

Tilburg University

Civielrechtelijke ontslagbescherming?

Barendrecht, J.M.

Published in:

TVVS: Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen

Publication date:

1994

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

Citation for published version (APA):

Barendrecht, J. M. (1994). Civielrechtelijke ontslagbescherming? *TVVS: Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, (9), 230-235.

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.

TVVS, maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen

Aflevering 1994-9

Artikelen

TVVS 1994, 142. Civielrechtelijke ontslagbescherming?

Prof.mr. J.M. Barendrecht^(*1)

1. Hoofdpijnen van civielrechtelijke ontslagbescherming volgens het kabinet Lubbers III

Op 10 november 1993 heeft de toenmalige minister De Vries een advies aan de SER gevraagd omtrent de hoofdpijnen van een stelsel van civielrechtelijke ontslagbescherming.^(*2) De contouren van een stelsel van ontslagbescherming, zoals het vorige kabinet dat voor zich ziet, zijn in de adviesaanvraag terug te vinden. Uitgangspunt is het vervallen van de preventieve ontslagtoets door de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening. Als voornaamste reden hiervoor geldt dat de werking van de arbeidsmarkt door de preventieve toetsing zou worden belemmerd. Dit uitgangspunt van het kabinet bleek al uit de Notitie inzake Toetsing van ontslag van 22 december 1992.^(*3)

In plaats van de preventieve toetsing komt er een stelsel waarin de werkgever een redelijke grond zal moeten hebben voor opzegging van een arbeidsovereenkomst. De redelijke grond moet verband houden met het gedrag of de geschiktheid van de werknemer, danwel met bedrijfseconomische omstandigheden. De werknemer die meent dat de werkgever heeft opgezegd zonder een redelijke grond, kan bij de kantonrechter schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking vorderen. De verplichting tot herstel van een dienstbetrekking is voor de werkgever afkoopbaar. Als de rechter tot het oordeel komt dat de opzegging is geschied met een redelijke grond, dan kan hij toch de werkgever veroordelen tot een schadevergoeding, als de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te bezwarend zijn. Daarbij moeten mede in aanmerking worden genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden. De adviesaanvraag bevat ook het voorstel om de schadevergoeding bij ontslag in de wet te normeren, zodat partijen alleen in geval van bijzondere omstandigheden het oordeel van de rechter behoeven in te roepen.

Procedureel zal het ontslag volgens het voorstel van de minister worden voorafgegaan door een 'hoorprocedure'. Opzegging zal pas rechtsgeldig kunnen plaatsvinden wanneer de werknemer twee weken vóór de opzegging schriftelijk en met vermelding van de reden voor het ontslag door de werkgever is uitgenodigd mondeling of schriftelijk te reageren op de voorgenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Opzegging moet vervolgens schriftelijk geschieden onder vermelding van de reden voor het ontslag. Op het niet-naleven van deze voorschriften zal de sanctie komen van vernietigbaarheid van de opzegging. Volgens de adviesaanvraag worden de huidige opzeggingsverboden gehandhaafd. Het overheidsbeleid ter bescherming van de zwakke groepen op de arbeidsmarkt zou geen gestalte behoeven te krijgen via bijzondere wettelijke bevoegdheden voor de minister van SZW. Anders dan in de Notitie inzake Toetsing van ontslag, wordt geen handhaving van de preventieve toets voor ontslag van arbeidsongeschikten meer voorgesteld. De personele werkingssfeer van de bij uitsluiting civielrechtelijke ontslagbescherming kan beperkt blijven tot de groep personen die op basis van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. De [Wet melding collectief ontslag](#) zal een aantal normen bevatten, die thans in het BBA en het daarop gebaseerde Delegatiebesluit zijn opgenomen. De wachtermijn van één maand bij een voorgenomen collectief ontslag blijft bestaan en de normen voor collectief ontslag uit het Delegatiebesluit worden overgenomen. Niet-naleving van de bedoelde normen zal worden gesanctioneerd met vernietigbaarheid van het individueel gegeven ontslag. Om overbelasting van de rechterlijke macht te voorkomen, wordt overwogen de preventieve toets eerst te laten vervallen bij ontslagen waarop de [Wet melding collectief ontslag](#) van toepassing is. Hierna zal ik ingaan op de hoofdpijnen van het voorstel dat blijkt uit de adviesaanvraag en op het op 15 april jl. uitgebrachte SER-advies. Ik bespreek de wenselijkheid van de afschaffing van de preventieve toets en beperk mij dan vervolgens tot de hoorprocedure, de grond voor ontslag, de sancties en de wettelijke normering van de schadevergoeding, omdat deze elementen de nieuwe krachtsverhoudingen tussen werkgever en werknemer bij ontslag in belangrijke mate zullen gaan bepalen.

