

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud.

Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005:

Gijs Scholtens neemt ontslag!

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 35

De ontbinding van de arbeids-
overeenkomst in tienvoud.

Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005:
Gijs Scholtens neemt ontslag!

Redactie

Mr. R. Hansma

Met bijdragen van:

Mr. R.M. Beltzer

Mr. G.C. Boot

Mr. D.J. Buijs

Mr. R. Hansma

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Mevr. mr. C.J. Herman de Groot en mr. V. Disselkoen

Mr. M. Holtzer

Mr. M.J.M.T. Keulaerds en mr. P.C. Vas Nunes

Prof. mr. J.M. van Slooten

Mr. L.G. Verburg

KLUWER 

Deventer - 2005

Aanbevolen citeertitel
De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud,
Reeks VvA 35, Deventer: 2005

Secretariaat VvA
Postbus 85191, 3508 AD Utrecht, fax: 030-280 95 91

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Ghering

ISBN 90 13 03273 7
NUR 825-521

© 2005, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden vervoelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprerecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Inhoudsopgave

Afscheid van Scholtens	ix
1 ONTBINDING EN WW: THE SHOW MUST STOP ...	1
<i>Ronald Beltzer</i>	
1.1 Inleiding	1
1.2 Achtergrond: UWV als poortwachter	1
1.3 De WW en de SER	5
1.4 De Raad voor Rechtspraak: twijfels	7
1.5 Oplossing: het UWV als uitsmijter	7
1.6 Slot	11
2 OVER (VERKAPT) HOGER BEROEP IN DE ONTBINDINGSPROCEDURE EX ARTIKEL 7:685 BW	13
<i>Gerrard Boot</i>	
2.1 Inleiding	13
2.2 Het waarom van het rechtsmiddelenverbod	14
2.3 Hoge Raad	15
2.4 Verkapt hoger beroep?	17
2.5 Standpunt Scholtens	20
3 AFWIJZEN VAN VERZOEKEN TOT ONTBINDING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST De kantonrechter in spagaat?	23
<i>Dirk Jan Buijs</i>	
3.1 Persoonlijke noot	23
3.2 Index non calculat	24
3.3 Statistieken	25
3.4 De gewichtige reden	26
3.5 Effecten van afwijzing van ontbindingsverzoeken	27
3.6 Motivering en motief	28

INHOUDSOPGAVE

3.7	De dagelijkse praktijk	29
3.8	Opzegverbod tijdens ziekte	32
3.9	Verhouding CWI-procedure/ontbindingsprocedure	33
3.10	Voorwaardelijke ontbinding	37
4	WIE VERTROKKEN ER UIT ROTTERDAM EN VOOR HOEVEEL? Oftewel anciënniteit deze eeuw in ontbinding	43
	<i>Rolf Hansma</i>	
4.1	In Rotterdam wordt het geld verdiend	43
4.2	Ontbindingszaken en het anciënniteitsbeginsel uit het Ontslagbesluit	46
4.3	Artikel 7:681 BW-zaken en het anciënniteitsbeginsel uit het Ontslagbesluit	55
4.4	Ontslagvergoeding en anciënniteit	57
4.5	Nog drie vragen	62
5	ONTBINDING EN KENNELIJK ONREDELIJKE OPZEGGING	65
	<i>Guus Heerma van Voss</i>	
5.1	Inleiding	65
5.2	Theoretisch verband tussen de beide vergoedingen	65
5.3	Praktisch verband tussen de beide vergoedingen	68
5.4	Vergoeding bij arbeidsongeschiktheid	72
5.5	Vergoeding voorzien in sociaal plan	74
5.6	Nadere analyse	76
5.7	Conclusie	77
6	DE ONTBINDING(SVERGOEDING) EN HET EERDERE EINDE: HET MOET EEN KEER UIT ZIJN	79
	<i>Jacqueline Herman de Groot en Vincent Disselkoen</i>	
6.1	Inleiding	79
6.2	Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan achteraf in rechte komt vast te staan dat deze nooit bestaan heeft	80
6.3	Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan achteraf in rechte komt vast te staan dat deze niet meer bestaat op de ontbindingsdatum	82

INHOUDSOPGAVE

6.4	Tussenstand	91
6.5	Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan komt vast te staan dat deze op het moment van de ontbindingsbeschikking of de datum van ontbinding niet (meer) bestond vanwege het overlijden van de werknemer	92
6.6	En nu Gijs Scholtens	93
7	ONTBINDINGSVERGOEDING EN VERGOEDINGEN IN EEN SOCIAAL PLAN: DE STATUS VAN HET MET DE OR OVEREENGEKOMEN OF EENZIJDIG AANGEBODEN SOCIAAL PLAN	95
	<i>Marnix Holtzer</i>	
7.1	Inleiding	95
7.2	Toelichting op Aanbeveling 3.6	97
7.3	De status van het sociaal plan in de jurisprudentie van de Hoge Raad	99
7.4	Goed werkgeverschap en sociaal plan	101
	7.4.1 De reikwijdte van het goed werkgeverschap in het arbeidsrecht	101
	7.4.2 Het gelijkheidsbeginsel	104
7.5	De status van het sociaal plan en de (houding van) werknemersvertegenwoordigers	106
	7.5.1 Bij de onderneming zijn vakorganisaties betrokken	106
	7.5.2 Bij de onderneming zijn geen vakorganisaties betrokken, maar is wel een OR ingesteld	107
	7.5.3 Het eenzijdig aangeboden sociaal plan	109
7.6	Conclusies en aanbevelingen	109
8	PENSIOENONTBINDING	111
	<i>Max Keulaerds en Peter Vas Nunes</i>	
8.1	Inleiding	111
8.2	Kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigen?	111
8.3	Lutjens en de ‘pensioenregel’	115
8.4	Uitspraken 2, 5, 6 en 9: geen bevestiging pensioenregel	116
8.5	Uitspraak 8: bevestiging pensioenregel?	117
8.6	Uitspraken 1, 3, 4 en 7: bevestiging pensioenregel	118

INHOUDSOPGAVE

8.7	Samenvatting van de negen uitspraken	120
8.8	Codfried	121
8.9	Lagere rechtspraak na Codfried	122
8.10	Overige literatuur	123
8.11	De WGBL	128
8.12	Tussenconclusie	129
8.13	Ontslagpraktijk CWI	130
8.14	Ontbinding	132
9	DE BELANGHEBBENDE IN DE ONTBINDINGS- PROCEDURE EX ARTIKEL 7:685 BW	135
	<i>Jaap van Slooten</i>	
9.1	Inleiding	135
9.2	De toepasselijkheid van titel 3, Boek 1 Rv op de ontbindingsprocedure	137
9.3	Wie kan als belanghebbende worden aangemerkt?	139
9.4	Potentiële belanghebbenden in de ontbindings- procedure	142
9.5	Heeft de praktijk wat aan de regeling omtrent de belanghebbende?	145
9.6	Conclusie	147
10	DE ONTBINDINGSRECHTER EN HET CWI GEPASSEERD: ARBITRAGE ALS THE THIRD WAY VAN HET ONTSLAGRECHT	149
	<i>Leonard Verburg</i>	
	Bibliografie Gijs Scholtens	163
	<i>Ella van der Laan Bouma</i>	
	Publicaties werkgroep Ontslagrecht Vereniging voor Arbeidsrecht	171

Afscheid van Scholtens

De eerste maal dat ik mr. C.G. (Gijs) Scholtens zag optreden, was op een bijeenkomst van de Vereniging voor Arbeidsrecht van 31 oktober 1988. Die bijeenkomst ging – uiteraard – over het ontslagrecht. Die datum kon ik eenvoudig traceren, omdat ik van die bijeenkomst verslag heb gedaan in een bespreking van de publicatie van de op die dag gehouden voordrachten (*SR* 1989, p. 186-187). Het optreden van Scholtens op die dag was typerend. In het verslag vermeldde ik dat hij en enkele medeopposanten tegen de keuze voor handhaving van het preventieve ontslagstelsel ‘geroutineerd met een kluitje in het riet werden gestuurd’.

Maar dan kende men Gijs Scholtens nog niet. In de jaren tachtig riep hij, als eenzame opposant in arbeidsrechtelijke kring tegen het preventieve toezicht op ontslag, nog reminiscenties op aan Don Quichotte. Maar bij de genoemde gelegenheid werd besloten tot de oprichting van een werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht. Ik werd daar enige jaren later ook lid van. Gijs was nooit voorzitter van die werkgroep, maar was er wel gedurende zestien jaar de drijvende kracht van. Ook in de werkgroep werd verschillend gedacht over de merites van het preventieve toezicht op ontslag. Gijs ijverde binnen en buiten de werkgroep op alle mogelijke manieren voor een verdere studie van het ontslagrecht. In de werkgroep toonde hij zich liberaal en drong hij zijn mening niet op aan andere leden, ook al was zijn standpunt glashelder. Hij leek ervan overtuigd dat het inzicht met de jaren bij iedereen wel zou groeien dat we van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) af moesten.

Bij zijn vertrek uit de advocatuur in 2005 kunnen we vaststellen dat Gijs Scholtens aan de verbreiding van dat inzicht het nodige heeft bijgedragen. Met behulp van statistische overzichten bevorderde hij de ontwikkeling van de ontbindingsprocedure als alternatief voor de weg van het BBA. Mede door zijn vasthoudendheid heeft ook de politiek het onderwerp niet losgelaten. In 1999 kwam de Wet Flexi-

biliteit en zekerheid tot stand, een ultieme poging van de politiek om van het BBA weer de hoofdweg van het ontslagrecht te maken. De werkgroep Ontslagrecht intervenieerde succesvol met 49 voorstellen voor amendementen waarvan een groot deel werd overgenomen. Scholtens deed er samen met Kuip verslag van in een kloeke Parlementaire Geschiedenis van honderden pagina's in dundruk, welk boekwerk mede door de voortvarende werkwijze van de uitgever al spoedig niet meer verkrijgbaar was. De Eerste Kamer dwong minister Melkert bij die gelegenheid tot de instelling van een commissie die het duale ontslagstelsel kritisch zou bekijken. De aldus ingestelde Commissie-Rood concludeerde in 2000 tot een afscheid van het duale ontslagrecht. De Stichting van de Arbeid reageerde na lang delibereren in 2003 negatief, maar de regering bleef aarzelen met het innemen van een eigen standpunt, mogelijk omdat men het veiliger vond de pensionering van Scholtens af te wachten. In zijn laatste dagen als lid van een SER-commissie wist Scholtens het afscheid van het formeel verweer in een advies over de toekomstbestendigheid van de WW te frommelen. Zelfs werd aangekondigd dat dit najaar opnieuw over het ontslagrecht zal worden gesproken. En op de dag van Scholtens vertrek (30 juni 2005) is een Tweede Kamerdebat over het ontslagrecht voorzien.

Kenmerkend voor het optreden van Scholtens was ook, dat hij zich weinig aantrok van de mening van de sociale partners als hij vond dat de polderneigingen leidden tot slechte compromissen. Dat deed een medewerker van een werkgeversorganisatie eens tegenover mij verzuchten dat er sprake was van 'een bende van 20', waarmee hij doelde op de groep arbeidsrechtjuristen die zich voortdurend met het ontslagrecht bemoeiden. Daar zat Scholtens zeker bij! Toen hij dit verhaal van mij hoorde, gebruikte hij de naam 'bende van 20' verder als geuzennaam voor de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht.

Het is Gijs niet gelukt om binnen zijn professionele loopbaan het BBA helemaal weg te krijgen. Maar hij heeft deze regeling – om in door hem geliefkoosde militaire terminologie te blijven – wel krachtig ondermijnd. Het BBA speelt niet meer de overheersende rol die het in 1988 nog speelde en die rol zal ook wel nooit meer terugkomen. De hedendaagse arbeidsrechtadvocaat weet alles van de kantonnerechtsformule, maar de kennis van de regels voor de opzegging begint al te tanen.

AFSCHEID VAN SCHOLTENS

In de brief van 6 april 2005 waarin Scholtens meedeelde in verband met het neerleggen van zijn praktijk en al zijn daaraan gerelateerde nevenfuncties het lidmaatschap van de werkgroep Ontslagrecht van onze vereniging te beëindigen (maar niet dat van de vereniging zelf!), vat hij het voorgaande aldus samen:

‘Gedurende de afgelopen bijna 17 jaar heb ik met zeer veel plezier van deze, uiterst gemotiveerde, werkgroep deel uitgemaakt, waarbij ik meen dat wij (ook wel genaamd ‘De bende van 20’) met vele publicaties geprobeerd hebben een steentje bij te dragen aan de discussie over de herziening van het ontslagrecht, hoewel die discussie nog lang niet is voltooid.’

Gijs Scholtens was één van de bendeleiders en de werkgroep zal zijn inbreng daarom node missen. Dankzij zijn inzet heeft de werkgroep een grote continuïteit gekend en vele publicaties het licht doen zien.

Ik ben ervan overtuigd dat ik niet alleen namens de andere bendeleden, maar namens de hele vereniging spreek, als ik hem dank zeg voor zijn grote inzet en betrokkenheid gedurende al die jaren. De leden van de werkgroep hebben gemeend in zijn geest te handelen door ter gelegenheid van dit afscheid een reeks opstellen te publiceren over de ontbinding en besloten die aan hem ter ere van dit afscheid op te dragen. Het werkgroep lid Rolf Hansma is opgetreden als initiatiefnemer en eindredacteur voor deze uitgave.

Guus Heerma van Voss
Voorzitter werkgroep Ontslagrecht Vereniging voor Arbeidsrecht

1 Ontbinding en WW: the show must stop

*Ronald Beltzer**

1.1 Inleiding

Het is aardig te zien hoe het jaar van het afscheid van Gijs Scholtens als arbeidsrechtadvocaat, als veldheer die fulmineert tegen het in zijn ogen verouderde systeem van het ontslagrecht, samenvalt met een advies van de SER waarin wordt voorgesteld de (in mijn ogen) meest nutteloze en irritante verstopping van het arbeidsrecht te verhelpen. Het door velen betreunde afscheid van Gijs Scholtens valt, als het even meezit, samen met een afscheid dat door weinigen zal worden betreurd: dat van de pro forma-procedures. Zo krijgt Scholtens een klein beetje wat hij wil: een soepeler ontslagrecht. Uiteraard is het Scholtens hier niet het meest om te doen: het is dat vermaledijde BBA dat hem dwarszit. Kijken we echter naar cijfers – iets dat Scholtens zal aanspreken – dan doet de afname van het aantal ontbindingsprocedures als gevolg van de door mij voorgestane afschaffing van verwijtbaarheidstoets bij de poorten van de WW hoogstwaarschijnlijk niet onder voor het verdwijnen van de CWI-procedure als gevolg van de door hem gewenste afschaffing van het BBA. Over onbenulligheden praat ik dus niet. In deze bijdrage zal ik ingaan op de meest recente WW-plannen en hun gevolgen voor het ontslagrecht – het onderdeel van het arbeidsrecht waar het leeuwendeel van Scholtens' publicaties over gaat.

1.2 Achtergrond: UWV als poortwachter

Het UWV zou moeten fungeren als poortwachter voor de WW. 'Zou moeten', omdat zijn functie niet ten volle als zodanig kan worden bestempeld. Daarvoor is de invulling van deze functie te onvoorspel-

* Mr. R.M. Beltzer is universitair hoofddocent Arbeidsrecht en Sociale Zekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

baar en te inconsequent – terwijl een poortwachter duidelijke instructies behoort te hebben en zich daaraan behoort te houden. Die instructies vinden hun grondslag in art. 24 WW, in het bijzonder de eerste twee leden van dat artikel. Het doel van art. 24 WW is te voorkomen dat een ongebreidelde toegang tot de WW plaatsheeft. Dat zet immers de houdbaarheid van de voorziening onder druk, niet alleen omdat op een gegeven moment de koek op is, maar ook omdat het draagvlak voor een gemakkelijk te misbruiken regeling gering zal zijn.¹ Het eerste lid van art. 24 WW geeft onder meer aan dat de werknemer moet voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt, op straffe van een geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of permanent verlies van zijn WW-aanspraken. Het tweede lid geeft aan wanneer sprake is van verwijtbaarheid, namelijk indien:

- a. de werknemer zich zodanig verwijtbaar heeft gedragen dat hij redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat dit gedrag de beëindiging van zijn dienstbetrekking tot gevolg zou hebben;
- b. de dienstbetrekking eindigt of is beëindigd zonder dat aan de voortzetting zodanige bezwaren zijn verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van de werknemer zou kunnen worden gevegd.

Kan men over de reikwijdte van de grond onder a. al twijfelen – wat voor de één begrijpelijk is, is dat niet voor de ander – de ontslagrechtelijke verstopping wordt veroorzaakt door de grond onder b. Het schijnt voor werknemers en hun rechtshulpverleners lastig in te schatten te zijn wanneer van de werknemer een voortzetting van de arbeidsovereenkomst ‘redelijkerwijs kan worden gevegd’ en daarom protesteren werknemers voor de zekerheid altijd. Niet geschoten is altijd mis. Het UWV, dat de toetsing uitvoert, poogt op zijn internet-site verheldering te verschaffen, maar dat lukt onvoldoende. Het UWV geeft immers aan dat de met werkloosheid bedreigde ‘al het mogelijke (moet) doen om (zijn) baan te behouden’. In principe wordt van de werknemer verwacht dat hij bij zijn werkgever protest aantekent tegen het ontslag, ‘tenzij op voorhand al duidelijk is dat de beëindiging van uw dienstverband niet is te voorkomen. Zelfs niet via een procedure bij de kantonrechter of het CWI’.² Ook het in 1997

1 Zie J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1985, p. 1.

2 Te vinden via www.uwv.nl.

door het bestuur van het Lisv genomen Besluit verweer tegen ontslag spoort werknemers aan te protesteren indien dat zin heeft.³

Een verkeerde inschatting kan leiden tot weigering van de WW-uitkering (art. 27 WW). Ik kan werknemers daarom niet verwijten dat zij zich te allen tijde verweren tegen het ontslag, zelfs indien dat in de ogen van het UWV niet nodig zou zijn. De zekerheid over dat laatste heeft men immers pas achteraf: de gekozen bewoordingen in de wet en door (de voorganger van) het UWV maken een inschatting vooraf schier onmogelijk. Hoewel op zichzelf beschouwd het verweer van de werknemer goed te begrijpen is, lijken de maatschappelijke gevolgen ervan mij onaanvaardbaar.⁴ De procesgang naar de kantonrechter ex art. 7:685 BW is dichtgeslibd omdat werknemers (volgens het UWV: vaak onnodig) te allen tijde minimaal ‘formeel’ protesteren tegen hun ontslag – dit zijn de zogenoemde pro forma-procedures. Werknemers nemen nooit en te nimmer zelf het initiatief tot ontslag (hetgeen tot stilzitten leidt) en werkgever en werknemer houden gezamenlijk het UWV het sprookje voor dat het ontslag, ongeacht de voorgeschiedenis, niet in het minst aan de werknemer te verwijten is geweest. Hun belang bij informatieverschaffing aan het UWV is immers een geheel ander belang dan het UWV heeft. Werknemers willen vanzelfsprekend hun WW-uitkering veiligstellen. Werkgevers vinden dat ook vaak geen probleem. Zij willen immers niet tweemaal de boosdoener zijn: niet alleen ontnemen zij de werknemer zijn loonaanspraak door de arbeidsovereenkomst te (laten) beëindigen, tevens zouden zij de werknemer zijn recht op WW kunnen frustreren door direct of indirect aan het UWV een voor de werknemer belastende verklaring af te leggen. Ik noemde dit reeds eerder de Grote Arbeidsrechtelijke Leugen⁵; wie zich van eufemistische termen wil bedienen sluitte aan bij de door de SER gehanteerde terminologie, namelijk dat ‘de waarheidsvinding door het UWV wordt bemoeilijkt’.⁶

3 Besluit van 19 november 1997, *Stcrt.* 1997, 229.

4 Een uitgebreide behandeling van de pro forma-problematiek is verricht door R.L. van Heusden, ‘Contra de pro forma: pro forma-problemen en hun oplossingen’, *SR* 2002, p. 148-159. Uiteraard behandelt ook A.C. Damsteegt het probleem uitvoerig in haar proefschrift *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht* (diss. UL), Den Haag: Bju 2003, hoofdstuk 5.

5 R.M. Beltzer, ‘Het UWV: van poortwachter naar uitsmijter’, *SMA* 2004, p. 63-67, R.M. Beltzer, ‘De Grote Leugen in het arbeidsrecht’, *Praktisch Procederen* 2005, p. 1-2.

6 Ontwerpadvies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet, p. 38.

Van alle bij de rechter ingediende ontbindingsverzoeken is al jaren⁷ het overgrote deel ‘geregeld’.⁸ Werkgevers en werknemers zijn het eerst eens over de voorwaarden (lees: de vergoeding) waaronder de arbeidsovereenkomst zal eindigen en vragen dan de zegen van de kantonrechter om het einde van de arbeidsovereenkomst te formaliseren. De meeste kantonrechters vinden het geen probleem mee te werken aan een neutrale formulering van de grond voor ontbinding – zelfs niet indien de werknemer wel degelijk een verwijt valt te maken – opdat de werknemer meer kans heeft zijn WW-uitkering niet mis te lopen. Van de beschikkingen van kantonrechters in ontbindingszaken wordt het UWV dus niet veel wijzer. Daarbij komt dat de kantonrechter lijdelijk is en niet snel tot een ander oordeel over het expliciet door werkgever en werknemer genoemde gebrek aan verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer zal komen. Knecht gaf in dit verband al eens terecht aan dat op dit punt ‘de verknoping van het ontslagrecht en WW een perverterende werking heeft’.⁹

De ondernomen pogingen om de pro forma-problematiek op te lossen – zoals de geruststellingen door het Lisv en het UWV en het uitzonderen van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen van de toets aan de WW-poort – zijn tot nu toe niet succesvol gebleken.¹⁰ Dat verwondert niet, nu geen van de oplossingen gericht is op het ondubbelzinnig invullen van het verwijtbaarheids criterium. Indien verwijtbaarheid niet valt in te vullen, moeten we er misschien maar van af. Het kost de gemeenschap te veel aan advocaten, proceskosten, rechterlijke belasting en (onnodige en ondankbare) inzet van UWV-functionarissen. Indien dit een brug te ver is, biedt de recente opvatting van de SER wellicht een mooie tussenoplossing.

- 7 Reeds in 1983 wees de Commissie Van der Grinten op het grote aantal pro forma-procedures (*Kamerstukken II* 1982/83, 17 931, nr. 5, p. 46-47). Zie voor de geschiedenis van en de achtergronden bij de pro forma-procedures Damsteegt, a.w., hoofdstuk 5.
- 8 De schattingen variëren van meer dan de helft tot 90%, waarbij de meeste schattingen zich rond de 75% bevinden. Zie Damsteegt, a.w., p. 276-278. Ook de SER houdt een schatting van 75% aan.
- 9 R. Knecht, ‘Verwijtbare werkloosheid: de Januskop van de WW’, *SMA* 2001, p. 546-553.
- 10 Zie Damsteegt, a.w., par. 5.5.

1.3 De WW en de SER

Op het moment van schrijven van deze bijdrage (begin april 2005) bevindt het SER-rapport over de toekomst van de WW zich in de ontwerpfase. In feite gaat het om twee rapporten, beide verschenen op 31 maart 2005. Het eerste betreft het Ontwerpadvies Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet, het tweede draagt als titel Ontwerpadvies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet. Over het eerste advies merk ik voor de volledigheid het volgende op. In lijn met de bezuinigingsrondes van het kabinet Balkenende-II op verschillende terreinen van het sociale zekerheidsrecht¹¹ diende de SER in zijn advies de WW *mean and lean* te maken. Daarom bevat het SER-advies zaken als een verkorting van de uitkeringsduur en strengere eisen met betrekking tot het arbeidsverleden.¹² De SER geeft bij dit Ontwerpadvies zelf de volgende steekwoorden aan bovenaan zijn persbericht op zijn website: ‘De WW moet ook toegankelijk blijven voor jongeren en flexwerkers. Zij moeten gedurende maximaal drie maanden in aanmerking kunnen komen voor een loongerelateerde WW-uitkering. De maximumuitkeringsduur van de WW gaat omlaag van vijf jaar naar drie jaar en twee maanden. De ontslagvergoeding wordt niet gekort op de WW-uitkering.’ De reacties op het advies zijn niet van de lucht geweest. Sommige vakbonden wezen het direct af als een onaanvaardbare uitkleding van de WW, terwijl het Ontwerpadvies in de ogen van (sommige vertegenwoordigers van) het kabinet juist onvoldoende aan ‘volumebeperking’ zou opleveren.

Nu is het mij in deze bijdrage hier niet om te doen. Een in mijn ogen tevens zeer belangrijke bezuinigingsoperatie ligt op een ander terrein en dat terrein wordt bestreken door het Ontwerpadvies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet. Dit stuk is de resultante van een begin december 2004 door minister De Geus aan de SER gevraagd advies over een aantal voorstellen voor deregulering van de WW. Omdat ik in het gelukkige bezit van dat rapport ben, matig ik mij in deze bijdrage enkele opmerkingen en opvattingen aan, met het risico dat deze bij het verschijnen van deze bundel al achterhaald zullen zijn. Hopelijk is mijn *wishful thinking* sterk genoeg om het Ontwerpadvies ongeschonden de eindstreep te laten halen. Tactisch lijkt mij het verschijnen van twee ontwerpadvies handig: mocht het eerst-

11 Het arbeidsrecht blijft vooralsnog buiten schot.

12 Voor een overzicht van de belangrijkste wijzigingen verwijs ik naar de website van de SER: www.ser.nl.

genoemde Ontwerpadvies worden afgeschoten – en de tekenen zijn, gezien voornoemde critici momenteel niet al te gunstig –, dan behaalt dit advies wellicht wel de eindstreep. De SER geeft er op zijn website weinig informatie over. Uit hetzelfde persbericht haal ik de volgende informatie: ‘In het afzonderlijke ontwerpadvies over ontslagpraktijk en Werkloosheidswet, dat eveneens is geagendeerd voor de raadsvergadering van 15 april, komt de afwijzing van het kabinetsvoornemen tot verrekening van de ontslagvergoeding met de WW-uitkering meer uitgebreid aan de orde. Dit geldt ook voor het wel onderschreven kabinetsvoorstel voor een beperking van de toets op verwijtbaarheid van de werkloosheid.’

Het gaat mij om de laatste zin. Het kabinet had aangegeven dat wat hem betreft de verwijtbaarheidstoets nog slechts in twee gevallen zou moeten plaatsvinden. Het eerste geval betreft de situatie dat de werknemer zelf ontslag neemt ‘zonder een dwingende reden’. In alle gevallen waarin de werknemer zelf ontslag neemt zou dan alsnog de reden voor ontslag worden getoetst. Op dit punt bestaat daarom geen breuk met art. 24 WW. Het tweede geval ziet op de werknemer die ontslag krijgt als ‘voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever’. De SER volgt deze lijn goeddeels. Hij is van oordeel dat een vergaande vermindering van de pro forma-problematiek van groot belang is voor een versoepeling van de ontslagpraktijk en een verbeterde werking van de arbeidsmarkt. Dit zal leiden tot een belangrijke kostenreductie voor werkgever en werknemer. Voorts acht de SER het terugdringen van de pro forma-problematiek van groot belang ‘voor een evenwichtig en doelmatig functionerend stelsel van sociale zekerheid, in casu het systeem van de werkloosheidsuitkering’. Ook de SER verwacht dat de vereenvoudiging leidt tot een vermindering van de belasting van de rechterlijke macht, het UWV en de CWI. Alleen ten aanzien van de tweede grond waarop een WW-uitkering kan worden geweigerd – de werknemer krijgt ontslag als voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever – staat de SER een scherpere formulering voor. Terecht, zo lijkt me, nu vage termen de uiteindelijke oorzaak zijn van de pro forma-problematiek. De te kiezen terminologie voor die verscherping dient zich bijna als vanzelf aan: het in de rechtspraak redelijk uitgewerkte begrip ‘dringende reden’ (art. 7:677-679 BW en art. 7:685 BW) is de enige (en een goede) kandidaat en de SER stelt deze term dan ook voor. Dat lijkt me juist. Een dringende reden kan overigens zowel tot een opzegging als tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst leiden; in beide gevallen kan de dringende reden leiden tot een weigering van de WW, zo merkt de SER terecht op. Ik teken hierbij aan dat

een arbeidsrechtelijk criterium om de arbeidsovereenkomst te beëindigen wordt gebruikt om te beoordelen of iemand in aanmerking komt voor de WW. Dat het UWV het oordeel van een andere instantie volgt, is echter niet bezwaarlijk en er bestaan precedents. Denk hierbij aan het door de CWI gegeven oordeel over het bestaan van bedrijfseconomische redenen voor ontslag (dat tot een toekenning van de WW leidt) en het in de praktijk toekennen van een WW-uitkering indien de arbeidsovereenkomst op neutrale gronden is ontbonden. De aansluiting bij de dringende reden zal in de meeste gevallen geen problemen opleveren, al zijn uitzonderingen denkbaar. Zo is een ontslag wegens een dringende reden soms mogelijk terwijl de werknemer geen verwijt treft.¹³ In die situatie ligt het weigeren van een WW-uitkering minder voor de hand.

1.4 De Raad voor Rechtspraak: twijfels

De Raad voor Rechtspraak vraagt zich af of de gekozen vereenvoudiging van de toegang tot de WW tot veel minder pro forma-procedures zal leiden. De Raad wijst er in zijn advies¹⁴ op dat de ontbindingsbeschikking niet alleen ziet op het veiligstellen van de WW, maar tevens op het verkrijgen van een executoriale titel die de afgesproken betaling van de ontslagvergoeding direct afdwingbaar maakt. Daarnaast maakt de beschikking een procedure ex art. 7:681 BW (kennelijk onredelijke opzegging) onmogelijk en is een beroep op dwaling of misbruik van omstandigheden ten aanzien van de beëindigingsovereenkomst geblokkeerd. Dat is allemaal waar, maar zijn deze redenen de oorzaak van de grote vlucht van de ontbindingsverzoeken of zijn zij bijkomstige voordelen voor de werknemer en de werkgever? Ik meen dat het laatste het geval is.¹⁵ De SER oordeelt in gelijke zin.

1.5 Oplossing: het UWV als uitsmijter

Ik besef terdege dat het in de huidige tijd als noodzaak wordt ervaren dat een werkloze voldoende prikkels moet krijgen om weer zo snel

13 Zie HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223.

14 Advies van 10 augustus 2004 uitgebracht aan de Minister van Justitie. Het advies is te vinden op www.rechtspraak.nl.

15 R.M. Beltzer, 'Over een opmerkelijk WW-plan', *SMA* 2005, p. 59-60.

mogelijk aan de slag te gaan. Dat is ook mijn eigen opvatting. Los van enkele principiële standpunten die ik hierover heb, meen ik dat een goede verzekering tegen werkloosheid mensen tot het nemen van zekere risico's dient te stimuleren. Dat kan alleen indien de verzekering goed genoeg is: is zij té goed, dan zoeken mensen te weinig naar een andere baan. Een belangrijk element van de nieuwe WW zou daarom de reïntegratie van ex-werknemers moeten zijn. Dit wordt al met toenemend succes gehanteerd bij zieke werknemers. Niet de toegang tot de loondoorbetaling bij ziekte is beschermd (niemand controleert of de werknemer eigen schuld heeft aan zijn ziekte), maar het traject daarna wordt bewaakt door de werkgever en de werknemer reïntegratieverplichtingen op te leggen. Een vergelijkbaar recept zou kunnen worden voorgeschreven voor de WW, al zou de werkgever hier moeten worden vervangen door het UWV. Het UWV kan dan als uitsmijter fungeren: komt de werknemer zijn verplichtingen tot reïntegratie niet na, dan wordt hij buiten de WW geplaatst.

Eerste aanzetten tot een grotere nadruk op het traject na ontslag zijn al gezet door middel van afspraken tussen minister De Geus en het UWV. Binnenkort wordt het mogelijk dat werknemers bij ontslagdreiging al bij het CWI of UWV kunnen aankloppen voor hulp bij het zoeken naar ander werk. De reïntegratie hoeft bovendien niets extra's te kosten. Ten eerste zullen middelen vrijvallen die nu nog naar het UWV gaan om zijn functie als poortwachter van de WW te vervullen. Maar belangrijker is nog dat mensen sneller aan het werk worden geholpen en zo korter een beroep zullen doen op de WW.

Uiteraard zijn argumenten tegen het opengooien van de poort denkbaar. Omdat ik die al eens heb uitgewerkt en ze in het Ontwerpadvies terug zijn te vinden, beperk ik me tot een samenvatting ervan.

1: Afschaffing van de verwijtbare werkloosheid aan de poort leidt tot meer uitkeringen.

WW-uitkeringen worden in de praktijk niet op grote schaal geweigerd, mede omdat werkgever en werknemer wel uitkijken het UWV munitie te verschaffen om een WW-uitkering te kunnen weigeren.¹⁶ Verschuift de controlerende functie van het UWV van de poort naar de periode van WW-gerechtigdheid daarna, dan is niet in te zien waarom het die periode door een betere controle aantal geweigerde of eerder aflopende WW-uitkeringen in financieel opzicht niet zou

¹⁶ Knegt, a.w., p. 552 heeft op basis van de situatie in 1999 berekend dat het aantal extra uitkeringen 2,4% van het totaal zou bedragen.

opwegen tegen het aantal extra uitkeringen dat wordt toegekend indien het UWV geen poortwachter voor de WW meer is.

2: Het openzetten van de WW-poort kost de gemeenschap meer geld. Dit argument faalt om dezelfde reden. Maar ook afgezien van het aantal WW-uitkeringen is het argument onjuist, omdat de vrije toegang tot de WW juist leidt tot het vrijkomen van mensen en middelen. Ten eerste verdwijnen hierdoor de pro forma-procedures, hetgeen een belangrijke verlichting van de dagelijkse taak van kantonrechters betekent. Daarnaast vervalt voor het UWV de (ondankbare) taak de waarheid achter de vrijwel altijd door werkgevers, werknemers en rechters neutraal geformuleerde ontslag(achter)grond te doorgronden, hetgeen hem een aanzienlijke hoeveelheid werk spaart.

3: Het niet langer toetsen van verwijtbaarheid van de werknemer aan de poort van de WW is onethisch. Ook werknemers die overduidelijk eigen schuld hebben aan hun ontslag – zoals werknemers die op staande voet zijn ontslagen wegens fraude of grove seksuele intimidatie – zouden immers recht hebben op WW.

Dat hoeft niet uit te maken en er is een precedent: de loondoorbetaling bij ziekte is goeddeels geënt op een ‘no fault’-principe. De nadruk ligt veel meer op reïntegratie in dezelfde of andere werkzaamheden dan op het onderzoeken of de werknemer wellicht schuld heeft aan zijn arbeidsongeschiktheid. Een vergelijking met de ontslagvergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW leidt al helemaal niet tot de gedachte dat de huidige toets aan de WW-poort behouden moet blijven. Mij lijkt de automatische vergoeding op basis van de kantonrechtersformule vele malen ‘onethischer’ dan het afzien van poortcontrole bij de WW. Overigens is de sanctieregeling in de WW bot en daarom niet voor iedereen even ‘ethisch’.¹⁷

4: Werknemers zullen zich gemakkelijk laten ontslaan, bijvoorbeeld om een ‘sabbatical’ op te kunnen nemen (of een tijdje voor de kinderen te kunnen zorgen met een WW-uitkering).

De gedachte dat de WW daarvoor zal worden gebruikt, miskent dat de werknemer slechts recht op WW heeft indien hij beschikbaar is voor de arbeidsmarkt. Zeker indien men het afschaffen van de verwijtbaarheidstoets aan de WW-poort koppelt aan een strengere toets

¹⁷ Riphagen, a.w., p. 2-3.

of de werknemer zich voldoende inspant om ander werk te vinden, is het inlassen van een vrije periode niet een situatie die ten laste van de sociale zekerheidskassen komt.

5: Er zou al veel zijn gewonnen indien het UWV op voorhand bereid zou zijn een oordeel ('ruling') te geven over de verwijtbaarheid van de werknemer.

Met dit argument wordt miskend, dat de werkelijke reden voor ontslag alsnog hoogst zelden aan het UWV bekend zal worden gemaakt. De leugen blijft bestaan. Wie er wel wat mee opschiet, is de rechterlijke macht. Na een voor de werknemer positief oordeel van het UWV vervalt de als noodzaak gevoelde gang naar de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden.

6: Het is nu politiek onhaalbaar maatregelen te nemen die juist de instroom in de sociale zekerheid vergemakkelijken.

De maatregelen in de sociale zekerheid, zoals die sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn genomen, laten inderdaad duidelijk het beeld zien van het streven naar een beperking van de instroom in en een bevordering van de uitstroom uit de sociale zekerheid. Het vasthouden aan het principe dat maatregelen in de sociale zekerheid de toegang tot die sociale zekerheid nooit mogen vergemakkelijken vindt daar zijn begrenzing waar door bepaalde regelingen andere rechtsgebieden, in casu het arbeidsrecht, in een onaanvaardbare houdgreep worden genomen, met hogere maatschappelijke kosten als gevolg.

Geen van de bezwaren tegen het laten vervallen van de toets aan de WW-poort, apart of in samenhang gezien, acht ik van doorslaggevende betekenis. De meeste bezwaren zijn simpelweg niet gebaseerd op een zorgvuldige interpretatie van de feiten. Natuurlijk is het verwijgen van de werkelijke reden voor het ontslag door werkgever, werknemer en kantonrechter ongewenst. Maar kan men van hen iets anders verwachten, gezien het onduidelijke gebruik van de onduidelijke wetsbepalingen? Omdat er mijns inziens geen praktische oplossing is die dit gedrag voldoende redresseert, denk ik dat de SER er goed aan heeft gedaan de toets aan de poort naar de periode daarna te verschuiven. Alleen het (vrijwel) afschaffen van de toets aan de WW-poort heeft tot gevolg dat de pro forma-problematiek tezamen met de arbeidsrechtelijke leugen tot het verleden zullen behoren. Met de uitzonderingen die de SER en het kabinet voorstaan, lijkt me goed te leven.

Ik verwacht dat met het overnemen van het SER-advies het ontslagrecht een stuk soepeler kan worden. Er wordt wel gesteld dat hogere ontslagvergoedingen en het wettelijk regelen ervan als smeermiddel van het ontslagrecht werken.¹⁸ Dat lijkt mij een illusie zolang de pro forma-problematiek niet wordt opgelost. Daarbij ga ik hier nog niet eens in op de volstrekt niet onderbouwde reden voor het überhaupt betalen van een ‘neutrale’ ontslagvergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst (laat staan een hogere dan nu). Inmiddels zijn gelukkig ook geluiden uit de praktijk waarneembaar die deze redenering ondersteunen.¹⁹

1.6 Slot

Na bovenstaand opiniërend geweld dient een woord van afscheid gericht te worden tot Gijs Scholtens. Het aardigst is het een verband te kunnen leggen tussen de gefêteerde en de bijdrage in deze bundel. Dat verband is maar mondjesmaat te vinden in hetgeen Scholtens geschreven heeft. In het blad *ArbeidsRecht* vond ik, verspreid over de periode 1994-2005, vier bijdragen van de hand van Scholtens over de WW.²⁰ Het betroffen echter alle vooral signaleringen van wetgeving en rechtspraak en de mogelijke gevolgen hiervan voor de praktijk – exact conform de formule van het blad. Een verklaard medestander heb ik in Scholtens niet gevonden waar het gaat om het (deels) afschaffen van de verwijtbaarheidstoets aan de poort van de WW, of

18 Het andere belangrijke onderdeel van het Ontwerpadvies Ontslagrecht en Werkloosheidswet betrof de vraag naar de verrekening van de ontslagvergoeding met de WW-uitkering.

19 Zie de advocaten A. Brantjes en C. Stratenus, ‘Makkelijker in WW bevordert flexibiliteit’, *Het Financieele Dagblad* 31 maart 2005. Het afschaffen van de verwijtbaarheidstoets aan de WW-poort heeft volgens hen ook voordelen voor de arbeidsrechtadvocaat: ‘De arbeidsrechtadvocaat kan zich dan weer bezighouden met zaken waaraan eer valt te behalen en die niet uitsluitend voor de rechter worden gebracht om het recht op de WW-uitkering veilig te stellen.’

20 Respectievelijk ‘De nieuwe WW (Wet boeten etc.) en een nieuwe beëindigingsovereenkomst?’ (met A. van der Kolk), *ArbeidsRecht* 1996, 54, ‘Einde noodzaak mondelinge behandeling bij pro forma-procedures’, *ArbeidsRecht* 1997, 76, ‘Flexibiliteit en zekerheid in de WW, wie betaalt de rekening?’, *ArbeidsRecht* 1998, 59 en ‘Malus in de WW’, *ArbeidsRecht* 2003, 28.

zelfs maar van het afschaffen van de pro forma-procedures.²¹ Waar men op de inhoud geen overeenstemming kan vinden, mag men zich van de vorm bedienen. Ik gebruik daarbij de volgende constructie. Scholtens heeft een opmerkelijke occupatie met getallen, getuige zijn vele ontbindingsstatistieken waarmee hij ons jaarlijks heeft overspoeld.²² Menig geletterd, doch niet gecijferd jurist zal zich wel eens achter de oren hebben gekrabd bij het lezen van de vele tabellen (met nummers als 0a-d) en vergelijkingen als $C = \emptyset$ en, mijn persoonlijke favoriet, $0 < C < \infty$.²³ Voor sommigen zal een en ander een welhaast kabbalistisch gehalte hebben gehad. En hier kan ik mijn verband leggen. De Data Juridica laten bij de zoekopdracht ‘C.G. Scholtens’ 152 ‘hits’ zien in 16 ‘regelingen’. Zelfs een uitgekledede versie van Scholtens’ rekenprogramma weet dat deze twee getallen bij elkaar opgeteld gelijk staan aan het aantal artikelen dat de WW (167) en de ontbindingsregeling (1) zelf bevatten. Zo bezien zal Scholtens wellicht menen dat zijn afscheid exact op tijd is gekomen.

- 21 Wel heeft Scholtens zitting genomen in de Commissie Sociale Zekerheid van de SER, maar dan, wat de behandelde Ontwerpadvies betreft, alleen in de Werkgroep Verrekening Ontslagvergoeding met WW-uitkering (VOW). Deze werkgroep heeft (in ieder geval formeel) dus geen bemoeienis gehad met de aanpassing van de verwijtbaarheidstoets.
- 22 De eerste Statistiek Ontbindingsvergoedingen van zijn hand dateert bij mijn weten van 1993. Zij verscheen in *Trema* 1993, p. 435 e.v. Vanaf 1994 verschijnt Scholtens’ statistiek elk jaar in het blad *ArbeidsRecht*. Bevatte de eerste statistiek in dat blad nog een bescheiden aantal van drie pagina’s, enkele jaren later verschijnt de statistiek zelfs in meerdere delen omdat zij te omvangrijk is geworden.
- 23 Zie ‘Statistiek Ontbindingsvergoedingen 1997: iudex calculat’, *ArbeidsRecht* 1998, 7, p. 6.

2 Over (verkapt) hoger beroep in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW

*Gerrard Boot**

2.1 Inleiding

Art. 7:685 lid 11 BW bepaalt: tegen een beschikking krachtens dit artikel kan hoger beroep noch cassatie worden ingesteld. Een dergelijke uitsluiting van hoger beroep en cassatie van de ontbindingsbeschikking is sedert 1907 in het BW te vinden.¹ Het niet openstellen van een gewoon rechtsmiddel tegen een voor de justitiabele belangrijke (eind)beslissing is iets uitzonderlijks. Het uitsluiten van een gewoon rechtsmiddel bij vorderingen met een zeer beperkt financieel belang is uit doelmatigheidsoverwegingen te begrijpen. Maar het uitsluiten van zo'n rechtsmiddel in zaken waarbij het zowel om de beëindiging van het dienstverband gaat, als ook om de (soms grote) hoogte van een toe te kennen ontbindingsvergoeding, wekt verbazing. In het Nederlandse civiele recht komt dat verder bijna niet voor.

Het uitsluiten van hoger beroep en cassatie was bij de totstandkoming van de wetbepaling gegrond op het niet-contentieuze karakter van de ontbindingsprocedure. Met de grote vlucht die de ontbindingsprocedure heeft gekregen² was dat argument nauwelijks meer vol te houden. Desalniettemin is de wetgever er nimmer toe overgegaan hoger beroep of partieel hoger beroep van de ontbindingsbeschikking in te voeren. Plannen daartoe hebben wel bestaan. Het invoeren van zo'n hoger beroep werd echter (terecht) gezien als een ingrijpende wijziging van – en dus van het betreffende evenwicht binnen – het ontslagrecht, en over hoe dat evenwicht dan voor het overige zou moeten worden hersteld is men het, zoals bekend, de afgelopen 30 jaar niet eens geworden.

* Mr. G.C. Boot is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1 In het voorontwerp-Drucker zoals aangeboden aan de Tweede Kamer in 1901 was wel de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet mogelijk gemaakt; zie hierover S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 30.

2 Gijs Scholtens hield de verhouding van de GAB/RDA/CWI-procedures versus de ontbindingsprocedures nauwgezet bij.

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij vier aspecten van het hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking. In de eerste plaats wil ik kijken welke argumenten voor het handhaven of afschaffen van dit thans bestaande verbod zijn aangevoerd.

In de tweede plaats bespreek ik de uitzonderingen die in de rechtspraak op het rechtsmiddelenverbod zijn aangebracht.

Het derde deel van mijn bijdrage gaat over vormen van verkapt hoger beroep en andere procedures die na en naast de ontbindingsprocedure kunnen worden gevoerd.

In het laatste deel bespreek ik de standpunten die Gijs Scholtens hierover heeft ingenomen en rond ik af met een conclusie.

2.2 Het waarom van het rechtsmiddelenverbod

In 1907 werd de mogelijkheid ingevoerd tot het door de rechter ontbinden van de arbeidsovereenkomst in die situaties waarbij het voortduren van de arbeidsovereenkomst gedurende de looptijd van een contract voor bepaalde tijd of het in acht nemen van een lange opzegtermijn bij een contract voor onbepaalde tijd niet kon worden verwacht.³ Van zo'n spoedeisende situatie kon sprake zijn bij een wijziging in de persoonlijke of de vermogenstoestand van de verzoeker, of die van zijn wederpartij.⁴ Een dergelijke beslissing werd niet zozeer als een rechtsgeschil aangemerkt, maar als de vaststelling van een billijke regeling. Vanwege het daarbij behorend spoedeisend karakter werd de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie niet nodig gevonden.⁵ Van den Heuvel en Kuip wijzen er echter op dat met de invoering in 1907 van de mogelijkheid ook op grond van een dringende reden de arbeidsovereenkomst te ontbinden⁶, het contentieuze element al in die ontbindingsprocedure was geslopen.

3 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1909, deel IV, p. 257.

4 Bles, a.w., p. 259; L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1983, p. 115. G.J.J. Heerma van Voss noemt in zijn dissertatie, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. RUU), Deventer: Kluwer 1992, p. 48 als voorbeelden aan werkgeverszijde gelegen inkrimping en staking van het bedrijf, en als aan de werknemerszijde gelegen redenen langdurige ziekte of huwelijk (!) van de werknemer, of het door de werknemer op zich nemen van langdurige zorgverplichtingen.

5 Kuip, a.w., p. 118.

6 Invoering van het amendement van Van Idsinga, hetgeen door Van den Heuvel wordt betiteld als 'het hinken op twee gedachten', a.w., p. 114.

Op het ontbreken van een hoger beroepsmogelijkheid wordt al geruime tijd⁷ kritiek geuit: tegen zo'n ontbinding ex art. 7:685 BW bestaat geen hoger beroep open, terwijl dat in geval van een ontbinding op grond van wanprestatie (art. 7:686 BW), de betwisting van een ontslag op staande voet of een geschil omtrent de kennelijke onredelijkheid van een opzegging wel het geval is.

In de diverse pogingen tot herziening van het ontslagrecht te komen, was het al of niet invoeren van die hoger beroepsmogelijkheid steeds een onderwerp van overwegingen. Zo werd in het wetsontwerp 13 656 de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie ingevoerd tegen de ontbinding van arbeidsovereenkomsten die langer dan een jaar hadden bestaan.⁸ Eenzelfde voorstel, maar dan zonder de beperking tot de duur van de arbeidsovereenkomst, was te vinden in wetsontwerp 16 682.⁹ De Kring van Kantonrechters kwam daarop met het voorstel tot een appèlmogelijkheid uitsluitend ten aanzien van de vergoeding.¹⁰

Ten faveure van het handhaven van het appèlverbod werd vanuit werkgeverszijde gewezen op het belang snel definitieve duidelijkheid te verkrijgen over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Voor werknemers is het aantrekkelijke van het appèlverbod het zich snel kunnen gaan richten op een nieuwe werkkring en het niet in appèl tegengeworpen kunnen krijgen van het feit dat ze de nieuwe baan snel hebben gevonden.

2.3 Hoge Raad

Niettegenstaande de tekst van de wettelijke regeling van (destijds) art. 1639w BW, heeft de Hoge Raad vanaf de jaren zeventig¹¹ een vaste jurisprudentie ontwikkeld over situaties waarbij wel hoger beroep en cassatie werd toegestaan. In twee gevallen was daarvan sprake. In de eerste plaats wanneer de rechter buiten het toepassingsgebied van art. 1639w BW was getreden, door het artikel ten onrech-

7 W. de Rijke, 'Art. 1639w B.W.', *NJB* 1957, p. 469-470; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht* (diss. RUL), Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 110.

8 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 656, nr. 1-3.

9 Zie daarover Van den Heuvel, a.w., p. 120.

10 *Trema* 1982, p. 121 e.v.

11 HR 15 april 1971, *NJ* 1971, 303; HR 12 maart 1982, *NJ* 1983, 81; HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549; HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 883; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672; HR 23 oktober 1992, *JAR* 1992/116 en vele andere.

te toe te passen dan wel ten onrechte niet toe te passen. In de tweede plaats wanneer er sprake was van een zodanig ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijke en onpartijdige procedure geen sprake meer was. In de praktijk beperkte zich deze uitzonderingsgrond tot het beginsel van hoor en wederhoor. In het blad *ArbeidsRecht*, waar Gijs Scholtens vanaf de oprichting deel heeft uitgemaakt van de redactie, is door een collega-redacteur van het eerste uur, Sandra Swelheim, in een viertal bijdragen in de jaren 1994 tot en met 1999 een overzicht gegeven van deze zich ontwikkelende Hoge Raad-jurisprudentie.¹² Als voorbeeld van het buiten het toepassingsgebied treden kan worden genoemd het ontbinden van een arbeidsovereenkomst die op dat moment al niet meer bestaat. Voorbeelden van een zodanige schending van het beginsel van hoor en wederhoor betreffen het de verweerder niet in de gelegenheid stellen zich schriftelijk over het verzoek uit te laten. Hoewel het opmerkelijk is dat de Hoge Raad een uitdrukkelijke wetsbepaling, namelijk het hiervoor genoemde rechtsmiddelenverbod, in een aantal situaties naast zich neerlegt, was het praktisch belang van deze jurisprudentie voor de gewone ontbindingspraktijk relatief beperkt. Een werknemer die ernstig ontevreden was over de hoogte van een in een door de werkgever gestarte ontbindingsprocedure aan hem toegekende ontbindingsvergoeding, kon van die beslissing niet in hoger beroep. De ontbindingverzoekende werkgever had, indien aan de werknemer een hoge vergoeding werd toegekend, nog wel een escape, namelijk door het verzoekschrift in te trekken. Indien de door de werkgever verzochte ontbinding werd geweigerd, was de mogelijkheid voor de werkgever niet uitgesloten het op een later moment, met andere argumenten, nog eens te proberen.

