

De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw

Liber Amicorum voor prof. mr. F. Koning

Onder redactie van
mr. C.J. Loonstra

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2000

Contouren van het ontslagrecht van de 21e eeuw

*Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss**

1. Inleiding

Toen in 1945 het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen totstandkwam en daarmee het tijdens de oorlog ingestelde preventieve toezicht op ontslag door de directeur van het arbeidsbureau ‘voorlopig’ werd voortgezet, zullen weinigen hebben vermoed dat deze regeling de 21e eeuw zou halen. En nog vele jaren daarna heeft daar twijfel over bestaan. Toch zijn enkele aanvallen op het stelsel in de loop van het tot nu toe 54-jarig bestaan met succes afgeslagen. Alleen de ontslagvergunning voor de werknemer die ontslag neemt, werd nog juist op 1 januari 1999 afgeschaft. Maar op het moment van het afronden van deze bijdrage (november 1999), staat wel vast dat het belangrijkste element van het stelsel, namelijk het preventief toezicht op ontslag door de werkgever, het millennium nog volop levend zal afsluiten.

Toch is er alle aanleiding om opnieuw de vraag te stellen naar de toekomst van het BBA 1945 of – ruimer – naar de toekomst van het preventieve toezicht op ontslag. In het debat in de Eerste Kamer in 1998 over de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toegezegd een commissie in te stellen die het stelsel opnieuw zou bezien. De Ministers van Binnenlandse Zaken, Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid hebben in 1999 de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel

* Hoogleraar sociaal recht Universiteit Leiden.

geïnstalleerd, die juist over de toekomst van het preventief toezicht op ontslag in de loop van het jaar 2000 moet adviseren. In deze bijdrage wil ik stilstaan bij enkele vragen die daarbij onherroepelijk aan de orde zullen moeten komen. Dat betreft de vraag of de procedure voorafgaand aan ontslag binnen de onderneming moet worden gereguleerd, de gronden waarop ontslag mogelijk is, de vraag of, en zo ja, wanneer aan een ontslag een vergoeding moet worden verbonden en ten slotte hoe een ongerechtvaardigd of niet op de juiste wijze totstandgekomen ontslag moet worden gesanctioneerd. Aan ieder van deze vragen wil ik in het navolgende enkele gedachten wijden. Zij behoeven beantwoording ongeacht de keuze voor al dan niet handhaving van het preventief toezicht en verder meen ik dat deze kwesties wel zo interessant en op den duur wellicht zelfs belangrijker zijn dan de vraag of het preventief toezicht wordt gehandhaafd.

2. Geschiedenis preventief toezicht

Het preventief toezicht op ontslag door de directeur van het arbeidsbureau is in de loop van zijn bestaan in wisselende mate onderhevig geweest aan aanvallen vanuit de politiek.

In 1953 deed zich de eerste gelegenheid voor. Het parlement nam toen de wet aan ter herziening van het ontslagrecht in het BW.¹ Deze wet was zodanig geformuleerd, dat deze zowel naast als zonder het BBA 1945 zou kunnen functioneren. De Minister van Justitie, Donker, achtte handhaving van het BBA 1945 voorlopig echter gewenst met het oog op een mogelijke herziening van de rechtspraak in arbeidszaken. Men vertrouwde het ontslagrecht nog niet volledig aan de kantonrechters toe. Een motie waarin verzocht werd de toetsing op kennelijke onredelijkheid van ontslag niet in te voeren voordat dit tot een sluitend geheel was gemaakt met de preventieve toetsing van ontslag, werd met een nipte meerderheid verworpen, mede doordat Kamerleden zich vergisten bij of zich niet hadden ingeschreven voor de stemming.² Het duale stelsel van ontslagrecht (BBA 1945 naast BW) werd hiermee voorlopig voor langere duur gecontinueerd. Van herziening van de arbeidsrechtspraak werd nooit meer iets vernomen, onder andere door het grotere vertrouwen dat de kantonrechtspraak geleidelijk heeft verworven. Maar het BBA bleef!

1. Stb. 1953, 619.

2. Zie voor deze vermakelijke geschiedenis L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 56-58.

Nadien leidde het BBA 1945 een geruisloos bestaan, wellicht mede als gevolg van de lage werkloosheid. In 1975 stelde de Minister van Justitie, Van Agt, in een nieuw wetsvoorstel ter herziening van het ontslagrecht zelfs incorporatie van de regeling in het BW voor.³ De weerstand in de Tweede Kamer tegen deze vermenging van burgerlijk en bestuursrecht droeg ertoe bij dat het wetsvoorstel jaren zou blijven liggen, tot het uiteindelijk zou worden ingetrokken.

