

Ontslagbescherming vs. ontslagvrijheid

Een onderzoek naar de waarborging van de huidige rechten en waarborgen van de werknemer bij een hervorming van het ontslagrecht



Auteur	S. van Minderhout
Studentnummer Avans	2024944
Studentnummer Fontys	2136482
Afstudeerorganisatie	Wijnans Advocatuur
Datum en plaats	7 januari 2013, Dongen

Ontslagbescherming vs. ontslagvrijheid

Een onderzoek naar de waarborging van de huidige rechten en waarborgen van de werknemer bij een hervorming van het ontslagrecht

Auteur	Sanne van Minderhout
Studentnummer Avans	2024944
Studentnummer Fontys	2136482
Afstudeerorganisatie en opdrachtgever	Wijnans Advocatuur
Afstudeerperiode	3 september 2012 tot 7 januari 2013
Afstudeermentor	Dhr. mr. A.P.G.J.A. Wijnans
Eerste afstudeerdocent	Dhr. mr. J.P.E. Lousberg
Tweede afstudeerdocent	Dhr. mr. B.C.M. van Hooijdonk
Datum en plaats	7 januari 2013, Dongen
Opleiding	Juridische Hogeschool Avans - Fontys te Tilburg
Functie auteur	Student/stagiaire

Woord vooraf

Ontslag, een woord dat velen vrezen. Zeker in onzekere tijden van crisis. Ontslagen worden betekent in ieder geval onzekerheid over de persoonlijke situatie en mogelijk ook over de gezinssituatie. De inkomenssituatie verandert en het vooruitzicht op een nieuwe baan is er over het algemeen niet. In dit onderzoeksrapport, dat tot is gekomen tijdens mijn afstudeerstage bij Wijnans Advocatuur te Dongen, staat de positie van de werknemer binnen het ontslagrecht centraal.

Aan de totstandkoming van dit onderzoeksrapport hebben verschillende personen bijgedragen. Aan deze personen wil ik dan ook graag een woord van dank uitspreken.

Allereerst wil ik de heer mr. A.P.G.J.A. Wijnans bedanken. Zijn ondersteuning, adviezen en feedback hebben mij telkens gemotiveerd dit onderzoek tot een goed einde te brengen. Voorts wil ik hem bedanken voor de prettige samenwerking gedurende de uitvoering van de dagelijkse werkzaamheden.

Aan de heer mr. J.P.M.M. Heijkant en de andere medewerkers binnen Heijkant Advocaten wil ik graag mijn dank uitspreken voor hun gastvrijheid en de plezierige samenwerking.

Verder wil ik de heer mr. J.P.E. Lousberg bedanken voor zijn kritische blik en inhoudelijke ondersteuning gedurende de afstudeerperiode.

Als laatste wil ik graag een woord van dank uitspreken aan de heer mr. J.J.M. de Laat, mevrouw mr. D.M.A. Bij de Vaate en mevrouw mr. H. Kooymans voor hun bijdrage. Bedankt voor uw enthousiasme en het delen van uw kennis en uw ervaring.

Het doet mij een genoegen u deze scriptie voor te kunnen leggen, waarmee ik mijn opleiding HBO-Rechten hoop af te sluiten. Bij het lezen hiervan wens ik u veel plezier.

Sanne van Minderhout

Dongen, januari 2013.

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
Lijst van afkortingen en begrippen	7
1. Inleiding	8
2. Het Nederlands ontslagrecht	
2.1 Geschiedenis in een notendop	10
2.2 Bescherming van de werknemer	11
2.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	12
2.3.1 Opzegging van de arbeidsovereenkomst	12
2.3.2 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	15
2.3.3 Opzegging vs. ontbinding	17
2.4 Werkloosheidsuitkering	17
2.5 Rol van de sociale partners	17
3. De noodzaak tot hervorming van het ontslagrecht	
3.1 Economische redenen	18
3.2 Kritiek op de aangevoerde economische redenen	19
3.3 Juridische redenen	20
3.4 Kritiek op de aangevoerde juridische redenen	22
4. Het ‘nieuwe’ ontslagrecht	
4.1 Doel van de maatregelen	24
4.2 Wetsvoorstel van Koser Kaya	24
4.2.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	24
4.2.2 Ontslaggronden	25
4.2.3 Naar de rechter	25
4.2.4 Hoger beroep en cassatie	26
4.2.5 Werkloosheidsuitkering	27
4.2.6 Ketenregeling	27
4.3 Hoofdpijnennotitie van Kamp	27
4.3.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	27
4.3.2 Ontslaggronden	28
4.3.3 Naar de rechter	28
4.3.4 Hoger beroep en cassatie	29
4.3.5 Werkloosheidsuitkering	29
4.3.6 Transitiebudget	29
4.4 Regeerakkoord VVD - PvdA	30
4.4.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	30
4.4.2 Ontslaggronden	30
4.4.3 Naar de rechter	30
4.4.4 Hoger beroep en cassatie	31
4.4.5 Werkloosheidsuitkering	31
4.4.6 Transitiebudget	31
4.4.7 IOW en IOAW	31
5. De toekomst van de werknemer	
5.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie	32
5.1.1 Het horen van de werknemer	32
5.1.2 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	35
5.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van het Regeerakkoord	35
5.2.1 Advies van het UWV	35

5.2.2	Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	36
5.3	Wegvallen van de preventieve toets	36
5.4	De kwetsbare werknemer	38
5.5	De drempel voor een beroep op de rechter	40
5.6	Aanvechten van het ontslag	41
5.7	Hoger beroep en cassatie	42
5.8	De vergoeding bij ontslag	42
5.9	De onderhandelingspositie	44
5.10	Het transitiebudget en de ketenregeling	45
5.11	De rol van de sociale partners	45
6.	Conclusies en aanbevelingen	
6.1	Conclusies	46
6.2	Aanbevelingen	50
	Evaluatie	54
	Bronnenlijst	55
	Bijlagen	
	Bijlage I Interview mw. mr. D.M.A. Bij de Vaate	
	Bijlage II Interview dhr. mr.J.J.M. de Laat	
	Bijlage III Interview mw. mr. H.M. Kooymans	

Samenvatting

De werknemer neemt doorgaans een zwakkere positie in ten opzichte van de werkgever. Om deze ongelijkheid te compenseren, wordt geprobeerd de juridische positie van de werknemer te versterken. De werkgever dient voorafgaand aan het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst, behoudens een aantal uitzonderingen, de redelijkheid hiervan door het UWV WERKbedrijf of de kantonrechter te laten toetsten.

Herziening van het huidige ontslagstelsel is noodzakelijk: het duale stelsel leidt tot rechtsongelijkheid en onoverzichtelijkheid. Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan een vergoeding worden toegekend, terwijl het UWV bij het afgeven van een ontslagvergunning deze mogelijkheid niet heeft. Na de opzegging kan een (lagere) schadevergoeding wegens de kennelijk onredelijkheid van de opzegging worden toegekend. Over deze kennelijk onredelijkheid kan tot aan de Hoge Raad worden geprocedeerd, terwijl bij ontbinding een appelverbod geldt. Tevens is de huidige opzeggingsprocedure in strijd met artikel 6 EVRM. Het UWV is geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Voorts toetst een rechter niet alsnog het besluit van het UWV.

Door Koser Kaya, Kamp (in navolging op Kunduz-coalitie) en het kabinet Rutte-Asscher zijn voorstellen gedaan om het ontslagrecht te hervormen. Koser Kaya en Kamp verplichten de werkgever om voorafgaand aan de opzegging de werknemer te horen. Aan dit horen worden een aantal eisen gesteld, zoals het schriftelijk mededelen van de ontslagreden en de werknemer zienswijze hierop kenbaar te laten maken. Koser Kaya vult dit aan door van het mondeling horen van de werknemer een verslag te maken en verbindt aan het niet in acht nemen van de eisen de sanctie van vernietigbaarheid. Is de werknemer het niet eens met het gegeven ontslag, dan kan hij/zij een beroep doen op de rechter. De rechter kan de arbeidsovereenkomst herstellen of deze door de werkgever laten afkopen ofwel een vergoeding toekennen. Tegen het oordeel van de rechter kunnen partijen (gedeeltelijk) in hoger beroep. Het kabinet Rutte-Asscher verplicht de werkgever om voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een adviesaanvraag in te dienen bij het UWV. De werkgever kan van dit advies afwijken en de werknemer ontslaan. De werknemer kan na ontslag een beroep doen op de rechter. De rechter kan een vergoeding toekennen en in het geval de werkgever van het negatief ontslagadvies is afgeweken, kan de rechter het ontslag ongedaan maken. Er is geen beroepsmogelijkheid. Voorts stellen Kamp en het kabinet Rutte-Asscher voor om een eventuele vergoeding te verlagen en wettelijk te maximeren. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt voorbehouden aan cq. mogelijk gemaakt voor gevallen waar sprake is van een opzegverbod of waar geen mogelijkheid bestaat tussentijds op te zeggen. De huidige preventieve toetsing van het ontslag vervalt en maakt plaats voor een repressieve rechterlijke toetsing. De hoorplicht cq. hoorprocedure omvat tot dusver weinig waarborgen voor de werknemer zich deugdelijk te verweren tegen het voorgenomen ontslag. Er wordt geen setting gecreëerd waarbinnen de werknemer zich kan verweren tegen het voorgenomen ontslag en waarbinnen een gelijkwaardig debat kan plaatsvinden. Het is onduidelijk of de adviesprocedure een dergelijke setting inhoudt. Daarbij wordt verwacht, dat niet voorkomen kan worden dat de werkgever tot ontslag overgaat zonder hiervoor steekhoudende argumenten te hebben. Een eventueel herstel van de arbeidsovereenkomst door de rechter komt te laat. De dienstbetrekking is in de regel feitelijk, en mogelijk ook al juridisch, geëindigd. Daarbij dient de werknemer het initiatief te nemen het ontslag aan de rechter voor te leggen. Hetgeen een financiële en psychologische drempel zijn. Voorts is het advies van het UWV niet bindend en is de adviesprocedure mogelijk in strijd met artikel 6 EVRM.

Uit dit onderzoek is gebleken, dat herziening van het ontslagrecht op grond van de hervormingsmaatregelen -zoals deze thans zijn voorgesteld- niet wenselijk voorkomt. De huidige rechten en waarborgen worden naar verwachting in beperkte mate gewaarborgd. Door de voorgestelde hoorprocedure of adviesprocedure zo vorm te geven, dat er een (juridische gewaarborgde) setting wordt gecreëerd waarbinnen de werknemer zich kan verweren tegen het voorgenomen ontslag en er een gelijkwaardig debat kan plaatsvinden op grond van feiten en/of omstandigheden, kan tegemoet worden gekomen aan de huidige rechten en waarborgen. Daarnaast zou kunnen worden bezien of ratificatie van het IAO-Verdrag nr. 158 of het onderbrengen van de preventieve ontslagtoets bij de kantonrechter tegemoet komt aan zowel aan de gewenste hervorming als de huidige rechten en waarborgen.

Lijst van afkortingen en begrippen

Afkortingen

BBA	Buitgewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
BW Boek 7	Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
IAO-Verdrag nr. 158	Verdrag nummer 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie (Ook bekend onder de Engelse term: International Labour Organisation)
IOW	Inkomensvoorziening voor oudere werklozen
IOAW	Inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers
nr.	nummer
p.	pagina
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
UWV WERKbedrijf	onderdeel van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
UVRM	Universele verklaring van de rechten van de mens
WW	Werkloosheidswet

Begrippen

Ontbindingsprocedure	procedure bij de kantonrechter omtrent een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 685 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek
Opzeggingsprocedure	procedure bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen omtrent het verlenen van een ontslagvergunning op grond van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

1. Inleiding

Probleembeschrijving

Eind mei 2012 werd door VVD, CDA, D66, GroenLinks en ChristenUnie, de zogeheten Kunduz-coalitie, het Begrotingsakkoord 2013 bekend gemaakt. Dit Begrotingsakkoord werd door minister Kamp (destijds minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) op 18 juni 2012 aangevuld met de Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, dat grotendeels steunt op het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het ontslagrecht van voormalig Tweede Kamerlid F. Koser Kaya van 1 juli 2011. Enkele maanden later, op 29 oktober 2012, verscheen het Regeerakkoord 'Bruggen slaan' van de VVD en de PvdA. In het Begrotingsakkoord en het Regeerakkoord worden verschillende maatregelen voorgesteld om het begrotingstekort terug te dringen. Daarnaast worden er hervormingen in gang gezet die uiteindelijk de economische structuur moeten versterken en de overheidsfinanciën moeten verbeteren. Eén van die hervormingen is de modernisering van de arbeidsmarkt door hervorming van het ontslagrecht. Eerder werden (vergelijkbare) voorstellen gedaan voor hervorming van het ontslagrecht. Deze voorstellen hebben, onder meer door negatieve reacties van werknemersorganisaties en ontbrekende steun van partijen in de Kamers, geen doorgang gevonden. Ingeval één van de drie hervormingsmaatregelen wel doorgang vindt, wat betekent dit dan voor de thans geldende rechten van de werknemer met een vast contract? En biedt de maatregel nog belangrijke waarborgen voor deze werknemers?

Vraagstelling

Het voorgaande roept bij Wijnans Advocatuur de volgende vraag op: *"In hoeverre worden de huidige rechten van en de waarborgen voor de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gewaarborgd gelet op de maatregelen in het initiatiefwetsvoorstel van Koser Kaya van 1 juli 2011, de Hoofddlijnennotitie van Kamp van 18 juni 2012 en het Regeerakkoord van 29 oktober 2012."*

Aan de hand van deze vraag zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. *Hoe ziet het huidige ontslagrecht er uit en welke waarborgen en rechten worden de werknemer geboden?*
2. *Wat is de noodzaak van en wat houdt de aangekondigde hervorming van het ontslagrecht in het initiatiefwetsvoorstel van 1 juli 2011, de Hoofddlijnennotitie van 18 juni 2012 en het Regeerakkoord van 29 oktober 2012 in?*
3. *Welke gevolgen zijn er te verwachten voor werknemers met een vast contract na invoering van de voorgestelde hervorming van het ontslagrecht?*

Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is om op 7 januari 2013 een onderzoeksrapport op te leveren aan Wijnans Advocatuur waarin ik beschrijf wat de mogelijke gevolgen zijn van de hervormingsmaatregelen, zodat men inzicht krijgt in de mate waarin de huidige rechten en waarborgen worden gewaarborgd, en voor zover deze onvoldoende worden gewaarborgd zo nodig voorstellen worden gedaan over de wijze waarop de hervormingsmaatregelen kunnen worden aangepast zodat de rechtsbescherming van werknemers met een vast contract bij ontslag zoveel mogelijk blijft gewaarborgd.

Afstudeerorganisatie

Het verrichten van onderzoek en het schrijven van dit rapport heeft plaatsgevonden gedurende de stageperiode van 3 september 2012 tot en met 7 januari 2013 bij Wijnans Advocatuur. Binnen dit advocatenkantoor wordt de algemene rechtspraktijk uitgeoefend. De gebruikelijke werkzaamheden zijn gericht op het arbeidsrecht/ontslagrecht. Deze werkzaamheden bestaan onder meer uit het overleggen over en het opstellen van beëindigingsovereenkomsten en het opstellen van verzoeken aan het UWV WERKbedrijf en de kantonrechter tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Onderzoekopbouw en methode van onderzoek

Het rapport is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op het huidige ontslagrecht. De huidige ontslagbescherming, de verschillende wijzen voor de werkgever om een arbeidsovereenkomst te beëindigen en de daarmee samenhangende regels komen hierbij onder meer aan bod. Hiervoor worden Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, de Grondwet, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de Universele verklaring van de rechten van de mens en jurisprudentie geraadpleegd. Er wordt tevens stilgestaan bij de belangrijke rol van de sociale partners binnen het ontslagrecht.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de noodzaak tot hervorming van het ontslagrecht. De redenen die door Koser Kaya, Kamp en Rutte en Samsom ten grondslag zijn gelegd aan de hervormingsmaatregelen alsmede de kritieken hierop vanuit de praktijk komen ter sprake. Om te bezien hoe in de praktijk wordt gedacht over de noodzaak tot hervorming, worden verschillende kamerstukken, krantenartikelen en artikelen uit vakbladen geraadpleegd. Tevens wordt middels een aantal interviews bezien hoe verschillende deskundigen op het gebied van het arbeidsrecht over deze noodzaak denken. Op deze wijze wordt onderzocht of een herziening van het ontslagrecht noodzakelijk wordt geacht. Voorts worden in hoofdstuk 4 de drie hervormingsmaatregelen (voor zover mogelijk) inhoudelijk beschreven.

Om vast te kunnen stellen in hoeverre de huidige rechten en waarborgen worden gewaarborgd, wordt in hoofdstuk 5 beschreven wat de hervormingsmaatregelen kunnen betekenen voor de werknemer in de praktijk. Hiervoor vindt een vergelijking tussen de huidige regels van ontslagrecht en de voorgestelde maatregelen plaats. Om de mogelijke positieve en negatieve rechtsgevolgen van de maatregelen vast te stellen, worden interviews gehouden en worden aanknopingspunten uit krantenartikelen en artikelen uit vakbladen gebruikt.

In hoofdstuk 6 zijn de conclusies beschreven die op grond van dit onderzoek zijn getrokken en wordt er antwoord gegeven op de centrale vraag. In dit hoofdstuk worden tevens aanbevelingen gedaan. In het laatste hoofdstuk wordt teruggeblikt op het verloop en de waardebeoordeling van het onderzoek. De verschillende bijlagen van dit onderzoek zijn als een apart document bijgeleverd.

De in dit rapport gepresenteerde onderzoeksresultaten zijn gebaseerd op de analyse en interpretatie van de geldende wet- en regelgeving op nationaal en internationaal gebied, jurisprudentie, de voorgestelde hervormingsmaatregelen en andere wetenschappelijke bronnen. Bij het zoeken naar en het verzamelen van relevante informatie is het onderwerp afgebakend. Tevens is gebruik gemaakt van vernieuwende informatie en zijn de actualiteiten nauwlettend in de gaten gehouden. Bovendien is het centrale vraagstuk vanuit meerdere invalshoeken bekeken. Voorts zijn de gepresenteerde onderzoeksresultaten gebaseerd op interviews met deskundigen op het gebied van ontslagrecht. De respondenten zijn gekozen op basis van verschenen artikelen en onderzoeken en hun expertise op het gebied van ontslagrecht. Uit de verzamelde informatie zijn de belangrijkste gegevens gehaald en zijn feiten geselecteerd op hun juridische relevantie. Uit de verkregen informatie tijdens de interviews zijn de juridische relevante gegevens geselecteerd. De feiten zijn gecontroleerd, waarna verbanden zijn gelegd met informatie van de respondenten en conclusies zijn getrokken, met dit rapport als resultaat.

2. Het Nederlands ontslagrecht

Het ontslagrecht behelst alle regels die betrekking hebben op het beëindigen van een arbeidsovereenkomst. Het ontslagrecht staat centraal in dit onderzoek. Om deze reden zal eerst de totstandkoming van dit recht worden besproken. Hierna wordt verder ingegaan op de bescherming van de werknemer, de verschillende wijzen voor de werkgever om een arbeidsovereenkomst te beëindigen en de daarmee samenhangende regels. Voorts wordt de sociale voorziening voor de werknemer na ontslag besproken: de werkloosheidsuitkering. Tot slot wordt stilgestaan bij de belangrijke rol van de sociale partners binnen het ontslagrecht.

2.1 Geschiedenis in een notendop¹

Het ontslagrecht vindt zijn basis in de bepalingen uit de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907. In deze wet wordt onderkend dat de werknemer economisch een zwakkere positie inneemt ten opzichte van zijn² werkgever. Ondanks dat bescherming van de werknemer tot doel wordt gesteld, blijft contractsvrijheid als uitgangspunt gelden. De vrijheid die de werkgever en de werknemer bij het stellen van voorwaarden van de arbeidsovereenkomst tot dusver hadden, wordt beperkt door een aantal wettelijke bepalingen. Werkgever en werknemer zijn vrij in het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, als zij deze niet langer willen laten voortduren. Zij dienen bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel een dag en een termijn in acht te nemen waartegen zij de overeenkomst opzeggen. Naast het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, kan de rechter bij een dringende of een gewichtige reden worden verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Tijdens de Tweede Wereldoorlog wordt door de bezetter een eenzijdig opzegverbod ingevoerd. De werkgever mocht destijds niet zonder voorafgaande toestemming van de Directeur-Generaal van de Arbeid de arbeidsovereenkomst opzeggen. Later zette de bezetter dit eenzijdig verbod om in een tweezijdig opzegverbod, zodat de werknemer ook toestemming nodig had. Het opzegverbod werd na de oorlog in stand gehouden en vastgelegd in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). Thans kennen we dit toestemmingsvereiste voor de werkgever als het algemeen opzegverbod.³ Het opzegverbod werd niet ter bescherming van de werknemer ingevoerd, maar ter regulering van de arbeidsmarkt. Het BBA is derhalve een noodbesluit uit de tijd van wederopbouw.

Vanaf de jaren '50 komt er meer aandacht voor de bescherming van de werknemer. Het ontslagrecht ondergaat in 1953 een grondige herziening.⁴ De rechter mag ontbinden wegens een gewichtige reden die bestaat uit of een verandering in de omstandigheden *“welke van dien aard zijn dat het dienstverband billijkheidshalve dadelijk of op korte termijn behoort te eindigen”* of in geval van een dringende reden.⁵ Bij een belangrijke verandering in de omstandigheden mag de rechter naar billijkheid een vergoeding toekennen. Daarnaast mag de rechter de opzegging op ‘kennelijk onredelijkheid’ toetsen. De wet omschrijft een aantal omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de opzegging als kennelijk onredelijkheid wordt aangemerkt. In de jaren die volgen komen hiervoor een aantal richtlijnen tot stand. In geval van kennelijk onredelijkheid mag de rechter een schadevergoeding toekennen of verplichten de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter kan dus langs twee wegen een vergoeding toekennen. Voorts wordt de opzegtermijn vanaf dat moment gekoppeld aan de lengte van het dienstverband en wordt er een opzegverbod tijdens ziekte en militaire dienst ingevoerd. Thans kennen we nog steeds een ontslagstelsel waarbij de arbeidsovereenkomst -na voorafgaande toestemming- kan worden opgezegd ofwel kan worden ontbonden. Dit wordt aangeduid als de dualiteit van het ontslagstelsel. Een derde partij oordeelt over het ontslagvoornemen en toetst dit aan een ontslaggrond (zie paragraaf 2.3.1 en 2.3.2). Dit wordt de preventieve toetsing van het ontslag genoemd.

¹ F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, (Monografieën Sociaal recht, 43) Deventer: Kluwer 2007, p. 10-16 en A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, (Monografieën Sociaal recht 47), Deventer: Kluwer 2009, p. 24-27, 33, 39-40, 56-58.

² Waar in dit rapport “hij/zij”, “zijn/haar” of “hem/haar” wordt bedoeld, is voor het leesgemak volstaan met de mannelijke vorm.

³ Vastgelegd in artikel 6 lid 1 BBA. In 1999 is het opzegverbod voor de werknemer vervallen.

⁴ Wet houdende de wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten van 17 december 1953.

⁵ Artikel 1639w, 1639p en 1639q (oud) BW.

2.2 Bescherming van de werknemer

Ongelijkheidscompensatie

De arbeidsovereenkomst is voor de werkgever⁶ een schakel in zijn productiehuishouding. Voor de werknemer⁷ is deze overeenkomst een middel om te voorzien in een inkomen. Het loon dat de werknemer uit arbeid verdient, is vaak zijn enige bestaansbron. Zijn bestaanszekerheid hangt dan ook grotendeels samen met het behoud van zijn werk. Zonder arbeid dient men een beroep te doen op de sociale voorzieningen, welke voorzien in een bestaansminimum. Met de wettelijke regels omtrent het beëindigen van de arbeidsovereenkomst wordt geprobeerd een evenwicht te vinden tussen de tegenstrijdige belangen van de werknemer en werkgever. De werkgever neemt doorgaans een sterkere positie in ten opzichte van de werknemer.⁸ Hij bezit een over een grotere deskundigheid en neemt een sterkere positie op de arbeidsmarkt in. De wetgever tracht deze ongelijkheid zo veel mogelijk te compenseren door de werknemer een sterkere juridische positie te geven.⁹ Deze ongelijkheidscompensatie is in de loop van de tijd afgenomen.¹⁰ Dit hangt samen met de maatschappelijke ontwikkelingen waarin de overheid in mindere mate alles voor de burger regelt. Een ongelijkheidscompensatie vanuit het idee dat de overheid actief de positie van de werknemer beschermt is afgenomen. Dit heeft plaats gemaakt voor een compensatie die de werknemer wel waarborgen biedt, maar waarin de werknemer of namens hem de vakbond in toenemende mate voor zijn eigen zaak dient op te komen. Ongelijkheidscompensatie beoogt in de eerste plaats dan ook de werknemer met regelgeving zo veel mogelijk te beschermen cq. waarborgen te bieden tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast gaat de compensatie -als gevolg van de veranderende maatschappij- ook over een gelijke toegang tot de arbeidsmarkt voor werknemers.¹¹ Weliswaar verandert de maatschappij, maar de zwakkere positie van de werknemer blijft ongewijzigd.

De werknemer vindt rechtsbescherming in verschillende wetten en verdragen. De voornaamste rechten en waarborgen voor de werknemer zijn vastgelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna: UVRM), de Grondwet, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW Boek 7) en het BBA. Ook hebben uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en de Hoge Raad een belangrijke bijdrage geleverd aan deze rechten en waarborgen.

EVRM

In artikel 6 EVRM¹² is bepaald, dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak. De behandeling moet binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdige rechterlijke instantie plaatsvinden, welke bij wet is ingesteld. Uit artikel 6 EVRM vloeien een aantal beginselen voort, waaronder de beginselen van hoor- en wederhoor¹³ en van equality of arms¹⁴. Deze twee beginselen worden samen onder de term 'fair hearing' geschaard,¹⁵ hetgeen als eis geldt voor een behoorlijke procedure. Uit artikel 6 EVRM volgt onder meer, dat de werknemer en werkgever in gelijke mate aan het processueel debat moeten kunnen deelnemen. Zij behoren beiden in de gelegenheid te worden gesteld hun zaak voor de rechter te presenteren, onder omstandigheden die één van hen niet in een substantieel nadeligere positie ten opzichte van de ander plaatst. De rechter dient zich ervan te verzekeren dat de procedure voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.

⁶ De werkgever zoals bedoeld in artikel 7:610 BW en artikel 1 onderdeel c BBA.

⁷ De werknemer zoals bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW en artikel 1 onderdeel b BBA.

⁸ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 15.

⁹ I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens & H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 14-15 en C.E. Dingemans & O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *AR* 2001-1, p. 4, 21-29.

¹⁰ D.J. Buijs & G.J.J. Heerma van Voss, 'Tien jaar arbeidsrecht en ongelijkheidscompensatie', *SR* 1996-11, p. 290

¹¹ F.B.J. Grapperhaus, *Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst*, *Justitie/SZW/SER-symposium*, november 2007, p. 1-2.

¹² Ook van toepassing op een ontslagzaak. Zie EHRM 28 juni 1990, *NJ*1995, 491 (Obermeier/Oostenrijk).

¹³ In Nederlandse wet- en regelgeving is dit beginsel onder meer in artikel 19 Rv verwoord.

¹⁴ Zoals in EHRM 27 oktober 1983, *NJ* 1994, 534 (Dombo/Nederland).

¹⁵ Studievereniging Aequitas, Juridische Hogeschool Avans-Fontys & Uitgeverij Kluwer, *Arrestenbundel HBO Rechten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 761-763.

UVRM

Artikel 22 UVRM bepaalt, dat een ieder als lid van de gemeenschap recht heeft op maatschappelijke zekerheid. Artikel 23 UVRM bepaalt: *“een ieder heeft recht op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtmatige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid”*. Het ‘recht op arbeid’ dient in onderling verband te worden gezien met de andere aanspraken uit dit artikel.¹⁶ Uit dit verband volgt, dat de overheid verantwoordelijk is voor een hoog niveau van werkgelegenheid en dient in te staan voor toegang tot arbeid. Uit dit recht volgt overigens niet dat de overheid ten opzichte van de burger een arbeidsplicht heeft. Dit zou namelijk in strijd kunnen zijn met het beginsel van contractsvrijheid.

