

Tilburg University

Overzicht van het recht rond het einde van de dienstbetrekking

Houwerzijl, M.S.

Published in:

Exit: Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking

Publication date:

2009

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Houwerzijl, M. S. (2009). Overzicht van het recht rond het einde van de dienstbetrekking. In M. Houwerzijl, & S. Peters (Eds.), *Exit: Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking: Liber amicorum voor prof. mr. Irene Asscher-Vonk* (pp. 1 - 19). (Onderneming en Recht; No. 50). Kluwer.
http://shop.kluwer.nl/boeken_products/exit-onderneming-werknemer-en-het-einde-van-de-dienstbetrekking/prod10144517.html#beschrijving

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

INLEIDING

HET RECHT ROND HET EINDE VAN DE DIENSTBETREKKING

*M.S. Houwerzijl*¹

1. Inleiding

Nu de economische crisis ‘all over the globe’ zijn sporen nalaat, is het voor steeds meer werknemers ‘Exit’: behalve een exitgesprek, krijgen zij soms nog een exitregeling, maar daarmee is het einde van de dienstbetrekking een feit. Tenminste, als alles verloopt zoals de werkgever dit heeft bedoeld. Ook bestuurders, directeuren en commissarissen krijgen de nodige ‘exit-signalen’. Verder gaan de komende tijd veel werknemers behorend tot de babyboomgeneratie met pensioen. Wellicht zetten zij vervolgens hun werkzame leven voort als zelfstandige, of in een nieuwe betrekking, vaak op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Welke wettelijke regels gelden er eigenlijk voor werkgever en werknemer (en hiermee gelijkgestelden) rond het einde van de dienstbetrekking? Allereerst krijgen zij, ter bewerkstelling van het einde van de dienstbetrekking, of juist om dit tegen te gaan, te maken met het ontslagrecht. Als sprake is van collectief ontslag, kan tevens het medezeggenschapsrecht een rol spelen. Na afloop van het dienstverband komt het socialezekerheidsrecht en specifiek de werkloosheidswet (WW) in het vizier: werkloze werknemers kunnen in beginsel aanspraak maken op een werkloosheidsuitkering. In deze bundel zijn 28 bijdragen thematisch bijeengebracht die een representatief, zij het onvolledig, beeld geven van de inhoud en de functie van het recht rond het einde van de dienstbetrekking. Maar dat niet alleen. In veel bijdragen wordt ook een beargumenteerde visie gegeven op de rechtsontwikkelingen die hebben plaatsgevonden, de aanvaardbaarheid hiervan en de eventuele mogelijkheden tot verbetering in de toekomst. De bundel is gesplitst in een algemeen en een bijzonder deel. De tien bijdragen in het algemene deel hebben een algemene invalshoek en draaien merendeels om commentaar op of analyses van de rechtspolitieke ontwikkelingen aangaande het (gehele) ontslagrecht en de onderliggende idee om *baanzekerheid* in te ruilen voor *werkzekerheid*. In het bijzonder deel komt een scala aan deelonderwerpen aan bod, variërend van de positie van werkgever/onderneming en werknemer bij ontslag wegens ongewenst verzuim, bij gewenst verzuim (verlof) als alternatief voor ontslag, bij reorganisatieontslag en collectief ontslag, tot de ontslagrechtelijke en (vervolgens) de socialezekerheidsrechtelijke positie van specifieke functionarissen of beroepsgroepen, waarbij, zeer passend bij de huidige politieke belangstelling, de positie van de top van een onderneming relatief veel aandacht krijgt. Maar ook de rechtspositie van huishoudelijk personeel en van de zzp’er komt aan bod, alsmede de positie van de predikant en van werknemers werkzaam bij commercieel ‘gekleurde’ werkgevers. Discriminatie bij het einde van de dienstbetrekking op grond van godsdienst, ras en geslacht en leeftijd krijgt vervolgens de aandacht. Ten slotte passeren nog het discriminatoir niet-verlengen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en de (implementatie van de) Europese Raamovereenkomst voor dit soort contracten de revue, alsmede de positie van buitenlandse werknemers in Nederland bij ontslag. Hieronder volgt een karakterisering per bijdrage.

2. Exit: algemeen deel

¹ Mr. dr. M.S. Houwerzijl is universitair hoofddocente sociaal recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

2.1 Functies van het ontslagrecht

In hoofdstuk 1 geven Dienand Christe en Taco van Peijpe de aftrap voor de negen navolgende hoofdstukken die merendeels in het teken staan van de discussies over het ontslagrecht in de laatste vijftien jaar. Met hun analyse van de stand van het ontslagrecht aan de hand van een vijftal door hen onderscheiden, willen de auteurs de discussie over toekomstige wijzigingen van het stelsel faciliteren. Deze discussie beperkt zich volgens hen tot op heden bijna altijd² tot deelaspecten van het systeem, zoals de preventieve of repressieve toetsing, de mate van flexibiliteit, de hoogte van de ontslagvergoeding etc. Christe en Van Peijpe vinden dat de discussie over het ontslagstelsel als geheel moet gaan en dat de door hen onderscheiden functies hierin als ijkpunten betrokken moeten worden.

De vijf functies staan in het teken van de belangen van de direct bij ontslag betrokken partijen, de werkgever en de werknemer. De auteurs beperken zich nadrukkelijk tot juridisch relevante doeleinden, puur sociaal-economische functies van het ontslagrecht zijn buiten beschouwing gelaten. Vaak onderbelicht is de functie waarin ontslagbescherming fungeert als, in de termen van Christe en Van Peijpe, ‘borgpen’ voor het daadwerkelijk implementeren en toepassen van arbeidsrechtelijke normen in de onderneming, bijvoorbeeld op het gebied van arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Een adequate ontslagbescherming beschermt werknemers dus ook tijdens de dienstbetrekking, en ondersteunt hen onder meer als zij misstanden aan de kaak stellen.

2.2 Sancties, ontbinding en de preventieve toetsing van ontslag

Na deze vooral systematiserende en overzicht biedende bijdrage, volgen een drietal opstellen die naast het bieden van uitleg en analyse vooral ook rechtspolitiek stelling nemen: waar moet het heen met het ontslagrecht in de 21^e eeuw? In het tweede, derde en vierde hoofdstuk van deze bundel geven achtereenvolgens Leen van den Heuvel, Antoine Jacobs en Ans Luttmmer-Kat hun uiteenlopende visies op het ontslagrecht, waarbij zij zich uiteindelijk allen uitspreken over de al dan niet gewenste afschaffing van de preventieve toetsing van ontslag.

