



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

Barentsen, B.; Sagel, S.F.

Citation

Barentsen, B., & Sagel, S. F. (2016). Kroniek van het sociaal recht. *Nederlands Juristenblad*, 91(35), 2604-2619. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/44370>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/44370>

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

Kroniek van het Sociaal Recht

Barend Barentsen & Stefan Sagel¹

Nieuwe regels (Wwz, Wet DBA en decentralisering zorg) trekken hun sporen door het sociaal recht. In hoeverre die regels en hun effecten blijvertjes zijn, is de vraag. Daarnaast was er interessante rechtspraak over gelijke behandeling en over het stakingsrecht. Zoals altijd is in deze kroniek een grote plaats ingeruimd voor het ontslagrecht. Ook dit jaar vallen daar de nodige interessante zaken op te tekenen.

1. Een toverbroek

We beginnen deze kroniek gewoontegetroou met een bijzondere uitspraak uit het rariteitenkabinet dat arbeidsrecht heet. Het was dit jaar niet lang zoeken. 'Draag nauwsluitende satijnen kleding en hoge hakken.' Nee, dit is geen stijladvis van uw chroniqueurs of de redactie van dit blad, maar een kledingvoorschrift dat op een klein ingenieursbureau aan een beginnende, jonge secretaresse werden gesteld. De werkgever in kwestie was overigens wel zo 'aardig' om de 'bedrijfskleding' voor de werkneemster in Azië te laten vervaardigen. Zeker in aanmerking genomen dat de echtgenote van deze werkgever ook op dit bureautje werkzaam was, gaat het hier niet echt om een alledaagse zaak.²

In deze zaak komen partijen in de rechtszaal tegenover elkaar te staan als de werkgever ontbinding verzoekt wegens disfunctioneren en de werkneemster een tegenverzoek indient wegens seksuele intimidatie. Ook al speelt deze zaak nog net onder het oude ontslagrecht, lijkt het er sterk op dat de uitkomst onder het nieuwe Wwz-ontslagrecht niet heel anders zou zijn geweest. Zoals zoveel werkgeversverzoeken wegens disfunctioneren onder de Wwz, is ook in dit geval het verzoek afgewezen. De werkgever heeft zijn kritiek op het functioneren onvoldoende concreet gemaakt en het ontbreekt aan een duidelijk verbetertraject. Daar komt waarschijnlijk ook bij dat de werkgever pas echt kritisch werd op het moment dat de werkneemster bezwaar begon te maken tegen de kleding-eisen. Kort gezegd was er geen deugdelijk dossier. Ook in wat nettere zaken is dat overigens met grote regelmaat de conclusie, waarover aan het einde van deze kroniek meer.

Voor de kleding-eisen toont de rechter geen enkel begrip. Dat leidt tot toewijzing van het ontbindingsverzoek van de werkneemster, met toekenning van een vergoeding. Nu de werkgever er zelfs op stond dat de werkneemster haar blouse strak in haar broek moest stoppen, kon de rechter niet anders dan concluderen dat het de

werkgever erom te doen was de contouren van haar lichaam te accentueren. Zijn handelwijze heeft aldus een seksuele connotatie. De rechter oordeelt dat de werkneemster voldoende heeft gesteld om een, door de werkgever te weerleggen, vermoeden van ongelijke behandeling (in de vorm van seksuele intimidatie) te vestigen (artikel 7:646 lid 12 BW). De rechter gaat ervan uit dat ze de kleding-eisen kreeg opgelegd omdat ze een vrouw is, en die eisen ook als vernederend heeft ervaren. Van belang is dat de werkneemster voor collega's zichtbaar ongelukkig en gegeneerd was als ze deze kleding moest dragen en dat de werkgever ronduit onaardig en onaangenaam was als ze eens wat anders droeg. De rechter wijst er ook op dat zij zich al meermaals, voordat er sprake was van een disfunctioneringsontslag, over de kleding-eisen had beklagd. Hier werd dus niet pas de (dan volgens sommigen ongeloofwaardige) 'discriminatiekaart' gespeeld op het moment dat de werkgever om andere redenen met maatregelen dreigt.

Het opmerkelijke verweer van de werkgever dat het dragen van dergelijke kleding geluk zou brengen en dus zou helpen bij het binnenhalen van belangrijke opdrachten wordt, weinig verrassend, niet als rechtvaardiging geaccepteerd. Het door de werkgever gereleveerde talisman-effect van de door hem als 'toverbroek' bestempelde kledij wordt door de rechter naar het rijk der fabelen verwezen. De rechter tovert vervolgens wel een, gezien de korte duur van het dienstverband en het bescheiden maandsalaris, forse vergoeding uit de hoed: € 20 000. Deze uitkomst lijkt ons ook onder het huidige ontslagrecht heel goed mogelijk. Ernstige verwijtbaarheid lijkt hier wel aan de orde.

De toverbroek-zaak is een schoolvoorbeeld van hoe het niet moet, voor zover het de gedragingen van de werkgever betreft. Aan de andere kant is de uitspraak zelf een schoolvoorbeeld van hoe het wel moet, voor de rechter dan. Deze zaak illustreert treffend dat de behoefte aan

arbeidsrechtelijke bescherming onveranderd groot is. Zeker startende, jonge, of anderszins kwetsbare werknemers, moeten zich met het oog op het krijgen en behouden van een baan af en toe heel wat laten welgevallen. In een Wwz-ontslagzaak komt een werkgever niet met magische excuses over geluksbroeken, maar rechtvaardigt hij nare opmerkingen en ander pestgedrag met de opmerking dat hij 'Grieks bloed' heeft en zich daarom wel eens wat heftiger uit dan in Nederland te doen gebruikelijk. De werkneemster, die merkwaardig genoeg ook 'de indruk heeft gekregen dat ze met ordners is bekogeld' kan deze temperamentvolle bejegening niet meer aan. Ze verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst en krijgt een billijke vergoeding van € 50 000 toegewezen. Dat klinkt als een fors bedrag, maar het is minder dan de financiële schade door het baanverlies enkele jaren voor pensioenering. Of het nieuwe ontslagrecht helemaal geslaagd is in het bieden van bescherming zonder de arbeidsmarkt tege-lijkertijd zodanig op slot te zetten dat werknemers überhaupt niet meer aan een vaste baan komen, is op zijn zachtst gezegd de vraag – we komen daar later nog op terug –, maar ook deze zaak toont weer eens treffend aan dat niets menselijks werkgevers vreemd is en dat het ontslagrecht werknemers daartegen moet beschermen. Of dat met ingewikkelde ontslaggronden en -procedures, met afschrikwekkend hoge ontbindingsvergoedingen of met een combinatie daarvan dient te gebeuren is een tweede.

Het ontslagrecht was niet het enige terrein waarop zich het afgelopen jaar, met de invoering van de ontslagparagraaf van de Wwz, ingrijpende ontwikkelingen voltrokken. Er valt ook nieuws te melden op allerlei andere deelreinen, zoals ten aanzien van de kwalificatie van arbeidsverhoudingen, op het terrein van de gelijke behandeling, het stakingsrecht en de sociale zekerheid. En tot slot wees de Hoge Raad ook een paar interessante ontslagrechtelijke arresten; weliswaar onder de vigeur van het oude recht, maar onverminderd relevant onder het nieuwe recht. Kortom; er is veel gebeurd het afgelopen jaar.

2. Zelfstandig of werknemer?

Het hiervoor besproken kledingvoorschrift is voorzichtig gezegd wat buitenissig, maar eisen aan uiterlijk en kledij van de werknemer zijn op zichzelf niet ongebruikelijk. Dát de werkgever zich met het voorkomen van de werknemer bemoeit, is juist een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een gezagsverhouding en daarmee van een arbeidsovereenkomst.

De vraag wanneer er nu wel en wanneer er nu geen arbeidsovereenkomst bestaat, blijft onverminderd lastig. In de *Logidex*-zaak herhaalde de Hoge Raad dat deze vraag

aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld, waarbij de initiële partijbedoeling en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst van gewicht zijn. Daarbij is niet een enkel kenmerk van de arbeidsverhouding doorslaggevend, de door partijen aan hun overeenkomst verbonden rechtsgevolgen dienen in onderlinge samenhang te worden beoordeeld.³ Deze vaste rechtspraak, biedt echter lang niet altijd vastigheid.

Kennelijk is het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen, of in het geval van *Logidex* tussen werknemers en stagiairs, niet simpel aan de hand van enkele vuistregels te maken. Dit is geen verwijt aan de Hoge Raad of de wetgever want op zichzelf is een op de precieze individuele omstandigheden toegespitste beoordeling wenselijk te achten. Juist omdat het gezagscriterium in moderne arbeidsverhoudingen veel van zijn onderscheidende kracht heeft verloren. Het is ook een goede zaak dat de bewoordingen of de door partijen gekozen benaming van het contract niet de doorslag geven. Het arbeidsrecht zou anders met een enkele penne-streek kunnen worden ontweken, door een arbeidskracht te laten tekenen voor een niet-arbeidsovereenkomst.

Dat neemt echter niet weg dat partijen, achteraf, voor nare verrassingen kunnen komen te staan als de vermeende zzp'er toch een werknemer blijkt te zijn, of omgekeerd. Niet alleen wat ontslagbescherming betreft, scheelt dat nogal een slok op een borrel, maar bijvoorbeeld ook wat het recht op wettelijk minimumloon of dat op doorbetaalde vakantie betreft. Zelfstandigen die staken om betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen maken zich schuldig aan kartelvorming, werknemers hebben juist een grondrecht op het voeren van collectieve actie en cao-onderhandelingen. In deze lijn oordeelde de voorzieningenrechter over actievoerende zelfstandige pakketbezor- gers bij PostNL: hun actie werd niet beschermd door het ESH, anders dan bij stakende werknemers.⁴

De ene pakketbezorger is de andere niet

En over deze pakketbezorger gesproken: eind 2015 en begin 2016 oordeelden verschillende kantonrechters verschillend over de vraag of zij in loondienst waren bij het postbedrijf, of dat zij toch zelfstandig waren.⁵ Het opmerkelijke is dat er in al deze zaken stevige aanwijzin-

Auteurs

1. Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht en bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen bij de overheid (Albeda-leerstoel) aan de Universiteit Leiden en prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Hij was als cassatie-advocaat bij verschillende van de in deze

bijdrage besproken zaken betrokken. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2015 - september 2016.

Noten

2. Ktr. Utrecht 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6690, JAR 2015/247.
3. HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling.
4. Rb. Midden-Nederland (vznr) 15 juli

2015, JAR 2015/202, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.

5. Zie onder meer de noot van Van Zanten-Baris bij Ktr. Haarlem 18 december 2015, JAR 2016/6 (wel arbeidsovereenkomst). Zie verder Ktr. Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226 (geen arbeidsovereenkomst); Ktr. Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 (wel arbeidsovereenkomst); Ktr. Amersfoort 6

januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85 en ECLI:NL:RBMNE:2016:103 (geen arbeidsovereenkomst); Ktr. 's Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81 en ECLI:NL:RBOBR:2016:83 (geen arbeidsovereenkomst); Ktr. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152 (wel arbeidsovereenkomst) en Ktr. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153 (geen arbeidsovereenkomst).

gen zijn voor het bestaan van een gezagsverhouding. Voor de bezorgers golden inderdaad kledingvoorschriften en ook was vastgelegd hoe hun bezorgauto eruit moest zien. (Voor alle duidelijkheid: geen fijne satijnen uitmonsteringen maar kleren met PostNL-logo in huisstijloranje.) Ook de bezorgtijden stonden vast, en PostNL was bevoegd om de bezorgers en hun voertuig te controleren. Aan de andere kant hadden sommige van de bezorgers al jaren een eigen koeriersbedrijf, en heette de overeenkomst 'vervoerovereenkomst'. Daar komt bij dat een deel van de bezorgers in de loop van 2015 een arbeidsovereenkomst was aangeboden, maar die was door hen van de hand gewezen omdat ze als 'zelfstandige' een hoger tarief konden vragen. Ook was van belang dat sommige bezorgers zo veel werk hadden aangenomen dat ze de arbeid onmogelijk persoonlijk konden verrichten, zoals artikel 7:610 en 7:659 BW eisen. Dit samenstel van factoren lag in de verschillende zaken allemaal steeds net weer even anders, hetgeen dus ook tot verschillende uitkomsten leidde. De ene pakketbezorger is de andere niet.