Grondwet

Op grond van het eerste artikel van de Grondwet dient een ieder die zich in Nederland bevindt, in gelijke gevallen gelijk behandeld te worden en is discriminatie op welke grond dan ook niet toegestaan. Binnen het bereik van dit artikel vallen twaalf discriminatiegronden, waaronder het soort contract (vast of tijdelijk) dat iemand wordt aangeboden.¹⁷ Uit artikel 19 van de Grondwet volgt, dat de overheid zorg dient te dragen voor de bevordering van voldoende werkgelegenheid. Voorts volgt uit dit artikel, dat de wet regels stelt omtrent de rechtspositie van *‘hen die arbeid verrichten’* en hun bescherming daarbij. Een aantal van deze regels zijn vastgelegd in titel 10 van het BW Boek 7 en in het BBA. Ook dient de overheid zorg te dragen voor bestaanszekerheid en voor spreiding van welvaart. Daarbij stelt de wet regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid. Deze regels zijn onder meer te vinden in de Werkloosheidswet (hierna: WW) en de Wet Werk en Bijstand.

2.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Als een werkgever een werknemer wenst te ontslaan, heeft hij verschillende mogelijkheden. Hij kan de werknemer verzoeken in te stemmen met zijn ontslag. Daartoe kunnen zij een beëindigingsovereenkomst sluiten.¹⁸ Stemt de werknemer niet in met zijn ontslag, dan heeft de werkgever -behoudens een aantal uitzonderingen¹⁹- toestemming nodig om de werknemer te ontslaan. De werkgever kan zich richten tot het UWV WERKbedrijf, onderdeel van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV), of de kantonrechter. De werkgever bepaalt zelf aan wie hij toestemming vraagt.

2.3.1 Opzeggen van de arbeidsovereenkomst

Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven, geldt voor de werkgever een algemeen opzegverbod. Daarnaast gelden er nog andere opzegverboden zoals tijdens ziekte en zwangerschap van de werknemer.²⁰ Dit worden de bijzondere opzegverboden genoemd. Zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst in strijd met het algemeen of een bijzonder opzegverbod op, dan is de opzegging vernietigbaar.²¹ Dit betekent, dat de opzegging geldig is tot dat deze is vernietigd door een daartoe bevoegde partij of door de rechter op verzoek van die partij.²² Wordt de arbeidsovereenkomst in strijd met een geldend verbod opgezegd, dan kan de werknemer een loonvordering en een vordering tot wedertewerkstelling instellen.²³

Ontslaggronden

De werkgever vraagt toestemming aan het UWV in de vorm van een ontslagvergunning. De mogelijke gronden voor ontslag en wijze waarop een ontslaggrond wordt beoordeeld, zijn vastgelegd in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Opzegging kan worden verzocht in geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen en om persoonlijke

¹⁶ A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten; een grondrechtelijke en rechtsvergelijkende analyse* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 72.

¹⁷ Zie in dit verband ook afdeling 4 van BW 7 en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

¹⁸ Titel 15 van het BW boek 7.

¹⁹ Artikel 2 en artikel 6 lid 2 BBA en artikel 7:670b, 7:676 en 7:677BW.

²⁰ Artikel 7:670 en 7:670a BW.

²¹ Artikel 9 lid 1 Ontslagbesluit.

²² Artikel 3:50 en 3:51 BW.

²³ Artikel 7:611 en 7:628 BW.

redenen.²⁴ Bij bedrijfseconomische redenen kan worden gedacht aan de slechte financiële situatie van de werkgever, bedrijfsorganisatorische redenen, bedrijfsverhuizing, beëindiging van (een deel van) de bedrijfsactiviteiten en technologische veranderingen. Bij bedrijfseconomische redenen geldt het zogeheten afspiegelingsbeginsel.²⁵ Op grond van dit beginsel wordt bepaald welke werknemer binnen een categorie uitwisselbare functies voor ontslag wordt voorgedragen. Uitwisselbare functies zijn functies die naar functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden en vereiste competenties vergelijkbaar en naar niveau en beloning gelijkwaardig zijn.²⁶ Deze factoren dienen in onderlinge samenhang te worden beoordeeld. Om vast te stellen welke werknemer voor ontslag kan worden voorgedragen, worden de werknemers in leeftijdsgroepen opgedeeld. Door de verdeling in leeftijd wordt zoveel mogelijk geprobeerd de leeftijdsopbouw binnen een categorie uitwisselbare functies voor en na ontslag in verhouding gelijk te houden. Per leeftijdsgroep wordt de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag voorgedragen. Er zijn een aantal mogelijkheden om van het afspiegelingsbeginsel af te wijken, waaronder de situatie waarin een werknemer onmisbaar is.²⁷ Bij persoonlijke redenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst kan worden gedacht aan een verstoorde arbeidsrelatie, maar ook aan een situatie waarin de werknemer onvoldoende functioneert, nalatig is of verwijtbaar handelt.

Procesgang en doorlooptijd

Als de werkgever een ontslagaanvraag indient, moet hij aangeven om welke reden(en) de werknemer voor ontslag wordt voorgedragen. De werknemer wordt in de gelegenheid gesteld hiertegen verweer te voeren.²⁸ Dit wordt het beginsel van hoor- en wederhoor genoemd. Vervolgens kan de werkgever hierop, en daaropvolgend de werknemer, zijn zienswijze weergeven.²⁹ De aanvraag en eventueel de reacties van de werknemer en werkgever worden daarna ter advies voorgelegd aan een commissie, welke bestaat uit vertegenwoordigers van werknemers- en werkgeversorganisaties.³⁰ Het UWV beoordeelt uiteindelijk of het ontslagvoornemen redelijk is. Bij deze afweging worden de mogelijkheden en belangen van de werknemer en werkgever meegenomen, de zogeheten redelijkheidstoets.³¹ De behandeling van de ontslagaanvraag neemt in de regel vier tot zes weken in beslag.³² Evenwel moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de verschillende termijnen voor de werknemer en werkgever kunnen worden verlengd indien bijzondere omstandigheden dit noodzakelijk maken. Een voorbeeld hiervan is als advies wordt gevraagd aan een arbeidsdeskundige of als een onderzoek wordt ingesteld naar de arbeidsomstandigheden. De doorlooptijd wordt dan met enkele weken verlengd. Tegen de beslissing van het UWV is geen bezwaar of beroep mogelijk.³³ Krijgt de werkgever geen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, dan kan hij een nog ontbindingsprocedure starten. Krijgt de werkgever wel toestemming, dan dient hij daarbij een opzegtermijn in acht te nemen. De opzegtermijn is afhankelijk van de lengte van het dienstverband en hetgeen partijen in de arbeidsovereenkomst overeenkomen of bij cao is bepaald. Voor de werkgever bedraagt de wettelijk opzegtermijn tussen de één en vier maanden. Hiervan kunnen de werkgever en werknemer afwijken tot maximaal 12 maanden.³⁴ Neemt de werkgever de geldende opzegtermijn niet in acht of zegt hij op tegen een verkeerde dag, dan is sprake van een onregelmatige opzegging en is de werkgever schadeplichtig.³⁵ De rechter kan in een dergelijk geval een schadevergoeding toekennen.³⁶ Daarnaast kan de rechter de werkgever tot herstel

²⁴ Paragraaf 4 en 5 Ontslagbesluit en hoofdstuk 7-20, 25-29 en Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

²⁵ Artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit.

²⁶ Hoofdstuk 12 paragraaf 2 Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

²⁷ Artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit en hoofdstuk 18 Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

²⁸ Artikel 2:2 lid 1 Ontslagbesluit.

²⁹ Artikel 2:2 lid 2, artikel 2:3 lid 3 en artikel 2:4 Ontslagbesluit.

³⁰ Artikel 6 lid 4 BBA en artikel 2:5 Ontslagbesluit.

³¹ Artikel 3:1 Ontslagbesluit.

³² UWV WERKbedrijf, *Ontslag om bedrijfseconomische redenen. Informatie voor werkgevers en werknemers*, februari 2012, p. 5.

³³ Artikel 6 lid 10 BBA.

³⁴ Artikel 7:672 lid 2 en 4-8 BW.

³⁵ Artikel 7:677 lid 2 BW.

³⁶ Artikel 7:677 lid 4 en 7:680 BW.

van de arbeidsovereenkomst veroordelen.³⁷ Dit betekent, dat de werkgever onder dezelfde voorwaarden als de opgezegde arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst met de werknemer moet sluiten. Van de verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden afgeweken door in plaats daarvan de werkgever de arbeidsovereenkomst af te laten kopen.³⁸ De vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld en de hoogte is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.³⁹

Kennelijk onredelijk ontslag

Het UWV heeft niet de mogelijkheid een vergoeding toe te kennen aan de werknemer. Bij opzegging kan de werknemer enkel de rechter verzoeken een schadevergoeding toe te kennen op grond van kennelijk onredelijkheid.⁴⁰ Met het woord 'kennelijk' werd beoogd, dat de rechter het ontslag marginaal toetst: voor ieder weldenkend mens moet duidelijk zijn dat de opzegging onredelijk is. In de praktijk zijn de rechters overgegaan tot een vollere toets van de onredelijkheid.

De kennelijk onredelijkheid kan betrekking hebben op de reden, de wijze en de gevolgen van de opzegging. In de wet worden een aantal omstandigheden genoemd die tot kennelijk onredelijkheid kunnen leiden.⁴¹ Bijvoorbeeld als de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn ten opzichte van de werkgever, mede gelet op de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander (passend) werk te vinden. Dit wordt het gevolgcriterium genoemd. De opzegging is niet per definitie kennelijk onredelijk als zich een in de wet omschreven omstandigheid voordoet. De kantonrechter stelt de kennelijk onredelijkheid van de opzegging vast na een belangenafweging. Hij kijkt naar alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag of die op dat moment konden worden voorzien. Bij zijn beoordeling gebruikt de rechter een aantal richtlijnen, hetgeen de gezichtspuntencatalogus wordt genoemd.⁴² Hij kijkt onder meer naar de noodzaak voor de werkgever het dienstverband te beëindigen, de leeftijd van de werknemer, de duur van de arbeidsovereenkomst, de kans van de werknemer op het vinden van een nieuwe baan en de financiële positie waarin de werknemer bij ontslag is komen te verkeren. Een hoge leeftijd van de werknemer, een langdurig dienstverband en een waarschijnlijk langdurige of blijvende werkloosheid kunnen ertoe leiden dat de rechter oordeelt dat de werknemer een ontslagvergoeding behoort te krijgen. Als de rechter oordeelt dat een vergoeding op zijn plaats is en de werkgever dit heeft nagelaten, dan is de opzegging kennelijk onredelijk en moet de werkgever een schadevergoeding betalen. De werknemer draagt in beginsel de bewijslast voor zijn stellingen omtrent de kennelijk onredelijkheid van de opzegging.⁴³

Zoals aangegeven kan de rechter een schadevergoeding toekennen. Dit betekent, dat de werknemer door de opzegging enige schade moet hebben geleden, welke moet worden begroot. De begroting dient zoveel mogelijk aan te sluiten op de werkelijk door de werknemer geleden en nog te lijden schade. De omvang van de vergoeding hangt samen met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen en daaruit volgende consequenties voor de werknemer.⁴⁴ Bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding wordt gebruik gemaakt van verschillende in de rechtspraak tot stand gekomen richtlijnen.⁴⁵ De schadevergoeding dient ertoe de werknemer een zekere mate van genoegdoening te bieden. Hierdoor heeft de rechter een grote beslissingsvrijheid om op

³⁷ Artikel 7:682 lid 1 BW.

³⁸ Artikel 7:682 lid 3 en 4 BW.

³⁹ Artikel 7:682 lid 4 BW.

⁴⁰ Artikel 7:681 lid 1 BW.

⁴¹ Artikel 7:681 lid 2 en 3 BW. Deze opsomming is niet limitatief.

⁴² Voor een overzicht hiervan kan ook worden gekeken naar: S. de Lange & M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *TAP* september 2011, p. 213 voetnoot 6.

⁴³ Artikel 150 Rv.

⁴⁴ G.J.J. Heerma van Voss & J.J.M. de Laat, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA*, afl. 5, mei 2010, p. 18-19.

⁴⁵ Voor een overzicht hiervan: S. de Lange & M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* september 2012, p. 238-239.

grond van alle omstandigheden van het geval de schadevergoeding vast te stellen. Naast de mogelijkheid tot het toekennen van een schadevergoeding kan de rechter, voor zover dit is gevorderd door de werknemer, de werkgever die kennelijk onredelijkheid opzegt de arbeidsovereenkomst laten herstellen.⁴⁶ De rechter kan ook bepalen dat in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst de werkgever een door hem vastgestelde afkoopsom dient te betalen. Daarbij kan de rechter een voorziening treffen voor de onderbroken periode.⁴⁷ Hij kan de werkgever veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens gederfde inkomsten of hij kan de werkgever veroordelen tot het aanvullen van een eventueel ontvangen WW-uitkering. De werkgever en werknemer kunnen beiden tegen de beslissing van de rechter in hoger beroep en cassatie gaan.

2.3.2 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Naast opzegging kan de werkgever ook de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁴⁸ De kantonrechter dient zich bij een dergelijk verzoek ervan te verzekeren dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van enig opzegverbod. Hoewel het opzegverbod niet geldt in een ontbindingsprocedure, houdt de rechter hier wel rekening mee. Houdt het verzoek verband met een opzegverbod, dan zal de kantonrechter het ontbindingsverzoek afwijzen, tenzij zich omstandigheden voordoen die een gewichtige reden vormen.⁴⁹ De kantonrechter dient zich er tevens van te verzekeren dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met een voorgenomen collectief ontslag.⁵⁰ Houdt het verzoek hiermee verband, dan dient de kantonrechter zich er van te verzekeren dat bij het verzoekschrift een schriftelijke verklaring is gevoegd van het UWV, waaruit blijkt dat aan de verplichting tot melding is voldaan, en een verklaring is gevoegd van de werkgever waaruit blijkt dat de belanghebbende vakbonden en de ondernemingsraad zijn geraadpleegd.

Ontslaggronden

De rechter kan op grond van een gewichtige reden, bestaande uit een dringende reden⁵¹ of een verandering in de omstandigheden, tot ontbinding overgaan.⁵² Kan de arbeidsovereenkomst naar billijkheid niet langer worden voortgezet, dan kan deze door ontbinding op korte termijn worden beëindigd. De rechter heeft een zekere vrijheid bij het vaststellen en het wegen van relevante feiten. Het is namelijk een oordeel naar billijkheid.

De wet omschrijft enkele gevallen waarin een dringende reden aanwezig kan worden geacht.⁵³ Voor de werkgever ligt een dringende reden in omstandigheden die de werknemer als persoon treffen: het gaat om daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die met zich meebrengen dat de arbeidsovereenkomst niet kan voortduren. Bijvoorbeeld als de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal. Bij de beoordeling van de rechter is niet doorslaggevend of de werknemer enig verwijt kan worden gemaakt. Een dringende reden kan ook een grond zijn voor ontslag op staande voet waarvoor de werkgever geen voorafgaande toestemming nodig heeft. Voor een geldig ontslag op staande voet moet voorts aan een aantal strenge eisen worden voldaan.⁵⁴ Bij ontbinding wegens een dringende reden geeft de rechter op korte termijn een oordeel over de geldigheid van de dringende reden. Bij ontslag op staande voet bestaat er meer onzekerheid, omdat een derde zich hier niet over uitlaat. De werkgever kan in een dergelijk geval dan ook ontbinding verzoeken voor zover vereist. Onder een verandering in de omstandigheden kunnen verschillende omstandigheden worden aangedragen. Enkele voorbeelden zijn het disfunctioneren van de werknemer, bedrijfseconomische of organisatorische redenen, een verstoorde arbeidsverhouding en het wegvallen van onderling vertrouwen.⁵⁵ De verstoorde

⁴⁶ Artikel 7:682 lid 1 BW.

⁴⁷ Artikel 7:682 lid 2 BW.

⁴⁸ Artikel 7:685 lid 1 BW.

⁴⁹ *Kamerstukken I* 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 15.

⁵⁰ Artikel 6a WMCO.

⁵¹ Als in artikel 7:677 lid 1 BW.

⁵² Artikel 7:685 lid 2 BW.

⁵³ De voorbeelden in artikel 7:678 en 7:679 BW die kunnen leiden tot een dringende reden zijn niet limitatief.

⁵⁴ Artikel 7:677 lid 1 BW.

⁵⁵ Vgl. P.G. Vestering in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: SDU Uitgeverij 2009, p.969-972.

arbeidsverhouding of het wegvallen van onderling vertrouwen wordt veelal als ‘kapstok’ gebruikt voor verschillende omstandigheden die kunnen leiden tot ontbinding. De rechter zal op deze grond ontbinden als hij van mening is dat arbeidsverhouding zodanig is verstoord dat partijen deze niet vruchtbaar kunnen voortzetten. Voor de werknemer kan dit nadelig zijn als aan hem de verstoorde verhouding niet te wijten valt. De kantonrechter kan bij het toekennen en begroten van een ontslagvergoeding rekening houden met een eventuele verwijtbaarheid. De werkgever dient bij ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen ook op grond van het afspiegelingsbeginsel een werknemer voor ontslag voor te dragen. De werknemer kan tijdens een door de werkgever gestarte opzeggingsprocedure ook een ontbindingsprocedure starten. Hij dient in een dergelijk geval aannemelijk te maken dat sprake is van een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst nog eerder dient te eindigen dan waartegen is/wordt opgezegd.⁵⁶ In de praktijk bestaat onduidelijkheid over de vraag of de ontslagen werknemer in dat geval aanspraak kan maken op een vergoeding en of deze vergoeding dan wordt begroot op grond van kennelijk onredelijkheid of naar billijkheid.⁵⁷

Ontslagvergoeding

De kantonrechter kan een ontslagvergoeding toekennen indien het ontbindingsverzoek wordt toegewezen wegens veranderingen in de omstandigheden en hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.⁵⁸ De kantonrechter is hiertoe niet verplicht. De vergoeding wordt begroot aan de hand van de zogeheten kantonrechtersformule. Deze formule bestaat uit een drietal factoren die worden gebruikt als maatstaven bij het vaststellen van een billijke vergoeding. Bepalende factoren zijn het aantal dienstjaren waarbij de leeftijd van de werknemer een rol speelt (factor A), het bruto maandsalaris en andere looncomponenten (factor B) en eventueel de mate van verwijtbaarheid (factor C). Factor C drukt de beoordeling van de omstandigheden van het geval uit. De arbeidsmarktpositie van de werknemer kan hier bijvoorbeeld in worden meegenomen. De kantonrechtersformule mag niet worden gebruikt bij de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.⁵⁹

Procesgang en doorlooptijd

De werkgever dient een verzoekschrift tot ontbinding in waartegen de werknemer verweer mag voeren. Hierna wordt er een mondelinge behandeling van het verzoek door de kantonrechter ingepland. Tijdens deze behandeling krijgen partijen beiden de gelegenheid hun zienswijze op de gebeurtenissen te weergeven. De termijn tussen de binnenkomst van het ontbindingsverzoek en beschikking van rechter is in beginsel acht weken.⁶⁰ Bijzondere omstandigheden zoals een aanhouding in verband met onderhandelingen tussen werkgever en werknemer kunnen tot een langere behandeling van het verzoek leiden. De bijzondere omstandigheden wordt door de rechter beoordeeld. De werkgever en de werknemer dienen hun stellingen omtrent de ontbinding door middel van schriftelijke stukken en een mondelinge toelichting ‘voldoende aannemelijk’ te maken.⁶¹ Voordat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, stelt hij de werkgever en werknemer op de hoogte van zijn beslissing en kan de werkgever zijn verzoek nog intrekken.⁶² Kent de rechter het verzoek toe, dan bepaalt hij het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.⁶³ Dit zal op korte termijn zijn, omdat aan het ontbindingsverzoek een reden ten grondslag ligt die dat verlangt. In beginsel worden de proceskosten gelijk gedragen door partijen, maar de rechter kan bij een ontbindingsprocedure een partij in de proceskosten veroordelen. Zowel de werknemer als de werkgever kunnen niet in hoger beroep of cassatie tegen de ontbindingsbeschikking.⁶⁴

⁵⁶ Hoge Raad 11 december 2009, *LJN* BJ9069.

⁵⁷ G.J.J. Heerma van Voss & J. van Slooten, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJ*, afl. 15, 16 april 2010, p. 949

⁵⁸ Artikel 7:685 lid 8 BW.

⁵⁹ Hoge Raad 27 november 2009, *LJN* BJ6596 en Hoge Raad 12 februari 2010, *LJN* BK4472.

⁶⁰ Is een streeftermijn. Zie Aanbevelingen Kring van Kantonrechters oktober 2008, p. 1.

⁶¹ D.M.A. Bij de Vaate, ‘Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 2: het bewijsrecht’, *ARBAC* 2012-8, p. 1.

⁶² Artikel 7:685 lid 9 BW.

⁶³ Artikel 7:685 lid 7 BW.

⁶⁴ Artikel 7:685 lid 11 BW.

2.3.3 Opzegging vs. ontbinding

Het bijzondere aan het huidige stelsel is, dat binnen de ene procedure een bestuursorgaan het ontslagvoornemen toetst en binnen de andere procedure een rechter het voornemen toetst. De procedures hebben ieder hun eigen regels, hetgeen in de praktijk voor een aantal verschillen zorgt. Wordt de geldende opzegtermijn niet in acht genomen, dan kan er procedure worden gevoerd wegens schadeplichtigheid. Indien de opzegging kennelijk onredelijk is kan er nog een schadevergoeding bij de rechter gevorderd worden. Tegen deze beslissing staat hoger beroep en cassatie open. De korte doorlooptijd bij ontbinding houdt mede verband met het gegeven dat geen hoger beroep tegen de beschikking openstaat. De omstandigheden bij ontbinding verlangen een spoedige beslissing van de rechter. Voorts kan de kantonrechter, in tegenstelling tot het UWV, in bepaalde gevallen wel een vergoeding toekennen. Daarbij kan bij een kennelijk onredelijke opzegging een schadevergoeding wordt toegekend, terwijl bij ontbinding een vergoeding naar billijkheid wordt vastgesteld. De vergoeding naar billijkheid is hoger dan de schadevergoeding. Ondanks deze verschillen bevat het huidige ontslagrecht twee belangrijke waarborgen voor de werknemer. In de eerste plaats het voort laten bestaan van de dienstbetrekking voor de werknemer door middel van een preventieve toetsing van het ontslag door een derde. Wordt toestemming verleend voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, dan dient de werkgever een opzegtermijn in acht te nemen waarover hij loon moet uit betalen. In de tweede plaats kan de kantonrechter een ontslagvergoeding toekennen als compensatie voor het ontslag.

2.4 Werkloosheidsuitkering

Is de werknemer ontslagen, dan kan hij onder bepaalde omstandigheden in aanmerking komen voor werkloosheidsuitkering.⁶⁵ Zo dient de werknemer in de 36 weken voorafgaand aan zijn werkloosheid ten minste 26 weken arbeid te hebben verricht. De duur varieert tussen drie en 38 maanden en is afhankelijk van het aantal jaren dat de werknemer loon heeft ontvangen.⁶⁶ De uitkering is bedoeld om het inkomensverlies tussen twee banen op te vangen. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van dagloon uit de vervallen dienstbetrekking en mag niet hoger zijn dan het bij wet vastgestelde maximum dagloon.⁶⁷ De werknemer ontvangt de eerste twee maanden 75 procent van het dagloon. Daarna ontvangt hij 70 procent van het geldende dagloon.

2.5 Rol van de sociale partners

Binnen het ontslagrecht spelen werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties, samen ook wel de sociale partners genoemd, een belangrijke rol. Zij hebben de bevoegdheid om samen afspraken te maken omtrent arbeidsvoorwaarden en deze vast te leggen in een cao, zolang deze niet in strijd zijn met in de wet vastgelegde rechten en verplichtingen. Bij het sluiten van een individuele arbeidsovereenkomst dienen de bij de cao betrokken/gebonden partijen de cao-afspraken in acht te nemen. Voorts hebben de sociale partners de mogelijkheid een sociaal plan af te sluiten. In dit plan worden onder meer de gevolgen voor werknemers bij beëindiging van onderneming van de werkgever geregeld en afspraken gemaakt over het toekennen van een vergoeding bij ontslag. De sociale partners verschaffen een bepaalde rechtszekerheid door het maken van deze afspraken en plannen. Ook proberen zij, net als de wetgever, te zorgen voor een evenwicht tussen de werknemer en werkgever. De wetgever voorziet in een minimumbescherming, bij cao kunnen aanvullende, gunstigere bepalingen worden overeengekomen. Hierdoor hebben de sociale partners de sleutel in handen voor het feitelijke ontslagrecht.⁶⁸ Dat de sociale partners een belangrijke rol vervullen, volgt onder meer uit het gegeven dat op dit moment acht op de tien werknemers onder een cao vallen.⁶⁹

⁶⁵ Artikel 15-21 WW.

⁶⁶ Artikel 42 lid 1 en 2 WW.

⁶⁷ Artikel 45-47 WW.

⁶⁸ W.J.P.M. Fase, 'Afscheid van het huidige ontslagrecht', SMA 2000, nr. 11/12, p. 491.

⁶⁹ <www.fnv.nl> geraadpleegd op 18 oktober 2012.

3. De noodzaak tot hervorming van het ontslagrecht

De discussie over de inrichting van het Nederlandse ontslagrecht duurt al tientallen jaren voort.⁷⁰ Tot op de dag van vandaag hebben economen, onderzoekers, wetenschappers, hoogleraren, juristen, advocaten, rechters en sociale partners een verschil van mening over de noodzaak tot hervorming en de (nieuwe) vormgeving van het Nederlandse ontslagstelsel. Deze discussie is recent weer voortgezet door het Begrotingsakkoord 2013,⁷¹ de daaropvolgende Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW van 18 juni 2012 (hierna: de Hoofddlijnennotitie) dat in grote lijnen overeen met het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het ontslagrecht van het voormalig Tweede Kamerlid Koser Kaya van 1 juli 2011 (hierna: het wetsvoorstel)⁷² en het Regeerakkoord van de VVD en de PvdA 'Bruggen slaan' (hierna: het Regeerakkoord).

Er worden verschillende redenen aangevoerd voor hervorming van het ontslagrecht. Deze redenen hebben zowel een economische als een juridische invalshoek. In dit hoofdstuk wordt vanuit deze twee invalshoeken beschreven om welke redenen versoepeling van het ontslagrecht nodig wordt geacht. Tevens wordt stil gestaan bij de kritiek op de aangevoerde redenen.

3.1 Economische redenen

Versoepeling van het ontslagrecht wordt nodig geacht om de werking van de arbeidsmarkt te versterken. Kamp voert namens de bij het Begrotingsakkoord 2013 betrokken partijen aan, dat de Nederlandse arbeidsmarkt op het gebied van arbeidsmobiliteit tekortschiet en dan met name voor oudere werknemers.⁷³ De huidige ontslagbescherming voor werknemers met een vast contract -in het bijzonder de (hoge) ontslagvergoeding die gekoppeld is aan de lengte van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer- zou de mate waarin zij van baan veranderen in de weg staan en daardoor de lengte van het dienstverband bij één werkgever bevorderen.⁷⁴

Daarnaast wordt aangevoerd, dat werkgevers door het huidige niveau van ontslagbescherming minder vaak bereid zijn werknemers voor onbepaalde tijd in dienst te nemen. Uit cijfers van het UWV volgt, dat in 2011 slechts tweeduizend werknemers op grond van een vast contract werkzaam zijn geworden.⁷⁵ Volgens Koser Kaya en Kamp zijn werkgevers hiertoe minder bereid vanwege de onzekerheid omtrent het kunnen beëindigen van een vast dienstverband en de hoge ontslagkosten die gepaard gaan met de beëindiging van deze dienstbetrekking.⁷⁶ Het resultaat hiervan is een onrechtvaardige tweedeling tussen werknemers met een vast contract, de zogenaamde insiders, en werknemers die streven naar een vast contract, de zogenaamde outsiders. Outsiders blijven in het huidige stelsel outsiders en genieten minder ontslagbescherming dan insiders. De gedachte van Kamp is, dat als de ontslagbescherming van vaste contracten verminderd wordt, de drempel die er nu is om een vast dienstverband aan te bieden lager wordt.⁷⁷ Rutte en Samson betogen, dat de verschillen tussen flexibel en vast werk moeten worden verkleind en dat werknemers met een flexibele arbeidsrelatie betere bescherming verdienen.⁷⁸

Kamp voert verder aan, dat er onvoldoende aan activering en omscholing wordt gedaan bij ontslag.⁷⁹ De ontslagvergoeding is niet gericht op activering en het vinden van nieuw werk. De

⁷⁰ Eén van eerste punten van kritiek kwam van de Stichting van de Arbeid in 1947 (*Advies uitgebracht door het bestuur van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Justitie, Herziening van het ontslagrecht*, Den Haag: STvda 1947).