Van den Heuvel begint zijn betoog met een terugblik op de herziening van het ontslagrecht in 1953, dat vooraf werd gegaan door een akkoord op hoofdlijnen binnen de Stichting van de Arbeid in 1947. Het was (in hoofdzaak) Levenbach die de concrete juridische uitwerking van dit akkoord op zich nam, reden waarom Van den Heuvel diens ‘magistrale’ boek *Het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht* uit 1954 nog altijd aanbeveelt aan een ieder die het systeem van het ontslagrecht wil doorgronden, ook al is het sindsdien door weinig doordachte wijzigingen (aldus de auteur) minder doorzichtig gemaakt.

Twee aspecten van het ontslagrecht sinds 1953 verdienen volgens Van den Heuvel aandacht bij een toekomstige herziening van het ontslagrecht: de wijze van sanctioneren van de onregelmatigheid van ontslagen en de inrichting van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. De (schijnbare) keuze tussen nietigheid en niets bij de in 1976 ingevoerde bijzondere opzegverboden, gaf volgens de auteur de aanzet tot het tegenwoordig zo ruime gebruik van de extrajudiciële ontbindingsprocedure, tegen de oorspronkelijke bedoeling in en zonder dat vol hoger beroep en cassatie openstaan. Van den Heuvel vindt een grondige herziening van het gehele stelsel van ontslagrecht nodig. Deze moet resulteren in zowel een maatschappelijk aanvaardbare als ook juridisch-technisch zuivere regeling. Naar zijn mening moet niet de preventieve ontslagtoetsing worden afgeschaft maar moet het gebruik van de ontbindingsprocedure worden teruggedrongen. De preventieve toets zou bijvoorbeeld aan de rechter kunnen worden opgedragen.

De vraag die Luttmmer-Kat stelt in de titel van haar bijdrage “De preventieve ontslagtoetsing: Een paard achter de wagen?”, is hem beantwoord. En inderdaad, Luttmmer-Kat vindt dat het BBA (de regeling waarin de preventieve toetsing is vervat) het ontslagstelsel inconsistent en ingewikkeld maakt, terwijl de regeling bovendien niet effectief is. Werkgevers zullen volgens

² Met uitzondering van het rapport ADO: Afscheid van het duale ontslagrecht, Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, Den Haag 2000.

de auteur niet gauw een werknemer zonder een gegronde geldige reden willen ontslaan, omdat dit tegen hun eigen belang indruist. Om dergelijke ontslagen te voorkomen, is het BBA dus niet nodig. Een gegronde geldige reden moet echter worden afgewogen tegen het gerechtvaardigde belang van een werknemer bij baanbehoud. Alleen als deze afweging positief uitvalt voor de werkgever, is beëindiging van het dienstverband sociaal gerechtvaardigd. Maar het BBA kan omzeild worden via de ontbindingsprocedure. Nu een verzoek tot ontbinding in het overgrote deel van de gevallen tot honorering leidt, wordt de doelstelling van preventieve toetsing (het tegenhouden van sociaal ongerechtvaardigd ontslag) niet bereikt, aldus de auteur.

Als mogelijke alternatieven voor het huidige stelsel onderzoekt en beoordeelt Luttmer-Kat verschillende ontslagmodellen, zoals voorgesteld door Van den Heuvel, door minister Donner van SZW en door de zogenoemde Commissie Bakker. Het model van Donner spreekt haar het meeste aan: in plaats van de preventieve toets komt er een verplichte mededeling- en hoorprocedure bij een ontslagvoornemen van de werkgever. Dit zou preventief kunnen werken. Ook de invoering van een wettelijke ontslagvergoeding kan een ontslagremmend effect sorteren.

Jacobs formuleert in de titel van zijn bijdrage eveneens een vraag: “De preventieve ontslagcontrole – het tafelzilver oppoetsen of dumpen?” Hij kiest voor oppoetsen, en wel door het huidige BBA om te vormen tot een actieve bemiddelingsregeling. Met een beroep op Levenbach wijst Jacobs op het belangrijkste voordeel van preventieve controle, namelijk dat werkgevers een ontslagvoornemen deugdelijk moeten motiveren en verantwoorden tegenover een onafhankelijke derde. Uit rechtssociologisch onderzoek blijkt dat 10 % van de vergunningsaanvragen leidt tot intrekking of het niet in behandeling nemen. Vooral mondelinge behandeling blijkt tot intrekking van aanvragen te leiden. In 1985 is deze echter ingeruild voor een gestandaardiseerde schriftelijke procedure, die leidde tot aanzienlijk snellere afhandeling van de aanvragen. Jacobs bepleit allereerst herinvoering van een grotere mondelinge component in de BBA-procedure maar wil verder gaan dan dat. Naar Brits voorbeeld zou de preventieve toets moeten worden omgevormd tot een bemiddelingsprocedure, waarbij ontslagmedewerkers van het UWV WERKbedrijf alle alternatieve mogelijkheden om de werknemer aan de slag te houden of zijn *employability* te verbeteren, zouden moeten meewegen. Pas na een hen onwelgevallige uitkomst van deze procedure zouden partijen zich mogen wenden tot de kantonrechter voor ofwel een ontbindingsverzoek ofwel een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag. Opvallend is het verschil in mensbeeld dat schuil gaat achter de haaks op elkaar staande conclusies van Luttmer-Kat en Jacobs: waar Luttmer-Kat veel vertrouwen heeft in de *common sense* van de werkgever, lijkt de afschrikwekkende werking die Jacobs nog altijd toekent aan de BBA-procedure te wijzen op een wantrouwend ‘werkgeversbeeld’. En Van den Heuvel en Jacobs zijn weliswaar beiden voor behoud van de preventieve toetsing, maar de eerste hecht veel belang aan de juridisch procesmatige kant van de zaak, terwijl Jacobs deze overschat vindt en de rechter juist buiten de preventieve toetsing wil houden.

2.3 Ontslag en onderneming

Guus Heerma van Voss behandelt in het vijfde hoofdstuk de procedure in de onderneming voorafgaand aan opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Voor de kwaliteit hiervan is traditioneel weinig aandacht, maar daar komt volgens de auteur vanzelf verandering in, als conform de meeste recente voorstellen voor wijziging van het ontslagrecht, de BBA-procedure zou verdwijnen.