2. Wenselijkheid afschaffing preventieve toets

In het SER-advies komt eerst aan de orde of het überhaupt wenselijk is het systeem van het ontslagrecht zo ingrijpend te veranderen. De standpunten daarover van de leden van de SER zijn niet verrassend na de commentaren die zij hebben uitgebracht op de Notitie inzake Toetsing van ontslag: de werknemers zijn tegen afschaffing van de preventieve toets, evenals het KNOV, het NCOV en de Centrale Landbouworganisaties; VNO en NCW zijn vóór en zij vinden de kroonleden aan hun zijde. Opvallend vond ik wel de kwaliteit van de naar voren gebrachte argumenten. Met name de werknemersleden van de Raad maken aannemelijk dat afschaffing van de preventieve toets veel onbedoelde neveneffecten zal hebben.^(*4) Zo maakt men zich terecht zorgen over de positie van werknemers met beperkte inpasbaarheid, die bij toenemende prestatie- en werkdruk thans een redelijke mate van bescherming ontleen aan de preventieve ontslagtoetsing. Voorts wijst men erop dat in het voorgestelde systeem sterk geleund wordt op de zelfredzaamheid van de werknemer, die in veel gevallen de gang naar de rechter niet zal aandurven. Dan signaleert men het gevaar van een minder zorgvuldig personeelsbeleid en een vermindering van de investeringen in de kwaliteit van personeel, omdat het dienstverband te allen tijde kan worden opgezegd. Tenslotte wordt een zwakke plek in de argumentatie van het kabinet blootgelegd. Aannemelijk is dat het vervallen van de preventieve toets aanvankelijk zal betekenen dat enige tijd een zekere inhaalslag plaatsvindt en dat meer arbeidsplaatsen verdwijnen dan er zullen worden geschapen. Daardoor zal een groter beroep worden gedaan op werkloosheidsuitkeringen. De organisaties van grote ondernemingen (VNO en NCW) wijzen vooral op de noodzaak tot 'ontstarring', vergroting van het aanpassingsvermogen van onze economie.^(*5) Daarnaast legt men de nadruk op de gedateerdheid van het vergunningstelsel en de concurrentiepositie van Nederland in de EU. De kleine ondernemers vrezen dat het nieuwe stelsel niet zal betekenen dat de ondernemer in meer gevallen dan thans de ruimte krijgt om tot ontslag over te gaan.^(*6) Het huidige systeem levert in hun ogen in het algemeen duidelijkheid over de rechtmatigheid van het ontslag op, voordat de werkgever het ontslag effectueert. De nieuwe toetsing achteraf aan de hand van open en abstracte normen met grote rechterlijke vrijheid zal maken dat veel gerechtelijke procedures nodig zullen zijn. Voorts vreest men dat de kosten voor ondernemers hoger zullen uitvallen, aangezien in de praktijk veel vaker vergoedingen zullen moeten worden betaald.

Als men al deze bezwaren leest, zou men bijna gaan twifelen of het afschaffen van de preventieve ontslagtoets wel zo'n goede gedachte is. Dat komt natuurlijk ook door de opzet van het advies. De adviesaanvraag stelt een mogelijke vorm van ontslagbescherming ter discussie. Dit nodigt uit tot het leveren van kritiek op dat voorstel, zonder dat de negatieve effecten van het huidige systeem voldoende worden belicht. Voorts heeft deze opzet tot gevolg dat naar verhouding weinig denkwerk wordt verricht over de wijze waarop de ontslagbescherming dan wel vorm zou moeten krijgen. Het is jammer dat daarin niet meer is geïnvesteerd. Het is natuurlijk begrijpelijk dat betrokkenen in de SER niet het achterste van hun tong laten zien. Aan de andere kant dreigt zo ook een vicieuze cirkel. Het kabinet schetst alleen zeer vage contouren van een nieuw stelsel. Werknemers- en werkgeversorganisaties wijzen erop dat de concrete uitwerking van het nieuwe stelsel onvoldoende duidelijkheid biedt en kunnen de consequenties daarom niet geheel overzien. Zij dragen echter zelf ook niet bij tot meer duidelijkheid, nu zij nalaten zelf meer concrete voorstellen te doen. Als dit er maar niet op uitdraait dat de wetgever alle problemen via een onduidelijk stelsel van normen op het bord van de rechter en van de betrokken werknemers en werkgevers legt.

3. Hoorprocedure

De SER stemt in met het voorstel van het kabinet over de hoorprocedure. De werknemersorganisaties bepleiten echter aanvullingen, omdat de hoorprocedure het enige preventieve element is dat in het voorgestelde systeem zal worden gehandhaafd.^(*7) Duidelijk moet zijn dat de werknemer niet de verplichting heeft om al tijdens de hoorprocedure al zijn verweermogelijkheden te benutten. Afzien van het recht om te worden gehoord zou niet moeten leiden tot verwerking van het recht om later een beroep op onredelijkheid van het ontslag te doen. Wettelijk zou moeten worden vastgelegd dat de werknemer het recht heeft zich bij zijn reactie te doen bijstaan door een derde. Als die derde een collega-werknemer uit dezelfde onderneming is, dan zal die derde ook faciliteiten en rechtsbescherming moeten

krijgen. Een nadere uitwerking van de hoorprocedure zou bij CAO moeten kunnen plaatsvinden en de sanctie van vernietigbaarheid zou ook moeten staan op niet-naleving van deze nadere regels, aldus de werknemers.

De werkgeversorganisaties wijzen deze voorstellen van de werknemers af. Zij willen daarentegen dat er iets wordt gedaan aan de 'vlucht in ziekte'.^{(*)8} Ziekte zou geen beletsel moeten zijn voor opzegging als de werknemer ziek wordt, nadat die door de werkgever in kennis is gesteld van het voornemen tot ontslag in het kader van de hoorprocedure. De reactie van werknemerszijde op dit voorstel is zwak: men spreekt van een 'vermeend' probleem en stelt dat 'het vanzelf spreekt' dat men het voorstel van werkgevers om hier iets aan te doen niet kan onderschrijven.

