen worden getoetst, kunnen naast het huidige recht en de rechtsbeginselen, ook internationale rechtsnormen worden gerekend.¹³⁷ Teneinde de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, zullen deze jongste herzieningsplannen dan ook aan enkele relevante internationale normen worden getoetst. Voor wat betreft het individuele ontslagrecht zijn er tot op de dag van vandaag echter nog maar weinig van dergelijke normen ontwikkeld.¹³⁸ De belangrijkste zullen hier worden besproken.

Een belangrijke bron vormt de in 1982 door de International Labour Organization (ILO) aangenomen 'Termination of Employment Convention 1982'.¹³⁹ Dit ILO-verdrag nr. 158 ziet toe op de beëindiging

¹³² Houweling 2012, p. 17.

¹³³ Zo ook: Loonstra, in: *Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 24.

¹³⁴ Zie: R. Blanpain, 'Globalisatie en het Europees Sociaal Model: een maat voor niets?', in: W. Plessen c.s. (red), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Liber Amicorum Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 101-103.

¹³⁵ Kötter 2012, p. 2339.

¹³⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 38.

¹³⁷ Zekic 2011, p. 61.

¹³⁸ Zie ook: F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 215.

¹³⁹ *Trb.* 1984, 17. Het verdrag werd aangenomen in combinatie met Recommendation nr. 166. Deze aanbeveling is aan het verdrag gerelateerd, maar blijft hier verder buiten beschouwing. Het verdrag is op 23 november 1985 in werking getreden. Voordat een verdrag in werking kan treden, dient het door minimaal twee landen te zijn geratificeerd. Zie ook: Loonstra 2006, p. 413.

van de dienstbetrekking op initiatief van de werkgever en stelt materiële en formele eisen aan een dergelijke beëindiging. Het gaat hierbij om minimumnormen.

Een andere relevante internationale norm betreft artikel 24 van het herzien Europees Sociaal Handvest (ESH).¹⁴⁰ Dit artikel bepaalt dat er een geldige reden moet zijn voor de beëindiging van de dienstbetrekking. Voorts is in dit artikel bepaald dat een werknemer die zonder geldige reden ontslagen is, recht heeft op voldoende schadeloosstelling of een andere adequate vorm van genoegdoening. Indien de werknemer van mening is dat zijn dienstbetrekking zonder geldige reden is beëindigd, moet hij ingevolge voornoemd artikel in beroep kunnen gaan bij een onpartijdige instantie.¹⁴¹

Verder kan in dit verband worden gewezen op artikel 30 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) inzake het grondrecht op ontslagbescherming. In dit artikel is bepaald dat iedere werknemer overeenkomstig het recht van de Unie en nationale wetgeving en praktijken recht heeft op bescherming tegen iedere vorm van (kennelijk) onredelijk ontslag.¹⁴²

Tot slot is ook artikel 6 van het in 1950 door de Raad van Europa tot stand gebrachte Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) voor het ontslagrecht van belang. Dit artikel bevat voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer relevante eisen ten aanzien van het recht op een eerlijk en onpartijdig proces.¹⁴³

Artikel 24 ESH is geïnspireerd op ILO-verdrag nr. 158 en artikel 24 ESH diende op haar beurt weer als inspiratiebron voor artikel 30 van het Handvest van de grondrechten.¹⁴⁴ Ik zal mij bij dit onderzoek dan ook beperken tot de normen van ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM. De artikelen 24 ESH en 30 van het Handvest blijven hier verder onbesproken.

*ILO-verdrag nr. 158*¹⁴⁵

ILO-verdrag nr. 158 beslaat in totaal 22 artikelen. Voor wat betreft het onderhavige onderzoek zijn met name de artikelen 2 tot en met 12 van het verdrag relevant. In deze artikelen wordt onder meer het toepassingsgebied, de aanwezigheid van een geldige reden voor ontslag, het recht om in beroep te gaan tegen het ontslag en het recht op een ontslagvergoeding geregeld.

Artikel 2 heeft betrekking op de werkingssfeer en bepaalt dat het verdrag van toepassing is op alle takken van economische bedrijvigheid en op alle personen die werkzaam zijn in dienstverband. Ingevolge het tweede lid kunnen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, werknemers die hun proeftijd doormaken en werknemers die voor een korte periode als losse arbeiders zijn aangenomen, van de bepalingen van het verdrag worden uitgesloten. Uit artikel 3 volgt dat het verdrag uitsluitend van toepassing is in geval van beëindiging van de dienstbetrekking op initiatief van de werkgever.

De artikelen 4 tot en met 6 van het verdrag zien toe op de rechtvaardiging van de beëindiging van de dienstbetrekking. In artikel 4 is bepaald dat indien daarvoor geen 'geldige reden' aanwezig is die

¹⁴⁰ *Trb.* 2004, p. 13.

¹⁴¹ Zie ook: L. Monserez, 'Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?', *Oriëntatie* 2010-4, p. 102 en Zekic 2011a, p. 897.

¹⁴² Monserez en Zekic hebben er op gewezen dat de woorden *unjustified dismissal* in de Nederlandstalige versie van het Handvest ten onrechte is vertaald als 'kennelijk onredelijk ontslag', aangezien er in de andere taalversies van het Handvest geen synoniem van het bijvoeglijk naamwoord 'kennelijk' wordt aangetroffen. Zie: Monserez 2010, p. 105 en Zekic 2011a, p. 898.

¹⁴³ Pennings 2007, p. 42.

¹⁴⁴ Dit blijkt uit de toelichtingen bij het ESH en het Handvest. Zie: Monserez 2010, p. 102-103.

¹⁴⁵ De weergave van de relevante artikelen van het verdrag in deze subparagraaf is gebaseerd op de tekst van Nederlandstalige versie van het verdrag, zoals gepubliceerd in het Tractatenblad. Zie: *Trb.* 1984, 17.

verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, of is gebaseerd op vereisten voor het functioneren van de onderneming, het dienstverband van een werknemer niet mag worden beëindigd. Artikel 5 noemt vervolgens vijf redenen die geen geldige reden vormen voor de beëindiging van het dienstverband. Zo vormen het lidmaatschap van een vakbond of deelname aan werkzaamheden voor een vakbond buiten werktijd, of met toestemming van de werkgever tijdens de werktijd, geen geldige redenen voor beëindiging van het dienstverband. Ook het dingen naar de positie van vertegenwoordiger van werknemers en het optreden als zodanig vormt geen geldige reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voorts kan het gegeven dat de werknemer een klacht heeft ingediend of heeft deelgenomen aan procedures tegen de werkgever wegens schending van wetten of voorschriften geen geldige reden vormen voor de beëindiging van het dienstverband. Tot slot vormen ras, huidskleur, geslacht, huwelijkse staat, gezinsverantwoordelijkheid, zwangerschap, godsdienst, politieke overtuiging, nationale afkomst of maatschappelijke afkomst geen geldige redenen, evenals werkverzuim gedurende zwangerschapsverlof. In artikel 6 is bepaald dat tijdelijk werkverzuim als gevolg van ziekte of een ongeval geen geldige reden vormt voor de beëindiging van het dienstverband.

Artikel 7 van het verdrag ziet op de procedure die gevolgd dient te worden voor of op het tijdstip van de beëindiging van het dienstverband. Ingevolge dit artikel dient de werknemer, voordat het dienstverband wegens het gedrag van de werknemer of de uitoefening van de werkzaamheden wordt beëindigd, eerst te worden gehoord, tenzij dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht.

De artikelen 8 tot en met 10 van het verdrag hebben betrekking op de beroepsprocedure tegen de beëindiging van de dienstbetrekking. In artikel 8, lid 1 is bepaald dat een werknemer het recht moet hebben om tegen de beëindiging beroep aan te tekenen bij een onpartijdige instantie. Het tweede lid van artikel 8 bepaalt dat de toepassing van het eerste lid kan worden aangepast overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijk, indien de beëindiging is goedgekeurd door een bevoegde autoriteit. Artikel 9, lid 1 regelt dat de in artikel 8 genoemde onpartijdige instanties de bevoegdheid moeten hebben om de voor de beëindiging aangevoerde redenen en de omstandigheden van het geval te onderzoeken teneinde te kunnen beslissen of de beëindiging rechtmatig was. In artikel 9, lid 2 is bepaald dat de werknemer de bewijslast ten aanzien van de stelling dat de beëindiging van de dienstbetrekking niet rechtmatig was niet alleen mag dragen. Om die reden dient de bewijslast voor het bestaan van een geldige reden voor de beëindiging bij de werkgever te berusten. Ofwel dienen de onpartijdige instanties, als bedoeld in artikel 8, de bevoegdheid te hebben de bewijslast te verdelen.

Artikel 11 bepaalt dat de werknemer, mits hij zich niet schuldig heeft gemaakt aan ernstig wangedrag, recht moet hebben op een redelijke opzegtermijn of op een schadeloosstelling. Ingevolge artikel 12 van het verdrag heeft de werknemer wiens dienstverband is geëindigd recht op (1) een ontslagvergoeding (waarvan de hoogte is gebaseerd op de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon), of (2) op een uitkering, of (3) een combinatie van beide. Wanneer de werknemer niet aan de voorwaarden voor het recht op werkloosheidsuitkering of bijstand voldoet of wanneer sprake is van ernstig wangedrag van de werknemer, gelden er uitzonderingen (artikel 12, tweede en derde lid).¹⁴⁶

Het aannemen van een ILO-verdrag door een lidstaat leidt er niet automatisch toe dat sprake is van regels die burgers binden. Nadere actie op nationaal niveau is daartoe vereist, in de zin van ratificering en omzetting in nationale wetgeving.¹⁴⁷ Indien de nationale regelgeving in strijd komt met

¹⁴⁶ Zie ook: Pennings 2007, p. 215-217.

¹⁴⁷ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 452-453.

de normen van het verdrag, dan leidt dit er niet toe dat de burger uit het betreffende land zich rechtstreeks op het verdrag kan beroepen. ILO-verdragen hebben namelijk geen rechtstreekse werking.¹⁴⁸ Ondanks het feit dat de vertegenwoordigers van de Nederlandse regering voor het verdrag stemden¹⁴⁹, werd het verdrag destijds niet door Nederland geratificeerd. Op 7 november 1985 stuurde de toenmalige Minister van SZW, De Koning, een brief naar de Tweede Kamer met daarbij gevoegd een nota van de regering. In deze nota gaf de regering te kennen dat zij het niet gepast achtte om uitspraken te doen over de mogelijkheid om het verdrag te bekrachtigen, aangezien er ten aanzien van het ontslagstelsel eerder dat jaar een adviesaanvraag aan de SER was gezonden. Naar het oordeel van de regering zou er pas een definitieve oordeelsvorming over ratificatie kunnen plaatsvinden, wanneer het betreffende advies van de SER zou zijn ontvangen en er meer zekerheid zou bestaan over eventuele wijzigingen in het ontslagstelsel.¹⁵⁰ Verdrag nr. 158 is tot op heden niet geratificeerd.¹⁵¹ Dit betekent dat het Nederlands ontslagrecht niet aan de normen van verdrag nr. 158 hoeft te voldoen. In navolging van Houweling ben ik desalniettemin van mening dat de wetgever bij de herziening van het ontslagrecht wel degelijk rekening dient te houden met de in het verdrag gestelde minimumnormen. Er gaat immers een sterk gezaghebbende werking van het betreffende verdrag uit.¹⁵² Bovendien zijn niet-ratificerende landen verplicht om na te blijven gaan of ratificatie mogelijk is.¹⁵³ Overigens blijkt dat de regering zich dit in het verleden terdege heeft gerealiseerd. De op 25 februari 1999 ingestelde Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, die destijds de taak kreeg een verkenning uit te voeren naar de inrichting van het duaal ontslagstelsel, kreeg immers van de Minister van SZW het expliciete verzoek om verdrag nr. 158 bij haar oordeelsvorming te betrekken. Uit het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel blijkt dat het kabinet het ontslagrecht destijds zoveel mogelijk in overeenstemming met het verdrag wenste te brengen.¹⁵⁴

Artikel 6 EVRM

Naast de in ILO-verdrag nr. 158 gestelde materiële en formele eisen is ook artikel 6 EVRM voor het ontslagrecht van belang. Dit artikel bevat voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer relevante eisen ten aanzien van het recht op een eerlijk en onpartijdig proces. De Nederlandse vertaling van dit artikel is als volgt. 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.'¹⁵⁵ Op grond van het bepaalde in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is de Nederlandse rechter gehouden deze bepaling – en de andere bepalingen van het EVRM die zich daarvoor lenen – rechtstreeks toe te passen. Dit leidt ertoe dat de verdragsbepaling voorrang heeft boven eventuele afwijkende bepalingen van Nederlands recht.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Loonstra 2006, p. 413. Loonstra wijst er op dat men in de literatuur over het algemeen van mening is dat ILO-normen niet direct werken, maar dat zij wel horizontale werking hebben.

¹⁴⁹ *Records of Proceedings: International Labour Conference, 68th session*, Genève: ILO 1982, p. 36/15.

¹⁵⁰ *Kammerstukken II 1985-1986*, 19 200, hoofdstuk XV, nr. 33.

¹⁵¹ De meeste EU-landen hebben het verdrag niet geratificeerd.

¹⁵² A.R. Houweling, 'Een nieuwe repressieve rechterlijke toetsing van het ontslag', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012, p. 313.

¹⁵³ Van Arkel 2007, p. 414-415.

¹⁵⁴ Commissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag 2000, p. 1-6.

¹⁵⁵ *Trb.* 1990, 156.

¹⁵⁶ Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009, p. 431-432.

Ten aanzien van procedure bij UWV ex artikel 6 BBA dient zich de vraag aan of er sprake is van 'vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen' in de zin van artikel 6 EVRM, oftewel de vraag of artikel 6 EVRM überhaupt van toepassing is op deze procedure. De destijds zetelende Commissie voor de rechten van de mens (ECRM) heeft zich in 1980 over deze vraag uitgelaten. Het oordeelde dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de procedure bij UWV (destijds directeur GAB), omdat de beslissing van de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op zich los staat van die bestuursrechtelijke procedure. De betreffende beslissing kan op grond van artikel 7:681 BW (destijds artikel 7A: 1639s BW) ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.¹⁵⁷ Later kwam het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) ten aanzien van andere bestuursrechtelijke procedures (die van invloed zijn op civielrechtelijke rechtsbetrekkingen) in niet-Nederlandse zaken echter tot de conclusie dat dergelijke procedures weldegelijk onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen.¹⁵⁸ In 1988 en 1992 oordeelde de Rechtbank Den Haag expliciet dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de procedure ex artikel 6 BBA.¹⁵⁹ Ook in de literatuur is men het er vrij algemeen over eens dat de UWV-procedure onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM valt.¹⁶⁰ Ik deel dit standpunt. De bestuurlijke preventieve ontslagtoets, waarbij UWV oordeelt over het al dan niet verlenen van een ontslagvergunning, heeft immers directe (en ingrijpende) gevolgen voor de civielrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer. Om die reden is er dan ook sprake van de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6 EVRM.

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een normatief kader ontvouwd waaraan de herzieningsplannen met betrekking tot de herziening van het ontslagrecht zullen worden getoetst, teneinde tot een antwoord te komen op de vraag naar de gevolgen van voornoemde plannen voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer. Gebleken is dat het huidige recht tot het normatief kader behoort. Gebleken is voorts dat ook de rechtsbeginselen en internationale normen tot het normatief kader kunnen worden gerekend.

Ten aanzien van de rechtsbeginselen is gebleken dat er in literatuur geen overeenstemming bestaat over de vraag welke rechtsbeginselen ten grondslag liggen aan het arbeidsrecht en hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om deze rechtsbeginselen en hun onderlinge verhouding in kaart te brengen. Gebleken is wel dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in de literatuur over het algemeen wordt beschouwd als een van de belangrijkste principes van het arbeidsrecht. Voorts is het standpunt verdedigd dat dit beginsel tot op de dag van vandaag relevant is, ondanks het feit dat de werknemer tegenwoordig beter is opgeleid en tegenover zijn werkgever beter voor zichzelf kan opkomen.

Ten aanzien van het internationaal recht is gebleken dat er op het vlak van het individueel ontslagrecht nog maar weinig normen zijn ontwikkeld. Voor het individuele ontslagrecht zijn met

¹⁵⁷ ECRM 8 oktober 1980, *NJ* 1981/149. Zie: R.M. Beltzer, R. Knecht & A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen. Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 18-19 en Loonstra & Zondag 2010, p. 408.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 juni 1990, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 e.v. Zie ook: Loonstra & Zondag 2010, p. 409.

¹⁵⁹ Rb. Den Haag 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181 e.v. en Rb. Den Haag 9 december 1992, *JAR* 1993/12. Zie ook: Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 20-21 en Loonstra & Zondag 2010, p. 409.

¹⁶⁰ P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1984, p. 64; P.F. van der Heijden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM', *NJB* 1990-33, p. 1312; Werkgroep Herziening Ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991-4, p. 215; Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 108- 109; Loonstra & Zondag 2010, p. 408; Verburg, *AA* 2011/284. Anders: Van der Grinten/Bouwen & Duk 2011, p. 358.

name ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM van belang gebleken. Ten aanzien van laatstgenoemd artikel is onderbouwd dat dit ook van toepassing is op de procedure bij UWV ex artikel 6 BBA.

In het volgende hoofdstuk zal het huidige individuele ontslagrecht worden beschreven. Tevens zal worden onderzocht hoe het beginsel van ongelijkheidscompensatie doorwerkt in het huidige recht, waarna ten aanzien van dit beginsel een toetsingskader zal worden gedestilleerd.

4. BESCHRIJVING EN TOETSING VAN HET HUIDIGE DUALE ONTSLAGSTELSEL

4.1 Inleiding

In de inleiding van dit onderzoek is er reeds op gewezen dat een werkgever die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen de wil van de werknemer wil beëindigen, onder het huidige recht een keuze kan maken uit twee ontslagroutes.¹⁶¹ Ofwel verzoekt hij UWV om een ontslagvergunning ex artikel 6 BBA teneinde de arbeidsovereenkomst op te kunnen zeggen, ofwel volgt hij de alternatieve route, waarbij hij de kantonrechter verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW. In het eerste geval bestaat voor de werknemer in beginsel geen recht op ontslagvergoeding. De werkgever dient wel een opzegtermijn in acht te nemen. In het tweede geval bestaat de mogelijkheid tot toekenning van een ontslagvergoeding.¹⁶² In het hierna volgende zal blijken dat werkgevers in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen in de praktijk veelal kiezen voor de opzeggingsroute via het UWV, terwijl in geval van andere dan bedrijfseconomische redenen voor de ontbindingsroute wordt gekozen.¹⁶³ De beide ontslagroutes vormen samen het zogenaamde preventieve duale ontslagstelsel, dat men per 1 juli 2015 beoogt te wijzigen.

In dit onderzoek staat de vraag centraal welke gevolgen de herzieningsvoorstellen op het vlak van het duale ontslagstelsel, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, hebben voor de rechtsbescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden zullen de betreffende plannen in het volgende hoofdstuk worden afgezet tegen het hierboven ontvouwde normatief kader, bestaande uit het huidige recht, het arbeidsrechtelijke beginsel van ongelijkheidscompensatie, ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM. Om de vergelijking met het huidige recht mogelijk te maken, zal in dit hoofdstuk worden gezien hoe het Nederlandse duale ontslagstelsel er thans uitziet. Gelet op de onderzoeksvraag wordt hierbij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op initiatief van de werkgever, tegen de wil van de werknemer, als uitgangspunt genomen. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege, de beëindiging met wederzijds goedvinden en de beëindiging tijdens de proeftijd blijven hier dan ook buiten beschouwing. In dit hoofdstuk zal tevens worden onderzocht op welke wijze thans invulling is gegeven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Tot slot zal worden nagegaan in hoeverre het huidige recht voldoet aan de vereisten van ILO-verdrag nr. 158 (hierna: V158) en artikel 6 EVRM.

4.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging (UWV-route)

4.2.1 Algemeen

Ingevolge het bepaalde in artikel 7:667 lid 6 BW is voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voorafgaande opzegging nodig. Bij opzegging is sprake van een eenzijdige rechtshandeling van de kant van de opzeggende partij, gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁴ Opzegging is een vormvrije rechtshandeling,¹⁶⁵ zij kan zowel schriftelijk als mondeling worden gedaan. Ingevolge het bepaalde in artikel 3:37 BW kan zij ook besloten liggen in

¹⁶¹ Men spreekt van de zogenaamde 'vrije- keuzeleer'. Zie: Loonstra & Zondag 2010, p. 379.

¹⁶² Houweling 2011, p. 789.

¹⁶³ Zo ook: C.J. Loonstra, 'De rol van de UWV- en de ontbindingsprocedure volgens het Regeerakkoord', *TRA* 2013/24.

¹⁶⁴ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 324.

¹⁶⁵ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 136.

een gedraging.¹⁶⁶ Voor de werknemer geldt dat diens gedraging slechts als opzegging zal worden aangemerkt, indien de wil tot opzegging daaruit duidelijk blijkt.¹⁶⁷ In verband met de zwakkere positie van de werknemer en de ernstige gevolgen van de opzegging voor de werknemer, mag de werkgever niet te spoedig aannemen dat de werknemer heeft opgezegd.¹⁶⁸ Zo overwoog de Hoge Raad dat de werkgever er zich van moet vergewissen dat de werknemer de beëindiging van de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk heeft beoogd.¹⁶⁹ Ingevolge het bepaalde in artikel 7:669 BW dient degene die de arbeidsovereenkomst opzegt de wederpartij op verzoek schriftelijk de reden van opzegging mede te delen. Indien deze verplichting niet wordt nageleefd, staat daarop evenwel geen sanctie.¹⁷⁰ De opzeggende partij is gebonden aan de opzegging. Slechts met goedvinden van de andere partij kan een opzegging worden ingetrokken.¹⁷¹ Opzegging kan geschieden op termijn of onverwijld wegens een dringende reden. Laatstgenoemde bijzondere vorm van opzegging, het zogenaamde ontslag op staande voet, blijft hier buiten beschouwing. Dit geldt ook voor de opzegging tijdens de proeftijd.

4.2.2 Het algemene opzegverbod

Het uitgangspunt dat beide partijen de arbeidsovereenkomst eenzijdig kunnen beëindigen door op te zeggen wordt, voor wat betreft de opzegging door de werkgever, doorkruist door het in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945¹⁷² (BBA) opgenomen opzegverbod.¹⁷³ In artikel 6 lid 1 van dit besluit is het zogenaamde 'algemene opzegverbod' neergelegd. Het betreffende artikel bepaalt dat indien de werkgever de arbeidsverhouding wil opzeggen, hij daarvoor voorafgaande toestemming nodig heeft van UWV.

Ingevolge het bepaalde in artikel 32 BBA kan de minister de bevoegdheden die hem of UWV op grond van het BBA toekomen, overdragen aan organisaties uit het bedrijfsleven. Van deze mogelijkheid is in het verleden gebruik gemaakt.¹⁷⁴ Momenteel is er echter geen sprake meer van het overdragen van bevoegdheden aan organisaties uit het bedrijfsleven.¹⁷⁵

Werkings sfeer BBA

Voor wat betreft de vraag in welke gevallen de werkgever toestemming nodig heeft voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, kan er op worden gewezen dat de werkingssfeer van het BBA enerzijds ruimer is dan de werkingssfeer Boek 7 titel 10 BW en anderzijds beperkter.¹⁷⁶ De werkingssfeer is ruimer, in die zin dat het BBA van toepassing is op de werknemer als bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW én op degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander (artikel 1 sub b onder 2 BBA). Anderzijds is de werkingssfeer als gevolg het bepaalde in artikel 2 BBA beperkter. Ingevolge dat artikel is het BBA namelijk niet van toepassing op de arbeidsverhouding van werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam, van onderwijzend en docerend personeel, van personen die een geestelijk ambt bekleden

¹⁶⁶ J. Dop & M.M. Kroon (red.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn- Antwerpen: Maklu 2012, p. 51.

¹⁶⁷ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 324-325.

¹⁶⁸ J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 56 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 325.

¹⁶⁹ HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (*Hajziani/Van Woerden*).

¹⁷⁰ Van Drongelen 2011, p. 61.

¹⁷¹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 326; Van Drongelen 2011, p. 56.

¹⁷² Besluit van 5 oktober 1945, *Stb.* 1963, 271.

¹⁷³ Van Drongelen 2011, p. 91 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 339

¹⁷⁴ Zie: G. van Loenen, A.D.M. van Rijs en A.C.J.M. Wilthagen, 'De eigen-aardige ontslagprocedure in het grafisch bedrijf: historie of toekomst?', *SMA* 1996, p. 471-484.

¹⁷⁵ Van Drongelen 2011, p. 91.

¹⁷⁶ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 140 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 340.

en van werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week (nagenoeg) diensten verrichten ten behoeve van het huishouden van een natuurlijk persoon tot wie zij in dienstbetrekking staan.¹⁷⁷

Ingevolge het bepaalde in artikel 6 lid 2 BBA geldt het algemeen opzegverbod niet bij onverwijld opzegging wegens een dringende reden of bij opzegging tijdens de proeftijd. Het algemeen opzegverbod geldt evenmin bij opzegging ten gevolge van faillissement. Voorts kan op grond van het bepaalde in artikel 6 lid 9 BBA bij ministeriële regeling voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontheffing of vrijstelling worden verleend voor bepaalde werknemers of groepen van werknemers. De minister heeft van deze bevoegdheid gebruikgemaakt voor bestuurders van vennootschappen en arbeidskrachten die mindervalide zijn en werkzaam zijn in het kader van de WSW.¹⁷⁸

Verloop van de procedure voor een ontslagvergunning ex artikel 6 BBA

Gezien het vorenstaande dient de werkgever die de arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer door opzegging wil beëindigen, in de meeste gevallen voorafgaande toestemming te hebben van UWV. Hiertoe moet een aanvraag bij UWV worden ingediend die door UWV wordt beoordeeld aan de hand van het bepaalde in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Ontslagbesluit (OB) en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (BOU).¹⁷⁹ De aanvraag dient te voldoen aan de vereisten van afdeling 4.1.1 van de Awb. Dit brengt met zich mee dat de aanvraag schriftelijk moet worden ingediend, ondertekend dient te worden en een dagtekening, naam en adres van de aanvrager moet bevatten, alsmede een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd.¹⁸⁰ Na ontvangst van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding stelt UWV de werknemer hiervan schriftelijk op de hoogte, waarbij de werknemer in de gelegenheid wordt gesteld om binnen twee weken verweer te voeren (art. 2:2 lid 1 OB). Na ontvangst van het verweerschrift kan UWV op grond van het bepaalde in artikel 2:2 lid 2 OB een tweede ronde van hoor en wederhoor laten plaatsvinden door achtereenvolgens de werkgever en de werknemer in de gelegenheid stellen om binnen tien dagen nogmaals hun zienswijze naar voren te brengen. De procedure verloopt in beginsel schriftelijk.¹⁸¹

Na ontvangst van het verweer van de werknemer en de zienswijzen van werkgever en werknemer, vraagt UWV advies aan een zogenaamde ontslagadviescommissie bestaande uit vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers (artikel 2:5 OB en artikel 6 lid 4 BBA). Nadat het advies van de ontslagadviescommissie is ontvangen, neemt UWV een beslissing op het verzoek van de werkgever om een ontslagvergunning.¹⁸² Formeel is UWV niet gebonden aan het advies van de ontslagadviescommissie, maar het advies wordt in de praktijk meestal wel gevolgd. Indien UWV toestemming verleent voor opzegging van de arbeidsverhouding, wordt in de beslissing een termijn opgenomen waarbinnen de werkgever van de verkregen toestemming gebruik kan maken. Die

¹⁷⁷ Zie ook: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 140 - 141.

¹⁷⁸ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 71.

¹⁷⁹ D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 416.

¹⁸⁰ Van Drongelen 2011, p. 108 en Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 114.

¹⁸¹ In BOU hoofdstuk 4 wordt beschreven in welke gevallen UWV het initiatief neemt om partijen mondeling te horen. Tevens is beschreven in welke gevallen tegemoet wordt gekomen aan een verzoek van de kant van de werkgever of van de werknemer om te worden gehoord. Van een recht op een mondelinge behandeling is geen sprake. In de praktijk komen hoorzittingen weinig voor. Zie ook: Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 115-118 en Van Genderen e.a. 2012, p. 418.

¹⁸² Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 142 en Van Genderen e.a. 2012, p. 418. De instelling, taak, samenstelling en wijze van advisering van de Ontslagadviescommissie is geregeld in het Reglement ontslagadviescommissie UWV 2010.

termijn bedraagt ten hoogste acht weken (artikel 2:7 lid 1 OB).¹⁸³ Aan de beslissing inzake het verlenen van toestemming kunnen geen voorwaarden worden verbonden, met uitzondering van de in artikel 4:5 OB genoemde voorwaarde dat de werkgever binnen 26 weken na de verleende toestemming geen andere werknemer in dienst mag nemen voor dezelfde werkzaamheden (artikel 2:7 lid 2 OB).¹⁸⁴ Van de hiervoor beschreven procedure wordt enigszins afgeweken wanneer het verzoek om toestemming verband houdt met de arbeidsomstandigheden of wanneer ziekte of gebreken van de werknemer aan het verzoek om toestemming ten grondslag liggen.¹⁸⁵ De procedure bij UWV duurt doorgaans zes tot acht weken.

Toetsing van verzoeken om toestemming ex artikel 6 BBA

Artikel 3:1 Ontslagbesluit bevat een algemene toetsingsmaatstaf, waarmee men een sociaal onrechtvaardig ontslag beoogt te voorkomen.¹⁸⁶ Het betreffende artikel bepaalt dat UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hierbij dient het de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever (zoals de financiële draagkracht van de onderneming en de vraag welke mogelijkheden er zijn om het ontslag te voorkomen), de mogelijkheden en belangen van de betrokken werknemer (zoals diens arbeidsmarktpositie, diens leeftijd en de duur van het dienstverband) en andere belangen (zoals het arbeidsmarktbelang en het beleid dat gericht is op het beperken van het beroep op uitkeringen) in aanmerking te nemen.¹⁸⁷

In de artikelen 4:1 tot en met 4:5 en de artikelen 5:1 en 5:2 OB wordt de algemene redelijkheidstoets van artikel 3:1 nader ingevuld.¹⁸⁸ Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen.

Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen

De opzegging wegens bedrijfseconomische redenen is geregeld in paragraaf 4 van het Ontslagbesluit. Ingevolge het bepaalde in artikel 4:1 lid 1 OB moet de werkgever in geval van bedrijfseconomische redenen aannemelijk maken dat een of meer arbeidsplaatsen zullen moeten vervallen. Hierbij moet de werkgever aannemelijk maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering en dat personeelsverloop of overplaatsing van personeel niet tot een oplossing leidt.¹⁸⁹ Er is sprake van een marginale toetsing, daar UWV uitsluitend beoordeelt of in redelijkheid kon worden besloten om werknemers voor te dragen voor ontslag.¹⁹⁰ Ingevolge het bepaalde in artikel 4:1 lid 1 OB vervalt de verplichting voor de werkgever om aannemelijk te maken dat om bedrijfseconomische redenen arbeidsplaatsen moeten vervallen, indien deze een verklaring overlegt waaruit blijkt dat de bij het ontslag betrokken vakbonden zich kunnen vinden in de reorganisatie en de daaruit voortvloeiende ontslagen. Het gaat hier om zogenaamd collectief ontslag op grond van de Wet melding collectief ontslag (WMCO).¹⁹¹

¹⁸³ Zie hiervoor: Van Genderen e.a. 2012, p. 418-419 en Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 142.

¹⁸⁴ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 142.

¹⁸⁵ Zie hiervoor: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 143 en Van Genderen e.a. 2012, p. 418.

¹⁸⁶ Van Drongelen 2011, p. 118.

¹⁸⁷ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 349 en Loonstra & Zondag 2010, p. 393. Zie ook: Van Drongelen 2011, p. 118.

¹⁸⁸ Dop & Kroon 2012, p. 61.

¹⁸⁹ Bouwens & Duk 2011, p. 349- 350.

¹⁹⁰ Van Genderen e.a. 2012, p. 216.

¹⁹¹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 350 en Van Drongelen 2011, p. 121.

Bij de toetsing van ontslag om bedrijfseconomische redenen ligt de nadruk in de praktijk op de selectie van de voor ontslag voorgedragen werknemers. De regels voor die selectie zijn neergelegd in artikel 4:2 OB.¹⁹² Uit dit artikel volgt dat de werkgever bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers het anciënniteitsbeginsel in acht moet nemen. Dat beginsel is van toepassing tussen werknemers die in een zelfde bedrijfsvestiging uitwisselbare functies vervullen. Binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies worden de werknemers met het kortst durende dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking gebracht. Tevens dient de werkgever het afspiegelingsbeginsel in acht te nemen, hetgeen betekent dat het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep ontslagen wordt, overeen dient te komen met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in de verschillende leeftijdsgroepen.¹⁹³ Met de toepassing van het afspiegelings- en anciënniteitsbeginsel wordt enerzijds bescherming van werknemers met een langer dienstverband beoogd en anderzijds wordt voorkomen dat alleen jongere werknemers worden ontslagen.¹⁹⁴

Wanneer een unieke functie verval, is het afspiegelingsbeginsel niet aan de orde. Hetzelfde geldt wanneer een categorie uitwisselbare functies in zijn geheel verval.¹⁹⁵ Het is mogelijk om van het afspiegelingsbeginsel af te wijken wanneer een werknemer is gedetacheerd (artikel 4:2 lid 3 OB), wanneer sprake is van een onmisbare werknemer (artikel 4:2 lid 4 OB) of in geval van een werknemer met een zwakke arbeidsmarktpositie (artikel 4:2 lid 5 OB). De Beleidsregels bevatten een nadere uitwerking van het bepaalde in artikel 4:2 OB.¹⁹⁶

Ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen

De opzegging wegens andere dan bedrijfseconomische redenen, de zogenaamde persoonsgebonden redenen, is geregeld in paragraaf 5 van het Ontslagbesluit. Het gaat hierbij om opzegging wegens disfunctioneren (artikel 5:1 lid 1 OB), ernstige gewetensbezwaren (artikel 5:1 lid 2 OB), verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer (artikel 5:1 lid 3 OB), een verstoorde arbeidsrelatie (artikel 5:1 lid 4 OB) en langdurige arbeidsongeschiktheid (artikel 5:2 OB).

Met name in geval van disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding kiezen werkgevers in de praktijk vaak voor de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter in plaats van de procedure bij UWV. Vanwege onvoldoende dossieropbouw in geval van disfunctioneren en vanwege de moeilijke bewijssituatie in geval van een verstoorde arbeidsverhouding, kunnen zij veelal niet voldoen aan de eisen die het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV dienaangaande stellen. In dat geval wordt de ontslagvergunning door UWV geweigerd. Kantonrechters zijn daarentegen over het algemeen eerder genegen om tegemoet te komen aan het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, omdat zij de werknemer met een ontslagvergoeding tegemoet kunnen komen.¹⁹⁷

Bewijslast

Het bepaalde in de Awb en het Ontslagbesluit vormen het richtsnoer voor de stelplicht en de bewijslast in de procedure bij UWV. Voor wat betreft de Awb kan worden gewezen op de artikelen

¹⁹² Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 350.

¹⁹³ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 132; Van Drongelen 2011, p. 124 en Van Genderen e.a. 2012, p. 217.

¹⁹⁴ Van Genderen e.a. 2012, p. 217.

¹⁹⁵ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 132.

¹⁹⁶ In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2010 heeft UWV ten behoeve van het vaststellen van de ontslagvolgorde bij ontslag om bedrijfseconomische redenen voor werkgevers een stappenplan ontwikkeld. Zie ook: Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 133-136 en Van Drongelen 2011, p. 125-129.

¹⁹⁷ C.J. Loonstra, 'De rol van de UWV- en ontbindingsprocedure volgens het Regeerakkoord', *TRA* 2013/24.