Met de invoering van de noodzaak bij het verzoeken van ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer een getoetst reïntegratieplan te overleggen, diende de vraag zich aan of (vermeend onjuiste) beslissingen hieromtrent van de kantonrechter als een 'buiten het toepassingsgebied treden' waren te beschouwen. In dat geval zou er immers ten aanzien van en vooral voor een arbeids-

12 A.J. Swelheim, 'Appèl en cassatie van beslissingen ex art. 7A:1639w BW', *ArbeidsRecht* 1994, 7; 'Appèl en cassatie van beslissingen ex art. 7A:1639w BW: ja of nee?', *ArbeidsRecht* 1995, 42; 'Appel en cassatie van beschikkingen ex art. 7:685 BW: ja of nee? (III)', *ArbeidsRecht* 1997, 26 en 'Appèl en cassatie van beschikkingen ex art. 7:685 BW: een vierde inventarisatie', *ArbeidsRecht* 1999, 67.

ongeschikte vrij makkelijk een hoger beroepsmogelijkheid kunnen worden gecreëerd. De Hoge Raad haalde een streep door deze redenering met het arrest van 29 september 2000.¹³ In dit arrest werd bepaald dat het zonder getoetst reïntegratieplan ontvankelijk verklaren van een ontbindingsverzoek weliswaar onjuist kon zijn, maar niet zo onjuist dat dat tot hoger beroep kon leiden.

Een (in de literatuur niet besproken en in de jurisprudentietijdschriften niet gepubliceerde) situatie die wel een hoger beroepsmogelijkheid met zich brengt, is de volgende. Indien (bijvoorbeeld in een moeder-dochterrelatie, of na een vermeende overgang onderneming) niet helemaal vaststaat welke vennootschap de werkgever is van een werknemer, dan kan de verzoekende ‘werkgever’ ervoor kiezen het ontbindingsverzoek aan te vragen namens de verschillende werkgeversvennootschappen (dus namens A en B). Daarmee wordt voorkomen dat wanneer het verzoek alleen namens A wordt ingediend, A niet-ontvankelijk wordt verklaard, en een nieuwe procedure namens B moet worden gestart. De rechter zal in een namens zowel A als B ingediend verzoek een oordeel moeten geven over de formele werkgever. Dat betekent dus (bijvoorbeeld) dat A ontvankelijk wordt verklaard en B (dus) niet-ontvankelijk. Wanneer de werknemer ontevreden is met de uitkomst van de ontbindingsvergoeding, kan hij hoger beroep instellen, met het argument dat B als werkgever moet worden beschouwd en de rechter ten aanzien van het ontvankelijk verklaren van A buiten het toepassingsgebied is getreden van art. 7:685 BW. Indien die werknemer het gerechtshof ervan kan overtuigen dat B inderdaad de enige echte werkgever is, zal het gerechtshof het beroep ontvankelijk verklaren én inhoudelijk behandelen. De werknemer krijgt dan toch een tweede kans. Een situatie waarbij dit zich voordoet is het arrest van het Hof Amsterdam van 10 april 2003.¹⁴

2.4 Verkapt hoger beroep?

Omdat de echte hoger beroepsmogelijkheden voor vooral werknemers beperkt waren, zochten werknemers naar andere wegen om toch nog hun gelijk te krijgen, in die zin, dat aan hen door de rechter ten laste van de werkgever enige geldvergoeding werd toegewezen. Die

¹³ HR 29 september 2000, *JAR* 2000/224.

¹⁴ Hof Amsterdam 10 april 2003, rolnr. 1080/2002.

poging werd voor het eerst met (groot) succes ondernomen door de voormalige employee van boekverkoper Allard de Lange. Met een beroep op het toenmalige art. 1637w BW werd, nadat al een ontbindingsvergoeding van ruim f 500.000 was toegekend, aan immateriële schade ook een bedrag van ruim een ton toegewezen.¹⁵ In de vroege jaren negentig genoot dit art. 1637w BW onder arbeidsrechtadvocaten daarom enige populariteit. Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek verdween het artikel echter uit de arbeidsrechtelijke wetsbepalingen, en daarmee – niettegenstaande de ministeriële verzekeringen dat hiermee geen inhoudelijke verandering werd beoogd, omdat via Boek 6 BW hetzelfde kon worden bereikt – ook uit het arbeidsrecht-hart.

Een volgende serieuze, en ook succesvolle, poging werd ondernomen door de ex-Sara Lee directeur Baijings.¹⁶ Mede door zijn toedoen heeft de Hoge Raad de zogenaamde Baijings-jurisprudentie ontwikkeld en verfijnd. De Hoge Raad verwoordt deze ‘doctrine’ inmiddels als volgt: de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst brengt mee dat in de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst zoals neergelegd in art. 7:685 BW het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (of zoals in de onderhavige procedure, aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen of na te laten) in beginsel ten volle, onder meewegen van alle voor zijn oordeel relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van art. 7:685 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat er daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is. Wanneer de Baijings-leer kan worden samengevat als dat in de ontbindingsprocedure in beginsel alle op de ontslagvergoeding betrekking hebbende financiële claims moeten worden gewogen en daarop definitief moet worden beslist, dan zijn inmiddels de volgende uitzonderingen¹⁷ op die leer ontstaan:

- (i) de ontbindingsrechter heeft een bepaalde aanspraak in de ontbindingsbeschikking expliciet buiten beschouwing gelaten. Een voorbeeld daarvan: de door Baijings gestelde optieschade;

¹⁵ HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499.

¹⁶ HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248.

¹⁷ Ten overvloede wijs ik ook op de mogelijkheid van dwaling bij de totstandkoming van een beëindigingsregeling: HR 19 september 2003, *JAR* 2003/244.

- (ii) aanspraken ontstaan vóór de ontslagprocedure, en die een andere juridische grondslag hebben dan (strijd met) het goed werkgeverschap. Een voorbeeld: de loonclaim over een periode voorafgaand aan het ontslag. Terecht constateert Heerma van Voss in zijn noot onder *Guérand/PTT*¹⁸, dat de grens tussen ontslagvergoeding en de overige claims niet helemaal strikt te hanteren zijn. Hij concludeert zelfs: in de gevallen waarin schade wordt geleden als gevolg van onvoldoende reïntegratie-inspanningen ‘biedt de hier gehanteerde formule wellicht toch weer mogelijkheden om nog iets te doen aan een laag uitgevallen ontbindingsvergoeding’;
- (iii) de vordering die gebaseerd is op een contractuele regeling omtrent het ontslag. Voorbeeld: indien er een contractuele regeling is getroffen omtrent een te betalen ontslagvergoeding, dan kan, ook los van de ontbindingsprocedure en -vergoeding, hier in beginsel nakoming van worden gevorderd.

Het is deze laatste categorie, duidelijk geworden met het arrest *Drankencentrale Waterland*¹⁹ van 2 april 2004, die voor de meeste beroering heeft gezorgd. Indien namelijk in de ontbindingsbeschikking niet expliciet wordt opgenomen dat de toegekende vergoeding strekt tot nakoming van die contractuele regeling, dan heeft de werknemer in een bodemprocedure tot nakoming van die contractuele regeling, een nieuwe kans. Die vordering kan slechts worden afgewezen indien toewijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden. Tot 2004 zou zo’n poging door menig arbeidsjurist als een poging tot verkapt hoger beroep zijn aangemerkt, maar de Hoge Raad heeft die mogelijkheid toch bewust in het leven geroepen. De Drankencentrale-jurisprudentie is dus vooral gunstig voor de werknemers.

Met het *Rabobank*-arrest²⁰ van 19 december 2003 over de herroepingsmogelijkheden ex art. 382 Rv heeft de Hoge Raad aan werkgevers de mogelijkheid gegeven in een aantal situaties de discussie over de ontslagvergoeding te heropenen.²¹ Indien de werknemer tijdens de

18 HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 211.

19 HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112.

20 HR 19 december 2003, *JAR* 2004/15.

21 Dat rekest civiel tegen een ontbindingsbeschikking mogelijk was werd door de Hoge Raad al beslist in HR 4 oktober 1996, *JAR* 1996/218; het bijzondere van het *Rabobank*-arrest was de ruime grond waarop rekest civiel/herziening mogelijk werd geacht.

ontbindingsprocedure verzwijgt al een andere baan of een volledig aanbod daartoe te hebben, dan vormt het door de werknemer niet eigener beweging melding maken van die situatie bedrog, dat grond kan vormen voor een herzieningsverzoek. Het criterium dat de Hoge Raad hanteert ten aanzien van de herroepingsgrond luidt dat van bedrog in de zin van art. 382 Rv sprake is indien een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. Niet onbegrijpelijk is het oordeel van de kantonrechter dat een werknemer tijdens de ontbindingsprocedure met het oog op de hoogte van een aan haar toe te kennen vergoeding niet had mogen verzwijgen dat zij de mogelijkheid had vrijwel onmiddellijk weer aan het werk te gaan, nu dit verzwegen feit van belang is voor de vraag of, en zo ja, tot welke hoogte, aan werknemer een vergoeding toekwam bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de lagere jurisprudentie is zo'n herroeping al een aantal malen ten gunste van de werkgever uitgesproken.²²

De Hoge Raad heeft dus op een drietal manieren (de regelrechte gronden voor hoger beroep en cassatie; de Baijings-jurisprudentie en de herroepingsjurisprudentie) de mogelijkheid gegeven door te procederen na een gevoerde ontbindingsprocedure. Slechts de eerste mogelijkheid is te scharen onder de categorie 'gewone rechtsmiddelen'; de laatste twee categorieën zijn dat niet. De principiële vraag, of van een ontbindingsbeschikking niet in zijn algemeenheid hoger beroep en cassatie mogelijk behoort te zijn, is door de Hoge Raad dus niet bevestigend beantwoord.

2.5 Standpunt Scholtens

In het kader van Gijs' afscheid uit het arbeidsrecht heb ik mij de vraag gesteld of Gijs zich over het wel of niet ontbreken van hoger beroep en cassatie van de ontbindingsbeschikking expliciet heeft uitgelaten.

Beantwoording van die vraag noodzaakte tot het doorlezen van de verzamelde geschriften van mr. C.G. Scholtens. En die gezamenlijke geschriften, dat zijn er erg veel!

²² Twee voorbeelden: Ktr. Amsterdam 15 januari 2004, *JAR* 2004/35 en Ktr. Amsterdam 14 april 2004, *JAR* 2004/120.

Tijdens de vergadering van de Vereniging voor Procesrecht op 3 juni 1998 verdedigde hij als stelling 3: ‘hoger beroep tegen de beschikking 1639w BW moet uitgesloten blijven zowel voor wat betreft de ontbinding zelf als voor wat betreft de vergoeding.’²³ In september 1992 gaf hij aan dat ‘bij het vervallen van de preventieve toetsing de discussie ... over ... (partieel) hoger beroep bij de ontbinding van art. 1639w BW, waarschijnlijk, academisch (wordt) omdat er dan geen enkel bezwaar meer tegen zal bestaan voor art. 1639w BW de mogelijkheid van vol hoger beroep open te stellen’. Gijs vervolgt even verderop: ‘Vervalt de preventieve toetsing, dan zal van het middel van art. 1639w BW nauwelijks meer gebruik worden gemaakt, behalve in die gevallen waarvoor het in 1953 ook was bedoeld, zoals eventuele tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ...’.

Dat Gijs geen voorstander is van de preventieve toets van art. 6 BBA mag bekend verondersteld worden. Hij is er gelet op het bovenstaande, dus ook voorstander van dat tegen de ontbindingsbeschikking geen hoger beroep kan worden ingesteld zolang het huidige duale systeem bestaat.

Toch is het ontbreken van dat beroep zoals hierboven gesteld juridisch gesproken iets opmerkelijks. Er zijn vrijwel geen andere belangrijke (mede) op geld waardeerbare juridische eindbeslissingen waartegen geen rechtsmiddel kan worden ingesteld. De wetgever wilde in 1907 geen debat (in hoger beroep) over de aan- of afwezigheid van gewichtige redenen en de waardering hiervan of (sinds 1953) over de (hoogte van de) ontslagvergoeding. In de praktijk was de belangrijkste reden voor de sociale partners om niet met klem te bepleiten een dergelijk hoger beroep in te voeren, dat de werkgevers er een groot belang in zagen ontslagen in korte tijd definitief te kunnen afronden, en werknemers(organisaties) er een risico in zagen dat door invoering van een appèlmogelijkheid werknemers in een procedureel nadeel zouden komen te verkeren. De werkgever beschikt immers over een langere financieel-juridische adem om te kunnen doorprocederen en de omstandigheden gedurende die hoger beroepprocedure wijzigen sneller in het voordeel van de werkgever (de werknemer vindt ander werk en blijkt dus minder inkomensschade te hebben dan misschien gedacht was) dan omgekeerd (het niet binnen bijvoorbeeld een jaar vinden van ander werk was ook in eerste aanleg al voorzien).

23 C.G. Scholtens, ‘Tussen recht (Van den Heuvel) en rechter (Petri): de praktijk’, in: *Waarheen met art. 1639w BW?*, Deventer: Kluwer 1989, p. 22 e.v.

Toch wekt het verbazing dat die praktische argumenten blijkbaar gewicht in de schaal leggen, want met eenzelfde argumentatie zou ook in bijvoorbeeld consumentenzaken hoger beroep kunnen worden afgeschaft, wanneer het aldaar om een groot financieel belang gaat. Aan de belangrijke juridische notie, namelijk dat een zaak inhoudelijk minimaal aan twee verschillende rechters moet kunnen worden voorgelegd, wordt in de ontbindingsprocedure dus afbreuk gedaan.

Uit discussies binnen de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht herinner ik mij dat Gijs van mening was dat een partieel hoger beroep uit den boze was. Wanneer er hoger beroep zou komen, dan een volledig, omdat anders (wanneer het beroep slechts tegen de hoogte van de vergoeding kon worden ingesteld) de werknemer een tactisch voordeel (namelijk het voor de werkgever bestaande risico dat het ontbindingsverzoek zou worden afgewezen) kwijt zou zijn. Ik kan het daarmee eens zijn.

Gijs toont zich hiermee een op en top praktijkman. Want de praktijk is, zoals bleek hierboven, blij met de huidige ontbindingsprocedure. En ook Gijs' hart ligt in die procedure, want het noopte hem zijn minutieuze statistieken hierover op te stellen.

Een andere vraag blijft daarmee staan: is Gijs' werk nu eigenlijk af? Hij laat ons wat dat betreft met een practical joke in het ongewisse. Waar hij in 1992 het prachtige op zichzelf staande artikel *Evaluatie art. 6 BBA. Historie en toekomst* in het septembernummer van SMA publiceerde, kwam hij in augustus 2002 doodleuk met de opmerking dat 'In het eerste deel van evaluatie artikel 6 BBA' een geschiedenis was beschreven, waarna hij met een vervolg komt. Par. 2 van de bijdrage in het juli/augustusnummer van SMA 2002 vangt aan met 'Inmiddels zijn wij meer dan tien jaar verder en is het tijd voor het tweede, maar niet het laatste, deel van het epos van art. 6 BBA'. Mogen wij in 2012 een derde deel verwachten? Bestaat het BBA tegen die tijd nog en in welke vorm zou Gijs ons zo'n artikel dan aanleveren?

Gijs heeft ons steeds weten te boeien en verrassen. Ik zal zijn penenvruchten nauwlettend in de gaten blijven houden.

3 Afwijzen van verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst

De kantonrechter in spagaat?

*Dirk Jan Buijs**

3.1 Persoonlijke noot

Als in leeftijd waarschijnlijk oudste lid van de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht vind ik het gepast om te beginnen melding te maken van mijn eerste ontmoeting met Gijs Scholtens. Het was begin jaren zeventig van de vorige eeuw. Ik was beginnend rechterlijke ambtenaar in opleiding bij de Rechtbank Dordrecht en Gijs beginnend advocaat in Rotterdam. Hij was voorzitter van het comité dat het Jonge Balie Congres voorbereidde en ik mocht als raio uit een aanpalend arrondissement deel uitmaken van de organisatie. Het onderwerp van het congres is mij niet bij gebleven, maar wel de bijzondere hartelijkheid waarmee Gijs me in het midden van de commissie ontving. Dat gebeurde in hetzelfde gebouw aan het Weena in Rotterdam waar Gijs nu afscheid neemt. Dezelfde hartelijkheid viel me ten deel toen ik me aanmeldde als lid van de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, nadat hij en ik op het lustrumcongres van de Vereniging voor Arbeidsrecht in 1996 de degens hadden gekruist over appèl in zaken met betrekking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Sindsdien vonden wij elkaar aan de hoek van de tafel waar rokers elkaar vinden. In de rechtszaal ontmoetten wij elkaar zelden. Daarom mag ik op deze plaats uitdrukkelijk – ongetwijfeld mede namens de andere leden van de werkgroep – de aandacht van de lezer vestigen op de hartelijke uitstraling van Gijs Scholtens.

* Mr. D.J. Buijs is kantonrechter te Apeldoorn.

1 D.J. Buijs, 'de berekenende rechter', *Trema* 1993, p. 176 e.v. (door Gijs Scholtens ten onrechte geciteerd als 'iudex non calculat' in *ArbeidsRecht* 1998, 7; dat was de titel van het artikel van G. Kemper waarop ik reageerde).

3.2 Index non calculat

Pas jaren na het Jonge Balie Congres troffen Gijs en ik elkaar weer. Als redacteur van *Trema* schreef ik een stukje onder de titel ‘De berekenende rechter’.¹ De strekking van mijn betoog was dat de rechter niet uit zichzelf gaat rekenen, maar door partijen overgelegde berekeningen op hun merites beoordeelt, hetgeen past in de opvatting dat een proces gezien moet worden als strijd van partijen ten overstaan van de rechter met een willig oor en wel in de vorm van een debat.² Naar aanleiding van mijn stukje bood Gijs Scholtens op 5 augustus 1993 aan de redactie van *Trema* zijn reactie³ aan met de mededeling (in die tijd opmerkelijk) dat hij de tekst ook op diskette kon aanleveren. In latere jaren publiceerde hij zijn statistieken in *ArbeidsRecht*.⁴ Een allesomvattend overzicht bevat zijn bijdrage aan de derde druk van ‘Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht’.⁵

Onlangs verscheen een boek onder de titel ‘De rekenende rechter’.⁶ Het accent in dat boek ligt op de functie van statistieken. De waarschuwing is dat het altijd oppassen is met cijfers (een waarschuwing die Gijs Scholtens ook steeds laat horen). ‘Niet de rekenende rechter, maar de begrijpende rechter moet het uitgangspunt zijn.’⁷ Achter die stelling kan ik mij scharen, ook al wordt die stelling geponeerd in het kader van de vraag op welke wijze de rechter dient om te gaan met statistische gegevens. Bij de beoordeling van verzoeken tot ontbinding van arbeidsovereenkomsten is het belangrijker dat de rechter de situatie in haar totaliteit kan beoordelen en daar eventueel in financiële zin gevolgen aan kan verbinden dan dat de discussie wordt beperkt tot een cijfermatige benadering van de toe te kennen vergoeding.

2 W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

3 C.G. Scholtens, ‘De vergoeding van art. 7A:1639w BW: *calculare necesse est*’, *Trema* 1993, p. 435 e.v. Het is wel leuk om te herlezen door Gijs Scholtens als ‘recht in de leer’ te worden beschouwd bij toepassing van de latere ‘kantonrechttersformule’ in Ktg. Harderwijk 20 februari 1989, *Prg.* 1989, 3193.

4 Laatstelijk *ArbeidsRecht* 2005, 14 en 2005, 16 met de ondertitel: ‘De gordiaanse knoop’.

5 F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens, *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23 e.v.

6 W.H. van Boom & M.J. Burgers (red.), *De rekenende rechter*, Den Haag: Bju 2004.

7 M. Knapen, ‘Rechter moet een actieve cijferaar worden’, *Stcr.* 23 maart 2005.

3.3 Statistieken

Cijfermatige analyses van de rechtspraak kunnen een beeld geven van de werkelijkheid. Met betrekking tot de procedure ex art. 6 BBA 1945 produceert het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid jaarlijks statistieken.⁸ Met betrekking tot ontbindingsprocedures moeten we het goeddeels hebben van common sense. Een vergelijkbare registratie van ontbindingszaken⁹ is nog steeds niet tot stand gekomen. Weliswaar had mijn voorstel destijds vooral ten doel inzicht te krijgen in de pro forma-praktijk in ontbindingszaken, maar ook de categorie ingetrokken en afgewezen ontbindingsverzoeken verdient aandacht om een goede vergelijking te kunnen maken tussen de CWI-procedure en de art. 7:685 BW-procedure.

Sinds jaar en dag ligt het percentage verleende ontslagvergunningen op grond van bedrijfseconomische redenen op ongeveer 83%, op grond van meer dan twee jaar arbeidsongeschiktheid op ongeveer 92% en op grond van andere ontslaggronden op ongeveer 65%.¹⁰

Voor wat betreft ontbindingsprocedures bestaat in het algemeen de indruk dat de kantonrechter arbeidsovereenkomsten desgevraagd ontbindt. Dit beeld is niet juist.

Gijs Scholtens heeft in 2001 een ook cijfermatige analyse gegeven van het aantal zaken waarin een gevraagde ontbinding van de arbeidsovereenkomst werd geweigerd.¹¹ Dat in 24% van de gepubliceerde beslissingen tot afwijzing van het ontbindingsverzoek werd gekomen, is niet zo significant, omdat het voor de hand ligt dat het hier gaat om kwesties die, omdat zij bijzondere kenmerken vertonen, voor publicatie in aanmerking komen. De beperkte dossieronderzoeken die met betrekking tot ontbindingsprocedures zijn ingesteld¹² geven het beeld dat toch in 6 tot 9% ontbindingsverzoeken door de

8 Laatstelijk: Ontslagstatistiek, Jaarrapportage 2003, www.szw.nl.

9 Daarvoor pleitte ik naar aanleiding van de Aanbevelingen in ontbindingsprocedures in D.J. Buijs & F.A.M. Stroink, 'Landelijke kantonrechtsformule bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *SR* 1997, p. 35.

10 Zie noot 8.

11 C.G. Scholtens, 'De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (2)', *ArbeidsRecht* 2001, 46.

12 R. Knecht & A.C.J.M. Wilthagen e.a., *Toetsing van ontslag*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1988 en R.M. Beltzer, R. Knecht & A.D.M. van Rijs, *Toetsing van ontslag. Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: ministerie van SZW 1999.

kantonrechter worden afgewezen.¹³ In de praktijk is het dus geenszins zo dat het enkele feit van het indienen van een ontbindingsverzoek (hetzij door de werkgever, hetzij door de werknemer) leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

3.4 De gewichtige reden

Aanleiding voor deze bijdrage was de stelling van Scholtens dat een weigering van een ontbinding nimmer het probleem tussen werkgever en werknemer oplost en dat dientengevolge het verzoek in de regel (dus behoudens uitzonderingsgevallen) moet worden toegewezen.¹⁴ Uit alle onderzoeken¹⁵ blijkt dat kantonrechters in een substantieel aantal gevallen ontbindingsverzoeken afwijzen en dat niet van een uitzondering kan worden gesproken. Daarom valt er wel wat af te dingen op de stelling van Mannoury¹⁶ dat rechters maar eens moeten ophouden zo makkelijk hand- en spandiensten te verlenen aan een werkgever die géén goede en redelijke gronden tot ontslag heeft. Volgens Mannoury is het té veel gewoonte geworden om een verzochte ontbinding als vanzelfsprekend toe te wijzen en pas wakker te worden bij de vraag: ‘Wat kost dat?’.

Scholtens stelt dat tussen de benadering van Mannoury en hem geen tegenstelling zit, maar dat er sprake is van een nuanceverschil. Het verschil van opvatting lijkt me toch fundamenteeler. De inzet van Scholtens is dat kantonrechters niet (te) moeilijk moeten doen over de vraag of er een gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat, terwijl Mannoury juist meent dat kantonrechters zich er wat die vraag betreft (te) gemakkelijk van afmaken. Kennelijk zijn zij het niet eens over de vraag wat de ondergrens is of zou moeten zijn voor het aanwezig achten van een gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

13 Een enquête onder werkgevers (R.G. van Zevenbergen & U.H. Oelen, *Het duaal ontslagstelsel – beëindiging van arbeidsrelaties in de praktijk*, Den Haag: ministerie van SZW 2000, p. 50) komt tot een lager percentage: 3,5%.

14 C.G. Scholtens, ‘Tussen recht (Van den Heuvel) en rechter (Petri): de praktijk’, in: *Waarheen met art. 1639w BW?*, Deventer: Kluwer 1989, p. 22 e.v.

15 Te beginnen met C.J. Loonstra, ‘Art. 1639w BW: een jurisprudentiële analyse’, *WPNR* 5861 en 5862. Vervolgens J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 62. Ten slotte de door Scholtens besproken onderzoeken (zie noot 11).

16 G. Mannoury, ‘Gouden handdrukken’, *SR* 1996, p. 119.

Scholtens heeft in vele publicaties verslag gedaan van de wetsgeschiedenis van art. 7:685 BW en de ontwikkelingen in de praktijk¹⁷, waarbij het accent lag op de hoogte van de vergoeding. De ontwikkelingen met betrekking tot de vraag of wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet plaatsvinden, hebben volgens hem ertoe geleid dat het begrip gewichtige reden in de praktijk verwaterde.¹⁸ Die conclusie trok hij klaarblijkelijk vooral op basis van de cijfermatig explosieve ontwikkeling van het aantal ontbindingsprocedures. Gelet op het grote percentage pro forma-procedures is daarmee nog weinig gezegd over de benadering van de rechter. En het percentage afwijzingen van ontbindingsverzoeken, afgezet tegen de inhoudelijk behandelde zaken, lijkt erop te wijzen dat rechters – anders dan Mannoury meende – toch wakkerder zijn dan veelal wordt gedacht en zich wel degelijk kritisch opstellen en niet te gemakkelijk concluderen tot een verstoorde arbeidsverhouding.¹⁹

3.5 Effecten van afwijzing van ontbindingsverzoeken

De stelling dat partijen na afwijzing van een ontbindingsverzoek met een onopgelost probleem blijven zitten, gaat ervan uit dat partijen feitelijk een onopgelost probleem hebben. In zijn algemeenheid hoeft die vooronderstelling niet juist te zijn. In de eerste plaats kan in de ontbindingsprocedure blijken dat er eigenlijk geen probleem is ofwel dat de kantonrechter het aangevoerde niet als probleem accepteert (in juridische zin: er is geen gewichtige reden). Door de beslissing van de kantonrechter kan het probleem uit de wereld zijn. In de tweede plaats kan het ontbindingsverzoek zijn gedaan op zakelijke, in de personele sfeer neutrale, gronden. Wanneer het ontbindingsverzoek strandt op bijvoorbeeld schending van het anciënniteitsbeginsel, heeft alleen de werkgever een probleem, maar behoort hij de werknemer daarop niet aan te kijken.

¹⁷ Zie noot 5.

¹⁸ C.G. Scholtens, 'De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1)', *ArbeidsRecht* 2001, 31, p. 7.

¹⁹ Een uitzondering: de kantonrechter in Hof Amsterdam 13 maart en 5 juni 2003, *JAR* 2003/194, die een op bedrijfseconomische gronden verzochte ontbinding toewees op grond van een – door partijen niet aangevoerde – verstoorte arbeidsrelatie.

Dossieronderzoek naar effecten van afwijzing van ontbindingsverzoeken is mij niet bekend.²⁰ Slechts sporadisch komt je ter ore dat de afdeling die onder geen beding meer met de werknemer door één deur kon (aldus het ontbindingsverzoek) na afwijzing van de ontbinding de werknemer bij terugkeer op de werkvloer ontvangt met koffie en gebak onder het motto: ‘zand erover’.

In het verleden is wel onderzoek gedaan naar de effecten van geweigerde ontslaanvragen.²¹ Het was een beperkt onderzoek, maar een opmerkelijke bevinding is dat van elke tien werknemers voor wie een ontslagvergunning is geweigerd, er vijf à zes in dienst blijven en de overgrote meerderheid na een half jaar ook nog feitelijk werkzaam is bij de werkgever.²² Mijn inschatting is dat kantonrechters een dergelijke score niet zullen halen, omdat de meeste ontslagvergunningprocedures gebaseerd zijn op bedrijfseconomische redenen en derhalve ‘neutraler’ dan de meeste ontbindingsprocedures, maar aan de ontbindingsprocedure komt toch een preventief effect toe dat in de stelling van Scholtens wordt miskend.

3.6 Motivering en motief

De gepubliceerde jurisprudentie geeft een beperkt en daardoor vertekend beeld van de dagelijkse praktijk. Scholtens wijst er ook op dat het feit dat een ontbindingsverzoek om een bepaalde reden geweigerd is, geen wet van Meden en Perzen is dat in die gevallen altijd geweigerd wordt en dat tegenover praktisch alle weigeringen uitspraken staan waarin de ontbinding in eenzelfde of soortgelijke situatie toch werd uitgesproken.²³ Te weinig wordt beseft dat de motivering van een beslissing (slechts) de rechtsgronden voor de beslissing weer geeft, maar niet wat uiteindelijk de doorslag heeft gegeven om de knoop op een bepaalde manier door te hakken. En zo lang we in Nederland niet aan een zogenaamd precedentenstelsel als in Angli-

20 In de in noot 13 genoemde werkgeversenquête (p. 51) gaven werkgevers aan dat 70% van de werknemers uit dienst zijn; hoe lang ze in dienst zijn gebleven is niet duidelijk.

21 Knecht & Wilthagen e.a., a.w., p. 196 e.v.

22 Het in noot 13 genoemde onderzoek (p. 49) meldt dat werkgevers aangeven dat 93% van de betrokken werknemers uiteindelijk toch zijn vertrokken; niet duidelijk is op welke termijn. Het grote verschil wordt door de onderzoekers verklaard door de veranderde arbeidsmarkt.

23 Zie Grapperhaus, Loonstra & Scholtens, a.w., p. 56.

caanse rechtssystemen gebruikelijk, willen, is de waarde van het inventariseren van (gepubliceerde) beslissingen betrekkelijk.

In dat kader een voorbeeld. Bij de behandeling van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek deed de gemachtigde van de werknemer een beroep op een drietal uitspraken van kantonrechters. De gemachtigde van de werkgever reageerde daarop door de mening te verkondigen dat kantonrechters er niet blij van worden geconfronteerd te worden met beslissingen van collega's; hij beperkte zich tot het bespreken van een tweetal uitspraken. Op mijn vraag of hij de derde uitspraak bewust niet had besproken, antwoordde hij ontkennend. Ik hield hem voor dat ik zelf die derde uitspraak had gedaan, hetgeen tot hilariteit aanleiding gaf. Wel gaf het mij de gelegenheid aan de werknemer uit te leggen waarom ik zijn geval niet vergelijkbaar vond met het geval waarin ik ten voordele van de werknemer had beslist.

Men kan zich zelfs afvragen in hoeverre het publiceren van (ontbindings)beslissingen echt zin heeft, wanneer daarin niet een geschilpunt in juridische zin wordt beslecht.

3.7 De dagelijkse praktijk

Omdat de gepubliceerde jurisprudentie slechts een topje van de ijsberg is, is het goed een blik in de keuken te werpen, of liever gezegd, *mijn* keuken.

Ontbindingsverzoeken komen in alle soorten en maten voor. De pro forma-procedures laat ik buiten beschouwing. Ook in zaken waarin inhoudelijk verweer wordt gevoerd, is het ontbindingsverzoek soms beperkt tot twee pagina's en zal pas ter zitting blijken wat er werkelijk aan de hand is. Het andere uiterste is het verzoekschrift van tientallen pagina's met nog meer tientallen producties, waarop een in omvang minstens even uitvoerig verweerschrift wordt ingediend.

Zowel in het ene als in het andere geval komt het voor dat de zitting niet doorgaat, omdat het verzoek wordt ingetrokken al dan niet met een volgende pro forma-procedure.²⁴ Afhankelijk van het moment waarop wordt doorgegeven dat de zitting niet hoeft door te

24 Dat de WW voor de werknemer dan veilig gesteld wordt, is ook dan niet zeker: zie CRvB 21 januari 2004, *JAR* 2004/66, en naar aanleiding daarvan: D.J. Buijs, 'De geregelde ontbinding: spitsroeden lopen', *SR* 2004, p. 196-198. Zie ook: G.C. Boot, 'Verwijtbare werkloosheid: de rechtspraak van de CRvB in 2004', *ArbeidsRecht* 2005, 19.

gaan, heb ik de stukken gelezen en op basis daarvan al een voorlopige indruk gekregen. Ook bij dikke stapels stukken heb ik regelmatig de indruk dat het verzoek eigenlijk niet voor toewijzing gereed ligt.

Zoals gezegd, bij dikke stapels stukken ligt het voor de hand dat je op basis daarvan de zitting ingaat met een bepaalde voorlopige opvatting die zowel kan wijzen op mogelijke afwijzing als mogelijke toewijzing van het verzoek (nog los van de vraag welke vergoeding bij toewijzing in de rede lijkt te liggen). Naarmate meer schriftelijke informatie beschikbaar is, blijkt de zitting zelden echt nieuwe invalshoeken op te leveren. En dan komt het regelmatig voor dat partijen de gang op worden gestuurd met het vooruitzicht dat afwijzing van het ontbindingsverzoek in de rede ligt en dat het overleg op de gang vooral gericht zou moeten zijn op het maken van afspraken omtrent de terugkeer van de werknemer; dat dit enige voeten in de aarde zal hebben, is immers begrijpelijk. Maar niet zelden komen partijen terug in de zittingzaal met de mededeling dat zij alsnog overeenstemming hebben bereikt omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst en de voorwaarden waaronder zij dat wensen te regelen.

Het is verder ook een misverstand te menen dat kantonrechters alle aangevoerde argumenten voor zoete koek slikken. Dat ontbindingsverzoeken meestal worden toegewezen, betekent niet dat de daarvoor aangevoerde argumenten en omstandigheden niet kritisch onder ogen worden gezien. Weliswaar leent de ontbindingsprocedure zich niet voor (uitvoerige) bewijslevering, maar soms is een extra stap nodig. Twee voorbeelden uit mijn praktijk. In beide gevallen voerde de werkgever aan dat het team waarbinnen de werknemer werkzaam was, hoe dan ook niet meer met de werknemer, van wiens arbeidsovereenkomst ontbinding werd gevraagd, wilde samenwerken.

In het eerste geval zouden de werknemers zich volgens de werkgever op het standpunt stellen, dat zij zouden vertrekken als de werknemer terug zou komen. Hij, de werknemer, voerde aan dat hij nog steeds goed contact met zijn collega's had en dat hem daarvan niets was gebleken. Het leek mij dan ook minstens billijk dat zijn collega's hem dat eventueel in zijn gezicht zouden zeggen. Daarom heb ik al die collega's als informant gehoord. Daarbij bleek dat slechts één van hen dit standpunt huldigde: hij was op de baan van de werknemer (leidinggevende!) voor wie ontbinding werd gevraagd, uit. Desalniettemin werd de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van 'botte onwil' van de werkgever met een navenant prijskaartje.

Ook in het andere geval werd aangevoerd dat het team samenwerking met de werknemer in de toekomst uitsloot. En ook in dat geval

hield ik de zitting aan om het werkelijkheidsgehalte van de stelling van de werkgever te kunnen toetsen. Een aanstaand collega zat in de zaal om eens te zien hoe het gaat met ontbindingszaken en zijn commentaar was: ‘waarom doe je dat? hier is toch duidelijk sprake van een verstoorde arbeidsrelatie?’. Tot een beslissing is het niet gekomen, omdat de werkgever het verzoek introk alvorens het tot het horen van de collega’s was gekomen.

Daarmee moge zijn aangegeven dat voor de beslissing ‘ontbinden of niet’ regelmatig niet juridisch relevante feiten en omstandigheden de doorslag geven. Uiteindelijk komt het voor die vraag toch aan op een inschatting of afwijzing van het ontbindingsverzoek perspectieven biedt voor voortzetting of herstel van de arbeidsrelatie. En dan is het de vraag of de inschatting ‘dat het toch nooit meer wat wordt’²⁵ in een extrajudiciële procedure als de art. 7:685 BW-procedure nog steeds is, eigenlijk niet gewoon als van doorslaggevende betekenis zou moeten worden aanvaard.

In kringen van secretarissen van kantonrechters schijnt het gerucht te gaan dat vooral beginnend kantonrechters geneigd zijn ontbindingsverzoeken eerder af te wijzen. Ik herken dat in zoverre dat ik in het begin van mijn werkzaamheden als kantonrechter inderdaad eerder geneigd was ontbindingsverzoeken af te wijzen dan later. Achteraf bezien heb ik me kennelijk na enige tijd meer laten leiden door de door Mannoury beschreven tijdsgeest. In de afgelopen jaren bespeur ik bij mezelf evenwel de neiging de lat toch hoger te leggen.

De tendensen komen samen in een (niet gepubliceerd) geval dat zich in het midden van de jaren tachtig voordeed, waarin de werkgever op instigatie van zijn Amerikaanse holding een ‘reorganisatie’ wenste door te voeren in die zin dat de twee oudere parttime werkende secretaresses zouden moeten worden ontslagen ten faveure van het in dienst nemen van een jonge secretaresse die als uitzendkracht al bij de werkgever werkte. De directeur GAB had de gevraagde ontslagvergunningen afgewezen. Mijn oordeel dat het in Nederland zo niet werkt, stuitte op onbegrip. Ook nu valt het Nederlandse ontslagrecht niet aan Amerikanen uit te leggen.

Voor mijn eigen ontbindingspraktijk is van belang geweest (en nog steeds van belang) een (deels) wel gepubliceerde zaak.²⁶ In 1983 verzocht de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemer die bij hem in dienst was gekomen, nadat de werkgever

25 Volgens Mannoury, a.w., een argument dat op zichzelf feitelijk doorgaans juist is.

26 Ktr. Harderwijk 3 juli 1984, *Prg.* 1984, 517.

zijn oliehandel (die hij als zelfstandige in decennia had opgebouwd) had overgenomen. De aangevoerde grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst was dat de werknemer disfunctioneerde. Ter zitting werd duidelijk dat sprake was van een mismatch. De werknemer voerde aan dat van hem niet gezegd kon worden dat hij in de oliehandel niet goed kon functioneren. Omdat hij met verwijzing naar zijn eigen bedrijf (dat de werkgever voor goed geld had overgenomen) aanvoerde dat hij niet kon accepteren nu in de hoek gezet te worden, stelde ik hem voor de vraag of hij echt door wilde gaan bij deze werkgever en merkte ik op dat dit waarschijnlijk niet gemakkelijk zou zijn. Toch koos de werknemer voor doorgaan. Daar ging ik in mee. Een jaar later verzocht de werknemer zelf ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Ter zitting zag hij er vele jaren ouder uit en intussen had hij een kort geding moeten voeren om te realiseren dat hij (terwijl hij in de tussentijd door de werkgever aan een keukentafel zonder telefoon was gezet) gebruik mocht maken van het toilet; de werkgever had verkondigd dat de werknemer zou lijden aan een besmettelijke ziekte. Achteraf bezien had ik waarschijnlijk beter de arbeidsovereenkomst in 1983 wel kunnen ontbinden. In 1984 kon ik de aan de werknemer toekomende vergoeding – niet gehinderd door een formule – bepalen op een rond bedrag (f 500 000).

Die ervaring heeft in de loop der jaren zo doorgewerkt dat ik – nog steeds – terughoudend ben bij het toewijzen van ontbindingsverzoeken wanneer de grondslag daarvoor mager is, maar dat uiteindelijk toch perspectieven voor voortzetting van de arbeidsrelatie (al dan niet met herplaatsing of in een andere functie) aannemelijk moeten zijn om tot afwijzing van een ontbindingsverzoek te komen. Dat geldt overigens ongeacht de vraag of het de werkgever of de werknemer is die ontbinding verzoekt.

3.8 Opzegverbod tijdens ziekte

Sinds de inwerkingtreding van de Wet verbetering poortwachter bestaat aanleiding grotere terughoudendheid te betrachten bij toewijzing van ontbindingsverzoeken wanneer het gaat om zieke werknemers.²⁷ Dat heeft niet zozeer te maken met de tweede volzin van het

²⁷ Een bijzonder geval Ktr. Apeldoorn 1 november 2004, *JAR* 2004/264. Uit de Ontslagstatistiek 2003 (zie noot 8) blijkt overigens ook dat slechts 3% van de ontslaanvragen wegens arbeidsongeschiktheid (na twee jaar ziekte) wordt geweigerd.

eerste lid van art. 7:685 BW, maar met enerzijds de WULBZ, waarbij de werknemer bij ziekte meestal recht heeft op doorbetaling van 100% van zijn loon (terwijl hij bij ontbinding in het vangnet van de Ziektewet genoeg moet nemen met 70%) en anderzijds de thans in art. 7:658a BW neergelegde reïntegratieverplichtingen van de werkgever die erop gericht zijn de werknemer in het arbeidsproces te houden, zo nodig bij een andere werkgever. In dat laatste zit hem de crux. Ook als terugkeer bij de werkgever niet mogelijk is ‘omdat het toch niets meer wordt’ betekent dat (in de woorden van Mannoury²⁸) niet dat je in het feit dat iemand geen zin heeft om te doen waartoe hij rechtens gehouden is, voldoende grond ziet om hem daarvan dan maar vrij te stellen. Daarvoor is te minder aanleiding, nu externe reïntegratie veelal door een evenzeer extern reïntegratiebedrijf pleegt te worden gerealiseerd en het niet voor de hand ligt de kosten daarvan af te wentelen op het UWV.

Anderzijds kan het zijn dat de werknemer pas succesvol aan ander werk kan komen, wanneer hij ook zelf afscheid heeft genomen van zijn werkgever. En dan ligt het voor de hand dat werkgever en werknemer – op basis van de probleemanalyse – in het plan van aanpak koersen op externe reïntegratie. Dan kan het reïntegratietraject natuurlijk mislopen, maar dan staat het opzegverbod er niet aan in de weg dat partijen uit hun lijden verlost worden. Dat kan dan ook het beste gebeuren op het moment dat duidelijk wordt dat de in- of externe reïntegratie tot mislukken gedoemd is en zijn werkgever noch werknemer erbij gebaat te wachten totdat de lijdensweg de volle twee jaar heeft geduurd.

3.9 Verhouding CWI-procedure/ontbindings-procedure

Heeft een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst kans van slagen indien er al een CWI-procedure aanhangig is gemaakt of zelfs al ontslagvergunning is verleend? Voor niet-ontvankelijkheid is geen plaats²⁹, omdat een ontbindingsverzoek nu eenmaal *te allen tijde* kan worden ingediend.³⁰

28 Zie noot 16.

29 Anders Ktr. Harderwijk 3 juli 1992, *JAR* 1992/120.

30 Aldus ook de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters met betrekking tot art. 7:685 BW-procedures.

De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters met betrekking tot art. 7:685-procedures gaan er mijns inziens te gemakkelijk van uit dat in zo'n situatie tussen partijen vaststaat dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dient te eindigen en dat de kantonrechter dan niet meer of minder heeft te doen dan het gebruikelijke instrumentarium (aan de hand van risicosfeer en verwijtbaarheid) te benutten om een billijke vergoeding toe te kennen.

Toch blijven kantonrechters moeite hebben met dergelijke ontbindingsverzoeken, omdat de werkgever er veelal op zal wijzen dat de werknemer na opzegging van de arbeidsovereenkomst met ontslagvergunning aangewezen is op een procedure ex art. 7:681 BW, welke procedure nu eenmaal meer waarborgen biedt dan de extrajudiciële ontbindingsprocedure.³¹ Bovendien blijken schadevergoedingen op grond van art. 7:681 BW in de praktijk substantieel lager uit te vallen dan ontbindingsvergoedingen.³² Wanneer de werknemer in het zicht van het einde (door opzegging) van de arbeidsovereenkomst ontbinding vraagt van de arbeidsovereenkomst teneinde een vergoeding toegewezen te krijgen, heeft hij daarbij een (door de Hoge Raad aanvaard³³) belang. Mede om die reden is niet-ontvankelijkverklaring niet op haar plaats, maar de kern ligt in de vraag of ontbinding zelf wel op haar plaats is.

Bij afwijzing van ontbindingsverzoeken wanneer de arbeidsovereenkomst toch al zal eindigen doordat deze rechtsgeldig is opgezegd, plegen kantonrechters te overwegen dat de werknemer een oneigenlijk gebruik maakt van art. 7:685 BW omdat de art. 7:681-procedure de geëigende weg is om een vergoeding na te streven³⁴ en soms ook dat zulks zou stroken met het systeem van de wet en de (kennelijke) bedoeling van de wetgever.³⁵ Dit laatste lijkt mij in ieder geval geen

31 Het rechtsmiddelenverbod houdt de gemoederen al lang bezig (zie onder andere S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 209 en met name de noten 134-137) en in dat kader speelt zich de discussie over het extra-judicieel karakter van de ontbindingsprocedure veelal af.

32 C.G. Scholtens, 'Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn', *ArbeidsRecht* 2002, 59. Inmiddels stellen de gerechtshoven zich op het standpunt dat de kantonrechtersformule in procedures ex art. 7:681 BW (slechts) moet worden beschouwd als een uitgangspunt.

33 HR 22 mei 1964, *NJ* 1964, 324.

34 Bijvoorbeeld Ktr. Amersfoort 26 november 2003, *JAR* 2004/1, Ktr. Almelo 23 juni 2004, *JAR* 2004/172, Ktr. 's-Gravenhage 23 december 2004, *RAR* 2005, 1.

35 Ktr. Almelo 23 juni 2004, *JAR* 2004/172.

hout te snijden. De rechtspraak heeft zich in de loop der jaren weinig aangetrokken van de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de voorgangers van art. 7:681 BW en art. 7:685 BW. Strijd met het wettelijk systeem zie ik eigenlijk ook niet, nu art. 7:685 BW partijen te allen tijde het recht geeft een ontbindingsverzoek te doen en het probleem slechts zit in het rechtsmiddelenverbod en het extrajudiciële karakter van art. 7:685 BW tegenover de contentieuze appellabele en cassabele kennelijk onredelijk ontslagprocedure. In feite wordt een niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken.

De kantonrechter zal net als in alle andere gevallen moeten nagaan of er sprake is van een verandering van omstandigheden die ertoe zou moeten leiden dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of op korte termijn behoort te eindigen. Wanneer de arbeidsovereenkomst toch al op korte termijn zal eindigen, lijkt er in beginsel weinig ruimte voor het oordeel dat sprake is van zodanige verandering in de omstandigheden dat ontbinding op zijn plaats is. Misschien wordt onvoldoende onderscheid gemaakt tussen de beslissing of ontbinding dient te volgen en de vraag naar het prijskaartje. Het indienen van een ontbindingsverzoek teneinde een vergoeding (dan wel een hogere vergoeding dan de werkgever heeft aangeboden of voortvloeit uit een sociaal plan) vormt voor de werknemer wel een gerechtvaardigd belang om het verzoek in te dienen, maar dit enkele belang levert nog niet een gewichtige reden op om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Voorts is het zaak onderscheid te maken tussen gevallen waarin de CWI-procedure nog loopt en de gevallen waarin al rechtsgeldig is opgezegd en de einddatum van de arbeidsovereenkomst vaststaat. Het is de vraag of de sector kanton Almelo dit onderscheid wel maakt. Deze sector heeft geleden aan interne meningsverschillen omtrent deze problematiek, maar men heeft zich uiteindelijk gebonden aan een beleidslijn die blijkt uit een beschikking naar aanleiding van ontbindingsverzoeken nadat door de werkgever de arbeidsovereenkomsten rechtsgeldig waren opgezegd.³⁶ De relevante overwegingen waren:

36 Ktr. Almelo 23 juni 2004, *JAR* 2004/172; het meningsverschil blijkt overigens niet uit de onder hetzelfde JAR-nummer gepubliceerde beschikking van de Kantonrechter Almelo van 24 maart 2003 (kennelijk een schrijffout voor 2004 – DJB), omdat de tweede beschikking betrekking had op opgezegde arbeidsovereenkomsten, terwijl de eerste beschikking betrekking had op een geval waarin de CWI-procedure nog liep en de werknemer arbeidsgehandicapt was.

‘Voor een inhoudelijke beoordeling van een ontbindingsverzoek in een dergelijke situatie is nog slechts plaats indien de werknemer stelt en aannemelijk maakt dat van haar of hem wegens bijzondere omstandigheden niet gevegd kan worden dat de overeenkomst nog tot de datum waartegen met vergunning opgezegd is ongewijzigd in stand blijft. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een werknemer nog enkele maanden werkzaamheden moet verrichten en de werkgever hem niet in de gelegenheid stelt alvast in een nieuwe baan te beginnen of indien het werkklimaat na de ontslagaanzegging door toedoen van de werkgever zodanig is verslechterd dat van de werknemer in redelijkheid niet meer kan worden gevegd dat hij tot de ontslagdatum werkzaamheden blijft verrichten. Zoals overigens ook ontslagaanzegging of -neming op staande voet wegens een dringende reden nog steeds mogelijk is tot de reguliere ontslagdatum.’

Strikt genomen volgt uit deze beschikking dat het ontbindingsverzoek, omdat het niet inhoudelijk wordt beoordeeld, niet-ontvankelijk verklaard wordt, hetgeen de beschikking appellabel lijkt te maken. Hoewel te waarden valt dat de sector kanton Almelo enig inzicht geeft in haar gedachtegang door voorbeelden te noemen waarin wel plaats is voor inhoudelijke beoordeling, wordt miskend dat ieder ontbindingsverzoek op zijn merites behoort te worden beoordeeld (waarbij van belang kan zijn of de arbeidsovereenkomst al dan niet is opgezegd) en dan zal ieder argument van de werknemer moeten worden gewogen en desgewenst worden verworpen. De werknemer zal dus veranderingen in de omstandigheden moeten aanvoeren die een ontbinding tijdens de opzegtermijn (wel) rechtvaardigen. Dan ligt het vragen van ontbinding per de datum waartegen opgezegd is³⁷ eigenlijk niet voor de hand. En uit dit voorbeeld blijkt ook dat het wel degelijk uitmaakt of is opgezegd dan wel een CWI-procedure loopt of aan de werknemer in het vooruitzicht is gesteld. Het is zelfs de vraag of een werknemer er verstandig aan doet in die situaties ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken, omdat hem dat wellicht op verwijtbare werkloosheid in de zin van de WW kan komen te staan.

