

WERKGROEP HERZIENING ONTSLAGRECHT*

INTERNATIONAALRECHTELIJKE
ASPECTEN VAN HET NIEUWE
ONTSLAGRECHT

1. INLEIDING

In november 1988 werd in de Vereniging voor Arbeidsrecht een werkgroep gevormd die zich bezighoudt met de herziening van het ontslagrecht. Aanleiding voor de vorming van de werkgroep was het preadvies Ontslagrecht op de snijtafel uit 1987¹ en het SER-advies over het nieuwe ontslagrecht uit september 1988. In 1989 publiceerde de Werkgroep een eerste rapport, een commentaar op het SER-advies m.b.t. de herziening van het ontslagrecht.² In maart 1990 werd bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot herziening van het ontslagrecht, gebaseerd op genoemd SER-advies.³

Nadien werkte de Werkgroep voort en rekende zich tot onderwerp: de internationale aspecten van het in het parlement aan de orde zijnde nieuwe ontslagrecht. De indruk bestaat dat deze aspecten nog enigszins onderbelicht zijn in de parlementaire discussie, ook nadat in januari 1991 de Memorie van Antwoord verschenen is. Twee belangrijke punten zijn in de bijeenkomsten van de Werkgroep aan de orde geweest: de verhouding van art. 6 EVRM met art. 6 BBA en, in de tweede plaats, de invloed die ILO-Verdrag nr. 158 heeft op het ontslagrecht, wanneer dit verdrag geratificeerd wordt. Beide onderwerpen worden in het navolgende behandeld.

2. ART. 6 EVRM EN ART. 6 BBA

De vraag hoe beide genoemde artikelen zich tot elkaar verhouden is niet nieuw. In de literatuur is in de afgelopen jaren vrij uitvoerig over deze verhouding geschreven.⁴ Deze discussie in de literatuur heeft ertoe geleid dat bij de indiening van het wetsvoorstel 21 479 de Raad van State vragen

heeft gesteld over deze kwestie. Kort gezegd gaat het om het volgende.

In art. 6 EVRM wordt aan de burgers van de lidstaten van het verdrag gegarandeerd dat zij voor de vaststelling van hun burgerlijke rechten recht hebben op een eerlijk proces, d.w.z. een behandeling van een zaak door een onpartijdige en onafhankelijke rechterlijke instantie binnen een redelijke termijn. In de procedure krachtens art. 6 BBA wordt doorgaans een beslissing genomen op verzoek van de werkgever over de vraag of hij vergunning krijgt de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen. De bedoeling van het verkrijgen van de ontslagvergunning is derhalve de beëindiging van een civielrechtelijk contract, waarmee de vaststelling van burgerlijke rechten als bedoeld in art. 6 EVRM aan de orde is.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) heeft niettemin enkele malen beslist dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op de ontslagprocedure van

* Het betreft een Werkgroep van de Vereniging voor Arbeidsrecht, waarvan de leden uit verschillende beroepsgruppen afkomstig zijn: advocatuur, rechterlijke macht, arbeidsbureau, wetenschap. Voorzitter van de werkgroep is prof. mr. P.F. van der Heijden, secretaris mr. S.W. Kuip. Leden zijn de mrs. C. Boonstra, F.J. Emmelot, V. Disselkoen, J. Herman de Groot, P. Ingelse, G.J.J. Heerma van Voss, Y.E. Kastein, R. Mantel, T. van Peijpe, J.S.A.M. Schokkenbroek, C.G. Scholtens, J.P. Schregel, L.G. Verburg.

1. P.F. van der Heijden, Ontslagrecht op de snijtafel, Geschriften Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 12, Alphen aan den Rijn, 1987.

2. Commentaar op SER-advies 88/12, Geschriften Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 16, Alphen aan den Rijn 1989.

3. TK 1989-1990, 21479, nrs. 1 t/m 7.

4. Zie hierover onder meer de Leidse dissertatie van P.F. van der Heijden, Een eerlijk proces in het sociaal recht, Deventer 1984 en, meer recent, de noot van G.J.J. Heerma van Voss achter Rb. Den Haag 6 juli 1988, NJCM-Bulletin 1989, 185 e.v.

