

## KoÅr Kaya, Lenteakkoord en Hoofdlijnennotitie Kamp

Van oude dingen die voorbij gaan...

Robin Kötter , datum 05-10-2012

**Datum**

05-10-2012

**Auteur**

Robin Kötter [\[1\]](#)

**JCDI**

JCDI:ADS1653:2

**Vakgebied(en)**

Onbekend (V)

Arbeidsrecht (V)

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

**Wetingang**

artikel 7:671 Burgerlijk Wetboek; Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

Over de noodzaak tot afschaffing van het duaal ontslagstelsel bestaat al jaren consensus. Over hoe dat zijn beslag moet krijgen lopen de meningen uiteen. Sinds het jaar 2000 ligt een voorstel tot wijziging van het ontslagrecht klaar. In dit artikel worden dit voorstel, dat door D66-kamerlid Fatma KoÅr Kaya werd ingediend, het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie Aanpassing Ontslagrecht van demissionair minister Kamp besproken. Hierbij wordt de focus gelegd op de ontslagbescherming van werknemers en het beginsel van ongelijkheidscompensatie.

De ontslagpraktijk heeft behoefte aan een nieuwe structuur. Om dit doel te bereiken, kunnen vele wegen worden bewandeld. Niet elke verandering is echter een verbetering. Over de noodzaak tot afschaffing van het duaal ontslagstelsel bestaat al tientallen jaren consensus. In zoverre laat het voorstel (van wet) van KoÅr Kaya geen nieuw geluid horen. Nu de economie taant, is evenwel de roep om versoepeling van het ontslagrecht luider geworden. Door een minder vergaande ontslagbescherming kan immers de personele bezetting tegen beduidend lagere kosten aan veranderende marktomstandigheden worden aangepast.[\[2\]](#) De behoefte om kosten te besparen maakt het maatschappelijk debat over versoepeling van het ontslagrecht nu dan ook springlevend. Wat betreft de inkleuring van het ontslagrecht lopen de meningen uiteen. Bij de constructie van een nieuw ontslagrecht dient ongelijkheidscompensatie het fundament te zijn, omdat het arbeidsrecht een uniforme toepassing kent. Voor de verdere vormgeving speelt vooral de behoefte aan mobilisering van de arbeidsmarkt een rol. Hiermee raken we de kern van de discussie. De behoefte aan een eigentijds evenwicht tussen ontslagbescherming (zekerheid) en vraag en aanbod van werk (mobiliteit).

### Afscheid van het duaal ontslagstelsel

De sociaaleconomische omstandigheden zijn sinds de totstandkoming van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) drastisch veranderd.[\[3\]](#) Tegenwoordig klinkt de roep om de arbeidsmarkt verdergaand te mobiliseren. Daarbij ervaren velen de preventieve ontslagtoets als een obstakel.[\[4\]](#)

Een preventieve ontslagtoets door het UWV hoeft evenwel een verdere mobilisering van de arbeidsmarkt niet in de weg te staan. Een veelgehoord argument voor de afschaffing van het duaal ontslagstelsel is dat de ontslagprocedure bij het UWV in strijd is met art. 6 EVRM. Het UWV is immers geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Voorts verwachten de makers van het wetsvoorstel dat hun voorstel een einde maakt aan de tweedeling op de arbeidsmarkt tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (de 'insiders') en werknemers zonder vast dienstverband (de 'outsiders'). Verder is van belang dat een duaal ontslagstelsel dat tot inhoudelijk verschillende uitkomsten leidt, onnodig ingewikkeld is. Dat is ongewenst en in strijd met de rechtszekerheid.[\[5\]](#) Kortom: het is tijd voor afschaffing van het duaal ontslagstelsel.

Als we beslissen om het duaal ontslagstelsel af te schaffen, betekent dat niet per definitie dat er daarmee ook een einde komt aan de preventieve ontslagtoets. Welke weg we hierbij ook zullen inslaan, bij de totstandkoming van een nieuw ontslagstelsel, moet naar mijn mening niet te sterk de nadruk worden gelegd op arbeidsmobiliteit, maar dient ook aan zekerheid gewicht te worden toegekend. Als het primaat bij mobiliteit wordt gelegd, verdampt de ontslagbescherming en daarmee komt het recht op arbeid in het gedrang.