Dit overziende, zal de hoorprocedure niet het heetste hangijzer worden. Het lijkt inderdaad niet redelijk de werknemer gebonden te achten aan het verweer dat hij in de hoorprocedure voert. Hij heeft voor dit verweer maar weinig tijd en er lijkt weinig reden voor vrees dat de werknemer verweermiddelen achter de hand zal houden voor de procedure bij de rechter. Dan is hij immers al ontslagen en kan hij alleen nog maar trachten herstel van de dienstbetrekking te krijgen. Aan de andere kant lijkt het wel redelijk om de werkgever gebonden te achten aan de gronden die hij in het voornemen voor het ontslag aanvoert. Bij ontslag op staande voet is in de rechtspraak een stelsel ontwikkeld dat op deze basis fungeert. In dit systeem krijgt de werknemer voldoende gelegenheid om zich op een behoorlijke wijze te verweren en worden aan de opgave van redenen geen nodeloos formele vereisten gesteld.

Dat een werknemer zich moet kunnen laten bijstaan, ook door een collega-werknemer, en dat een uitwerking van de hoorprocedure bij CAO moet kunnen plaatsvinden, lijkt evenzeer redelijk. Het probleem van de 'vlucht in ziekte' is reëel en het zou goed zijn als hier iets aan wordt gedaan, al is het een probleem dat niet zozeer samenhangt met het nieuwe stelsel.

4. Grond voor ontslag

Ook wat betreft de grond voor ontslag is het SER-advies redelijk unaniem. Onderschreven wordt het voorstel van het kabinet om in de wet vast te leggen dat het ontslag moet zijn gebaseerd op een redelijke grond en dat die grond moet zijn gelegen in hetzij het gedrag of ongeschiktheid van de werknemer hetzij bedrijfseconomische omstandigheden. De werknemersorganisaties bepleiten echter dat ook de normen van het Delegatiebesluit in het nieuwe systeem worden geïncorporeerd evenals de subregels uit het huidige artikel 7A : [1639s](#) BW, lid 2.^{(*)9} Ontslagen die vallen binnen deze subregels zouden door de rechter als onredelijk moeten worden beschouwd.

Voor een nadere uitwerking van de redelijkheidsnorm als door de werknemers voorgesteld, pleit dat het debat over de redelijkheid van het ontslag in een procedure hierdoor wordt gestructureerd. Als bepaalde omstandigheden in beginsel als redelijke grond kunnen worden beschouwd, kunnen aan de hand daarvan vuistregels voor de verdeling van stelplicht en bewijslast worden ontwikkeld. Een lijst van subregels maakt het voorts gemakkelijker om de rechtspraak in jurisprudentieverzamelingen te ordenen en tot een vergelijking te komen. Wellicht is het ook mogelijk, zoals de werknemersorganisaties suggereren, tot een aanduiding van gronden te komen die in ieder geval geen redelijke grond kunnen zijn. Het is echter de vraag of de subregels waarin dit is neergelegd niet zo evident zullen zijn, dat het neerleggen daarvan in de wet onnodig is.

5. Sancties bij individueel ontslag

Als sanctie op het niet-naleven van de eisen met betrekking tot de hoorprocedure stelt de adviesaanvraag vernietigbaarheid voor. Die suggestie wordt door de SER aanvaard.^{(*)10} Veel moeilijker is wat de sancties moeten zijn bij een ontslag zonder redelijke grond of een ontslag dat in de gevolgen voor de werknemer te bezwarend is. De mogelijke sancties die in dit verband worden genoemd zijn herstel van de dienstbetrekking en schadevergoeding. De sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid is terecht niet in discussie. Het is onwenselijk dat na een lange procedure achteraf blijkt dat de dienstbetrekking is blijven voortbestaan. Een dergelijk systeem zou ook bij gewone ontslagen de problematiek van de loonmatiging oproepen en is bij ontslag op staande voet al moeilijk genoeg. Herstel van de dienstbetrekking wordt door de werknemersleden over de hele linie als sanctie voorgesteld, dus zowel voor de opzegging zonder redelijke grond als voor de in de gevolgen

te bezwarende opzegging.^(*11) Er zou voor de werknemer ook een reële kans moeten zijn om van de rechter een bevel tot opschorting van de opzegging te verkrijgen in de fase dat het dienstverband nog niet is beëindigd. Voorts heeft men bezwaren tegen de afkoopbaarheid van de herstelverplichting. De werkgevers en de kroonleden stellen zich achter het stelsel van de adviesaanvraag, waarin alleen bij een ontslag zonder redelijke grond herstel van de dienstbetrekking mogelijk is.

Wat hier nu van te denken? Op zichzelf is begrijpelijk dat werknemers de herstel-sanctie belangrijk vinden. Zij wijzen er terecht op dat het wegvallen van de preventieve toets zal moeten worden gecompenseerd door de sancties van herstel en schadevergoeding. Daarbij moet worden bedacht dat de werknemer ten opzichte van het oude systeem al onmiddellijk in een achterstandspositie komt, omdat hij zonder enige tussenkomst van een 'onafhankelijke' derde als de RDA of de rechter kan worden ontslagen en dat hij zich tot de rechter zal moeten wenden om iets aan het ontslag te doen.

