

# Wat er niet in de Ontslagregeling staat

## En de gevolgen daarvan

Jaap van Slooten<sup>1</sup>

De parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid die op 1 juli aanstaande in werking treedt maakt al duidelijk dat de wetgever een aantal vragen aan de rechtspraak zou overlaten. Op 11 mei jl. verscheen dan het Ontslagbesluit in de Staatscourant. Na kennisname daarvan kan geconstateerd worden dat er nog een heel gebied aan vragen is bijgekomen. De kern van het probleem is dat de wetgever enerzijds de ruimte voor het beoordelen van ontslagen enorm heeft willen beperken, maar anderzijds onvoldoende richtlijnen meegeeft aan het UWV en de rechter om dat te doen. Daarbij worden regels over de interpretatie van begrippen als bedrijfseconomische omstandigheden en passende arbeid, en over de c- tot en met h-gronden node gemist. Hoewel velen het op zich zullen toejuichen dat de rechter hier dus de nodige vrijheid krijgt, is het probleem dat de wetgever dat nu ook weer niet graag ziet en rechters derhalve op kousenvoeten zullen lopen. Het gevolg is wat auteur betreft een halfbakken compromis met nog meer procesrisico's dan zich al eerder liet aanzien.

### 1. Inleiding

Iedere nieuwe wetgeving roept vragen op. Bij de Wet werk en zekerheid (Wwz)<sup>2</sup> was na de parlementaire behandeling al duidelijk dat de wetgever een aantal van die vragen aan de rechtspraak overlaat. De belangrijkste zijn: hoe om te gaan met de billijke vergoeding en met een stelsel van limitatieve ontslaggronden? Wat tot voor kort ontbrak, was een deel van de lagere regelgeving waarin de Minister van SZW zijn visie op de ontslaggronden zelf zou uitwerken. Pas op 11 mei 2015 verscheen de Ontslagregeling in de Staatscourant.<sup>3</sup> Na kennisname daarvan kan geconstateerd worden dat er nog een gebied aan vragen is bijgekomen.

De kern van het probleem dat ik na lezing van de Ontslagregeling zie, is dat de wetgever enerzijds de ruimte voor het beoordelen van ontslagen enorm heeft willen beperken, maar anderzijds onvoldoende richtlijnen meegeeft aan het UWV en de rechter om dat te doen. Een en ander komt met name doordat de Beleidsregels Ontslagtaak UWV niet

terugkeren onder het nieuwe recht en doordat onduidelijk is of, en zo ja wat er voor in de plaats komt. Dit speelt zowel bij de beoordeling van ontslagaanvragen door het UWV, als bij ontbindingsverzoeken aan de rechter. Het probleem is verder dat rechters (niet onbegrijpelijk) koudwatervrees hebben om zelf richtlijnen op te stellen.

De Wwz betekent een grote verandering voor het ontslagrecht. De wijzigingen zijn complex en omvangrijk. Om de nog niet geheel ingevoerde lezer in staat te stellen het betoog te volgen, geef ik hierna eerst een kort overzicht van de relevante wijzigingen. Daarna behandel ik de plaats die de Ontslagregeling in het Wwz-gebouw inneemt (par. 2) en de inhoud van de regeling (par. 3). Daarna volgt een korte beschrijving van hoe de ontslagregels voorheen waren gestructureerd (par. 4). Vervolgens sta ik stil bij de gevolgen voor de toetsing van de a-grond door het UWV (par. 5 en 6) en de beoordeling van ontbindingsverzoeken op de c- tot en met h-grond door de rechter (par. 7).

#### Auteur

1. Prof. mr. J. van Slooten is advocaat bij Stibbe en hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA. Delen van dit artikel zijn ontleend aan: J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer:

Kluwer 2015 en tevens vanaf begin juli 2015 via open acces te raadplegen op [www.estibbe.com/nieuwontslagrecht/](http://www.estibbe.com/nieuwontslagrecht/).

#### Noten

2. Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

Deze is bij wet van 16 december 2014 (*Stb.* 2014, 504) verbeterd en uitgebreid. Ook de Wet aanpak schijnconstructies (*Kamerstukken I* 2014/15, 34108) zal nog verandering aanbrengen. Deze is op 2 juni 2015 aangenomen door de Eerste Kamer.

3. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685.