## Naar een repressieve ontslagtoets

In het wetsvoorstel van KoÅr Kaya wordt, net als in het rapport van de Adviescommissie Duaal ontslagstelsel (Commissie-Rood),<sup>[6]</sup> aan de ontbindingsprocedure nog slechts een bescheiden rol toegekend. Alleen in geval een opzegverbod als bedoeld in art. 7:646, 648, 649, 670 en 670 a BW of enig ander opzegverbod van toepassing is, kan de werkgever aan de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst wegens een gewichtige reden te ontbinden.<sup>[7]</sup> Die bevoegdheid komt de kantonrechter ook toe in geval van een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst die niet tussentijds kan worden opgezegd. Voor het overige is de ontbindingsroute afgesloten. Het wetsvoorstel van KoÅr Kaya, voorziet evenals de voorstellen van de Commissie-Rood,<sup>[8]</sup> in de mogelijkheid van een 'vol' hoger beroep en cassatie tegen de ontbindingsbeschikking. Hoger beroep en cassatie zal naar mijn mening zowel moeten openstaan tegen de ontslagbeslissing alsook tegen de ontslagvergoeding, in verband met de connexiteit van beide beslissingen.<sup>[9]</sup> Door het wegvallen van de preventieve ontslagtoets zal, buiten de hierboven genoemde gevallen, door opzegging tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen worden gekomen. Die opzegging kan achteraf (repressief) door de rechter worden getoetst op onredelijkheid. Bij die beoordeling worden alle omstandigheden van het geval door de rechter meegewogen. Als de opzegging onredelijk is, is de rechter gehouden om schadevergoeding toe te kennen. Als de opzegging evenwel zo onredelijk is dat deze naar maatschappelijke opvattingen onaanvaardbaar is, is deze als kennelijk onredelijk aan te merken. Volgens de makers van het wetsvoorstel dient deze rechterlijke toetsing marginaal te zijn.<sup>[10]</sup> De rechter kan de werkgever in geval van kennelijk onredelijk ontslag tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordelen. De rechter heeft dan echter ook de mogelijkheid om op eigen initiatief of op verzoek van de werkgever te bepalen dat de verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst vervalt door betaling van een door de rechter naar billijkheid vast te stellen afkoopsom. De voorstellen van de Commissie-Rood geven in dit opzicht aan een ontslagen werknemer meer ontslagbescherming. Volgens de Commissie-Rood kan de rechter de werkgever alleen toestaan om de vernietigbaarheid 'af te kopen', indien hij van oordeel is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.<sup>[11]</sup> Naar mijn inschatting is het onderscheid tussen een onredelijke en een kennelijke onredelijke opzegging, zoals dat in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya wordt gemaakt, subtiel en lastig voor de praktijk. De Commissie-Rood kent gelukkig een veel eenduidiger handavingsmechanisme. Als de voorschriften met betrekking tot de ontslaggrond en hoorprocedure zijn geschonden, kan de werknemer de vernietigbaarheid van het ontslag inroepen en loondoorbetaling vorderen. Ook kan herstel van het dienstverband worden gevorderd.<sup>[12]</sup> In het geval de vernietiging van de opzegging evenwel tot onaanvaardbare gevolgen leidt, heeft de rechter de bevoegdheid om in plaats van deze vernietiging, aan de werknemer – op diens verzoek – schadevergoeding toe te kennen.<sup>[13]</sup> Voorts is het onduidelijk op basis van welke factoren de rechter de afkoopsom volgens KoÅr Kaya dient te gaan bepalen. Het ligt voor de hand dat de rechter daarbij aansluiting zal zoeken bij de kantonrechtersformule, nu de vergoeding naar billijkheid wordt vastgesteld (art. 7:682 BW in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya). Ook op dit punt geeft de Commissie-Rood meer klaarheid. Deze factoren komen volgens de commissie overeen met de kantonrechtersformule en dienen in de wet te worden vastgelegd.<sup>[14]</sup> Aansluiting bij de kantonrechtersformule is bovendien praktisch, omdat door alle spelers in het veld met deze berekeningsmethode ervaring is opgedaan. Dit neemt niet weg dat we op basis van het wetsvoorstel dan wederom te maken krijgen met twee naast elkaar bestaande ontslagtoetsingen en twee verschillende berekeningsmethoden, de onredelijkheidstoetsing van de opzegging en de daarbij behorende schadevergoeding (art. 7:681 BW) en de kennelijk onredelijkheidstoetsing en de daarop te enten vergoeding die naar billijkheid is vast te stellen (art. 7:682 BW). Deze verschillende toetsingsmaatstaven en methoden om een (schade)vergoeding vast te stellen, zullen naar mijn verwachting voor de praktijk verwarrend zijn en daarmee in strijd komen met de rechtszekerheid.<sup>[15]</sup> Dit is een effect dat we bij de afschaffing van het duaal ontslagstelsel nu juist niet hebben gewild.

Opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt kortom in het nieuwe ontslagrecht de hoofdroute. De voormalige werkgever heeft volgens het wetsvoorstel van KoÅr Kaya bij opzegging van de arbeidsovereenkomst de plicht om de WW-uitkering van de ex-werknemer gedurende twee maanden tot het maximumdagloon (art. 7:628b lid 1 wetsvoorstel KoÅr Kaya en art. 45 Werkloosheidswet) aan te vullen. In dit opzicht wijkt het wetsvoorstel af van de voorstellen van de Commissie-Rood. Als de werknemer zich niet met de opzegging kan verenigen, kan hij pas achteraf bij de rechter aankloppen. Werkgever en werknemer blijven daardoor langdurig in onzekerheid over de uiteindelijke afloop. In het geval de kantonrechter de opzegging vernietigt, kan dit onverwacht grote financiële gevolgen hebben. Naar mijn verwachting zal het in veel gevallen niet meer tot een rechterlijke toetsing van het ontslag komen. Veel werknemers zullen van de mogelijkheid om het ontslag aan te vechten, afzien.

Ze zullen opzien tegen de te maken kosten. Dit speelt des te meer een rol als de mogelijkheden om voor door de overheid gefinancierde rechtshulp in aanmerking te komen zullen worden beperkt.<sup>[16]</sup> Bovendien ligt de lat hoog. Op grond van de jurisprudentie is een opzegging niet enkel door het ontbreken van een vergoeding of door de lange duur van een dienstverband onredelijk. Alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag spelen bij die beoordeling een rol.<sup>[17]</sup> Het effect van deze nieuwe ontslagrichting is dat er in de praktijk, door het achterwege blijven van inhoudelijk protest tegen

de opzegging, vrij snel en met betrekkelijk lage kosten een einde aan een dienstverband kan komen. In mijn ogen komt de ontslagbescherming daarmee in het gedrang.

## Vormvereisten voor de opzegging

De opzegging van de arbeidsovereenkomst dient aan een aantal vormvoorschriften te voldoen. Deze moeten op straffe van vernietigbaarheid worden nageleefd (art. 7:671 onderdeel 3 BW in het wetsvoorstel). Allereerst dient de werkgever de werknemer schriftelijk van de reden van opzegging op de hoogte te stellen. Dat moet voorafgaand aan de opzegging plaatsvinden. Daarenboven moet de werknemer in de gelegenheid worden gesteld om zijn zienswijze tegen het voornemen tot opzegging schriftelijk of mondeling kenbaar te maken (de hoorplicht).<sup>[18]</sup> Deze verplichting om vooraf te horen is vergelijkbaar met de hoorplicht die we vanuit het bestuursrecht kennen. In het wetsvoorstel van KoÅr Kaya vinden we merkwaardigerwijs geen uitgewerkte vormvoorschriften voor de hoorplicht (art. 7:671 BW in het wetsvoorstel). Uitvoerige eisen voor de inrichting van de hoorprocedure treffen we daarentegen wel aan in het rapport van de Commissie-Rood. Zo stelde de commissie aan de opzeggende werkgever de voorwaarde om bij het voornemen tot opzegging aan de werknemer mede te delen dat deze zich bij het horen kan laten bijstaan of doen vertegenwoordigen door een derde. Ook stelde de commissie de voorwaarde dat indien de werknemer schriftelijk zijn bezwaren over de verslaglegging naar aanleiding van het horen aan de werkgever ter kennis brengt, deze aan dit verslag dienen te worden gehecht.<sup>[19]</sup> Gelet op het belang van de hoorplicht voor het verdere verloop van de ontslagroute, is het wettelijk verankeren van vormvoorschriften voor de hoorplicht, van groot gewicht. Het niet naleven van vormvoorschriften voor de hoorplicht is immers met vernietigbaarheid bedreigd.