Opmerkelijk is dat alle bezorgers beschikten over een door de fiscus afgegeven Verklaring Arbeidsrelatie (VAR), die inhield dat zij hun werkzaamheden als zelfstandige verrichtten. Ze vielen daarom niet onder de loonbelasting en waren niet verplicht verzekerd ingevolge de werknemersverzekeringswetten. De door de belastingdienst afgegeven VAR blijkt echter niet beslissend te zijn voor de kwalificatie van de arbeidsverhouding door de civiele rechter; die maakt een eigen afweging.

De VAR is per 1 mei jl. afgeschaft op grond van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA).⁶ Niet langer worden opdrachtgevers gevrijwaard van belasting- en premieplicht op grond van een VAR waarin is opgenomen dat de betrokken werkkracht als zelfstandige moet worden gezien. Een van de redenen om de VAR af te schaffen was dat het de Belastingdienst aan de tijd en mankracht ontbrak om arbeidsrelaties grondig te kunnen beoordelen, zodat ook veel schijnzelfstandigen gemakkelijk een VAR konden krijgen. Daar komt ook bij dat de VAR werd afgegeven op basis van prognoses van de vermeend zelfstandige over de in het komende jaar te realiseren omzet en het aantal opdrachtgevers. Ook indien achteraf zou blijken dat een als zzp'er aangemerkte werkkracht ongeveer het minimumloon verdiende bij één opdrachtgever – wat veeleer op een arbeidsovereenkomst dan op zelfstandig ondernemerschap wijst –, kon er niet alsnog loonbelasting en premie worden verhaald op de opdrachtgever.⁷ Opdrachtgevers genoten dus wel de lusten van een VAR, maar niet de lasten. In de praktijk kwam het er vaak op neer dat opdrachtgevers alleen in zee gingen met partijen die een VAR konden overleggen. De VAR fungeerde dus tegelijkertijd als boterbriefje en fiscale aflaat en werd na een niet al te grondige beoordeling verschaft.

De VAR is daarom afgeschaft. Om toch enig houvast aan opdrachtgevers en opdrachtnemers te bieden is de 'modelovereenkomst' geïntroduceerd. Op de website van de belastingdienst is een groot aantal overeenkomsten, specifiek voor bepaalde beroepen of branches, opgenomen die door de belastingdienst als opdrachtsovereenkomst worden aangemerkt, of in ieder geval niet als arbeidsovereenkomst. Een belangrijke voorbehoud daarbij is wel dat partijen de overeenkomst vervolgens wel con-

form de schriftelijke afspraken moeten uitvoeren, aangezien een afwijkende feitelijke uitvoering toch op het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan wijzen. Potentiële opdrachtgevers en -nemers kunnen ook een overeenkomst voorleggen om voor of bij aanvang van de werkzaamheden te horen of het in de ogen van de fiscus al of niet om een arbeidsovereenkomst gaat.

De VAR fungeerde tegelijkertijd als boterbriefje en fiscale aflaat en werd na een niet al te grondige beoordeling verschaft

Het heeft er alle schijn van dat veel opdrachtgevers nu een modelovereenkomst eisen in plaats van een VAR voordat ze met een opdrachtnemer verder gaan. *Old habits die hard*, we zagen het in de vorige editie van deze kroniek al bij de pro-formaontbinding. Dat kan tot problemen leiden als het om een spoedklus gaat, waar geen model voor is geschreven. De belastingdienst kan dan weliswaar om een oordeel worden verzocht, maar dat neemt toch minstens enkele weken in beslag. Het verhaal doet al de ronde dat opdrachtgevers dan maar liever geen zzp'ers inhuren, of er een payrollbureau tussenschuiven om het risico van werkgeverschap te vermijden.⁸ Mogelijk zijn opdrachtgevers een beetje verwend geraakt door de VAR?

Belangrijker is echter de vraag waarom betrokkenen al die moeite met modellen zouden willen doen. De VAR leverde de facto vrijwaring van loonbelasting en premies op, maar een modelovereenkomst doet dat alleen als de feitelijke uitvoering ermee overeenstemt. En dan is natuurlijk de vraag of daarvan al geen sprake meer is wanneer het slechts om ondergeschikte aanvullingen en wijzigingen in de afspraken gaat, of dat daarvoor handelen is vereist dat zodanig in tegenspraak is met het contract dat het de arbeidsverhouding een daadwerkelijk ander karakter geeft. Opvallend is ook dat er zo sterk wordt ingezoomd op de formulering en uitvoering van een individuele opdrachtsovereenkomst. De maatschappelijke positie van partijen, die onder meer kan blijken uit het runnen van een eigen bedrijf met verschillende opdrachtgevers, lijkt naar de achtergrond te zijn verdwenen. Volgens de Hoge Raad is die positie – lijkt de werkkracht nu meer op een afhankelijke 'arbeider' of op een zelfstandig ondernemer – juist wel van betekenis voor de kwalificatievraag.

Al met al is er een flink papieren circus opgetuigd, waarvan de zin ons voorlopig ontgaat. Sterker nog, kwalificatie aan de hand van de tekst en uitvoering van één individuele overeenkomst zonder oog voor de bredere context stemt niet overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad. Zou de fiscus thans de hiervoor genoemde vervoersovereenkomsten voorgelegd krijgen, dan is het niet uit te slui-

ten dat hij op basis van de vele aanwijzingsbevoegdheden die erin waren opgenomen tot de conclusie zou komen dat er een arbeidsovereenkomst is. Nu was de VAR al niet beslissend voor de kwalificatievraag bij de civiele rechter, het lijkt ons dat modelovereenkomsten dat ook niet moeten zijn.

Nog afgezien van de beperkte zekerheid die modelovereenkomsten bieden, is een veel gehoorde klacht dat zelfs die zekerheid lastig is te verkrijgen. De fiscus, mogelijk wijs geworden na jaren min of meer klakkeloos VAR-verklaringen afgeven, is terughoudend met het goedkeuren van modelovereenkomsten.⁹ Ook is de vraag gewettigd of de wet DBA, haar naam wijst erop dat dat een belangrijke doelstelling was, echt leidt tot deregulering. Het tegendeel lijkt het geval: een website vol modellen en opdrachgevers en zzp'ers die een hoop moeite doen om een toepasselijk model te vinden of zelf te ontwikkelen. Een aantal waarnemers vindt de situatie post-VAR maar een zootje ongeregeld, in zoverre lijkt er niet zo zeer van deregulering maar van ontregeling sprake te zijn.

3. Stakingsrecht

Vorig jaar berichtten wij nog opgetogen dat de Hoge Raad met de arresten *Enerco* en *Amsta* de bakens in het stakingsrecht flink had verzet.¹⁰ Wij vatten deze uitspraken op als een niet mis te verstaan signaal voor verruiming van het recht op collectieve actie. Andere commentatoren zagen er meer een zekere nuancering van de bestaande jurisprudentie in, die de mogelijkheden voor collectieve actie wel enigszins heeft verruimd.¹¹ Het heeft er alle schijn van dat de klaoenstoot van de Hoge Raad door de rechter in feitelijke aanleg toch meer als een lichte bijstelling van de koers dan een *Umwertung aller Werte* is opgevat.

Het Hof Den Haag past met zijn uitspraak over politieacties nog wel in de wat ruimere lezing van de arresten van de Hoge Raad.¹² Het hof liet toe dat de actievoerende politieagenten deurwaarders niet langer zouden bijstaan bij woningontuimingen. Dat politieambtenaren überhaupt hun werk gedeeltelijk zouden mogen weigeren, is niet geheel en al zonder precedent, maar wel hoogst uitzonderlijk. Het hof geeft echter ruim baan voor deze actie, in weerwil van de zware argumenten die de Staat had aangevoerd: het niet executeren van ontruimingsbeslissingen zou in strijd zijn met artikel 6 EVRM en zou bovendien een bedreiging vormen voor de openbare orde. Toch achtte het hof de acties gewettigd en daarbij speelden traditionele elementen in de stakingsrechtspraak zoals het ultimatum remedium karakter van de acties een rol. Het hof woog mee dat de cao-onderhandelingen al langdurig vast zaten en er al andere acties waren gevoerd. Voorts achtte

het hof van belang dat de politie niet over verdergaande actiemogelijkheden beschikt, omdat een algehele werkstaking van politieambtenaren uiteraard nooit zou worden toegestaan. De spelregels, waaronder de ultimatum-toets, zijn sinds het *Amsta*-arrest uit 2015 niet langer een zelfstandige rechtmatigheidsvoorwaarde, maar wegen wel als gezichtspunt mee. Hier pleitten zij in het voordeel van de bonden.

De stakingsrechtspraak in de periode 2015/16 is wisselend, maar verschilt uiteindelijk niet dramatisch van wat we al gewend waren. Een creativiteitsprijs zouden we nog wel willen uitreiken aan de Kantonrechter Haarlem.¹³ De rechter zag geen grond om EasyJet te verbieden piloten uit het buitenland naar Nederland te halen om stakende Nederlandse piloten te vervangen. Artikel 10 WAADI, het zogeheten onderkruipersverbod, verbiedt uitzendbureaus om vervangers voor stakers uit te zenden naar een bestaakte werkgever. Dat verbod achtte de rechter, bij intra-concern vervanging, op zich genomen terecht, niet aan de orde. Anderzijds wees de rechter het door EasyJet gevorderde stakingsverbod af. Bovendien hoefden de piloten hun actie slechts enkele uren van te voren aan te zeggen volgens de rechter. Dat bemoeilijkt het vervangen van stakers door werkwilligen uit een ander land natuurlijk nogal. Op deze manier bleef het stakingswapen, ondanks de 'intra concern onderkruiping', toch in essentie ongeschonden. Kennelijk woog het garanderen van een effectief stakingsrecht zwaar voor deze rechter.

Ook in de luchtvaartsector speelt de door FNV voorgenomen staking van KLM-grondpersoneel in de vakantieperiode.¹⁴ Uit vrees voor chaos op Schiphol, en wat de rechter in eerste aanleg betreft kan dat echt niet in deze bange tijden van terreurdreiging,¹⁵ werden deze acties verboden. Wat opvalt aan de rechterlijke beoordeling van de Schipholacties, is dat het fundamentele karakter van het recht op collectieve actie uiteindelijk vrij weinig gewicht in de schaal legt. Als een actie écht pijn doet, en zeker als derden zoals passagiers schade kunnen lijden, is en blijft de rechter terughoudend met het toestaan van acties. Hoe zeer ook in de meeste HR-uitspraken voorop wordt gesteld dat staken een recht is dat alleen onder zeer zwaarwegende omstandigheden mag worden ingeperkt, lijkt de Nederlandse rechtspraak huiverig om stakingen die het grote publiek hinderen toe te staan. Het heeft er alle schijn van dat de vraag niet zo zeer is of een collectieve actie mag worden verboden, maar meer of een vakbond wel een schadelijke collectieve actie mag voeren.

De uitspraak van het Amsterdamse hof is sterk in de sleutel van de stelplicht- en bewijslastverdeling gezet. Het komt erop neer dat de vakbond onvoldoende het betoog

6. Wet van 11 februari 2016, *Stb.* 2016, 45.

7. Vergelijk *Kamerstukken II* 2014/15, 3, onder 2 en 6 (MvT).

8. Antwoord van staatssecretaris Wiebes (Financiën) op vragen van het lid Omtzigt (CDA) aan de Staatssecretaris van Financiën over de onzekerheid over de uitvoering van de Wet deregulering beoordeling arbeidsovereenkomsten, *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 34; 'Randstad: minder werk voor zzp'er

door nieuwe wet', *NRC Handelsblad* 5 juli 2016; zie ook het nieuwsitem van Radar op <http://radar.avrotros.nl/uitzendingen/gemist/19-09-2016/wet-dba-maakt-werken-lastig-voor-zzpers/>.

9. Brief van de NPO en ROOS aan staatssecretaris Wiebes d.d. 14 september 2016, zie www.villamedia.nl/images/uploads/Brief_Wet_DBA_dd_14-09-2016.pdf.