Aan de andere kant is de ervaring dat het in het huidige systeem zelden of nooit komt tot een daadwerkelijk herstel van de dienstbetrekking, als eenmaal een ontslag heeft plaatsgevonden. Herstel van de dienstbetrekking is eigenlijk alleen maar een hefboom voor de werknemer om tot een hogere vergoeding te komen, waarvan de hantering echter voor beide partijen emotioneel en anderszins zeer belastend is. Wel is het zo dat in de huidige situatie herstel van de dienstbetrekking alleen denkbaar is in gevallen waarin de RDA een ontslagvergunning heeft afgegeven. In de nieuwe situatie zou herstel vooral een nuttige sanctie kunnen zijn, in die gevallen waarin de RDA thans een ontslagvergunning weigert, of waarin de ontslagaanvraag wordt ingetrokken. Het verweer van de werknemer in de hoorprocedure zal, naar mag worden aangenomen, slechts in een gedeelte van deze gevallen het resultaat hebben dat de werkgever zelf tot bezinning komt.

De oplossing zou men kunnen zoeken in het meer expliciteren van de gevallen waarin herstel van de dienstbetrekking mogelijk moet zijn. Dat is echter uiterst moeilijk. Juist de vraag of herstel van de dienstbetrekking nog een zinnige sanctie is, zal moeten worden beantwoord aan de hand van de concrete situatie binnen de onderneming. Tracht men die in algemene termen onder woorden te brengen, bijvoorbeeld door als eis te stellen dat de functie van de werknemer nog beschikbaar is, dan lokt men uit dat de werkgever daarop inspeelt.

Het herstel van de dienstbetrekking ook mogelijk maken als de gevolgen van het ontslag te bezwarend zijn, zoals de werknemersleden voorstellen, lijkt mij in ieder geval niet wenselijk. De onredelijk bezwarende gevolgen voor de werknemer kunnen, in extreme gevallen wellicht zelfs volledig, in geld worden gecompenseerd. Herstel van de dienstbetrekking zou van de werkgever vergen dat hij de arbeidsrelatie voortzet uitsluitend vanwege de gevolgen voor de werknemer, terwijl er naar zijn oordeel en naar het oordeel van de rechter op zichzelf een goede grond voor beëindiging is.

Voor herstel bij beëindiging zonder redelijke grond valt te hopen dat de rechterlijke macht een enigszins consistente beleidslijn uit gaat zetten en zo voorkomt dat een verzoek om toepassing van deze sanctie een strategisch middel in de onderhandelingen over een vergoeding wordt.^(*12) Het zou in ieder geval raadzaam zijn als de sanctie van herstel niet wordt toegepast in geval de arbeidsverhouding tussen partijen is verstoord. Wellicht is het mogelijk deze sanctie alleen toe te passen als bedrijfseconomische gronden voor het ontslag zijn aangevoerd en deze door de rechter onvoldoende worden bevonden. Het moge zo zijn dat er zeer schrijnende gevallen zijn te bedenken, waarin de werknemer volstrekt onrechtvaardig is behandeld door de werkgever, en dat daardoor de arbeidsverhouding is verstoord, maar herstel van de dienstbetrekking is voor beide partijen geen goede oplossing. Een hoge vergoeding is dan èn een goede sanctie én een goede basis voor de werknemer om zijn werkzaamheden elders voort te zetten. Mocht in uitzonderingsgevallen toch herstel van de verhoudingen mogelijk zijn, dan komen partijen in een dergelijke situatie wel vrijwillig tot herstel. Met de bonden ben ik van mening dat herstel van de dienstbetrekking alleen zinvol is als dat kan gebeuren in een voorlopige voorziening of in een beslissing ten gronde, die nog tijdens de opzegtermijn wordt gegeven, of binnen zeer korte termijn na afloop daarvan.

6. Normering van schadeloosstelling

Het sluitstuk en het belangrijkste deel van de bescherming van de werknemer is gelegen in de sanctie van schadevergoeding. In de adviesaanvraag wordt voorgesteld de schadevergoeding te normeren. Als mogelijkheid noemt men een formule waarin rekening

wordt gehouden met het maandloon en de diensttijd, terwijl bovendien denkbaar is dat in de formule ook rekening wordt gehouden met de leeftijd van de werknemer (als weging van de arbeidsmarktpositie van betrokkene) en met de mate van verwijtbaarheid van het ontslag. Over de wenselijke hoogte van de vergoeding laat het kabinet zich niet uit. Wel wordt genoemd dat de rechter soms de formule hanteert van één maand salaris vermeerderd met emolumenten per dienstjaar met een correctie in verband met leeftijd bij ouderen.