## Gevaar voor misbruik

We leven in een tijd waarin van de burger wordt verwacht dat hij voor zichzelf opkomt. Voor de overheid is zelfredzaamheid en zelfregulering een belangrijk middel om te komen tot organisatorische en financiële lastenverlichting.<sup>[20]</sup> Dit laat onverlet dat ongelijkheidscompensatie nog altijd nodig is om machtsverschillen tussen werkgever en werknemer hanteerbaar te maken. Dat geldt zeker voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt, zoals arbeidsgehandicapten, allochtonen, ouderen en ongeschoolden.<sup>[21]</sup> Met de invoering van een hoorplicht bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever wordt dan ook een veel minder vergaande en zorgvuldige ontslagbescherming geboden dan in de huidige preventieve ontslagtoets.<sup>[22]</sup> Misbruik ligt dan op de loer indien de opzegging pas achteraf (repressief) door de rechter kan worden getoetst. Naar mijn inschatting zal de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever dan ook in veel gevallen voor werknemers een voldongen feit zijn.<sup>[23]</sup> Ook als de vormvoorschriften voor de hoorplicht wettelijk zullen worden geregeld, blijft de toetsing van de voorgenomen opzegging door de werkgever zelf uiterst marginaal en partijdig. Van een onafhankelijke en objectieve belangenafweging zal dan geen sprake zijn. De door KoÅr Kaya voorgenomen wijziging van het ontslagrecht zal dan ook met name gunstig uitpakken voor werkgevers. De in haar wetsvoorstel voorziene wijziging van art. 7:668a BW, in die zin dat de bekende *'drie om drie regeling'* wordt vervangen door een *'twee om twee regeling'* (maximaal twee opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en in totaal een maximum van twee jaar), is voor werknemers hierop een positieve uitzondering.

## Variaties op een thema

Het UWV toetst een ontslagaanvraag op basis van de uitvoerige beleidsregels die in het Ontslagbesluit zijn geformuleerd. De formele ontslagdrempel die hierdoor bij de ontslagprocedure bij het UWV wordt opgeworpen, werkt als een zeef tegen al te lichtvaardige opzeggingen van arbeidsovereenkomsten.<sup>[24]</sup> In tijden van economische teruggang is dit zeker geen overbodige luxe. Bovendien is de toegang tot de (UWV) procedure simpel, bijstand door een advocaat is niet verplicht en er zijn geen kosten aan de procedure verbonden. Een bijkomend voordeel is dat de werknemer snel duidelijkheid verkrijgt over zijn aanspraak op een WW-uitkering. De ontslagprocedure bij het UWV is kortom toegankelijk en voorziet daarmee in belangrijke mate in de behoefte aan zelfredzaamheid. Weliswaar is de ontslagroute bij het UWV op zichzelf niet EVRM-proof, maar dit neemt niet weg dat de werknemer zich, nadat de arbeidsovereenkomst middels een ontslagvergunning is opgezegd, tot de rechter kan wenden. Door de mogelijkheid om de beslissing van het UWV uiteindelijk ter toetsing aan de rechter voor te leggen, wordt volledig voldaan aan de eisen van art. 6 EVRM.<sup>[25]</sup> De relatief duurdere ontbindingsroute bij de kantonrechter zal moeten worden afgesloten. Daarmee kan worden tegemoetgekomen aan het bezwaar dat het duaal ontslagstelsel tot verschillende uitkomsten leidt en ingewikkeld is. Alleen in die gevallen waarin sprake is van de eerdergenoemde opzegverboden of als in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet is voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging, zou, in aansluiting op het wetsvoorstel van KoÅr Kaya, naar de ontbindingsprocedure moeten kunnen worden uitgeweken.

De kantonrechter kan de opzegging van de arbeidsovereenkomst op basis van het thans nog geldende systeem achteraf (repressief) toetsen op kennelijke redelijkheid. Daarmee is de cirkel van preventieve en repressieve ontslagbescherming rond.