10. HR 31 oktober 2014,

ECLI:NL:HR:2014:3077, *NJ* 2015/252 (*Enerco*), m.nt. Verhulp; HR 19 juni 2015,

ECLI:NL:HR:2015:1687, *JAR* 2015/188 (*Amsta*).

11. Zie M. Diepenbach & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Stakingsrecht internationaal in de pas?', *TRA* 2016/55 onder 1, de noot van Verhulp bij *Enerco* in *NJ* 2015/252 en Verburg in zijn noot bij *Amsta* in *JOR* 2015/286.

12. Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2555, *RAR* 2016/6.

13. Rb. Noord-Holland (vzngnr.) 8 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5638, *JAR*

2016/190, m.nt. Van Woerden & Foeseenek.

14. Hof Amsterdam 26 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3472, *JAR* 2016/229, m.nt. Stege.

15. Rb. Noord-Holland (vzngnr.) 11 augustus 2016.

van KLM en Schiphol heeft betwist dat stakingen in de vakantieperiode tot grote vertragingen en opeenhoping van mensenmassas gaan leiden. In zoverre is de uitspraak ook goed te volgen. Stege merkt in zijn noot in de *JAR* nog wel op dat het hem verbaast dat het hof meeweegt dat acties op Schiphol in de vakantieperiode nog dagenlang negatieve effecten zouden hebben voor de vluchtschema's. Een ontregeling van het schema is echter wel van een andere orde dan dagenlang gestrande passagiers op de luchthaven.

Wat echter onderbelicht blijft, is de vraag of die chaos en schade werkelijk groot genoeg zijn om inperking van het stakingsrecht te wettigen. Het hof is tot de conclusie gekomen dat de gevolgen te groot zouden zijn. Misschien valt die voorzichtigheid ook wel te billijken, nu werkgevers en werknemers er meestal toch wel uitkomen in cao-onderhandelingen. Verder moet niet uit het oog worden verloren dat het hof op zijn minst een nominatie voor de Salomonsoordeel-prijs verdient. Ervan uitgaande dat staken in het hoogseizoen te schadelijk is, is de logi-

Een Nederlandse staker – tenzij werkzaam in de toeristische sector – is een omgekeerde Kortjakje: niet middenin de week en alleen op zondag wel

sche gevolgtrekking dat *daarbuiten* wel gestaakt mag worden. Het hof weegt bij het opleggen van het stakingsverbod uitdrukkelijk mee dat daarmee het recht op collectief actie voeren niet illusoir wordt, omdat het ervan uitgaat dat er na 4 september 2016 wél actie gevoerd zou mogen worden. De overweging dat van belang is dat KLM en Schiphol 'slechts' een verbod tot 5 september 2016 willen, is een niet mis te verstane vingerwijzing voor de beoordeling van eventuele latere acties. Alleen al omdat het een kort geding is, is zo'n hint niet bindend natuurlijk. Feitelijk wisten betrokkenen wel hoe de hazen zouden gaan lopen. Zo lang maar gegarandeerd is dat passagiers niet urenlang in vliegtuigen opgesloten raken, is staken buiten de vakantieperiode toegestaan, zegt het hof niet eens heel erg tussen de regels door. Het hof benadrukt aldus dat het verbod echt een tijdelijke noodmaatregel is. Deze pragmatische benadering lijkt vruchten te hebben afgeworpen. Aan de ene kant is ellende voor passagiers voorkomen, aan de andere kant was de dreiging dat op korte termijn alsnog acties gevoerd zouden kunnen worden voldoende reëel om de onderhandelingen vlot te trekken. FNV heeft nog wel acties aangekondigd voor de periode na afloop van het verbod, maar voordat het zo ver kwam, is er een nieuwe cao tot stand gekomen.

Met de eind 2015 overleden Koopmans verbazen wij er ons, al met al, toch een beetje over hoe betrekkelijk gemakkelijk in de Nederlandse stakingsrechtspraak wordt

aangenomen dat stakingen tot maatschappelijke ontwrichting leiden. Als overlevende van de hongerwinter, zo schreef Koopmans in zijn conclusie voor het zogeheten *Streekvervoer*-arrest uit 1997, had hij toch enige moeite met een dergelijke kwalificatie om de gevolgen van een busstaking te beschrijven.¹⁶ De slotsom is, ondanks *Amsta* en *Enerco*, dat in het openbaar vervoer buiten de spits actie moet worden gevoerd, en in de luchtvaart buiten het vakantie seizoen. Een Nederlandse staker – tenzij werkzaam in de toeristische sector – is een omgekeerde Kortjakje: niet middenin de week en alleen op zondag wel.

4. De Hoge Raad en het ontslagrecht

Stilte voor de storm, zo kan het afgelopen jaar wellicht het beste beschreven worden op het terrein van de arbeidsrechtelijke cassatierechtspraak. Terwijl het inmiddels *Wwz*-appelrechtspraak 'regent', moet het eerste *Wwz*-arrest door de Hoge Raad nog gewezen worden. Er zit inmiddels wel de nodige *Wwz* in de Hoge Raadse-pijp. In het bijzonder wordt reikhalzend uitgekeken naar het antwoord van de Hoge Raad op een prejudiciële vraag (of beter: een hele rits aan prejudiciële vragen) die de Kantonrechter Enschede aan hem stelde over de toelaatbaarheid van de rechtsfiguur van de voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht.¹⁷ Over de vraag of die rechtsfiguur nog steeds kan worden aanvaard wordt in de rechtspraak zeer verschillend gedacht en in de literatuur verhit gedebatteerd.¹⁸ In onze vorige kroniek leverden wij daaraan ook een kleine bijdrage; wij gaven toen aan te twijfelen of de rechtsfiguur niet zijn langste tijd gehad had.¹⁹ Die twijfel vindt inmiddels behoorlijk wat steun in de rechtspraak; vooral wanneer de rechter in prima een ontslag op staande voet rechtsgeldig acht, zien weinig rechters nog ruimte om een voorwaardelijke ontbinding uit te spreken.²⁰

Onze verwachting is dat de Hoge Raad het de komende jaren behoorlijk druk zal krijgen met de *Wwz*, vooral omdat degene die antwoord zoekt op vragen die de letter van de wet open laat – en dat zijn er nogal wat – in de wetsgeschiedenis vaak bedrogen uitkomt. Die geeft vaak tegenstrijdige signalen af, of zwijgt in alle talen. Het voor de praktijk zo belangrijke onderwerp van de voorwaardelijke ontbinding, waarover de Hoge Raad zich dus op dit moment buigt, is hier bij uitstek illustratief; slaat men de wetsgeschiedenis op dat leerstuk na, dan blijkt daarover helemaal niets gezegd te zijn; geen woord.²¹ En zelfs zulk stilzwijgen kan men klaarblijkelijk verschillend duiden. Sommigen zien daarin – vanuit de gedachte 'wie zwijgt stemt toe' – een omarming door de wetgever van de pré-*Wwz*-praktijk.²² Anderen, wij behoren tot die lijn, menen dat juist bij een ingrijpende stelselherziening als de *Wwz* die beoogde het ontslagrecht *anders* en *uitputtend* te regelen, uit stilzwijgen omtrent een bepaald leerstuk dat in het verleden schering en inslag was, juist niet kan worden afgeleid dat dat leerstuk 'dus' nog steeds overeind staat. Kortom, er liggen heel wat *Wwz*-knopen op de Hoge Raad te wachten. In de volgende editie van deze Kroniek zullen we zonder twijfel kunnen beschrijven hoe de eerste daarvan zijn doorgehakt. We kijken er nu al naar uit, want wat men ook vindt van de *Wwz*, het is natuurlijk heel spannend om dat nieuwe ontslagrecht te verkennen. Hoewel de Hoge Raad het afgelopen jaar dus nog geen

Wwz-jurisprudentie heeft gemaakt, heeft hij wel een aantal ontslagrechtelijke arresten gewezen onder het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht, die onder de Wwz hun relevantie behouden. In dat verband moet in de eerste plaats worden gewezen op een arrest van 19 februari 2016 over het ontslag op staande voet.

4.1. Strafrechtelijke terminologie bij het ontslag op staande voet

Een rechtsgeldig ontslag op staande voet vergt dat de werkgever bij het geven van het ontslag, althans onverwijld daarna, de dringende reden die aan dat ontslag ten grondslag ligt, meedeelt aan de werknemer.²³ De mededeling moet, naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zo gedaan worden dat de reden 'onmiddellijk duidelijk' is voor de werknemer, daaromtrent mag 'redelijkerwijs geen enkele twijfel bestaan'.²⁴ Vanwaar die strenge eisen? De ratio van die 'mededelingseis', die al teruggaat op de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907, is erin gelegen dat de werknemer zich er op basis van de hem meegedeelde grond over moet kunnen beraden of hij het ontslag als juist aanvaardt, dan wel dat hij daartegen in rechte wenst op te komen.²⁵ Die functie van de mededelingseis – te weten: een standpuntbepaling door de werknemer over het hem gegeven ontslag mogelijk maken – heeft ook een belangrijk processueel gevolg. Het is namelijk eveneens vaste rechtspraak dat de bij het ontslag op staande voet door de werkgever meegedeelde dringende reden, de werkgever in rechte bindt.²⁶ Dat is de dringende reden die hij, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, in rechte zal moeten bewijzen en waarvan hij het 'moet hebben' om het ontslag rechtsgeldig te laten bevinden; de werkgever kan niet hangende de procedure een andere grond onder het ontslag schuiven, bijvoorbeeld omdat hij erachter komt dat hij de bij het ontslag opgegeven grond niet kan bewijzen, maar een (net even) andere grond wel. Zou de werkgever in rechte niet gebonden zijn aan de bij het ontslag opgegeven grond, dan zou van de strekking van de mededelingseis niets terecht komen; de standpuntbepaling door de werknemer zou dan (achteraf) op drijfzand gebaseerd (kunnen blijken te) zijn. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren dan ook streng toegezien op deze leer en met enige regelmaat uitspraken vernietigd waarin appelrechtens ontslagen op staande voet in stand lieten wegens een net even andere ontslaggrond dan de werkgever zelf bij het ontslag had opgegeven.²⁷

Ontslag op staande voet wordt vaak gegeven in ver-

band met feiten die dicht aan zitten tegen strafbaar handelen, of die grens zelfs overgaan. Dat betekent dat werkgevers bij het geven van zo een ontslag ook vaak gespierde, strafrechtelijk geïnspireerde terminologie in ontslagbrieven opnemen. Veel van zulke ontslagen worden gegeven wegens bijvoorbeeld 'diefstal', 'verduistering' of 'mishandeling'. De vraag die dan opkomt, is of de werkgever – die de opgegeven dringende reden in rechte moet bewijzen – zich daarmee dan ook de bewijslast op de hals haalt van alle bestanddelen van de strafrechtelijke delictsomschrijving. Eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wees wel in die richting.

Zo werd in een arrest uit het begin van deze eeuw een uitspraak van de appelrechter vernietigd die zag op een ontslag dat was gegeven wegens 'verduistering' van taxiritgelden.²⁸ Dat ontslag was in stand gebleven omdat de rechtbank had vastgesteld dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan 'het niet afdragen van taxiritgelden'. Fout, aldus de Hoge Raad, want voor verduistering is opzet vereist en of daarvan sprake was, had de appelrechter in het midden gelaten. Hij had het ontslag gerechtvaardigd geacht op basis van een andere grond – het niet afdragen van ritgelden – dan de dringende reden die was opgegeven, te weten: het *opzettelijk* achterhouden van de gelden. Deze rechtspraak heeft stevige kritiek ondervonden. Hoe moet de gemiddelde werkgever die ontslaat, nu weten welke bewijslast hij precies binnenboord haalt als hij ontslaat wegens een term die ook in het wetboek van strafrecht voorkomt? Het formuleren van een ontslagbrief zou toch geen hogere wiskunde moeten zijn?²⁹ Een door de Hoge Raad op 19 februari 2016³⁰ gewezen arrest leert dat deze soep niet altijd zo heet gegeten behoeft te worden als hij wel is opgediend. In deze zaak was sprake van een werknemer van een autodealer die op staande voet werd ontslagen omdat hij met gebruikmaking van de tankpas van de werkgever de nieuwe auto van zijn partner (die hij onlangs tegen inkoopprijs van die werkgever had gekocht), had *afge-tankt*. Dat dit de reden voor het ontslag was, was de werknemer tijdens een mondeling onderhoud met zijn leidinggevenden kort voor het ontslag in niet voor verschillende uitleg vatbare bewoordingen meegedeeld. De ontslagbrief die hij vervolgens ontving, vermeldde dat het ontslag werd gegeven wegens 'diefstal van bedrijfseigendommen'. Het hof achtte het ontslag gewettigd omdat was komen vast te staan dat de werknemer zich twee maal schuldig had gemaakt aan 'wederrechtelijk gebruik van de tankpas' en dat die dringende reden het

16. Conclusie voor HR 21 maart 1997, JAR 1997/70, onder 6.

17. Ktr. Enschede 20 mei 2015, JAR 2016/141.

18. Zie voor een vurig pleidooi voor aanvulling van die rechtsfiguur onder het Wwz-regime: F.A. Chorus & S. van Waegeningh, 'In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/33. Veel minder ruimte zien D.N.C. Doolaege & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ:

is het einde nabij?', *TAP* 2015/3, 13.