⁷¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 280, nr. 1, bijlage 2.

⁷² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 1 en 2.

⁷³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 280, nr. 1, bijlage 2, p. 18.

⁷⁴ Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, 18 juni 2012, p. 1 en 3 (te raadplegen via <www.rijksoverheid.nl> laatstelijk geraadpleegd op 07 januari 2013) verder te noemen: Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW.

⁷⁵ J. Seegers, 'Aantal vaste contracten nieuw personeel met 97 procent gedaald' 7 maart 2012, *NRC Handelsblad* 7 maart 2012 (te raadplegen via <www.nrc.nl> laatstelijk geraadpleegd op 1 november 2012).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 10 en Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 3-4.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 410, p. 29 en Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 4.

⁷⁸ Regeerakkoord VVD en PvdA, 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, p. 2 en 34.

⁷⁹ Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 3.

vergoeding wordt naast een eventuele werkloosheidsuitkering aangewend als inkomensvoorziening. Dit zou werklozen afremmen actief te zoeken naar een nieuwe baan. Daarbij zouden werkgevers minder bereid zijn te investeren in de scholing van een werknemer als er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is, omdat de terugverdientijd dan vaak niet lang genoeg is.⁸⁰ Rutte en Samsom vullen dit onderwerp aan en stellen meer in het algemeen, dat een snelle doorstroming van baan naar baan, met een zo kort mogelijk tussenperiode waarbij een beroep gedaan wordt op een uitkering, voor iedereen wenselijk is.⁸¹ Op de aandacht voor activering en scholing wordt door de respondenten positief gereageerd.⁸²

Voorts wordt aangevoerd dat oudere werknemers moeilijk een nieuwe baan vinden als zij werkloos zijn geworden.⁸³ Dit gegeven wordt ondersteund door cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS).⁸⁴ Niet alleen voor oudere werknemers, maar voor werknemers in het algemeen zou het makkelijker moeten worden door te stromen naar een nieuwe baan.⁸⁵ De werkloosheid onder jongeren is namelijk de afgelopen maanden steeds meer toegenomen.⁸⁶ Vanaf welke leeftijd personen onder de categorie 'ouderen' worden geschaard, volgt overigens niet uit (de memorie bij) het wetsvoorstel, de Hoofdpijnennotitie of het Regeerakkoord. Door het CBS wordt aangenomen dat het gaat om personen van 45 jaar en ouder.⁸⁷

3.2 Kritiek op de aangevoerde economische redenen

Vanuit de economische invalshoek wordt aangevoerd dat het niet zo slecht is gesteld met de Nederlandse arbeidsmarkt als Kamp doet vermoeden. De Nederlandse arbeidsmarkt zit niet op slot en is onder meer zeer flexibel door de verschillende mogelijkheden tijdelijke contracten aan te bieden en uitzendkrachten in te schakelen.⁸⁸

Dat er onzekerheid onder werkgevers bestaat om een vast dienstverband te kunnen beëindigen, verdient enige nuance. Volgens cijfers van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid omtrent het aantal ontslagaanvragen van 2007 en 2009, wordt 8 procent van de aanvragen door het UWV geweigerd.⁸⁹ Uit cijfers van IVA beleidsonderzoek en advies blijkt dat in de periode 2003 tot 2008 door de kantonrechter 16 procent van de ontbindingsverzoeken is afgewezen.⁹⁰ Ook uit statistieken van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: de OECD) van 2011 volgt dat Nederland gemiddeld scoort op Employment Protection strictness.⁹¹ Uit deze statistieken volgt overigens dat landen die op de striktheid van ontslagbescherming lager scoren dan Nederland een hoger werkloosheidspercentage hebben en landen die hoger scoren een lager werkloosheidspercentage hebben. Dat de ontslagbescherming de grootste belemmering vormt voor werkgevers om een werknemer voor onbepaalde tijd in dienst te nemen, wordt betwist. De voornaamste reden zou zijn gelegen in de loondoorbetalingsplicht bij ziekte.⁹² Daarbij zou

⁸⁰ Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 4.

⁸¹ Regeerakkoord VVD en PvdA, 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, p. 33.

⁸² Bijlage I, p. 3; Bijlage II, p. 6 en Bijlage III, p. 10.

⁸³ Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 1 en Regeerakkoord VVD en PvdA, 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, p. 33.

⁸⁴ CBS, *Werkhervattingkansen na instroom WW: leeftijd is niet het enige dat telt*, Den Haag, januari 2012, p. 5 en 17.

⁸⁵ Verkiezingsprogramma Partij van de Arbeid, 'Nederland sterker en socialer', 2012.

⁸⁶ CBS, 'Opnieuw meer werklozen', PB12-058, 18 oktober 2012, p. 5.

⁸⁷ CBS, *Arbeidsmarktpositie van ouderen (45 tot 65 jaar) in 2006-2009*, CBS: Den Haag/Heerlen, 2010.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 410, p. 17, 32 en W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 1.

⁸⁹ *Rapport van het CWI aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Ontslagstatistiek Jaarrapportage 2007*, april 2008, p. 4 en *Rapport van het UWV aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Ontslagstatistiek Jaarrapportage 2009*, juni 2010, p. 3.

⁹⁰ IVA beleidsonderzoek en advies, *Ontslagzaken via de kantonrechter periode 2003 - 2008*, Tilburg, september 2009, p. 21.

⁹¹ OECD (2011), *OECD Employment Outlook 2011*, OECD Publishing.

⁹² W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 3 en *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 410, p. 18-20.

de voornaamste reden voor werknemers om niet van baan te wisselen verband houden met de onzekerheid van een tijdelijk contract, waar men steeds meer mee wordt geconfronteerd.⁹³

Advocate Sick betwijfelt dat er sprake is van een onrechtvaardige tweedeling tussen insiders en outsiders.⁹⁴ Zij wijst op het aantal werknemers met een tijdelijke contract, dat tussen de zeven en 21 procent van de beroepsbevolking bedraagt. Daarbij zou niet iedere werknemer streven naar een vast dienstverband. Kantonrechter De Laat stelt dat er wel degelijk sprake is van een tweedeling.⁹⁵ Weinig personen krijgen nog een vast contract aangeboden. Dat door versoepeling van het ontslagrecht meer vaste contracten worden aangeboden, kan uit geen enkel bestaand onderzoek worden geconcludeerd.

De meningen zijn verdeeld over de effecten van ontslagbescherming op variabelen als werkloosheid, werkgelegenheid, arbeidsmobiliteit, arbeidsproductiviteit, welvaartswinst en dynamiek van de arbeidsmarkt.⁹⁶ Er zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd, maar uit de resultaten valt geen eenduidige conclusie te trekken.

3.3 Juridische redenen

Vanuit de juridische invalshoek wordt aangevoerd, dat de twee verschillende routes voor ontslag in het huidige stelsel, met ieder hun eigen regels, zorgen voor ongelijke behandeling van werknemers in soortgelijke gevallen.⁹⁷ De twee routes verschillen in doorlooptijd, procesgang en vergoedingen (zie paragraaf 2.3.3). Bovendien wordt de uiteindelijke route voor ontslag bepaald door de werkgever, wat zorgt voor willekeur en ongelijkheid in de hand werkt. Deze ongelijkheid wordt door verschillende hoogleraren, onderzoekers, advocaten, rechters en de vakbonden erkend en onwenselijk geacht.⁹⁸ Koser Kaya voert omtrent deze rechtsongelijkheid aan, dat de ontbindingsprocedure is gericht op een spoedige beslissing in één instantie, terwijl de beoordeling van kennelijk onredelijk ontslag plaatsvindt binnen een 'gewone procedure'.⁹⁹ Bij een 'gewone procedure' zijn de regels van het bewijsrecht van toepassing en wordt de hoogte van de vergoeding door de rechter vastgesteld aan de hand van door hem vast te stellen feiten en na afweging van omstandigheden zijdens de werkgever en werknemer. Tegen dit oordeel staat nog hoger beroep en cassatie open. Kamp voert daarbij terecht aan, dat slechts een beperkt aantal werknemers in het huidige stelsel een vergoeding krijgen.¹⁰⁰ De kans dat een werknemer bij ontslag een vergoeding krijgt van de rechter is bij de ontbindingsprocedure groter en de vergoeding is over het algemeen ook hoger bij deze procedure.¹⁰¹ Veelal lager opgeleiden worden via de opzeggingsprocedure ontslagen, terwijl veelal hoger opgeleiden via de ontbindingsprocedure worden ontslagen en een hogere vergoeding mee (kunnen) krijgen.¹⁰² Voorts wordt terecht gesteld, dat het ontslagrecht voor

⁹³ R. van Kalmthout, *Issuemonitor Q2 2012 Duurzame Inzetbaarheid, Een monitoronderzoek naar de beleving van het beleid en de communicatie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, Amsterdam: Veldkamp, 2012, tabel 12.

⁹⁴ P.Th. Sick, 'Het ontslagstelsel volgens Koser Kaya: oude wijn, met een slecht etiket', *TRA*, afl. 4, april 2012, p. 3-4.

⁹⁵ Bijlage II, p. 7.

⁹⁶ CPB, *Employment Protection Legislation, Lessons from theoretical and empirical studies for the Dutch case*, Den Haag, 28 november 2006, p. 81; R. Dekker & A. Kleinknecht, 'Flexibel werk schaadt groei arbeidsproductiviteit', *ESB* april 2008, p. 56-60; A. Kleinknecht, C.W.M. Naastepad & S. Storm, 'Het nut van ontslagbescherming', *Socialisme & Democratie* 2012-3, p. 23-27; W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2008, p. 5-6; OECD, *OECD Employment Outlook 2011*, OECD Publishing 2011, p. 98 en 131; *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 411, p. 18, 25-29, *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 410, p. 24 en 25 en *Rapport van de Commissie Duaal Ontslagstelsel voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Justitie, Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: november 2000, p. 45-51.

⁹⁷ Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 5 en *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 1, 5-7

⁹⁸ W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 4; *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 411, p. 34, 36, 44 en 45; M. Koster & S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* september 2012, p. 253; G.C. Boot, 'Wat doen we de werknemer aan', *Het Parool* 17 augustus 2012, p. 21; Bijlage I, p. 3 en Bijlage II, p. 6 en 7.

⁹⁹ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 4-5 met een verwijzing naar het arrest Van de Grijp/Stam.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, 29 544, nr. 410, p. 32.

¹⁰¹ L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2010, p. 14-15; W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2008, p. 27 en P. Kruit & C.J. Loonstra, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2010: the year after', *Arbeidsrech* 2011-25, 5, mei 2011, p. 20.

¹⁰² L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2010, p. 22.

een groot deel van de werknemers en werkgevers, als gevolg van de verschillende routes met ieder hun eigen regels, onoverzichtelijk en complex is.¹⁰³ Het huidige ontslag op staande voet wordt als voorbeeld genomen. Voor (een geldig) ontslag op staande voet is een dringende reden nodig. Over deze reden valt vanuit verschillende perspectieven te discussiëren, wat kan leiden tot verschillende procedures. De werkgever kan een voorwaardelijke ontbindingsprocedure starten voor het geval het gegeven ontslag niet overeind blijft. De werknemer kan dan als tegenzet weer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten.

Koser Kaya veronderstelt dat het huidige ontslagstelsel uitnodigt en leidt tot juridisering van de arbeidsverhoudingen.¹⁰⁴ Waar Koser Kaya op doelt, volgt niet precies uit de tekst van de Memorie van Toelichting. Meer algemeen kan het worden gezien als de toenemende arbeidsrechtelijke regelgeving, regelgeving die in de praktijk regelmatig leidt tot behoefte aan een nadere uitleg ervan, de toenemende mate waarin men zich beroept op regels en de daaropvolgende toenemende stroom van procedures. De complexiteit van het huidige stelsel zit volgens de Raad voor de Rechtspraak mede in het open karakter van de thans geldende normen bij beoordeling van het ontslag of van de vergoeding, evenals in de diversiteit aan details die van belang kunnen zijn bij beoordeling van het ontslag of de vergoeding.¹⁰⁵ De Raad ondersteunt hiermee in zekere zin de stelling omtrent juridisering.

Door Koser Kaya wordt vervolgens aangevoerd dat de verschillende ontslagprocedures twijfelachtig zijn in relatie tot artikel 6 EVRM.¹⁰⁶ De opzeggingsprocedure is volgens haar in strijd met het beginsel 'recht op een eerlijk proces', omdat het UWV geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie als bedoeld in het EVRM is. Onderzoekster en docente Bij de Vaate stelt dat, los van eventuele andere gebreken¹⁰⁷, de opzeggingsprocedure om deze reden op zichzelf niet voldoet aan artikel 6 EVRM.¹⁰⁸ Bij de Vaate haalt in dit verband een arrest van het EHRM aan.¹⁰⁹ Hieruit volgt, dat niet wordt vereist dat bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen door het UWV (als bestuursorgaan) volledig wordt voldaan aan de eisen van artikel 6 EVRM. Er dient in een dergelijk geval wel een rechterlijke instantie te zijn die zelf aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, zodat deze het besluit van het UWV alsnog kan toetsen. De rechter beoordeelt thans niet alsnog het besluit van het UWV¹¹⁰, waardoor de werknemer geen volwaardige rechtsgang wordt geboden die voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM. Voorts wordt naar aanleiding van een onderzoek van de Nationale Ombudsman¹¹¹ gesteld dat de procedure bij het UWV (destijds CWI) niet eerlijk verloopt. De werknemer zou zich in een nadelige positie ten opzichte van de werkgever bevinden. Bij de werkgever zou wel nadere informatie worden opgevraagd, terwijl dit bij de werknemer niet gebeurt. Tevens zou het UWV de werkgever en de werknemer niet steeds in de gelegenheid stellen een mondelinge toelichting te geven op de zaak.

Koser Kaya is daarnaast sceptisch over de ontbindingsprocedure. De kantonrechter beoordeelt aan de hand van hetgeen hem aannemelijk voorkomt of de arbeidsovereenkomst behoort te eindigen en of billijkheidshalve een vergoeding behoort te worden toegekend. De ontbindingsbeschikking komt tot stand op basis van informatie die dikwijls onder grote tijdsdruk is verzameld. Of deze informatie overeenstemt met de werkelijkheid valt volgens Koser Kaya te betwisten. De rechter stelt rechten en verplichtingen vast, terwijl hij niet

¹⁰³ Hoofdlijnnotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 5; *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 1, 5-7; D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', *TAP* juli 2012, p. 195 en Bijlage II, p. 6 en 7.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 1-2.

¹⁰⁵ *Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor de leden van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake Hoofdlijnnotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, Den Haag: 27 juni 2012, p.1 (te raadplegen via <www.rechtspraak.nl>) laatstelijk geraadpleegd op 25 oktober 2012.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 1-5.

¹⁰⁷ Zie ook L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2010, p. 8-11.

¹⁰⁸ D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011-10, p. 49.

¹⁰⁹ EHRM 23 juni 1981, nr. 7299/75, 7496/76 (Albert and Le Compte/Belgium).

¹¹⁰ D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2011, 10, p. 57-61.

¹¹¹ *Onderzoeksrapport van de Nationale Ombudsman, Naar een eerlijke ontslagprocedure*, 21 november 2007.

beschikt over een mogelijkheid onderliggende feiten te onderzoeken¹¹² en zonder dat voor partijen hoger beroep en cassatie tegen de beschikking openstaat. Koser Kaya acht het aannemelijk dat het ontbreken van de regels van het bewijsrecht, de snelheid van de procedure, de behandeling van de procedure door één rechter en het appelverbod een strijd opleveren met artikel 6 EVRM.¹¹³

3.4 Kritiek op aangevoerde juridische redenen

De kantonrechter heeft wel degelijk de mogelijkheid om onderzoek te doen naar onderliggende feiten alvorens rechten en verplichtingen vast te stellen. Het bewijsrecht is in beginsel van toepassing op verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet.¹¹⁴ In het EVRM wordt het bewijsrecht niet uitdrukkelijk behandeld. Het EHRM heeft het leveren van bewijs gekoppeld aan het beginsel 'equality of arms', zoals dat voortvloeit uit het in artikel 6 EVRM gewaarborgde 'recht op een eerlijk proces' (zie paragraaf 2.2).

Bij de Vaate¹¹⁵ stelt, dat de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure zich tegen toepassing van een aantal bewijsrechtelijke voorschriften kan verzetten, indien toepassing van bepaalde voorschriften een spoedige beslissing in de weg staat. Zij stelt vervolgens dat, ondanks bepaalde bewijsrechtelijke voorschriften niet van toepassing kunnen zijn, de kantonrechter bij zijn beoordeling het 'equality of arms' beginsel in acht dient te nemen. Van een strijd met artikel 6 EVRM is volgens Bij de Vaate dan ook geen sprake.

Advocaat Alt¹¹⁶ sluit zich niet aan bij Bij de Vaate. Volgens advocaat Alt heeft zowel de wetgever als de Hoge Raad de bedoeling gehad om alle ontbindingsprocedures uit te zonderen van alle wettelijke bewijsregels. De ontbindingsprocedure voldoet volgens hem onder meer niet aan artikel 6 EVRM, omdat partijen geen ruimte wordt geboden stellingen te bewijzen door middel van getuigen of deskundigen. Alt vergelijkt de procedure met een kort geding en stelt: *"Een partij dient zijn stellingen bij gemotiveerde betwisting door de wederpartij aannemelijk te maken. Dit betekent dat wel de stelplicht onverkort geldt, maar de rechter vrijer is in de waardering van de bewijsmiddelen, zonder dat een rechter gehouden is een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod te honoreren."*¹¹⁷ Volgens Alt staat toepassing van het bewijsrecht het spoedeisende karakter van de ontbinding niet in de weg: als duidelijk is dat verhouding tussen partijen dusdanig verstoord is en deze niet meer valt te herstellen, kan bij tussenbeschikking de arbeidsovereenkomst ontbonden worden en een bewijsopdracht worden gegeven over bijvoorbeeld de hoogte van de vergoeding.

De Laat¹¹⁸ stelt ter zake de toepassing van het bewijsrecht op de ontbindingsprocedure dat de spoedeisende aard zich tegen hiertegen verzet en er om deze reden dus geen strijd is met de wet. Dit zou volgens hem slechts anders liggen als het Hof van Justitie bepaalt dat er sprake is van een strijd. Kantonrechter Boot vult zijn collega De Laat verder aan door te stellen dat in de ontbindingsprocedure niet de verplichting bestaat het volle bewijsrecht toe te passen.¹¹⁹

¹¹²Zie ook L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen) Kluwer:Deventer 2010, p.20-21.

¹¹³Zie ook H.J.W. Alt, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.', *ARBAC* 2012-11, p. 3 en 4; F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Deventer 2005, p. 53 en M. Kuijer & S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001-2, p 50-57.

¹¹⁴Artikel 284 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹⁵D.M.A. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 2: het bewijsrecht', *ARBAC* 2012-8, p. 3-4, 10-11, 19-20 en *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 157-158.

¹¹⁶H.J.W. Alt, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.', *ARBAC* 2012-11, p. 2-5.

¹¹⁷H.J.W. Alt, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.', *ARBAC* 2012-11, p. 3.

¹¹⁸Bijlage II, p. 6.

¹¹⁹G.C. Boot, *Reactie op Koser Kaya, Presentatie bijeenkomst Vereniging voor Arbeidsrecht d.d. 24 november 2011*, p. 3 (te raadplegen via <www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl> laatstelijk geraadpleegd op 5 november 2012).

Dat het appelverbod in strijd is met artikel 6 EVRM, is volgens Bij de Vaate eveneens onjuist.¹²⁰ De Hoge Raad heeft bepaald dat artikel 6 EVRM niet de waarborg van een recht op hoger beroep inhoudt.¹²¹ Vereist is wel dat tenminste één nationale rechterlijke instantie die voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM een zaak dient te behandelen.¹²² En in geval van 'fouten' door de kantonrechter kan het appelverbod worden doorbroken,¹²³ zoals bij schending van het 'equality of arms' beginsel.¹²⁴

Boot¹²⁵ stelt dat het ontbreken van beroepsmogelijkheid bij een ontbindingsprocedure bezwaarlijk kan zijn, omdat een kantonrechter zich ook kan vergissen. Partijen zijn uiteindelijk wel gebonden aan zijn beslissing. Voor de werknemer kan dit nadelig zijn als de kantonrechter geen of een lage vergoeding toekent bij ontbinding. Overigens heeft de werkgever, als partij die hoofdzakelijk een ontbindingsverzoek indient, de mogelijkheid dit verzoek in te trekken en kan op die manier een ontbinding (voorlopig) worden ontweken. Ondanks het appelverbod bezwaarlijk kan zijn, zorgt dit verbod er wel voor dat zowel de werknemer als de werkgever op korte termijn duidelijkheid hebben en niet verwickeld raken in een lange en kostbare procedure. De Laat geeft aan dat het uiteindelijk een afweging is tussen enerzijds een beroepsmogelijkheid en anderzijds duidelijkheid voor alle betrokken partijen, waarbij het laatste steeds weer zwaarder weegt.¹²⁶

¹²⁰ D.M.A. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 1: het rechtsmiddelenverbod', ARBAC2012-8, p. 2.

¹²¹ Onder meer in Hoge Raad 24 april 1992, NJ 1992, 672 en Hoge Raad 19 januari 2011, NJ 2011, 232.

¹²² EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80 (De Cubber/Belgium).

¹²³ Zoals in de Hoge Raad 12 maart 1982, NJ 1983, 181.

¹²⁴ D.M.A. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 2: het bewijsrecht', ARBAC 2012, 8, p. 20.

¹²⁵ G. Boot, *Reactie op Koser Kaya, Presentatie bijeenkomst Vereniging voor Arbeidsrecht d.d. 24 november 2011*, p. 3.

¹²⁶ Bijlage II, p. 6.

4. Het ‘nieuwe’ ontslagrecht

In dit hoofdstuk wordt eerst stilgestaan bij het doel van de maatregelen uit het wetsvoorstel, de Hoofdlijnennotitie en het Regeerakkoord. Vervolgens worden deze maatregelen inhoudelijk beschreven. De maatregelen leiden *mogelijk* tot een ‘nieuw’ ontslagrecht. Met hetgeen in dit hoofdstuk wordt beschreven, dient in acht te worden genomen dat deze maatregelen kunnen worden gewijzigd of zelfs geen doorgang kunnen vinden. Dit houdt mede verband met het nieuwe kabinet, de uitkomst van de gesprekken met de sociale partners, voorstellen die nog verder uitgewerkt worden en voorstellen die door de Tweede Kamer en vervolgens door de Eerste Kamer aangenomen moeten worden. Eerder werden voorstellen gedaan die vergelijkbaar zijn met de maatregelen genoemd in het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie.¹²⁷ Deze voorstellen hebben, onder meer door negatieve reacties van vakbonden en ontbrekende steun van partijen in de Kamers, geen doorgang gevonden.

4.1 Doel van de hervormingsmaatregelen¹²⁸

In het vorige hoofdstuk zijn een aantal redenen uiteengezet waaruit blijkt dat hervorming van het huidige ontslagrecht nodig wordt geacht. Met de maatregelen wordt beoogd om de rechtsongelijkheid en onoverzichtelijkheid tegen te gaan en het ontslagrecht te vereenvoudigen. Voorts wordt beoogd een juridisering van de arbeidsverhoudingen te voorkomen en doorstroom naar een nieuwe baan te bevorderen. In hoofdstuk 6, bij de conclusies, wordt uiteengezet of de maatregelen hieraan tegemoet komen.

4.2 Wetsvoorstel van Koser Kaya¹²⁹

Samengevat omvat het wetsvoorstel maatregelen omtrent de te volgen ontslagprocedure, de te gelden ontslaggronden, de mogelijkheden voor de werknemer zich tegen het ontslag te verzetten en de werkloosheidsuitkering. Daarbij wordt voorgesteld de werknemer eerder in vaste dienst te nemen door een aanpassing van de reeks van arbeidsovereenkomsten.

4.2.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

De hoofdroute voor het eenzijdig beëindigen van een arbeidsovereenkomst is het opzeggen van die arbeidsovereenkomst. Enkel indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder dat deze voorziet in tussentijdse opzeggingsmogelijkheid of indien een opzegverbod van toepassing is, dient de huidige ontbindingsprocedure gevolgd te worden. Het algemeen opzegverbod komt te vervallen, zodat een werkgever geen toestemming meer hoeft te krijgen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De preventieve toetsing van het ontslag door het UWV komt derhalve te vervallen. De werkgever hoeft de werknemer bij opzegging van de arbeidsovereenkomst geen ontslagvergoeding mee te geven. Koser Kaya stelt voorts voor om de rechter het ontslag achteraf te laten toetsen, dus nadat de arbeidsovereenkomst is opgezegd. Dit wordt een repressieve toetsing van het ontslag genoemd.

Hoorplicht

Daar staat tegenover dat een werkgever voorafgaand aan de opzegging de werknemer dient te horen. Dit wordt omschreven als de hoorplicht. De werkgever deelt schriftelijk aan de werknemer mede dat hij voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen en om welke reden(en) hij dat wenst te doen. De werknemer kan hierop vervolgens schriftelijk of mondeling zijn zienswijze kenbaar maken. Besluit de werknemer zijn zienswijze mondeling kenbaar te maken, dan dient de werkgever hier een gelegenheid voor te bieden en van het gesprek een verslag te maken. Laat de werkgever het voorgaande na, dan is de opzegging vernietigbaar. Het is onduidelijk welke waarborgen in acht worden genomen bij deze hoorplicht.

¹²⁷ *Rapport van de Commissie Duaal Ontslagstelsel voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Justitie, Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: november 2000, p. 45-51; *Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid van 3 juli 2007*, AV/IR/2007/230 64 en Adviescommissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 1-2; Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 5 en Regeerakkoord VVD en PvdA, ‘Bruggen slaan’, 29 oktober 2012, p. 34-35.

¹²⁹ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 2 en *Kamerstukken II 2011/12*, 33 075, nr. 3, p. 10-17, 25-30.

De werkgever heeft voorts een hoorplicht bij een ontslag op staande voet. Enkel bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst gedurende de proeftijd geldt geen hoorplicht. Voor de werknemer geldt in het geheel geen hoorplicht. De werknemer dient op verzoek van de werkgever de reden van opzegging schriftelijk mede te delen.¹³⁰

Opzegtermijn en opzegverbod

De huidige wettelijke bepalingen omtrent de opzegtermijn blijft ongewijzigd. In het huidige stelsel wordt de opzegtermijn met één maand verkort ingeval de werkgever toestemming van het UWV heeft om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Deze regeling komt te vervallen. De regels omtrent de contractuele opzegtermijn worden evenwel vereenvoudigd. Bij cao kan naar eigen inzicht een opzegtermijn voor de werknemer en de werkgever worden overeengekomen. Neemt de werkgever de geldende opzegtermijn niet in acht of wordt er opgezegd tegen een verkeerde dag, dan is de werkgever nog steeds schadeplichtig. De bijzondere opzegverboden bleven tevens van kracht. Uit het wetsvoorstel volgt niet welke sanctie op het overtreden van een opzegverbod en het ontbreken van de benodigde toestemming voor ontbinding staat.