De belangrijkste onderdelen van de Wwz hebben betrekking op het ontslagrecht en de ontslagvergoeding. Hier gaat het met name om de regels om op te zeggen, niet over de ontslagvergoeding, maar de lezer zal hopelijk met mij vaststellen dat dit communicerende vaten zijn. Het duale ontslagstelsel blijft in stand, maar een werkgever mag niet meer vrijelijk kiezen tussen opzegging via het UWV of ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Als uitgangspunt geldt dat de ontslaggrond de ontslagroute bepaalt. Artikel 7:669 lid 3 BW geeft hiervoor een limitatieve opsomming van de 'redelijke gronden' voor ontslag. In geval van bedrijfseconomische ontslagen (artikel 7:669 lid 3 sub a BW) en bij ontslagen in verband met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer (artikel 7:669 lid 3 sub b BW) moet een vergunning worden aangevraagd bij het UWV of bij een bij cao ingestelde ontslagcommissie (hierna: 'de a- en b-grond'). Ontslagen die betrekking hebben op (dis)functieneren en andere in de persoon van de werknemer gelegen redenen (zoals een verstoorde arbeidsverhouding) moeten aan de kantonrechter worden voorgelegd (de c t/m h-gronden, vernoemd naar de letters waarin artikel 7:669 lid 3 BW verder is onderverdeeld).

De WWZ voorziet ook in een andere rechtsbescherming tegen ontslag. Indien de arbeidsovereenkomst is opgezegd na toestemming van het UWV kan de werknemer soms vernietiging (artikel 7:681 BW) en soms herstel (artikel 7:682 BW) verzoeken aan de Kantonrechter (met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie). Het verschil tussen deze sancties en de gevallen waarin ze kun-

## Een cao-ontslagcommissie zal dan ook onverkort met de hierna te bespreken problemen worden geconfronteerd

nen worden ingeroepen is ingewikkeld. Vernietiging is bijvoorbeeld aan de orde indien er in strijd met een wettelijk verbod is opgezegd, zoals bij het ontbreken van toestemming van het UWV. Herstel kan onder meer worden gevraagd indien de arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:669 is opgezegd, bijvoorbeeld als een redelijke grond ontbreekt.

Indien de kantonrechter *ab initio* moest worden gëdieerd (omdat het een in de persoon gelegen ontslaggrond betrof als genoemd in lid 3 sub c tot en met h), dan kan tegen zijn beschikking (tot toe- of afwijzing van het ontbindingsverzoek) eveneens hoger beroep en cassatie worden ingesteld.

Het stelsel van limitatieve ontslaggronden betekent dat er een einde komt aan de vrijheid van de kantonrechter om een ontslag(verzoek) conform een open redelijkheidsgrond te beoordelen. De rechter (en het UWV) mag een ontslag voortaan alleen maar goedkeuren als het in het rijtje van artikel 7:669 lid 3 BW past en het ook overi-

gens aan de wettelijke eisen voldoet. De wetgever heeft de mogelijkheid aan de Minister van SZW gegeven om nadere regels te stellen aan de beoordeling van een ontslag. Hiermee heeft de wetgever de macht van de overheid op ontslagen door kantonrechters versterkt. Het middel om die macht nog verder uit te breiden en vorm te geven, is de Ontslagregeling.

### 2. De plaats van de Ontslagregeling onder de Wwz

Ik memoreer eerst even waar de Ontslagregeling nu precies te vinden is in het Wwz-gebouw en hoe zich dat verhoudt tot andere kamers in dat gebouw.