19. Zie B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek Sociaal Recht', *NJB* 2015/1784, afl. 35.

20. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, JAR 2016/130.

21. Een enkele verwijzing, in een voetnoot, door de Raad van State, naar een eerdere *NJB*-kroniek van onze hand daargelaten.

22. L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag, 2016, aant. 3.14.2.

23. De Wwz heeft deze mededelingseis in

die zin gewijzigd dat de mededeling niet

langer gelijktijdig met het ontslag, maar onverwijld erna gedaan moet worden.

Daarmee is teruggekeerd naar de situatie van voor de Wet Flexibiliteit en Zekerheid.

Zie daarover S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (I)', *TRA* 2015/45.

24. HR 23 april 1993, *NJ* 1993/504.

25. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst, Deel IV*, Den Haag 1909, p. 104.

Zie ook: S.F. Sagel, *Het ontslag op staande*

voet (diss. Leiden, 2013), Deventer 2013, p. 131 e.v.

26. Sinds: HR 2 maart 1917, *NJ* 1917/426.

27. Zie voor een fraai voorbeeld: HR 7 november 2014, *JAR* 2014/300.

28. HR 26 januari 2001, *JAR* 2001/40.

29. H. Dammingsh & E. Schoenmaker-Tijsseling, 'Formulering ontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?', *Arbeids-Recht* 2007, 2.

30. *NJ* 2016/127; *JAR* 2016/78.

ontslag kon dragen. De werknemer bepleitte in cassatie dat het hof daarmee had miskend dat voor een ontslag wegens 'diefstal' vereist is dat oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening komt vast te staan. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep. Hij stelde vast dat ook bij de uitleg welke ontslaggrond aan de werknemer is meegegeeld, niet alleen de letterlijke bewoordingen van de ontslagbrief beslissend zijn. Ook een in een ontslagbrief vermelde opzeggingsgrond dient mede te worden uitgelegd in het licht van de overige omstandigheden van het geval. Het hof had in deze zaak feitelijk vastgesteld dat het voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de gesprekken die aan het ontslag vooraf gingen en waarin in heldere bewoordingen over de tankbeurten was gesproken, in elk geval duidelijk moet zijn geweest dat de in de ontslagbrief gebezigde term 'diefstal van bedrijfseigendommen' betrekking had op het wederrechtelijk gebruik van de tankpas. Tegen deze uitleg van de ontslaggrond, zo vervolgde de Hoge Raad, was is in cassatie niet opgekomen en die uitleg achtte de Hoge Raad ook niet onbegrijpelijk. De cassatieklacht stuitte op dat alles af: de werknemer was in dit geval niet ontslagen wegens diefstal *in de zin van het wetboek van strafrecht*, maar wegens datgene wat wellicht nog het beste als 'diefstal in de volksmond' kan worden aangeduid; het zonder toestemming voor privé doeleinden gebruiken van de zakelijke tankpas. Nu dat de opgegeven ontslaggrond was, moest *die* grond – en niet diefstal in strafrechtelijke zin – bewezen worden en dat betekende dat de opgegeven ontslaggrond ook vast kon komen te staan, zonder dat aan de bestanddelen van artikel 310 Sr was voldaan. De Hoge Raad vijlde de scherpe randjes in dit geval dus niet van de mededelingseis af door een uitzondering te maken op de regel dat de opgegeven ontslaggrond bewezen moet worden, maar langs de band van de *uitleg* van

Nog korter gezegd: de betekenis die een term in de volksmond heeft, kan de betekenis van die term in het wetboek van strafrecht opzij zetten

de medegedeelde grond. Onder omstandigheden kan het zo zijn dat de werknemer die in zijn ontslagbrief als dringende reden een strafrechtelijke term aantreft, deze onmiddellijk zo moet begrijpen dat daarmee (net) iets anders dan het strafbare feit in de zin van het wetboek van strafrecht bedoeld wordt en dan moet dat andere dus door de werkgever bewezen worden. Nog korter gezegd: de betekenis die een term in de volksmond heeft, kan de betekenis van die term in het wetboek van strafrecht opzij zetten. Welke betekenis de werknemer in

een bepaald geval duidelijk moet zijn geweest, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Als een strafrechtadvocaat zijn secretaresse wegens diefstal ontstaat, zal een uitleg conform artikel 310 Sr eerder in de rede liggen dan bij een autodealer. Hoe dan ook, is het in de praktijk altijd raadzaam om bij het formuleren van de ontslagbrief zo veel mogelijk weg te blijven van terminologie die aan het wetboek van strafrecht is ontleend; een neutrale omschrijving van de feiten ('u heeft twee keer privé getankt met de pas van de zaak') geniet toch echt de voorkeur.³¹ Op die manier wordt voorkomen dat de werkgever überhaupt terecht komt in lastige discussies over de vraag hoe die term nu eigenlijk begrepen had moeten worden.

4.2. Bescherming voor de spookondernemingsraad

De Wet op de ondernemingsraden kent strikte regels voor de zittingsduur van leden van ondernemingsraden. Artikel 12 WOR bepaalt dat zij om de drie jaar tegelijk aftreden, al kan in afwijking daarvan in het reglement van de ondernemingsraad ook worden bepaald dat de leden om de twee of vier jaar (of voor de helft om de twee jaar) aftreden. Het komt in de praktijk wel eens voor dat een ondernemingsraad langer blijft zitten dan de zittingstermijn die uit de wet (en/of het reglement) volgt. Bijvoorbeeld omdat er kort na de verkiezingen een reorganisatie of een fusie wordt afgerond, waardoor er – voor de gefuseerde organisatie – weer een nieuwe ondernemingsraad moet worden gekozen.³² Dan is het praktisch de oude ondernemingsraad nog iets langer te laten zitten. Soms blijft een ondernemingsraad ook wel langer dan uit de wet volgt 'in functie', omdat er geen animo is voor verkiezingen, terwijl de werkgever de ondernemingsraad waarvan de zittingsduur is verstreken wel als overlegpartner blijft beschouwen en hem om advies blijft vragen. Van een ondernemingsraad die voldoet aan de formele eisen die de wet stelt, is dan strikt genomen geen sprake meer. Wat betekent dat voor de bevoegdheden van de ondernemingsraad en de positie van zijn leden?

In een uitspraak uit 1987 besliste de Ondernemingskamer al eens dat wanneer een werkgever advies vraagt aan zo een ondernemingsraad, die langer blijft zitten dan volgt uit de wet, hij dan ook vastzit aan de beroepsmogelijkheden bij de Ondernemingskamer die aan het adviesrecht van artikel 25 WOR zijn verbonden. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid als verankerd in artikel 2:8 BW wanneer de ondernemer, wanneer het advies van de ondernemingsraad wiens houdbaarheidsdatum is verstreken – maar die hij desondanks om advies heeft gevraagd – hem niet aanstaat, in een procedure bij de Ondernemingskamer alsnog de kaart speelt dat die ondernemingsraad helemaal niet bestaat en dus niet in rechte kan ageren.³³

Voor leden (en gewezen leden) van de ondernemingsraad heeft de wetgever verstrekkende additionele ontslagbescherming in het leven geroepen, die erop gericht is om te voorkomen dat zij (met ontslag) gestraft worden voor hun medezeggenschapswerkzaamheden. Ondernemingsraadsleden moeten die werkzaamheden kritisch kunnen doen zonder vrees voor benadeling. Dat betekent dat voor leden van een ondernemingsraad – zie artikel 7:670 lid 4 BW – een opzegverbod geldt. Voor

De Hoge Raad komt, als wij aan *close reading* doen, via een net even andere benadering tot toepassing van de ontslagbescherming van OR-leden in een geval als dit, dan de aanvliegroute die het hof daarvoor koos

werknemers die recent lid van een ondernemingsraad zijn geweest, alsmede voor kandidaten voor dat lidmaatschap geldt inmiddels op grond van artikel 7:670 lid 10 BW datzelfde ontslagverbod.³⁴ En hoe het zit het nu met werknemers die een *spookondernemingsraad* 'bemensen'? Mogen zij zich ook op die bescherming beroepen, hoewel zij strikt genomen geen lid van een ondernemingsraad in de zin van de wet zijn?

In een zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 8 april 2016 was sprake van een werknemer die in 2000 tot lid van de ondernemingsraad was verkozen, waarvan hij zelfs voorzitter werd.³⁵ De door de ondernemingsraad in 2003 georganiseerde verkiezingen vonden bij gebrek aan belangstelling geen doorgang. Hoewel voor de werkgever – een bouwbedrijf – kenbaar was dat de ondernemingsraad vanaf toen door het achterwege blijven van de voorgeschreven periodieke verkiezingen, niet meer voldeed aan de vereisten van de WOR, heeft hij tot in 2009 met de (voormalige leden van de) ondernemingsraad – onder voorzitterschap van de werknemer – regelmatig overleg gevoerd over onderwerpen die tot het domein van een ondernemingsraad behoren. In 2009 heeft de werkgever zelfs aan de ondernemingsraad advies gevraagd over een voorgenomen besluit tot ingrijpende reorganisatie. De ondernemingsraad heeft daarover ook advies uitgebracht, waarna de arbeidsovereenkomst van (onder meer) de werknemer werd opgezegd. De werknemer vernietigde die opzegging omdat hij deze in strijd achtte met het opzegverbod voor ondernemingsraadleden. Het Gerechtshof Amsterdam gaf hem daarin gelijk. Nu het bouwbedrijf de ondernemingsraad ook na het verstrijken van de zittingstermijn had behandeld als ondernemingsraad, met hem heeft overlegd over onderwerpen die tot het domein van een ondernemingsraad behoren en zelfs aan hem advies had gevraagd over een belangrijke wijziging van de organisatie, kon hij de werknemer 'in redelijkheid' niet tegenwerpen dat van een ondernemingsraad in de zin van de WOR geen sprake meer was en dat hem dus de bescherming van het ontslagverbod niet toekwam. De Hoge Raad was het daarmee *materieel* eens. Hij besliste dat, juist gelet op de strekking van de ontslagbescherming die de wet aan leden van een ondernemings-

raad biedt – te weten: het bewerkstelligen dat zij hun OR-werk zonder vrees voor arbeidsrechtelijke sancties onafhankelijk en kritisch moeten kunnen doen – die bescherming 'onder omstandigheden' ook toepassing kan vinden in een geval waarin de betreffende ondernemingsraad niet in alle opzichten voldoet aan de eisen die de WOR daaraan stelt. Een beslissing die aanspreekt en naadloos past in de hiervoor al aangestipte gedachte dat in het arbeidsrecht – en zeker ook in het ontslagrecht – *wezen voor schijn* moet gaan. Daar waar een werkgever wel 'de lusten' heeft van een medezeggenschapsorgaan dat niet aan alle wettelijke vereisten voldoet – door dat orgaan in te zetten voor een belangrijk adviestraject over een reorganisatie, waarna vervolgens met dat advies in de hand ontslagvergunningen worden aangevraagd – horen daar ook de lasten van de ontslagbescherming van een ondernemingsraadslid bij. Een andere oplossing zou niet alleen onbillijk zijn in de richting van de betreffende werknemers, maar ook een onwenselijke stimulans opleveren voor kwaadwillende werkgevers om te sturen op ondernemingsraden die niet aan alle wettelijke vereisten voldoen. Dat zou dan een makkelijke manier zijn om van lastige ontslagbescherming af te komen. Opvallend is overigens dat de Hoge Raad, als wij aan *close reading* doen (en het goed zien), via een net even andere benadering kwam tot toepassing van de ontslagbescherming van OR-leden in een geval als dit, dan de aanvliegroute die het hof daarvoor koos. Het hof lijkt, zoals ook A-G Van Peurse in zijn conclusie voor het arrest opmerkt, de bescherming van de wettelijke bepalingen via de band van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid te hebben uitgebreid tot een geval waarin de wet niet voorziet (omdat de wet die bescherming alleen toekent aan werknemers van een ondernemingsraad in de zin van de wet).³⁶ De Hoge Raad gaat nog een stap verder; zijns inziens is de reikwijdte van het ontslagverbod voor ondernemingsraadleden onder omstandigheden ruimer dan dat deze alleen toekomt aan leden van een ondernemingsraad die aan alle eisen van de wet voldoet. De Hoge Raad komt dus via de band van extensieve teleologische interpretatie van het ontslagverbod voor ondernemingsraadleden tot toepassing in een geval als dit. Voor leden van een *spookon-*

31. Zie C.M. Jakimowicz & V. Disselkoen, 'Procedurale aspecten van ontslag op staande voet', *AI* 2007/2, p. 109; D.J. Buijs, 'De niet-integere werknemer en ontslag op staande voet', *AI* 2008/2, p. 90.