3:2 en 4:2, op grond waarvan UWV een onderzoekplicht heeft en de burger een informatielast. Ten aanzien van de redelijke ontslaggrond ex artikel 3:1 OB dient de werkgever feiten en omstandigheden te stellen en met stukken te onderbouwen waarom het ontslag de redelijkheidstoets kan doorstaan. Vervolgens is het aan de werknemer om de stelling van de werkgever gemotiveerd te weerleggen. Voor wat betreft het bewijs van het bestaan van bijzondere redenen voor het ontslag in de vorm van bedrijfseconomische redenen, dient de werkgever te stellen en in geval van betwisting aannemelijk te maken dat om voornoemde redenen één of meer arbeidsplaatsen moeten vervallen. Ook voor wat betreft het bewijs van het bestaan van bijzondere redenen voor het ontslag in de vorm van andere dan bedrijfseconomische redenen, te weten persoonsgebonden redenen, dient de werkgever deze redenen te stellen en in geval van betwisting aannemelijk te maken.¹⁹⁸ Bewijslevering zoals het civiele bewijsrecht dat kent, is in de UWV-procedure ex artikel 6 BBA niet aan de orde.¹⁹⁹

Rechtsmiddelen

Tegen beslissingen van UWV inzake het verlenen van toestemming voor het opzeggen van de arbeidsverhouding kan geen beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (artikel 6 lid 10 BBA). Evenmin is het mogelijk om tegen dergelijke beslissingen in beroep te gaan bij de bestuursrechter. In artikel 8:5 lid 1 Awb en de bijbehorende bijlage sub f wordt artikel 6 BBA immers expliciet uitgezonderd.²⁰⁰ Wel kan er een klacht worden ingediend bij de Nationale ombudsman. Deze beoordeelt aan de hand van eigen beoordelingscriteria of UWV zich behoorlijk heeft gedragen. Hierbij wordt met name getoetst of het besluit redelijk is en voldoende gemotiveerd en of UWV zich tijdens de ontslagprocedure actief heeft opgesteld. De Nationale ombudsman kan het besluit van UWV echter niet vernietigen.²⁰¹ De werknemer kan ook een actie uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW tegen UWV instellen bij de burgerlijke rechter.²⁰² Nadat zijn arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV is opgezegd, kan de werknemer zich tevens tot de kantonrechter wenden teneinde een vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk ontslag ex artikel 7:681 BW in te stellen. Tot slot kan de werknemer herstel van de dienstbetrekking ex artikel 7:682 BW vorderen. Hierop zal nader worden ingegaan in paragraaf 4.2.5.

Opzegging zonder toestemming UWV

Artikel 9 lid 1 BBA bepaalt dat opzegging zonder de op grond van artikel 6 BBA vereiste toestemming, vernietigbaar is. De werknemer kan gedurende zes maanden een beroep doen op deze vernietigingsgrond (artikel 9 lid 3 BBA). Hiervoor gelden geen vormvereisten. De Hoge Raad heeft in dit verband geoordeeld dat het voldoende is dat de werkgever de uitlatingen, die namens de werknemer zijn gedaan, redelijkerwijs heeft moeten opvatten als een beroep op de vernietigingsgrond.²⁰³ Wanneer een dergelijk beroep tijdig wordt gedaan, blijft de arbeidsovereenkomst bestaan en derhalve ook de daaruit voortvloeiende rechten en plichten. Een en ander brengt met zich mee dat de werknemer op grond van goed werkgeverschap aanspraak kan maken op wedertewerkstelling. Verder kan de werknemer op grond van artikel 7:628 BW loon vorderen over de periode dat hij door zijn werkgever niet in de gelegenheid is gesteld de bedongen

¹⁹⁸ Alt 2009, p. 244-245.

¹⁹⁹ L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM. Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', AA 2011/284.

²⁰⁰ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 143.

²⁰¹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 184 en Van Drongelen 2011, p. 170.

²⁰² Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 185 en Van Drongelen 2011, p. 171.

²⁰³ HR 3 mei 2002, JAR 2002/135.

arbeid te verrichten, terwijl hij zich daartoe wel bereid heeft verklaard.²⁰⁴ Wanneer de werknemer geen gebruik maakt van de mogelijkheid om een beroep te doen op de vernietigbaarheid van de opzegging, kan hij schadevergoeding vorderen wegens onregelmatige opzegging of kennelijk onredelijk ontslag.²⁰⁵

4.2.3 De bijzondere opzegverboden

Het uitgangspunt dat beide partijen de arbeidsovereenkomst door opzegging eenzijdig kunnen beëindigen, wordt behalve door het algemene opzegverbod van artikel 6 BBA eveneens doorkruist door de zogenaamde bijzondere opzegverboden.²⁰⁶ Een opzegverbod brengt met zich mee dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet door middel van opzegging mag beëindigen ondanks de van UWV verkregen toestemming om de arbeidsverhouding op te zeggen.²⁰⁷ UWV geeft namelijk geen oordeel over de vraag of de arbeidsverhouding ook naar civiel recht kan worden opgezegd.²⁰⁸

De bijzondere opzegverboden vormen een limitatieve lijst en zijn te vinden in de artikelen 7:670 en 7:670a BW, in de gelijkebehandelingswetgeving, meer bepaald in de artikelen 7:646, 7:647, 7:648, en 7:649 BW, artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), artikel 4 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), artikel 3 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) en in artikel 3 van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA).²⁰⁹

De opzegverboden van de artikelen 7:670 en 7:670a BW

Bij de opzegverboden van artikel 7:670 BW gaat het om het verbod van opzegging wegens ziekte (artikel 7:670 lid 1 BW), gedurende zwangerschap en bevallingsverlof (artikel 7:670 lid 2 BW), gedurende militaire dienst (artikel 7:670 lid 3 BW), wegens OR-lidmaatschap (artikel 7:670 lid 4 BW), wegens lidmaatschap van een vakorganisatie of wegens vakbondsactiviteiten (7:670 lid 5 BW), wegens het bijwonen van vergaderingen van vertegenwoordigende organen in de zin van artikel 7:643 BW (artikel 7:670 lid 6 BW), wegens de omstandigheid dat de werknemer zijn recht op ouderschapsverlof geldend maakt (artikel 7:670 lid 7 BW), wegens overgang van onderneming (artikel 7:670 lid 8 BW) en wegens weigering van zondagsarbeid (7:670 lid 9 BW). Ingevolge het bepaalde in artikel 7:670 lid 13 BW kan bij cao of bij een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan van het verbod van opzegging wegens ziekte, gedurende zwangerschap- en bevallingsverlof en gedurende militaire dienst worden afgeweken. Wanneer sprake is van een dergelijke afwijking, gelden de betreffende opzegverboden niet.²¹⁰

Artikel 7:670a lid 1 BW regelt dat de werkgever bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van voormalige leden en kandidaat-leden van medezeggenschapsorganen, dan wel van werknemers die taken uitoefenen in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) of de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP), voorafgaande toestemming van de kantonrechter behoeft.²¹¹ De

²⁰⁴ Asser/Heerma van Voss 2008, p. 239.

²⁰⁵ Van Drongelen 2011, p. 167. Zie voor de onregelmatige opzegging paragraaf 4.2.4. Zie voor het kennelijk onredelijk ontslag paragraaf 4.2.5.

²⁰⁶ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 359.

²⁰⁷ Dop & Kroon 2012, p. 71.

²⁰⁸ J. Meijer, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24. Uit de BOU volgt dat UWV de werkgever onder omstandigheden wel mondeling of schriftelijk zal wijzen op de mogelijke aanwezigheid van een civielrechtelijk opzegverbod. De werkgever zal worden gevraagd of de aanvraag om een ontslagvergunning desondanks gehandhaafd blijft. Zie ook: Dop & Kroon 2012, p. 71.

²⁰⁹ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 148.

²¹⁰ Zie ook: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 150.

²¹¹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 368-369.

betreffende toestemming wordt slechts verleend wanneer de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de opzegging geen verband houdt met een dergelijke omstandigheid (artikel 7:670a lid 2 BW). In de praktijk vraagt de werkgever de kantonrechter in deze gevallen meestal om ontbinding van de arbeidsovereenkomst.²¹²

Artikel 7:670b lid 1 BW bepaalt dat de opzegverboden van artikel 7:670 en artikel 7:670a BW niet van toepassing zijn in geval van opzegging tijdens de proeftijd of wegens een dringende reden. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:670b lid 2 BW zijn de opzegverboden van de artikelen 7:670 en 7:670a BW voorts niet van toepassing wanneer de werknemer (schriftelijk) met de opzegging instemt of wanneer de opzegging plaatsvindt wegens een beëindiging van de werkzaamheden van (een onderdeel van) de onderneming waarin de werknemer werkzaam is. Dit laatste geldt dan weer niet voor de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet (7:670b lid 2 BW, laatste volzin). Tot slot bepaalt 7:670b lid 3 BW dat het verbod van opzegging bij ziekte ex artikel 7:670 lid 1 BW niet van toepassing is wanneer de werknemer zonder deugdelijke grond weigert om gehoor te geven aan redelijke voorschriften die zijn gericht op re-integratie, wanneer hij weigert om passende arbeid te verrichten of wanneer hij weigert om mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak.²¹³

De opzegverboden uit de gelijkebehandelingswetgeving

Met het oog op gelijke behandeling kan de werknemer een beroep doen op het bepaalde in de artikelen 7:646 BW tot en met 7:649 BW. Bij deze opzegverboden geniet de werknemer bescherming wanneer hij een wettelijke bepaling heeft ingeroepen of wanneer hij een bepaalde hoedanigheid bezit.²¹⁴ Zo mag de werkgever – tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging – de arbeidsovereenkomst niet opzeggen in strijd met het verbod op onderscheid tussen mannen en vrouwen, wegens een verschil in arbeidsduur of wegens het al dan niet tijdelijke karakter van een arbeidsovereenkomst. Evenmin mag de werkgever opzeggen omdat de werknemer zich beroept op een gelijkebehandelingsbepaling. Het gaat hier om bescherming tegen zogenaamd victimisatieontslag. Ook de overige gelijkebehandelingswetgeving, neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) bevat opzegverboden c.q. verboden op victimisatieontslag.²¹⁵

Tot slot kan nog worden gewezen op het bijzondere opzegverbod van artikel 3 van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA). Ingevolge dit artikel kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet beëindigen op grond van het feit dat de werknemer (in of buiten rechte) heeft verzocht om aanpassing van de arbeidsduur. Ook hier gaat het weer om bescherming tegen zogenaamd victimisatieontslag.²¹⁶

Sancties op het niet naleven van de opzegverboden

Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd in strijd met een opzegverbod, is de opzegging vernietigbaar. De werknemer kan de betreffende opzegging door middel van een kennisgeving aan

²¹² Van Genderen e.a. 2012, p. 225.

²¹³ Zie ook: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 150-151.

²¹⁴ P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 288.

²¹⁵ Dop & Kroon 2012, p. 77.

²¹⁶ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 154.

de werkgever gedurende twee maanden vernietigen.²¹⁷ In plaats van het vernietigen van de opzegging kan de werknemer er echter ook voor kiezen om een vordering in stellen wegens kennelijk onredelijk ontslag. Er bestaat geen overeenstemming over de vraag of het enkele gegeven dat de opzegging vernietigbaar was, het ontslag kennelijk onredelijk kan maken of dat bijkomende omstandigheden vereist zijn.²¹⁸

4.2.4 De opzegtermijn

Nadat de werkgever van UWV toestemming heeft verkregen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, kan hij hiertoe overgaan. Hierbij dient de werkgever evenwel de contractuele of wettelijke opzegtermijn in acht te nemen. Tenzij middels een schriftelijke overeenkomst of door gebruik een andere dag is aangewezen, vindt opzegging plaats tegen het einde van de maand (artikel 7:672 lid 1 BW). Voor het begin van de opzegtermijn is, gelet op artikel 3:37 BW, het moment beslissend waarop de opzegging de werknemer heeft bereikt.²¹⁹

De duur van de door de werkgever in acht te nemen wettelijk opzegtermijn wordt bepaald door de duur van de arbeidsovereenkomst op de dag van opzegging. Indien de arbeidsovereenkomst op de dag van de opzegging minder dan vijf jaar heeft geduurd, bedraagt de opzegtermijn één maand. Voor iedere opvolgende periode van vijf jaar, vindt een verlenging van de opzegtermijn plaats met één maand. Hierbij geldt een maximum van vier maanden.²²⁰ De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn kan ingevolge het bepaalde in artikel 7:672 lid 5 BW bij cao worden verkort. Verlenging van de opzegtermijn kan ingevolge hetzelfde lid schriftelijk geregeld worden, dus niet uitsluitend bij cao. Uit artikel 7:672 lid 4 BW volgt dat de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn met één maand wordt verkort, indien UWV een ontslagvergunning heeft afgegeven. De resterende opzegtermijn dient evenwel ten minste één maand te bedragen. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:672 lid 7 BW kan hiervan enkel bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken.²²¹

Overigens dient ook de werknemer die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen een opzegtermijn in acht te nemen. Deze bedraagt één maand (art. 7:672 lid 3 BW). Ingevolge het bepaalde in artikel 7:672 lid 6 BW kan van deze termijn schriftelijk worden afgeweken, zowel bij individuele arbeidsovereenkomst als bij cao. De door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn kan zowel worden verlengd als verkort. Bij verlenging van de opzegtermijn mag de termijn voor de werknemer echter niet langer zijn dan zes maanden. Voorts dient de opzegtermijn voor de werkgever in geval van verlenging het dubbele te zijn van de termijn van de werknemer (art. 7:672 lid 6 BW). Artikel 7:672 lid 8 BW maakt het echter weer mogelijk om de betreffende termijn voor de werkgever bij cao te verkorten, mits de termijn niet korter is dan die voor de werknemer.²²²

Onregelmatige opzegging

Van een onregelmatige opzegging is sprake indien de rechtens geldende opzegtermijn, of het tijdstip waartegen opgezegd kan worden, niet in acht is genomen. Uit het bepaalde in artikel 7:677 lid 1 en 2

²¹⁷ Dit is bepaald in de artikelen 7:647 lid 2, 7:648 lid 1, 7:649 lid 2, 7:677 lid 5, 8 lid 2 AWGB, 9 lid 2 WGBH/CZ en 11 lid 3 WGBL. Het rechtsgevolg van een opzegging in strijd met het verbod van artikel 3 WAA is in de wet niet geregeld. De minister heeft aangegeven dat men ook aan een overtreding van dit verbod de sanctie van vernietigbaarheid heeft willen verbinden. Zie: Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 154.

²¹⁸ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 151 en 169.

²¹⁹ Van Genderen e.a. 2012, p. 228.

²²⁰ Van Drongelen 2011, p. 62.

²²¹ Van Drongelen 2011, p. 63-64.

²²² Van Drongelen 2011, p. 64-65.

BW volgt dat een onregelmatige opzegging schadeplichtigheid met zich meebrengt.²²³ Wanneer een van de partijen schadeplichtig is, kan de wederpartij een gefixeerde of een volledige schadevergoeding vorderen (artikel 7:677 lid 4 jo. 7:680 BW).

Ingevolge het bepaalde in artikel 7:680 lid 1 BW bestaat de gefixeerde schadevergoeding uit een bedrag dat even hoog is als het loon over het gedeelte van de opzegtermijn dat niet in acht is genomen, hetgeen betekent dat de hoogte van de werkelijk geleden schade geen rol speelt. Op grond van het bepaalde in artikel 7:680 lid 5 BW is de rechter bevoegd om de gefixeerde schadevergoeding lager vast te stellen, indien hij deze, gelet op de omstandigheden van het geval, te hoog acht.²²⁴

Op grond van artikel 7:677 lid 4 BW kan de partij die als gevolg van een onregelmatige opzegging is benadeeld daarentegen ook een volledige schadevergoeding vorderen. Hoewel deze term anders doet vermoeden, heeft deze schadevergoeding volgens vaste jurisprudentie uitsluitend betrekking op de schade die is veroorzaakt als gevolg van niet-inachtneming van de juiste opzegtermijn en niet op de schade als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.²²⁵ Over het algemeen zal de volledige schadevergoeding dan ook niet meer bedragen dan de gefixeerde schadevergoeding, tenzij de werknemer behalve in geld vastgesteld loon ook andere inkomsten heeft gederfd, zoals bijvoorbeeld fooien of loon in natura. In dat laatste geval kan de volledige schadevergoeding meer bedragen dan de gefixeerde schadevergoeding. De volledige schadevergoeding kan echter ook lager uitvallen dan de gefixeerde schadevergoeding. Dat zal met name het geval zijn indien de werknemer tijdens de opzegtermijn nieuw werk heeft aanvaard. In de praktijk komt de vordering tot volledige schadevergoeding dan ook weinig voor, temeer daar de benadeelde de omvang van de schade dient te bewijzen.²²⁶

In geval van een onregelmatige opzegging kan de werknemer ingevolge het bepaalde in artikel 7:682 lid 1 BW ook herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. In dat geval bepaalt de rechter voor of op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst hersteld moet worden. Tevens kan de rechter voorzieningen treffen met betrekking tot de rechtsgevolgen van de onderbreking (artikel 7:682 lid 2 BW). Hierbij valt te denken aan compensatie voor het tijdens de onderbrekingsperiode verstoken zijn van loon.²²⁷ Op verzoek van de werkgever kan de rechter bepalen dat de verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst vervalt door betaling van een afkoopsom (artikel 7:682 lid 3 BW). In de praktijk wordt een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst slechts zelden ingesteld en toegewezen.²²⁸

4.2.5 De kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Hiervoor is er reeds op gewezen dat de werknemer, wiens arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV is opgezegd, in beginsel geen recht heeft op een ontslagvergoeding. De werknemer kan zich wel tot de kantonrechter wenden teneinde een vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW in te stellen.

²²³ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 415.

²²⁴ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 156- 157.

²²⁵ HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106. Zie: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 157 en Asser/Heerma van Voss 2008, p. 241.

²²⁶ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 157 & Asser/Heerma van Voss 2008, p. 241-242. Zie voor een uitgebreide bespreking van de volledige en gefixeerde schadevergoeding: D.F. Berkhout, 'Volledige en gefixeerde schadevergoeding', *ArbeidsRecht* 2008/31.

²²⁷ Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 157 en Asser/Heerma van Voss 2008, p. 246.

²²⁸ Asser/Heerma van Voss 2008, p. 246. Zie ook: E.F.V. Boot, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst: onbekend, ongewild en ongebruikt?', *TAP* 2011-3, p. 92- 98.

Het kennelijk onredelijk ontslag

De opzegging van de arbeidsovereenkomst kan 'kennelijk onredelijk' zijn. Een kennelijk onredelijk ontslagprocedure betreft een rechterlijke toetsing achteraf, waarbij de vraag aan de orde is of de voor opzegging aangevoerde reden al dan niet als rechtvaardig kan worden aangemerkt.²²⁹ Of de voor opzegging geldende bepalingen al dan niet in acht zijn genomen, doet niet ter zake. Ook een regelmatige opzegging, waarbij toestemming van UWV is verkregen en de geldende opzegtermijn in acht is genomen, kan kennelijk onredelijk zijn. De rechter dient onafhankelijk van de bevindingen van UWV te toetsen of de opzegging kennelijk onredelijk is.²³⁰

In het tweede hoofdstuk is er al op gewezen dat de wetgever bij de invoering van de figuur van de kennelijke onredelijkheid in 1953 oorspronkelijk geen volledige redelijkheidstoets maar een marginale toets voor ogen had, waarbij duidelijke kennelijke misslagen zouden kunnen worden gecorrigeerd.²³¹ In de rechtspraak is die marginaliteit in de loop der jaren echter losgelaten en wordt er inmiddels in volle omvang getoetst. Hierbij dient de rechter de vraag te beantwoorden of het ontslag in strijd met de algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap gegeven is.²³²

Artikel 7:681 BW is uitsluitend van toepassing bij opzegging, niet bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege of bij een ontbinding door de rechter. Uit artikel 7:676 lid 2 BW volgt dat artikel 7:681 BW niet van toepassing is bij een opzegging tijdens de proeftijd. Ook bij een ontslag op staande voet dat aan de wettelijke eisen voldoet, is er geen plaats voor een vordering ex artikel 7:681 BW.²³³ In de praktijk wordt met name een beroep gedaan op de kennelijk onredelijke opzegging door werknemers van wie de dienstbetrekking is opgezegd met toestemming van UWV. Tegen de rechterlijke beslissing ex artikel 7:681 BW staat hoger beroep bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij de Hoge Raad open.

De voorbeelden ex artikel 7:681 lid 2 BW

De wetgever heeft de invulling van het begrip 'kennelijk onredelijk' aan de rechter overgelaten.²³⁴ Wel geeft artikel 7:681 lid 2 BW een niet limitatieve opsomming van omstandigheden waarin de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kennelijk onredelijk zou kunnen worden geacht.²³⁵ Daarvan kan onder meer sprake zijn wanneer de werkgever zonder reden of met een voorgewende of valse reden heeft opgezegd (artikel 7:681 lid 2 sub a BW). Tevens kan sprake zijn van een kennelijk onredelijke opzegging indien de gevolgen van de opzegging voor de werknemer in vergelijking met het belang van de werkgever te ernstig zijn. Hierbij worden onder meer voor de werknemer getroffen voorzieningen en de mogelijkheden om ander passend werk te vinden in aanmerking genomen (artikel 7:681 lid 2 sub b BW). Men spreekt in dit verband over het zogenaamde 'gevolgencriterium'. Verder noemt de wet de situatie dat de opzegging geschiedt omdat de werknemer wegens militaire dienst of vervangende dienstplicht verhinderd is om de bedongen arbeid te verrichten (artikel 7:681 lid 2 sub c). Door het opschorten van de dienstplicht heeft dit onderdeel geen betekenis meer. Een andere grond voor kennelijk redelijk ontslag is dat de opzegging in afwijking van geldende getalsverhouding of anciënniteitsregeling plaatsvindt, tenzij daarvoor zwaarwichtige gronden zijn (artikel 7:681 lid 2 sub d BW). Tot slot kan een kennelijk onredelijke

²²⁹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 427 en Loonstra & Zondag 2010, p. 416.

²³⁰ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 168.

²³¹ Loonstra & Zondag 2010, p. 416 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 427

²³² Van Genderen e.a. 2012, p. 233 en Loonstra & Zondag 2010, p. 416.

²³³ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 169 en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 428.

²³⁴ Van Genderen e.a. 2012, p. 233.

²³⁵ Artikel 7:681 lid 3 BW geeft een niet limitatieve opsomming van omstandigheden waarin de opzegging van de werknemer kennelijk onredelijk zou kunnen worden geacht. Deze blijven hier verder onbesproken.

opzegging aan de orde zijn indien er sprake is van opzegging vanwege het enkele feit dat de werknemer weigert om de bedongen arbeid te verrichten met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar (artikel 7:681 lid 2 sub e BW).²³⁶

Bewijslast kennelijke onredelijkheid

Op de procedure ex artikel 7:681 BW zijn de regels van het bewijsrecht van toepassing.²³⁷ De hoofdregel is daarbij dat degene die stelt dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging, dat bij tegenspraak ook dient te bewijzen.²³⁸ Bij een door de werkgever geïnitieerd ontslag rust de stelplicht en bewijslast dan ook bij de werknemer. Op grond van de omstandigheden van het geval kan de bewijslast echter anders komen te liggen.²³⁹

Gevolgen van de kennelijke onredelijkheid van de opzegging

Zoals reeds aangegeven kan bij een beroep op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging een schadevergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW worden gevorderd alsook het herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:683 lid 1 BW verjaren deze rechtsvorderingen na een periode van zes maanden na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de vorige paragraaf is er al op gewezen dat een vordering c.q. toewijzing van herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW in de praktijk zelden voorkomt. Daar komt bij dat de verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever op diens verzoek kan worden afgekocht (artikel 7:682 lid 3 en 4 BW).

Vaststellen hoogte schadevergoeding

De door kantonrechters toegekende schadevergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag kunnen in vergelijkbare gevallen sterk van elkaar afwijken. Daarnaast is het opvallend dat de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW in vergelijking met de vergoeding wegens ontbinding ex artikel 7: 685 BW²⁴⁰ in vergelijkbare gevallen veel lager uitvalt.²⁴¹

Omdat de wetgever daarover geen uitsluitel heeft gegeven, is lange tijd onduidelijkheid geweest hoe de hoogte van de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging dient te worden berekend.²⁴² In de praktijk gingen rechters er dan ook toe over om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen conform de bij ontbindingszaken gehanteerde kantonrechtersformule.²⁴³ In 2009 heeft de Hoge Raad deze gang van zaken echter uitdrukkelijk afgewezen en geoordeeld dat de kantonrechterformule – gezien het karakter van de vergoeding en de aard van de procedure – niet als uitgangspunt kan dienen voor het vaststellen van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW. De Hoge Raad heeft zich op het standpunt gesteld dat de vergoeding op grond van artikel 7:681 lid 1 BW moet worden begroot als schade die de werknemer door het kennelijk onredelijk ontslag daadwerkelijk heeft geleden. De hoogte van de betreffende vergoeding moet naar het oordeel van de Raad in verhouding staan tot zowel de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever als tot de materiële en immateriële nadelen die uit het handelen van de werkgever voortvloeien. Hierbij dienen de concrete omstandigheden en

²³⁶ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 429-438.

²³⁷ Loonstra & Zondag 2010, p. 469.

²³⁸ Asser/Heerma van Voss 2008, p. 243.

²³⁹ Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 439.

²⁴⁰ Zie paragraaf 4.3.2.

²⁴¹ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 171.

²⁴² Loonstra & Zondag 2010, p. 420- 421.

²⁴³ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 172.

factoren van het geval in aanmerking te worden genomen. Van dit alles dient de rechter nauwkeurig rekenschap en verantwoording af te leggen, aldus de Raad.²⁴⁴

4.2.6 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door opzegging

Het vorenstaande maakt duidelijk dat de werkgever die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegt tegen de wil van de werknemer, daarbij een groot aantal regels in acht dient te nemen. Deze regels kunnen worden beschouwd als het resultaat van een afweging van het belang van de werknemer bij een effectieve ontslagbescherming en het belang van de werkgever bij het in stand houden van een efficiënte bedrijfsvoering.²⁴⁵ In het vorige hoofdstuk is onder meer gebleken dat aan de ontslagbescherming van de werknemer de gedachte van ongelijkheidscompensatie ten grondslag ligt: de werknemer is in zowel economische als juridische zin afhankelijk van de werkgever en die ongelijkheid dient (onder meer via het ontslagrecht) te worden gecompenseerd. Hieronder wordt besproken hoe het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het huidige recht, voor wat betreft de beëindiging door opzegging met een ontslagvergunning van UWV, tot uitdrukking komt.

Vereiste ontslagvergunning

In het tweede hoofdstuk is er reeds op gewezen dat het algemene opzegverbod van het BBA aanvankelijk was bedoeld als arbeidsmarktinstrument, maar dat het zich in de loop der tijd steeds meer is gaan ontwikkelen tot een preventieve redelijkheidstoetsing van ontslagen.²⁴⁶ Gesteld kan worden dat in het huidige recht aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie invulling is gegeven door de opzegmogelijkheid voor de werkgever te laten afhangen van voorafgaande toestemming van UWV in de vorm van een ontslagvergunning.²⁴⁷ In vergelijking met een repressieve toets, doet de preventieve toets het meest recht aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Bij een repressieve toetsing kan de werkgever overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarna de werknemer zelf het initiatief moet nemen om tegen het ontslag op te komen. De arbeidsovereenkomst is dan al beëindigd voordat de rechter zich over het ontslag buigt. Indien de rechter uiteindelijk van oordeel is dat de opzegging geen stand kan houden, is er in de praktijk vaak geen basis meer om bij de werkgever terug te keren. De preventieve ontslagtoets vindt daarentegen plaats op het moment dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat. Indien er geen toestemming voor opzegging wordt verleend, zal de arbeidsovereenkomst in stand blijven.²⁴⁸ Overigens komt het beginsel van ongelijkheidscompensatie ook tot uitdrukking in de sanctie die aan opzegging zonder de vereiste ontslagvergunning verbonden is, te weten vernietigbaarheid van de opzegging.

²⁴⁴ HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305. Zie in dit verband ook: HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72. Zie voor een uitgebreide bespreking: A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *AA* 2010/574.

²⁴⁵ Loonstra & Zondag 2010, p. 372.

²⁴⁶ Van Zanten–Baris 2009, p. 38 en het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht* 2000, p. 19. Zie in dit verband ook: Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/160. In dit arrest overweegt het Hof dat het doel van het BBA thans niet meer zozeer het beschermen van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt is, maar wel het bieden van bescherming aan de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag. Zie: Loonstra & Zondag 2010, p. 393.

²⁴⁷ Zo ook: Duk 1996, p. 30.

²⁴⁸ L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?*, S.l.:s.n. 1998, p. 723.

Redelijk ontslag

Het beginsel van ongelijkheidscompensatie vindt toepassing in de eis dat het ontslag redelijk moet zijn (artikel 3:1 OB). Daarmee wordt immers het voorkomen van willekeurig ontslag nagestreefd²⁴⁹: de in een zwakkere positie verkerende werknemer wordt beschermd door aan de opzegging de voorwaarde te verbinden dat er sprake is van een deugdelijke en gemotiveerde reden.²⁵⁰ Dit geldt ook voor de eis dat er tevens sprake moet zijn van een bijzondere grond voor ontslag, te weten bedrijfseconomische gronden of persoonsgebonden redenen (artikelen 4:1 tot en met 5:2 OB).

Opzegtermijn

Ongelijkheidscompensatie vertaalt zich ook in de verplichting voor de werkgever tot het in acht nemen van een opzegtermijn. Deze opzegtermijn, waarvan de duur in beginsel afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst, dient ter bescherming van de werknemer in die zin dat de werknemer de kans krijgt om uit te kijken naar ander werk en niet per direct zonder inkomen moet stellen.²⁵¹ Wanneer de geldende opzegtermijn niet in acht wordt genomen, is sprake van een onregelmatige opzegging en is de werkgever schadeplichtig. Gebleken is dat de werknemer daarnaast – in theorie – herstel van de arbeidsovereenkomst kan vorderen. Deze sancties zijn eveneens vormen van ongelijkheidscompensatie.

Bijzondere opzegverboden

Ter bescherming van kwetsbare werknemers kent het ontslagrecht verschillende bijzondere opzegverboden die tot de werkgever zijn gericht. Met deze bijzondere opzegverboden wordt beoogd dergelijke werknemers te beschermen tegen willekeurig ontslag om specifieke redenen.²⁵² De bijzondere opzegverboden bieden dan ook een vorm van ongelijkheidscompensatie. Opzegging in strijd met een bijzonder opzegverbod is vernietigbaar. Gebleken is dat de werknemer daarnaast een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag kan instellen. Ook deze sancties betreffen een vorm van ongelijkheidscompensatie.

Stelplicht en bewijslast

Het bewijs dat het ontslag redelijk is in de zin van artikel 3:1 OB rust op de werkgever, in die zin dat de werkgever moet stellen en met bewijsstukken onderbouwen dat het ontslag redelijk is.²⁵³ Hetzelfde geldt voor wat betreft het bewijs van het bestaan van bijzondere redenen voor het ontslag ingevolge de artikelen 4:1, 5:1 en 5:2 OB (redenen van bedrijfseconomische aard en in de persoon van de werknemer gelegen redenen): de werkgever moet de bijzondere reden voor ontslag stellen en deze bij betwisting door de werknemer aannemelijk maken.²⁵⁴ Gezien het vorenstaande komt het idee van ongelijkheidscompensatie ook tot uitdrukking bij de stelplicht en bewijslast.

²⁴⁹ Van Arkel 2009, p. 409.

²⁵⁰ Van Zanten–Baris 2009, p. 113.

²⁵¹ Van Zanten–Baris 2009, p. 40. De regeling inzake de opzegtermijn werd gewijzigd in 1953, in die zin dat de opzegtermijn langer werd naarmate de arbeidsovereenkomst langer had geduurd. Uit de MvT kan worden opgemaakt dat de achterliggende gedachte hierbij (ook) de ongelijkheid van partijen was. Zie: Handelingen II 1947/48, 881, nr. 3.

²⁵² Van Arkel 2009, p. 409.

²⁵³ Alt 2009, p. 244.

²⁵⁴ Alt 2009, p. 244-245.

Kennelijk onredelijk ontslag

De mogelijkheid om een beroep te doen op de kennelijk onredelijke opzegging van de dienstbetrekking, waarbij een schadevergoeding of herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden gevorderd, betreft eveneens een vorm van ongelijkheidscompensatie.²⁵⁵

4.2.7 Toetsing van de beëindiging door opzegging aan ILO-verdrag nr. 158

ILO-verdrag nr. 158 heeft betrekking op de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever. Hieronder wordt besproken in hoeverre het huidige recht, voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV, voldoet aan de bepalingen van dit verdrag. Waar relevant, zal ook de kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan de orde worden gesteld.

Geldige reden voor beëindiging van het dienstverband

Artikel 4 V158, de kernbepaling van het verdrag, bepaalt dat het dienstverband van een werknemer niet mag worden beëindigd indien daarvoor geen geldige reden is en dat deze reden voor beëindiging verband dient te houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of dient te zijn gebaseerd op vereisten voor het functioneren van de onderneming, de instelling of de dienst. Gebleken is dat het BBA geen geldige reden voor ontslag eist en dat artikel 3:1 OB slechts bepaalt dat UWV dient te toetsen of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hierbij dienen ingevolge voornoemd artikel de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer en andere in het besluit genoemde belangen in aanmerking dienen te worden genomen. De redactie van artikel 3:1 OB voldoet derhalve niet aan de vereisten van het verdrag. In de praktijk verleent UWV op basis van voornoemd artikel evenwel toestemming voor ontslag wanneer het voorgenomen ontslag redelijk is en verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of met het functioneren van de onderneming. Een en ander is dan ook in overeenstemming met artikel 4 V158. Van Arkel merkt in dit verband terecht op dat de uitvoering van artikel 4 op grond van het bepaalde in artikel 1 V158 ook op andere wijzen dan door middel van wetgeving kan worden geëffectueerd.²⁵⁶

Voor wat betreft het kennelijk onredelijk ontslag kan er op worden gewezen dat artikel 7:681 BW geen redelijke grond voor ontslag vereist. De rechter kan een ontslag zonder geldige reden onredelijk achten, maar hij is daartoe niet verplicht. Met de kennelijke onredelijkheidstoets van artikel 7:681 BW wordt dan ook niet voldaan aan de norm van artikel 4 V158.²⁵⁷

Verboden gronden voor beëindiging

Artikel 5 V158 noemt een aantal redenen die geen geldige reden opleveren voor de beëindiging van het dienstverband.²⁵⁸ Wanneer de in paragraaf 4.2.3 besproken bijzondere opzegverboden van het huidige Nederlandse ontslagrecht worden afgezet tegen de in artikel 5 van het verdrag genoemde opzegverboden, dan moet worden geconcludeerd dat niet alle in het verdrag genoemde opzegverboden zijn opgenomen in de Nederlandse regelgeving. Met name de opzegverboden

²⁵⁵ Zo ook: Duk 1996, p. 30.

²⁵⁶ Van Arkel 2009, p. 332- 333. Zo ook: G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 234. Zie verder: Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht* 2000, p. 76-77 en Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, Den Haag 2003, publicatienummer 7/03, p. 11- 12. Anders: Werkgroep Herziening Ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991-4, p. 218.

²⁵⁷ Zo ook: Van Arkel 2007, p. 413 en Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991, p. 218.

²⁵⁸ Zie voor een volledige opsomming van de betreffende opzegverboden paragraaf 3.3.

wegens huidskleur, gezinsverantwoordelijkheid en maatschappelijke afkomst ontbreken in het huidige recht.²⁵⁹

Verplichte hoorprocedure

Ingevolge artikel 7 V158 mag het dienstverband van een werknemer pas wegens redenen die verband houden met het gedrag van de werknemer of de uitoefening van diens werkzaamheden worden beëindigd, nadat hij door de werkgever is gehoord. Deze verplichting geldt niet wanneer dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht. Het huidige Nederlandse recht kent niet de verplichting voor de werkgever om de werknemer voorafgaande aan het ontslag te horen. Op dit punt is het dan ook in strijd met artikel 7 V158.