## Van Lenteakkoord tot Hoofdlijnennotitie

Na de val van het kabinet-Rutte bereikten de fractievoorzitters van de demissionaire regeringspartijen VVD en CDA tezamen met de fractievoorzitters van oppositiepartijen D66, GroenLinks en ChristenUnie, de zogenaamde ‘Kunduzcoalitie’, op 26 april 2012 een akkoord over het bezuinigingspakket voor 2013. Dit ‘Lenteakkoord’ volgt grotendeels het in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya uitgezette spoor. Op een aantal punten wordt echter in het akkoord van het wetsvoorstel afgeweken. De Hoofdlijnennotitie van 18 juni 2012 vormt een nadere uitwerking op het Lenteakkoord. Allereerst introduceert de Hoofdlijnennotitie, in afwijking van het wetsvoorstel, voor werkgevers en werknemers een uniforme opzegtermijn van twee maanden. Dit dient naar mijn mening de rechtszekerheid. Werknemers met een dienstverband van meer dan tien jaren, gaan er daardoor evenwel financieel gezien op achteruit. Uit de Hoofdlijnennotitie blijkt niet of van deze opzegtermijn bij individuele arbeidsovereenkomst mag worden afgeweken. Verder wordt in het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie de in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya voor de werkgever geformuleerde verplichting om bij ontslag de WW-uitkering van de werknemer te betalen voor de duur van maximaal twee maanden uitgebreid tot maximaal zes maanden. Het Lenteakkoord noemt een minimumduur van drie maanden bij een contract voor onbepaald tijd. Deze minimumduur vinden we echter in de Hoofdlijnennotitie niet terug. Deze maatregel levert de staatskas naar schatting een besparing op van € 1 miljard per jaar.<sup>[26]</sup> In hoeverre bij die schatting ook rekening is gehouden met verminderde belastingopbrengsten in verband met het grotendeels afsluiten van de ontbindingsroute, is onduidelijk. Op dit moment wordt nog onderzocht of voor MKB-ondernemingen gehele of gedeeltelijke vrijstelling van de verplichting tot betaling van WW kan worden verleend. De verplichting tot betaling van de WW-uitkering voor een gewezen werknemer voor de duur van maximaal zes maanden betekent evenwel voor zowel kleine als grote ondernemers in tijden van economische teruggang een grote last. Zeker als deze verplichting wordt vergeleken met de verplichting van een werkgever om na een verkregen ontslagvergunning via het UWV enkel het salaris tijdens de – met een maand verkorte – opzegtermijn van de werknemer te betalen. Dat een werkgever daardoor nu juist extra zal worden gestimuleerd om een ontslagen werknemer te helpen bij het vinden van ander werk, hangt in mijn ogen van de omstandigheden af. Als het in de branche toch al niet goed gaat en daarom door de ondernemer om bedrijfseconomische redenen ontslag werd aangevraagd, zal het tegenvallen om ex-werknemers bij collega-ondernemers in dezelfde branche onder te brengen.

Een ander belangrijke aanvulling op het wetsvoorstel van KoÅr Kaya die voor het eerst in de Hoofdlijnennotitie is geformuleerd, is de invoering van een door de werkgever aan de werknemer bij opzegging aan te bieden transitiebudget. Dit budget is verschuldigd als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt beëindigd, of in het geval de werkgever op het ontslag heeft aangestuurd en de werknemer niet anders rest dan ontslag te nemen.<sup>[27]</sup> De vergoeding is niet verschuldigd als het ontslag in ernstige mate aan de werknemer kan worden verweten. Dit budget bedraagt een kwart maandsalaris per gewerkt jaar, met een maximum van een half jaarsalaris. Het transitiebudget moet door de werknemer voor scholing of het vinden van een andere baan worden aangewend. Van scholing is bekend dat het een positief effect heeft op de productiviteit en inzetbaarheid van werknemers. Ook vergroot training de kansen op een vaste baan. De opbrengsten van training nemen evenwel af met de leeftijd. Voor 60- tot 64-jarigen overtreffen de kosten de opbrengsten van training als gevolg van een kortere terugverdiensduur.<sup>[28]</sup> Het transitiebudget komt in beginsel in de plaats van de thans nog bestaande ontslagvergoeding. Onduidelijk is of en in hoeverre het transitiebudget zal worden belast. Indien de gewezen werknemer een baan vindt zonder daarvoor het transitiebudget geheel of gedeeltelijk daarvoor aan te spreken, kan het budget, of het restant daarvan op een vitaliteitsspaarrekening worden gestort. Ook werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen er aanspraak op maken. De wetgever beoogt daarmee het verschil tussen de rechtspositie van insiders en outsiders op de arbeidsmarkt te verkleinen. De rechter kan niet aan het transitiebudget tornen.<sup>[29]</sup> Dit roept de vraag op welke instantie over de verschuldigdheid van het transitiebudget in een concreet geval gaat oordelen. Werkgevers en werknemers kunnen over het budget aanvullende afspraken maken.