32. L.C.J. Sprengers, *T&C Arbeidsrecht*, Art. 12 WOR, aant. 1.

33. OK 26 november 1987; *NJ* 1989/271.

34. Tot 1 juli 2015 gold voor die categorie een net even ander regime, hun arbeidsovereenkomst kon slechts na daartoe verkregen toestemming van de kantonrechter opgezegd worden. Het ontslagverbod is overigens, ook onder het huidige ontslagrecht, niet absoluut. De kantonrechter kan onder het sedert 1 juli 2015 geldende recht

de arbeidsovereenkomst wanneer zich zo een ontslagverbod voordoet desondanks ontbinden op de voet van art. 7:671b BW, indien zich een van de wettelijke ontslaggronden voordoet en 1. het verzoek tot ontbinding geen verband houdt met de OR-werkzaamheden, of 2. de ontbinding in het belang wordt geacht van de werkne-

mer. Bovendien geldt het opzegverbod niet in geval van reorganisatieontslag wanneer is voldaan aan de voorwaarden als gesteld in art. 7:670a lid 2 en 3 sub c BW.

35. HR 8 april 2016, *JAR* 2016/114.

36. Conclusie onder 43, tweede volzin.

dernemingsraad is die benadering net even aantrekkelijker dan de route die het Amsterdamse hof koos. Het is immers in het algemeen net wat makkelijker om in een procedure rechtstreeks een beroep op bepaalde bescherming te kunnen doen – omdat men direct onder die bescherming valt –, dan om bij de rechter te moeten bepleiten dat het in een bepaald geval nodig is om de reikwijdte van wettelijke bescherming waar men strikt genomen helemaal geen aanspraak op heeft, langs de band van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid uit te breiden (naar het voorliggende geval).

5. Gelijke behandeling

Ook op het terrein van de gelijke behandeling zijn interessante ontwikkelingen te rapporteren.

First and foremost verdient in dat verband een uitspraak de aandacht die de Hoge Raad op 18 december 2015 in een cassatieprocedure in het belang der wet heeft gedaan.³⁷ De cassatie zag op een arrest dat Hof Amsterdam in 2006 – dus alweer tien jaar geleden – wees in een procedure tussen het ING Pensioenfonds en de weduwe van een oud-werknemer van ING.³⁸ Tussen de beide echtelieden was sprake van een aanzienlijk leeftijdsverschil: 23 jaar. In de toepasselijke pensioenreglementen was met betrekking tot het nabestaandenpensioen een kortingsregeling opgenomen, voor het geval dat de echtgenoot of echtgenote c.q. de partner van de deelnemer meer dan tien jaren jonger zou zijn dan de deelnemer. De weduwe betoogde vervolgens, eerst bij de toenmalige Commissie gelijke behandeling en daarna in rechte, dat deze korting een door de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen verboden, want niet objectief te rechtvaardigen, indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen opleverde. Van een indirect onderscheid naar geslacht is sprake wanneer een onderscheidend criterium wordt gehanteerd dat hoewel ogenschijnlijk neutraal, personen van het ene geslacht in vergelijking tot personen van het andere geslacht, bijzonder treft. De weduwe betoogde dat daarvan in dit geval sprake was omdat nu eenmaal statistisch veel meer vrouwen dan mannen met de leeftijds korting worden geconfronteerd. Hoezeer bekendheden als Patricia Paay en Dré(tje) Hazes jr. met hun relaties met veel jongere mannen, respectievelijk één veel oudere vrouw, ook de aandacht trekken, zij blijven vooralsnog de uitzondering op de regel dat er aanzienlijk meer mannen met een beduidend jongere vrouw zijn, dan omgekeerd.

Het Amsterdamse hof nam aan dat de kortingsregeling inderdaad kwalificeerde als indirect onderscheid naar leeftijd en onderzocht vervolgens of dat onderscheid objectief gerechtvaardigd kon worden. Daarvan is sprake als 'het doel van de korting gerechtvaardigd en niet discriminerend is, het middel geschikt is om het doel te bereiken, en het middel daartoe noodzakelijk is'. Het debat bij het hof spitste zich toe op dat laatste noodzakelijkheids criterium. Dat het doel van het onderscheid – te weten het begrenzen van de solidariteit om het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening in voldoende mate in stand te houden – gerechtvaardigd was en dat de korting ook geschikt was om dat doel te bewerkstelligen, was bij het hof niet langer in debat.

Bij de beoordeling of het onderscheid ook noodzakelijk is, komt het aan op de vraag of het middel in evenre-

dige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit) en of hetzelfde doel kan worden bereikt met een ander middel dat ook geschikt is en geen of minder onderscheid maakt (subsidiariteit). Beide afwegingen vielen bij het hof in het nadeel van de weduwe uit, in welk verband het hof veel gewicht toekende aan het feit dat het pensioenreglement, waarvan de leeftijds korting deel uitmaakte, het resultaat was van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen. Daarnaast overwoog het hof dat het de burgerlijke rechter, 'gegeven de geschiktheid van de leeftijds korting als middel om het gerechtvaardigde doel van beperking van de solidariteit te bereiken en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt, past (...) terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt'. Daar dacht de Hoge Raad, tien jaar later, toch echt fundamenteel anders over.

Heel kort samengevat, komt dat 'anders' erop neer dat de burgerlijke rechter in een geval als dit, bij de beoordeling van het noodzakelijkheids criterium, een veel assertievere houding moet aannemen, dan het hof had gedaan. Hij dient zich daaromtrent zelfstandig een oordeel te vormen, alle omstandigheden van het individuele geval in aanmerking genomen. Gelet op het fundamentele belang van gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter daarbij volgens de Hoge Raad – anders dan het hof tot uitgangspunt had genomen – niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid'. Anders gezegd: het feit dat een indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen bij cao is overeengekomen, rechtvaardigt niet de proportionaliteit en subsidiariteit van dat onderscheid terughoudender te toetsen, dan wanneer sprake is van een eenzijdig door de werkgever gemaakt onderscheid of van een op individueel niveau tussen werkgever en werknemer overeengekomen onderscheid. De rechter mag zich bij de toetsing aan het noodzakelijkheids criterium niet verschuilen achter de cao-partijen, maar moet ook wanneer een indirect onderscheid naar geslacht volgt uit hun onderhandelingen, de proportionaliteit en subsidiariteit van dat onderscheid even 'vol' toetsen als een eenzijdig door de werkgever gemaakt onderscheid, zo lijkt het signaal van de Hoge Raad. Daarnaast achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof ook in die zin onjuist dat het hof in het midden had gelaten hoe de kosten van de door de weduwe bepleite afschaffing van de leeftijds korting zich zouden verhouden tot de totale omvang van het fonds. Het hof had van het pensioenfonds moeten verlangen cijfermatig inzichtelijk te maken dat het gemaakte onderscheid voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In de ogen van de Hoge Raad rechtvaardigt de door het hof genoemde omstandigheid 'dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt' niet terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het pensioenreglement in concreto aan de solidariteit stelt. De rechter zal daarin – zoals Heemskerk in zijn *NJ*-annotatie terecht opmerkt – niet terughoudend mogen zijn; is eenmaal vastgesteld dat sprake is van indirect onderscheid naar geslacht, dan zal de partij die dat onderscheid maakt concreet cijfermatig moeten onderbouwen – en de rechter zal die onderbouwing diepgaand moeten toetsen – of, financieel gezien, echt niet met een minder onderscheidende

benadering kan worden volstaan.³⁹

Het arrest van de Hoge Raad is opvallend, in het bijzonder nu hij daarin zo onomwonden stelt dat de rechter zich bij de toetsing van de toelaatbaarheid van indirect onderscheid naar geslacht niets gelegen hoeft te laten liggen aan (althans 'niet wordt beperkt door') het feit dat dat onderscheid door cao-partijen tot stand is gebracht. Daarmee lijkt de Hoge Raad nog iets strikter in de leer te zijn dan het HvJ EU, dat in eerdere rechtspraak besliste dat ook in zaken waarin indirect onderscheid naar geslacht aan de orde is, de omstandigheid dat deze ongelijkheid volgt uit collectieve onderhandelingen 'een gegeven kan zijn' waarmee de rechter rekening houdt 'bij de beoordeling van de vraag, of de verschillen in gemiddelde beloning tussen twee groepen werknemers al dan niet

De intensiteit waarmee collectief gemaakte afspraken getoetst worden aan gelijke behandelingsnormen, verschilt al naar gelang de gelijke behandelingsnorm waaraan getoetst wordt

het gevolg zijn van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht'.⁴⁰ De Hoge Raad lijkt zelfs die beperkte ruimte bij indirect onderscheid naar geslacht niet te zien. Het is de vraag of dat, als zijn arrest inderdaad zo begrepen moet worden, een wenselijke benadering zou zijn; zonder iets af te willen doen aan het fundamentele belang van gelijke behandeling naar geslacht, is ook het recht op collectief onderhandelen een fundamenteel grondrecht, met een stevige verankering in allerlei internationale instrumenten, zoals het ESH en de ILO-verdragen 87 en 98. En waarom zou, juist bij de vraag of een bepaald onderscheid nog net wel of net niet meer 'noodzakelijk' is, helemaal geen aandacht besteed kunnen worden aan de vraag of dat onderscheid uit een cao volgt? Zeker als het dubbeltje van de noodzakelijkheid van een indirect onderscheid naar geslacht op zijn spreekwoordelijke kant staat, zou het toch in de rede liggen het zo te laten vallen dat recht wordt gedaan aan een ander grondrecht, te weten dat op vrije collectieve onderhandelingen.

Interessant is voorts, dat met het arrest van de Hoge Raad van december 2015 nog duidelijker dan voorheen op de voorgrond treedt dat de intensiteit waarmee collectief gemaakte afspraken getoetst worden aan gelijke behandelingsnormen, verschilt al naar gelang de gelijke behandelingsnorm waaraan getoetst wordt. Daar waar bij indirect onderscheid naar geslacht een zeer strenge toets geldt – waarbij het feit dat het onderscheid volgt uit een cao de

toetsingsintensiteit van de rechter geenszins beperkt – wordt bij onderscheid naar leeftijd steeds breder aanvaard dat bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van het gemaakte onderscheid juist wel terughoudendheid past als dat onderscheid volgt uit collectief gemaakte afspraken. Inmiddels heeft ook het College voor de Rechten van de Mens dat in een zeer recente uitspraak van 27 september 2016 met zoveel woorden bevestigd.⁴¹ Die uitspraak had betrekking op een leeftijdsonderscheid dat gemaakt werd in een overgangsregeling voor de verhoging van de pensioenleeftijd. Het college overwoog dat het gemaakte onderscheid de resultante was van een geheel van belangen dat via collectieve onderhandelingen met elkaar in overeenstemming moest worden gebracht. Die onderhandelingen hadden geresulteerd in een cao-akkoord dat breed werd gedragen door de hierbij betrokken werknemers. Nu gebleken was dat de cao-partijen zich ook rekenschap hadden gegeven van de mogelijke discriminatoire effecten van het verhogen van de pensioenleeftijd en de overgangsregeling, kwam het college tot het oordeel dat hem slechts 'een terughoudende toetsing' paste.

