



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De procedure in de onderneming voorafgaand aan ontslag

Heerma van Voss, G.J.J.; Houwerzijl M.S., Peters S.S.M.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2009). De procedure in de onderneming voorafgaand aan ontslag. In P. S. S. M. Houwerzijl M.S. (Ed.), *Exit: Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking* (pp. 97-108). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14592>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14592>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EXIT: ONDERNEMING, WERKNEMER EN HET EINDE VAN DE DIENSTBETREKKING

onder redactie van

Mr. dr. M.S. Houwerzijl
Mr. dr. S.S.M. Peters

Serie Onderneming en Recht
deel 50

HOOFDSTUK 5

DE PROCEDURE IN DE ONDERNEMING VOORAFGAAND AAN ONTSLAG

*G.J.J. Heerma van Voss*¹

1. Inleiding

In het Nederlandse ontslagrecht bestaat traditioneel weinig aandacht voor de procedure die in de onderneming aan ontslag voorafgaat. Het belang van deze problematiek neemt echter toe. In alle recente voorstellen voor herziening van het ontslagrecht, zoals die van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, minister Donner en de Commissie-Bakker die adviseerde over de toekomst van de arbeidsparticipatie, verdwijnt het preventieve toezicht op ontslag door de overheid uit beeld en komt de nadruk dus vanzelf meer te liggen op de kwaliteit van de ontslagprocedure binnen de onderneming. In mijn proefschrift uit 1992 besteedde ik aandacht aan deze problematiek.² In deze bijdrage onderzoek ik wat de stand van zaken is anno 2009.

Ik ga daarbij in beginsel uit van de opzegging. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst gebeurt immers steeds door de rechter, zij het op initiatief van één der partijen bij de arbeidsovereenkomst. In deze procedure bepaalt in wezen de rechter de procedurele gang van zaken, waardoor deze buiten de sfeer van de onderneming valt.

2. Historische redenen

Wat is de reden voor de geringe aandacht in het Nederlandse ontslagrecht voor de besluitvorming binnen de onderneming? Dit rechtsgebied is in zijn huidige vorm ontstaan na de Tweede Wereldoorlog als antwoord op de rechteloosheid van werknemers in het ontslagrecht voor die tijd, die vooral gedurende de crisis- en oorlogsjaren scherp werd gevoeld. De Nederlandse overheid heeft aangesloten op het door de bezetter ingevoerde

1 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

2 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, 1992, p. 285-317.

regime van voorafgaande toetsing van ontslagen door de overheid en in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944 en dat van 1945 een vergaand preventief overheidstoezicht op ontslag ingevoerd. Toen in 1953 het ontslagrecht in het Burgerlijk Wetboek werd uitgebreid, werd afschaffing van dit preventieve toezicht aangehouden in afwachting van een hervorming van de arbeidsrechtspraak. Die hervorming is er nooit gekomen en ondanks enkele pogingen om het preventieve toezicht ter discussie te stellen, is ook dat steeds gecontinueerd.³ Als gevolg hiervan werd de aandacht sterk gelegd op de toetsing van het ontslag door het arbeidsbureau en zijn latere opvolgers, laatstelijk sinds 2009 het UWV.

Die toetsing is voortvarend ter hand genomen en de overheid heeft hiervoor veel beleid ontwikkeld. Aanvankelijk kende men de zogenaamde Richtlijnen voor de toepassing van het BBA 1945, naast talloze circulaires. In 1998 is het Ontslagbesluit vastgesteld.⁴ Daarnaast heeft de voorganger van het UWV, het CWI, de Beleidsregels ontslagtaak gepubliceerd, een kloek boekwerk waarvan de tekst ook op internet is te vinden.⁵

Het Ontslagbesluit richt zich niet rechtstreeks tot de werkgever, en de instructies daarin gelden alleen voor het UWV.⁶ Toch kunnen hieruit indirect regels worden afgeleid die het handelen van de werkgever bepalen. Indien de werkgever zich niet aan deze regels houdt, zal een aanvraag om toestemming voor ontslag immers niet worden gehonoreerd. In de onderwijssector waarin het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944 niet geldt, kennen cao's regels voor de ontslagprocedure en hebben beroepscommissies op dit punt jurisprudentie ontwikkeld die ten dele lijkt te zijn geïnspireerd door de ambtelijke regelingen, waarbij de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is. Voor de ontslagen van bestuurders van rechtspersonen die niet onder het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944 vallen, gelden weer procedurele eisen op grond van Boek 2 BW. Daarnaast zijn er in de rechtspraak regels ontwikkeld en zijn na 1954 wel enige wettelijke bepalingen tot stand gekomen die zien op de ontslagprocedure binnen de onderneming.

