

VU Research Portal

Orde op zaken alvorens het ontslagrecht te herzien

van den Heuvel, L.

2006

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van den Heuvel, L. (2006). *Orde op zaken alvorens het ontslagrecht te herzien*. Vrije Universiteit.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Orde op Zaken

alvorens het ontslagrecht te herzien

Leen van den Heuvel

Rede in verkorte vorm uitgesproken bij zijn afscheid als hoogleraar Sociaal Recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 12 mei 2006

Colofon en inhoudsopgave

Tekst: Leen van den Heuvel, Bussum

Ontwerp: Arnoud van den Heuvel, Hilversum

Druk: Pantheon Drukkers, Velsen-Noord

Lithografie: BoekWerk Studio's, Haarlem

Bindwerk: Meeuwis Boekbinders, Amsterdam

© Leen van den Heuvel, Bussum, mei 2006

Niets van deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

ISBN-10: 90-9020677-9

ISBN-13: 978-90-9020677-6



| | | |
|-----|---|-----------|
| 1 | <i>Om te beginnen</i> | 6 |
| 2 | <i>Achterstallig onderhoud, constructiefouten</i> | 7 |
| 2.1 | <i>Onrechtmatig, kennelijk onredelijk en onregelmatig</i> | 7 |
| 2.2 | <i>Te weinig aandacht voor contractuele ontslagregels</i> | 11 |
| 2.3 | <i>Weeffout</i> | 13 |
| 2.4 | <i>Stand van zaken</i> | 14 |
| 3 | <i>Preventieve ontslagtoetsing</i> | 15 |
| 3.1 | <i>Verzet tegen de preventieve ontslagtoetsing</i> | 15 |
| 3.2 | <i>Voordelen van preventieve ontslagtoetsing voor werkgever en werknemer</i> | 17 |
| 3.3 | <i>Ontbreken van beroep van de beslissing op het verzoek om ontslagvergunning</i> | 19 |
| 3.4 | <i>Waarom ADO wel moest mislukken.</i> | 19 |
| 4 | <i>De ontbinding van de arbeidsovereenkomst</i> | 21 |
| 4.1 | <i>Gebreken in de wet</i> | 21 |
| 4.2 | <i>Het appelverbod bij ontbinding</i> | 21 |
| 4.3 | <i>De ontbindingsvergoeding</i> | 23 |
| 5 | <i>Overwegingen</i> | 27 |
| 5.1 | <i>Mondigheid valt tegen</i> | 27 |
| 5.2 | <i>Flexibiliteit vraagt men vooral van anderen.</i> | 28 |
| 5.3 | <i>De Flexwet bewerkstelligt sociale segregatie.</i> | 30 |
| 6 | <i>Een verkenning van de mogelijkheden</i> | 32 |
| 6.1 | <i>De vernietigbaarheidssanctie op de tocht</i> | 32 |
| 6.2 | <i>Vernietigbaarheid, herstel en ontbindingsvergoeding</i> | 34 |
| 6.3 | <i>Kantonrechtersondbinding als panacee in het ontslagrecht</i> | 35 |
| 6.4 | <i>De aantrekkelijkheid van de kantonrechtersondbinding</i> | 36 |
| 7 | <i>Een rechtvaardig en soepel ontslagrecht is mogelijk.</i> | 38 |
| 7.1 | <i>Eenvoudig vereenvoudigen</i> | 38 |
| 7.2 | <i>Behoud van de preventieve ontslagtoetsing</i> | 38 |
| 7.3 | <i>Kantonrechtersondbinding opschonen.</i> | 40 |
| 7.4 | <i>Ontslag op staande voet om een dringende reden</i> | 41 |
| 7.5 | <i>De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd</i> | 42 |
| 7.6 | <i>'Constructive Dismissal' is gewenst.</i> | 43 |
| 7.7 | <i>Hoe ziet het systeem er uit?</i> | 44 |
| 7.8 | <i>Instemming van de sociale partners is nodig.</i> | 45 |
| 8 | <i>Om te eindigen</i> | 47 |

Afkortingen

| | |
|---------|---|
| ADO | Adviescommissie Duaal Ontslagrecht |
| AI | Arbeid Integraal |
| AR | Tijdschrift voor Arbeidsrecht |
| ArA | Arbeidsrechtelijke Annotaties |
| AWGB | Algemene wet gelijke behandeling |
| BBA | Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CAO | collectieve arbeidsovereenkomst |
| Cf. | vergelijk |
| CNV | Christelijk Nationaal vakverbond |
| CWI | Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen |
| ECRM | Europese Commissie voor de Rechten van de Mens |
| EHRM | Europees Hof voor de Rechten van de Mens |
| EVRM | Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens |
| ESB | Economisch Statistische Berichten |
| FNV | Federatie Nederlandse Vakbeweging |
| Flexwet | Wet Flexibiliteit en zekerheid |
| HR | Hoge Raad |
| JAR | Jurisprudentie Arbeidsrecht |
| K. | Kamerstukken |
| Ktg. | Kantongerecht |
| MKB | Werkgeversorganisatie Midden- en Kleinbedrijf |
| MULO | Meer Uitgebreid Lager Onderwijs |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| RDA | Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening |
| SMA | Sociaal Maandblad Arbeid |
| STAR | Stichting van de Arbeid |
| SZW | Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid |
| UvT | Universiteit van Twente |
| UWV | Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen |
| VNO/NCW | Verbond van Nederlandse Ondernemingen / Nederlands Christelijk Werkgeversverbond |
| VU | Vrije Universiteit |
| WMCO | Wet melding collectief ontslag |

1 Om te beginnen

Tijdens mijn studie werd mij verteld, dat bestudering van het recht een veroordeling tot levenslang is, die niet ophoudt bij het behalen van de meesterstitel, de doctorsbul, het pensioen. Zelf maakte ik mijn studenten duidelijk, dat een academische opleiding verplicht tot zelfstandig kritisch denken en dat het mooie van juristenberoepen is, dat je met het klimmen van de jaren steeds beter kunt worden, tot je erbij neervalt of seniel wordt. Toch is dit een afscheidsrede, dus er moet wel iets gebeuren. Nu zijn er vier varianten van afscheid nemen:

*'1. Helemaal niets doen, geen afscheid, geen feestje: een referendaris hoort dan van zijn chef hoe geweldig hij wel was maar moet dan 's avonds aan zijn vrouw uitleggen waarom hij het niet verder gebracht heeft dan referendaris. Dan maar liever niet...
2. Afscheid nemen met een geweldig verhaal over de eigen succesvolle loopbaan, te beginnen met de ontdekking door de bovenmeester van de dorpsschool en de selectie voor de MULO. Vrees bij de toehoorders hoe lang dit nog gaat duren. 3. Nog één keer flink uithalen, zijn gelijk halen, met een toekomstvisie. Bij de toehoorders rijst dan de gedachte, dat de vertrekkende geen recht van spreken meer heeft, niet over zijn graf mag regeren. 4. Een uitvoerige analyse van het verleden met de nadruk op de eigen geweldige prestaties, wapenfeiten uit meestal een ver verleden waarbij alleen het recente nog enige waarde heeft en realistisch is.'* ■■

Ik heb besloten niet uit deze vier varianten te kiezen. Want ik zie met een knipoog naar Knipscheer² het emeritaat niet als een eindstation van academische activiteiten en dus heb ik gekozen voor een denkoefening over het ontslagrecht. Wat ik over het ontslagrecht kwijt wil, is een bijdrage aan een langdurige discussie. In de eerste plaats besteed ik aandacht aan wat ik achterstallig onderhoud wil noemen en ga daarvoor terug naar de herziening van het ontslagrecht in 1953. Vervolgens stel ik de preventieve toetsing en de ontbinding door de kantonrechter aan de orde. Daarna volgen enkele overwegingen en verkenningen waarna ik naar voren zal brengen hoe het allemaal veel eenvoudiger en beter kan dan men nu op stapel wil zetten.

2 Achterstallig onderhoud, constructiefouten

In het algemeen kan worden gezegd, dat het ontslagrecht na de herziening in 1953 qua systematiek degelijk in elkaar zat. De herziening in 1953 is, ook achteraf bezien, een mooie prestatie, voorbereid door de commissie Levenbach, Belinfante en Fagel. Op een drietal punten heb ik niettemin kritiek: de onduidelijke systematiek, de te geringe aandacht voor de sancties op de contractuele onregelmatigheid en ten slotte de voortzetting en verergering van de weeffout in de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

2.1 Onrechtmatig, kennelijk onredelijk en onregelmatig

De wetgever schrapte het gebruik van de vooroorlogse term 'onrechtmatig' en verving die door: 'kennelijk onredelijk' en 'on'regel'matig'. Levenbach spreekt van 'twee soorten onrecht' en waarschuwt *'De vraag of de beëindiging conform de regels is geschied en de vraag of hij (zij, LvdH) kennelijk onredelijk is, zijn twee verschillende vragen.'*¹ De wetgever had, achteraf gezien, beter het uitgangspunt, de onrechtmatigheid, in de wet kunnen laten staan om dat vervolgens niet te vervangen door maar uit te werken in kennelijke onredelijkheid en onregelmatigheid.

De relatie tussen kennelijke onredelijkheid(stoetsing) en de onregelmatigheid(stoetsing) blijkt in de praktijk problematisch te zijn. Onvoldoende realiseert men zich in de rechtspraktijk, dat de regel van (volkomen!) dwingend recht, dat een ontslag niet kennelijk onredelijk mag zijn, bewerkstelligt dat het de rechter is die de onrechtmatigheid vaststelt en dat met de on'regel'matigheid de wetgever of de contractspartijen het oordeel of iets onrechtmatig is, aan de rechter hebben onttrokken doordat ze het zelf al hebben geregeld (wettelijke of contractuele on'regel'matigheid). Een voorbeeld hiervan is, dat partijen iets met elkaar afspreken met betrekking tot het ontslag, bijvoorbeeld een afvloeiingsregeling, en daarbij overeenkomen, dat bij niet-naleving het ontslag een kennelijk onredelijk karakter zal dragen.² Aangezien de regeling van de kennelijke onredelijkheid van dwingend recht is, kunnen partijen de rechter niet binden. Die mag wel rekening

¹ Rob Scheerder, 'Afscheid', *ZM* (Maandblad voor bestuurders, directeuren en toezichhouders in de zorgsector) 2004-7/8, p. 21.

² C. Knipscheer, *De uitdaging van de tweede adolescentie*, afscheidsrede, VU 14 oktober 2005.

³ M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn, N. Samsom N.V. 1954, p. 57.

⁴ HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 (Nebig/Nolen).

houden met wat zij zijn overeengekomen maar hoeft dat uiteindelijk niet te volgen. ⁵ De wetgever heeft beide fenomenen (kennelijke onredelijkheid en on'regel'matigheid) op verschillende plaatsen in de wet geregeld en ook nog in een onlogische volgorde. De wet begint niet met de regeling van de toetsing op kennelijke onredelijkheid. Deze is terechtgekomen in art. 1639s BW (thans art. 7:681 BW) omdat in 1953 dit artikel toevallig vrijgevallen was. De wetgever wilde de bestaande wettelijke regeling van het ontslagrecht zoveel mogelijk intact laten en de nieuwe regels zoveel mogelijk in de bestaande wettekst inbouwen. Het gevolg is dat, als men bij art. 7:667 BW begint te lezen, de systematiek van de wettelijke regeling van het ontslagrecht moeilijk te doorgronden is.


Ontslagrechtsspecialisten onder U – en welke arbeidsjurist is dat nu niet – voelen het al aankomen: een voorbeeld van hoe er gehannest wordt, is het ontslag op staande voet om een dringende reden en betreft met name de vraag of het mogelijk is, dat een terecht gegeven ontslag op staande voet om een dringende reden toch in zijn gevolgen kennelijk onredelijk is. Ja, dat kan, is mijn antwoord. Nee, dat kan niet, antwoordt de Hoge Raad. De standpunten liggen al jarenlang onveranderd vast. Uiteraard weegt het standpunt van de Hoge Raad voor de rechtspraktijk het zwaarst. Maar anderzijds: Quis custodet ipsos custodes? (Wie zal de bewakers bewaken?)

Vooreerst merk ik op, dat het de Hoge Raad was die ons een aantal jaren na de herziening van het ontslagrecht in 1953 attendeerde op de mogelijkheid dat een overigens terecht ontslag enkel door zijn ernstige gevolgen een kennelijk onredelijk karakter kan dragen. ⁶ De vraag die ik stelde, of een terecht gegeven ontslag op staande voet om een dringende reden in zijn gevolgen kennelijk onredelijk kan zijn, wordt dan gereduceerd tot de vraag waarin de dringende reden dan eigenlijk verschilt van een 'gewone' ernstige reden. Naar mijn oordeel alleen hierin, dat de reden naast ernstig ook dringend is. Dat laatste legitimeert tot het niet inachtnemen van de wettelijke en contractuele opzeggingsregels; niet tot minder maar ook niet tot meer. Met andere woorden: de dringende reden maakt enkel dat het ontslag niet on'regel'matig is.

Hoe zegt de Hoge Raad het ook alweer? *'Blijkens art. 1639o lid 1 is de werkgever niet schadeplichtig indien hij de dienstbetrekking doet eindigen om een dringende aan de werknemer onverwijld medegedeelde reden. Daarmee laat zich, hoewel de bewoordingen van art. 1639s lid 1 en lid 2 onder 2^o zich daartegen niet verzetten, bezwaarlijk rijmen dat een wegens een dringende reden gegeven ontslag desondanks kennelijk onredelijk kan zijn en op die grond wel tot schadeplichtigheid van de werkgever kan leiden.'* (NB de Hoge Raad spreekt hier van 'schadeplichtigheid', een term die de wetgever gebruikt voor de sanctie op on'regel'matig ontslag! LvdH.)


4.4 Een dergelijk systeem past ook overigens niet in de wettelijke regeling van het einde van de arbeidsovereenkomst in het BW.

Een dringende reden voor de werkgever bestaat ingevolge art. 1639p in "daden,


eigenschappen of gedragingen" van de werknemer die ten gevolge hebben dat "van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren". Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort derhalve te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden. Is deze laatste vraag bevestigend beantwoord, dan is geen plaats meer voor het oordeel dat het ontslag niettemin kennelijk onredelijk is op de in art. 1639s lid 2 onder 2^o vermelde grond.' 

De Hoge Raad legt hierboven uit, hoe de wettelijke regeling van het ontslagrecht in elkaar steekt. Het lijkt zo simpel, zoals de Hoge Raad het zegt en ik ben het ook met de Hoge Raad eens, ... op de laatste twee zinnen na. Want de gevolgtrekking die de Hoge Raad maakt, het 'derhalve', is niet zuiver. De Hoge Raad gooit daar in feite on'regel'matigheid en kennelijke onredelijkheid op één hoop en veronachtzaamt daarmee, dat de dringende reden slechts geregeld is in het kader van de on'regel'matigheid van het ontslag. De dringende reden legitimeert enkel het niet in acht nemen van ontslagregels als bijvoorbeeld tijdstip en termijn van de opzegging. De vraag naar de kennelijke onredelijkheid behoort tot de andere hierboven vermelde uitwerking van onrechtmatig ontslag. Natuurlijk zullen zich in het bijzonder bij de dringende reden veel gevallen voordoen, dat de ernst van de ontslagredenen zodanig is, dat de gevolgen daarbij in het niet vallen. Maar dit sluit nog niet uit, dat de reden weliswaar een dringende is en de werkgever legitimeert tot ontslag op staande voet, maar dat de gevolgen desniettemin zo ernstig zijn, dat er kennelijke onredelijkheid optreedt.