4.2.2 Ontslaggronden

Het wetsvoorstel gaat uit van een open stelsel omtrent de te gelden ontslaggronden. De werkgever wordt een aanzienlijke ruimte geboden om tot opzegging over te gaan. Koser Kaya merkt op, dat de rechtvaardigheid eist dat deze ruimte niet zonder begrenzing zal zijn. De rechter zal uiteindelijk beslissen of een gegeven ontslag wel of niet 'onredelijk' of 'kennelijk onredelijk' is. De invulling wordt dus volledig overgelaten aan de rechter, terwijl hem geen duidelijke aanknopingspunten worden aangereikt. Wat de gronden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst zijn, of vast wordt gehouden aan het Ontslagbesluit, in hoeverre de ontslaggronden limitatief zijn en of er mogelijkheden komen om af te wijken van de ontslaggronden, volgt niet uit het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel houdt wel vast aan een dringende reden voor een geldig ontslag op staande voet. De thans geldende gewichtige reden voor ontbinding wordt bij hervorming beperkt tot het geval van een opzegverbod of het ontbreken van een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid.

4.2.3 Naar de rechter

Is de werknemer het oneens met zijn ontslag, dan kan hij naar de rechter stappen. Zoals hierboven is opgemerkt, kan de rechter oordelen dat de arbeidsovereenkomst 'onredelijk' of 'kennelijk onredelijk' is opgezegd. In het eerste geval is de rechter verplicht een schadevergoeding toe te kennen aan de werknemer. In het tweede geval herstelt de rechter de dienstbetrekking of stelt hij in plaats daarvan een afkoopsom vast.

Mogelijkheid 1: toekennen van een schadevergoeding

De rechter toetst de opzegging vol op onredelijkheid en in geval van een onredelijke opzegging wordt een schadevergoeding toegekend. Deze mogelijkheid houdt vast aan de heersende richtlijnen met betrekking tot het vaststellen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag en de begroting van de schadevergoeding zoals we dat in het huidige stelsel kennen (zie paragraaf 2.3.1). Het wetsvoorstel laat de verwijzing naar 'kennelijk' weg. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt het volgende aangegeven: *“Wanneer is er nu sprake van een onredelijk ontslag? Er worden in het tweede lid van artikel 681 een aantal voorbeelden genoemd. Het zijn echter niet meer dan voorbeelden. Zo is in beginsel ook sprake van een onredelijke opzegging als die opzegging wordt gedaan in strijd met maatschappelijk aanvaarde normen of met inachtneming van niet toetsbare ontslagcriteria. Indien de criteria zijn afgesproken met vakbonden in bijvoorbeeld cao-verband of bij het afsluiten van een sociaal plan, geeft dat een rechtsvermoeden van maatschappelijk aanvaardbaar zijn.”*¹³¹

¹³⁰ Overeenkomstig de huidige regeling in artikel 7:669 BW.

¹³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 28.

De rechter begroot de schadevergoeding met in achtneming van een eventuele strijd met het goed werkgeverschap. Bij deze begroting neemt de rechter tevens mee in welke mate de werkgever in geld, tijd of anderszins bijdraagt of heeft bijgedragen aan de werkzekerheid van de werknemer in of buiten het bedrijf. De bewijslast omtrent de aangevoerde reden(en) voor opzegging ligt bij de werkgever, voor zover de werknemer de reden(en) betwist. De bewijslast omtrent de onredelijkheid van de opzegging ligt bij de werknemer. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld, dat voordat de werknemer dit aannemelijk kan maken, de werkgever eerst voldoende feitelijke aanknopingspunten dient te verschaffen ter onderbouwing van zijn verweer. Laat de werkgever het na om voldoende aanknopingspunten te verschaffen, dan mag de rechter hieruit concluderen dat door de werkgever de onredelijkheid van de opzegging onvoldoende is weersproken.

Mogelijkheid 2: herstel of afkoop van de arbeidsovereenkomst

Is de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opgezegd, dan kan de werkgever worden veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst. De rechter komt pas tot het oordeel dat de opzegging kennelijk onredelijk is *‘als de opzegging niet had mogen plaatsvinden of als de opzegging in het licht van de maatschappelijke opvattingen, ten tijde van die opzegging, duidelijk ver over de schreef gaat’*.¹³² De betrokken werknemer of werkgever kan de rechter ook verzoeken de dienstbetrekking af te kopen. De rechter kan tevens op eigen initiatief een afkoopsom vaststellen. De afkoopsom wordt vastgesteld naar billijkheid. Welke richtlijnen van belang zijn voor vaststelling en de omvang van de afkoopsom volgt niet uit het wetsvoorstel. De rechter toetst de opzegging terughoudend op de kennelijk onredelijkheid ervan, maar betreft wel alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel. Met deze terughoudende toetsing wordt beoogt de opzegging in beginsel onder de categorie ‘redelijk’ of ‘onredelijk’ te scharen en herstel van de dienstbetrekking als uitzondering te laten gelden. Concludeert de rechter dat er kennelijk onredelijk is opgezegd, dan geldt herstel van arbeidsovereenkomst als uitgangspunt. Op deze wijze wordt geprobeerd te voorkomen dat werknemers zich lichtvaardig beroepen op herstel van de arbeidsovereenkomst met het oog op een eventuele afkoopsom, welke hoger kan zijn dan de schadevergoeding bij een onredelijk ontslag. De rechter wordt vervolgens wel vrij gelaten bij de uiteindelijk keuze tussen herstel of afkoop van de arbeidsovereenkomst.

Vergoeding bij ontbinding

Naar alle waarschijnlijkheid mag de rechter na hervorming nog steeds een ontslagvergoeding toekennen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In het wetsvoorstel wordt deze bepaling namelijk niet geschrapt of gewijzigd. Onduidelijk is of dat de rechter dan in alle twee de gevallen waarin ontbinding heeft te gelden, een vergoeding kan toekennen.

4.2.4 Hoger beroep en cassatie

Overeenkomstig de huidige bepalingen omtrent een kennelijk onredelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kunnen de werkgever en de werknemer na een beslissing van de rechter in eerste aanleg in hoger beroep en cassatie.

Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst is na hervorming tevens hoger beroep en cassatie mogelijk. Het appelverbod komt hiermee te vervallen. Indien de rechter in eerste aanleg het ontbindingsverzoek toewijst, dient het gerechtshof de ontbinding terughoudend te beoordelen. Dit houdt verband met de mogelijkheid dat een ander oordeel van het hof de relatie tussen de werknemer en werkgever laat herleven. Of de terughoudendheid enkel geldt voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst of ook voor een eventuele vergoeding en of de Hoge Raad dezelfde terughoudendheid dient te hanteren, volgt niet uit het wetsvoorstel. De Raad voor de Rechtspraak merkt hierbij op, dat het onduidelijk is wat er gebeurt als de werkgever het in beroep niet eens is met de hoogte van de opgelegde vergoeding en besluit het ontbindingsverzoek in te trekken.¹³³ Duurt de arbeidsovereenkomst in een dergelijk geval onverkort voort of herleeft de beschikking in eerste aanleg?

¹³² *Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 15.*

¹³³ *Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor Koser Kaya inzake initiatiefvoorstel wijziging ontslagrecht*, Den Haag: december 2011, p. 5

4.2.5 Werkloosheidsuitkering

Het wetsvoorstel wijzigt de bestaande regelingen omtrent de WW-uitkering niet. De werkgever is wel verplicht, indien de werknemer na ontslag een WW-uitkering ontvangt, deze uitkering de eerste drie maanden van werkloosheid aan te vullen. De eerste twee maanden wordt de uitkering met 15 procent van het (laatstverdiende) brutoloon aangevuld, met als maximum 15 procent van het bruto maximum dagloon. De derde maand wordt de uitkering met 20 procent van het brutoloon aangevuld, met als maximum 20 procent van het bruto maximum dagloon. Deze verplichting geldt bij iedere opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, ondanks de eventuele (kennelijke) onredelijkheid van de opzegging.

4.2.6 Ketenregeling

Na een periode van maximaal twee jaar van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of na twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De tussen de arbeidsovereenkomsten gelegen periode mag, zoals reeds geldt, niet langer zijn dan twee maanden. Het blijft mogelijk om bij cao ten nadele van de werknemer van deze bepaling af te wijken. Daarvoor wordt de huidige wettelijke regeling van opvolgende arbeidsovereenkomsten binnen een periode van drie jaar of drie arbeidsovereenkomsten als maximum gehanteerd.

4.3 Hoofdlijnennotitie van Kamp¹³⁴

De Hoofdlijnennotitie omvat maatregelen omtrent de te volgen ontslagprocedure, de te gelden ontslaggronden, de mogelijkheden voor de werknemer zich tegen het ontslag te verzetten en de werkloosheidsuitkering. Daarbij wordt voorgesteld voor de werknemer een transitiebudget in te voeren. Zoals de titel reeds aangeeft, zijn de maatregelen op hoofdlijnen uiteengezet. Uit een nog door Kamp op te stellen wetsvoorstel zou de nadere vormgeving blijken.

4.3.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

De Hoofdlijnennotitie stelt evenals het wetsvoorstel van Koser Kaya, voor om opzegging van de arbeidsovereenkomst als hoofdroute voor het eenzijdig beëindigen van een arbeidsovereenkomst in te voeren en de rechter het ontslag achteraf te laten toetsen. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt voorbehouden aan de gevallen waarin opzegging van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk. Een dergelijk geval kan zich voordoen als sprake is van een opzegverbod, maar beëindiging van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk is.

Hoorprocedure

Tegenover het vervallen van het algemeen opzegverbod en daarmee ook de preventieve toetsing van het ontslag door het UWV, staat de verplichting voor de werkgever om voorafgaand aan de opzegging het ontslagvoornemen aan de werknemer aan te kondigen en de werknemer hierop te laten reageren. Dit moet de vorm krijgen van een hoorprocedure tussen de werkgever en de werknemer. De vorm van de hoorprocedure, de procedurele waarborgen en de sanctie op het niet naleven van de regels omtrent de hoorprocedure zijn niet in de Hoofdlijnennotitie uiteengezet. Zij verdienen, zoals meerdere zaken, een nadere uitwerking. Kamp geeft aan dat het voor zich spreekt dat de hoorprocedure zorgvuldig moet worden gevoerd en hiervoor waarborgen zullen worden opgenomen. Of de hoorprocedure en de hoorplicht uit het wetsvoorstel van Koser Kaya hetzelfde inhouden, is onduidelijk. De Hoofdlijnennotitie geeft voorts niet aan of een werkgever zijn werknemer dient te horen voordat hij overgaat tot opzegging van de arbeidsovereenkomst gedurende de proeftijd of bij ontslag op staande voet. Uit de Hoofdlijnennotitie blijkt voorts niet of de hoorprocedure ook geldt voor de werknemer.

Opzegtermijn en opzegverbod

De opzegtermijn bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en bij tussentijdse beëindiging van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt voor zowel de werkgever als de werknemer vastgesteld op twee maanden.

¹³⁴ Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 5-11.

De bestaande bijzondere opzegverboden blijven van kracht. Uit de Hoofdlijnennotitie volgt niet welke sanctie staat op het overtreden van een opzegverbod en het ontbreken van de benodigde toestemming voor ontbinding.

4.3.2 Ontslaggronden

Voor opzegging van de arbeidsovereenkomst dient de werkgever een 'reële grond' te hebben. De thans geldende bedrijfseconomische redenen en persoonlijke redenen om een arbeidsovereenkomst op te zeggen (zie paragraaf 2.3.1) blijven gelden. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld opzeggen wegens een verstoorde arbeidsrelatie, mits daar een reële grond voor is. Wat wel en wat niet onder deze grond valt, is geheel onduidelijk.

Een belangrijke doelstelling van de maatregelen is om juridisering van het ontslag te voorkomen en rechtszekerheid te bevorderen. Om tegemoet te komen aan deze doelstelling stelt Kamp, dat er in de eerste plaats zo concreet mogelijke normen worden vastgesteld waaraan het ontslag wordt getoetst. In de tweede plaats mag de rechter het ontslag slechts terughoudend toetsen. In een soort van Ontslagbesluit zal worden verduidelijkt wanneer er sprake is van een reële grond voor ontslag. Daarbij worden ook regels gesteld met betrekking tot de ruimte voor de werkgever om beslissingen te kunnen nemen in het belang van zijn onderneming. De werkgever dient het ontslag op een soortgelijke wijze als nu van hem wordt verlangd te onderbouwen. De huidige de regels ter zake het afspiegelingsbeginsel en het afwijken hiervan, blijven van kracht. Daarnaast zal er een mogelijkheid worden gecreëerd om bij cao en/of sociaal plan af te wijken dit beginsel.

Wat onder het bereik van de reële ontslaggrond valt, op welke wijze de huidige ontslaggronden eventueel worden aangevuld, in hoeverre de ontslaggronden limitatief zijn en of er mogelijkheden komen om af te wijken van de ontslaggronden zijn belangrijke, en nog steeds onbeantwoorde, vragen. Of de geldende dringende reden voor ontslag op staande voet ongewijzigd blijven, volgt niet uit de Hoofdlijnennotitie.

4.3.3 Naar de rechter

Kan de werknemer zich niet verenigen met het gegeven ontslag, dan kan hij naar de rechter stappen. Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, mag de rechter het ontslag slechts marginaal toetsen. De rechter heeft twee mogelijkheden indien hij van oordeel is dat zonder reële grond is opgezegd. Hij kan het gegeven ontslag ongedaan maken of hij kan vergoeding toekennen aan de werknemer. Naar welke mogelijkheid de rechter eerst dient te kijken, volgt niet uit de Hoofdlijnennotitie. De Hoofdlijnennotitie lijkt voorts een zekere omkering van de bewijslast te beogen en deze bij de werkgever neer te leggen. In hoeverre wordt aangesloten bij de huidige stelplicht en bewijslastverdeling volgt niet uit de notitie.

Mogelijkheid 1: ongedaan maken van het ontslag

De rechter kan besluiten het ontslag ongedaan te maken *'als evident is dat een werkgever gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen of zelf ook blaam treft'*.¹³⁵ De rechter komt tot het oordeel dat het ontslag niet in de rede ligt, indien voor een ieder duidelijk is dat de door de werkgever aangevoerde redenen zijn beslissing niet kunnen dragen. Niet alle omstandigheden van het geval worden hierbij betrokken. Er wordt enkel gekeken of er een 'reële grond' aanwezig is voor het gegeven ontslag. Of met het ongedaan maken van het ontslag tevens herstel van de arbeidsovereenkomst wordt beoogd, volgt niet eenduidig uit de Hoofdlijnennotitie.¹³⁶ Enerzijds wordt in de notitie gesproken over herstel van de arbeidsovereenkomst, wat betekent dat de werkgever onder dezelfde voorwaarden als de opgezegde arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst moet sluiten met de werknemer. Terwijl anderzijds wordt gesproken over een eventuele loonvordering bij het ongedaan maken van het ontslag en daarmee een soort vernietiging van de opzegging lijkt te zijn beoogd waardoor de diensbetrekking voortduurt.

¹³⁵ Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 8.

¹³⁶ Zie hier verder over A.R. Houweling, 'Een nieuwe repressieve rechterlijke toetsing van het ontslag. Een 'reële grond' voor juridisering en rechtsonzekerheid?', TAPoktober 2012, p. 316.

Mogelijkheid 2: toekennen van een vergoeding

Daarnaast heeft de rechter de mogelijkheid een bij wet genormeerde geldelijke vergoeding toe te kennen aan de werknemer. Een vergoeding kan -naast bij het ontbreken van een reële grond voor ontslag- worden toegekend als:

- het gegeven ontslag in strijd is met voor de werkgever geldende voorschriften (zoals opzegverboden) en het ongedaan maken van het ontslag redelijkerwijs niet mogelijk is door een (eventuele) verstoorde arbeidsrelatie;
- de werkgever de situatie die heeft geleid tot het ontslag te verwijten valt.

De vergoeding bedraagt hoogstens een half maandsalaris per dienstjaar met een maximum van een jaarsalaris. De vergoeding kan worden verhoogd als de genormeerde vergoeding -gezien de ernst van de verwijtbaarheid van de werkgever- naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechter bepaalt in een dergelijk geval zelf de hoogte van de vergoeding. Onduidelijk is of aansluiting wordt gezocht bij de huidige billijke vergoeding die wordt begroot aan de hand van de kantonrechtersformule.

De bij wet genormeerde vergoeding dient volgens de Hoofddlijnennotitie werkgevers en werknemers een maatstaf te bieden om in onderling overleg een vergoeding overeen te komen. Zij zouden dit overeen kunnen komen indien aan de hierboven genoemde gronden wordt voldaan, maar de ontslag niet aan de rechter wordt voorgelegd.

Vergoeding bij ontbinding

De rechter kan in het nieuwe stelsel bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toekennen tot het loon over de opzegtermijn. Bij verwijtbaarheid van de werkgever kan deze vergoeding volgens de wettelijk genormeerde vergoeding worden verhoogd. Indien de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, kan de rechter geen of een lagere vergoeding toekennen.

4.3.4 Hoger beroep en cassatie

De werkgever en de werknemer kunnen beiden tegen een beslissing van de rechter in eerste aanleg in hoger beroep en cassatie. Bij hoger beroep wordt onderscheid gemaakt in beroep tegen het ontslag zelf en beroep tegen de toekenning en hoogte van een vergoeding. Bij hoger beroep tegen het ontslag zelf zullen volgens Kamp de navolgende regels gesteld worden. Als de rechter in eerste instantie het ontslag als toelaatbaar oordeelt en de rechter in hoger beroep het ontslag als ontoelaatbaar oordeelt, is het ongedaan maken van het ontslag en/of herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk. De rechter kan dan enkel een vergoeding aan de werknemer toekennen. Deze vergoeding kan hoger zijn dan wettelijk is voorgeschreven. Wordt het ontslag in eerste instantie als ontoelaatbaar beoordeelt, maakt de rechter het ontslag ongedaan en/of herstelt hij de arbeidsovereenkomst en de werkgever gaat in hoger beroep, dan blijft de werknemer in dienst tot de rechter in dit beroep heeft geoordeeld en ontvangt hij zolang zijn loon. Uit de Hoofddlijnennotitie volgt niet of het appelverbod van kracht blijft.

4.3.5 Werkloosheidsuitkering

De hoogte en duur van de WW-uitkering blijven ongewijzigd. Nieuw is dat de werkgever waar de werknemer als laatst in dienst is geweest, meebetaalt aan maximaal de eerste zes maanden van werkloosheid. Bij de nadere uitwerking van deze maatregelen zal onder meer aandacht besteed aan de mogelijkheid dat werkgevers hun verantwoordelijkheid ontlopen, de uitvoerbaarheid door het UWV en de administratieve lasten voor bedrijven. Kamp heeft voorts aangegeven dat wordt bekeken of voor 'kleinere' werkgevers een uitzondering op deze maatregel mogelijk is.

4.3.6 Transitiebudget

Er wordt een transitiebudget ingevoerd voor werknemers bij wie de arbeidsrelatie op initiatief van de werkgever onvrijwillig wordt beëindigd. Dit geldt zowel bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde als bepaalde tijd. Als de werknemer geen andere keuze heeft dan ontslag te nemen omdat de werkgever het hem zodanig moeilijk heeft gemaakt, dan zal het budget ook aan de werknemer beschikbaar worden gesteld. In een nadere uitwerking voor wat betreft de

beoordeling hiervan voorziet de Hoofdpijnennotitie niet. Of het budget bij opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt uitgekeerd, is niet duidelijk. Voorts volgt niet uit de notitie welke sanctie staat op het niet uitkeren van dit budget.

De hoogte van het door de werkgever te betalen transitiebudget bedraagt een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van een halfjaarsalaris. De werkgever hoeft dit budget niet te betalen indien het ontslag ernstig aan de werknemer is te verwijten of wanneer de werkgever failliet is (gegaan). Bij een faillissement kunnen er aanvullende aanspraken door sociale partners worden gemaakt, zodat er voor bepaalde werknemers die door het faillissement worden geraakt ook een regeling wordt getroffen.

Met het creëren van dit recht wordt beoogd de werknemer bij het verlies van zijn baan naar een nieuwe baan te begeleiden. Het budget moet de overgang naar een nieuwe baan vergemakkelijken. Dit zou kunnen door scholing of het inschakelen van een outplacementbureau. Het budget wordt een wettelijke voorziening bij ontslag en komt in de plaats van de huidige ontslagvergoedingen. Het budget mag niet worden aangewend als inkomensvoorziening of aanvulling tot het bereiken van de pensioensgerechtigde leeftijd. Werkgevers en werknemers mogen wel aanvullende afspraken maken.

4.4 Regeerakkoord VVD - PvdA¹³⁷

In het Regeerakkoord wordt beperkt aangegeven welke maatregelen worden getroffen om het huidige ontslagrecht te hervormen. Deze paragraaf omvat dan ook een minimale uiteenzetting ter zake de te volgen ontslagprocedure, de te gelden ontslaggronden, de mogelijkheden voor de werknemer zich tegen het ontslag te verzetten en de werkloosheidsuitkering. Daarbij wordt voorgesteld een tweetal sociale voorzieningen te wijzigen.

4.4.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Het Regeerakkoord houdt vast aan een preventieve ontslagtoets. Dit moet de vorm krijgen van een verplichte adviesaanvraag bij het UWV. Dit advies niet bindend, zodat de werkgever hiervan mag afwijken. Over een verdere vormgeving van de adviesprocedure, de sanctie op het niet naleven ervan en de waarborgen die in acht zullen worden genomen, is nog niets bekend. Van de preventieve toetsing door het UWV kan worden afgeweken, indien bij cao wordt voorzien in een qua inhoud en snelheid vergelijkbare procedure. Over de doorlooptijd hebben Rutte en Samson zich wel uitgelaten. Zij stellen als doel, dat het overgrote deel van de adviesaanvragen binnen vier weken worden afgehandeld. De wettelijke opzegtermijnen blijven voorts ongewijzigd. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan door de werkgever worden verzocht indien hij iemand wil ontslaan in strijd met het opzegverbod of hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds wil beëindigen zonder dat hiervoor in de arbeidsovereenkomst een mogelijkheid is overeengekomen. Of de huidige regels omtrent ontbinding in stand blijven of dat deze worden gewijzigd, volgt niet uit het Regeerakkoord. Daarnaast wordt het ontslagrecht voor ambtenaren in overeenstemming gebracht met de nieuwe ontslagregels.

4.4.2 Ontslaggronden

Het Regeerakkoord houdt vast aan het geldende Ontslagbesluit met betrekking tot ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Het wordt mogelijk bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel. Criteria voor een 'rechtmatig' ontslag dient nog te worden vastgesteld.

4.4.3 Naar de rechter

In het nieuwe stelsel kan de werknemer zich tot de rechter wenden omtrent de rechtmatigheid van het gegeven ontslag. De rechter zal het ontslag vol toetsen en daarbij het advies van het UWV zwaar laten meewegen. De toetsingsgronden voor de rechter zullen hetzelfde zijn als de nog voor het UWV vast te stellen gronden. Voor zover de rechter oordeelt dat het ontslag onterecht is gegeven of hoofdzakelijk aan de werkgever valt te wijten, kan hij een vergoeding toekennen. De omvang van de vergoeding bedraagt maximaal een half maandsalaris per

¹³⁷ Regeerakkoord VVD en PvdA, 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, p. 34-36, 42, 64.

dienstjaar met een maximum van in totaal € 75.000,00. Voor zover de werkgever is afgeweken van het negatieve ontslagadvies van het UWV, kan de rechter het ontslag ook ongedaan maken. Of het mogelijk blijft bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ontslagvergoeding toe te kennen, volgt niet uit het Regeerakkoord.

4.4.4 Hoger beroep en cassatie

Er wordt geen hoger beroep of cassatie mogelijkheid ingevoerd.

4.4.5 Werkloosheidsuitkering

De duur en hoogte van de WW-uitkering wordt aangepast. Een werknemer kan nog maximaal twee jaar een WW-uitkering ontvangen. De uitkering is het eerste jaar gerelateerd aan het laatstverdiende loon van de werknemer en is het laatste jaar gerelateerd aan het wettelijk minimumloon. Werknemers bouwen gedurende hun eerste tien dienstjaren per gewerkt jaar één maand WW-recht op. Na deze tien jaar bouwen zij per dienstjaar een halve maand WW-recht op. Ter compensatie wordt de WW-premie voor werkgevers verhoogd. WW-rechten die werknemers reeds hebben opgebouwd, worden binnen het maximum van het nieuwe systeem gerespecteerd.

4.4.6 Transitiebudget

Ook het Regeerakkoord voert een vergoeding in de vorm van een transitiebudget in voor werknemers bij wie de arbeidsrelatie onvrijwillig wordt beëindigd of het tijdelijk contract niet wordt verlengd. De werkgever is gedurende een periode van minimaal één jaar deze vergoeding, welke voor scholing dient te worden aangewend, verschuldigd. De hoogte van de vergoeding bedraagt een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van vier maandsalarissen. De sanctie die staat op het niet uitkeren van dit budget volgt niet uit het regeerakkoord. De werkgever is niet verplicht deze vergoeding te betalen, indien het ontslag is ingegeven door een slechte financiële situatie tijdens de werkgever en betaling van de vergoeding leidt tot een faillissement van de werkgever.

4.4.7 IOW en IOAW

De inkomensvoorziening voor oudere arbeidsongeschikte werknemers (IOAW) die thans geldt voor werknemers vanaf de 50-jarige leeftijd tot aan de pensioengerechtigde leeftijd, komt te vervallen. Ter compensatie zal de huidige inkomensvoorziening voor oudere werknemers (IOW) gaan gelden voor werknemers die ontslagen worden vanaf hun 55-jarige leeftijd. Bij de vaststelling van de omvang van deze voorziening zal geen partner- of vermogenstoets worden gehanteerd. Wel wordt er een sollicitatieplicht ingevoerd.

5. De toekomst van de werknemer

In het vorige hoofdstuk zijn de drie hervormingsmaatregelen uiteengezet. In dit hoofdstuk wordt beschreven wat deze maatregelen kunnen betekenen voor de werknemer in de praktijk. Er wordt meer specifiek gekeken hoe aan de waarborgen en de verplichtingen, die middels de huidige regels worden geboden en opgelegd, in een 'nieuw' ontslagstelsel vorm wordt gegeven. In de eerste paragraaf wordt stilgestaan bij de mogelijkheden de arbeidsovereenkomst te beëindigen op grond van het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie. Deze twee maatregelen worden samen besproken, omdat zij op dit punt in grote lijnen met elkaar overeenstemmen. In de tweede paragraaf wordt stilgestaan bij de mogelijkheden de arbeidsovereenkomst te beëindigen op grond van het Regeerakkoord. In de overige paragrafen worden de drie maatregelen gezamenlijk besproken. Op deze manier wordt een samenhangend beeld geschetst van de maatregelen en van de gevolgen ervan. Er wordt steeds aangegeven om welke maatregel het gaat.

Er zijn geen onderzoeken verricht naar de effecten van het wetsvoorstel, de Hoofdpijnennotitie en het Regeerakkoord. Dat de Hoofdpijnennotitie en het Regeerakkoord een summiere uitwerking van de maatregelen bevatten, maakt het lastig hierover effecten vast te stellen. De in dit hoofdstuk beschreven gevolgen worden dan ook vastgesteld aan de hand van veronderstellingen van diverse wetenschappers, onderzoekers en deskundigen op het gebied van het arbeidsrecht.

5.1 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie

De voornaamste voorgestelde wijziging uit het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie is het vervangen van de (duale) preventieve toets door een derde voor een repressieve rechterlijke toets. De werkgever heeft van niemand voorafgaand toestemming nodig om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Een algemeen opzegverbod, zoals dat thans is vastgelegd in het BBA, zal niet gelden in een nieuw ontslagstelsel. Uit het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie volgt, dat op de werkgever wel de plicht rust om voorafgaand aan de opzegging de werknemer te horen.