Wat zijn de belangrijkste elementen van de ontslagprocedure binnen de onderneming? Allereerst heeft de werkgever een hoorplicht, niet alleen bij ontslag om persoonlijke redenen maar ook bij economisch getint ontslag. Deze norm is vastgelegd in IAO-verdrag 158, dat echter nog niet door Nederland is geratificeerd. Verder heeft de werkgever een motiveringsplicht, welke is neergelegd in de relevante artikelen van het BW, sinds 1999 ook voor ontslag in proeftijd. Ten slotte geldt het zorgvuldigheidsbeginsel (alsmede andere beginselen van behoorlijk bestuur) en wel op grond van het goed werkgeverschap. De

werkgever moet zijn belang bij ontslag afwegen tegen het belang van de werknemer bij baanbehoud, bijvoorbeeld door de werknemer compensatie aan te bieden voor de nadelige gevolgen van het ontslag. Een probleem dat hierbij speelt is het moment van beoordeling van de feiten die voor het berekenen van het nadeel relevant zijn. Heerma van Voss breekt - voorzichtig - een lans voor het meenemen van toekomstige gevolgen in de schadeberekening. Ook Saskia Peters preludeert in haar bijdrage (hoofdstuk 6) op een toekomstige wijziging van het ontslagrecht. Gelet op de door Asscher-Vonk geconstateerde accentverandering in de doelstellingen van het ontslagrecht (van werknemersbescherming naar dienstbaarheid aan economische belangen zoals arbeidsparticipatie en de concurrentiepositie van ondernemingen), vraagt Peters zich af of een 'verdund' ontslagrecht voor het midden- en kleinbedrijf in de toekomst wenselijk is. Immers, het huidige ontslagstelsel wordt vaak als een te zware belasting gezien voor dit deel van het bedrijfsleven.

Deze laatste auteur onderzoekt eerst Duitse en Franse voorbeelden van een naar ondernemingsomvang gedifferentieerd ontslagrecht. Ratio hierachter is de geringere economische draagkracht van kleine ondernemingen en de meer persoonlijke verhoudingen in hun organisatie. Peters toetst dit verschil in ontslagrechtelijke bescherming van Duitse en Franse werknemers vervolgens aan fundamentele rechten zoals het gelijkheidsbeginsel en het recht op vrije arbeidskeuze. Alhoewel onder meer het Hof van Justitie van de EG en het Duitse constitutionele hof het verschil in behandeling saueren, is Peters kritisch over de gemaakte belangenafweging. Zij vindt het bij voorbaat geheel uitsluiten van kleine ondernemingen van een onredelijk-ontslag-regeling, zoals in Duitsland, te ver gaan. Het Nederlandse systeem, waarbij in de wetgeving geen onderscheid naar ondernemingsomvang wordt gemaakt, maar de rechter en/of UWV WERKbedrijf (voorheen CWI) dit wel (kunnen) doen, verdient derhalve prolongatie, ook in een nieuw ontslagstelsel.

2.4 Baanzekerheid of werkzekerheid

In hoofdstuk 7 en 8 staat het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie-Bakker)³ centraal. De Commissie heeft op hoofdlijnen voorstellen gedaan voor wijziging van de ontslagbescherming (van preventieve naar repressieve toetsing) en van de werkloosheidswetgeving (omvorming tot een 'werkbudget' en 'werkverzekering').

Kees Sparrius wijst erop dat de Commissie-Bakker vooral werk heeft gemaakt van de maatschappelijke aanvaardbaarheid van haar voorstellen. Juridische argumenten om van de preventieve toetsing af te stappen, ontbreken in dit rapport. De introductie van een repressief ontslagstelsel wordt gepresenteerd als sluitstuk van een nieuw beleid, gericht op het tegengaan van werkloosheid. Van werk naar werk is het credo. Voor de juridische uitwerking van de voorstellen, ziet Sparrius een voorbeeldfunctie weggelegd voor het ambtenarenontslagrecht. Bij de uiteenzetting hiervan, corrigeert hij en passant de beeldvorming dat het ambtelijk ontslagstelsel rigide van karakter is. Dit is anno 2009 niet meer het geval. Desondanks is het nog steeds een solide stelsel, dankzij de procedurele waarborgen die de hoorprocedure, de bezwaarprocedure en de repressieve rechterlijke toetsing in twee feitelijke instanties bieden aan de ambtenaar bij een ongevraagd ontslag. Teneinde alvast wat ervaring op te doen en om een zorgvuldiger voorbereiding van het ontslag op staande voet mogelijk te maken, stelt Sparrius voor⁴ de ambtelijke hoorprocedure nu reeds in het burgerlijk ontslagrecht te introduceren voor deze ontslagvorm.

Onderdeel van de werkverzekering die de Commissie-Bakker voorstelt, is een transferperiode van maximaal zes maanden, waarin de werkgever een loondoorbetalings- en een re-integratieverplichting heeft ten opzichte van de werknemer die hij wil ontslaan. Als nadien toch een uitkering moet worden aangevraagd, volgt een toets van de re-integratie-inspanningen die werkgever en werknemer zich hebben getroost. Het ambtenarenrecht kent al een dergelijke transferperiode in geval van reorganisatie, bekend als de herplaatsingstermijn.

³ Commissie Arbeidsparticipatie, 'Naar een toekomst die werkt', Rotterdam 2008, p. 76-80.

⁴ In navolging van onder meer het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (ADO).

De jurisprudentie hierover vormt volgens Sparrius een kant en klaar toetsingskader voor de transferperiode van de Commissie-Bakker.

In het licht van de door Asscher-Vonk geventileerde bezorgdheid over de (puur) economische doelstellingen van de meest recente wijzigingen van het socialezekerheidsrecht, onderzoekt Saskia Klosse in hoofdstuk 8 het concept van werkzekerheid dat is bepleit door de SER, de WRR en de Commissie-Bakker. Heeft (de uitwerking van) dit concept voldoende te bieden als het gaat om de verenigbaarheid van inkomensbescherming van individuen tegen de risico's van het (arbeids)leven met een toenemende behoefte aan flexibiliteit op de arbeidsmarkt? Volgens Klosse werkt het oude concept van baanzekerheid in elk geval niet meer. Vooral oudere werknemers zitten in een 'gouden kooi', waardoor zij nauwelijks meer van baan veranderen. Als zij toch hun baan verliezen, blijven ze vaak hangen in een uitkering. Bij werkzekerheid gaat het niet om behoud van de eigen baan, maar om het actief blijven op de arbeidsmarkt. Doel is om door het stimuleren van arbeidsmobiliteit en - participatie uitkeringsafhankelijkheid tegen te gaan. Klosse bespreekt een aantal interessante binnen- en buitenlandse 'van werk naar werk' initiatieven als concretisering van het werkzekerheidsconcept. Zij concludeert vervolgens dat bij de omslag van nazorg naar voorzorg (activeringsstreven) door de wetgever niet genoeg is gedaan om ook de beschermingsfunctie van het socialezekerheidsrecht overeind te houden. Juist de groepen met de meest kwetsbare positie op de arbeidsmarkt dreigen hiervan de dupe te worden. Zij worden te weinig ondersteund bij het vinden van een stabiele plaats op de arbeidsmarkt van de 21^e eeuw.