Interessant is in dit verband ook een arrest dat het Hof 's-Hertogenbosch in april 2016 wees en waarin de objectieve gerechtvaardigheid van een leeftijdsonderscheid in een sociaal plan centraal stond.⁴² Het hof overwoog daarin onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad in de ING-zaak, dat het leeftijds-onderscheid in het sociaal plan blijkens dat arrest niet marginaal mocht worden getoetst, maar dat de rechter zich een zelfstandig oordeel dient te vormen over de vraag of het hanteren van een pensioenrichtleeftijd een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert. Bij die beoordeling dienen alle relevante omstandigheden te worden betrokken. Aan de andere kant, zo vervolgde het Hof onder verwijzing naar twee arresten van het HvJ EU in leeftijds-discriminatie-zaken, heeft het HvJ EU bij herhaling overwogen 'dat de lidstaten en, in voorkomend geval, de sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge beschikken, niet alleen bij de keuze van een doelstelling van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid die zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt'. Het Bossche hof constateerde dat de Hoge Raad in dit opzicht 'strenger lijkt te zijn dan het HvJ EU' maar zag daarin 'toch geen tegenstrijdigheid'. *Waarom* hij daarin geen tegenstrijdigheid zag, lichtte het hof niet toe. Vervolgens overwoog het hof wel dat het feit dat het sociaal plan tot stand was gekomen met instemming van vier vakbonden en met betrokkenheid van de centrale ondernemingsraad, een van de omstandigheden was die hij in de beoordeling van de gerechtvaardigheid van het onderscheid zou betrekken en zelfs als een 'niet onbelangrijke omstandigheid' zou aanmerken.

37. HR 18 december 2015, ECLI:NL:2015:3628.

38. Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535.

39. NJ 2016/170, zie onder 7.

40. HvJ EG 31 mei 1995, NJ 1996/67.

41. Zie College Rechten van de Mens, Oor-

deel 2016-99; het College verwees onder meer naar HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013/266 en HvJ EU 6 december 2012, JAR 2013/19.

42. Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, JAR 2016/164.

Twee Europa's botsen hier met elkaar. De Europese waardengemeenschap, waarin de lidstaten de fundamentele rechten van alle burgers hebben hoog te houden versus de Europese economische gemeenschap, waarin 'slechts' werknemers en ondernemers vrijelijk mogen reizen en gelijk behandeld moeten worden

Het is de vraag of de benadering van het Bossche hof, die het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 één op één van toepassing achtte op de beoordeling van zaken waarin niet een ongelijke behandeling naar geslacht, maar naar leeftijd aan de orde is, wel juist is. Wij zouden menen dat de reikwijdte van het arrest van de Hoge Raad zich slechts uitstrekt tot zaken waarin sprake is van indirecte ongelijke behandeling *naar geslacht*. De Hoge Raad wijst, ter onderbouwing van zijn strenge benadering – waarin geen betekenis toekomt aan het feit dat een onderscheid uit een cao volgt – immers expliciet op het fundamentele karakter van juist *dat* discriminatieverbod. Wel zijn wij het eens met de conclusie van het hof in Den Bosch dat tussen de door hem aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU in leeftijdsdiscriminatie zaken en de strengere benadering van de Hoge Raad in het arrest van 18 december 2015 geen tegenstrijdigheid zit, juist omdat wij het arrest van 18 december 2015 zo lezen dat dat arrest alleen ziet op de beoordeling van ongelijke behandeling naar geslacht – en wellicht andere onveranderlijke persoonskenmerken als ras – terwijl de door het hof aangehaalde uitspraken van het HvJ EU waarin wel veel gewicht werd toegekend aan het feit dat een bepaald onderscheid volgde uit collectieve onderhandelingen, zagen op ongelijke behandeling naar leeftijd. Op dat terrein zal het feit dat een bepaald onderscheid volgt uit een cao, althans uit collectieve onderhandelingen, wel gewicht in de schaal mogen leggen en aanleiding geven tot een meer terughoudende toetsing van de objectieve rechtvaardiging – en dan in het bijzonder de 'noodzakelijkheids-toets' – door de rechter. De achtergrond van dat verschil in toetsingsintensiteit heeft te maken met het feit dat er uiteindelijk toch een gradatie zit in het belang van de gelijke behandelingsnormen. Bij gronden die (in beginsel) onveranderlijke persoonskenmerken zoals geslacht of ras betreffen ligt een nog strengere toetsing in de rede dan bij een grond als leeftijd; oud worden we immers (in beginsel) allemaal, onderscheid op basis van dat criterium is zo bezien wat minder 'verdacht' dan onderscheid op grond van geslacht. Dat laatste is fundamentele, dan het eerste. En dat betekent dan weer dat daar waar in het ene geval (te weten: bij onderscheid naar geslacht) het feit dat dat onderscheid volgt uit een cao, in de beoordeling van de gerechtvaardigheid volgens de Hoge Raad geen rol mag spelen, die ruimte wel bestaat bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van onderscheid in het andere geval (te weten: bij leeftijdsonderscheid). In dat laatste geval zal het feit dat het onderscheid volgt uit een cao,

ook om recht te doen aan de vrijheid van collectief onderhandelen, tot een terughoudendere toetsing aanleiding mogen geven. Nog weer terughoudender is de toetsing van de rechter tot slot in gevallen waarin geen sprake is van een van de wettelijke discriminatieverboden, maar van toetsing aan het algemene beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden gelijk beloond moet worden. Is sprake van een cao-afspraken die daarmee in strijd komt, dan zal die afspraak slechts door de rechter terzijde geschoven kunnen worden, wanneer die ongelijke behandeling, gelet op alle omstandigheden van het geval, een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft.⁴³

6. Sociale zekerheid

Dat de Europese Unie in zwaar weer verkeert is een understatement en een cliché. Wellicht ingegeven door een meer eurosceptisch klimaat heeft het HvJ EU uitsluiting van het recht op bijstand van niet-onderdanen met EU-nationaliteit door Duitsland toelaatbaar geacht. Aan uitkeringstoerisme, zoals dat wel eens wat hatelijk wordt genoemd, is een halt toegeroepen. In een drietal arresten oordeelt het Hof dat EU-burgers van het recht op sociale bijstand mogen worden uitgesloten. Het burgerschap van de EU noch het discriminatieverbod van artikel 18 VWEU staan daaraan in de weg.⁴⁴ In deze uitspraken wijkt het Hof af van eerdere rechtspraak, waarin meer de nadruk lag op de uit EU-burgerschap voortvloeiende rechten.⁴⁵ Het ging in al deze gevallen om personen die niet (meer) of al heel lang naar werk zochten in Duitsland. Het Hof acht uitsluiting van het recht op bijstand van deze niet-werknemers toelaatbaar om te voorkomen dat 'burgers van de Unie die onderdanen van een andere lidstaat zijn, een onredelijke belasting voor het socialebijstandstelsel van de gastlidstaat' zouden gaan vormen. In het *Dano*-arrest is deze overweging misschien nog niet zo opmerkelijk, nu het hier iemand betrof die geen enkele band met Duitsland had en die daar niet eens op zoek wilde naar werk, laat staan arbeid ging verrichten. Deze overweging wordt echter herhaald in het *Alimanovic*-arrest, waarin de kinderen van betrokkene in Duitsland waren geboren en zij daar ook werkzaam was geweest. Dat bevestigt dat de EU-lidstaten een grote vrijheid wordt gegund bij de inrichting en afgrenzing van hun bijstandsregelingen. Twee Europa's botsen hier met elkaar. De Europese waardengemeenschap, waarin de lidstaten de fundamentele rechten van alle burgers hebben hoog te houden versus de Europese economische gemeenschap, waarin 'slechts' werknemers

mers en ondernemers vrijelijk mogen reizen en gelijk behandeld moeten worden. Daarbij verdient aantekening dat de materiële regeling van sociale zekerheid geen Uniebevoegdheid is; er gelden slechts coördinatieregels opdat het vrij werknemersverkeer niet te veel gehinderd wordt door het van toepassing zijn van verschillende (of juist geen enkel) socialezekerheidsstelsel(s) bij werken in een andere lidstaat. Er leek een voorzichtige tendens aanwezig om migrerende EU-onderdanen wat meer als burger (gelijk) te behandelen, maar met deze drie uitspraken roept het Hof een halt toe aan die benadering. Non-discriminatie wordt toch weer wat meer als een afgeleid recht van het recht op vrij werknemersverkeer opgevat.

Ook de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 26 november 2015 over de voorzieningen voor uitgeprocedeerde asielzoekers vallen in de sleutel van nationale soevereine beleidskeuzes te plaatsen.⁴⁶ De overheid mag in beginsel bepalen welk sociaal vangnet er dient te bestaan, en tot wie zich dat uitstrekt. Dat is dan wel niet de samenvatting, maar wel de geest van deze uitspraken. Dit terwijl uit eerdere rechtspraak nog leek te kunnen worden afgeleid dat de voorzieningen die worden geboden in – excusez les mots – vrijheidsbeperkende locaties (VBL) niet toereikend zouden zijn voor uitgeprocedeerde asielzoekers, omdat die voorzieningen daarmee afhankelijk zouden zijn van de bereidheid van betrokkene om Nederland te verlaten. Het Europees Sociaal Comité had de staf gebroken over een dergelijk voorwaardelijk recht op bijstand. Daarbij werd niet alleen aan specifieke socialezekerheidsnormen gerefereerd, maar ook aan de menselijke waardigheid als elementair principe dat door alle leden van de Raad van Europa hoog dient te worden gehouden. De CRvB oordeelde dat de opvatting van het comité, noch de relevante bepalingen uit het Europese Verdrag inzake Sociale en Medische Bescherming (EVSMB), rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Wel kunnen zij dienen ter invulling van artikel 8 en 10 EVRM, waaruit wel afdwingbare rechten ten opzichte van de overheid kunnen voortvloeien. Daaruit werd een aanvullende gemeentelijke verantwoordelijkheid voor het bieden van noodopvang (bed/bad/brood) afgeleid, met als basis de Wet maatschappelijke ondersteuning.⁴⁷ In het voorjaar van 2015 kwam het comité van ministers met een poly-interpretabel maar in ieder geval veel minder pregnant oordeel over de kwestie. De Nederlandse regering zag daarin, na het nodige politieke gesteggel, ruimte om de zorg aan uitgeprocedeerde vreemdelingen in te perken. Een aantal centrumgemeenten kreeg de taak om kortstondig noodopvang te regelen, waarna vreemdelingen in een van de VBL's zouden worden opgenomen (opgesloten) in afwachting van hun uitzetting.

In het licht van die voorgeschiedenis is de veel terughoudender benadering in de 26 november-uitspraken opmerkelijk, zelfs in aanmerking genomen dat de eerdere uitspraken vaak voorlopige voorzieningen betroffen. Wij achtten het eerder kwestieus of het moeizaam bevochten compromis tussen PvdA en VVD over *beperkte* opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen de rechterlijke toets zou kunnen doorstaan. De CRvB oordeelt nu echter toch dat de bij verblijf in een VBL geboden voorzieningen afdoende zijn, tenzij van de betrokken vreemdeling wegens zeer bijzondere omstandigheden niet kan worden

gevergd dat hij zich in een VBL meldt voor enerzijds verzorging maar anderzijds ook uitzetting. Op basis van de WMO rust er op de gemeente niet langer een aanvullende taak. Het resultaat is dat de noodzaak van een restrictief en consequent toelatingsbeleid ten aanzien van vreemdelingen prevaleert boven het recht op elementaire levensbehoeften. Daarbij zij aangetekend dat het nog steeds de vraag is in hoeverre dat laatste nu werkelijk een erkend, hard en afdwingbaar recht is. Eerdere rechtspraak biedt aanzetten tot een bevestigende beantwoording, maar de rechtspraak van eind 2015 gaat meer in de richting van een ontkennende. Thans weegt de bevoegdheid van de nationale overheid om een restrictief vreemdelingenbeleid te voeren, en in dat kader ook de aanspraken op (minimale) sociale bescherming en verzorging te beperken tot degenen die hier mogen blijven net iets zwaarder

Via de band, om niet te zeggen via het glibberige pad, van in het ESH en EVSMB verankerde sociale grondrechten treedt de rechter in au fond politieke verdelingsvraagstukken

dan het recht op die voorzieningen. Het is in zekere zin een politieke beslissing van de CRvB, maar een oordeel dat juist de aanspraken van vreemdelingen op zorg en voorzieningen had vooropgesteld was dat niet minder geweest. Via de band, om niet te zeggen via het glibberige pad, van in het ESH en EVSMB verankerde sociale grondrechten treedt de rechter in au fond politieke verdelingsvraagstukken. Wat is een adequaat voorzieningenniveau, wie komt er voor die voorzieningen in aanmerking en wie moet daarvoor betalen? Het recht en de rechter zijn niet de eerstaangewezenen om die vragen te beantwoorden. In ieder geval biedt het (internationale) recht lang niet altijd eenvoudige of heldere antwoorden.