art. 6 BBA.⁵ De voornaamste argumentatie van de ECRM is erin gelegen dat de verhouding waar het in art. 6 BBA om gaat, er een is tussen een werkgever en de overheid, een administratiefrechtelijke verhouding waar geen burgerlijke rechten worden vastgesteld. Dit standpunt van de ECRM is bestreden, vooral aan de hand van arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), in achtereenvolgens de Ringeisen-zaak,⁶ de König-zaak,⁷ de zaak Lecomte, Van Leuven, De Meijere,⁸ de Benthem-zaak,⁹ de Feldbrugge-zaak¹⁰ en last but not least de Obermeier-zaak.¹¹ In genoemde arresten heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vastgesteld dat het voor de vraag of sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten op zichzelf niet doorslaggevend is hoe naar nationaal recht de rechtsverhouding wordt benoemd, maar of het resultaat van een administratieve procedure beslissend is voor de vaststelling van burgerlijke rechten. In alle genoemde zaken waren bestuurlijke procedures aan de orde, waarvan het resultaat tevens civiel-rechtelijke rechtsverhoudingen bepaalde. Dit gegeven was voor het EHRM voldoende om aan te nemen dat in de bestuurlijke procedure sprake was van de vaststelling van burgerlijke rechten als bedoeld in art. 6 EVRM, hetgeen meebrengt dat de bestuursbeslissing moet kunnen worden getoetst op een wijze die aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet.

Het meest sprekende arrest voor de situatie waar wij thans over spreken is de Obermeier-zaak. In dit arrest ging het om een directeur van een Oostenrijks verzekeringsbedrijf. Op zeker moment ontstond onenigheid tussen Obermeier en zijn werkgever. De laatste wilde het werkterrein van Obermeier verkleinen. Obermeier zocht daartegen bescherming bij de rechter en dat was het begin van vele en lange procedures bij tal van Oostenrijkse gerechten. In de loop van de genoemde eerste door Obermeier aangespannen procedure werd hij geschorst. Hiertegen ging Obermeier in beroep. In de loop van deze procedure werd Obermeier ontslagen, waartegen hij uiteraard ook procedeerde. Van belang voor het oordeel van het EHRM is te weten dat voor het ontslag naar Oostenrijks recht toestemming vereist was van een administratieve

instantie, de Invalidenausschuß. Deze toestemming is nodig bij ontslag van zieke werknemers en Obermeier was ten tijde van het ontslag arbeidsongeschikt. Van een beslissing van de Invalidenausschuß is beroep mogelijk bij de Landeshauptmann, eveneens een bestuurlijke instantie. Van de beslissing van de Landeshauptmann is beroep mogelijk bij een administratieve en een burgerlijke rechter, doch deze rechters hebben een beperkte toetsingsmogelijkheid aangaande de beslissing van de bestuurlijke instantie. De administratieve rechter beperkt zich naar Oostenrijks recht in deze gevallen tot (zeer) marginale toetsing, te weten de toetsing van de vraag of toestemming van de bestuurlijke instantie in overeenstemming is met object en doel van het recht. Naar het oordeel van het EHRM kan in geschillen met betrekking tot de vaststelling van burgerlijke rechten zoals hier aan de orde was, een zo beperkte toetsing niet worden beschouwd als een effectieve rechterlijke beoordeling volgens art. 6 eerste lid EVRM, hetgeen meebrengt een schending van het recht op toegang tot een rechterlijke instantie.¹²

De Werkgroep is van oordeel dat, zeker gezien tegen de achtergrond van de Obermeier-beslissing, gesteld moet worden dat het ontbreken van een adequate rechtsgang om tegen de uitkomst van de ontslagprocedure als bedoeld in art. 6 BBA op te komen, ons recht op gespannen voet brengt met art. 6 EVRM. Zulks te meer omdat de procedure op het arbeidsbureau zelf ook niet aan de normen van art. 6 EVRM voldoet. In antwoord op de bovenvermelde vragen van de Raad van State antwoordde staatssecretaris

5. Zie ECRM 8 oktober 1980, NJ 1981, 149 m.n. Alkema en SMA 1981, blz. 758 m.n. Van der Heijden, ECRM 6 november 1989, NJB 1990, blz. 1052. In de MvA bij TK 21479 wordt nog melding gemaakt van een derde uitspraak van de ECRM van 9 mei 1990.

6. EHRM 16 juli 1971, Series A, Vol. 13 (1971).

7. EHRM 28 juli 1978, NJ 1980, 54.

8. EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602.

9. EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102.

10. EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432.

11. EHRM 28 juni 1990, NJCM-Bulletin 1990, blz. 782 e.v.

12. Letterlijk overweegt het EHRM in r.o. 70: 'In disputes concerning civil rights such a limited review cannot be considered to be an effective judicial review under Article 6 par. 1. There has therefore been a violation of mr. Obermeiers right of access to a Court.'

ris Kosto,¹³ de eerstverantwoordelijke bewindsman voor wetsvoorstel 21 479, dat naar zijn oordeel inderdaad art. 6 EVRM van toepassing is op art. 6 BBA. Tevens stelde de bewindsman dat de procedure bij de Directeur van het GAB niet voldoet aan de eisen zoals het EVRM die stelt. Tot zover zijn de staatssecretaris en de Werkgroep het met elkaar eens.