In de praktijk wordt de soep niet altijd zo heet gegeten als die wordt opgediend. Het komt voor dat bij de behandeling van het ontbindingsverzoek aannemelijk wordt dat in een art. 7:681 BW-procedure waarschijnlijk aanleiding zal bestaan voor het toekennen van een (aanvullende) vergoeding en dan is het praktisch de oplossing te

37 Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *JAR* 1999/71.

vinden in de ontbindingsprocedure; noch werkgever noch werknemer verheugen zich op de deugdelijke art. 7:681 BW-procedure. Maar als de voorspelling omtrent de mogelijke uitkomst van die procedure minder duidelijk is, of de werkgever erop staat dat die procedure (en niet de ontbindingsprocedure) wordt gevolgd, zal de rechter zich hebben te concentreren op de vraag welke veranderingen in de omstandigheden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst nopen. Als die omstandigheden er zijn, zal hij (maar ook dan pas) zich de vraag hebben te stellen of een vergoeding op zijn plaats is en, zo ja, op welk bedrag die vergoeding zou moeten worden vastgesteld.³⁸

3.10 Voorwaardelijke ontbinding

De voorwaardelijke ontbinding is een onderwerp waarmee ik altijd heb geworsteld. Die worsteling speelt in het bijzonder wanneer het gaat om ontslag op staande voet. Maar ook hier wordt in de praktijk de soep vaak niet zo heet gegeten. Na een ontslag op staande voet volgt veelal een kort geding van de werknemer en, ongeveer gelijktijdig, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever. Beide procedures leiden niet tot een ‘gewijsde’. Wel wordt vaak ter zitting duidelijk dat het ontslag op staande voet toch minder onproblematisch is dan de werkgever bij het geven ervan dacht.³⁹ En in veel gevallen besluit de werkgever tot intrekking van het ontslag op staande voet en wordt de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk ontbonden. De gepubliceerde rechtspraak geeft ook in dit opzicht een vertekend beeld. Doorprocederen is immers geen aantrekkelijk perspectief.⁴⁰

38 De discussie omtrent de vraag of de kantonrechttersformule kan worden toegepast in kennelijk onredelijk ontslagprocedures komt dan niet aan de orde: de kantonrechter zal dan het instrumentarium van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters benutten, waardoor het argument van de werkgever dat de werknemer misbruik van procesrecht maakt (dat dan wordt verworpen) wellicht in zijn nadeel uitpakt.

39 Er zitten nogal wat kritische punten in een ontslag op staande voet: objectieve dringendheid, subjectieve dringendheid, onverwijldheid van de opzegging, de gelijktijdige mededeling van de reden van opzegging, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, enzovoort.

40 Bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 23 juni 2004, *JAR* 2004/188: na ontslag op staande voet twee afgewezen voorwaardelijke ontbindingsverzoeken, een kort geding waarin de loonvordering werd toegewezen, en een bodemprocedure waarin na bewijslevering het ontslag op staande voet niet geldig werd geoordeeld, waarna in hoger beroep het ontslag op staande voet alsnog rechtsgeldig werd geacht.

Ontslag op staande voet lijkt door werkgevers in veel gevallen als tactisch middel te worden ingezet.⁴¹ Ontslag op staande voet lijkt voor werkgevers een aantrekkelijke methode om snel en relatief goedkoop van een werknemer af te komen. Dat verklaart wellicht mijn extra kritische benadering van voorwaardelijke ontbindingsverzoeken. Daarbij moet wel onderscheid gemaakt worden tussen situaties waarin de arbeidsrelatie toch al onder druk stond en het enkele incident dat door de werkgever hoog wordt opgevat. In het eerste geval kost het minder moeite het voorwaardelijk ontbindingsverzoek te behandelen als een ‘gewoon’ ontbindingsverzoek.

Wanneer de werkgever een enkele gebeurtenis (in de zin van een gedraging van de werknemer als bedoeld in art. 7:678 BW) als dringende reden beschouwt, is allereerst de vraag of een dringende reden voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.⁴² Als aannemelijk is dat inderdaad sprake was van een dringende reden, dan kan moeiteloos op die grond worden ontbonden. In veel situaties is dat evenwel niet het geval en dan is het de vraag of sprake is verandering van omstandigheden die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst nopen. Net zoals bij ontbindingsverzoeken van de werknemer tijdens de opzegtermijn, zullen dan extra redenen (buiten de voor het ontslag op staande voet aangevoerde redenen) moeten worden aangevoerd om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen komen. Veelal wordt gesteld dat de arbeidsrelatie verstoord is, maar wanneer die verstoring zou zijn veroorzaakt door het ontslag op staande voet, terwijl de redenen daarvoor niet komen vast te staan, kan niet worden gezegd dat desalniettemin (laat staan daarom) de arbeidsovereenkomst *billijkheidshalve* dadelijk of na korte tijd *behoort* te eindigen.⁴³

Ook valt er wel wat voor te zeggen om bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek het ontslag op staande voet helemaal buiten beschouwing te laten⁴⁴ en los daarvan na te gaan of aanleiding bestaat de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁴⁵

41 E. Verhulp, ‘Na de voorwaardelijke ontbinding...’, *ArbeidsRecht* 2003, 6.

42 Onjuist de kantonrechter in HR 2 april 2004, *JAR* 2004/114 die meende dat hij de arbeidsovereenkomst niet op grond van dezelfde redenen als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegd waren, mocht ontbinden.

43 Uitgebreid schreef ik daarover in Ktr. Harderwijk 13 november 1984, *Prg.* 1985, 2247 en kort in Ktr. Harderwijk 11 oktober 1995, *Prg.* 1996, 4492.

44 Vgl. de ontslagvergunning voorzover vereist; zie daarover uitvoerig Kuip, a.w., p. 135-143.

45 Ktr. Utrecht 17 april 2002, *JAR* 2002/145.

Ten slotte nog enkele opmerkingen naar aanleiding van de vraag hoe om te gaan met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek wanneer de werknemer geen beroep heeft gedaan op art. 6 BBA 1945. Verhulp⁴⁶ heeft zich de vraag gesteld of de werkgever die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden heeft opgezegd – zolang de werknemer de opzegging niet vernietigt – ontvangen kan worden in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Naar zijn mening is dat niet het geval. Zolang de werknemer de opzegging niet vernietigt, is het einde van de arbeidsovereenkomst door de opzegging een feit. Er is niet voldaan aan de door de Hoge Raad gestelde voorwaarde voor de voorwaardelijke ontbinding. Er is geen ruimte ervan uit te gaan dat de arbeidsovereenkomst nog voortduurt. Het gegeven dat de werknemer de mogelijkheid heeft om de opzegging (alsnog) te vernietigen, verandert daar niets aan, aldus nog steeds Verhulp.

In zijn voetspoor heb ik, omdat ik het met hem eens was (en trouwens nog steeds ben), een niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken.⁴⁷ Dit kwam mij in en buiten de literatuur op kritiek te staan⁴⁸ die er voornamelijk op neerkwam dat dit standpunt niet praktisch⁴⁹ is. In dat verband zijn er twee lijnen: de ene rechtshulpverlener vindt dat na een ontslag op staande voet altijd een voorwaardelijk ontbindingsverzoek moet worden ingediend (nalaten daarvan kan een kunstfout zijn!), de andere gaat ervan uit dat dit een zwakgebod is, omdat de werkgever twijfelt aan de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet. Nu is twijfel aan de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet altijd op zijn plaats⁵⁰, maar dit neemt niet weg dat telkens de vraag moet worden gesteld of de werkgever wel enig rechtens te respecteren belang heeft bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek wanneer de opzegging door de werknemer niet wordt vernietigd dan wel enig concreet uitzicht daarop bestaat. En dat laatste maakt het voor mij⁵¹ gemakkelijk me te vinden in de Amsterdamse

46 Verhulp, a.w.

47 Ktr. Apeldoorn 6 oktober 2003, *JAR* 2003/246.

48 C.G.M. Fruytier, 'De voorwaardelijke ontbinding', *ArbeidsRecht* 2004, 52.

49 R.M. Beltzer vindt de redenering bovendien gekunsteld en vanuit principieel oogpunt onjuist: *JAR Verklaard*, Jaaroverzicht 2004, p. 14.

50 Zie noot 39.

51 En ook E. Verhulp, *JAR Verklaard* juli-november 2004, p. 21-23, die mijn beschikking (en in zijn voetspoor ook Beltzer, a.w.) ten onrechte toeschreef aan de Kantonrechter Deventer.

beschikkingen⁵², waarin de werknemer aanvoerde dat hij *nog* geen beroep had gedaan op de vernietigingsgrond van art. 9 BBA 1945. In die situatie wordt de onzekerheid die de Hoge Raad⁵³ als gerechtvaardigd belang voor het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek accepteerde (in een geval waarin wél de nietigheid van het ontslag was ingeroepen), immers geconcretiseerd.

Wel is het de vraag of niet-ontvankelijkheid het juiste dictum is, wanneer de werknemer op het ontslag op staande voet niets heeft uitgedaan. Misschien is het toch beter om – net als de kantonrechter in de zaak *Nijman*⁵⁴ – het ontbindingsverzoek af te wijzen. Ook in dat geval was de kernvraag of de werknemer zich schuldig had gemaakt aan financiële malversaties en waren er verder geen problemen. Het ging er Nijman om⁵⁵ het al of niet bestaan van die financiële malversaties door middel van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure vast te stellen. Daarvoor leent de ontbindingsprocedure zich evenwel niet.

Het afwijzen van het ontbindingsverzoek vanwege de kans op tegenstrijdige beslissingen van de ontbindingsrechter en de bodemrechter⁵⁶, vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad gezien het verschil in aard van beide procedures. En juist de aard van de ontbindingsprocedure (waarin anders dan in een dagvaardingsprocedure de rechter niet gehouden is feiten die niet weersproken worden als vaststaand aan te nemen) verzet zich ertegen maar te accepteren dat het billijk is de ‘gerechtvaardigde’ belangen van de werkgever te honoreren zonder enig tegenwicht van de kant van de werknemer.⁵⁷ Op zijn minst ontstaat de schijn dat de rechter hand- en spandiensten verleent aan de werkgever.⁵⁸

52 Ktr. Amsterdam 13 januari 2004, *JAR* 2004/119, bevestigd door Hof Amsterdam 10 juni 2004, *JAR* 2004/183.

53 HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 296.

54 Zie noot 53.

55 Aldus de conclusie OM.

56 Heel zuiver Ktr. Rotterdam 7 juli 1989 en 4 augustus 1989, *Prg.* 1990, 3209 die het voorwaardelijk ontbindingsverzoek afwees, omdat onvoldoende gronden aanwezig waren om te spreken van een gewichtige reden en vervolgens tot de conclusie kwam dat het ontslag op staande voet terecht was verleend.

57 Het is wellicht van belang op te merken dat in het geval van noot 47 de werknemer helemaal niets van zich had laten horen en – anders dan in het Amsterdamse geval – ook niet ter zitting verschenen was. Het kan zelfs zijn dat de werknemer niet weet dat de werkgever hem op staande voet wilde ontslaan, omdat de opzegging hem niet bereikt heeft.

58 Zie noot 16.

Loonstra meent dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure wel kan worden gemist⁵⁹ evenals het ontslag op staande voet als zodanig.⁶⁰ Mijn worsteling met de voorwaardelijke ontbinding leidt me evenwel niet tot de opvatting dat afschaffing geboden is. Nog daargelaten dat het me wetgevingstechnisch lastig lijkt dit adequaat te realiseren, er blijft behoefte aan extra-judiciële beslissingen van rechters in situaties waarin discussie bestaat omtrent het (nog) bestaan van een arbeidsovereenkomst en dat gaat ook om andere gevallen dan waarin sprake is van ontslag op staande voet.

59 C.J. Loonstra, 'Snijden in het ontslagrecht', *NJB* 2005, p. 290-297.

60 Daartegen: S.F. Sagel, *Het Financieele Dagblad* 24 maart 2005; ook naar mijn mening kan het ontslag op staande voet op zichzelf niet worden gemist, al zou een terughoudender gebruik van deze mogelijkheid op zijn plaats zijn.

4 Wie vertrokken er uit Rotterdam en voor hoeveel?

Oftewel anciënniteit deze eeuw in ontbinding

*Rolf Hansma**

4.1 In Rotterdam wordt het geld verdiend

Iedere advocaat heeft wel een paar nagels aan zijn doodskist, procedures die traag doorzeuren als kiespijn zonder dat de haven in zicht is. Degene aan wie deze bundel in vriendschap is opgedragen, zal daarop wel geen uitzondering zijn, al heb ik hem er nooit over horen klagen. Toch ben ik benieuwd naar zijn reactie als ik ‘Smit Haven-sleepdiensten’ zeg. Misschien dat de geheimhoudingsplicht dan wat roet in het eten gooit, maar fonkelende ogen, een schaterende lach en – onder het genot van een vers sigaretje – een paar met smaak opgediste, opvallende gebeurtenissen uit het bijna negen jaren lopende geschil¹ mag ik toch wel verwachten. Waar ging het over?

Smit moest in 1992 reorganiseren en besloot per sleepboot met drie in plaats van vier man te gaan varen, waardoor onder meer 89 van de 245 matrozen en matrozen-motordrijvers hun baan verloren. Daartoe werd met de Vervoersbonden FNV en CNV een sociaal plan afgesproken, waarin werd bepaald dat per functie het anciënniteitsbegin-sel uit het (nu) Ontslagbesluit zou worden gehanteerd, dat de functies matroos en matroos-motordrijver als één functie zouden worden beschouwd, en dat de werknemers die ontslagen moesten worden meteen op non-actief werden gesteld tegen 85% van het netto salaris. Daarop stelde Smit een lijst vast, waarop alleen matrozen of matrozen-motordrijvers voorkwamen zonder een promoverend diploma. Dit diploma was voor de beide matroosfuncties niet vereist, maar wel noodzakelijk voor kapitein of machinist. En door een speciale oude-renregeling in het sociaal plan vertrokken er nogal wat machinisten

* Mr. R. Hansma is senior vice-president Labour Affairs en Labour Relations ABN AMRO Bank Amsterdam.

¹ Ktr. Schiedam 3 november 1992, *JAR* 1992/125; Rb. Rotterdam 18 september 1997, *JAR* 1997/212; HR 15 oktober 1999, *JAR* 1999/275 en Ktr. Schiedam 18 september 2001, *JAR* 2001/208.

en kapiteins, zodat hun plaatsen opgevuld moesten worden door gepromoveerde matrozen.

Omdat twaalf niet-gediplomeerde matrozen dat onderscheid niet pikten, moest de kantonrechter in Schiedam eraan te pas komen.² Nadat een vijftal formele verweren – daarin herkent men toch de ware meester – van de advocaat van Smit waren gesneuveld, gaf de rechter de matrozen gelijk: met of zonder diploma maakte de matroosfunctie niet anders, zodat ook geen sprake kon zijn van niet-uitwisselbare functies. Ook het feit dat een matroos mogelijk minder geschikt was voor een hogere functie betekende niet dat zijn huidige functie niet uitwisselbaar was met die van een collega, die wel het vereiste papiertje voor zo'n hogere functie op zak had. Voorts was er geen ruimte categorisch van het anciënniteitsbeginsel af te wijken ten voordeel van alle gediplomeerden, aangezien die afwijking uit (nu) art. 4:2 lid 4 Ontslagbesluit alleen maar op individuele basis gemaakt mag worden.

Onvermoeibaar stelde Smit daarop een tweede lijst samen, waarbij het Lifo-beginsel werd ingeruild voor de afspiegelingsregel, en die alleen maar gold voor de twaalf matrozen uit de verloren voorlopige voorziening. Nadat nog een vijftal andere matrozen ook een procedure aanspanden en wonnen, werden er drie bodemprocedures gestart, waarin de kantonrechter in 1994 een gezamenlijk tussenvonnissen wees en ruim een jaar later eindvonnissen. De vorderingen tot tewerkstelling werden afgewezen, omdat de dienstverbanden al (al dan niet via de (nu) CWI-weg) waren beëindigd of men weer aan het werk was, maar de loonvorderingen van 15% van het netto loon over de non-actiefstelling werden toegewezen. Omdat Smit dat niet over zijn kant kon laten gaan, ging hij van beide vonnissen in appèl en kreeg twee jaren later op het nippertje gelijk: de volhardende advocaat van Smit had namelijk – voor het eerst tijdens het pleidooi in hoger beroep – terecht gesteld dat de kantonrechter 'voor zijn beurt' had gesproken, omdat het gesloten stelsel van het ontslagrecht ervan uitging dat de redelijkheidstoets voorafgaand aan een ontslag diende plaats te vinden door (nu) het CWI en pas achteraf door de rechter.³ Aangezien Rotterdamse zeelieden ook een naam hoog te houden hebben, gingen zij in cassatie, waardoor de advocaat van Smit zijn kans schoon zag nog een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in te stellen. Maar daarmee was zijn geluk wel zo'n beetje op: de Hoge

² Ktr. Schiedam 3 november 1992, *JAR* 1992/125.

³ Rb. Rotterdam 18 september 1997, *JAR* 1997/212.

Raad vernietigde het appèlvonnis omdat het (nu) CWI weliswaar besliste op verzoeken om een ontslagvergunning te verlenen, maar niets van doen had met loonvorderingen, zodat het feit dat het (nu) CWI nog geen oordeel had gegeven over zo'n verzoek geen argument kon/mocht zijn voor een rechter, die om een oordeel over een loonvordering werd gevraagd.⁴ De zaak werd daarop verwezen naar het Haagse hof, waar die evenwel nooit zou aankomen.

Eerder hadden zes matrozen en de erfgenamen van een zevende collega na door Smit regulier opgezegd te zijn een procedure ex art. 7:681 BW aangespannen, die eind 1996 in de ijskast was gezet, omdat de kantonrechter de uitkomst van de bodemprocedure op het punt van de gehanteerde selectiecriteria wilde afwachten. Toen dat onherroepelijke oordeel maar uitbleef omdat geen van beide partijen de zaak bij het hof in Den Haag aanbracht, verzuchtte de kantonrechter 'thans (is) zoveel tijd vanaf de aanvang van de procedure verstreken dat op basis van de huidige stand van zaken recht gedaan moet worden. Immers ook civiele procedures moeten binnen redelijke termijn worden afgewikkeld' en wees een beetje korzelig vonnis⁵: in weerwil van wat het (nu) CWI daarover had besloten werd geoordeeld dat Smit in strijd met het anciënniteitsbeginsel had geselecteerd en dat dat zonder deugdelijke grond was gebeurd, waarmee alleen daarom al de ontslagen kennelijk onredelijk waren. Ook het ontbreken van enige financiële regeling, terwijl de matrozen die vrijwillig waren vertrokken daarvoor wel een compensatie hadden gekregen, leidde tot die conclusie. Daarop kregen alle eisers een nominaal bedrag toegekend 'zonder daarbij – in de geest van de (vrijwillige) vertrekregeling uit 1994 – tot in detail rekening te houden met de duur van het dienstverband en leeftijd'.

Deze procedure, waarin het meesterlijke optreden van Gijs Scholtens als advocaat voor Smit goed zichtbaar is, geeft aanleiding tot een paar algemene vragen: hoe zit het met het in het Ontslagbesluit verankerde anciënniteitsbeginsel in een procedure voor de kantonrechter, waarbij dan onderscheid gemaakt kan worden tussen een ontbindingszaak en een art. 7:681 BW-procedure? Is die rechter aan dat beginsel gebonden en zo nee, speelt het dan toch een beetje een rol? En hoe worden dienstjaren bij de berekening van een ontslagvergoeding betrokken, de door mij zo verguisde A-factor in de kantonrech-

4 HR 15 oktober 1999, *JAR* 1999/275.

5 Ktr. Schiedam 18 september 2001, *JAR* 2001/208.

tersformule⁶? Vragen in een tijd, waarin dat anciënniteitsbeginsel flinke roestplekken begint te vertonen.⁷

4.2 Ontbindingszaken en het anciënniteitsbeginsel uit het Ontslagbesluit

Dat kantonrechters zich in ontbindingszaken door niemand de wet laten stellen, is bekend. Zo strooien zij op grond van hun Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in vrijwel iedere art. 7:685 BW-zaak met een onslagvergoeding, terwijl de wetgever niet uitgaat van die verplichting, maar spreekt van een mogelijkheid dat te doen als dat door de omstandigheden billijk voorkomt. Ook een vingerwijzing van ons hoogste rechtscollège maakt bij hen geen indruk.⁸ Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat zij zich ook niet gebonden achten aan het Ontslagbesluit of het daarop gebaseerde oordeel van het CWI.⁹

Op zichzelf heb ik daar geen enkele moeite mee, omdat het opzeggen van een arbeidsovereenkomst nu eenmaal wat anders is dan het ontbinden daarvan, zeker indien de verhouding tussen beide beëindigingsmethodes weer hersteld wordt door de – ook door mij voorgestane¹⁰ – afschaffing van het BBA. Je moet dan enorm oppassen al te gemakkelijk de normen van de ene methode te introduceren in de

6 R. Hansma, 'Weg met de rechterlijke loongolf', *NJB* 1996, p. 1635; 'Naschrift', *NJB* 1997, p. 212-213; 'De collectieve waanzin rond de kantonrechtersnorm', *NJB* 2000, p. 363-365 (in reactie op Scholtens); 'Snel afkicken van de kantonrechtersformule', *Het Financieele Dagblad* 16 oktober 2003.

7 H. Gorter & R. Hansma, 'Sociaal akkoord ABN AMRO eerder steen der wijzen dan des aanstoots', *Het Financieele Dagblad* 22 april 2004; R. Hansma, 'Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd', *NJB* 2004, p. 1484-1486; Stichting van de Arbeid, 'Advies inzake heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag' (advies van 1 december 2004, 13/04); *Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13, p. 13.

8 HR 22 september 1995, *JAR* 1995/215.

9 Vgl. Ktr. Rotterdam 10 september 2002, *JAR* 2002/273; Ktr. Leiden 4 december 2002, *JAR* 2003/5; Ktr. Roermond 31 maart 2003, *JAR* 2003/109; Ktr. Utrecht 2 juli 2004, *JAR* 2004/200; Ktr. Gorinchem 26 augustus 2004, *Prg.* 2004, 6299. Ktr. Wageningen 19 november 2003, *JAR* 2004/10 oordeelt echter dat hij het Ontslagbesluit 'dient toe te passen'.

10 R. Hansma, *Onrustig ontslagrecht; commentaar op wetsontwerp 21479, 's-Gravenhage*, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, 1990.

andere. Zeker nu de art. 7:685 BW-weg door de wetgever juist als uitlaatklep bedoeld is voor het geval er bij een tijdelijk arbeidscontract niet tussentijds opgezegd kan worden, de opzegtermijn te lang is, of er door (de vele) opzegverboden niet opgezegd kan worden. In zo'n situatie lijkt mij juist reflexwerking van de normen rond opzegging in een ontbindingsprocedure eerder onlogisch dan logisch: als een opzegging niet kan doorgaan door ziekte dan moet je in een art. 7:685 BW-procedure natuurlijk niet tegen hetzelfde probleem aanlopen.

Verder valt me op dat de reflexwerking altijd als selectief argument en ter bescherming van de werknemer wordt ingezet. Dat werd ook weer eens zichtbaar bij mijn werkgever tijdens de gedwongen ontslagen door reorganisaties en na een bemiddelingsperiode van achttien maanden, die wij allemaal via de art. 7:685 BW-route lieten lopen. Voor zieke medewerkers werd toen de reflexwerking van het opzegverbod binnen twee jaar ziekte van stal gehaald. Daargelaten dat ik moeite heb met dit opzegverbod – het ambtenarenrecht kent het niet en de termijn, die in 1953 werd gemotiveerd met het genezingsproces van TBC-patiënten, is gewoon te lang – werd voor het gemak maar vergeten dat art. 7:670b lid 2 BW dat opzegverbod doorsnijdt bij het staken van (een deel van) het bedrijf.¹¹ Nog zo'n schoolvoorbeeld van half(slachtig) 'reflexeren' vinden we in de art. 7:681 BW-procedure, waarin door de werknemer een beroep op onverkorte toepassing van de kantonrechtersformule werd gedaan omdat de vergoeding uit het met vakbonden overeengekomen sociaal plan tegenviel. Hoewel de kantonrechter al overwoog dat die formule niet voor die procedure geschreven was, werd ook nog terecht opgemerkt: 'Analoge toepassing van die formule is weliswaar niet uitgesloten, maar in dat geval dient ermee rekening te worden gehouden dat in de rechtspraak (en Aanbeveling 3.6 van de Kring van Kantonrechters – RH) algemeen wordt aanvaard, dat van deze toepassing slechts gebruik dient te worden gemaakt in gevallen waarin onverkorte toepassing van het sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer zou leiden.'¹² Nee, reflexwerking van bijvoorbeeld een opzegverbod zou in een art. 7:685 BW-procedure slechts in uitzonderlijke situaties aangenomen moeten worden.¹³

11 Ktr. 's-Gravenhage 5 oktober 2005, repnr. 518383/05 (h)erkent de werking van art. 7:670b lid 2 BW wel.

12 Ktr. Venlo 24 november 1999, *JAR* 2000/36.

13 Ktr. Deventer 19 februari 2004, *JAR* 2004/57; Ktr. Alphen aan den Rijn 6 april 2004, *JAR* 2004/102.

Maar goed, voor de meeste, egalitaire kantonrechters geldt deze contra-indicatie niet of nauwelijks: zij husselen de normen rond de opzegging door elkaar met die van hun ontbindingsprocedure, die ze daarna weer klakkeloos exporteren naar bijvoorbeeld de art. 7:611 BW- of art. 7:681 BW-procedures.¹⁴ We moeten toch een beetje praktisch blijven, hoor je dan wel. Zo ontstaat een grijze, smakeloze brij, die nergens in het wettelijk kookboek voorkomt, maar die we wel allemaal geacht worden te eten. De kantonrechters zouden weer eens wat meer in dat kookboek moeten kijken en eens wat minder moeten blind varen op hun eigen gevoel wat redelijk zou moeten zijn. Dat maakt de kantonrechtersrechtspraak ook weer wat meer voorspelbaar en daardoor billijker.

Als duidelijk is dat de kantonrechter zich bij een ontbindingsverzoek niet stoort aan het Ontslagbesluit of oordeel van het CWI, ontstaat als vanzelf de calculerende werkgever, die dan de snelweg gaat kiezen boven de toeweg of toeristische route. En zo'n calculerende werkgever moet natuurlijk altijd een halt toe worden geroepen. Zo merkte de Rotterdamse kantonrechter op in een ontbindingszaak nadat het CWI eerder een ontslagvergunning had geweigerd: 'Voor de beoordeling (...) moet invulling worden gegeven aan het bepaalde in het Ontslagbesluit. Dit besluit is weliswaar niet formeel van toepassing op de onderhavige procedure, maar is in de parallel aan deze procedure lopende verzoeken aan het CWI tot afgifte van een ontslagvergunning richtinggevend. Teneinde rechtsongelijkheid tussen de verschillende werknemers te voorkomen, dient zoveel mogelijk een uniforme beoordeling te worden gegeven. Dit betekent dat – als eerste daartoe aangewezen instantie – gewicht moet worden toegekend aan het oordeel van het CWI.'¹⁵ Waar het om gaat is dat 'voorkomen dient te worden dat bij een partij het idee zou kunnen postvatten dat in de '7:685-BW-procedure' een dergelijke toetsing niet zou plaatsvinden.'¹⁶ Of zoals de rechter uit Heerlen stelde: 'de werkgever (behoort – RH) door de keuze van de ontslagprocedure (CWI- of 685-procedure) niet de rechts- en financiële positie van de ontslagen werknemer (...) te kunnen beïnvloeden.'¹⁷ Daarom ook zie ik kantonrechters flink gas terugnemen, zeker op het punt van het in het Ontslagbesluit

14 Vgl. Ktr. Heerlen 9 maart 2005, *JAR* 2005/125 en zijn (te) exuberante motivering voor 'eventueel het gerechtshof'.

15 Ktr. Rotterdam 20 januari 2004, zaaknr. 506927/03.

16 Ktr. Tiel 20 november 2002, *NJ* 2003, 92.

17 Ktr. Heerlen 9 maart 2005, *JAR* 2005/125.

genoemde anciënniteitsbeginsel. De Bossche kantonrechter ziet ‘een zekere reflexwerking’ van de regels uit het Ontslagbesluit en meent dat een afwijking daarvan bij CAO ‘(zo zulks überhaupt al mogelijk zou zijn)’ alleen expliciet kan, omdat ‘uit de bewoordingen van artikel 4:2 Ontslagbesluit volgt dat de wetgever (!– RH) bijzonder belang hecht aan de anciënniteit’.¹⁸ Zijn collega uit Lelystad neemt de toetsingscriteria van het CWI ‘als uitgangspunt’¹⁹, de ambtsgeenoot uit Zwolle meent dat ze ‘betekenis toekomen’²⁰, terwijl ook de rechter uit Gorcum met die criteria ‘in de regel wel rekening houdt’.²¹ Bij een collectief ontslag van 35 medewerkers meent de kantonrechter in Leeuwarden zelfs dat hij ‘zoveel mogelijk’ dient uit te gaan van de regels die het CWI hanteert en legt daarom het ontbindingsverzoek ‘langs de meetlat’ van de ‘Checklist bedrijfseconomische noodzaak’ van het CWI.²² De kantonrechter uit Maastricht is wat langer van stof: ‘Alhoewel dit artikelonderdeel (van het Ontslagbesluit – RH) zich niet richt tot de kantonrechter bij het nemen van een beslissing op een verzoek als het onderhavige, te weten ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, is dit (anciënniteits– RH)beginsel in het Nederlandse arbeidsrecht verworden tot een hoofdbeginsel bij elke vorm van beëindiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Uitzondering op een dergelijk hoofdbeginsel is dan ook slechts toegelaten in zeer bijzondere omstandigheden.’²³

En dat wordt dan nog verder versterkt met argumenten, zoals dat het CWI ‘de aangewezen instantie’²⁴, ‘een beter geëquipeerde instelling’²⁵ of ‘de meest geëigende weg’²⁶ is om meervoudige economische ontslagen te beoordelen, waarbij men dan soms nog verder doorschiet, zoals de kantonrechter in Leeuwarden die oordeelde dat collectieve ontslagen primair voorgelegd dienen te worden aan het

18 Ktr. ‘s-Hertogenbosch 14 maart 2003, *JAR* 2003/97.

19 Ktr. Lelystad 18 juni 2003, *JAR* 2003/174.

20 Ktr. Zwolle 4 september 2003, *Prg.* 2004, 6165. Vgl. Ktr. Arnhem 21 juli 2005, LJN-nr. AU0242 en *RAR* 2005/105.

21 Ktr. Gorinchem 26 augustus 2004, *Prg.* 2004, 6299.

22 Ktr. Leeuwarden 28 september 2005, LJN-nr. AU3287.

23 Ktr. Maastricht 28 september 2004, *RAR* 2005/10.

24 Ktr. Lelystad 18 juni 2003, *JAR* 2003/174; Ktr. Zwolle 4 september 2003, *Prg.* 2004, 6165.

25 Ktr. Bergen op Zoom 9 december 2004, *Prg.* 2005, 56; Ktr. Leeuwarden 28 september 2005, LJN-nr. AU3287.

26 Ktr. Gorinchem 26 augustus 2004, *Prg.* 2004, 6299.

CWI en dat de kantonrechter dan alleen in bijzondere omstandigheden kan ontbinden als ‘sprake is van een zodanige, plotseling opgekomen, noodsituatie dat het oordeel van het CWI in redelijkheid niet kan worden afgewacht’.²⁷ Zijn collega in Eindhoven lost het probleem anders op: ‘De verhouding tussen die (CWI- en ontbinding- – RH)procedures is niet geregeld en daarom kunnen de procedures onderling niet als elkaars beroepsprocedure worden beschouwd. De vergunningsaanvraag niet ten opzichte van de beslissing op het ontbindingsverzoek en het ontbindingsverzoek niet ten opzichte van de beslissing op de vergunningsaanvraag. Anders gezegd: zoals het CWI de beoordeling van de kantonrechter zal moeten respecteren, zo zal de kantonrechter de beoordeling van het CWI dienen te eerbiedigen.’²⁸, al wordt nog wel een deur opengehouden voor het geval er nieuwe feiten zijn, bekende feiten buiten beschouwing zijn gelaten, het CWI een in redelijkheid niet te verdedigen beslissing heeft genomen of een kennelijke misslag heeft begaan. Zo’n geval deed zich voor in Leiden, waarbij fijntjes werd overwogen: ‘Geen rechtsregel bepaalt dat de kantonrechter zich moet conformeren aan het oordeel van het CWI – een tot de uitvoerende macht behorende instantie – zults te minder indien dat oordeel onjuist is’.²⁹ En hoewel geen seconde gearzeld wordt de bevoegdheidsvraag rond economische ontslagen positief te beantwoorden, sluipt sporadisch de twijfel naar binnen en wordt de zaak aangehouden om het CWI om een deskundigenbericht te vragen³⁰, al wordt meestal met bravoure gedacht in de trant van: ‘Echter de kantonrechter moet op zich in staat geacht worden in een procedure ex artikel 7:685 BW tot een beslissing te komen op basis van een goed gedocumenteerd verzoek zoals hij dat ook moet in een procedure ex artikel 7:681 BW welke kan volgen op een ontslag met toestemming van het CWI’.³¹

Waar het CWI gevangen blijft zitten in de mechanische toets uit het Ontslagbesluit, waarop intern geen uitzondering wordt toegelaten, toont de kantonrechter zich tegenwoordig duidelijk liberaler. Die lente brak het eerst door in de ICT-branche, waar werknemers vaak nog niet zulke langdurige dienstverbanden hebben en werkgevers, die

27 Ktr. Leeuwarden 28 september 2005, LJN-nr. AU3287 noemt de onafwendbare déconfiture van werkgever als uitzondering.

28 Ktr. Eindhoven 26 mei 2004, *JAR* 2004/243.

29 Ktr. Leiden 4 december 2002, *JAR* 2003/5.

30 Ktr. Utrecht 6 februari 2004, *JAR* 2004/40.

31 Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262.

hun omzet sterk terug zagen lopen, het anciënniteitsbeginsel probeerden te omzeilen door zich te kleden als een uitzendbureau, zodat een beroep gedaan kon worden op de minder starre Bijlage B bij het Ontslagbesluit.³² Een poging die overigens met hulp van sociale partners snel door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in de kiem gesmoord werd door die bijlage binnen een aantal dagen na een unaniem STAR-advies daarover te herschrijven.³³

In die periode zette de kantonrechter in Amsterdam bijvoorbeeld het anciënniteitsbeginsel aan de kant door op basis van het in met een OR gesloten sociaal plan genoemde criterium van ‘twee maanden zonder detachingsplek’ te ontbinden, omdat ‘niet zonder meer van de werkgever verlangd (kon – RH) worden dat hij een werknemer die “op de bank” komt te zitten in de plaats stelt van een elders gedetacheerde werknemer die korter in dienst is’.³⁴

Maar ook buiten die ICT-wereld is men na verloop van tijd meer aan een collectieve afwijking van het Lifo-beginsel gewend geraakt, al gaat men niet zover als de kantonrechter in Haarlem, die vrij onbevangen overwoog: ‘Bij selectie van werknemers (...) heeft een ondernemer (...) een zekere beleidsvrijheid. Het terugbrengen van het personeelsbestand dient de overleving van de onderneming. Dientengevolge kan en mag een ondernemer er, binnen de grenzen van het redelijke en met voorbijgaan aan het afspiegelings- en anciënniteitsbeginsel, voor kiezen die werknemers te behouden die voor de onderneming de meest waardevolle bijdrage kunnen leveren’.³⁵ Ook zijn collega in Friesland meent ‘dat een ondernemer binnen bepaalde grenzen de bevoegdheid heeft om in voorkomende gevallen de selectie van werknemers te laten plaatsvinden op basis van bijzondere kennis, bekwaamheden of competenties. Een afwijking van het anciënniteitsbeginsel is in dat kader mogelijk’.³⁶

32 Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 15 augustus 2002, *JAR* 2002/198; Hof 's-Gravenhage 29 november 2002, *JAR* 2002/293; Ktr. Deventer 10 december 2002, *JAR* 2003/47; Ktr. Haarlem 12 december 2002, *JAR* 2003/58; Ktr. Rotterdam 13 januari 2003, *JAR* 2003/83.

33 G.J.J. Rensink, ‘Wijziging van Bijlage B van het Ontslagbesluit: meer helderheid voor detachingskrachten?’, *SMA* 2003, p. 259-268.

34 Ktr. Amsterdam 6 januari 2003, *JAR* 2003/44. Ook Ktr. Hilversum 30 juni 2005, *JAR* 2005/224. Vgl. Ktr. Nijmegen 3 mei 2005, *JAR* 2005/163.

35 Ktr. Haarlem 5 november 2004, *JAR* 2005/56. Vgl. Ktr. Bergen op Zoom 9 december 2004, *Prg.* 2005, 56.

36 Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, *Prg.* 2004, 6181.

In weerwil van het unanieme, negatieve STAR-advies over Bijlage B in ICT-land, worden de selectiecriteria meestal door sociale partners vastgelegd in een sociaal plan; kennelijk zijn de individuele werkgevers en de vakbonden ‘met de poten in de modder’ minder overtuigd van het mechanische afspiegelings- en Lifo-beginsel dan de vakcentrales en beleidsmakende koepels van werkgevers. Zo achtte de Rotterdamse rechter afwijking van het afspiegelingsbeginsel in een met bonden gesloten sociaal plan acceptabel, waardoor er naar de leeftijdsopbouw over de hele vestiging gekeken werd en niet alleen naar die opbouw per functie in die vestiging.³⁷ Zijn ambtsgeenoot in het Zuiden doorbrak, nadat het CWI een vergunning geweigerd had omdat het anciënniteitsbeginsel niet juist werd toegepast, dat beginsel op basis van de sociaal plan-afspraken om werknemers van 55 jaar of ouder niet te ontslaan, alleen al omdat de sociale partners onder ogen hebben gezien dat die afspraak dat beginsel terzijde kon stellen.³⁸ De collega in Utrecht doet hetzelfde door een door de OR geacordeerde ‘skillmix-methode’ te accepteren³⁹, terwijl ook de rechter uit Den Haag zonder er één woord aan te besteden afwijkende selectiecriteria en -procedures aanvaardt.⁴⁰ Ook de cateringbedrijven, waar bij economische ontslagen zich dezelfde problemen voordoen als binnen het uitzendwezen en schoonmaakbedrijf, zodat ook daar bij handhaving van het Ontslagbesluit een aparte bijlage bij dat besluit nodig is, werd de helpende hand geboden door het rechterlijk oordeel dat de (selectie-)regels uit de CAO voor de contract-cateringbranche prevaleerden boven die van het Ontslagbesluit.⁴¹

Het loopt fout als er geen (heldere) argumenten voor de afwijking van het Lifo-beginsel gegeven worden. Zo werd een werkgever vakkundig de oren gewassen: ‘In de gegeven omstandigheid dat (die werkgever – RH) een (wettelijk voor haar verplichte) ondernemingsraad ontbeert en (...) het reorganisatiebesluit alleen door de directie en het managementteam is genomen zonder enige inspraak van of overleg met de andere werknemers, had (die werkgever – RH) duidelijke

37 Ktr. Rotterdam 10 september 2002, *JAR* 2002/273. In dezelfde zin Stichting van de Arbeid, *Advies inzake heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfs-economisch ontslag* (advies van 1 december 2004, 13/04), p. 10.

38 Ktr. Roermond 31 maart 2003, *JAR* 2003/109.

39 Ktr. Utrecht 4 december 2003, *JAR* 2004/23.

40 Ktr. 's-Gravenhage 22 december 2004, *JAR* 2005/55. Ook Ktr. Leeuwarden 9 december 2003, LJN-nr. AN9783 en AN9784.

41 Ktr. Utrecht 2 juli 2004, *JAR* 2004/200.

lijk en gemotiveerd behoren toe te lichten hoe en waarom zij heeft bepaald welke werknemers moesten afvloeien. Nu zij dit heeft nagelaten kan de gemaakte keuze niet naar behoren worden getoetst⁴². Die duidelijkheid en zorgvuldigheid kan ook in het goed werkgeverschap gevonden worden, zo ondervond de stichting GroenLinks in de EU, die in strijd met het dienstjarenbeginsel om ontbinding vroeg van de arbeidsovereenkomst van een secretariaatsmedewerkster bij de fractie in het Europees Parlement die door zetelverlies de staf moest inkrimpen.⁴³ Ook werd niet toegestaan het anciënniteitsbeginsel te doorbreken, omdat de werknemster, die langer in dienst was dan twee van haar collega's, anders dan die collega's gebruik wenste te maken van haar wettelijke recht op ouderschapsverlof.⁴⁴ Voorts werd een werkgever terecht afgetikt, die anticipeerde op een komende reorganisatie door twee medewerkers naar een andere vestiging over te plaatsen, waarna hij een functie liet vervallen van een collega met meer dienstjaren, maar die niet in aanmerking was gebracht voor één van die twee eerdere vacatures in die andere vestiging.⁴⁵ Ook de werkgever die een collega voor ontslag wilde behoeden, hoewel die eerder bij hem gewerkt had, toen twee jaar als zelfstandige ging werken en daarna weer terugkwam, werd gewezen op de juiste toepassing van het anciënniteitsbeginsel, namelijk dat er in dat geval niet doorgeteld mocht worden.⁴⁶ Theater 't Spant moest zich ook aan dat beginsel houden, omdat het ontslag van een 54-jarige parttime kaartverkoopster/receptioniste (zelfs als zij minder functioneerde) niet van zodanige economische betekenis was dat de continuïteit van de werkgever daarvan afhing.⁴⁷

Ten slotte nog de waarschuwing dat we het Lifo-beginsel niet moeten toepassen op situaties waarin weliswaar gereorganiseerd wordt, maar waarin gedwongen ontslagen niet aan de orde zijn.⁴⁸ Dat geldt te meer in de situatie bij ABN AMRO, nu de selectiecriteria en -procedure ook nog eens zijn vastgelegd in een met vakbonden gesloten

42 Ktr. Amsterdam 2 juli 2002, *JAR* 2002/212. Vgl. Ktr. Heerlen 9 maart 2005, *JAR* 2005/125.

43 Ktr. Utrecht 2 juli 2004, *JAR* 2004/201.

44 Ktr. Zwolle 4 juni 2003, *JAR* 2003/160.

45 Ktr. Wageningen 19 november 2003, *JAR* 2004/10.

46 Ktr. Tiel 20 november 2002, *NJ* 2003, 92.

47 Ktr. Hilversum 30 juni 2005, *JAR* 2005/224.

48 Ktr. Maastricht 28 mei 2004, *JAR* 2004/155. Anders Ktr. Tiel 12 februari 2003, *JAR* 2003/272.

Employability-CAO, terwijl de selectie gedaan wordt door een commissie waarin ook één of meer OR-leden zitten en de medewerker over de toepassing van die CAO-afspraken kan klagen bij een arbiter, waarin twee functionarissen van de bank en van de vakbonden zitting hebben, onder voorzitterschap van een hoogleraar arbeidsrecht, ‘die qua samenstelling zonder enige twijfel als voldoende onpartijdig kan worden aangemerkt’.⁴⁹

Ik ben groot voorstander van die arbitrage bij geschillen over reorganisaties: zo’n arbiter is laagdrempelig en heeft meer gevoel voor de arbeidsverhoudingen en cultuur binnen een bedrijf. Door de centrale aanpak kan men ook gemakkelijker knowhow opbouwen en eenduidige uitspraken doen dan mogelijk is via de tientallen kantons, waar wellicht slechts een enkele zaak aangebracht wordt. En gezien de beperkte justitiebegroting ook niet onbelangrijk, arbitrage belast de rechterlijke macht niet en legt de financiële last voor een reorganisatie waar die hoort te liggen: bij de werkgever en niet bij de samenleving.

De binding aan zo’n arbitrageclausule kan bijvoorbeeld gecreëerd worden door een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst, zelfs als dat een beetje in de vergetelheid is geraakt omdat dat beding 39 jaar geleden bij de indiensttreding is gesloten⁵⁰, maar ook via een andere overeenkomst, zoals een sociaal plan. De consequentie daarvan is dat de gewone rechter onbevoegd is te oordelen over het geschil.⁵¹ En dan moet men gelet op de bij die arbitrage bij mijn werkgever geldende termijn van zes weken wel adequaat reageren en niet wachten tot de in onze CAO voorgeschreven bemiddelingsperiode in de mobiliteitsorganisatie Kompas van achttien maanden na boventallig verklaard te zijn (bijna) ten einde komt. Zo overwoog de kantonrechter: ‘Vast staat dat verweerder (...) in Kompas is ingestroomd en hiertegen geen bezwaar heeft aangetekend. Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de wijze waarop verweerder

49 Ktr. Apeldoorn 21 maart 2005, zaaknr. 232988 HA 05-14.

50 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40.

51 Ktr. Amsterdam 24 december 1998, rolnr. 96-12914; Ktr. Amsterdam 15 mei 2003, *JAR* 2003/149; Ktr. Amsterdam 10 november 2004, kenmerk CV 03-23065; Ktr. Amsterdam 1 februari 2005, kenmerk CV 04-8873; Ktr. Amsterdam 4 februari 2005, rolnr. 10049/04. Vgl. Ktr. Rotterdam 20 april 2004, zaaknr. KG 540656; Rb. Zutphen 21 april 2004, LJN-nr. AR7036. Via arbitrage kan de arbeidsovereenkomst zelfs beëindigd worden: HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92.

in Kompas is ingestroomd is thans dan ook geen plaats meer. Aan de verweren dat de functie van verweerder niet is vervallen, dat het anciënniteits- en afspiegelingsbeginsel niet (juist) zijn toegepast en dat er geen selectieproces heeft plaatsgevonden zal derhalve voorbij worden gegaan'.⁵² Ook andere magistraten namen de gebondenheid aan die arbitrageclausule uit de CAO aan, waardoor allerlei geschillen over bijvoorbeeld (selectie-)bepalingen uit die CAO niet meer in de ontbindingsprocedure aan de orde konden komen.⁵³

En dat medewerkers goed met van het Ontslagbesluit wat afwijkende afspraken kunnen leven bleek overigens toen een OR binnen de bank – waarschijnlijk ter ondersteuning van de vakbonden, die tijdens de onderhandelingen begin 2004 pleitten voor handhaving van het Lifo-beginsel – in de maand vóór het totstandkomen van deze afspraken via hun intranetsite binnen de bank een quickpoll hield over dat beginsel. Toen 52% van de medewerkers die gereageerd hadden zich uitgesproken hadden tegen dat beginsel, verdween die poll snel van de site.

4.3 Artikel 7:681 BW-zaken en het anciënniteitsbeginsel uit het Ontslagbesluit

De vraag of het Ontslagbesluit voor de rechter in art. 7:681 BW-procedures verplichte kost is, is door de Hoge Raad vrij eenvoudig ontkenkend beantwoord: 'De rechtbank heeft terecht de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk was zelfstandig getoetst en was daarbij niet gebonden aan het oordeel van (nu het CWI – RH), noch aan de instructie die de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan (nu het CWI – RH) heeft gegeven in het genoemde besluit, waarin hij zijn bevoegdheid op grond van art. 6 BBA heeft gedelegeerd.'⁵⁴ Al

52 Ktr. Rotterdam 7 maart 2005, LJN-nr. AT3168. Vgl. Ktr. Apeldoorn 21 maart 2005, zaaknr. 232979 HA 05-13; Ktr. Apeldoorn 13 juni 2005, zaaknr. 243721 HA 05-317.

53 Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-134 en EA 05-132; Ktr. Amsterdam 14 april 2005, *Prg.* 2005, 88; Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-217 en EA 05-379; Ktr. Amersfoort 15 september 2005, requestnr. 426861 EJ. Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-216 meent daarbij – overdreven – dat de bank de medewerker duidelijk op die (al jaren bestaande/bekende) arbitrageclausule moet wijzen met als onterechte sanctie dat niet die arbiter maar hijzelf (in de art. 7:685 BW-zaak) de CAO uitlegt.

54 HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90.

betekent dat natuurlijk niet dat het anciënniteitsbeginsel uit het Ontslagbesluit zonder waarde is; op grond van een jurisprudentiële analyse noemt de A-G Koopmans in zijn conclusie vóór het arrest dat beginsel ‘een richtinggevend criterium’.

In de hierboven al besproken zaak van Smit Havensleepdiensten concludeerde de kantonrechter dan ook dat de schending van het Lifo-beginsel zonder deugdelijke grond alleen daarom al kennelijk onredelijk was. Omdat hij deze redenering toch wat kaal vond, overwoog hij daarbij – mijns inziens geheel ten onrechte – ook nog dat de kennelijke onredelijkheid eveneens volgde uit de omstandigheid dat in de ‘relevante referentieperiode’ aan werknemers die vrijwillig betrokken wel een vergoeding werd gegeven ‘en het niet billijk is dat door het enkele feit dat eisers niet zonder meer vrijwillig zijn betrokken, maar gedaagde (naar blijkt: niet tevergeefs) in rechte hebben betrokken zij ieder recht op een vergoeding zouden hebben verspeeld’.⁵⁵ Het Hof Den Bosch vond evenwel een ontslag, waarbij in navolging van het (nu) CWI het Lifo-beginsel per afdeling werd toegepast, alleen om die reden niet kennelijk onredelijk: ‘Aan de werkgever (...) komt naar het oordeel van het hof een zekere beleidsvrijheid toe bij de beoordeling of per afdeling dan wel per grote bedrijfsvestiging (waar vele verschillende functies worden uitgeoefend) het anciënniteitsbeginsel dient te worden toegepast. Daarbij dient ook het belang bij een geslaagde reorganisatie te worden meegewogen.’⁵⁶

Men dient erop bedacht te zijn dat als er ontslagvergunningen zijn verleend onder de in art. 4:5 Ontslagbesluit genoemde, vrijwel standaard toegepaste voorwaarde dat de werkgever binnen 26 weken na de vergunningverlening geen werknemer voor hetzelfde werk in dienst zal nemen dan nadat hij de ontslagen werknemer heeft gevraagd dat werk weer te gaan doen, ook dan het anciënniteitsbeginsel moet worden toegepast, omdat anders dat beginsel eenvoudig te niet gedaan kan worden door maar wat extra vergunningen te vragen en daarna de beste werknemers weer aan te nemen.⁵⁷

⁵⁵ Ktr. Schiedam 18 september 2001, *JAR* 2001/208. Vgl. Ktr. Hoorn 24 mei 2004, *JAR* 2004/141.

⁵⁶ Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2004, *JAR* 2004/131.

⁵⁷ Ktr. Deventer 19 oktober 2004, *JAR* 2005/1.

4.4 Ontslagvergoeding en anciënniteit

Hoewel onduidelijk is of de appèlrechters van oordeel zijn dat de voor de art. 7:685 BW-procedure gedicteerde kantonrechtersformule nu ook van toepassing is in art. 7:681 BW-zaken⁵⁸, maak ik in deze bijdrage maar geen onderscheid. De meeste kantonrechters houden die formule immers ook ‘in het achterhoofd⁵⁹’ bij de beantwoording van de vraag of een ontslag ook kennelijk onredelijk is.⁶⁰ En gelijk-schakeling van die art. 7:681 BW- en art. 7:685 BW-procedures is mijns inziens ook gewenst, zeker als de preventieve ontslagtoets en het BBA bij het vuilnis gezet worden, al zou dat dan richting de oorspronkelijke bedoeling achter art. 7:681 BW moeten gaan: alleen in uitzonderlijke situaties zou een vergoeding toegekend moeten worden.