De werknemersleden zijn op zichzelf niet tegen een formule, mede omdat een wettelijke normering preventief werkt, maar achten het moeilijk een formule te ontwerpen die rekening houdt met alle mogelijke factoren. (*13) Met name zal volgens de werknemersorganisaties een probleem rijzen bij het verdisconteren van de subjectieve factoren bij een opzegging op grond van omstandigheden gelegen in de persoon van de werknemer. De werknemers zouden het aan de rechtspraak willen overlaten een formule te hanteren voor standaardgevallen. De minister zou dan in de memorie van toelichting kunnen aangeven met welke factoren bij standaardgevallen in ieder geval moet worden gerekend, zoals diensttijd, leeftijd, arbeidsmarktpositie en hoogte van het loon. De werkgevers en de kroonleden waarderen positief de van een wettelijke normering te verwachten uniformiteit in de berekening van de vergoeding. (*14) Zij merken daarbij op dat de schadevergoedingen die thans door de rechter worden toegekend sterk uiteenlopen en doorgaans op een te hoog niveau liggen. Zij vrezen voorts dat een normering van de schadevergoeding bij onredelijk ontslag te gemakkelijk zal worden toegepast als afkoopregeling in gevallen waarin op zich redelijke gronden voor het ontslag aanwezig zijn. De ervaring met dit soort normering zou zijn dat zij als minimum vertrekpunt zou gelden bij onderhandelingen over een regeling. Men doelt hierbij waarschijnlijk op de sociale plannen die binnen sommige ondernemingen voor iedere reorganisatie gelden en die bij een concrete reorganisatie inderdaad als vertrekpunt voor een regeling gaan fungeren. Als er toch een normering zou komen, dan zou die in de memorie van toelichting moeten worden opgenomen, aldus de werkgevers. Normering zou slechts moeten gelden bij opzegging zonder redelijke grond en het zou - hier wordt men erg eenzijdig - een maximum-regeling moeten zijn, waarvan de uitkomst niet uit de pas loopt met wat in andere Europese landen geldt. Terecht pleit men voor opname van uitsluitend objectieve criteria in de formule, zoals leeftijd, diensttijd en maand-/jaarsalaris. Opmerkelijk is dat men de diensttijd als factor minder belangrijk acht. Deze zou geen indicatie geven van de positie op de arbeidsmarkt.

Als wij dit overzien, dan lijkt er een kans dat er geen wettelijke normering van de schadevergoeding zal komen. Dat zou zeer te betreuren zijn. Nu al worden per jaar naar schatting 40.000 ontslaggevallen via ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter afgewikkeld. Indien er geen duidelijke richtlijnen komen over de hoogte van de schadeloosstelling, zal bij afschaffing van de preventieve controle het beroep bij de rechter op de redelijkheid van het ontslag zeer sterk toenemen. Een rechter schatte onlangs op de radio dat er een toename te verwachten zou zijn tot 80.000 zaken per jaar.

De kosten van afdoening van 80.000 zaken door rechters zijn op zichzelf al enorm. Zij vormen slechts het topje van een ijsberg van veel grotere maatschappelijke kosten, als in ieder concreet geval moet worden onderhandeld en zonodig beslist over de hoogte van de vergoeding. Rechters hebben menselijke en materiële ondersteuning nodig. Zonder rechtsbijstand kunnen rechters niet tot een goede beslissing komen en rechtsbijstand aan werknemers zal voor een groot deel door de Staat worden betaald. Ook de kosten voor werkgevers en werknemers zijn zeer aanzienlijk. Want hoe gaat zo'n procedure er uitzien? De ervaring met ontbindingsprocedures bij de kantonrechter leert dat partijen geneigd zijn extreme standpunten op te zoeken. Zij trachten zoveel mogelijk bezwaren tegen het gedrag van de andere partij naar voren te brengen. Als zij dat zelf al niet willen, dan doen zij dat omdat zij wel moeten anticiperen op een wederpartij die alle vuile was uit de mand haalt. Dit gebeurt met name bij ontslagredenen die gelegen zijn in de wijze van functioneren van de werknemer. (*15) Een discussie over het functioneren van de werknemer en de werkgever is voor beide partijen zeer nadelig, mede omdat bewijs moet worden geleverd van de eigen stellingen en de stellingen van de wederpartij moeten worden ontkracht. In ontbindingsprocedures is bijvoorbeeld standaard dat verklaringen van andere werknemers of ex-werknemers worden gebruikt om de standpunten van partijen te staven. Voor de werknemer is het uiteraard belastend om, in een periode dat hij zich zou moeten richten op een nieuwe toekomst, geconfronteerd te worden met alle mogelijke beschuldigingen over zijn wijze van functioneren, maar al te vaak beschuldigingen die niet eerder voldoende duidelijk aan hem zijn overgebracht. Arbeidsongeschiktheid is regelmatig het gevolg. Voor de