De tweede aanval speelde in een tijd van economische neergang. In de tweede helft van de jaren zeventig liep de werkloosheid op, om begin jaren tachtig een hoogtepunt te bereiken. Werkgevers en advocaten klaagden over de moeizame en vaak langdurige procedures voor het verkrijgen van een ontslagvergunning. De dereguleringscommissie-Van der Grinten stelde voor tot afschaffing van het preventief toezicht over te gaan. Daarbij werden direct al alternatieven genoemd voor het geval dit niet politiek haalbaar was. Het einde van deze poging was dat de procedure bij het arbeidsbureau enigszins werd bekort.⁴ Een gevolg van de handhaving van het preventief toezicht was wel een huivering bij werkgevers om personeel in vaste dienst te nemen. Dit leidde in de daaropvolgende jaren tot een toenemend gebruik van flexibele arbeidsrelaties en vooral van contracten voor bepaalde tijd. Daarnaast werd in toenemende mate gebruik gemaakt van de mogelijkheid van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter (thans art. 7:685 BW).

De derde aanval werd ten slotte in 1994 ingezet door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, De Vries. In reactie op een snel oplopende werkloosheid bereidde hij in korte tijd een wetsvoorstel voor, dat de overgang inhield naar een civielrechtelijk systeem van ontslagbescherming.⁵ Vlak voor het einde van zijn zittingsperiode legde hij dit aan de Raad van State voor advies voor. De SER had hierover in meerderheid negatief geadviseerd, omdat behalve de werknemersorganisaties opmerkelijk genoeg ook de vertegenwoordigers van het midden- en kleinbedrijf zich tegen het voorstel verzetten. Reden hiervoor was de onzekerheid over mogelijke schadevorderingen van ontslagen werknemers achteraf bij de civiele rechter, alsmede het stelsel van ontslagvergoedingen waarin het voorstel standaard voorzag. De nieuwe minister, Melkert, greep dit advies aan om een geheel andere koers te varen. Hij zag af van de verdere behandeling van het wets-

3. TK 1975-1976, 13 656, nrs. 1-3.

4. Zie voor een beschrijving van deze gang van zaken Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 113-115.

5. Zie voor de tekst P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Mededelingen HSI nr. 10, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1995.

voorstel en toonde zich juist een groot voorstander van het preventieve toezicht op ontslag. Daar voerde hij een tweetal redenen voor aan: het bewaken van de toegang tot de sociale verzekeringen en het houden van greep op de arbeidsmarkt. In eerste instantie stelde hij zelfs voor de toegang tot de kantonrechter in ontbindingszaken te beperken tot gevallen waarin eerst om een ontslagvergunning was verzocht. Daarna kwam het kabinet na moeizame onderhandelingen met een nota over flexibiliteit in het arbeidsrecht, waarover advies werd gevraagd aan de Stichting van de Arbeid. Toen deze Stichting in 1996 met een compromis kwam in de nota Flexibiliteit en zekerheid, waarin het preventieve toezicht op ontslag zou worden gehandhaafd, werd dit bijna volledig vastgelegd in een wetsvoorstel met dezelfde naam, dat in grote lijnen ongewijzigd door het parlement werd aangenomen en in 1999 werd ingevoerd. Aldus haalde het BBA 1945 de 21e eeuw. Wel werd opnieuw de procedure bij het arbeidsbureau bekort, werd de opzegtermijn verkort ingeval de ontslagprocedure bij het arbeidsbureau werd gevolgd en werd voor economische ontslagen een 'geen bezwaar'-procedure ingevoerd, die automatisch tot een WW-uitkering van de werknemer kan leiden. De discussie over de keuze voor behoud van preventief toezicht hield echter aan en onder druk van de Eerste Kamer moest de minister toezeggen dat een commissie zou worden ingesteld die de wet niet alleen zou evalueren, maar ook advies zou uitbrengen over de handhaving van het duale ontslagstelsel. Het advies van de Commissie Duaal Ontslagstelsel wordt in de loop van het jaar 2000 verwacht.