En welke dienstjaren worden dan betrokken bij die A-factor?

De direct voorafgaande uitzendperiode bij de latere werkgever wordt in de regel terecht niet meegeteld, zelfs niet als die periode twee jaren bedraagt.⁶¹ Die bijtelling is ook niet nodig als men de C-factor maar juist hanteert, of zoals Gijs Scholtens opmerkt: ‘Immers, de correctiefactor C is geen correctiefactor voor verwijtbaarheid, maar een correctiefactor om gelet op de omstandigheden tot het gewenste billijke resultaat te komen indien de eenvoudige vermenigvuldiging van A x B niet reeds tot dat resultaat zou leiden.’⁶² Zo had de Rotterdamse kantonrechter tot dezelfde vergoeding kunnen komen toen een werkgever vroeg om het ontslag van een manager, die nadat hij elders een glansrijke achttienjarige carrière had gemaakt vijf jaar geleden

58 Ontkennend Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003/105; Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, *JAR* 2004/32. Bevestigend Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003/127. De Hoge Raad is nog steeds de dans ontsprongen, bijvoorbeeld op voorspraak van de A-G Verkade in HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116.

59 H.Th. van der Meer, ‘Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule’, *ArbeidsRecht* 2003, 1, p. 6.

60 Vgl. C.G. Scholtens, ‘Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn(?)’, *ArbeidsRecht* 2002, 59.

61 Ktr. Rotterdam 11 december 2002, *JAR* 2003/61; Ktr. 's-Hertogenbosch 15 maart 2004, *JAR* 2004/90; vgl. E. Verhulp, ‘De ontbindings- en kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding’, *JAR Verklaard* april-juni 2003, p. 21. Anders Ktr. Lelystad 29 maart 2000, *JAR* 2000/141; Ktr. Wageningen 19 november 2003, *JAR* 2004/10.

62 C.G. Scholtens, ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (II)’, *ArbeidsRecht* 2005, 16, p. 7.

door hemzelf was gevraagd over te stappen.⁶³ Onjuist lijkt me het dan ook om de diensttijd op basis van lokale arbeidsvoorwaarden bij een buitenlandse dochteronderneming mee te nemen⁶⁴ of rekening te houden met een voorafgaande interim-periode⁶⁵, of dienstjaren bij een andere, geheel zelfstandig opererende zusteronderneming.⁶⁶

De rechtspraak is wat verdeeld over de dienstjaren bij de failliete voorganger, al overheerst terecht het oordeel dat die jaren niet mee moeten tellen in de A-factor⁶⁷, waarbij nogal eens gewezen wordt op art. 7:666 lid 1 BW, waar de bepalingen rond de overgang van onderneming worden uitgesloten in een faillissementssituatie. Na een echte overgang van onderneming tellen de dienstjaren bij de vreemder natuurlijk wel mee.⁶⁸ Van zo'n overgang is overigens geen sprake als een zelfstandig ondernemer zijn bedrijf verkoopt en bij de koper in dienst treedt, al is het verstandig dit ook op te nemen in de overname-overeenkomst.⁶⁹

Een eerder dienstverband bij dezelfde werkgever, maar wel met een onderbreking leidt ertoe dat de meter voor de A-factor weer opnieuw gaat lopen. 'Dat geldt zeker indien die eerdere arbeidsovereenkomst (...) door opzegging zijdens de werknemer is geëindigd, die daarmee immers bewust afstand doet van over het verleden opgebouwde rechten.'⁷⁰ Al is er natuurlijk de spreekwoordelijke uitzondering mogelijk. Zo werd een onderbreking van een ruim 25-jarig dienstverband door een ziekteperiode van bijna anderhalf jaar, waarbij de opzegging uitsluitend plaatsvond om herstel te bevorderen en die meteen eindigde toen de werkneemster weer hersteld was verklaard en door de werkgever werd gevraagd terug te komen, die

63 Ktr. Rotterdam 25 april 2000, *JAR* 2000/217. Vgl. Ktr. Utrecht 27 juli 2000, *JAR* 2000/201.

64 Ktr. Amsterdam 4 september 2002, *JAR* 2002/230.

65 Ktr. Rotterdam 20 maart 2003, *JAR* 2003/137; Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-216.

66 Ktr. Roermond 19 december 2003, *JAR* 2004/37; Ktr. Amsterdam 31 oktober 2004, *Prg.* 2004, 6164; Ktr. Apeldoorn 7 december 2004, *JAR* 2005/53; Ktr. Eindhoven 15 juni 2005, *JAR* 2005/180.

67 Ktr. Gouda 16 juni 2000, *JAR* 2000/198; Ktr. Alphen aan den Rijn 1 juli 2003, *JAR* 2003/183; Ktr. Zwolle 10 juli 2003, LJN-nr. AH9533. Anders Ktr. Lelystad 7 april 2004, *JAR* 2004/107; vgl. Ktr. Lelystad 18 juni 2003, *JAR* 2003/174; Ktr. Zwolle 16 februari 2005, LJN-nr. AS7260.

68 Ktr. Utrecht 8 december 1999, *JAR* 2000/21; Rb. Assen 1 mei 2001, *JAR* 2001/107; vgl. HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225.

69 Ktr. Amersfoort 3 februari 2003, *Prg.* 2004, 6172.

70 Ktr. Utrecht 8 september 2003, *JAR* 2003/255.

werkneemster niet noodlottig: de dienstjaren vóór en na de onderbreking werden voor de berekening van de dienstjaren gewoon samengeteld.⁷¹

Dat de vergoeding in een art. 7:681 BW-zaak ook beïnvloed kan worden door een met representatieve vakbonden⁷² overeengekomen sociaal plan, is al een paar jaar duidelijk: de daarin vastgelegde vergoeding ziet de Hoge Raad als ‘een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van die voorziening als die wordt betwist’.⁷³ Zo werd een vergoeding acceptabel geacht, hoewel daarbij onderscheid werd gemaakt tussen werknemers jonger dan 50 jaar en werknemers van 50 jaar of ouder. ‘Dat bij de totstandkoming van deze overeenkomst wellicht niet alle belangen van elke individuele werknemer even goed tot hun recht komen, acht de kantonrechter inherent aan het min of meer collectieve karakter van beëindiging van dienstverbanden in het kader van een reorganisatie.’⁷⁴ Ook de kantonrechter in Amsterdam stelt: ‘dat (het – RH) in beginsel billijk is bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens reorganisatie, waarbij er een sociaal plan is met het karakter van een collectieve arbeidsovereenkomst, de betrokken werknemer ten laste van de

71 Ktr. Utrecht 8 september 2003, *JAR* 2003/255.

72 Ktr. Rotterdam 20 januari 2004, zaaknr. 506927/03; Ktr. Heerlen 8 juni 2005, *JAR* 2005/160. Ktr. Heerlen 12 januari 2005, *JAR* 2005/87 gaat – mogelijk een beetje geïnspireerd door HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 – nog verder door zijn ‘draagvlakbenadering’: een ongeorganiseerde werknemer wordt gebonden geacht aan een sociaal plan, dat weliswaar was afgesproken met één vakbond die minder dan 20% van het personeel vertegenwoordigde, maar dat geaccepteerd was door 41 van de 43 boventallige werknemers.

73 HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165; Ktr. Zwolle 10 juli 2003, LJN-nr. AH9533. Aanbeveling 3.6 van de Kring van Kantonrechters stelt nog steeds eigenwijs dat een sociaal plan met representatieve vakbonden wordt gevolgd ‘tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer’, een criterium waarbij Ktr. Apeldoorn 13 juni 2005, zaaknr. 243721 HA 05-317, Ktr. Dordrecht 8 juli 2005, kenmerk 162682 HA 05-540, Ktr. Apeldoorn 14 september 2005, zaaknr. 249506 HA 05-489, Ktr. Amersfoort 15 september 2005, rekestnr. 426861 EJ en Ktr. Utrecht 12 oktober 2005, rekestnr. 427715 EJ aanhaken. Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-132 en Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-130 hanteren de onjuiste maatstaf of een bepaling van een sociaal plan volgens de redelijkheid/billijkheid onaanvaardbaar is.

74 Ktr. Venlo 24 november 1999, *JAR* 2000/36.

werkgever een vergoeding toe te kennen conform dat sociaal plan.⁷⁵ Zijn collega uit Den Haag deed hetzelfde, zelfs toen uit onze door verlaging van het arbeidsvoorwaardenpakket aangepaste Employability-CAO een vergoeding van circa 250.000 euro volgde, terwijl een eerdere berekening daarvan volgens de oude CAO ongeveer 20 000 euro hoger uitkwam.⁷⁶

De Hoge Raad lijkt nog een dwingender binding te zien, namelijk als het sociaal plan een op de werknemer toepasselijke CAO is.⁷⁷ En dat zou een mooie opening bieden, nu bij de bank alle regelgeving rond de reorganisaties is vastgelegd in een CAO en die CAO van toepassing is door incorporatie, het vakbondslidmaatschap en de redelijkheid (na boventalligheid achttien maanden lang de bemiddeling van Kompas genieten). En de Baijings-leer, die elders in deze bundel aan de orde komt dan? Daaruit volgt toch dat een vooraf overeengekomen vergoeding de ontbindingsrechter niet bindt? Dat klopt, maar ik zou denken dat het met een CAO toch wel wat anders ligt dan in een individuele zaak, waarin het machtsevenwicht tussen partijen onduidelijk kan zijn: door een overeenkomst te sluiten met representatieve vakbonden en een stemming door de achterban ontstaat bijna als vanzelf een situatie, waarin de werkgever voldoende tegenspel wordt geboden. Ook de Hoge Raad is gecharmeerd van het veronderstelde evenwichtzoekende karakter van de CAO en stelt zelfs zoveel vertrouwen in de wijsheid van CAO-partijen, dat hij oordeelt dat een niet bindende CAO driekwart dwingend recht opzij kan zetten.⁷⁸ En dan

75 Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-132 en EA 05-134; Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-379. Ook Ktr. Rotterdam 7 maart 2005, LJN-nr. AT3168; Ktr. Apeldoorn 21 maart 2005, zaaknr. 232979 HA 05-13 en 232988 HA 05-14; Ktr. Amsterdam 31 maart 2005, kenmerk EA 05-135; Ktr. Dordrecht 8 juli 2005, kenmerk 162682 HA 05-540; Ktr. Apeldoorn 14 september 2005, zaaknr. 249506 HA 05-489; Ktr. Amersfoort 15 september 2005, requestnr. 426861 EJ en Ktr. Utrecht, 12 oktober 2005, rekestnr. 427715 EJ. Steeds dezelfde rechter geeft desondanks in Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-132 en Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-379 en EA 05-130 ten onrechte een hogere vergoeding aan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte of salarisverlaging accepterende oudere medewerker.

76 Ktr. 's-Gravenhage 26 oktober 2005, repnr. 517192/05.

77 Dit volgt a contrario uit HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165, waarin wordt overwogen: 'Nu de Rechtbank de status van het Sociaal Plan uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten, moet in cassatie ervan worden uitgegaan dat (de werknemer – RH) niet aan dit plan als deel van een (collectieve) arbeidsovereenkomst gebonden is.'

78 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

is het toch niet revolutionair dat ik bepleit dat een ontbindingsrechter gewoon de ontslagvergoeding uit de CAO maar moet volgen? Of weet die rechter het dan toch weer beter dan de CAO-partijen, die na het nodige geven en nemen op verschillende onderwerpen een totaalpakket hebben afgesproken waarvan de ontslagvergoeding maar één (klein) onderdeelje is? Nu de CAO sociale partners en hun gebonden medewerkers tot wet strekt, kan het toch niet zo zijn dat de kantonrechters die regels zomaar naast zich neer mogen leggen en uiteindelijk maar lekker doen wat hun redelijkheidshartje hen ingeeft? Dit geldt te meer als het Ontslagbesluit binnenkort zou gaan toestaan dat bij CAO een andere invulling gegeven kan gaan worden aan onder meer de selectiemethode.⁷⁹ Als zelfs de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het CWI capituleren voor de door sociale partners in een CAO vastgelegde afwijkende methodiek, wat zal een individuele kantonrechter dan nog? En het past ook in de constante rechtspraak dat er bij heldere CAO-teksten geen ruimte is voor een billijkheidsoordeel van de rechter, omdat hij die CAO bij onduidelijkheid alleen maar mag uitleggen naar objectieve maatstaven.⁸⁰

Dat voorkomt ook irritante, rechtsongelijke situaties zoals wij laatst meemaakten bij de eerste ongeveer 320 gedwongen ontslagen na afloop van achttien maanden bemiddeling door Kompas: alle ruim 300 pro forma's en enkele inhoudelijke zaken⁸¹ werden precies na die termijn op 29 maart 2005 ontbonden, terwijl steeds dezelfde kantonrechter in Amsterdam zonder redelijke reden twee arbeidsovereenkomsten ontbond per 1 april 2005⁸², eentje per 1 mei 2005⁸³ en nog weer drie andere per 1 juni 2005.⁸⁴ Deze hoofdstedelijke magistraat had overigens tijdens de mondelinge behandeling van die zaken, waarbij wij steeds met nadruk wezen op Aanbeveling 3.6 van de

79 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 45-46; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13, p. 13.

80 HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83.

81 Ktr. Rotterdam 7 maart 2005, LJN-nr. AT3168; Ktr. Apeldoorn 21 maart 2005, zaaknr. 232979 HA 05-13 en 232988 HA 05-14. Ook Ktr. Haarlem 10 juni 2005, zaaknr. 272669 AO 05-1039, Ktr. Apeldoorn 13 juni 2005, zaaknr. 243721 HA 05-317 en Ktr. Dordrecht 8 juli 2005, kenmerk 162682 HA 05-540 ontbinden op het door de CAO gedicteerde tijdstip.

82 Ktr. Amsterdam 29 maart 2005, kenmerk EA 05-137; Ktr. Amsterdam 31 maart 2005, kenmerk EA 05-135.

83 Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-216.

84 Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-132 en EA 05-134; Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-130.

Kring van Kantonrechters, zich al glimlachend laten ontvallen: ‘Ach meneer, het zijn maar aanbevelingen.’ En waarom moet diezelfde Amsterdamse rechter het dan beter weten dan zijn collega’s – ‘Ach meneer, kantonrechters zijn nu eenmaal eigenwijs’ kregen we op zitting te horen – door in drie zaken⁸⁵ een hogere vergoeding toe te kennen bij een mindere arbeidsmarktpositie, terwijl de sociale partners in de CAO die positie juist geen enkele rol hebben willen laten spelen bij de hoogte van de vergoeding en tevens geen hardheidsclausule⁸⁶ in de CAO hebben opgenomen? En dan heb ik het nog maar niet over zo’n onbegrijpelijke afwijzing van een ontbindingsverzoek door wederom deze rechter⁸⁷, omdat dat wel erg buiten het bestek van deze bijdrage valt.

4.5 Nog drie vragen

Dit genuanceerde overzicht van kantonrechtersjurisprudentie doet ons bijna de wezenlijke vragen vergeten: waarom moet bij een economisch ontslag een werknemer met een korter dienstverband ontslagen worden? Waarom zouden competenties daarbij geen rol mogen spelen? En waarom zou een werknemer met wat meer dienstjaren, maar met eenzelfde opleiding, leeftijd en arbeidsmarktsituatie een hogere ontslagvergoeding moeten krijgen?

Niemand heeft mij daar eigenlijk een afdoende antwoord op kunnen geven, ook Gijs Scholtens niet, ondanks onze lotsverbondenheid als ‘dolende ridders op zoek naar de heilige graal van de ontslagvergoeding’.⁸⁸

85 Ktr. Amsterdam 7 april 2005, kenmerk EA 05-132 en Ktr. Amsterdam 14 april 2005, kenmerk EA 05-379 en EA 05-130. Vgl. Ktr. Rotterdam 26 juli 2005, *RAR* 2005/108.

86 Ktr. ‘s-Gravenhage 5 oktober 2005, repnr. 518383/05 laat het ontbreken van zo’n clause zwaar (mee)wegen. Ktr. ‘s-Gravenhage 26 oktober 2005, repnr. 517192/05 ontbindt de arbeidsovereenkomst van een zieke medewerker na overwogen te hebben dat ‘de Employability-CAO geen bijzondere bepalingen kent voor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte medewerkers’.

87 Ktr. Amsterdam 14 april 2005, *Prg.* 2005, 88.

88 C.G. Scholtens, ‘Dolende ridders en de kantonrechtersformule?’, *NJB* 2000, p. 365-366.

4 WIE VERTROKKEN ER UIT ROTTERDAM EN VOOR HOEVEEL?

Laat ook maar. Binnenkort komt eindelijk de aanpassing van het Ontslagbesluit. Dan kunnen werkgevers bij CAO afwijken.⁸⁹ Die mijns inziens gerechtvaardigde ontwikkeling was ook niet langer meer te stuiten. En als werkgevers er dan voor kiezen om dat niet via de CAO te doen – waarvoor natuurlijk wel een prijs betaald moet worden, maar goed, voor niets gaat de zon op – dan hebben zij de gevolgen daarvan aan zichzelf te wijten. En moeten ze ophouden met zeuren. Tegen die tijd reist Gijs Scholtens met zijn kinderen weer over befaamde spoorlijnen, heeft hij zijn soldaatjes uit het vet gehaald en hebben we er een heerlijk fanatieke filatelist bij. Hij heeft groot gelijk. Het is hem van harte gegund – al blijven mijn vragen onbeantwoord.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 45-46; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13, p. 13.

5 Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging

*Guus Heerma van Voss**

5.1 Inleiding

In hoeverre valt de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW) te vergelijken met de vergoeding die kan worden toegekend bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW)? Deze vraag houdt al weer enkele jaren de arbeidsrechtelijke gemoederen bezig. In deze bijdrage zal het antwoord op deze vraag worden geanalyseerd aan de hand van theoretische uitgangspunten, praktische toepassing door rechters en de specifieke problematiek van arbeidsongeschikte werknemers en het sociaal plan.

5.2 Theoretisch verband tussen de beide vergoedingen

Is er verband tussen de schadevergoeding die de rechter kan opleggen indien er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging en de vergoeding die de rechter kan opleggen indien hij een verzoek toewijst tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst? We beperken ons hierbij tot de vergoeding die aan de werkgever wordt opgelegd. De eerste vraag is dan hoe de vergoeding bij kennelijk onredelijke opzeggingen dient te worden bepaald. Het gaat hier volgens de wet om een schadevergoeding. De toevoeging 'naar billijkheid' die in het vroegere art. 1639s BW voorkwam, is bij gelegenheid van de invoering van art. 7:681 in het nieuwe BW geschrapt. Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst volgens art. 7:685 BW kan de rechter nog wel steeds een vergoeding toekennen indien hem dit 'billijk' voorkomt. Daarmee is wellicht een verschil ontstaan tussen de berekeningsmethode bij schadevergoedingen uit kennelijk onredelijk ontslag en die van vergoedingen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen.

* Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Leiden.

Scholtens betoogt dat nog steeds sprake is van een schadevergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag, omdat het schrappen van de woorden naar billijkheid ‘uitsluitend als achtergrond had de samenhang met art. 6:106 en art. 6:197 BW’.¹ Bedoeld is waarschijnlijk art. 6:97 BW, en dit artikel bepaalt nu juist wel iets anders dan het oude art. 1639s:

‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’

Destijds is in de toelichting op het oude art. 1639s BW als reden voor een vergoeding naar billijkheid vermeld, dat de schade die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te schatten en te bewijzen is.² In het nieuwe systeem van schadeberekening wordt als volgorde aangegeven: eerst nauwkeurig vaststellen en vervolgens schatten van de schade. Het staat mijns inziens de rechter nog steeds vrij de billijkheid te hanteren als de schatting moeilijk is te maken, maar dan wel als laatste mogelijkheid nadat eerst berekening en schatting zijn geprobeerd.

De praktijk is dikwijls anders: de rechter bepaalt een bedrag zonder dat daar een concrete berekening aan ten grondslag ligt. Dat kan eventueel worden gerechtvaardigd met de gedachte dat deze begrotingswijze meer met de aard van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag in overeenstemming zou zijn. Het is waarschijnlijk ook gemakkelijker voor de rechter, omdat het moeilijk is om te voorspellen hoe lang de betrokken werknemer werkloos zal blijven of hoe veel minder hij eventueel in een nieuwe baan zou verdienen. Overigens moet bij de bepaling van de schadevergoeding wel de dag waarop de arbeidsovereenkomst eindigt als uitgangspunt worden genomen, maar na de ingangsdatum voorgevallen feiten en omstandigheden kunnen bijdragen tot het inzicht in de op de ingangsdatum bestaande toestand.³

De eenvoudige bepaling van de schadevergoeding gebeurt onder meer door aan te sluiten bij de zogeheten kantonrechttersformule, die

1 C.G. Scholtens, ‘Formules en statistieken’, in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens, *Afvloeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 118, verwijzend naar *Kamerstukken II* 1994/95, 23 438, nr. 3, p. 51.

2 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 438, nr. 3, p. 8; M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 138.

3 HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 412.

onderdeel vormt van de landelijke Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Theoretisch bestaat er echter wel verschil tussen de vergoeding van art. 7:685 BW, waarin niet voor niets het element schade niet wordt genoemd, omdat hier de rechter een grote vrijheid wordt gelaten en de schadevergoeding van art. 7:681 BW, waarin de rechter de opdracht heeft bij de geleden schade aan te sluiten.

Bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding komt de vergelijking met de vergoeding bij ontbinding met name aan de orde indien het ontslag kennelijk onredelijk wordt geacht op basis van de tweede grond genoemd in art. 7:681 lid 2 BW: ‘wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging’, kortweg genoemd het ‘gevolgen-criterium’. In feite gaat het er hierbij om dat aan de werknemer in het geheel geen of een te lage afvloeiingsregeling is aangeboden.

Voor het aanknopen bij de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoedingen vallen dan theoretisch twee redeneringen te volgen:

1. de norm van art. 7:681 BW en die van art. 7:685 BW zijn identiek omdat het in beide gevallen gaat om een afvloeiingsregeling om de gevolgen van het ontslag te compenseren, waarbij de werkgever kan kiezen welke van twee wegen hij volgt;
2. de norm van art. 7:681 BW verwijst naar hetgeen de werkgever zou behoren aan te bieden en dat laatste wordt mede bepaald door datgene wat kantonrechters bij ontbinding plegen toe te kennen.

Op beide opvattingen valt theoretisch het nodige af te dingen. Dat heeft er met name mee te maken, dat de vergoedingen bij ontbinding betrekkelijk hoog zijn, hetgeen te verklaren valt uit het feit dat men bij ontbinding een aantal zaken afkoopt die bij een normale opzegging wel van toepassing zijn of kunnen zijn:

- a. de toestemming van de CWI volgens art. 6 BBA 1945, hetgeen zowel een strenge toetsing van de ontslaggrond omvat als ook een omslachtige procedure;
- b. de periode van de opzegtermijn en die tot de aanzegdag van art. 7:672 BW;
- c. eventuele opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW.

Het zijn deze factoren die de prijs van een ontslag in Nederland hebben opgedreven en die zijn verdisconteerd in de hoogte van de vergoeding bij ontbinding. Gaat het om een kennelijk onredelijk ontslag, dan zijn deze zaken niet aan de orde en zou een eventuele vergoeding naar evenredigheid lager kunnen zijn. Daarbij dient ook bedacht te worden dat de wetgever nooit heeft beoogd dat de werkgever bij ieder ontslag waarbij de werknemer geen verwijten te maken zijn, aan de werknemer een vergoeding zou moeten toekennen. Bij ontbinding is dat thans wel het geval, hetgeen te verklaren valt uit de genoemde factoren. Zo kan de werkgever altijd nog als alternatief voor de in beginsel 'goedkopere' opzegingsmethode kiezen.

Ook bij beëindigingen met wederzijds goedvinden (of 'geregelde' ontbindingen) is de kantonrechtersformule de gangbare norm, doch dit valt eveneens te verklaren uit het feit dat de voor de werkgever aan de opzegging verbonden bezwaren ook hierbij worden afgekocht.

Voor een gelijke norm wordt aangevoerd dat het hier zou gaan om gelijke situaties: het zou voor een kantonrechter lastig uit te leggen zijn waarom voor dezelfde werknemer in de ene situatie (ontbinding) een hogere vergoeding op zijn plaats zou zijn dan in de andere (opzegging), terwijl de werknemer toch in beide gevallen zijn baan kwijtraakt onder overigens gelijke omstandigheden. Nu is het de verantwoordelijkheid van de rechter om burgers met lastige zaken te confronteren. Maar uit het bovenstaande volgt ook dat in elk geval enig verschil wel valt uit te leggen.

5.3 Praktisch verband tussen de beide vergoedingen

Uit een enquête bleek dat twee keer zoveel kantonrechters die de kantonrechtersformule 'in het achterhoofd houden' bij kennelijk onredelijk ontslagzaken als kantonrechters dit niet doen. Wel gaf de helft van de kantonrechters aan een korting toe te passen voor de opzegtermijn en de duur van de BBA-procedure.⁴ Met dit laatste wordt dus enigszins, maar niet geheel rekening gehouden met de verschillen tussen de twee situaties.

In dit verband wordt ook wel gesproken over 'reflexwerking' van de kantonrechtersformule in ontbindingsprocedures op de schadevergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag. Uit statistisch onder-

⁴ H.Th. van der Meer, 'Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule', *ArbeidsRecht* 2003, 1.

zoek van Scholtens op basis van de gepubliceerde jurisprudentie in de jaren 1992-2003 blijkt evenwel dat er weliswaar enige reflexwerking is van de kantonrechtersformule in ontbindingszaken op de kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen, maar dat de laatste gemiddeld ver achterblijven (de helft) bij de ontbindingsvergoedingen. Hij verwacht echter dat de hoogte van deze vergoedingen wel meer naar elkaar zal toegroeien.⁵ Scholtens verwerpt de gedachte dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op basis van deze uitkomst ‘dus’ de helft van de ontbindingsvergoeding zou moeten bedragen. Dat zou mijns inziens ook alleen al daarom niet kunnen omdat niet duidelijk is welke kennelijk onredelijk ontslagzaken in deze vergelijking zijn betrokken. Kennelijk heeft Scholtens alle uitspraken hierin betrokken en niet alleen de uitspraken die zijn gebaseerd op het ‘gevolgen-criterium’. Ook meen ik overigens dat we geen normen kunnen ontlenen aan statistieken.

Kijken we nu naar de gepubliceerde rechtspraak over kennelijk onredelijk ontslag waarbij sinds 2000 een relatie valt te leggen met ontbindingsvergoedingen, dan levert dit het volgende beeld op.

In de eerste plaats zijn er kantonrechters die de kantonrechtersformule in principe niet van toepassing achten in kennelijk onredelijk ontslagzaken.

- Kantonrechter Rotterdam (Kuip) ziet voor een analoge toepassing van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure geen aanleiding, gezien het verschillende karakter van de procedures, omdat de behandelingsduur bij de RDA (thans CWI) als regel langer is en de werkgever bovendien nog de opzegprocedure in acht moet nemen. Bij de ontbindingsprocedure kan de werkgever bovendien het verzoek nog intrekken indien hij niet bereid is om de vergoeding te betalen.⁶

Vervolgens zijn er kantonrechters die weliswaar de formule niet toepasbaar achten, maar wel bij de formule aansluiten voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag:

- Kantonrechter Breda (Spreeuwenberg) verwierp het betoog dat voor de omvang van de schadevergoeding valt aan te knopen bij de zogenoemde kantonrechtersformule met verwijzing naar een

⁵ Scholtens, a.w., p. 130-131.

⁶ Ktr. Rotterdam 2 mei 2000, *JAR* 2000/144.

uitspraak van de Rechtbank Breda⁷, maar kende daarna als schadevergoeding toe een suppletie van de werkloosheidsuitkering voor 24 maanden, overeenkomend met de bijna 24 dienstjaren van de 44-jarige werknemer, zodat de vergoeding toch wel enige gelijkenis vertoont met de kantonrechtersformule.⁸

- Rechtbank Breda acht de kantonrechtersformule niet zonder meer toepasbaar gelet op de verschillende aard van de procedures (en de met deze aard samenhangende vergoeding), mede gezien het feit dat een ontbindingsprocedure wegens gewichtige redenen op zeer korte termijn kan worden beëindigd, nu de wettelijke opzegtermijnen niet in acht behoeven te worden genomen. Dat neemt niet weg dat de in de kantonrechtersformule meest bepalende factoren (leeftijd en duur dienstverband) medebepalend zijn in de onderhavige beoordeling.⁹

Daarnaast zijn er de rechters die in beginsel wel dezelfde formule toepassen:

- Rechtbank Middelburg baseert dit op de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Nu echter de vergoeding bij ontbinding zes maanden salaris zou hebben bedragen en de opzegging reeds zes maanden tevoren was aangekondigd, zou het resultaat hetzelfde zijn en was, mede gezien de financiële situatie van de werkgever, de opzegging niet kennelijk onredelijk.¹⁰
- Kantonrechter Amsterdam (Fruytier) betoogt dat of de ene weg wordt gevolgd dan wel de andere, tegenwoordig louter afhangt van de keuze van de werkgever waarop de werknemer geen invloed kan uitoefenen. Onder deze omstandigheden is het niet te verdedigen dat aan de kantonrechter een vordering tot toekenning van een (schade)vergoeding in principe anders zou moeten beoordelen al naargelang de procedure die is ingesteld. Overigens geeft deze kantonrechter vervolgens eigen criteria voor de vergoedingen en volgt hij niet de Aanbevelingen.¹¹
- Kantonrechter Maastricht (Nevelstein) volgt dezelfde redenering: de werkgever heeft tegenwoordig de keuze en beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid brengen dan mee dat de ‘aansprakelijkheids’- en (schade)vergoedingsnormen, voorzover de

⁷ Rb. Breda 27 januari 1998, *JAR* 1999/143.

⁸ Ktr. Breda 12 juli 2000, *JAR* 2000/197.

⁹ Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160.

¹⁰ Rb. Middelburg 28 juni 2000, *JAR* 2000/161.

¹¹ Ktr. Amsterdam 1 september 2000, *JAR* 2001/2.

wet dit toestaat, gelijk dienen te zijn, met dien verstande dat natuurlijk wel rekening is te houden met eventuele loondoorbetaling tijdens de langere duur van de RDA-procedure en/of tijdens de opzegtermijn.¹²

- Kantonrechter Alkmaar (Schlingemann) stelt dat art. 7:681 BW en art. 7:685 BW elkaar door de rechtsontwikkeling zo dicht zijn genaderd, dat van een relevant verschil ten aanzien van het toekennen en de omvang van vergoedingen niet langer gesproken kan worden.¹³
- Rechtbank Den Haag gaat in navolging van de kantonrechter ter plaatse kennelijk uit van de kantonrechtersformule zonder dit verder te motiveren.¹⁴
- Kantonrechter Lelystad (Manders) past zonder nadere toelichting de kantonrechtersformule toe bij kennelijk onredelijk ontslag.¹⁵

De afgelopen periode hebben ook de meeste gerechtshoven zich uit moeten laten over de verhouding tussen art. 7:681 BW en art. 7:685 BW. Dit leverde het volgende beeld op:

- Het Hof Den Haag oordeelt dat de kantonrechtersformule niet als basis kan worden genomen voor de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Bij de kantonrechtersformule wordt ook in aanmerking genomen dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd en dat het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken. Deze omstandigheden doen zich niet voor bij kennelijk onredelijk ontslag. Wel neemt het hof omstandigheden in aanmerking als duur van de arbeidsrelatie, leeftijd van de werknemers en de vraag in wiens risicosfeer de ontslaggrond ligt. Voorts is van belang dat de werknemer snel weer werk heeft.¹⁶
- Het Hof Arnhem liet de beoordeling van de Kantonrechter Wageningen in stand, dat de kantonrechtersformule niet zonder meer van toepassing is, maar daar in dit soort gevallen toch wel vaak aansluiting bij wordt gezocht en de manier waarop dat door de werkneemster was gedaan ($C = \text{circa } 0,5$) was redelijk bevonden. Tegen de hoogte van de schadevergoeding was echter in hoger beroep geen grief aangevoerd.¹⁷

12 Ktr. Maastricht 6 juni 2001, *JAR* 2001/120.

13 Ktr. Alkmaar 16 januari 2002, *JAR* 2002/51.

14 Rb. 's-Gravenhage 6 december 2000, *JAR* 2001/19.

15 Ktr. Lelystad 7 april 2004, *JAR* 2004/107.

16 Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003/105.

17 Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003/127.

- Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat voor het aanknopen bij de kantonrechtersformule geen reden bestaat, nu de vordering is gebaseerd op een kennelijk onredelijk ontslag en sprake is van een collectief ontslag als gevolg van een noodzakelijk gebleken reorganisatie.¹⁸
- Het Hof Amsterdam laat ten slotte in het midden hoe het tot een berekening van de schadevergoeding komt en vermeldt slechts dat het deze billijk acht.¹⁹

Naar ik heb vernomen hebben de hoven in onderling overleg inmiddels afgesproken dat de kantonrechtersformule een gezichtspunt vormt dat in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van een opzegging op kennelijke onredelijkheid. Dit betekent dat het één van de afwegingsfactoren vormt, maar niet richtinggevend is. Hoe de afweging in concreto gaat plaatsvinden, kan per hof nog aanzienlijk verschillen.

5.4 Vergoeding bij arbeidsongeschiktheid

De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters zijn over de vraag of er bij arbeidsongeschiktheid aanleiding is voor een ontslagvergoeding betrekkelijk vaag. Afgezien van de specifieke situatie bij arbeidsconflicten wordt opgemerkt dat het een kwestie is van risicosfeer en verwijtbaarheid. Arbeidsongeschiktheid als gevolg van deelneming aan een door de werkgever verboden sportevenement leidt in beginsel niet tot een vergoeding. De werknemer die door buitengewoon slechte arbeidsomstandigheden uiteindelijk arbeidsongeschikt wordt, heeft wel recht op vergoeding. Ook de opstelling van de werkgever in het reïntegratietraject is een factor van belang.

In geval van arbeidsongeschiktheid van de werknemer vindt meestal pas opzegging plaats na afloop van de periode van twee jaar gedurende welke een opzegverbod geldt. Sinds 2004 geldt ook gedurende die periode een plicht voor de werkgever om loon door te betalen. Tevens dienen de twee jaar te worden benut om zo reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer in het arbeidsproces te bevorderen. Dit maakt dat de vraag of een vergoeding dient te worden toegekend bij een zodanig ontslag mede wordt beoordeeld aan de hand

¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, *JAR* 2004/32.

¹⁹ Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004/161.

van de vraag of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen om tot reïntegratie te komen. Als toestemming is verleend voor de opzegging door de CWI, mag worden aangenomen dat dit in beginsel het geval is, omdat de CWI hierop toetst. Onvoldoende medewerking van de werkgever kan leiden tot een schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.

Voorts wordt in uitspraken over schadevergoeding regelmatig rekening gehouden met het gegeven dat de werkgever het salaris en de uitkering heeft aangevuld tot 100% van het loon. In sommige gevallen wordt daarbij vermeld dat dit onverplicht gebeurde, hetgeen kennelijk meer is dan van de werkgever mocht worden verwacht en daarom wordt verdisconteerd.²⁰ In andere gevallen doet juist niet terzake dat de werkgever hiertoe verplicht was.²¹

In het befaamde *Boulidam*-arrest heeft de Hoge Raad een toegekende vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag in stand gelaten hoewel het causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid en de slechte arbeidsomstandigheden niet was aangetoond. Niet beslissend was of *Boulidam* arbeidsongeschikt was geworden doordat hij het zware werk voor vele jaren had gedaan, maar dat hij arbeidsongeschikt was geworden nadat hij dit had gedaan.²² Hoewel dit oordeel van de rechtbank in cassatie niet werd aangetast en de Hoge Raad niet zozeer zelf een rechtsregel formuleerde, valt een bevestiging te lezen in het recente arrest *Van Ree/Damco*. In dit geval had de rechtbank niet meer dan f 15 000 schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag toegewezen omdat de werknemer niet had aangetoond dat de arbeid *bovenmatig* zwaar was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank had miskend dat de rechter ook bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk is te achten, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen. Met deze regel is onverenigbaar aan te nemen dat de zwaarte van de werkomstandigheden of het feit dat de werknemer als gevolg van zijn werk arbeidsongeschikt is geworden in een geval als het onderhavige alleen dan tot een hogere vergoeding dan f 15 000 kan leiden indien die omstandigheden *bovenmatig* zwaar waren of niet aan redelijke eisen voldeden en de arbeidsongeschiktheid daaraan kan worden toegerekend.²³ Hoewel Zondag uit lagere rechtspraak

20 Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004/161.

21 Hof Amsterdam 17 juni 2004, *JAR* 2004/254.

22 HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601, *JAR* 1999/149 (*Boulidam/Driessen*).

23 HR 3 december 2004, *JAR* 2005/30 (*Van Ree/Damco*).

afleidt dat wel een zwaar causaal verband pleegt te worden geëist²⁴, kan mijns inziens in het laatste arrest toch een aanwijzing worden gelezen dat de Hoge Raad vindt dat een werknemer die jarenlang voor de werkgever onder zware omstandigheden heeft gewerkt hetgeen tot arbeidsongeschiktheid heeft geleid, bij ontslag een behoorlijke vergoeding moet ontvangen.

5.5 Vergoeding voorzien in sociaal plan

De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bevatten een afzonderlijke passage over de beoordeling van een sociaal plan. Bij ontbinding zal in afwijking van de Aanbevelingen voor normale situaties een vergoeding worden toegekend overeenkomstig een terzake gemaakt sociaal plan, mits dat plan door de werkgever schriftelijk is overeengekomen met tot de CAO-onderhandelingen in de sector toegelaten, dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval gelden wel de normale Aanbevelingen, met dien verstande dat, indien slechts financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn.

De Aanbevelingen bevatten drie belangrijke elementen:

1. het sociaal plan moet gesloten zijn met representatieve vakorganisaties;
2. een CAO-status en de vraag of werknemers gebonden zijn als lid van een vakorganisatie of anderszins is niet van belang;
3. de toetsing is marginaal, in beginsel wordt het sociaal plan gevolgd, maar hierop zijn uitzonderingen mogelijk bij evidente onbillijkheid.

Op dit punt is sprake van een subtiële, doch wel iets andere norm bij kennelijk onredelijk ontslag. In eerste instantie leek de vraag naar de doorwerking van een sociaal plan te worden benaderd vanuit het CAO-recht. De Hoge Raad maakte uit dat een sociaal plan pas de status van CAO heeft, indien deze correct is aangemeld bij het ministe-

²⁴ W.A. Zondag, *Rechtspraak Kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer: Kluwer 2005, p. 62.

rie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid overeenkomstig de Wet op de loonvorming.

Maar nadien heeft de Hoge Raad in het arrest *Bulut/Troost* het spoor van het CAO-recht verlaten. Indien de werknemer niet aan het plan als deel van een CAO is gebonden, vormt bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een aanwijzing dat de voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.²⁵ Dit komt dicht in de buurt van de Aanbevelingen van de kantonrechters, maar is iets subtieler. Wat betreft punt 1 was in casu sprake van een sociaal plan met de representatieve vakorganisaties, maar over deze – omstreden – eis laat de Hoge Raad zich niet uitdrukkelijk uit. De eisen 2 en 3 gelden ook bij de Hoge Raad, met dien verstande dat er bij 3 sprake is van een iets andere constructie. Het resultaat behoeft niet veel te verschillen. De benadering van de Hoge Raad is gelukkig omdat we hierdoor verder afmaken van de contractuele benadering van ons CAO-recht en daardoor meer flexibiliteit kennen.

Het Hof Den Bosch volgde de *Bulut/Troost*-leer door te oordelen dat het feit dat het sociaal plan is overeengekomen met de vakbonden en de ondernemingsraad een aanwijzing vormt dat de in het sociaal plan toegekende vergoeding toereikend is. Bij de beoordeling dienen echter de persoonlijke omstandigheden mee te wegen, zoals het eenzijdig ontwikkelde carrièreverloop waardoor een werknemer een zeer specifieke technische kennis heeft ontwikkeld, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de mogelijkheden om elders een vergelijkbare functie te vinden. Gegeven die omstandigheden wordt een in het sociaal plan getroffen voorziening waarbij geen enkele rekening wordt gehouden met de factor hoogte van het salaris ongenoegzaam geacht. Daarvoor in de plaats stelt het hof een bedrag aan schadevergoeding vast, dat slechts wordt gemotiveerd met de overweging dat rekening is gehouden met de duur van het dienstverband, de reden van beëindiging van het dienstverband, de hoogte van het laatstverdiende salaris, alsmede de vooruitzichten om een vergelijkbare functie te vinden, naast de krachtens het sociaal plan toegekende vergoeding. Hoe het bedrag verder tot stand is gekomen, wordt niet vermeld.²⁶

²⁵ HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 (*Bulut/Troost*).

²⁶ Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, *JAR* 2004/32.

5.6 Nadere analyse

Uit het bovenstaande volgt dat het aansluiten bij de kantonrechtर्सformule voor de toekenning van een vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag niet vanzelf spreekt. Het belang van rechtsgelijkheid pleit ervoor met deze formule rekening te houden, een identieke toepassing doet echter geen recht aan het verschil tussen de beide procedures en aan het feit dat de wetgever geen vergoeding in alle gevallen van eenzijdige beëindiging heeft beoogd. De oplossing kan worden gevonden in een drietal varianten.

De eerste, door Scholtens reeds vermelde opvatting dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag de helft zou kunnen zijn van de kantonrechtर्सformule is hierboven reeds behalve door hemzelf ook door mij verworpen. Toch is de gedachte wel interessant om ten opzichte van de ‘normale’ kantonrechtर्सformule een korting toe te passen die de verschillen tussen beide procedures compenseert. Zo’n korting zou een bepaald percentage kunnen betreffen, zodat de vergoeding nog altijd evenredigheid vertoont met de factoren diensttijd, leeftijd, loon en verwijtbaarheid die de kantonrechtर्सformule bepalen.²⁷ Ook is denkbaar dat de korting concreet wordt ingevuld met de langere duur van de opzeggingsprocedure, zoals sommige rechters in hun uitspraken doen.

Een tweede benadering is de tendens in de rechtspraak om de kantonrechtर्सformule te beschouwen als een gezichtspunt dat in aanmerking wordt genomen. Dit is echter nog een betrekkelijk vrijblijvende formule, die alle vrijheid laat aan rechters om tot zeer uiteenlopende standpunten te komen.

Een derde alternatief vinden we als we de rechtspraak over het sociaal plan in de beschouwing betrekken en de *Bulut/Troost*-formule enigszins aanpassen. De kantonrechtर्सformule vormt dan een in aanmerking te nemen aanwijzing voor de hoogte van de schadevergoeding, maar daarbij dient rekening te worden gehouden met alle concrete omstandigheden van het geval, zoals de duur van de opzegtermijn, tijdigheid van de aankondiging van de opzegging en duur van de CWI-procedure. Tevens kan hierbij de discussie worden betrokken of pas sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag indien het een ontslag betreft van een oudere werknemer met een aanzien-

²⁷ De vraag of de factor leeftijd nog te rechtvaardigen is in het kader van de regelgeving tegen leeftijdsdiscriminatie zou een aparte beschouwing waard zijn.

lijk aantal dienstjaren en/of een achterstand op de arbeidsmarkt en de financiële situatie van de werkgever.

Deze laatste formule lijkt mij het meeste recht te doen aan de specifieke verhouding tussen de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op basis van het 'gevolgen-criterium' en de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

5.7 Conclusie

In de gevoelige materie van de vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag kan niet zonder meer worden aangesloten bij de kantonrechtersformule. Wel dient deze een rol te spelen in de beoordeling. Minder aanvaardbaar is heden ten dage de benadering waarbij zonder meer een bedrag als billijk wordt gegeven, zonder dat inzicht wordt geboden in de wijze van berekening van dit bedrag.

Het gegeven dat bij kennelijk onredelijk ontslag minder goed voorspelbaar is hoe hoog een vergoeding zal kunnen uitvallen dan bij ontbinding is begrijpelijk tegen de achtergrond van het feit dat het hier gaat om een veel beperkter aantal uitspraken per jaar, waar bovendien door de uitvoeriger procedure ook meer gelegenheid bestaat om recht te doen aan de omstandigheden van het concrete geval.

Het zal nodig blijven om te leven met enige onzekerheid: het oordeel wordt per geval gegeven en er wordt met een schuin oog gekeken naar de kantonrechtersformule. De uitkomst van de berekening kan echter wel zo inzichtelijk mogelijk worden gemaakt door de redenen waarom van de kantonrechtersformule wordt afgeweken zo concreet mogelijk te benoemen. Deze genuanceerde methode, die in feite al wordt gevolgd in de rechtspraak over arbeidsongeschikte werknemers en het sociaal plan, verdient uitbreiding naar de rechtspraak over het gevolgen-criterium bij kennelijk onredelijk ontslag in het algemeen. Op deze wijze ontstaat een inzichtelijke en controleerbare rechtspraak, die uiteindelijk het evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid het best zal benaderen.

6 De ontbinding(svergoeding) en het eerdere einde: het moet een keer uit zijn

*Jacqueline Herman de Groot en Vincent Disselkoen**

6.1 Inleiding

De werkgever vraagt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer voert verweer. Na een mondelinge behandeling volgt de beschikking van de kantonrechter: ontbinding van de arbeidsovereenkomst en toekenning van een vergoeding aan de werknemer. Maar dan...

- blijkt de door de kantonrechter ontbonden arbeidsovereenkomst nietig te zijn geweest;
- wordt, in de periode tussen de datum van de beschikking en de ontbindingsdatum, of de werknemer op staande voet ontslagen, of treedt een ontbindende voorwaarde in of neemt de werknemer ontslag, waarmee de werkgever instemt;
- komt de werknemer in de periode tussen de datum van de beschikking en de ontbindingsdatum te overlijden.

De werkgever stelt zich op het standpunt de vergoeding niet (meer) verschuldigd te zijn en weigert betaling of vordert de betaling terug. Is dat terecht?

De beantwoording van deze vraag (Is dat terecht?) lijkt te verschillen naar gelang de invalshoek. Kiest men (als rechtgeaarde arbeidsrechtjurist) de (gevoelsmatige) invalshoek van de ‘redelijkheid en billijkheid’ respectievelijk die van het goed werkgever- en werknemerschap, dan is voorstelbaar dat men in het geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet de werkgever gelijk geeft, maar men in het geval van overlijden van de werknemer, het billijk zou vinden dat de vergoeding wordt betaald aan de nabestaanden.

* Mr. C.J. Herman de Groot is professional support lawyer bij Simmons & Simmons te Rotterdam. Mr. V. Disselkoen is advocaat bij Simmons & Simmons te Rotterdam.

De causaliteitsdenker zal zeggen dat het onlogisch lijkt dat de vergoeding nog verschuldigd is: de arbeidsovereenkomst is immers eerder rechtsgeldig geëindigd en bestaat niet meer op de datum met ingang waarvan deze werd ontbonden. De ontbindingsbeschikking heeft geen effect – daarmee eindigt de arbeidsovereenkomst immers niet (meer) – en niet valt in te zien waarom de aan de ontbinding gekoppelde beslissing omtrent de vergoeding dan wel effect zou moeten sorteren.

In deze bijdrage zal aan de hand van een aantal uitspraken en een aantal in de literatuur ingenomen standpunten, worden bezien of wat door sommigen als ‘juist’ of ‘redelijk en billijk’ wordt gevoeld, ook ‘rechtens’ is.

Omdat dit artikel gaat over de vraag of de vergoeding nog aan de werknemer verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst eerder eindigt dan de ontbindingsdatum, wordt de beschikking waarin de ontbinding wordt uitgesproken en de vergoeding wordt toegekend, verondersteld te zijn gegeven.

6.2 Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan achteraf in rechte komt vast te staan dat deze nooit bestaan heeft

HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, m.nt. WHH, Jamin/Geels (onverschuldigde betaling)

De werknemer wendt zich tot de kantonrechter met het verzoek zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden en hem daarbij een vergoeding toe te kennen. De werkgever verzet zich niet tegen de gevraagde ontbinding, wél tegen de hoogte van de door de werknemer verlangde vergoeding. De kantonrechter ontbindt en wijst het gevraagde bedrag volledig toe. De werkgever voldoet de vergoeding.

In een daaropvolgende procedure tegen de werkgever maakt de werknemer ook nog aanspraak op betaling van (niet schriftelijk afgesproken, zwart) handgeld. De werkgever stelt zich in deze procedure op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst vanaf de aanvang nietig is geweest, zodat de kantonrechter een niet bestaande arbeidsovereenkomst heeft ontbonden en de grondslag van de vergoeding is komen te vervallen, en vordert in reconventie de ontbindingsvergoeding als onverschuldigd betaald terug.

De werkgever gaat failliet en de curatoren nemen de reconventionele vordering van de werkgever over. De curatoren krijgen gelijk,

het handgeldbeding miste een geoorloofde oorzaak en was daarmee nietig. Nu het beding in kwestie essentieel en niet af te splitsen is van de rest van de arbeidsovereenkomst, deelt de arbeidsovereenkomst het lot van het beding: de arbeidsovereenkomst was nietig.

De reconventionele vordering van de werkgever wordt echter niet toegewezen. De Hoge Raad beslist namelijk dat het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen met zich meebrengt dat een onjuiste rechterlijke uitspraak – *afgezien van het zeldzame en hier niet aan de orde zijnde geval van het geheel ontbreken van rechtskracht* – niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast en dat ook indien geen rechtsmiddel beschikbaar is, de uitspraak tussen partijen rechtskracht heeft. De door het middel voorgestane opvatting dat door het achteraf onjuist blijken van de grondslag waarop de uitspraak berustte, aan de uitspraak de ‘rechtsgrond’ of ‘causa’ is ontvallen zodat de uitspraak partijen niet meer bindt, komt erop neer dat aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak zonder aanwending van enig rechtsmiddel de kracht zou kunnen worden ontnomen door in een volgend geding te doen vaststellen dat de grondslag waarop de eerdere uitspraak berustte, feitelijk of juridisch onjuist is. Die opvatting is onverenigbaar met het gesloten stelsel van de in de wet geregelde rechtsmiddelen.

Heemskerk schrijft in de noot bij dit arrest dat het gevolg van deze uitspraak is dat er twee uitspraken bestaan die niet met elkaar te rijmen zijn. Door de uitspraak waarin de overeenkomst nietig is verklaard komen immers de ontbinding en de daaraan verbonden vergoeding in de lucht te hangen. Hem lijkt verdedigbaar dat hier (wel) sprake zou kunnen zijn van het door de Hoge Raad geformuleerde (‘zeldzame en hier niet aan de orde zijnde geval van het’) geheel ontbreken van rechtskracht. Een ontbinding van een nietige overeenkomst heeft naar zijn mening geen rechtskracht (ontbreken van iedere rechtskracht), ook niet als de nietigheid met terugwerkende kracht is uitgesproken na de ontbinding.