werkgever is een dergelijke wijze van afwikkeling evenzeer belastend. Zij kost hem tientallen uren aan managementtijd en veel onrust op de werkvloer bij medewerkers. Het gehele proces is goed te vergelijken met dat wat speelt bij een echtscheiding, maar dan met een discussie over de schuldvraag, en dan behoef ik eigenlijk niets meer uit te leggen. Op zichzelf zou het maken van al deze gemakkelijk en minder gemakkelijk kwantificeerbare kosten te verdedigen zijn als een daadwerkelijk perspectief zou bestaan aan de zijde van de werknemer op voortzetting van de dienstbetrekking. Tot voortzetting van de dienstbetrekking komt het vrijwel nooit. Het enige rendement dat deze kostbare en frustrerende inspanningen hebben is dat een vergoeding wordt vastgesteld. In de meeste gevallen komt die vergoeding echter ook thans al uit op of dichtbij het bedrag dat via de 'kantonrechtersformule' van één maand salaris vermeerderd met emolumenten per dienstjaar (met een correctie naar boven voor oudere werknemers) wordt berekend. Voor deze gevallen is het veel zinniger om de hoogte van de vergoeding direct via deze objectieve formule te bepalen. In bijzondere situaties worden wel hogere of lagere vergoedingen toegekend. Gemiddeld komen deze vergoedingen echter eveneens uit op de kantonrechtersformule, zo lijkt te volgen uit een onderzoek verricht door Scholtens.^{(*)16} Als men dan ook nog in aanmerking neemt dat er in de rechtspraak vaak weinig begrip is voor de wijze waarop kantonrechters tot die individuele uitschieters komen, dan lijkt er alle reden om toch te trachten tot een normering te komen.^{(*)17} Probeer het maar eens te becijferen. Stel dat iedere individuele procedure gemiddeld een bedrag van fl. 10.000,- kost aan rechterlijke voorzieningen, rechtsbijstand, managementuren, arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, kosten van voorbereiding van de procedure aan beide zijden en produktiviteitsverlies aan beide zijden. Het lijkt een voorzichtige schatting. Iedereen kan dan zelf berekenen wat de orde van grootte is van het bedrag aan maatschappelijke kosten dat kan worden bespaard als in 80.000 gevallen op een efficiëntere wijze tot de vaststelling van een vergoeding bij het einde van een dienstbetrekking kan worden gekomen.

7. Waarom een vergoeding?

Waar liggen nu de werkelijke knelpunten bij de vaststelling van de hoogte van een vergoeding? Een eerste knelpunt lijkt mij dat vaak wordt gedacht dat een vergoeding alleen past bij ontslag zonder redelijke grond. Deze gedachte gaat uit van een dichotomie die volstrekt onrealistisch is en die in de huidige praktijk van de kantonrechters ook niet wordt gehanteerd.^{(*)18} Er zijn gronden die redelijker zijn dan andere. Er zijn ontslagen die bezwarender zijn dan andere. Het onderscheid tussen redelijke en onredelijke ontslagen is zinnig voorzover het gaat om de vraag of de sanctie van herstel van de dienstbetrekking moet worden toegepast. Het is niet zinnig als het gaat om de vaststelling van vergoedingen. De rechter zal altijd en terecht trachten om de omstandigheden aan beide zijden af te wegen en aldus te komen tot een tussenoplossing.

Juristen hebben moeite met het verbinden van de sanctie van schadeloosstelling aan een handeling die mag worden verricht. Er is bijvoorbeeld veel gepiekerd over de manier waarop de schadeloosstelling bij rechtmatige overheidsdaad kan worden ingepast. Bij kennelijk onredelijk ontslag gebeurt dat al sinds jaar en dag op de wijze dat een ontslag waarbij geen (voldoende) vergoeding wordt betaald als kennelijk onredelijk wordt aangemerkt om aldus tot een (hogere) vergoeding te kunnen komen. Theoretisch kan men de vergoeding bij het einde van de dienstbetrekking beter niet plaatsen als een sanctie op wanprestatie, maar als een rechtsgevolg van een verandering van omstandigheden. De Hoge Raad heeft in HR 16 december 1977, [NJ 1978, 156](#) (DPZ/Huisarts) de beëindiging van de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in die sleutel geplaatst. In het arbeidsrecht is plaatsing van de beëindiging van de overeenkomst in dit kader gezien art. 7A : [1639w](#) BW natuurlijk niets nieuws. Belangrijker dan het vinden van een geschikte juridische grondslag, lijkt mij dat het toekennen van een vergoeding bij een ontslag, dat niet vrijwel uitsluitend aan de werknemer is te wijten, in Nederland gebruikelijk is bij reorganisatie-ontslagen in grote ondernemingen en bij individuele ontslagen die via een kantongerechtsprocedure worden opgelost. Toekenning van een vergoeding is maatschappelijk verantwoord, omdat aldus de risico's worden gespreid die beide partijen lopen door het aangaan van een duur-relatie als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.^{(*)19} De werknemer verricht niet alleen arbeid voor de werkgever, maar maakt ook onomkeerbare keuzes in zijn opleiding en zijn verdere ontwikkeling, die mede in het belang van de werkgever zijn. Een werknemer investeert bovendien vaak zijn beste jaren in het bedrijf van de werkgever. In het nieuwe stelsel krijgt de werkgever het recht om op het

moment dat het hem uitkomt de arbeidsovereenkomst op te zeggen, als hij maar kan aantonen dat zulks (bedrijfseconomisch) in het belang van zijn onderneming is. De werkgever kan dus zolang dat voor hem doelmatig is de capaciteiten van de werknemer volledig benutten, maar de risico's, verbonden aan een ontwikkeling van de werknemer in een bepaalde richting of aan het feit dat de werknemer enigszins uitgeblust raakt, door een ontslag bij de werknemer terecht laten komen. Betaling van een vergoeding maakt het mogelijk dat deze risico's over beide partijen worden gespreid.

Een koppeling aan het aantal dienstjaren heeft daarbij als voordeel dat er een zekere evenredigheid is tussen de vergoeding en de mate waarin de werknemer zich juist in het belang van de werkgever in een bepaalde richting heeft ontwikkeld en de mate waarin hij overigens arbeidskracht in de onderneming heeft geïnvesteerd. Tenslotte biedt deze koppeling de werkgever de mogelijkheid om gedurende de periode dat de arbeidsovereenkomst loopt per dienstjaar een reservering te maken voor de eventuele kosten van afvloeiing. De kosten van beëindiging worden bij een vaste formule reeds bij het aangaan van de dienstbetrekking voorzienbaar en calculeerbaar en dat maakt de beslissing om een extra werknemer in dienst te nemen gemakkelijker. En was het daar niet allemaal om begonnen?