- A. Ten eerste is er artikel 7:669 lid 1 en 3 BW. Hierin staat het eerste dat een opzegging een redelijke grond moet hebben. Deze gronden zijn limitatief opgesomd in artikel 7:669 lid 3 BW. Voorts vereist lid 1 van deze bepaling dat ontslag pas mogelijk is nadat eerst is vastgesteld dat de werknemer niet binnen een redelijke termijn herplaatst kan worden, 'al dan niet met behulp van scholing'.
- B. Voorts is er artikel 7:671 lid 1 BW, dat als algemeen opzegverbod kan worden gezien (in feite de opvolger van artikel 6 BBA).
- C. Op grond van artikel 7:671a lid 1 BW verzoekt de werkgever die op de a- of b-grond voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen schriftelijk toestemming aan het UWV (of de cao-ontslagcommissie op grond van lid 2 van die bepaling).
- D. Op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a BW verzoekt de werkgever die op de c- tot en met h-grond wil opzeggen de ontbinding door de rechter. Deze route is ook aan de orde wanneer het UWV toestemming op de a- of b-grond heeft geweigerd (artikel 7:671b lid 1 sub b BW) of niet kon behandelen omdat het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betrof die niet tussentijds opzegbaar is (artikel 7:671b lid 1 sub c BW).
- E. Bij de beoordeling van deze verzoeken dienen UWV (of de cao-ontslagcommissie) en de rechter lagere regelgeving in acht te nemen. De basis daarvoor is allereerst te vinden in artikel 7:669 lid 5 BW. Dat brengt ons bij de Ontslagregeling.
- F. De Ontslagregeling is deels gebaseerd op artikel 7:669 lid 5 BW, en bevat daarnaast nog regels ter uitwerking van artikel 7:671a lid 1 BW, bepalingen over de transitievergoeding en de Wet melding collectief ontslag.
- G. De termijnen en procedures die bij het UWV zullen gelden zijn geregeld in de Regeling UWV Ontslagprocedure.<sup>4</sup> Deze lagere regelgeving is gebaseerd op artikel 7:671a lid 8 BW en zal (derhalve) niet voor de rechter gelden die een ontbindingsverzoek op de c tot en met h-grond moet beoordelen.

### 3. Inhoud Ontslagregeling in vogelvlucht

De Ontslagregeling bevat de volgende regels.

- Regels met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden; deze zijn in eerste instantie voor het UWV relevant (artikel 2 tot en met 8 Ontslagregeling). Maar ook de kantonrechter krijgt hiermee te maken indien hem ontbinding wordt verzocht na weigering van de toestemming door het UWV of indien een werknemer de rech-



© Shutterstock

- ter verzoekt de werkgever op te dragen de arbeidsovereenkomst te herstellen (artikel 7:682 BW).
- Regels over de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn (artikel 9 en 10 Ontslagregeling). Met name deze zijn ook relevant voor rechters die een ontbindingsverzoek op de c tot en met h-grond moeten beoordelen omdat zij strekken ter uitvoering van artikel 7:669 lid 1 BW en dit lid geldt voor alle ontslaggronden, ongeacht of de kantonrechter of het UWV moet worden ingeschakeld.
  - Regels om de volgorde van opzegging te bepalen bij het vervallen van arbeidsplaatsen in artikel 7:671a lid 5 BW en artikel 11 tot en met 16 Ontslagregeling (deze zien dus alleen op de a-grond). Dit zijn de enige regels uit de Ontslagregeling die mogelijk niet gelden voor de cao-ontslagcommissie, namelijk indien en voor zover hiervan bij cao is afgeweken. De andere regels uit de Ontslagregeling gelden onverkort voor de cao-ontslagcommissie; zie artikel 7:669 lid 6 BW. Ik benadruk dat omdat nog wel eens wordt gesuggereerd dat een ontslag-cao de vrijheid biedt om van 'de UWV-regels' af te wijken; dat is dus maar ten dele juist. Een cao-ontslagcommissie zal dan ook onverkort met de hierna te bespreken problemen worden geconfronteerd.
  - Regels ter afwijking van de voorgeschreven volgorde op grond van artikel 7:671a lid 7 BW (eveneens alleen relevant voor de a-grond). Op basis hiervan wordt in artikel 17 Ontslagregeling bepaald dat sommige categorieën flexwerkers *niet* eerst voor ontslag in aanmerking hoe-

- ven te komen voordat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moeten worden ontslagen.
- Regels over de voorwaarden waaronder eventueel de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW kan worden verlaagd (artikel 24 en 25 Ontslagregeling; dit blijft hier verder buiten beschouwing).
  - Bepalingen over uitzend- en payrollwerknemers (artikel 20 tot en met 23 Ontslagregeling).
  - Regels over de wederindiensttredingsvoorwaarde (artikel 18 en 19 Ontslagregeling): deze spelen een rol bij de beoordeling van een verzoek van een werknemer tot vernietiging ex artikel 7:681 lid 1 sub d en e BW of herstel ex artikel 7:682 lid 4 en 5 BW nadat de arbeidsovereenkomst op de a-grond is beëindigd.