Beroepsprocedure

Ingevolge artikel 8 lid 1 V158 dient de werknemer, indien hij van mening is dat zijn dienstverband onrechtmatig is beëindigd, het recht te hebben om tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst beroep aan te tekenen bij een onpartijdige instantie. Wanneer de beëindiging van het dienstverband is goedgekeurd door een bevoegd orgaan, kan de toepassing van het eerste lid worden aangepast conform de nationale wetgeving en praktijk (artikel 8 lid 2 V158).²⁶⁰ De ILO heeft aangegeven dat de werknemer ondanks laatstgenoemde mogelijkheid van aanpassing te allen tijde beroep moet kunnen aantekenen bij een onpartijdige instantie. Hierbij is er op gewezen dat die toetsing in appèl gelijkwaardig dient te zijn aan de eerste toetsing van het ontslag.²⁶¹ Dit werpt de vraag op of de procedures die door de werknemer kunnen worden ingesteld na afloop van de procedure bij UWV afdoende zijn.²⁶²

Eerder is er al op gewezen dat tegen het besluit van UWV ex artikel 6 BBA geen beroep kan worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en dat evenmin op grond van de Awb een rechtsmiddel kan worden ingesteld. De werknemer die van mening is dat zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd met een ten onrechte afgegeven ontslagvergunning, kan zich slechts tot de civiele rechter wenden teneinde een kennelijk onredelijk ontslagprocedure in te stellen ex artikel 7:681 BW, dan wel een procedure starten tot herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW. Daarbij kan hij respectievelijk schadevergoeding of herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. Tevens kan de betreffende werknemer een klacht indienen bij de Nationale ombudsman of een procedure tegen UWV instellen wegens onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW en een schadevergoeding vorderen. De beslissing van UWV en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf wordt niet getoetst. Dit werpt de vraag op of voornoemde repressieve vormen van toetsing kunnen worden beschouwd als zijnde 'equivalent' aan de eerste toetsing van het ontslag door UWV, als bedoeld in het verdrag. Naar mijn mening kan dit niet zonder meer worden aangenomen.²⁶³ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om dieper op dit aspect in te gaan. Op dit vlak is nader onderzoek vereist.

²⁵⁹ Zo ook: Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht* 2000, p. 6 en 77.

²⁶⁰ Pennings 2007, p. 216.

²⁶¹ De ILO spreekt van 'equivalent'. Zie: ILO, *Termination of employment at the initiative of the employer. Report VIII (2)*, 67th session 1981, p. 31-32. Dit rapport kan worden gedownload via www.ilo.org. Zie ook: M.H.D. Vergouwen, *Verdrag 158 ILO en Nederland, het ontslagrecht ontslagen?*, Tilburg 1994 (afstudeerscriptie), p. 38 en Pennings 2007, p. 216.

²⁶² Zo ook: Vergouwen 1994, p. 38.

²⁶³ Anders: Vergouwen 1994, p. 39. Vergouwen stelt dat de ILO zich niet heeft uitgelaten over de 'volheid' van de toetsing. Hij geeft aan dat de procedures ex artikel 7:681 en artikel 7:685 BW voldoende appèlmogelijkheden lijken te verzekeren.

Bewijslast

Uit artikel 9 lid 2 V158 volgt dat de bewijslast voor wat betreft de stelling dat de beëindiging van het dienstverband niet rechtmatig is, niet alleen bij de werknemer mag worden gelegd. Om die reden dient de bewijslast voor het bestaan van een geldige reden bij de werkgever te berusten ofwel dient een onpartijdige instantie de bevoegdheid te hebben om de bewijslast te verdelen. In de procedure bij het UWV ex artikel 6 BBA dient de werkgever de redelijkheid van het ontslag respectievelijk de bijzondere reden voor het ontslag te stellen en – bij voldoende betwisting – ook aannemelijk te maken. Dit is in overeenstemming met ILO- verdrag nr. 158.²⁶⁴

In de kennelijk onredelijk ontslagprocedure is het reguliere bewijsrecht van toepassing, hetgeen met zich meebrengt dat stelplicht en bewijslast in beginsel bij de werknemer liggen. Dit is in strijd met hetgeen ILO- verdrag nr. 158 op dit punt eist.²⁶⁵

Opzegtermijn

Artikel 11 V158 bepaalt dat de werknemer, mits hij zich niet schuldig heeft gemaakt aan ernstig wangedrag, recht moet hebben op een redelijke opzegtermijn of op een daarvoor in de plaats tredende schadeloosstelling. Voor wat betreft het huidige Nederlandse recht kan in dit verband worden verwezen naar artikel 7:672 BW, waarin de opzegtermijn is geregeld. Het huidige recht voorziet eveneens in een voor de opzegtermijn in de plaats komende schadeloosstelling, nu uit artikel 7:677 BW volgt dat de werkgever die opzegt zonder de opzegtermijn in acht te nemen, schadeloos is. Hiermee voldoet Nederland aan de eisen van ILO- verdrag nr. 158.

Ontslagvergoeding en andere vormen van bescherming van het inkomen

Ingevolge artikel 12 V158 heeft de werknemer bij de beëindiging van het dienstverband recht op een ontslagvergoeding of op een uitkering, dan wel op een combinatie van beide. De hoogte van voornoemde ontslagvergoeding dient te zijn gebaseerd op de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon. Indien de werknemer niet voldoet aan de voorwaarden voor een werkloosheidsuitkering of -bijstand of indien er sprake is van ernstig wangedrag van de werknemer, gelden er op grond van artikel 12, tweede en derde lid V158 uitzonderingen. Het huidige Nederlandse recht kent geen wettelijke regeling voor wat betreft de ontslagvergoeding. De werknemer wiens arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV ex artikel 6 BBA wordt opgezegd heeft in beginsel geen recht op een ontslagvergoeding. Soms bestaat er in de praktijk wel recht op een vergoeding op grond van een cao of sociaal plan.

Doorgaans heeft een werknemer na afloop van het dienstverband recht op WW. Op grond van de Toeslagenwet (TW) kan deze uitkering worden aangevuld tot het sociaal minimum. Indien de werknemer niet voldoet aan de voorwaarden voor het recht op die uitkering of indien het recht niet geldend kan worden gemaakt, bestaat mogelijk recht op uitkering op grond van de Wet werk en bijstand (Wwb). Oudere of gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers kunnen bovendien aanspraak maken op uitkering op grond van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IAOW). Met voornoemde WW-uitkering en sociale voorzieningen voldoet Nederland aan de norm van artikel 12 V158.²⁶⁶

²⁶⁴ Zo ook: Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991, p. 221. Anders: Pennings 2007, p. 216- 217.

²⁶⁵ Zo ook: Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991, p. 221.

²⁶⁶ Zo ook: Heerma van Voss 1992, p. 338.

4.2.8 Toetsing van de beëindiging door opzegging aan de eisen van artikel 6 EVRM

Artikel 6 EVRM bevat het grondrecht op een eerlijk proces. Het artikel bepaalt dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. In hoofdstuk 3 is onderbouwd dat dit artikel kan worden geacht van toepassing te zijn op de procedure ex artikel 6 BBA. In het navolgende wordt besproken in hoeverre het huidige recht, voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV ex artikel 6 BBA voldoet aan deze procedurele eisen.

Onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie

Voor wat betreft de eis dat er sprake moet zijn van een onafhankelijke rechterlijke instantie kan worden vastgesteld dat de UWV-procedure ex artikel 6 BBA niet aan dit vereiste voldoet. UWV is immers een bestuursorgaan dat verantwoording verschuldigd is aan de Minister van SZW en zich dient te houden aan een ministeriële regeling, zijnde het Ontslagbesluit. Deze instantie kan dan ook niet worden aangemerkt als een onafhankelijke rechterlijke instantie.²⁶⁷

Eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM omvat onder meer het recht om te worden gehoord.²⁶⁸ In paragraaf 4.2.2 is gebleken dat de procedure bij UWV ex artikel 6 BBA in beginsel schriftelijk verloopt. Op grond van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV kan UWV op verzoek van een van de partijen of op eigen initiatief tot een mondeling behandeling overgaan, maar het is daartoe niet verplicht.²⁶⁹ Aan het vereiste van een mondeling behandeling ex artikel 6 EVRM wordt in de procedure ex artikel 6 BBA dan ook niet voldaan.

Het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM omvat voorts onder meer het recht op gelijke proceskansen.²⁷⁰ Onderzoek van de Nationale ombudsman heeft uitgewezen dat (de rechtsvoorganger van) UWV ten aanzien van de procedure ex artikel 6 BBW (onder meer) op dit aspect niet goed scoort. De ombudsman heeft vastgesteld dat de werkgever in de ontslagprocedure over het algemeen een betere positie heeft dan de werknemer. Zo zou UWV de werkgever – in tegenstelling tot de werknemer – als ‘de klant’ beschouwen, waardoor verbeteringen van de procedure vooral gericht zijn geweest op de belangen van de werkgever. Ook zou de werkgever meer en meer actuele informatie ontvangen dan de werknemer. De ombudsman constateerde bovendien dat UWV wél nadere informatie opvraagt bij de werkgever wanneer diens aanvraag incompleet is, maar geen nadere informatie opvraagt bij de werknemer wanneer diens verweer vragen oproept, hetgeen in strijd is met artikel 3:2 Awb. Tevens constateerde de ombudsman dat de bij de besluitvorming betrokken medewerkers van UWV voorafgaande aan de procedure inlichtingen verstrekken aan de werkgever, zonder medeweten van de werknemer, waardoor de schijn van partijdigheid in het nadeel van de werknemer ontstaat.²⁷¹

²⁶⁷ Zo ook: Verburg, AA 2011/284. Verburg wijst er op dat de afhankelijkheid van UWV ten opzichte van de overheid ook uitdrukkelijk gewild is, in die zin dat de overheid nog altijd een ontslagbeleid wil kunnen voeren en dat UWV deze mogelijkheid biedt.

²⁶⁸ P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102.

²⁶⁹ Verburg, AA 2011/284 en Alt 2009, p. 243. Zie ook: Meijer 2013, p. 39- 43.

²⁷⁰ Smits 2008, p. 102.

²⁷¹ Nationale ombudsman, *Naar een eerlijke ontslagprocedure*, Rapport 2007/260 d.d. 21 november 2007, p. II. Dit rapport kan worden gedownload via www.nationaleombudsman.nl/rapporten. Zie ook: Verburg, AA 2011/284 en Alt 2009, p. 242-243.

Het recht op gelijke proceskansen heeft ook betrekking op het bewijsrecht. Het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM brengt met zich mee dat een partij, wanneer deze dat wenst, in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn gelijk te bewijzen middels het leveren van (getuigen)bewijs. Gebleken is echter dat er in de procedure bij UWV ex artikel 6 BBA voor de bewijslevering van stellingen, bijvoorbeeld in de vorm van getuigenverhoren, geen ruimte is.²⁷²

Toets door onafhankelijke rechter

Wanneer in eerste instantie niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 6 EVRM, kan dit volgens vaste jurisprudentie van de EHRM in een later stadium worden hersteld. In geval van herstel door een beroepsinstantie is derhalve in principe alsnog sprake van een eerlijk proces voor wat betreft de gehele procesgang.²⁷³ Eerder is er echter al op gewezen dat tegen de beslissing van UWV ex artikel 6 BBA, gezien het bepaalde in artikel 6 lid 10 BBA en de bijlage bij artikel 8:5 lid 1 Awb, geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Gebleken is ook dat de werknemer zich slechts tot de civiele rechter kan wenden teneinde een procedure tegen de werkgever in te stellen wegens kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW dan wel een procedure ex artikel 7:682 BW tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Daarbij kan hij respectievelijk schadevergoeding en – in theorie – herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. Tevens kan de betreffende werknemer een procedure tegen UWV instellen wegens onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW en een schadevergoeding vorderen. Tot nu toe zijn Nederlandse rechters van oordeel dat daarmee (alsnog) aan de eisen van artikel 6 EVRM wordt voldaan.²⁷⁴ Hier kan echter tegen in worden gebracht dat de beslissing van UWV ex artikel 6 BBA en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf, in voornoemde civielrechtelijke procedures niet volledig worden getoetst en dat de betreffende procedures in feite slechts kunnen leiden tot toekenning van een schadevergoeding en niet tot de vernietiging van de beslissing van UWV. Dat artikel 6 EVRM wel degelijk een volledige toets in beroep eist, kan worden afgeleid uit rechtspraak van het EHRM. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak in de Oostenrijkse zaak-Obermeier, waarin een administratieve instantie toestemming had verleend om de arbeidsongeschikte Obermeier te ontslaan. Tegen de betreffende beslissing tot toestemming stond beroep open, maar de rechter kon deze beslissing slechts beperkt toetsen. Het EHRM overwoog dat een dergelijke beperkte toetsing strijd opleverde met artikel 6 EVRM.²⁷⁵ Nu de beslissing van UWV ex artikel 6 EVRM en de daarop volgende opzegging van de arbeidsovereenkomst in beroep niet volledig kunnen worden getoetst, is het huidige recht op dit punt in strijd met artikel 6 EVRM.²⁷⁶

²⁷² Alt 2009, p. 246 en Verburg, AA 2011/284 en.

²⁷³ Verburg, AA 2011/284.

²⁷⁴ Rb. Den Haag 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181-191; Rb. Den Haag 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

²⁷⁵ EHRM 28 juni 1990, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 e.v. Zie ook: Loonstra & Zondag 2010, p. 409; P.F. van der Heijden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM', *NJB* 1990-33, p. 1312; Werkgroep Herziening Ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991-4, p. 215; Beltzer, R. Knegt & A.D.M. van Rijs 1998, p. 21- 22; Loonstra & Zondag 2010, p. 409 en Verburg, AA 2011/284.

²⁷⁶ Zo ook: Van der Heijden & Heerma van Voss 1990-33, p. 1312; Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991-4, p. 215; Beltzer, R. Knegt & A.D.M. van Rijs 1998, p. 108- 109; Loonstra & Zondag 2010, p. 409 en Verburg, AA 2011/284.

4.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding ex artikel 7:685 BW

4.3.1 Algemeen

Naast de hierboven besproken mogelijkheid om de arbeidsverhouding met toestemming van UWV op te zeggen, bestaat tevens de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door ontbinding te laten eindigen. Een werkgever of een werknemer die hiertoe over wil gaan, kan zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Werkgevers maken van deze mogelijkheid in de praktijk veel gebruik, met name bij ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen en in geval van een verstoorde arbeidsrelatie omdat – zoals in de vorige paragraaf is gebleken – UWV in die gevallen niet gemakkelijk toestemming voor opzegging verleent. Ook verloopt de ontbindingsprocedure veelal sneller dan de procedure bij UWV. De keerzijde is dat deze vorm van beëindiging voor de werkgever meestal wel duurder is, met name wanneer de rechter bepaalt dat een ontslagvergoeding dient te worden betaald.²⁷⁷

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is mogelijk wegens gewichtige redenen ex artikel 7:685 BW en wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:686 jo. 6:265 BW. Van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden wegens een tekortkoming in de nakoming wordt in de praktijk zeer weinig gebruik gemaakt.²⁷⁸ Deze variant blijft hier verder dan ook onbesproken.

4.3.2 Ontbinding wegens gewichtige redenen

Ingevolge het bepaalde in artikel 7:685 lid 1 BW kunnen partijen zich te allen tijde tot de kantonrechter wenden teneinde een verzoek in te dienen om de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Voornoemd artikel bepaalt tevens dat ieder beding dat deze bevoegdheid uitsluit of beperkt, nietig is. Het algemeen opzegverbod, de bijzondere opzegverboden en de opzegtermijnen gelden, anders dan bij de opzegging, niet bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Wel dient de kantonrechter zich er op grond van het bepaalde in artikel 7:685 lid 1 BW van te vergewissen of het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst verband houdt met het bestaan van een bijzonder opzegverbod. Deze bepaling, die met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 in de wet is opgenomen, is er op gericht te voorkomen dat een werkgever een opzegverbod ontloopt door te proberen de arbeidsovereenkomst door ontbinding te laten beëindigen. Wanneer een opzegverbod aan de orde is, kan de kantonrechter desalniettemin tot ontbinding overgaan. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de ontbindingsgrond geen verband houdt met de inhoud van het opzegverbod.²⁷⁹

Dringende reden

Gewichtige redenen voor het ontbinden van de arbeidsovereenkomst kunnen ingevolge het bepaalde in artikel 7:685 lid 2 BW bestaan uit een dringende reden of veranderingen in omstandigheden. Voor wat betreft de dringende reden verwijst artikel 7:685 lid 2 BW naar artikel 7:677 lid 1 BW. Het betreft hier dringende redenen, die een ontslag op staande voet zouden hebben gerechtvaardigd. Als dringende redenen voor de werkgever worden beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die maken dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren (artikel 7:678 BW). Er moet

²⁷⁷ Pennings 2007, p. 233 en Duk 2013a, p. 19.

²⁷⁸ R.M. Beltzer, S.F.H. Jellinghaus & A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 57.

²⁷⁹ Loonstra & Zondag 2010, p. 446.

sprake zijn van zowel een objectief als een subjectief dringende reden. Dit betekent dat het om een gedraging moet gaan die zowel in het algemeen als voor de betreffende werkgever als dringende reden wordt aangemerkt.²⁸⁰ Het voor het ontslag op staande voet geldende vereiste dat het ontslag onverwijld is gegeven, geldt in deze situatie uiteraard niet. Deze ontbindingsactie zal met name worden ondernomen door een werkgever die van mening is dat hij een dringende reden heeft voor opzegging, maar een ontslag op staande voet niet aandurft omdat hij niet weet of de rechter zijn standpunt zal volgen.²⁸¹ In de praktijk kiest de werkgever er vaak voor om een ontslag op staande voet te geven en een 'voorwaardelijk' ontbindingsverzoek in te dienen. Een dergelijk verzoek wordt doorgaans gebaseerd op zowel de dringende reden als de hierna te bespreken verandering in omstandigheden.²⁸²

Verandering in omstandigheden

Naast de dringende reden worden ook veranderingen in omstandigheden als gewichtige redenen aangemerkt. Deze veranderingen in omstandigheden moeten 'van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen' (7:685 lid 2 BW). Het betreft een open norm die door de kantonrechter ruim wordt geïnterpreteerd. In ontbindingszaken wordt dan ook vooral van deze grond gebruik gemaakt.²⁸³ Hierbij worden in de praktijk veelal drie categorieën onderscheiden, die ongeveer hetzelfde zijn als de categorieën die een rol spelen bij de toetsing van artikel 6 BBA door UWV. Het betreft ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden, een verstoorde arbeidsrelatie en het disfunctioneren van de werknemer.²⁸⁴ Anders dan UWV is de kantonrechter evenwel niet gebonden aan de regels in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Desalniettemin blijkt de beoordeling van de kantonrechter vaak op ongeveer dezelfde wijze plaats te vinden als bij UWV.²⁸⁵

In de vorige paragraaf is er al op gewezen dat kantonrechters over het algemeen eerder dan UWV genegen zijn om tegemoet te komen aan het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, omdat zij de werknemer met een ontslagvergoeding tegemoet kunnen komen.²⁸⁶ In de praktijk blijken kantonrechters hier ook wel toe over te gaan indien een gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst ontbreekt.²⁸⁷

De procedure

De werkgever die de arbeidsovereenkomst wil laten ontbinden door de rechter, dient hiertoe een verzoekschrift in te dienen bij de kantonrechter van de woonplaats van de werknemer of bij die van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht (7:685 lid 3 BW jo. 99, 100, en 107 tot en met 109 Rv).²⁸⁸ De ontvangst van het verzoekschrift wordt daarop door de rechtbank bevestigd. Vervolgens wordt een datum voor de mondelinge behandeling vastgesteld.²⁸⁹ In artikel 7:685 lid 6 BW is bepaald dat de mondelinge behandeling van de zaak uiterlijk plaatsvindt in de vierde week volgend op de

²⁸⁰ Van Genderen e.a. 2012, p. 250 en 253.

²⁸¹ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 174.

²⁸² Van Genderen e.a. 2012, p. 265.

²⁸³ Pennings 2007, p. 233.

²⁸⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 449 en Van Drongelen e.a. 2011, p. 286.

²⁸⁵ Van Genderen e.a. 2012, p. 266.

²⁸⁶ C.J. Loonstra, 'De rol van de UWV- en ontbindingsprocedure volgens het Regeerakkoord', *TRA* 2013/24.

²⁸⁷ Van Arkel 2007, p. 334-335. Op de ontbindingsvergoeding wordt nader ingegaan in paragraaf 4.3.3.

²⁸⁸ Loonstra & Zondag wijzen er terecht op dat gemachtigden de voorkeur zullen geven aan de rechtbank waarvan zij vermoeden dat daar de meest gunstige uitspraak wordt gedaan. Zie: Loonstra & Zondag 2010, p. 444.

²⁸⁹ Dop & Kroon 2012, p. 118.

week waarin het verzoekschrift is ingediend. Het overschrijden van deze termijn heeft echter geen gevolgen.²⁹⁰ De werknemer wordt vervolgens opgeroepen voor de mondelinge behandeling van de zaak. Tevens wordt aan hem een termijn verleend voor het indienen van een verweerschrift.

Tijdens de mondelinge behandeling worden de partijen in de gelegenheid gesteld om hun standpunten toe te lichten. Voorts maakt de rechter van de gelegenheid gebruik om inlichtingen te verkrijgen. De rechter peilt veelal of partijen mogelijkheden zien om tot een schikking te komen.²⁹¹

Indien partijen (alsnog) bereid zijn om een schikking te beproeven, schorst de rechter de behandeling teneinde partijen de mogelijkheid te geven om overeenstemming te bereiken. Doorgaans doet de rechter dit pas nadat hij partijen heeft laten doorschemeren hoe hij tegen de zaak aankijkt.²⁹² Indien partijen tot een schikking overgaan, worden de afspraken vastgelegd in een proces-verbaal. Daarop kan tevens een pro-forma beschikking worden afgegeven. Indien partijen elkaar niet alsnog vinden, doet de rechter uitspraak.²⁹³ De betreffende beschikking volgt doorgaans binnen twee tot drie weken na de mondelinge behandeling.²⁹⁴ De gehele procedure mag volgens aanbeveling 1.1. van de zogenaamde Aanbevelingen van de kring van kantonrechters in beginsel niet langer duren dan acht weken.²⁹⁵ In de praktijk duurt de ontbindingsprocedure gemiddeld zes weken.²⁹⁶ Van 'ontbindingstermijnen' is in het huidige recht geen sprake. Ontbinding zal doorgaans per direct of per een zo snel mogelijke datum plaatsvinden.²⁹⁷

Overigens kan door middel van een arbitraal beding of een bindend adviesclausule de bevoegdheid om te oordelen over een ontbindingsverzoek ook aan een ander dan aan de kantonrechter worden toebedeeld.²⁹⁸

Bewijsrecht

Op de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW zijn de regels van het civiele bewijsrecht niet van toepassing. Uit de schakelbepaling van artikel 284 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) volgt dat de negende afdeling van de tweede titel (inzake het bewijsrecht) in beginsel van toepassing is op verzoekschriftprocedures. Dit is anders wanneer 'de aard van de procedure zich daartegen verzet.' Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat laatstgenoemde uitzondering onder meer betrekking heeft op de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW. De toepassing van het civiele bewijsrecht werd in strijd geacht met het spoedeisende karakter van de procedure.²⁹⁹ Doordat het civiele bewijsrecht niet van toepassing is, dient de werkgever het bestaan van gewichtige redenen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden te stellen en vervolgens aannemelijk te maken, doch niet te bewijzen.³⁰⁰ Van een diepgaand feitenonderzoek is dan ook geen sprake.³⁰¹

Rechtsmiddelen

In artikel 7:685 lid 11 BW is bepaald dat tegen een ontbindingsbeschikking geen hoger beroep of cassatie kan worden ingesteld. Het betreft het zogenaamde rechtsmiddelenverbod. De Hoge Raad

²⁹⁰ Loonstra & Zondag 2010, p. 445.

²⁹¹ Dop & Kroon 2012, p. 118.

²⁹² Pennings 2007, p. 234.

²⁹³ Loonstra & Zondag 2010, p. 445.

²⁹⁴ Dop & Kroon 2012, p. 118.

²⁹⁵ Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Zie ook: Dop & Kroon 2012, p. 118.

²⁹⁶ Alt 2009, p. 232.

²⁹⁷ Pennings 2007, p. 234.

²⁹⁸ Dop & Kroon 2012, p. 119.

²⁹⁹ Alt 2009, p. 232 en 248.

³⁰⁰ Loonstra & Zondag 2010, p. 450.

³⁰¹ Alt 2009, p. 233.

heeft echter geoordeeld dat het instellen van hoger beroep en cassatie in een aantal uitzonderlijke gevallen wel is toegestaan. Ten eerste is het instellen van hoger beroep en cassatie wel mogelijk indien de kantonrechter artikel 7:685 BW ten onrechte niet heeft toegepast. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer de kantonrechter niet tot ontbinding overgaat omdat hij ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁰² Het instellen van hoger beroep en cassatie is ook mogelijk indien de kantonrechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW is getreden. Hiervan is sprake wanneer de kantonrechter overgaat tot ontbinding van een overeenkomst, die niet kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Tot slot heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hoger beroep en cassatie kunnen worden ingesteld indien de kantonrechter essentiële vormen heeft verzuimd, in die zin dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak omdat fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd zijn.³⁰³ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat het hier met name gaat om de schending van het beginsel van hoor en wederhoor.³⁰⁴ Uit deze jurisprudentie blijkt voorts dat van een schending van essentiële vormen geen sprake is wanneer het motiveringsbeginsel is geschonden.³⁰⁵ Hoger beroep en cassatie kunnen daarnaast ook worden ingesteld tegen beslissingen van de kantonrechter ten aanzien van zijn bevoegdheid en tegen beslissingen over ontvankelijkheid.³⁰⁶

Gezien het vorenstaande kunnen onder het huidige recht het al dan niet aanwezig zijn van een gewichtige reden, en het al dan niet toekennen van een vergoeding en de hoogte van die vergoeding, niet in hoger beroep en cassatie aan de orde worden gesteld.³⁰⁷ De ratio van de wetgever bij het rechtsmiddelenverbod is dat partijen erbij gebaat zijn om op korte termijn duidelijkheid te hebben.³⁰⁸ Zo wordt voorkomen dat zij jarenlang in onzekerheid zitten over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst.³⁰⁹

4.3.3 De ontbindingsvergoeding

Wanneer de kantonrechter een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in omstandigheden inwilligt, kan hij, wanneer dit gelet op de omstandigheden van het geval billijk is te achten, een vergoeding toekennen aan de wederpartij. Dit is neergelegd in artikel 7:685 lid 8 BW.³¹⁰ Alvorens de rechter overgaat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een ontslagvergoeding, stelt hij de verzoekende partij op grond van het bepaalde in artikel 7:685 lid 9 BW in de gelegenheid om het verzoek in te trekken. Hiermee wordt voorkomen dat de verzoeker onverwacht wordt geconfronteerd met een veroordeling tot betaling van een ontslagvergoeding.³¹¹

Er zijn geen wettelijke criteria voorhanden voor het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de vergoeding vast te stellen naar billijkheid. Dit heeft echter tot grote rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid geleid, omdat

³⁰² Van Drongelen e.a. 2011, p. 333.

³⁰³ Loonstra & Zondag 2010, p. 461- 462.

³⁰⁴ Zie voor een overzicht van jurisprudentie waarbij sprake was van een geslaagd beroep op een fundamenteel beginsel: Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 457.

³⁰⁵ HR 4 maart 1988, *NJ* 1989/4. Zie ook: Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 457.

³⁰⁶ Van Drongelen 2011, p. 333.

³⁰⁷ Pennings 2007, p. 236.

³⁰⁸ Loonstra & Zondag 2010, p. 459.

³⁰⁹ Van Drongelen 2011, p. 331.

³¹⁰ Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 176.

³¹¹ Loonstra & Zondag 2010, p. 447.

kantonrechters in vergelijkbare gevallen uiteenlopende vergoedingen toekenden.³¹² De Kring van kantonrechters heeft hieraan per 1 januari 1997 een einde willen maken door aanbevelingen te doen, waarbij onder meer een formule is opgenomen die door kantonrechters kan worden gebruikt bij de berekening van de ontslagvergoeding. Het betreft de zogeheten kantonrechtersformule, welke als volgt luidt: $A \times B \times C$. De factor A staat hierbij voor het aantal gewogen dienstjaren, de factor B voor de beloning en de factor C is de zogenaamde correctiefactor.³¹³

Het aantal gewogen dienstjaren (factor A) is afhankelijk van het aantal dienstjaren en de leeftijd bij aanvang en beëindiging van de arbeidsrelatie. Het aantal dienstjaren wordt berekend vanaf de datum van de eerste arbeidsovereenkomst tot aan de ontbindingsdatum. Vervolgens tellen dienstjaren (afgerond op hele jaren) tot het bereiken van de leeftijd van 35 jaar voor de berekening van het aantal gewogen dienstjaren voor 0,5. Dienstjaren tussen de leeftijd van 35 en 45 tellen voor 1, dienstjaren tussen de leeftijd van 45 en 55 voor 1,5 en dienstjaren vanaf de leeftijd van 55 tellen voor 2.³¹⁴

Factor B ziet op het bruto maandsalaris. Dit wordt vermeerderd met looncomponenten die vast en overeengekomen zijn. Aanbeveling 3.3 noemt in dit verband met name de vakantietoeslag, de vaste dertiende maand, de structurele overwerkvergoeding en de vaste ploegentoeslag. In zeer uitzonderlijke gevallen kunnen ook andere looncomponenten in aanmerking worden genomen.³¹⁵

Zoals reeds is aangegeven, vormt de derde factor C een zogenaamde correctiefactor. Deze factor maakt het mogelijk om bij het vaststellen van de hoogte van de ontslagvergoeding rekening te houden met risicosfeer, verwijtbaarheid en bijzondere omstandigheden. Voor wat betreft het bepalen van de hoogte van de correctiefactor worden in aanbeveling 3.4 en in de toelichting bij die aanbeveling aanwijzingen gegeven.

4.3.4 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door ontbinding

Het vorenstaande maakt duidelijk dat ook bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding een groot aantal regels in acht dienen te worden genomen. Ook bij deze regels heeft de wetgever een afweging gemaakt tussen het belang van de werknemer bij ongelijkheidscompensatie en het belang van de werkgever bij het in stand houden van een efficiënte bedrijfsvoering.³¹⁶ Hieronder zal worden besproken hoe voornoemd beginsel van ongelijkheidscompensatie in het huidige recht, voor wat betreft de beëindiging door ontbinding, tot uitdrukking komt.

Gewichtige reden

Voor wat betreft de ontbindingsprocedure komt het beginsel van ongelijkheidscompensatie tot uiting in de eis van artikel 7:685 BW dat het ontslag moet berusten op een redelijke grond, in die zin dat sprake moet zijn van een gewichtige reden. Gebleken is dat deze gewichtige reden kan bestaan uit een dringende reden of een verandering van omstandigheden. Door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts onder deze bijzondere omstandigheden mogelijk te maken, wordt de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer gecompenseerd.³¹⁷ Gebleken is evenwel dat de

³¹² Bakels/ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 176.

³¹³ De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters werden aanvankelijk vastgesteld per 1 januari 1997 en zijn gewijzigd per 1 januari 2009. De aanbevelingen zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

³¹⁴ Zie aanbeveling 3.2 (en de toelichting bij die aanbeveling) van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

³¹⁵ Zie hiervoor de toelichting bij aanbeveling 3.3.

³¹⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 372.

³¹⁷ R.A.A. Duk, 'Uniform arbeidsovereenkomstenrecht?', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 30.

kantonrechter in de praktijk wel eens overgaat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zonder dat sprake is van een gewichtige reden onder toekenning van een ontslagvergoeding.³¹⁸ Vanuit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie is dit mijns inziens alleen wenselijk indien de werknemer niet meer wil of kan terugkeren naar de oude werkgever.

Stelplicht en bewijslast

Gebleken is dat de werkgever het bestaan van gewichtige redenen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden dient te stellen en vervolgens aannemelijk moet maken. Dit kan worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie.

Ontslagvergoeding

Over de grondslagen van de ontslagvergoeding bestaat in de literatuur discussie. In navolging van de meeste auteurs ben ik van mening dat het idee van compensatie van de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer ook toepassing vindt in de mogelijkheid tot toekenning van een ontslagvergoeding. Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, speelt immers niet alleen de juridische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer een rol, maar ook de economische ongelijkheid. Door de toekenning van de ontslagvergoeding wordt met name deze economische ongelijkheid in zekere mate gecompenseerd.³¹⁹ Dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie een grond vormt voor het toekennen van de ontslagvergoeding, blijkt ook uit het feit dat de kantonrechter soms toch overgaat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een ontslagvergoeding, ondanks het feit dat een gewichtige reden voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ontbreekt. Deze rechtsgrond wordt overigens ook expliciet erkend in de toelichting op de kantonrechttersformule. Daarin wordt immers aangegeven dat ‘...de rechtvaardiging voor de toekenning van de vergoeding aan de werknemer (...) ligt in de ongelijkheidscompensatie welke de kern van het arbeidsrecht, in casu het ontslagrecht vormt’.³²⁰

4.3.5 Toetsing van de artikel 7:685 BW- procedure aan ILO-verdrag 158

Aangezien ILO-verdrag nr. 158 betrekking heeft op de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever, valt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever ook onder de reikwijdte van het verdrag.³²¹ Hieronder wordt besproken in hoeverre het huidige recht, voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding, voldoet aan de bepalingen van dit verdrag. De artikelen 5 en 11 van het verdrag blijven hier onbesproken, aangezien de opzegverboden en de opzegtermijn niet gelden bij de huidige regeling inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In paragraaf 4.2.7 is reeds vastgesteld dat het huidige Nederlandse recht niet voldoet aan het bepaalde in artikel 7 V158, nu een hoorprocedure voorafgaand aan het ontslag in Nederland niet verplicht is.

³¹⁸ Van Arkel 2007, p. 334-335.

³¹⁹ Zie: Van Zanten–Baris 2009, p. 114. Zo ook: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, ‘Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief’, *NJB* 2000-26, p. 1274; C.J. Loonstra, ‘De rechtsgrond(en) van de ontslagvergoedingen’, *ArbeidsRecht* 2001/43; A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 339 en Duk 1996, p. 30. Anders: Boot 2004, p. 249-250.

³²⁰ Toelichting bij aanbeveling 3.4 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters. Zie ook: Van Zanten–Baris 2009, p. 113.

³²¹ Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991, p. 218.

Geldige reden voor beëindiging van het dienstverband

Hoewel niet letterlijk vermeld in de tekst van artikel 7:685 BW, vereist dit artikel wel degelijk een redelijke grond voor ontslag. Het betreffende artikel verlangt immers een gewichtige reden voor ontslag bestaande uit een dringende reden of veranderingen in omstandigheden. Formeel is artikel 7:685 BW derhalve in overeenstemming met de norm van artikel 4 V158. Indien een gewichtige reden ontbreekt, blijkt de ontbindingsrechter in de praktijk soms toch over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een ontslagvergoeding. Deze praktijk is niet in overeenstemming met het bepaalde artikel 4 V158.³²²

Beroepsprocedure

Op grond van artikel 8 V158 heeft de werknemer recht op toegang tot een onpartijdige beroepsinstantie wanneer hij de beëindiging van zijn dienstverband onrechtmatig acht. Gebleken is dat het instellen van hoger beroep, behoudens de in paragraaf 4.3.2 genoemde uitzonderingen, niet mogelijk is (7:685 lid 11 BW). Op dit punt is het huidige recht dan ook niet in overeenstemming met ILO-verdrag nr. 158.

Bewijslast

De werkgever dient de gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst te stellen en aannemelijk te maken. Dit is in overeenstemming met artikel 9 lid 2 V158.³²³

Ontslagvergoeding en andere vormen van bescherming van het inkomen

Gebleken is dat de kantonrechter in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in omstandigheden een vergoeding kan toekennen naar billijkheid (artikel 7:685 lid 8 BW). Er zijn echter geen wettelijke criteria voor het bepalen van de hoogte van deze ontslagvergoeding. De vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW vertoont overeenkomsten met de vergoeding als bedoeld in artikel 12 V158, maar is toch wezenlijk anders vanwege de vereiste rechterlijke tussenkomst.³²⁴ In paragraaf 4.2.7 is reeds vastgesteld dat Nederland met de mogelijkheid tot toekenning van WW-uitkering en aanvullende sociale voorzieningen voldoet aan de norm van artikel 12 V158.³²⁵

4.3.6 Toetsing van de artikel 7:685 BW-procedure aan artikel 6 EVRM

Artikel 6 EVRM is van toepassing op verzoekschriftprocedures ex artikel 7:685 BW.³²⁶ In het hierna volgende wordt nagegaan of deze procedure voldoet aan de procedurele eisen van artikel 6 EVRM.

Onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie

Hiervoor is er al op gewezen dat artikel 6 EVRM een bij wet ingestelde onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie vereist. De ontbindingsrechter voldoet aan dit vereiste.³²⁷

Eerlijk proces

Gebleken is dat een mondelinge behandeling deel uitmaakt van de procedure ex artikel 7:685 BW. Aan het vereiste van een mondelinge behandeling ex artikel 6 EVRM wordt dan ook voldaan. In de

³²² Van Arkel 2007, p. 333-335 en 415.