Wat zijn nu de belangrijkste elementen van de procedure binnen de onderneming voorafgaand aan het ontslag?

3 Wel werd in 1999 het preventief toezicht op ontslagneming door de werknemer afgeschaft.

4 Regeling van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238.

5 Zie www.werk.nl.

6 HR 13 november 1953, *NJ* 1995, 401. Hierover G. Overkleef-Verburg en L. Roijackers, *Een redelijk ontslag? De ontslagprocedure van artikel 6 BBA*, Nijmegen: Ars Aequi 1978, p. 14-16.

3. Horen

IAO-Verdrag nr. 158 bevat de verplichting dat de werkgever de werknemer in de gelegenheid stelt om zich te verweren tegen de gemaakte aantijgingen. Het verdrag beperkt deze verplichting tot de beëindiging wegens redenen die verband houden met het gedrag van de werknemer of het uitoefenen van zijn werkzaamheden. De werknemer behoeft niet de gelegenheid te krijgen zich tegen de gemaakte aantijgingen te verdedigen indien dat redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht. IAO-Verdrag nr. 158 is echter door Nederland nog niet geratificeerd, hoewel het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de intentie daartoe wel heeft kenbaar gemaakt.

Een wettelijke verplichting voor de werkgever om de werknemer voorafgaand aan opzegging van de arbeidsovereenkomst te horen, bestaat naar geldend Nederlands recht nog niet. Sommige cao-bepalingen kennen de verplichting om de werknemer te horen wel. Daarnaast kennen cao's en sociale plannen klachtregelingen waaruit de verplichting volgt om de werknemer op verzoek te horen in het kader van een heroverweging van het besluit. Daarnaast kan een hoorverplichting en het bieden van gelegenheid tot verweer worden gezien als voortvloeiend uit het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van goed werkgeverschap.⁷

In de praktijk zal een werkgever die de arbeidsovereenkomst opzegt de werknemer vaak horen zonder daartoe verplicht te zijn, om verschillende redenen:

- a. hij acht dit (als goed werkgever) correct tegenover de werknemer;
- b. hij doet dit om zich van alle feiten te vergewissen;
- c. hij heeft er belang bij om bij de behandeling van het verzoek om toestemming voor de opzegging bij het UWV niet voor verrassingen te worden gesteld.

Dit horen kan echter informeel plaatsvinden, aangezien hiervoor geen procedure-eisen gelden.

Voor het Nederlandse recht is de invoering van een algemene hoorverplichting in het kader van de ontslagprocedure het meest nadrukkelijk aan de orde gesteld in het in november 2000 uitgebrachte advies van de

⁷ G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, 1999, p. 42-44.

Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel.⁸ Deze commissie adviseerde invoering van een hoorprocedure niet alleen in geval van ontslag om persoonlijke redenen, maar ook in gevallen van economisch ontslag. In geval van collectief ontslag stelde de commissie een mogelijkheid van schriftelijk verweer voor. Bij faillissement zou de curator verplicht zijn om de werknemers die worden ontslagen te horen, behoudens wanneer alle werknemers worden ontslagen. Ook bij een ontslag wegens een dringende reden achtte de commissie het horen gewenst, juist omdat bij een dergelijk ontslag grote zorgvuldigheid is vereist. Wel zal het horen in dit geval onverwijld moeten gebeuren en zal de werknemer zonodig hangende het horen moeten worden geschorst. Deze hoorverplichting maakte deel uit van het voorstel van de commissie om het preventief toezicht op ontslag af te schaffen. Maar ook in het geval van handhaving van een preventief toezicht op ontslag achtte de commissie het aangewezen om een dergelijke hoorverplichting in te voeren, teneinde te voldoen aan de eisen van IAO-Verdrag nr. 158.

Neemt men een hoorplicht serieus, dan betekent dit mijns inziens dat de hoorzitting aan een aantal procedurele eisen moet voldoen. De Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel wilde de procedure niet te bureaucratisch maken, maar eiste wel dat:

- a. de werknemer mondeling – of naar eigen keuze schriftelijk – in de gelegenheid wordt gesteld om te worden gehoord;
- b. hij ten minste twee weken tevoren schriftelijk in kennis wordt gesteld met vermelding van de gronden voor het voorgenomen ontslag en hij zich tijdens het horen kan laten bijstaan of doen vertegenwoordigen door een derde;
- c. een schriftelijk verslag wordt gemaakt;
- d. binnen zes weken na de hoorzitting het ontslag wordt aangezegd, onder gelijktijdige mededeling van de gronden daarvoor.