#### 4. Wat is er veranderd?

Even terug naar het begin: voorheen gold artikel 6 BBA, op grond waarvan een opzegging van de arbeidsovereenkomst de voorafgaande toestemming van de Minister van SZW behoeft. Met de inwerkingtreding van de Wwz vervalt artikel 6 BBA voor zover het gaat om verzoeken tot beëindiging die vanaf 1 juli 2015 worden ingediend (arti-

4. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102296, tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming

van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (Regeling UWV ontslagprocedure), *Strct.* 2015, 12688.

kel III en artikel XXII lid 1 Wwz). Artikel 6 lid 3 en 4 BBA was de basis voor het Ontslagbesluit, waarin de Minister van SZW de bevoegdheid om toestemming te geven aan het UWV had gedelegeerd en daarbij regels stelde. Dit was een ministeriële regeling.<sup>5</sup> Het Ontslagbesluit is in de Ontslagregeling ingetrokken (artikel 28). Ter uitvoering van het Ontslagbesluit stelde het UWV beleidsregels vast, officieel geheten de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: Beleidsregels).<sup>6</sup>

Veel van wat nu in de Ontslagregeling staat, lijkt op wat voorheen in de Beleidsregels stond, maar is anders opgeschreven of er zijn andere accenten gelegd. Kijkt men door de nieuwe formuleringen heen, dan bevat de Ontslagregeling niet veel dat niet ook al in het Ontslagbesluit of de Beleidsregels stond. Dat hoeft ook niet te verbazen omdat tijdens de behandeling van de Wwz is verklaard dat er geen wijziging werd beoogd in de behandeling van verzoeken tot toestemming wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

Voor zover de Ontslagregeling nieuwe zaken bevat, komt dat niet als een verrassing omdat het hier gaat om de uitwerking van wat al was aangekondigd. Ik denk daarbij aan regels over de herplaatsingstermijn (artikel 10), het alternatieve afspiegelingsbeginsel (artikel 16), regels op grond waarvan eerst andere arbeidsrelaties dienen te worden beëindigd alvorens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mag worden beëindigd (artikel 17) en regels over uitbesteding (artikel 5 en 6; deze komen grotendeels overeen met de Beleidsregels).

De omvang van de Ontslagregeling is wel veel beperkter dan die van de Beleidsregels. De Beleidsregels bevatten 33 hoofdstukken met gedetailleerd beleid; de Ontslagregeling is daar misschien een kwart van. Een paar Beleidsregels zijn verhuisd naar de Regels UWV Ontslagprocedure (die overigens maar acht artikelen bevat), maar er zijn ook veel regels niet teruggekeerd. Een voorbeeld betreft de Beleidsregels over wat een bedrijfseconomische reden is (hoofdstuk 7). Hier werd in elf pagina's geschetst wanneer er sprake kan zijn van een bedrijfseconomische reden voor ontslag. In de Ontslagregeling komt alleen de term voor, die verwijst naar artikel 7:669 lid 3 sub a BW. In de officiële toelichting worden hieraan twee alinea's gewijd. Voor onderwerpen als deeltijdontslag en herplaatsing geldt hetzelfde.

De Beleidsregels zullen met ingang van 1 juli 2015 hun wettelijke grondslag (het BBA 1945 en het Ontslagbesluit) verliezen (voor nieuwe aanvragen). Bij de afronding van dit artikel ging het UWV er vanuit dat er geen beleidsregels meer zouden komen in plaats van de oude. Wel werd namens het UWV aangekondigd nog met 'uitvoeringsregels' te komen. Wat precies het verschil is tussen beleids- en uitvoeringsregels weet ik niet. In ieder geval kan het UWV alleen uitvoeringsregels opstellen die zien op de a- en b-grond. Het is overigens weinig fraai dat die uitvoeringsregels er nog niet zijn, terwijl het Sociaal Akkoord, op basis waarvan het UWV aan de slag kon, inmiddels meer dan twee jaar oud is.

Bovendien heeft de minister er een zoekplaatje van gemaakt welke onderdelen van de Beleidsregels nu wel en niet zijn teruggekeerd en waarom wel of niet. Zo is er niets meer opgenomen over de berekening van anciënniteit na overgang van onderneming (artikel 7:662 BW) bij

het bepalen van de ontslagvolgorde, terwijl het mij toch nuttig lijkt dat we in ieder geval weten wat het niet terugkeren hiervan in de Ontslagregeling volgens de minister te betekenen heeft. Met andere woorden: moet bij het vaststellen van de ontslagvolgorde ook rekening worden gehouden met het dienstverband bij een eerdere werkgever indien de werknemer van rechtswege naar de latere werkgever die opzegt is overgegaan? Of heeft de minister dat in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling verstoep? Het zou kunnen, maar een verwijzing naar dit leerstuk ontbreekt, terwijl hier in de Beleidsregels expliciet aandacht aan werd besteed.