3. Procedure binnen onderneming

De procedure die voorafgaat aan een ontslag binnen een onderneming, is in de huidige Nederlandse wetgeving nauwelijks geregeld. Bij collectief ontslag is dat althans nog enigszins het geval. Zowel de ondernemingsraad op grond van de WOR als de vakbond op grond van de Wet melding collectief ontslag dient in de meeste gevallen bij de besluitvorming rond collectief ontslag te worden betrokken. Sinds de aanscherping van de EG-richtlijn inzake collectief ontslag en de daaropvolgende aanpassing van de Nederlandse wet is daarbij tamelijk gedetailleerd aangegeven waarover overleg moet worden gevoerd en naar overeenstemming moet worden gestreefd. Wat betreft individuele ontslagen is pas sinds 1999 in het BW rechtstreeks de plicht geformuleerd om een opzegging desgevraagd te motiveren (art. 7:669 BW).⁶ Het

6. Indirect viel deze plicht overigens wel af te leiden uit de in 1954 ingevoerde bepaling dat een opzegging zonder grond kennelijk onredelijk kon zijn (thans art. 7:681 BW).

aantal interne regelingen voor ontslagprocedures in ondernemingen en CAO-bepalingen op dit gebied is niet bekend, maar vermoedelijk niet groot. Voor het overige kunnen hoogstens uit de jurisprudentie regels worden afgeleid voor de interne besluitvorming binnen de onderneming bij ontslag.⁷ De werkgever is bijzonder vrij in de voorbereiding van een ontslagaanvraag. De jongste wijziging van de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft zelfs een stimulans ingebouwd om niet met de werknemer te overleggen voorafgaand aan het indienen van een aanvraag voor toestemming van de RDA. Indien de werknemer ziek wordt na de ontvangst van de ontslagaanvraag, is het ontslagverbod bij ziekte immers niet van toepassing. De werkgever die bang is dat een werknemer zich zal ziek melden na de mededeling dat voor hem toestemming voor ontslag zal worden gevraagd, zal geneigd zijn pas in overleg te treden na ontvangst van de aanvraag door de RDA. Daarmee is echter al weer een belangrijke psychologische stap gezet in de richting van ontslag. De grote vrijheid van de werkgever bij de inrichting van de 'interne' ontslagprocedure staat in opvallend contrast met de grote mate van betrokkenheid van de overheid bij het vervolg van de normale ontslagprocedure: het preventief toezicht. Dan wordt de ontslagaanvraag van de werkgever kritisch getoetst en moet deze voldoen aan tal van gedetailleerde eisen, zoals verwoord in het Ontslagbesluit.

De vraag is of deze situatie nog van deze tijd is. Het personeelsbeleid is in veel ondernemingen aanmerkelijk verbeterd en geprofessionaliseerd. Juist in de aan een ontslag voorafgaande fase vallen de belangrijkste besluiten. Het terugdraaien van een eenmaal bij het arbeidsbureau in gang gezette ontslagprocedure is psychologisch voor een werkgever vaak moeilijk op te brengen. Veel grote ondernemingen hebben al het beleid om ontslagprocedures te voorkomen door het treffen van regelingen. En ook veel kleinere ondernemingen die het zich kunnen veroorloven, proberen met voor ontslag in aanmerking komende werknemers door onderhandelingen tot een akkoord te komen. Ook het wettelijke ontslagrecht zou er meer naar kunnen streven om de interne procedure binnen de onderneming die aan ontslag voorafgaat optimaal te structureren. Naar de mate waarin dit succesvol is, kan het preventief toezicht op ontslagen door de overheid worden teruggedrongen.

Voor een structurering van de ontslagprocedure binnen de onderneming bestaan wel de nodige aanknopingspunten. In de eerste plaats kennen we

7. Zie Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 285-317.

wettelijke regels inzake collectief ontslag: het overleg met de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging zoals dat voortvloeit uit de WOR, en met de vakbonden zoals dat is voorgeschreven in de Wet melding collectief ontslag. Waar het gaat om individueel ontslag kan uit de wet worden afgeleid dat motivering van het ontslag desgevraagd verplicht is en – bij nalatigheid – kan leiden tot een vordering tot schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijke opzegging. In mijn dissertatie heb ik destijds uit de rechtspraak afgeleid dat een aantal beginselen een rol speelt bij de toetsing van de interne ontslagprocedure:

- het zorgvuldigheidsbeginsel;
- het beginsel van zuiverheid van oogmerk;
- het motiveringsbeginsel;
- het vertrouwensbeginsel;
- het evenredigheidsbeginsel; en
- het gelijkheidsbeginsel.⁸

Onder het zorgvuldigheidsbeginsel vatte ik daarbij de plicht voor de werkgever om de feiten te onderzoeken, een hoorplicht (met de mogelijkheid van verweer van de werknemer), een waarschuwingsplicht en een informatieplicht.