In grotere ondernemingen zouden ook zwaardere procedures kunnen worden ingericht, al dan niet met inschakeling van vakbonden, ondernemingsraden of daartoe in het leven geroepen commissies. Ook zouden kleinere ondernemingen de hoorprocedure kunnen doen uitvoeren door een gezamenlijk of door een werkgeversorganisatie daartoe in het leven geroepen instantie.

8 Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, 2000, § 6.6 en 7.3.

Het plan van minister Donner voor een nieuw ontslagrecht voorzag niet in een hoorplicht voorafgaande aan de opzegging, maar in de mogelijkheid dat de werknemer binnen de aanzegtermijn bezwaar maakte, waarna hij alsnog moest worden gehoord. Dit is een lichtere variant van de hoorplicht, waarbij voor de werknemer een zwaardere drempel wordt opgeworpen om zich te laten horen. Deze is enigszins te vergelijken met de formule in veel geschillenregelingen in cao's en sociale plannen, waarbij de werknemer bezwaar kan maken bij een geschillen- of begeleidingscommissie. In wezen wordt van de werknemer verlangd dat hij te kennen geeft gehoord te willen worden. Aangezien echter de werknemer in zo'n geval bezwaar moet aantekenen, rust op hem de plicht om het initiatief te nemen voor een hoorzitting. Bovendien is hij daarbij aan termijnen gebonden, waarna zijn recht is verspeeld. Ten slotte moet hij zijn bezwaren eerst formuleren, terwijl de motivering van het besluit wellicht summier is. Door dit alles wordt de drempel voor de werknemer hoger gelegd dan bij een algemene hoorplicht.

Dit alles wordt met name van belang indien het preventief toezicht op ontslag zou verdwijnen. Paradoxaal genoeg is het tot die tijd meer afhankelijk van de vraag of de werkgever zijn eigen belang bij een dergelijke hoorprocedure begrijpt. De wijziging van de Werkloosheidswet van 2006 die het mogelijk maakt om (mits niet op initiatief van de werknemer) een beëindigingsovereenkomst te sluiten zonder de WW-uitkering in gevaar te brengen, biedt overigens in beginsel veel ruimte voor een variant op de hoorprocedure: overleg geïnitieerd door de werkgever gericht op het verkennen van de mogelijkheid om een beëindigingsovereenkomst te sluiten.

Interessant is daarnaast nog de hoorprocedure die geldt voor ontslag van bestuurders van vennootschappen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze hoorprocedure lijkt in de praktijk vaak goed te functioneren, omdat hierbij de directeur de kans krijgt om zich te verweren met behulp van zijn advocaat, de belangen ter zitting kunnen worden afgewogen en eventueel kan worden onderhandeld over een voor beide partijen aanvaardbare afloop van de onderhandelingen. Terecht noemt Verburg dit een mogelijk model voor een toekomstig ontslagrecht voor alle werknemers.⁹

9 L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder* (oratie Nijmegen), 2008, p. 23-32.

4. Motivering

De wet bepaalt sinds 1999 dat degene die de arbeidsovereenkomst opzegt, de andere partij op diens verzoek schriftelijk opgave geeft van de reden van opzegging, art. 7:669 BW. De suggestie van deze tekst is dat de opzegging eerst plaatsvindt en dat daarna, alleen als dat wordt verzocht, een motivering wordt gegeven. Dat zou echter geen juiste interpretatie zijn.

Reeds sinds 1954 bepaalt de wet immers dat een opzegging kennelijk onredelijk kan zijn, wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden, thans art. 7:681 lid 2 onder a BW en art. 7:681 lid 3 onder a BW. Wel zou men kunnen stellen dat de partij die opzegt zonder motivering te geven, dit gebrek achteraf kan herstellen en daarmee kan voorkomen dat de opzegging kennelijk onredelijk wordt bevonden. De hoogte van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging kan echter mede worden bepaald door het feit dat de werkgever moreel is tekortgeschoten in een correcte behandeling van de werknemer.