Om het nog één keer anders te zeggen: bij de kennelijke onredelijkheid toetst de rechter op de ontslagredenen, de wijze van beëindigen en de gevolgen.

 Anders R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering*, Deventer, Kluwer 2006, p. 125 e.v. Van Heusden laat onvermeld mijn 'Contractuele ontslagregelingen', *SMA* 2005 p. 109-116, waarin ik zijn opvatting gemotiveerd bestrijd.

 HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78 (De Vries / Lampe); HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185 (Felix/Elmar).

 HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643 (Schoenmaker of: de man met de hamer).

Elk van deze factoren afzonderlijk kan, aldus eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad ⁸, kennelijke onredelijkheid veroorzaken. In het geval van een terecht ontslag op staande voet om een dringende reden valt de ontslagreden vanzelfsprekend af als oorzaak van kennelijke onredelijkheid omdat de wet zelf de (objectieve en subjectieve!) dringendheid van de reden als legitimatie voor een ontslag aanmerkt. Hetzelfde geldt voor de wijze van beëindigen: de wet legitimeert bij een dringende reden het onmiddellijk beëindigen van de dienstbetrekking; ook om die reden kan het ontslag op staande voet niet kennelijk onredelijk zijn. Maar met betrekking tot de ernstige gevolgen heeft de wet bij de on'regel'matigheid (in art. 7:677 BW) niets geregeld. Het is dus niet uitgesloten dat die gevolgen het terecht ontslag een kennelijk onredelijk karakter kunnen geven. Met name zal dat het geval zijn als de ernst van de gevolgen naar het oordeel van de rechter de zwaarte van de dringende reden (die tot ontslag op staande voet heeft geleid) overtreft. Dan moet de werkgever maar 'gewoon' ontslaan, zie ik de Hoge Raad denken. Maar waar blijft dan de dringendheid van de dringende reden? Die hangt toch niet van de ernst van de gevolgen af? Als de ernstige gevolgen een ontslag kennelijk onredelijk maken, wordt dat niet anders als de ontslagreden een dringende is. De dringende reden maakt alleen dat het ontslag onmiddellijk mag worden geëffectueerd, meer niet.

Als kok en koksmaatje flessen stelen uit de kelder van het restaurant, zijn die gevallen niet gelijk, zo wordt mij tegengeworpen, en dus mag het koksmaatje op staande voet worden ontslagen en de kok, met vele jaren trouwe dienst, niet. 'All animals are equal but some are more equal than others?' ⁹ Dat wil er bij mij niet in want wat is dan nog de betekenis van ontslag op staande voet? En wat te denken van het ontslag op staande voet van een oude werknemer met vele jaren trouwe dienst van een vuurwerkfabriek, die door zijn echtgenote wordt gebeld met de mededeling, dat bij haar kanker is geconstateerd en die daardoor zo van zijn stuk is, dat hij met een brandende sigaret een brandgevaarlijke loods binnengaat en daarop door zijn werkgever op staande voet wordt ontslagen? Dat ontslag op staande voet lijkt mij terecht, want als de werkgever op dit punt de discipline niet handhaaft, kan dat mensenlevens kosten. Maar de vele jaren trouwe dienst dan? Schorsen en opzeggen?

Het is ook zo zwart/wit, want de gevolgen zijn aanzienlijk: bij een terecht gegeven ontslag op staande voet verliest de werknemer alles. Bij een ten onrechte gegeven ontslag op staande voet kan de werkgever zijn schade nog beperken door een ontslag met een vergunning 'voorzover vereist' of door een ontbinding 'voorzover vereist'. De werknemer verkeert wat dit betreft in een slechtere positie. Daarover straks meer. Geheel in strijd met wat wij in het algemeen verstandig vinden, heeft de rechter hier geen grijs vlak waarin hij recht kan doen aan de omstandigheden: de Hoge Raad dwingt tot een alles of niets. De Hoge Raad bewerkstelligt een osmose tussen on'regel'matigheid en kennelijke onredelijkheid en geeft daarmee aan, dat hij de systematiek van het burgerlijkrechtelijke

ontslagrecht niet goed doorziet. Ik handhaaf daarom mijn standpunt en geef als antwoord op de vraag waartoe de dringende reden legitimeert: alleen tot een ontslag op staande voet, alleen tot het niet inachtnemen van uitdrukkelijke wettelijke en contractuele ontslagregels (opzegverboden, opzegtermijnen) maar niet tot meer. Een terecht ontslag op staande voet om een dringende reden kan niet meer on'regel'matig zijn maar nog wel degelijk kennelijk onredelijk. De dringende reden is niet de supperredenen die de Hoge Raad er van maakt. De Hoge Raad maakt er hier naar mijn oordeel maar een rommeltje van: dit is geen recht maar averecht. Dat valt overigens niet slechts de Hoge Raad te verwijten maar ook hun die hem voorlichten en hun die de cassatiemiddelen aandragen waarover de Hoge Raad zich moet uitspreken.

2.2 Te weinig aandacht voor contractuele ontslagregels

Art. 7:677 lid 1 BW luidde vóór de Flexwet: *'Ieder der partijen kan de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen, doch de partij die dit doet zonder dat de wederpartij daarin toestemt, is schadeplichtig, tenzij zij de dienstbetrekking aldus doet eindigen om een dringende, aan de wederpartij onverwijld medegedeelde reden.'*

In deze zinsnede legde (verstopte als het ware) de wetgever in 1953 de mogelijkheid, dat de contractspartijen ontslagregels met elkaar overeenkomen. Levenbach, de auctor intellectualis van de belangrijke wijziging van het ontslagrecht in 1953, is daarover heel duidelijk: *'Voor de beëindiging geldende bepalingen zijn álle bepalingen, welke normen omtrent het einde van de dienstbetrekking vaststellen en rechtsgevolgen aan het niet-naleven van die normen verbinden. Dus (...) ook wat in individueel contract, reglement, C.A.O. of regeling van een bevoegd publiekrechtelijk orgaan daaromtrent is genormeerd en vastgesteld. Deze bepalingen omvatten dus alles waar partijen zich krachtens wettelijke of conventionele regeling met betrekking tot de beëindiging aan hebben te houden, alle gepositiverde plichten, alles wat de regelmatigheid van de beëindiging betreft.'*¹⁰

Art. 7:677 lid BW luidt thans: *'Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij. De partij die opzegt zonder een dringende reden of zonder gelijktijdige mededeling van de dringende reden is schadeplichtig.'*

⁸ Cf. noot 6.

⁹ Vrij naar George Orwell (Eric Blair), *Animal Farm*.

¹⁰ M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn, Samsom 1954, p. 58; zie ook p. 96-97.

Vergelijken we deze beide voorschriften dan blijkt dat de woorden 'zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen' zijn vervallen. Overigens vinden we deze zinsnede in art. 7:681 lid 1 BW bijna letterlijk terug: 'al of niet met inachtneming van de voor de opzegging geldende bepalingen'. Dit illustreert, dat de Flexwetgever de voor opzegging geldende bepalingen niet heeft willen afschaffen. Hij is er slechts aan voorbijgegaan, in zijn ijver om nieuw idioom ingang te doen vinden: hij wilde elke eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst opzegging noemen. Daardoor vergat hij de contractuele opzegbepalingen, die – naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever – onder de weggevallen zinsnede vielen. De gevolgtrekking ligt voor de hand dat niet slechts de overtreding van wettelijke voorschriften tot de conclusie van 'onregelmatigheid' kan voeren maar ook die van contractuele ontslagregels. ¹¹¹ Immers strekt de overeenkomst de partijen tot wet. Ontslag zonder inachtneming van de contractuele regels is dan net zo goed on'regel'matig als bij strijd met de wettelijke regels.

De Flexwetgever heeft er overigens wel wat aan proberen te doen maar is daarin niet goed geslaagd. In art. 7: 677 lid 2 BW bepaalde hij namelijk: 'De partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, is schadeplichtig.' Daarmee wekt de wet de suggestie, dat partijen slechts tijdsvoorschriften met betrekking tot de opzegging kunnen overeenkomen. Niets is echter minder waar. Partijen doen dat vaak niet op een juiste manier en leggen contractueel vast dat voorbijgaan aan de afgesproken ontslagregels kennelijke onredelijkheid oplevert. Daarmee halen zij de rechter binnen, aan wie de wet het oordeel overlaat of er sprake is van de kwalificatie kennelijke onredelijkheid. ¹¹² Willen partijen dat niet, dan moeten ze elke verwijzing naar kennelijke onredelijkheid buiten hun overeenkomst laten en zich bij overtreden van de contractuele ontslagregels op on'regel'matigheid beroepen. Zij houden daarmee, als zij een geschil krijgen, bij de sanctionering de rechter overigens niet buiten de deur. Maar sanctionering is een andere aangelegenheid dan kwalificatie.

Met de omstandigheid dat de wetgever in 1953 de contractuele on'regel'matigheid een beetje verstopte in art. 7:677 lid 1 BW, houdt verband dat hij geen goede oplossing had voor de sanctie op onregelmatigheid die bestaat in overtreding van contractuele regels anders dan tijdsbepalingen (waarop de focus was gericht). Dat stellen van sancties was een zaak die de wetgever aan partijen overliet. Dat lijkt geen goede oplossing want partijen denken er vaak niet aan om met de contractuele regel ook de sanctie op overtreding vast te leggen. En als ze dat al zouden doen dan zouden ze in dezelfde moeilijkheden geraken als de wetgever later, in 1976, bij de invoering van de opzegverboden 'wegens' die niet tevens waren verboden 'tijdens'. Ik gaf al aan, dat de praktijk een andere weg is ingeslagen: overtreding van de contractuele afspraak wordt vaak betiteld als kennelijk onredelijk, terwijl on'regel'matigheid wordt bedoeld.

Kort gezegd, beroept men zich op een andere rechtsgrond: op kennelijke onredelijkheid in plaats van op on'regel'matigheid. Dat kan een nadeel opleveren: onregelmatigheid is gemakkelijker, aangezien de rechter slechts van het overtreden van de gestelde regel overtuigd behoeft te worden en niet van de onrechtmatigheid, wat bij kennelijke onredelijkheid wel het geval is.

2.3 Weeffout

Sinds 1907 zit er een weeffout in het ontslagrecht bij de ontbinding door de kantonrechter, welke weeffout in 1953 is bestendigd en zelfs is versterkt. Het gaat om het extrajudiciële karakter van de ontbindingsprocedure, dat uitsluiting van hoger beroep en cassatie rechtvaardigde, terwijl de ontbindingsprocedure vanaf de aanvang in 1907 in contraire gevallen kon worden gebruikt. Die uitsluiting van hoger beroep en cassatie is een smet op onze rechtsorde omdat bij elke procedure op tegenspraak de mogelijkheid behoort te bestaan om het oordeel van de eerste rechter in beroep te laten toetsen. Deze weeffout maakte de wetgever in 1907 door op aandringen van de werkgevers in het ontbindingsartikel de mogelijkheid op te nemen van ontbinding na een dringende reden. Vaak, zo niet altijd, zal de werknemer schuld hebben aan de dringende reden die hij de werkgever geeft. Dat betekent, dat de procedure een contrair karakter kan dragen en het niet meer gaat om enkel een billijkheidsoplossing zoals bij veranderingen in de omstandigheden, zodat hoger beroep en cassatie op hun plaats zouden zijn. De wetgever verergerde in 1953 dit probleem nog door bij de invoering van vergoedingsmogelijkheid bij ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden te vermelden, dat de hoogte van de vergoeding zou kunnen variëren met de mate van schuld; waarmee hij ook een contrair element bracht in de ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden. Ik denk, dat dit kon gebeuren doordat de wetgever in 1953 wijziging van het formele ontslagrecht loskoppelde van de herziening van het materiële ontslagrecht. Toen op 1 januari 2002 de kantongerechtsprocedure werd herzien, is aan dit probleem helemaal niet meer gedacht.

De Hoge Raad sluit appellabiliteit van de ontbinding overigens niet geheel uit en laat deze toe bijvoorbeeld wanneer de rechter zich buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW begeeft of wanneer aan een essentieel vereiste voor

11 Ten onrechte oordeelt I.P. Asscher-Vonk in Bakels, *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer 2005, p. 142, dat men zich niet op kennelijk onredelijk ontslag kan beroepen als de opzegging in strijd is met een wettelijk opzegverbod. Haar opvatting berust mijns inziens op een verkeerde lezing van HR 13 november 1992, NJ 1993, 265.

12 HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 (Nebig/Nolen).

een eerlijke procedure niet is voldaan zoals in het geval, dat de 'wederpartij' niet is opgeroepen. Maar de Hoge Raad rekent tot de vereisten van een eerlijke procedure niet het ontbreken of tekortschieten van de motivering door de rechter. Dat is begrijpelijk, omdat de motivering maar moeilijk los kan worden gezien van de inhoud van de beschikking. Tegelijkertijd rijst de vraag of dit wel in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM, waar het motiveringsvereiste een centrale plaats inneemt. Zie verder § 4.2.

Het ontbreken van hoger beroep en cassatie is bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst misschien nog wel een groter gemis dan bij de preventieve ontslagtoetsing. Bij weigering van een ontbinding staat de werkgever met lege handen. Na weigering van de ontslagvergunning fungeert de ontbinding voor de werkgever als een verkapt hoger beroep. Na toekenning van de ontslagvergunning staat de werknemer nog beroep op kennelijke onredelijkheid open. Dat dit geen vernietigbaarheid oplevert maar slechts schadevergoeding is niet essentieel; dat is alleen maar een kwestie van sanctionering. Overwogen zou kunnen worden om de kennelijke onredelijkheid met vernietigbaarheid te sanctioneren; daar is op zich wat voor te zeggen, afgezien van het antwoord op de vraag of vernietigbaarheid in het ontslagrecht wel zo'n goede sanctie is, quod non. Want waarom zou het veronderstelde onrecht (overtreding van de opzegverboden) wèl met vernietigbaarheid worden gesanctioneerd en bij feitelijk door de rechter geconstateerd onrecht moeten worden volstaan met schadevergoeding? In het navolgende zal ik aannemelijk proberen te maken, dat men ook – en bij voorkeur – het tegenovergestelde kan doen: de vernietigbaarheid inwisselen voor een (hoge) schadevergoeding.

2.4 Stand van zaken

Bovenstaande drie voorbeelden illustreren, dat de regeling van het ontslagrecht in 1953 niet volmaakt was. Maar voor het overige zat het goed in elkaar. Dat het toch als moeilijk wordt ervaren komt vooral doordat in 1953 niet gekozen is voor een geheel nieuwe opzet maar dat er nieuwe wijn in oude zakken is gedaan. Het gevolg van de onduidelijke inrichting is geweest, dat de wetgever later enkele ingrepen heeft gedaan waardoor de onduidelijkheden alleen maar zijn toegenomen. De wetgever heeft het ontslagrecht gewijzigd terwijl hij naar mijn oordeel het bestaande recht niet goed doorzag. Als men wijzigt wat men niet goed begrijpt, vergroot men de verwarring.