Waar Klosse vooral de beleidsmatige kant behandelt van genoemde omslag in het denken over de functie van het sociaal recht rond het einde en weer opnieuw vinden van een dienstbetrekking, belicht de bijdrage van Gijs Vonk en Wijnand Zondag juist de juridische kant van de zaak (hoofdstuk 9). Ook zij haken aan bij kritiek van Asscher-Vonk, dit keer gericht op de dreigende teloorgang van de beschermingsfunctie van het begrip 'passende arbeid'. Passende arbeid staat anno 2009 meer in het teken van 'workfare' dan van het recht op vrije arbeidskeuze en het verbod op dwangarbeid. De auteurs geven een overzicht van de ontwikkeling van het begrip, wat nog niet zo eenvoudig is aangezien passende arbeid op verschillende plaatsen in het sociaal recht een rol speelt.

In het arbeidsovereenkomstenrecht deed het begrip zijn intrede via het spraakmakende arrest *Van Haaren/Cehave* uit 1985.⁵ Het recht op aanpassing van de bedongen arbeid dat de zieke werknemer toen kreeg, is geëvolueerd tot een verplichting van de zieke werknemer om door de werkgever aangeboden passende arbeid te aanvaarden, op straffe van stopzetting van de loondoorbetaling en zelfs van de opheffing van het opzegverbod bij ziekte. Bij de beoordeling of er in geval van reorganisatie een geldige reden voor ontslag bestaat en/of een ontslagvergoeding op zijn plaats is, speelt de vraag in hoeverre de werkgever zich heeft ingespannen passende arbeid aan te bieden aan de werknemer binnen of buiten de eigen onderneming. Ook in deze context wordt van werknemers een steeds grotere aanpassingsbereidheid gevraagd. Zo moeten zij bereid zijn via scholing hun competenties aan te passen aan de eisen van de veranderende arbeidsmarkt. In het socialezekerheidsrecht is het begrip passende arbeid zelfs deels vervangen door het begrip 'algemeen geaccepteerde arbeid'. Daarmee is in het kader van de WAO/WIA en de WWB de band tussen opleidingsniveau en de aard van het werk doorgesneden. Wat betreft de recente aanscherping van de richtlijn passende arbeid voor WW-gerechtigden, wijzen Vonk en Zondag op de dubieuze juridische status van deze regeling. Dit biedt kansen om hierop gebaseerde sanctiebeslissingen aan te vechten.

Ondanks hun kritische behandeling van de rechtsontwikkeling rond het begrip 'passende arbeid', eindigen de auteurs gematigd optimistisch. Waar de wetgever de beschermende functie van dit begrip deels - vooral in het socialezekerheidsrecht - heeft uitgedund, dikt de rechtspraak deze weer aan, vooral via de beginselen van behoorlijk bestuur.

⁵ HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309, m.nt. PAS.

2.5 Ontslag en werknemer

In hoofdstuk 10 buigt Willemijn Roozendaal zich over de wijze waarop persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij de beoordeling van zowel persoonsgebonden als bedrijfseconomisch ontslag en een eventuele ontslagvergoeding worden betrokken. Zij vraagt zich af of een werknemer die in persoonlijke problemen verkeert, wellicht aanspraak kan maken op extra ontslagbescherming. Recente jurisprudentie lijkt juist te wijzen op een omgekeerde tendens: waarom zouden omstandigheden ‘in de risicosfeer’ van de werknemer voor rekening van de werkgever moeten komen?

Ter beantwoording van haar vraag onderzoekt Roozendaal de rol van persoonlijke omstandigheden binnen de vele gezichtspunten die de rechter of UWV WERKbedrijf (voorheen CWI) bij de beoordeling van persoonsgebonden ontslag betreft. Zij onderscheidt daarbij ter verheldering drie toetsen, betreffende (1) de verwijtbaarheid en (2) de proportionaliteit van de geconstateerde tekortkoming van de werknemer en (3) de vraag of samenwerking tussen partijen in de toekomst nog mogelijk is (continuïteit). De toetsen kunnen elkaar overlappen, maar dat hoeft niet. Vervolgens geeft zij aan de hand van haar toetsingskader een overzicht van de rol van persoonlijke omstandigheden bij ontslag op staande voet, opzegging via de CWI en ontbinding, en bij de ontbindingsvergoeding en de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Dit brengt Roozendaal tot een pleidooi voor het doorkruisen van de vaak gemaakte scheiding tussen ‘risicosferen’ in ontslagzaken. Opmerkelijk acht zij verder de bevinding dat wel rekening wordt gehouden met persoonlijke omstandigheden als de werknemer persoonlijk een verwijt treft, en niet bij bedrijfseconomisch ontslag, terwijl hem dan niets kan worden verweten.⁶

3. Exit: bijzonder deel

3.1 Verzuim en ontslag of verlof

De eerste twee hoofdstukken in het bijzondere deel borduren voort op het thema van persoonsgebonden omstandigheden van de werknemer. Aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad,⁷ richt Willem Bouwens zich in zijn bijdrage op een zeer specifieke ontslaggrond, namelijk wegens verzuim als gevolg van een arbeidsconflict (hoofdstuk 11). Gelden dan dezelfde maatstaven als bij ontslag van een zieke werknemer? Na bespreking van het arrest inzake het ontslag op staande voet van statutair bestuurder Mak die na een arbeidsconflict weigerde zijn werk te hervatten alhoewel de bedrijfsarts hem volledig arbeidsgeschikt achtte, analyseert Bouwens wat ‘situatieve arbeidsongeschiktheid’ betekent volgens de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de Hoge Raad, hoe de CRvB ‘ongeschiktheid wegens ziekte’ (in de zin van art. 19 ZW, van belang voor de uitleg van art. 7: 670 BW) interpreteert en wat de jurisprudentie van de Hoge Raad ons leert met betrekking tot ontslag op staande voet wegens ongeoorloofd werkverzuim. Op basis hiervan betoogt de auteur dat voor werknemers die situatief arbeidsongeschiktheid zijn als gevolg van een voor rekening van de werkgever komende oorzaak, geen andere maatstaven moeten gelden dan voor zieke werknemers. Dat betekent dat in de regel het staken van de salarisbetaling de geëigende sanctie is om medewerking van de werknemer aan oplossing van het arbeidsconflict af te dwingen. Hardnekkige weigering zou vervolgens een gewone opzegging kunnen rechtvaardigen, maar in beginsel geen ontslag op staande voet.

Van geoorloofd werkverzuim is sprake als de werknemer kiest voor het opnemen van (meestal deels of volledig onbetaald) verlof. Lia Jacobs bespreekt in hoofdstuk 12 de arbeidsrechtelijke vormgeving van dit, in tijden van de kredietcrisis ook voor werkgevers soms aantrekkelijke, alternatief voor ontslag. Teneinde het opnemen van verlof mogelijk te maken, heeft de wetgever voor bepaalde verlofmotieven (zoals zorgverplichtingen of

⁶ Ook Luttmer-Kat signaleert dit overigens, zie hoofdstuk 4.