Rood¹ wijst erop dat, zou de werkgever in de ontbindingsprocedure gesteld hebben dat de arbeidsovereenkomst nietig was, de discussie daarover betrekking had gehad op de vraag of art. 1639w (oud) BW wel of niet op de zaak van toepassing was. Dan was het gegaan over het toepassingsgebied van art. 1639w BW en niet over het arti-

1 M.G. Rood, ‘Rechtspraak sociaal recht: beroep op nietigheid der arbeidsovereenkomst kan eerdere beslissing ex art. 1639w BW niet ongedaan maken’, *TVVS* 1989, p. 107-109.

kel zelf, zodat hoger beroep en cassatie mogelijk waren geweest. De appèltermijn was echter al verstreken toen de werkgever weet kreeg van het handgeldbeding, dus de beschikking was onherroepelijk geworden (kracht van gewijsde). Rood stelt dan dat tot één van de beginselen van een rechtssysteem (ook het onze) behoort dat het een keer uit is. Wanneer dat tijdstip precies aanbreekt, blijkt uit de wettelijke bepalingen over aan te wenden rechtsmiddelen en daarbij in acht te nemen termijnen. Zou de mogelijkheid bestaan in een nieuwe procedure de rechtsbasis van een onherroepelijke beslissing aan te tasten, dan is het nooit uit, althans niet eerder dan na de verjaring van een vordering wegens onverschuldigde betaling.

6.3 Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan achteraf in rechte komt vast te staan dat deze niet meer bestaat op de ontbindingsdatum

Ktr. Apeldoorn 6 september 1989, Prg. 1989, 3145 (ontslag op staande voet, verklaring voor recht dat vergoeding is verschuldigd)

Bij beschikking van 16 november 1988 wordt op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 januari 1989 onder toekenning aan hem van een vergoeding. De werknemer wordt op 16 december 1989 op staande voet ontslagen. De werknemer roept de nietigheid in en vordert doorbetaling van loon en een verklaring voor recht dat de werkgever – ook in geval van een eerder dan per de ontbindingsdatum ingetreden rechtsgeldig einde van de arbeidsovereenkomst – de vergoeding aan hem dient te betalen. De kantonrechter bepaalt dat het ontslag niet nietig is en wijst de primaire vordering af. De vordering met betrekking tot de ontbindingsvergoeding wijst de kantonrechter toe, onder meer omdat de uitspraak van de kantonrechter, waarbij de vergoeding werd toegekend, onherroepelijk is en daaraan niet meer kan worden getornd.

Van deze uitspraak is geen beroep ingesteld, partijen hebben een dading getroffen.

Het oordeel van de kantonrechter heeft een aantal pennen in beweging gebracht: Voorink², die deze uitspraak legt naast de uitspraak inzake *Jamin/Geels*, wijst op het verschil tussen beide casusposities,

² R.J. Voorink, 'Enkele kanttekeningen bij Kantongerecht Apeldoorn 1989', *Prg.* 1990, p. 57-66.

daarin bestaande dat in *Jamin/Geels* sprake was van een onjuiste uitspraak (de ontbonden arbeidsovereenkomst is met terugwerkende kracht vernietigd en bestond niet ten tijde van de beschikking) terwijl in het Apeldoornse geval van een onjuiste beslissing geen sprake was: de arbeidsovereenkomst bestond wel op het moment van de beschikking, maar de zaak kreeg een andere wending door het ontslag. Daarmee valt niet de rechtsgrond weg, maar wordt de ontbinding krachteloos. Hier zou sprake (kunnen) zijn van het in *Jamin/Geels* omschreven ('zeldzame en daar niet aan de orde zijnde') geval van het geheel ontbreken van rechtskracht.

Van den Heuvel³ stelt dat de arbeidsovereenkomst door de ontbinding een bepaalde tijd-karakter heeft gekregen en door het ontslag op staande voet (alleen) eerder eindigt. Dit eerdere einde zou geen invloed hebben op de ontbindingsvergoeding, hooguit zou de schade die daardoor wordt veroorzaakt, krachtens (toen) art. 1639o lid 3 BW voor vergoeding in aanmerking komen.

Loonstra⁴ is het hier niet mee eens: hij vindt dat tengevolge van het eerdere einde van de arbeidsovereenkomst als gevolg van het ontslag op staande voet de rechtsgrond voor de vergoeding is komen te vervallen.

HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, Mungra/Van Meir (ontbindende voorwaarde, appèl)

Een werknemer vraagt ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning aan hem van een vergoeding. De kantonrechter stelt partijen bij tussenbeschikking in kennis van het voornemen de arbeidsovereenkomst te ontbinden en daarbij een vergoeding aan de werknemer toe te kennen. Het verzoek wordt niet ingetrokken en een week later volgt de eindbeschikking, waarbij de arbeidsovereenkomst met ingang van diezelfde datum wordt ontbonden.

De werkgever stelt appèl in omdat de arbeidsovereenkomst twee weken voor de eindbeschikking al zou zijn geëindigd, namelijk als gevolg van het intreden van een ontbindende voorwaarde. Dit is gebeurd na de laatste mondelinge behandeling en de brief waarmee de ontbindende voorwaarde is ingeroepen heeft de werknemer in ieder geval bereikt vóór de eindbeschikking. Kennelijk is in eerste instan-

3 L.H. van den Heuvel, 'De tweemaal beëindigde dienstbetrekking', *Prg.* 1990, p. 365-369.

4 C.J. Loonstra, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7A:1639w BW en het rekest-civiel', *SR* 1995, p. 43.

tie bij de kantonrechter in ieder geval geen beroep gedaan op het al geëindigd zijn van de arbeidsovereenkomst.

De rechtbank verklaart het beroep ontvankelijk, constateert dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van het intreden van de ontbindende voorwaarde eerder, voordat de kantonrechter zijn aangevallen beschikkingen had gegeven, is geëindigd, hetgeen met zich brengt dat de kantonrechter door art. 1639w BW toe te passen op een niet (meer) bestaande arbeidsovereenkomst buiten het toepassingsgebied van art. 1639w BW is getreden. De rechtbank vernietigt beide beschikkingen van de kantonrechter en verklaart de werknemer alsnog niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer gaat in cassatie en de Hoge Raad verwerpt dat. In cassatie wordt verder niet teruggekomen op de vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de kantonrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1639w BW is getreden, daarover bestaat tussen partijen ook geen verschil van mening.⁵

HR 23 oktober 1992, JAR 1992/116, Kloostra/Branderhorst (ontslagname en aanvaarding daarvan, appel)

De werkgever vraagt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Nadat werknemer verweer heeft gevoerd (primair afwijzen, subsidiair toewijzen met vergoeding) vraagt de werkgever tijdens de mondelinge behandeling van de zaak bij aanvullend verzoekschrift te ontbinden voorzover vereist, nu naar de stelling van de werkgever de werknemer inmiddels ontslag heeft genomen, met welk ontslag de werkgever heeft ingestemd. De werknemer voert ook tegen het aanvullend verzoek verweer en dient zijnerzijds een ontbindingsverzoek in. De kantonrechter wijst het tweede verzoek van de werkgever af als (tegen)strijdig met het inleidend verzoek dat immers uitging van het nog bestaan van de arbeidsovereenkomst. Het inleidend verzoek wordt afgewezen als gevolg van de stellingname ter gelegenheid van de voortzetting van de mondelinge behandeling door de werkgever dat zij niets liever zou willen dan dat de werknemer zijn werkzaamheden in haar dienst zou hervatten.

Het verzoek van de werknemer wordt toegewezen onder toekenning van een vergoeding aan hem.

Werkgever stelt beroep in en stelt zich op het standpunt dat de kantonrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1639w BW is getreden, dan wel essentiële vormen heeft verzuimd, dan wel art. 1639w

⁵ Zie conclusie A-G onder punt 11.

BW ten onrechte heeft toegepast. De rechtbank verklaart de werkgever in het beroep niet-ontvankelijk, waarna de werkgever in cassatie gaat.

Het gemeenschappelijk uitgangspunt van de cassatiemiddelen is dat de arbeidsovereenkomst niet meer bestond toen de kantonrechter de ontbinding daarvan uitsprak, althans volgens de stelling van de werkgever de kantonrechter, zolang geen zekerheid was verkregen over de vraag of de arbeidsovereenkomst nog bestond of niet, de arbeidsovereenkomst niet onvoorwaardelijk had mogen ontbinden.

De Hoge Raad verwerpt het beroep, daarbij wel overwegend dat voorzover de middelen erover klagen dat de rechtbank de werkgever ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar beroep, deze gegrond zijn. De gegrondbevinding kan evenwel bij gebreke van belang niet tot cassatie leiden, nu de rechtbank, in cassatie tevergeefs bestreden, heeft geoordeeld dat de kantonrechter art. 1639w BW terecht heeft toegepast.

Hof Leeuwarden 16 maart 1994, JAR 1995/77, Schobo/Schoonenberg (ontslag op staande voet, executiegeschil)

De werkgever vraagt in kort geding de werknemer te veroordelen tot opheffing van het door de werknemer gelegde beslag strekkende tot betaling aan hem van een aan hem bij ontbindingsbeschikking toegekende vergoeding. De werkgever heeft de werknemer op staande voet ontslagen vóór de ontbindingsdatum en stelt dat de werknemer eerst tot executie van de ontbindingsbeschikking kan overgaan als is komen vast te staan dat het ontslag nietig is. De president in kort geding wijst de vordering van de werkgever af omdat voorshands niet aanmerkelijk geacht moet worden dat het ontslag stand houdt.

Het hof wijst op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen: nu tegen de ontbindingsbeschikking hoger beroep noch cassatie open staat en niets is gesteld of gebleken omtrent het (concrete voornemen tot het) aanwenden van een buitengewoon rechtsmiddel, zo zulks in casu voorshands al mogelijk geacht zou kunnen worden, is het oordeel van de president dat de rechtskracht van de ontbindingsbeschikking afhangt van een nog uit te lokken andere rechterlijke uitspraak, onjuist.

Pres. Rb. Assen 20 april 1995, KG 1995/209; Hof Leeuwarden 13 december 1995, Prg. 1996, 4451; HR 21 maart 1997, JAR 1997/88, Rolf/Stichting Informatica Drenthe Opleidingen (ontslag op staande voet, executiegeschil)

De Hoge Raad laat zich in 1997 uit over de vraag of een werkgever de in het kader van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan

de werknemster toegekende vergoeding wel moet betalen nu zij de werknemster, vóór de ontbindingsdatum, op staande voet heeft ontslagen. De werknemster had de ontbindingsbeschikking aan de werkgever laten betekenen en gesommeerd tot betaling van de aan haar toegekende bedragen, waarop de werkgever in kort geding een verbod van executie van de ontbindingsbeschikking vorderde, totdat bij gewijsde zou zijn uitgemaakt of het ontslag op staande voet wel of niet terecht was gegeven.

De president verbiedt de werknemster verder te executeren omdat tenuitvoerlegging van de beschikking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als het ontslag op staande voet terecht zou zijn gegeven, respectievelijk omdat de ontbindingsbeschikking is gegeven onder de stilzwijgende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst niet vóór de datum van ontbinding zou eindigen wegens een dringende reden voor de werkgever.

De werknemster gaat in appèl. De werkgever stelt met een beroep op het arrest *Jamin/Geels* dat door het ontslag op staande voet aan de ontbindingsbeschikking de rechtskracht is komen te ontvallen en dat zich hier de uitzondering voordoet van het ontbreken van iedere rechtskracht, zoals door de Hoge Raad in dat arrest genoemd. De werkgever vindt dat deze uitzondering zich in casu voordoet en vindt dan ook dat de president terecht heeft geoordeeld dat de rechtskracht van de ontbindingsbeschikking afhangt van de beslissing in hoogste instantie over de rechtsgeldigheid van het aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet.

Het hof beslist (precies zoals eerder op 16 maart 1994 in de hiervoor besproken uitspraak⁶) dat het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen meebrengt dat een rechterlijke uitspraak niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast. Daarmee is onverenigbaar dat men – buiten het stelsel van rechtsmiddelen om – op grond van een naderhand opgekomen omstandigheid, gelegenheid zou hebben om de geldigheid van een rechterlijke beslissing tot onderwerp van een nieuw geding te maken en zo opnieuw te doen toetsen. Tegen de ontbindingsbeschikking staat geen hoger beroep of cassatie open, terwijl niets is gesteld of gebleken omtrent het voornemen tot het aanwenden van een buitengewoon rechtsmiddel, zo dat al mogelijk zou kunnen worden geacht. Het hof acht het oordeel van de president in kort geding derhalve onjuist en vernietigt het vonnis van de president.

⁶ Hof Leeuwarden 16 maart 1994, *JAR* 1995/77.

Zie over deze uitspraak (en een overzicht van literatuur en jurisprudentie over ontslag op staande voet na ontbinding) onder meer Harenberg⁷ en Mollema⁸, die als raadsheer deel uitmaakte van het hof dat het arrest heeft gewezen. Mollema wijst erop dat deze uitkomst op het eerste gezicht weliswaar onbevredigend is, maar de andere kant van de medaille is dat nu eenmaal tot onze rechtsbeginselen behoort dat het, zoals Rood het omschreef in zijn noot bij *Jamin/Geels*, een keer uit is.

Voorink⁹ wijst (ook hier) op het verschil tussen de situatie *Jamin/Geels* (arbeidsovereenkomst bestond niet) en de onderhavige situatie (arbeidsovereenkomst bestond niet (meer) op ontbindingsdatum) en wijst op het risico dat, wanneer de werkgever in het tweede geval beroep instelt, hij, als gevolg van het ‘ex-nunc’ oordeel niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat hij immers geen werkgever (meer) is.¹⁰

Voorink houdt het er – in afwachting van de uitspraak van de Hoge Raad – voor, dat een dienstbetrekking maar één keer rechtsgeldig tot een eind kan komen en dat dát het moment is waarop het rechtskarakter van andersluidende uitspraken (inclusief de daarin verwoorde gevolgen) vervalt.

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat het betoog van de werkgever dat een ontbindingsbeschikking rechtskracht of althans rechtsgevolg mist wanneer de overeenkomst op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan dat waarop zij wordt ontbonden niet bestaat, faalt. Bovendien, zo vervolgt de Hoge Raad, is de opvatting dat een onherroepelijke rechterlijke uitspraak zou kunnen worden aangetast door in een volgend geding te doen vaststellen dat de uitspraak geen rechtskracht heeft verkregen of dat de rechtskracht daaraan is ontvallen, omdat de grond waarop de uitspraak berustte is weggefallen, onverenigbaar met het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen.

7 W.L. Harenberg, ‘Ontslag op staande voet na ontbinding’, *ArbeidsRecht* 1996, 23.

8 K.E. Mollema, ‘Einde dienstverband voor de ontbindingsdatum’, *SR* 1996, p. 199.

9 R.J. Voorink, ‘Einde dienstverband voor de ontbindingsdatum, Naschrift’, *SR* 1996, p. 268-269.

10 Ons inziens een onjuiste vrees. De – ex- – werkgever stelt hoger beroep in omdat de kantonrechter (weliswaar achteraf) ten onrechte art. 7:685 BW heeft toegepast – er is een arbeidsovereenkomst ontbonden die op de ontbindingsdatum niet meer bestond – en wordt in zijn beroep ontvankelijk verklaard. Vervolgens wordt hij in zijn oorspronkelijke verzoek niet-ontvankelijk verklaard, omdat de arbeidsovereenkomst ‘ex nunc’ niet meer bestaat.

De A-G merkt op (zie punt 10 van de conclusie) dat er verschil is tussen de situatie waarin sprake is van een naderhand opgekomen omstandigheid waarover nog niet onherroepelijk is beslist¹¹ en die waarin (wel) onherroepelijk is beslist in die zin dat is vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig vóór de ingangsdatum van de ontbindingsbeschikking is geëindigd. In dat geval zou, aldus de A-G, de executie van de beschikking verboden zijn.¹²

Nu echter van een dergelijke situatie geen sprake is, is de vordering van de werkgever daarop niet gebaseerd. Evenmin, zo constateert de A-G, is de vordering van de werkgever gebaseerd op de stelling dat de kans van slagen van de werknemer in de vernietigingsprocedure dermate gering is dat het misbruik van recht oplevert indien zij de ontbindingsbeschikking wil executeren, voordat daarin onherroepelijk is beslist. De A-G verwijst in dat kader naar twee uitspraken¹³ waarin, kort gezegd, werd beslist dat ook de bevoegdheid om een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak ten uitvoer te leggen kan worden misbruikt en wanneer daarvan sprake is de tenuitvoerlegging van zulk een uitspraak kan worden verboden. De Hoge Raad gaat op deze beide overwegingen van de A-G niet in (waarschijnlijk omdat deze stellingen niet door de werkgever naar voren zijn gebracht).

Voorink¹⁴ constateert dat niet zeker is wat de Hoge Raad zou beslissen in het geval dat al onherroepelijk vaststond dat het ontslag op staande voet tot een eerdere rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband had geleid en vraagt zich af of uit het feit dat de Hoge Raad aan de nuancering van de A-G geen overweging wijdt de gevolgtrekking moet worden gemaakt dat de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid, rechtmatigheid en opportuniteit in dit soort problemen niet van betekenis vindt en onder alle omstandigheden executie geoorloofd acht.

11 Door het invoeren van de nietigheid van het ontslag op staande voet loopt de arbeidsovereenkomst door tot de ontbindingsdatum en wordt niet onverschuldigd betaald.

12 Er staat dan onherroepelijk vast dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd door de eerdere handeling en de executie van de ontbindingsbeschikking zou ons inziens moeten stranden op misbruik van (proces)recht, respectievelijk het ontbreken van rechtskracht aan de beschikking. Dat is dus een andere situatie dan het, na een onherroepelijke uitspraak in een bodemprocedure terugvorderen van de reeds betaalde vergoeding.

13 HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993, 4 en HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 154.

14 R.J. Voorink, 'Dubbel ontslag; dubbele opvatting', *ArbeidsRecht* 1997, 34.

Ook Rood¹⁵ vraagt zich af wat er zou zijn gebeurd als inmiddels was komen vast te staan dat het ontslag op staande voet terecht gegeven was. Daarmee zou de overeenkomst dan zijn beëindigd vóór de ontbindingsdatum en was de vergoeding retrospectief bezien niet verschuldigd geweest. Zou deze dan als onverschuldigd betaald terug te vorderen zijn? Rood beantwoordt deze vraag negatief (er is niet zonder rechtsgrond betaald) en verwijst naar de Hoge Raad.¹⁶ Van misbruik van de bevoegdheid een rechterlijke uitspraak ten uitvoer te leggen zou in de visie van Rood sprake kunnen zijn wanneer de executie was begonnen of was voortgezet nadat bij gewijsde het ontslag op staande voet geldig zou zijn geoordeeld.

Luttmer-Kat¹⁷ vindt de beslissing van de Hoge Raad formeel-juridisch juist maar de uitkomst onbevredigend en (want?) onlogisch: bij een terecht gegeven ontslag op staande voet was er immers op het moment van de ontbinding geen te ontbinden arbeidsovereenkomst meer. Zij suggereert art. 7:685 BW zo aan te passen dat de kantonrechter slechts kan ontbinden per datum beschikking.

Swelheim¹⁸ merkt op dat de werkgever er verstandig aan zou doen om, indien tussen de datum van de ontbindingsbeschikking en die van het ontslag op staande voet een kortere periode dan twee maanden (de appèltermijn¹⁹) is gelegen, te appelleren van de ontbindingsbeschikking, daarbij aanvoerend dat de kantonrechter, door te ontbinden tegen een datum waarop de arbeidsovereenkomst naar inmiddels is gebleken reeds was geëindigd, buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW is getreden. Dit zou in haar visie zowel het geval kunnen zijn wanneer op de datum van de ontbindingsbeschikking de arbeidsovereenkomst reeds door het ontslag op staande voet was geëindigd als indien de arbeidsovereenkomst op de datum van de ont-

- 15 M.G. Rood, 'Rechtspraak sociaal recht: verliest ontbindingsbeschikking haar kracht door een eerder – doch betwist – ontslag op staande voet?', *TVVS* 1997, p. 187-188.
- 16 HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 570 (*Aegon/Ontvanger*), waarin een vordering van Aegon uit onverschuldigde betaling door Aegon aan de Belastingdienst strandde op het gezag van gewijsde van het vonnis in de verklaringsprocedure op grond waarvan Aegon de betaling had verricht (Hoge Raad) en (eerder) vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (hof).
- 17 A.M. Luttmer-Kat, 'Ontbinding arbeidsovereenkomst op termijn heeft ongewenste gevolgen', *NJB* 1997, p. 1212-1213.
- 18 A.J. Swelheim, 'Appèl en cassatie van beschikkingen ex art. 7:685 BW: een vierde inventarisatie', *ArbeidsRecht* 1999, 67.
- 19 De appèltermijn is inmiddels drie maanden, zie art. 358 lid 2 Rv.

bindingsbeschikking nog bestond, maar de ontbindingsdatum na die van het ontslag op staande voet was gelegen.

Hof 's-Gravenhage 8 januari 1998, JAR 1998/53, Sloof/Steens (ontslag op staande voet, executiegeschil)

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer en kent daarbij aan de werknemer een vergoeding toe. Twee dagen vóór de ontbindingsdatum wordt de werknemer op staande voet ontslagen. De werknemer betekent de ontbindingsbeschikking, roept de nietigheid in van het ontslag en begint een loonverderingsprocedure. De werkgever vraagt in kort geding de werknemer te gebieden de executie van de ontbindingsbeschikking te staken totdat onherroepelijk is beslist over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet. De president wijst het verzoek van de werkgever toe. De werknemer gaat daarvan in beroep. Inmiddels is onherroepelijk komen vast te staan dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven. Het hof volgt de redenering van HR 21 maart 1997, *JAR 1997/88 (Rolf/Informatica Drenthe)* ter afwijzing van het betoog dat als gevolg van het ontslag op staande voet aan de ontbindingsbeschikking geen rechtskracht of rechtsgevolg zou toekomen. Het betoog dat de werknemer misbruik maakt van de bevoegdheid tot executie (van de ontbindingsbeschikking), nu onherroepelijk is vastgesteld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is verleend, wordt eveneens verworpen. Daarbij wordt vooropgesteld dat de beschikking van de kantonrechter niet berust op een juridische of feitelijke misslag (de dringende reden heeft zich immers pas voorgedaan nadat de ontbindingsbeschikking was gegeven). Voorts wordt gesteld dat het ontslag op staande voet niet een zodanige omstandigheid is dat de werknemer door de executie van de ontbindingsbeschikking in strijd met de redelijkheid en de billijkheid handelt. Daarbij wordt onder meer verwezen naar het feit dat bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, omstandigheden, betrekking hebbende op het verleden, zijn betrokken.

Wij vinden ook dit een onjuiste redenering, al was het alleen maar vanwege het feit dat in de wet specifiek is bepaald dat in die situaties waarin een dringende reden voor ontslag op staande voet leidt tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, aan de werknemer geen vergoeding toekomt, terwijl (inmiddels) ook duidelijk is dat een terecht gegeven ontslag op staande voet niet kennelijk onredelijk kan zijn. Het uitgangspunt van het hof is ons inziens echter al onjuist. Daar waar onherroepelijk – gezag van gewijsde – vaststaat dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd door een ontslag op staande voet

op een tijdstip gelegen vóór de datum waartegen de arbeidsovereenkomst ontbonden is onder toekenning van een vergoeding, is het alsnog executeren van de beschikking ter verkrijging van de ontbindingsvergoeding misbruik van (proces)recht. De rechtskracht van de beschikking ontbreekt dan.

6.4 Tussenstand

1. Als de ontbindingsbeschikking onherroepelijk is, kan, tenzij de rechtskracht geheel ontbreekt, niet in een andere procedure de ontbindingsbeschikking (of de daaraan verbonden gevolgen) ongedaan worden gemaakt (HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 588, *Jamin/Geels*).
2. Van het ontbreken van rechtskracht als bedoeld in *Jamin/Geels* is geen sprake als vóór het in de beschikkingsdatum vermelde tijdstip van ontbinding ontslag op staande voet heeft plaatsgevonden, waarvan de nietigheid is ingeroepen, terwijl nog niet met gezag van gewijsde vaststaat dat er sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet (HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/88, *Rolf/Informatica Drenthe*).
3. Als een onherroepelijke ontbindingsbeschikking wordt geëxecuteerd terwijl vaststaat dat de arbeidsovereenkomst eerder is geëindigd, zou een verbod tot executie toewijsbaar zijn (A-G bij HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/88 en Rood, bij welk standpunt wij ons graag aansluiten) vanwege misbruik van (proces)recht respectievelijk het ontbreken van rechtskracht aan de ontbindingsbeschikking; of
als een onherroepelijke ontbindingsbeschikking wordt geëxecuteerd terwijl vaststaat dat de arbeidsovereenkomst eerder is geëindigd, zou een verbod tot executie alleen toewijsbaar zijn wanneer de werknemer door tot executie over te gaan zozeer in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid dat hij misbruik van zijn bevoegdheid maakt. Of dit het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (Hof 's-Gravenhage 8 januari 1998, *JAR* 1998/53, *Sloof/Steens*).
4. Is de ontbindingsbeschikking niet onherroepelijk en wordt appèl ingesteld tegen de ontbindingsbeschikking omdat de arbeidsovereenkomst niet bestond op het moment van de ontbindingsbeschikking, dan is het hoger beroep ontvankelijk en zou het kunnen slagen wegens het buiten de grenzen van art. 7:685 BW getreden zijn

door de kantonrechter (HR 6 maart 1992, *NJ* 1995, 209, *Mungra/Van Meir*).

5. Is de ontbindingsbeschikking niet onherroepelijk en wordt appèl ingesteld tegen de ontbindingsbeschikking omdat de arbeidsovereenkomst niet meer bestond op het moment van de ontbindingsdatum, dan is het hoger beroep in principe ontvankelijk. De kantonrechter heeft, zo blijkt achteraf ten onrechte, art. 7:685 BW toegepast en in hoger beroep dient de werkgever alsnog in zijn oorspronkelijke verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

6.5 Ontbinding van een arbeidsovereenkomst waarvan komt vast te staan dat deze op het moment van de ontbindingsbeschikking of de datum van ontbinding niet (meer) bestond vanwege het overlijden van de werknemer

Is nog tot lang na de beschikkingsdatum discussie mogelijk over de vraag of de arbeidsovereenkomst eerder dan de ontbindingsdatum rechtsgeldig is geëindigd door ontslag op staande voet, het intreden van een ontbindende voorwaarde of ontslagneming en aanvaarding daarvan door de werkgever, als de werknemer overlijdt is één ding duidelijk: de arbeidsovereenkomst komt van rechtswege op dat moment definitief tot een einde.

Neemt de werkgever kennis van het overlijden tijdens de periode dat het ontbindingsverzoek nog kan worden ingetrokken, dan trekt de werkgever het verzoek in.

Neemt hij kennis van het overlijden binnen drie maanden na de ontbindingsbeschikking, dan kan hij zekerheidshalve hoger beroep instellen. Ons inziens echter zou een executiegeschil voor de werkgever succesvol moeten zijn (misbruik van (proces)recht respectievelijk ontbreken van rechtskracht aan de ontbindingsbeschikking, zie 'Tussenstand' punt 3, eerste alinea).

De rechtsgrond voor toekenning van de vergoeding komt ook te ontbreken. Voor de – financiële – gevolgen van het einde van de arbeidsovereenkomst door de dood gelden andere wettelijke regelingen/verzekeringen.

In de praktijk wordt een dergelijk executiegeding – kennelijk – niet gevoerd, gegeven de toch al trieste omstandigheden en wordt de vergoeding geheel of gedeeltelijk voldaan.

Wordt de gedachtegang gevolgd van 'Tussenstand' punt 3, tweede alinea, dan komt de werkgever in de redelijkheid en billijkheidssfeer

en de belangenafweging terecht en is heel wel voorstelbaar dat wel aandacht wordt besteed aan de gronden voor de ontbinding en met name de omstandigheden en factoren waarmee de kantonrechter rekening heeft gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

6.6 En nu Gijs Scholtens

Jammer dat van het arrest van Hof 's-Gravenhage 8 januari 1998, *JAR* 1998/53 (*Sloof/Steens*), welke zaak in eerste instantie natuurlijk voor de werkgever behandeld is door de arbeidsrechtsectie van Gijs Scholtens, geen cassatie is ingesteld, al was het maar in het belang der wet, zoals in een andere belangrijke procedure van Gijs Scholtens (*MAB/Levison*). Waarschijnlijk heeft de P-G in dit geval, net zoals Scholtens (met Rood) gedacht:

HET MOET EEN KEER UIT ZIJN!

7 Ontbindingsvergoeding en vergoedingen in een sociaal plan: de status van het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan

*Marnix Holtzer**

7.1 Inleiding

De redactie van deze bundel heeft de auteurs verzocht hun bijdragen ‘flink opiniërend en van beperkte omvang’ te laten zijn. Een aansporing naar mijn hart en geheel in de stijl van degene aan wie dit liber amicorum is opgedragen. Wie zijn bijdrage beperkt wil houden moet afbakenen, zeker waar het een onderwerp als het sociaal plan betreft. Over het sociaal plan is in de afgelopen periode echt enorm veel geschreven en het voegt niets toe om daarvan in beschrijvende zin een bloemlezing te maken.¹ Ik zal deze bijdrage daarom beperken tot de status (en niet de uitleg) van wat ik beschouw als de ondergeschoven kinderen op het terrein van collectieve afvloeiingsregelingen, te weten het sociaal plan dat is overeengekomen met de OR² en het eenzijdig aangeboden sociaal plan. Deze twee vormen lijken in jurisprudentie en literatuur relatief weinig aandacht te krijgen. De communis opinio is tot nu toe dat aan een eenzijdig aangeboden sociaal plan geen en aan een sociaal plan met de OR eveneens geen, althans een geringe waarde moet worden toegekend. Hierna zal ik betogen dat deze opvatting onjuist is.

* Mr. M. Holtzer is advocaat bij DLA SchutGrosheide te Amsterdam.

1 Dit geldt temeer nu redelijk recent een goed overzicht van jurisprudentie en literatuur op dit terrein is verschenen, zie D.J. Buijs, ‘Ontslagvergoedingen: de stand van zaken’, *SR* 2003, p. 258-270 en D.J. Buijs, ‘Afvloeiingsregelingen’, in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-156.

2 Waar ik in deze bijdrage refereer aan een ‘met de OR overeengekomen’ sociaal plan bedoel ik tevens andere vormen van werknemersvertegenwoordigers, zoals de personeelsvertegenwoordiging van art. 35c WOR.

De gedachte dat aan met de OR afgesloten of eenzijdig aangeboden sociaal plannen geen of onvoldoende geldigheid toekomt wordt ontleend aan de kantonrechttersformule. In Aanbeveling 3.6 van de Kring van Kantonrechtters is een regeling opgenomen die specifiek ziet op de status van het sociaal plan. De betreffende aanbeveling luidt als volgt:

‘In afwijking van aanbeveling 3.1 zal de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie van het bedrijf een vergoeding toekennen overeenkomstig een terzake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met tot de CAO onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval is aanbeveling 3.1 van toepassing, zij het dat, indien slechte financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan I te laten zijn.’

Overigens bespeur ik een afnemend enthousiasme voor de kantonrechttersformule in het algemeen en Aanbeveling 3.6 in het bijzonder. Waar Scholtens³ in zijn overzicht over het jaar 2002 nog concludeerde dat de kantonrechttersformule een formule *for all seasons* was, stelde hij in zijn overzicht over 2003⁴ al iets zuiniger vast dat de arbeidsrechtelijke praktijk ‘onverdroten voortgang’ met de kantonrechttersformule en oordeelt hij in 2005⁵ als volgt:

‘in 2004 is veel gepraat over dat het anders moet met de ontslagvergoedingen, maar er is niets gewijzigd en de praktijk blijft zich eenvoudigweg bedienen van de kantonrechttersformule’.

Op Aanbeveling 3.6 zelf is felle kritiek geuit door Loonstra⁶, die onder meer meent dat de aanbeveling slecht is onderbouwd en niet

3 C.G. Scholtens, ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (II)’, *ArbeidsRecht* 2003, 12.

4 C.G. Scholtens, ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (II)’, *ArbeidsRecht* 2004, 12.

5 C.G. Scholtens, ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (I)’, *ArbeidsRecht* 2005, 14.

6 C.J. Loonstra, ‘De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters en het sociaal plan’, *SMA* 1999, p. 159-165.

past in het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het is deze Aanbeveling 3.6 die nog steeds centraal staat in ontbindingsprocedures volgend op reorganisaties en waarmee de praktijk het zal moeten doen. Als aangegeven zal ik mij hierna concentreren op die vormen van het sociaal plan die in Aanbeveling 3.6 juist niet tot uitgangspunt worden genomen. Ik zal dit doen door, na een korte analyse van de huidige stand van jurisprudentie en literatuur omtrent de status van het sociaal plan, het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan te plaatsen in de sleutel van het goed werkgeverschap, meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens zal ik die opvatting nuanceren aan de hand van verschillende situaties die in de praktijk denkbaar zijn, waarbij niet alleen de inhoud van het sociaal plan zelf, maar ook de houding van werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers de norm van het goed werkgeverschap invullen. Ik zal afsluiten met enkele conclusies en aanbevelingen.

7.2 Toelichting op Aanbeveling 3.6

Aanbeveling 3.6 van de kantonrechttersformule staat niet op zichzelf, maar gaat vergezeld van een toelichting. De voor het onderwerp van deze bijdrage belangrijkste passage uit de toelichting luidt als volgt:

‘Is het sociaal plan eenzijdig door de werkgever opgesteld, al dan niet na overleg met de vakbonden en/of de ondernemingsraad, dan behoeft daar in beginsel geen waarde aan gehecht te worden. Door het ontbreken van overeenstemming kan immers onvoldoende getoetst worden of er aanleiding bestaat om een lagere vergoeding toe te kennen, terwijl anderzijds honorering van een dergelijk sociaal plan zou impliceren dat de werkgever eenzijdig de hoogte van de vergoeding kan bepalen.’

Voor mijzelf gold dat het alweer enige tijd geleden was dat ik naar de letterlijke tekst van deze toelichting keek en bij het herlezen daarvan bekwam mij de gedachte: is dit alles? Op de redenering van de Kring van Kantonrechtters valt veel af te dingen. In de eerste plaats meen ik dat het juist een groot verschil maakt of het sociaal plan eenzijdig wordt aangeboden nadat met de vakorganisaties en ondernemingsraad overleg is gevoerd of dat dit zonder dergelijk overleg is geschied. In dat laatste geval kan de werkgever het verwijt worden gemaakt dat hij zich onvoldoende gelegen laat liggen aan de mede-

zeggenschap en invloed van de werknemersorganisaties (zie hierna). Het is echter zeer wel mogelijk dat door de werknemersvertegenwoordigers eenvoudigweg onredelijke eisen worden gesteld of – genuanceerder – zij een andere opvatting hebben over de bedrijfs-economische noodzaak en de financiële positie van de onderneming. Wanneer de werkgever in een dergelijk geval meent dat het belang van de onderneming vergt dat aan die eisen niet tegemoet wordt gekomen, ontstaat in mijn ogen wel degelijk een heel andere situatie dan wanneer overleg volstrekt achterwege is gebleven.

In de tweede plaats kan ik niet volgen waarom uit het ontbreken van overeenstemming automatisch volgt dat onvoldoende getoetst zou kunnen worden of er aanleiding bestaat om een lagere vergoeding toe te kennen. Uit Aanbeveling 3.6 volgt immers dat de inhoud van het sociaal plan ter sprake komt in het kader van de ontbindingsprocedure en de vergoeding kan te allen tijde door de rechter worden getoetst. Dat gebeurt ook in de praktijk. De kantonrechter toetst niet alleen of de bedrijfseconomische noodzaak zelf voldoende is aangetoond, maar eveneens of de door de werkgever aangeboden vergoeding voldoende is. Ik ben het dan ook niet eens met de stelling van Van der Hulst⁷, die meent dat een belangrijke tekortkoming van de Aanbeveling 3.6 daarin is gelegen dat er geen plaats is ingeruimd voor een toetsing van het sociaal plan zelf aan de redelijkheid. De rechter heeft immers wel degelijk de mogelijkheid om bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van de hoogte van de aangeboden vergoeding te kijken naar het gehele aangeboden pakket dat volgt uit het sociaal plan en is in mijn ogen daartoe zelfs verplicht. Wanneer in een sociaal plan bijvoorbeeld goede voorzieningen zijn opgenomen in de sfeer van latere ontbindingsdata verbonden aan herplaatsingsinspanningen, outplacementvergoedingen, verhuiskosten of anderszins, dient dit mee te wegen in de beoordeling van de uiteindelijk aangeboden ontbindingsvergoeding en kan dit ook leiden tot de conclusie dat een vergoeding met een correctiefactor lager dan de neutrale gerechtvaardigd is. In die zin blijft voorop staan dat het bij de kantonrechtersformule gaat om aanbevelingen, die de rechter niet bevrijden van – en ook niet beperken in – zijn plicht om de aangeboden vergoeding op redelijkheid te beoordelen. Dit heeft de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Bulut/Troost*, dat hierna zal worden besproken. Hieruit volgt eveneens de onjuistheid van de in de toelichting op

⁷ J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 143.

Aanbeveling 3.6 geformuleerde opvatting dat honorering van een sociaal plan dat niet met de vakorganisaties is overeengekomen zou impliceren dat de werkgever eenzijdig de hoogte van de vergoeding kan bepalen. Dit is onjuist. Het is in de ontbindingsprocedure immers de rechter die dat doet.

In de inleiding op deze bijdrage refereerde ik al aan een publicatie van Loonstra⁸, die veel werk heeft gemaakt van het leveren van kritiek op (de toelichting op) Aanbeveling 3.6. Loonstra constateert terecht dat de Kring van Kantonrechters het rechtsgevolg van het eenzijdig aangeboden of met de OR overeengekomen sociaal plan wel erg minimaliseert en dat juridische argumenten voor de opvatting dat aan dergelijke plannen geen waarde hoeft te worden gehecht in de kantonrechtersformule niet te vinden zijn. Een belangrijk onderdeel van zijn kritiek vloeit echter voort uit zijn mening dat de noodzaak tot reorganiseren bij uitstek een grond is die ligt in de risicosfeer van de werkgever. Loonstra vindt daarom dat er onvoldoende argumenten zijn om in het kader van een sociaal plan af te wijken van de neutrale kantonrechtersformule. Die gedachte acht ik onjuist. Ik durf de stelling aan dat het inmiddels algemeen maatschappelijk aanvaard is dat een arbeidsovereenkomst niet, althans niet langer, een levenslange garantie op werk biedt. Daaruit volgt dat niet alleen de werkgever als ondernemer, maar ook de werknemer als deelnemer aan de onderneming een risico loopt waar het gaat om de economische positie daarvan en het daaraan gekoppelde voortbestaan van de arbeidsrelatie. Een gedeeld risico dus, dat zeker niet alleen in de sfeer van de werkgever ligt en ertoe kan bijdragen dat vergoedingen onder de neutrale kantonrechtersformule worden uitgekeerd.

7.3 De status van het sociaal plan in de jurisprudentie van de Hoge Raad

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is het sociaal plan tot nu toe voornamelijk geplaatst in de sleutel van het collectief arbeidsrecht en het instituut van de CAO. Dit gebeurde laatstelijk in de zaak *Duzgun/Abilis*⁹, waarin de Hoge Raad oordeelde dat voor doorwerking van het sociaal plan als CAO van belang is dat dit is aangemeld bij de

⁸ Loonstra, a.w.

⁹ HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408.

arbeidsinspectie conform art. 4 van de Wet op de loonvorming. Voor het onderwerp van deze bijdrage is veel belangrijker de zaak *Bulut/Troost*.¹⁰ In dat arrest kwam aan de orde de status van een sociaal plan ten opzichte van een ongebonden werknemer. Het ging daarin om de reorganisatie van de onderneming Troost Mechamon Pernis B.V., die met een aantal vakorganisaties tot een sociaal plan was gekomen. De vakorganisatie van de werknemer was wel betrokken bij het totstandkomen van het sociaal plan, maar had geweigerd dit mede te ondertekenen. In de procedure vorderde de ongebonden werknemer een hogere vergoeding dan in het sociaal plan was vastgesteld. Nadat zijn vorderingen door kantonrechter en rechtbank waren afgewezen werd de zaak door de Hoge Raad in cassatie behandeld. De Hoge Raad stelde voorop dat, nu de rechtbank de status van het sociaal plan uitdrukkelijk in het midden had gelaten, ervan uitgegaan moest worden dat Bulut niet aan het plan gebonden was. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad als volgt:

‘In een dergelijke situatie vormt bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening zoals die wordt betwist.’

Ik denk dat deze uitspraak ook van groot belang kan zijn voor de bepaling van de status van het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan. Dat de Hoge Raad deze uitspraak heeft gedaan in een geschil omtrent kennelijk onredelijk ontslag en niet een ontbindingszaak vind ik nauwelijks relevant, omdat de Hoge Raad een basisregel neerlegt voor situaties waarin het sociaal plan tot uitgangspunt genomen moet worden. Ik meen dat de uitspraak zó gelezen moet worden dat ook het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan bij de beoordeling van de hoogte van de vergoeding in ontbindingszaken tot uitgangspunt moet worden genomen. Anders gezegd: ook bij een niet met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan geldt dat wanneer een vergoeding conform dat sociaal plan wordt aangeboden, dit een aanwijzing vormt dat die voorziening toereikend is.

¹⁰ HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

Ik realiseer mij dat in de zaak *Bulut/Troost* wel sprake was van een met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan. Dat aspect acht ik hier echter niet van doorslaggevend belang, omdat de Hoge Raad nu juist keek naar de situatie van een *ongebonden* werknemer, zodat jegens die werknemer de rol van de vakorganisaties in de beoordeling geen onderdeel vormde. Daarmee kan het sociaal plan inzake *Bulut/Troost* op één lijn worden gesteld met een eenzijdig aangeboden of met de OR overeengekomen sociaal plan. In mijn ogen bevestigt de Hoge Raad hier de onjuistheid van de inhoud van Aanbeveling 3.6, nu ook jegens de ongebonden werknemer uitgegaan moet worden van de toereikendheid van de voorziening wanneer deze in overeenstemming is met het sociaal plan. Voorts bevestigt de Hoge Raad dat het uiteindelijk aan de rechter is om deze voorziening op redelijkheid te toetsen, waarbij ik herhaal dat deze toetsing in het licht van het gehele voorzieningenpakket uit het sociaal plan moet worden geplaatst.

7.4 Goed werkgeverschap en sociaal plan

Bij de gedachtevorming rondom de status van het sociaal plan in bijvoorbeeld aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters en de jurisprudentie van de Hoge Raad vind ik dat de werking van het goed werkgeverschap onderbelicht is gebleven. Het goed werkgeverschap – en zijn tegenhanger het goed werknemerschap – valt te beschouwen als een basisnorm van het arbeidsrecht, welke bepalend is voor de invulling van de specifiek arbeidsrechtelijke bepalingen van Boek 7 BW. Het goed werkgeverschap werkt dus ook in op het sociaal plan dat niet met de vakorganisaties is afgesloten. Sterker nog: ik meen dat aan de werking van het goed werkgeverschap sterke argumenten te ontleen zijn om aan het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan een krachtiger werking te geven dan daaraan tot nu toe wordt toegekend. Deze argumenten vind ik in de eerste plaats in de reikwijdte van het goed werkgeverschap in het arbeidsrecht en in de tweede plaats in de uitwerking van een opkomend beginsel dat recentelijk voor steeds meer vernieuwing in het arbeidsrecht zorgt, te weten het gelijkheidsbeginsel.

7.4.1 *De reikwijdte van het goed werkgeverschap in het arbeidsrecht*

Er is het nodige geschreven over de vraag of de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW een andere norm zouden

inhouden dan goed werkgeverschap van art. 7:611 BW. De heersende leer is echter dat een beroep op een goed werkgeverschap van art. 7:611 BW tot eenzelfde resultaat leidt als de redelijkheid en billijkheidsartikelen uit Boek 6 BW. Het bestaan van art. 7:611 BW verduidelijkt echter dat ook in het arbeidsrecht rekening moet worden gehouden met de redelijkheid en billijkheid als basisnorm voor de beoordeling van arbeidsrechtelijke vragen.

Belangrijker dan de vraag naar het bestaansrecht van art. 7:611 BW is hoever het goed werkgeverschap in het arbeidsrecht reikt en wat naar redelijkheid en billijkheid van de werkgever geëist kan worden. Naar die vraag is onderzoek gedaan door De Wit.¹¹ In haar dissertatie stelt zij vast dat de belangrijkste begrenzer van de werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht de verantwoorde bedrijfsvoering is. De verantwoorde bedrijfsvoering vormt naar haar inzicht de bovengrens van de verplichtingen van de goede werkgever. Bij de vaststelling van wat die verantwoorde bedrijfsvoering inhoudt vormen het kostenaspect en de concurrentiepositie van de werkgever onontbeerlijke elementen. Het belang van een verantwoorde bedrijfsvoering is volgens De Wit bepalend voor alle werknemers en van de werkgever. De belangen van de werkgever worden niet alleen ingevuld door het maken van winst, maar ook de (internationale) concurrentiepositie, de stuurkracht en de ontwikkeling van de onderneming.

Om die redenen concludeert De Wit dat het belang van een verantwoorde bedrijfsvoering zwaarder weegt dan de belangen van een individuele werknemer, eenvoudigweg omdat de instandhouding van de onderneming een *conditio sine qua non* vormt voor het voortbestaan van de individuele arbeidsovereenkomst. Binnen het kader van de verantwoorde bedrijfsvoering zijn twee factoren specifiek voor de arbeidsovereenkomst van belang, namelijk de duur van de overeenkomst en de ongelijkheidscompensatie. Vanuit de gedachte van het arbeidsrecht dat de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer moet worden geëgaliseerd en dat de duur van de arbeidsovereenkomst een andere beoordeling kan opleveren van de verplichting van de werkgever, kan het goed werkgeverschap binnen het kader van de verantwoorde bedrijfsvoering nader worden ingevuld.

11 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 1999.

De hierboven aangegeven benadering van De Wit acht ik een zeer zinvolle waar het gaat om de bepaling van de status van het sociaal plan. Het is immers vaak in situaties waar een sociaal plan nodig is dat overwegingen omtrent een verantwoorde bedrijfsvoering het scherpst naar voren komen. Soms zal een reorganisatie noodzakelijk zijn om de efficiency binnen de onderneming te verbeteren en aldus de winstverwachtingen en overlevingskansen op lange termijn te vergroten. In een dergelijk geval eist het beginsel van verantwoorde bedrijfsvoering van de werkgever dat hij ingrijpt, maar zal ook van de werkgever verwacht mogen worden dat de door hem aan te bieden vergoeding in het sociaal plan in het kader van goed werkgeverschap niet, althans niet significant, afwijkt van de neutrale kantonrechttersformule.

Dat wordt anders waar ingrijpen noodzakelijk is om het overleven van de onderneming (op korte termijn) te waarborgen. Juist hier doet zich de door De Wit beschreven situatie voor dat het belang van de individuele werknemer moet wijken voor het belang van de onderneming en de aldaar resterende werkgelegenheid. Wanneer in die situaties geen betrokken vakorganisaties aanwezig zijn of deze het laten afweten (zie hierna), volgt uit het beginsel van een verantwoorde bedrijfsvoering niettemin dat de werkgever gehouden kan zijn tot het aanbieden van een sociaal plan met een vergoeding onder de neutrale kantonrechttersformule. Het goed werkgeverschap vraagt in die gevallen van de werkgever dat hij een berekening maakt van de beschikbare middelen voor de afvloeiingsregeling van de werknemers en een afweging maakt die past binnen de algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap en de belangen van alle stakeholders, waaronder niet alleen de werknemers, maar onder andere ook aandeelhouders en crediteuren vallen.

Ik zie niet in waarom in beide zojuist beschreven situaties (reorganisatie vanwege efficiencyverbetering of overleven) het niet met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan een zwakkere werking zou moeten worden toegekend. In mijn ogen dient hier het belang van een verantwoorde bedrijfsvoering in het kader van het goed werkgeverschap een duidelijker plaats te krijgen in de beoordeling van een vergoeding uit hoofde van het sociaal plan in een ontbindingsprocedure. Het enkel verwerpen van een niet met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan omdat dit 'onvoldoende controleerbaar' zou zijn acht ik onvoldoende recht doen aan dit beginsel. Het is immers de kantonrechter die uiteindelijk in de ontbindingsprocedure

de redelijkheid van de aangeboden vergoeding bepaalt, maar daarbij maakt het wezenlijk verschil of het aangeboden sociaal plan daarbij tot uitgangspunt wordt genomen of niet.

7.4.2 *Het gelijkheidsbeginsel*

Het is niet alleen het beginsel van de verantwoorde bedrijfsvoering dat zou moeten leiden tot een hogere waardering van het met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan. Daarnaast speelt in mijn visie namelijk het gelijkheidsbeginsel een grote rol. Ook dit beginsel heeft in de vormgeving van Aanbeveling 3.6 geen plaats gekregen en wordt in de literatuur en jurisprudentie maar zelden aangehaald als het gaat om een niet met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen naar evenredigheid ongelijk. Dit beginsel is breder dan alleen gelijke beloning voor gelijke arbeid. Dat laatste beginsel heeft inmiddels ruime aandacht gekregen en is door de Hoge Raad expliciet bevestigd in de *Agfa-* en *Parallel Entry*-arresten.¹²

Het gelijkheidsbeginsel vergt naar mijn mening van de werkgever dat hij streeft naar een eenduidig en gelijkwaardig systeem van vergoedingen in het kader van het sociaal plan. Daarbij wordt de inhoud van die verplichting ingevuld door de ongelijkheidscompensatie en de duur van het dienstverband. Dat laatste aspect krijgt in vrijwel ieder sociaal plan gestalte door de toepassing van de factor A in de kantonrechttersformule of een langere duur van een suppletieregeling in het sociaal plan naarmate het dienstverband langer heeft geduurd. Het beginsel van ongelijkheidscompensatie leidt ertoe dat van de werkgever in veel gevallen gevraagd zou kunnen worden dat hij contact zoekt met de vakorganisaties teneinde met hen in onderhandeling te treden over de inhoud van een sociaal plan. Wanneer vakorganisaties echter ontbreken of met hen niet op redelijke wijze te onderhandelen valt, meen ik dat uit het gelijkheidsbeginsel voor de werkgever nog steeds de verplichting voortvloeit om tot een sociaal plan te komen, opdat gelijke gevallen zoveel mogelijk gelijk worden behandeld. Als ondergrens voor die verplichting zou ik aansluiting willen zoeken bij het getalscriterium uit de Wet melding collectief ontslag; iedere reorganisatie die boven dat criterium uitstijgt, zou in mijn ogen

¹² HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 en HR 30 juni 2004, *JAR* 2004/68.

gepaard moeten gaan met een minimaal eenzijdig aangeboden sociaal plan.