3 Preventieve ontslagtoetsing

3.1 Verzet tegen de preventieve ontslagtoetsing

De preventieve ontslagtoetsing is altijd omstreden geweest. Nu eens werd voorgesteld haar te handhaven en zelfs haar in de wet te incorporeren, dan weer waren er plannen tot afschaffing. De discussie lijkt op die over de inpoldering van de Markerwaard. Opmerkelijk is de gretigheid waarmee de voorstanders van afschaffing insprongen op een plan van Minister van Sociale Zaken De Vries in 1994, waarin de preventieve ontslagtoetsing niet meer voorkwam. Het voorontwerp is nooit wetsontwerp geworden maar men had er al een boekje aan gewijd. [1] De vooringenomenheid ten aanzien van de preventieve ontslagtoetsing zit kennelijk diep. Men speculeert over algehele afschaffing van de preventieve toetsing. [2] De emoties lopen soms zo hoog op dat de preventieve ontslagtoetsing letterlijk wordt verketterd. Beltzer bijvoorbeeld noemt haar 'de (in mijn ogen) meest nutteloze en irritante verstopping van het arbeidsrecht' en – wellicht in navolging van Trap – 'dat vermaledijde BBA'. [3] Uit het vervolg van zijn kanttekeningen leid ik echter af, dat het niet zozeer de preventieve toetsing op zich is, die de verstopping veroorzaakt als wel de wijze waarop het UWV bij de uitvoering van de controle op het gebruik van de WW (de verwijtbaarheids-toets) aanleunt tegen de preventieve ontslagtoetsing en die de praktijk van de vergunningen 'voorzover vereist' veroorzaakte. Met de komst van de nieuwe WW verdwijnen evenwel, denkt men, de pro forma procedures, zodat de angel goeddeels uit de belemmeringen is gehaald. Het verzet tegen (deze vorm van) preventieve ontslagtoetsing klinkt steeds meer als een 'ceterum censeo'.

Mijns inziens wordt de administratieve preventieve toetsing vaak verward met de idee van de preventieve toetsing op zich. Het (voort)bestaan van een preventieve ontslagtoetsing als zodanig juich ik toe. Preventieve ontslagtoetsing helpt mee ontslagen te voorkomen doordat zij de werkgever ertoe brengt om

[1] Zie P.F. van der Heijden, J.J.M. de Laat en C.G. Scholtens, *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Amsterdam, Mededelingen HSI nr. 10, 1995.

[2] J. Heinsius, 'Een nieuw artikel 6 BBA: enkele vragen', *SR* 2006-1, p. 5-6.

[3] Ronald Beltzer, 'Ontbinding en WW: the show must stop', in R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeids-overeenkomst in tienvoud*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1.

[4] Dat de preventieve toetsing vroeger geen overbodige luxe was, blijkt uit S. van den Bergh, *Kroonprins van Mandelstein*, Leiden, Peter van der Velden, uitgever, 1982, p. 92, waar mijn vroegere buurman Van den Bergh verhaalt hoe hij door zijn werkgever in 1939 op staande voet werd ontslagen omdat hij, toen hij gemobiliseerd werd, niet eerst de terugkomst van zijn werkgever uit het buitenland had afgewacht. Dat de preventieve toetsing ook tegenwoordig nog zinvol is, blijkt uit recent onderzoek van Stichting De Ombudsman, dat aangeeft dat wegpesten of ontslag na ziekte vaak voorkomt.

heel goed na te denken alvorens tot eenzijdige beëindiging over te gaan. De werkgever zal zich oriënteren omtrent de ontslagnormen en zich meer dan zonder preventieve ontslagtoetsing daarnaar gedragen. ¹⁶ Natuurlijk, ook zonder preventieve ontslagtoetsing zou de werkgever over eenzijdige beëindiging goed nadenken maar evenals bij rechterlijke colleges de voetangels en klemmen pas goed naar voren komen als de uitspraak op papier moet worden gezet, is dat bij het formuleren van verzoeken om ontslagvergunning het geval. Ook al volgt er op 90% van de aanvragen een ontslagvergunning, de preventieve ontslagtoetsing werpt niettemin haar schaduwen vooruit. Dit maakt dat, vanuit de huidige situatie gerekend, waar de preventieve ontslagtoetsing al zolang het beeld van ontslagrechtelijk Nederland heeft bepaald, voor haar afschaffing wel zeer overtuigende argumenten moeten worden aangevoerd. Degenen die de preventieve ontslagtoetsing willen afschaffen voeren de hoge percentages vergunningen en ontbindingen als argument aan. Dat argument heeft mij nooit overtuigd omdat het de preventieve werking van de preventieve toetsing veronachtzaamt. Ook een verkeerslicht heffen we niet op omdat praktisch niemand door het rode licht rijdt. Het gaat met name om de preventieve werking van de preventieve ontslagtoetsing. Die houdt, mits goed ingericht, het ontslagrecht goedkoop. Zou eenzelfde preventieve werking van het ontslagrecht moeten worden bewerkstelligd door enkel een ontslagtoetsing achteraf, dan zou die een meer repressief karakter moeten hebben dan thans het geval is. Met andere woorden: door zwaardere sancties zou het ontslagrecht duurder uitpakken.

Terzijde merk ik op, dat ook de kantonrechtersontbinding een vorm van preventieve ontslagtoetsing is.

Met name de wijze van uitvoering van de preventieve ontslagtoetsing staat bloot aan kritiek. Die uitvoering is nog steeds verbonden met het doel dat ooit met de preventieve ontslagtoetsing gediend werd. In 1945, toen het functioneren van de arbeidsmarkt nog voorop stond en de preventieve ontslagtoetsing een belangrijke rol had bij het herstel van de naoorlogse Nederlandse economie, was de keuze voor het arbeidsbureau (en niet voor de arbeidsinspectie) de meest logische. Al snel verdween de noodzaak van overheidsregulering en werd de preventieve ontslagtoetsing vooral een middel van ontslagbescherming van de werknemer tegenover de werkgever. De overheid geeft haar invloed evenwel niet graag prijs, zoals we gezien hebben bij de liberalisering van de loonvorming, die ruim 25 jaar heeft geduurd. De CWI is dan wel geprivatiseerd maar de minister van SZW heeft een flinke vinger in de pap gehouden door het Ontslagbesluit. Dat de preventieve ontslagtoetsing bij de wijziging van het ontslagrecht niet direct al is afgeschaft of gewijzigd, kwam mede doordat de commissie Levenbach die de wetswijziging van 1953 voorbereidde het ontslagprocesrecht mocht scheiden van het materiële ontslagrecht. Tot die wijziging is het nooit meer gekomen, ook niet toen per 1 januari 2002 het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd gewijzigd.

Andere wijzen van uitvoering van de preventieve ontslagtoetsing laten zich denken, bijvoorbeeld een toetsing vooraf door de kantonrechter. Maar het zou ook best een bij CAO ingestelde instantie kunnen zijn die de preventieve toetsing verricht. Het verplichte karakter van de preventieve ontslagtoetsing vind ik waardevol. Wel moeten we nadenken over de sanctie van vernietigbaarheid bij overtreding; die is mijns inziens te ongenueanceerd. Bovendien kan ze door de werkgever worden afgekocht langs de weg van de matiging van de loonverdering (art. 7:680a BW ¹⁷) of omzeild via de kantonrechtersondbinding wegens veranderingen in de omstandigheden. De werknemer heeft in dit opzicht een aan de werkgever ongelijke positie aangezien een verleende ontslagvergunning zich niet laat terugdraaien.

3.2 Voordelen van preventieve ontslagtoetsing voor werkgever en werknemer

Een werkgever die een werknemer wil ontslaan, moet zijn motieven daarvoor op tafel leggen. Dat gebeurt bij de preventieve ontslagtoetsing, bij het ontslag op staande voet om een dringende reden, als die reden wordt aangevochten en bij een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Van de preventieve ontslagtoetsing zijn enkele categorieën werknemers uitgezonderd, onder wie ambtenaren. Personeel van publiekrechtelijke onderwijsinstellingen valt onder het ambtenarenrecht, dat nog steeds een beperking van het aantal ontslaggronden kent. Preventieve ontslagtoetsing ontbreekt voor personeel van bijzondere onderwijsinstellingen. In enkele onderwijscao's is overigens een vorm van preventieve ontslagtoetsing overeengekomen. Aan de schoolstrijd danken we de Commissies van Beroep. Daar kan de werknemer krachtens de verschillende onderwijswetten ingeval van bijvoorbeeld een ontslag in beroep voordat hij zich tot de burgerlijke rechter wendt. Langs de weg van de bekostigingsvoorwaarden wordt bewerkstelligd, dat private onderwijsinstellingen de uitspraken van de Commissies van Beroep naleven. Toch is het personeel van bijzondere onderwijsinstellingen in zoverre slechter af dan andere werknemers, dat het noch preventieve toetsing noch beperking van het aantal ontslaggronden geniet.

¹⁷ Deugt de matiging van de loonverdering wel? Zij haalt in wezen de angel uit de sanctie van vernietigbaarheid! Anderzijds: elke sanctie moet voor matiging door de rechter vatbaar zijn. Had de wetgever dit niet geregeld – en daarmee de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 5 januari 1979, NJ 1979, 205, m.nt. PAS, SMA 1979, p. 107 e.v. m.nt. H.L. Bakels) niet wettelijk verankerd – dan was de Hoge Raad doorgegaan met matiging van de loonverdering na vernietigd ontslag naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding. Immers: de rechter heeft altijd een grijs vlak nodig tussen zwart en wit, om recht te doen. Opmerkelijk is, dat de Hoge Raad dit grijze vlak kennelijk niet nodig vindt bij kennelijke onredelijkheid van terecht ontslag op staande voet om een dringende reden!

Een werknemer in het bijzonder onderwijs die wordt ontslagen, moet het initiatief nemen om dat ontslag te bestrijden. Op hem rust de bewijslast, dat hem onrecht is aangedaan. Het is een reden voor Commissies van Beroep om zich actief op te stellen in de procedure tussen werknemer en werkgever-onderwijsinstelling.

De negatieve houding van de grote werkgevers (VNO/NCW) tegenover de preventieve ontslagtoetsing is te verklaren. Voor hen betekent het enkel vergroting van de administratieve ballast. Een bezwaar bij de preventieve ontslagtoetsing is ook de onzekerheid. Terecht typeerde Levenbach de preventieve toetsing eens als een publiekrechtelijke slagboom die toegang verschaft tot het privaatrechtelijke ontslagrecht. Als men de preventieve ontslagtoetsing is gepasseerd, weet men nog niet of het daaropvolgende ontslag deugt. Zelfs voor wat betreft de ontslagredenen is dat niet zeker, ook al verricht de rechter slechts een marginale toetsing als het om de kennelijke onredelijkheid gaat. Immers, de rechter is onafhankelijk in zijn oordeel over on'regel'matigheid en kennelijke onredelijkheid en hij hoeft zich aan het preventieve oordeel van de CWI niets gelegen te laten liggen. ¹⁸ Hier kan wellicht iets aan worden gedaan door de preventieve ontslagtoetsing en de toetsing achteraf door dezelfde (rechterlijke) instantie te laten verrichten. Dan zal in de meeste gevallen de ontslagredenen achteraf niet meer voor onzekerheid zorgen. Alleen wanneer de vooraf opgegeven reden achteraf blijkt niet de ware ontslagredenen te zijn, heeft de werkgever een probleem. Maar dat heeft hij dan aan zichzelf te wijten. ¹⁹

Begrip voor het standpunt van de werkgevers leidde tot een voorstel aan de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (ADO) om de keuze voor toetsing vooraf of achteraf aan de werkgever te laten. ²⁰ Haken en ogen aan dit voorstel deden ADO besluiten het af te wijzen. Dat de grote werkgevers uiteindelijk niet al te grote bezwaren hadden tegen voortzetting van de preventieve toetsing, kwam mijns inziens doordat zij in de ontbinding door de kantonrechter een snel en betaalbaar alternatief zagen. De laatste jaren klinkt echter vanuit werkgevershoek toenemende kritiek op de hoogte van de ontbindingsvergoedingen.

Zou ook het MKB kiezen voor vervallen van de preventieve ontslagtoetsing, dan heeft het aan zijn leden wat uit te leggen: de preventieve ontslagtoetsing beschermt niet slechts de werknemer tegen onberaden gegeven ontslag maar ook de kleine ondernemer tegen een onberaden opzegging. De belangen van de werknemer en de kleine werkgever lopen tot op grote hoogte gelijk. Zou de preventieve ontslagtoetsing vervallen, dan doet het MKB er goed aan zijn leden goed te adviseren.

3.3 Ontbreken van beroep van de beslissing op het verzoek om ontslagvergunning

Ten onrechte ontbreekt een direct hoger beroep van de preventieve toetsing. De belangrijkste reden daarvan was en is, dat een administratief beroep een te groot beslag zou leggen op de beschikbare toetsingscapaciteit. Zolang de sanctie vernietigbaarheid van art. 9 BBA niet is gewijzigd, blijft het ontbreken van een vernietigbaarheidssanctie bij kennelijk onredelijk ontslag (verkapt hoger beroep) een probleem bij een verleende ontslagvergunning en blijft de kantonrechtersontbinding nodig als uitweg (verkapt hoger beroep) bij een geweigerde vergunning. Zoals ik al aangaf, ligt het voor de hand zorgvuldig na te denken over de vernietigbaarheid als sanctie op opzegging zonder de vereiste vergunning.

3.4 Waarom ADO wel moest mislukken.

De opdracht aan de ADO om te kijken naar het duale ontslagrecht was een gevolg van een verzoek van de Eerste Kamer. Minister Melkert voldeed graag aan dit verzoek omdat het eraan bijdroeg, dat hij de Flexwet door het parlement kon loodsen. Op zich was de instelling van deze commissie al een overwinning voor hen die zich tegen voortzetting van de preventieve ontslagtoetsing hadden verklaard. Want iedere commissie wil wel met iets nieuws komen en de mededeling: wij hebben het bekeken maar zijn van oordeel, dat de preventieve ontslagtoetsing (ongewijzigd) moet worden voortgezet, viel niet te verwachten. Dat verklaart ook de veronderstelling tijdens het onderzoek van ADO, dat de commissie, mede gelet op haar samenstelling, wel zou voorstellen de preventieve ontslagtoetsing af te schaffen. Opmerkelijk was dat de commissie voorstelde de preventieve ontslagprocedure te vervangen door een hoorprocedure, die toch weer een preventief element bevat. Dat de STAR in 2003 de conclusies uit het ADO-rapport niet aanvaardde, hoeft evenmin verwondering te wekken.²¹ In haar nota uit 1996 was zij ervan uitgegaan, dat de preventieve ontslagtoetsing zou blijven.²² De Flexwet was ook op die stellingname gebaseerd. Van de sociale partners mocht niet worden verwacht, dat zij zonder meer een nieuw standpunt zouden

¹⁸ Tegenstrijdige beslissingen van CWI en kantonrechter zijn niet uitgesloten. Zie bijvoorbeeld Ktg. Leiden 5 oktober 2005, *JAR* 2006/5.