Veel duidelijker over het moment van redengeving is de bepaling over de dringende reden. Een onverwijld opzegging wegens een dringende reden, dient immers te geschieden "onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij", art. 7:677 lid 1 BW. De sanctie op de ten onrechte gegeven opzegging wegens een dringende reden zonder gelijktijdige mededeling van die reden, is volgens dit lid nog steeds schadelijkt. Belangrijker in de praktijk is dat de opzegging door de werkgever in zo'n geval tevens vernietigbaar is wegens het ontbreken van de vereiste toestemming op grond van art. 6 BBA 1945.

Ook in de aanvraag om toestemming voor een opzegging bij het UWV moet de ontslaggrond aannemelijk worden gemaakt, zie art. 4:1, art. 5:1 en art. 5:2 Ontslagbesluit. In de gevallen waarin toestemming van het UWV nodig is voor een opzegging is dus voorafgaande opgave van de reden noodzakelijk. Om die reden zal de werknemer reeds op het moment dat hij in de gelegenheid wordt gesteld om verweer te voeren tegen een dergelijk verzoek om toestemming voor ontslag, op de hoogte geraken van de motivering daarvoor. De sanctie op het ontbreken van een voldoende motivering is dan het niet verkrijgen van de gevraagde toestemming.

Van belang bij het motiveringsbeginsel is de vraag of ook getoetst mag worden of de motivering dragend is. Mijns inziens is deze mogelijkheid onverbrekkelijk verbonden met het motiveringsbeginsel. Het blijkt echter ook uit de formuleringen van zowel art. 7:681 BW, dat ook een voorgewende of valse reden verbiedt, als die in het Ontslagbesluit dat dit zo moet worden geïnterpreteerd.

Door de invoering van art. 7:669 BW geldt sinds 1999 ook bij een ontslag in de proeftijd een motiveringsplicht. Uit de rechtspraak kon al worden afgeleid dat bepaalde motiveringen bij een ontslag in de proeftijd niet werden geaccepteerd, met name discriminerende.¹⁰ Hoewel kennelijk onredelijk ontslag in de proeftijd niet mogelijk is, kan een ongemotiveerd ontslag in de proeftijd tegenwoordig dus worden aangevochten en mogelijk leiden tot schadevergoeding, of – in het geval van discriminatie – zelfs tot vernietiging van de opzegging.¹¹

5. Zorgvuldigheid

Uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeit voort dat de werkgever die een arbeidsovereenkomst wil opzeggen tevoren de relevante feiten moet verzamelen en een belangenafweging moet maken. Deze eis kan worden gebaseerd op de norm van goed werkgeverschap, art. 7:611 BW. De noodzaak om zorgvuldig de feiten te onderzoeken wordt nog eens in het bijzonder bevestigd in de rechtspraak over ontslag op staande voet. Zo mag, ondanks de noodzaak een dergelijk ontslag onverwijld te geven, wel de nodige tijd worden genomen om de feiten behoorlijk vast te stellen.¹²

Overigens zijn ook andere beginselen van goed werkgeverschap van belang bij de interne ontslagprocedure binnen de onderneming, zoals het vertrouwensbeginsel. En ik hoef Irene Asscher-Vonk niet het belang van het gelijkheidsbeginsel onder de aandacht te brengen. De reikwijdte van dit gelijkheidsbeginsel is de afgelopen jaren nog uitgebreid met enkele nieuwe gelijkebehandelingswetten. Interessant is te noteren dat in het algemeen in het ontslagrecht juist werkgevers hechten aan toepassing van het gelijkheidsbeginsel, omdat zij bang zijn om precedentes te scheppen als zij uitzonderingen maken voor bepaalde werknemers. Zij vrezen dat andere werknemers met dezelfde eis komen en dat daardoor een toezegging aan de ene werknemer vergaande gevolgen heeft voor de verwachtingen bij andere werknemers.

10 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*); HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P/Tap*); Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, JAR 2007/70.

11 Zie Asser/Heerma van Voss, 7-V* 2008, nr. 370.

12 HR 13 mei 1983, NJ 1983, 794 (*Vroomen/ABN*); HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190, JAR 2000/45 (*Prins/Hema*).

Regels voor de belangenafweging zijn te vinden in het Ontslagbesluit. Bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, betreft dit bijvoorbeeld de volgorde van ontslag. Gaat het om een disciplinair ontslag, dan geldt het evenredigheidsbeginsel: de straf moet proportioneel zijn ten opzichte van het gepleegde vergrijp.