Ook in IAO-Verdrag 158 inzake de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever komt een afdeling voor over de procedure voortgaande aan de beëindiging. Deze bevat één artikel, dat bepaalt dat de dienstbetrekking niet zal worden beëindigd om redenen die zijn gerelateerd aan het gedrag of de prestaties van de werknemer voordat hem de gelegenheid is geboden om zichzelf te verdedigen tegen de gemaakte aantijgingen, tenzij niet redelijkerwijs van de werkgever kan worden verwacht dat hij de gelegenheid daartoe biedt (art. 7). Bij het laatste kan men wellicht denken aan een dringende reden voor ontslag. Anderzijds is juist in dit geval een zorgvuldige besluitvorming extra van belang, gezien de grote op het spel staande belangen. De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak dan ook de ruimte gelaten om daar de tijd voor te nemen.⁹

Een voorbeeld van een wettelijke regeling op dit gebied biedt het Franse recht. De artikelen L 122-14 tot 14-2 jo. R 122-3 Code du Travail bepalen

8. In feite gaat het hier om algemene beginselen van goed werkgeverschap, zie G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 2.

9. HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328; HR 4 november 1983, NJ 1984, 187; HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720; HR 1 juni 1984, NJ 1984, 721; HR 18 september 1987, NJ 1988, 238.

dat de werkgever de werknemer per aangetekende brief moet uitnodigen voor een onderhoud. De brief moet ook de reden voor het gesprek vermelden. Tijdens het gesprek mag de werknemer zich doen vergezellen door een collega-werknemer. In het gesprek moet de mogelijkheid van verzoening worden onderzocht. Overigens is ziekte van de werknemer op de dag van het onderhoud geen beletsel om de ontslagprocedure daarna voort te mogen zetten. Pas één dag na de datum waarop het onderhoud wordt gehouden, mag de ontslagbrief (wederom aangetekend) worden verzonden. De werkgever is gehouden de ontslagredenen te vermelden, indien de werknemer daarom binnen tien dagen verzoekt.¹⁰

Ook in het Nederlandse ambtenarenrecht kennen wij geen preventief toezicht op ontslag, maar wel een interne procedure die voorafgaat aan een eventueel beroep op de rechter tegen een ontslagbesluit. Dat vloeit voort uit de Algemene wet bestuursrecht, die voorschrijft dat eerst intern bezwaar wordt aangetekend indien men in beroep wil tegen een besluit. Wordt een ambtenaar ontslagen, dan maakt hij eerst daartegen bezwaar bij het orgaan dat de beslissing heeft genomen. De behandeling van deze bezwaren wordt dikwijls overgelaten aan een commissie, waarin ook externe leden zitting hebben. De ambtenaar kan zich gedurende deze bezwarenprocedure al door een rechtshulpverlener laten bijstaan. De bezwarencommissie geeft dan nog eens een nieuw oordeel over de juistheid van het ontslag, dikwijls onafhankelijk van de persoon die de eerste beslissing heeft genomen. Bovendien ontstaat er enige onderhandelingsruimte op een moment dat het ontslag nog niet te lang geleden heeft plaatsgevonden, mogelijk zelfs nog niet is ingegaan. Dit biedt de mogelijkheid dat al tijdens de bezwaarfase het ontslag op een zodanige wijze wordt opgelost, dat de ambtenaar niet meer naar de rechter gaat om de procedure voort te zetten. Die oplossing kan zowel het intrekken van het ontslag inhouden, als een alternatief (overplaatsing, hulp bij het vinden van ander werk, enzovoort), maar ook een financiële regeling bij wijze van compensatie en waarbij de ontslagen ambtenaar zich kan neerleggen.

Een interne hoorprocedure bij ontslag binnen de onderneming zou eventueel verder kunnen worden 'opgetuigd' met bijvoorbeeld het horen door een commissie, het heroverwegen van de beslissing door een hogere functionaris, het inschakelen van een mediator of een geschilleninstantie van de bedrijfstak, betrokkenheid van de ondernemingsraad, enzovoort. Dat zou per onderneming kunnen worden ingevuld. Een dergelijke regeling inzake

10. Informatie ontleend aan G.H. Camerlynck, Gérard Lyon-Caen & Jean Pélissier, *Droit du travail*, Paris: Dalloz 1986, p. 304-309.

het ontslagbeleid behoeft de instemming van de ondernemingsraad op grond van artikel 27 WOR. Elke onderneming zou hiervoor zelf desgewenst een nadere regeling kunnen maken, aangepast aan de omvang van en de cultuur binnen de onderneming.¹¹

4. Gronden voor ontslag

Anno 2000 vermeldt ons BW nog steeds niet wat de redenen kunnen zijn voor opzegging. Sedert 1954 kan een ontslag zonder opgave van reden (of op grond van een valse of voorgewende reden) kennelijk onredelijk zijn en als zodanig leiden tot een veroordeling tot schadevergoeding of tot herstel van de arbeidsovereenkomst (thans art. 7:681 en 682 BW). En sinds 1999 eist artikel 7:669 BW dat degene die opzegt de andere partij op diens verzoek de grond voor de opzegging schriftelijk moet meedelen. Deze bepalingen brengen dus mee dat er een grond moet zijn en dat dit ook de werkelijke grond moet zijn. Men kan hieruit ook wel afleiden dat deze grond de opzegging moet kunnen dragen. Maar hoe een aangevoerde grond voor opzegging moet worden beoordeeld, vermeldt de wet niet.