¹⁹ Cf. HR 3 december 1999, NJ 2000, 235, *JAR* 2000/18 (Pratt & Whitney), waar de Hoge Raad een actie uit onrechtmatige daad honoreerde wegens misleiding van RDA, nadat de termijnen uit het ontslagrecht waren verlopen.

²⁰ L.H. van den Heuvel, Vereenvoudiging van het ontslagrecht, *SMA* sept. 2000, p. 359–369.

²¹ STAR, *Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, publ. nr. 07/03, 15 juli 2003.

²² STAR, *Nota Flexibiliteit en zekerheid*, publ. nr. 2/96, 3 april 1996.

innemen. In het bijzonder niet van de vakbeweging, gelet op de bescherming die de preventieve ontslagtoetsing de werknemers biedt. In het standpunt van VNO/NCW lijkt sindsdien verandering te zijn gekomen, gelet op de bezwaren tegen de hoogte van de ontbindingsvergoedingen.

De (overigens begrijpelijke) gretigheid waarmee voorstanders van de afschaffing van de preventieve ontslagtoetsing ingaan op elke indicatie, dat de preventieve toetsing zou kunnen worden vervangen of afgeschaft, valt ook na ADO weer te signaleren. ²³ Het blijft daarbij wel van belang om de argumenten van anderen te noemen en te bestrijden en niet te volstaan met het benadrukken van het eigen gezichtspunt. In de discussie over de preventieve toetsing wordt dit wel eens vergeten.

4 De ontbinding van de arbeidsovereenkomst

4.1 Gebreken in de wet

Aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter zijn als voordelen verbonden, naast de snelheid en het appelverbod, het ruime toepassingsgebied, de afwezigheid van opzegverboden en van de bureaucratie die de ontslagvergunningenprocedure kenmerkt. De populariteit van de ontbindingsprocedure illustreert het achterblijven van het ontslagrecht. De ontbinding is dan ook onmisbaar zolang het ontslagrecht niet ingrijpend is verbeterd.

Na de weeffout in 1907, die daarin bestond dat de wetgever met de mogelijkheid van ontbinding om een dringende reden contraire elementen inbouwde in de extrajudiciële procedure (zie hiervóór in § 2.3), verviel de wetgever in 1953 in eenzelfde soort fout. Bij de wijziging van het ontslagrecht verruimde hij het begrip veranderingen in de omstandigheden zodanig, dat daaronder ook konden worden gebracht omstandigheden die door welbewust toedoen van één der partijen waren teweeggebracht, zoals de verstoring van de arbeidsrelatie. De wetgever schiep, haaks op het extrajudiciële karakter van de ontbindingsprocedure, de mogelijkheid de vergoeding te variëren al naar gelang de mate van verwijtbaarheid, waarmee het contentieus element nog werd versterkt. ²⁴

4.2 Het appelverbod bij ontbinding

De wetgever vond het in 1907 niet nodig, dat van de kantonrechtersontbinding in beroep zou kunnen worden gegaan aangezien deze een beschikking in een extrajudicieel geval zou betreffen. Hierboven gaf ik aan, dat de wetgever zelf in 1907 al een onzuiverheid had ingebakken waardoor de overbodigheid van appel en cassatie minst genomen twijfelachtig was geworden. De wijziging die de wetgever in 1953 aanbracht, dat de hoogte van de ontbindingsvergoeding kon worden gerelateerd aan de mate van schuld, versterkt dit manco nog. Het valt niet de kantonrechters maar wel de wetgever te verwijten, dat kantonrechters ontbindingen zijn gaan verrichten in zuiver contentieuze procedures en dat in de loop van de laatste decennia de Hoge Raad de overbodigheid van appel en cassatie allengs is gaan betiteln met de term 'rechtsmiddelenverbod' of 'appel-

²³ P.F. van der Heijden, F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht (Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking)*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 115.

²⁴ S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer, Kluwer, 1993, p. 206.

verbod'. Weliswaar is dit appelverbod niet volledig in die zin, dat bijvoorbeeld wel in appel gegaan kan worden als de kantonrechter zich buiten het gebied van art. 7:685 BW begeeft of als hij verzuimt aan een essentiële voorwaarde voor een fair trial te voldoen, door bijvoorbeeld na te laten de 'wederpartij' voor de zitting op te roepen. Maar de Hoge Raad acht het achterwege laten van een goede motivering van de ontbindingsbeschikking uitdrukkelijk niet een inbreuk op de fair trialvereisten. ²⁵

Mijn veronderstelling dat het EVRM met zijn fair trial-vereiste zou zien op de procedure op tegenspraak en niet op de rechter die op verzoek van een partij rechtshandelingen verricht, zodat beroep – geen hóger beroep! – mogelijk zou moeten zijn van de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter, houdt wellicht geen stand. Heemskerk betoogt, dat de veronderstelling, dat het EVRM met zijn fair trial-vereisten slechts zou doelen op de rechter in een contrair geding niet juist is omdat 'substance over form' geldt. ²⁶ Dus zolang de rechter maar 'power of decision' heeft en 'judicial functions' vervult, kan voor wat dat betreft van een fair trial worden gesproken. Daarnaast dient de uitkomst van de procedure direct bepalend te zijn voor een burgerlijk recht. Ook hieraan lijkt de ontbindingsprocedure te voldoen, doordat er een beslissing wordt gegeven over het eindigen van de arbeidsovereenkomst en de rechtsverhouding werkgever/werknemer bij schorsing door het EHRM als 'civil right' wordt beschouwd. ²⁷

Een zelfstandige toetsingsgrond mag er om deze redenen dan wellicht niet zijn, het motiveringsvereiste vormt mijns inzien wèl een aangrijpingspunt voor een fair trial toetsing. Het gaat bij de ontbinding materieel in de regel om een contraire aangelegenheid. Van de ontbindende rechter moet worden verlangd, dat hij de ontbinding en de hoogte van de vergoeding waartoe hij beslist inhoudelijk goed motiveert. Dat staat allerm minst haaks op de grote vrijheid die de rechter heeft bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Hoe groter zijn vrijheid, hoe verder mijns inziens zijn plicht tot deugdelijk motiveren strekt, omdat de grens tussen vrijheid en willekeur scherp moet worden getrokken. Zonder de mogelijkheid van appel van de motivering van de ontbindingsbeschikking worden kantonrechters kleine godjes die naar de ogen gezien moeten worden. Dat komt de kwaliteit van de rechtspraak niet ten goede en het past ook niet in onze rechtsorde. Het is daarom verbazend, dat er vanuit de advocatuur zo weinig bezwaren klinken. Is het juridisch geweten bij deze beroepsgroep zo afgestompt geraakt, dat men niet eens meer het voorbijgaan aan essentiële vereisten voor een eerlijke procedure aan de kaak stelt? Want het motiveringsvereiste is een essentiale voor een fair trial. Maar de Hoge Raad erkent dat niet als het gaat om ontbindingsbeschikkingen. Dat is op zich begrijpelijk want mèt de motivering zou ook de inhoud van beschikkingen aan hoger beroep en cassatie onderworpen zijn en dat wil men niet door het appelverbod. Hier wringt de schoen want al was dan voorheen appel niet nodig omdat het ging om een billijkheidsoplossing in een extrajudiciële procedure, niet te ontkennen valt, dat het tegenwoordig

veelal om contentieuze aangelegenheden gaat en dat de wetgever – door zijn ongelukkige manoeuvres in 1907 en in 1953 – verwijderd is geraakt van waar het om draait. Recht is hier dan toch iets kroms dat verbogen is!

De landelijke kantonrechttersformule bij ontbindingen is in het leven geroepen om haar uniformerende werking. Zij is een slecht surrogaat voor hoger beroep en cassatie. Schellart en Van Coevorden stellen, dat door het ontbreken van hoger beroep en cassatie de formule te sterk normerend en daardoor verstarrend werkt. Zij zijn van mening dat de Aanbevelingen een wezenlijk inbreuk vormen op de trias politica.²³ De ontbinding met haar vergoedingsmogelijkheid volgens de kantonrechttersformule vormt zonder appel een smet op onze rechtsorde. Dat heeft de wetgever in 1953 toch niet voor ogen gehad toen hij de mogelijkheden voor vergoeding bij ontbinding in art. 7:685 lid 8 BW inbouwde.

Het lijkt wel of we met betrekking tot de kantonrechttersontbinding van de arbeidsovereenkomst door een vlaag van collectieve verstandsverbijstering zijn getroffen. Velen lijken het bestaan van het 'appelverbod' te aanvaarden, terwijl het toch een blamage is voor onze rechtsorde. Het mocht dan wel passen bij de billijkheidsoplossingen die in aanleg kenmerkend waren voor de ontbinding maar het misstaat bij beslissingen in een rechtstrijd, die tegenwoordig schering en inslag zijn bij ontbindingen. Ik vind het onjuist dat men het rechtsstatelijk beginsel van hoger beroep en cassatie laat wijken voor pragmatische overwegingen als snelheid en duidelijkheid.

4.3 De ontbindingsvergoeding

Toen de grote werkgevers in 1996 in de STAR instemden met de plannen van SZW-minister Melkert voor flexibiliteit en zekerheid, deden zij dat naar mijn oordeel met de gedachte, dat er altijd nog de 'geregelde' ontbinding was. Weliswaar was de prijs voor de snelle ontbinding (lees: afkoop van hoger beroep en cassatie) hoog maar die hadden zij in wezen zelf bepaald. De kantonrechttersformule (uniformerende werking ter compensatie van het ontbreken van hoger beroep en cassatie) was dan wel geënt op de markt, op wat werkgever en werknemer in onderhandelingen aan vergoeding zoal overeenkwamen, maar

²³ Zie de rechtspraak vermeld in M. Heemskerck, 'De ontbindingsprocedure is aan herziening toe', *AI* 2002-6, p. 217-222, nt. 56.

²⁴ M. Heemskerck, 'De ontbindingsprocedure is aan herziening toe', *AI* 2002-6, p. 217-222.

²⁵ EHRM 28 juni 1990, *NJ* 1995, 491 (Obermeier/Oostenrijk). De procedure in deze zaak lijkt erg op de art. 6 BBA procedure, waarvan de ECRM uit had gemaakt dat art. 6 EVRM daarop niet van toepassing was, ECRM 8 oktober 1980, *NJ* 1981, 149. Vgl. EHRM 26 mei 1986, *NJ* 1987, 432 (Feldbrugge/Nederland).

²⁶ A. Schellart en R.S. van Coevorden, 'De "nieuwe" kantonrechttersformule: een brug te ver', *NJB* 1998, p. 1821 e.v.

betekende tegelijkertijd een institutionalisering die een eigen leven ging leiden. Aldus is te verklaren, dat toenmalig VNO/NCW-voorzitter Schraven na 2003, nadat de STAR zich kritisch had opgesteld ten opzichte van de conclusies van het ADO-rapport en toen het economisch herstel wat langer op zich liet wachten dan voorzien, begon te klagen over te hoge ontslagvergoedingen. Toen vervolgens in 2004 Minister De Geus aankondigde, dat hij de kantonrechtersformule wel onder zijn hoede zou nemen en de vergoedingen zou halveren, illustreerde dit, dat de kantonrechtersontbinding zoals die thans wordt toegepast, niet in onze rechtsorde thuis hoort. Hoewel de minister zijn voornemen niet heeft doorgevoerd, bezorgt het mij toch een ongerust gevoel. ²⁹ De oorzaak ligt bij de wetgever: in 1907 een weeffout, in 1953 een denkfout.

De kantonrechtersformule zorgt voor hoge ontbindingsvergoedingen en maakt het ontslagrecht duur. Er worden economische argumenten gegeven om aan te tonen dat het huidige systeem niet deugt. Mannoury meent dat de 'gouden handdrukken' gedemocratiseerd zijn. De rechter is bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst conform de door de praktijk bepaalde redelijkheid in toenemende mate vergoedingen gaan toekennen. Deze ontwikkeling levert een algemene arbeidsvoorwaarde op, die een grote aanslag op de beschikbare loonruimte doet. ³⁰ De ontbindingsvergoedingen rijzen de pan uit en zijn veel te hoog. Dit zou tevens een bedreiging vormen voor de kleinere en middelgrote ondernemingen. Zij belemmeren in hoge mate de arbeidsmobiliteit. Een soepel ontslagrecht maakt dat ondernemingen sneller werknemers aannemen en dat het personeelsbestand en daarmee het kostenniveau kan mee-ademen met de productiebehoefte. Van den Braak geeft een voorbeeld om aan te tonen dat de kantonrechtersformule gewoon te duur is. Een werknemer met een modaal brutoloon van circa € 29.500,- per jaar is 52 jaar oud en 14 jaar in dienst. Het ontslag vindt plaats onder neutrale omstandigheden. De kantonrechtersformule leidt tot een uitkomst van € 29.500,- : 12 x 21 = € 51.625,- aan vergoeding! ³¹ Tegen het bezwaar van de hoge kosten wordt wel ingebracht, dat een vergoeding niet meer is dan het uitkeren van uitgesteld loon. Ook wordt aangevoerd dat de ontslagvergoedingen juist hoge maatschappelijke kosten kunnen voorkomen. ³² Afgezien van de economische argumenten kunnen we aannemen, dat de hoge ontbindingsvergoedingen, als gevolg van de automatische toekenning met correctiefactor = 1, niet overeenstemmen met de bedoeling van de wetgever.

Groen karakteriseert de ontbindingsvergoeding als een sociaal verantwoord afkoopsom voor het teloorgaan van de arbeidsovereenkomst. ³³ Voor wat betreft de relatie tussen de hoogte van de ontbindingsvergoeding en de hoogte van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag stelt Loonstra: '(...) hoewel de lagere rechtspraak nog steeds verdeeld beslist over de vraag of de kantonrechtersformule (eventueel iets gemodificeerd) ook bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag moet worden toegepast, is mijn indruk dat dit toch steeds meer de regel wordt.' ³⁴ Dat mag zo zijn maar ik

vraag mij af of dit inderdaad op zijn plaats is. Het Hof te Den Haag stelt: de kantonrechttersaanbevelingen 'strekken er (...) niet toe maatstaven aan te geven voor een schadevergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag.' Bij de kantonrechttersformule 'worden dus ook de omstandigheden, dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd en dat het verzoek tot ontbinding kan worden ingetrokken, in aanmerking genomen. Dit zijn omstandigheden die zich in geval van een ontslag dat als kennelijk onredelijk gegeven wordt aangemerkt niet voordoen.' ³⁵ Een juiste vaststelling, die evenwel niet volledig is omdat het Hof nalaat het 'appelverbod' hierbij te vermelden. Juist het 'appelverbod' legt naar mijn oordeel het zwaarste gewicht in de schaal voor de hoegrootheid van de ontbindingsvergoeding. Met de ontbindingsvergoeding wordt als het ware het ontbreken van hoger beroep en cassatie afgekocht. Met name dat laatste: het definitieve karakter en de snelheid, is er de oorzaak van, dat werkgevers willen betalen voor de ontbinding en dat verklaart tevens waarom de ontbindingsvergoeding bij een neutrale ontbinding toch hoger kan uitvallen dan de vergoeding die de rechter toekent bij kennelijk onredelijk ontslag. Dat is wat anders dan sinterklazen op kosten van de werkgever. ³⁶

Na het voorgaande passen drie opmerkingen. 1. Loonstra en Zondag stellen, dat het overweldigende aantal werkgevers dat de populaire ontslagroute via de kantonrechter kiest, de heftigheid waarmee de toekenning van de vergoedingen wordt bestreden niet rechtvaardigt. ³⁷ 2. Het zijn vooral de werkgevers die de ontbindingsroute kiezen. Dat het grote aantal ontbindingen een weerslag zou zijn van de toegenomen mondigheid van de werknemers, zoals Van der Heijden en Noordam menen, acht ik een voorbeeld van wishful thinking: hier is naar mijn mening de wens de vader van de gedachte. ³⁸ 3. Bij de vakbeweging hebben nooit grote bezwaren te bestaan tegen de ontbinding als sluiproute langs de preventieve ontslagtoetsing. Ongetwijfeld hebben de hoge vergoedingen bij ontbindingen daarmee te maken.