Vervolgens evenwel stelt de staatssecretaris dat er niettemin geen strijd is van art. 6 BBA met art. 6 EVRM, omdat er een rechterlijke instantie bestaat die zowel op het punt van de feiten als op dat van het recht kan oordelen of een op het GAB gevoerde procedure heeft voldaan aan de door art. 6 EVRM gestelde eisen. Gedoeld wordt hierbij op de mogelijkheid dat een werkgever/werknemer zich kan wenden tot de burgerlijke rechter op grond van art. 1401, waarbij de Directeur van het GAB c.q. de Staat der Nederlanden, c.q. sinds 1 januari 1991 de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, wordt gedagvaard op grond van onrechtmatige daad omdat in de ontslagprocedure onzorgvuldig of anderszins onrechtmatig is gehandeld.

Naar de mening van de Werkgroep kan deze argumentatie van de staatssecretaris de toets der kritiek niet doorstaan. Het argument dat aan art. 6 EVRM is voldaan, omdat de justitiabele zich op grond van onrechtmatige daad tot de burgerlijke rechter kan wenden, gaat ons inziens niet op. Met de door de staatssecretaris bedoelde procedure valt alleen schadevergoeding te verkrijgen, maar geen daadwerkelijke herziening van een onjuiste beslissing van de Directeur GAB. Anders gezegd: het is de vraag of er met de art. 1401-procedure wel een 'effectieve remedy' wordt geboden ten aanzien van de beslissing van de Directeur GAB. De eis van de 'effective remedy' is er een welke het EHRM leest in art. 6 EVRM.¹⁴ De opvatting van de werkgroep dat aan deze eis niet is voldaan, lijkt te worden ondersteund door E.M.H. Hirsch Ballin.¹⁵ Schrijvend over het recht op een effectief beroep op de rechter in het verband van administratiefrechtelijke beslissingen merkt Hirsch Ballin op: 'De administratieve rechtspraak moet zo worden ingericht dat overheidsbesluiten geen onomkeerbare gevolgen krijgen vóórdat de rechter zich over de zaak heeft kunnen uitspreken'.

Toegepast op het overheidsbesluit dat de beschikking van de Directeur GAB is als hij een ontslagvergunning verstrekt of weigert, betekent dit dat de art. 1401-procedure niet voldoet. De uitkomst van die procedure kan als gezegd op zijn hoogst een toekenning van een schadevergoeding zijn, maar het gevolg van de vergunningverlening of weigering, d.w.z. de al dan niet beëindiging van het arbeidscontract, kan in deze procedure niet ongedaan worden gemaakt. Wel kan zoals ook in de Memorie van Antwoord wordt gesteld,¹⁶ eventueel de rechter in kort geding gevraagd worden om een verbod tot gebruikmaking van een vergunning. Hiermee is het gesignaleerde probleem echter evenmin opgelost. In de eerste plaats niet, omdat met een kort geding niet voorkomen kan worden dat een werkgever uiteindelijk gebruik maakt van zijn vergunning, óók niet als in de bodemprocedure komt vast te staan dat de procedure op het arbeidsbureau onrechtmatig was. In de tweede plaats loopt men op tegen de conversieleer van de Hoge Raad,¹⁷ inhoudende dat een opzegging gedaan voordat de vereiste vergunning was verleend, geacht wordt geweest te zijn een rechtsgeldige opzegging op het moment dat de vergunning is verleend. Een kort geding is dan altijd te laat.

Krachtens de Invoeringswet arbeidsvoorzieningswet¹⁸ is thans de minister van Sociale Zaken belast met het verlenen van ontslagvergunningen. De minister heeft evenwel deze wettelijke bevoegdheid gedelegeerd aan de Regionale Directeuren voor de Arbeidsvoorziening.¹⁹ De door deze Regionale Directeuren genomen beslissingen inzake ontslagvergunningen zijn niet voor beroep vatbaar. Er staat geen AROB-beroep open krachtens art. 5 Wet AROB, krachtens art. 6 lid 11 BBA is beroep op het College van Beroep voor het Be-