Wel verbiedt de wet een aantal redenen als zodanig als opzeggrond (zie de lijst van opzegverboden opgenomen in art. 7:670 BW en enkele bijzondere in art. 7:646, 648 BW en 8 AWGB). Daarnaast noemt het BW wel de gronden die een dringende reden voor ontslag vormen (art. 7:667-669 BW) en noemt het de gronden die kunnen leiden tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter (art. 7:685 BW).

Toetsing van de grond voor een opzegging gebeurt als regel ook door de regionaal directeur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) in het kader van het geven van toestemming voor een opzegging op grond van artikel 6 BBA 1945. De werkgever die opzegt, is verplicht in zijn verzoek om deze toestemming de gronden voor het ontslag op te geven. Het Ontslagbesluit bepaalt dat de RDA zijn toestemming geeft indien de opzegging redelijk is. Voor bepaalde gronden bepaalt het Ontslagbesluit dan nog in het bijzonder wat de werkgever moet aantonen.

In het ambtenarenrecht moet het ontslagrecht volgens artikel 125, lid 1 onder a Ambtenarenwet worden uitgewerkt in besluiten van het bevoegde orgaan. In het ARAR is dit voor de rijksambtenaren gebeurd door een in beginsel limitatief stelsel van ontslaggronden (art. 98). Dit betreft al een

11. Zie voor een voorstel voor een veel uitgebreidere wettelijke regeling van een interne hoorprocedure het verslag van het HSI-onderzoek, K. Boonstra, M.M. de Kleermaeker & R. Knecht, Flexibiliteit en ontslagbescherming, Onderzoeksbureau AWSB, Research Paper 99/03, Utrecht: AWSB 1999.

betrekkelijk lange lijst van ontslaggronden. Is het al niet mogelijk om de ambtenaar te ontslaan op een van deze gronden, bijvoorbeeld omdat het moeite kost om deze gronden voldoende aannemelijk te maken, dan kan nog worden gekozen voor een 'open' ontslaggrond, waar dan een vergoeding tegenover dient te staan (art. 99). Deze regeling in het ambtenarenrecht suggereert een grotere bescherming voor de ambtenaar dan hij werkelijk realiseert. Dit komt enerzijds doordat de genoemde gronden nogal talrijk en ruim zijn en anderzijds doordat het systeem niet werkelijk limitatief is als het erop aankomt. Wel lijkt het me juist dat de wet enige indicatie geeft over wat een redelijke grond is, en dat deze duidelijk aan de eisen van de onderneming en het werk gerelateerd moet zijn.

In mijn proefschrift bepleitte ik destijds een viertal gronden in het BW te noemen bij wijze van limitatief stelsel dat lijkt op dat van het ambtenarenrecht, maar anderzijds iets korter en algemener van aard zou zijn.¹² Gegeven dat een dergelijke limitatieve opsomming in de praktijk een grotere bescherming suggereert dan zij waarmaakt, zou het voldoende kunnen zijn dat de wet aangeeft dat er een redelijke grond moet zijn en dat deze gerelateerd dient te zijn aan de omstandigheden op het werk of de kwaliteiten van de werknemer. De toelichting van de wet zou dan op basis van het Ontslagbesluit de aan te voeren argumenten nog iets kunnen uitwerken.

In IAO-Verdrag 158 is naar mijn smaak een elegante oplossing gevonden voor de kwestie van de ontslaggrond. In artikel 4 wordt een algemene formule gegeven: een dienstbetrekking met een werknemer kan niet worden beëindigd zonder een geldige reden, gerelateerd aan de capaciteiten of het gedrag van de werknemer of gebaseerd op de operationele vereisten van de onderneming, inrichting of dienst. Artikel 5 noemt dan een aantal redenen, te vergelijken met onze opzegverboden, die *geen* geldige reden voor beëindiging kunnen vormen. In artikel 6 wordt ook tijdelijk werkverzuim als gevolg van ziekte als ontslaggrond verboden, met de mogelijkheid om de definitie van dit begrip en de medische controle nader te regelen.