²⁹ Tijdens het CWI-congres van 7 oktober 2005 over de veranderingen in het ontslagstelsel, merkte beleidsmedewerker J. Bloemarts op, dat er met het FNV overlegd kon worden over een vaste formule voor ontslagvergoedingen bij ontbinding, die in economisch slechte tijden zou kunnen worden verlaagd. Aldus *NRC Handelsblad* 8 oktober 2005.

³⁰ G. Mannoury, 'Gouden handdrukken', *SR* 1996-5, p. 119.

³¹ J.W. van den Braak, 'Ontslagvergoedingen zijn te hoog', *AR* 2004, p. 21.

³² C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1271.

³³ J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, Heerlen 1989, p. 77-78; cf. het argument van de redelijkheid en billijkheid in HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73.

³⁴ C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *AR* 2001/8/9, p. 32-40, i.h.b. p. 36.

³⁵ Hof te Den Haag 10 januari 2003, *JAR* 2003/105.

³⁶ R. Hansma, 'Weg met de rechterlijke loongolf', *NJB* 1996, p. 1635.

³⁷ C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1269.

³⁸ P.F. van der Heijden, F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht (Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking)*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 118.

De ontbindingsvergoeding (die zowel aan de verzoeker als aan diens 'wederpartij' kan toevallen) kan de rechter krachtens art. 7:685 lid 8 BW slechts koppelen aan een ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden en niet aan een dringende reden. Dat komt omdat de vergoeding wegens een ontbinding om een dringende reden is geregeld in art. 7:677 lid 3 BW. Hierachter gaat een denkfout schuil van de wetgever in 1953. Konden onder de ontbindingsvergoeding wegens veranderingen in de omstandigheden ook de gevolgen van de beëindiging vallen, de vergoeding bij de ontbinding om een dringende reden kon toen alleen betrekking hebben op het overtreden van regel die de dringende reden doorbrak, te weten het opzegtijdstip en de opzegtermijn. Dat scheelt vaak een slok op een borrel. De Hoge Raad bedekte deze tekortkoming met de mantel der liefde door bij een ontbinding om een dringende reden een actie uit wanprestatie toe te staan, waarbij hij het vaststellen van (de hoogte) van de vergoeding ter discretie van de rechter laat, hetgeen opmerkelijk is bij wanprestatie. ³⁹ Door dit (te snel en te gemakkelijk) terugvallen op een algemeen civielrechtelijk leerstuk ontnam de Hoge Raad zich de mogelijkheid een scherp beeld te krijgen van on'regel'matigheid. Had de Hoge Raad de oorzaak van de ontoereikendheid van de vergoeding wegens het ontslag op staande voet om een dringende reden blootgelegd, dan zou naar mijn overtuiging zijn arrest over de al of niet kennelijke onredelijkheid van een terecht ontslag op staande voet om dringende reden wegens de ernstige gevolgen geheel anders (en tegengesteld) zijn uitgekapt.

5 Overwegingen

5.1 Mondigheid valt tegen

In discussies over de hervorming van het ontslagrecht wordt wel het argument gebezigd, dat de werknemer van nu veel mondiger en weerbaarder is dan die van vroeger en dat hem daarom een grotere verantwoordelijkheid voor het eigen bestaan kan worden toegekend. ^[10] Als dat inderdaad het geval zou zijn, zou daarmee al veel gewonnen zijn. Het zou mooi passen bij het beeld, dat in de christelijk-sociale gedachte van de mens bestaat als verantwoordelijk schepsel van God. Die verantwoordelijkheid zou zich dan bijvoorbeeld moeten uiten in een plicht (en niet slechts een recht) tot medezeggenschap. Door een steeds hoger opleidingsniveau neemt die mondigheid inderdaad toe maar ik kan mij toch niet aan de indruk onttrekken, dat er veel te hoog van wordt opgegeven. ^[11] Het getuigt van een te optimistisch mensbeeld. Hier dringt zich een vergelijking op met de ingewikkelde gebruiksinstructies bij elektronische apparatuur, waar veel kopers niets van snappen. Daar weten ze bij de reparatiecentra van electronica-merken van mee te praten: slechts in de helft van de gevallen van 'hij doet het niet' blijkt het een technisch defect te betreffen. In de andere helft van de gevallen begrijpt men de gebruiksaanwijzing niet. Mondigheid, kom er maar eens om, zeker in situaties waarin men onder druk staat. En die situaties komen, naar ik aanneem, in het ontslagrecht vaak voor. Dan heb ik het niet over de bankdirecteur bij een dochter van ABN-AMRO, die onlangs in de publiciteit kwam doordat de kantonrechter een ontbindingsverzoek van haar werkgeefster weigerde omdat kritiek op het beleid van de werkgever op haar niveau niet uitsluit, dat zij dat beleid toch consciëntieus uitvoert.

Het benadrukken van de toegenomen mondigheid van de gemiddelde werknemer is een populair argument voor de afschaffing van de preventieve ontslagtoetsing. Soms wordt daarbij aangegeven, dat een indicatie voor de toegenomen mondigheid de afname van het ledental van de werknemersvakverenigingen zou zijn. Ik vraag mij af of hier wel een juist verband wordt gelegd. Want dan zouden de vakbonden vooral bestaan uit minder mondige werknemers en de ongeorganiseerden zouden mondiger zijn dan de vakbondsleden. Ik denk, dat de toegenomen individualisering maakt dat meer mensen denken zelf hun zaken te kunnen regelen. Maar dat betekent nog niet, dat zij dus mondiger zijn.

^[9] HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (Deuss/Motelmij).

^[10] Zie bijvoorbeeld P.F. van der Heijden, F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht (Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking)*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 118.

^[11] Dit geldt overigens ook voor de mondigheid die de (kleine) werkgever wordt toegedicht!

Hoogstens kan er uit worden opgemaakt dat de verzekeraars hun rechtsbijstandsverzekeringen beter aan de man weten te brengen dan de vakbonden. Het kan ook zijn, dat velen het wel mooi vinden, dat de vakbonden voor hen de kastanjes uit het vuur halen.

Als ontslag aan de orde is, maakt de ongelijkheid in positie van werkgever en werknemer de behoefte aan bescherming (ongelijkheidscompensatie) van de werknemer duidelijk: verlies van een baan betekent inkomensonzekerheid die door de sociale wetgeving maar voor een deel wordt opgevangen. Aangezien voorkomen beter is dan genezen, pleit dit tegen afschaffing van de preventieve ontslagtoetsing. Maar ontslagbescherming mag niet betekenen: doodknuffelen. Een voorbeeld van doodknuffelen kan onder omstandigheden zijn de vernietigbaarheid van ontslag tijdens ziekte, die de 'voorrangsregel' van art. 7:670 lid 1 BW noodzakelijk maakte. Daar is naar mijn smaak de bescherming te ver doorgevoerd. Daarmee bedoel ik niet de opzegverboden op zich want die zijn zeer op hun plaats, maar de sanctie van vernietigbaarheid bij overtreding. Die geeft een vals gevoel van bescherming. Want door zich ziek te melden bij een (dreigend) conflict met de werkgever, vertraagt de werknemer weliswaar zijn ontslag maar bewerkstelligt hij in feite tegelijk de onvermijdelijkheid ervan. Zie §6.1 laatste alinea.

5.2 Flexibiliteit vraagt men vooral van anderen

We moeten in West Europa langer doorwerken om de pensioenen betaalbaar te houden, die door het krimpen van de workforce, (door vergrijzing van de babyboomgeneratie en een tekort aan reproductie) op de tocht staan. ⁴² Flexibiliteit vraagt men vooral van anderen. De inzet van de werkgevers voor CAO's in 2006 is: geen loonstijging maar langer werken. ⁴³ De werkgevers gaan daarbij uit van een inzicht dat gemeengoed lijkt te zijn bij beleidsmakers en economen, namelijk, dat langer werken de economische groei bevordert. Dat op zich juiste uitgangspunt staat overigens wel ter discussie. Zo betoogt Hans Mommaas, hoogleraar Vrijetijdsstudies aan de UvT, dat in vrije tijd veel geld omgaat en dat minder vrije tijd een slechtere economische situatie zal opleveren: vrije tijd is namelijk zelf ook een bron van economische ontwikkeling. *'Bovendien blijkt uit tijdsbudgetonderzoek dat tegen de daling van de formele werkweek in de feitelijke wekelijkse arbeidstijd is gestegen.'* ⁴⁴ Enige tijd geleden was in het nieuws, dat we te weinig bewegen. *'In de periode 1995–2000 blijkt door de toegenomen druk op de vrije tijd vooral te zijn bezuinigd op sport en bewegen (15 procent) en op maatschappelijke participatie (15 procent). Maar ook de tijd besteed aan gedrukte media en aan sociale contacten nam af.'* ⁴⁵ Dit moet negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van de samenleving.

De werkgevers streven ook flexibilisering van het ontslagrecht na. Zij willen gemakkelijker mensen kunnen ontslaan vanuit de gedachte, dat zij dan ook gemakkelijker mensen kunnen aannemen. ⁴² Ik waag te betwijfelen of dat mechanisme zo soepel werkt. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw hebben veel oudere werknemers het veld geruimd, gebruikmakend van een royale wetgeving en van regelingen als de VUT, om plaats te maken voor jongeren. De vakbonden hebben daaraan overigens vrolijk hun steentje bijgedragen. Het zou interessant zijn te onderzoeken in hoeverre die bedoeling oprecht was en in hoeverre de opgevallen plaatsen nu werkelijk zijn opgevuld met jongeren. Ik vermoed, dat het doel vooral was een sanering en verjonging van het personeelsbestand. Jonger personeel is goedkoper. Ook René Paas, voorzitter van het CNV, gelooft de werkgevers niet als zij naar voren brengen, dat minder ontslagbescherming veel banen zou opleveren. *'Veel flinke beweringen, geen snipper bewijs. Werkgevers vertellen altijd dat een soepeler ontslagrecht extra banen oplevert. Dat werkgevers makkelijker mensen durven aan te nemen, als ze ze makkelijker kunnen ontslaan. De belangrijkste conclusie uit internationale literatuur is deze: een soepeler ontslagstelsel versterkt vooral de conjunctuur. Als de economie aantrekt, komen er sneller banen bij. Maar als ze inzakt, worden er ook meer mensen ontslagen. Een soepel ontslagrecht werkt net als een borrel: stemmingversterkend, maar niet echt gezonder.'* ⁴⁷ Zou tegen deze opmerkingen van Paas nog kunnen worden aangevoerd, dat zij gemaakt zijn door iemand die leiding geeft aan een belangenorganisatie, zijn afwegingen worden meer dan ondersteund door Storm en Naastepad. In 'De schaduwzijde van arbeidsmarktflexibilisering' betogen zij op basis van onderzoek (cross-country analyse), dat daar waar de ontslagbescherming hoog is, dit bijdraagt tot vertrouwen en coöperatieve arbeidsverhoudingen, die een positieve invloed hebben zowel op de arbeidsproductiviteit als op de totale factorproductiviteitsgroei. *'Dit macro-economische resultaat is geheel in overeenstemming met bevindingen uit de micro-economische en managementliteratuur. De verklaring ervoor is dat werknemers meer gemotiveerd zijn om hun kennis en vaardigheden aan te wenden ten bate van de onderneming, als ze in voldoende mate door het arbeidsbestel worden beschermd.'* Naar hun mening *'zal het belang van dergelijk positief gemotiveerde werknemers voor de prestaties van ondernemingen in de toekomst*

⁴² 'Duitsers straks met 67 met pensioen', *NRC Handelsblad* 2 februari 2006, Floris van Straaten, 'Britten moeten doorwerken tot 69 jaar', *NRC Handelsblad* 1 december 2005.

⁴³ *NRC Handelsblad* 29 december 2005 'VNO: lonen niet omhoog, langer werken'.

⁴⁴ Hans Mommaas (hoogleraar Vrijtijdsstudies UvT), 'Ga niet langer werken: vrije tijd is geld waard', *NRC Handelsblad* 2 juli 2005.

⁴⁵ Zie voorgaande noot.

⁴⁶ Cf. het draaideurcontract, het contrat première embauche in Frankrijk, waarin premier De Villepin zich lijkt te hebben verslikt maar waar ten onzent blijkens persberichten de Metaalunie voor lijkt te voelen.