Een werknemer die zich met de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst niet kan verenigen kan naar de rechter stappen. Of daarvoor gebruik dient te worden gemaakt van de thans nog bestaande kennelijk onredelijke ontslagprocedure, zoals in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya is voorzien, laten het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie in het midden. In het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie wordt, anders dan in het wetsvoorstel van KoÅr Kaya, ook al de hoogte van de door de rechter aan de werknemer toe te kennen ontslagvergoeding geregeld. Deze vergoeding zal verschuldigd zijn in geval er geen reële grond voor het ontslag blijkt te zijn of het ontslag in strijd is met de daarvoor geldende voorschriften. Ook kan een vergoeding zijn aangewezen indien het ontslag in overwegende mate aan de werkgever is te verwijten.<sup>[30]</sup> In dit laatste geval kan de rechter de vergoeding verhogen indien – gezien de ernst van de verwijtbaarheid van de werkgever – het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat met de wettelijk genormeerde vergoeding wordt volstaan.<sup>[31]</sup> Daarmee wordt de lat voor de rechter om van de wettelijk genormeerde vergoeding af te kunnen wijken hoog gelegd. Uit het oogpunt van rechtszekerheid is dit naar mijn mening wenselijk. De vergoeding is gebaseerd op een half

maandsalaris per dienstjaar, met een maximum van een jaarsalaris. Deze vergoeding zal bovenop het door de werkgever toe te kennen transitiebudget worden toegekend en is vrij besteedbaar.<sup>[32]</sup> Werkgever en werknemer kunnen ook in het nieuwe ontslagstelsel afwijkende ontslagvergoedingen overeenkomen. De toepassing van deze nieuwe formule voor ontslagvergoedingen wijst er op dat in het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie blijkbaar van de formele grondslagen van de kennelijk onredelijke ontslagprocedure wordt afgestapt. Bij laatstgenoemde procedure wordt immers de in geval van kennelijk onredelijk ontslag toe te kennen schadevergoeding van geval tot geval berekend.<sup>[33]</sup> Naar mijn mening is het dan ook niet juist om op voorhand te bepalen welke vergoeding bij vernietiging van de opzegging door de werkgever moet worden betaald. Deze benadering is veel te algemeen en ziet voorbij aan de uitgangspunten voor schadeberekening.<sup>[34]</sup> De uitkomst van die berekening kan van geval tot geval aanzienlijk verschillen. In een individueel geval kan de toekenning van een forfaitair vast te stellen ontslagvergoeding dan ook voor werkgever of werknemer onbillijk uitvallen. Met deze oplossing wordt billijkheid dan ook aan rechtszekerheid opgeofferd.<sup>[35]</sup>

Ook voor de ontbindingsprocedure voorziet de Hoofdlijnennotitie in een vaste vergoeding, die wordt beperkt tot het loon over de opzegtermijn. In geval van verwijtbaar handelen van werkgever of werknemer kan deze genormeerde vergoeding door de rechter worden verhoogd of verlaagd.

In de Hoofdlijnennotitie is eveneens voorzien in de mogelijkheid van hoger beroep. Onduidelijk is of daarmee wordt bedoeld of dit rechtsmiddel ook tegen de ontbindingsbeschikking kan worden ingesteld, nu in het Lente akkoord en de Hoofdlijnennotitie onderscheid wordt gemaakt tussen het in beroep gaan tegen het wel of niet ongedaan maken van ontslag en het in beroep gaan tegen de toekenning van een vergoeding en de hoogte ervan.<sup>[36]</sup>

De appelmogelijkheid zoals deze in de Hoofdlijnennotitie is geformuleerd tegen de rechterlijke beslissing, is naar mijn mening praktisch. Deze wordt zodanig vormgegeven dat in het geval de werknemer door de rechter in eerste instantie in het ongelijk is gesteld en in hoger beroep het ontslag alsnog als niet toelaatbaar wordt aangemerkt, herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk zal zijn.<sup>[37]</sup>

De Hoofdlijnennotitie verschaft duidelijkheid over de toepasselijkheid van het afspiegelingsbeginsel bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.<sup>[38]</sup> Het wetsvoorstel van KoÅr Kaya laat ons op dit punt in het ongewisse. Wellicht is dit een omissie, nu het afspiegelingsbeginsel bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, een rechtvaardige en voor de arbeidsmarkt doeltreffende selectiemethode is.<sup>[39]</sup>