13. Nader Rapport, TK 21479, B, blz. 1 en 2.

14. Zie onder meer de Obermeier-zaak, r.o. 70 als in noot 12 geciteerd.

15. E.M.H. Hirsch Ballin, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, preadvies NJV, Zwolle 1983, blz. 145.

16. TK 1990-1991, 21 479, nr. 6, blz. 2.

17. HR 23 januari 1981, NJ 1981, 284.

18. Stbl. 1990, 403.

19. Stert. 28 december 1990, 252, blz. 38.

drijfsleven uitgesloten. De enige overgebleven weg is derhalve die van art. 1401 BW, waarvan boven werd gesteld dat deze in het licht van art. 6 EVRM onvoldoende is. De burgerlijke rechter toetst noch de toestemming van de Regionaal Directeur, noch het ontslag zelf volledig in een art. 1041-procedure, terwijl zulks evenmin geschiedt in een procedure ex art. 1639s. Een rechterlijke toetsing van een bestuurlijke beslissing die slechts ziet op de vraag of het bestuur met zijn beslissing binnen het kader van de wet is gebleven, is onvoldoende, als het bestuur in de wet grote discretionaire macht krijgt toebedeeld, aldus het EHRM in de Obermeierzaak (r.o. 70). De art. 1401 BW-toetsing is niet te beschouwen als een 'effective remedy' noch als een 'right of access to court' zoals bedoeld in art. 6 EVRM.

Een aantal mogelijkheden is denkbaar om de geconstateerde strijd tussen 6 EVRM en art. 6 BBA te herstellen, ervan uitgaande dat de preventieve ontslagtoetsing gehandhaafd blijft. De meest voor de hand liggende mogelijkheid is uiteraard om beroep open te stellen tegen de beslissing van de Regionaal Directeur. Dat hiertegen bezwaren zijn te opperen, is ook de Werkgroep niet ontgaan. Die bezwaren liggen uiteraard vooral in de vertraging die een ingesteld beroep met zich meebrengt voor wat betreft de beslissing of een arbeidsovereenkomst nu wel of niet beëindigd zal worden. Er zijn ook tal van andere modaliteiten denkbaar, waarbij de ontslagprocedure op het arbeidsbureau anders wordt ingericht. Daarbij kan gedacht worden aan een in te stellen adviescommissie,²⁰ de huidige Ontslagcommissie, die als pseudo-rechterlijk orgaan een advies uitbrengt over een voorgenomen beëindiging van een dienstbetrekking. Dat advies kan naar dezelfde wijze waarop dat bij de Huurcommissie geschiedt, binnen een bepaalde periode (1 maand bijvoorbeeld) bindende kracht verkrijgen als men zich niet binnen die tijd tot de kantonrechter wendt. Ook andere mogelijkheden zijn denkbaar en in de literatuur beschreven. De Werkgroep heeft het niet tot zijn taak gerekend om met een uitgewerkt alternatief te komen, nu is vastgesteld dat de huidige art. BBA-procedure in zijn huidige vorm in strijd is met art. 6 EVRM. Het verdient in ieder geval wel aan-

beveling thans reeds de procedure op het arbeidsbureau zoveel mogelijk te laten verlopen in overeenstemming met de zorgvuldigheidseisen die daaraan krachtens art. 6 EVRM worden gesteld.

2.1 Conclusie

Uit bovenstaande volgt dat de Werkgroep van oordeel is, dat de procedure ex art. 6 BBA beslissend is voor de vaststelling van burgerlijke rechten en derhalve dient te voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM. Nu de procedure zelf hieraan niet voldoet en er ook geen adequate voorziening is om tegen de uitkomst van de procedure op het arbeidsbureau op te komen bij een gerecht dat wel aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet, is het Nederlandse ontslagrecht op dit punt in strijd met internationaalrechtelijke verplichtingen.

3. ILO-VERDRAG NR. 158

De Werkgroep heeft zich ook beraden op de consequenties van ratificatie van ILO-Verdrag 158 inzake beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever²¹ (hierna: het Verdrag) voor het Nederlandse ontslagrecht.²² De volgende punten verdienen daarbij de aandacht.

3.1. Uitsluiting van bepaalde categorieën werknemers

Het Verdrag is van toepassing op alle takken van economische bedrijvigheid en op alle personen in dienstverband. Uitgesloten kunnen worden: werknemers op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, in de proeftijd en losse arbeiders.

Deze werkings sfeer impliceert dat het Verdrag van toepassing is op ambtenaren; deze zijn immers werkzaam in (publiekrechtelijk) dienstverband.

Hieronder zal de Werkgroep zich beper-

20. Zie voor deze gedachte bijv. SER-advies inzake intrekking van art. 6 BBA, 1970, nr. 9, blz. 7 e.v.

21. Trb. 1984, 17.

22. In het Voorlopige Verslag van 7 augustus 1990 bij wetsvoorstel 21 479 tot herziening van het ontslagrecht wordt daar door de leden van de fractie van D'66 op aangedrongen, TK 1989-1990, 21 479, nr. 5, blz. 22.

ken tot de toetsing van het Verdrag voor werknemers (naar burgerlijk recht) in particuliere dienst.