⁴⁷ René Paas, 'Vier mythes over soepel ontslagrecht', *Trouw* 7 januari 2006.

alleen maar toenemen met de groeiende kennisintensiteit van het productieproces.' ⁴⁸ Hun opvattingen zijn overigens door anderen genuanceerd, die de oplossing ergens in het midden zoeken. ⁴⁹ Auer, Berg en Coulibaly bijvoorbeeld pleiten voor 'protected mobility' om flexibiliteit en zekerheid te combineren. ⁵⁰ Als wij ernst willen maken van de kennismaatschappij, kunnen we niet tegelijkertijd substantieel afdoen aan de zekerheid van het behoud van hun baan, die het ontslagrecht de werknemers biedt. Nu kan men wel naar het Deense model wijzen en er de aandacht op vestigen, dat de ontslagbescherming daar geringer is dan bij ons, maar de fout die men daarbij maakt is, dat men slechts op één aspect van dat model de aandacht vestigt en het als het ware uit zijn verband rukt. Door de opstelling van regering en werkgevers is onze situatie voor wat dit betreft al verslechterd. *'Nederland was, evenals Denemarken, altijd een land met een grote vertrouwensbasis in de sociaal-economische verhoudingen. Die vertrouwensbasis is sterk afgenomen.'* ⁵¹

5.3 De Flexwet bewerkstelligt sociale segregatie.

Doel van de Flexwet is flexibiliteit bij de aanvang van de dienstbetrekking en baanzekerheid als deze langer duurt. Mijn vrees is, dat de Flexwet de sociale segregatie bevordert, een tweedeling op de arbeidsmarkt tussen (vooral) ouderen met een vaste baan en (vooral) jongeren met een tijdelijke. Door steeds maar weer tijdelijke contracten komen kansarmen op de arbeidsmarkt soms niet aan een vaste baan. Als de drie jaar naderen of de vierde arbeidsovereenkomst, wordt soms een voldoende langdurige pauze ingelast, waarna wederom een serie van tijdelijke contracten wordt gestart. Dat leidt tot bezorgdheid, ook bij minister De Geus van SZW die het navolgende betoogt over het verschijnsel, dat in CAO's soms waar mogelijk maximaal wordt afgeweken van de bescherming die de wet in art. 7:668a lid 4 BW beoogt te bieden: *'De vraag rijst (...) of deze praktijk van ruime arrangementen zonder limitering zich verdraagt met één van de doelstellingen die aan de Richtlijn 1999/70/EG ⁵² ten grondslag ligt, namelijk het voorkomen van een onbeperkt gebruik van opeenvolgende tijdelijke contracten.'* ⁵³ Kennelijk hebben de bonden die deze CAO's zijn overeengekomen, ingestemd met het verlangen van de werkgevers naar meer flexibiliteit. De vraag daarbij is dan wat daarvoor het wisselgeld was. De vraag is ook of de bonden aan dat veronderstelde tekort aan flexibiliteit niet onbewust hebben meegewerkt door in de jaren vóór de totstandkoming van de Flexwet, toen de werkgevers aandrongen op langere proeftijden, de hakken in het zand te zetten. Op zich is die oppositie wel te begrijpen vanwege het rechteloze karakter van de proeftijd. Maar in plaats van het op zich terechte verlangen van de werkgevers naar een langere proeftijd te honoreren en tegelijk voor het resultaat van de toetsing op geschiktheid voor

de baan verantwoording te verlangen aan het einde van de proeftijd, gingen zij in de STAR in 1996 mee met de Flexwetideeën van minister Melkert. Dat is te verklaren uit de neiging van de vakbonden om sterk vast te houden aan de bescherming die de wet biedt. Een houding die op haar beurt wellicht een reactie is op de opstelling van sommige werkgevers, dat alles wat niet verboden is, toegestaan is. Er zou al veel gewonnen zijn als de organisaties van werkgevers en van werknemers elkaar meer zouden kunnen vertrouwen.

Ik ben van mening, dat de bonden bij de Flexwet in een valkuil zijn gestapt en dat zij hebben meegewerkt aan het totstandbrengen van een steeds duidelijker tweedeling tussen vaste, langdurige contracten enerzijds en korte flexibele banen anderzijds. Die korte flexibele banen zullen vooral door starters op de arbeidsmarkt (voornamelijk jongeren) worden vervuld, van welke groep nu juist de ledenaanwas van de vakbeweging zou moeten komen. Die groep moet de vakbeweging dus niet van zich vervreemden. En dat is nu net, mede door de Flexwet, wel gebeurd.

Samengevat: ik vrees, dat de flexibiliteit aan het begin van de arbeidsrelatie maar weinig helpt om mensen aan banen te helpen. Een langere maar minder rechteloze proeftijd lijkt mij efficiënter. De Flexwet is in een aantal gevallen een middel geworden om mensen in tijdelijke dienst te houden. Dat was nooit de bedoeling maar de wet kan er wel voor worden gebruikt.

[48] S. Storm en C.W.M. Naastepad, 'De schaduwzijde van de arbeidsmarktflexibilisering', *ESB* 25-02-2005, p. 86-89.

[49] Dirk Pilat, 'Arbeidsmarktregulering en economische dynamiek', *ESB* 25-02-2005, p. 90-91.

[50] Peter Auer, Janine Berg en Inbrahim Coulibaly, 'Is a stable workforce good for productivity?', *International Labour Review*, vol. 144/3, Genève, ILO 2005.

[51] Aldus T. Wilthagen, 'Nederland is toe aan Deens kunststukje', *Trouw* 17 december 2005.

[52] Richtlijn 1999/70/EG van de Raad betreffende de door het EVV, de Unice en CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 175/23 van 10-07-1999.

[53] Brief minister SZW aan TK d.d. 29 april 2005 over Evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, opgenomen in STAR publicatie 5/05 d.d. 18 juli 2005, *Toepassing van de ketenbepaling in de Wet Flexibiliteit en zekerheid in CAO's*.

6 Een verkenning van de mogelijkheden

6.1 De vernietigbaarheidssanctie op de tocht

Toen de preventieve ontslagtoetsing niet meer het sociaal-economische doel diende waarvoor zij in het leven was geroepen (ondersteuning van de wederopbouw van Nederland door een streng geleide loonvorming) maar er een nieuw doel voor in de plaats was gekomen (bescherming van werkgever en werknemer tegen elkaar en met name bescherming van de werknemer tegen de werkgever) had de wetgever de vernietigbaarheidssanctie wellicht kunnen wijzigen in schadevergoeding. Dat is echter wijsheid achteraf. In die tijd was discussie hierover niet mogelijk, ook al omdat verschillende pogingen om de preventieve toetsing af te schaffen schipbreuk leden. De preventieve toetsing werd een gevoelig onderwerp dat de geesten verdeelde. Bovendien mocht, zoals ik al eerder vermeldde, de commissie Levenbach die de herziening van het ontslagrecht in 1953 had voorbereid, het formele ontslagrecht scheiden van het materiële zodat in 1953 alleen het materiële ontslagrecht werd gewijzigd en de herziening van het formele ontslag(proces)recht op de lange baan werd geschoven.

In 1976 liep de wetgever tegen de moeilijkheid aan, dat hij overtreding van de nieuw in te voeren ontslagverboden 'wegens' huwelijk en 'wegens' bevalling bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd niet op dezelfde wijze kon bestraffen als de opzegverboden 'tijdens' ziekte (2 jaar) en tijdens militaire dienst, namelijk met schadeplichtigheid. De sanctie van schadeplichtigheid heeft namelijk betrekking op tijdvakken en die zijn bij ontslagen 'wegens' niet aan de orde. ⁵⁴ Hij realiseerde zich toen, dat bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel (K. 1975-1976, 13 656) lag om de preventieve ontslagtoetsing inclusief de vernietigbaarheidssanctie van art. 9 BBA in het ontslagrecht van het BW te incorporeren. Zo deed de vernietigbaarheidssanctie haar intrede in het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht en stond de vernietigbaarheid van art. 9 BBA 1945 model voor die van art. 7:677 lid 5 BW. Van de gelegenheid maakte de wetgever gebruik om tegelijk met de invoering van de vernietigbaarheid de schadeplichtigheid als sanctie op de overtreding van de wettelijke opzegverboden (ook die tijdens ziekte en tijdens militaire dienst) uit te sluiten. Van de incorporering van de publiekrechtelijke preventieve ontslagtoetsing in het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht is het nooit gekomen, maar de vernietigbaarheid bleef. De wetgever had er, achteraf gezien, beter aan gedaan de hoogte van de schadevergoeding, die niet zou kunnen worden vastgesteld bij ontslagen uit arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd 'wegens' een bepaalde reden, die niet tevens als ontslagen 'tijdens' een bepaalde periode konden worden ingericht, over te laten aan het oordeel van de rechter. Dat zou een soepele oplossing van het sanctieprobleem

zijn geweest. Nu schiep de wetgever in art. 7:677 lid 5 BW een situatie van '(ver)nietig(baar)heid of niets'. De werkneemster die, ontslagen wegens huwelijk of bevalling, wenst te berusten in het feit van het ontslag maar niet in het haar aangedane onrecht, moet nu als grondslag voor haar vordering de kennelijke onredelijkheid kiezen, de andere uitwerking van het verbod van onrechtmatigheid van het ontslag. Dat is niet een echt groot probleem omdat de reflexwerking van het ontslagverbod er wel voor zal zorgen, dat zij de hobbel van de marginale toetsing kan nemen, maar wel weer een van de omstandigheden, die geheel onnodig het ontslagrecht moeilijk te doorgronden maken.

Het voorgaande leidt tot de vraag of de sanctie van vernietigbaarheid eigenlijk wel past bij het gekozen uitgangspunt, dat ontslag altijd kan, ook al mag het niet altijd. Dit uitgangspunt stond vroeger verwoord in art. 1639g BW maar is daaruit door de Flexwetgever verwijderd, overigens zonder dat hij daaraan woorden heeft gewijd, zodat ervan mag worden uitgegaan, dat het nog steeds een leidend beginsel is in het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht. De vernietigbaarheid van ontslag zonder CWI-vergunning krachtens art. 9 BBA 1945 staat daar haaks op. Is die sanctie daarom nog wel van deze tijd? Deze vraag wint aan kracht sinds de hierboven vermelde keuze van de wetgever in 1976. De arresten van de Hoge Raad van 15 april 2005 maken duidelijk, dat dit probleem nog steeds zeer actueel is. De Hoge Raad komt daar tot de (praktische) oplossing, dat vennootschapsrechtelijk ontslag ook arbeidsrechtelijk ontslag meebrengt. *'Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 17 november 1995, rek. nr. 8746, NJ 1996, 142) of indien partijen anders zijn overeengekomen.'* ⁵²¹ Deze uitzondering voor wettelijke opzegverboden is kennelijk mede ingegeven door de sanctie van vernietigbaarheid, die aan overtreding is verbonden. Die vormt blijkbaar voor de Hoge Raad een aangrijpingspunt. ⁵²² Door de wettelijke opzegverboden tot een hogere orde te verheffen dan het kennelijke onredelijkheidsoordeel van de rechter, veronachtzaamt de Hoge Raad de systematiek van het ontslagrecht en verscherpt hij de problematiek. En dat alles ter wille van een praktische maar verkeerde oplossing van het sanctieprobleem in 1976. Ik vind dat eigenlijk teveel eer voor de opzeg-

⁵²¹ Het bijzondere is, dat de ontslagverboden waarom het toen ging, die wegens huwelijk en wegens bevalling, thans elders, in art. 7:646 BW en in de AWGB, begrepen zijn.

⁵²² HR 15 april 2005, JAR 2005/117; zie ook HR 15 april 2005, JAR 2005/153.

⁵²³ (Overigens valt daarvoor wel iets te zeggen, want wat moet een ontslagen statutair bestuurder nog met zijn arbeidsovereenkomst? Van der Heijden/Noordam pleiten ervoor om de statutair bestuurder uit het arbeidsrecht te gooien. P.F. van der Heijden, F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht (Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking)*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 120. Dit doet me denken aan A.T.J.M. Jacobs, die ooit ook zo'n praktische oplossing had: arbeidsrechtelijke bescherming alleen voor hen die minder dan f 150.000,- verdienen. Ik geloof niet in dit soort oplossingen: ook de ontslagen directeur heeft recht op bescherming. Laten we ons niet van de wijs laten brengen door de exorbitante bedragen die managers verdienen! Bij ontslag zijn het ook maar gewone mensen.

verboden. De wettelijke opzegverboden zijn niet meer dan forfaitaire uitwerkingen van wat onrecht is. Die forfaitaire uitwerking staat niet op een hoger plan dan de kennelijke onredelijkheid, waar de rechter, de feiten afwegend, tot het oordeel komt dat het ontslag niet door de beugel kan. Nu de kennelijke onredelijkheid slechts gesanctioneerd is met schadevergoeding rijst de vraag: als de overtreding van een opzegverbod, dat niet anders is dan de forfaitaire uitwerking van onrechtmatigheid, al bestraft wordt met vernietigbaarheid, zou dan die sanctie niet ook passen bij de onrechtmatigheid die de rechter in concreto vaststelt als hij een ontslag kennelijk onredelijk oordeelt? Of liever omgekeerd: als de kennelijke onredelijkheid slechts gesanctioneerd wordt met schadevergoeding, valt de vernietigbaarheid als sanctie op overtreding van de wettelijke opzegverboden dan nog wel te verdedigen? Zo blijkt een noodgreep van de wetgever in 1976 uiteindelijk tot distorsie van de systematiek van het ontslagrecht te leiden.

Een ander voorbeeld dat aangeeft tot welke onplezierige gevolgen de vernietigbaarheidssanctie op de wettelijke opzegverboden leidt, is art. 7:670 lid 1 BW onder b. Dit voorschrift bevat een voorrangsregel: *'De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werkgever ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid:*

- a. *tenminste twee jaren heeft geduurd, of*
- b. *een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 door de Centrale Organisatie werk en inkomen, genoemd in hoofdstuk 4 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen is ontvangen.'*

Bij problemen tussen werkgever en werknemer zal de werknemer bij zijn huisarts willen zijn voor een legitimering van zijn ziekmelding voordat de werkgever zich met een verzoek om ontslagvergunning tot de CWI kan wenden; en omgekeerd. Dit voorschrift werkt dus niet conflictoplossend maar juist conflictverscherpend!

6.2 Vernietigbaarheid, herstel en ontbindingsvergoeding

De wetgever was in 1953 zo verstandig om de herstelveroordeling afkoopbaar te maken. Verstandig, omdat als het niet botert tussen werkgever en werknemer, herstel van de dienstbetrekking niets oplost maar juist een uitzichtloze situatie schept. Des te meer verbazend is het dat de wetgever in 1976, bij het invoeren van de opzegverboden tijdens ziekte, tijdens zwangerschap en wegens bevalling, die wijsheid vergeten lijkt te zijn. Toen had de wetgever moeten beseffen, dat het met onwillige honden kwaad hazen vangen is. Maar het bloed kruipt waar het niet gaan kan en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wegens veranderingen in de omstandigheden is in de loop van de tijd ten aanzien van de sanctie van vernietigbaarheid dezelfde rol gaan vervullen

van de afkoopbaarheid van de herstelveroordeling. In beide gevallen geldt een meerprijs: met de afkoop van de herstelveroordeling heeft de kantonrechtersontbinding voorzien van een ontbindingsvergoeding gemeen, dat zij in wezen een punitief element, een civiele boete bevat. Op het eerste gezicht is het vreemd, dat de vergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag vaak lager is dan die bij een ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden in een neutrale situatie ($C = 1$). Het wordt begrijpelijk als men zich realiseert, dat de civiele boete bij de ontbinding extra hoog is doordat zij in feite ook bestemd is voor het afkopen van hoger beroep en cassatie, als prijs voor het appelverbod. Om die reden hoeft de kantonrechtersformule ook niet de maatstaf te zijn voor de hoogte van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.⁵⁷ Daarom meen ik dat het verzet van de werkgevers tegen de hoogte van de ontbindingsvergoedingen niet kan worden gehonoreerd. Zij krijgen waar voor hun geld.