³²³ Zo ook: Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991, p. 221. Anders: Pennings 2007, p. 216-217.

³²⁴ Vergouwen 1994, p. 46.

³²⁵ Zo ook: Heerma van Voss 1992, p. 338.

³²⁶ Verburg, AA 2011/284.

³²⁷ Zie ook: Smits 2008, p. 271.

ontbindingsprocedure bij de kantonrechter worden partijen in beginsel op gelijke wijze in de gelegenheid gesteld om hun standpunt ten aanzien van het geschil voor het voetlicht te brengen. Tevens kunnen beide partijen in principe via inzage van de processtukken en tijdens de mondelinge behandeling kennis nemen van de argumenten van de wederpartij.³²⁸ In die zin is dan ook sprake van gelijke proceskansen. Eerder is er al op gewezen dat het recht op gelijke proceskansen ook betrekking heeft op het bewijsrecht en dat het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM met zich meebrengt dat een partij, wanneer deze dat wenst, de gelegenheid moet krijgen om zijn gelijk aan te tonen door middel van het leveren van (getuigen)bewijs. In de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW is het civiele bewijsrecht echter niet van toepassing.³²⁹ In die zin is de huidige regeling in strijd met artikel 6 EVRM.

Behoudens de in paragraaf 4.3.2 genoemde uitzonderingen, kan tegen ontbindingsbeschikkingen geen hoger beroep of cassatie worden ingesteld (artikel 7:685 lid 11 BW). Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat artikel 6 EVRM geen recht op hoger beroep geeft, zodat het rechtsmiddelenverbod op zichzelf geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM.³³⁰ In samenhang met de uitsluiting van het civiele bewijsrecht, kan het rechtsmiddelenverbod echter wel in strijd worden geacht met artikel 6 EVRM.³³¹ Veelzeggend in dit verband is de uitspraak van de Hoge Raad inzake Stichting Thuiszorg Twente/Bulters.³³² In deze zaak was de kantonrechter overgegaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen zonder toekenning van een ontslagvergoeding vanwege (vermeende) fraude van de kant van de werknemer, in de vorm van valse declaraties. In een latere procedure, over de weigering om de ontslagen werknemer wachtgeld te verstrekken (als aanvulling op de – eveneens geweigerde – WW-uitkering), wordt middels getuigenverhoren duidelijk dat van valse declaraties geen sprake was. In de eerdere ontbindingsprocedure was dit door het ontbreken van een deugdelijk feitenonderzoek niet aan het licht gekomen. Advocaat-Generaal Spier schreef hierover in zijn conclusie bij het betreffende arrest: 'In gevallen als de onderhavige – en dat zijn er in ons land ongetwijfeld veel – is triest en in mijn ogen ook moeilijk aanvaardbaar dat voor privé-personen diep ingrijpende beslissingen in één enkele instantie en zonder behoorlijk feitenonderzoek worden genomen. Het wordt m.i. hoog tijd dat aan deze – in mijn ogen – misstand door de wetgever een einde wordt gemaakt. Hieraan doet niet af dat het wettelijk stelsel ook voordelen in zich bergt. Deze wegen m.i. niet tegen de nadelen op. Deze zaak is daarvan een verdrietige illustratie.'³³³ Met Spier en Alt kan ten aanzien van de ontbindingsprocedure worden gesteld dat het ontbreken van een beroepsinstantie in samenhang met het ontbreken van een behoorlijk feitenonderzoek door het uitsluiten van het bewijsrecht, onaanvaardbaar is. Immers, artikel 6 EVRM verzekert dat de rechtzoekende ten minste één instantie ten volle kan benutten.³³⁴ Onder het huidige recht is daarvan geen sprake, zodat het in strijd is met artikel 6 EVRM.³³⁵

³²⁸ Verburg, AA 2011/284.

³²⁹ Alt 2009, p. 237, 246 en 248 & Verburg, AA 2011/284.

³³⁰ Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 oktober 1984, NJ 1988/744. Zie: Verburg, AA 2011/284. Anders: Pennings 2007, p. 237. Overigens menen een aantal auteurs ondanks de voorhanden zijnde jurisprudentie dat het ontbreken van hoger beroep wel degelijk in strijd is met artikel 6 EVRM. Zie bijvoorbeeld: P. Ingelse, 'SER-advies aanvaardbaar; art. 1639w BW zonder hoger beroep strijdig met artikelen 6 EVRM en 14 BUPO', in: A.C.J.M. Wilthagen, *Herziening van het ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 70- 74 en Massuger 1994, p. 19.

³³¹ Alt 2009, 236-239.

³³² HR 14 februari 2003, JAR 2003/72. Zie ook: Loonstra & Zondag 2010, p. 443-444.

³³³ HR 14 februari 2003, JAR 2003/72.

³³⁴ Alt 2009, p. 237.

³³⁵ Zo ook: Alt 2009, p. 234- 239; Verburg, AA 2011/284 en M. Kuijer & S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appèlverbod ex art. 7:685 BW in het licht van art. 6 EVRM', SR 2001-2, p. 50- 57.

4.4 Conclusie

Het huidige ontslagrecht maakt onderdeel uit van het normatief kader waartegen nieuwe ontslagregels kunnen worden afgezet. In dit hoofdstuk is de huidige regelgeving beschreven. Onder meer is gebleken dat de werkgever bij een door hem geïnitieerd ontslag kan bepalen of de route via het UWV dan wel de ontbindingsroute via de kantonrechter wordt bewandeld. Voor de werknemer heeft dit grote consequenties omdat de werkgever daarmee bepaalt of zijn arbeidsovereenkomst al dan niet met inachtneming van een opzegtermijn wordt beëindigd en of hij al dan niet in aanmerking komt voor toekenning van een ontslagvergoeding. In de praktijk blijken werkgevers in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen veelal te kiezen voor de – goedkopere – opzeggingsroute via het UWV, terwijl zij in geval van in de persoon van de werknemer gelegen redenen veelal kiezen voor de – snellere – ontbindingsprocedure. De beide ontslagroutes vormen samen het zogenaamde preventieve duale ontslagstelsel dat men per 1 juli 2015 wil wijzigen.

In dit hoofdstuk is ten aanzien van de regels inzake beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging (na toestemming van UWV) en ten aanzien van de regels inzake beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding, ook onderzocht op welke wijze invulling is gegeven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Ten aanzien van de regels voor opzegging is gebleken dat voornoemd arbeidsrechtelijk beginsel tot uitdrukking komt in het vereiste van voorafgaande toestemming voor opzegging ex artikel 6 BBA en in de sanctie die aan de opzegging zonder de vereiste ontslagvergunning verbonden is, zijnde vernietigbaarheid van de opzegging. Ook de in het Ontslagbesluit gestelde eisen dat het ontslag redelijk moet zijn en dat er een bijzondere grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet zijn, zijn vormen van ongelijkheidscompensatie. Ook de verplichting voor de werkgever om bij de beëindiging van het dienstverband een opzegtermijn in acht te nemen betreft een vorm van ongelijkheidscompensatie. Hetzelfde geldt voor de sanctie die staat op het niet in acht nemen van de geldende opzegtermijn, zijnde schadeplichtigheid. Gebleken is dat de bijzondere opzegverboden en de sancties op opzegging in strijd met een opzegverbod eveneens vormen van ongelijkheidscompensatie betreffen. De mogelijkheid om een beroep te doen op de kennelijk onredelijke opzegging van de dienstbetrekking, waarbij een schadevergoeding of herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden gevorderd, bleek eveneens een vorm van ongelijkheidscompensatie te zijn. Tot slot is gebleken dat het idee van ongelijkheidscompensatie tot uitdrukking komt bij de stelplicht en bewijslastverdeling.

Ten aanzien van de regels voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is vastgesteld dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie tot uiting komt in de in artikel 7:685 BW opgenomen eis dat het ontslag moet berusten op een redelijke grond, in die zin dat er sprake moet zijn van een gewichtige reden bestaande uit een dringende reden of een verandering van omstandigheden. De eis dat de werkgever het bestaan van gewichtige redenen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden dient te stellen en vervolgens aannemelijk moet maken, kan eveneens worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie. Het idee van compensatie van de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer vindt tot slot toepassing in de mogelijkheid om de werknemer ex artikel 7:685 BW een ontslagvergoeding toe te kennen.

In dit hoofdstuk is tevens nagegaan in hoeverre het huidige recht voldoet aan de vereisten van ILO-verdrag nr. 158. Ten aanzien van de regels voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is gebleken dat UWV op basis van artikel 3:1 OB in de praktijk toestemming verleent voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wanneer het voorgenomen ontslag redelijk is en verband houdt met de

geschiktheid of het gedrag van de werknemer of met het functioneren van de onderneming. Dit is in overeenstemming met artikel 4 V158 dat bepaalt dat een dienstverband niet zonder geldige reden mag worden beëindigd. Voorts is vastgesteld dat de op de werkgever rustende bewijslast voor het bestaan van een redelijke grond en van bijzondere redenen voor het ontslag aan de werkgever opgelegd in overeenstemming is met artikel 9 lid 2 V158. Ook is gebleken dat de huidige regels inzake de opzegtermijn en de voor de opzegtermijn in de plaats komende schadeloosstelling, in lijn zijn met de eisen van artikel 11 V158. Hoewel de werknemer in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV in beginsel geen recht heeft op een ontslagvergoeding, maakt de mogelijkheid van toekenning van WW-uitkering of andere sociale voorzieningen, dat het huidige recht voldoet aan de norm van artikel 12 V158. Gebleken is dat de regels voor opzegging van de arbeidsovereenkomst op enkele punten evenwel niet voldoen aan de eisen van ILO-verdrag 158. Zo is ten aanzien van de bijzondere opzegverboden vastgesteld dat niet alle in artikel 5 V158 genoemde opzegverboden zijn opgenomen in de Nederlandse regelgeving. Voorts is gebleken dat het huidige recht in strijd is te achten met artikel 7 V158 aangezien het niet verplicht tot een aan het ontslag voorafgaande hoorprocedure. Tot slot is vastgesteld dat het zeer twijfelachtig is of het huidige recht in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 8 V158. Gebleken is immers dat er geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld tegen de beslissing van UWV. De rechterlijke toets in de civiele procedures op grond van de artikelen 7:681, 7:682 en 6:162 BW ziet niet op de beslissing van UWV, noch op de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf.

Ten aanzien van de regels voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is vastgesteld dat deze in overeenstemming zijn met het bepaalde in artikel 4 V158 dat een geldige reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst eist. Voorts is gebleken dat het huidige recht voor wat betreft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voldoet aan de eisen die artikel 9 lid 2 V158 stelt ten aanzien van de bewijslast. Tevens is gebleken dat het huidige recht in overeenstemming is met artikel 12 V158 inzake de bescherming van het inkomen. Nu het Nederlandse recht een aan het ontslag voorafgaande hoorprocedure niet verplicht stelt, voldoen de regels voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst - evenals de regels voor opzegging van de arbeidsovereenkomst - niet aan het bepaalde in artikel 7 V158. Tevens is gebleken dat het huidige recht inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in strijd is met artikel 8 V158 dat de mogelijkheid regelt om tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in beroep te gaan bij een onpartijdige instantie.

Tot slot is in dit hoofdstuk onderzocht in hoeverre het huidige recht voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Ten aanzien van de UWV-procedure is gebleken dat deze niet voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM omdat er in de procedure geen ruimte is voor bewijslevering van stellingen. Gebleken is voorts dat in de betreffende procedure niet wordt voldaan aan het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende vereiste van een mondelinge behandeling. Ook blijkt er in strijd met artikel 6 EVRM geen sprake te zijn van gelijke proceskansen. Ook het gegeven dat de beslissing van UWV ex artikel 6 BBA en de daarop volgende opzegging van de arbeidsovereenkomst in beroep niet volledig kunnen worden hersteld, maakt dat het huidige recht in strijd is met artikel 6 EVRM.

Ten aanzien van de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW is vastgesteld dat er evenals bij de procedure bij UWV ex artikel 6 BBA in strijd met de eisen van artikel 6 EVRM geen ruimte is voor bewijslevering van stellingen, omdat het reguliere bewijsrecht niet van toepassing is. Gebleken is dat het rechtsmiddelenverbod op zichzelf geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM. Het rechtsmiddelenverbod is in samenhang met de uitsluiting van het civiele bewijsrecht echter wel in strijd te achten met het bepaalde in artikel 6 EVRM.

Eerder is er op gewezen dat de sociale partners in het Sociaal Akkoord hebben aangegeven dat zij het behoud van adequate rechtsbescherming bij onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst beogen. Hiermee veronderstellen zij derhalve dat onder het huidige recht sprake is van adequate rechtsbescherming. Vorenstaande onderzoeksresultaten tonen evenwel aan dat het huidige recht , en dan met name de procedure bij UWV op veel punten in strijd zijn met de relevante internationale normen.

5. BESCHRIJVING EN TOETSING VAN HET ONTSLAGSTELSEL VOLGENS HET SOCIAAL AKKOORD

5.1 Inleiding

Op 11 april 2013 is tussen de regering en de sociale partners een Sociaal Akkoord tot stand gekomen. Aan dit akkoord zijn in het kader van de Stichting van de Arbeid (STAR) onderhandelingen voorafgegaan tussen de sociale partners, te weten de centrale organisaties van werkgevers en werknemers. De resultaten van deze onderhandelingen zijn neergelegd in 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land'.³³⁶ Dit document bevat naast voorstellen op het gebied van de sociale zekerheid, het pensioenstelsel en de regulering van flexibele arbeidsverhoudingen, tevens voorstellen op hoofdlijnen op het gebied van het ontslagrecht.³³⁷ Daartoe bevat het document een aparte paragraaf met betrekking tot de 'herordering van de ontslagbescherming'.³³⁸ In de brief van 11 april 2013, waarin de Minister van SZW, Asscher (hierna: de minister), de Tweede Kamer op de hoogte stelt van de resultaten van het sociaal overleg, geeft de minister aan dat het kabinet de betreffende voorstellen op het gebied van het ontslagrecht in beginsel steunt. De minister wijst er in deze brief tevens op dat een deel van de voorstellen nog gezamenlijke uitwerking behoeft.³³⁹ Overigens zal hieronder blijken dat de in het akkoord van de sociale partners beschreven voorstellen op een aantal punten afwijken van de in de brief van de minister beschreven voorstellen.³⁴⁰ Momenteel wordt er gewerkt aan een wetsvoorstel waarin de plannen van het Sociaal Akkoord worden verwerkt. Op 27 augustus 2013 heeft de Raad voor de Rechtspraak een advies uitgebracht over het betreffende concept wetsvoorstel Wet Werk en zekerheid.³⁴¹ Dit wetsvoorstel is op 30 augustus 2013 ter advisering aan de Raad van State gestuurd. Het kabinet is voornemens om het wetsvoorstel binnenkort aan de Tweede Kamer aan te bieden.³⁴² Gedurende het onderhavige onderzoek was het betreffende wetsvoorstel nog niet openbaar, het maakt zodoende geen deel uit van het gehanteerde onderzoeksmateriaal.

Vanwege de economische crisis waarin Nederland zich thans bevindt, hadden de sociale partners en de minister in eerste instantie afgesproken dat de herziening van het ontslagrecht eerst per 1 januari 2016 zijn beslag zou krijgen.³⁴³ In het op 11 oktober 2013 gesloten begrotingsakkoord 2014 hebben het kabinet, de coalitiepartijen VVD en PvdA en de oppositiepartijen D66, ChristenUnie en SGP echter afgesproken dat de wijzigingen met betrekking tot het ontslag een half jaar eerder, namelijk per 1 juli 2015 zullen worden ingevoerd.³⁴⁴

³³⁶ Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, 11 april 2013.

³³⁷ Houweling 2013, p. 73.

³³⁸ STAR 2013, p. 28- 31.

³³⁹ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 11 april 2013, ref. nr. 2013-0000045997 met bijlagen.

³⁴⁰ In het hierna volgende wordt de term 'Sociaal Akkoord' gebruikt wanneer bedoeld wordt op zowel het document van de sociale partners (hierna: de tekst van de STAR) als op de brief van de minister.

³⁴¹ Raad voor de rechtspraak, *Advies wetsvoorstel hervorming flexrecht, ontslagrecht en Werkloosheidswet*, 27 augustus 2013. Dit advies kan worden gedownload via www.rechtspraak.nl.

³⁴² Volgens de planningsbrief van de minister wordt het wetsvoorstel in november 2013 naar de Tweede Kamer gestuurd. Zie: Bijlage A bij de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 13 mei 2013, ref. nr. 2013-0000054991.

³⁴³ Het Sociaal Akkoord bevat ook voorstellen tot wijzigingen op het vlak van flexibele arbeidsrelaties. Het streven is om deze per 1 januari 2015 door te voeren.

³⁴⁴ Brief van de Minister van Financiën d.d. 11 oktober 2013, p. 11.

In de ontslagparagraaf van de tekst van de STAR wordt erop gewezen dat de sociale partners met het oog op een duurzame arbeidsmarkt een evenwichtige aanpassing van de ontslagbescherming nodig achten. In dit verband formuleren de sociale partners een aantal doelstellingen, waaronder het behoud van adequate rechtsbescherming bij onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.³⁴⁵ Ook de minister geeft in zijn brief aan de Tweede Kamer aan dat de bescherming van werknemers niet ter discussie staat en dat deze dan ook volledig in stand blijft. De minister wijst er in deze brief ook op dat met de voorstellen wordt beoogd het ontslagrecht meer activerend, eerlijker en eenvoudiger te maken. Hierbij dient naar het oordeel van de minister sneller zekerheid te worden geboden aan werknemers en werkgevers. Gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld en de ontslagkosten dienen aanzienlijk te worden beperkt, aldus de minister.³⁴⁶ In het kader van het onderhavige onderzoek wordt met name nagegaan in hoeverre de doelstelling van de sociale partners ten aanzien van het behoud van adequate rechtsbescherming bij onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de door de minister gedane toezegging dat de bescherming van werknemers niet ter discussie staat en volledig in stand blijft, met de plannen in het Sociaal Akkoord ook daadwerkelijk worden bereikt. Overigens is in het vorige hoofdstuk gebleken dat ten aanzien van het huidige recht niet zonder meer kan worden gezegd dat sprake is van adequate rechtsbescherming. Aan zowel de UWV-procedure als aan de procedure bij de kantonrechter blijken immers nogal wat procedurele gebreken te kleven.

In dit hoofdstuk zullen de voorstellen met betrekking tot de hervorming van het ontslagrecht, voor zover die betrekking hebben op het duale ontslagstelsel, nader worden onderzocht. Hierbij wordt uitgegaan van de plannen zoals die zijn opgenomen in de tekst van de STAR en de brief van de minister. Er zal een toetsing plaatsvinden aan het in hoofdstuk 3 ontvouwde normatief kader. Dit brengt met zich mee dat het voorgenomen recht, voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging en door ontbinding, zal worden afgezet tegen het geldende stelsel, tegen het beginsel van ongelijkheidscompensatie en tegen de eisen zoals die zijn neergelegd in ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM. Tot slot zal worden ingegaan op het voornemen om de instelling van sectorale ontslagcommissies en afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao mogelijk te maken.

5.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging (route-UWV)

5.2.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging afgezet tegen het huidige stelsel

De afschaffing van het BBA

Volgens de beide documenten van het Sociaal Akkoord blijft de preventieve ontslagtoets door UWV bestaan, maar zal het BBA worden afgeschaft. In het document van de STAR wordt in dit verband aangegeven dat de ontslagregels niet zullen worden gewijzigd, maar dat deze worden verplaatst naar het BW.³⁴⁷ Volgens de brief van de minister zal het ontslagrecht in hoofdzaak in het BW worden geregeld en zal het BBA komen te vervallen.³⁴⁸ Indien dit voorstel doorgang vindt, ontstaat de toch wel opmerkelijke situatie dat een door een bestuursorgaan verrichte preventieve ontslagtoets in het BW wordt geregeld.

³⁴⁵ STAR 2013, p. 28.

³⁴⁶ Brief van de minister 2013, p. 9.

³⁴⁷ STAR 2013, p. 28.

³⁴⁸ Brief van de minister 2013, p. 9 en punt 34 van de bijlage.

Het voorstel om het BBA te laten vervallen en de BBA-materie op te nemen in het BW is overigens niet nieuw. In het in 1975 bij de Tweede Kamer ingediend wetsontwerp 13 656 werd het ontslagverbod van artikel 6 BBA geregeld in een nieuw artikel 1639f BW.³⁴⁹ Op dit artikel werd zowel in de Tweede Kamer als in de literatuur kritiek geuit. Uit het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer dat betrekking heeft op het wetsontwerp kan onder meer worden afgeleid dat men de motivering van de regering om artikel 6 BBA in het BW te incorporeren te summier achtte. Tevens bestond kritiek op het feit dat in het nieuwe artikel 1639f BW privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke bepalingen dooreen liepen. Daarnaast vond men de procedure met te weinig rechtswaarborgen omkleed. Overigens gaven de leden van verschillende fracties de bewindslieden in overweging om van de gelegenheid gebruik te maken om de bevoegdheid tot het afgeven van een ontslagvergunning in handen te leggen van de rechter. Daarmee zou een betere procesgang, een beter gemotiveerde beslissing en uniformiteit in de beslissingen worden gewaarborgd.³⁵⁰ Ook in de literatuur werd opgemerkt dat er in het nieuwe artikel vrijwel geen procedurele waarborgen te vinden waren. Tevens werd de keuze van de uit de oude regeling overgenomen elementen willekeurig geacht. Tot slot werd kritiek geuit op het feit dat belangrijke onderdelen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nader moesten worden geregeld.³⁵¹

Voor wat betreft de werkingssfeer van het huidige BBA is in het vorige hoofdstuk gebleken dat deze enerzijds ruimer en anderzijds beperkter is dan die van Boek 7 titel 10 BW. De werkingssfeer van het BBA is ruimer dan die van het BW, in die zin dat het BBA niet alleen van toepassing is op de werknemer als bedoeld in artikel 7:610 BW, maar ook op degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander (artikel 1 sub b onder 2 BBA).³⁵² Onduidelijk is of de ruimere strekking van het BBA met de incorporatie in het BW behouden zal blijven. In de literatuur is in dit verband al opgemerkt dat het overnemen van het personele bereik van het BBA in het BW ertoe zal leiden dat Boek 7 titel 10 verder 'vervuild' wordt met artikelen die niet uitsluitend van toepassing zijn op relaties ex artikel 7:610 BW.³⁵³ De keerzijde is dat zij die thans wel onder het personele bereik van het BBA vallen maar geen werknemer zijn in de zin van 7:610 BW, de ontslagbescherming die zij eerder genoten, zullen verliezen.³⁵⁴

Op grond van het huidige artikel 2 BBA is tevens een aantal werknemers van de toepassing van het BBA uitgesloten. Het betreft werknemers die werkzaam zijn bij een publiekrechtelijk lichaam, onderwijzend of docerend personeel, personen die een geestelijk ambt bekleden en huishoudelijk personeel.³⁵⁵ Of men deze werknemers onder de nieuwe regeling blijft uitsluiten van het algemene ontslagverbod is onduidelijk.³⁵⁶

³⁴⁹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 656, nr. 2. Een in 1994 aan de Raad van State aangeboden wetsvoorstel voorzag ook in de afschaffing van het BBA. Het betreffende voorstel werd ingetrokken voordat het aan de Tweede Kamer werd aangeboden. Het wetsvoorstel is wel gepubliceerd in: Van der Heijden, De Laat & Scholtens 1995. Zie ook hoofdstuk 2.

³⁵⁰ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 656, nr. 4.

³⁵¹ M. Overkleeft- Verburg & L. Roijackers, *Een redelijk ontslag? De ontslagprocedure van artikel 6 BBA*, Utrecht: Ars Aequi 1976, p. 206-207.

³⁵² Zie ook: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 140 - 141.

³⁵³ Houweling 2013, p. 75.

³⁵⁴ Uit de MvT bij wetsontwerp 13 656 blijkt dat de bewindslieden destijds onvoldoende aanleiding zagen om een afzonderlijke regeling te treffen voor de groep die op grond van artikel 1 sub b onder 2 BBA onder de werkingssfeer van het BBA viel. Zie: *Kamerstukken II 1975/76*, 13 656, nr. 3, p. 11.

³⁵⁵ Zie ook: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 140 - 141.

³⁵⁶ De regeling van artikel 1639f BW, zoals opgenomen in wetsontwerp 13 656, was niet van toepassing op onderwijzend of docerend personeel en personen die een geestelijk ambt bekleden.

Volgens de tekst van de STAR blijven de huidige ontslagregels gehandhaafd. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de nadere uitwerking van het ontslagverbod van artikel 6 BBA is neergelegd in het Ontslagbesluit. Met het opnemen van het BBA in het BW dient zich de vraag aan wat er gaat gebeuren met het Ontslagbesluit. Vermoedelijk komt er in het BW, evenals bij voornoemd wetsontwerp 13 656, een verwijzing naar een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB), waarin de regels van het Ontslagbesluit zijn vervat. Een en ander zal moeten blijken uit het nog te verschijnen wetsontwerp.³⁵⁷

Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid

Op grond van het huidige duale ontslagstelsel kan de werkgever die de arbeidsovereenkomst eenzijdig wil beëindigen, kiezen tussen twee verschillende procedures, te weten de ontslagroute via het UWV (opzegging) en de ontslagroute via de kantonrechter (ontbinding). In het Sociaal Akkoord wordt deze keuzemogelijkheid voor de werkgever afgeschaft. Volgens de plannen in het Sociaal Akkoord wordt voortaan voor wat betreft de te volgen procedure een onderscheid gemaakt op basis van de reden van het ontslag. In geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid dient de werkgever te beschikken over voorafgaande toestemming voor opzegging van UWV. In geval van ontslag wegens in de persoon gelegen redenen of een verstoorde arbeidsrelatie is er de route via de kantonrechter en dient laatstgenoemde te worden verzocht om over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Gezien het vorenstaande blijven er verschillende routes bestaan om te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen de wil van de werknemer (behoudens ontslag op staande voet), zij het dat de werkgever niet langer kan kiezen welke van beide routes wordt gevolgd. Met de in het Sociaal Akkoord voorgestelde taakverdeling tussen UWV en de kantonrechter wordt aangesloten bij de tweedeling zoals die in de praktijk is gegroeid. In het vorige hoofdstuk is immers gebleken dat werkgevers in geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen over het algemeen kiezen om UWV toestemming te vragen voor opzegging, terwijl werkgevers in geval van andere dan bedrijfseconomische redenen er vaak toe overgaan een ontbindingsverzoek in te dienen bij de kantonrechter omdat het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV strengere eisen stellen. In de literatuur werd eerder al voorgesteld om bij de hervorming van het ontslagrecht rekening te houden met de in de praktijk bestaande taakverdeling tussen UWV en de kantonrechter. Zo pleitte Van Arkel in haar proefschrift voor de invoering van een dergelijke taakverdeling. Zij achtte deze om redenen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid noodzakelijk, aangezien haar onderzoek uitwees dat de procedures bij UWV en de kantonrechter tot een verschillende behandeling leiden, ondanks het feit dat deze instanties over dezelfde gronden voor ontslag besluiten.³⁵⁸

Hier dient nog te worden opgemerkt dat in de literatuur de vraag is opgeworpen wat straks dient te gelden indien werkgever en werknemer het niet eens zijn over de vraag of er sprake is van ontslag om bedrijfseconomische of persoonsgebonden redenen. In dit verband is gewezen op het voorbeeld waarbij de werkgever van mening is dat er sprake is van bedrijfseconomische redenen, terwijl de werknemer daarentegen meent dat het gaat om een verstoorde arbeidsrelatie.³⁵⁹ Te verwachten valt dat dit specifieke aspect in de praktijk niet daadwerkelijk tot problemen zal leiden. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer wil beëindigen, zal diens keuze

³⁵⁷ Houweling werd met dezelfde vraag geconfronteerd naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel van Koser Kaya en de Hoofdlijnennotitie. Zie: Houweling 2012a, p. 313.

³⁵⁸ Van Arkel 2007, p. 397-399.

³⁵⁹ Houweling 2013, p. 75. Zo ook: R. Duk, 'De polder wast witter?', *TRA* 2013/54.

leidend zijn. Indien de betreffende werkgever UWV verzoekt om een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen, kan de werknemer verweer voeren en daarbij te kennen geven dat er geen sprake is van bedrijfseconomische redenen, maar van een verstoorde arbeidsrelatie. Het oordeel hierover is aan UWV. Indien UWV het standpunt van de desbetreffende werknemer onderschrijft, zal het verzoek van de werkgever worden afgewezen en zal de werkgever alsnog naar de kantonrechter moeten stappen. In theorie is samenloop van beide procedures net als onder het huidige recht mogelijk. Echter, in de praktijk zal de werknemer uit voornoemd voorbeeld wellicht niet snel zelf alsnog naar de kantonrechter stappen teneinde om ontbinding te vragen. Daaraan zijn immers risico's verbonden voor wat betreft het geldend maken van het recht op WW-uitkering. Bovendien heeft de werknemer daarmee weinig of niets te winnen. In het hierna volgende zal namelijk blijken dat zowel bij de UWV-route als bij de ontbindingsroute aanspraak bestaat op een transitievergoeding.

Anders dan de hierboven genoemde situatie waarbij werkgever en werknemer het niet met elkaar eens zijn over de reden voor het ontslag, is de situatie waarin de werkgever besluit om zowel bij UWV als bij de kantonrechter een verzoek in te dienen omdat sprake zou zijn van samenloop van verschillende ontslaggronden, wel degelijk problematisch te achten. In het nog te verschijnen wetsvoorstel zal hiervoor in ieder geval een regeling moeten worden getroffen.³⁶⁰ Het voorstel om in geval van samenloop de kantonrechter bevoegd te maken, kan mogelijk uitkomst bieden. De kantonrechter behandelt onder het huidige recht immers ook de restcategorieën.³⁶¹ Tot slot dient hier nog te worden opgemerkt dat een op basis van de ontslaggrond dwingend voorgeschreven ontslagroute het risico met zich meebrengt dat de werkgever de reden voor het ontslag zal laten afhangen van de route die hem het beste uitkomt. In het hierna volgende zal blijken dat er sprake blijft van een zekere mate van ongelijkheid tussen de beide routes, aangezien de werknemer in de praktijk alleen bij de kantonrechter, in geval van ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen, aanspraak zal kunnen maken op een additionele vergoeding naast de transitievergoeding.

Opzegtermijn

Onder het huidige recht kan de werkgever nadat van UWV een ontslagvergunning is verkregen, overgaan tot opzegging. Hierbij dient hij de wettelijke of contractuele opzegtermijn in acht te nemen. In geval van opzegging met toestemming van UWV wordt de opzegtermijn ingevolge het bepaalde in artikel 7:672 BW met één maand verkort, met dien verstande dat er een opzegtermijn van ten minste één maand resteert.

De sociale partners en het kabinet stellen in het Sociaal Akkoord dat zij de wettelijke opzegtermijnen ongewijzigd laten. Zij zijn evenwel voornemens om de proceduretijd bij UWV te verrekenen met de opzegtermijn, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt.³⁶² In de bijlage bij de brief van de minister wordt daar nog aan toegevoegd dat UWV de ontslagaanvragen in principe binnen vier weken afhandelt, mits een zorgvuldige afhandeling hieraan niet in de weg staat.³⁶³

³⁶⁰ De Raad voor de Rechtspraak noemt in dit verband het voorbeeld waarbij de werknemer langdurig ziek is en er tevens sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. De Raad meent dat moet worden geregeld dat de kantonrechter zich in een dergelijke situatie, vanwege het 'restkarakter' van de door hem te beoordelen ontslaggronden, niet onbevoegd moet verklaren. Zie: Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4.

³⁶¹ Zie: W.H.A.C.M. Bouwens & G.C. Boot, 'Experts aan het woord', *Tijdschrift voor arbeid & onderneming* 2013-3, p. 100 en Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4.

³⁶² STAR 2013, p. 28 en punt 37 van de bijlage bij brief van de minister 2013.

³⁶³ Punt 37 van de bijlage bij brief van de minister 2013.

Thans duurt de procedure bij UWV doorgaans minstens zes tot acht weken. Uit de Jaarrapportage Ontslagstatistiek blijkt dat UWV in 2009 slechts in 8% van de gevallen binnen twee weken besliste op het verzoek van de werkgever om een ontslagvergunning te verlenen wegens bedrijfseconomische redenen (individueel aangevraagd). In slechts 35% van de gevallen werd binnen twee tot vier weken beslist. UWV besliste in 2009 in 10% van de gevallen binnen twee weken op het verzoek van de werkgever om een ontslagvergunning te verlenen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Voorts werd in slechts 37% van de gevallen binnen twee tot vier weken beslist.³⁶⁴ Een beslistermijn van vier weken is derhalve zeer kort: het nemen van een zorgvuldige beslissing, waarbij onder meer voldoende gelegenheid is voor hoor en wederhoor, vergt immers tijd. Het risico bestaat dat de werknemer die zich niet altijd door een rechtshulpverlener zal laten bijstaan, verzuimt om afdoende verweer te voeren nu hij daarvoor hooguit een week de tijd zal hebben. Ook zal er minder gelegenheid zijn voor een tweede ronde van hoor en wederhoor en wordt de ontslagcommissie gedwongen sneller te adviseren.³⁶⁵ Mede in het licht van de in het vorige hoofdstuk besproken procedurele gebreken, is het derhalve onwenselijk om de beslistermijn terug te brengen naar vier weken.

Indien het voornemen doorgang vindt om de proceduretijd bij UWV te verrekenen met de opzegtermijn, zal dit met name bij oudere werknemers met een langer dienstverband kunnen leiden tot een kortere opzegtermijn dan thans het geval is. Onder het huidige recht wordt de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn op grond van artikel 7:672 lid 4 BW immers standaard met één maand verkort wanneer UWV toestemming heeft verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt). De op de opzegtermijn te korten termijn kan op basis van het voorgenomen recht langer worden dan één maand, afhankelijk van de duur van de UWV-procedure. Een kortere opzegtermijn leidt evenwel tot een kleinere kans op werkhervatting tijdens de opzegtermijn, hetgeen mogelijk leidt tot een hogere instroom in de WW. De voorgenomen wijziging van de regeling van de opzegtermijn brengt dan ook een verslechtering van de rechtsbescherming van de werknemer met zich mee.

Opzegging zonder beslissing van UWV

In de tekst van de STAR wordt aangegeven dat het ontslag nietig is wanneer een beslissing van UWV ontbreekt.³⁶⁶ Niet duidelijk is of dit ook geldt in het geval dat opzegging geschiedt na een negatieve beslissing van UWV (i.e. een weigering van de ontslagvergunning). De tekst van de STAR geeft immers niet aan wat er in het laatstgenoemde geval dient te gebeuren. Er wordt slechts aangegeven dat de werkgever de werknemer bij een negatieve beslissing van UWV niet kan ontslaan. In de brief van de minister blijft een en ander onbesproken. Overigens is de voorgenomen sanctie van nietigheid bij opzegging zonder ontslagvergunning opmerkelijk. Het huidige arbeidsrecht kent immers nog nauwelijks nietigheden en op grond van het huidige artikel 9 BBA is opzegging zonder toestemming van UWV vernietigbaar. Het vorenstaande verdient aandacht bij de uitwerking van de betreffende plannen.

Transitievergoeding

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de vraag of de werknemer aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding onder het huidige recht afhankelijk is van de door de werkgever gekozen

³⁶⁴ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009, juni 2010. Na 2009 zijn er ten aanzien van de duur van de procedure geen cijfers meer gepubliceerd.

³⁶⁵ Duk 2013a, p. 20.

³⁶⁶ STAR 2013, p. 28. In de brief van de minister blijft dit aspect onbesproken.

ontslagroute. In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ex artikel 7:685 BW kan recht bestaan op een ontslagvergoeding die wordt berekend op basis van de zogenaamde kantonrechtersformule. In geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV ex artikel 6 BBA bestaat in beginsel geen recht op ontslagvergoeding. De werknemer kan zich na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wel tot de kantonrechter wenden teneinde in een zogenaamde kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex artikel 7:681 BW schadevergoeding te vorderen. In de praktijk blijkt de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW lager uit te vallen dan de ontslagvergoeding ex artikel 7:685 BW.