5.1.1 Het horen van de werknemer

Koser Kaya en Kamp zijn niet de eersten die voorstellen een preventieve hoorprocedure in te voeren. De Adviescommissie Duaal Ontslagstel (hierna: ADO) stelde een soortgelijke procedure reeds in 2000 voor.¹³⁸ De ADO wilde aan de hoorprocedure slechts een aantal minimumvoorschriften verbinden, zoals het schriftelijk mededelen van de ontslagreden(en) en het recht van de werknemer zich bij te laten staan. Zo zouden ook de kleinere bedrijven aan de voorschriften kunnen voldoen, zonder dat zij een derde moeten inschakelen. De hoorprocedure tussen werkgever en werknemer lijkt hiermee (deels) te rusten op de gedachte dat er (te)veel bureaucratie komt kijken bij het inschakelen van een derde. In het wetsvoorstel, het Begrotingakkoord of de Hoofdpijnennotitie wordt dit niet expliciet besproken.

Vanzelfsprekend beogen Koser Kaya, de Kunduz-coalitie en Kamp niet dat een werkgever desgewenst de werknemer, zonder het in acht nemen van enige voorschriften of regels, en dus zonder pardon op straat zet. Koser Kaya en Kamp stellen dat de werkgever niet zonder meer de arbeidsovereenkomst kan opzeggen, maar zij verankeren dit niet duidelijk in hun voorstellen.¹³⁹ Opmerkelijk is dan ook, dat de te gelden ontslaggronden niet eenduidig zijn omschreven; dat is opengelaten welke waarborgen de hoorplicht en/of hoorprocedure (hierna samen: de hoorprocedure) bevat voor de werknemer en dat de hoorprocedure tussen werkgever en werknemer binnen het bedrijf van de werkgever lijkt plaats te vinden. Mevrouw Kooymans stelt dat de FNV niet gecharmeerd is van de voorgestelde hoorprocedure, omdat

¹³⁸ *Rapport van de Commissie Duaal Ontslagstelsel voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Justitie, Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: november 2000, p. 45-51.

¹³⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 2 en Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 7.*

de werkgever geen onafhankelijke partij is.¹⁴⁰ Dat de werkgever met invoering van deze twee maatregelen, zoals deze thans zijn voorgesteld, met steekhoudende argumenten moet komen voordat de arbeidsovereenkomst opgezegd kan worden en de procedure niet slechts een exitgesprek inhoudt, is een wassen neus.¹⁴¹ MHP-bestuurder Haket merkt hierover op: *“Dat is de slager die zijn eigen vlees keurt”*.¹⁴² De werkgever beschikt niet of in ieder geval in mindere mate over de expertise om een objectief oordeel te geven omtrent zijn eigen ontslagvoornemen. Daarbij is de werkgever niet verplicht zich tegenover de werknemer te verantwoorden, in die zin dat hij de ‘redelijke’ of ‘reële’ grond van het ontslag aannemelijk dient te maken. Overigens rust er op dit moment op de werkgever ook geen plicht zich tegenover de werknemer te verantwoorden over zijn ontslagvoornemen. Wel dient de werkgever de reden voor ontslag tegenover het UWV of de kantonrechter te motiveren en aannemelijk te maken voorafgaand aan de beëindiging.

Uit de twee maatregelen volgt voorts niet in welke mate de werknemer zich kan verweren tegen het ontslagvoornemen om zo de werkgever van zijn ontslag te weerhouden. Het pluspunt van het wetsvoorstel is dat de opzegging vernietigbaar is als de werkgever de geldende bepalingen omtrent de hoorplicht niet in acht neemt. De werknemer kan dan de vernietigbaarheid van opzegging inroepen, een loonvordering en een vordering tot wedertewerkstelling instellen op grond van huidige, ongewijzigde, regelgeving.¹⁴³ De werknemer moet zich overigens wel bereid verklaren de bedongen arbeid te verrichten. Hierbij dient te worden opgemerkt, dat over de vernietigbaarheid van de opzegging geprocedeerd kan worden tot in de hoogste instantie. Dit kan thans ook bij het aanvechten van een ontslag op staande voet. De verschillende procedures en omtrent mogelijkheden voor zowel de werknemer als werkgever bij ontslag, worden door hoogleraar Verburg als een juridisch mijlenveld wordt ervaren.¹⁴⁴ Kantonrechter Boot merkte reeds in 2005 op:

*“Een ontslag op staande voet is een riskante aangelegenheid voor zowel werknemer als werkgever. Niet alleen mist de werknemer alle verdere bescherming van het ontslagrecht. Ook de werkgever verkeert in onzekerheid over de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een dringende reden en de na en rondom het ontslag te voeren procedures.”*¹⁴⁵

In plaats van de sanctie van vernietigbaarheid, zou het nog beter zijn als een onafhankelijke persoon/instantie oordeelt over het ontslagvoornemen en het voornemen niet in behandeling neemt als de werkgever de geldende bepalingen niet in acht neemt.¹⁴⁶ Op die manier kunnen langdurige en ingewikkelde procedures worden voorkomen en wordt de werkgever gemotiveerd zijn verplichtingen na te leven. De Hoofdlijnennotitie heeft geen sanctie verbonden aan het overtreden van de hoorprocedure. Het wetsvoorstel stelt daarbij de werkgever verplicht om van het horen een verslag te maken en dit tijdig aan de werknemer ter beschikking te stellen. De toegevoegde waarde hiervan is dat bij het gebrek aan dit verslag en een betwisting van de inhoud hiervan door de werknemer, de werkgever met een bewijsprobleem zit. In beginsel geldt immers wie stelt die bewijst.¹⁴⁷ Zoals reeds in paragraaf 4.2.3 is aangegeven, rust de bewijslast omtrent de aangevoerde reden(en) voor ontslag op de werkgever. Betwist de werknemer dat de werkgever een bepaalde reden ten grondslag heeft gelegd aan de opzegging tijdens het horen, dan dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij dat wel heeft gedaan. Zonder verslag van de hoorzitting zal dit lastig zijn. In de Hoofdlijnennotitie is het vastleggen van de hoorprocedure niet opgenomen.

¹⁴⁰ Bijlage III, p. 9.

¹⁴¹ D.M.A. Bij de Vaate, ‘Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid’, TAP juli 2012, p. 196 en Stichting van de Arbeid, Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel, 15 juli 2003, nr. 7/03, p. 9

¹⁴² Kamerstukken II 2011/12, 29 544, nr. 411, p. 6.

¹⁴³ Artikel 7:611 en 7:628 BW.

¹⁴⁴ L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2010, p. 32-35.

¹⁴⁵ G.C. Boot, ‘Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen’, SR, 2012-5, p. 167.

¹⁴⁶ C.J. Loonstra, ‘De hoorprocedure in het nieuwe voorgenomen ontslagrecht’, TAP oktober 2012, p. 310.

¹⁴⁷ Artikel 150 Rv.

Hoogleraar Fase stelde naar aanleiding van de door de ADO voorgestelde hoorprocedure, dat bij invoering van een repressieve ontslagtoets nog steeds de harde eis blijft bestaan dat de opzegging een redelijke grond behoeft en de rechter deze grond moet kunnen toetsen.¹⁴⁸ In dit verband kan het volgende worden opgemerkt. De arbeidsovereenkomst is al opgezegd en de opzegtermijn is gaan lopen voordat de aanwezigheid van een redelijke grond (door een onafhankelijk derde) wordt getoetst. Daarna kan het gegeven ontslag weliswaar aan de rechter worden voorgelegd ter beoordeling van de aan- of afwezigheid van een redelijke grond, maar de werknemer moet dan wel eerst deze stap durven te zetten (zie paragraaf 5.5) én de rechter mag de opzegging slechts terughoudend toetsen. Volgens het wetsvoorstel mag de rechter de onredelijkheid van het ontslag vol toetsen en de kennelijk onredelijkheid van het ontslag marginaal toetsen. De Hoofdlijnennotitie pleit voor een gehele marginale toetsing door de rechter. In het huidige stelsel dient de werkgever bij ontbinding de onderliggende reden voldoende aannemelijk te maken zodat de kantonrechter de overtuiging heeft dat de gewichtige reden ook daadwerkelijk aanwezig is. De redelijkheid van het ontslag wordt niet betrokken bij de beslissing om wel of niet te ontbinden, maar meegenomen bij het toekennen van een eventuele vergoeding. Van een volle toets is in het huidige stelsel dan ook geen sprake. Door de toetsing van de redelijkheid van de voorgenomen opzegging in eerste instantie bij de werkgever te leggen, wordt de machtspositie van de werkgever ten opzichte van de werknemer uitdrukkelijk bevorderd.

“Een belangrijk punt van toekomstverkenning is, dat de waarborgen die thans ten grondslag liggen aan het systeem van de preventieve ontslagtoets behouden blijven”, aldus de voorwaarde die de ADO in 1999 meekreeg bij het schetsen van een nieuw ontslagrecht. Met het behouden van die waarborgen die ten grondslag liggen aan de preventieve toets, wordt de verweerfunctie voor de werknemer ter zake het ontslagvoornemen bedoeld. De hoorprocedure uit het voorstel van de ADO kan worden aangemerkt als vervangende (interne) preventieve toets. De commissie kreeg als commentaar op haar voorstellen, dat deze afbreuk doen aan de rechtsbescherming van werknemers met een vast contract.¹⁴⁹ De nadruk lag met name op de informatieve functie en in mindere mate op de beschermende functie van de hoorprocedure.¹⁵⁰ De hoorprocedure uit het voorstel had als functie de werkgever (enkel) alle relevante informatie over het voorgenomen ontslag aan te reiken. De werknemer mocht zijn zienswijze of reactie op dit ontslag kenbaar maken. Een (juridische gewaarborgde) setting waarbinnen de werknemer zich kan verweren tegen het voorgenomen ontslag een setting waarbinnen een gelijkwaardig debat kan plaatsvinden op grond van feiten en/of omstandigheden, waardoor er ruimte bestaat dat van het voorgenomen ontslag wordt afgezien, was in het voorstel minimaal. Hierdoor voldeed de commissie volgens critici niet aan de voorwaarde die zij in 1999 meekreeg.

Er moet dan ook niet te snel voorbij worden gegaan aan het inkleden van de hoorprocedure met waarborgen voor de werknemer ten gunste van de werkgever ter voorkoming van een eventuele bureaucratie cq. juridisering. De hoorprocedure vormt immers in de voorstellen een beslissend moment voor de werknemer waar een ingrijpende beslissing wordt genomen over zijn toekomstige situatie. De werknemer blijft een zwakkere positie ten opzichte van de werkgever innemen. Voor zover aan de hoorprocedure enkel een informatieve functie wordt gekoppeld en een algemeen opzegverbod wordt afgeschaft, verkrijgt de werknemer (met een vast contract) een verminderde ontslagbescherming.¹⁵¹ Het vastleggen van het horen van de werknemer kan bijdragen aan de zorgvuldigheid van de werkgever bij het onderbouwen van zijn ontslagreden(en). Hoewel dit op zich een mooi punt is, heeft de werknemer thans meer waarborgen, zoals de mogelijkheid zich te verweren tegen het ontslagvoornemen waarna van dit voornemen kan worden afgezien.

¹⁴⁸ W.J.P.M. Fase, ‘Afscheid van het huidige ontslagrecht’, *SMA* 2000/12, nr. 11/12, p. 489.

¹⁴⁹ C.J. Loonstra, ‘Afscheid van het duale ontslagrecht?’, *SR* 2000-12, p. 355-357 en W.J.P.M. Fase, ‘Afscheid van het huidige ontslagrecht?’, *SMA* 2000, nr. 11/12, p. 487-492.

¹⁵⁰ C.J. Loonstra, ‘De hoorprocedure in het nieuwe voorgenomen ontslagrecht’, *TAP* juli, oktober 2012, p. 308-309.

¹⁵¹ C.J. Loonstra, ‘De hoorprocedure in het nieuwe voorgenomen ontslagrecht’, *TAP* juli, oktober 2012, p. 309.

5.1.2 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

De (preventieve) ontbindingsprocedure krijgt bij hervorming een andere betekenis. Ontbinding is voorbehouden aan de bepaalde gevallen. Koser Kaya stelt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel: *“Het voorstel beperkt het bereik van de ontbindingsroute bij aanwezigheid van een gewichtige reden tot de situatie dat een opzegverbod van toepassing is of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder door werkgever en werknemer afgesproken tussentijdse opzegmogelijkheid.”*¹⁵² Kamp stelt in de Hoofdpijnennotitie: *“De toegang tot de zogenoemde ontbindingsrechter blijft voor enkele specifieke gevallen bestaan: deze wordt beperkt tot de situatie waarin opzegging niet mogelijk is, bijvoorbeeld als er sprake is van een opzegverbod (maar tegelijk wel van omstandigheden die noodzaken tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst).”*¹⁵³ Hiermee lijken Koser Kaya en Kamp te hebben bedoeld, dat de werkgever en de werknemer niet de mogelijkheid hebben om in de arbeidsovereenkomst overeen te komen de ontbindingsprocedure in andere gevallen toe te passen. Vervolgens zou door het openstellen van zo’n mogelijkheid naar mening van de onderzoeker vastgehouden worden aan de thans bestaande ongelijkheden in het duale stelsel. Het gevolg van het voorbehouden van ontbinding aan bepaalde gevallen kan zijn, dat werkgevers -ervan uitgaande dat de voorkeur van de werkgever uitgaat naar opzegging in plaats van ontbinding- in toenemende mate in de arbeidsovereenkomst een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid opnemen om zo de ontbindingsprocedure te ontlopen. De werkgever keurt bij opzegging welbeschouwd zijn eigen beslissing, terwijl bij ontbinding de rechter oordeelt over die beslissing.

5.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van het Regeerakkoord

Het Regeerakkoord stelt, in tegenstelling tot de andere twee maatregelen, vast te houden aan een preventieve toetsing van het ontslag middels een verplichte adviesaanvraag bij het UWV.

5.2.1 Advies UWV

Het advies van het UWV is niet bindend, zodat de werkgever dit advies naast zich neer kan leggen. Na het advies staat het de werkgever dus vrij de werknemer te ontslaan. Besluit de werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen, dan gaat de opzegtermijn lopen. De rechter komt dan pas in beeld. De preventieve toets die thans geldt, kenmerkt zich juist door de werkgever te binden aan het oordeel van een derde. Deze maatregel voorziet in zoverre dan ook niet in een preventieve toets zoals we die nu kennen.

In paragraaf 3.3 is kort stilgestaan bij een onderzoek van de Nationale Ombudsman uit 2007.¹⁵⁴ De Nationale Ombudsman geeft aan dat de werknemer bij de UWV-procedure een nadelige positie ten opzichte van de werkgever heeft. Bij de verdere invulling van de taak van het UWV in een nieuw stelsel is het raadzaam de bezwaren op de huidige UWV-procedure in kaart te brengen en deze te betrekken bij de vormgeving van een nieuw stelsel. Vooralsnog blijkt niet uit het Regeerakkoord dat hier naar is gekeken, terwijl er aardig wat kritiek is op de UWV-procedure (zie paragraaf 3.3). Uit jurisprudentie volgt, dat bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen door het UWV niet is vereist dat volledig wordt voldaan aan de eisen van artikel 6 EVRM. Er dient in een dergelijk geval wel een rechterlijke instantie te zijn die zelf aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, zodat deze het besluit van het UWV alsnog kan toetsen. Het is dan ook interessant om te bekijken of de voorgestelde adviesprocedure in strijd is met artikel 6 EVRM. In hoofdstuk 6, bij de conclusie, wordt hier verder bij stilgestaan.

Het is onduidelijk of de voorgestelde adviesprocedure overeenstemt met de thans geldende UWV-procedure. Is de werknemer betrokken bij de adviesprocedure; wordt hij op de hoogte gesteld van de adviesaanvraag, kan hij zich (binnen een juridische gewaarborgde setting) verweren tegen de opzegging? Met andere woorden, heeft deze adviesprocedure enkel een

¹⁵² Kamerstukken II, 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 12

¹⁵³ Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 7.

¹⁵⁴ Onderzoeksrapport van de Nationale Ombudsman, Naar een eerlijke ontslagprocedure, 21 november 2007.

informatieve functie of ook een beschermende functie? Het voornemen van Rutte en Samsom om de adviesaanvragen binnen vier weken af te handelen, suggereren dat er weinig ruimte is voor inbreng van de werknemer. Temeer nu kantonrechters te kennen geven zelf twee maanden nodig te hebben voor het beoordelen van een voorgenomen ontslag.¹⁵⁵ Op het moment dat de werknemer niet de mogelijkheid heeft zich te verweren tegen het voorgenomen ontslag en/of het er niet toedoet wat de werknemer hiertegen aanvoert, wordt hij op een beslissend moment buiten spel gezet. Zijn ontslag, met alle gevolgen van dien, is dan een feit. De werknemer zal naar de rechter moeten om het ontslag vol op redelijkheid te toetsen. Of de werknemer uiteindelijk deze stap durft te nemen (zie paragraaf 5.5), zal de praktijk moeten uitwijzen.

Voorziet de werkgever een niet toereikend dossier en wil hij een negatief advies van het UWV voorkomen, dan zal hij inventief proberen te zijn. Hij zal op een andere grond proberen een positief advies van het UWV te verkrijgen. Een voorbeeld hiervan is ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van deze overeenkomst.¹⁵⁶ Overigens kan van de adviesprocedure bij het UWV worden afgeweken, indien bij cao in een qua inhoud en snelheid vergelijkbare procedure wordt voorzien. Hierin ligt een mogelijkheid voor de vakbonden om -in overeenstemming met de werkgeversorganisaties- te voorzien in een 'eigen' vergelijkbare adviesprocedure, welke meer waarborgen kan bieden voor werknemers. Naar verwachting zullen de vakbonden graag gebruiken van deze mogelijkheid. Temeer nu zij zich niet kunnen vinden in de maatregelen uit het Regeerakkoord.¹⁵⁷ In hoeverre werkgeversorganisaties bereid zijn om in een voor beiden aanvaardbare regeling te voorzien, valt nog te bezien. Het Regeerakkoord nodigt de sociale partners in ieder geval uit met het nieuwe kabinet in gesprek te gaan over de invulling en uitwerking van de maatregelen.

5.2.2 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

In het Regeerakkoord is bepaald dat: *“Een werkgever zich tot de rechter kan wenden als hij iemand wil ontslaan in strijd met het opzegverbod, of een tijdelijk contract wil ontbinden terwijl de arbeidsovereenkomst die mogelijkheid niet biedt.”* Hiermee lijkt te zijn bedoeld, dat het de werkgever in deze gevallen vrijstaat ontbinding te verzoeken ofwel adviesaanvraag in te dienen bij het UWV. Voorts volgt hier niet duidelijk uit of de werkgever en de werknemer de mogelijkheid hebben om in de arbeidsovereenkomst overeen te komen ontbinding in andere gevallen toe te passen. In het geval dat de rechter bij ontbinding een vergoeding kan toekennen, is het niet aannemelijk dat in toenemende mate een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid wordt overeengekomen, omdat het UWV deze mogelijkheid (waarschijnlijk) niet heeft. Voorts is dit niet aannemelijk voor zover de rechter in de ontbindingsprocedure naar billijkheid oordeelt en indien de werkgever bij het UWV zijn adviesaanvraag met steekhoudende argumenten en (bewijs)stukken moet onderbouwen.

5.3 Wegvallen van de huidige preventieve toets

De huidige preventieve toetsing kan ervoor zorgen dat de werkgever geen ontslagaanvraag of ontbindingsverzoek indient, omdat hij weet dat hij met een goed verhaal moet komen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen respectievelijk te ontbinden.¹⁵⁸ Bij het drietal maatregelen heeft de werkgever voorafgaand geen toestemming nodig om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hij kan immers na voltooiing van de hoorprocedure of de adviesprocedure bij het UWV overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹⁵⁹ De motivatie voor het invoeren

¹⁵⁵ 'Kritiek op plan voor ontslagrecht', ANP/NOS 11 november 2012 (te raadplegen via <www.volkskrant.nl> laatstelijk geraadpleegd op 14 november 2012)

¹⁵⁶ Artikel 7:686 BW

¹⁵⁷ Commentaar op hoofdlijnen van de Vakcentrale voor middengroepen en hoger personeel (MHP) op het Regeerakkoord 'Bruggen Slaan', Culemborg: 5 november 2012, p.1-2; Federatie Nederlands Vakverbond, 'Regeerakkoord kost banen en WW', 29 oktober 2012 (te raadplegen via <www.fnv.nl> laatstelijk geraadpleegd op 7 november 2012) en M. Beekman, 'Met het ontslagrecht draait het kabinet aan knoppen van een versleten apparaat', de Volkskrant 22 november 2012

¹⁵⁸ Bijlage I, p. 3.

¹⁵⁹ D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', TAP juli 2012, p. 196 en S.W. Kuip & E. Verhulp, 'Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd', SMA 2011, nr. 9, p. 416.

van een repressieve rechterlijke toets ontbreekt. Er wordt enkel gesteld dat Nederland op dit punt uniek is, omdat slechts zes landen in de wereld een systeem hebben waarbij het ontslag preventief wordt getoetst.¹⁶⁰ Het dienen te verkrijgen van toestemming voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst werkt als het ware als een soort filter om de werknemer te beschermen tegen een lichtvaardig ontslag.¹⁶¹ In paragraaf 2.2 is uiteengezet, dat de wetgever met een preventieve toetsing heeft willen voorzien in een ongelijkheidscompensatie. Een aantal hoogleraren voeren aan dat de huidige opzeggings- en ontbindingsprocedure beiden voorzien in een laagdrempelige en goedkope procedure, die leidt tot een relatief snelle beslissing over de rechtvaardigheid van een ontslag. Daarbij moeten werkgevers het voorgenomen ontslag deugdelijk motiveren en verantwoorden.¹⁶² Dezelfde hoogleraren voeren daarbij aan dat een repressieve toets gepaard gaat met de nodige onzekerheid en mogelijk hoge kosten met zich meebrengt (zie paragraaf 5.5). Dat de Hoofdlijnennotitie de bewijslast voor de aangevoerde ontslagreden(en) bij de werkgever neerlegt, verandert de situatie voor de werknemer in feite niet. De werkgever dient bij de hoorprocedure de ontslagredenen schriftelijk mede te delen, maar nergens blijkt uit dat de werkgever zijn ontslagvoornemen met steekhoudende argumenten dient te onderbouwen en er een gelijkwaardige discussie kan ontstaan over het ontslagvoornemen.

Bij het drietal maatregelen is pas achteraf een mogelijkheid voor een beroep op de rechter omtrent de toetsing van het ontslag. Het wetsvoorstel wijzigt hiervoor de wettelijke bepalingen omtrent kennelijk onredelijk ontslag. De Hoofdlijnennotitie en het Regeerakkoord geven niet aan hoe dit wettelijk wordt vastgelegd. Op het moment dat de rechter zich over de zaak buigt, is het ontslag is al gegeven en loopt de opzegtermijn. In geen van de maatregelen is bepaald, dat het starten van een procedure een schorsende werking heeft. Een beroep op de (bodem) rechter komt dus te laat.¹⁶³ De werknemer kan op het moment dat hij ontslagen wordt wel een kort geding procedure starten en een vordering tot terugkeer naar de werkplek instellen. De werknemer kan dit in het huidige stelsel vorderen en uit de hervormingsmaatregelen volgt niet dat dit zal wijzigen. Hoewel het oordeel van de voorzieningenrechter niet bindend is voor de bodemprocedure, speelt dit oordeel wel een belangrijke rol en neemt de bodemrechter dit mee in zijn eigen oordeel. Door pas achteraf de toegang naar de (bodem)rechter open te stellen, verkeren zowel de werknemer als de werkgever in onzekerheid over het wel of niet in stand blijven van het ontslag. Overigens is niet duidelijk binnen welke termijn de werknemer naar de rechter kan stappen en binnen welke termijn de behandeling bij de rechter plaatsvindt. De onzekerheid duurt des te langer indien hoger beroep en cassatie mogelijk is. De mogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst lijkt op het eerste gezicht een oplossing te bieden. Bij deze mogelijkheid dient evenwel rekening te worden gehouden met gronden waarop de rechter de arbeidsovereenkomst kan herstellen. Op grond van het wetsvoorstel is herstel mogelijk als de rechter van oordeel is dat de opzegging kennelijk onredelijk is, als de opzegging niet had mogen plaatsvinden of als de opzegging in het licht van de maatschappelijke opvattingen, ten tijde van die opzegging, duidelijk ver over de schreef gaat. Op grond van de Hoofdlijnennotitie kan de rechter het ontslag ongedaan maken als evident is dat een werkgever gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen of zelf ook blaam treft. Op grond van het Regeerakkoord kan het ontslag ongedaan worden gemaakt indien de werkgever heeft afgeweken van het negatieve opzeggingsadvies. Of het Regeerakkoord hiermee ook herstel van de arbeidsovereenkomst beoogt, is niet duidelijk. Uit het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie volgt, dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet voor de hand ligt, omdat hiervoor een lastig aantoonbare toetsingsgrond wordt ingevoerd. In geval van het Regeerakkoord ligt het ongedaan maken van het ontslag niet voor de hand, omdat deze mogelijkheid wordt beperkt tot het geval waarin wordt afgeweken van het UWV advies.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, 29544, nr. 410, p. 28

¹⁶¹ Bijlage I, p. 2.

¹⁶² W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 4.

¹⁶³ S.W. Kuip, E. Verhulp, 'Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd', *SMA* 2011, nr. 9, p. 417.

Als de rechter al positief beslist op herstel van de arbeidsovereenkomst is het denkbaar dat herstel wegens een verstoorde arbeidsrelatie of het wegvallen van onderling vertrouwen in de meeste gevallen niet mogelijk is. De arbeidsverhouding verbetert namelijk niet bij ontslag en de werknemer zet dit voort door de rechter over het ontslag te laten oordelen en de werkgever in rechte te betrekken. Op het moment dat het ontslag al een feit is voordat de rechter zich hierover kan uitlaten, bestaat voorts het risico dat de werkgever inmiddels een nieuwe medewerker heeft aangesteld. Het is dan voor de werknemer -indien gewenst- niet mogelijk terug te keren naar zijn 'oude' werkplek. Dit zal veelal leiden tot afkoop van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁴ Overigens kent het huidige stelsel dit probleem ook bij opzegging door de werkgever wegens een dringende reden. De voorgestelde maatregelen stellen niets voor om dit probleem aan te pakken. Uit de voorstellen blijkt voorts niet of de rechter op het moment dat de arbeidsovereenkomst herstelt kan worden nog een voorziening kan treffen omtrent de gevolgen van onderbreking. Thans kan hij de werkgever veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens gederfde inkomsten of kan hij de werkgever veroordelen tot het aanvullen van een eventueel ontvangen WW-uitkering.¹⁶⁵

Met de maatregelen uit het wetsvoorstel en de Hoofdpijnennotitie lijkt te zijn bedoeld, dat de werkgever zijn belang voor opzegging niet tegen het belang van de werknemer op behoud van de arbeidsovereenkomst hoeft af te wegen. Wellicht dat het Regeerakkoord wel wenst vast te houden aan een dergelijke afweging die dan door het UWV wordt meegenomen bij het te geven advies. Voor zover het Regeerakkoord een belangenafweging als waarborg voor de werknemer interpreteert, heeft deze waarborg een beperkte werking. De werkgever is immers niet gebonden aan het advies van het UWV. Weliswaar kan het in strijd handelen met het advies van het UWV de werkgever bij de rechter duur komen te staan, omdat het ontslag ongedaan gemaakt kan worden, maar zoals reeds is aangegeven is de arbeidsovereenkomst op dat moment al geëindigd.