8. Verdere beletselen voor normering

Een tweede probleem is dat bij ontslagen in kleinere ondernemingen vanwege bedrijfseconomische redenen op dit moment nauwelijks vergoedingen worden betaald. Het is niet voor niets dat de organisaties van kleinere ondernemingen weinig voelen voor het nieuwe systeem. De werkgever vraagt eenvoudig een vergunning en krijgt deze in de meeste gevallen. Tot een kennelijk onredelijke ontslagprocedure komt het vrijwel nooit. Alleen in geval van conflicten tussen de werknemer en de werkgever wordt een ontslagaanvraag wel eens afgewezen en komt de kleinere ondernemer bij de rechter terecht waar hij de kans loopt een vergoeding te moeten betalen. Het moeilijke is dat de feitelijk gegroeide situatie van weinig ontslagkosten voor kleinere ondernemingen wellicht meer het gevolg is van onmondigheid van de betrokken werknemers dan van overwegingen van maatschappelijke aanvaardbaarheid. (*20)

Het derde probleem is natuurlijk de hoogte van de vergoedingen. Werkgevers hebben niet helemaal ongelijk, als zij zeggen dat de vergoedingen in Nederland hoger liggen dan in veel omringende landen gebruikelijk is. Het is jammer dat er nog geen echt goed rechtsvergelijkend onderzoek is gedaan naar de hoogte van de vergoedingen, zoals die in de praktijk van andere landen tot stand komen. Aan de andere kant hebben werknemers evenzeer gelijk als zij er op wijzen dat de ontslagbescherming in het nieuwe stelsel zwaar leunt op de hoogte van de vergoeding. Daar moet de preventieve werking vandaan komen. (*21)

Vervolgens zijn er de procedurele aspecten, die zeer wezenlijk zijn voor de mate van bescherming die de werknemer in de praktijk tegen ontslag heeft. In het nieuwe systeem zal het initiatief om een vergoeding te verkrijgen immers in veel sterkere mate dan voorheen liggen bij de werknemer. Er is geen reden voor de werkgever om een aanbod te doen of een sociaal plan overeen te komen, nu hij de medewerking van de werknemer bij het ontslag niet meer nodig heeft. In veel minder gevallen dan thans het geval is zal de werknemer de vergoeding dus in handen hebben op het moment dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt. Het lijkt nodig daarvoor aanvullende procedureregels te maken.

Een laatste probleem bij de vaststelling van een formule is dat een globale formule aan de hand van het salaris, de dienstdaag en de leeftijd in veel gevallen tot onredelijke resultaten zal leiden. Er moet dus een afwijking wegens bijzondere omstandigheden mogelijk zijn, maar hoe regelt men dat procedureel en zonder dat toch in alle gevallen een discussie over de hoogte van een vergoeding in de concrete situatie moet worden gevoerd?

9. Routes naar normering

Al deze problemen mogen er niet toe leiden dat werknemers en werkgevers de normen voor de vergoeding geheel open laten. Dan wentelen zij de kosten van de vaststelling van de vergoeding op de maatschappij af. Het zou goed zijn als het kabinet de organisaties van werknemers en werkgevers daarvan zou doordringen, de verantwoordelijkheid bij werknemers en werkgevers zou leggen, en niet zou aarzelen de kosten die de beëindiging

van arbeidsovereenkomsten voor de overheid meebrengt, op directe wijze aan hen in rekening te brengen als het niet tot een normering komt. Als werknemers en werkgevers hier niet samen uitkomen, dan zou het wellicht nog overweging verdienen dat wordt gestimuleerd dat een werkgroep (bestaande uit vertegenwoordigers uit de kring van de rechterlijke macht, rechtswetenschap, rechtshulpverleners en werknemers en werkgevers) tot normen komt op ongeveer dezelfde wijze als die waarop normen zijn ontwikkeld voor de berekening van de hoogte van alimentatie. De dan te ontwikkelen normen zouden een iets zwaardere status kunnen krijgen dan die alimentatienormen, in die zin dat de rechter de verplichting krijgt een afwijking van de normen goed en uitdrukkelijk te motiveren.

Voor wat betreft de inhoud van die normen zijn vele routes mogelijk om geleidelijk naar een oplossing toe te groeien. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de vergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden voorlopig niet wordt genormeerd. Deze gevallen vereisen veel minder onderzoek naar de subjectieve omstandigheden en de vaststelling ervan belastde betrokkenen dus minder. Bovendien bieden sociale plannen ook thans al kaders voor deze vergoedingen. Belangrijk is dat zo ook het bezwaar kan worden ondervangen dat kleinere ondernemers er wezenlijk op achteruit zouden gaan in het nieuwe stelsel. Op cao-niveau zou eventueel tot een nadere normering kunnen worden gekomen in bedrijfstakken die zulks wenselijk achten. Een vaste formule (bijvoorbeeld de kantonrechtersformule) zou dan wel kunnen worden gehanteerd voor ontslagen op gronden die gelegen zijn in de persoon van de werknemer. Op het eerste gezicht lijkt dit wellicht paradoxaal, omdat juist hier de individuele omstandigheden zo'n grote rol zullen spelen. Op zichzelf is dat juist, maar in veruit de meeste gevallen zal de waarheid toch in het midden liggen en zal de kantonrechter ook nu al uitkomen op een vergoeding volgens de kantonrechtersformule. Juist in dit soort situaties zijn de discussies over alle individuele omstandigheden zo nodeloos, zo bezwarend en zo kostbaar voor beide partijen.