Met de plannen zoals verwoord in het Sociaal Akkoord wordt middels de toekenning van een transitievergoeding aan alle werknemers beoogd een einde te maken aan het tussen beide procedures bestaande onderscheid op het vlak van de ontslagvergoeding. Voorstellen tot standaard toekenning van een (transitie)vergoeding werden ook al opgenomen in het voorstel van minister Donner³⁶⁷, in de hoofdlijnennotitie³⁶⁸ en in het Regeerakkoord van VVD en PvdA³⁶⁹. Reeds een 15-tal jaren eerder, in de zogenaamde motie Van Nieuwenhoven, ingediend tijdens de behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid, werd de regering al eens verzocht om onderzoek te laten verrichten naar de mogelijkheid om in het kader van de RDA (thans UWV)-procedure bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging een vergoeding toe te kennen.³⁷⁰

Volgens de plannen in het Sociaal Akkoord hebben werknemers vanaf 1 juli 2015 in geval van onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst recht op een zogenaamde transitievergoeding. Zowel bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst als bij opzegging na toestemming van UWV bestaat voortaan een wettelijk recht op een vergoeding. Volgens de tekst van de STAR moet het gaan om een 'onvrijwillig' einde van het dienstverband. Wat er precies onder het begrip 'onvrijwillig' moet worden verstaan, is op basis van de beide documenten inzake het Sociaal Akkoord niet duidelijk.³⁷¹ De Raad voor de Rechtspraak heeft er terecht op gewezen dat een werknemer niet uit zichzelf ontslag zal nemen, indien hij voorziet dat hij binnen afzienbare tijd zal worden ontslagen.³⁷²

Ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding wordt in de beide documenten van het Sociaal Akkoord aangegeven dat deze een derde deel van een maandsalaris per dienstjaar bedraagt en dat vanaf het tiende dienstjaar wordt uitgegaan van een half maandsalaris per dienstjaar. De

³⁶⁷ Bijlage 1 bij de brief van 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064, p. 8- 9.

³⁶⁸ *Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 400.

³⁶⁹ Regeerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33.

³⁷⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 37. Het betreffende onderzoek werd gepubliceerd in: R.M. Beltzer, R. Knecht & A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen. Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998. De onderzoekers concludeerden dat in de literatuur vrij algemeen de mening werd gedeeld dat de RDA niet bevoegd was om een vergoeding vast te stellen. De onderzoekers wezen echter ook op het standpunt van Barendrecht. Deze was van mening dat een dergelijke bevoegdheid er wel degelijk moest komen. Hierbij zou sprake moeten zijn van een wettelijke vergoeding op basis van objectieve normen. Tevens zou beroep op de rechter mogelijk moeten zijn. Zie: Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 109. Uit onderzoek onder kantonrechters, rechtshulpverleners en RDA-en bleek dat de meningen verdeeld waren voor wat betreft de vraag of de RDA de bevoegdheid zou moeten krijgen om zelf vergoedingen vast te stellen. Voorstanders meenden dat hiermee het onderscheid tussen de beide ontslagroutes voor wat betreft de ontslagvergoeding kon worden opgeheven. Tegenstanders meenden dat het vaststellen van vergoedingen geen taak is voor een niet-onafhankelijk bestuursorgaan. Zie: Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 119.

³⁷¹ Barentsen liep tegen dezelfde vraag aan bij de bespreking van de plannen ten aanzien van de toekenning van een transitiebudget, zoals die waren verwoord in het Regeerakkoord. Volgens deze plannen zou aanspraak kunnen worden gemaakt op een transitiebudget in geval van 'onvrijwillig' ontslag. Barentsen vroeg zich terecht af of het hier om een ruim begrip zou gaan of om een eng begrip dat lijkt op 'verwijtbaar werkloos' uit de WW. Zie: B. Barentsen, 'Ontslagvergoedingen in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2013/23.

³⁷² Volgens de Raad komt dit de mobiliteit niet ten goede. Zie: Raad voor de rechtspraak 2013, p 7.

transitievergoeding kent een maximum van € 75.000,- of een jaarsalaris wanneer dat jaarsalaris hoger is dan € 75.000,-.³⁷³ Of het hier bruto- of nettobedragen betreft, maken de beide documenten van het Sociaal Akkoord niet duidelijk.³⁷⁴ Ook is op basis van de beide documenten van het Sociaal Akkoord niet duidelijk of de transitievergoeding al dan niet vrij mag worden besteed. Bij een soortgelijk voorstel zoals dat was opgenomen in de hoofdlijnennotitie van toenmalig minister Kamp, leek het er evenwel op dat de transitievergoeding verplicht diende te worden ingezet voor het vinden van ander werk.³⁷⁵

Uit de brief van de minister blijkt dat aanspraak bestaat op de betreffende transitievergoeding bij één of meer dienstverbanden die minimaal twee jaar hebben geduurd, zowel bij tijdelijke als vaste contracten.³⁷⁶ Het gegeven dat een werknemer ook bij de beëindiging van een tijdelijk dienstverband aanspraak gaat maken op een vergoeding, betreft een belangrijke wijziging ten opzichte van het huidige recht. Overigens wordt in de tekst van de STAR de voorwaarde niet vermeld dat het dienstverband minimaal twee jaar moet hebben geduurd.³⁷⁷

Uit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer kan het als wenselijk worden beschouwd dat bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in beginsel altijd recht bestaat op een transitievergoeding. Immers, het vooruitzicht voor de werkgever dat de betreffende vergoeding moet worden toegekend, kan ertoe leiden dat hij minder snel overgaat tot ontslag van een werknemer. Er kan derhalve een preventieve werking van uitgaan. De betreffende transitievergoeding stelt de werknemer bovendien in staat om de eigen employability te vergroten, waarmee de kansen op het (sneller) vinden van een nieuwe dienstbetrekking worden vergroot en waarmee de afhankelijkheid van de huidige werkgever verminderd wordt. Overigens wordt daarmee ook de materiële schade door het ontslag verkleind.³⁷⁸

Volgens de tekst van de STAR wordt van de transitievergoeding een 'ontslagvergoeding' onderscheiden, welke fungeert als een correctie op de transitievergoeding in geval van ernstige verwijtbaarheid van de kant van de werknemer of de werkgever.³⁷⁹ In de brief van de minister wordt in dit verband aangegeven dat het recht op een transitievergoeding vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de kant van de werknemer en dat in aanvulling op de transitievergoeding een (niet gemaximeerde) vergoeding kan worden toegekend aan de werknemer in het geval dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.³⁸⁰ Een dergelijke correctie op de transitievergoeding op basis van ernstige verwijtbaarheid zal in de praktijk vrijwel uitsluitend een rol spelen bij ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen of bij een verstoorde arbeidsrelatie. Derhalve zal in paragraaf 5.3 nader op de 'ontslagvergoeding' c.q. 'additionele vergoeding' worden ingegaan. Overigens was een dergelijk onderscheid tussen de transitievergoeding en de 'ontslagvergoeding' ook al opgenomen in de hoofdlijnennotitie³⁸¹ en in het Regeerakkoord van VVD en PvdA³⁸².

³⁷³ STAR 2013, p. 29; brief van de minister 2013, p. 9 en punt 39 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁷⁴ Zo ook: Noordoven, *Bb* 2013/44.

³⁷⁵ Zie: Van Zanten-Baris 2012, p. 326.

³⁷⁶ Brief van de minister 2013, p. 9 en punt 39 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁷⁷ STAR 2013, p. 29; brief van de minister 2013, p. 9 en punt 39 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁷⁸ A. van Zanten-Baris 2012, p. 324- 325.

³⁷⁹ STAR 2013, p. 29. De tekst van de STAR vermeldt dat het wenselijk is om een andere naam te hanteren voor de 'ontslagvergoeding'. Daarmee kan het verschil met de huidige ontslagvergoeding bij ontbinding worden gemarkeerd, aldus de tekst van de STAR. In het advies van de Raad voor de Rechtspraak wordt gesproken van 'additionele vergoeding'.

³⁸⁰ Brief van de Minister 2013, p. 9.

³⁸¹ *Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 400.

³⁸² Regeerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33.

De tekst van de STAR vermeldt dat de door de werkgever verrichte inspanningen op het gebied van employability in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding. In de bijlage bij de brief van de minister wordt in dit verband aangegeven dat onder meer kosten voor 'van-werk-naar-werk' en scholing die in overleg met de werknemer zijn gemaakt in het kader van het ontslag, in mindering kunnen worden gebracht.³⁸³ Deze maatregel is nadelig voor de werknemer aangezien hiermee op voorhand minder voorspelbaar wordt welke compensatie kan worden verwacht in geval van ontslag.³⁸⁴ Indien dit plan wordt doorgezet, is de aanvulling van de minister terecht dat het moet gaan om in overleg met de werknemer gemaakte kosten in het kader van het ontslag. Het kan immers niet zo zijn dat de werkgever alle tijdens het dienstverband gemaakte (scholings)kosten voor de betreffende werknemer op de transitievergoeding in mindering kan brengen. In navolging van de kritiek van Staal op een soortgelijk plan dat was opgenomen in het voorstel van toenmalig minister Donner³⁸⁵, dient te worden opgemerkt dat een werknemer doorgaans op grond van eisen van een behoorlijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst recht heeft op scholingsinspanningen van de werkgever, zodat een dergelijke scholingskostenaf trek ten nadele van de werknemer niet gepast is.³⁸⁶ Indien alle eerdere scholingskosten op de transitievergoeding in mindering kunnen worden gebracht, bestaat bovendien het gevaar dat deze vergoeding een lege huls wordt. Overigens dient zich de vraag aan hoe een en ander zich verhoudt tot reeds afgesloten studieovereenkomsten en de huidige jurisprudentie op dat punt. Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft in haar onlangs verschenen advies kritiek geuit op voornoemd plan. De Raad acht het van belang dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen scholing die gericht is op de arbeidsmarktpositie van de werknemer en scholing die gericht is op verbetering van het functioneren van de werknemer in de onderneming. De Raad acht het niet redelijk om laatstgenoemde vorm van scholing in mindering te brengen op de transitievergoeding, aangezien de werkgever daar zelf ook de vruchten van plukt.³⁸⁷ Het door de Raad gemaakte onderscheid lijkt echter minder goed hanteerbaar: scholing leidt doorgaans immers zowel tot een verbetering van de arbeidsmarktpositie van de werknemer als tot een verbetering van het functioneren van de werknemer binnen de onderneming. Zoals aangegeven, valt daarom de visie van Staal te onderschrijven om enkel de in het kader van het ontslag gemaakte kosten op de transitievergoeding in mindering te brengen. Indien het voorstel om alle eerdere scholingskosten op de transitievergoeding in mindering te brengen daadwerkelijk in de wet wordt opgenomen, zal dat bovendien leiden tot een groot aantal juridische procedures. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer is het betreffende voorstel onwenselijk. Overigens blijkt uit de tekst van de STAR dat men voornemens is om in het BW voor de werkgever expliciet de verplichting op te nemen om te investeren in werknemers en voorzieningen te treffen ten behoeve van toekomstige (vrijwillige of gedwongen) externe mobiliteit. Daar tegenover staat dat voor de werknemer de verplichting zal worden opgenomen om te investeren in de eigen employability.³⁸⁸ Het lijkt hier te gaan om een uitbreiding van de verplichtingen op grond van goed

³⁸³ STAR 2013, p. 29 en punt 44 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁸⁴ Noordoven, *Bb* 2013/44.

³⁸⁵ Bijlage 1 bij de brief van 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064, p. 8- 9. Het voorstel tot wijziging van het ontslagrecht van toenmalig Minister Donner bevatte eveneens een voornemen tot toekenning van een wettelijke vergoeding aan iedere werknemer, waarop eventuele scholingskosten in mindering konden worden gebracht, zij het dat de aftrek werd gemaximeerd tot een gedrag gelijk aan een kwart van het maandsalaris per dienstjaar.

³⁸⁶ Staal, *SMA* 2007, p. 315-319.

³⁸⁷ Raad voor de rechtspraak 2013, p 7.

³⁸⁸ STAR 2013, p. 29.

werkgeverschap en goed werknemerschap ingevolge artikel 7:611 BW.³⁸⁹ Meer nog dan de transitievergoeding bij het ontslag, draagt een dergelijke plicht voor de werkgever om tijdens het dienstverband in de werknemer te investeren bij aan het vergroten van de rechtsbescherming van de werknemer. Immers, het stelt de werknemer reeds tijdens het dienstverband in staat om de eigen inzetbaarheid c.q. de kansen op een nieuwe dienstbetrekking te vergroten, waarmee ook de afhankelijkheid van de huidige werkgever verminderd wordt.³⁹⁰

Ten aanzien van het voornemen om eerder verrichte inspanningen op het gebied van employability op de transitievergoeding in mindering te brengen, vermeldt de tekst van de STAR dat inzake de vraag wanneer er sprake is van verrekenbare inspanningen of van een voldoende adequaat niveau van voorzieningen, nadere regels dienen te worden opgesteld door middel van een aanbeveling van de STAR en in overleg met de Kring van Kantonrechters.³⁹¹ In de literatuur is in dit verband opgemerkt dat niet duidelijk is waarom de democratisch gekozen wetgever buiten de betreffende discussie wordt gehouden, maar dat mogelijk is gekozen voor een pragmatische oplossing.³⁹² Er dient in dit verband op te worden gewezen dat in de bijlage bij de brief van de minister wordt aangegeven dat de voorwaarden waaronder de betreffende kosten in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding, met de sociale partners nader zullen worden uitgewerkt.³⁹³ Derhalve ziet de minister op dit punt kennelijk wel degelijk een taak weggelegd voor de wetgever. Ook hier kan gesproken worden van een terechte aanvulling van de minister: het is onwenselijk om het opstellen van de betreffende nadere regels over te laten aan de STAR en de Kring van Kantonrechters. Ten aanzien van het plan om eerdere scholingsinspanningen – al dan niet in het kader van het ontslag – met de transitievergoeding te verrekenen, kan tot slot worden opgemerkt dat op dit punt grote aantallen juridische procedures te verwachten zijn.

Het Sociaal Akkoord voorziet in de mogelijkheid van een beroep door de werkgever op een hardheidsclausule. Hierbij kan de hoogte van de transitievergoeding naar beneden worden bijgesteld of kan de verplichting tot betaling van de vergoeding komen te vervallen, indien de financiële situatie van de betreffende werkgever daartoe noopt. De tekst van de STAR geeft op dit punt aan dat dit aan de orde kan zijn wanneer de continuïteit van het bedrijf in gevaar komt of indien de betaling van de transitievergoeding ertoe zou leiden dat een groter aantal werknemers ontslagen dient te worden.³⁹⁴ In de bijlage bij de brief van de minister wordt aangegeven dat dit aspect nadere uitwerking behoeft in overleg met de sociale partners.³⁹⁵ Vooralsnog is niet duidelijk op welke wijze een dergelijk beroep op de hardheidsclausule zal worden beoordeeld.³⁹⁶ Een werkgever zal een beroep op de hardheidsclausule mijns inziens in ieder geval dienen te onderbouwen met objectieve financiële gegevens (bijvoorbeeld de jaarstukken over de afgelopen drie jaar). In de tekst van de STAR wordt overigens aangegeven dat de verplichting voor de werkgever om voorzieningen te treffen alvast in de wet zal worden opgenomen om de opbouw van transitievoorzieningen mogelijk te maken per 1 januari 2014.³⁹⁷ Het is aannemelijk dat hiermee in ieder geval wordt gedoeld op de verplichting voor

³⁸⁹ Zo ook: Noordoven, *Bb* 2013/44.

³⁹⁰ Van Zanten-Baris 2012, p. 324.

³⁹¹ STAR 2013, p. 29.

³⁹² Houweling 2013, p. 76.

³⁹³ Punt 44 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁹⁴ STAR 2013, p. 30.

³⁹⁵ Punt 41 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

³⁹⁶ Noordoven, *Bb* 2013/44.

³⁹⁷ STAR 2013, p. 30.

de werkgever om vanaf 1 januari 2014 middelen te reserveren voor de vanaf 1 juli 2015 uit te betalen transitievergoedingen.³⁹⁸

Voor werknemers die op 1 juli 2015 50 jaar of ouder zijn en een dienstverband hebben van minimaal tien jaar, wordt volgens de plannen in het Sociaal Akkoord een overgangsregeling getroffen, welke geldt tot 2020. De overgangsregeling brengt met zich mee dat voornoemde oudere werknemers aanspraak maken op een hogere transitievergoeding, berekend naar een maandsalaris per dienstjaar met een maximum van € 75.000,-. De transitievergoeding bedraagt een jaarsalaris wanneer dat jaarsalaris hoger is dan € 75.000,-.³⁹⁹ In de brief van de minister wordt nog aangegeven dat de kwetsbare positie van oudere werknemers op de arbeidsmarkt de reden vormt voor het overgangsrecht. Men kan zich echter afvragen waarom dit in 2020, wanneer de overgangsregeling ten einde komt, anders zou zijn.⁴⁰⁰ Ten aanzien van de overgangsregeling is er in de literatuur terecht op gewezen dat nog moet worden bezien of dit onderscheid naar leeftijd objectief kan worden gerechtvaardigd. Op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) is een dergelijk onderscheid slechts toegestaan wanneer de betreffende regeling passend en noodzakelijk kan worden geacht.⁴⁰¹

Van de toepassing van voornoemde overgangsregeling worden MKB-bedrijven met minder dan 25 werknemers uitgezonderd. In de brief van de minister en in de bijlage bij die brief wordt aangegeven dat dit nader zal worden uitgewerkt door de sociale partners in overleg met het kabinet.⁴⁰² De tekst van de STAR is op dit punt wat meer uitgebreid. Hierin wordt aangegeven dat de uitzondering op de toepassing van de overgangsregeling nader dient te worden uitgewerkt door middel van een dispensatieregeling, een compensatieregeling of een regeling in de meest relevante sectoren, dan wel door middel van een combinatie van dergelijke regelingen.⁴⁰³ De keuze voor de grens van 25 werknemers lijkt arbitrair. Ook hier zou op basis van objectieve financiële gegevens (bijvoorbeeld de jaarstukken over de afgelopen drie jaar) kunnen worden vastgesteld of een werkgever financiële ruimte heeft om een hogere vergoeding conform de overgangsregeling te betalen. Overigens worden werkgevers in andere arbeidsrechtelijke wetgeving over het algemeen van de toepassing van een regeling uitgezonderd wanneer sprake is van minder dan 10 werknemers.⁴⁰⁴

In de tekst van de STAR wordt vermeld dat van alle regelingen met betrekking tot de vergoeding kan worden afgeweken bij cao en sociaal plan.⁴⁰⁵ Uit de opmaak van de tekst kan echter worden afgeleid dat de sociale partners hierbij uitsluitend de regeling van de transitievergoeding en niet de (hierna te bespreken) additionele ontslagvergoeding voor ogen hebben.⁴⁰⁶ Het ligt ook niet in de rede dat de rechter beperkt wordt in zijn discretionaire bevoegdheid om een ontslagvergoeding op maat toe te

³⁹⁸ Zo ook: Houweling 2013, p. 76.

³⁹⁹ STAR 2013, p. 30; brief van de Minister 2013, p. 9 en punt 40 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴⁰⁰ Zo ook: Houweling 2013, p. 76-77. Houweling heeft in dit verband geopperd dat de keuze voor 2020 mogelijk is gebaseerd op de krapte die men te zijner tijd voorziet op de arbeidsmarkt.

⁴⁰¹ Houweling 2013, p. 77 (met verwijzingen naar de betreffende jurisprudentie).

⁴⁰² Brief van de minister 2013, p. 9 en punt 40 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴⁰³ STAR 2013, p. 30.

⁴⁰⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 2 lid 12 Wet aanpassing arbeidsduur en artikel 35d van de Wet op de ondernemingsraden.

⁴⁰⁵ STAR 2013, p. 30.

⁴⁰⁶ Anders: Houweling 2013, p. 76. Houweling heeft kennelijk niet onderkend dat uit de opmaak van de tekst kan worden opgemaakt dat de STAR enkel doelt op transitievergoedingen en niet tevens op de ontslagvergoeding.

kennen door middel van een cao.⁴⁰⁷ Ook in de bijlage bij de brief van de minister wordt aangegeven dat bij cao van de regeling van de transitievergoeding kan worden afgeweken. In dit document wordt daar nog aan toegevoegd dat de cao dient te voorzien in een vergelijkbare voorziening, welke is gericht op employability.⁴⁰⁸ Hierbij rijst de vraag wanneer er sprake is van een vergelijkbare voorziening. Bovendien is het de vraag of werknemersorganisaties voldoende op kunnen komen voor de belangen van werknemers op dit punt (en andere punten). In paragraaf 5.4 zal hier nader op in worden gegaan.

Mogelijkheden voor de werkgever na weigering ontslagvergunning

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de mogelijkheden voor de werkgever na een weigering van de ontslagvergunning door UWV en de mogelijkheden voor de werknemer na een toekenning van de ontslagvergunning, onder het huidige recht beperkt zijn. Onder het huidige recht kan de werkgever zich na een negatieve beslissing van UWV (lees: een weigering van de ontslagvergunning) tot de kantonrechter wenden teneinde deze te verzoeken om de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW alsnog te ontbinden. De kantonrechter oordeelt vervolgens op basis van zijn eigen overwegingen, onafhankelijk van de overwegingen die UWV ten grondslag heeft gelegd aan de weigering van de ontslagvergunning.⁴⁰⁹ Tegen de ontbindingsbeschikking staat onder het huidige recht op grond van het bepaalde in artikel 7:685 lid 11 BW in beginsel geen hoger beroep en cassatie open. Daarnaast kan de werkgever UWV opnieuw verzoeken om toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Voor wat betreft de plannen in het Sociaal Akkoord geeft de tekst van de STAR aan dat de werkgever de werknemer bij een negatieve beslissing van UWV niet kan ontslaan, maar dat de werkgever de zaak in beroep kan voorleggen aan de kantonrechter. Voorts geeft de tekst van de STAR aan dat er altijd hoger beroep mogelijk is van UWV (bij bedrijfseconomische redenen) op de kantonrechter. De Hoge Raad vormt de hoogste instantie, aldus de tekst van de STAR.⁴¹⁰ In de brief van de minister wordt aangegeven dat de werkgever in geval van een negatieve beslissing van UWV de rechter om ontbinding kan vragen.⁴¹¹ Voorts wordt in de bijlage aangegeven dat hoger beroep tegen de uitspraak van de rechter mogelijk is conform regulier procesrecht.⁴¹²

In de literatuur zijn voornoemde documenten als volgt geïnterpreteerd: op grond van de tekst van de STAR kan van een negatieve beslissing van UWV in appèl worden gegaan bij de kantonrechter, waarna in cassatie kan worden gegaan bij de Hoge Raad (kort weergegeven⁴¹³: UWV-kantonrechter-HR). Volgens Houweling is er op grond van de brief van de minister een extra procedure, in die zin dat de werkgever zich na de beslissing van UWV tot de ontbindingsrechter kan wenden en vervolgens in hoger beroep en cassatie bij respectievelijk het gerechtshof en de Hoge Raad kan gaan (UWV-kantonrechter-Hof-HR).⁴¹⁴ Men kan de tekst van de STAR echter ook als volgt interpreteren: de werkgever kan na een negatieve beslissing van UWV naar de kantonrechter stappen en vervolgens is

⁴⁰⁷ Ook Houweling merkt in dit verband op dat sprake zou zijn van een merkwaardige situatie, indien de rechter bij een cao beperkt zou worden van de discretionaire bevoegdheid om een passende ontslagvergoeding toe te kennen. Zie: Houweling 2013, p. 76.

⁴⁰⁸ Punt 45 van de bijlage bij de brief van de Minister 2013.

⁴⁰⁹ Loonstra & Zondag 2010, p. 379.

⁴¹⁰ STAR 2013, p. 28-29.

⁴¹¹ Brief van de minister 2013, p. 9.

⁴¹² Punt 36 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴¹³ Deze manier van verkort weergegeven heb ik ontleend aan de tekst van Houweling. Zie: Houweling 2013, p. 75- 76.

⁴¹⁴ Houweling 2013, p. 76.

hoger beroep bij het gerechtshof mogelijk (en uiteindelijk cassatie bij de Hoge Raad). De tekst van de STAR geeft immers aan dat de werkgever de negatieve beslissing van UWV 'in beroep [kan] voorleggen aan de kantonrechter' en – even verderop – dat er 'altijd beroep hoger beroep mogelijk [is] van UWV op de kantonrechter (verzoekschriftprocedure).' Indien dit de juiste lezing is van de tekst van de STAR, is er geen verschil tussen de tekst van de STAR en de brief van de minister (in beide gevallen: UWV-kantonrechter-Hof-HR).⁴¹⁵

Indien de werkgever onder het huidige recht na een weigering van UWV om een ontslagvergunning te verstrekken alsnog naar de kantonrechter stapt, kan de betreffende werkgever de kantonrechter slechts vragen de arbeidsovereenkomst alsnog te ontbinden. De beslissing van UWV wordt derhalve niet door de kantonrechter getoetst. Dit is geen wijziging ten opzichte van het huidige recht. In de bijlage bij de brief van de minister wordt voorts aangegeven dat de rechter het betreffende verzoek om ontbinding zal toetsten aan dezelfde criteria als UWV.⁴¹⁶ Dit betreft wel een wijziging ten opzichte van het huidige recht waarin de kantonrechter niet gebonden is aan de regels in het Ontslagbesluit, al is de bestaande praktijk dat de ontbindingsrechter bij een verzoek om ontbinding wegens verandering in omstandigheden welke zijn gelegen in bedrijfseconomische redenen, over het algemeen rekening houdt met de regels van het Ontslagbesluit. Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat de kantonrechter onder het voorgenomen recht daadwerkelijk gebonden zal zijn aan de ontslagcriteria van UWV en dat de ontslagcriteria in het wetsvoorstel zeer gedetailleerd worden omschreven.⁴¹⁷

Gezien het vorenstaande dient de kantonrechter voortaan inhoudelijk dezelfde toets te verrichten als UWV. Het betreft evenwel een zelfstandige toets die al dan niet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft. In die zin is er juridisch gezien dus geen sprake van beroep van de beslissing van UWV, zoals de tekst van de STAR suggereert. Tegen de beslissing van de kantonrechter kan hoger beroep en cassatie worden ingesteld. Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat artikel 332 Rv hierbij van toepassing is.⁴¹⁸ Kort gezegd kan op grond van het bepaalde in dit artikel tegen een vonnis in eerste aanleg hoger beroep worden ingesteld, tenzij de vordering niet meer beloopt dan € 1.750,-. In paragraaf 5.3.1 zal nader worden ingegaan op de gevolgen van de afschaffing van het rechtsmiddelenverbod en de vraag of dit vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer wenselijk is.

Mogelijkheden voor de werknemer na toekenning ontslagvergunning

Na de toekenning van de ontslagvergunning door UWV en de daarop volgende beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging van de kant van de werkgever, kan de werknemer zich onder het huidige recht tot de kantonrechter wenden teneinde een schadevergoeding te vorderen (artikel 7:681 BW). Daarnaast kan ook herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW worden gevorderd.⁴¹⁹ Tegen het oordeel van de rechter ex artikel 7:681 en artikel 7:682 BW staat hoger beroep en cassatie open.

Voor wat betreft de plannen in het Sociaal Akkoord geeft de tekst van de STAR aan dat de werkgever in geval van een positieve beslissing van UWV over kan gaan tot opzegging van de

⁴¹⁵ Noordoven lijkt er ook zo over te denken. Zie: T.L.C.W. Noordoven, 'Het Sociaal Akkoord: de eindstreep of een stille dood?', *Bb* 2013/44. Anders: Bij de Vaate, *NJB* 2013/1490.

⁴¹⁶ De tekst van de STAR zegt niets over de criteria waaraan de kantonrechter het betreffende ontbindingsverzoek dient te gaan toetsen.

⁴¹⁷ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4-5.

⁴¹⁸ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 9.

⁴¹⁹ In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de werknemer tevens een klacht kan indienen bij de Nationale ombudsman en een vordering uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW kan instellen tegen UWV.

arbeidsovereenkomst, maar ‘de werknemer [kan de] zaak in beroep aan de kantonrechter voorleggen.’ Voorts geeft de tekst van de STAR aan dat er ‘altijd hoger beroep mogelijk [is] van UWV (bij economische reden) op [de] kantonrechter.’ Hierbij wordt vermeld dat het een verzoekschriftprocedure betreft en dat de Hoge Raad de hoogste instantie is.⁴²⁰ De tekst van de STAR laat zich niet uit over de vraag wat de werknemer na de positieve beslissing van UWV bij de kantonrechter kan vorderen. Volgens de brief van de minister kan de werknemer na een positieve beslissing van UWV bij de rechter herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen.⁴²¹ Voorts wordt aangegeven dat hoger beroep tegen de uitspraak van de rechter mogelijk is conform regulier procesrecht.⁴²² Gezien het vorenstaande is voor wat betreft de STAR ook hier weer onduidelijk of de te volgen procedure UWV-kantonrechter-HR is of toch UWV-kantonrechter-Hof-HR, zoals de brief van de minister voorschrijft. Ook hier geldt weer dat voor het instellen van hoger beroep moet zijn voldaan aan de ondergrens van artikel 332 Rv.⁴²³

Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak kan worden afgeleid dat het concept wetsvoorstel enkel voorziet in een vergoeding na ontslag met toestemming van UWV indien de werknemer ten onrechte is ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.⁴²⁴ De werknemer wiens arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV wegens bedrijfseconomische redenen is opgezegd, kan derhalve slechts om herstel van de arbeidsovereenkomst verzoeken, zoals in de brief van de minister is aangegeven. De huidige kennelijk onredelijk ontslagprocedure, waarbij onder meer op grond van het gevolgen criterium een schadevergoeding kan worden gevorderd, lijkt in het voorgenomen recht dan ook te verdwijnen.⁴²⁵

De beide documenten met betrekking tot het Sociaal Akkoord roepen de vraag op wat de aard van laatstgenoemde toetsing in beroep zal zijn. Kunnen de beslissing van UWV om toestemming te verlenen voor opzegging en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf voortaan door de rechter worden getoetst? Hoewel de tekst van de STAR aangeeft dat tegen de positieve beslissing van UWV beroep kan worden ingesteld, ziet het er naar uit dat dit niet het geval is. Uit de brief van de minister blijkt immers dat de werknemer zich na de opzegging van de arbeidsovereenkomst tot de kantonrechter kan wenden teneinde herstel van de arbeidsovereenkomst te vragen. Hieruit kan worden afgeleid dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt en dat het ‘beroep’ slechts kan leiden tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Een en ander impliceert dat de rechter de beslissing van UWV en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf in het voorgenomen recht – evenals onder het huidige recht in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure – niet zal toetsen. Anders gezegd, er lijkt ongewijzigd geen sprake te zijn van een volledige toets in beroep.

Ten aanzien van de vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst kan men zich afvragen of de werknemer deze vorm van rechtsbescherming in de praktijk daadwerkelijk zal gaan genieten. Gebleken is immers dat een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW onder het huidige recht zelden door de rechter wordt toegewezen.⁴²⁶ Tot slot dient hier nog te worden opgemerkt dat de beide documenten van het Sociaal Akkoord de vraag opwerpen wat er moet gebeuren als de kantonrechter overgaat tot herstel van de arbeidsovereenkomst, terwijl de

⁴²⁰ STAR 2013, p. 28-29.

⁴²¹ Brief van de minister 2013, p. 9.

⁴²² Punt 36 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴²³ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 9.

⁴²⁴ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4.

⁴²⁵ Bouwens & Boot 2013, p. 101. Anders: Houweling 2013, p. 75-76.

⁴²⁶ Bij de Vaate kwam voor wat betreft een soortgelijk, in het Regeerakkoord opgenomen plan tot dezelfde conclusie. Zie: V. Bij de Vaate, ‘Herziening ontslagrecht: over Italië, preventieve ontslagprocedures en het regeerakkoord, *NJB* 2012/2362.

verhouding tussen werkgever en werknemer inmiddels dusdanig is verstoord dat terugkeer onmogelijk is.⁴²⁷ Evenmin is duidelijk of het herstel van de arbeidsovereenkomst conform het huidige recht ook kan worden afgekocht door de werkgever.⁴²⁸

5.2.2 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door opzegging

Gebleken is dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het huidige recht, voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV, onder meer tot uiting komt in de eis dat voor opzegging van de arbeidsovereenkomst een ontslagvergunning nodig is, in de eis dat het ontslag redelijk moet zijn, in de eis dat er tevens een bijzondere grond voor het ontslag moet zijn (zijnde bedrijfseconomische redenen of persoonsgebonden redenen), in het bestaan van opzegtermijnen en opzegverboden én in het gegeven dat er sancties staan op onregelmatige opzegging en kennelijk redelijk ontslag. Hieronder wordt besproken in hoeverre het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het voorgenomen recht tot uitdrukking komt.

Vereiste ontslagvergunning

Met het Sociaal Akkoord blijft de preventie ontslagtoets door UWV gehandhaafd voor gevallen waarin sprake is van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid. Er kan dan ook gesteld worden dat in het voorgenomen recht onveranderd invulling wordt gegeven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie, door de mogelijkheid om op te zeggen voor de werkgever in voornoemde gevallen afhankelijk te maken van voorafgaande toestemming van UWV in de vorm van een ontslagvergunning. Het betreffende beginsel zal tevens tot uitdrukking blijven komen in de sanctie die aan opzegging zonder de vereiste ontslagvergunning verbonden is.

Redelijke grond

Uit het advies van de Raad van de Rechtspraak kan worden afgeleid dat de wet voortaan (in het nieuw ontworpen artikel 7:669 BW) expliciet een redelijke grond voor ontslag vereist.⁴²⁹ Een dergelijke eis van een redelijke grond voor ontslag is erop gericht om willekeurig ontslag te voorkomen. Het betreft dan ook een vorm van ongelijkheidscompensatie.

Opzegtermijn

In het Sociaal Akkoord stellen de sociale partners en het kabinet dat zij de wettelijke opzegtermijnen ongewijzigd laten. Zij zijn evenwel voornemens zijn om de proceduretijd bij UWV te verrekenen met de opzegtermijn, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Door de verrekening van de proceduretijd met de opzegtermijn, is het mogelijk dat deze wordt verkort met een periode die langer is dan de huidige korting van een maand (ex artikel 7:672 lid 4 BW). In die zin wordt de bestaande ongelijkheidscompensatie in het voorgenomen recht enigszins aangetast.

Bijzondere opzegverboden

Het Sociaal Akkoord brengt geen wijziging met zich mee voor wat betreft de bijzondere opzegverboden. In het voorgenomen recht bieden de bijzondere opzegverboden en de sanctie op

⁴²⁷ Zo ook: Duk, *TRA* 2013/54.

⁴²⁸ Zo ook: Bij de Vaate, *NJB* 2013/1490.

⁴²⁹ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 6.

opzegging in strijd met een opzegverbod dan ook onveranderd een vorm van ongelijkheidscompensatie ter bescherming van kwetsbare werknemers.

Stelplicht en bewijslast

Het ligt in de lijn der verwachting dat het idee van ongelijkheidscompensatie in het voorgenomen recht onveranderd tot uiting zal komen in de stelplicht en bewijslast, in die zin dat de werkgever het bestaan van een redelijke grond voor ontslag en het bestaan van redenen van bedrijfseconomische aard c.q. langdurige arbeidsongeschiktheid onveranderd zal moeten stellen en aannemelijk maken.

Herstel van de arbeidsovereenkomst

Het ziet er naar uit dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure in het voorgenomen recht verdwijnt en dat de werknemer de kantonrechter, in geval van opzegging wegens bedrijfseconomische redenen, slechts zal kunnen vragen om de arbeidsovereenkomst te herstellen.⁴³⁰ Gebleken is dat een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst onder het huidige recht zelden wordt toegewezen en dat het bovendien door de werkgever kan worden afgekocht (artikel 7:682 lid 3 en 4 BW). Of het herstel onder het voorgenomen recht ook kan worden afgekocht door de werkgever, blijft voorsnog onduidelijk. Indien de werknemer in de toekomst enkel herstel van de arbeidsovereenkomst kan vorderen, zal er sprake zijn van een aantasting van de bestaande ongelijkheidscompensatie.

Transitievergoeding

De plannen in het Sociaal Akkoord voorzien bij onvrijwillige beëindiging van een dienstbetrekking in een transitievergoeding die kan worden gebruikt voor scholing, teneinde de employability van de werknemer te vergroten en hem minder afhankelijk te maken van de werkgever. Dit maakt dat de transitievergoeding kan worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie. Een grotere inzetbaarheid leidt er mogelijk ook toe dat de werknemer eerder een andere baan vindt. Daardoor wordt de materiële schade als gevolg van het ontslag kleiner.⁴³¹ Derhalve wordt ook de economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer in zekere mate gecompenseerd.⁴³² Gebleken is evenwel dat volgens het voorgenomen recht eerder verrichte inspanningen in het kader van employability op de transitievergoeding in mindering mogen worden gebracht. Dit doet afbreuk aan de ongelijkheidscompensatie.