5.4 De kwetsbare werknemer

De ADO stelt in haar rapport van 2000¹⁶⁶: *“Zo blijkt uit recent onderzoek dat vrouwen, ouderen, arbeidsgehandicapten en allochtonen vaker met een onvrijwillige beëindiging van hun arbeidsverhouding worden geconfronteerd dan op grond van hun aandeel in de Nederlandse beroepsbevolking mag worden verwacht.”* In een ontslagstelsel waar het voor de werkgever vrij gemakkelijk is de arbeidsovereenkomst te beëindigen, hetgeen met de drie maatregelen gebeurt, zal aan het bovenstaande weinig ten goede veranderen.¹⁶⁷

Het Regeerakkoord wil mogelijk maken om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel en maakt daarmee mogelijk dat enkel oudere werknemers voor ontslag voorgedragen worden. Een evenredige verdeling over verschillende leeftijdsgroepen is bij afwijking namelijk niet vereist. Voorts ligt niet voor de hand dat de vakbonden openstaan voor een afspraak waarbij oudere werknemers op grote schaal kunnen worden ontslagen. Zij zullen eerder blijven pleiten voor een gelijkmatige verdeling over de leeftijdsgroepen. Te verwachten valt dan ook niet, dat de praktijk veelvuldig gebruik zal maken van de afwijkingsmogelijkheid.

Werkgeversorganisaties voeren aan, dat niet zonder meer een 'hireandfire' beleid zal worden gevoerd bij inwerkingtreding van de maatregelen, omdat de werkgever ook belang heeft bij goede relaties met de werknemers en vakbonden.¹⁶⁸ Dit mag dan zo zijn. Feit is dat het goedkoper wordt om oudere en -naar mening van de werkgever- minder productieve werknemers te ontslaan. *“Een bedrijf dat hard en zakelijk redeneert heeft daar misschien best een half jaarsalaris voor over. Het is dus voorstelbaar dat werkgevers hun kans schoon zien en op grote schaal oudere werknemers gaan ontslaan. Dat risico bestaat.”*¹⁶⁹

¹⁶⁴ Artikel 7:682 lid 3 BW. Zie ook G.C. Boot, 'Wat doen we de werknemer aan', *Het Parool* 17 augustus, p.17.

¹⁶⁵ Artikel 7:682 lid 2 BW.

¹⁶⁶ Rapport van de Commissie Duaal Ontslagstelsel voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Justitie, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: november 2000, p. 45-51., p. 44.

¹⁶⁷ C.J. Loonstra, 'Afscheid van het duale ontslagrecht?', *SR* 2000-12, p. 356.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 411, p. 3.

¹⁶⁹ G.C. Boot, 'Wat doen we de werknemer aan', *Het Parool* 17 augustus 2012, p. 21.

De financiële gevolgen

De voorgestelde maatregelen verzwaren de (financiële) gevolgen van het ontslag voor de werknemer. De gevolgen zullen met name de oudere werknemer hard treffen. De werkgever is niet verplicht de werknemer een vergoeding bij ontslag mee te geven. Dit kunnen zij wel overeenkomen in de arbeidsovereenkomst of de sociale partners bij cao. Bij de drie maatregelen kan de werknemer bij de rechter proberen een vergoeding te krijgen. Bij het wetsvoorstel kan de werknemer bij een onredelijk ontslag aanspraak maken op een schadevergoeding die aan de hand van de huidige richtlijnen bij kennelijk onredelijk ontslag wordt begroot. In geval van kennelijk onredelijkheid kan de rechter een afkoopsom naar billijkheid vaststellen. Bij de Hoofddlijnennotitie kan een wettelijk genormeerde vergoeding worden toegekend onder meer als de opzegging niet op een reële grond berust. De vergoeding bedraagt hoogstens een half maandsalaris per dienstjaar met een maximum van jaarsalaris. Bij het Regeerakkoord kan de rechter een vergoeding toekennen als het ontslag onterecht is gegeven of hoofdzakelijk aan de werkgever valt te wijten. De vergoeding bedraagt hoogstens een half maandsalaris per gewerkt dienstjaar met een maximum van in totaal € 75.000,00. Na hervorming zal de werknemer bij de Hoofddlijnennotitie en het Regeerakkoord aanspraak kunnen maken op een vergoeding die lager is dan waarop zie thans aanspraak kunnen maken. Als een werknemer 30 jaar bij dezelfde werkgever in dienst is geweest kan dus ofwel maximaal een jaarsalaris meekrijgen of € 75.000,00, terwijl de werknemer in het huidige stelsel bij ontbinding van de kantonrechter gemiddeld 1,10 maandsalarissen per dienstjaar meekrijgt.¹⁷⁰ Bij kennelijk onredelijk ontslag ligt de schadevergoeding een stuk lager. Deze vergoeding bedraagt gemiddeld 0,66 maandsalarissen per dienstjaar,¹⁷¹ maar is wel hoger dan het maximale halve maandsalaris. De wettelijk genormeerde vergoeding kan fors lager uitvallen en kan voor de werknemer een bittere pil zijn om te slikken. Bij het wetsvoorstel krijgt de werknemer te maken met de laagste variant van vergoeding, de schadevergoeding, die we in het huidige stelsel kennen. Ook dat kan de werknemer als verslechtering ervaren. De vergoeding zal door de werknemer naar alle waarschijnlijkheid ook na hervorming van het huidige stelsel voornamelijk worden aangewend als inkomensvoorziening zolang er geen nieuwe inkomstenbron is. Feit blijft, dat de oudere werknemer in de huidige maatschappij niet gemakkelijk aan een nieuwe baan komt.¹⁷² Een minimaal bedrag voor scholing en activering in de vorm van een transitiebudget zal hier weinig verandering in brengen (zie paragraaf 5.10).

Na zijn ontslag kan de werknemer voor een WW-uitkering in aanmerking komen. De thans geldende maximum duur van de uitkering van 38 maanden wordt door het Regeerakkoord met 14 maanden verkort en vastgesteld op maximaal twee jaar. Voor langdurig werklozen betekent dit dat zij eerder een beroep op een bijstandsuitkering moeten doen. De 55-plussers die langdurig werkloos zijn, kunnen een beroep doen op de IOW.

Tevens voert het Regeerakkoord een opbouwsysteem in voor de duur van de uitkering. De eerste tien dienstjaren bouwt de werknemer per dienstjaar één maand uitkering op. Hierna bouwt hij een half maandsalaris per dienstjaar op. Dit betekent, dat de werknemer na 38 jaar in dienst recht heeft op de maximale WW-uitkering van twee jaar. Dit kan evenwel korter zijn als het huidige 'basisrecht' van drie maanden blijft gelden. Te verwachten is, dat een behoorlijk aantal werknemers, als ze al in aanmerking komen voor een WW-uitkering, een kortlopende uitkering ontvangen. Voornamelijk jongeren, die binnen de huidige markt vaak een kort arbeidsverleden opbouwen, worden door deze maatregel geraakt.¹⁷³

Voorts wordt de hoogte van de uitkering gewijzigd. Het eerste jaar wordt de uitkering gerelateerd aan het laatstverdiend loon in plaats van een bepaald percentage van het laatstverdiend loon waaraan voorts bij wet een maximum dagloon is gekoppeld. Het eerste jaar ontvangt de werknemer dus een hogere uitkering dan thans het geval is. In het tweede jaar wordt door het akkoord de hoogte aan het wettelijk minimumloon gerelateerd. De WW-premie voor de werkgever wordt hiervoor als tegemoetkoming verhoogd.

¹⁷⁰ P. Kruit en C.J. Loonstra, "Statistiek ontbindingsvergoedingen 2010: the yearafter", AR 2011-5, p. 16.

¹⁷¹ P. Kruit en C.J. Loonstra, "Statistiek ontbindingsvergoedingen 2010: the yearafter", AR 2011-5, p. 18.

¹⁷² Raad voor Werk en Inkomen, 'G(oud)! Kansen creëren voor werkloze ouderen', oktober 2011, p. 4-5.

¹⁷³ Brief van FNV Jong aan de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Commentaar FNV Jong regeerakkoord, 7 november 2012, p. 3.

Het wetsvoorstel laat de werkgever de eerste drie maanden van de WW-uitkering aanvullen: de eerste twee maanden met 15 procent van het laatstverdiend brutoloon en de laatste maand met 20 procent van het laatstverdiend brutoloon. De Hoofdlijnennotitie houdt vaste aan de huidige bepalingen omtrent de WW-uitkering, maar laat de werkgever maximaal de eerste zes maanden deze uitkering betalen. De WW-uitkering ondergaat bij het Regeerakkoord en wetsvoorstel een verbetering voor wat betreft de hoogte ervan, maar verslechtert door het regeerakkoord voor wat betreft de duur ervan.

Naast een WW-uitkering kan de werknemer zelf enkel de ontslagvergoeding als aanvulling gebruiken gedurende de jaren dat hij werkloos kan zijn. Het transitiebudget mag volgens de Hoofdlijnennotitie namelijk niet worden aangewend als inkomensvoorziening of als aanvulling tot het bereiken van de pensioensgerechtigde leeftijd. Het Regeerakkoord dit stelt niet expliciet, maar lijkt dit wel te bedoelen door te stellen dat de werkgever *“een vergoeding voor scholing in de vorm van een transitiebudget verschuldigd is”*. De werknemer kan na een WW-uitkering aanspraak maken op een bijstandsuitkering, waarbij een strenge partner- en vermogenstoets wordt gehanteerd. De werknemer kan mogelijk tot aan zijn pensioensgerechtigde leeftijd op een bijstandsniveau verkeren. Het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie houden vast aan de huidige bepaling omtrent de inkomensvoorzieningen waarvoor men na afloop van een WW-uitkering in aanmerking kan komen (IAOW en de IOW). Op grond van de IOAW kan de werknemer die op of na 50-jarige leeftijd werkloos wordt een aanvulling krijgen op het (gezins)inkomen tot bijstandsniveau. De IOAW kent een minder strenge inkomenstoets dan de WWB. Op grond van de IOW kan de werknemer die op of na 60-jarige leeftijd werkloos is geworden en langer dan drie maanden een WW-uitkering heeft ontvangen, een voorziening van 70 procent van het minimumloon ontvangen tot aan de pensioensgerechtigde leeftijd. Het Regeerakkoord houdt niet geheel vast aan deze bepalingen. De IOAW vervalt en de IOW gaat gelden voor de werknemer die op of na 55-jarige leeftijd werkloos is geworden. Worden de bepalingen omtrent de ontslagvergoeding, de WW-uitkering en het transitiebudget in samenhang bekeken, dan ziet het financiële plaatje na hervorming er niet bepaalt florissant uit. Uiteraard wordt de werknemer in het huidige stelsel bij ontslag geconfronteerd met een inkomensterugval. Door invoering van één van de voorgestelde maatregelen wordt deze inkomensterugval juist vergroot. Dat de pensioensgerechtigde leeftijd in de komende jaren worden verhoogd, komt het voorgaande niet ten goede. Het Regeerakkoord komt de oudere werknemer enigszins tegemoet door vanaf hun 55-jarige leeftijd een inkomensvoorziening in te voeren waarbij geen partner- of vermogenstoets worden gehanteerd (IOW).

“Met name ouderen op de arbeidsmarkt gaan in deze tijden van crisis een sombere toekomst tegemoet. Voor hen zal ontslag als een zwaard van Damocles boven het hoofd komen te hangen. Met het thans aanwezige ruime aanbod aan goedkopere en ‘flexibele’ arbeidskrachten dreigt massale werkloosheid, en onder druk daarvan genoeg moeten nemen met een tijdelijk contract of zzp-constructie, met dank aan het voorgestelde eenvoudige en goedkope ontslag.”, aldus de vakbonden naar aanleiding van de maatregelen uit de Hoofdlijnennotitie.¹⁷⁴ Dat met name ouderen de rekening zullen betalen van een versoepeld ontslagrecht wordt door meerdere critici gevreesd.¹⁷⁵

5.5 De drempel voor een beroep op de rechter

De werknemer dient op grond van de maatregelen zelf het initiatief te nemen om het ontslag aan de rechter voor te leggen. Te verwachten is dat de werknemer dit initiatief als een drempel, als een achterstand op de werkgever, zal ervaren.¹⁷⁶ De werknemer krijgt te maken

¹⁷⁴ C.E. Passchier, M. Limmen & E. Haket, *Brief aan de voorzitter en de leden van de Commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Hoofdlijnennotitie ontslag en WW*, Amsterdam, 2 juli 2012, p. 8.

¹⁷⁵ W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 3 en P. Boontje, ‘Plannen ontslagrecht ondoordacht en onverstandig’, NOS 12 november 2012.

¹⁷⁶ G.C. Boot, ‘Wat doen we de werknemer aan’ *Het Parool* 17 augustus 2012, p. 21; D.M.A. Bij de Vaate, ‘Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid’, TAP juli 2012, p. 195; *Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag, Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht*, 30 augustus 2007,

met zowel een financiële als een psychologische drempel. Hij wordt geconfronteerd met kosten voor rechtshulp, griffierecht en eventueel een proceskostenveroordeling. Of de werknemer griffierecht moet betalen, is afhankelijk van de rechter waar de zaak wordt aangebracht en de partij die de zaak aanbrengt. Als de werknemer de zaak bij de kantonrechter of de civiele rechter aanbrengt, dan is hij griffierecht verschuldigd.

De maatregelen geven niet aan of de werknemer een dagvaardings- of verzoekschriftprocedure dient te starten. Het wetsvoorstel houdt voor de toetsing van een onredelijk ontslag vast aan de huidige bepalingen omtrent kennelijk onredelijk ontslag, hetgeen met een dagvaarding wordt ingeleid. Voor de werknemer maakt het een verschil of hij de procedure met een dagvaarding of verzoekschrift dient in te leiden. Onder meer omdat bij een dagvaardingsprocedure andere formaliteiten kunnen gelden op het gebied van het bewijsrecht. De regels van het bewijsrecht zijn van toepassing bij een dagvaardingsprocedure en in beginsel ook bij een verzoekschriftprocedure, tenzij de aard zich hiertegen verzet.¹⁷⁷ Voorts wordt aangenomen dat deze regels niet van toepassing zijn bij een kort geding procedure.¹⁷⁸ De inkomensgrens om in aanmerking te komen voor gesubsidieerde rechtsbijstand is laag.¹⁷⁹ Niet iedere werknemer beschikt over de financiële middelen om (langdurig) te procederen. Vaak beschikt de werkgever over meer financiële middelen, waardoor de werknemer de indruk zou kunnen krijgen dat hij 'kapot wordt geprocedeerd'. Daarbij wil ook niet iedere werknemer een procedure voeren die mogelijk een lange en onzekere nasleep heeft, zeker met het openstellen van beroep en cassatie.¹⁸⁰ De uitkomst is immers allerm minst zeker. In het wetsvoorstel, de Hoofddlijnennotitie en het Regeerakkoord wordt met deze drempel voor de werknemer geen rekening gehouden.

Dit alles, zal in eerste instantie voor een aantal werknemers een te hoge drempel vormen om naar de rechter te stappen. Dit kan ervoor zorgen dat onterecht gegeven ontslagen niet voor de rechter komen.¹⁸¹ Gevolg daarvan zou dan weer kunnen zijn -ongeacht de reden dat de werkgever van de werknemer af wil- dat de werkgever de inschatting maakt of de betreffende werknemer zich wel of niet tot de rechter zal wenden en dit de doorslag geeft aan zijn besluit om over te gaan tot ontslag van de werknemer. Een andere mogelijkheid is dat voornamelijk werknemers die voldoende financiële middelen voorhanden hebben om te procederen en die voorts niet opzien tegen een onzekere en langdurige procedure naar de rechter zullen stappen. Dit zou een tweedeling op kunnen leveren tussen hoger betaalde en lager betaalde werknemers.¹⁸² Terwijl het arbeidsrecht juist die werknemers tracht te beschermen die om welke reden dan ook een zwakkere positie hebben.

5.6 Aanvechten van het ontslag

Kantonrechter Boor vindt het voor de hand liggen dat het aantal ontslagzaken bij de rechter flink zal toenemen, ondanks dat slechts beperkt aantal werknemers in het huidige stelsel zelf een ontslagprocedure starten.¹⁸³ Dit hangt volgens hem samen het contrast tussen de huidige vergoeding en de toekomstige vergoeding. Als een oudere werknemer in het huidige stelsel

publicatienummer 5/07, p. 24 en W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p.4; C.E. Passchier, M. Limmen, E. Haket, *Brief aan de voorzitter en de leden van de Commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Hoofddlijnennotitie ontslag en WW*, Amsterdam, 2 juli 2012, p. 4; Bijlage I, p. 3; Bijlage II, p. 5 en 7 en Bijlage III, p.10.

¹⁷⁷ Artikel 284 Rv.

¹⁷⁸ M.L. Hendriks & A.W. Jongbloed, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Kluwer Deventer 2007, p. 240. Bijlage II, p. 7.

¹⁷⁹ Per 1 januari 2013 kom je als alleenstaande bij een jaarinkomen van boven een bedrag ad € 25.200,00 en als samenwonend/gehuwd/eenoudergezin bij een jaarinkomen boven een bedrag van € 35.600,00 niet meer in aanmerking voor gesubsidieerde rechtsbijstand. Is het jaarinkomen onder deze genoemde bedragen dan is de eigen bijdrage maximaal € 796,00.

¹⁸⁰ W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p. 4.

¹⁸¹ A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en Koser Kaya?', *Ars Aequi* 2011, 11, p. 792.

¹⁸² C.E. Passchier, M. Limmen, E. Haket, *Brief aan de voorzitter en de leden van de Commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Hoofddlijnennotitie ontslag en WW*, Amsterdam, 2 juli 2012, Bijlage, p. 5.

¹⁸³ G.J. Boot, 'Wat doen we de werknemer aan', *Het Parool*, 17 augustus 2012, p. 21.

een paar jaarsalarissen als vergoeding mee kan krijgen, terwijl hij in het nieuwe stelsel een veel lagere vergoeding meekrijgt, zal hij niet snel genoeg nemen met zijn ontslag. De vergoeding wordt door werknemers veelal als pleister op de wond ervaren. Dat de rechter in bepaalde gevallen een verhoogde vergoeding kan toekennen¹⁸⁴, kan voor de werknemer een motivatie zijn om toch een procedure te starten. Overigens beogen de opstellers van de maatregelen een juridisering te voorkomen. Zij hebben daarom een niet gemakkelijk aan te tonen grond gekoppeld aan het verkrijgen van een hogere vergoeding. Vecht het merendeel van de werknemers hun ontslag bij de rechter toch aan, dan is de kans groot dat door toenemende procedures de zo ongewenste juridisering van het ontslag intreedt. Ondanks de drempel voor de werknemer om zijn (ex)werkgever in een procedure te betrekken, schat de Raad voor de Rechtspraak bij invoering van het wetsvoorstel in, dat jaarlijks circa 20.000 extra procedures worden gevoerd.¹⁸⁵ Of er meer geprocedeerd wordt bij invoering van de Hoofdlijnennotitie valt volgens de Raad door hun summiere uitwerking niet vast te stellen. Over het Regeerakkoord heeft de Raad nog geen advies uitgebracht. Advocaat Boontje¹⁸⁶ stelt -gelet op de maatregelen in het Regeerakkoord- dat je als werknemer “niet zo gek veel hebt te verliezen” door het ontslag aan de rechter voor te leggen. Zeker als er een negatief advies is uitgebracht door het UWV ziet hij geen reden om als werknemer niet in actie te komen. De door het Regeerakkoord beoogde verkorte WW-uitkering kan voor de werknemer een extra motivatie vormen een vergoeding bij de rechter te vragen, voor zover de werkgever het advies van het UWV niet heeft opgevolgd.

5.7 Hoger beroep en cassatie

Het voordeel voor zowel de werknemer als werkgever bij het thans geldende appelverbod is dat zij na een ontbindingsbeschikking weten waar ze aan toe zijn. Het nadeel voor de werknemer is dat hij niets meer kan ondernemen als hij nog steeds grote bezwaren heeft tegen het ontslag of een vergoeding naar zijn mening passend zou zijn of hoger behoort te zijn. Het openstellen van hoger beroep en cassatie tegen het ontslag en/of de vergoeding, zoals in het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie wordt voorgesteld, leidt tot de mogelijkheid van een lange rechtsstrijd, welke gepaard gaat met de nodige onzekerheid. Bovendien kost procederen geld en beschikt de werkgever in beginsel over meer financiële middelen om dit te doen. Als de werkgever naar zijn beleving een (te) hoge vergoeding aan de werknemer moet betalen, zal hij eerder dan de werknemer in beroep gaan tegen de toegekende vergoeding.¹⁸⁷ In het geval dat wordt geoordeeld dat een ontslag onterecht is gegeven, zal dit in het merendeel van de gevallen niet leiden tot terugkeer naar de werkplek, maar tot afkoop van de arbeidsovereenkomst (zie paragraaf 5.3). Het toekennen van een vergoeding is in de voorgestelde maatregelen zo gepresenteerd dat een beroep hierop niet gemakkelijk zal zijn en in zoverre ook niet voor de hand zal liggen. De werknemer heeft dus een groter belang bij het ontbreken van hoger beroep en cassatie. Overigens verschillen de twee maatregelen over het openstellen van hoger beroep en cassatie tegen opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een vergoeding bij ontslag.

5.8 De vergoeding bij ontslag

In het huidige stelsel bestaat geen recht op een vergoeding bij ontslag. Na hervorming zal er tevens geen algemeen recht op een vergoeding ontstaan. In het huidige stelsel kan de rechter bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voor zover hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, bij een verandering in de omstandigheden een vergoeding toekennen. Er is geen wettelijke regeling die in een dergelijk geval de hoogte van de vergoeding bepaald. De rechter gebruikt hierbij de zogeheten kantonrechtर्सformule die bestaat uit drie vaste componenten die per geval de hoogte van de vergoeding bepalen. De kennelijk onredelijk van het ontslag wordt in het huidige stelsel beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag. De schadevergoeding

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 15 en Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 9-10.

¹⁸⁵ *Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor Koser Kaya inzake initiatiefvoorstel wijziging ontslagrecht*, Den Haag: december 2011, p. 6.

¹⁸⁶ P. Boontje, ‘Plannen ontslagrecht ondoordacht en onverstandig’, NOS 12 november 2012.

¹⁸⁷ G.J. Boot, *Reactie op Koser Kaya, Presentatie bijeenkomst Vereniging voor Arbeidsrecht d.d. 24 november 2011*, p. 4.

wordt vastgesteld aan de hand van richtlijnen van verschillende in de rechtspraak tot stand gekomen richtlijnen en houdt onder meer nauw verband met de omstandigheden die tot het oordeel van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag hebben geleid. De rechter neemt dus de omstandigheden van het geval mee in zijn beslissing omtrent het toekennen en de hoogte van een vergoeding. In welke mate het meenemen van alle omstandigheden van het geval in het voordeel van de werknemer is, is niet gemakkelijk te beantwoorden. Enerzijds kan worden gesteld, dat hoe meer omstandigheden worden meegenomen des te groter het risico voor de werknemer is dat de rechter niet in zijn voordeel beslist. Anderzijds kan worden gesteld, dat hoe meer omstandigheden meewegen in de beslissing van de rechter des te meer mogelijkheden de werknemer heeft om zijn zaak in zijn voordeel te bepleiten. Voorts kan worden afgevraagd in hoeverre de arbeidsmarktpositie van de werknemer en een belangafweging tussen werkgever en werknemer een rol spelen. Dit zijn zaken die ofwel in het voordeel ofwel in het nadeel van de werknemer kunnen zijn.

De voorstellen uit het wetsvoorstel, de Hoofdpijnennotitie en het Regeerakkoord beogen ieder een andere regeling in te voeren voor het toekennen van een vergoeding en de rechterlijke toetsing. In paragraaf 5.4 is reeds stilgestaan bij de hoogte van een eventuele vergoeding na hervorming. Enkel het wetsvoorstel houdt vast aan de huidige schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, maar noemt dit een onredelijk ontslag. De rechter mag vol op onredelijkheid toetsen. De kennelijk onredelijkheid wordt terughoudend getoetst. Bij de Hoofdpijnennotitie wordt door de rechter terughoudend getoetst op de aanwezigheid van een 'reële grond', de verwijtbaarheid van de werkgever, de geldende voorschriften en de mogelijkheid het ontslag ongedaan te maken. Bij het Regeerakkoord toetst de rechter vol of het ontslag onterecht is gegeven en of het ontslag hoofdzakelijk aan de werkgever te verwijten valt. Uit deze voorstellen kan geen eenduidige conclusie worden getrokken over de vraag of de rechter bij zijn beslissing omtrent het toekennen en de hoogte van een vergoeding (alle) omstandigheden van het geval dient te betrekken. Temeer omdat hij soms terughoudend en soms vol dient te toetsen.

Daarnaast is niet duidelijk of de rechter naar billijkheid tot toekenning van een vergoeding mag overgaan. Tevens is onduidelijk of hij bij de omvang van de vergoeding rekening mag houden met de persoon van de werknemer, zoals de leeftijd en arbeidsmarktpositie. De drie hervormingsmaatregelen veronderstellen dat de rechter in zijn huidige beslissingsvrijheid wordt beperkt. Hij wordt in bepaalde gevallen voor de mogelijkheid gesteld een vergoeding toe te kennen, welke door de Hoofdpijnennotitie en het Regeerakkoord wordt gemaximeerd. De introductie van een wettelijk genormeerde vergoeding zorgt ervoor dat de rechter niet in staat wordt gesteld doch in ieder geval sterk wordt beperkt een passende financiële vergoeding toe te kennen als dit naar zijn oordeel wel redelijk zou zijn gezien de omstandigheden van het geval en/of de mogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst.

Hoe aan de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst in een nieuw stelsel vorm wordt gegeven, is niet duidelijk. Op grond van de Hoofdpijnennotitie wordt deze beperkt tot het loon over de opzegtermijn. Het Wetsvoorstel en het Regeerakkoord wijden hier niet over uit. Duidelijk is dat de geldende kantonrechtersformule een andere betekenis krijgt. In een nieuw ontslagstelsel worden de ontbindingsmogelijkheden immers beperkt. Het is denkbaar dat de huidige kantonrechtersformule komt te vervallen als niet meer de daarvoor kenmerkende A, B en C factoren worden betrokken bij het bepalen van een passende hoogte van de vergoeding. De formule kan uiteraard ook gewijzigd worden, zoals reeds in 2009 is gebeurd toen factor C werd aangepast. In dat geval is er na hervorming gewoon een kantonrechtersformule. Voor de vakbonden bestaat een mogelijk een voor de werknemer gunstige regeling te treffen. De sociale partners kunnen namelijk ook na hervorming bij cao voorzien in een voor de werknemer te ontvangen passende vergoeding bij ontslag, zolang deze het wettelijk genormeerde bedrag niet overschrijdt. De verhouding tussen hetgeen bij cao is bepaald en hetgeen de rechter wettelijk kan toekennen is in het huidige stelsel als volgt: de rechter is niet gebonden aan de vergoeding die in de toepasselijke cao is opgenomen, maar dit betekent niet

dat de rechter geen rekening hoeft te houden met deze cao-bepalingen.¹⁸⁸ In de drie maatregelen is niets bepaald over de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot het toekennen van een vergoeding. Tevens is niets bepaald over de mate waarin de rechter rekening moet houden met hetgeen in de cao is bepaald.

Over de toepassing van een sociaal plan in een ontbindingsprocedure heeft een kantonrechter bepaald, dat ondanks de betrokken werknemer niet was van de vakbond met wie het sociaal plan was gesloten en deze vakbond ook niet als een representatieve vakbond kan worden aangemerkt, het sociaal plan toch van toepassing was op de werknemer.¹⁸⁹

De ontslagvergoeding die de werknemer thans ontvangt is veelal gebaseerd op afspraken tussen werknemer en werkgever. De hierbij betrokken werknemers zijn over het algemeen werknemers met een sterkere arbeidsmarktpositie en ontvangen een hoog salaris. Door de vergoedingen te verlagen en te maximeren, verandert er niets aan deze afspraken. Dergelijke werknemers zullen naar alle waarschijnlijkheid juist in toenemende mate afspraken over een bij ontslag te ontvangen vergoedingen afdwingen.¹⁹⁰ Werknemers met een slechtere arbeidsmarktpositie zijn niet in staat deze afspraken af te dwingen en vallen in bepaalde gevallen dan terug op de verlaagde en gemaximeerde wettelijke vergoeding.¹⁹¹ Voor zover de rechter een minimale beoordelingsbevoegdheid heeft om (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) af te wijken van de wettelijke vergoeding en rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, kunnen de werknemers met een slechtere arbeidsmarktpositie niet meer dan de wettelijk vergoeding ontvangen. Door de eventueel te ontvangen vergoeding te verlagen en te maximeren worden de huidige verschillen in de hoogte van de ontslagvergoeding juist versterkt.