Het ligt voor de hand dat in de toekomst pogingen zullen worden ondernomen om ons ontslagrecht meer af te stemmen op dat van andere landen. Het is dan aantrekkelijk om aansluiting te zoeken bij reeds aanvaarde internationale normen. Ik kan mij voorstellen dat IAO-Verdrag 158 in de toekomst ook als basis kan dienen voor een ontslagregeling in Europa. Dit zou een extra reden kunnen zijn om ook in onze wetgeving wat betreft de grond voor opzegging aansluiting te zoeken bij de formule van IAO-Verdrag 158.

12. G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 236.

5. Ontslagvergoeding

Van oudsher werkte het Nederlandse ontslagrecht niet met ontslagvergoedingen. Aanvankelijk behoefde men slechts loon te betalen tot het einde van de opzegtermijn of tot het overeengekomen eindtijdstip van de arbeidsovereenkomst. Werd deze periode bij ontslag niet in acht genomen, dan werd degene die dit onregelmatige ontslag gaf of nam schadeplichtig, hetgeen meebracht dat een schadevergoeding diende te worden betaald, die in beginsel overeenkwam met het loon over de termijn waarop de arbeidsovereenkomst op regelmatige wijze had kunnen eindigen. Alleen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter bestond de mogelijkheid dat een hoger bedrag als vergoeding aan de beëindiging werd verbonden, bijvoorbeeld omdat hiermee een opzegverbod kon worden doorbroken.

Sedert 1954 kent de wet de mogelijkheid dat een schadevergoeding wordt toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag (thans art. 7:681 BW). De wet bepaalt dat de werkgever zo'n schadevergoeding onder meer kan worden opgelegd als het ontslag in de gevolgen te bezwarend is voor de werknemer. Dit biedt de basis voor een door de rechter opgelegde 'gouden handdruk'. Deze mogelijkheid werd aanvankelijk, wellicht door onbekendheid, nog niet veel benut, totdat in 1961 de Hoge Raad haar nog eens bevestigde in het befaamde arrest Lampe/De Vries.¹³ Hierdoor kon de werknemer een gerechtvaardigde afvloeiingsregeling via de rechter afdwingen. Van deze mogelijkheid via een gerechtelijke procedure werd overigens maar beperkt gebruik gemaakt, omdat de procedure lang kan duren en de nodige onzekerheden bood. Zo was er geen algemeen aanvaarde maatstaf voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding. Evenmin was duidelijk in welke gevallen een vergoeding gerechtvaardigd was. Niettemin werd in de loop der jaren ook in de praktijk in toenemende mate op vrijwillige basis gebruik gemaakt van afvloeiingsregelingen bij het einde van de dienstbetrekking. De toenemende financiële mogelijkheden van werkgevers droegen hiertoe bij. Bovendien bood dit een mogelijkheid om een ontslag van een oudere werknemer aanvaardbaarder te maken door het compenseren van de minder goede kansen van deze werknemer om ander werk te vinden.

Door het toenemende gebruik van de mogelijkheid van ontbinding door de kantonrechter wegens gewichtige redenen met toekenning van een vergoeding (thans art. 7:685 BW), ontstond echter in de jaren tachtig en negentig een toenemende behoefte aan duidelijkheid over de criteria voor een ver-

13. HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (Lampe/De Vries).

goeding bij beëindiging van het dienstverband. De in de praktijk ontwikkelde vuistregels voor kantonrechters werden in 1996 in Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters vastgelegd, die vanaf dat moment ook officieel het richtsnoer werden voor de vergoedingen bij ontbinding. Onvermijdelijk leidde dit echter tot de vraag of hiermee ook was gegeven dat in elk ontslag een vergoeding op zijn plaats zou zijn volgens deze formule. Dit werd bevorderd door de neiging om ook in zaken over kennelijk onredelijke opzegging van deze formule uit te gaan. Ook in onderhandelingen over ontslag en over sociale plannen werd 'de kantonrechtersformule' begrijpelijkerwijs veelvuldig als uitgangspunt naar voren gebracht.¹⁴

Voor het ontslagrecht van de 21e eeuw zal echter principieel de vraag moeten worden gesteld of een vergoeding bij ontslag wel in alle gevallen de juiste is en of de hoogte van de kantonrechtersformule (bij een 'normaal' ontslag waarbij de verwijtbaarheid in het midden ligt, komt die neer op een maand salaris per gewerkt jaar, het laatste gecorrigeerd naar leeftijd) ook wel de juiste is. Daarvoor moeten we ook inzicht krijgen in de rechtsgrond voor een ontslagvergoeding. Is het bijvoorbeeld van belang hoe lang het de werknemer naar verwachting zal kosten om ander werk te vinden en is het ook van belang hoe lang dit in werkelijkheid duurt?¹⁵