Het Verdrag heeft uitsluitend betrekking op beëindiging op initiatief van de werkgever. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever valt er dus ook onder. Dit impliceert dat de kantonrechter bij de behandeling van het ontbindingsverzoek de normen van het Verdrag in acht zal moeten nemen.

Voor zover de uitvoering van het Verdrag zou geschieden via het BBA 1945 moet een voorziening getroffen worden voor de categorieën werknemers in privaatrechtelijk dienstverband die van het BBA 1945 zijn uitgesloten, te weten onderwijzend of docerend personeel, personen die een geestelijk ambt bekleden en werknemers in huishoudelijke dienst in deeltijd (art. 2 BBA 1945). Hetzelfde geldt voor de werknemers voor wie het ontslagvergunningstelsel niet van toepassing is: werknemers die ontslagen worden op staande voet of na faillissement van de werkgever, directeuren van naamloze en besloten vennootschappen en werknemers in het grafisch bedrijf (uitzonderingen bij of krachtens art. 6 BBA 1945). Dit betekent dat ook reeds het BW-ontslagrecht dat op deze categorieën wel van toepassing is aan de normen van het Verdrag moet voldoen, tenzij gebruik wordt gemaakt van de uitzonderingsmogelijkheden van art. 2, vierde en vijfde lid van het Verdrag. Deze eisen echter een bijzondere regeling die als geheel een minstens gelijkwaardige bescherming biedt (vierde lid), dan wel dat zich speciale problemen van ernstige aard voordoen gezien de bijzondere arbeidsomstandigheden of de omvang of aard van de onderneming (vijfde lid). Aangezien de genoemde uitzonderingen te ruim zijn om hieronder gebracht te kunnen worden, toetst de Werkgroep in het vervolg met name het BW-ontslagrecht aan het Verdrag.²³

3.2. Geldige redenen

Art. 4 Verdrag eist dat het dienstverband niet mag worden beëindigd zonder dat daarvoor een geldige reden is welke verband houdt met de geschiktheid of het verdrag van de werknemer of is gebaseerd op vereisten voor het functioneren van de on-

derneming, de instelling of de dienst.

De artikelen 1639g BW (dat een onbeperkte bevoegdheid tot opzegging verleent) en 1639o BW (dat hetzelfde bepaalt ten aanzien van beëindiging zonder opzegging) zijn met deze bepaling in strijd. Blijkens art. 1639s BW eist het BW wel dat een ontslag wordt gemotiveerd, doch dit vereiste van een geldige reden is niet geconcretiseerd zoals het Verdrag eist. Daarnaast bevat art. 1639s BW slechts een negatieve formulering en is een ontslag zonder geldige reden niet per definitie kennelijk onredelijk, doch kan door de rechter als zodanig bestempeld worden.

Ook de toetsingsmaatstaven voor de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening²⁴ zijn niet in overeenstemming met de norm. De regionaal directeur beoordeelt blijkens art. 8 van de Richtlijnen of het voorgenomen ontslag redelijk is, in aanmerking nemende de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere in de Richtlijnen genoemde belangen. Deze formulering voldoet niet aan de eisen van het Verdrag, terwijl zoals reeds vermeld de werkingsfeer van het BBA 1945 ook beperkter is dan die van het Verdrag.

De conclusie is dat de artikelen 1639g en 1639o BW aanpassing behoeven aan het Verdrag. De meest voor de hand liggende oplossing lijkt daarbij de tekst van art. 4 van het Verdrag in de wet op te nemen voor opzegging door de werkgever (bijvoorbeeld in art. 1639g BW). Zulks kan inhoudelijk geen bezwaar vormen, omdat de formulering van art. 4 Verdrag overeenkomt met wat in het algemeen ook hier te lande als redelijke gronden voor ontslag worden beschouwd. Art. 1639o BW dient dan in die zin te worden gewijzigd dat de partij die opzegt zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen en zonder dat de wederpartij daarin toestemt, schadeplichtig is.

23. Overigens kunnen de richtlijnen voor de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening, zoals opgenomen in het Besluit ter uitvoering van art. 6, derde en vierde lid BBA 1945 (Stert. 1990, 252, blz. 38) wel worden opgevat als een middel ter uitvoering van het Verdrag (art. 1 spreekt van een 'met de nationale gebruiken verenigbare wijze').