⁷ HR 27 juni 2008, JAR 2008/188.

politieke verplichtingen) wettelijk de rechten en plichten van werknemer en werkgever vastgelegd. Voorts is de zogeheten levensloopregeling ingesteld, om tegemoet te komen aan de financiële consequenties van het opnemen van verlof. In een aantal cao's zijn voorts aanvullende (en soms beperkende) afspraken gemaakt over het opnemen dan wel de financiering van verlof. Ook bij niet-wettelijk geregeld onbetaald verlof, geniet de verlofganger arbeidsrechtelijke bescherming, onder meer op grond van het goed werkgeverschap. De auteur eindigt haar bijdrage met een aantal concrete aanbevelingen voor de ontwikkeling van een verstandig verlofbeleid op ondernemings- en/of bedrijfstakniveau, onder meer als alternatief voor ontslag.

3.2 Reorganisatieontslag en collectief ontslag

Van werknemersgerelateerde omstandigheden stappen we over op economische omstandigheden. Hoofdstuk 13, 14 en 15 concentreren zich op de regelgeving en rechtspraak ter zake van reorganisatieontslag en collectief ontslag. In hoofdstuk 16 wordt met de bespreking van collectief ontslag van commissarissen het perspectief verlegd naar het vennootschapsrecht.

Rogier Duk buigt zich in zijn opstel (hoofdstuk 13) over een in 1967 geconstateerd tekort door Hekkelman: het ontbreken van een algemene regeling van de gevolgen van een reorganisatie voor de arbeidsplaatsen van werknemers. Hij constateert dat het tekort anno 2009 is verminderd door (de uitwerking van) regelingen op drie verschillende juridische niveaus, namelijk (1) het in 1971 ingevoerde adviesrecht van de ondernemingsraad (OR) bij reorganisaties en de mogelijkheid om hieromtrent in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer, (2) de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van reorganisatieontslagen ex art. 6 BBA, ex. art. 7:681 BW (kennelijk onredelijke opzegging) of (3) via de ontbindingsprocedure (ex art. 7: 685 BW). Duk vraagt zich vervolgens af hoe vol of juist marginaal de toetsing op deze drie deelterreinen uitvalt, hetgeen bepalend is voor de mate van beleidsvrijheid van de werkgever bij reorganisaties. Het blijkt moeilijk hier een eenduidig antwoord op te geven. Alhoewel marginale toetsing veelal als uitgangspunt geldt, sluit dit een indringende beoordeling van de besluitvorming van werkgever op bepaalde punten (zoals ten aanzien van aanwezigheid en inhoud van een sociaal plan, of bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor het bepalen van de ontslagvolgorde) toch niet uit. Aan het slot van zijn bijdrage doet Duk de suggestie om de OR advies- of instemmingsrecht te geven bij het bepalen van de ontslagvolgorde in geval van reorganisatie.

In het Engelstalige hoofdstuk 14 zet Monika Schlachter uiteen waarom een van de eerste wetgevingsproducten van de Europese Gemeenschap, de EG-richtlijn inzake collectief ontslag uit 1975 (thans vervangen door richtlijn 98/59/EG), uiteindelijk veel meer invloed heeft dan aanvankelijk werd verwacht op het nationale recht van lidstaten met een (naar inhoudelijke maatstaven) hoger beschermingsniveau op dit vlak. De richtlijn is er niet op gericht de werkgever te beperken in zijn beleidsvrijheid als het gaat om de noodzaak van collectief ontslag. In plaats daarvan stelt de richtlijn procedurele eisen aan de besluitvorming van werkgevers inzake collectief ontslag, zoals een mededelingsplicht aan het bevoegde gezag van een voornemen hiertoe en informatie- en consultatieverplichtingen richting werknemers en hun vertegenwoordigers. Wat de richtlijn nu zo ingrijpend maakt voor bijvoorbeeld het Duitse recht, is dat het Hof van Justitie van de EG de lidstaten verplicht om de in de richtlijn voorgeschreven procedure exact te volgen. Een lidstaat kan een (vanuit nationaal perspectief wellicht mineure) procedurele tekortkoming niet compenseren met een hoger materieel beschermingsniveau. Volgens Schlachter noopt dit gegeven tot een veel zorgvuldiger implementatietraject dan tot nu toe meestal het geval is geweest. Want het simpelweg implementeren van de Europeesrechtelijke normen naast het al bestaande nationale recht, leidt tot ondoorzichtige en overlappende regelgeving.

Rolf Birk vergelijkt in zijn Duitstalige bijdrage het Nederlandse en het Duitse medezeggenschapsrecht in geval van een voorgenomen besluit tot algehele stillegging van een onderneming dan wel tot sluiting van een belangrijk onderdeel ervan (hoofdstuk 15). Vanuit comparatief perspectief zijn het Nederlandse, Duitse en Oostenrijkse

medezeggenschapsrecht sterk verwant, waardoor rechtsvergelijking goed mogelijk is. Ondanks de homogeniteit in uitgangspunten en doeleinden, blijken er op detailniveau vele verschillen te zijn tussen de Duitse en de Nederlandse regeling. De Nederlandse regeling is flexibeler dan de Duitse, zo constateert Birk, maar ook beperkter, omdat de OR alleen (via art. 25 lid 1 c WOR) adviesrechten heeft ten aanzien van het besluit om de onderneming te sluiten, maar geen wettelijk verankerde bevoegdheden heeft in de vervolgfase, zoals bij de opstelling van een sociaal plan.

Naar aanleiding van een SER-advies kunnen sinds najaar 2004 niet alleen werknemers maar ook commissarissen collectief ontslagen worden. Dit is niet geregeld in de Wet melding collectief ontslag, welke alleen voor werknemers geldt, maar in de in art. 2: 161a/271a BW neergelegde structuurregeling. In hoofdstuk 16 bespreekt Gerard van Solinge deze nieuwe bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) om bij meerderheidsbesluit het vertrouwen in de raad van commissarissen van een structuurvennootschap op te zeggen. Hij gaat daarbij onder meer in op de positie van de OR. Aan de OR is weliswaar een adviserende rol toegekend bij de besluitvorming inzake collectief ontslag, maar deze is neergelegd in de structuurregeling zelf, niet in art. 25 WOR, waardoor ook het beroepsrecht van art. 26 WOR ontbreekt. Desalniettemin bleek in de beslissing in de Stork-zaak uit 2007 dat het voorgenomen besluit tot collectief ontslag van commissarissen door de OK kan worden getoetst. Na een genomen besluit tot collectief ontslag, benoemt de OK op verzoek van het bestuur tijdelijke commissarissen. Omdat het hier een verzoekschriftprocedure betreft, zouden OR en AvA zich kunnen melden als belanghebbenden. Van Solinge wijst er onder meer op dat niet kan worden afgeweken van deze benoemingsregeling, hetgeen wel werd bepleit in de literatuur, aangezien de structuurregeling dwingendrechtelijk van aard is.