Opvallend is in dit verband dat IAO-Verdrag 158 wel een ontslagvergoeding eist, gekoppeld aan leeftijd en arbeidsverleden, maar dat deze kan worden vervangen door een werkloosheidsuitkering, een systeem dat wij in Nederland kennen in de vorm van de WW. In dit verband is ook de discussie interessant in hoeverre een ontslagvergoeding een aanvulling kan vormen op de WW-uitkering, en in hoeverre deze erop in mindering kan worden gebracht. De voorlopige stand van zaken in deze discussie is dat bij een vergoeding toegekend bij ontbinding of in het kader van een beëindiging met wederzijds goedvinden de WW-uitkering pas ingaat na afloop van de periode waarin bij een opzegging de opzegtermijn had geduurd (de zgn. 'fictieve' opzegtermijn, art. 16 lid 3 WW), maar daarna niet meer tot korting op de WW-uitkering leidt, zolang het ontslag maar als 'niet verwijtbaar' wordt gekwalificeerd.

Kijken we naar de ontslagstelsels van andere landen, dan kennen deze soms wel een (wettelijk) systeem van ontslagvergoedingen, maar betreft dit meestal gevallen van onrechtvaardig ontslag, terwijl bovendien de uitkerin-

14. Zie het themanummer van Sociaal Recht van januari 1998 over de kantonrechtersformule en de uitstraling naar het kennelijk onredelijk ontslag.

15. Vgl. G.C. Boot, *Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst*, SMA 1999, p. 406-417.

gen lager zijn en soms een alternatief vormen voor onze opzegtermijn.¹⁶ Het komt mij voor dat de koninklijke weg voor een stelsel van ontslagvergoedingen zou zijn dat het een door de wetgever welbewust ontworpen systeem zou zijn. Het formuleren daarvan zal nog niet zo'n eenvoudige zaak zijn, maar de vraag moet onder ogen worden gezien of simpelweg de kantonrechttersformule voor gewone vormen van opzegging kan worden gehanteerd. Een goed systeem van vergoedingen zou mijns inziens onredelijk zware gevolgen van een ontslag moeten verzachten, maar anderzijds betaalbaar moeten zijn voor de werkgever en geen rem moeten vormen op het vinden van nieuw werk. Men zou zich tevens kunnen voorstellen dat alternatieve vormen van vergoeding, zoals hulp bij het vinden van ander werk, in het systeem worden verdisconteerd. Maar bovenal zal de wetgever een duidelijke uitspraak moeten doen over de verhouding tussen ontslaguitkering en werkloosheidsuitkering.

Achter de vraag naar de grondslag voor ontslagvergoedingen zit nog een andere, principiële kwestie. Zijn we op weg naar het Belgische formele stelsel van ontslagrecht, waarbij men met betaling van een afkoopsom van elke werknemer kan afkomen, ongeacht de reden voor ontslag, of houden we het bij ons eigen causale stelsel, waarbij een werknemer zich steeds kan verzetten tegen effectuering van een ontslag indien daarvoor goede redenen ontbreken en waarbij we dus eigenlijk uitgaan van de gedachte dat gedwongen ontslag het uiterste middel moet zijn? Het laatste stelsel, dat mijn voorkeur heeft, verdraagt zich moeilijk met een algemeen recht op een ontslagvergoeding, omdat dat toch gemakkelijk tendeeft naar een formeel recht voor de werkgever om ontslag te geven, zo lang hij maar een vergoeding betaalt.

6. Sancties

Het stelsel van sancties in het Nederlandse ontslagrecht is buitengewoon gecompliceerd. Enerzijds kennen we de figuur van de vernietigbaarheid, die voorkomt bij het preventieve toezicht en bij de opzegverboden (art. 9 BBA, 7:647 en 648 lid 1, 677 lid 5 BW, 8 lid 1 AWGB). Bij een vernietiging van een ontslag past dan de loonvordering (art. 7:628 BW) en eventueel de vordering tot tewerkstelling (art. 7:611 BW). Daarnaast bestaat de vordering van schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW). De schadeplichtigheid bij onregelmatig ontslag vertaalt zich in een

16. Zie A.M. Luttmer-Kat, De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen, SMA 1999, p. 435-441.

gefixeerde dan wel 'volledige' schadevergoeding, welke laatste overigens allesbehalve 'volledig' is (art. 7:677 en 680 BW). Ten slotte hebben we dan nog de figuur van 'herstel van de arbeidsovereenkomst', die theoretisch is te onderscheiden van de vernietigbaarheid met een vordering tot tewerkstelling, maar daarmee wel vaak wordt verward (art. 7:682 BW). Dan laat ik nog daar dat in het ontslagrecht ook op basis van goed werkgeverschap,¹⁷ redelijkheid en billijkheid,¹⁸ openbare orde,¹⁹ misbruik van recht²⁰ en tekortkoming in de nakoming²¹ vorderingen denkbaar zijn, naast of in plaats van de genoemde, waarbij men dan uit de jurisprudentie soms moeizaam moet destilleren welke sanctie in welke gevallen is toegelaten.