Deze verplichting van de werkgever heeft ook een keerzijde, namelijk dat uit het gelijkheidsbeginsel evenzeer voortvloeit dat een met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan in rechte gerespecteerd wordt, tenzij dit in individuele gevallen onbillijk uitpakt. Een andere benadering leidt ertoe dat het bij iedere ontbindingsprocedure opnieuw uitdraait op een beoordeling van de basisuitgangspunten van de vergoeding, terwijl het goed werkgeverschap nu juist vraagt dat werknemers mogen verwachten dat ook hun collega's aan dezelfde normen moeten voldoen. Anders gezegd: werknemers moeten erop kunnen vertrouwen dat zij in gemoede akkoord kunnen gaan met de aangeboden vergoeding uit het sociaal plan en dat het enkel verzet daartegen niet automatisch leidt tot (de mogelijkheid van) hogere compensatie. Op dit beginsel zou ik alleen een uitzondering willen maken voor die gevallen waarin het sociaal plan zelf onredelijke uitgangspunten kent of waar individuele omstandigheden van de werknemer de vergoeding aantoonbaar onredelijk maken.

Bij het formuleren van bovenstaande norm realiseer ik mij dat, zoals Heerma van Voss¹³ stelt, het vaak moeilijk is aan te tonen dat sprake is van gelijke gevallen, om welke reden schending van het gelijkheidsbeginsel niet eenvoudig is aan te tonen. Heerma van Voss wijst echter op een aantal uitspraken waarin dit beginsel werd bevestigd en waarbij het vaak ging om het uitsluiten van één of kleine groepen werknemers van een algemene regeling. Met name noemt hij het voorbeeld van een werknemer met een langdurig dienstverband op aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dat voor de toepassing van het sociaal plan gelijk gesteld werd met werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst waren.¹⁴

Ik zie de gelijkheid van de hier besproken gevallen niet zozeer in de gelijkheid van de verrichte arbeid, maar in de gelijkheid van de situatie waarin de werknemers verkeren. Alle voor ontslag voorgedragen werknemers hebben immers op dat moment te maken met dezelfde

13 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

14 Ktr. Rotterdam 19 februari 1991 en 10 december 1991, *Prg.* 1993, 3986.

bedrijfseconomische omstandigheden en gelijke afwegingen die tot hun ontslag leiden of hebben geleid. Deze laatste afwegingen worden gewaarborgd door de selectiesystemen die voortvloeien uit het Ontslagbesluit. Voor alle betrokken werknemers geldt dat na hun ontslag een beroep kan worden gedaan op hetzelfde systeem van sociale verzekeringswetgeving en dat zij allen worden geconfronteerd met de onzekerheid omtrent het verkrijgen van een nieuwe werkkring. Aldus meen ik dat het gerechtvaardigd is om al die werknemers dezelfde systematiek van vergoedingen in een sociaal plan te bieden, waarbij het niets uitmaakt of dit sociaal plan nu wel of niet met de vakorganisaties is overeengekomen.

7.5 De status van het sociaal plan en de (houding van) werknemersvertegenwoordigers

Bij de invulling van de norm van het goed werkgeverschap in het kader van de status van het sociaal plan moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de houding van de werkgever, de werknemers en hun vertegenwoordigers. Zonder uitsluitend te willen zijn, noem ik hierna een aantal in de praktijk voorkomende situaties en geef ik weer welk effect deze in mijn ogen hebben op de status van het sociaal plan.

7.5.1 *Bij de onderneming zijn vakorganisaties betrokken*

Bij de onderneming zijn vakorganisaties betrokken, doch deze worden gepasseerd

Deze situatie is wellicht de juridisch meest eenvoudige. Op de werkgever kunnen uit hoofde van de Wet melding collectief ontslag, de SER-Fusiegedragsregels of de toepasselijke CAO verplichtingen rusten om met de vakorganisaties in overleg te treden omtrent de gevolgen van een (voorgenomen) besluit. Wanneer de werkgever deze verplichtingen niet nakomt, meen ik dat aan een in die situatie met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan niet het uitgangspunt mag worden toegekend dat de daarin opgenomen voorzieningen toereikend zijn.

Bij de onderneming zijn vakorganisaties betrokken, doch deze laten het afweten

Onder dit 'laten afweten' valt een heel scala aan handelen of nalaten aan de zijde van de vakorganisaties, welke hen in min of meerdere

mate kan worden verweten. Het gaat daarbij zowel om onredelijke eisen in het kader van onderhandelingen over een sociaal plan of werkgelegenheidsgaranties, bevoordeling van vakbondsleden ten laste van niet aangeslotenen¹⁵ en een te vroeg afbreken van het overleg.¹⁶ In dergelijke situaties meen ik dat het wel degelijk redelijk is een met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan als uitgangspunt te nemen. De hierboven aangegeven overwegingen van de Hoge Raad in de zaak *Bulut/Troost* en de norm van het goed werkgeverschap vormen hiertoe de grondslag.

Bij de onderneming zijn vakorganisaties betrokken, maar met hen kan geen overeenstemming worden bereikt

In deze situatie hangt het af van de kwaliteit van het overleg en de aannemelijkheid en redelijkheid van de standpunten over en weer. Niettemin zie ik ook hier op basis van bovenomschreven argumenten geen bezwaren om een met de OR overeengekomen of eenzijdig aangeboden sociaal plan tot uitgangspunt te verklaren bij de beoordeling van individuele gevallen.

7.5.2 Bij de onderneming zijn geen vakorganisaties betrokken, maar is wel een OR ingesteld

In een dergelijk geval kunnen eveneens de onder 7.5.1 genoemde situaties ontstaan, lopend van het volstrekt negeren aan de kant van de werkgever van de positie van de OR tot een onredelijke opstelling aan de kant van de OR zelf. Zeker waar er sprake is van zorgwekkende bedrijfseconomische omstandigheden, zie ik nauwelijks redenen om aan een met de OR overeengekomen sociaal plan een geringere waarde toe te kennen dan met de vakorganisaties.

Integendeel: recente ontwikkelingen geven aanleiding om te veronderstellen dat ook van overheidswege meer aandacht bestaat voor de zelfstandige positie die de OR in dit soort onderhandelingen kan innemen. Ik doel daarbij met name op het voorstel voor de Wet mede-

15 Zie over deze problematiek onder meer E.J. Henrichs & J.M. van Slooten, 'Bevoordeling van vakbondsleden', *SR* 2003, p. 71-72 en F.B.J. Grapperhaus, 'Hogere vergoeding voor vakbondsleden legitiem?', *SR* 2003, p. 196-198.

16 Het bekendste voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de enquêteprocedure Batco (OK 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71).

zeggenschap werknemers.¹⁷ In dat voorstel wordt op tal van terreinen een grotere onderhandelingspositie aan de OR toegekend, vooral waar het gaat om de invulling van zijn eigen bevoegdheden en de vraag of door hem bijvoorbeeld ook over primaire arbeidsvoorwaarden kan worden onderhandeld. In het licht van die ontwikkeling valt moeilijk vol te houden dat alleen de vakorganisaties bevoegd zouden zijn om een (bindend) sociaal plan af te sluiten. Het lijkt er daarnaast op dat in de lagere rechtspraak een toenemend begrip is ontstaan voor de noodzaak om een met OR overeengekomen sociaal plan tot uitgangspunt te nemen in de beoordeling van individuele gevallen.¹⁸

In een recente uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam¹⁹ deed zich een situatie voor die goed in de gedachtegang van deze bijdrage past. Het ging hierin om de sluiting wegens aanzienlijke verliezen van een vestiging van een onderneming die zich toelegde op keukentechniek. Nadat de OR had aangegeven de sluiting te steunen wegens de benarde financiële omstandigheden en een mogelijke faillissementsdreiging van de onderneming, was de werkgever met de vakorganisaties in onderhandeling getreden over een sociaal plan. Nadat de vakorganisaties dat overleg hadden afgebroken heeft de werkgever met de OR verder onderhandeld. Dat resulteerde in een sociaal plan, waarbij werd uitgegaan van een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule met $C = 0,34$. De kantonrechter overwoog dat het feit dat het sociaal plan niet met de vakorganisaties was afgesloten, maar alleen was goedgekeurd door de OR, geen aanleiding vormde om van het sociaal plan af te wijken. De kantonrechter oordeelde dat het in de gegeven omstandigheden niet onredelijk was dat de C-factor op 0,34 was gesteld, gelet op de slechte financiële positie van de werkgever en het feit dat hij de ontbindingvergoedingen niet meer op eigen kracht kon betalen, maar daarvoor was aangewezen op financiële steun van de aandeelhouders. Daarbij werd tevens van belang

17 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818. Zie hierover onder meer L.C.J. Sprengers & M. van Leeuwen-Scheltema, 'WMW2: Waarom moet WOR weg?', *SR* 2004, p. 417-428; R.A.A. Duk, 'Van WOR naar WMW: eenvoudiger en toegankelijker?', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 659-662 en M. Holtzer, 'Het voorstel voor de Wet medezeggenschap werknemers: you never get a second chance to make a first impression', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Deventer: Kluwer 2005.

18 Zie onder meer Ktr. Amsterdam 6 januari 2003, *JAR* 2003/44; Ktr. 's-Gravenhage 23 juli 2003, *JAR* 2003/214.

19 Ktr. Rotterdam 27 augustus 2004, *JAR* 2004/249.

geacht dat de aandeelhouders zich garant hadden gesteld voor nakoming van het sociaal plan, doch alleen indien geen hogere vergoedingen werden toegekend aan één of meer werknemers.

Deze redenering van de Kantonrechter Rotterdam kan ik goed volgen. Hij past in een evenwichtiger beoordeling van de omstandigheden van het geval en een betere inschatting van de werking van het gelijkheidsbeginsel dan de ruwe toets die in Aanbeveling 3.6 van de kantonrechtersformule is opgenomen.

7.5.3 *Het eenzijdig aangeboden sociaal plan*

Het komt in de praktijk regelmatig voor dat een bepaalde onderneming geen (regelmatig) contact heeft met de vakorganisaties en evenmin een OR kent. Wanneer een dergelijke ondernemer tot reorganisatie overgaat, kan het aanbieden van een sociaal plan onder omstandigheden wel degelijk de aangewezen weg zijn. Ik heb hierboven betoogd dat de ondernemer die overgaat tot een collectief ontslag in de zin van de Wet melding collectief ontslag uit het oogpunt van goed werkgeverschap zelfs gehouden kan zijn om tot een sociaal plan te komen. In dergelijke situaties meen ik dat het goed werkgeverschap niet slechts één kant op werkt en dat een dergelijk sociaal plan niet uitsluitend moet worden opgevat als een eenzijdige toezegging. Hier heeft ook het eenzijdig sociaal plan te gelden als uitgangspunt bij de beoordeling van individuele gevallen. De juridische grondslag voor die gebondenheid heb ik in par. 7.3 en 7.4 van deze bijdrage toegelicht.

7.6 Conclusies en aanbevelingen

Aanbeveling 3.6 van de kantonrechtersformule moet snel worden herzien. De aanbeveling is niet meer van deze tijd. In de eerste plaats is de redenering die aan Aanbeveling 3.6 ten grondslag ligt te ongenuanceerd en te aanvechtbaar. In de tweede plaats is de inhoud van Aanbeveling 3.6 ingehaald door de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de derde plaats past Aanbeveling 3.6 ook niet in ontwikkelingen op het terrein van (wetgeving omtrent) de medezeggenschap van de OR.

Hoe moet het dan wel? In deze bijdrage heb ik betoogd dat de status van het sociaal plan moet worden geplaatst in de sleutel van het goed

werkgeverschap, waarbij als bovengrens heeft te gelden het beginsel van de verantwoorde bedrijfsvoering en waarin het gelijkheidsbeginsel een belangrijke plaats inneemt. Vanuit dat kader dient de rechter in het kader van een ontbindingsprocedure te kijken naar de omstandigheden van het geval en dient het sociaal plan (ook jegens de ongebonden werknemer) als uitgangspunt te worden genomen. Dat doet niet af aan de beoordelingsvrijheid van de rechter: in individuele gevallen blijft hij ten volle bevoegd en is hij zelfs verplicht te bezien in hoeverre de voorziening toereikend is voor de betrokken werknemer, waarbij het sociaal plan als geheel kan worden meegewogen.

In dit licht bezien meen ik dat Aanbeveling 3.6 gewoon kan worden geschrapt, mits de beoordeling van ontbindingszaken geschiedt binnen het in deze bijdrage geschetste kader. Mocht dit echter aan de kantonrechters te weinig houvast bieden, dan zou Aanbeveling 3.6 zodanig kunnen worden geformuleerd dat het sociaal plan, ongeacht de wijze waarop dit tot stand is gekomen, een aanwijzing vormt dat de in de ontbindingsprocedure aangeboden voorziening toereikend is, zij het dat de kantonrechter altijd een beoordeling zal geven van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.

8 Pensioenontbinding

*Max Keulaerds en Peter Vas Nunes**

8.1 Inleiding

De babyboomgeneratie van Gijs Scholtens nadert de pensioenleeftijd. De frequentie waarmee arbeidsovereenkomsten vanwege pensionering eindigen neemt daarmee toe, absoluut en als percentage van alle beëindigingsgevallen. Het kan niet anders of ook het aantal keren dat een werknemer zulk eindigen tegen wil houden, zal toenemen. Dit nog los van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). De werkgever die zijn pensionerende medewerker tot vertrek wil dwingen kan drie dingen doen: stellen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, opzeggen of ontbinding vragen. Of de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt hangt met name af van het bestaan(srecht) van de zogenaamde ‘pensioenregel’. Onze opvatting is dat deze ‘regel’ niet bestaat en dat dus een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt op de pensioenleeftijd. Werkgevers zullen dus in veel gevallen zijn aangewezen op de CWI- of de ontbindingsprocedure.

8.2 Kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigen?

Een arbeidsovereenkomst *eindigt* in beginsel van rechtswege bij het verstrijken van de overeengekomen of de door het gebruik aangegeven tijd, aldus lid 1 van art. 7:667 BW. Dit sluit niet uit dat een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst tussentijds kan worden *beëindigd*, bijvoorbeeld met wederzijds goedvinden (een- of tweezij-

* Mr. M.J.M.T. Keulaerds en mr. P.C. Vas Nunes zijn beiden advocaat bij Barents-Krans te Den Haag.

dig), in de proeftijd, op staande voet of door reguliere opzegging onder toepassing van een tussentijds opzeggingsbeding.¹

Voor een *beëindiging* van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, dat wil zeggen het doen eindigen ervan door een partij(en)handeling, is voorafgaande opzegging nodig, aldus lid 6 van art. 7:667 BW. Dit sluit niet uit dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zonder opzegging of zelfs van rechtswege *eindigt*. Wederom afgezien van ontbinding, kennen we uit de wet en rechtspraak twee gevallen van zodanig eindigen: de werknemer overlijdt of een overeengekomen en in het gesloten ontslagstelsel passende ontbindende voorwaarde treedt in.²

Zijn er nog meer gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt? Deze vraag is vooral van belang in verband met pensionering. Het gros van de werknemers die de pensioenleeftijd bereikt heeft immers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en veel zo niet de meeste van die overeenkomsten bevatten een beding – rechtstreeks of via CAO – dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd (van rechtswege) eindigt. Bovendien wordt ook wel verdedigd dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zelfs zonder zo'n bepaling, op grond van het in art. 7:667 lid 1 BW bedoelde gebruik van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd, althans wanneer er een pensioenregeling is.³

- 1 Ontbinding (art. 7:685 BW) of het uitspreken van ontbinding (art. 7:686 BW) door de rechter, zijnde een partijhandeling noch een van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst, zien wij niet als een vorm van *beëindiging* van de arbeidsovereenkomst.
- 2 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Bju 2004, p. 358-359 bespreken de vraag of een arbeidsovereenkomst waarin een ontbindende voorwaarde staat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd is. Een tussenweg is volgens hen niet mogelijk: 'Boek 7 titel 10 BW kent nu eenmaal uitsluitend de onbepaalde en bepaalde tijd'. Zij menen dat een arbeidsovereenkomst met een ontbindende voorwaarde – blijkbaar: in alle gevallen – een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is, althans dat de door hen besproken omstandigheden en argumenten 'in die richting' wijzen. Zij lijken hiermee de figuur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met ontbindende voorwaarde uit te sluiten. De relevantie van een en ander is onder andere hierin gelegen, dat een arbeidsovereenkomst met ontbindende voorwaarde regulier kan worden opgezegd ook wanneer zij geen tussentijds opzegbeding bevat.
- 3 Zie bijvoorbeeld W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, in de volgende noot geciteerd.

De standaardwerken noemen geen voorbeelden van het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd anders dan door dood of ontbindende voorwaarde. Van der Grinten vermeldt in diverse drukken van zijn *Arbeidsovereenkomst* wel het bestaan van een arbeidsovereenkomst met een maximumduur, maar het is niet duidelijk of hij deze figuur rekent tot de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan wel tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.⁴ Wij vatten hetgeen Van der Grinten hierover schrijft als volgt samen:

- 4 Het is niet duidelijk of Van der Grinten de arbeidsovereenkomst en een maximum als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd ziet, dan wel als geen van beide of als een hybride rechtsfiguur. Het is aardig de ontwikkeling te zien in de opeenvolgende drukken van zijn standaardwerk, te beginnen met de 12e druk uit 1979. Daar stelt Van der Grinten op p. 131: 'Van de overeenkomsten die voor een vaste duur worden aangegaan, moeten worden onderscheiden overeenkomsten waarvoor een maximumduur is bepaald. Zo kan worden overeengekomen, dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval eindigt op het tijdstip dat de arbeider 65 jaar oud wordt. Een dergelijk beding kan uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch kan ook uit de verdere regeling van de arbeidsverhouding voortvloeien. O.i. kan in het algemeen worden gesteld, dat indien een pensioenregeling is getroffen, de arbeidsovereenkomst eindigt op het tijdstip dat het pensioen ingaat.' In zijn 13e druk (1983), lezen we op p. 23-24: 'Bepaalde tijd kan ook zijn een maximum termijn, binnen welke regelmatige opzegging door een partij of door beide partijen kan geschieden. Men kan dergelijke overeenkomsten zowel aanmerken als overeenkomsten voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd' en op p. 149: 'De arbeidsovereenkomst met een vaste duur of met een maximum duur eindigt in beginsel van rechtswege indien de duur is verstreken.' De 14e druk (1987) leert op p. 22: 'Veelal worden arbeidsovereenkomsten niet voor een vaste duur aangegaan (...). Zulk een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dergelijke overeenkomsten kunnen aan een maximumtermijn worden gebonden. De maximumtermijn brengt mede, dat de arbeidsovereenkomst eindigt met het verstrijken van de termijn waarvoor zij is aangegaan; een element van bepaalde tijd is dus aan zulk een overeenkomst verbonden. De maximumtermijn kan een bepaalde tijdsduur zijn, bijvoorbeeld 5 jaar, het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.' De 15e druk (1990) leert op p. 23: 'Er zijn tussenvormen tussen de overeenkomst voor bepaalde tijd en die voor onbepaalde tijd. Zo kan een maximumtermijn worden overeengekomen (...). De overeenkomst eindigt dan in ieder geval van rechtswege op het tijdstip dat de maximumtermijn is verstreken (...).' De 16e druk (1993), 17e druk (1994), 18e druk (1997), 19e druk (1999) en huidige 20e druk (2002) leren respectievelijk op p. 23, p. 26, p. 24, p. 27 en p. 30: 'De eigenlijke overeenkomst voor bepaalde tijd is de overeenkomst die voor een bepaalde duur wordt aangegaan en die tussentijds niet regelmatig door een partij

→

- 12e druk: hier laat Van der Grinten in het midden of een arbeidsovereenkomst met een maximumduur een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan wel een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is;
- 13e druk: zij kan beide zijn;
- 14e druk: een arbeidsovereenkomst met een maximumduur is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt;
- 15e druk: een arbeidsovereenkomst met een maximumduur is een tussenvorm;
- 16e tot en met 20e druk: een arbeidsovereenkomst met een maximumduur is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds kan worden beëindigd ook al bevat zij geen tussentijds opzeggingsbeding.

Luttmer-Kat⁵ noemt de arbeidsovereenkomst met een maximumduur niet. Wel schrijft zij dat de Hoge Raad in na te noemen arrest *Beets-Propert/Van Lanschot* impliciet de geldigheid heeft erkend van een beding in de arbeidsovereenkomst dat zij op 65-jarige leeftijd eindigt en dat het Hof Amsterdam dit in na te noemen arrest *Deneffe/Fokker* expliciet heeft erkend. Zij noemt geen grondslag, maar het feit dat zij dit beding uitsluitend bij art. 7:667 BW bespreekt wekt de indruk dat zij het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst alleen mogelijk acht wanneer het om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gaat.

kan worden opgezegd behoudens de opzegging wegens een dringende reden. Een arbeidsovereenkomst kan worden aangegaan voor een maximumduur met de mogelijkheid dat tussentijdse opzegging door beide partijen of door een van de partijen kan plaatsvinden. Indien geen tussentijdse opzegging plaatsvindt, eindigt de overeenkomst van rechtswege op het tijdstip van de overeengekomen – maximum – termijn.’ Op respectievelijk p. 144, p. 155, p. 162, p. 186 en p. 239 leest men onder het kopje ‘overeenkomsten met bepaalde duur’: ‘De overeengekomen duur kan een “vaste” duur zijn in dier voege dat de overeenkomst niet regelmatig tussentijds kan worden opgezegd. Overeenkomsten met een “vaste duur” moeten worden onderscheiden van overeenkomsten met een maximum duur; bij een maximum duur kan regelmatige tussentijdse opzegging plaatsvinden.’ Het andere standaardwerk, H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, laat zich niet over deze materie uit.

5 G.J.J. Heerma van Voss e.a. (red.), *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer, laatstelijk voor art. 7:667 BW bijgewerkt in november 1998.

8.3 Lutjens en de ‘pensioenregel’

De eerste die – in 1989 – ondubbelzinnig de mogelijkheid van een van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verdedigde en die bovendien het begrip ‘de pensioenregel’ introduceerde, was Lutjens.⁶ Hieronder verstaat Lutjens, dat een arbeidsovereenkomst – om het even of het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan wel om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gaat – van rechtswege eindigt wanneer partijen ‘een zekere, vaste pensioenleeftijd’ zijn overeengekomen. Het is niet duidelijk of hij hierbij het begrip overeenkomen beperkt tot een uitdrukkelijke overeenkomst of dat hij ook aanvaardt dat een overeenkomst op grond van het gebruik wordt aangenomen. Te oordelen naar de context van zijn betoog houden wij het op het eerste.

Lutjens stelt dat de pensioenregel herhaalde malen in de rechtspraak is aangenomen. Hij beroept zich op, in chronologische volgorde:

1. Rb. ’s-Gravenhage 16 november 1964, *NJ* 1966, 122 (bekrachtiger van Ktr. ’s-Gravenhage 6 november 1963, *SMA* 1965, p. 354, m.nt. M.B. Vos);
2. HR 11 december 1964, *NJ* 1966, 465 (*Van Rooyen/Philips*);
3. Ktr. Rotterdam 20 mei 1965, *SMA* 1965, p. 789;
4. Ktr. Leiden 5 november 1969, *Prg.* 1970, 643;
5. Ktr. Amsterdam 30 november 1980, *Prg.* 1983, 1928 (niet: 1982 – MK en PVN);
6. CRvB 5 juni 1985, *RSV* 1986/51;
7. Ktr. Apeldoorn 22 augustus 1986, *Prg.* 1987, 2633;
8. HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 351 (*Beets-Proper/Van Lanschot*);
9. (conclusie A-G Asser vóór) HR 14 oktober 1988, *NJ* 1989, 74.

Wij zien uitspraken 2, 5, 6 en 9 niet als een bevestiging van de pensioenregel. Het beroep op uitspraak 8 voor het bestaan van de pensioenregel lijkt ons twijfelachtig. Blijven over uitspraken 1, 3, 4 en 7, die de pensioenregel wel bevestigen, maar waarbij wij een vraagteken plaatsen. Wij lichten dit hieronder toe.

6 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 696-698.

8.4 Uitspraken 2, 5, 6 en 9: geen bevestiging pensioenregel

Uitspraak 2 ging over een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De overeenkomst bepaalde – het doet modern aan – dat wanneer de werkgeefster Philips zou *opzeggen* zij een vergoeding aan ex-werknemer Van Rooyen verschuldigd zou zijn voor iedere maand dat zij hem aan het concurrentiebeding zou houden. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verwees naar een pensioenreglement dat bepaalde dat – in de woorden van de rechtbank – ‘ouderdomspensioen wordt toegekend zodra de aangeslotene de leeftijd van 60 jaar bereikt heeft’, waaraan de rechtbank toevoegt: ‘kunnende dit laatste redelijkerwijs niet anders betekenen, dan dat bij die gelegenheid de dienstbetrekking van Ir. Van Rooyen beëindigd werd en wel krachtens overeenkomst en niet krachtens eenzijdige opzegging’. De complicatie in de zaak was dat Van Rooyen na zijn 60e doorwerkte, aanvankelijk voor twee jaar en daarna voor nog eens twee maanden. Vraag: eindigde de arbeidsovereenkomst na deze twee maanden door (eenzijdige) opzegging door Philips of met wederzijds goedvinden? De kantonrechter en rechtbank hielden het erop dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigde. De Hoge Raad deed niet veel meer dan het cassatieberoep verwerven. Wij kunnen uit het arrest niet opmaken dat enige van de drie instanties meende dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd *van rechtswege* eindigt of kan eindigen bij het bereiken van de pensioenleeftijd. Hooguit komt betekenis toe aan een opmerking van A-G Minkenhof in haar conclusie. Zij vindt het niet te aanvaarden dat iedere arbeidsovereenkomst met een beding dat de overeenkomst op zekere leeftijd eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou zijn. Daaraan voegt zij toe: ‘Een arbeidsovereenkomst, die op een bepaalde tijd ophoudt is niet hetzelfde als een arbeidsovereenkomst, die een bepaalde tijd moet duren.’ Wat zij met dit laatste bedoelt is niet duidelijk. Wellicht doelt zij met ‘arbeidsovereenkomst, die op een bepaalde tijd ophoudt’ op wat Van der Grinten een arbeidsovereenkomst met maximumduur noemt en met ‘arbeidsovereenkomst, die een bepaalde tijd moet duren’ op wat Van der Grinten een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een ‘vaste duur’ noemt. Hoe het zij, dit arrest kan ons inziens niet worden gezien als onderbouwing van het bestaan van de pensioenregel.

Uitspraak 5⁷ gaat onder andere over de rechtsgeldigheid van een CAO-bepaling dat de werknemer kan worden verplicht gebruik te maken van een VUT-regeling. Zij werpt geen licht op de pensioenregel.

Uitspraak 6 is hooguit zijdelings relevant vanwege de overweging van de CRvB over 'de eventuele uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichting tot het betalen van pensioen, hetwelk als uitgesteld loon het beëindigd zijn van de dienstbetrekking veronderstelt, ongeacht de wijze van beëindiging (...)'. Ook dit zegt niets over de pensioenregel.

Uitspraak 9 heeft niets met het onderwerp te maken en ook de conclusie van A-G Asser gaat er niet op in.

8.5 Uitspraak 8: bevestiging pensioenregel?

Uitspraak 8 (de zaak *Beets-Proper/Van Lanschot*) gaat over gelijke behandeling man/vrouw. Bij Van Lanschot Bankiers gold voor mannen een pensioenleeftijd van 65 jaar en voor vrouwen een pensioenleeftijd van 60 jaar. Mevrouw Beets had een arbeidsovereenkomst – vermoedelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – met een beding dat die overeenkomst deed eindigen op haar zestigste jaar. Dit beding was nietig wegens strijd met het toenmalige art. 1637ij BW. De vraag waar het om ging was welk gevolg deze nietigheid – met als gevolg een leemte in de overeenkomst – had. De Hoge Raad oordeelt dat 'de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat in de leemte ontstaan door de nietigheid van het desbetreffende beding wordt voorzien door overneming van hetgeen op dit punt geldt voor mannelijke werknemers van Van Lanschot, te weten dat de dienstbetrekking een einde neemt op de eerste dag van de maand volgend op die waarin de 65-jarige leeftijd wordt bereikt (...)'. Het gaat ons inziens te ver om uit deze overweging, tegen de achtergrond van de feiten van de zaak, te concluderen dat de Hoge Raad vindt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt, althans kan eindigen, bij het bereiken van de pensioenleeftijd. De vraag naar de geldigheid van de pensioenregel was niet in geding.

7 Lutjens, a.w., noemt deze uitspraak in een voetnoot, vermoedelijk zonder haar te willen aanvoeren als onderbouwing van de pensioenregel.

Zoals annotator Stein opmerkt: ‘Hoewel dat niet uitdrukkelijk was overeengekomen, noch in de CAO noch in de individuele arbeidsovereenkomst, ging de werkgever ervan uit dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege een einde neemt met het intreden van het pensioen.’ Deze aanname van de werkgever werd eenvoudig niet ter discussie gesteld. In de conclusie van A-G Biegman-Hartogh lezen we: ‘dat uitsluitend bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar de arbeidsverhouding *zonder meer* (cursivering door MK en PVN) kan eindigen, in alle andere gevallen zullen partijen omtrent de beëindiging tot overeenstemming moeten komen, dan wel ontslag moeten geven of nemen’, maar gelet op de context van deze opmerking zouden wij er geen bevestiging van de pensioenregel in willen lezen.

8.6 Uitspraken 1, 3, 4 en 7: bevestiging pensioenregel

Uitspraak 1 heeft als kernoverweging: ‘Voor de beantwoording van deze vraag is beslissend te achten het antwoord, dat gegeven wordt op de vraag wat de betekenis er van is dat een werknemer tijdens de duur van zijn dienstbetrekking pensioenaanspraken heeft. De werknemer ontvangt eerst dan pensioen wanneer de dienstbetrekking, in verband waarmee de pensioenregeling is getroffen, geëindigd is. Met andere woorden het begrip pensioen vooronderstelt, dat de a.o.e.k. is beëindigd. Aan het door de werknemer op een bij de voor hem geldende pensioenregeling bepaald tijdstip recht hebben op pensioen moet – tenzij duidelijk het tegendeel blijkt – deze betekenis worden gehecht, dat de werknemer weet en aanvaardt, dat hij na het einde van de dienstbetrekking, waaraan hij zijn pensioenaanspraak ontleent, derhalve na het tijdstip, waarop hij geen loon meer zal ontvangen uit dien hoofde, toch niet zonder inkomsten zal zijn, maar een geldelijke uitkering, een pensioen, zal ontvangen. Het betekent verder dat de werknemer, ook al mocht aanvankelijk de a.o.e.k. voor onbepaalde tijd zijn aangegaan, op het ogenblik, dat eerst na het aangaan van die overeenkomst de pensioenregeling, waaronder hij valt, tot stand komt – tenzij duidelijk het tegendeel blijkt – impliciet met zijn werkgever overeenkomt, dat de a.o.e.k. zal eindigen op het tijdstip, waarop de werknemer pensioengerechtigd wordt, anders gezegd, dat door het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd de a.o.e.k. eindigt.’

De rechtbank laat in het midden op welke grondslag de arbeidsovereenkomst op de pensioenleeftijd eindigt:

- is er sprake van een beëindiging met wederzijds goedvinden? Hierop wijzen: ‘dat de werknemer weet en aanvaardt’ en, vooral: ‘dat de werknemer (...) impliciet met zijn werkgever overeenkomt’;
- of is er sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd? Hierop wijst: ‘dat de werknemer, ook al mocht aanvankelijk de a.o.e.k. voor onbepaalde tijd zijn aangegaan’ (het ging in deze zaak om een werknemer die pas *na indiensttreding* tot een pensioenregeling toetrad – MK en PVN);
- of speelt wellicht mee dat in de onderhavige zaak een beroep van de werknemer op het niet eindigen van de arbeidsovereenkomst in strijd zou komen met (toen nog) de goede trouw? Dit klinkt ons inziens ook door in de geciteerde overweging.

Verder is mogelijk relevant de – al dan niet juiste – constatering van de rechtbank: ‘De werknemer ontvangt eerst dan pensioen wanneer de dienstbetrekking, in verband waarmee de pensioenregeling is getroffen, geëindigd is.’ Voorzover wij weten staat dit niet in de meeste pensioenreglementen. De meeste reglementen sluiten niet uit dat ouderdomspensioen ingaat terwijl de arbeidsovereenkomst voortduurt.

Interessant is de annotatie van Vos onder het vonnis in eerste instantie: ‘Men heeft hier te maken met een a.o. waarvan het einde volgens een objectief kenmerk kan worden vastgesteld, doch welke vóór het aanbreken van het eindtijdstip door opzegging rechtmatig kan worden beëindigd. Losecaat Vermeer noemt dit een categorie arbeidsovereenkomsten, die niet tot de zuiver voor bepaalde tijd of tot de zuiver voor onbepaalde tijd aangegane dienstbetrekking zijn te brengen, een categorie, welke de wet niet kent, maar die niettemin bestaat.’

Hoe het ook zij, deze uitspraak is te zien als een bevestiging van de pensioenregel.

Uitspraak 3 is eveneens te zien als een bevestiging van de pensioenregel. Evenals in de vorige uitspraak gaat het om een werknemer die pas terwijl hij al in dienst is gaat deelnemen aan een pensioenregeling, en ook hier is de grondslag niet duidelijk. De kantonrechter oordeelt naar aanleiding van het feit dat de werknemer op zekere datum *pensioengerechtigd* werd: ‘Hieruit volgt, dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gewijzigd in één, waarbij de arbeidsovereen-

komst een einde zou nemen met ingang van de dag waarop eiser pensioengerechtigd werd. Tenzij uitdrukkelijk overeengekomen – hetgeen zich ten deze niet voordoet – houdt het intreden van de pensioengerechtigdheid het einde van de arbeidsovereenkomst in.’ Het lijkt er haast op of de kantonrechter ziet dit eindigen als een verstrijken van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Uitspraak 4 omarmt de pensioenregel kort en krachtig: ‘O., dat het naar Ons oordeel, wanneer in een bedrijf bij reglement is vastgesteld dat de werknemer wordt gepensioneerd bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, een opzegging met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn niet is vereist en evenmin een toestemming van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau; O., dat in een dergelijk geval een arbeidsovereenkomst, hoewel voor onbepaalde tijd, geacht moet worden te zijn aangegaan met het uitdrukkelijk beding, dat als de werknemer bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd nog in dienst is, de overeenkomst op die datum zal eindigen.’

Ook uitspraak 7 ten slotte handelt over de werknemer, mevrouw Wehkamp, voor wie tijdens de looptijd van haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een pensioenvoorziening wordt getroffen. De kernoverweging van het vonnis is: ‘Bijzondere omstandigheden daargelaten, kan in het algemeen worden aangenomen dat aan het treffen van een pensioenregeling tussen een werkgever en een werknemer de betekenis moet worden gehecht dat de werknemer bij het aanvaarden van de pensioenregeling stilzwijgend met de werkgever overeenkomt dat zijn dienstverband in ieder geval zal eindigen op het tijdstip dat de werknemer de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Anders dan namens Wehkamp is betoogd is daardoor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geenszins een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geworden. Een arbeidsovereenkomst die op een bepaalde tijd ophoudt is niet hetzelfde als een arbeidsovereenkomst die een bepaalde tijd moet duren.’

8.7 Samenvatting van de negen uitspraken

Onze conclusie uit het bovenstaande is dat de basis waarop Lutjens het bestaan van de pensioenregel grondt zwak is:

- van de negen uitspraken is een viertal niet te zien als een bevestiging van de pensioenregel;

- het arrest *Beets-Proper/Van Lanschot* handelt over een ander vraagstuk;
- de vier uitspraken die daar wel (min of meer) over handelen zijn van lagere rechters, dateren van lang geleden en doen geen poging een grondslag voor de pensioenregel te noemen.

Niet minder belangrijk is dat Lutjens de door hemzelf geïntroduceerde pensioenregel zodanig relateert dat zij veel van haar betekenis voor de praktijk verliest: ‘Het toepassen van de pensioenregel is niet mogelijk indien de pensioenleeftijd niet vast ligt, doch door de werkgever en/of de werknemer eenzijdig moet worden ingevuld. Dit is bijvoorbeeld het geval indien voor de werknemer de bevoegdheid tot vervroegde of flexibele pensionering bestaat, dan wel de bevoegdheid tot vervroegde uittreding op grond van een VUT-regeling. Er kan dan niet van een door de overeenkomst bepaalde duur van de dienstbetrekking in de zin van art. 1639e BW worden gesproken. In deze situaties is integendeel een nadere bepaling van de duur van de dienstbetrekking nodig. De arbeidsovereenkomst eindigt dan niet van rechtswege, doch opzegging is vereist.’

Hoeveel pensioenregelingen zijn er vandaag de dag nog waarin de pensioenleeftijd onwrikbaar vaststaat? Veelal geldt een pensioenspilleeftijd die de werknemer naar believen kan vervroegen of uitstellen. Ook kennen veel pensioenregelingen het verschijnsel van deeltijdpensioen.⁸ Voor al deze gevallen geldt ook volgens Lutjens geen pensioenregel.

8.8 Codfried

Na het verschijnen van Lutjens’ proefschrift hebben rechtspraak en literatuur niet stilgestaan. Bijzondere vermelding vereist in dit verband het arrest *Codfried/ISS*.⁹ Mevrouw Codfried werd in verband met haar hoge leeftijd in de proeftijd ontslagen. Zij vordert een verklaring voor recht en schadevergoeding op grond van ongelijke behandeling (art. 1 Gw en art. 26 IVBPR). Over de pensioenregel wordt met geen woord gesproken in de procedure. Noch kantonrech-

⁸ De constructie is dan bijvoorbeeld dat de werknemer voor het gedeelte van zijn arbeidstijd dat hij niet meer werkt pensioen ontvangt (naast zijn pro rata-salaris) en voor het overige verder pensioen opbouwt.

⁹ HR 13 januari 1995, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*).

ter, noch rechtbank, noch cassatiemiddelen, noch A-G Koopmans hebben het daar over, hetgeen niet verwonderlijk is nu het om een (eenzijdig door de werkgever gegeven) ontslag gaat. Niettemin overweegt de Hoge Raad, om een ons onduidelijke reden: ‘dat niet kan worden gezegd dat de *regel* dat een dienstbetrekking in het algemeen *van rechtswege* (cursivering door MK en PVN) eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking’. Het door ons geaccentueerde gedeelte van deze overweging komt zonder aanleiding als het ware uit de lucht vallen en wordt niet toegelicht. De annotatie van Stein zegt er ook niets over. De Hoge Raad komt er later ook niet op terug, ook niet in de arresten *Op 't Land/Employment Service*¹⁰ en *Van Pelt/Martinair*.¹¹ Als de Hoge Raad betekenis had gehecht aan de hierboven gecursiveerde tekst, had hij dat dan niet toegelicht?

Gelet hierop wil het ons voorkomen dat het ophangen van een zo vergaande doctrine als de pensioenregel aan één nogal terloopse en voor de zaak niet relevante zin in het *Codfried*-arrest nogal gewaagd is.

8.9 Lagere rechtspraak na *Codfried*

Het Scheidsrecht voor het Bankbedrijf nam in een uitspraak uit 2000 impliciet het bestaan van de pensioenregel aan.¹² Twee voor onbepaalde tijd in dienst zijnde werknemers van ABN AMRO Bank bestreden het beroep dat hun werkgever deed op een bepaling uit de CAO dat het dienstverband op zekere leeftijd ‘wordt beëindigd’. Zij lazen dit in de betekenis dat er een rechtshandeling – opzegging of ontbinding – nodig zou zijn om hun arbeidsovereenkomsten te doen eindigen. De ABN AMRO Bank daarentegen las ‘wordt beëindigd’ in

¹⁰ HR 1 november 2002, *JAR* 2002/279 (*Op 't Land/Employment Service*).

¹¹ HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/258 (*Van Pelt c.s./Martinair en VNV*), gelijktijdig gewezen met een grotendeels gelijklopend arrest *Vissers/KLM*. Hoewel het in de zaak *Martinair* ging om een CAO-bepaling waaruit, in verbinding met een bepaling uit het pensioenreglement, ‘voortvloeit dat zonder daartoe opzegging vereist is de arbeidsovereenkomst met Martinair wegens pensionering (van de werknemer) eindigt’, zeggen geen van de partijen of instanties iets over de wijze van het eindigen.

¹² Scheidsrecht voor het Bankbedrijf 22 juni 2000, *JAR* 2000/179.

de betekenis van: eindigt van rechtswege. Het scheidsgerecht onderschreef deze uitleg. Nu de werknemers niet hadden aangevoerd dat het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onbestaanbaar is, kwam de pensioenregel als zodanig niet aan de orde.

Recent kreeg de Utrechtse kantonrechter te maken met de volgende situatie.¹³ Een 66-jarige werknemer verzoekt de kantonrechter zijn arbeidsovereenkomst – met een vergoeding – te ontbinden. De werkgever verweert zich – onder andere – met de stelling dat de werknemer niet-ontvankelijk is in zijn vordering. De arbeidsovereenkomst eindigde immers van rechtswege op 65-jarige leeftijd. De kantonrechter verwerpt dit verweer, nu er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst of CAO is waarin dit is bedongen en de door de werkgever gestelde mondelinge overeenkomst van die strekking niet aannemelijk is gemaakt (daarmee suggererend dat de pensioenregel wel bestaanbaar is). Met deze overweging is de zaak echter niet afgedaan. De werkgever stelt namelijk, dat blijkens het arrest *Codfried*, iedere arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op 65-jarige leeftijd. De Hoge Raad overwoog in dat arrest immers dat ‘niet kan worden gezegd dat de regel dat een arbeidsovereenkomst in het algemeen van rechtswege eindigt bij bereiken van de 65-jarige leeftijd, niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking’. De kantonrechter leest deze passage echter niet in de door de werkgever voorgestane zin: ‘Dat de HR zou menen dat die rechtsregel wel bestaat valt naar het oordeel van de kantonrechter niet in genoemd arrest te lezen.’

Ook deze twee uitspraken geven dus geen uitsluitsel over het al dan niet bestaan van de pensioenregel.

8.10 Overige literatuur

De eerste die, voorzover ons bekend, het bestaan van een ‘pensioenregel’ heeft betwist, is Van Megen, die in 1998 de aandacht vestigde op het bij de Flexwet ingevoerde (toen nog in te voeren) art. 7:667 lid 6 BW: ‘Voor beëindiging van een voor onbepaalde tijd aangegane

13 Ktr. Utrecht 22 februari 2005, *JAR* 2005/77.

arbeidsovereenkomst is voorafgaande opzegging nodig'.¹⁴ Het be-
toog van Van Megen komt erop neer dat als een van rechtswege ein-
digen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vóór de
Flexwet al bestaanbaar was, zij dat sindsdien in ieder geval niet is.
Het doel van het nieuwe lid 6 is volgens de memorie van toelichting
bij de Flexwet immers om het meest kenmerkende verschil tussen
arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en arbeidsovereenkomst
voor onbepaalde tijd aan te geven.¹⁵ In wezen poneert Van Megen wat
wij zouden willen noemen de 'twee smaken'-leer: een arbeidsover-
eenkomst is óf een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, in welk
geval zij in beginsel van rechtswege eindigt, óf een arbeidsovereen-
komst voor onbepaalde tijd, in welk geval zij alleen door opzegging
eindigt, er is geen derde smaak.

Inderdaad heeft de Flexwet het systeem van arbeidsovereenkomst
voor bepaalde tijd/arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ingrij-
pend veranderd, maar anders dan Van Megen zien wij art. 7:667 lid 6
BW niet als een principiële wijziging, eigenlijk zelfs helemaal niet
als een wijziging. Wat wel is veranderd, zeer principieel zelfs, is het
volgende. Vóór de Flexwet konden partijen een onbeperkt aantal
arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangaan, en ééns een
arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd altijd een arbeidsovereen-
komst voor bepaalde tijd. Het enige gevolg van het aangaan van een
voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was dat deze
niet van rechtswege eindigde. Sinds de Flexwet, wanneer we de sys-
teemvreemde Ragetlie-regeling wegdenken, is het wettelijke uit-
gangspunt radicaal anders: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde
tijd eindigt – tenzij anders overeengekomen – altijd en per definitie
van rechtswege; echter, op enig moment converteert zij in een ar-
beidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit betekent dat op de pen-
sioendatum een arbeidsovereenkomst vrijwel nooit een arbeidsover-
eenkomst voor bepaalde tijd zal zijn.

Hoewel wij de conclusie van Van Megen delen, betwijfelen wij of aan
de introductie van het nieuwe lid 6 al te veel betekenis moet worden
toegekend. In het wetgevingsproces dat tot de Flexwet leidde is met

14 W.F.C. van Megen, 'Einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met
maximumduur?', *ArbeidsRecht* 1998, 63. Hij refereert aan lid 4 van art. 7:667
BW, maar door de Reparatiewet (toevoeging van de Ragetlie-bepalingen) is dit
uiteindelijk lid 6 geworden.

15 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26 (onderdeel I).

geen woord gesproken over het verschijnsel arbeidsovereenkomst met een maximumduur.

Van Megen werd in 2003 bijgevalen door De Wilt¹⁶, die zich beroept op het gesloten ontslagstelsel 'waaruit voortvloeit dat een arbeidsovereenkomst slechts op een beperkt aantal wijzen kan eindigen. Einde van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege hoort daar niet bij'.

De visie van Van Megen werd bestreden door Carlée.¹⁷ Zij laat in het midden of een arbeidsovereenkomst met een maximumduur moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd; in beide gevallen eindigt zij van rechtswege. Helaas laat Carlée na de grondslag voor dit van rechtswege eindigen te expliciteren.

Ongeveer gelijktijdig met het artikel van Carlée verscheen het proefschrift van De Wolff.¹⁸ Zij verdedigt het bestaan van een van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar komt voor een onderbouwing van dit standpunt niet verder dan een verwijzing naar *Beets-Propert/Van Lanschot* (impliciet) en *Deneffe/Fokker* (expliciet).¹⁹ Zoals hiervoor opgemerkt gaat het ons te ver om in *Beets-Propert/Van Lanschot* een erkenning van de pensioenregel te lezen. Voor *Deneffe/Fokker* geldt dit nog sterker. Daar gingen partijen er zonder meer van uit dat hun arbeidsovereenkomst op het 55^e jaar van de werknemer van rechtswege zou eindigen; de vraag die hen verdeeld hield was slechts of op de werkgever de plicht rustte een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Van Slooten²⁰ meent dat de Hoge Raad, zij het impliciet, in *Codfried* heeft aanvaard dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op de pensioenleeftijd van rechtswege eindigt, althans kan eindigen, maar hij voegt hieraan toe: 'Verwacht mag worden dat op dit punt

16 C. de Wilt, 'Leeftijdscriminatie: verplicht achter geraniums?', *Arbeid Integraal* 2003, p. 12.

17 W.M. Carlée, 'Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met maximumduur is nog niet met pensioen', *ArbeidsRecht* 1999, 15.

18 D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1999, p. 89-90.

19 Hof Amsterdam 12 november 1992, *JAR* 1992/30 (*Deneffe/Fokker*).

20 J.M. van Slooten, 'Leeftijdscriminatie', *SR* 2002, p. 361.

ook nog de nodige strijd zal worden geleverd, nu dat in beginsel los staat van leeftijdsdiscriminatie, hoewel de *terloopse* opmerking in *Codfried/ISS* wel een belangrijke *vingerwijzing* is' (cursivering door MK en PVN).

De meest uitgesproken en tevens meest recente apologeet van de pensioenregel is Heemskerk, een kantoorgenoot van Carlée. In navolging van Lutjens en met een beroep op enkele hierboven besproken uitspraken schrijft hij: 'De pensioenregel houdt in dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.'²¹ In 2003 hinkte Heemskerk wat betreft de grondslag van de pensioenregel op twee gedachten: wederzijds goedvinden en bepaalde tijd/van rechtswege, zo is onze indruk uit wat hij toen schreef: 'De arbeidsovereenkomst zal dan bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd van rechtswege eindigen op grond van art. 7:667 lid 1 BW, omdat de werknemer – op het moment dat hij onder de pensioenregeling valt – met zijn werkgever overeenkomt dat de arbeidsovereenkomst zal eindigen op het tijdstip van pensioengerechtigdheid. Met andere woorden, partijen sluiten al bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, met wederzijds goedvinden, een beëindigingsovereenkomst. Als gevolg van deze beëindigingsovereenkomst eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.' en 'Bij vergelijking van de twee uitspraken (*Codfried* en *Op 't Land* – MK en PVN) stel ik vast dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat één der partijen de arbeidsovereenkomst eenzijdig mag beëindigen, wanneer de werknemer 65 jaar wordt. Ik leid uit deze uitspraken tevens af dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt (de beëindiging met wederzijds goedvinden).' en 'Het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd betekent dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Deze pensioenregel is gegrondvest op het wederzijds goedvinden van partijen dat met het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd de arbeidsovereenkomst eindigt. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat, indien partijen geen pensioenleeftijd zijn overeengekomen, eenzijdige beëindiging van de arbeids-

21 M. Heemskerk, 'Vervroegd pensioen zonder dat de arbeidsovereenkomst eindigt?', *SR* 2003, p. 297-304. Zie ook M. Heemskerk, 'Pensioenontslag: tot 2006 geen leeftijdsdiscriminatie? Uitspraak Gerechtshof Amsterdam 4 dec. 2003, nr. 663/02 KG', *TVP* 2004, p. 38 en 'Verplichte pensionering en leeftijdsdiscriminatie', *P&P* 2004, p. 17.

overeenkomst is toegestaan. Maar het lijkt erop dat de Hoge Raad aanneemt dat in dat geval de pensioenregel van toepassing is en de arbeidsovereenkomst bij 65 jaar van rechtswege eindigt. De juridische grondslag van de pensioenregel is te vinden in art. 7:667 lid 1 BW, dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wanneer de tijd bij overeenkomst bepaald, is verstreken.²²

In een recent artikel in SMA²² doet Heemskerk nauwelijks nog moeite de pensioenregel te onderbouwen, hij neemt het bestaan ervan zonder meer aan. Het artikel gaat vooral in op de situatie dat de werknemer doorwerkt *nadat* zijn arbeidsovereenkomst vanwege pensionering (van rechtswege) is geëindigd, een onderwerp waarop wij hier niet ingaan.²³

Een argument dat geen van bovengenoemde schrijvers heeft aangevoerd, maar dat ons inziens toch wel een rol zou moeten spelen is het volgende. De zogenoemde 3x3-regel van art. 7:668a BW is bedoeld om te voorkomen dat de werknemer langer dan drie jaar in onzekerheid verkeert over de duur van zijn betrekking. Na drie jaar is deze in beginsel voor onbepaalde tijd. Welnu, als een van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaanbaar is zou deze bescherming van de werknemer kunnen worden ondergraven. Werknemers zouden bijvoorbeeld een (tweemaal verlengbaar) contract van een jaar aangeboden kunnen krijgen met een maximumduur van vier jaar. Overleeft de werknemer de eerste drie jaren, maar bevalt hij aan het einde van het vierde jaar niet, dan laat de werkgever de arbeidsovereenkomst eenvoudig aflopen, anders laat hij de werknemer doorwerken. De maximale periode van onzekerheid voor de werknemer duurt in dit scenario niet drie, maar vier jaar. Mogelijk kan de maximale duur zelfs één of meermalen worden opgeschoven, in welk geval de onzekerheid nog langer kan duren.