Gezien het vorenstaande blijft in het voorgenomen recht, voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV, onveranderd sprake van compensatie van de juridische en economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer. De bestaande ongelijkheidscompensatie wordt evenwel enigszins aangetast, nu de nieuwe regeling van de opzegtermijn nadeliger kan uitpakken voor de werknemer. Ook het feit dat na de opzegging enkel herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden gevorderd, betreft een aantasting van de bestaande ongelijkheidscompensatie. Daar staat tegenover dat het voorgenomen recht voorziet in de toekenning van een transitievergoeding, waarmee de machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer enigszins wordt gecompenseerd. Wanneer deze vergoeding wordt aangewend voor

⁴³⁰ Eerder is er al op gewezen dat uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat het voorgenomen recht enkel voorziet in een toekenning van een vergoeding door de kantonrechter in geval van onterecht ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Zie: Raad voor de Rechtspraak 2013, p. 4.

⁴³¹ Baris-Van Zanten 2012, p. 324.

⁴³² Baris-Van Zanten 2009, p. 114.

scholing, leidt dat mogelijk tot een grotere kans op een nieuwe dienstbetrekking en dientengevolge tot minder afhankelijkheid van de (oude) werkgever. Desalniettemin is gebleken dat het gevaar bestaat dat van de betreffende transitievergoeding niet veel overblijft, aangezien de werkgever eerder verrichte inspanningen op het gebied van employability volgens het voorgenomen recht op de vergoeding in mindering mag brengen.

5.2.3 Toetsing van de beëindiging door opzegging aan ILO-verdrag nr. 158

Hieronder wordt besproken in hoeverre het voorgenomen recht, voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV, voldoet aan de bepalingen van ILO-verdrag nr. 158.

Geldige reden voor beëindiging van het dienstverband

Zoals aangegeven kan uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak worden afgeleid dat de wet voortaan expliciet een redelijke grond voor ontslag eist in geval van opzegging wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid.⁴³³ Dit is in overeenstemming met artikel 4 V158.

Verboden gronden voor beëindiging

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat niet alle verboden gronden voor beëindiging ex artikel 5 V158 in het huidige recht zijn opgenomen. Met name de opzegverboden wegens huidskleur, gezinsverantwoordelijkheid en maatschappelijke afkomst ontbreken in de huidige regelgeving. Aangezien het Sociaal Akkoord geen wijziging beoogt ten aanzien van de bijzondere opzegverboden, dient te worden geconcludeerd dat het voorgenomen recht op dit punt niet volledig in overeenstemming is met ILO-verdrag nr. 158.

Verplichte hoorprocedure

Het voorgenomen recht voorziet evenmin als het huidige recht in een aan het ontslag voorafgaande hoorprocedure. Op dit punt zal het Nederlandse recht dan ook in strijd blijven met artikel 7 V158. Overigens werd de invoering van een aan de opzegging voorafgaande verplichte hoorprocedure binnen de onderneming wel voorgesteld in wetsvoorstel 13 656, het advies van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, het wetsvoorstel van minister De Geus, het wetsvoorstel van Koser Kaya, het Lente-akkoord en de hoofdlijnennotitie.⁴³⁴ In de meeste gevallen hing dit evenwel samen met de afschaffing van de preventieve ontslagtoets.

Beroepsprocedure

Artikel 8 lid 1 V158 bepaalt dat de werknemer het recht moet hebben om tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst beroep aan te tekenen bij een onpartijdige instantie. Aanpassing van die regel overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijk is mogelijk, wanneer de beëindiging van het dienstverband is goedgekeurd door een bevoegde autoriteit (artikel 8 lid 2 V158). In het vorige hoofdstuk is er reeds op gewezen dat de werknemer ondanks de mogelijkheid van aanpassing te allen tijde beroep moet kunnen aantekenen bij een onpartijdige instantie, waarbij de toetsing in

⁴³³ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 6.

⁴³⁴ Zie: *Kamerstukken II 1975/76*, 13 656, nrs. 1-3; Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 66-71; *Kamerstukken II 2005/06* 30 370, nr. 2; *Kamerstukken 2011/12*, 33 075, nrs. 1-3; bijlage 2 bij *Kamerstukken II 2011/12*, 33 280, nr. 1; *Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 400.

appèl gelijkwaardig dient te zijn aan de eerste toetsing.⁴³⁵ Eerder is al aangegeven dat het in de lijn der verwachting ligt dat de rechter de beslissing van UWV en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf op grond van het voorgenomen recht onveranderd niet zal kunnen toetsen c.q. herzien. In geval van opzegging wegens bedrijfseconomische redenen kan de werknemer zich voortaan slechts tot de kantonrechter wenden teneinde om herstel van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. In geval van onterecht ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid kan aan de werknemer ook een vergoeding worden toegekend. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het voorgenomen recht – evenals het huidige recht – zeer waarschijnlijk niet in overeenstemming is met artikel 8 V158. Op dit vlak is nader onderzoek vereist.

Bewijslast

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de werkgever in de procedure bij het UWV ex artikel 6 BBA de redelijkheid van het ontslag respectievelijk de bijzondere reden voor het ontslag dient te stellen en – bij voldoende betwisting – ook dient te bewijzen c.q. aannemelijk te maken⁴³⁶, hetgeen in overeenstemming is met artikel 9 lid 2 V158. Aangezien de regels van het BBA volgens de tekst van de STAR slechts worden overgeheveld naar het BW en niet zullen worden gewijzigd, ziet het er naar uit dat de werkgever het bestaan van een redelijke grond voor ontslag en het bestaan van redenen van bedrijfseconomische aard c.q. langdurige arbeidsongeschiktheid onveranderd zal moeten stellen en aannemelijk maken. Naar verwachting is het voorgenomen recht op dit punt dan ook in overeenstemming met het verdrag.

Opzegtermijn

Door de verrekening van de proceduredtijd met de opzegtermijn is het mogelijk dat de opzegtermijn wordt verkort met een periode die langer is dan de huidige korting van een maand. De term ‘redelijke termijn’ als bedoeld in artikel 11 V158 is door de ILO niet nader omschreven.⁴³⁷ Nu de duur van de opzegtermijn in het voorgenomen recht ten minste één maand zal zijn, is het aannemelijk dat Nederland blijft voldoen aan de eisen van artikel 11 ILO-verdrag nr. 158. Hetzelfde geldt voor de voor de opzegtermijn in de plaats tredende schadeloosstelling.

Ontslagvergoeding en andere vormen van bescherming van het inkomen

Het voorgenomen recht voorziet in een wettelijke regeling voor wat betreft een transitievergoeding. De werknemer wiens arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV wordt opgezegd, heeft in beginsel recht op die vergoeding. Eerder is er al op gewezen dat Nederland voor wat betreft het recht op socialezekerheidsuitkeringen en sociale voorzieningen aan de norm van het verdrag voldoet. Het voorgenomen recht is derhalve in overeenstemming met artikel 12 V158.

Gezien het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat het voorgenomen recht grotendeels in overeenstemming is met de eisen van ILO-verdrag nr. 158. Evenals het huidige recht is het voorgenomen recht evenwel in strijd met de artikelen 5 V158 (verboden gronden voor beëindiging), 7 V158 (verplichte hoorprocedure) en 8 V 158 (beroepsprocedure).

⁴³⁵ ILO, *Termination of employment at the initiative of the employer. Report VIII (2)*, 67th session 1981, p. 31-32. Zie ook: Vergouwen 1994, p. 38 en Pennings 2007, p. 216.

⁴³⁶ Alt 2009, p. 244-245.

⁴³⁷ Vergouwen 1994, p. 43.

5.2.4 Toetsing van de beëindiging door opzegging aan artikel 6 EVRM

Hieronder wordt besproken in hoeverre het voorgenomen recht, voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV, voldoet aan de procedurele eisen die artikel 6 EVRM stelt.

Eerlijk proces door een onafhankelijke rechterlijke instantie

In het vorige hoofdstuk is reeds vastgesteld dat de procedure bij UWV ex artikel 6 BBA niet voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM aangezien UWV niet kan worden aangemerkt als een onafhankelijke rechterlijke instantie. Het betreft immers een bestuursorgaan dat verantwoording verschuldigd is aan de Minister van SZW en zich dient te houden aan een ministeriële regeling, zijnde het Ontslagbesluit.⁴³⁸

Voor wat betreft het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht om te worden gehoord is gebleken dat UWV niet aan dit vereiste voldoet, nu UWV niet verplicht is om partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunten mondeling toe te lichten.⁴³⁹ Ten aanzien van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op gelijke proceskansen is gebleken dat onderzoek van de Nationale ombudsman heeft uitgewezen dat (de rechtsvoorganger van) UWV ten aanzien van de procedure ex artikel 6 BBW (onder meer) op dit aspect niet goed presteert.⁴⁴⁰ Gebleken is voorts dat er in de huidige procedure bij UWV ex artikel 6 BBA geen ruimte is voor de bewijslevering van stellingen, hetgeen eveneens in strijd kan worden geacht met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op gelijke proceskansen.⁴⁴¹ Eerder is al aangegeven dat het Sociaal Akkoord voor wat betreft de procedure bij UWV (behoudens de beoogde verkorting van de procedure) geen daadwerkelijke wijzigingen met zich mee lijkt te brengen. Dit leidt tot de conclusie dat de UWV-procedure onder het voorgenomen recht onveranderd niet zal voldoen aan de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Bovendien zal de beoogde verkorting van de UWV-procedure tot vier weken een en ander niet ten goede komen.

Toets door onafhankelijke rechter

Op basis van het voorgenomen recht zullen er onveranderd geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen de beslissing van UWV inzake de toestemming om de arbeidsverhouding op te zeggen. In geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen kan de werknemer zich tot de kantonrechter wenden teneinde om herstel van de arbeidsovereenkomst te vragen. De werknemer die van mening is dat hij onterecht is ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, kan de rechter verzoeken om toekenning van een vergoeding. Uit het vorenstaande kan worden afgeleid dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt en dat het 'beroep' slechts kan leiden tot herstel van de arbeidsovereenkomst c.q. een schadevergoeding. Tevens zal de betreffende werknemer – evenals onder het huidige recht – een procedure tegen UWV kunnen instellen wegens onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW en een schadevergoeding vorderen.

In voornoemde procedures zal de beslissing van UWV niet worden getoetst noch kunnen worden herzien. Het ziet er naar uit dat hetzelfde geldt voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf. In het vorige hoofdstuk is op basis van rechtspraak van het EHRM gebleken dat artikel 6 EVRM wel

⁴³⁸ Zo ook: Verburg, AA 2011/284.

⁴³⁹ Verburg, AA 2011/284 en Alt 2009, p. 243. Zie ook: Meijer 2013, p. 39- 43.

⁴⁴⁰ Nationale ombudsman, *Naar een eerlijke ontslagprocedure*, Rapport 2007/260 d.d. 21 november 2007, p. II.

Zie ook: Verburg, AA 2011/284 en Alt 2009, p. 243.

⁴⁴¹ Verburg, AA 2011/284 en Alt 2009, p. 243.

degelijk een volledige toets in beroep eist.⁴⁴² Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het voorgenomen recht – evenals het huidige recht – in strijd is te achten met artikel 6 EVRM.

5.2.5 Samenvatting onderzoeksresultaten

Vanaf 1 juli 2015 is de werkgever gehouden om zich in geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid tot UWV te wenden teneinde UWV te verzoeken om toestemming te verlenen voor beëindiging van de arbeidsverhouding. Door de mogelijkheid om de de arbeidsovereenkomst op te zeggen in voornoemde gevallen afhankelijk te maken van de toestemming van UWV, wordt in het voorgenomen recht onveranderd invulling gegeven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak kan worden afgeleid dat de wet voortaan expliciet een redelijke grond voor het ontslag om bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid vereist. Een dergelijke eis betreft een vorm van ongelijkheidscompensatie nu deze gericht is op het voorkomen van willekeurig ontslag. De betreffende eis maakt het voorgenomen recht bovendien in overeenstemming met artikel 4 V158.

Ten aanzien van de opzegtermijnen voorziet het Sociaal Akkoord in het voornemen om de proceduretijd bij UWV te verrekenen met de opzegtermijn, waarbij de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Deze maatregel zal met name bij oudere werknemers met een langer dienstverband leiden tot een kortere opzegtermijn. Dit betekent een aantasting van de bestaande ongelijkheidscompensatie en (daarmee) een verslechtering van de rechtsbescherming van de individuele werknemer. Ondanks voornoemde wijziging, blijft de voorgenomen regeling van de opzegtermijn in overeenstemming met artikel 11 V158.

De minister heeft te kennen gegeven dat de ontslagaanvragen in principe binnen vier weken door UWV zullen moeten worden afgehandeld. Een termijn van vier weken voor het beslissen op een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid is, mede gelet op de aan de UWV-procedure klevende procedurele gebreken, vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de werknemer onwenselijk.

Op basis van het voorgenomen recht hebben alle werknemers met een dienstverband dat minimaal twee jaar heeft geduurd, vanaf 1 juli 2015 in geval van onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst recht op een zogenaamde transitievergoeding. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer kan dit als wenselijk worden beschouwd, aangezien er een preventieve werking vanuit zal gaan en de betreffende vergoeding de employability van de werknemer vergroot. Daarmee kan de transitievergoeding worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie. Op de transitievergoeding mogen evenwel eerder verrichte inspanningen in het kader van de employability in mindering worden gebracht. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer is dit onwenselijk. Daarnaast zal de betreffende maatregel leiden tot een toename van het aantal juridische procedures. Met het voorstel wordt bovendien afbreuk gedaan aan de ongelijkheidscompensatie. De wetgever zou er goed aan doen om in de wet op te nemen dat enkel scholingskosten die in het kader van het ontslag zijn gemaakt op de transitievergoeding in mindering mogen worden gebracht. Ondanks voornoemde bezwaren tegen de voorgenomen regeling van de transitievergoeding, is deze wel in overeenstemming met artikel 12 V158.

⁴⁴² EHRM 28 juni 1990, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 e.v. Zie ook: P.F. van der Heijden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM', *NJB* 1990-33, p. 1312; Werkgroep Herziening Ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991-4, p. 215; Beltzer, R. Knecht & A.D.M. van Rijs 1998, p. 21- 22; Loonstra & Zondag 2010, p. 409 en Verburg, *AA* 2011/284.

Uit de documenten inzake het Sociaal Akkoord kan niet worden afgeleid dat de procedure bij UWV – behoudens voornoemde verkorting van de procedure – zal wijzigen. Dit betekent dat met het voorgenomen recht geen einde wordt gemaakt aan de aan deze procedure klevende gebreken in het licht van artikel 6 EVRM. De betreffende procedure lijkt onder het voorgenomen recht dan ook onveranderd in strijd te zijn met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een eerlijk proces. Meer bepaald lijkt er onveranderd sprake te zijn van schending van het recht om te worden gehoord, van gelijke proceskansen, alsmede het recht om stellingen te bewijzen. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer zou de procedure met meer procedurele waarborgen moeten worden omkleed. Het voorgenomen recht lijkt hier niet in te voorzien. Bovendien blijkt de werknemer die geconfronteerd wordt met een opzegging van de arbeidsovereenkomst na een toekenning van de ontslagvergunning door UWV wegens bedrijfseconomische redenen, niet langer een schadevergoeding te kunnen vorderen. Hij blijkt slechts herstel van de arbeidsovereenkomst te kunnen vorderen. Dit vormt een aantasting van de bestaande ongelijkheidscompensatie. Ook kan worden geconcludeerd dat de beslissing van UWV en de opzegging van de arbeidsovereenkomst zelf onveranderd niet volledig kunnen worden getoetst. Een en ander is vermoedelijk in strijd met het bepaalde in artikel 8 V158. Op dit punt is het voorgenomen recht alleszins in strijd te achten met artikel 6 EVRM nu dit artikel een volledige toets eist in beroep wanneer in een eerdere instantie niet is voldaan aan de eisen van het betreffende artikel.

Gezien het vorenstaande kan voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging met een ontslagvergunning, worden geconcludeerd dat de plannen in het Sociaal Akkoord vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer nadelig uitpakken op het vlak van de opzegtermijn en ten aanzien van de mogelijkheden om op te komen tegen de opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV. Het wettelijke recht op een transitievergoeding kan worden beschouwd als een verbetering ten opzichte van het huidige recht, zij het dat het de voorkeur verdient om enkel eerdere scholingskosten, gemaakt in het kader van het ontslag, op de vergoeding in mindering te brengen. Ondanks vorenstaande kanttekeningen is gebleken dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het voorgenomen recht voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging niet echt wordt aangetast en dat het betreffende voorgenomen recht grotendeels in overeenstemming is met ILO-verdrag nr. 158. Het betreffende voorgenomen recht blijft echter in strijd met artikel 6 EVRM, aangezien het niet voorziet in een verbetering van de aan de UWV-procedure klevende gebreken.

5.3. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding (route-kantonrechter)

5.3.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding afgezet tegen het huidige recht

Ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen

In de vorige paragraaf is gebleken dat de ontbindingsrechter volgens de plannen van het Sociaal Akkoord na weigering van de ontslagvergunning door UWV praktisch gezien zal fungeren als beroepsrechter. Daarnaast krijgt de kantonrechter onder het voorgenomen recht de taak om te oordelen over ontbindingsverzoeken wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen.

In de literatuur is terecht opgemerkt dat het fraaier zou zijn geweest indien de sociale partners en het kabinet ook bij ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen zouden hebben gekozen voor de rechtsfiguur van de opzegging, maar dan naar het model van de

vervangende toestemming voor opzegging ex artikel 7:670a BW. In die situatie zou een arbeidsovereenkomst in alle gevallen worden beëindigd door opzegging.⁴⁴³

Opzegtermijn

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de kantonrechter onder het huidige recht bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen rekening hoeft te houden met de opzegtermijn. De hervormingsplannen, zoals opgenomen in de documenten aangaande het Sociaal Akkoord 2013, brengen hierin verandering.

In de tekst van de STAR wordt aangegeven dat de proceduretijd bij de kantonrechter wordt verrekend met de opzegtermijn, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt.⁴⁴⁴ In de bijlage bij de brief van de minister wordt aangegeven dat de kantonrechter bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een termijn in acht dient te nemen die gelijk is aan de opzegtermijn minus de proceduretijd.⁴⁴⁵ Gelet op het vorenstaande is de kantonrechter vanaf 1 juli 2015 gehouden om bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voor wat betreft de datum per wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, een termijn in acht te nemen die gelijk is aan de opzegtermijn. Hierbij wordt de proceduretijd bij de kantonrechter verrekend, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Gebleken is dat de duur van de ontbindingsprocedure onder het huidige recht ongeveer zes weken bedraagt. Voor wat betreft de rechtsbescherming van de werknemer kan het in acht nemen van een opzegtermijn bij ontbinding als een verbetering worden beschouwd.

Transitievergoeding en ontslagvergoeding

Hiervoor is er al op gewezen dat de tekst van de STAR een onderscheid maakt tussen de transitievergoeding en een ontslagvergoeding. Laatstgenoemde vergoeding fungeert in geval van ernstige verwijtbaarheid van de kant van de werknemer of de werkgever als een positieve of negatieve correctie op de transitievergoeding.⁴⁴⁶ Volgens de tekst van de STAR wordt er voor de ontslagvergoeding bij ontslag om in de persoon van de werknemer gelegen redenen geen aparte norm ontwikkeld. Indien er sprake is van ernstige verwijtbaarheid of indien de beëindiging van het dienstverband geheel of voor het grootste deel te wijten is aan een van beide partijen, kan de kantonrechter een hogere of lagere vergoeding toekennen. Tot slot wordt er op gewezen dat aan de correctiemogelijkheid van de kantonrechter in de wet geen maximale grenzen zullen worden gesteld.⁴⁴⁷

In de brief van de minister en de bijlage bij die brief wordt aangegeven dat het recht op een transitievergoeding vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de kant van de werknemer en dat in aanvulling op de transitievergoeding een (niet gemaximeerde) vergoeding kan worden toegekend aan de werknemer in geval van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. De minister voegt daar nog aan toe dat de aanvullende vergoeding naar verwachting slechts in een zeer klein aantal gevallen aan de orde zal zijn. Voor de vraag wanneer er sprake is van ernstige verwijtbaarheid zullen criteria worden uitgewerkt.⁴⁴⁸

Gezien het vorenstaande kan de werknemer in geval van 'ernstige verwijtbaar' handelen van de kant van de werkgever aanspraak maken op een bijkomende vergoeding die, anders dan de

⁴⁴³ Houweling 2013, p. 76.

⁴⁴⁴ STAR 2013, p. 28.

⁴⁴⁵ Punt 37 van de bijlage bij brief van de minister 2013.

⁴⁴⁶ STAR 2013, p. 29.

⁴⁴⁷ STAR 2013, p. 30.

⁴⁴⁸ Brief van de Minister 2013, p. 9 en de punten 42 en 43 van de bijlage bij de brief van de Minister 2013.

transitievergoeding, niet is gemaximeerd. Het huidige recht kent het begrip ‘ernstige verwijtbaarheid’ niet.⁴⁴⁹ Wanneer er sprake is van ernstige verwijtbaarheid maken de beide documenten inzake het Sociaal Akkoord niet duidelijk. Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat het voorgenomen recht bepaalt dat de aanvullende vergoeding slechts aan de werknemer kan worden toegekend in geval van ontbinding wegens ernstig verwijtbaar handelen c.q. nalaten van kant van de werkgever, of wanneer de ontbinding geheel of grotendeels aan de werknemer is te wijten.⁴⁵⁰ Uit het betreffende advies blijkt voorts dat de MvT voorbeelden geeft van gevallen waarin toekenning van deze zogenaamde additionele vergoeding in de rede ligt.⁴⁵¹ De Raad voor de Rechtspraak geeft in haar advies aan dat het wellicht beter is om in plaats van voornoemde voorbeelden ten aanzien van het gedrag van de werkgever, een ondergrens te stellen voor wat betreft het gedrag van de werknemer.⁴⁵² In zijn brief aan de Tweede Kamer heeft de minister echter aangegeven dat de aanvullende vergoeding naar verwachting slechts in een zeer klein aantal gevallen zal worden toegekend.⁴⁵³ Hieruit kan worden afgeleid dat hij een zeer streng criterium voor ogen heeft.

In de praktijk zal de aanvulling op de transitievergoeding op basis van ernstige verwijtbaarheid vrijwel uitsluitend een rol spelen bij ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen of een verstoorde arbeidsrelatie. Het ziet er naar uit dat de kantonrechter hier dan ook voornamelijk over zal gaan oordelen bij verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens voornoemde redenen.

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de kantonrechter thans bevoegd is om een vergoeding naar billijkheid vast te stellen. De rechter is hierbij niet gebonden aan wettelijke criteria en kan maatwerk leveren omdat hij bij het vaststellen van de ontslagvergoeding rekening kan houden met alle feiten en omstandigheden van het geval. Dit laatste dreigt met de plannen zoals opgenomen in het Sociaal Akkoord verloren te gaan. Immers, voor de toekenning van de additionele vergoeding wordt de rechter geacht enkel te toetsen aan het criterium van ‘ernstige verwijtbaarheid’.⁴⁵⁴ De praktijk zal moeten uitwijzen hoe rechters deze vage norm gaan invullen. Het ligt alleszins in de lijn der verwachting dat hierover veel zal worden geprocedeerd. Indien de verwachting van de minister uitkomt, in die zin dat de additionele vergoeding inderdaad slechts in een zeer klein aantal gevallen zal worden toegekend, zullen de meeste werknemers genoeg moeten nemen met de veel lagere transitievergoeding. Hiermee miskennen de sociale partners en het huidige kabinet dat de huidige – veel hogere – ontslagvergoeding in de praktijk, en dan met name bij niet-bedrijfseconomische redenen voor ontslag, kan fungeren als een vorm van ongelijkheidscompensatie wanneer een redelijke grond voor ontslag feitelijk ontbreekt, maar de werknemer vanwege de inmiddels verstoorde arbeidsrelatie niet meer bij de werkgever wil of kan terugkeren.

⁴⁴⁹ Noordoven, *Bb* 2013/44.

⁴⁵⁰ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 8.

⁴⁵¹ Blijkens het advies noemt de MvT de situatie waarin de werkgever een valse reden voor ontslag aanvoert, de situatie waarin de werkgever discrimineert, de situatie waarin de werkgever onvoldoende zorg heeft voor arbeidsomstandigheden, de situatie waarin sprake is van grovelijke niet-nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en de situatie waarin de werkgever zich laakbaar heeft gedragen.

Zie: Raad voor de rechtspraak 2013, p. 8.

⁴⁵² Raad voor de rechtspraak 2013, p. 9.

⁴⁵³ Brief van de Minister 2013, p. 9 en punt 43 van de bijlage bij de brief van de Minister 2013.

⁴⁵⁴ Zo ook: Noordoven, *Bb* 2013/44.

Rechtsmiddelen

Gebleken is dat onder het huidige recht – behoudens enkele door de Hoge Raad aangenomen uitzonderingen – ingevolge het bepaalde in artikel 7:685 lid 11 BW geen hoger beroep en cassatie kan worden ingesteld tegen een ontbindingsbeschikking van de kantonrechter. De ratio van de wetgever bij het rechtsmiddelenverbod is dat partijen erbij gebaat zijn om op korte termijn duidelijkheid te hebben.⁴⁵⁵

Ondanks het feit dat de minister in zijn brief aan de Tweede Kamer heeft aangegeven dat hij werkgevers en werknemers sneller zekerheid wil bieden,⁴⁵⁶ wordt het volgens de plannen in het Sociaal Akkoord voortaan echter mogelijk om tegen ontbindingsbeschikkingen hoger beroep en cassatieberoep in te stellen. Een dergelijk voorstel is niet nieuw. Het werd ook opgenomen in diverse oudere (wets)voorstellen⁴⁵⁷ en recent nog in het initiatiefwetsvoorstel van Koser Kaya.⁴⁵⁸ Eerder is er al op gewezen dat de hoofdlijnennotitie⁴⁵⁹ in een gedifferentieerd stelsel van hoger beroep voorzag, waarbij – afhankelijk van de uitkomst van de procedure in eerste aanleg – herstel van de arbeidsovereenkomst of een hogere vergoeding zou kunnen worden gevorderd.⁴⁶⁰

Voor wat betreft de jongste plannen in het Sociaal Akkoord kan er op worden gewezen dat de tekst van de STAR in dit verband aangeeft dat van een beschikking van de kantonrechter te allen tijde hoger beroep kan worden ingesteld bij het gerechtshof en dat vervolgens cassatie kan worden ingesteld bij de Hoge Raad.⁴⁶¹ In de brief van de minister wordt aangegeven dat hoger beroep tegen de uitspraak van de rechter mogelijk is conform regulier procesrecht.⁴⁶²

Indien de voorgenomen afschaffing van het rechtsmiddelenverbod doorgang vindt, leidt dat er toe dat na de uitspraak van de ontbindingsrechter in hoger beroep een volledige nieuwe beoordeling kan plaatsvinden. Indien vervolgens in cassatie wordt gegaan, wordt door de Hoge Raad aan de maatstaven van het recht getoetst.⁴⁶³ Zoals eerder reeds is aangegeven, kan uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak worden afgeleid dat artikel 332 Rv hierbij van toepassing is, waaruit volgt dat de vordering meer dan € 1.750,- moet bedragen.⁴⁶⁴

Over de vraag of het introduceren van de mogelijkheid om hoger beroep en beroep in cassatie in te stellen tegen ontbindingsbeschikkingen ex artikel 7:685 BW wenselijk is, wordt in de literatuur reeds decennia getwist. Voorstanders van de opheffing van het rechtsmiddelenverbod menen dat een beschaafd rechtssysteem met zich meebrengt dat burgers hoger beroep kunnen instellen tegen rechterlijke beslissingen. Voorts wijzen zij er op dat de procedure inmiddels een 'contraire aangelegenheid' is geworden, zodat er voor het ontbreken van hoger beroep en cassatie geen grond meer is. Bovendien zou het gevaar van onvoldoende gemotiveerde beslissingen en willekeur bestaan.⁴⁶⁵ Naast controle en rechtseenheid wordt ook rechtsontwikkeling aangevoerd als reden voor afschaffing van het rechtsmiddelenverbod.⁴⁶⁶

⁴⁵⁵ Loonstra & Zondag 2010, p. 459.

⁴⁵⁶ Brief van de minister 2013, p. 9.

⁴⁵⁷ Zie voor een overzicht: Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 40-41.

⁴⁵⁸ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 1-3.

⁴⁵⁹ *Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 400.

⁴⁶⁰ Houweling 2013, p. 73-74.

⁴⁶¹ STAR 2013, p. 28-29.

⁴⁶² Punt 36 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴⁶³ Loonstra & Zondag 2010, p. 459.

⁴⁶⁴ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 9

⁴⁶⁵ Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 42.

⁴⁶⁶ B.D. Hengstmengel & A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vromen'', *TAP* 2009-6, p. 234.

Tegenstanders hebben veelal praktische bezwaren. Zij vrezen onder meer dat de opheffing van het rechtsmiddelenverbod zal leiden tot een overbelasting van het rechterlijk apparaat en achten het onwenselijk om partijen lange tijd in onzekerheid te laten verkeren over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst of over de hoogte van de schadevergoeding.⁴⁶⁷ Zo heeft Bij de Vaate er naar aanleiding van de plannen in het Sociaal Akkoord op gewezen dat de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep en cassatie tot de onwenselijke situatie kan leiden dat partijen eerst na het doorlopen van meerdere procedures duidelijkheid hebben over de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet is beëindigd c.q. kan worden beëindigd, hetgeen financiële risico's met zich meebrengt en praktisch onwerkbaar is. Bij de Vaate verwijst in dit verband naar Duitsland waar een opzegging van het dienstverband door de werkgever na het doorlopen van twee of drie gerechtelijke instanties alsnog nietig kan worden verklaard. Zij wijst er op dat de niet te voorziene financiële risico's van een langdurige procedure er toe kunnen leiden dat partijen in groten getale overgaan tot het sluiten van beëindigingsovereenkomsten of schikkingen, zoals dat in Duitsland thans het geval is.⁴⁶⁸ Houweling heeft er op gewezen dat de werknemer in verband met het procesrisico mogelijk niet in staat zal zijn om tegen het ontslag op te komen. Hij wijst er in dit verband op dat de winst van de werknemer die in eerste instantie in het gelijk wordt gesteld als gevolg van de hoge proceskosten geheel teniet gedaan kan worden op het moment dat de werkgever een rechtsmiddel instelt.⁴⁶⁹ Noordoven meent dan weer dat partijen baat hebben bij zekerheid op korte termijn. Hij verwijst naar hetgeen de wetgever bij de introductie van de ontbindingsprocedure in 1907 heeft beoogd, te weten een billijke en definitieve uitkomst op korte termijn.⁴⁷⁰

De argumenten van de voorstanders van het opheffen van het rechtsmiddelenverbod zijn sterk. De ontbindingsprocedure werd in 1907 immers in het leven geroepen om in situaties waarin het – buiten schuld of opzet van partijen om – voor één van beide partijen bezwaarlijk was om de arbeidsovereenkomst nog langer voort te zetten, dienaangaande een billijkheidsbeslissing van de rechter te verkrijgen. Omdat er geen sprake was van een rechtsstrijd en men snelheid in een dergelijke situatie wenselijk vond, werden hoger beroep en cassatie uitgesloten. De ontbindingsprocedure was derhalve oorspronkelijk bedoeld om belangengeschillen op te lossen. Als gevolg van de invoering in 1953 van de mogelijkheid om te ontbinden wegens dringende redenen en de mogelijkheid om een vergoeding toe te kennen ten laste van de wederpartij, heeft de ontbindingsprocedure zich ontwikkeld tot een middel om rechtsgeschillen op te lossen. Inmiddels is er in ontbindingsprocedures derhalve wel degelijk sprake van een rechtsstrijd, zodat het rechtsmiddelenverbod niet meer in overeenstemming is met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Hiermee is een van de argumenten vóór het appèlverbod komen te vervallen.⁴⁷¹ Daar komt bij dat in een ontbindingsprocedure met name voor de werknemer zeer grote belangen op het spel kunnen staan. De betreffende procedure heeft immers betrekking op het al dan niet voortbestaan van de dienstbetrekking van de werknemer, die economisch gezien van de werkgever afhankelijk is.⁴⁷² Vanuit het oogpunt van compensatie van deze economische ongelijkheid zijn appèlmogelijkheden wenselijk. Een rechterlijk oordeel dat tegemoet komt aan het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, kan bovendien ook zeer grote sociale gevolgen hebben voor de werknemer. Werk kan immers ook structuur en zin aan het leven geven. Dit alles

⁴⁶⁷ Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 42. Voornoemde auteurs geven een overzicht van deze in de literatuur geuite praktische bezwaren tegen de opheffing van het rechtsmiddelenverbod.

⁴⁶⁸ Bij de Vaate, *NJB* 2013/1490.

⁴⁶⁹ Houweling 2013, p. 76.

⁴⁷⁰ Noordoven, *Bb* 2013/44.

⁴⁷¹ Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 235.

⁴⁷² Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 235.

brengt met zich mee dat een werknemer de kans moet hebben om tegen een dergelijke beschikking op te komen bij een tweede feitelijke rechter en tot slot in cassatie. Het opheffen van het rechtsmiddelenverbod kan bovendien leiden tot een kwalitatief beter oordeel van de rechter in eerste instantie omdat deze zijn beslissing wellicht beter zal motiveren.

Gezien het vorenstaande is de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen, gezien uit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer, wenselijk. Om tegemoet te komen aan de praktische argumenten van de tegenstanders van de opheffing van het rechtsmiddelenverbod, zou mogelijk een oplossing kunnen worden gevonden in het alternatief van het versneld hoger beroep.⁴⁷³ Hierbij zouden de termijnen voor het instellen van het hoger beroep, het indienen van het beroepschrift, de mondelinge behandeling en het doen van de uitspraak enigszins kunnen worden verkort. Partijen zullen echter te allen tijde een afweging moeten maken tussen het eventuele gunstige resultaat dat zij kunnen bereiken met het hoger beroep en de onzekerheid die er voor de duur van die procedure zal zijn.⁴⁷⁴ Het door Houweling geuite bezwaar dat de winst van de werknemer die in eerste instantie in het gelijk is gesteld, bij een door de werkgever ingesteld hoger beroep – door de hoge proceskosten – teniet kan worden gedaan, zou kunnen worden ondervangen door de werkgever te veroordelen in de reële proceskosten, wanneer zijn hoger beroep niet slaagt. Hiermee kan misbruik van procesrecht van de kant van de werkgever worden tegengegaan.

5.3.2 Ongelijkheidscompensatie bij beëindiging door ontbinding

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het huidige recht, voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding, tot uiting komt in de eis dat het ontslag moet berusten op een redelijke grond, in die zin dat er sprake moet zijn van een gewichtige reden, welke kan bestaan uit een dringende reden of een verandering van omstandigheden. Tevens bleek het idee van compensatie van de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer toepassing te vinden in de stelplicht en bewijslast en in de mogelijkheid tot toekenning van een ontslagvergoeding. Hieronder wordt besproken hoe het beginsel van ongelijkheidscompensatie tot uitdrukking komt in het voorgenomen recht voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding.

Redelijke grond

In het Sociaal Akkoord blijft de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gehandhaafd. Gevallen waarin er sprake is van ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen of een verstoorde arbeidsverhouding, dienen rechtstreeks aan de ontbindingsrechter te worden voorgelegd. Daarnaast kunnen gevallen waarin er sprake is van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid, aan de ontbindingsrechter worden voorgelegd nadat UWV toestemming tot opzegging van de arbeidsverhouding heeft geweigerd. Uit de brief van de minister blijkt dat de kantonrechter in geval van bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid gaat toetsen aan dezelfde criteria als UWV. Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak kan worden afgeleid dat de kantonrechter daadwerkelijk gebonden is aan de ontslagcriteria van UWV en dat de ontslagcriteria in het wetsvoorstel zeer gedetailleerd worden omschreven.⁴⁷⁵ Vooralsnog is onduidelijk hoe deze regeling er precies uit gaat zien. Uit het advies van de Raad van de Rechtspraak kan evenwel worden afgeleid dat de wet voortaan in het nieuw ontworpen artikel 7:669 BW expliciet een redelijke grond voor ontslag vereist, ook in geval van

⁴⁷³ Zo ook: Houweling 2013, p, 76.