3.3 Ontslag van bestuurders, werknemerschap van directeuren

Na de commissarissen blijven we nog even bij de top(pers) van een onderneming. Allereerst de bestuurder: Lou Sprengers richt zich op de rol van de ondernemingsraad bij het ontslag van de bestuurder (hoofdstuk 17), waarna Leonard Verburg diens (eventuele) ontslagvergoeding belicht (hoofdstuk 18).

Hogere beloningsarrangementen gaan gepaard met een grotere omloopsnelheid van bestuurders, zo observeert Sprengers. En de kritische houding ten aanzien van diens functioneren sinds de kredietcrisis is uitgebroken, zal wellicht nog meer ontslagbesluiten uitlokken. De OR heeft krachtens art. 30 WOR niet alleen een adviesrecht bij een voorgenomen besluit tot ontslag van een bestuurder maar ook bij diens benoeming. Dit is van belang omdat met bestuurders vaak al bij het aangaan van de arbeidsverhouding afspraken worden gemaakt met betrekking tot hun vertrek(regeling). Sprengers meent dat ondernemingsraden hier vaker inzage in moeten vragen, net als in regelingen rond een door de ondernemer geïnitieerd 'vrijwillig' vertrek van een bestuurder, een situatie die veel meer voorkomt dan een ontslag in de zin van art. 30 WOR. Sprengers bespreekt ook verdergaande mogelijkheden tot invloed voor de OR, zoals de niet wettelijk geregelde mogelijkheid om als OR het vertrouwen op te zeggen in de bestuurder. Tot slot breekt hij een lans voor het toekennen van het enquêterecht aan de OR, waaraan bij zware conflictsituaties tussen bestuurder en aandeel- of toezichthouder in de praktijk duidelijk behoefte blijkt te bestaan. Royale ontslagvergoedingen van bestuurders halen anno 2009 dagelijks de krant. Verburg schetst in zijn bijdrage de juridische ontwikkelingen op dit vlak en de gevolgen hiervan voor de ontslagvergoeding van de bestuurder. Deze wordt zowel beïnvloed door ontwikkelingen inzake ontslagvergoedingen in het algemeen, zoals het wetsvoorstel tot maximering van de ontslagvergoeding tot een jaarsalaris bij inkomens van € 75.000,- en meer en de vanaf 1 januari 2009 versoberde kantonrechtformule, als door regelingen in het bijzonder voor hogere inkomens, zoals de introductie van een extra belastingheffing van 30 % bij de vennootschap op excessieve beloningsbestanddelen. Ook gaat hij in op de aangepaste Corporate Governance Code. Voor situaties waarin niet op voorhand een vertrekregeling is getroffen, behandelt Verburg nog de 'hofformule' van het Haagse gerechtshof ten aanzien van

vergoedingen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures, die 70 % van de kantonrechtersformule bedraagt. Hij eindigt zijn betoog met de suggestie om verstrekte bonussen aan bestuurders niet meer mee te nemen in de zogeheten B-factor van de kantonrechtersformule. Het momentum is aanwezig nu 2009 in veel gevallen toch geen goed bonusjaar zal worden.

Van de positie van de bestuurder in het ontslagrecht stappen we over op de positie van de directeur-groot- en kleinaandeelhouder in de werknemersverzekeringen. In hoofdstuk 19 vraagt Lucy van den Berg zich af of deze directeuren onder het beschermingsbereik van de werknemersverzekeringen vallen als zij ontslagen worden. Van cruciaal belang voor de beantwoording van deze vraag is het antwoord op de vraag of de betreffende directeur zijn schorsing of ontslag kan tegenhouden. Zo niet, dan is deze een directeur-kleinaandeelhouder en krijgt hij verplicht het etiket van werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen opgeplakt. Van 1969 tot 1985 werd ook de directeur-groootaandeelhouder (DGA) aangemerkt als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen. Er is bij een DGA echter geen sprake van werkelijke ondergeschiktheid. Juist omdat bij de verhouding DGA-onderneming vaak de belangentegenstelling ontbreekt die speelt in de normale verhouding 'werkgever-werknemer', bleek dit te leiden tot oneigenlijk gebruik. Van den Berg constateert dat de criteria die worden gehanteerd voor het directeur-kleinaandeelhouderschap eveneens ruimte bieden voor calculerend gedrag. Zo worden BV's opgericht met als enig doel het *opting in* voor de werknemersverzekeringen (Uniforce-constructie). De jurisprudentie van de CRvB met zijn nadruk op de werkelijke verhoudingen in plaats van de formele constructies, moet hier uitkomst bieden.

3.4 Buiten het bereik van ontslag- en inkomensbescherming

Frans Pennings en Diana de Wolff analyseren in hun bijdrage (hoofdstuk 20) de rechtspositie van degene die na einde dienstverband zijn actieve beroepsleven voortzet als zelfstandige zonder personeel (zzp'er). Allereerst behandelen de auteurs de scheidslijn tussen zzp'er en werknemer, vervolgens kijken zij naar de beloning van een zzp'er. Voor een deel van de zzp'ers is onder bepaalde voorwaarden de Wet minimumloon van toepassing en soms is in cao's bepaald dat de arbeidsvoorwaarden ook van toepassing zijn op bepaalde zzp'ers. Het neerleggen van (minimum) tariefafspraken voor zelfstandigen in een (avv-)cao is volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit in strijd met de Mededingingswetgeving. Pennings en De Wolff menen dat dit anders ligt als hiervoor een sociaal-politieke rechtvaardiging kan worden gevonden. Zij behandelen verder de bescherming van zzp'ers tegen onredelijke opzegging door de opdrachtgever op grond van artikel 7:411 BW, de voorwaarden waaronder aan een zzp'er de ontslagbescherming van art. 6 BBA toekomt en de bescherming die hij soms geniet tegen het risico van beroepsziekten en arbeidsongevallen op grond van art. 7:658 BW.