De stofwolken rond decentralisering van langdurige zorg en van hulp in de huishouding, begin 2015 doorgevoerd, zijn ook nog lang niet opgetrokken. Vorig jaar was onder andere de niet-uitbetaling van zorgverleners uit per-

43. HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.

44. HvJ EU 15 september 2015, NJ 2016/294 (*Alimanovic*), m.nt. Barentsen; HvJ EU 11 november 2014, C-333/14 (*Dano*) en HvJ EU 25 februari 2016, C-299/14 (*García-Nieto*).

45. Zie A. Eleveld, 'Het recht op een bijstandsuitkering voor Unieburgers na Dano, Alimanovic en García-Nieto', TRA 2016/57.

46. CRvB 26 november 2016,

ECLI:NL:CRVB:2015:3803, USZ 2016/10, m.nt. Driessen, ECLI:NL:CRVB:2015:3834 en ECLI:NL:CRVB:2015:3834, USZ 2016/11.

47. CRvB (vzngr.) 17 december 2014,

ECLI:NL:CRVB:2014:4178, USZ 2015/50, m.nt. Driessen.

soonsgebonden budgetten (pgb's) een groot probleem. Het leidde bijna tot het vertrek van de verantwoordelijke staatssecretaris, en tot ontslag van de bestuursvoorzitter van de Sociale verzekeringsbank. Een probleem van een geheel andere orde is de fraudegevoeligheid van zorgverlening via pgb's. Meer in het algemeen zijn de Wmo 2015 en de Wet langdurige zorg nog niet in een rustig vaarwater beland.

Na inwerkingtreding van de Wmo 2015 was onduidelijk of en zo ja op welke manier gemeenten dan nog in huishoudelijke hulp moesten voorzien. Nog meer dan onder de oude Wmo vallen er uit de tekst van de wet niet echt concrete aanspraken van burgers op te maken. De wet bevat open normen die op lokaal en individueel niveau moeten worden geconcretiseerd. Het keukentafelgesprek deed zijn intrede. In een volwassen gesprek tussen betrokkene (en diens familie), de gemeente en zorgverleners zou worden onderzocht waar iemand nu behoefte aan heeft en in hoeverre die verzorging van overheidswege of via de familie of de omgeving van betrokkene zou kunnen worden verschaft. De rol van de gemeente is in die benadering er ook meer een van die van een goede buur of verre vriend; het is niet meer dan een van degenen bij wie je in geval van nood terecht kunt. Waarvoor, daar moet je een goed gesprek over hebben.

De vraag is natuurlijk waar rechtsgelijkheid en rechtsbescherming blijven wanneer de zorgbehoeften en de daarvoor te verschaffen overheidszorg op micro-niveau worden vastgesteld. Het is misschien nog tot daar aan toe dat van gemeente tot gemeente kan verschillen waar iemand aanspraak op kan maken. Ook onder de oude Wmo hadden gemeentes beleidsvrijheid, zodat de ene een vervoersvoor-

Ten aanzien van de belangrijkste Wwz-doelstellingen werd met uitslagen die Noord-Koreaanse leiders tot jaloezie zouden drijven, geoordeeld dat zij niet gehaald waren

ziening in de vorm van een leenauto aan kon bieden en de andere met taxi's. Het is echter zorgelijker dat ook binnen gemeentes onduidelijkheid kan bestaan. Dat klemt te meer nu gemeentes aan de ene kant over een verruimde discretionaire bevoegdheid beschikken bij het uitvoeren van de Wmo 2015, terwijl anderzijds de financiële middelen om maatschappelijke ondersteuning te bieden zijn ingeperkt. De verleiding om het voorzieningenniveau 'naar beneden af te ronden' is dan toch wel sterk aanwezig.⁴⁸

In zijn uitspraken van 18 mei 2016 trekt de CRvB een aantal duidelijke lijnen.⁴⁹ In de eerste plaats stelt de

Raad voorop dat huishoudelijke hulp nog steeds onder de Wmo valt. Een tweede belangrijke vaststelling is dat gemeentes de aanspraken van hun burgers voldoende moeten concretiseren. Toekenning van 'de voor een schoon huis benodigde zorg', of formuleringen van die strekking, kunnen niet door de beugel. Het probleem voor de hulpbehoevenden is dat het lastig bezwaar maken is tegen een besluit tot toekenning van 'de nodige zorg', terwijl anderzijds onzeker is wat die zorg inhoudt. In de 18 mei-uitspraken wordt er een ferme streep door deze praktijk gehaald. Gemeentes dienen de aanspraak duidelijker te maken, en in ieder geval staat er nog bezwaar en beroep open als blijkt dat het recht op een schoon huis wordt ingevuld met (bijvoorbeeld) vier uur schoonmaakhulp per maand. Ten derde eist de CRvB daadwerkelijke individualisering. Gemeentes mogen (moeten zelfs) in een verordening uitwerken wat de nogal algemeen geformuleerde Wmo-aanspraken inhouden. Dat ontslaat hen echter niet van de plicht om te onderzoeken of de in de verordening vastgelegde standaard-aanspraken in het individuele geval afdoende zijn. Verwijzingen naar 'het beleid' volstaan zeker niet zonder meer. De uitspraken vormen een flinke correctie op de in anderhalf jaar gegroeide uitvoeringspraktijk. Met Tollenaar en Vonk zijn wij van mening dat deze uitspraken niet in de weg staan aan een versoberd voorzieningenpakket, maar gemeentes mogen deze bezuinigingen niet op slinkse wijze (toekenning van het recht op een schoon huis en dat invullen met een half uurtje schoonmaakhulp per maand) realiseren.⁵⁰ Ook in de informele setting van een keukentafelgesprek, dient de overheid zich aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te houden. De uitspraken van 18 mei betreffen als gezegd huishoudelijke hulp, maar er is geen reden om aan te nemen dat de daarin uitgezette lijnen niet ook zouden gelden voor andere vormen van maatschappelijke ondersteuning, zoals woningaanpassingen of vervoersvoorzieningen. De rechter fluit de overheid terug: de overheid is niet 'iemand' waarmee je als burger op basis van gelijkwaardigheid een gesprek kunt hebben. Daarom dienen er aan het optreden van de overheid, ook aan meergenoemde keukentafel, eisen te worden gesteld.

7. Wwz; eerste ervaringen met de ontslaggronden (en de vervaltermijn)

We eindigen, waar we mee begonnen; het nieuwe ontslagrecht. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wwz waren daarover veel kritische geluiden te horen. Menig hooggeleerde arbeidsrechtelijk stuurman riep de wetgever vanaf de wal wat betweterig toe dat deze wet niet zou gaan doen wat werd beloofd, het ontslagrecht eenvoudiger maken en daarmee ontslag dejuridiseren. Die waarschuwingen waren aan dovemansoren gericht; de Wwz-karavaan denderde door zonder zich veel aan te trekken van de kritische geluiden uit de wetenschap en de praktijk.⁵¹ Uiteindelijk wist het D66 Eerste Kamerlid Backer nog wel een toezegging van de minister af te dwingen dat de werking van de wet na één jaar gemonitord zou worden. Inmiddels is dat jaar verstreken en ter gelegenheid van de eerste verjaardag van de inwerkingtreding van de Wwz verschenen verschillende rapporten over de ervaringen die inmiddels zijn opgedaan. De

resultaten van een onderzoek door de Erasmus universiteit Rotterdam onder meer dan duizend leden van de Vereniging van ArbeidsrechtAdvocaten in Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) waren ronduit ontluisterend. Ten aanzien van de belangrijkste Wwz-doelstellingen werd met uitslagen die Noord-Koreaanse leiders tot jaloezie zouden drijven, geoordeeld dat zij *niet* gehaald waren. Zo vond maar liefst 94% van de respondenten dat de Wwz het ontslagrecht niet vereenvoudigde en 93% dat van dejuridisering geen sprake was.⁵² Wat ons betreft is het, na een jaar, nog wat vroeg om een definitief oordeel te vellen over de Wwz, maar veel reden tot juichen is er vooralsnog niet. Gelet op de ruimte die ons gegeven is, volstaan wij hier met een aantal relatief beperkte beschouwingen over de eerste ervaringen met de ontslaggronden.⁵³ De discussie over de billijke vergoedingen – waarvan het wemelt in de Wwz en waarover minstens evenveel te zeggen is – bewaren wij voor de volgende editie omdat de Hoge Raad dan, naar wij verwachten, een arrest zal hebben gewezen over (de wijze van begroting van) één daarvan.⁵⁴

De wellicht belangrijkste, althans meest principiële karaktertrek van het Wwz-ontslagrecht is erin gelegen dat een beëindiging van het dienstverband alleen mogelijk is, als de werkgever weet aan te tonen dat zich een van de in artikel 7:669 lid 3 BW limitatief opgesomde ontslaggronden *geheel* voordoet. Voor het samenvegen van 'beetjes' ontslaggrond tot één geheel is geen plaats. Ook de zogeheten h-grond van artikel 7:669 lid 3 BW kan daarvoor niet gebruikt worden; die kan slechts worden aangewend voor beëindiging op gronden die niet vallen onder een van de andere categorieën. Het gaat daarbij, afgezien van het bekende verschil van inzicht over het te voeren beleid in de hogere regionen van de organisatie, echt om vrij uitzonderlijke rariteiten die niet te vangen zijn in de andere ontslaggronden.⁵⁵ Evenmin bestaat in het nieuwe systeem ruimte voor het 'opplussen' van een gebrek aan ontslaggrond met een financiële compensatie. Dat laatste – wat natuurlijk in het kader van de ontbindingsprocedure oude stijl op grond van artikel 7:685 BW schering en inslag was – achtte de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel zelfs in strijd met *'de essentie van het ontslagrecht; dat de werknemer zich beschermd weet tegen ontslag zonder redelijke grond en in het verlengde daarvan, onzorgvuldig handelen van de werkgever'*.⁵⁶ De rechtspraak lijkt van deze grondslagen van het nieuwe ontslagrecht zeer wel doordrongen. In werkgeverskringen is er met enige *'Schadenfreude'* kennis van genomen dat het nota bene de FNV – een van de partijen bij het Sociaal Akkoord dat tot de Wwz heeft geleid – was die vervolgens ook als een van de eerste