24. Besluit ter uitvoering van art. 6, derde en vierde lid BBA 1945, Stert. 1990, 252, blz. 8.

3.3 Verboden ontslaggronden

In art. 5 noemt het ILO-Verdrag een aantal verboden beëindigingsgronden. Een groot aantal daarvan is ook in onze wetgeving verboden (opzegverboden in BW en WOR). Een aantal gronden is echter in Nederland niet wettelijk geregeld. Deze zullen thans worden besproken.

a. Lidmaatschap van een vakvereniging of deelname aan vakverenigingswerkzaamheden buiten de arbeidstijd of, met toestemming van de werkgever, tijdens de arbeidstijd.

Een ontslagverbod wegens lidmaatschap van een vakvereniging is voorgesteld in wetsvoorstel 21479 (art. 1639h, vijfde lid nieuw). Het tweede deel van deze bepaling is daaraan toegevoegd bij Nota van Wijziging (stuk nr. 7). Zulks sluit aan bij de, ter gelegenheid van het intrekken van het wetsvoorstel *Vakbondswerk in de onderneming*, gedane toezegging bij de behandeling van dit wetsvoorstel nader aandacht te besteden aan de rechtsbescherming van de vakbondswerker in de onderneming.

b. Het dingen naar de positie van, het optreden als, het zijn opgetreden als werknemersvertegenwoordiger.

Deze bepaling wordt gedekt door de artikelen 21 WOR en 15, achtste lid *Arbowet* voor leden van ondernemingsraden en commissies. De positie van vakbondswerkers in de onderneming zal worden beschermd door het onder a. genoemde wetsvoorstel.

c. Het feit een klacht te hebben ingediend of deelgenomen te hebben aan procedures tegen een werkgever om reden van beweerd schending van wetten of voorschriften of het voorleggen van een eis aan de bevoegde administratieve autoriteiten.

De gedachte achter deze bepaling is slechts uitgedrukt in art. 1637ij BW (inzake discriminatie naar geslacht) en art. 1638nn BW (inzake verlof voor politieke functies). Zij is voorgesteld terzake van discriminatie naar nationaliteit (art. 1637ija BW volgens wetsvoorstel 21479) en het indienen van klachten bij de werkgever (art. 1638pp BW volgens wetsvoorstel 21 514, klachtrecht werknemers).²⁵ Het verbod om te ontslaan

wegens het voeren van juridische procedures en het indienen van klachten bij bevoegde instanties²⁶ mag echter wel als een algemeen aanvaard uitgangspunt worden beschouwd in het Nederlandse recht.²⁷ Het komt daarom ook logischer voor dit in algemene zin te verbieden en niet steeds apart voor een (toenemend) aantal incidentele regelingen.

d. Ras, huidskleur, geslacht, huwelijkse staat, gezinsverantwoordelijkheid, zwangerschap, godsdienst, politieke overtuiging, nationale afkomst of maatschappelijke origine.

Voor een aantal van de hier genoemde gronden geldt dat ontslag reeds uitdrukkelijk in de Nederlandse wetgeving is verboden. Dit betreft: geslacht (art. 1637ij BW), huwelijkse staat (art. 1637ij en 1639h BW), gezinsverantwoordelijkheid (art. 1637ij BW), zwangerschap (art. 1639h BW) en nationale afkomst (art. 5 Wet van 2 december 1982, Stbl. 679).²⁸

Ten aanzien van de gronden ras, huidskleur en maatschappelijke origine geldt een strafrechtelijk discriminatieverbod²⁹ in beroep en bedrijf, zodat mag worden aange-

25. *Ontwerp-art. 1638pp BW* spreekt van een benadelingsverbod van de werknemer die een klacht heeft ingediend of de indiener van een klacht bijstand heeft verleend.

26. Onder het voorleggen van een eis aan de bevoegde administratieve autoriteiten kan ook worden gedacht aan het indienen van klachten bij de Arbeidsinspectie en de Commissie Gelijke Behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid.

27. Deze bescherming is niet onbegrensd. Zo werd in HR 20 april 1990, NJ 1990, 702 ontslag op staande voet aanvaardbaar geacht van een ondernemingsraadslid dat bij het indienen van een klacht bij de minister van EZ. en het in de publiciteit brengen van die klacht bedrijfsgeheimen had geopenbaard.

28. In wetsvoorstel 21 479 is voorgesteld dit laatste verbod te verplaatsen naar het BW en daar op te nemen als art. 1637ija.