6.3 Kantonrechtersontbinding

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden is het putje van het ontslagrecht. Loopt men in het ontslagrecht vast dan is er altijd nog de mogelijkheid van de ontbinding door de kantonrechter. Bijvoorbeeld in verband met de onzekerheid wanneer men nu wel en wanneer men niet een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft. Immers, in art. 7:667 BW heeft de wetgever nagelaten de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te omschrijven. Onbevangen bepaalt de Flexwetgever in art. 7:667 lid 3 BW dan toch iets over de tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, terwijl deze niet eens in de wet is omschreven. Kan men wel een arbeidsovereenkomst opzeggen, waarvan men vindt dat zij er een is voor onbepaalde tijd maar zij er ook een voor bepaalde tijd kan zijn (bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en die men daarom zou kunnen kwalificeren als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst met een maximumduur), terwijl er geen tussentijds schriftelijk en wederkerig opzeggingsbeding is opgenomen?⁵⁸ Bij twijfel daaromtrent ontbindt men. Dat wil zeggen dat, zolang de wetgever niet meer zekerheid heeft verschaft omtrent wanneer er wel en wanneer er niet een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is, er in bepaalde gevallen toch ontbinding door de rechter nodig is om zekerheid

⁵⁷ Hof te Den Haag 10 januari 2003, *JAR* 2003/105, verzuimt dit element te vermelden.

⁵⁸ De Hoge Raad accepteert reeds een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als het tijdstip van eindigen objectief kan worden vastgesteld. Ten onrechte omdat daarmee de einddatum niet vast staat. Cf. L.H. van den Heuvel, *Tussen vrijheid en bescherming*, Deventer, Kluwer 1988, p. 15 e.v.

omtrent het eindigen te krijgen.

Een andere omstandigheid die thans nog in de weg staat aan de afschaffing van de ontbinding door de kantonrechter bij veranderingen in de omstandigheden is, dat tegen de beslissing van de CWI geen beroep mogelijk is. Weliswaar kan de werknemer beroep doen op kennelijk onredelijk ontslag na een verleende ontslagvergunning, maar een ten onrechte geweigerde ontslagvergunning kan slechts worden gerepareerd door een kantonrechtersontbinding. Dat is een gevolg van de sanctie van vernietigbaarheid in art. 9 BBA en het ontbreken van een appelmogelijkheid van de beslissing op het verzoek om een ontslagvergunning. Ook de vernietigbaarheidssanctie op de wettelijke opzegverboden maakt, dat deze slechts langs de weg van kantonrechtersontbinding kunnen worden omzeild omdat de verboden zich niet tot de kantonrechter richten. De opdracht in art. 7:685 lid 1 BW, dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek slechts kan inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod in art. 7:647 BW, 7:648 BW (discriminatieverboden) art. 7:670 en 7:670a BW 'of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst' ⁵⁹ maakt dit niet anders.

Kortom: de kantonrechtersontbinding is vooralsnog de Haarlemmer olie van het ontslagrecht en dus kan niet zonder meer worden gepleit voor afschaffing! Dat kan pas nadat eerst in het ontslagrecht orde op zaken is gesteld.

6.4 De aantrekkelijkheid van de kantonrechtersontbinding

In de nota Flexibiliteit en zekerheid werd de 'bestendige' arbeidsovereenkomst als de hoofdweg bestempeld. SZW-minister Melkert sprak zijn voorkeur uit voor preventieve ontslagtoetsing boven kantonrechtersontbinding. Wat maakt dan toch die kantonrechtersontbinding zo aantrekkelijk, dat zij zich niet slechts heeft kunnen staande houden maar zelfs de preventieve ontslagtoetsing naar de kroon steekt? Zie ook hiervóór §4.1. Het antwoord luidt: snelheid en zekerheid. Snelheid: men heeft binnen korte tijd een beschikking. Zekerheid: het appelverbod staat er garant voor, dat men daarna geen gedoe meer krijgt. Dat dit afdoet aan de rechtszekerheid voor de werknemer en dat het in bepaalde gevallen geen fair trial toetsing zou kunnen doorstaan, behoeft geen betoog. ⁶⁰ Dat werknemers(organisaties) er in het verleden toch vrolijk aan hebben meegewerkt en nog aan meewerken, komt door de corrumperende werking van geld: een ruime afvloeiingsregeling vergoedt veel en is daarom aantrekkelijk als de (oudere) werknemer eigenlijk zelf toch ook wel uit het arbeidsproces wil treden. Aldus vestigde zich een praktijk. Maar de werkelijkheid is dynamisch en de werkgevers die de hoge vergoedingen wilden betalen, bepaalden er als het ware zelf de hoogte van. Met de komst van de kantonrechtersontbinding trad een zekere verstarring

op (en er zou nog meer verstarring zijn opgetreden als Minister van SZW De Geus zijn voornemen had uitgevoerd, om de kantonrechtersvergoeding onder zijn hoede te nemen). Werkgevers vinden de vergoeding bij de kantonrechtersontbinding tegenwoordig te duur. Zij willen nu de afkoop van het appelverbod tegen een lagere prijs dan voorheen. Naar mijn oordeel wordt het de hoogste tijd dat de houdbaarheid van het appelverbod zelf ter discussie wordt gesteld.

⁵⁹ NB Hieronder vallen kennelijk ook de contractuele opzegverboden.

⁶⁰ Barendrecht slaat de plank helemaal mis als hij verklaart: 'De kantonrechtersformule is met grote afstand het beste dat het Nederlandse ontslagrecht sinds de oorlog is overkomen (...)'. (J.M. Barendrecht, 'Een verfijndere kantonrechtersformule: de beste basis voor ontslagbescherming', *AR* 2004-8/9, p. 4-13.). De hier gerealiseerde tijdswinst en effectiviteitswinst, wordt op een oneigenlijke manier verkregen, namelijk door het rechtsmiddelenverbod, ook in contraire zaken. Dat past niet in onze rechtsorde.

7 Een rechtvaardig en soepel ontslagrecht is mogelijk.

7.1 Eenvoudig vereenvoudigen

Uitgangspunt 1. Voorkomen is beter dan genezen: daarom moet de preventieve ontslagtoetsing van te verlenen individueel ontslag verplicht blijven. ⁶¹¹ Aldus wordt de werkgever gedwongen zijn motieven voor het voorgenomen ontslag te berde te brengen en te laten toetsen.

Uitgangspunt 2. Niet slechts de werknemer maar ook de werkgever is gebaat bij de preventieve toetsing van ontslagen. Voor kleine werkgevers ligt dat voor de hand: een fatale fout bij een ontslag kan de werkgever zo duur komen te staan, dat ze zijn onderneming in moeilijkheden brengt. Maar ook grote werkgevers hebben baat bij een preventieve ontslagtoetsing, al kunnen zij intern juridiseren en hebben zij de mogelijkheid om ontslagfouten af te kopen; ook voor hen geldt dat voorkomen beter is dan genezen.

Uitgangspunt 3. Als partijen echt niet meer samen door één deur kunnen, moeten ze op een eenvoudige manier van elkaar afkunnen. Daaraan staat in de weg, dat het ten onrechte ontbreken van een ontslagvergunning in art. 9 BBA met vernietigbaarheid van het ontslag wordt bedreigd.

7.2 Behoud van de preventieve ontslagtoetsing

De preventieve ontslagtoetsing, hoe goed of slecht die ook moge worden uitgevoerd, heeft een preventieve werking. Dat geldt zowel voor de CWI-procedure als voor de kantonrechtersondbinding. Er wordt van tevoren rekening mee gehouden, dat elk voornemen tot beëindiging wordt getoetst. De veronderstelling lijkt mij plausibel dat, wil een toetsing achteraf eenzelfde mate van preventieve werking hebben als de preventieve ontslagtoetsing (een achteruitgang in ontslagbescherming zou slecht te verkopen zijn) de hoogte van de vergoeding bij defectief ontslag aanzienlijk zal moeten zijn en de 'pakkans' hoog. De toetsing achteraf zal scherper worden, de vergoeding hoger en het risico van fouten groter. Dat lijkt mij voor werkgevers niet erg aantrekkelijk.

De preventieve werking van de preventieve ontslagtoetsing acht ik een belangrijk element van de bescherming die het ontslagrecht biedt: het ontslagrecht werpt zijn schaduw vooruit. Om die reden ben ik ook niet onder de indruk van de hoge percentages toekenningen na verzoeken om ontslagvergunningen, die worden aangevoerd door de voorstanders van afschaffing van de


preventieve ontslagtoetsing.

Voorstanders van de afschaffing van de preventieve ontslagtoetsing passen een 'frapper, frapper toujours' toe. Bij – naar ik meen – Brenninkmeijer heb ik wel eens gelezen, dat wie het eerst stopt met argumenteren, het debat verliest. Dat mag zo zijn, maar het past naar mijn oordeel de wetenschap niet. Vanuit de wetenschap kan men niet anders doen dan zijn argumenten zo goed mogelijk naar voren brengen. Als de samenleving die niet wil horen, krijgt ze het ontslagrecht dat ze verdient.

Voor het beginsel van de preventieve toetsing wil ik mij sterk maken. Voorkomen is beter dan genezen en halverwege te keren is beter dan ten volle te dwalen. Niet slechts de werknemer maar ook de werkgever wordt door de preventieve ontslagtoetsing beschermd. Hierbij moet onderscheid gemaakt worden tussen grote en kleine werkgevers. Grote werkgevers juridiseren wel intern maar kleine werkgevers kunnen dat niet of veel minder. In veel gevallen blijken werkgevers hun zaakjes niet voor elkaar te hebben. Niet slechts de werknemer kan bij ontslag een rechtsbijstandsverzekering goed gebruiken (de vakbonden voorzien daarin) maar ook de (kleine) werkgever. Ingeval de preventieve toetsing ooit zou komen te vervallen, zou bijvoorbeeld het MKB er goed aan doen om de juridische bijstand aan zijn leden te verbeteren. Ik gaf dat hiervóór, in § 3.2, al aan.

De wijze waarop de preventieve toetsing van individuele ontslagen wordt gerealiseerd, behoeft vernieuwing. Was het bij de aanvang nog zinvol om het Gewestelijk Arbeidsbureau ermee te belasten, gelet op de sociaal-economische doelstelling van art. 6 BBA 1945, namelijk te voorkomen dat werknemers van baan zouden veranderen enkel om bij de nieuwe werkgever voor hetzelfde werk meer loon te vangen, waardoor zij de geleide loonvorming zouden kunnen frustreren, in de huidige situatie gaat het daar al lang niet meer om maar gaat het om bescherming van de werknemer tegen de werkgever. De preventieve ontslagtoetsing behoeft niet meer een instrument te zijn voor de overheid om de arbeidsmarkt te sturen. Zij heeft wel nog steeds de nuttige functie, dat zij partijen tijdig informeert over het rechtvaardigheidsgehalte van een eenzijdige beëindiging. Nu zij nog slechts een zaak is tussen werkgever en werknemer, zou zij ook door een niet administratieve instantie kunnen worden uitgevoerd: bijvoorbeeld door een privaatrechtelijke (CAO-) instelling. Maar ook een rechterlijke instantie wil ik niet uitsluiten. Voor toepassing van de WMCO lijkt toetsing door de CWI overigens praktischer.

Toen de publiekrechtelijke noodzakelijkheid van de preventieve ontslagtoetsing minder werd en zelfs geheel ophield te bestaan, had de wetgever zich moeten realiseren, dat toetsen iets anders is dan tegenhouden. Als partijen niet meer samen door één deur kunnen, moet men zich afvragen of men het ontslag

 Dit laat onverlet, dat voor collectief ontslag op economische gronden een nadere regeling in het kader van de WMCO van kracht blijft.

nog wel moet willen tegenhouden. Het bloed stroomt waar het niet gaan kan en de praktijk heeft in de kantonrechtersondbinding een weg gevonden om dat tegenhouden te ontwijken. Een aanmerkelijke vereenvoudiging wordt daarom mogelijk indien de preventieve ontslagtoetsing niet meer zou behoeven te leiden tot het verlenen of weigeren van een ontslagvergunning. Toetsen, ja; tegenhouden, nee! De preventieve ontslagtoetsing gaat dan functioneren als een verplicht advies over een voorgenomen ontslag. Als sanctie tegen het ontgaan van de preventieve ontslagtoetsing blijft de vernietigbaarheid naar mijn oordeel onmisbaar. Zonder vernietigbaarheidssanctie zou de preventieve toetsing een vrijblijvende aangelegenheid worden. Handhaving van de sanctie van vernietigbaarheid van ontslag dat niet ter toetsing is aangeboden, speelt ook een rol bij de WMCO, waar naar mijn mening de vernietigbaarheid niet kan worden gemist.

Heeft de preventieve ontslagtoetsing eenmaal plaats gevonden, dan is de werkgever gewaarschuwd. Wat hij vervolgens met die waarschuwing doet, is voor zijn rekening en risico. Heeft hij te horen gekregen dat de voorgenomen ontslagreden de toetsing niet kan doorstaan en ontslaat hij toch om die reden, dan verbeurt hij in ieder geval een prohibitief hoge civiele boete.⁶² Zou die boete niet kunnen worden opgelegd, dan wordt de preventieve ontslagtoetsing een wassen neus. Vernietigbaarheid is bij het daaropvolgende ontslag evenwel niet meer aan de orde als sanctie. De ontslagreden, de wijze van beëindigen en de gevolgen van het ontslag kunnen later (na het ontslag) nog worden aangevochten in een kennelijk onredelijk ontslag procedure. De mogelijkheid van (hoger) beroep van een oordeel over zowel ontslagreden als wijze van ontslaan en gevolgen blijft onverlet. Wat geldt voor de preventieve ontslagtoetsing geldt ook voor de opzegverboden, want daarvoor geldt ook, dat er een (forfaitair) oordeel vooraf is, dat een ontslag niet door de beugel kan.

7.3 Kantonrechtersondbinding opschonen.

You can't have your cake and eat it. Verdwijnt met de ontslagvergunning de vernietigbaarheid goeddeels, dan wordt de sluipteg door de kantonrechter (de kantonrechtersondbinding wegens veranderingen in de omstandigheden) overbodig en moet zij grotendeels worden afgeschaft. Zij blijft slechts bestaan voor die gevallen waarvoor zij oorspronkelijk bedoeld was: gevallen waarin geen van beide partijen iets kan worden verweten en waarin (derhalve) een billijkheidsoplossing op haar plaats is (in een extrajudiciële procedure). De gedachte hierachter is, dat met name de vernietigbaarheid er de oorzaak van is geweest, dat de kantonrechtersondbinding wegens verandering in de omstandigheden een hoofdroute is geworden. Dat kan dus veel sneller: als het eindigen van de dienstbetrekking uiteindelijk toch tegen een hoge vergoeding bij de kantonrechter kan

worden 'gekocht', houden we onszelf voor de gek als we die mogelijkheid niet direct openen. ⁶² Een extra argument voor het afschaffen van de ontbindingsmogelijkheid in contentieuze gevallen vind ik in de omstandigheid, dat de discussie over het appelverbod van kantonrechtersondbindingen, die smet op onze rechtsorde, overbodig zou worden. Het (op den duur onvermijdelijke) vervallen van dit rechtsmiddelenverbod van contraire ontbindingsbeschikkingen zal overigens toch voor de kantonrechtersondbindingen de doodsteek worden omdat het zowel de snelheid als de zekerheid uit de procedure zal halen. Afschaffing van de ontbindingsprocedure in contraire zaken als zijnde overbodig na het afschaffen van de vernietigbaarheid, komt dan eigenlijk wel goed uit.