Een tweetraps systeem zou hier kunnen bewerkstelligen dat normale gevallen snel kunnen worden afgedaan en in bijzondere situaties toch kan worden gezocht naar de billijke oplossing in het individuele geval.^(*22) De eerste trap van het systeem zou daarin moeten bestaan dat de werkgever, die zich beroept op andere dan bedrijfseconomische omstandigheden als grond voor ontslag, verplicht wordt op de datum waarop de dienstbetrekking eindigt een vergoeding volgens de vaste (kantonrechters-)formule uit te betalen op straffe van opschorting van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of zelfs op straffe van vernietigbaarheid van het gegeven ontslag.

Wanneer de werknemer of de werkgever van oordeel is dat op grond van bijzondere omstandigheden een hogere of lagere vergoeding op zijn plaats is, dan is het aan die partij om het betreffende bedrag bij de rechter te vorderen of terug te vorderen. De partij die een dergelijk initiatief neemt, loopt dan het risico dat zijn wederpartij een reconventionele vordering instelt en dat zal betekenen dat een partij alleen naar een op de bijzondere omstandigheden afgestemde vergoeding zal streven, indien die partij werkelijk overtuigd is dat hij aanmerkelijk meer kans heeft op een beter resultaat dan de wederpartij en daar ook nog eens de extra kosten voor over heeft. Wie maatwerk wil heeft in dit systeem recht op een tweede trap, maar moet daarvan dan wel de kosten en de risico's dragen.

10. Slot

Het is van groot belang dat het ontslagrecht goed wordt geregeld. Materiële normen en de vorm van de procedure grijpen op subtiele wijze in elkaar en op het samenstel van beide zullen honderdduizenden betrokkenen gaan inspelen. Er wordt flink wat denkkraft gemobiliseerd om tot een goed stelsel te komen: SER, Deskundigenconferenties, ambtenaren van SZW en Justitie en wetenschap dragen hun steentjes bij. Maar er zit nog veel voorzichtigheid in de bijdragen. Zo langzamerhand zou men moeten gaan streven naar het echt oplossen van de problemen. Dat betekent iets meer stellingname, iets meer confrontatie en iets meer ongelijk durven krijgen om daardoor tot een beter stelsel te komen. Dan kan het lukken.

Voetnoot verwijzingen

^(*1):

Prof.mr. J.M. BARENDRECHT is hoogleraar privaatrecht aan de KUB te Tilburg en verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht. Hij is tevens advocaat te 's-Gravenhage bij De Brauw Blackstone Westbroek.

[\(*2\):](#)

Zie Bijlage 1 bij het SER-advies, SER-publicatie 95-5, 15 april 1994.

[\(*3\):](#)

TK 1992-1993, 22 977, nr. 1.

[\(*4\):](#)

Zie het advies p. 20 e.v.

[\(*5\):](#)

Zie p. 31 e.v.

[\(*6\):](#)

Zie p. 35 e.v.

[\(*7\):](#)

Zie p. 44.

[\(*8\):](#)

Zie p. 45.

[\(*9\):](#)

Zie p. 48.

[\(*10\):](#)

Zie p. 55.

[\(*11\):](#)

Zie p. 56 e.v.

[\(*12\):](#)

Zie ook Vakgroep sociaal recht en sociale politiek FRW KUB Tilburg, Ontslagrecht anders, SR 1994 (te verschijnen), par. 6 met een interessant voorstel om dit te voorkomen.

[\(*13\):](#)

Zie p. 60.

[\(*14\):](#)

Zie p. 61.

[\(*15\):](#)

Volgens Knoester, Ontslagstatistiek, Jaarrapportage 1992, betreft dit ± 16.000 gevallen per jaar bij het RDA, waaraan nog moeten worden toegevoegd de ($\pm 20.000?$) gevallen die via de kantonrechter worden afgewikkeld.

[\(*16\):](#)

Trema 1993, p. 435 e.v.

[\(*17\):](#)

Zie R.A.A. Duk, SMA 1994, p. 396.

[\(*18\):](#)

Aldus Duk, t.a.p., p. 396.

[\(*19\):](#)

Zie ook Lousberg en Reitsma, Rechtseconomische analyse van afschaffing preventieve ontslagtoets arbeidsbureau, SR 1993, p. 199 e.v.

[\(*20\):](#)

Zo ook Duk, t.a.p.

[\(*21\):](#)

Lousberg en Reitsma, t.a.p. wijzen op rechtseconomische argumenten voor hogere vergoedingen.

[\(*22\):](#)

Voor een enigszins vergelijkbaar systeem zie Ontslagrecht anders, t.a.p., nr. 6 en voor een nadere uitwerking van het in de tekst voorgestelde systeem zie NJB 1993, p. 369 e.v.