In het kader van de belangenafweging kan overigens nog gedacht worden aan tal van maatregelen om de nadelige gevolgen van een ontslag voor de werknemer te compenseren. Daarbij vallen te noemen outplacement, scholing, aanvulling van een vervroegde pensioneringsregeling en een afvloeiingsregeling. Het laatste kan worden gezien als een vorm van "nadeelcompensatie", een grond voor een ontslagvergoeding die in het proefschrift van Van Zanten-Baris niet wordt behandeld.¹³ De gedachte van nadeelcompensatie houdt in dat de werkgever met de op zichzelf rechtmatige handeling van opzegging nadeel toebrengt aan de werknemer, dat voor die werknemer onevenredig groot is ten opzichte van het door de werkgever te behartigen belang. Om die reden dient de werkgever dit nadeel te compenseren. De tekst van art. 7:681 lid 2 onder b BW verwijst hiernaar "wanneer de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging". In de wandeling spreekt men van het "gevolgen-criterium". Hoe groot dit nadeel is voor de werknemer, is vooraf dikwijls moeilijk te berekenen. De werkgever zou kunnen aanbieden een vergoeding te betalen voor de duur van een eventuele werkloosheid of lagere beloning in een andere baan. Veelal wordt echter een lumpsum vastgesteld om in één keer van elkaar af te zijn. De kantonrechtersformule biedt een mogelijke basis voor de berekening van dit bedrag, maar een betrekkelijk willekeurige. Deze gaat immers uit van een forfaitaire berekening op basis van leeftijd, arbeidsverleden en salaris. Het is echter niet gezegd dat deze enig verband houdt met de werkelijk te lijden schade.

Het lastige van een door de werkgever vast te stellen schadevergoeding is dat de rechtspraak over kennelijk onredelijk ontslag niet bepaald een logische gedachtegang volgt.

Volgens de tekst van het vroegere art. 7A:1639s BW kon de rechter, indien een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen, de schadevergoeding *naar billijkheid* aan de wederpartij toekennen. Volgens de Hoge Raad werd het bedrag van een dergelijke schadevergoeding door de rechter bepaald aan de hand van alle omstandigheden van

13 A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, (diss. Amsterdam, UvA), dl. 47, 2009.

het geval en berust dit niet op een begroting van de schade die daadwerkelijk uit de beëindiging voortvloeit. Ook indien een ontslag geen relevante financiële gevolgen voor de werknemer heeft, kan het toch kennelijk onredelijk zijn en deswege aanleiding geven tot de toekenning van een schadevergoeding naar billijkheid.¹⁴

Eerder maakte de Hoge Raad in het arrest *Van Rossum/Van Erp* uit dat de beoordeling van het zogeheten "gevolgencriterium" dient te geschieden naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht. Dit brengt mee dat de rechter bij de beoordeling van de voor de ontslagen werknemer bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, die mogelijkheden zal moeten schatten, uitgaande van de situatie ten tijde als voormeld. Weliswaar kunnen bij de toepassing van deze maatstaf latere omstandigheden aanwijzingen opleveren voor wat in de toen bestaande situatie kon worden verwacht. Of die omstandigheden inderdaad tot een oordeel op dit punt kunnen bijdragen, is een kwestie van feitelijke waardering.¹⁵

In het *Schoonderwoert*-arrest werd daarna uitgemaakt dat óók bij de bepaling van het bedrag aan schadevergoeding dat op grond van de gebleken kennelijke onredelijkheid van het ontslag billijk is te achten, de na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden buiten beschouwing behoren te worden gelaten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. De schadevergoeding heeft in deze gevallen immers de strekking compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever, gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer.

De opvatting dat de schadevergoeding mede zou moeten worden vastgesteld op basis van een begroting van de schade die daadwerkelijk voortvloeit uit de beëindiging van de dienstbetrekking, is onjuist.¹⁶

De vraag is of deze interpretatie nog juist is na de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waarbij het woord "billijk" niet meer terug-

14 HR 3 september 1993, NJ 1993, 715, JAR 1993/223 (*Korzelius/Houtunie*).

15 HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451, JAR 1995/78 (*Van Rossum/Van Erp*).

16 HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, JAR 1997, 245 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*).

kwam in art. 7:681 BW. Eerder betoogde ik dat nu de algemene bepaling van art. 6:97 BW van toepassing is, die uitgaat van een berekening van de werkelijke schade. Pas als die berekening niet mogelijk is, wordt uitgegaan van een schatting.¹⁷ Deze gedachtegang wordt ondersteund door het arrest *Dahri/Vianen Beton* uit 2008, waarin de Hoge Raad overweegt dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 7:681 BW¹⁸ blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat de hier bedoelde schadevergoeding wordt bepaald met inachtneming van de algemene regels van Boek 6 BW.¹⁹