⁴⁷⁴ Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 236.

⁴⁷⁵ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4-5.

ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁴⁷⁶ Eerder is reeds beargumenteerd dat een dergelijke eis van een redelijke grond voor ontslag een vorm van ongelijkheidscompensatie betreft.

Opzegtermijn

Gebleken is dat de kantonrechter op basis van het voorgenomen recht gehouden is om bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een termijn in acht te nemen die gelijk is aan de opzegtermijn. Hierbij wordt de proceduretijd bij de kantonrechter verrekend, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Eerder is er reeds op gewezen dat de opzegtermijn ongelijkheidscompensatie biedt aan de werknemer, omdat de werknemer door inachtneming van een opzegtermijn de kans krijgt om uit te kijken naar ander werk en het niet per direct zonder inkomen moet stellen.⁴⁷⁷

Transitievergoeding en ontslagvergoeding

In het voorgenomen recht komt compensatie van (economische) ongelijkheid tot uitdrukking in de transitievergoeding bij onvrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking, omdat deze leidt tot een grotere employability van de werknemer en een vermindering van de materiële schade als gevolg van het ontslag.⁴⁷⁸ Het Sociaal Akkoord voorziet voorts in een additionele vergoeding in geval van 'ernstig verwijtbaar' handelen van de kant van de werkgever. Toekenning van de additionele vergoeding kan eveneens worden beschouwd als een vorm van compensatie van economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer. Gebleken is echter dat de minister ervan uitgaat dat de aanvullende vergoeding slechts in een klein aantal gevallen zal worden toegekend. Of dit ook daadwerkelijk het geval zal zijn, zal moeten worden afgewacht. Rechters zullen in de praktijk immers invulling moeten gaan geven aan het vage criterium van de 'ernstige verwijtbaarheid'.

Rechtsmiddelen

Het voorgenomen recht voorziet in de mogelijkheid om hoger beroep en vervolgens cassatieberoep in te stellen. Dit kan worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie. De ontbindingsprocedure heeft immers betrekking op het al dan niet voortbestaan van de dienstbetrekking van de werknemer, die economisch gezien afhankelijk is van de werkgever. Indien de procedure in eerste aanleg negatief voor de werknemer uitpakt, kan hij voortaan in beroep gaan. Om te voorkomen dat de daarmee gepaard gaande (financiële) risico's worden afgekocht middels beëindigingsovereenkomsten, kan de invoering van versneld hoger beroep overwogen worden.

Gezien het vorenstaande blijft in het voorgenomen recht ook voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding, onveranderd sprake van compensatie van de juridische en economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer. Gebleken is dat de wet voortaan expliciet een redelijke grond voor ontslag eist. Nieuwe vormen van ongelijkheidscompensatie betreffen de opzegtermijn die de kantonrechter voortaan in acht dient te nemen bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen de ontbindingsbeschikking. De bestaande ongelijkheidscompensatie wordt evenwel aangetast door de vervanging van de huidige ontslagvergoeding door een veel lagere transitievergoeding en een meer incidentele additionele vergoeding.

⁴⁷⁶ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4 en 6.

⁴⁷⁷ Baris-Van Zanten 2009, p. 40.

⁴⁷⁸ Baris-Van Zanten 2012, p. 324.

5.3.3 Toetsing van de beëindiging door ontbinding aan ILO-verdrag nr. 158

Hieronder zal worden besproken in hoeverre het voorgenomen recht inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding voldoet aan de bepalingen van ILO-verdrag nr. 158.

Geldige reden voor beëindiging van het dienstverband

Uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat de wet in een nieuw ontworpen artikel 7:669 BW voortaan expliciet een redelijke grond voor ontslag vereist, ook in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁴⁷⁹ Een en ander is dan ook in overeenstemming met artikel 4 V158.

Beroepsprocedure

Het voorgenomen recht voorziet in de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen tegen ontbindingsbeschikkingen. Nu het rechtsmiddelenverbod van artikel 7:685 lid 11 BW wordt afgeschaft, is het voorgenomen recht in overeenstemming met artikel 8 V158.

Bewijslast

In de procedure bij de ontbindingsrechter zal de werkgever op grond van het voorgenomen recht onveranderd de reden voor ontslag moeten stellen en – bij voldoende betwisting – aannemelijk maken. Dit is in overeenstemming met artikel 9 lid 2 V158.

Opzegtermijn

Op basis van het voorgenomen recht is de kantonrechter gehouden om bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een termijn in acht te nemen die gelijk is aan de opzegtermijn. Hierbij wordt de proceduretijd bij de kantonrechter verrekend, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Aangezien de ILO de term 'redelijke termijn' als bedoeld in artikel 11 V158 niet nader heeft omschreven⁴⁸⁰ en de duur van de opzegtermijn in het voorgenomen recht ten minste één maand bedraagt, is het aannemelijk dat Nederland blijft voldoen aan de eisen van artikel 11 V158. Dit geldt ook voor de voor de opzegtermijn in de plaats tredende schadeloosstelling.

Ontslagvergoeding en andere vormen van bescherming van het inkomen

Het voorgenomen recht voorziet in een wettelijke regeling voor wat betreft een transitievergoeding en een aanvullende ontslagvergoeding. Daarnaast bestaan regelingen die voorzien in uitkering ingevolge de WW en andere (aanvullende) sociale voorzieningen. Het Nederlandse recht blijft voldoen aan de norm van artikel 12 V158.

Gezien het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat het voorgenomen recht grotendeels in overeenstemming is met de eisen van ILO-verdrag nr. 158. Evenals het huidige recht is het voorgenomen recht evenwel in strijd met artikel 7 V158 (verplichte hoorprocedure).

5.3.4 Toetsing van de beëindiging door ontbinding aan artikel 6 EVRM

In het hierna volgende wordt besproken in hoeverre het voorgenomen recht, voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding, voldoet aan de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. In het vorige hoofdstuk is er reeds op gewezen dat de ontbindingsrechter voldoet aan het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende vereiste dat er sprake moet zijn van een onafhankelijke en onpartijdige bij wet ingesteld rechterlijke instantie.

⁴⁷⁹ Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4 en 6.

⁴⁸⁰ Vergouwen 1994, p. 43.

De procedure bij de ontbindingsrechter blijft met het Sociaal Akkoord ongewijzigd. Dit rechtvaardigt de conclusie dat in het voorgenomen recht wordt voldaan aan de vereiste van een mondelinge behandeling en het recht op een eerlijk proces, in die zin dat partijen onveranderd op gelijke wijze in de gelegenheid zullen worden gesteld om hun standpunt voor het voetlicht te brengen en in principe via inzage van de processtukken en tijdens de mondelinge behandeling kennis kunnen nemen van de argumenten van de wederpartij.⁴⁸¹

Uit het advies van de Raad van de Rechtspraak kan worden opgemaakt dat het nieuwe wetsvoorstel niet duidelijk maakt of het bewijsrecht van artikel 284 Rv op de verzoekschriftprocedure van toepassing zal zijn. De Raad wijst er op dat zij er – gelet op de keuze voor de verzoekschriftprocedure – van uitgaat dat het bewijsrecht wel degelijk van toepassing zal zijn.⁴⁸² Of deze veronderstelling juist is, valt echter nog te bezien. Gebleken is immers dat de regels van het civiele bewijsrecht niet van toepassing zijn op de huidige verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW, omdat de wetgever dat in strijd acht met het spoedeisende karakter van de procedure.⁴⁸³ Indien de wetgever dit standpunt handhaaft, blijft er sprake van strijd met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een eerlijk proces.

Het voorgenomen recht voorziet, anders dan het huidige recht, in de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen. Daardoor kan de afwezigheid van een deugdelijk feitenonderzoek in eerste instantie later worden hersteld. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer is dit een hele verbetering. Het zou evenwel nog beter zijn indien de wetgever tevens een einde zou maken aan de uitsluiting van het civiele bewijsrecht in ontbindingsprocedures. De werknemer zou dan voortaan zijn stellingen door middel van (getuigen)bewijs kunnen onderbouwen, hetgeen tot een belangrijke verbetering van de rechtsbescherming van de werknemer zal leiden.⁴⁸⁴

5.3.5 Samenvatting onderzoeksresultaten

Volgens de plannen in het Sociaal Akkoord is de werkgever vanaf 1 juli 2015 gehouden om zich in geval van ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen of een verstoorde arbeidsrelatie tot de kantonrechter te wenden teneinde te verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De route via UWV kan in geval van in de persoon van de werknemer gelegen redenen of een verstoorde arbeidsrelatie niet worden bewandeld. De ontbindingsprocedure lijkt evenals de UWV-procedure ongewijzigd te blijven. Evenals bij de beëindiging door opzegging eist de wet bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voortaan expliciet een redelijke grond voor het ontslag, hetgeen in overeenstemming is met artikel 4 V158. Daarnaast is de kantonrechter voortaan gehouden om bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een termijn in acht te nemen die gelijk is aan de opzegtermijn. Hierbij wordt de proceduretijd bij kantonrechter verrekend, met dien verstande dat de resterende opzegtermijn ten minste één maand bedraagt. Voornoemde wijzigingen kunnen worden beschouwd als een vorm van ongelijkheidscompensatie en zijn in overeenstemming met ILO-verdrag nr. 158. Daar staat tegenover dat de werknemer voortaan in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst genoeg zal moeten nemen met een lagere ontslagvergoeding. Naast de (veel lagere) transitievergoeding kan in geval van ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen weliswaar aanspraak worden gemaakt op een zogenaamde additionele vergoeding, maar slechts indien sprake is van ‘ernstig verwijtbaar’ handelen van de kant van de

⁴⁸¹ Verburg, AA 2011/284.

⁴⁸² Raad voor de rechtspraak 2013, p. 6. De Raad merkt op dat de MvT op dit punt verduidelijking behoeft.

⁴⁸³ Alt 2009, p. 232 en 248.

⁴⁸⁴ Alt 2009, p. 248.

werkgever. De minister heeft hierbij een streng criterium voor ogen en gaat ervan uit dat er slechts in een zeer klein aantal gevallen sprake zal zijn van toekenning van een dergelijke vergoeding. Niet duidelijk is hoe rechters voornoemd criterium van 'ernstige verwijtbaarheid' gaan invullen. Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat hierover in de toekomst veel zal worden geprocedeerd. Indien de verwachting van de minister uitkomt, zullen de meeste werknemers genoeg moeten nemen met de veel lagere transitievergoeding. Hiermee wordt echter miskend dat een ontslagvergoeding in de praktijk, met name bij niet-bedrijfseconomische redenen voor ontslag, kan fungeren als een vorm van ongelijkheidscompensatie wanneer een redelijke grond voor ontslag feitelijk ontbreekt, maar de werknemer vanwege de inmiddels verstoorde arbeidsrelatie niet meer bij de werkgever wil of kan terugkeren.

De plannen in het Sociaal Akkoord voorzien in de mogelijkheid om van de ontbindingsbeschikking in hoger beroep en cassatie te gaan, indien en voor zover wordt voldaan aan de eisen van artikel 332 Rv. Het opheffen van het rechtsmiddelenverbod van artikel 7:685 lid 11 BW is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer wenselijk en aan de praktische bezwaren van tegenstanders van de afschaffing van het rechtsmiddelenverbod zou tegemoet kunnen worden gekomen door de introductie van een versneld hoger beroep. Naar het zich laat aanzien blijft de uitsluiting van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure echter gehandhaafd. Indien dit daadwerkelijk het geval is, blijft op dit punt sprake van strijd met artikel 6 EVRM. Ondanks het feit dat het ontbreken van een deugdelijk feitenonderzoek straks in beroep kan worden hersteld, is het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer zeer wenselijk dat in het voorgenomen recht een einde wordt gemaakt aan de uitsluiting van het bewijsrecht in ontbindingsprocedures.

Gezien het vorenstaande kan voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding worden gesteld dat de plannen in het Sociaal Akkoord vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer nadelig uitpakken op het vlak van de ontslagvergoeding, aangezien deze doorgaans lager zal zijn. Daar staat tegenover dat de werknemer voortaan hoger beroep en cassatieberoep kan instellen tegen de ontbindingsbeschikking, hetgeen naar mijn mening tot een grote verbetering van de ontslagbescherming leidt. De rechtsbescherming van de werknemer kan nog verder worden verbeterd indien het civiele bewijsrecht van toepassing wordt in ontbindingsprocedures.⁴⁸⁵ Ondanks vorenstaande kanttekeningen is gebleken dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het voorgenomen recht voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding niet echt wordt aangetast en dat het betreffende voorgenomen recht grotendeels in overeenstemming is met de tot het normatief kader behorende internationale normen. Met name blijkt dat het voorgenomen recht voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding beter beantwoordt aan de normen van artikel 6 EVRM dan het voorgenomen recht inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging.

5.4 Toetsing van de beëindiging van de dienstbetrekking door sectorale ontslagcommissies

5.4.1 Instelling van sectorale ontslagcommissies bij cao

Het Sociaal Akkoord voorziet naast de procedure bij UWV en de ontbindingsrechter – anders dan thans het geval is – in een derde ontslaginstantie, in die zin dat in het voorgenomen ontslagrecht de mogelijkheid wordt geboden om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te laten toetsen door een daartoe bij cao in te stellen sectorale ontslagcommissie.

⁴⁸⁵ Zo ook: Alt 2009, p. 248.

Ten aanzien van de toetsing door sectorale ontslagcommissies wordt in de tekst van de STAR aangegeven dat in de wet zal worden geregeld dat dergelijke commissies bij cao, onder nader te bepalen voorwaarden, kunnen worden ingesteld. Deze gaan oordelen over ontslagen in de betreffende sectoren. Aangegeven wordt dat dit vooral in sectoren met veel MKB-bedrijven en met name voor wat betreft de beoordeling van ontslagen om bedrijfseconomische redenen de mogelijkheid biedt om een eenvoudige en laagdrempelige voorziening dicht bij de bedrijven en werknemers te creëren. Aangegeven wordt dat nog nader dient te worden bezien of deze route voor het MKB ook open wordt gesteld voor ontslag wegens in de persoon gelegen redenen.⁴⁸⁶ In de bijlage bij de brief van de minister wordt slechts aangegeven dat bij cao ten behoeve van de toetsing van het ontslag een sectorcommissie kan worden ingesteld. Aangegeven wordt dat dit onderwerp samen met de sociale partners zal worden uitgewerkt.⁴⁸⁷

Ook dit voorstel is niet nieuw. Voor wat betreft de UWV-procedure werd reeds in de eerder aangehaalde open brief van rechtswetenschappers, opgesteld naar aanleiding van het Lente-akkoord, gepleit voor het driekwart dwingendrechtelijk maken van deze procedure. Volgens dit voorstel zouden werkgeversorganisaties en vakbonden bij cao ontslagcommissies kunnen instellen, waarbij ontslagen op basis van bij cao of sociaal plan vastgestelde criteria zouden kunnen worden getoetst.⁴⁸⁸ Daarnaast voorzag het Regeerakkoord van VVD en PvdA in de mogelijkheid om bij cao te voorzien in een eigen adviesprocedure (in plaats van de UWV-procedure). Hierbij werd de voorwaarde gesteld dat deze procedure qua inhoud en snelheid vergelijkbaar zou moeten zijn met die van UWV.⁴⁸⁹

Voor wat betreft het Sociaal Akkoord dient te worden opgemerkt dat het aspect van de toetsing van het ontslag door sectorale ontslagcommissies in het document van de STAR en de brief van de minister nog nauwelijks is uitgewerkt. Kennelijk is het de bedoeling dat een en ander in overleg met de sociale partners verder wordt uitgewerkt. Deze nadere uitwerking zal moeten worden afgewacht vooraleer diepgaand op de betreffende materie kan worden ingegaan. Thans zijn er immers nog veel onduidelijkheden. Toch kan er hier, bezien vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de werknemer, wel al wat over dit nog nader uit te werken aspect van de hervormingsplannen worden opgemerkt. Omdat vooralsnog ongewis is of de route via de sectorale ontslagcommissie ook open wordt gesteld voor ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen, wordt uitsluitend ingegaan op de situatie waarin door sectorale ontslagcommissies ontslagvergunningen worden afgegeven.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat dwingendrechtelijke bepalingen aan de werknemer meer bescherming bieden dan bepalingen van driekwart dwingend recht waarvan bij cao kan worden afgeweken.⁴⁹⁰ Door de UWV-procedure niet (langer) dwingendrechtelijk voor te schrijven, wordt de (organisatie c.q. invulling van de) preventieve ontslagtoets in geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid aan cao-partijen zelf overgelaten. De betreffende ontslagtoets gaat derhalve onderdeel uitmaken van de onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. Hierbij ontstaat het gevaar van aantasting van de bestaande ongelijkheidscompensatie indien er door of namens de werknemers niet goed onderhandeld wordt. Tegen het voorstel om het mogelijk te maken om bij cao sectorale ontslagcommissies in te stellen kan in zijn algemeenheid dan ook worden ingebracht dat het hier gaat om een afzwakking van de

⁴⁸⁶ STAR 2013, p. 28.

⁴⁸⁷ Punt 34 van de bijlage bij de brief van de minister 2013.

⁴⁸⁸ Open brief van Bouwens e.a. d.d. 11 juni 2012, gericht aan de Vaste Kamercommissie voor SZW en de Tweede Kamerfracties, p. 4.

⁴⁸⁹ Regeerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33.

⁴⁹⁰ Houweling & Langedijk 2011, p. 13-14.

bestaande rechtsbescherming van de werknemer. In dit verband dient te worden opgemerkt dat de organisatiegraad van werknemers in Nederland laag is. Dit brengt met zich mee dat de werknemersverenigingen die partij zijn bij cao's over het algemeen niet representatief zijn. Doordat de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) weinig eisen stelt aan werknemersverenigingen, zijn er in Nederland immers allerlei kleine 'vakbonden' ontstaan (soms zelfs op initiatief van de werkgever), die ertoe overgaan om cao's af te sluiten met werkgeversorganisaties, waarin ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van bepalingen van driekwartdwingend recht. Met name wanneer een dergelijke werknemersvereniging niet representatief is omdat zij een zeer laag aantal leden heeft in de betreffende sector, bestaat in dezen het gevaar dat de ontslagbescherming van de werknemer wordt ondergraven omdat de belangen van de werknemers onvoldoende worden gewaarborgd. Dit roept dan ook de suggestie op om in ieder geval wettelijke eisen te stellen aan de representativiteit van vakbonden die cao's sluiten op grond waarvan een sectorale ontslagcommissie worden ingesteld.⁴⁹¹ Hierbij zou kunnen worden aangesloten bij de door de SER geformuleerde criteria.⁴⁹²

Een ander bezwaar dat vanuit het perspectief van de rechtsbescherming tegen de instelling van sectorale ontslagcommissies kan worden geuit, is dat een en ander kan leiden tot verschillen tussen sectoren, hetgeen de beoogde rechtszekerheid en transparantie niet ten goede komt.⁴⁹³ De voorspelbaarheid van de uitkomst van de procedure verdwijnt, hetgeen paradoxaal genoeg juist een van de doelen van de hervormingen is. Hetzelfde geldt voor de beoogde vereenvoudiging.⁴⁹⁴ Het tegendeel wordt bereikt, het ontslagstelsel wordt complexer, omdat iedere sector een eigen procedure kan optuigen.

Op deze plaats dient tevens te worden opgemerkt dat de sectorale ontslagcommissies bij de uitvoering van de preventieve ontslagtoets in beginsel niet gebonden zijn aan de eisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) stelt. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor.⁴⁹⁵ Het ontbreken van dergelijke processuele waarborgen leidt derhalve tot een verminderde ontslagbescherming van werknemers die op grond van de van toepassing zijnde cao zijn aangewezen op de toetsing van het ontslag door een sectorale ontslagcommissie. In de wet zullen dan ook eisen gesteld moeten worden met betrekking tot voornoemde waarborgen. Indien het in het Sociaal Akkoord opgenomen plan ten aanzien van de instelling van sectorale ontslagcommissies doorgang vindt, zal in de wet tevens moeten worden bepaald dat de betreffende cao's dienen te voorzien in een bezwaar- en beroepsprocedure met een representatieve bezwaar- en beroepscommissie. De betreffende procedures dienen de werknemer voldoende gelegenheid te bieden voor het aanvoeren van gronden van bezwaar c.q. beroep, alsmede gelegenheid om te worden gehoord.⁴⁹⁶ Het aspect van de minimum eisen waaraan dergelijke procedures dienen te voldoen, verdient aandacht bij de uitwerking van de plannen door het kabinet en de sociale partners.

⁴⁹¹ De Raad voor de Rechtspraak noemt het aspect van de representativiteit ook in haar advies ten aanzien van het wetsvoorstel. Zie: Raad voor de rechtspraak 2013, p. 6.

⁴⁹² SER- Verordening representativiteit organisaties van 15 september 2000. Te raadplegen via: www.ser.nl. Dit idee is geënt op een idee van Plessen, die ten aanzien van het driekwartdwingendrechtelijk maken van het ontslagrecht ook een dergelijk voorstel heeft gedaan. Zie: W.G.M. Plessen, 'De commissie Bakker- een preadvies, vòòr de Bakker?', *SMA* 2008, p. 255.

⁴⁹³ Noordoven, *Bb* 2013/44.

⁴⁹⁴ Noordoven, *Bb* 2013/44.

⁴⁹⁵ Van Loenen, Van Rijs & Wilthagen 1996, p. 479.

⁴⁹⁶ M. Smith, *Ontslag regelen bij cao of bij CWI?*, Tilburg 2006 (afstudeerscriptie), p. 24.

Toetsing van ontslag door een sectorale ontslagcommissie heeft in het verleden overigens al bestaan in de vorm van bedrijfsrechtspraak, gebaseerd op overdracht van bevoegdheden ex artikel 32 BBA. Hiervan was sprake in het grafisch bedrijf in de periode van 1955 tot 1997, alwaar het zogenaamde Centraal Bureau voor de Grafische Bedrijven oordeelde over verzoeken om ontslagvergunningen te verstrekken. Men kende daarnaast ook een eigen ontbindingsprocedure.⁴⁹⁷ Het huidige artikel 32 BBA voorziet nog altijd in de mogelijkheid om de bevoegdheden ten aanzien van de uitoefening van de preventieve ontslagtoets over te dragen aan organisaties uit het bedrijfsleven.

Uit eerder verricht onderzoek naar de bedrijfsrechtspraak in het grafisch bedrijf is onder meer gebleken dat 'de wettelijke inkadering' van de betreffende preventieve ontslagtoets beperkt was. Op basis van datzelfde onderzoek werd geoordeeld dat aan de procedure bij het Centraal Bureau nogal wat gebreken kleefden. Een en ander werd bevestigd in onderzoeken van de Nationale ombudsman. Tevens werd vastgesteld dat werkgevers bezwaren hadden ten aanzien van de kosten van de betreffende ontslagprocedure en dat werknemers vraagtekens stelden bij de objectiviteit van de ontslagprocedure.⁴⁹⁸ Naast de hiervoor genoemde bezwaren en opmerkingen verdienen ook deze lessen uit het verleden de aandacht van het kabinet en de sociale partners bij de uitwerking van de plannen in het nog in te dienen wetsvoorstel.

5.4.2 Afwijken van het afspiegelingsbeginsel

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen het zogenaamde afspiegelingsbeginsel wordt gebruikt voor de selectie van werknemers van wie de dienstbetrekking wordt beëindigd. Hiermee wordt voorkomen dat werknemers in geval van bedrijfseconomische omstandigheden willekeurig kunnen worden ontslagen. Het Sociaal Akkoord maakt het mogelijk om bij cao van dit afspiegelingsbeginsel af te wijken. Een dergelijk voorstel was ook al te vinden in het wetsvoorstel 30 370 van toenmalig Minister van SZW, De Geus⁴⁹⁹ en in het Regeerakkoord van VVD en PvdA.⁵⁰⁰ In de literatuur werd door Heerma van Voss gepleit voor het driekwart dwingend van aard maken van artikel 6 BBA en het Ontslagbesluit.⁵⁰¹

De beide documenten van het Sociaal Akkoord geven aan dat bij cao, onder nader te bepalen voorwaarden, kan worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. In de brief van de minister wordt daarbij nog als voorwaarde vermeld dat de betreffende cao voorziet in een ontslagcommissie.⁵⁰² De voorwaarde dat de betreffende cao dient te voorzien in de instelling van een sectorale ontslagcommissie wordt in de tekst van de STAR niet genoemd, hetgeen zou kunnen betekenen dat de sociale partners van mening zijn dat UWV en de kantonrechter ook aan bij cao tot stand gekomen ontslagcriteria dienen te gaan toetsen.⁵⁰³

Ook voor dit voorstel ten aanzien van de afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao geldt dat het nog geenszins is uitgewerkt. Toch kan nu reeds worden opgemerkt dat (ook) de afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao in zijn algemeenheid een aantasting van de ongelijkheidscompensatie

⁴⁹⁷ Zie: Van Loenen, Van Rijs & Wilthagen 1996, p. 471- 484.

⁴⁹⁸ Van Loenen, Van Rijs & Wilthagen 1996, p. 483.

⁴⁹⁹ *Kamerstukken II 2005/06, 33 370, nr. 2.*

⁵⁰⁰ Regeerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33.

⁵⁰¹ G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., *Cao-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 127- 128.

⁵⁰² Punt 38 van de bijlage bij de brief van de minister 2013 en STAR 2013, p. 29.

⁵⁰³ In haar advies ten aanzien van het gedurende dit onderzoek nog niet gepubliceerde wetsvoorstel wijst de Raad voor de Rechtspraak er op dat onduidelijk is of de zogenaamde 'maatwerk-criteria', die bij cao kunnen worden overeengekomen, als lagere regelgeving door de rechter moeten worden toegepast. Of uit het wetsvoorstel (en de MvT) wel duidelijk blijkt dat UWV de betreffende criteria moet toepassen, kan niet uit het advies worden afgeleid. Zie: Raad voor de rechtspraak 2013, p. 6.

en (daarmee) van de ontslagbescherming vormt. Immers, de vaststelling van ontslagcriteria in geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid wordt aan cao-partijen zelf overgelaten en gaat derhalve onderdeel uitmaken van de onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. Verder vormt – evenals bij de instelling van sectorale ontslagcommissies bij cao – het gebrek aan representativiteit van werknemersverenigingen, die partij zijn bij de betreffende cao, een belangrijk bezwaar. Ook hier kan worden gewezen op het gevaar van de ondergraving van de ontslagbescherming van werknemers als gevolg van het gebrek aan representativiteit van de vakbonden. Ook voor wat betreft de afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao zouden daarom wettelijke eisen dienen te worden gesteld aan de representativiteit van de werknemersverenigingen die een dergelijke cao afsluiten. Zoals aangegeven kan worden gedacht aan de door de SER geformuleerde criteria.⁵⁰⁴

De bij de bespreking van de sectorale commissies geuite bezwaren voor wat betreft het gebrek aan eenduidigheid, transparantie, rechtszekerheid, eenvoud en voorspelbaarheid, gelden ook voor wat betreft de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel.

Aangezien er straks per cao/sector voor wat betreft het afspiegelingsbeginsel verschillende ontslagregels gaan gelden, zal het ontslagrecht complexer worden.⁵⁰⁵ In de praktijk zullen er ingewikkelde situaties ontstaan, onder meer bij samenloop van cao's. Houweling heeft er in dit verband op gewezen dat zich de vraag kan voordoen of een werknemer in geval van overgang van onderneming aanspraak maakt op de meer gunstige criteria voor ontslag uit de op hem van toepassing zijnde cao van de vervreemder. Het kan immers zo zijn dat een werkgever na overgang van onderneming met verschillende cao's en dus met verschillende ontslagcriteria te maken krijgt. Hierbij kunnen de ontslagcriteria uit de cao van de vervreemder gevolgen hebben voor de rechtspositie van de werknemers van de verkrijger.⁵⁰⁶ Een en ander zal leiden tot een toename van het aantal juridische procedures ten aanzien van de vraag welke cao van toepassing is.

Hiervoor is er al op gewezen dat het voorstel om het mogelijk te maken bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel ook al te vinden was in het wetsvoorstel 30 370 van toenmalig Minister van SZW, De Geus.⁵⁰⁷ Het wetsvoorstel bevatte een wijziging van onder meer artikel 6 BBA, op grond waarvan het voortaan mogelijk zou zijn om bij cao selectiecriteria overeen te komen. Als voorwaarde werd gesteld dat de cao zou zijn afgesloten met werknemersverenigingen die voldeden aan de criteria zoals opgenomen in artikel 3 lid 4 van de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Tevens diende de cao te voorzien in een bezwaarprocedure. Aan het wetsvoorstel was een verdeeld advies van de STAR voorafgegaan.⁵⁰⁸ Het betreffende voorstel stuitte bij de parlementaire behandeling op

⁵⁰⁴ Plessen 2008, p. 255 en Houweling 2012a, p. 315.

⁵⁰⁵ Houweling 2012a, p. 315.

⁵⁰⁶ Houweling 2012a, p. 315.

⁵⁰⁷ *Kamerstukken II 2005/06, 33 370, nr. 2.*

⁵⁰⁸ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 15. Zie voor het betreffende advies: Stichting van de Arbeid, *Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag*, publicatienummer 13/04. Behalve de FNV en de MHP was ook MKB-Nederland tegen het betreffende voorstel. Men wilde eenduidige ontslagregels en men achtte het niet wenselijk dat er evenveel toetsingskaders als cao's zouden ontstaan. Verder vond men het onwenselijk dat de discussie over het ontslagstelsel naar de onderhandelingstafel zou worden verplaatst. Men voorzag tevens onwenselijke en onwerkbare effecten in geval van samenloop van cao's. Indien de bij cao overeengekomen selectiecriteria door CWI (thans UWV) zouden moeten worden toegepast, voorzag men bovendien een aanzienlijk stijging van de uitvoeringskosten. Zie ook: Smith 2006, p. 11-13. Overigens is het gegeven dat MKB-Nederland zich destijds tegen het voorstel keerde opmerkelijk in het licht van het gegeven dat de mogelijkheid om bij cao een sectorale ontslagcommissie in te stellen en af te wijken van het afspiegelingsbeginsel thans in het Sociaal Akkoord wordt gepresenteerd als iets waaraan met name in het MKB veel behoefte bestaat.

kritische vragen. Zo wilde men weten door wie en hoe de in de cao opgenomen ontslagcriteria zouden worden getoetst ten aanzien van de aspecten rationaliteit, rechtvaardigheid, objectiviteit en toepasbaarheid. Ook wilde men weten welke weg bewandeld zou moeten worden indien een individuele werknemer zich op het standpunt zou stellen dat de ontslagcriteria onrechtvaardig zijn. Nog voor deze vragen konden worden beantwoord, werd het betreffende deel van het wetsvoorstel echter ingetrokken.⁵⁰⁹ Reden voor de intrekking was hoofdzakelijk gelegen in het feit dat uit een analyse van het CPB bleek dat het gevaar bestond dat een relatief groter aandeel ouderen zou worden ontslagen in geval van bij cao vastgestelde alternatieve ontslagcriteria.⁵¹⁰ Voornoemde tijdens de parlementaire behandeling gestelde kritische vragen zijn thans onveranderd actueel. Vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de werknemer is het met name zorgelijk dat de objectiviteit van de ontslagcriteria in het gedrang kan komen. Daarbij lijkt het destijds door het CPB genoemde gevaar dat een relatief groter aandeel ouderen zou worden ontslagen in geval van bij cao vastgestelde alternatieve ontslacriteria, thans niet minder groot zal zijn. Waarom zijn dergelijke eerdere conclusies niet ter harte genomen bij het maken van de jongste plannen? Hetzelfde geldt overigens ook voor de reactie van de rechtsvoorganger van UWV, CWI, op wetsvoorstel 30 370. CWI liet de minister onder meer weten dat met de mogelijkheid om alternatieve ontslagcriteria in cao's overeen te komen het gevaar dreigde dat er een veelheid aan dergelijke criteria zou ontstaan. Er zou specifieke sectorkennis vereist zijn om de selectiecriteria juist te kunnen interpreteren. De CWI-toets zou door dit alles veel complexer worden en een en ander zou een uniforme behandeling van ontslagaanvragen in de weg staan.⁵¹¹

Eerder werd er ook al op gewezen dat Heerma van Vos heeft gepleit voor het driekwart dwingend van aard maken van artikel 6 BBA en het Ontslagbesluit. Indien de vakbonden zouden instemmen met een dergelijke afwijkende regeling en deze ook weer ongedaan zouden kunnen maken, voorzag voornoemde auteur geen gevaar voor wat betreft de uitholling van de ontslagbescherming.⁵¹² Uit het vorenstaande mag duidelijk zijn dat er ernstige bedenkingen zijn bij het standpunt van Heerma van Voss. Tenzij wettelijke eisen worden gesteld op het vlak van representativiteit bij de vakbonden, voor wat betreft procedurele waarborgen en ten aanzien van de objectiviteit van de ontslagcriteria, bestaat het gevaar van uitholling van de ontslagbescherming van de werknemer wel degelijk.

Uit hetgeen hierboven is opgemerkt kan worden geconcludeerd dat tegen het voorstel om de preventieve ontslagtoets bij cao te regelen de nodige bezwaren kunnen worden ingebracht. Bezien vanuit het perspectief van de werknemer bestaat een reëel gevaar dat de ontslagbescherming van de individuele werknemer wordt ondermijnd.

5.4.3 Samenvatting onderzoeksresultaten

Gelet op het voorgaande voorziet het Sociaal Akkoord naast de procedure bij UWV en de kantonrechter in een derde ontslagroute, in die zin dat in het voorgenomen ontslagrecht aan cao-partijen de mogelijkheid wordt geboden om bij cao een sectorale ontslagcommissie in het leven te roepen die belast wordt met de toetsing van het ontslag. Deze ontslagcommissies mogen bovendien toetsen aan alternatieve ontslagcriteria, waarbij wordt afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Mogelijk gaan UWV en de kantonrechter in voorkomende gevallen ook aan deze alternatieve ontslagcriteria toetsen. Hoewel deze plannen in het Sociaal Akkoord in het geheel nog niet zijn uitgewerkt, is nu reeds gebleken dat tegen de instelling van dergelijke ontslagcommissies, bezien

⁵⁰⁹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 15.

⁵¹⁰ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 18.

⁵¹¹ Smith 2006, p. 14.

⁵¹² Heerma van Voss 2005, p. 127- 128.

vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de werknemer, belangrijke bezwaren bestaan. Tenzij wettelijke eisen worden gesteld op het vlak van representativiteit van werknemersverenigingen, objectiviteit van de ontslagcriteria en procedurele waarborgen, bestaat het gevaar van ondermijning van de ontslagbescherming van de werknemer.

5.5 The Road not Taken

De plannen in het Sociaal Akkoord beogen de preventieve toetsing van ontslag te behouden, wat vanuit het perspectief van rechtsbescherming van de werknemer een goede zaak is. Immers, met de preventieve toetsing van het ontslag wordt voorkomen dat de werkgever al te lichtvaardig kan overgaan tot het ontslag van een werknemer; het initiatief ligt bij de werkgever en deze zal het bestaan van een redelijke grond voor het voorgenomen ontslag goed moeten onderbouwen vooraleer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan worden overgegaan.⁵¹³ Indien de plannen in het Sociaal Akkoord doorgang vinden, zullen er voortaan evenwel drie verschillende ontslagroutes naast elkaar bestaan, te weten de route via het UWV in geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid, de route via de kantonrechter in geval van ontslag wegens andere redenen, dan wel de route via de sectorale ontslagcommissie wanneer de van toepassing zijnde cao daarin voorziet.