werkgevers het 'slachtoffer' werd van die nieuwe leer. Toen zij ontbinding vroeg van de met een leidinggevend functionaris bestaande arbeidsovereenkomst, wees de kantonrechter dat verzoek af waarbij hij FNV er firtjes op wees dat 'dat in het huidige ontslagrecht, anders dan bij het ontslagrecht zoals dat voor 1 juli 2015 gold, verschillende ontslagredenen die elk op zich onvoldoende zijn voor ontslag, niet bij elkaar kunnen worden "opgeteld" om een ontslag te kunnen dragen. Er dient gekozen te worden voor een grond, die op zichzelf voldoende voldragen moet zijn om tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen leiden'. Nu geen van de aange dragen gronden voldragen was, werd het verzoek van FNV afgewezen.⁵⁷ Het beeld dat opkomt, wanneer men de gepubliceerde rechtspraak bestudeert, is dat het voor werkgevers inderdaad, zoals velen verwachtten, moeilijker is geworden om een zogeheten 'inhoudelijke ontbinding' te verkrijgen. Daar waar onder het tot 1 juli 2015 geldende recht vaak vrij eenvoudig werd ontbonden wegens een subsidiair aangevoerde verstoorte relatie, wanneer de primair aangevoerde grond zoals disfunctioneren of wangedrag onvoldoende werd bevonden, biedt die ontslaggrond – thans *expressis verbis* opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub g BW – ook beduidend minder soelaas. Rechters zijn niet snel geneigd om voetstoots aan te nemen dat, als de werkgever dat maar hard genoeg roept en boos genoeg kijkt op de zitting, een verstoorte arbeidsverhouding aanwezig is. De verstoorte relatie zal echt onderbouwd moeten worden en van de werkgever wordt in het algemeen geëist dat hij wel eerst een serieuze poging heeft ondernomen om de arbeidsrelatie te herstellen, al dan niet door middel van mediati on.⁵⁸ Ook hier speelt zonder twijfel een rol dat de rechter de compensatie voor de verwijten die wegens de verstoring aan de werkgever te maken zijn, slechts in uitzonderlijke gevallen op andere wijze dan door afwijzing van het verzoek tot uitdrukking kan brengen. Toekenning van een additionele billijke vergoeding bovenop de transitievergoeding is immers pas aan de orde, wanneer de werkgever een ernstig verwijt te maken valt. Uit het hiervoor aangehaalde onderzoek van Houweling e.a. dat in opdracht van de VAAN en de VvA is uitgevoerd naar de werking van de Wwz, blijkt dat het beeld dat opkomt uit de gepubliceerde rechtspraak, alleen maar eens te meer wordt bevestigd wanneer men ook kijkt naar de niet gepubliceerde rechtspraak. Sterker nog: hun onderzoek toont aan dat het aantal afwijzingen van ontbindingsverzoeken in de niet gepubliceerde rechtspraak op maar liefst 38% ligt (tegen 31% afwijzingen in de gepubliceerde rechtspraak), terwijl – en dat is nog opvallender – onder het nieuwe recht ruim vier keer meer afwijzingen

48. Zie A. Tollenaar & G.J. Vonk, 'Decentralisaties in het sociale domein: de reactie van de Centrale Raad van Beroep', *TRA* 2016/69.

49. CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, 1403, 1404 en 1491.

50. Tollenaar & Vonk, a.w., onder 4.

51. B. Barentsen & R.A.A. Duk, 'De honden

blaffen, maar de karavaan trekt verder', *TRA* 2015/67.

52. A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA Evaluatie-onderzoek Wwz 2016*, Den Haag, 2016, p. 12.

53. Zie ook R.A.A. Duk, 'Redelijke gronden; een Procrustesbed?', *TRA* 2016/80.

54. Voor nu, zie daarover D.M.A. Bij de

Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over

de billijke vergoeding: labyrinth of duidelijke lijn', *TRA* 2016/84; S.F. Sagel, 'De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechte', *TRA* 2016/85.

55. Zie J.T. van der Kroon, M.R. van der Vos & P.A. Meijer, 'De "andere omstandigheden" van de h-grond: ruim een jaar op weg', *TRA* 2016/83.

56. *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, E,

p. 9.

57. Ktr. Den Haag 13 oktober 2015, *JAR* 2015/245.

58. Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666, *Prg.* 2015/315; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9787.

plaatsvinden (van 9% naar 38%), dan voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wwz het geval was.⁵⁹ Houweling & Kruit constateren in een recente lezenswaardige bijdrage over hun onderzoeksresultaten voorts dat er ook nog opmerkelijke verschillen bestaan in de toewijzingspercentages per ontslaggrond. De d-grond (disfunctioneren) blijkt verreweg de meest lastige grond te zijn. Maar liefst 84% van de verzoeken op die grond bleek in de rechtspraak van de door hen onderzochte vier rechtbanken te zijn afgewezen. Dat zijn cijfers die de voor de inwerkingtreding van de Wwz uitgesproken vrees dat die wet 'vast vaster' zou maken, bepaald bevestigen en die het niet meer dan begrijpelijk doen zijn dat werkgevers zich, alvorens zij een vast contract aanbieden, inmiddels niet slechts twee, maar wel drie keer achter de oren krabben. Wie te maken krijgt met disfunctioneren van zijn werknemers, heeft er onder de vigeur van de Wwz een enorme dobber aan om bij de rechter ontbinding te bewerkstelligen. Het feit dat er sinds kort een uitspraak ligt van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin werd uitgemakd dat aan een disfunctionerende werknemer slechts een verbetertraject van zes weken behoefde te worden aangeboden, is in dat licht bezien niet meer dan een druppel op de gloeiende plaat. Bij die beslissing speelde een belangrijke rol dat de werknemer in kwestie ongeschoold werk deed (zaagmachine bedienen en inpakwerkzaamheden), terwijl hij bovendien al jaren te horen had gekregen dat zijn werk onder de maat was. Die ene zwaluw maakt voor werkgevers dus geen zomer.⁶⁰ Bij complexere werkzaamheden zal een langer verbetertraject nodig zijn, inclusief begeleiding en – indien nodig – scholing en coaching on the job.

Dat de Wwz het bewerkstelligen van ontslag moeilijker heeft gemaakt, bevestigen overigens ook de onderzoeksresultaten van een ander onderzoek dat het Amsterdamse Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van de Minister van SZW uitvoerde naar de werkbaarheid van de verschillende ontslaggronden en waarmee de minister zijn hiervoor aangehaalde belofte aan het D66 Kamerlid Backer inlost. Dat Amsterdamse onderzoek heeft beduidend minder aandacht getrokken dan het Rotterdamse onderzoek, al zijn de resultaten ervan misschien alleen nog maar ontluisterender en wel omdat het Amsterdamse onderzoek is gedaan *onder rechters*. Zo heeft de helft van de respondenten geantwoord dat zij in de Wwz-praktijk worden geconfronteerd met gevallen waarin de werkgever geen van de wettelijke ontslaggronden voldoende had kunnen onderbouwen – een geval waarin volgens de wetgever dus slechts afwijzing mag plaatsvinden – maar waarin zij, als rechter, eigenlijk vonden dat ontbinding *wel* in de rede lag. Maar liefst 89% van de respondenten antwoordde in zo een geval tot afwijzing van het verzoek over te gaan. Als men die resultaten op zich laat inwerken, dan blijkt dus dat de helft van de ondervraagde rechters het afgelopen jaar geconfronteerd is met een of meer zaken waarin zij anders hebben beslist dan zij eigenlijk juist achtten. **Veroordeelt de Wwz hier tot het spreken van onrecht, of weten de rechters gewoon niet wat arbeidsrechtelijk rechtvaardig is?**⁶¹ Wij laten die vraag maar even onbeantwoord en constateren dat beide antwoorden reden tot zorg zouden moeten zijn. Het Amsterdamse onderzoek bevestigt ook de Rotterdamse bevinding dat

rechters inderdaad veel minder snel ontbinden dan onder het oude recht. Sterker nog: het onderzoek geeft aan dat de rechters in meer dan 40% van de gevallen waarin zij nu afwijzen, onder het tot 1 juli 2015 geldende recht wel zouden hebben toegewezen. Daarbij speelt voor 90% van de rechters een belangrijke rol dat het nieuwe systeem de mogelijkheden om door middel van een billijke vergoeding maatwerk te treffen, ernstig heeft beperkt. Die billijke vergoeding die de rechter in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW kan toekennen (bovenop de transitievergoeding), dient immers niet ter compensatie van een gebrek aan ontslaggrond, maar als compensatie voor het feit dat de werkgever een ernstig verwijt treft van het

Veroordeelt de Wwz hier tot het spreken van onrecht, of weten de rechters gewoon niet wat arbeidsrechtelijk rechtvaardig is?

bestaan van een ontbindingsgrond.⁶²

De kritiek op de ontslagparagraaf van de Wwz, die het ontslaan van 'vaste krachten' alleen maar moeilijker heeft gemaakt dan het al was – en daarmee, hoe men het ook wendt of keert, het aannemen van zulke krachten ontmoedigt – heeft ertoe geleid dat sommige partijen die die Wwz (wellicht: *contre coeur*) aan een meerderheid hebben geholpen, nu al weer aan de poten van dat wetgevingsproduct staan te zagen door te pleiten voor een herziening van het herziene ontslagrecht. D66-leider Pechtold heeft een nieuwe hervorming van de arbeidsmarkt zelfs tot een van de kernpunten van zijn verkiezingsprogramma gemaakt; de insteek daarvan: weg met het contract voor bepaalde tijd, iedereen een contract voor onbepaalde tijd, maar wel eenvoudig opzegbaar. Wie weet kunnen wij u in de volgende editie dus al weer een nieuw ontslagrecht presenteren

Tot die tijd geven we u nog één goede raad mee voor de behandeling van Wwz-ontslagzaken en die luidt: *eerst schieten, dan praten*. Ingevolge artikel 7:686a BW geldt voor allerlei verzoeken op grond van het nieuwe ontslagrecht, zoals verzoeken tot herstel van het dienstverband of tot vernietiging van de opzegging, een zeer korte vervaltermijn van twee maanden. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechters daaraan zeer strikt de hand houden. Een overschrijding van de termijn met één seconde werd een werknemer(sadvocaat) bij de Kantonrechter Almere al funest.⁶³ Hij was niet de enige, want de rechtspraak toont aan dat werknemersverzoeken met regelmaat te pletter slaan op de klippen van die termijn. En met argumenten langs de lijn dat er niet eerder (en tijdig) een verzoek is ingediend omdat de werknemersadvocaat de onderhandelingen niet onnodig wilde belasten met het entameren van een inhoudelijke procedure, komt de werknemer de hoge

horde die artikel 6:248 lid 2 BW vormt om de termijn buiten werking te stellen, niet over.⁶⁴ Evenmin als het de werknemer, na een ontslag op staande voet, baat om binnen de vervaltermijn wel een kort geding te entameren tot doorbetaling van loon, maar zonder binnen die termijn een verzoek tot vernietiging van de opzegging in te dienen. Want dat verzoek moet binnen twee maanden na het ontslag in een bodemzaak worden ingediend.⁶⁵ Kortom: zolang het Wwz-bouwwerk standhoudt geldt: hoed u voor de vervaltermijn van artikel 7:686a BW, praten kan altijd nog.

8. Tot besluit

Ook voor wie geen satijn-fetish heeft, is en blijft het arbeidsrecht spannend. Al was het maar omdat wetswijzingen die de afgelopen jaren in deze kroniek zijn besproken, nu al weer op losse schroeven zijn komen te staan. Komt de VAR terug, of misschien zelfs het BBA? Dat laat-

ste lijkt ons onwaarschijnlijker dan het eerste, maar wij durven niets uit te sluiten.

Hoe goed de rechter ook tracht lijnen te trekken in soms onduidelijke en haastig tot stand gekomen wetgevingsproducten, hij raakt soms aan de grenzen van zijn macht. Bijvoorbeeld als het om de hoogte van socialezekerheidsaanspraken en andere verdelingsvraagstukken gaat. Een ander voorbeeld is de Wwz, waar de wetgever in het ontslagrecht hard en fast rules meent te hebben geïntroduceerd, terwijl veel ontslagzaken een sterk geïndividualiseerde beoordeling en maatwerk vergen. Die mal gaat wringen.

In hoeverre de lijnen die zijn getrokken in het nieuwe ontslagrecht hard zullen blijken is afwachten. Datzelfde geldt voor de Wet DBA. Na de verkiezingen zou kunnen blijken dat al die harde regels niet meer zijn dan lijntjes op het strand getekend, bij de aanrollende golven van het opkomend tij. •

59. A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016(6) 264.

60. Hof Arnhem Leeuwarden 24 augustus

2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

61. www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/06/30/evaluatie-ontslaggronden-wwz-rapport. P. 9.

62. Zie daarover uitvoerig: S.F. Sagel, *De*

wet werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules (oratie Leiden), 2014.

63. Ktr. Almere 31 maart 2016, *JAR* 2016

64. Ktr. Rotterdam 15 april 2016,

ECLI:NL:RBROT:2016:2782.

65. Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2171.