5.9 De onderhandelingspositie

In de huidige ontslagpraktijk wordt de onderhandelingspositie van de werknemer beïnvloed door de kans dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, hetgeen het risico voor de werkgever vormt, en de kans dat een lagere vergoeding wordt toegekend, hetgeen het risico voor de werknemer vormt.¹⁹² Het risico dat de werkgever heeft bij onderhandelingen wordt geminimaliseerd door het ontslaan van de werknemer te vergemakkelijken. Het risico voor de werknemer wordt vergroot door de gemaximeerde vergoedingen. Dit betekent, dat de werknemer een groter risico heeft bij onderhandelingen en hij hierdoor een verslechterde onderhandelingspositie heeft. Deze onderhandelingspositie wordt verder verslechterd als een gedeeltelijk hoger beroep wordt toegestaan tegen de hoogte van de vergoeding, hetgeen de Hoofdlijnennotitie voorstelt. Het risico voor de werkgever wordt immers nog verder beperkt als in beroep het ontslag niet ongedaan kan worden gemaakt. Daarbij zou een dergelijk hoger beroep niet in overeenstemming zijn met de equality of arms.¹⁹³ De werknemer kan volgens de Hoofdlijnennotitie in hoger beroep geen herstel van de dienstbetrekking verkrijgen, terwijl de werkgever in hoger beroep een lagere of zelfs geen vergoeding kan vorderen. Dit duidt niet op gelijkheid van processuele middelen. De werknemer wordt in een benadeelde positie ten opzichte van de werkgever geplaatst. Bij de onderhandelingen tussen de sociale partners wordt de kantonrechtersformule met grote regelmaat gebruikt als maatstaf. Door een eventuele vergoeding in een nieuw stelsel wettelijk te beperken, wordt de onderhandelingsruimte van de vakbonden over sociale plannen en bij de cao's verkleind.¹⁹⁴ De bovengrens wordt namelijk naar beneden bijgesteld.

¹⁸⁸ Rechtbank Almelo 8 oktober 2010, LJV BO0020, r.o. 5.3.

¹⁸⁹ Rechtbank Utrecht 3 januari 2012, LJV BU9919.

¹⁹⁰ D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', TAP juli 2012, p. 197.

¹⁹¹ W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012, p.3.

¹⁹² G.J. Boot, *Reactie op Koser Kaya, Presentatie bijeenkomst Vereniging voor Arbeidsrecht d.d. 24 november 2011*, p.4

¹⁹³ *Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor de leden van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, Den Haag, 27 juni 2012, p. 2.

¹⁹⁴ C.E. Passchier, M. Limmen, E. Haket, *Brief aan de voorzitter en de leden van de Commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Hoofdlijnennotitie ontslag en WW*, Amsterdam, 2 juli 2012, p. 6.

5.10 Transitiebudget en ketenregeling

Het doel van het transitiebudget, dat door de Hoofdpijnennotitie en het Regeerakkoord wordt voorgesteld, is om de doorstroom naar een nieuwe baan te bevorderen. Het is dan ook merkwaardig dat dit budget voor de werknemer pas beschikbaar is op het moment dat hij al ontslagen is. Het ligt meer voor de hand om te investeren in activering en scholing van de werknemer tijdens zijn dienstverband.¹⁹⁵ Niet alleen omdat het de huidige baan van de werknemer ten goede kan komen, maar ook de doorstroom naar een nieuwe baan te bevorderen. Er geldt wel een opzegtermijn waarbinnen de werknemer op zoek kan gaan naar een nieuwe baan, maar als dat zo gemakkelijk was zou het ook niet gewenst zijn een budget voor activering en scholing in te voeren. Daarbij kan de werknemer zijn ontslag aanvechten en zal zijn focus gedurende de opzegtermijn waarschijnlijk niet liggen op het vinden van een nieuwe baan, maar op het behouden van zijn baan. Het voorstel uit de Hoofdpijnennotitie om de opzegtermijn voor werknemer en werkgever op twee maanden vast te stellen, geeft de werknemer in principe nog een redelijke termijn een nieuwe baan te zoeken en is dus niet zozeer problematisch.¹⁹⁶ Het nadeel is, dat de periode waarover de werkgever het loon uit dient te betalen, wordt verkort.

Het wetsvoorstel stelt een verkorting van de ketenregeling voor: na twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of een periode van maximaal twee jaar van opvolgende arbeidsovereenkomsten met een tussengelegen periode van niet langer dan twee maanden. Dit heeft echter een betrekkelijke bijdrage, omdat bij cao ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Overigens kan de toevoegde waarde van deze ketenregeling wordt betwist als het ontslaan van een werknemer vergemakkelijkt wordt.

5.11 Sociale partners

Een vergemakkelijkt ontslag in samenhang met een verlaagde cq. wettelijk genormeerde vergoeding, de beperkte kans tot herstel van de arbeidsovereenkomst en een verkorting en aangepaste opbouw van de WW-uitkering vormen geen maatregelen die het belang van de werknemer dienen. De voorgestelde maatregelen sluiten aanvullende afspraken door werkgevers en werknemers niet uit. In paragraaf 2.5 is stil gestaan bij de rol van de sociale partners binnen het ontslagrecht. Een belangrijk vraag is dan ook in hoeverre de sociale partners betrokken zullen worden bij de invulling en uitwerking van de 'nieuwe ontslagregels'. In de eerste plaats is dit belangrijk voor de werknemer, omdat cao afspraken vaak gunstiger zijn dan hetgeen bij wet is bepaald. In de tweede plaats omdat zonder steun van de sociale partners de nieuwe plannen uiteindelijk van tafel kunnen worden geveegd. Voor de vakbonden is van belang dat het arbeidsrecht voor de werknemer een fundamentele bescherming biedt.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Bijlage II, p. 6.

¹⁹⁶ Bijlage I, p. 2.

¹⁹⁷ Stichting van de Arbeid, *Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag, "Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht"*, 30 augustus 2007, publicatienummer 5/07, p. 24.

6. Conclusies en aanbevelingen

De voorgestelde maatregelen uit het initiatiefwetsvoorstel van 1 juli 2011, de Hoofddlijnennotitie van 18 juni 2012 en het recente Regeerakkoord van 29 oktober 2012 beogen het ontslagrecht te hervormen. Al tientallen jaren wordt getracht wijzigingen in het huidige ontslagstelsel aan te brengen. Passende en aanvaardbare voorstellen bleven uit. Immers, tot op de dag van vandaag discussiëren economen, onderzoekers, wetenschappers, hoogleraren, juristen, advocaten, rechters en de sociale partners over de noodzaak tot hervorming en de (nieuwe) vormgeving van het Nederlandse ontslagstelsel. In deze scriptie is onderzocht in hoeverre de huidige rechten en waarborgen voor de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden gewaarborgd door de drie hiervoor genoemde maatregelen.

6.1 Conclusies

De huidige rechten en waarborgen

De werknemer heeft op grond van verschillende wetten, verdragen en uitspraken recht op bestaanszekerheid, bescherming tegen werkloosheid en gelijke behandeling. Daarnaast heeft de werknemer recht op arbeid, in die zin dat de overheid verantwoordelijk is voor een hoog niveau van werkgelegenheid en dient in te staan voor toegang tot arbeid. Uit dit recht volgt niet dat de overheid ten opzichte van de burger een arbeidsplicht heeft. Voorts heeft de werknemer recht op een eerlijk proces, in die zin dat een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie zich bij ontslag uitlaat over zijn burgerlijke rechten en verplichtingen. De werknemer dient hierbij over gelijke processuele middelen als de werkgever te beschikken, zodat zij in gelijke mate aan het processueel debat kunnen deelnemen. De werknemer en de werkgever dienen in de gelegenheid te worden gesteld hun zaak voor de rechter te presenteren, onder omstandigheden die één van hen niet in een substantieel nadeligere positie ten opzichte van de ander plaatst.

Het huidige ontslagrecht bevat een tweetal waarborgen voor de werknemer. De eerste waarborg bestaat uit de preventieve toetsing van het ontslag door een derde, waardoor de dienstbetrekking kan voortbestaan. Deze derde partij beoordeelt of het door de werkgever gewenste ontslag berust op een redelijke cq. geldige grond. Daarbij wordt de werknemer in de gelegenheid gesteld zich tegen het ontslagvoornemen te verweren en zo zijn ontslag te voorkomen. De tweede waarborg bestaat uit het toekennen van een ontslagvergoeding. De kantonrechter kan, indien hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verandering in de omstandigheden een vergoeding op grond van de kantonrechtersformule toekennen.

De noodzaak tot hervorming van het ontslagrecht

De juridische noodzaak bestaat uit de rechtsongelijkheid en onoverzichtelijkheid waarvan op dit moment sprake is door het duale ontslagstelsel. Zo bestaat er een verschil in doorlooptijd, procesgang en ontslagvergoedingen. Bovendien wordt de uiteindelijke route voor ontslag bepaald door de werkgever, wat zorgt voor willekeur en ongelijkheid in de hand werkt.

Daarnaast is het huidige stelsel onoverzichtelijk en complex door de verschillende regels die gelden voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Voorts is de huidige opzeggings-procedure in strijd met het recht op een eerlijk proces, omdat het UWV geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is en de beslissing van het UWV ook niet alsnog door een rechter wordt getoetst. Hierdoor wordt de werknemer geen volwaardige rechtsgang geboden die voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM.

Voor wat betreft de economische noodzaak tot hervorming kan geen eenduidige conclusie worden getrokken. Er zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd naar het effect van ontslagbescherming op variabelen als werkloosheid, werkgelegenheid, arbeidsmobiliteit, arbeidsproductiviteit, welvaartswinst en dynamiek van de arbeidsmarkt. De resultaten van deze onderzoeken stemmen echter niet met elkaar overeen. Wel kan worden gesteld, dat er op dit moment een tweedeling bestaat tussen werknemers met een vast contract, de insiders, en de werknemers die streven naar een vast contract, de outsiders. Binnen het huidige ontslagrecht genieten de insiders meer bescherming dan de outsiders. Daarbij blijven outsiders vaak outsiders. Dit wordt als ongerechtvaardigd beschouwd.

Met de maatregelen wordt beoogd om de rechtsongelijkheid en onoverzichtelijkheid tegen te gaan en het ontslagrecht te vereenvoudigen. Voorts wordt beoogd een juridisering van de arbeidsverhoudingen te voorkomen en doorstroom naar een nieuwe baan te bevorderen

De huidige rechten en waarborgen in combinatie met de voorgestelde maatregelen

De drie hervormingsmaatregelen zijn voornamelijk op hoofdlijnen uiteengezet. Door de summiere uitwerking kunnen geen harde conclusies worden getrokken over de effecten van de maatregelen. Er wordt dan ook een voorlopig oordeel gevormd over de mate waarin de huidige rechten en waarborgen door de voorgestelde maatregelen worden gewaarborgd.

Het wetsvoorstel van Koser Kaya en de Hoofdlijnennotitie van Kamp pleiten voor één ontslagroute: opzegging van de arbeidsovereenkomst nadat de werkgever de werknemer heeft gehoord en in staat heeft gesteld zijn zienswijze op het ontslagvoornemen te geven. De preventieve toetsing van het ontslag wordt vervangen voor een repressieve rechterlijke toetsing. De werkgever kan zonder voorafgaande toestemming van een derde een werknemer ontslaan. Met deze voorstellen lijkt te zijn bedoeld dat de werkgever een oordeel vormt over zijn eigen ontslagvoornemen, terwijl hij niet of in ieder geval in mindere mate beschikt over de expertise een objectief oordeel te geven omtrent het ontslagvoornemen. Binnen het huidige stelsel dient de werkgever met een goed verhaal te komen om een derde te overtuigen dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk is. De werknemer kan zich ook tegen het ontslagvoornemen verzetten om zo de werkgever van het ontslag te weerhouden. Binnen de voorgestelde hoorplicht/hoorprocedure dient de werkgever relevante informatie over het voorgenomen ontslag aan te reiken. De werknemer mag hierop zijn zienswijze of reactie kenbaar maken. Nergens blijkt uit dat de werkgever met steekhoudende argumenten moet komen voordat de arbeidsovereenkomst opgezegd kan worden. Uit de voorgestelde hoorplicht/hoorprocedure volgt (vooralsnog) niet dat er een (juridische gewaarborgde) setting is waarbinnen de werknemer zich kan verweren tegen het voorgenomen ontslag en waarbinnen een gelijkwaardig debat kan plaatsvinden, zodat er ruimte bestaat dat van het voorgenomen ontslag wordt afgezien. Een dergelijke beschermende functie is van belang om te voorkomen dat de werkgever niet zonder meer overgaat tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voorts wordt met een dergelijk functie tegemoet gekomen aan de huidige waarborg voor de werknemer. Op grond van de voorgestelde maatregelen heeft de werkgever het lot van de werknemer in handen, waardoor het voor de werkgever gemakkelijk wordt gemaakt op grond van lichtvaardige gronden de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Dat de rechter in een later stadium een oordeel kan geven over het gegeven ontslag komt niet ten goede aan de huidige waarborg die met een preventieve toets wordt geboden. Op het moment dat de rechter oordeelt over het gegeven ontslag is de arbeidsovereenkomst al opgezegd en loopt de opzegtermijn. De dienstbetrekking is in de regel feitelijk, en mogelijk ook al juridisch, geëindigd. Daarbij dient de werknemer het initiatief te nemen het ontslag aan de rechter voor te leggen voor een onpartijdig en onafhankelijk oordeel. Voor de werknemer kan dit een financiële en psychologische drempel zijn. Niet iedere werknemer beschikt over de financiële middelen om (langdurig) te procederen en vaak beschikt de werkgever ook over meer financiële middelen. Daarbij wil ook niet iedere werknemer een procedure voeren die mogelijk een lange en onzekere nasleep heeft, hetgeen reëel wordt bij de door het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie voorgestelde beroepsmogelijkheden. De uitkomst is immers allerm minst zeker. Het risico van het leggen van het initiatief bij de werknemer kan zijn, dat een deel van de onterecht gegeven ontslagen niet voor de rechter komt.

Het Regeerakkoord stelt vast te houden aan een preventieve ontslagtoets. De werkgever moet voorafgaand aan de opzegging een adviesaanvraag indienen bij het UWV, maar dit advies is niet bindend. De rechter is in zijn oordeel gebonden aan dezelfde toetsingscriteria als het UWV en wordt in zijn beslissingsvrijheid beperkt doordat het UWV advies zwaar wordt meegewogen. Aan de hand hiervan zou gesteld kunnen worden dat adviesprocedure in strijd is met artikel 6 EVRM. Daarnaast kan ook gesteld worden, dat een strijd wordt voorkomen door de rechter evenals het UWV over de redelijkheid van het ontslag te laten oordelen. En dat ondanks de rechter het advies zwaar laat meewegen, hij toch als onafhankelijk en

onpartijdige rechterlijke instantie een eigen oordeel vormt over het ontslag. Een strijd met artikel 6 EVRM hangt derhalve af van de wijze waarop de rechter een eigen oordeel kan vormen en gebonden is aan het UWV advies.

Het is onduidelijk of de adviesprocedure een beschermende functie als waarborg omvat, in die zin dat de werknemer de mogelijkheid krijgt zich te verweren tegen het voorgenomen ontslag en zo de werkgever van ontslag kan weerhouden. Omvat de adviesprocedure dit niet, dan is het ontslag van de werknemer met alle gevolgen van dien een feit.

Het Regeerakkoord onderscheidt zich voorts op een belangrijk punt van het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie, door het UWV als onafhankelijke derde over het ontslagvoornemen te laten oordelen. Handelt de werkgever niet overeenkomstig het UWV advies, dan kan hem dat later bij de rechter geld kosten.

De huidige waarborg die bestaat uit een mogelijke vergoeding bij ontslag door de rechter, krijgt een andere betekenis bij hervorming. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt namelijk voorbehouden aan gevallen waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat deze voorziet in tussentijdse opzeggingsmogelijkheid of indien een opzegverbod van toepassing is. Bij hervorming zal de werknemer op grond van de wet in de meeste gevallen geen aanspraak meer kunnen maken op een vergoeding. Nadat de werknemer is ontslagen, kan hij naar de rechter voor een eventuele vergoeding. De Hoofdlijnennotitie en het Regeerakkoord verlagen de thans mogelijke vergoedingen en maximeren de hoogte bij wet

Met het invoeren van een hoorplicht/hoorprocedure ofwel een verplichte adviesaanvraag bij het UWV wordt in vergelijking met de huidige preventieve ontslagtoets een veel minder verstrekkend en zorgvuldige ontslagbescherming geboden. Het is voor de werkgever niet alleen vergemakkelijkt de werknemer met een vast contract te ontslaan, maar ook om misbruik te maken van dit te geven ontslag. Waarborgen die instaan voor een neutrale onvooringenomen behandeling van de zaak ontbreken en toetsing door een onafhankelijke rechter is voorbehouden aan gevallen waarin de werknemer al is ontslagen. De rechtsbescherming van de werknemer wordt bij invoering van deze maatregelen beperkt tot een toetsing achteraf bij de rechter. De verminderde ontslagbescherming wordt op geen enkele wijze ondervangen. Het invoeren van een transitiebudget voor scholing en activering draagt onder meer door de late inzet ervan minimaal bij aan de doorstroom naar een nieuwe baan. Daarbij wordt de vergoeding verlaagd en wettelijk gemaximeerd. Het Regeerakkoord stelt bovendien voor de WW-uitkering te verkorten en hiervoor een opbouwsysteem in te voeren, waarbij het jaren kan duren voordat enkele maanden WW-recht is opgebouwd. De ongunstige financiële gevolgen van ontslag voor de werknemer worden dus enkel versterkt. Het is aannemelijk dat niet wordt beoogd, dat een werkgever de werknemer zonder pardon op straat zet. Dit is uiteraard nadelig voor de werknemer. Aan de voorgestelde hoorplicht/hoorprocedure en adviesprocedure dienen, in het belang van de werknemer, dan ook waarborgen te worden verbonden

Ondanks dat er zo getornd wordt aan de ontslagbescherming van de werknemer met een vast dienstverband, kan naar aanleiding van het onderzoek niet geconcludeerd worden dat het recht op arbeid in het gedrang komt. Voor zover is gebleken, dient de overheid namelijk zorg te blijven dragen voor een hoog niveau van werkgelegenheid en in te staan voor de toegang tot arbeid. Over het effect van ontslagbescherming op een variabele als werkgelegenheid, kan na dit onderzoek geen eenduidige conclusie worden getrokken.

Ter zake het recht op bestaanszekerheid zullen de sociale voorzieningen ook na hervorming instaan voor een bestaansminimum. Door het ontslag te vergemakkelijken en niet te kunnen verzekeren dat de werknemer op korte termijn doorstroomt naar een nieuwe baan, kan de werknemer echter aangewezen zijn op de sociale voorzieningen die voorzien in een bestaansminimum. De keuze voor de werknemer om zelf te bepalen welk inkomensniveau hij wenst te genieten, wordt door de hervormingsmaatregelen beperkt. Een gemakkelijk te geven ontslag kan voorts haaks staan op de plicht van de overheid de werknemer te beschermen tegen werkloosheid, als de werknemer vrijwel geen tot weinig mogelijkheden worden geboden zijn ontslag te voorkomen of aan te vechten voordat zijn ontslag een feit is.

De werknemer blijft overeenkomstig artikel 6 EVRM recht houden op een eerlijk proces, in die zin dat de werknemer het ontslag aan een onafhankelijk en onpartijdige rechterlijke instantie kan voorleggen. De werknemer wordt in de gelegenheid gesteld zijn standpunten omtrent het gegeven ontslag uiteen te zetten waarna de rechter een eigen oordeel vormt over het ontslag. Voor wat betreft een eventuele strijd van de adviesprocedure uit het Regeerakkoord met artikel 6 EVRM, dient eerst duidelijk te zijn in hoeverre de rechter een eigen oordeel kan vormen en kan afwijken van het advies van het UWV. De maatregel uit de Hoofdlijnennotitie omtrent het beperkt toestaan van hoger beroep, is mogelijk in strijd met uit artikel 6 EVRM voortvloeiende equality of arms beginsel, voor zover alleen hoger beroep tegen de hoogte van de vergoeding wordt toegestaan. De werknemer kan in een dergelijk geval in hoger beroep geen herstel van de dienstbetrekking verkrijgen, terwijl de werkgever in hoger beroep een lagere of zelfs geen vergoeding kan vorderen.

Voor de sociale partners ligt er een mogelijkheid om in overleg een gunstigere regeling voor de werknemer te treffen. Voor de werknemersorganisaties is het van belang dat de arbeidsrechtelijke regels de werknemer een fundamentele bescherming bieden. Het risico voor de werknemersorganisaties bij onderhandelingen met de werkgeversorganisaties wordt door de maatregelen gemaximaliseerd door het ontslaan van de werknemer te vergemakkelijken en de vergoedingen te maximaliseren. Of de sociale partners samen met de overheid in de vorm van het poldermodel tot een overeenstemming kunnen komen, zal de tijd moeten uitwijzen. Zonder steun van de sociale partners kunnen de nieuwe ontslagplannen van tafel worden geveegd, waardoor zowel de sociale partners als de overheid een gemeenschappelijk belang hebben om tot een voor allen aanvaardbaar voorstel te komen.

De voorgestelde maatregelen in vergelijking tot de noodzaak tot hervorming

Door slechts één ontslagroute in te voeren en daarmee de keuzemogelijkheid voor de werkgever weg te nemen, wordt in beginsel de rechtsongelijkheid in het huidige stelsel tegen gegaan. De maatregelen zorgen echter voor nieuwe problemen. Met de invoering van de voorgestelde maatregelen kan lichtvaardig ontslag niet worden voorkomen. De werkgever kan immers na voltooiing van de hoorprocedure of de adviesprocedure bij het UWV overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit verdient overigens wel enige nuance, niet iedere werkgever zal zonder meer een 'hireandfire' beleid gaan voeren. De werknemer kan voor de werkgever en zijn organisatie ook een toegevoegde waarde hebben. Dat de werkgever wellicht een paar maanden WW dient te betalen, is een mooie gedachte. Voor met name werkgevers binnen het midden- & kleinbedrijf zal het betalen van een transitiebudget, een vergoeding of een WW-uitkering financieel een drempel kunnen vormen, maar niet zodanig dat het ervan weerhoudt een werknemer te ontslaan. Als de werknemer in dienst wordt gehouden dient namelijk ook loon te worden uitbetaald. Daarbij is herstel van de arbeidsovereenkomst in de praktijk niet gemakkelijk. In de voorgestelde maatregelen krijgt de werknemer te maken met een lastig aantoonbare toetsingsgrond voor de rechter of wordt de herstelmogelijkheid beperkt, waardoor herstel van de arbeidsovereenkomst niet voor de hand ligt. Als de rechter al positief beslist, is in veel gevallen herstel van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie niet mogelijk. Een beroep op de rechter komt dus te laat.

Daarnaast wordt de tweedeling tussen insiders en outsiders niet tegengegaan. Outsiders zullen nog steeds minder ontslagbescherming genieten, want er worden geen maatregelen voorgesteld om de positie van de outsider te versterken. De rechtsongelijkheid ter zake de vergoedingen wordt in die zin tegengegaan dat er één route (ontbinding) wordt opengesteld waarin mogelijk een vergoeding kan worden toegekend. De maatregelen omtrent de vergoeding zijn evenwel niet overzichtelijker en minder complex. Er worden meerdere mogelijkheden omtrent een bij de rechter te vorderen vergoeding voorgesteld. Ingevolge het wetsvoorstel kan een schadevergoeding bij onredelijkheid, een vergoeding bij kennelijk onredelijkheid en (nog) hogere vergoeding bij afkoop worden toegekend. Ingevolge de Hoofdlijnennotitie kan een wettelijke vergoeding, een vergoeding bij onaanvaardbaar ontslag en een (nog) hogere als de werknemer in hoger beroep in het gelijk gesteld wordt, worden toegekend. Dit nodigt uit tot lange, ingewikkelde procedures waarbij zekerheid lang uitblijft. Onzekerheid volgt voorts ook uit de verschillende en nog onduidelijke ontslaggronden en de verschillende toetsingsgronden en -mogelijkheden voor de rechter. Een nieuw ontslagstelsel

met één route wordt wellicht in bepaalde mate minder complex, maar deze complexiteit wordt vervangen door juridische onzekerheid. Voorts wordt de maatschappelijk sterkere positie van de werkgever versterkt, terwijl het arbeidsrecht juist die werknemers tracht te beschermen die om welke reden dan ook een zwakkere positie hebben. Tot slot bestaat het risico dat een werknemer zich juist wel in overwegende mate tot de rechter gaat wenden om zijn gelijk te halen, hetgeen juridisering tot gevolg heeft.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat herziening van het huidige ontslagrecht noodzakelijk is. Evenwel niet op de wijze zoals Koser Kaya, de Kunduz-coalitie, Kamp en het kabinet Rutte-Asscher voor ogen staat. Door de hervormingsmaatregelen -zoals deze nu zijn voorgesteld- worden de huidige rechten en waarborgen van de werknemer met een vast contract naar verwachting in beperkt mate gewaarborgd. De maatregelen stellen in ieder geval niets voor om deze rechten en waarborgen te verankeren cq. te bevorderen. Indien de voorgestelde maatregelen niet worden gewijzigd, in die zin dat de huidige rechten en waarborgen worden verankerd, komt het de onderzoeker niet wenselijk voor de maatregelen in te voeren. Naar aanleiding daarvan worden de volgende aanbevelingen gedaan.

6.2 Aanbevelingen

Uit de hiervoor getrokken conclusies volgt dat het van belang is dat eerst een onafhankelijk onderzoek wordt verricht naar de mogelijke effecten van een eventuele hervorming. Hierna kunnen meer concrete conclusies worden getrokken. Dit is voorts ook de eerste aanbeveling. Om de rechtsbescherming van werknemers met een vast contract bij ontslag zoveel mogelijk te waarborgen wordt een aanbeveling gedaan omtrent het opnemen van waarborgen in de voorgestelde hoorplicht, hoorprocedure en adviesprocedure. Door het opnemen van deze waarborgen kan tegemoet worden gekomen aan de huidige waarborgen van de werknemer. Daarbij kan door het opnemen van deze waarborgen tegemoet worden gekomen aan de huidige rechten van de werknemer en een eventuele strijd met artikel 6 EVRM of de plicht van de werknemer te beschermen tegen werkloosheid worden vermeden. Voorts wordt stilgestaan bij de mogelijkheid het IAO-Verdrag nr. 158 te ratificeren en het beginsel van hoor- en wederhoor te implementeren. Tot slot wordt nog stilgestaan bij de wijzigingen die in het huidige ontslagstelsel zouden kunnen worden aangebracht om tegemoet te komen aan de huidige rechten en waarborgen.

De preventieve hoorprocedure cq. adviesprocedure

Het is in het belang van de werknemer dat een hoorplicht, hoorprocedure of adviesprocedure voldoende juridische waarborgen omvat. Dit kan door een juridische gewaarborgde setting te creëren waarbinnen de werknemer zich kan verweren tegen het voorgenomen ontslag en er een gelijkwaardig debat kan plaatsvinden op grond van feiten en/of omstandigheden. De volgende uitgangspunten ondersteunen dit. Een aantal van deze uitgangspunten zijn gebaseerd op voorstellen van de hoogleraren Loonstra en Verburg.