29. Voor ras staat dit uitdrukkelijk in art. 429 quater Sr., voor het overige blijkt dit uit de rechtspraak. Het begrip 'ras' moet worden uitgelegd naar de kennelijke strekking van de in art. 1 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie van 7 maart 1966 gegeven opsomming, waaronder naast 'ras' ook worden genoemd: huidskleur, afkomst of nationale etnische afstamming. HR 19 maart 1985, NJ 1985, 688; HR 11 maart 1986, NJ 1986, 613; HR 1 juli 1986, NJ 1987, 217; HR 14 maart 1989, NJ 1990, 29.

nomen dat zij ook als ontslaggrond zijn verboden.³⁰

Ten aanzien van de gronden godsdienst en politieke overtuiging is dit nog niet het geval.³¹ Deze gronden zullen expliciet ten aanzien van ontslag worden verboden in de Algemene Wet gelijke behandeling, waarvoor een nieuw wetsvoorstel nog moet worden ingediend.³² Problemen zouden zich met name kunnen voordoen bij instellingen op confessionele grondslag. Voor zover uitzonderingen voor dergelijke instellingen in de bedoelde wet zullen worden voorzien, zou voor dit doel gebruik gemaakt kunnen worden van de uitzonderingsclausule van art. 2, vijfde lid Verdrag, die overigens wel overleg met de werkgevers- en werknemersorganisaties voorschrijft.

e. Werkverzuim gedurende moederschapsverlof

In deze grond is voorzien wat betreft het zwangerschaps- en bevallingsverlof en een korte periode daarna door art. 1639h, vierde lid BW. Voorts sluit art. 1639e, vierde lid BW deze grond als ontbindende voorwaarde uit. Voor de periode van ouderschapsverlof in de zin van art. 1638oo BW is echter nog geen ontslagbescherming voorzien. In wetsvoorstel 21479 is echter wel een opzegverbod tijdens ouderschapsverlof voorgesteld als art. 1637h, zevende lid BW.

3.4. Te volgen procedure voor beëindiging

Houdt de beëindiging van het dienstverband verband met het gedrag van de werknemer of het uitoefenen van zijn werkzaamheden, dan eist art. 7 Verdrag dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden zich tegen de gemaakte aantijgingen te verdedigen, tenzij van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat deze hem de gelegenheid daartoe biedt. Deze bepaling sluit aan bij de rechtspraak over ontslag op staande voet, waar een zorgvuldigheid in de voorbereiding van het ontslagbesluit wordt gehonoreerd.³³ Niettemin eist die rechtspraak het geven van een gelegenheid tot verdediging niet altijd. Daarom lijkt een dergelijke bepaling te moeten worden opgenomen in de wet, waarbij te denken valt aan een tweede lid van art. 1639g BW.

3.5. Onpartijdige instantie

Art. 8 Verdrag geeft de werknemer die de beëindiging onrechtmatig acht het recht op toegang tot een onpartijdige instantie. Indien het ontslag is goedgekeurd door een bevoegde autoriteit kan de toepassing volgens het tweede lid worden aangepast aan de nationale wetgeving en praktijk.

Ten aanzien van de ontslagprocedure op het arbeidsbureau is niet duidelijk of dit tweede lid de niet geheel aanwezige onpartijdigheid kan rechtvaardigen. Deze problematiek werd hierboven naar aanleiding van het EVRM echter reeds onvoldoende geregeld bevonden.

Ten aanzien van bijzondere procedures zoals in de grafische bedrijfstak en het bijzonder onderwijs kan worden betwist of de betreffende instanties in alle opzichten voldoen aan het criterium van onpartijdigheid. Voor zover nodig kan in dit verband echter wel een beroep worden gedaan op de uitsluitingsclausule van art. 2, vijfde lid Verdrag, na raadpleging van werkgevers- en werknemersorganisaties.

3.6. Bewijslast

Art. 9, tweede lid Verdrag schrijft voor dat ten einde de werknemer niet alleen de last te laten dragen te bewijzen dat de beëindiging niet rechtmatig is, er in dient te worden voorzien dat hetzij de bewijslast voor het bestaan van een geldige reden op de werkgever berust, hetzij de instanties die over de

30. Uit een oogpunt van systematiek en duidelijkheid verdient het overigens wel aanbeveling ook deze gronden in het BW-ontslagrecht apart te vermelden.

31. Wat niet wegneemt dat er volgens premier Lubbers in een brief van 25 september 1985 aan de Tweede Kamer geen twijfel over mag bestaan dat, zolang geen nadere wettelijke regeling tot stand is gekomen, 'burgers niet gediscrimineerd mogen worden op grond van hun (...) geloofs- of levensovertuiging (...) en politieke keuze. (...) bijvoorbeeld voor het verrichten van arbeid behoort te gelden dat slechts objectief aan de functie verbonden eisen van invloed mogen zijn op in dienst nemen, ontslag en salariëring.', TK 1985-1986, 19 226, nr. 1, blz. 3.