Daarna komt de sociaalzekerheidsrechtelijke situatie aan bod: zzp'ers kunnen niet zelf bepalen of zij wel of niet tot de kring van verzekerden voor de werknemersverzekering behoren. De auteurs gaan nader in op de VAR-WUO (Verklaring arbeidsrelatie 'winst uit onderneming') waarvoor de Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking van belang zijn en tevens op de zogenoemde Uniforce-constructie (die ook door Van den Berg werd belicht in hoofdstuk 19). In deze constructie is de zzp'er verzekerd voor de WIA. De risico's van ziekte en werkloosheid moeten alle zzp'ers zelf dragen, tenzij vanuit de WW de stap naar het zelfstandig ondernemerschap is gezet. Voor zwangerschaps- en bevallingsverlof van zzp'ers is recent een wettelijke inkomensvoorziening getroffen. Pennings en de Wolff wijzen ten slotte nog op de pensioensituatie. Zij pleiten voor het mogelijk maken van voortgezette deelname door de zzp'er in het pensioenfonds waarbij hij als werknemer aangesloten was. In hoofdstuk 21 en 22 wordt de rechtspositie van twee zeer specifieke beroepsgroepen belicht. Eva Cremers zoekt in op het deeltijd huishoudelijk personeel bij een particuliere werkgever thuis en Heleen Pool op de predikant. Huishoudelijk personeel heeft altijd een bijzondere positie ingenomen binnen het sociaal recht. In 2007 is bij invoering van de regeling 'Dienstverlening aan huis' de groep die onder deze uitzonderingssituatie valt, verruimd.

Thans zijn werknemers die op minder dan vier dagen in een particulier huishouden werken uitgesloten van de werknemersverzekeringen en het BBA. Onder meer bij ziekte genieten zij minder arbeidsrechtelijke bescherming dan andere werknemers. Cremers behandelt de argumenten van de wetgever voor deze uitzonderingspositie en poneert de vraag of deze positie niet in strijd is met Europees en/of internationaal recht. Met Asscher-Vonk en Peters acht zij de uitsluiting van het BBA in strijd met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht en met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur. De uitsluiting van de werknemersverzekeringen is om dezelfde reden in de literatuur meermalen bekritiseerd. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG leidt Cremers af dat de uitsluiting van deeltijd huishoudelijk personeel van BBA en werknemersverzekeringen niet objectief gerechtvaardigd kan worden.

Pool analyseert kritisch de rechtspositie van de predikant die als zelfstandige afscheid neemt van zijn kerkelijke gemeente. Eerst komt aan de orde waarom deze functionaris zowel vanuit (gereformeerd) kerkelijk als vanuit sociaalrechtelijk oogpunt wordt erkend als zelfstandige. Pool merkt daarbij op dat het partijen op grond van de jurisprudentie ook vrijstaat hun arbeidsverhouding wel als arbeidsovereenkomst te kwalificeren. Op grond van de kerkorde hebben zij deze vrijheid echter niet. Pool onderzoekt vervolgens of een als zelfstandige aangemerkte predikant voldoende beschermd is tegen onverhoeds en onredelijk ontslag en tegen inkomensderving bij ziekte, ouderdom en na ontslag. Zij constateert dat de ontslagbescherming voldoet omdat een kerkelijke gemeente hierin niet zelfstandig beslissingsbevoegd is. Een voornemen tot ontslag moet worden voorgelegd en goedgekeurd door een vergadering waarin meerdere kerkelijke gemeenten zijn vertegenwoordigd. Wel wijst Pool erop dat de predikant vanwege zijn status als 'dienaar des woords' belemmerd is in zijn sociale mobiliteit. Zo mag hij niet zelf het initiatief nemen om predikant te worden in een andere kerkgemeente. De bescherming tegen inkomensderving verschilt per kerkorde, maar vertoont gaten die volgens Pool kunnen en moeten worden opgevuld.

3.5 Grondrechten en/of gelijke behandeling bij einde van de dienstbetrekking

Als kerkelijke gemeenten wel bereid zijn het werkgeverschap op zich te nemen, kwalificeren zij als 'identiteitsgebonden' werkgevers die zijn uitgezonderd van het verbod op ongelijke behandeling op grond van godsdienst en zo meer (zie art. 3 AWGB). Evert Verhulp vestigt in zijn bijdrage (hoofdstuk 23) de aandacht op de positie van werknemers werkzaam bij een commercieel 'gekleurde' werkgever. Een gekleurde werkgever meet zich een bepaalde identiteit (kleur) aan, bijvoorbeeld om maatschappelijke of om (louter) commerciële redenen, maar valt buiten de definitie van identiteitsgebonden werkgever op grond van de AWGB. Kenmerkend is verder dat bedoelde werkgever zijn kleur in een bepaalde mate (contractueel) oplegt aan de werknemer, tot in diens privé-leven. Het bekendste voorbeeld uit de rechtspraak betreft een werknemer van het Hyatt hotel in Aruba, die wegens drugsgebruik buiten werktijd op staande voet ontslagen werd omdat dit in strijd was met de *drugs free policy* van het hotel. Kan het ontslag van een werknemer die zich niet 'kleur-conform' gedraagt, gerechtvaardigd worden wanneer de kleur van zijn werkgever louter is ingegeven door commerciële redenen? Bij de weging van alle omstandigheden van het geval mag niet licht voorbij gegaan worden aan de grondrechten van de werknemer, zo concludeert Verhulp, die steun vindt voor zijn visie in de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en in de rechtspraak. In hoofdstuk 24 behandelt Suzanne Burri CGB-uitspraken en jurisprudentie met betrekking tot discriminatie van werknemers bij (een dreigend) einde van de dienstbetrekking op grond van godsdienst, ras en geslacht. Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het uiten van geloofsovertuiging op het werk, concludeert de CGB vaker dan de rechter tot strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Bij rechterlijke uitspraken waarin discriminatie op grond van ras wordt geconstateerd, signaleert Burri de vergaande verplichtingen die in bepaalde gevallen aan de werkgever worden opgelegd om discriminatie tijdens de dienstbetrekking tegen te gaan. Desalniettemin verloren alle werknemers in de door Burri behandelde uitspraken wel hun baan. In die zin vindt Burri dat de rechtsbescherming tegen discriminatie nog altijd tekort schiet.

Eveneens vanuit gelijkebehandelingsperspectief zoeken Aart Hendriks en Ashley Terlouw in hoofdstuk 25 naar een antwoord op de vraag of en zo ja, wanneer, ontslag van doorwerkende 65-plussers verboden leeftijdsonderscheid kan opleveren. In 2050 is deze kwestie naar verwachting van belang voor 40 % van de bevolking. De WGBL laat leeftijdsonderscheid toe, als dit een legitiem doel dient en het als middel passend en noodzakelijk is. De auteurs vinden dit logisch, aangezien voor leeftijdsonderscheid uitstekende redenen kunnen bestaan. Bovendien is leeftijdsdiscriminatie anders dan andere discriminatievormen omdat iedereen die niet sterft er een keer mee te maken krijgt. Afhankelijk van zijn leeftijd kan de werknemer door dit onderscheid bevoordeeld of benadeeld worden. Als het gaat om doorwerkende 65-plussers is het verder van belang dat zij wel AOW-gerechtigd zijn. In hoeverre moeten zij desalniettemin gelijk behandeld worden als 65-minners? Mag een werkgever voor doorwerkende 65-plussers bijvoorbeeld bij cao een nieuwe leeftijdsgrens stellen of is maatwerk geboden?