- De werknemer en werkgever dienen hun standpunten omtrent het ontslagvoornemen tegenover een derde uit te zetten. Het beginsel van hoor- en wederhoor wordt hierbij in acht genomen. Naast het UWV WERKbedrijf (zoals het Regeerakkoord voorstelt) kan dit ook een andere onafhankelijke commissie zijn, bestaande uit werknemers- en werkgeversvertegenwoordigers onder leiding van een onafhankelijke voorzitter. Een dergelijke commissie zou bij cao per bedrijfstak kunnen worden ingesteld. Een hoorprocedure waarbij de werkgever een definitieve beslissing geeft omtrent het ontslag, zoals het geval is bij het wetsvoorstel en de Hoofdlijnennotitie, is niet mogelijk;
- De huidige ontslaggronden blijven gelden. Het UWV of een commissie toetst of het voorgenomen ontslag berust op een redelijke grond. Bij bedrijfseconomisch ontslag wordt getoetst of de werkgever de regels uit het thans geldende Ontslagbesluit heeft nageleefd;
- Voorafgaand aan de hoorprocedure deelt de werkgever de werknemer schriftelijk de ontslagreden(en) mede die ten grondslag liggen aan zijn voornemen. De werknemer krijgt de gelegenheid hierop schriftelijk te reageren. Voor zowel de werkgever als de werknemer zou hiervoor een termijn van twee weken kunnen worden gehanteerd, welke kan worden verlengd indien dit noodzakelijk is. Uitstel van de termijn kan worden verzocht bij het UWV of de commissie. Of de termijn van twee weken in de praktijk een redelijke termijn vormt,

zal moeten worden gezien. Heeft de werkgever zijn onderbouwd ontslagvoornemen schriftelijk kenbaar gemaakt en heeft de werknemer de gelegenheid gekregen schriftelijk te reageren, dan zal het UWV of de commissie op korte termijn een mondelinge zitting plannen waarop beiden partijen worden gehoord en zich juridisch kunnen laten bijstaan. Is het voorstaande niet of niet voldoende in acht genomen, dan wordt het ontslagvoornemen van de werkgever niet in behandeling genomen;

- In een reglement worden de bevoegdheden en werkwijze van de commissie vastgelegd. Ook het verloop van de hoorprocedure volgt uit dit reglement. Voor zover het UWV een dergelijke procedure leidt, kan worden vastgehouden aan de geldende beleidsregels. Voor zover een commissie de procedure leidt, kan worden gezien of bij de geldende beleidsregels kan worden aangesloten;
- Het UWV of de commissie geeft op basis van de schriftelijke mededeling van de werkgever, de reactie hierop van werknemer en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gekomen binnen een korte termijn een gemotiveerd advies ter zake het ontslagvoornemen van de werkgever;
- Het UWV of de commissie geeft in haar advies aan of het ontslag berust op een redelijke grond ofwel dat regels voor bedrijfseconomisch ontslag correct zijn toegepast.

Kan de werkgever zich niet verenigen met het advies, dan kan hij zich tot de rechter wenden. Hij mag in de tussengelegen periode de arbeidsovereenkomst niet opzeggen. Het beroep op de rechter heeft een schorsende werking. De rechter toetst de bij het UWV of de commissie aangevoerde feiten en omstandigheden en weegt hierbij tevens de onderliggende belangen van partijen af. Voorts is er ruimte voor het aanvoeren van eventuele nieuwe en/of gewijzigde feiten en omstandigheden, waarvan de rechter het belang zal bepalen. De beslissing van de rechter volgt op korte termijn en is uiteindelijk bindend. Kan de werknemer zich niet met het advies verenigen, dan kan ook hij zich tot de rechter wenden. Wordt de werkgever in het gelijk gesteld, dan mag hij de arbeidsovereenkomst tegen het einde van diezelfde maand opzeggen met inachtneming van de geldende opzegtermijn. Dient de arbeidsovereenkomst naar mening van de werkgever eerder te eindigen, dan kan hij de rechter verzoeken dit mee te nemen in zijn oordeel. De werkgever hoeft enkel het loon over de opzegtermijn uit te betalen. Wordt de werknemer in het gelijk gesteld, dan kan de rechter een passende vergoeding aan de werknemer toekennen. Hierin ligt een opdracht voor de Kring van Kantonrechters verborgen. De hoogte van huidige vergoeding bij ontbinding stuit werkgevers tegen de borst. Bezien zou kunnen worden of de omvang van huidige kantonrechtersformule naar beneden bijgesteld kan worden. De formule dient echter wel ruimte te bieden voor een passende vergoeding gezien de omstandigheden van het geval. Wellicht dat de huidige schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag hierin kan voorzien. Ook zouden de sociale partners onderling tot een regeling omtrent een passende vergoeding kunnen komen. Voorts kan de rechter de in het ongelijkgestelde partij in de proceskosten veroordelen. Door het initiatief van een rechterlijke toets bij de werkgever neer te leggen, kan het de werkgever motiveren om in onderling overleg met de werknemer tot een oplossing te komen. Tegen het oordeel van de rechter staat geen hoger beroep en cassatie open. Uit jurisprudentie van de Hoger Raad volgt immers dat artikel 6 EVRM niet de waarborg van een recht op hoger beroep inhoudt. Tenminste één nationale rechterlijke instantie die voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM dient een zaak te behandelen. Dit appelverbod kan bij uitzonderlijke gevallen worden doorbroken, zoals bij schending van het 'equality of arms' beginsel. Door in beginsel hoger beroep niet mogelijk te maken, wordt getracht onzekere en langdurige procedures te voorkomen. Daarbij kan het openstellen van zowel een bestuurlijke als een rechterlijke toets al de nodige tijd in beslag nemen.

Het is van belang om de doorlooptijd van de hoorprocedure en een eventueel daaropvolgend rechterlijke procedure te bewaken. Het is immers voor de werknemer en de werkgever van belang dat zij op korte termijn zekerheid hebben over het voortbestaan van de dienstbetrekking. Bij de uitgangspunten wordt gesproken over 'een korte termijn'. Wat deze termijn exact dient te zijn, daarbij rekening houdend met verschijnselen als overbelasting van het beslissend orgaan, is niet gemakkelijk vast te stellen. Een onderzoek naar het hanteren van verschillende termijnen zou hierover meer duidelijkheid kunnen verschaffen.

Toepassingsbereik

De werkgever hoeft de hoorprocedure niet te volgen bij opzegging tijdens de proeftijd. Ook de curator hoeft dit niet te doen ingeval van een faillissement. In het huidige stelsel hebben zij ook geen voorafgaande toestemming nodig. Dit heeft niet tot noemenswaardige bezwaren geleid. De werkgever dient bij een collectief ontslag overeenkomstig de huidige regels te handelen. In plaats van het UWV zou eventueel die hiervoor genoemde commissie kunnen worden aangesteld.

Omtrent het bereik van het ontslag wordt geen concreet voorstel gedaan. Het ontslag op staande voet heeft tot behoorlijke kritieken geleid. Een onderzoek naar de mogelijkheden om dit probleem aan te pakken, is dan ook raadzaam. De verschillende procedures die gevolgd kunnen worden, maken dit ontslag complex. Bezien zou kunnen worden op welke wijze tegemoet kan worden gekomen aan een snelle beslissing omtrent het voortbestaan van de dienstbetrekking. De mogelijkheid tot een ontslag op staande voet dient wel te blijven gelden, in die zin dat het mogelijk moet zijn voor de werknemer of de werkgever de arbeidsovereenkomst onmiddellijk te beëindigen in het geval een partij zich schuldig maakt aan ernstig wangedrag. Op het moment dat deze mogelijkheid er niet meer is en voor beëindiging wegens een dringende reden aansluiting wordt gezocht bij de huidige ontbindingsprocedure, dient de werknemer of werkgever enkele weken te wachten op een beslissing van de kantonrechter, terwijl de arbeidsovereenkomst voortduurt. Daar tegenover kan weer gesteld worden dan thans nog langer onzekerheid kan bestaan over het voortbestaan van de dienstbetrekking. Voorts kan tegen de ontbindingsprocedure weer gesteld worden dat er een appelverbod geldt. Omtrent het vaststellen van de dringende reden is een zorgvuldige procedure van belang waarin partijen tevens de mogelijkheid hebben hun stellingen te bewijzen binnen een kader van zekerheid binnen een zo'n kort mogelijke termijn, mede gezien de ernstige gevolgen van het geven van ontslag op staande voet.

Ratificeren van het IAO-Verdrag nr. 158

Vanuit het belang van de werknemer wordt voorgesteld het IAO-Verdrag nr. 158 onder de loep te nemen. Dit verdrag, dat betrekking heeft op beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever, neemt internationaal een belangrijke rol in. In dit verdrag is onder meer bepaald dat een dienstbetrekking niet mag worden beëindigd zonder een geldige reden, welke verband dient te houden met het gedrag of de capaciteiten van de werknemer of dient te zijn gebaseerd op de operationele eisen van de onderneming, vestiging of dienst. Voorts is in dit verdrag bepaald, dat de werkgever verplicht is de werknemer te horen voorafgaand aan de beëindiging en dat de werknemer recht heeft op toegang tot een onpartijdige instantie indien hij de beëindiging van het dienstverband onrechtmatig vindt. Nederland heeft dit verdrag tot op heden niet geratificeerd. Om het verdrag te ratificeren zijn verschillende wetswijzigingen vereist. De Werkgroep Herziening Ontslagrecht pleitte in 1991(!) en later de Commissie Advies Duaal Ontslagstelsel in 2000 al voor een ratificatie van dit verdrag.

Het invoeren van een hoorprocedure is reeds voorgesteld. Voor zover het bereik van de hiervoor voorgestelde hoorprocedure cq. adviesprocedure overeenstemt met het verdrag, in die zin dat het beginsel van hoor- en wederhoor wordt opgenomen en de toegang op een onpartijdige instantie wordt gewaarborgd, kan ratificatie van het verdrag tegemoetkomen aan het belang van de werknemer. Daarbij wordt opgemerkt, dat de preventieve onslagtoets ook onder gebracht kan worden bij de kantonrechter. Dit wordt hierna besproken.

Wijzigingen binnen het huidige ontslagstelsel

Door het openstellen van een bestuurlijke en rechterlijke preventieve toets ontstaat er als het ware een 'dubbele' waarborg voor de werknemer. Vanuit het perspectief van de werkgever kan dit bezwaarlijk zijn. Een compensatie tussen het belang van de werknemer en dat van de werkgever is mogelijk door voorafgaand aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst een verplichte rechterlijke toets op grond van de redelijkheid van het voornemen te laten plaatsvinden. De rechter zou dan bij een positieve beslissing omtrent het ontslag de mogelijkheid kunnen krijgen een vergoeding toe te kennen. Zoals reeds eerder in dit hoofdstuk is aangegeven, zal bezien moeten worden hoe aan deze vergoeding dient te worden gegeven.

Een dergelijk procedure sluit in hoge mate aan bij de bestaande mogelijkheid de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In plaats van het UWV toetst de rechter het voorgenomen ontslag. Waardoor een eventuele strijd met artikel 6 EVRM wordt voorkomen. Vanuit het perspectief van de werkgever zouden de geldende bewijsregels kunnen worden toegepast in deze procedure. In het geval dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn dient te beëindigen, kan de rechter bij tussenbeschikking de arbeidsovereenkomst ontbinden. Ter zake de vergoeding zou bij tussenbeschikking aan de werknemer of de werkgever een bewijsopdracht kunnen worden gegeven. Door het appelverbod slechts te doorbreken indien het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling is geschonden, kunnen zowel de werknemer als de werkgever een eerdere 'fout' van de kantonrechter aanvechten en wordt de mogelijkheid van lange en onzekere procedures voorkomen. In een dergelijk stelsel kan worden vastgehouden aan een algemeen opzegverbod. Bovendien wordt de 'trechterfunctie' behouden doordat de werkgever voorafgaand zijn ontslag dient te onderbouwen.

Opmerkelijk is dat de opstellers van de hervormingsmaatregelen zonder verdere uitleg of onderzoek voorbij zijn gegaan aan de mogelijkheid om de preventieve ontslagtoets te behouden en deze bij de kantonrechter onder te brengen, terwijl deze mogelijkheid het meest voor de hand lijkt te liggen. Een punt van onderzoek van het onderbrengen hiervan bij de kantonrechter is de toestroom van procedures en de mate waarin de rechterlijke macht wordt 'belast'. Het spreekt voor zich dat onderbrengen van de preventieve toets bij de kantonrechter gepaard met een belasting voor de rechterlijke macht.

Ter afsluiting

Middels deze aanbevelingen wordt een voorstel gedaan om een evenwicht te vinden tussen de betrokken belangen die ook de toets van artikel 6 EVRM kan doorstaan. Een voorstel waarbij voornamelijk de werkgever is gebaat, hetgeen volgt uit de gedane hervormingsmaatregelen, pas niet binnen het beginsel van ongelijkheidscompensatie. De werknemer blijft hoe dan ook een zwakkere positie ten opzichte van de werkgever innemen. Daar dient niet zo snel aan voorbij te worden gegaan.

In het onderzoek is reeds aangegeven dat de ongelijkheidscompensatie in de loop van de tijd is afgenomen, in die zin dat de overheid zelf minder actief de werknemer beschermt en de werknemer meer voor zijn eigen zaak dient op te komen. In hoeverre onze hoogste rechterlijke instantie bij de arbeidsovereenkomst een ongelijkheidscompensatie in acht neemt of juist uit het oog lijkt te verliezen, biedt stof voor een vervolgonderzoek. Op voorhand kan worden gedacht aan de mogelijkheid voor de werkgever om eenzijdig wijzigingen in de arbeidsovereenkomst aan te brengen en het opnemen van een ontbindende voorwaarde. Daar staat tegenover dat de werknemer bescherming wordt geboden waar de wet hem in de steek lijkt te laten, zoals bij de zogeheten draaideurconstructies en de proeftijd bij uitzendarbeid.

Evaluatie

Ter afsluiting van dit rapport wordt teruggeblikt op het verloop en de waardebepaling van het onderzoek. In eerste instantie was de opzet van dit rapport te onderzoeken in welke mate de huidige rechten en waarborgen door de Hoofdpijnennotitie worden gewaarborgd. Gezien de maatregelen uit deze notitie op hoofdpunten overeenstemmen met het initiatiefwetsvoorstel van Koser Kaya, zou dit wetsvoorstel ook bij het onderzoek worden betrokken. Bij aanvang van het onderzoek diende de Tweede Kamer verkiezingen nog plaats te vinden. Dat een nieuw kabinet op korte termijn tot overeenstemming zou komen en er binnen de onderzoeksperiode nieuwe maatregelen omtrent het ontslagrecht zouden worden voorgesteld, kon niet worden voorzien. Doordat het Regeerakkoord enkel op hoofdpijnen een aantal maatregelen voor hervorming van het ontslagrecht heeft geformuleerd, heeft een afweging plaatsgevonden over de bruikbaarheid hiervan. Toch is besloten deze maatregelen mee te nemen in het onderzoek om dit zo volledig mogelijk te maken. Dit heeft er voor gezorgd dat er uiteindelijk drie maatregelen in dit onderzoek worden behandeld. Derhalve is het onderzoeksplan gedurende de onderzoeksperiode aangepast.

In dit rapport is reeds aangegeven dat er geen onderzoeken zijn verricht naar de gevolgen van de hervormingsmaatregelen voor de praktijk. De resultaten zijn gebaseerd op verwachtingen van verschillende onderzoekers, wetenschappers en deskundigen op het gebied van het arbeidsrecht. Daarbij dient het volgende nog opgemerkt te worden. Op het wetsvoorstel van Koser Kaya is een advies uitgebracht door de Raad voor de Rechtspraak en de Raad van State. Koser Kaya heeft aangegeven elementen van dit advies uit te werken tot een nieuwe versie van het wetsvoorstel. Kamp kondigde aan in het najaar van 2012 met een wetsvoorstel ter zake de maatregelen uit de Hoofdpijnennotitie te komen. Deze is tot op heden niet verschenen. Nu in het latere Regeerakkoord andere maatregelen worden voorgesteld en Kamp thans minister van Economische Zaken is, valt niet te verwachten dat hij nog met een wetsvoorstel komt. In het Regeerakkoord wordt voorts een streven naar overeenstemming met de sociale partners verwoord. De maatregelen worden aldus mogelijk nog gewijzigd.

Voor de uitvoering van dit onderzoek zijn tien deskundigen op het gebied van het arbeidsrecht benaderd. Om het onderzoek vanuit verschillende invalshoeken te kunnen belichten, zijn deskundigen benaderd waarvan op voorhand bekend was of zij voor- of tegenstander van een hervorming van het ontslagrecht en de voorgestelde maatregelen waren. Een aantal personen die benaderd zijn, heeft aangegeven geen gelegenheid te hebben hun medewerking aan dit onderzoek te verlenen. Uiteindelijk hebben er vier interviews plaatsgevonden, waarvan er drie zijn uitgewerkt in de bijlagen bij dit rapport. De uitwerking van het interview met de vierde respondent, de heer prof. mr. L.G. Verburg, is als niet als bijlage toegevoegd. De reden hiervoor is dat tijdens dit interview hoofdzakelijk is verwezen naar zijn oratie “Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom”. De overige antwoorden die zijn verkregen, zijn niet voldoende relevant geacht voor de beantwoording van de centrale vraag. Daar waar informatie van deze respondent in het rapport is verwerkt, is in de voetnoot verwezen naar zijn oratie. Dat het Regeerakkoord uiteindelijk mee is genomen in dit onderzoek is pas bepaald nadat de interviews zijn gehouden. Bij een tweetal respondenten, mevrouw mr. D.M.A. Bij de Vaate en de heer mr. J.J.M. de Laat, is achteraf een gelegenheid geboden een vraag omtrent het Regeerakkoord te stellen. Bij de andere respondent, mevrouw mr. H.M. Kooymans, helaas niet. Over de gehouden interviews kan in het algemeen nog worden opgemerkt, dat bij de uitwerking hiervan is gebleken dat wellicht meer had kunnen worden doorgevraagd. Toch hebben de verkregen antwoorden positief bijgedragen aan het resultaat van dit onderzoek. De reden dat er niet meer interviews hebben plaatsgevonden, houdt verband met het feit dat er het tijdsbestek dit niet toeliet.

Het onderzoek heeft wellicht niet tot nieuwe inzichten geleid, wel zijn de huidige verwachtingen bevestigend beantwoord. De resultaten van dit onderzoek zijn niet direct bruikbaar voor Wijnans Advocatuur. Hopelijk kan dit rapport wel een bijdrage leveren aan de discussie omtrent een hervorming van het ontslagrecht.

Bronnenlijst

Wet- en regelgeving

- Aanbevelingen Kring van Kantonrechters oktober 2008
- Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012
- Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
- Burgerlijk Wetboek Boek 7
- Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
- Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, 18 juni 2012
- Inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers
- Inkomensvoorziening voor oudere werklozen
- Grondwet
- Ontslagbesluit
- Oud Burgerlijk Wetboek
- Regeerakkoord PvdA - VVD, 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012
- Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
- Verdrag nummer 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie
- Werkloosheidswet
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
- Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
- Wet houdende de wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten van 17 december 1953
- Wet Melding collectief ontslag

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132d
Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3,
Kamerstukken II 2011/12, 29 544, nr. 410
Kamerstukken II 2011/12, 29 544, nr. 411
Kamerstukken II 2011/12, 33 280, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 2
Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 3

Jurisprudentie

EHRM 27 oktober 1983, NJ 1994, 534
EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80
EHRM 28 juni 1990, NJ 1995, 491
Hoge Raad 12 maart 1982, NJ 1983, 181.
Hoge Raad 24 april 1992, NJ 1992, 672.
Hoge Raad 27 november 2009, LJV BJ6596
Hoge Raad 11 december 2009, LJV BJ9069
Hoge Raad 12 februari 2010, LJV BK4472
Hoge Raad 19 januari 2011, NJ 2011, 232.

Wetenschappelijke bronnen

I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens & H.L. Bakels 2009

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

Adviescommissie Arbeidsparticipatie 2008

Adviescommissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008.

W.H.A.C.M. Bouwens e.a.

W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Brief aan de Vaste Kamercommissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen, Versoepeling ontslagrecht*, 11 juni 2012.

H.L. Bakels 2005

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

CBS 2010

CBS, *Arbeidsmarktpositie van ouderen (45 tot 65 jaar) in 2006-2009*, CBS: Den Haag/Heerlen, 2010.

CBS 2012

CBS, *Werkhervattingkansen na instroom WW: leeftijd is niet het enige dat telt*, Den Haag, januari 2012.

CPB 2006

CPB, *Employment Protection Legislation, Lessons from theoretical and empirical studies for the Dutch case*, Den Haag, 28 november 2006.

CWI 2008

Rapport van het CWI aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Ontslagstatistiek Jaarrapportage 2007*, april 2008

Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000

Rapport van de Commissie Duaal Ontslagstelsel voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Justitie, Afscheid van het duale ontslagrecht, Den Haag: november 2000.

FNV Jong 2012

Brief van FNV Jong aan de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Commentaar FNV Jong Regeerakkoord, 7 november 2012.

M.L. Hendriks & A.W. Jongbloed 2007

M.L. Hendriks & A.W. Jongbloed, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Kluwer: Deventer 2007.

IVA beleidsonderzoek en advies 2009

IVA beleidsonderzoek en advies, *Ontslagzaken via de kantonrechter periode 2003 - 2008*, Tilburg, september 2009.

R. van Kalmthout 2012

R. van Kalmthout, *Issuemonitor Q2 2012 Duurzame Inzetbaarheid, Een monitoronderzoek naar de beleving van het beleid en de communicatie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, Amsterdam: Veldkamp 2012.

MHP 2012

Commentaar op hoofdlijnen van de Vakcentrale voor middengroepen en hoger personeel (MHP) op het Regeerakkoord 'Bruggen Slaan', Culemborg: 5 november 2012.

Nationale Ombudsman 2007

Onderzoeksrapport van de Nationale Ombudsman, Naar een eerlijke ontslagprocedure, 21 november 2007.

OECD 2011

OECD, *OECD Employment Outlook 2011*, OECD Publishing 2011.

C.E. Passchier, M. Limmen & E. Haket 2012

C.E. Passchier, M. Limmen & E. Haket, *Brief aan de voorzitter en de leden van de Commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Hoofddijnennotitie ontslag en WW*, Amsterdam, 2 juli 2012.

F.J.L. Pennings 2007

F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, (Monografieën Sociaal recht, 43)* Deventer: Kluwer 2007.

Raad voor de Rechtspraak 2011

Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor Koser Kaya inzake initiatiefvoorstel wijziging ontslagrecht, Den Haag: december 2011.

Raad voor de Rechtspraak 2012

Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak voor de leden van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake Hoofddijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, Den Haag: 27 juni 2012.

Stichting van de Arbeid 1947

Herziening van het ontslagrecht: Advies uitgebracht door het bestuur van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Justitie, Den Haag: STvdA 1947.

Stichting van de Arbeid 2003

Stichting van de Arbeid, Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel, 15 juli 2003, nr. 7/03.

Stichting van de Arbeid 2007

Stichting van de Arbeid, *Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofddijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht'*, 30 augustus 2007, publicatienummer 5/07.

Studievereniging Aequitas, Juridische Hogeschool Avans-Fontys& Uitgeverij Kluwer 2007

Studievereniging Aequitas, Juridische Hogeschool Avans-Fontys& Uitgeverij Kluwer, *Arrestenbundel HBO Rechten*, Deventer: Kluwer 2007.

UWV 2010

Rapport van UWV aan Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Ontslagstatistiek Jaarrapportage 2009*, juni 2010.

P.G. Vestering 2009

Vgl. P.G. Vestering in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: SDU Uitgeverij 2009.

A. van Zanten-Baris 2009

A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding, (Monografieën Sociaal recht 47)*, Deventer: Kluwer 2009.

Vakbladen

H.J.W. Alt 2012

H.J.W. Alt, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.', *ARBAC* 2012-11.

D.M.A. Bij de Vaate 2012

D.M.A. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 1: het rechtsmiddelenverbod', *ARBAC* 2012-8.

D.M.A. Bij de Vaate 2012

D.M.A. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 2: het bewijsrecht', *ARBAC* 2012-8.

D.M.A. Bij de Vaate 2012

D.M.A. Bij de Vaate, 'Herziening ontslagrecht, rechtsbescherming versus zekerheid', *TAP* juli 2012.

D.M.A. Bij de Vaate 2011

D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011-10.

G.C. Boot 2012

G.C. Boot, 'Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen', *SR* 2012-5.

D.J. Buijs & G.J.J. Heerma van Voss 1996

D.J. Buijs & G.J.J. Heerma van Voss, 'Tien jaar arbeidsrecht en ongelijkheidscompensatie', *SR* 1996-11.

R. Dekker en A. Kleinknecht 2008

R. Dekker & A. Kleinknecht, 'Flexibel werk schaadt groei arbeidsproductiviteit', *ESB* april 2008.

C.E. Dingemans & O. van der Kind 2001

C.E. Dingemans & O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *AR* 2001-1.

W.J.P.M. Fase 2000

W.J.P.M. Fase, 'Afscheid van het huidige ontslagrecht', *SMA* 2000, nr. 11/12.

G.J.J. Heerma van Voss & J. van Slooten 2010

G. Heerma van Voss & J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJ*, afl. 15, 16 april 2010.

G.J.J. Heerma van Voss & J.J.M. de Laat 2010

G.J.J. Heerma van Voss & J.J.M. de Laat, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA*, afl. 5, mei 2010.

A.R. Houweling 2011

A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en Koser Kaya?', *Ars Aequi* 2011, 11.

A.R. Houweling 2012

A.R. Houweling, 'Een nieuwe repressieve rechterlijke toetsing van het ontslag. Een 'reële grond' voor juridisering en rechtsonzekerheid?', *TAP* oktober 2012.

A. Kleinknecht, C.W.M. Naastepad & S. Storm 2012

A. Kleinknecht, C.W.M. Naastepad & S. Storm, 'Het nut van ontslagbescherming', *Socialisme & Democratie*, 2012-3.

P. Kruit & C.J. Loonstra

P. Kruit & C.J. Loonstra, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2010: the yearafter', *AR* 2011-25.

S.W. Kuip & E. Verhulp 2011

S.W. Kuip & E. Verhulp, 'Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd', *SMA* 2011, nr. 9.

S. de Lange & M. Koster 2011

S. de Lange & M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *TAP* september 2011.

S. de Lange & M. Koster 2012

S. de Lange & M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* september 2012.

C.J. Loonstra 2012

C.J. Loonstra, 'De hoorprocedure in het nieuwe voorgenomen ontslagrecht', *TAP* oktober 2012.

C.J. Loonstra 2000

C.J. Loonstra, 'Afscheid van het duale ontslagrecht?', *SR* 2000-12.

P.Th. Sick 2012

P.Th. Sick, 'Het ontslagstelsel volgens Koser Kaya: oude wijn, met een slecht etiket', *TRA*, afl. 4, april 2012.

M. Kuijer & S.F. Sagel 2001

M. Kuijer & S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001-2.

Oraties/dissertaties

W.H.A.C.M. Bouwens 2008

W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2008

A.C. Hendriks 2000

A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten; een grondrechtelijke en rechtsvergelijkende Analyse* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000.

F.J.H. Hovens 2005

F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Deventer 2005

L.G. Verburg 2010

L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* (oratie Nijmegen), Kluwer:Deventer 2010

Krantenartikelen

- Kritiek op plan voor ontslagrecht', *ANP/NOS* 11 november.
- M. Beekman, 'Met het ontslagrecht draait het kabinet aan knoppen van een versleten apparaat', *de Volkskrant* 22 november 2012.
- P. Boontje, 'Plannen ontslagrecht ondoordacht en onverstandig', *NOS* 12 november 2012.
- G.C. Boot, 'Wat doen we de werknemer aan', *Het Parool* 17 augustus 2012.
- CBS, 'Opnieuw meer werklozen', PB12-058 18 oktober 2012.
- J. Seegers, 'Aantal vaste contracten nieuw personeel met 97 procent gedaald', 7 maart 2012 *NRC Handelsblad* 7 maart 2012.

Websites

< www.fnv.nl >

<www.rijksoverheid.nl>

<www.rechtspraak.nl>

Overig

F.B.J. Grapperhaus 2007

F.B.J. Grapperhaus, *Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst*, Justitie/SZW/SER-symposium, november 2007.

G.C. Boot 2011

G.C. Boot, *Reactie op Koser Kaya, Presentatie bijeenkomst Vereniging voor Arbeidsrecht d.d. 24 november 2011*, p. 3