32. In het vorige wetsvoorstel 20 501 voor een dergelijke wet kwamen ontslagverboden voor wegens godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid. Een nieuw wetsvoorstel zal binnenkort worden ingediend, met naar verwachting dezelfde bepalingen.

33. Vgl. HR 4 januari 1980, NJ 1981, 396 en HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 34, alsmede de voor beide arresten genomen conclusies van A.-G. Ten Kate.

rechtmatigheid oordelen de bevoegdheid hebben zelf de bewijslast te verdelen.³⁴

In de ontslagvergunningsprocedure bij het arbeidsbureau en de ontbindingsprocedure op grond van art. 1639w BW is het de werkgever die de reden voor ontslag moet stellen en derhalve in beginsel moet bewijzen. Dit komt overeen met het Verdrag.

Bij het geven van ontslag op staande voet rust de bewijslast op de werkgever, al kan de rechter de bewijslast omdraaien.³⁵

In de procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag is het echter de werknemer die deze stelplicht heeft en op wie – overeenkomstig onze beginselen van procesrecht – in beginsel ook de bewijslast rust. Wel kent het procesrecht de mogelijkheid om op grond van redelijkheid en billijkheid de bewijslast anders te verdelen (art. 177 Rv). De Hoge Raad heeft in enkele uitspraken aan dit beginsel de hand gehouden ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslag, waarbij aan de werkgever wel de verplichting werd opgelegd de voor het bewijs noodzakelijke informatie te verstrekken.³⁶ Derhalve is de rechtspraak op dit punt nog niet geheel overeenkomstig het Verdrag. Hoewel de mogelijkheid bestaat de bewijslast anders te verdelen (en dit in de praktijk door de lagere rechter ook regelmatig gebeurt) is de rechter niet geheel vrij, doch ligt de bewijslast in beginsel op de werknemer. Het verstrekken van informatie is kennelijk iets anders dan het leveren van bewijs, zodat de rechtspraak van de Hoge Raad ook hiermee nog niet volledig tegemoet komt aan de eisen van het Verdrag. Overigens zou dit veranderen wanneer het onder 2 genoemde vereiste in de wet wordt opgenomen dat aan de opzegging door de werkgever een geldige reden verbindt. Als gevolg van de dan positief in de wet geformuleerde eis zal de werkgever bij betwisting door de werknemer de geldigheid van de reden dan ook overeenkomstig de algemene regels van procesrecht in beginsel moeten bewijzen. Dit komt over-

een met de eisen van het Verdrag op het punt van de bewijslast.

3.7. Conclusie

De conclusie is dat om ILO-Verdrag 158 te kunnen ratificeren de volgende wetwijzigingen vereist zijn:

- a. opnemng van de op grond van art. 4 Verdrag te stellen eisen aan een geldige reden voor beëindiging en aanpassing van de art. 1639g en 1639o BW;
- b. het verbieden van beëindiging wegens deelneming aan vakverenigingswerkzaamheden, het optreden als werknemersvertegenwoordiger, het voeren van procedures tegen de werkgever, godsdienst en politieke overtuiging;
- c. het invoeren van een recht op verdediging van de werknemer.

Hierboven is aangegeven dat de voorstellen onder b. reeds grotendeels voorkomen in aanhangige (herziening ontslagrecht) en in voorbereiding (Algemene wet gelijke behandeling) zijnde voorstellen van wet. De overige punten zijn, zoals is aangegeven, op betrekkelijk eenvoudige wijze onder te brengen in wetsvoorstel 21479 (herziening ontslagrecht).

34. De tekst is niet zeer duidelijk, doch dat dit is beoogd, blijkt uit Record of proceedings, International Labour Conference, Sixty-eight session, Geneva 1982, blz. 30/10, 30/12, 35/2, 35/4.

35. Bijvoorbeeld in geval van verzuim wegens ziekte terwijl de werknemer door de bedrijfsvereniging hersteld is verklaard, HR 13 januari 1978, NJ 1978, 433; HR 21 mei 1982, NJ 1982, 605; HR 18 juni 1982, NJ 1982, 606 en HR 1 juni 1984, NJ 1984, 721.

36. HR 25 april 1986, NJ 1986, 624: 'Teneinde tegemoet te komen aan de bezwaren die in het laatste geval aan zodanige bewijsoverlevering gebonden kunnen zijn, kan evenwel van de werkgever worden gevergd dat hij bij zijn betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter staving van de opgegeven ontslagredenen om de werknemer voor zijn bewijsoverlevering voldoende aanknopingspunten te verschaffen'. In dezelfde zin: HR 10 april 1987, NJ 1988, 5; HR 21 april 1989, NJ 1989, 783 en HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596; HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 41.