Met het verdwijnen van de vernietigbaarheid wordt tevens de eerder vermelde denkfout van de wetgever in 1976 (Zie §2.2) goedge maakt omdat ook de ondoordacht ingevoerde en van art. 9 BBA 1945 afgeleide vernietigbaarheid als sanctie op overtreding van opzegverboden (art. 7:677 lid 5 BW) kan worden afgeschaft. De (re)allocatie op de arbeidsmarkt vindt vervolgens niet meer plaats langs de weg van vernietigbaarheid, die uiteindelijk slechts een fictie blijkt te zijn, maar via afrekening in geld, schadevergoeding. Omdat het bekend is, dat men vanuit een betrekking eerder een nieuwe baan vindt dan vanuit werkloosheid, zouden, naar het voorbeeld van België, de opzegtermijnen moeten worden verlengd.

7.4 Ontslag op staande voet om een dringende reden

En hoe zit het met de dringende reden? De dringende reden legitimeert thans reeds het voorbijgaan aan de preventieve ontslagtoetsing. De reden daarvoor is een praktische. Doet zich een dringende reden voor dan kan de werkgever niet wachten op de uitslag van een preventief onderzoek. Blijkt de dringende reden achteraf niet terecht, dan wordt de opzegging getroffen door vernietiging. Blijkt de dringende reden bij toetsing achteraf wel terecht, dan is daarmee gegeven, dat het ontslag om die reden niet kennelijk onredelijk kan zijn aangezien de dringende reden van een voldoende zwaarte moet zijn om een ontslag op staande voet te legitimeren. De wijze van beëindigen, op staande voet, is daarmee ook gelegitimeerd. Dat laat overigens onverlet, zoals ik ook al eerder aantoonde,

⁶² Van de beslissing tot het opleggen van deze boete moet de werkgever in beroep kunnen gaan; bijvoorbeeld bij verschil van opvatting over de aanwezigheid van een dringende reden.

⁶³ De enige aarzeling die ik hierbij koester is, dat kantonrechtersondbindingen ook wel eens afwijzen; bijvoorbeeld als het belang van de werknemer bij daadwerkelijk verrichten van de bedongen arbeid zeer groot is. Maar ik erken dat, als het niet botert tussen werkgever en werknemer, het toch de werknemer is die uiteindelijk het veld ruimt.

dat het ontslag om een andere reden, namelijk om de ernstige gevolgen die het heeft, nog wèl kennelijk onredelijk kan zijn.

Als we het ontslag op staande voet daar laten, waar het qua systematiek van de wettelijke regeling van het ontslagrecht hoort, namelijk enkel binnen de regeling van de on'regel'matigheid (en niet, zoals de Hoge Raad doet, zowel binnen de on'regel'matigheid als binnen de kennelijke onredelijkheid, waardoor een osmose plaats vindt tussen deze beide uitwerkingen van de idee, dat eenzijdige beëindiging geen onrecht mag meebrengen), is het gevolg, dat het ontslag op staande voet om een dringende reden door de werkgever gemakkelijker gehanteerd kan worden als disciplineringsinstrument, dat de grens tussen zwart en wit minder scherp wordt en dat de rechter de sanctionering in verhouding kan brengen met de omstandigheden van het geval. Het versterkt de rol van het ontslag op staande voet om een dringende reden bij de vraag naar de verwijtbaarheid in het kader van de WW (art. 24 lid 3 WW).

7.5 De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Uit internationaal vergelijkend onderzoek blijkt, dat Nederland op het gebied van de flexibiliteit van de arbeidsmarkt gemiddeld scoort. Voor wat betreft de contracten voor onbepaalde tijd kennen we een hoge mate van ontslagbescherming, terwijl die laag is bij tijdelijk werk. Dat scheidt het gevaar van een tweedeling op de arbeidsmarkt, ook al fungeren tijdelijke banen als opstap naar vaste. Het ligt daarom voor de hand de ontslagbescherming bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd iets te versoepelen en die bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd iets op te hogen. Het eerste is hiervoor aan de orde geweest, het tweede volgt hierna.

Doordat in ons land contracten voor onbepaalde tijd een behoorlijke ontslagbescherming genieten en tijdelijke contracten juist weinig, dreigt er een tweedeling te ontstaan tussen de gelukkige bezitters van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die een ruime ontslagbescherming genieten, en de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Van mijn studenten hoor ik, dat het voorkomt, dat contractpauzes van meer dan drie maanden worden ingelast om aan de regels van de Flexwet te ontkomen. In ruil voor het soepeler sanctiesysteem zou aan het overeenkomen van een dienstbetrekking voor bepaalde tijd ter wille van de ongelijkheidscompensatie bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten de eis van een zakelijke grond moeten worden gesteld.⁶⁴ Een zakelijke grond kan van alles zijn: een project, de ziekte van een collega, proefneming. Deze zou ter toetsing aan de rechter kunnen worden voorgelegd, die bij gebreke van een zakelijke grond de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou moeten kunnen converteren in een voor onbepaalde tijd. Voor wat,

hoort wat. Door afschaffing (grotendeels) van de vernietigbaarheidssanctie, krijgt ons ontslagrecht een minder bureaucratische en soepeler voortgang, terwijl niet wezenlijk wordt afgedaan aan de bescherming die het de werknemer thans biedt. Door voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de legitimatie van een zakelijke grond verplicht te stellen, wordt de kloof tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd versmald, terwijl het aannemen van personeel er niet moeilijker door wordt, alleen meer toetsbaar.

7.6 'Constructive Dismissal' is gewenst.

Een noodzakelijke component van een toekomstig ontslagrecht is wat de Engelsen 'constructive dismissal' noemen. Het onoorbaar handelen van de werkgever, waardoor de werknemer zich gedwongen ziet ontslag te nemen, rekent de Engelse rechter de werkgever aan als een 'unfair dismissal'. Ons ontslagrecht kent op dit punt een lacune omdat de kennelijke onredelijkheidstoetsing slechts betrekking heeft op een beëindigingshandeling door de wederpartij. Deels wordt die leemte nog opgevuld door een beroep op de open norm van het goed werkgeverschap.⁶⁵ Dit toont het gevaar aan dat met open normen verbonden kan zijn: open normen kunnen een luie wetgever en een luie rechtspraak bewerkstelligen. Voor een ander deel vult de ontbinding door de kantonrechter de leemte op. Het is een van de redenen waarom we de kantonrechtersontbinding nog niet kunnen missen. Maar als de kantonrechtersontbinding zou worden beperkt tot echte extrajudiciële aangelegenheden – wat mijn voorkeur heeft – ofwel van hoger beroep en cassatie zou worden voorzien omdat erkend wordt, dat het een procedure op tegenspraak betreft, komt het moment waarop we een 'constructive dismissal' nodig zullen hebben.

De weg die thans nog wordt gevolgd, ontbinding om een dringende reden, gevolgd door een procedure wegens wanprestatie, is krom en moet worden verlaten. Illustratief voor hoe scheef de zaken kunnen lopen is de recht-

⁶⁴ Cf. Richtlijn 1999/70/EC, 28 juni 1999 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVW gesloten raamovereenkomst inzake arbeidscontracten voor bepaalde tijd; clause 5, onder 1, *PbEG* 10-07-1999, L 175/43-48. Deze richtlijn kent de legitimatie van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als een van de drie alternatieve vereisten voor het van rechtswege eindigen van de *voortgezette* arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De beide andere vereisten, die we terugvinden in de Flexwet, zijn een maximum aan het aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en een maximum aan de totale tijdsduur van de voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld Hof te Arnhem 4 januari 2005, *JAR* 2005/46, dat oordeelt dat, nu de werkgever zich ongepast en beledigend over de werknemer had uitgelaten en daarmee zich niet als een goed werkgever had gedragen (art. 7:611 BW), hij zich niet na een door de werknemer genomen ontslag op staande voet op het concurrentiebeding kon beroepen.

spraak van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid van schadevergoeding wegens het verlies van de dienstbetrekking bij ontbinding wegens een dringende reden.⁶⁶ De Hoge Raad staat toe terug te grijpen op de leer van de wanprestatie maar verzuimt de vinger op de wonde plek te leggen, dat de dringende reden slechts een vergoeding mogelijk maakt wegens de ontijdigheid van het ontslag en niet wegens de gevolgen van het ontslag als zodanig. Doordat de Hoge Raad dit toestaat, ik herhaal het nog maar eens, wordt hij ook niet geconfronteerd met zijn mijns inziens foute keuze in het arrest Schoenmaker. Dit alles is mede te wijten aan achterstallig onderhoud en dat kan de Hoge Raad ook niet helpen. Maar wat wel zou kunnen helpen is, dat de Hoge Raad meer aandacht zou hebben voor gebreken in de systematiek van het ontslagrecht en daardoor de wetgever zou nopen zich actiever op te stellen dan thans het geval is.

7.7 Hoe ziet het systeem er uit?

Voorgenomen te geven (individueel) ontslag uit de dienstbetrekking moet ter toetsing worden aangemeld. Verzuim levert vernietigbaarheid van de opzegging op. Deze vernietigbaarheid is niet, zoals thans nog het geval is, afkoopbaar door een andere route te kiezen. Een ontslag op staande voet om een dringende reden passeert de preventieve ontslagtoetsing. Blijkt achteraf dat er geen dringende reden is, dan is het ontslag vernietigbaar omdat dit gelijk staat aan het ten onrechte passeren van de preventieve ontslagtoetsing. Indien er eenmaal een preventieve ontslagtoetsing heeft plaats gevonden, komt vernietigbaarheid niet meer aan de orde, ook niet bij de opzegverboden. Indien bij preventieve toetsing toestemming wordt verleend, staat dit er niet aan in de weg, dat de ontslagredenen in een kennelijk onredelijk ontslag-procedure nogmaals aan de orde wordt gesteld. Indien bij de preventieve toetsing toestemming wordt geweigerd en de werkgever desniettemin ontslaat, is de sanctie een schadevergoeding, waarvan de hoogte door de rechter in een kennelijk onredelijk ontslag-procedure wordt vastgesteld. De rechter is daarbij aan een minimumhoogte gebonden (civiele boete, punitief element).⁶⁷ In dit verband verwijs ik naar het minimum voor de matiging van de gefixeerde schadevergoeding. Naast de ontslagredenen kunnen ook de wijze van beëindigen en de gevolgen van het ontslag in de kennelijk onredelijk ontslag-procedure worden getoetst. Overtreding van de wettelijke ontslagverboden levert geen vernietigbaarheid meer op maar schadevergoeding waarvan de hoogte door de rechter wordt vastgesteld. Komt de rechter tot het oordeel dat het gegeven ontslag niet slechts onrecht meebrengt maar dat het van dien aard is, dat de dienstbetrekking naar zijn oordeel in het geheel niet zou mogen eindigen, dan moet hij desgevraagd tot herstel van de dienstbetrekking kunnen veroordelen. Deze herstelveroordeling is afkoopbaar conform het

uitgangspunt, dat het geen zin heeft om partijen bij elkaar te houden als ze toch niet meer samen door één deur kunnen. Een in totaal hogere schadevergoeding zal het gevolg zijn. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt teruggebracht tot haar oorspronkelijke bedoeling en vindt enkel nog plaats in zuivere billijkheidsgevallen. De kantonrechter krijgt de bevoegdheid daaraan een vergoeding naar billijkheid te verbinden. Van de billijkheidsontbinding hoeft geen hoger beroep en cassatie mogelijk te bestaan (want zuiver extrajudiciële aangelegenheid). Ontbinding ingeval van een rechtsstrijd (op tegenspraak) is uitgesloten. Tijdelijke contracten behoeven op straffe van conversie in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd een legitimatie, bijvoorbeeld de tijdelijkheid van een project, de vervanging van een zieke werknemer.

7.8 Instemming van de sociale partners is nodig.

Kijk ik naar de wijze waarop de sociale partners zich opstellen als het gaat om voorstellen tot wijziging van het ontslagrecht, dan blijkt dat van beide kanten men naar buiten toe niet (veel) verder komt dan het benadrukken van de eigen standpunten. De belangen van werkgever en van werknemer staan telkens tegenover elkaar, terwijl er toch een aantal gemeenschappelijke belangen zijn. Flexibiliteit zowel als zekerheid zijn voor beide partijen van belang en niet slechts de flexibiliteit voor de werkgevers en de zekerheid voor de werknemers. De cultuur van het overleg op dit punt is antithetisch: men zit met welhaast vastgeroeste standpunten. De vraag is of dit komt door het onderwerp of door de cultuur van het overleg. De kroonleden in de SER zijn kennelijk ook niet in staat zich boven de partijen op te stellen en komen met standpunten die niet (of onvoldoende) de belangen van beide partijen tot hun recht laten komen.

Een herziening van het ontslagrecht kan slechts vruchtbaar zijn indien zij wordt gedragen door de organisaties van werkgevers en van werknemers. Het zoeken is daarom naar een win-win situatie. Die zou kunnen worden gevonden in vervanging van de vernietigbaarheidssanctie na ontslag zonder de vereiste toestemming vooraf en na overtreding van de wettelijke ontslagverboden door

66 Zie HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (Deuss / Motelmij) alsmede HR 11 okt. 2002, *JAR* 2002/ 261 Dalle Vedove/MAB. Opmerkelijk is – zie Marlies Vegter ‘Schadevergoeding en ontslagvergoeding’, *ArA* 2003 p. 62–77 i.h.b. p. 66 – dat de schadevergoeding wegens wanprestatie er een is naar billijkheid en dat staat natuurlijk haaks op de wanprestatieleer: hier wordt onzuiverheid op onzuiverheid gestapeld.

67 Een verdere normering, waarbij bijvoorbeeld rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld het aantal dienstjaren en de aard van de ontslagreden (economisch of in de persoon van de werknemer gelegen), is denkbaar. Zij vergroot de voorspelbaarheid van de kosten van het ontslag en daarmee de vervangbaarheid van de werknemer. Dit is evenwel een hoofdstuk apart, dat de grenzen van wat ik hier aan de orde kan stellen te buiten gaat. Er is veel literatuur hierover beschikbaar.

een hogere vergoeding bij onredelijk ontslag, waardoor de kantonrechtersontbinding in contraire gevallen overbodig wordt. Voor de vakbonden moet dit haalbaar zijn als zij zich realiseren, dat via de kantonrechtersontbinding de preventieve ontslagtoetsing thans toch kan worden omzeild en afgekocht met een hoge vergoeding. De prijs die daarvoor zou moeten worden betaald, een legitimering van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, moet voor de werkgevers het overwegen waard zijn. Daaruit zou voort moeten vloeien een flexibel en beschermend ontslagrecht: flexibel waar mogelijk, beschermend waar nodig.

8 Om te eindigen

Voor we overgaan tot herziening van het ontslagrecht, doen we er goed aan eerst eens te kijken wat er aan verbeteringen van het bestaande recht wenselijk is. De discussie over het ontslagrecht is nu al zo lang aan de gang, dat de tijd die hiermee gemoeid is, er ook nog wel bij kan. Herzien we zonder eerst orde op zaken te hebben gesteld, dan stapelen we fout op fout. Waarschijnlijk komen we, nadat we er eens goed de bezem door gehaald hebben, tot de conclusie, dat ingrijpende wijzigingen in het ontslagrecht helemaal niet nodig zijn.