De Kunduzcoalitie verwacht dat door de in het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie voorgestelde wijziging van het ontslagrecht en de wijziging van de verdeling van kosten van ontslag die daaruit voortvloeit, de arbeidsmobiliteit en arbeidsproductiviteit zal toenemen. Voorts wordt aangenomen dat met name de dynamiek en mobiliteit van ouderen op de arbeidsmarkt er door zal worden versterkt. Het is in elk geval duidelijk dat door de voorgestelde nieuwe ontslagroute sneller en goedkoper afscheid kan worden genomen van oudere werknemers. Daarmee is naar mijn mening evenwel nog niet gezegd dat ouderen hierdoor ook weer sneller in dienst zullen worden genomen. Het perspectief voor ouderen op het vinden van een baan, is immers niet enkel afhankelijk van hun mate van ontslagbescherming, maar in belangrijke mate ook van stereotiepe denkbeelden over hun productiviteit, fysieke en mentale capaciteit en flexibiliteit.<sup>[40]</sup> Bestaande vooroordelen zullen ook bij verminderde ontslagbescherming niet worden weggenomen. In dat geval betekent de nieuwe ontslagroute dat oudere werknemers sneller en goedkoper kunnen worden ontslagen en vervangen door starters op de arbeidsmarkt. Het zal relatief lang kunnen duren voor zij op de arbeidsmarkt terugkeren. Voor de dynamiek van de arbeidsmarkt kan dit grote gevolgen hebben. Oudere ervaren werknemers en andere werknemers met een achterstandspositie op de arbeidsmarkt, verdwijnen daarmee, naar verwachting, sneller van het toneel. De hiermee gepaard gaande WW-lasten zullen naar mijn inschatting leiden tot hoge maatschappelijke kosten. De inzetbaarheid van werknemers wordt met de door de Kunduzcoalitie voorgestelde aanpak dan ook enkel verschoven van ouderen naar jongeren op de arbeidsmarkt. Daarmee ligt het gevaar van misbruik op de loer. Hier speelt tevens mee dat uit onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau blijkt dat werknemers van 55 jaar en ouder er gemiddeld maar liefst drie tot ruim zes jaar over doen om een baan te vinden en dit voor jongeren gemiddeld vier tot zeven maanden is.<sup>[41]</sup> Naar mijn inschatting zal dit effect ook door toekenning van door het kabinet in het vooruitzicht gestelde stimuleringsbonussen (€ 7 000 per jaar) aan werkgevers die oudere uitkeringsontvangers of arbeidsgehandicapten in dienst nemen, nauwelijks worden afgevlakt.

## Conclusie

Het wetsvoorstel van D66-kamerlid KoÅr Kaya en de daarop gevolgde variaties is oude wijn in nieuwe zakken. Het is grosso modo een herhaling van de voorstellen die door de Commissie-Rood in 2000 in opdracht van de regering over de toekomst van het duaal ontslagstelsel zijn uitgebracht. De ontslagroute van KoÅr Kaya en de in het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie daarop aangebrachte wijzigingen en aanvullingen, leidt zelfs tot minder ontslagbescherming en rechtszekerheid dan 'Rood'.

Vooral ook in vergelijking met het huidige ontslagstelsel impliceren het wetsvoorstel van KoÅr Kaya, het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie dat de werknemer op achterstand zal worden gesteld. Van de preventieve ontslagtoets door het UWV, kan een voor ontslag voorgedragen werknemer immers een veel betere rechtsbescherming verwachten dan van de door werkgever zelf te organiseren hoorprocedure. In een tijd van economische teruggang ligt evenwel het primaat op

kostenbesparing. Afschaffing van de preventieve ontslagtoets door het UWV en zelfs opheffing van dit instituut ligt dan voor de hand. De eerste signalen over het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotie wijzen al in die richting. Of de door KoÅr Kaya voorgestelde en in het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotie grotendeels opgevolgde nieuwe ontslagroute ook op een wat langere termijn tot kostenbesparing zal leiden zullen we moeten afwachten. De afschaffing van de preventieve ontslagtoets zal een nieuwe fase in het ontslagrecht inluiden waarbij de focus meer zal worden gelegd op contractsvrijheid en aan ongelijkheidscompensatie een eigentijdse invulling zal worden gegeven. Het ligt politiek gezien voor de hand dat deze nieuwe ontwikkeling door een nieuw kabinet zal worden aangezwengeld. Zo gaan de dingen voorbij...

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mr. dr. R.F. Kötter is advocaat te Wierden. De gekozen titel is vrij naar: Louis Couperus (1863-1923): *Van oude mensen, de dingen, die voorbij gaan...*

[\[2\]](#)

*Advocatenblad* 2012/5, p. 29.