22 M. Heemskerk, 'Ontslagrecht voor 65-plussers is onduidelijk', *SMA* 2005, p. 127-135.

23 Heemskerk noemt twee uitspraken die niet eerder ter adstructie van de pensioenregel waren aangevoerd: Ktr. Deventer 13 maart 2003, *JAR* 2004/194 (niet: 195 – MK en PVN) en Ktr. Zwolle 28 mei 2003, *JAR* 2003/186, maar in geen van die uitspraken ging het om van rechtswege eindigen. In de eerste zaak was op verzoek van de werkneemster 'ontslag verleend'. In de tweede zaak liep de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eenvoudig door.

8.11 De WGBL

Eind 2002 kwam de pensioenregel weer even aan de orde, nu naar aanleiding van wetsvoorstel 28 170, het wetsvoorstel dat leidde tot de WGBL. Deze wet verbiedt onderscheid op grond van leeftijd bij het ‘beëindigen’ van een arbeidsverhouding. Dit verbod geldt echter niet (art. 7 lid 1 onder *b* WGBL) als het betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Het geldt dus wel voor beëindiging vóór (of na) die leeftijd. Echter, art. 8 lid 2 WGBL verklaart het verbod op onderscheid (ook) niet van toepassing op ‘in pensioenvoorzieningen vastgelegde pensioengerechtigde leeftijden’. Dit doet Grapperhaus opmerken: ‘Overigens heeft de regering over het hoofd gezien dat art. 8 lid 2 van Wetsvoorstel 28 170 de mogelijkheid geeft om art. 7 lid 1 onder *b* geheel te omzeilen. In laatstgenoemde ontwerpbepaling wordt gesproken over het *beëindigen* van een dienstverband bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, en de memorie van toelichting zegt daarover dat *ontslagen* bij het bereiken van een lagere pensioenleeftijd dan 65 jaar getoetst dienen te worden aan objectieve rechtvaardigingsgronden. Het is echter gebruikelijk dat CAO’s bepalen dat bij het bereiken van de pensioeningangleeftijd het dienstverband *van rechtswege eindigt*, waardoor beëindiging of ontslag geheel overbodig wordt. Dergelijke regelingen zijn volgens art. 8 lid 2 van Wetsvoorstel 28 170 nog steeds toegestaan, waarmee men derhalve niet eens meer toekomt aan de objectieve rechtvaardigingstoets die de regering in art. 7 lid 1 onder *b* van Wetsvoorstel 28 170 beoogde.’²⁴

Impliciet gaat Grapperhaus hier uit van het bestaan van de pensioenregel. In zijn reactie volstaat Lutjens daarom met het bevestigen van die regel zonder daarvoor nieuwe argumenten aan te voeren.²⁵ Daarbij wijst hij wel op enige recente rechtspraak over de toelaatbaarheid van onvrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd. Te noemen valt:

- Ktr. Amsterdam 19 april 2002, *JAR* 2002/173 (vernietigd in Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12);

24 F.B.J. Grapperhaus, ‘Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 356.

25 E. Lutjens, ‘Pensioenontslag. Het eindigen of beëindigen van de arbeidsverhouding bij pensionering: kan het nog?’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217 en F.B.J. Grapperhaus, ‘Naschrift’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 221.

- Ktr. Haarlem 30 oktober 2002, *KG* 2002/292 (bekrachtigd in Hof Amsterdam 3 april 2003, *JAR* 2003/126 en in de bodemprocedure door Ktr. Haarlem 11 juni 2003, *JAR* 2003/187);
- Ktr. Leeuwaren 24 juni 2003, *PJ* 2003/9, nr. 113.

In alle drie de zaken ging het om een CAO-bepaling die de arbeidsovereenkomst op zekere leeftijd deed eindigen (in het laatste geval: ‘It tsjinstferbân wurdt foar ûnbepaalde tiid oangien, mar sil yn alle gefallen einigje op 60 jierrige leeftiid.’) en om een werknemer die – kennelijk uitgaande van de effectiviteit van de betrokken bepaling – om verlenging van de arbeidsovereenkomst verzocht en die de afwijzing van dat verzoek bestreed met aan gelijke behandeling ontleende argumenten. Met andere woorden: de pensioenregel als zodanig stond niet ter discussie.

Recent kwam ons onder ogen een intern document van de CWI uit 2003 waarin deze het bestaan van de pensioenregel aanneemt (zie hierna).

8.12 Tussenconclusie

Van der Grinten verdedigt al heel lang het bestaan van een arbeidsovereenkomst met een maximumduur, maar is veranderlijk wat betreft de kwalificatie van deze figuur: arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of sui generis. Van onderbouwing is nauwelijks sprake.

Lutjens introduceerde de ‘pensioenregel’ in 1989, maar:

- (i) de rechtspraak waarop hij haar bestaan baseerde is mager, en
- (ii) hij acht de regel alleen toepasbaar in het tegenwoordig betrekkelijk zeldzame geval van een vaste, door de werknemer niet te beïnvloeden pensioendatum.

De Hoge Raad heeft zich één keer – in 1995 in het arrest *Codfried* – uitgelaten in de zin dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt, maar hij deed dat zo terloops, en bovendien zonder toelichting terwijl er voor een toelichting alle aanleiding was, dat wij het niet zouden aandurven het bestaan van een pensioenregel op dit arrest te baseren, dit nog afgezien van het feit dat het arrest van vóór de Flexwet (en de introductie van art. 7:667 lid 6 BW) dateert.

De afgelopen circa zes jaar is sporadisch over (het bestaan van) de pensioenregel geschreven, meer door voor- dan door tegenstanders, maar de rechtspraak die de voorstanders ter onderbouwing van hun standpunt aanvoeren is weinigzeggend. In de meeste gevallen gingen partijen en de rechter er zonder nadenken van uit dat de arbeidsovereenkomst in kwestie van rechtswege eindigde.

Kortom, voor ons staat het bestaan van een ‘pensioenregel’ allerminst vast. Dit geldt voor de situatie dat het arbeidscontract – rechtstreeks dan wel via CAO of reglement – een beding van die strekking bevat, en al helemaal voor de situatie dat er geen beding van die strekking is.

8.13 Ontslagpraktijk CWI

Als een arbeidsovereenkomst niet (met zekerheid) van rechtswege eindigt en de werknemer wil tegen de zin van zijn werkgever doorwerken, dan zal deze doorgaans óf een ontslagvergunning aanvragen óf ontbinding verzoeken. Hoe groot is de kans dat de CWI de gevraagde vergunning verleent?

In 1992 vermeldde het standaardwerk over de ontslagpraktijk van de CWI het bestaan van een – voorzover wij weten niet elders gepubliceerd – beleid om ontslagaanvragen gegrond op het (enkele) feit dat de werknemer de pensioenleeftijd had bereikt, te honoreren.²⁶ De opvolger van dit boek zwijgt over het onderwerp.²⁷ Er zijn ons nauwelijks gepubliceerde CWI-beslissingen bekend.²⁸

De CWI is doende een uitgebreide handleiding voor de ontslagpraktijk samen te stellen: het ‘Handboek Ontslagtaak CWI’. Voorlopig is deze handleiding slechts bedoeld voor intern CWI-gebruik en niet,

26 C.E.M. van den Boom, *De ontslagpraktijk van het arbeidsbureau*, Deventer: Kluwer 1992, p. 156.

27 J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Deventer: Kluwer 2003.

28 Blijkens Ktr. Deventer 28 mei 2003, *JAR* 2003/186 weigerde de CWI afgifte van een ontslagvergunning ten laste van een 68-jarige schoonmaakster ‘omdat niet is komen vast te staan dat betrokkene, gezien haar hoge leeftijd, onvoldoende zou functioneren’.

althans niet officieel, beschikbaar voor derden. Het ligt echter in de bedoeling het Handboek later dit jaar openbaar te maken.

Hoofdstuk 28 van het (concept-)Handboek (versie 15 oktober 2003) draagt het opschrift 'Ontslag bij 65 plus'. Het opent met een erkenning van het bestaan van (een vorm van) de pensioenregel: 'Met enige regelmaat ontvangt CWI ontslaaanvragen vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (thans 65 jaar) van een werknemer. Het gaat dan doorgaans niet om partijen die bij cao of individuele arbeidsovereenkomst hebben afgesproken dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. Want dat betekent dat er feitelijk een contract voor bepaalde tijd is overeengekomen dat bij het bereiken van de overeengekomen leeftijd van rechtswege eindigt. Werknemers die het hier niet mee eens zijn, kunnen bij de rechter verhaal halen.' Vervolgens licht het Handboek uitvoerig, aan de hand van EG-(kader-)richtlijn nr. 2000/78, de arresten *Codfried* en *Op 't Land* en (toen nog: het wetsvoorstel van) de WGBL, toe dat het bereiken van de leeftijd van 65 jaar een objectieve rechtvaardiging vormt voor leeftijdsontslag. Dit leidt zonder nadere toelichting tot de voor ons verrassende conclusie: 'Al met al kan op dit moment geconcludeerd worden dat CWI verzoeken om toestemming voor opzegging vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zal dienen toe te staan' waarbij na het woord 'leeftijd' een voetnoot volgt: 'Welke leeftijd overigens niet per definitie steeds gefixeerd hoeft te zijn op 65 jaar (mogelijk variabele grens of verschuiving AOW-gerechtigde leeftijd).'

Deze conclusie verbaast ons om meerdere redenen. In de eerste plaats zien wij niet in dat het enkele feit dat leeftijdsontslag niet in strijd is met een discriminatieverbod (want objectief gerechtvaardigd) ertoe zou moeten leiden dat CWI ontslagverzoeken 'zal dienen toe te staan'. Ons inziens had hier moeten staan: zal *kunnen* toestaan. Als iets niet verboden is hoeft het toch niet verplicht te zijn?

Onze tweede bedenking betreft de voetnoot. Wij vermoeden dat het Handboek met 'verschuiving AOW-gerechtigde leeftijd' doelt op een eventuele verhoging van die leeftijd in de toekomst. Minder duidelijk is de betekenis van 'mogelijk variabele grens'. Betekent dit dat de CWI ontslagvergunning verleent wanneer de pensioenleeftijd lager dan 65 jaar ligt? Of wanneer het een werknemer betreft die deelneemt aan een pensioenregeling met een variabele of pensioenspilleeftijd? Gelet op na te noemen citaat uit het Handboek is het antwoord op beide vragen vermoedelijk ontkennend, maar zeker is dit niet. Laten

we hopen dat de definitieve versie van het Handboek op dit punt duidelijker is.

Ten derde is er de kwestie van de grondslag. Het Ontslagbesluit heeft, zoals bekend, een zogenoemde ‘algemene toetsingsmaatstaf²⁹’ en twee specifieke (groepen van) toetsingsmaatstaven:

- art. 4: bedrijfseconomische noodzaak;
- art. 5: een limitatieve opsomming van niet-bedrijfseconomische ontslaggronden, waaronder disfunctioneren en langdurige of frequente arbeidsongeschiktheid.

Pensioenontslag valt niet onder een van de specifieke toetsingsmaatstaven. Een ontslagvergunning op die grond kan dus alleen worden verleend als het voorgenomen ontslag ‘redelijk’ is, mede gelet op de betrokken belangen. Dienaangaande stelt het Handboek: ‘CWI stelt zich bij deze belangenafweging op het standpunt dat slechts de 65-jarige leeftijd opgeld doet als algemene rechtvaardigingsgrond voor ontslag op grond van leeftijd en dat ingeval een werkgever deze leeftijdsgrens laat passeren, hij geacht wordt zijn recht op een beroep op genoemde rechtvaardigingsgrond te hebben verwerkt.’ Deze passage doet vermoeden dat de CWI in de meeste gevallen (ontslag vóór en na 65e jaar) een ontslagaanvraag zal afwijzen. Zelf zouden wij willen toevoegen dat als een werkgever in het recente verleden werknemers na hun pensioenleeftijd heeft laten doorwerken hij op grond van het gelijkheidsbeginsel niet meer vrij is die leeftijd als (enige) ontslaggrond aan te voeren.

8.14 Ontbinding

Valt er in de gepubliceerde ontbindingsjurisprudentie een lijn te ontwaren op dit punt?

Aanbeveling 3.5 (‘De vergoeding zal (...) niet hoger zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd’) lijkt ervan uit te gaan dat de arbeidsovereenkomst in beginsel op de

29 Art. 3:1: ‘De Centrale organisatie werk en inkomen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij (sic – MK en PVN) neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden.’

pensioengerechtigde leeftijd eindigt of behoort te eindigen, maar hieraan kan ons inziens geen argument worden ontleend voor toewijzing van een ontbindingsverzoek. De werknemer zal immers kunnen aanvoeren dat het bereiken van enige leeftijd geen gewichtige reden/verandering in de omstandigheden oplevert, al helemaal niet sinds het in werking treden van de WGBL op 1 mei 2004.

Wij troffen bij een summier onderzoek slechts weinig en bovendien casuïstische rechtspraak aan over de vraag of kantonrechters ontbindingsverzoeken gegrond op het enkele bereiken van de pensioen- (of enige andere) leeftijd honoreren.³⁰ Interessanter dan wat kantonrechters in het verleden hebben beslist lijkt ons wat zij zullen doen na openbaarmaking van het CWI-Handboek. Over het algemeen hebben ontbindingsrechters de neiging het Ontslagbesluit te volgen. Zullen zij ook het CWI-beleid op het punt van pensioenontslag volgen?

30 Ktr. Deventer 13 maart 2003, *JAR* 2004/194 is niet een goed voorbeeld; de kantonrechter ontbond omdat 'vast staat dat bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst gedurende enige jaren geen arbeid meer zal worden verricht'. Ktr. Deventer 28 mei 2003, *JAR* 2003/186 is een beter voorbeeld. De kantonrechter ontbindt, onder meer met de overweging: 'In zijn algemeenheid eindigt het arbeidzame leven immers op 65-jarige leeftijd.' Zie ook Ktr. Rotterdam 28 augustus 2003, *JAR* 2003/252 (de rechter acht het aannemelijk dat de werknemster – een advocaat – na haar 65e jaar zou hebben doorgewerkt).

9 De belanghebbende in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW

*Jaap van Slooten**

9.1 Inleiding

De belangrijkste bepaling van ons arbeidsrecht, art. 7:610 lid 1 BW, begint als volgt: ‘De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij *de ene partij*, de werknemer, zich in dienst van *de andere partij*, de werkgever’, enzovoort. In navolging hiervan gaat het gehele arbeidsovereenkomstenrecht uit van een overeenkomst tussen twee partijen. Andere personen komen in dat boek niet voor. Dat staat op gespannen voet met de werkelijkheid zoals die door de meeste werknemers en werkgevers wordt ervaren. Zij kunnen van doen hebben met collega’s, vakbonden, de ondernemingsraad, andere werkgevers binnen het concern waartoe de werkgever behoort, rechtsvoorgangers of -opvolgers van de werkgever, het UWV, de Belastingdienst, CAO-fondsen, uitzendkrachten en ga nog maar even door. In een enkel geval is wellicht te betogen dat deze derden ook partij zijn bij de arbeidsovereenkomst, zoals ten aanzien van de concernmaatschappij soms wordt aangenomen.¹ In de meeste gevallen is er echter geen sprake van dat de derde als partij bij de overeenkomst is aan te merken. Toch hebben deze derden invloed op de arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst op hen. Om twee voorbeelden te noemen: collega’s kunnen belang hebben bij de passende arbeid die hun werkgever aan een zieke collega aanbiedt² en vakbonden zijn belanghebbend als de werknemer bij de uitoefening van zijn arbeidsovereenkomst wordt gehinderd bij het ondernemen van vakbondsactiviteiten.

* Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1 Zie A.T.J.M. Jacobs, ‘De arbeidsovereenkomst in het NBW’, *NJB* 1994, p. 1035-1044, met als reacties C.M.E.P. van Lent, ‘Het concern als werkgever?’, *NJB* 1994, p. 1424-1425 en E.W. Pera, ‘Tussen droom en daad’, *NJB* 1994, p. 1425 en A.T.J.M. Jacobs, ‘Naschrift’, *NJB* 1994, p. 1425-1426 en C.M.E.P. van Lent, *Intra-concern mobiliteit* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 2000, hoofdstuk 8.

2 Ktr. Tilburg 5 oktober 1995, *JAR* 1996/47.

Hoewel ze dus geen partij zijn, zijn derden soms wel belanghebbende. Onder verwijzing naar het in het algemeen vermogensrecht ontwikkelde leerstuk van de ‘betrokken derde’,³ zou men ook van de ‘sociaal betrokken derde’ kunnen spreken. Je zou kunnen zeggen dat deze sociaal betrokken derden het omhulsel van de arbeidsovereenkomst vormen. Uiteraard is hun positie in sommige gevallen elders in het arbeidsrecht geregeld, zoals de positie van de vakbonden in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst aan de orde komt. Andere derden in het sociaal recht, zoals de collega of de concernmaatschappij, worden niet in de wet benoemd. Wat in het arbeidsrecht in ieder geval ontbreekt, is een kader om de rol van de sociaal betrokken derde bij de arbeidsovereenkomst vorm te geven of te rechtvaardigen. Daarbij spelen in de kern de vragen: moeten partijen rekening houden met de belangen van sociaal betrokken derden en moeten derden rekening houden met de belangen van de partijen bij de arbeidsovereenkomst. Zo ja, waarom en in welke mate?

Uiteraard gaat daaraan nog de vraag vooraf of er wel een juridische behoefte is aan het concept van de sociaal betrokken derde. Uit een inventarisatie van jurisprudentie met betrekking tot de verhouding tussen collega’s (een sociaal betrokken derde bij uitstek) blijkt die behoefte niet eenduidig.⁴ Enerzijds zijn er veel situaties te bedenken waarin collega’s belang hebben bij een bepaald geschil (geschillen over gelijke behandeling of ontslagvolgorde), maar anderzijds kan worden vastgesteld dat zij zelden tot nooit partij zijn in de procedure.

Hoe valt dat te verklaren? Eén verklaring ligt voor de hand: het is al niet leuk om te procederen tegen de werkgever, dus doet een werknemer dat alleen als zijn *eigen* hachje op het spel staat. Er staan weliswaar belangen van collega’s op het spel, maar die zijn nou ook weer niet zo groot dat die snel inmenging in een procedure, met bijkomende spanningen en kosten, rechtvaardigen. Een andere mogelijke oorzaak zou kunnen zijn dat de procedure zelf niet goed is afgestemd op de inmenging door collega’s of andere sociaal betrokken derden. Ten slotte is ook denkbaar dat er bij sociaal betrokken derden weinig bekendheid is met de procedurele mogelijkheden.

In dit verband is het interessant eens te bezien of een veel gevolgde arbeidsrechtelijke procedure, de procedure ex art. 7:685 BW, zich

3 Zie daaromtrent nader: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.

4 J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie UvA), Amsterdam: AUP 2005.

ertoe leent dat derden zich daarin mengen. Omdat de terzake geldende regels spreken over ‘belanghebbende’, zal ik deze term in het vervolg gebruiken. Zij heeft in dit artikel dezelfde betekenis als de hiervoor gebruikte term ‘sociaal betrokken derde’. Omdat de relevante regels geen onderscheid maken tussen verweerder en belanghebbende, is het goed hier te expliciteren dat de term ‘belanghebbende’ in dit artikel niet ziet op de werkgever of werknemer tegen wie een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt ingediend, maar alleen op andere belanghebbenden.

9.2 De toepasselijkheid van titel 3, Boek 1 Rv op de ontbindingsprocedure

De regels ten aanzien van de ontbindingsprocedure zijn niet zozeer in art. 7:685 BW te vinden, als wel in titel 3, Boek 1 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (art. 261-302; ‘De verzoekschriftprocedure in eerste aanleg’). Deze afdeling is in het kader van de invoering van het nieuwe burgerlijke procesrecht op 1 januari 2002 van kracht geworden. Voordien was de verzoekschriftprocedure geregeld in art. 429a tot en met 429r Rv (oud). Ten aanzien daarvan gold sinds 25 april 1984 dat deze van toepassing was op de procedure van art. 7A:1639w BW (oud).⁵ Omdat de wetgever eerst bij de overplaatsing van dit artikel naar Boek 7A BW (oud) en vervolgens bij de invoering van art. 7:685 BW over het hoofd zag art. 429a-429r Rv (oud) ten aanzien van de verzoekschriftprocedure opnieuw van toepassing te verklaren, moest de Hoge Raad eraan te pas komen om te oordelen dat ‘moet worden aangenomen dat zij van toepassing zijn gebleven op art. 7A:1639w BW (oud) BW of op art. 7:685 BW’.⁶

Bij de invoering van de huidige titel 3, Boek 1 Rv is niet expliciet overwogen dat deze van toepassing is op art. 7:685 BW, maar wel impliciet.⁷ Voorts is er een belangrijke aanwijzing voor toepasselijkheid te vinden in art. 261 Rv: ‘Voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, is deze titel van toepassing op alle zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid, alsmede op zaken waarin de rechter ambtshalve een beschikking geeft’. De woorden ‘voor zover uit de wet niet anders voortvloeit’ brengen mee dat niet alleen expli-

⁵ Wet van 10 maart 1984, *Stb.* 97.

⁶ HR 30 maart 2001, *NJ* 2001, 303.

⁷ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 158.

ciete uitsluiting aan de orde kan zijn; ook de aard van de procedure kan ertoe nopen dat een of meer bepalingen niet of niet ten volle toepassing vinden.⁸ Men mag dus concluderen dat titel 3, Boek 1 Rv, in beginsel van toepassing is op de procedure ex art. 7:685 BW, tenzij (i) art. 7:685 BW zelf iets anders bepaalt (zoals ten aanzien van de mogelijkheid van beroep en cassatie; vgl. lid 11) of (ii) indien de aard van de procedure ex art. 7:685 BW hiertoe noopt.⁹ De bewoordingen van art. 7:685 BW sluiten in ieder geval niet uit dat een belanghebbende hierin een rol kan spelen. In de rechtspraak kwam nog niet aan de orde of alle regels van titel 3, Boek 1 Rv ten aanzien van de belanghebbende samengaan met de ontbindingsprocedure.

Het aantal hier relevante bepalingen uit titel 3, Boek 1 Rv over de belanghebbende is overzichtelijk. De tweede en derde volzin van art. 279 lid 1 Rv luiden: ‘Hij (de rechter, – JvS) beveelt tevens oproeping van de verzoeker en voor zover nodig van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden. Bovendien kan hij te allen tijde belanghebbenden, bekende of onbekende, doen oproepen.’

Titel 3, Boek 1 Rv gebruikt de termen ‘verzoeker’ en ‘belanghebbende’. Anders dan de art. 7:685-praktijk, die spreekt over ‘verweerder’, of art. 7:685 BW zelf, dat spreekt over ‘wederpartij’, komt in titel 3 de term verweerder niet voor. Eén van de redenen daarvoor is dat de titel van toepassing is op uiteenlopende verzoekschriftprocedures, zoals met betrekking tot het personen- en familierecht. In sommige van dergelijke procedures laat zich gemakkelijk denken dat er meerdere belanghebbenden zijn, zonder dat duidelijk is of er een verweerder is.^{10,11}

Voorts wordt geregeld welke rechten de belanghebbende heeft. In de eerste plaats is dat het recht om een verweerschrift in te dienen (art. 282 lid 1 Rv). Het verweerschrift mag bovendien een zelfstandig verzoek bevatten, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek (lid 4). Verder is er het inzagerecht van art. 290 lid 1 Rv: ‘De verzoeker en iedere belanghebbende hebben recht op inzage en afschrift van het verzoekschrift, de verweerschriften, de op de zaak betrekking hebbende bescheiden en de processen-verbaal.’

8 A.I.M. van Mierlo, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2005, p. 464.

9 Overigens is titel 3 van Boek 1 Rv grotendeels gebaseerd op art. 429a-429r Rv. Er mag in beginsel van worden uitgegaan dat rechtspraak ten aanzien van laatstgenoemde artikelen, haar waarde voor de nieuwe regeling behoudt.

10 S. Boekman, *De verzoekschriftprocedure*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 9.

11 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 30.

9.3 Wie kan als belanghebbende worden aangemerkt?

In de parlementaire geschiedenis is ten aanzien van de voorloper van art. 279 Rv overwogen: ‘De rechter moet zich ambtshalve er op toe leggen dat allen die vermoedelijk belanghebbende zijn, in de gelegenheid worden gesteld zich bij de behandeling te laten horen.’¹² Het is aan de rechter te bepalen wie belanghebbende is; de wet zelf geeft daarvoor verder geen aanwijzingen.¹³ Uit de parlementaire geschiedenis kan evenwel worden afgeleid dat de wetgever een zeer ruim belanghebbendenbegrip voor ogen heeft gestaan.¹⁴ De vraag wie als belanghebbende is aan te merken moet volgens de Hoge Raad ‘voor ieder type verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid’.¹⁵ De vrijheid van de rechter om te bepalen wie als belanghebbende kan worden aangemerkt is niet onbegrensd: ‘Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat het aan het beleid van de rechter is overgelaten of hij op de voet van art. 429f lid 1 resp. 429q lid 2 Rv belanghebbenden zal doen oproepen *met dien verstande dat hij bij dit beleid de eisen van een behoorlijke rechtspleging in acht zal hebben te nemen.*’ (cursivering JvS).¹⁶ Boekman leest in de rechtspraak van de Hoge Raad de volgende essentie: ‘De belanghebbende moet een eigen belang hebben, hetzij uit hoofde van zijn functie, hetzij omdat een eigen recht dreigt te worden geschonden. Het is dus niet de bedoeling dat de verzoekschriftprocedure een “free for all” wordt, waarin ieder zich met alles kan bemoeien.’¹⁷

Rechtspraak met betrekking tot het begrip belanghebbende in de zin van art. 7:685 BW is beperkt. Allereerst is er de zojuist geciteerde *Alcatel*-beschikking. Daarin oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een verkrijger van een onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW als belanghebbende is aan te merken. De werknemer had voortuitlopend op een dergelijke overgang ontbinding verzocht tegen zijn werkgever. Zonder dat de werknemer dat van tevoren wist, werd nog vóór de mondelinge behandeling de onderneming overgedragen.

12 *Kamerstukken I* 1968/69, 7753, nr. 41a, p. 2.

13 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 628.

14 Aldus A-G Mok voor HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 628, die dit ontleent aan *Kamerstukken I* 1968/69, 7753, nr. 41a, p. 2.

15 HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149, m.nt. Ma.

16 HR 10 september 1993, *NJ* 1993, 777, m.nt. PAS (*Moolenbeek/Alcatel*).

17 Boekman, a.w., p. 11.

Hierop wees de kantonrechter het verzoek af, omdat de oorspronkelijke werkgever van rechtswege die kwaliteit had verloren. In hoger beroep verzocht de werknemer de rechtbank om ook de verkrijger op te roepen, hetgeen werd afgewezen. Daarbij stelde de rechtbank niet verplicht te zijn een belanghebbende op te roepen. De Hoge Raad oordeelde: 'In een geval als het onderhavige – waarin de als tegenpartij in het verzoekschrift vermelde werkgever in de loop van de behandeling van dit verzoekschrift de onderneming of een deel ervan overdraagt en de werknemer met het oog daarop vraagt de verkrijger op wie krachtens art. 1639bb de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zijn overgegaan, als belanghebbende op te roepen – brengen deze eisen (van een behoorlijke rechtspleging, – JvS) mee dat de rechter deze oproeping gelast in plaats van het verzoek af te wijzen op grond van een motivering die kennelijk ervan uitgaat, kort samengevat, dat het verzoekschrift (alleen) tegen de oorspronkelijke werkgever en niet (ook) tegen de verkrijger is gericht.' De opvatting van de rechtbank leidde tot 'het weinig praktische resultaat dat de werknemer een nieuwe procedure tegen de verkrijger moet beginnen', aldus de Hoge Raad. In zijn noot bij de beschikking uit Stein kritiek op dit oordeel van de Hoge Raad. Hij wijst er onder meer op dat dit tot gevolg heeft dat de verkrijgende werkgever pas in hoger beroep in de zaak wordt betrokken. De belanghebbende kan dan niet meer goed invloed op de procedure uitoefenen. Het is de vraag of dit wel in overeenstemming is met art. 6 EVRM. Hoewel aangenomen kan worden dat het vaker gebeurt dat de belanghebbende pas in hoger beroep in de zaak wordt betrokken¹⁸, zal dat evenwel niet altijd gaan om een belanghebbende die, zoals in de *Alcatel*-zaak, inmiddels de nieuwe werkgever is.

Een ander geval dat aan de orde kwam in een beschikking van de Hoge Raad betrof een situatie van een formele ontbinding op basis van een overeenkomst tussen een bestuurder en een stichting, die was gesloten vlak voordat het bestuur van de stichting zou worden vervangen. Het nieuwe bestuur probeerde tegen de beschikking nog wat te doen en betoogde onder meer dat de kantonrechter (ambtshalve) de stichtingsraad had moeten oproepen als belanghebbende alvorens op het formele verzoekschrift te beslissen. De Hoge Raad oordeelde dat het achterwege laten van een oproeping van belanghebbenden en van een mondelinge behandeling waarbij dezen worden gehoord, onder omstandigheden in strijd komen met het fundamentele beginsel van

¹⁸ Boekman, a.w., p. 10.

hoor en wederhoor. Dit zal met name het geval zijn wanneer de wederpartij van de verzoeker zich niet over het verzoek heeft uitgesproken en ook niet als belanghebbende is opgeroepen en gehoord. In de onderhavige zaak oordeelde de Hoge Raad evenwel dat de stichting ten tijde van de formele ontbindingsprocedure rechtsgeldig was vertegenwoordigd. ‘Het is aan het beleid van de Kantonrechter overgelaten op welke wijze hij bij de behandeling van een verzoek als bedoeld in art. 1639w BW rekening houdt met de interne problemen van de werkgever-rechtspersoon als hier blijkt het voorgaande aan de orde waren’, aldus de Hoge Raad.¹⁹

In de lagere rechtspraak heb ik drie gevallen gevonden²⁰, waarin een belanghebbende zich meldde. In een door de kantonrechter in Zutphen berechte casus was een ontbindingsverzoek van de werkgever (Pillo-Pak) ingediend tegen de notuliste van de ondernemingsraad (OR). De OR werd hier ontvankelijk verklaard, overigens op grond van art. 429h Rv (oud; thans art. 282 Rv).²¹

In een ontbindingszaak van Aldi Best BV tegen een FNV-kaderlid kwam FNV Bondgenoten uit zichzelf op in de procedure. Aldi vroeg ontbinding omdat de werknemer zich kritisch had uitgelaten over de arbeidsverhoudingen bij Aldi. FNV Bondgenoten wilde door middel van haar interventie, in de woorden van de kantonrechter, attenderen op het belang dat actieve werknemers/vakbondsleden die zich inzetten voor de collectieve belangen van werknemers niet vanwege die activiteiten worden ontslagen. De ontbinding werd afgewezen. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van FNV Bondgenoten werd geen beslissing genomen. Wel oordeelde de rechter dat ‘er geen reden (is – JvS) om Aldi te doen bijdragen in de proceskosten die FNV Bondgenoten op eigen initiatief heeft gemaakt’.²²

De derde zaak betrof een beschikking van de rechtbank in Amsterdam naar aanleiding van een verzoek van een statutair directeur tot ontbinding tegen zijn werkgever, een reclamebureau.²³ De directeur meende dat hij onzorgvuldig behandeld was door de aandeelhouder en dat hem het werk onmogelijk was gemaakt. Een vrouwelijke collega diende een eigen schriftuur in dat de strekking had om tussen te komen ‘voorzover dat is toegestaan’. Zij stelde dat haar belang was

19 HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 802.

20 Ik pretendeer daarmee overigens niet dat dit de enige gevallen zijn. Ik heb mijn onderzoek beperkt tot de jaargangen van de *JAR* sinds 1992.

21 Ktr. Zutphen 26 oktober 1993, *JAR* 1994/137.

22 Ktr. Eindhoven 5 maart 2004, *JAR* 2004/103.

23 Rb. Amsterdam 16 maart 1993, *JAR* 1993/152.

dat de verzoeker allerlei onjuiste zaken over haar stelde, dat zij zelf statutair directeur zou worden van de vennootschap en dat in het kleine reclamewereldje haar goede naam zo dreigde te worden geschaad. De rechtbank verklaarde deze collega niet-ontvankelijk, nu haar bezwaar niet ertoe strekte dat het verzoek van de directeur niet of juist wel moest worden toegewezen. Zij kon dan ook niet als belanghebbende worden beschouwd. Overigens, zo voegde de rechtbank daaraan toe, had zij de klachten die aan het adres van de collega waren gericht niet betrokken in haar beoordeling van de zaak.

9.4 Potentiële belanghebbenden in de ontbindingsprocedure

Uit de rechtspraak blijkt dat als potentiële belanghebbenden in ieder geval kunnen worden aangemerkt: de vakbond, de OR, de collega en de verkrijger ex art. 7:662 BW. Wie kunnen nog meer als zodanig worden aangemerkt en onder welke omstandigheden? Ik combineer hieronder mijn praktijkervaring met mijn fantasie.

De *ondernemingsraad* is al genoemd. Zijn er nog andere situaties denkbaar waarin de OR als belanghebbende kan worden aangemerkt? In veel situaties zal het belang van de OR volgen uit de WOR. In die situaties zal de OR in de eerste plaats kunnen trachten om naleving van de WOR te vragen middels de procedure ex art. 36 WOR (art. 9:2 WMW ontwerp). De vraag is of een mogelijkheid om die procedure te volgen, uitsluit dat de OR ontvankelijk is als belanghebbende in de art. 7:685 BW-procedure. In de hierboven genoemde *Pillo-Pak*-zaak was deze samenloop aan de orde. De kantonrechter meende dat art. 36 WOR overbodig dreigde te worden gemaakt omdat deze procedure pas in de fase van bemiddeling door de bedrijfscommissie was en de OR dus pas een oordeel zou krijgen nadat de ontbindingsrechter een oordeel geveld zou hebben. In art. 429h Rv (oud; thans art. 282 Rv) meende hij een grondslag gevonden te hebben om de OR, vooruitlopend op de procedure ex art. 36 WOR, bij de behandeling ex art. 7:685 BW te betrekken. Het blijft onduidelijk op welk onderdeel van art. 429h Rv (oud) de kantonrechter doelde. Afgezien daarvan valt met de uitkomst in deze zaak goed te leven. Het zou onbevredigend zijn een belanghebbende niet toe te laten in de ontbindingsprocedure met als argument dat hij eerst een andere procedure moet volgen, terwijl de ontbindingsprocedure in de tussentijd wordt afgerond. Aanhouding van de art. 7:685 BW-procedure verdraagt zich immers niet met de tekst van dat artikel.

Wanneer kan de OR belanghebbende in de ontbindingsprocedure zijn? Ik noem drie situaties:

- (i) De werknemer wordt ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. Hij is van mening dat het daaraan ten grondslag liggende besluit op grond van art. 25 WOR ter advies had moeten worden voorgelegd aan de OR. De OR vindt dat ook en stelt zich als belanghebbende in de procedure. Hij kan daarin bepleiten dat het verzoek moet worden afgewezen nu de procedure van art. 25 WOR nog loopt en ten onrechte op het besluit vooruit wordt gelopen.
- (ii) Een variant is dat de OR van mening is dat een ontslag in strijd met een besluit is, waarover advies is gevraagd.
- (iii) Een bestuurder wordt ontslagen via een ontbindingsprocedure. De OR is niet in de gelegenheid gesteld op grond van art. 30 WOR advies uit te brengen en besluit zijn visie op het voorgenomen ontslag rechtstreeks in de procedure kenbaar te maken als belanghebbende. Denkbaar is dat de OR zich tegen het verzoek keert. Ook laat zich denken dat de OR bepleit dat geen of een lagere vergoeding wordt toegekend.

In verband met de situaties (i) en (ii) is het overigens van belang te wijzen op het feit dat in het voorstel van de Wet medezeggenschap werknemers (WMW)²⁴ de rechten van de belanghebbende worden uitgebreid. Thans is voorzien dat de mogelijkheid om naleving van de wet te verlangen aanzienlijk wordt uitgebreid door te bepalen dat ten aanzien van alle bepalingen dit door iedere belanghebbende kan worden gedaan (art. 9:2 WMW ontwerp). Dit brengt mee, dat de werknemer die dreigt het slachtoffer te worden van een besluit waarover ten onrechte geen advies is gevraagd, ook zelf naleving van de WOR kan vragen en dus niet afhankelijk is van de vraag of de OR als belanghebbende zal verschijnen in de art. 7:685-procedure, verondersteld al dat de kantonrechter de OR als zodanig zal oproepen. Op deze wijze kan de werknemer overigens de procedure ex art. 7:685 BW wel aanzienlijk vertragen.

In welke situaties zou *de vakbond* een belanghebbende kunnen zijn? Hier kan worden gedacht aan het geval dat de toepassing van een sociaal plan ter discussie staat. Indien een werknemer, die geen lid is van een vakbond die partij is bij het sociaal plan, verzoekt dat hij een hogere vergoeding krijgt dan het sociaal plan bepaalt, dan kan

24 *Kamerstukken II 2004/05, 29 818, nr. 1 e.v.*

deze vakbond er een belang bij hebben te bepleiten dat dit verzoek wordt afgewezen. Indien de rechter een hogere vergoeding toekent op de grond dat de werknemer geen lid is van een vakbond, roept dat immers de vraag op of het lidmaatschap van een vakbond wel zo voordelig is. Dit heeft uiteraard een negatief effect op de wervingskracht van de bond. Ook de naleving van een CAO zou een concreet belang kunnen opleveren voor een vakbond, zoals met betrekking tot in de CAO geregelde ontslagverboden.

Een volgend voorbeeld betreft de *collega*. Gedacht kan worden aan de hierboven genoemde zaak waarin een collega haar straatje probeerde schoon te vegen. Een andere variant is dat een werknemer betwist dat het anciënniteits- of afspiegelingsbeginsel juist is toegepast. Een beslissing in het voordeel van deze werknemer kan grote gevolgen hebben voor een andere werknemer, die dan immers ‘aan de beurt is’. Men kan hierbij denken aan de situatie waarin de werknemer tegen wie een ontbindingsverzoek is ingediend een beroep doet op zijn zwakke arbeidsmarktpositie (art. 4:2 lid 6 Ontslagbesluit).

Bij de *zuster- of moedermaatschappij* valt te denken aan de situatie dat de werknemer stelt dat er ook bij deze maatschappijen naar passend werk gezocht moet worden. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de werknemer opties heeft ontvangen van de moedermaatschappij en ontheffing van het optievervalbeding vraagt. Verschillende kantonrechters hebben er geen probleem mee gehad om de werkgever ‘aansprakelijk’ te houden voor opties ten aanzien waarvan alleen een rechtsrelatie tussen de moedermaatschappij en de werknemer bestond.²⁵ De optieverstreckende moedermaatschappij was niet betrokken in die procedure. Betoogd is dat dit in strijd is met het beginsel van fair trial.²⁶ Wat daar ook van zij, in een dergelijke situatie had oproeping van de moedermaatschappij als belanghebbende tot de mogelijkheden behoord.

De *toekomstige werkgever* is een aparte categorie. Wij kwamen hem al tegen in de *Alcatel*-beschikking waar het gaat over overgang van onderneming. De verkrijger van de onderneming kan belanghebbende zijn, aldus de Hoge Raad. Een ander voorbeeld waarin de toekomstige werkgever als belanghebbende kan worden aangemerkt, is

25 Ktr. Delft 25 januari 2001, *JAR* 2001/70; Ktr. Amersfoort 19 december 2001, *JAR* 2002/68.

26 Aldus G.C. Boot aangehaald door F.B.J. Grapperhaus, ‘Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?’, *ArbeidsRecht* 2001, 21, p. 21.

de in lid 5 van art. 7:685 BW (voorstel) voorziene mogelijkheid om bij wijze van verweer een verzoek te doen ter zake van het concurrentiebeding.²⁷ Er kan immers een potentiële werkgever zijn die graag, evenals de werknemer, snel helderheid krijgt over de geldigheid en reikwijdte van een concurrentiebeding. Het kan ook nuttig zijn wanneer de mogelijk nieuwe werkgever in de procedure aanschuift: het wordt dan hopelijk sneller duidelijk of er reden is te vrezzen voor aantasting van de belangen van de werkgever. In de categorie ‘toekomstige werkgever’ past wellicht ook nog de werkgever die in het kader van reïntegratie een werknemer in dienst neemt, terwijl het dienstverband met de vorige werkgever op grond van art. 7:629 lid 12 BW nog doorloopt.

Als restcategorie noem ik: de familie van de werknemer en een maatschappelijke instelling die zich een belang aantrekt dat in de ontbinding aan de orde is, zoals een anti-discriminatiebureau. Ik werk dit niet meer uit. Ook zou nog gedacht kunnen worden aan institutionele belanghebbenden, zoals het UWV of de CGB.

9.5 Heeft de praktijk wat aan de regeling omtrent de belanghebbende?

Overziet men bovenstaande, dan dringt zich de gedachte op dat in de praktijk veelal op andere wijze aan de belangen van de derde tegemoet wordt gekomen. Een aantal belanghebbenden kan een kort geding beginnen, zoals de ondernemingsraad in de *Pillo-Pak*-zaak. Verder kent de ontbindingspraktijk een levendig gebruik van ‘verklaringen’. Juist in dit soort verklaringen laten de collega’s weten hoe ze tegen de zaak aankijken. Mijn ervaring is evenwel ook dat de rechter doorgaans weinig belang hecht aan deze verklaringen, omdat zij vaak door de werkgever worden ingebracht en er geen controle is op de wijze van totstandkoming. Wil de werkgever dus dat er meer belang wordt gehecht aan de opvattingen van de collega-werknemers, dan is het laten stellen als belanghebbende een beter alternatief. De collega-werknemer is dan een zelfstandige procespartij. Hij kan zelfs een verweerschrift indienen en daarin de toewijzing van het verzoek van de werkgever bepleiten. De kantonrechter ontkomt er dan minder makkelijk aan om de opvatting van de collega’s te negeren.

²⁷ *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. A.

Voor een werknemer die verzoeker of verweerder is, bieden de regels omtrent de belanghebbende ook voordelen boven de huidige praktijk. Het lukt hem doorgaans zelden om collega's of anderen bereid te vinden een verklaring af te geven. De werknemer kan de betrokkenheid van deze derden soms wat makkelijker afdwingen door hen als belanghebbende aan te merken. Dat roept overigens wel de vraag op of een derde tegen zijn zin als belanghebbende kan worden betrokken in een procedure. Het antwoord is tweërlei: het is aan de rechter te bepalen wie belanghebbende is, maar een derde kan niet gedwongen worden als zodanig te verschijnen. Maar indien de derde als belanghebbende is aangemerkt en, ondanks een oproep niet verschijnt, neemt hij wel een risico. Het is dan immers mogelijk dat de rechter in de art. 7:685 BW-procedure een oordeel velt dat voor hem onvoordelig is. Hoewel dat oordeel jegens hem geen gezag van gewijsde heeft, zal het in de praktijk een vervelend obstakel kunnen zijn bij een eventuele nieuwe procedure waarbij de derde verweerder is. Zo doet een werknemer die in een ontbindingsprocedure over de toepasselijkheid van het anciënniteitsbeginsel als belanghebbende is opgeroepen, er goed aan om te verschijnen. Doet hij dat niet, dan is er een kans dat de rechter oordeelt dat de verwerende werknemer met een beroep op art. 4:2 lid 6 Ontslagbesluit terecht heeft gesteld dat hij een zwakke arbeidsmarktpositie heeft en 'dit niet het geval is met de werknemer die alsdan voor ontslag in aanmerking komt'.

De praktijk van het werken met verklaringen, kan derhalve in een aantal situaties worden vervangen door de oproeping van belanghebbenden, alhoewel in lang niet alle gevallen de betrokkenen als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Zo zal een werknemer die verklaart gezien te hebben dat collega X een blikje sardientjes in zijn tas stopte, niet als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Voor de werknemer die stelt dat collega X elke ochtend naar haar echtelijke avonturen informeerde ligt dat anders indien dat een reden voor de werkgever vormt om ontbinding te vragen. In zaken omtrent seksuele en andere intimidatie, kan het de moeite zijn dat de slachtoffers als belanghebbende in de ontbinding worden opgeroepen.

De rechter zal dus wat minder makkelijk om een officiële belanghebbende heen kunnen dan om iemand die zijn stem slechts via de verzoeker of de verweerder laat horen. De vraag is echter of de ontbindingsrechter snel zal oordelen dat een derde als belanghebbende is aan te merken. Zoals uit de Alcatel-beschikking van de Hoge Raad blijkt, heeft hij hierin geen volledige vrijheid. Indien hij iemand niet als zodanig aanmerkt, bestaat het risico dat de beschikking in hoger beroep aantastbaar is wegens het schenden van de eisen van behoor-

lijke rechtspleging. De motivering van de *Alcatel*-beschikking is verder toegesneden op het soort zaak (een overgang van onderneming tijdens de procedure), zodat daar niet *te* veel waarde aan kan worden ontleend voor andere soorten belanghebbenden. Er zijn evenwel twee aspecten die de zaak atypisch maken ten opzichte van andere kwesties waarin belanghebbenden een rol spelen. In de eerste plaats had in de *Alcatel*-zaak de belanghebbende in kwestie (de verkrijger) ook in een nieuwe procedure kunnen worden betrokken, maar de Hoge Raad vond dat ‘weinig praktisch’. De meeste belanghebbenden hebben echter geen tweede mogelijkheid om invloed uit te oefenen. In de tweede plaats was het niet de verkrijger/belanghebbende die hoger beroep aantekende, maar de verzoeker tot ontbinding. In andere kwesties rond het al dan niet aanmerken als belanghebbende zal de belanghebbende evenwel zelf in hoger beroep opkomen tegen de beschikking. Aangenomen mag worden dat de vraag of iemand als belanghebbende had moeten worden aangemerkt, dan wat pregnanter ligt, dan wanneer *de verzoeker* meent dat er een belanghebbende is overgeslagen (in dat laatste geval ‘gebruikt’ hij de belanghebbende eigenlijk meer om zelf een hoger beroepsmogelijkheid te creëren).

9.6 Conclusie

Hoewel de derde in de sociale werkelijkheid reëel existeert, ontbreekt hij nagenoeg geheel in de procedure ex art. 7:685 BW. De procedurele regels van titel 3, Boek 1 Rv die op dit artikel van toepassing zijn, laten evenwel toe dat naast de verweerder ook andere belanghebbenden worden opgeroepen. De afwezigheid van veel rechtspraak kan een aanwijzing zijn dat het aloude adagium ‘onbekend maakt onbemind’ hier van toepassing is. Ook de schaarse lagere rechtspraak die er is over dit onderwerp geeft blijk van een wat aarzelende houding.

Dat is echter maar een gedeelte van het verhaal. Ook als het belanghebbendenconcept meer bekendheid geniet, zal het de vraag zijn of werkgevers, werknemers en rechters er snel naar zullen grijpen. De door mij, bij gebreke aan veel rechtspraak, veronderstelde situaties komen niet vaak voor of worden nu op een andere manier opgelost. Een bescheiden rol zie ik echter toch wel weggelegd, met name voor de werknemer die probeert om de ‘werkelijk betrokkenen’ aan tafel te krijgen. In dit kader kan ook bedacht worden dat de discussie over de vraag of een getuigenverhoor past in het kader van de ontbindingsprocedure op deze wijze af en toe omzeild kan worden.

Daarnaast zal het af en toe van pas komen wanneer een procespartij uit is op een opwerpen van obstakels.

Kantonrechters zullen begrijpelijkerwijs beducht zijn om een procedure, die gewaardeerd wordt om zijn snelheid en eenvoud, te laten compliceren door het oproepen van belanghebbenden zonder dat dat een duidelijk doel dient. Anderzijds zou ik menen dat rechters de werkelijkheid en daarmee het resultaat van hun afwegingen tekort dreigen te doen wanneer ze al te behoudend zijn bij het oproepen van belanghebbenden.

De afwezigheid van veel rechtspraak maakt het moeilijk conclusies te trekken over de in de inleiding gestelde vraag naar de verplichtingen van derden jegens partijen en vice versa. Het is toe te juichen als er meer rechtspraak komt over wie er belanghebbende is in de ontbindingsprocedure. Wanneer er meer duidelijkheid komt over wie als belanghebbende kan worden aangemerkt, kan ook worden stilgestaan bij wat er vervolgens met die belangen wordt gedaan. Uiteindelijk levert dat aanwijzingen op die van belang zijn voor de achterliggende vraag.

In het licht van de aanleiding voor deze bijdrage is het verleidelijk de vraag te stellen of een bij uitstek deskundige op het gebied van het arbeidsrecht ook als belanghebbende kan worden beschouwd. Ware dat zo, dan zou Gijs Scholtens in iedere ontbindingszaak opgeroepen kunnen worden om vervolgens zijn oordeel te geven. In België pleegt, ook bij ontbindingszaken ex art. 7:685 BW in lagere instanties, de Procureur des Konings te requireren wanneer dat in het belang der wet is. Belangstellend is echter niet hetzelfde als belanghebbend, hoewel de grenzen kunnen vervagen bij een zeer sterke belangstelling (en dat is Gijs wel toevertrouwd). Gijs heeft aangekondigd helemaal op te houden met het arbeidsrecht. Hopelijk dat een benoeming tot Advocaat-Generaal Ontbindingszaken (voor liefhebbers van ambtelijk proza: ‘institutioneel belanghebbende’) Gijs nog op andere gedachten kan brengen. Het zou het arbeidsrecht in Nederland in ieder geval ten goede komen.

10 De ontbindingsrechter en het CWI gepasseerd: arbitrage als the third way van het ontslagrecht

*Leonard Verburg**

In Nederland ontbreekt een gespecialiseerd arbeidsrechtelijk arbitrage-instituut. Dat is opmerkelijk, juist omdat arbitrage disputen snel tot een oplossing moet kunnen brengen en daarmee winst voor de betrokken partijen oplevert. Het geldt dat in de pro forma-praktijk omgaat, kan aan zo'n instituut een vliegende start geven. Een arbeidsrechtelijk arbitrage-instituut (het AAI) heeft bovendien de kans om de taak van het CWI over te nemen en kan uiteindelijk de door zovelen al zo lang gehoopte wijzigingen in het Nederlands ontslagrecht afdwingen. Een tour d'horizon.

1. De art. 7:685 BW-procedure mag zich in een ongekeerde populariteit verheugen. Uit een advies van de Raad voor de Rechtspraak¹ blijkt dat in 2003 de kantonrechters 80.000 ontbindingszaken behandelden. In 2004 lag dat circa 10% lager, hetgeen nog altijd een getal van zo'n 72.000 ontbindingsprocedures oplevert.² Te rekenen naar het huidige bedrag aan griffierechten (€ 276) vormt de ontbindingsprocedure over 2003 voor de overheid een inkomstenbron van ruim 22 miljoen euro. Over 2004 gaat het om een bedrag van ruim 19,8 miljoen. De pro forma-praktijk neemt van deze getallen circa 85% voor zijn rekening (ik neem als percentage het gemiddelde tussen wat de Raad voor de Rechtspraak aangeeft – 80% – en wat Scholtens aangeeft – 90%). Dat geeft voor de overheid over 2003 en 2004 inkomsten uit de pro forma-praktijk in de orde van grootte van 17 à 18 miljoen euro. Dat zijn aanzienlijke bedragen.