Het lijkt echter duidelijk dat de overweging dat de schadeberekening niet mag worden gebaseerd op na het ontslag bekend geworden feiten, daarbij een hindernis vormt. Blijkt immers bijvoorbeeld achteraf dat de werknemer vrij snel een andere baan heeft gevonden, dan is voor de berekening van de schade de vraag of de verwachting daartoe ook bestond, eigenlijk niet meer relevant. Eist men dan van de werkgever dat hij de vergoeding vaststelt op een moment dat alles nog onzeker is, dan zal deze in sommige gevallen te hoog, in andere gevallen te laag zijn. Het is wel begrijpelijk dat de rechter wil voorkomen dat partijen achteraf nog gaan procederen over de werkelijke schade, doch het is in het recht niet ongebruikelijk om de schadeberekening mede afhankelijk te maken van toekomstige gevolgen.

6. Collectief ontslag

In geval van een bedrijfseconomisch ontslag zal in veel gevallen de interne ontslagprocedure nog worden verzwaard. Zo zal een ondernemingsraad – indien aanwezig – dan veelal advies moeten uitbrengen, art. 25 WOR. Voorts zal een ontslag van ten minste 20 werknemers in een periode van drie maanden moeten worden gemeld aan de vakorganisaties en het UWV, op grond van de Wet melding collectief ontslag.²⁰ Met de vakbonden moet daarna worden gesproken, waarbij veelal zal worden onderhandeld over een sociaal plan.²¹ Deze wet bevat de nodige informatie-

17 G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, Reeks VvA, nr. 35, 2005, p. 65-77.

18 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51.

19 HR 14 november 2008, JAR 2008/318 (*Dahri/Vianen Beton*).

20 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht, Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, 2004.

21 J. van der Hulst, *Het sociaal plan*, (diss. Amsterdam, UvA), nr. 18, 1999.

verplichtingen. Bovendien moet het UWV een wachttermijn in acht nemen bij het behandelen van ontslagaanvragen, die wordt verdubbeld indien de werkgever de wet niet correct toepast.

7. Ontslagneming door de werknemer

Het bovenstaande werd met name geschreven voor de situatie waarin de werkgever de werknemer ontslaat. Gelden ook voor de werknemer die ontslag neemt bepaalde procedurele eisen?

De motiveringsplicht uit het Burgerlijk Wetboek geldt ook voor de werknemer. De overige hierboven genoemde eisen gelden niet zo zeer voor de werknemer die opzegt, omdat hij nu eenmaal minder macht over de andere partij uitoefent. De boven behandelde procedureregels komen voort uit het principe van de ongelijkheidscompensatie: omdat de werknemer minder machtig is dan de werkgever, wordt de werkgever aan een aantal procedurele regels gebonden teneinde de machtspositie van de werknemer daar tegenover te versterken. In het enkele geval dat de werknemer een machtiger positie heeft dan de werkgever – bijvoorbeeld omdat hij beschikt over voor de onderneming essentiële kennis – zal de werkgever zich daartegen moeten wapenen met een concurrentiebeding of met langere opzegtermijnen.

Overigens geldt ook bij opzegging door de werknemer nog een procedureregulering voor de werkgever. Deze heeft immers een onderzoeksplicht voor de vraag of bij de werknemer geen wilsgebrek aan de orde was.²²

8. Conclusie

In het bovenstaande is een overzicht gegeven van de ontslagprocedure binnen de onderneming. Is daar veel aan veranderd sinds 1992, toen ik er voor het eerst over schreef? Betrekkelijk weinig. Enkele ontwikkelingen onderstrepen het bestaan van een behoefte aan een normering van de ontslagprocedure binnen de onderneming: de motiveringsplicht van de opzegging, de uitbreiding van de gelijke behandelingswetgeving, de voorstellen voor een nieuw ontslagstelsel. Daarnaast zijn in de jurisprudentie en literatuur de beginselen van goed werkgeverschap verder ontwikkeld. Het is een trage ontwikkeling en de grondoorzaak daarvan blijft dat de

22 Asser/Heerma van Voss, 7-V* 2008, nr. 302.

overheid praktisch alle eigen verantwoordelijkheid aan de werkgever onttrekt door het preventieve toezicht op ontslag. Pas als dat wordt verlaten, zal er echt ruimte komen voor een opbloeien van de normering van de arbeidsverhoudingen binnen de onderneming. Tot die tijd zullen we het moeten doen met subtiele ontwikkelingen, met name in de jurisprudentie.