De oorzaken van deze complexiteit zijn voornamelijk historisch van aard. Bij verschillende uitbreidingen van het ontslagrecht heeft men nieuwe sancties ingevoerd, zonder te komen tot een samenhangend systeem. Het zou mijns inziens wenselijk zijn in deze verschillende systemen meer eenvoud te brengen, door in hoofdzaak te kiezen voor twee sancties, te weten de vernietigbaarheid en de schadevergoeding. Vernietigbaarheid zou dan aan de orde zijn bij het niet in acht nemen van de voorafgaand aan ontslag geldende procedures, met name het horen van de werknemer, en het hanteren van een ongeldige ontslaggrond. Een werknemer die zich wil verzetten tegen een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zou dan kiezen voor een vernietiging van het ontslag, gepaard gaand met een loonvordering en, indien hij zijn werk wil voortzetten, een vordering tot tewerkstelling. Hij zou kiezen voor een vordering tot schadevergoeding indien hij niet meer wil (of meent te kunnen) terugkeren bij zijn oude werkgever. De te vergoeden schade zou dan kunnen afhangen van alle omstandigheden (compensatie van loon voor niet in acht genomen opzegtermijn, vergoeding voor ontbrekende afvloeiingsregeling, vergoeding van immateriële schade door schending

17. J.J.M. De Laat, Goed werkgeverschap en (schade)vergoeding, SR 1998, p. 284-289.

18. Zie bijv. over de goede trouw in het ontslagrecht HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven) en M.G. Rood, 'Over de goede trouw in het ontslagrecht', in: *Blinde vlekken in het sociaal recht (Frenkel-bundel)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 131-144.

19. Over ontslag in strijd met de wet, openbare orde en goede zeden HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495, JAR 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro e.a.) en C.G. Scholtens & Th.P. ten Brink, Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?, in: *Werkgroep herziening ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.)*, Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 77-86.

20. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS) en G.J.J. Heerma van Voss, Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd, in: *Werkgroep herziening ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.)*, Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 61-76.

21. HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (Deuss/Motel Maatschappij Holland).

norm van goed werkgeverschap in ontslagprocedure, enzovoort). Een dergelijke regeling zou tevens kunnen inhouden dat een vernietigd ontslag door de rechter wordt gedekt verklaard, onder bepaling van een door de rechter te bepalen schadevergoeding, indien de rechter van oordeel is dat het terugkeren op het oude werk niet mogelijk is of redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd. Verwijtbaarheid van de werkgever in dit opzicht kan dan tot uitdrukking worden gebracht in de hoogte van de in dat geval toe te kennen schadevergoeding. De vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst kan in dit systeem vervallen. Tevens zou kunnen worden geëist dat de werknemer een eventuele vordering tot tewerkstelling binnen een beperkte termijn (bijvoorbeeld drie maanden) instelt, teneinde het voor de werkgever mogelijk te maken zich in te stellen op een eventuele terugkeer van de werknemer.²²

7. Conclusie

In het bovenstaande heb ik getracht enige grote lijnen te schetsen van de eisen waaraan een ontslagstelsel voor de 21e eeuw wat mij betreft zou moeten voldoen: een regeling van de interne procedure binnen de onderneming die aan opzegging voorafgaat, een samenhangende regeling van de ontslaggronden, een weloverwogen regeling van ontslagvergoedingen en een eenvoudig stelsel van sancties. Zonder voor al deze kwesties nu ook een definitief voorstel te hebben gedaan, hoop ik wel de contouren van dergelijke regelingen inzichtelijker te hebben gemaakt. Ik ben mij ervan bewust dat daarmee nog niets is gezegd over de Nederland zo zwaar op de maag liggende vraag of de toetsing van ontslag preventief en door een bestuursorgaan moet plaatsvinden. Ik meen echter dat deze kwestie te vaak de aandacht heeft afgeleid van een aantal andere vragen, waaronder de door mij behandelde, waarvan de beantwoording uiteindelijk wellicht minstens zo belangrijk is voor de totstandkoming van een rechtvaardig, begrijpelijk en hanteerbaar ontslagrecht.

22. Vgl. HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 (Chelbi/Klene).