2. Beltzer stelde begin dit jaar dat de pro forma-problematiek tot een onaanvaardbare verspilling van mensen en middelen leidt en met

* Mr. L.G. Verburg is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1 Raad voor de Rechtspraak, *Advies Wetsvoorstel normering ontslagvergoeding* (advies van 8 juli 2004, 2004/28), te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

2 C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (I)', *ArbeidsRecht* 2005, 14.

name de rechterlijke macht last heeft bezorgd.³ Met die verspilling ben ik het eens, maar voor wat betreft de last weet ik niet zo zeker of de soep zo heet is als door Beltzer opgediend. De Raad voor de Rechtspraak heeft aangegeven dat een kantonrechter gemiddeld genomen tien minuten doet over de behandeling van een pro forma-procedure. Als ik de laatste tijd zie hoe efficiënt kantongerechten te werk gaan, is dat getal van tien minuten per zaak al verder teruggelopen. En er valt hier nog meer winst te boeken, mits de rechter door een geolied (en geautomatiseerd) apparaat wordt ondersteund. De ervaring leert voorts dat rechters vaak proberen om van inhoudelijke ontbindingsprocedures alsnog een ‘formeeltje’ te maken, een regeling verdient inderdaad vrijwel altijd de voorkeur en het scheelt het schrijven van een inhoudelijke beschikking (waarmee ik niet wil zeggen dat de rechter daarvoor terugdeinst). Ik zie de door Beltzer bedoelde last dus niet zo zwaar op de maag liggen. De pro forma-praktijk is eerder een goudmijn. Ook Heerma van Voss heeft zich onlangs uitgelaten over de pro forma-praktijk en de last die dat aan de rechterlijke macht berokkent.⁴ Hij vindt het onbegrijpelijk dat het departement van Justitie de pro forma-praktijk als oneigenlijke werkverschaffing voor kantonrechters al jaren lang gedooft, terwijl dat departement overigens de belasting van de rechterlijke macht gewoonlijk nauwkeurig bewaakt. Ik vind dat gezien de genoemde bedragen helemaal niet onbegrijpelijk. Het is juist bewonderenswaardig dat het departement van Justitie deze bron van inkomsten zo nauwgezet bewaakt. Het is ronduit knap dat dit zo wordt gedaan dat verstandige schrijvers als Beltzer en Heerma van Voss zich slechts concentreren op de last en niemand iets zegt over de aanzienlijke baten. Het betreft eens te meer een prestatie van formaat, nu de griffierechten van tijd tot tijd toenemen en de last voor de rechterlijke macht door voortschrijdende automatisering terugloopt. Natuurlijk beweegt het aantal ontbindingsprocedures mee met de golfbewegingen in de conjunctuur, maar zonder twijfel kan worden gesteld dat de pro forma-praktijk voor het departement van Justitie een steeds winstgevender affaire is. Valt hier echt niets her te verdelen?

3. Op 15 juli 2003 adviseerde de Stichting van de Arbeid over de voorstellen van de Commissie-Rood tot aanpassing van het ontslag-

3 R.M. Beltzer, ‘Over een opmerkelijk WW-plan’, *SMA* 2005, p. 60.

4 G.J.J. Heerma van Voss, ‘Afscheid van het formeel verweer’, *SR* 2005, p. 85.

recht.⁵ De STAR wees de voorstellen van die commissie af en zag ook overigens geen aanleiding voor enige wijziging in het huidige ontslagrecht. De STAR gaf op pagina 4 van het advies aan dat zowel de huidige CWI-procedure als de ontbindingsprocedure voorzien in een laagdrempelige, goedkope en relatief snelle beslissing. De ontbindingsprocedure voorziet dus in een goedkope beslissing. Ik teken aan dat de STAR het oog had op de kosten van de procedure en niet op de hoogte van de te betalen ontslagvergoeding, het ging dus om de procedure zelf en niet over het resultaat. Als de werkgevers en werknemers, verenigd in de STAR, de ontbindingsprocedure goedkoop vinden, past het de arbeidsrechtadvocaat niet om daar een andere opvatting over te berde te brengen. De advocaat is immers belanghebbende, maakt deel uit van de ontslagindustrie.⁶

4. In april 2005 verschenen twee SER-adviezen over de toekomstbestendigheid van de WW en de ontslagpraktijk en de WW.⁷ De SER adviseert onder meer om de toets op verwijtbare werkloosheid in het kader van de toegang tot de WW te beperken tot de gevallen waarin de werknemer zelf ontslag neemt of ontslagen wordt op grond van een dringende reden. Doel is om afscheid te nemen van de pro forma-praktijk. De SER doelt daarbij niet alleen op de hierboven vermelde pro forma-procedure via de ontbindingsrechter, maar ook op de pro forma-route via het CWI (niet helemaal vergelijkbaar met de art. 7:685 BW-route, omdat het CWI toch een eigen inhoudelijke toets toepast op de aangevoerde ontslaggrond). Dat afscheid van de pro forma-praktijk zou een hele stap zijn. De ervaring heeft geleerd dat Nederland zelden hele stappen maakt als het gaat om ons ontslagrecht. Ik taxeer dus dat het nog vele jaren duurt voordat er echt iets blijkt te zijn veranderd. Het is dan nog de vraag of de adviezen van de SER het min of meer ongeschonden hebben gehaald. De pro forma-geldkraan blijft dus nog wel even open. Maar als dat anders ligt, is er natuurlijk voor deze bijdrage geen man overboord.

5 Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel* (advies van 15 juli 2003, 07/03).

6 In de woorden van P.F. van der Heijden, 'Ontslagindustrie', *OR Informatie* 24 oktober 2003, p. 14-15.

7 SER, *Advies Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet* (advies van 15 april 2005, 05/05) en *Advies Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet* (advies van 15 april 2005, 05/06), beide te verkrijgen via www.ser.nl.

5. Ik maak een korte uitstap naar het effect van de SER-adviezen op het BBA. De SER zegt, en dat is opmerkelijk, in de adviezen van 15 april 2005 niets over de gevolgen voor de bestaansgrond van het BBA. Dat effect van het (grotendeels) vervallen van de verwijtbaarheidstoets voor de toegang tot de WW op het (bepaalde in art. 6) BBA is niet te verwaarlozen. Het invoeren van de nietigheid van een opzegging door de werkgever is slechts een zaak die speelt zolang geen vertrekregeling tot stand is gekomen (in het kader van deze regeling zullen partijen normaal gesproken een pro forma art. 7:685 BW-procedure afspreken). Dat is op zich nu ook al het geval. Naar de huidige stand van het ontslagrecht is echter verdedigbaar dat de eis van toestemming van het CWI een achtergrond kent die strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland.⁸ Vervalt de verwijtbaarheidstoets voor de toegang tot de WW, dan verschuift het accent van het collectieve aspect van het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt naar het individuele belang van de werknemer. Het BBA verschaft dan aan de werknemer nog slechts een wapen in het overleg met zijn werkgever over de financiële afwikkeling van het ontslag. Ik laat de toetsing van collectieve ontslagkwesties buiten beschouwing (een rol die wat mij betreft in de toekomst de wezenlijke ontslagtaak van het CWI zou moeten zijn). Dat wapen in de strijd tegen een sociaal ongerechtvaardigd ontslag (in de woorden van de Hoge Raad in het *Sorensen*-arrest) is ongetwijfeld een respectabele taak, maar het is wel erg zichtbaar geworden dat werkgever en werknemer samen beslissen over de Nederlandse arbeidsmarkt en enige regulering van overheidswege van die markt (via de ontslagtaak van het CWI als gebaseerd op het BBA) een gepasseerd station vormt. Art. 6 BBA zal slechts nog de hoogte van de door de werkgever voor het ontslag te betalen prijs beïnvloeden, waarbij de werknemer zich dient te realiseren dat het invoeren van de nietigheid van een opzegging (niet meer nodig voor de WW) het einde van het dienstverband vertraagt, maar waarschijnlijk (en in mijn optiek: zeker) aanleiding geeft tot een neerwaarts bijstellen van de te betalen ontslagvergoeding. In ontslagkwesties hebben een bepaalde doorloop van het dienstverband en de hoogte van de ontslagvergoeding nu eenmaal veel weg van communicerende vaten. Men komt zo doordenkend vrij gemakkelijk uit bij het door Verhulp verdedigde zoektermijnenmodel als passend alternatief voor het rug-

⁸ HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sorensen*).

zakmodel.⁹ De vraag is wel of er met het volledig ‘individualiseren’ van de rol van het CWI voldoende bestaansgrond resteert voor het BBA (niet voor niets is het BBA al zo vaak als de *root of all evils* van ons ontslagrecht geduid). Ik keer van dit zijpad terug naar de hoofdlijn van mijn betoog, het nut van het AAI. Aan het slot komen hoofdlijn en zijpad weer samen.

6. Partijen bij een arbeidsovereenkomst kunnen de tussenkomst van de ontbindingsrechter niet contractueel uitsluiten. De Hoge Raad heeft dit beslist in het *Inhopro*-arrest¹⁰ en in *Grady/Stogon*.¹¹ Partijen bij een arbeidsovereenkomst kunnen wel de kantonrechter als ontbindingsrechter contractueel opzij zetten. Zij moeten dan arbitrage overeenkomen of voor bindend advies kiezen. De route via arbitrage is door de Hoge Raad al in 1973 gebaand¹², terwijl de bindend adviesweg is geplaveid in 1985.¹³ Ik ben bovendien van mening dat een vooraf in de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraak omtrent het inlassen van een korte mediation-ronde (kort is een week of twee) als verplicht voorportaal voor het starten van een ontbindingsprocedure de toets der kritiek kan doorstaan, dus niet wordt getroffen door het ‘te allen tijde’ uit de eerste volzin van art. 7:685 lid 1 BW.¹⁴

7. Mijn indruk is dat er van arbitrage of bindend advies niet heel veel gebruik wordt gemaakt.¹⁵ Dat pleit voor de gedachte dat de kantonrechter het goed doet. Alles is echter relatief. Het kan dus ook liggen aan het feit dat er geen gespecialiseerd AAI bestaat voor het behandelen van art. 7:681 BW- en art. 7:685 BW-procedures (zowel de pro forma-zaken als de inhoudelijk disputen) en andere arbeidsrechtelijk kwesties (ik denk onder meer aan CAO-kwesties, maar ook aan zaken op het gebied van art. 27 WOR). En dat is ontegenzeggelijk het geval: zo’n instituut bestaat (nog) niet. De vraag rijst waarom dit zo is. Men zou verwacht hebben dat er al wel wat ondernemende ar-

9 E. Verhulp, ‘Ontslagrecht in beweging?’, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu 2004, p. 11-24.

10 HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 377.

11 HR 20 maart 1998, *NJ* 1998, 815.

12 HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92.

13 HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275.

14 Vgl. R. Verkijk, ‘Mediation, advisering en het nieuwe civiele procesrecht’, *Adv.bl.* 2005, p. 243-245.

15 Zie daarover kort de conclusie van de A-G bij HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40, onder de punten 6 en 7.

beidsrechtjuristen zouden zijn opgestaan om te bezien of hier een gat in de markt ligt. De bedragen die in de pro forma-praktijk omgaan, vragen in combinatie met de toegenomen automatisering om een concurrentieslag. Een privatisering van het ontslagprocesrecht (met een accent op de ontbindingsprocedure) heeft echter niet alleen – en zeker niet in de eerste plaats – bedrijfseconomische kanten, maar biedt ook arbeidsrechtelijke en/of proceseconomische voordelen. En het is een bekend gegeven dat voordelen ook nadelen oproepen en dat wat voor de één een voordeel is voor de ander het tegendeel kan betekenen.

8. Waarom kiezen in het algemeen gesproken partijen voor arbitrage? Er zijn diverse redenen. Deskundigheid, vertrouwelijkheid en een spoedige beslissing in één instantie worden wel als redenen genoemd. Arbeidsrechtelijke deskundigheid speelde vroeger inderdaad een rol. Het is mijn indruk dat dit argument de laatste jaren sterk aan kracht heeft ingeboet. Veel kantonrechters hebben veel ervaring en de schriftelijke beschrijving van de kantonrechtersformule heeft de onvoorspelbaarheid van ontbindingsprocedures verminderd. Arbeidsrechtelijke deskundigheid is dus niet (meer) een zwaarwegend argument voor arbitrage in plaats van de gewone rechter (dit zal voor bijvoorbeeld CAO-kwesties anders kunnen liggen). Het is aardig te zien wat de Hoge Raad nog geen tien jaar terug overwoog in een ontslagdispuut betreffende een statutair directeur. Het ging in de bewuste beschikking over de vraag of door het ontslag van het bestuurderschap de kantonrechter inmiddels bevoegd was geworden ter zake van een ontbindingsverzoek betreffende de arbeidsovereenkomst van de ontslagen bestuurder. De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat de rechtbank de op grond van art. 2:241 BW bevoegde rechter was gebleven en overwoog vervolgens: ‘Deze uitleg strookt voorts met de gedachte die blijkens de door de P-G in zijn voordracht onder 16 weergegeven wetsgeschiedenis aan de (voorloper van de) bepaling ten grondslag ligt, te weten dat het in verband met de grote financiële belangen die soms met geschillen tussen een vennootschap en haar bestuurder gemoeid zijn, wenselijk is dat de rechtbank en in hoger beroep het gerechtshof over dergelijke geschillen oordelen.’¹⁶ Bij grote financiële belangen moet je, anders gezegd, volgens de Hoge Raad niet direct bij de kantonrechter zijn. Ik zou in arbeidsrechtelijke aangelegenheden die stelling tien jaar later niet zomaar durven

¹⁶ HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic/Nominees*).

verdedigen, althans niet in de mainstream van individuele ontslaggevallen. Iets anders is dat specialisatie voert tot meer kennis en ervaring. Zou men dus binnen de rechterlijke macht op arbeidsrechtelijk terrein (nog) meer specialisatie toestaan, dan zal dat normaal gesproken vruchten afwerpen. Maar dat geldt ook voor een alternatief als arbitrage. Voor wat betreft de pro forma-praktijk gaat het niet om specialisatie, maar om de zekerheid dat de beschikking er snel (tijdig) en correct conform de verzoeken is.

9. Ik zie dus (slechts) ruimte voor een landelijk opererend AAI als goed alternatief voor de kantonrechter als het instituut zich op het arbeidsrecht specialiseert. Er moet ten aanzien van de arbiters sprake zijn van een systeem van *éducation permanente*, zowel op het arbeidsrechtgebied als op aanpalende terreinen en, vooruit, ten aanzien van de ontwikkeling van sociale vaardigheden. Dat laatste ziet dan met name op het uitbouwen van vaardigheden die nodig zijn voor het zo goed mogelijk vervullen van een bemiddelende rol. Het arbitrage-instituut zal zorgdragen voor een curatorium dat het kwaliteitsniveau bewaakt. Ik heb het niet alleen over opleiding (in samenwerking met leergangen als bijvoorbeeld PALA en Grotius, bekostigd uit bijvoorbeeld de revenuen van de pro forma-praktijk), maar ook over het zorgdragen voor een systeem van beoordelingsgesprekken van arbiters en het bewaken van een voldoende landelijke spreiding van het instituut. Kwaliteit veronderstelt ook laagdrempeligheid en die wordt mede bereikt door de logistiek zo eenvoudig mogelijk te maken. Het instituut zal bovendien de homogeniteit in oordelen bewaken en hier valt ongetwijfeld zowel qua art. 7:685 BW-procedure als qua art. 7:681 BW-procedure te winnen. Het AAI zal zaken als integriteit en onafhankelijkheid hoog in het vaandel houden. En *last but not least*: natuurlijk kunnen partijen ervoor kiezen om de arbitrage in de Engelse voertaal af te wikkelen. De internationalisering van het bedrijfsleven vergt steeds meer dat voor dit aspect aandacht is, hier valt voor een AAI gemakkelijk meer service te bieden dan de gewone rechter vermag.

10. Het door mij beoogde AAI dient het maatschappelijk belang. Het gaat erom dat een instituut in het leven wordt geroepen dat zorgdraagt voor een adequate oplossing van arbeidsrechtelijke geschillen op een redelijke manier, in een zo kort mogelijk tijdsbestek en tegen een aanvaardbare prijs. Het instituut wordt (dan ook) op non-profit leest geschoeid. Dit ziet uiteraard op een eventueel overschot aan middelen, de arbiters en griffiers worden betaald (in principe door de

procespartijen, maar aan het ‘betalingsverkeer’ zal nader moeten worden gesleuteld) en datzelfde geldt voor het zo klein mogelijk gehouden administratief apparaat. Het instituut wordt bestuurd door bestuurders die hun sporen in de Nederlandse maatschappij hebben verdiend en van onbesproken gedrag zijn. De leden van het bestuur zullen worden benoemd aan de hand van een profielschets waarin aandacht doorklinkt voor de Nederlandse arbeidsrechtelijke verhoudingen. Bestuurders worden voor vier jaar benoemd met de mogelijkheid van eenmaal herbenoeming (de benoemingsperiode is dus maximaal acht jaar) en er wordt zorggedragen voor een passend rooster van aftreden. In het curatorium dat het kwaliteitsniveau van het instituut bewaakt nemen hoogleraren plaats uit het arbeidsrecht en het procesrecht en wordt zorggedragen voor een adequate vertegenwoordiging uit de arbeidsrechtpraktijk. De statuten van het AAI dragen zorg voor een juiste taakafbakening tussen bestuur en curatorium. De leden van het bestuur en het curatorium krijgen een passende (bescheiden) vergoeding voor hun diensten.

11. Een typisch kenmerk van arbitrage is vertrouwelijkheid. Vanouds is het niet openbaar zijn van de arbitrale zittingen een belangrijk aspect van het debiet van de arbitrage en dat moet natuurlijk behouden blijven. De arbitrale beslissingen moeten echter wel, uitzonderingen daargelaten, worden gepubliceerd om de rechtspraktijk zekerheid te bieden over wat er gaande is. Het ligt echter voor de hand dat er grip wordt gehouden op wat wel en niet naar buiten treedt en welk niveau van anonimiseren behoort.

12. Ik kom toe aan het onder punt 7 als derde genoemde argument pro arbitrage: een spoedige beslissing in één instantie. In feite valt dit argument in twee delen uiteen. De gedachte dat de zaak in één instantie wordt afgedaan levert op zich een bijdrage aan een spoedige afwikkeling. Voor de art. 7:685 BW-procedure bij de kantonrechter is er wat dat betreft geen verschil. Dat verschil is er wel ten aanzien van de art. 7:681 BW-procedure bij de gewone rechter. Het voordeel heeft echter een nadeel. Het nadeel is dat (waarschijnlijk) aanvaard zou moeten worden dat de zaak niet nog eens in tweede instantie kan worden bekeken, terwijl bovendien de mogelijkheid van cassatie ontbreekt. Om dit aspect te ondervangen zal het arbitrage-instituut een aanzienlijke inspanning moeten plegen om het proces op een goede wijze te voeren. Het instituut zal ook, taxeer ik, de rechterlijke macht nooit uit het arbeidsrecht kunnen duwen en dat behoeft ook helemaal niet de bedoeling te zijn. Het gaat erom dat er een kwalitatief hoog-

waardig alternatief komt. Dat zal, als nuttige wisselwerking, tot gevolg hebben dat ook de rechterlijke macht gespitst blijft op kwaliteitsbewaking.

13. Er valt voor een gespecialiseerd AAI ook qua tijd terrein te winnen door de arbitrage zelf in een adequaat tempo af te wikkelen. De gewone rechter is al in staat om de art. 7:685 BW-procedure snel te behandelen, maar een art. 7:681 BW-procedure is nog steeds een kwestie van lange adem. Ik denk voorts dat het AAI in staat moet zijn om zonder verlies van tijd de omgangsvormen met het bewijsrecht in art. 7:685 BW-procedures te verbeteren in vergelijking met de aanpak van de kantonrechter. Vroeger was de kantonrechter in staat om een art. 7:685 BW-procedure in korte tijd te behandelen en bovendien ook, als dat nodig bleek, getuigen te horen. Dat laatste komt men in de praktijk niet meer tegen. Ik zeg er niets van, want ik taxeer dat als kantonrechters getuigenbewijs ruimer baan geven, elk tempo uit de art. 7:685 BW-procedure wordt gehaald. En dat tempo is een groot goed (juristen zijn notoir in hun onbegrip van de factor tijd als meetlat voor het bereiken van goede oplossingen). Bij een meer geconcentreerde procesgang moet het echter mogelijk zijn om het één (meer ruimte voor getuigenbewijs) met het ander (eenzelfde tempo van procederen) te verenigen. Het arbitrage-instituut kan op maat gesneden procedureregels ontwerpen om dit doel te bereiken. Het verschil tussen de art. 7:685 BW-procedure en de art. 7:681 BW-procedure in tijd tussen start en finish kan aanzienlijk worden teruggebracht. Mediation kan zelfs als optie worden ingebouwd zonder dat er enige wezenlijke vertraging hoeft op te treden (overleg over een regeling te voeren gedurende de korte periode tussen indiening van het verzoekschrift en de mondelinge behandeling).

14. Ik denk dat voor het AAI wegen zijn te vinden die voorkomen dat partijen achteraf bezien per abuis vorderingen zijn kwijtgeraakt in een ontbindingsprocedure of, andersom, per abuis in de ontbindingsprocedure en vervolgens in een op andere grondslag gevoerde procedure dubbel krijgen. Dat zou indachtig de Baijings-leer¹⁷ en bijvoorbeeld het *Drankcentrale*-arrest van de Hoge Raad¹⁸ maar zo moge-

17 Vgl. recentelijk A. Baris, 'Van Baijings tot Visser: ruimte voor redelijkheid', *SR* 2005, p. 130-140 en C.J. Loonstra & L.G. Verburg, 'Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding', *ArA* 2005, 1, p. 48-75.

18 HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112 (*Drankcentrale Waterland/Blakborn*).

lijk zijn. Een goede instructie van de kwestie met in een vroegtijdig stadium een juiste kanalisering van claims moet zonder twijfel door het AAI efficiënt kunnen worden aangepakt. Hier ligt zowel een taak voor de arbiter (bijvoorbeeld tijdens de mondelinge behandeling van een kwestie) als voor de partijen zelf.

15. Het spreekt voor zich dat het arbitrage-instituut ervoor zorgdraagt dat een beslissing over het concurrentiebeding op verzoek van één van beide partijen zoveel mogelijk tegelijk wordt beslist met hetgeen in de art. 7:685 BW-procedure aan de orde is. Wordt wetsvoorstel 28 167 tot wet verheven, dan ligt dat sowieso al een stuk eenvoudiger. Het arbitrage-instituut behoudt dan het voordeel boven de gewone rechter dat beide onderwerpen (concurrentiebeding enerzijds en ontbinding/ontbindingsvergoeding anderzijds) tegelijk worden beslist zonder dat hoger beroep mogelijk is van de beslissing omtrent het concurrentiebeding (als voorzien in wetsvoorstel 28 167). Arbitrage is nu eenmaal een vorm van rechtspraak die hoger beroep in principe uitsluit, tenzij het arbitraal beding zelf voorziet in een arbitragesysteem met hoger beroep (art. 1050 Rv, ik laat dat hier buiten beschouwing, de praktische haalbaarheid van hoger beroep binnen het arbitragesysteem kan later worden uitgewerkt). Overigens geldt hier natuurlijk wel weer het nadeel dat verbonden is aan het niet in beroep kunnen gaan (namelijk dat er geen mogelijkheid is om via hoger beroep als groot onrecht ervaren oordelen aan te tasten). Ik ben echter geneigd om dat nadeel minder zwaarwegend te achten dan het voordeel van een algehele gelijktijdige regeling van uitstaande kwesties. Zou dus het arbitrage-instituut weten te voorzien in een beroepsprocedure (voortvarend, zeg uit en thuis binnen drie maanden, ik ben er voorstander van), dan dient ook hoger beroep mogelijk te zijn van de art. 7:685 BW-beschikking. Ik kom op die manier uiteindelijk uit bij de stelling die ik in november 2003 op het eerste jaarlijkse arbeidsrechtcongres verdedigde: de discussie over het ontslagsysteem dient zich te richten op de vormgeving van één 'best-practice'-rechtsgang, met de mogelijkheid van hoger beroep, ter beslechting van geschillen rondom een ontslag.¹⁹

16. De bevoegdheid van het AAI dient door partijen bij de arbeidsovereenkomst te worden gecureerd door het in het arbeidscontract

¹⁹ L.G. Verburg, 'Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure', in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu 2004, p. 62.

schriftelijk opnemen van een arbitraal beding conform een door het instituut aan te leveren model. Afhankelijk van de door het instituut te kiezen procesrechtelijke aanpak kan in dat model een korte mediationmodule worden ingelast. Het instituut draagt ook zorg voor een model van een arbitraal beding dat geschikt is voor opneming in een CAO. Een dergelijke bepaling is tevens van toepassing op de niet-gebonden werknemer als bedoeld in art. 14 Wet CAO binnen de door de Hoge Raad getrokken grenzen in het *ABN AMRO/Teisman*-arrest.²⁰ Het ligt voor de hand dat het AAI in staat zal zijn om het geprefereerde scheidsgerecht te worden voor disputen op het niveau van de statutair directeur (waar momenteel nog het NAI praktisch bezien het alleenvertoonrecht heeft).

17. Arbitrage heeft in internationale aangelegenheden het voordeel dat er een scheidsgerecht is dat ‘begrijpt’ hoe een ontbindingsprocedure snel en adequaat moet worden afgewikkeld. Ik doel op kwesties waarin de werknemer elders in de EU vertoeft. In die situatie zal de Nederlandse gewone rechter op grond van het bepaalde in art. 20 lid 1 van Verordening nr. 44/2001/EG niet bevoegd zijn om kennis te nemen van een ontbindingsverzoek van de Nederlandse werkgever van die werknemer. Art. 20 lid 1 van Verordening nr. 44/2001/EG is nu eenmaal strikter dan art. 6 EVO. Art. 20 lid 1 van de Verordening kent niet de regel van de aanknoping bij de nauwere band, art. 6 EVO kent die regel wel in de slotzin van art. 6 lid 2 EVO. Ik heb uiteraard het oog op situaties waarin het aannemelijk is dat door een ontslag de Nederlandse arbeidsmarkt wordt geraakt en het BBA derhalve van toepassing is en door de zojuist bedoelde werking van art. 20 lid 1 van Verordening nr. 44/2001/EG niet de mogelijkheid bestaat te kiezen voor de art. 7:685 BW-route bij de Nederlandse kantonrechter.²¹ Een arbitraal beding biedt hier uitkomst in een situatie die anders noopt tot het starten van een procedure in het buitenland.²²

18. Nog een enkel woord over de (praktische) haalbaarheid en (financiële) levensvatbaarheid van een op het arbeidsrecht gespecialiseerd arbitrage-instituut. De kostenstructuur kan zeer laag worden gehouden. Goede arbiters zijn ongetwijfeld te vinden. Uiteraard zijn zij niet

20 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40 (*ABN AMRO/Teisman*).

21 Zie bijvoorbeeld Ktr. Eindhoven 12 november 2004, *JAR* 2005/38.

22 Vgl. Arbeidsrechtbank Tongeren (België) 23 juli 2002, *JAR* 2002/199 met vervolg op 22 oktober 2002, *JAR* 2002/291.

in dienst van het instituut. Er lopen veel wetenschappers, oud-advocaten, rechters en bedrijfsjuristen in Nederland rond met veel ervaring op het gebied van het arbeidsrecht en met de interesse om na gestopt te zijn met hun 'vorige carrière' de geest scherp te houden met het oplossen van problemen. Hoogleraren arbeidsrecht, rechters en (sommige) advocaten kunnen waarschijnlijk de rol van arbiter zelfs combineren met hun andere besognes. Het vinden van griffiers levert geen probleem op, nu met name de grote advocatenkantoren een probleem hebben op te lossen met de eisen van de Orde van Advocaten op het punt van het door stagiaires opdoen van processuele ervaring. Op nogal wat kantoren is dat een lastige eis en een rol als griffier lost dat probleem op, ervan uitgaande dat de Orde zal hebben te accepteren dat die (betaalde) rol als griffier telt voor het opdoen van processuele ervaring. Zolang de pro forma-praktijk bestaat, valt te denken aan het door het arbitrage-instituut onderbieden van de aan de gewone rechter te betalen griffierechten. Op die manier wordt bereikt dat het voor partijen lucratief is om de pro forma-ontbindingsprocedure onder te brengen bij het instituut. Daarbij hoort uiteraard een keurmerk als zekerheid omtrent de datum van de beschikking ('altijd binnen 48 uur na ontvangst per e-mail van verzoeken verweerschrift en tegen het einde van de maand binnen 24 uur'). Om ervoor zorg te dragen dat spookpartijen geen kans krijgen om het systeem te torpederen en het instituut bovendien verzekerd is van betaling van de prijs voor de arbitrale ontbindingsprocedure zal het instituut werken met een systeem van accreditatie van marktpartijen (advocatenkantoren, rechtsbijstandverzekeraars, werknemersorganisaties) met bijpassende rekening-courantverhouding. Ik taxeer dat een arbitrale pro forma-ontbindings-procedure voor € 200 of minder kan worden afgewikkeld en dan nog een inkomstenbron oplevert ten behoeve van opleidingen en dergelijke van arbiters en griffiers. De pro forma-praktijk levert het departement van Justitie op dit moment nu eenmaal zeer veel geld op. Waarschijnlijk kan een goed geautomatiseerd arbitrage-instituut het zelfs voor de helft van de prijs van de griffierechten (nu € 276).

19. Het AAI kan tot besluit een grote slag slaan door art. 32 BBA af te stoffen. Ik citeer art. 32 BBA: 'Onze minister kan bevoegdheden, welke krachtens dit besluit aan hem of aan de Centrale organisatie Werk en Inkomen toekomen, overdragen aan organisaties uit het bedrijfsleven.' Ik kan mij niet voorstellen dat in kringen rond het VNO-NCW geen interesse zou bestaan voor een dergelijk plan (ik bedoel met interesse ook de bereidheid om voor een zekere financie-

ring te zorgen). Ik sluit bepaald niet uit dat in een later stadium het MKB (nu nog meer pro CWI dan VNO-NCW) ook valt te winnen voor de gedachte dat hier een goede mogelijkheid ligt om de CWI-procedure vaarwel te zeggen. Er is geen goede grond voor de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om het AAI in de door mij voorgestelde vorm de nu aan het CWI toekomende bevoegdheden te onthouden. Natuurlijk zal het instituut zich aan redelijke condities moeten conformeren. Het grote voordeel van het instituut als besliser omtrent vergunning of geen vergunning zit in de omstandigheid dat het instituut voorziet in (i) een snelle procedure en (ii) een op maat gesneden follow-up op het punt van de art. 7:681 BW-procedure. Het instituut kan bovendien zowel tijdens de korte vergunningsprocedure als nadien een mediationmodule in de strijd werpen. Het instituut heeft dus de mogelijkheid om de arbeidsmarkt eindelijk een *one stop shop* te bieden. Ik realiseer me dat naar huidig ontslagrecht de vergunningsprocedure en de art. 7:681 BW-procedure niet in elkaar kunnen worden geschoven, omdat de art. 7:681 BW-rechter en dus ook de art. 7:681 BW-arbiter mede acht heeft te slaan op feiten en omstandigheden die zich ten tijde van de ingang van het ontslag voordeden.²³ Dat betekent dat omstandigheden die zich hebben voorgedaan na voltooiing van de vergunningsprocedure voor de art. 7:681 BW-procedure relevantie kunnen hebben. Stroomlijning van de procesgang kan wel, een definitieve art. 7:681 BW-beslissing moet er kunnen zijn binnen drie maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst. Op instigatie van een der partijen kan bovendien de vergunningsprocedure worden voorbijgestreefd door een art. 7:685 BW-procedure (waarmee alles in één hand komt te liggen). Er is verder alle aanleiding voor de veronderstelling dat het AAI op goede wijze weet om te gaan met de bekende ‘switch’ van het inroepen van de nietigheid van een ontslag naar een art. 7:681 BW-procedure.²⁴

20. Ik zie voordelen voor een instituut als het AAI voor zowel werkgevers als werknemers. Natuurlijk verschillen de opvattingen over wat een goed resultaat is, maar voor beide partijen zit er winst in de gedachte dat men op zorgvuldige wijze snel uit en thuis is. Ik kan niet

23 HR 17 oktober 1007, *JAR* 1997/245 en HR 1 november 2002, *JAR* 2002/279. De datum van ingang van een ontslag is gelijk aan de einddatum van het dienstverband, zoals blijkt uit HR 20 maart 1987, *NJ* 1988, 17.

24 G.C. Boot, ‘De switch’, *ArbeidsRecht* 2002, 53 en W.A. Zondag, ‘Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag’, *ArA* 2004/2, met name op p. 12-16.

genoeg benadrukken dat dit een gemeenschappelijk belang is, zoals ik het ook roerend eens ben met de gedachte dat langdurig verzuim door arbeidsconflicten niet in het voordeel van zowel werknemer als werkgever is.²⁵ Ik verwacht dan ook dat het instituut na een bescheiden start een grote toekomst tegemoet kan gaan en in staat zal blijken te zijn om zichzelf op flexibele wijze financieel te bedruipen, ook nadat de pro forma-praktijk ooit ter ziele zal zijn gegaan. In het begin zal die pro forma-praktijk evenwel een vliegende start van het instituut kunnen verzorgen en een buffer geven voor het dragen van de financiële lasten in de groeifase.

21. Het resultaat van dit alles is een gedeeltelijke privatisering van het Nederlandse ontslagrecht, zonder dat transparantie wordt verloren (de beslissingen worden, voorzover nodig geanonimiseerd, gepubliceerd). De concurrentie die van het AAI zal uitgaan, heeft een positief effect op de kwaliteit van het beslechten van disputen door de rechterlijke macht. Ik sluit niet uit dat uiteindelijk deze privatisering tot effect zal hebben dat dan toch het BBA wordt afgeschaft. Tegen die tijd heeft het instituut dan laten zien dat er een werkbaar alternatief is en dat het er uiteindelijk niet om gaat of een toetsing preventief of repressief is, maar redelijk en afgerond binnen een aanzienlijk kortere tijd dan nu het geval is (voorzover de partijen de route van het CWI en een art. 7:681 BW-procedure voor de boeg hebben). Zou het instituut bij afschaffing van het BBA sneuvelen (wat ik overigens niet verwacht, zeker niet voor disputen betreffende hoger kader en directeuren), dan is dat niet erg. Het hogere doel was en is het minder complex maken van het Nederlandse ontslagrecht²⁶ en als dat doel bereikt is, dan is het goed. Juristen zijn al heel veel jaren bezig om dat doel linksom, via veranderingen in het ontslagrecht zelf, te bereiken. Dat is nooit gelukt. Deze bijdrage kiest voor rechtsom, via het creëren van een rechtsgang die de mogelijkheden in zich bergt om het bestaande ontslagrecht te stroomlijnen en zo te laten zien dat het minder complex kan. Daar is het (mij) om te doen.

25 R.A. Heida aan de start van zijn conclusie in 'Arbeidsconflict en situationele arbeidsongeschiktheid: een onmogelijke combinatie', *ArbeidsRecht* 2005, 9.

26 Zie de diverse bijdragen aan *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu 2004.

Bibliografie Gijs Scholtens

*Ella van der Laan Bouma**

1987

- ‘Afvloeiingsregelingen en werkloosheidswet’, *SR*, p. 395 e.v. (met A.C.M. Rutten).

1988

- *Afvloeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer (met A.C.M. Rutten & A.R. Leemreis).

1988 tot heden

- maandelijks ‘Rechtspraakoverzicht arbeidsrecht’, *SMA* (met J.A. Westermann, E.B. Knottnerus & S.I. Witkamp en later B.G. den Outer-Kroon & P. van der Laan Bouma-van der Does).

1989

- *Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink.
- ‘The Netherlands supplement’, in: *Employment law in the Netherlands, corporate location Europe*, p. 21.
- ‘Tussen recht (Van den Heuvel) en rechter (Petri): de praktijk’, in: *Waarheen met artikel 1639w BW?*, Deventer: Kluwer, p. 17 e.v.

1990

- ‘Wetsvoorstel herziening ontslagrecht: de vlag en de lading’, *SMA*, p. 418 e.v.

1991

- ‘De matiging van de loonvordering’, *SMA*, p. 222 e.v.

1992

- ‘Advocatuur en Wetgever. Een aanbeveling (n.a.v. wetsvoorstel 21479, herziening ontslagrecht)’, *Adv.bl.*, p. 184 e.v.

* Mr. P. van der Laan Bouma-van der Does is juridisch medewerker bij het informatiecentrum van NautaDutilh te Rotterdam.

- ‘Collectief ontslag in het wetsvoorstel herziening ontslagrecht’, *SMA*, p. 202 e.v.
- ‘Wetsvoorstel herziening ontslagrecht, commentaren en bezwaren’, *SMA*, p. 271 e.v.
- ‘Arbeidsrecht en afvloeiingsregelingen’, *Account Dossier*, nr. 8, p. 96 e.v.
- ‘Evaluatie art. 6 BBA; historie en toekomst’, *SMA*, p. 476 e.v.

1993

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1992*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Ontslag van de directeur tijdens ziekte?’, *Adv.bl.*, p. 44 e.v.
- ‘Ontwerp wetsvoorstel intrekking BBA 1945 c.a.’, *SMA*, p. 146 e.v.
- ‘Artikel 3:40 BW en (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, p. 77 e.v. (met Th.P. ten Brink).
- ‘De vergoeding van art. 7A:1639w BW: calculare necesse est’, *Trema*, p. 435 e.v.

1994

- ‘Naar een wettelijke normering van de ontslagvergoeding?’, *NJB*, p. 63 e.v. met naschrift op Reacties in *NJB*, p. 406.
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1993’, *ArbeidsRecht*, 22.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1993*, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘De rechtspositie van de directeur’, in: *De directeur/Handboek voor het bestuur* (losbl.), NCD.

1994 tot heden

- Per kwartaal ‘Trefwoordenoverzicht rechtspraak arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* (met P. van der Laan Bouma-van der Does).

1995

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1994*, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1994, het blijft behelpen’, *ArbeidsRecht*, 26.
- ‘50 jaar ontslagvergunning: en verder?’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Handelingen van het HSI-symposium 19 januari 1995*,

- Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, p. 59 e.v.
- ‘Het ontslagrecht in wetsvoorstel 23438 (afdeling 9; artikel 7:667 e.v. BW); is door de bomen het bos nog te zien?’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, p. 79 e.v.
 - ‘Her(ont)ziening van het ontslagrecht: een paarse nachtmerrie’, *TVVS*, p. 205 e.v.
 - ‘Schademecum Laboris; schadevergoeding (?) bij ontslag’, in: *Jonge Balie Congresbundel Schademecum*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink.
 - ‘What if.....? De Praktijk, een vergelijking’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, p. 29 e.v.

1995 tot heden

- ‘Basisbibliotheek arbeidsrecht’, *Adv.bl.* 13 oktober 1995, 30 augustus 1996, 4 september 1998 en sindsdien elektronisch op Balienet Ned. Orde van Advocaten (met V. Disselkoe & L.G. Verburg).

1996

- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1995, voor elck wat wils’, *ArbeidsRecht*, 27.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1995*, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘De nieuwe WW (Wet Boeten etc.) en een nieuwe beëindigingsprocedure overeenkomst?’, *ArbeidsRecht*, 54 (met A. van der Kolk).
- ‘De (schade)vergoeding van 7A:1639s BW en 7A:1639w BW: appels en peren’, *ArbeidsRecht*, 72 (met L.J. Harmsma).

1996 tot heden

- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen’, *CD-Arbeid* (elektronische uitgave), Den Haag: Sdu (met P.F. van der Heijden & M.S.A. Vegter).

1997

- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1996; het einde van een tijdperk?’, *ArbeidsRecht*, 10.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1996*, en elektronische uitgave jaargangen 1993 tot en met 1996, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).

- ‘Nontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht’, *SR*, p. 256 e.v.
- ‘Een schikking is alleen een schikking indien deze compleet is’, *ArbeidsRecht*, 54.
- ‘Het dossier’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, deel Arbeidszaken* (losbl.), Arnhem: Gouda Quint.
- ‘WW en werkverschaffing: zin en onzin van de pro forma’, *Adv.bl.*, p. 779 e.v.
- *Juryrapport Vijf jaar JAR*, Den Haag: Sdu.
- ‘Artikel 7:672 Verkorting van opzegtermijnen?’, *SR*, p. 212 e.v.
- ‘Artikel 7:680a Matiging van de loonvordering’, *SR*, p. 217 e.v.
- ‘La formazione permanente per gli avvocati in Olanda’, in: *Rassegna forense mei/augustus* (vertaling R. Danovi).
- ‘Einde noodzaak mondelinge behandeling bij pro-formaprocedures’, *Adv.bl.*, p. 1273 e.v. en *ArbeidsRecht*, 76.

1998

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1997*, en elektronische uitgave 1997, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1997: Iudex Calculat’, *ArbeidsRecht*, 7.
- ‘Wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid: treurnis in de polder, ofwel de ondergang van het wipmodel’, *NJB*, p. 647 e.v.
- ‘Ten geleide’ in *Flexnummer ArbeidsRecht*, afl. 10.
- ‘Flexibiliteit en zekerheid in de WW: wie betaalt de rekening?’, *ArbeidsRecht*, 59.
- ‘Flexibiliteit en zekerheid en WW’, *Praktijkblad Arbeidsvoorwaarden*, november.
- ‘Van formule Zwartkruis naar kantonrechttersformule, 25 jaar rechtsontwikkelingen van afvloeiingsregelingen’, in: *Zilver voor de gouden formule*, Rotterdam: EUR, p. 9 e.v.

1999

- ‘Het arbeidsovereenkomstenrecht in de 21e eeuw in het algemeen en het ontslagrecht in het bijzonder’, in: *Privaatrecht in de 21e eeuw, deel Arbeidsrecht*, Den Haag: ministerie van Justitie (met A. van der Kolk, M. Berg, P. Francois & F. Gonzalez).
- ‘Flexibiliteit en zekerheid: reparatie en uitvoering art. 16 lid 3 WW’, *ArbeidsRecht*, 9.
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1998: passen en meten’, *ArbeidsRecht*, 14.

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1998*, en elektronische uitgave 1998, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- *Flexibiliteit en Zekerheid parlementaire geschiedenis*, Deventer: Kluwer (met S.W. Kuip).
- ‘Formules en statistieken’ en ‘WW en afvloeiingsregelingen’, in: F.B.J. Grapperhaus & C.J. Loonstra (red.), *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, p. 51 e.v. en p. 279 e.v.
- ‘Systematiek ontslagrecht en afvloeiingsregelingen’, *Arbeids-Recht*, 59.
- ‘Art. 16 lid 3 WW en de dag waartegen’, *ArbeidsRecht*, 63.

2000

- ‘De kantonrechtersformule en normering van de ontslagvergoeding, voortschrijdend inzicht en de commissie ADO’, *NJB*, p. 15 e.v.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 1999*, en elektronische uitgave 1999, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 1999: de bandbreedte van de C’, *ArbeidsRecht*, 7.
- ‘Dolende ridders en de kantonrechtersformule?, naschrift’, *NJB*, p. 365 e.v.
- ‘De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in handen van de kantonrechter of de arbiter een vergelijkend onderzoek’, in: *NAI 50 jaar, Arbitrage in wiens handen?*, p. 31 e.v.
- ‘Naar een nieuw ontslagrecht in duplo (preventief of repressief, that is not the question), *SR*, p. 243 e.v. (met werkgroep Ontslagrecht VvA).
- ‘Het dossier’, ‘Algemene beschrijving beëindiging van de arbeidsovereenkomst’, ‘Analyse van de zaak’ en ‘Het ontslag op staande voet’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, deel Arbeidszaken* (losbl.), Arnhem: Gouda Quint.

2001

- ‘ADO-ontslagrecht. Een alfabet praktijkgroepen én antwoorden’, *SMA*, p. 97 e.v.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 2000*, en elektronische uitgave 2000, Lelystad: Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Naar een nieuw ontslagrecht? Afschaffing duaal ontslagrecht’, *ND to the Point*, februari.

- ‘Reactie op stelling over ADO-advies’, *Arbeid Integraal*, februari, p. 38.
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 2000: de kantonrechtersformule, een formule “for all seasons”’, *ArbeidsRecht*, 14.
- ‘Discussie fictieve opzegtermijn beslecht’, *ND to the Point*, mei.
- ‘Wetgeving bij persbericht. Malus in de WW, een nieuw monster’, *NJB*, p. 1071 e.v. en ‘Naschrift’, *NJB*, p. 1125.
- ‘De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1)’, *ArbeidsRecht*, 31.
- ‘Naschrift naar aanleiding van het artikel van mr. E.L.J. Bruyninckx, *ArbeidsRecht* 2001/5, 26’, *ArbeidsRecht*, 36.
- ‘Vermeend loopt op de Kamer vooruit; WW-malus op slinkse wijze geïntroduceerd’, *Het Financieele Dagblad*, 28 juli.
- ‘De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (2)’, *ArbeidsRecht*, 46.
- (red.), *Ontslagrecht volgens ADO*, Deventer: Kluwer.
- ‘Bananenrepubliek en WW-malus’, *Praktijkblad Arbeidsvoorwaarden*, oktober, p. 9.

2002

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 2001*, en elektronische uitgave 1993-2001, Den Haag: Sdu/Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘Statistiek ontbindingsvergoedingen 2001, een rustig lustrum van de Aanbevelingen’, *ArbeidsRecht*, 7.
- ‘Beste Paul, er waren eens’, in: *Onder redacteurs* (afscheidsbundel P.F. van der Heijden), Deventer: Kluwer.
- ‘Interventie jaarvergadering NJV 8 juni 2001’, *Handelingen NJV II*, Deventer: Kluwer, p. 68 e.v.
- ‘Het concurrentiebeding, hebbeding of onding’, *ArbeidsRecht*, 44.
- ‘Opleiding: een – de gewoonste – zaak van de Orde’, in: *Jubileum boek 50 jaar Nederlandse Orde van Advocaten*, Den Haag: Elsevier.
- ‘Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn (?)’, *Arbeidsrecht*, 59.
- ‘Kabinetsplannen WW en afvloeiingsregelingen: Terug naar af!’, *NJB*, p. 1896.

2003

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 2002*, en elektronische uitgave 1993-2002, Den Haag: Sdu/Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).

- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (I)’, *ArbeidsRecht*, 10.
- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (II)’, *ArbeidsRecht*, 12.
- ‘Misplaatste commotie over gouden handdrukken’, *NJB*, p. 972.
- ‘Malus in de WW’, *ArbeidsRecht*, 28.
- ‘De zieke werknemer in historisch perspectief: ziek, zieker, ziektst?’, *ArbeidsRecht*, 38.
- ‘Winkelman’s ontslagrecht’, *Nieuwsbrief Vrienden Legermuseum*, afl. 2, p. 8.
- ‘The London Toy Soldier Show, een bezoek waard’, *De Tinnen Tafelronde*, juni, p. 1.
- ‘Evaluatie artikel 6 BBA, historie en toekomst (II): wanneer wordt het vrede?’, *SMA*, p. 292 e.v.
- ‘Ontslagvergoeding’, diverse pagina's op www.goudenhanddruk.nl, Acadium Bastion.

2004

- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2003, gerommel in de polder (I)’, *ArbeidsRecht*, 7.
- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2003, gerommel in de polder (II)’, *ArbeidsRecht*, 12.
- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 2003*, en elektronische uitgave 1993-2003, Den Haag: Sdu/Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).
- ‘De toekomst van de ontslagvergoeding, theorie en praktijk, recht en krom?’, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu, p. 63 e.v.
- ‘Wie verre reizen maakt, legermusea in de oost’, *Nieuwsbrief Vrienden Legermuseum*, afl. 3, p. 12.
- ‘Zonder das is erger dan met hoofddoekje’, *LS*, afl. 2, p. 18.
- ‘Internet volgens Gijs Scholtens’, *JAVI*, afl. 3, p. 111.
- ‘Tien jaar arbeidsrecht? Nee, tien jaar ArbeidsRecht!’, *ArbeidsRecht*, 37 (red.).
- *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer (met F.B.J. Grapperhaus & C.J. Loonstra).
- ‘Symptombestrijding van ziek ontslagstelsel’, *Het Financieele Dagblad*, 9 september.

2005

- *Rechtspraakoverzicht Arbeidsrecht 2004*, en elektronische uitgave 1993-2004, Den Haag: Sdu/Vermande (met P. van der Laan Bouma-van der Does).

- ‘Herziening ontslagrecht, kosten en keuzen’, *SR*, p. 46 e.v.
- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2004, de Gordiaanse knoop (I)’, *ArbeidsRecht*, 14.
- ‘Statistiek ontslagvergoedingen 2004, de Gordiaanse knoop (II)’, *ArbeidsRecht*, 16.
- ‘De muziek van de kantonrechttersformule’, *ArbeidsRecht*, 33.
- *Sun Tzu's krijgskunst voor advocaten*, Deventer/Den Haag: Kluwer/Sdu.

Als lid van SER-commissies betrokken bij:

- *Wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, SER-advies 18 mei 2001.
- *Zeggenschap werknemers over arbeidstijden*, SER-advies 02/14, 18 oktober 2002.
- *Aanpassing Arbeidstijdenwet*, SER-advies 03/03, 25 april 2003.
- *De rol van de werknemers in de Europese vennootschap*, SER-advies 03/08, 20 juni 2003.
- *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden*, SER-advies 03/12, 19 december 2003.
- *Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet*, SER-advies 05/05, 15 april 2005.
- *Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet*, SER-advies 05/06, 15 april 2005.

Publicaties werkgroep Ontslagrecht Vereniging voor Arbeidsrecht

- *Commentaar op SER-advies 88/12*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1989.
- ‘Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht’, *SMA* 1991, p. 214-221.
- P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1993.
- P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1995.
- G.J.J. Heerma van Voss (red.), ‘De wetsvoorstellen Flexibiliteit en Zekerheid: commentaar en 49 aanbevelingen’, *SR* 1997, p. 196-234.
- ‘Naar een nieuw ontslagrecht in duplo. Preventief of repressief, that is not the question’, *SR* 2000, p. 243-252.
- C.G. Scholtens (red.), *Ontslagrecht volgens ADO*, Deventer: Kluwer 2001.
- R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Deventer: Kluwer 2005.

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1
- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9

- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebeprijp en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclecticische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9

- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.),
Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4
- 31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.
ISBN 90 2683 867 0
- 32 Dr. A.G. Nagelkerke, Dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsver-
houdingen in ontwikkeling.
ISBN 90 Y00 1586 5
- 33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een
nieuw spoor?
ISBN 90 130 1659 6
- 34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.)
Voor De Laat: de Hoge Raad.
ISBN 90 130 2813 6