Jaap van Slooten begint zijn bijdrage met het schetsen van de ontwikkeling die zich heeft voorgedaan sinds het verschijnen van het proefschrift van Asscher-Vonk over de toegang tot de dienstbetrekking (hoofdstuk 26). Zowel de gelijkebehandelingswetgeving als de Wet Flexibiliteit en Zekerheid hebben de positie van *outsiders* verbeterd. Het probleem heeft zich echter deels verschoven. Kregen bepaalde groepen voorheen nauwelijks toegang tot de dienstbetrekking, nu blijven zij vaak hangen in een contract voor bepaalde tijd. Als deze op discriminatoire gronden niet wordt verlengd, kunnen werknemers hierover in rechte hun beklag doen. Vermoedelijk gebeurt dit slechts in een minderheid van de gevallen en Van Slooten vraagt zich af of dit misschien ligt aan de wijze van sanctionering. De sanctie moet namelijk worden gezocht in het algemeen vermogensrecht, een rechtsgebied waarmee arbeidsjuristen niet altijd goed bekend zijn. Moet deze 'drempel' worden weggenomen door de sanctie in te bedden in het arbeidsrecht? En als werknemers toch een voet over de drempel zetten, dan resteert de vraag hoe de hoogte van de schadevergoeding moet worden berekend. Ligt een volledige of een forfaitaire schadevergoeding in de rede? Van Slooten neigt naar het laatste.

Hoofdstuk 27 is eveneens gewijd aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, nu vanuit Europees perspectief. Vooral door het sluiten van opeenvolgende bepaalde tijd contracten, worden tijdelijke werknemers in veel lidstaten en ook in de ambtelijke organisatie van de EU zelf, systematisch ingezet voor het vervullen van permanente taken. Rogier Blanpain stelt dat dit in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en meer specifiek met de raamovereenkomst van de Europese sociale partners inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, omgezet in richtlijn 1999/70/EG. Gelet op de uitleg van het Hof van deze richtlijn is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de algemene regel en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uitzondering op deze regel. Daarom moet deze gerechtvaardigd worden door objectieve redenen. Wat is de sanctie op niet-naleving hiervan? Hoe verhoudt artikel 5 b van richtlijn 1999/70 zich hiermee? Blanpain roept de Europese sociale partners op tot aanpassing.

3.6 Ontslag van buitenlandse werknemers

Deze bundel wordt afgesloten met een opstel van Kees Groenendijk (hoofdstuk 28) over ontslag van buitenlandse werknemers. Dit is passend in die zin dat buitenlandse werknemers ook vaak het sluitstuk van de arbeidsmarkt vormen. Welkom bij krapte op de arbeidsmarkt, uitgezwaaid in tijden van laag conjunctuur en stijgende werkloosheid. Voor werknemers zonder de Nederlandse nationaliteit⁸ kan ontslag verdergaande gevolgen hebben dan alleen het verlies van een baan. Zij kunnen daarmee het recht verliezen om in Nederland te werken, om hier te verblijven en ook hun aanspraken op een WW-uitkering en andere sociale zekerheid kunnen verloren gaan. Veertig jaar geleden begon Groenendijk als advocaat zijn zoektocht naar internationale verdragsbepalingen die de rechtsbescherming van buitenlandse werknemers bij (onder meer) ontslag konden versterken en naar manieren om de

⁸ Of zonder de nationaliteit van een andere lidstaat van de EU.

daadwerkelijke naleving ervan te bevorderen. In deze bijdrage doet hij verslag van de ingrijpende verbeteringen die sinds 1969 op dit vlak hebben plaatsgevonden. Volgens Groenendijk zijn hiervoor onder meer twee juridische verklaringen te geven: de doorwerking van internationale normen en van regels van gemeenschapsrecht wordt tegenwoordig serieus genomen in de rechtspraktijk, en de betekenis van grondrechten en vooral van het gelijkheidsbeginsel is enorm toegenomen. Het verbod op onderscheid naar nationaliteit komt bijvoorbeeld ook tot uiting in de regels die de effectieve toegang tot het recht en de rechter moeten garanderen. Het behoeft geen betoog dat juist toegang tot rechtsbijstand van cruciaal belang is voor een met ontslag, uitzetting en verlies van socialezekerheidsaanspraken bedreigde buitenlandse werknemer.

4. Slotopmerking

Met dit hoofdstuk is getracht de toegankelijkheid van de onderhavige bundel te bevorderen, en daarmee [van](#) de toegang tot het recht rond het einde van de dienstbetrekking. Behalve ‘wat rechtens is’, komen in de hierboven gekarakteriseerde opstellen steeds ook de grote individuele en collectieve belangen in beeld die achter het recht rond het einde van de dienstbetrekking schuil gaan: voor individuele werknemers en andere werkenden gaat het om persoonlijke belangen (bestaanszekerheid, zelfontplooiing, gelijke kansen), voor ondernemingen in hun rol als werkgever om bedrijfsorganisatorische en –sociaal-economische belangen, en voor de overheid (als hoeder van onze collectieve maatschappelijke belangen) om sociaal-politieke en arbeidsmarktgerelateerde belangen. Een maatschappelijk aanvaardbaar recht rond het einde van de dienstbetrekking behartigt al deze belangen in een evenwichtige en in juridisch-technische zin hanteerbare mix. Honderd jaar geleden [trad](#) de eerste ‘uitgebreide regeling van de verschillende wijzen waarop de dienstbetrekking, door arbeidsovereenkomst ontstaan, eindigt’⁹, [in werking](#). Sindsdien is de onderlinge verhouding tussen de hierdoor behartigde belangen een stuk evenwichtiger geworden, en uitgebreid met een verbeterde inkomensbescherming bij werkloosheid etc. Vanuit juridisch-technisch oogpunt echter, is het vanaf toen vooral gecompliceerder geworden. Samen met de noodzaak om het recht te blijven aanpassen aan de veranderende sociaal-economische en maatschappelijke omstandigheden noopt dit tot een voortgaande discussie over de ideale mix. Waarschijnlijk is het daarbij net als met de discussie over het recept voor de ideale appeltaart, we worden het er nooit allemaal over eens en zeker niet voor lange tijd. Maar dat is nog geen reden om de zoektocht te staken, integendeel.

⁹ Aldus Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, 1954, p. 1.