Hoewel op het eerste oog duidelijk lijkt te zijn welke route wanneer bewandeld dient te worden, is het zeer de vraag of het naast elkaar bestaan van deze drie ontslagroutes in de praktijk goed hanteerbaar zal zijn. In de voorgaande paragrafen is immers gebleken dat er verschillende problemen kunnen rijzen over de vraag welke route de aangewezen route is. Zo is er onder meer gewezen op het probleem van de samenloop van ontslaggronden en de problemen ten aanzien van de samenloop of het al dan niet van toepassing zijn van cao's. Naar mijn mening bestaat er een reëel gevaar dat dergelijke problemen in de praktijk zullen leiden tot extra juridische procedures en (derhalve) rechtsonzekerheid voor de werknemer. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer is dit zeer onwenselijk. Ik opteer bij de (mogelijk) op handen zijnde wijziging van het ontslagstelsel dan ook voor één voorgeschreven preventieve ontslagroute in plaats van de drie ontslagroutes zoals die in het Sociaal Akkoord worden onderscheiden. Hierbij dient zich de vraag aan welke ontslagroute in dat geval de voorkeur verdient. Op grond van de onderzoeksresultaten in de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk meen ik dat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer de keuze om de preventieve ontslagtoets bij de kantonrechter neer te leggen het meest voor de hand ligt. In het vorenstaande zijn de voorstellen tot wijziging van het duale ontslagstelsel zoals verwoord in het Sociaal Akkoord immers afgezet tegen een normatief kader, bestaande uit het huidige recht, het beginsel van ongelijkheidscompensatie, ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM. Op deze wijze is onderzocht wat de gevolgen zijn van de betreffende voorstellen voor de rechtsbescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, in geval van een door de werkgever geïnitieerd ontslag. Gebleken is dat het voorgenomen recht voor wat betreft de UWV-route per saldo niets afdoet aan de daarin verdisconteerde ongelijkheidscompensatie. Voorts is gebleken dat voornoemde route onder het voorgenomen recht grotendeels in overeenstemming zal zijn met ILO-verdrag nr. 158. Voor wat betreft de toetsing aan artikel 6 EVRM is evenwel gebleken dat de UWV-route (evenals onder het huidige recht) in strijd dient te worden geacht met de procedurele eisen die artikel 6 EVRM stelt. Ten aanzien van de route via de sectorale ontslagcommissies is gebleken dat deze route wel degelijk afbreuk zal doen aan de bestaande ongelijkheidscompensatie tussen werkgever en werknemer en dat het risico bestaat dat de instelling van deze ontslagroute zal leiden tot ondermijning van de bestaande ontslagbescherming

⁵¹³ Massuger 1994, p. 59.

van de werknemer. Gebleken is dat de route via de kantonrechter het meest in overeenstemming is met het door mij ontwikkelde normatief kader. Ik meen dan ook dat het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer de voorkeur verdient om de preventieve ontslagtoets voortaan neer te leggen bij de kantonrechter, een weg die tot nu toe ten onrechte niet werd ingeslagen. Vanwege de expertise van UWV op het gebied van langdurige arbeidsongeschiktheid zou op voornoemde hoofdregel een uitzondering kunnen worden gemaakt voor het (minder vaak voorkomende) ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, in die zin dat UWV dergelijke voorgenomen ontslagen – vanwege haar expertise dienaangaande – blijft toetsen. In het volgende hoofdstuk zal ik dit standpunt bij wijze van aanbeveling nader onderbouwen.

6. SAMENVATTING, CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

6.1 Samenvatting

In dit onderzoek stonden de meest recente plannen inzake de herziening van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, centraal. Doel van onderzoek was om te beoordelen welke gevolgen de betreffende plannen hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een vast contract. De centrale onderzoeksvraag luidde dan ook: welke gevolgen hebben de plannen ten aanzien van de herziening van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

Teneinde een beter begrip van het huidige duale ontslagstelsel te krijgen en teneinde te bezien hoe de meest recente wijzigingsvoorstellen zich verhouden tot eerdere voorstellen, werd in hoofdstuk 2 allereerst een overzicht gegeven van de ontwikkeling van het ontslagrecht in Nederland. Gebleken is dat de mate van rechtsbescherming voor de werknemer vanaf de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 aanvankelijk steeds verder is toegenomen. Gebleken is voorts dat er vanaf het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw talloze voorstellen zijn gedaan om het duale ontslagrecht te wijzigen teneinde het eenvoudiger en meer flexibel te maken. Verregaande wijzigingen van het ontslagrecht bleven echter uit door het ontbreken van politiek en/of maatschappelijke draagvlak. Veelal waren er ook grote bezwaren onder rechtswetenschappers. Dit laatste gold met name ook voor de verschillende voorstellen die elkaar vanaf eind 2011 in vlot tempo hebben opgevolgd, te weten wetsvoorstel 33 075 en de voorstellen in het zogenaamde Lenteakkoord, de hoofdlijnennotitie van minister Kamp en het Regeerakkoord van VVD en PvdA. De betreffende plannen zouden volgens voornoemde rechtswetenschappers leiden tot een aanzienlijke verslechtering van de ontslagbescherming van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In het licht van deze kritiek op de eerdere recente voorstellen diende zich met het tot stand komen van het Sociaal Akkoord dan ook de vraag aan welke gevolgen deze meest recente plannen ten aanzien van de hervorming van het ontslagstelsel hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een vast contract. Tot nog toe had ten aanzien van deze vraag geen systematisch onderzoek plaatsgevonden.

Om tot een antwoord te komen op de onderzoeksvraag werd in hoofdstuk 3 een normatief kader uitgewerkt en verantwoord. Gebleken is dat het huidige recht, de arbeidsrechtelijke beginselen en internationale normen tot het normatief kader kunnen worden gerekend. Voor wat betreft de arbeidsrechtelijke beginselen is vastgesteld dat er in de literatuur geen overeenstemming bestaat over de vraag welke beginselen aan het arbeidsrecht ten grondslag liggen en hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden. Het ging het bestek van dit onderzoek te buiten om dit nader in kaart te brengen. Dit aspect verdient dan ook nader onderzoek. Vastgesteld is evenwel dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie als één van de belangrijkste beginselen van het arbeidsrecht kan worden gezien en dat dit beginsel tot op de dag van vandaag voor wat betreft de relatie tussen werknemer en werkgever relevant is. Met de toetsing van het voorgenomen recht aan het arbeidsrechtelijke beginsel heb ik getracht tegemoet gekomen aan het pleidooi in de literatuur om bij de hervorming van het arbeidsrecht te toetsen aan datgene wat kenmerkend is voor het arbeidsrecht. Voor wat betreft de internationale normen is gebleken dat, daar waar het gaat om de rechtsbescherming van de werknemer, met name de normen van ILO-verdrag nr. 158 en artikel 6 EVRM relevant zijn. Het huidige recht werd in hoofdstuk 4 uiteengezet. Hierbij werd onderzocht in hoeverre het beginsel van ongelijkheidscompensatie daarin thans tot uitdrukking komt. Gebleken is dat het betreffende beginsel in het huidige recht met betrekking tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor

onbepaalde tijd onder meer tot uiting komt in de eis dat voor opzegging van de arbeidsovereenkomst een ontslagvergunning nodig is, in de eis dat het ontslag redelijk moet zijn, in de eis dat er tevens een bijzondere grond voor het ontslag moet zijn (zijnde bedrijfseconomische redenen of persoonsgebonden redenen), in het bestaan van opzegtermijnen en opzegverboden én in het gegeven dat er sancties staan op onregelmatige opzegging en kennelijk redelijk ontslag. Gebleken is voorts dat het betreffende beginsel in het huidige recht met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot uitdrukking komt in de eis dat het ontslag moet berusten op een redelijke grond in de vorm van een gewichtige reden en in de mogelijkheid tot toekenning van een ontslagvergoeding. Het huidige recht werd voorts getoetst aan voornoemde internationale normen. Deze toets wees uit dat het in het huidige recht met name niet goed gesteld is met de procedurele waarborgen. Het huidige recht, en dan met name de UWV-procedure, voldoet niet aan de eisen van artikel 6 EVRM. De onderzoeksresultaten wijzen dan ook uit dat de veronderstelling van de sociale partners dat het huidige systeem adequate rechtsbescherming biedt bij onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer juist is.⁵¹⁴

6.2 Antwoord op de centrale onderzoeksvraag

Doel van dit onderzoek was om een antwoord te geven op de vraag welke gevolgen de plannen ten aanzien van de herziening van het ontslagrecht, zoals verwoord in het Sociaal Akkoord, hebben voor de rechtsbescherming van de individuele werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Gebleken is dat deze vraag zich niet eenduidig laat beantwoorden. De toetsing aan het normatief kader immers wijst uit dat het voorgenomen recht voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van UWV per saldo niets afdoet aan de daarin verdisconteerde ongelijkheidscompensatie en dat het grotendeels in overeenstemming is met ILO-verdrag nr. 158. Het betreffende voorgenomen recht is echter in strijd met de procedurele eisen artikel 6 EVRM, nu het niet lijkt te voorzien in een verbetering van de procedurele waarborgen van de UWV-procedure. De toetsing aan het normatief kader wijst voor wat betreft het voorgenomen recht inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit dat dit meer in overeenstemming is met de eisen van het normatief kader: de bestaande ongelijkheidscompensatie wordt niet echt aangetast, het is grotendeels in overeenstemming met ILO-verdrag nr. 158 en het voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM, al ware het beter indien het civiele bewijsrecht van toepassing zou worden verklaard op de ontbindingsprocedure. Het plan om toetsing van ontslag door sectorale ontslagcommissies met eigen ontslagcriteria mogelijk te maken, is gezien vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer niet raadzaam vanwege de gebrekkige representativiteit van de werknemersverenigingen, het gevaar van subjectiviteit van de ontslagcriteria en het vermoedelijke gebrek aan procedurele waarborgen. Desalniettemin kan worden geconcludeerd dat de jongste plannen ten aanzien van de hervorming van het ontslagrecht vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer beter zijn dan de eerdere recente plannen in wetsvoorstel 33 075, het Lente-akkoord, de hoofdlijnennotitie van minister Kamp en het Regeerakkoord van VVD en PvdA. Laatstgenoemde plannen beoogden immers onder meer de invoering van een repressieve ontslagtoets of de invoering van een aan het ontslag voorafgaande advies, hetgeen zou leiden tot een verregaande verslechtering van de rechtsbescherming van de werknemer. Ook voorzagen voornoemde plannen over het algemeen in een (nog) lagere vergoeding bij ontslag. De plannen in het Sociaal Akkoord beogen daarentegen het behoud van de preventieve toetsing van ontslag, hetgeen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer een goede zaak is. Bovendien

⁵¹⁴ STAR 2013, p. 28.

is de zogenaamde ‘additionele vergoeding’ die naast de transitievergoeding kan worden toegekend niet gemaximeerd.

6.3 Aanbevelingen

Indien de plannen in het Sociaal Akkoord doorgang vinden, zullen er voortaan drie verschillende preventieve ontslagroutes naast elkaar bestaan, namelijk de route via het UWV, de route via de kantonrechter en de route via de sectorale ontslagcommissies. In het vorige hoofdstuk heb ik betoogd dat te verwachten valt dat het naast elkaar bestaan van deze drie ontslagroutes in de praktijk niet altijd goed hanteerbaar zal zijn en dat het de voorkeur verdient om de (mogelijk) op handen zijnde wijziging van het ontslagstelsel aan te grijpen om over te gaan tot instelling van één preventieve ontslagroute. Op grond van de onderzoeksresultaten van deze scriptie concludeerde ik dat het daarbij vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer voor de hand ligt om de preventieve ontslagtoetsing bij de kantonrechter neer te leggen. Hierbij zou dan een uitzondering kunnen worden gemaakt voor de (minder vaak voorkomende) situatie waarin sprake is van ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Vanwege haar expertise op dit vlak, ligt het voor de hand om die toetsing bij UWV te laten. Het eventuele bezwaar dat UWV ook beschikt over de nodige expertise ten aanzien van ontslag om bedrijfseconomische redenen, zodat het voor de hand ligt om die toets eveneens bij UWV te laten, kan worden weerlegd met de opmerking dat UWV bij haar beslissing doorgaans het advies van de zogenaamde ontslagcommissie opvolgt. Deze weinig transparante commissie bestaat uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties en niet uit onafhankelijke specialisten. Het instellen van één ontslagroute via de kantonrechter als hoofdregel zal niet alleen leiden tot een verdergaande rechtsbescherming van de werknemer, maar ook tot een daadwerkelijke vereenvoudiging van het ontslagrecht. Bovendien komt het de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en uniformiteit ten goede.⁵¹⁵ Het neerleggen van de preventieve ontslagtoets bij de kantonrechter als enige instantie heeft bovendien het voordeel dat er een mondelinge behandeling plaatsvindt en dat tijdens de zitting eventuele andere geschillen, zoals geschillen met betrekking tot achterstallig loon, een concurrentiebeding of een studiekostenbeding gevoegd kunnen worden behandeld. Dit komt de finale geschilbeslechting ten goede. Overigens zou men ten aanzien van de preventieve ontslagtoets kunnen overwegen om over te gaan tot invoering van de dagvaardingsprocedure in plaats van de verzoekschriftprocedure. Dit komt de rechtsbescherming van de werknemer nog meer ten goede aangezien het civiele bewijsrecht dan van toepassing wordt. Dit ontlast overigens ook de griffie bij aanvang van de procedure. Bovendien zijn er in de dagvaardingsprocedure, anders dan bij de verzoekschriftprocedure, meerdere schriftelijke rondes, waardoor partijen meer gelegenheid hebben om hun standpunten met schriftelijke stukken te onderbouwen. Indien de zaak het toelaat kunnen partijen dan eventueel afspreken van een mondeling behandeling af te zien.

Uiteraard kleven er ook nadelen aan voornoemd voorstel. Zo zal de werklast van de kantonrechters sterk toenemen en zullen de kosten voor werkgever en werknemer hoger zijn dan bij de UWV-procedure, alwaar men geen griffierecht verschuldigd is.⁵¹⁶ Het verdient dan ook aanbeveling om de griffierechten niet verder te verhogen. Voornoemde financiële bezwaren tegen het exclusief onderbrengen van de preventieve ontslagtoets bij de kantonrechter wegen mijns inziens echter niet op tegen de voordelen op het vlak van de rechtsbescherming van de werknemer.

⁵¹⁵ Zo ook: P. Besselink, ‘Keuze voor behoud twee ontslagroutes is onverstandig’, *Het Financieel Dagblad* 11 oktober 2013.

⁵¹⁶ Zo ook: Massuger 1994, p. 60.

Het spreekt voor zich dat ik hierboven slechts een aanzet heb gegeven tot een verbetering van het ontslagrecht vanuit het perspectief van rechtsbescherming van de werknemer. Indien het voorstel om als hoofdregel één ontslagroute via de kantonrechter in te stellen zou worden overgenomen, dient een en ander uiteraard verder te worden uitgewerkt, hetgeen het bestek van deze scriptie ver te buiten gaat.

Naast de hierboven omschreven centrale aanbeveling, heb ik in het vorige hoofdstuk ten aanzien van het voorgenomen recht zoals dat is verwoord in het Sociaal Akkoord, een aantal andere aanbevelingen gedaan. Indien de regering haar plannen tot wijziging van het ontslagrecht conform het Sociaal Akkoord doorzet, zijn deze aanbevelingen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer van belang. De overwegingen die aan deze aanbevelingen ten grondslag liggen en de nadere onderbouwing van deze aanbevelingen zijn terug te vinden in hoofdstuk 5. Het betreft de volgende twaalf aanbevelingen:

1. In verband met het voornemen om de BBA-materie op te nemen in het BW, geef ik de wetgever in overweging om een regeling te treffen voor de groep die op grond van artikel 1 sub b onder 2 BBA onder de werkingssfeer van het BBA valt en die niet onder de werkingssfeer van het BW valt.
2. Ten aanzien van de problematiek van de samenloop van ontslaggronden is het van belang dat de wetgever een regeling treft voor de situatie waarin de werkgever besluit om zowel bij UWV als bij de kantonrechter een verzoek in te dienen omdat sprake zou zijn van samenloop van verschillende ontslaggronden. Het voorstel om in geval van samenloop de kantonrechter bevoegd te maken, lijkt hiervoor een geschikte uitkomst te bieden aangezien de kantonrechter onder het huidige recht ook restcategorieën behandelt.⁵¹⁷
3. Voor wat betreft de beslistermijn van UWV geef ik de wetgever in overweging om af te zien van het voornemen om deze terug te brengen tot vier weken. In het vorige hoofdstuk is onderbouwd waarom dit voornemen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer onwenselijk is.
4. Ten aanzien van de sanctie van nietigheid in geval van opzegging zonder voorafgaande beslissing van UWV geef ik de wetgever in overweging om deze sanctie te heroverwegen. Gebleken is immers dat deze sanctie niet goed past in het huidige arbeidsrecht nu dat nog nauwelijks nietigheden kent.
5. Voor wat betreft de verrekening van eerdere scholingskosten met de transitievergoeding wil ik er bij de wetgever op aandringen om enkel in verband met het ontslag gemaakte kosten in mindering te brengen op de transitievergoeding.
6. Ik geef de wetgever ten aanzien van de transitievergoeding in overweging om een regeling te treffen waarbij een beroep op de hardheidsclausule dient te worden onderbouwd met objectieve financiële gegevens.
7. Het voorgenomen recht voorziet slechts in herstel van de arbeidsovereenkomst indien de arbeidsovereenkomst ten onrechte wegens bedrijfseconomische redenen met toestemming van UWV is opgezegd. Ik geef de wetgever in overweging om een regeling te treffen op grond waarvan de werknemer de kantonrechter tevens kan verzoeken om een vergoeding, indien hij van mening is dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is opgezegd wegens redenen van bedrijfseconomische aard.⁵¹⁸
8. Het voorgenomen recht voorziet in de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen tegen beschikkingen van de kantonrechter. Dit voornemen is vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de werknemer wenselijk. Om tegemoet te komen aan de praktische

⁵¹⁷ Bouwens & Boot 2013, p. 100 en Raad voor de rechtspraak 2013, p. 4.

⁵¹⁸ Zo ook: Raad voor de Rechtspraak 2013, p. 4.

bezwaren van de tegenstanders van de opheffing van het rechtsmiddelenverbod, valt de invoering van een versneld hoger beroep aan te bevelen, waarbij de termijnen van de beroepsprocedure en daarmee de procedure in haar geheel worden verkort.⁵¹⁹

9. Om misbruik van procesrecht van de kant van de werkgever te voorkomen, beveel ik aan om de werkgever te veroordelen in de reële proceskosten, wanneer zijn hoger beroep niet slaagt. Daarmee wordt voorkomen dat de aanvankelijke winst van de werknemer door de hoge proceskosten in beroep verdwijnt.

10. Uit dit onderzoek is gebleken dat de mate van rechtsbescherming van de werknemer aanmerkelijk kan toenemen, wanneer het civiele bewijsrecht van toepassing wordt verklaard op de procedures bij de kantonrechter en UWV. Ik wil de wetgever dan ook uitdrukkelijk in overweging geven om hiertoe over te gaan.⁵²⁰

11. De instelling van sectorale ontslagcommissies bij cao en de afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao leiden tot een aanmerkelijke verslechtering van de ontslagbescherming van de werknemer. Ik adviseer de wetgever dan ook om van deze voornemens af te zien. Dergelijke plannen liepen eerder (in 2006) op niets uit. De wetgever doet er goed aan om de standpunten van het CPB en het (toenmalige) CWI opnieuw ter harte te nemen. Indien de wetgever desalniettemin vasthoudt aan het plan, geef ik in overweging om wettelijke eisen te stellen op het vlak van de representativiteit van vakbonden⁵²¹ en voor wat betreft procedurele waarborgen. Ten aanzien van de eisen op het vlak van de representativiteit zou kunnen worden aangesloten bij de door de SER geformuleerde criteria.⁵²² Ten aanzien van de procedurele waarborgen acht ik het van belang dat eisen worden gesteld op het gebied van zorgvuldigheid, de motivering van besluiten en hoor- en wederhoor. Tevens zullen eisen moeten worden gesteld ten aanzien van de instelling van bezwaar- en beroepscommissies.⁵²³

12. Ten aanzien van de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel doet de wetgever er goed aan om wettelijke eisen te stellen op het vlak van objectiviteit van ontslagcriteria.

6.4 Tot besluit

In het onderhavige onderzoek heb ik mij slechts gericht op de rechtsbescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij een door de werkgever geïnitieerd ontslag. Andere relevante kwesties, zoals de vraag in hoeverre de jongste herzieningsplannen tegemoet komen aan de belangen van werkgevers en de vraag of de plannen kunnen bijdragen aan de doelen die de politiek voor ogen heeft voor wat betreft de arbeidsmarkt, vielen buiten het bestek van dit onderzoek. Uiteraard ben ik mij er van bewust dat de wetgever bij de (voorgenomen) wijziging van het ontslagrecht niet alleen de belangen van de werknemer voor ogen zal hebben. Zij zal een afweging moeten maken tussen de belangen van werkgevers en die van de werknemers. Ook zal zij rekening willen houden met haar eigen (economische) doeleinden. Of het ontslagrecht voor wat betreft de in dit onderzoek behandelde aspecten überhaupt zal worden gewijzigd conform de plannen in het Sociaal Akkoord en zo ja, hoe de precieze invulling van dit recht dan zal zijn, moet worden afgewacht. Een en ander hangt onder meer af van de vraag of de coalitiepartners, VVD en PvdA, een meerderheid in – met name – de Eerste Kamer weten te overtuigen van de plannen. Met het tot stand komen van het begrotingsakkoord op 11 oktober jl. lijkt de hervorming van het

⁵¹⁹ Zo ook: Houweling 2013, p. 76.

⁵²⁰ Zo ook: Raad voor de Rechtspraak 2013, p. 9 en Alt 2009, p. 248.

⁵²¹ Zo ook: Raad voor de Rechtspraak 2013, p. 5-6.

⁵²² Zie ook: Plessen 2008, p. 255.

⁵²³ Zie ook: Smith 2006, p. 24.

ontslagrecht wel weer een stap dichterbij te zijn gekomen. Dankzij het betreffende akkoord lijkt de regering nu immers ook verzekerd te zijn van een (krappe) meerderheid in de Eerste Kamer. De geschiedenis leert evenwel dat het Nederlandse ontslagrecht zich niet eenvoudig laat wijzigen.

DANKWOORD

Deze scriptie markeert het einde van mijn deeltijdstudie Rechtsgeleerdheid aan Tilburg University. Op deze plaats wil ik mr. A.D.M. van Rijs bedanken voor de begeleiding bij de totstandkoming ervan. Tevens dank ik mr. dr. J. van Drongelen omwille van zijn bereidheid om zitting te nemen in de examencommissie. Verder ben ik prof. mr. A.R. Houweling dank verschuldigd voor zijn literatuuraanwijzingen en tips ten aanzien van mijn voorgenomen toetsing aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Zijn enthousiaste mail werkte zeer aanstekelijk. Ook dank ik hen die commentaar hebben geleverd op de concepttekst van deze scriptie, in het bijzonder mr. F. Reith. Ik dank ook mijn werkgever voor het mede mogelijk maken van mijn studie en mijn collega's omwille van hun belangstelling en hun bereidheid om bij te springen op die momenten waarop de combinatie van een nagenoeg fulltime baan en een studie moeilijk bleek te zijn. Tot slot ben ik mijn liefste Koen, vrienden en naaste familie zeer dankbaar omwille van hun morele steun en geduld.

LITERATUURLIJST

Boeken en tijdschriftartikelen

Alt 2009

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Arkel 2007

E.G. van Arkel, *A Just Cause for Dismissal in the United States and the Netherlands. Een redelijke grond voor ontslag in Amerika en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Asser/Heerma van Voss 2008

G. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Barentsen 2013

B. Barentsen, 'Ontslagvergoedingen in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2013/23.

Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Bakels. Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998

R.M. Beltzer, R. Knecht & A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen. Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Beltzer, Jellinghaus & Van Rijs 2006

R.M. Beltzer, S.F.H. Jellinghaus & A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Berkhout 2008

D.F. Berkhout, 'Volledige en gefixeerde schadevergoeding', *ArbeidsRecht* 2008/31.

Besselink 2013

P. Besselink, 'Keuze voor behoud twee ontslagroutes is onverstandig', *Het Financieel Dagblad* 11 oktober 2013.

Betten e.a. 1997

L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Liber Amicorum M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997.

Bij de Vaate 2012

D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', *TAP* 2012-5, p. 192- 198.

Bij de Vaate 2012a

V. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht: over Italië, preventieve ontslagprocedure en het regeerakkoord', *NJB* 2012/2362.

Bij de Vaate 2013

V. Bij de Vaate, 'Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht: lessen uit Duitsland', *NJB* 2013/1490.

Blanpain 2011

R. Blanpain, 'Globalisatie en het Europees Sociaal Model: een maat voor niets?', in: W. Plessen c.s. (red), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Liber Amicorum Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 101-108.

Bles 1907

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst* (deel 1), Den Haag: Belinfante 1907.

Boot 2004

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Boot 2011

E.F.V. Boot, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst: onbekend, ongewild en ongebruikt?', *TAP* 2011-3, p. 92- 98.

Bouwens & Boot 2013

W.H.A.C.M. Bouwens & G.C. Boot, 'Experts aan het woord', *Tijdschrift voor arbeid & onderneming* 2013-3, p. 98-102.

Brenninkmeijer & Heerma van Voss 2001

A.F.M. Brenninkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss, 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV', *NJB* 2001, p. 975-982.

Damsteegt 2003

A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Dop & Kroon 2012

J. Dop & M.M. Kroon (red.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn- Antwerpen: Maklu 2012.

Van Drongelen 2011

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Drongelen & Van Rijs 2012

J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van het UWV*, Deventer: Kluwer 2012.

Duk 1996

R.A.A. Duk, 'Uniform arbeidsovereenkomstenrecht?', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 25- 34.

Duk 2013

R. Duk, 'De polder wast witter?', *TRA* 2013/54.

Duk 2013a

R. Duk, "'All employees are unequal but...". Enkele losse gedachten over ongelijkheidscompensatie in rechtspraak en wetgeving', in: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht* (Liber amicorum voor prof.mr. P.F. van der Heijden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 13- 23.

Fase 2000

W.J.P.M. Fase, 'Is een repressief ontslagsysteem een verstandige keus?', *Arbeid Integraal* 2000, p. 193 -198.

Fase 2000a

W.J.P.M. Fase, 'Afscheid van het huidige ontslagrecht?', *SMA* 2000, p. 487- 492.

Fase 2001

W.J.P.M. Fase, 'De dringende reden in een repressief ontslagstelsel', *SMA* 2001, p. 107- 116.

Fase 2001a

W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001, p. 249-255.

Frost 2010

Robert Frost, *The Road Not Taken, Birches and Other Poems*, Claremont: Coyote Canyon Press 2010.

Galvis 2011

A.R. Galvis, 'De modernisering van het ontslagrecht kan beter', *Advocatenblad* 2011, p. 27- 28.

Gerbrandy 1954

S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1954.

Giebeld & Herderscheê 2013

Robert Giebels & Gijs Herderscheê, 'De polder wint het van Brussel: die 3 procent gaat de ijskast in', *de Volkskrant* 12 april 2013.

Grapperhaus 2000

Grapperhaus, 'Afscheid van het duale ontslagrecht: de proloog is geschreven', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 447- 448.

Grapperhaus 2012

F. Grapperhaus, 'Wie heeft er nou niet een plannetje voor het ontslagrecht op zolder liggen?', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 133.

Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2011

P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Grundt 2012

N. Grundt, 'Ontwikkelingen op het gebied van het ontslagrecht', *Ondernemingsrecht* 2012/127.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'De politiek van het arbeidsrecht', *NJB* 2008/666.

Heerma van Voss 1992

G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992.

Heerma van Voss 2000

G.J.J. Heerma van Voss, 'Contouren van het ontslagrecht van de 21^e eeuw', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw* (Koning-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 239- 252.

Heerma van Voss 2005

G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., *Cao-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 121- 133.

Heerma van Voss 2007

G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *SR* 2007, p. 231- 232.

Heerma van Voss & Verhulp 2013

G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht* (Liber amicorum voor prof.mr. P.F. van der Heijden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Van der Heijden 1984

P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?*(diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1984.

Van der Heijden & Heerma van Voss 1990

P.F. van der Heijden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM', *NJB* 1990-33, p. 1312- 1313.

Van der Heijden, De Laat & Scholtens 1995

P.F. van der Heijden, J.J.M. de Laat & C.G. Scholtens, *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1995.

Van der Heijden 2001

P.F. van der Heijden, 'Een nieuw en beter ontslagrecht', *SMA* 2001, p. 87- 92.

Van der Heijden & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies NJV 2001, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Hengstmengel & Mahabiersing 2009

B.D. Hengstmengel & A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appèlverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vromen', *TAP* 2009-6, p. 229- 237.

Van den Heuvel 1983

L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983.

Houweling 2010

A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *AA* 2010/574.

Houweling & Langedijk 2011

A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011-10, p. 9- 32.

Houweling 2011

A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en Koser Kaya? Over eenheid in ons dual ontslagstelsel', *AA* 2011, p. 789-794.

Houweling 2012

A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Houweling 2012a

A.R. Houweling, 'Een nieuwe repressieve rechterlijke toetsing van het ontslag', *TAP* 2012-7, p. 312-317.

Houweling 2013

A.R. Houweling, 'Akkoord, akkoord, akkoord... maar waarmee eigenlijk? Ontslagrecht volgens het Sociaal Akkoord 2013', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013-2, p. 73-77.

Jacobs 1997

A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Liber Amicorum M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 67- 80.

Knegt 2003

R. Knegt, 'De preventieve toets behouden, de verwijtbaarheid herzien?', *Arbeid Integraal* 2003, p. 174- 178.

Kötter 2012

R. Kötter, 'Koser Kaya, Lenteakkoord en Hoofdlijnennotitie Kamp. Van oude dingen die voorbij gaan...', *NJ* 2012-34, p. 2339- 2345.

Kuijer & Sagel 2001

M. Kuijer & S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001-2, p. 50- 57.

Levenbach 1954

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1954.

Van Loenen, Van Rijs & Wilthagen 1996

G. van Loenen, A.D.M. van Rijs & A.C.J.M. Wilthagen, 'De eigen-aardige ontslagprocedure in het grafisch bedrijf; historie of toekomst?', *SMA* 1996, p. 471- 484.

Loonstra & Zondag 2000

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000-26, p. 1267- 1277.

Loonstra 2001

C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van de ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001/43.

Loonstra 2006

C.J. Loonstra, 'Franse toestanden in Nederland?', *AA* 2006, p. 410- 417.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Loonstra 2013

C.J. Loonstra, 'De rol van de UWV- en de ontbindingsprocedure volgens het Regeerakkoord', *TRA* 2013/24.

Massuger 1994

P.M.M. Massuger, *Een andere kijk op het ontslagrecht*, Tilburg: Tilburg University Press 1994.

Mazel 2013

M. Mazel, 'Herziening van het ontslagrecht: work (on) progress?', *Elsa Leiden magazine* 2013-1, p. 23-27.

Meijer 2013

J. Meijer, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Monserez 2010

L. Monserez, 'Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?', *Oriëntatie* 2010-4, p. 97- 110.

Noordam 2001

F.M. Noordam, 'Re-integratie en preventie: de commissie –Rood en Karl Lagerfeld', *SMA* 2001, p. 117- 121.

Noordoven 2013

T.L.C.W. Noordoven, 'Het Sociaal Akkoord: de eindstreep of een stille dood?', *Bb* 2013/44.

Overkleef- Verburg & Roijackers 1976

M. Overkleef- Verburg & L. Roijackers, *Een redelijk ontslag? De ontslagprocedure van artikel 6 BBA*, Utrecht: Ars Aequi 1976.

Pennings 2007

F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007.

Plessen 2008

W.G.M. Plessen, 'De commissie Bakker- een preadvies, vòòr de Bakker?', *SMA* 2008, p. 255.

Ringeling 1952

J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag. Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland*, Amsterdam : Jasonpers Universiteitspers 1952.

Rood 1998

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Sagel 2013

S.F. Sagel, 'Euphemia', *TRA* 2013-3, p. 3-4.

Sagel 2013a

S.F. Sagel, 'Regeren is vooruitzien...', *TRA* 2013, p. 3.

Scholtens 2001

C.G. Scholtens, 'ADO-ontslagrecht', *SMA* 2001, p. 97- 103.

Scholtens 2005

C.G. Scholtens, 'Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940- 1945', *ArA* 2005- 3, p. 28-59.

Sick 2012

P.Th. Sick, 'Het ontslagstelsel volgens Koser Kaya: oude wijn, met een slecht etiket', *TRA* 2012/33.

Van Slooten 2001

J.M. van Slooten, 'Much ado about ADO?', *NJB* 2001, p. 931- 937.

Smith 2006

M. Smith, *Ontslag regelen bij CAO of bij CWI?*, Tilburg 2006 (afstudeerscriptie).

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Sprengers 1998

L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?*, S.l.:s.n 1998.

Staal 2007

H.W.M.A. Staal, 'De varkenscyclus van het Nederlands wettelijk ontslagrecht, of: waar kwaliteit niet meer de norm is', *SMA* 2007, p. 315- 319.

Verburg 2010

L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom' (oratie Nijmegen), in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Serie Onderneming & Recht*, nr. 59, Deventer: Kluwer 2010.

Verburg 2011

L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM. Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', *AA* 2011/284.

Vergouwen 1994

M.H.D. Vergouwen, *Verdrag 158 ILO en Nederland, het ontslagrecht ontslagen?*, Tilburg 1994 (afstudeerscriptie).

Verhulp 2005

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *SR* 2005/16.

Verhulp 2007

E. Verhulp, 'Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet', *SR* 2007, p. 317-326.

Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1989

Werkgroep Herziening Ontslagrecht, *Commentaar op SER-advies 88/12*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Werkgroep Herziening Ontslagrecht 1991

Werkgroep Herziening Ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991-4, p. 214- 211.

Wilthagen 1989

A.C.J.M. Wilthagen, *Herziening van het ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Van Zanten – Baris 2009

A. van Zanten – Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Zanten – Baris 2012

A. van Zanten - Baris, 'Ontslagvergoeding, transitiebudget en scholing: mosterd na de maaltijd', *TAP* 2012-7, p. 323 - 326.

Zekic 2011

N. Zekic, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in: W. Plessen c.s. (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Liber Amicorum Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 59-72.

Zekic 2011a

N. Zekic, 'Ontslag in Nederland en België', *Ars Aequi* 2011, p. 897- 904.

Kamerstukken

Handelingen II 1947/48, 881, nr. 3.

Kamerstukken II 1975/76, 13 656, nrs. 1-3.

Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3.

Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 37.

Kamerstukken II 2005/06, 33 370, nr. 2.

Kamerstukken II 2008/09, 31 862.

Kamerstukken II 2011/12, 29 544, nr. 400.

Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 1-3.

Kamerstukken II 2011/12, 33 280, nr. 1.

Overige publicaties

Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag 2000.

Brief van Bouwens e.a. d.d. 11 juni 2012, gericht aan de Vaste Kamercommissie voor SZW en de Tweede Kamerfracties.

Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 15 februari 2013, ref.nr. 2013-0000014977.

Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 11 april 2013, ref. nr. 2013-0000045997 met bijlagen.

Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 13 mei 2013, ref. nr. 2013-0000054991 met bijlagen.

Brief van de Minister van Financiën d.d. 11 oktober 2013, kenmerk BZ/2013/ U577.

Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt. Advies Commissie Arbeidsparticipatie*, Rotterdam 2008.

ILO, *Termination of employment at the initiative of the employer. Report VIII (2)*, 67th session 1981.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Notitie toetsing van ontslag: principiële beschouwingen omtrent de merites van de preventieve ontslagtoets*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1992.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009, juni 2010.

Nationale ombudsman, *Naar een eerlijke ontslagprocedure*, Rapport 2007/260, 21 november 2007.

Regerakkoord VVD - PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012.

Sociaal- Economische Raad, *Advies inzake intrekking van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*, Den Haag 1970, publicatienummer 1970/9.

Sociaal- Economische Raad, *Advies herziening ontslagrecht*, Den Haag 1988, publicatienummer 1988/12.

Sociaal- Economische Raad, Verordening representativiteit organisaties van 15 september 2000.

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, Den Haag 2003, publicatienummer 7/03.

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag*, publicatienummer 13/04.

Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, 11 april 2013.

Jurisprudentie

ECRM 8 oktober 1980, NJ 1981/149.

EHRM 26 oktober 1984, NJ 1988/744.

EHRM 28 juni 1990, NJCM-Bulletin 1990, p. 782 e.v.

HR 1 februari 1946, NJ 1946/106.

HR 16 februari 1973, NJ 1973/163.

HR 14 januari 1983, NJ 1983/457.

HR 4 maart 1988, NJ 1989/4.

HR 3 mei 2002, JAR 2002/135.

HR 14 februari 2003, JAR 2003/72.

HR 27 november 2009, JAR 2009/305.

HR 12 februari 2010, JAR 2010/72.

Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/160.

Rb. Den Haag 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181 e.v.

Rb. Den Haag 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

Internetbronnen

www.fiatjustitia.nl

www.ilo.org

www.nationaleombudsman.nl

www.rechtspraak.nl

www.ser.nl

www.vu.nl