[\[3\]](#)

Besluit van 5 oktober 1945, *Stb.* F 214, laatstelijk gewijzigd bij wet van 29 december 2008, *Stb.* 2008, 600.

[\[4\]](#)

L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom (oratie Nijmegen)', *Serie Onderneming en Recht* 2010, Deel 59, Deventer: Kluwer 2010. G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *Sociaal Recht* 2007/718.

[\[5\]](#)

A.R. Houweling, 'Who' s afraid of Rood, Donner en KoÅr Kaya? Over de eenheid in ons duaal ontslagstelsel', *Ars Aequi* 2011/789.

[\[6\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 65-66.

[\[7\]](#)

Voorstel van Wet van het lid KoÅr Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33 075, nr. 3.

[\[8\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 66.

[\[9\]](#)

Zie o.a. de brief van de Raad voor Rechtspraak aan de Tweede Kamer der Staten- Generaal over het voorontwerp van wet van KoÅr Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, d.d. 22 december 2011.

[\[10\]](#)

Voorstel van Wet van het lid KoÅr Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33 075, nr. 3, p. 25.

[\[11\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 93.

[\[12\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 92.

[\[13\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 93.

[\[14\]](#)

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 97.

[\[15\]](#)

Zie o.a. de brief van de Raad voor Rechtspraak aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het voorontwerp van wet van KoÅr Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, d.d. 22 december 2011.

[\[16\]](#)

Wetsvoorstel verhoging griffierechten, *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 20 635. De Raad van State heeft op dit wetsvoorstel, bij advies van 15 september 2011, negatief geadviseerd.

[\[17\]](#)

[18]

Zie ook art. 7 IAO-Verdrag 158.

[19]

Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 67-68.

[20]

Zie o.a. het Wetsvoorstel verhoging griffierechten, memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33 071. Zie ook het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, d.d. 15 november 2000, p. 151.

[21]

Zie in dit verband ook de toelichting op het instellingsbesluit voor de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, d.d. 25 februari 1999, *Stcrt.* 1999, nr. 43.

[22]

Zie ook Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, 15 juli 2003, publicatie 7/03, p. 6.

[23]

Zie A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en KoÅr Kaya? Over de eenheid in ons duaal ontslagstelsel', *Ars Aequi* 2011/789.

[24]

R. Knegt: 'De ontslagtoets en bescherming van werknemers: pretentie of preventie?', *SMA* 2001/nr. 2. Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000, p. 9. Zie ook A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en KoÅr Kaya? Over de eenheid in ons duaal ontslagstelsel', *Ars Aequi* 2011/789.

[25]

D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', [www.arbac.nl/artikel4.php](http://www.arbac.nl/artikel4.php).

[26]

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), p. 14.

[27]

Hoofdlijnennotitie Kamp, p. 10 en 11.

[28]

Vgl. W. Groot en H. Maassen van den Brink, *Bedrijfsgerelateerde scholing en arbeidsmarktflexibiliteit van oudere werknemers*, Amsterdam: Welboom 1997.

[29]

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 10.

[30]

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 9.

[31]

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 9.

[32]

Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 10.

[33]

HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (*Van der Grijp/Stam*) en HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72(*Rutten/Breed*).

[34]

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (*Rutten/Breed*), ro. 3.6.2. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/5, p. 18 e.v.

[35]

Zie in dit verband: R.A.A. Duk, 'Het Kunduz-akkoord en het ontslagrecht', *TRA* 2012/53.

[36]

D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', p. 10, [www.arbac.nl/artikel4.php](http://www.arbac.nl/artikel4.php).

[37]

Zie o.a. de brief van de Raad voor de Rechtspraak aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het voorontwerp van wet van KoÅr Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, d.d. 22 december 2011, p. 4 en 5.

[38]

Zie Hoofdlijnennotitie p. 8 en 9.

[39]

Zie [Kamerstukken II 2003/04, 29 200](#) XV nr. 87. (Notitie Heroverweging van het last in first out-beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag.)

[40]

H.P. van Dalen, Ch.J.I.M. Henkens en J.J. Schippers, *Unraveling the age-productivity nexus: confronting perceptions of employers and employees*, Tilburg: Tilburg university 2009, p. 18 e.v.

[41]

J.C. Vrooman (red), *Werkloosheid in crisistijd- Baanverliezers, inkomensveranderingen en sociale gevolgen: een verkenning*, SCP-publicatie, 2009, p. 21-23.