## 5. De sanctionering van overtreding van de Ontslagregeling bij opzegging op de a-grond

Het besluit van het UWV op het verzoek van de werkgever is een bestuursrechtelijk besluit. Om te voorkomen dat hiertegen bezwaar en beroep openstaan op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is artikel 7:671a BW op de lijst gezet van besluiten waartegen geen beroep mogelijk is (zie artikel 1 van bijlage 2 bij de Awb). Tegelijkertijd is artikel 6 BBA 1945 van deze lijst geschrapt.<sup>7</sup>

De delegatie van bevoegdheden aan het UWV heeft ook gevolgen voor de sancties die onder Wwz getroffen kunnen worden na een opzegging. De belangrijkste sanctie betreft het opdragen van de werkgever om de arbeidsovereenkomst met de werknemer weer te herstellen. Op grond van artikel 7:682 lid 1 sub a BW kan een werknemer dat herstel verzoeken indien de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 3 sub a of b BW. De wetgever gaat ervan uit dat ook een beroep op het artikel kan worden gedaan indien een redelijke grond voor het ontslag, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW ontbreekt. De tekst van artikel

## De omvang van de Ontslagregeling is veel beperkter dan die van de Beleidsregels

7:682 lid 1 BW is in dat opzicht echter niet perfect: herstel wordt gekoppeld aan een opzegging in strijd met artikel 7:669 lid 3 sub a en sub b BW; de andere leden van artikel 7:669 BW, zoals lid 1, worden hier niet genoemd. Een verwijzing naar artikel 7:669 lid 1 BW wordt hier dus gemist. Bij vergelijking met lid 2 en 3 van artikel 7:682 BW valt op dat daar wel steeds naar artikel 7:669 BW als geheel wordt verwezen. In de wetsgeschiedenis is echter geen aanwijzing te vinden waarom dit onderscheid wordt gemaakt. Het ministerie heeft informeel laten weten dat hier sprake is van een onbedoelde omissie en dat dit nog zal worden gerepareerd (dit wordt dan de derde reparatiewet die bovenop de Wwz zelf komt). Een andere sanctie betreft vernietiging van de opzegging (artikel 7:681 lid 1 sub d en e BW). Dat is bijvoorbeeld aan de orde indien artikel 18 jo. artikel 6 Ontslagregeling is geschonden: de werkgever

## Het is overigens weinig fraai dat die uitvoeringsregels er nog niet zijn, terwijl het Sociaal Akkoord inmiddels meer dan twee jaar oud is

heeft binnen zes maanden een andere arbeidskracht (waartoe ook een uitzendkracht of schijnzelfstandige behoren) op de vervallen arbeidsplaats tewerkgesteld.

Vrijwel alle bepalingen die in de Ontslagregeling zijn opgenomen strekken tot uitvoering van artikel 7:669 lid 5 BW. Gelet op deze delegatiebepaling, moet ervan worden uitgegaan dat een opzegging die in strijd is met de bepalingen uit de Ontslagregeling (met uitzondering van artikel 17, 24 en 25 Ontslagregeling) ook tot een opzegging leidt die in strijd is met artikel 7:669 BW. Dat betekent derhalve dat de uitleg van de Ontslagregeling in zaken op grond van artikel 7:682 BW (en 7:681 lid 1 sub d en e BW) van groot belang is. De rechter zal zich daarbij niet meer, zoals voorheen meestal gebeurde, kunnen beperken tot een marginale toetsing van het besluit van het UWV en de uitleg van de daarbij door het UWV gehanteerde regels, maar hij zal hierover zelf een standpunt moeten innemen. Dat tegen besluiten van het UWV geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat, doet daaraan niet af. De civiele rechter heeft immers tot taak ontslagen te toetsen aan artikel 7:669 BW.

De verplichting om niet in strijd met artikel 7:669 BW en de Ontslagregeling op te zeggen, geldt ook indien het UWV toestemming heeft gegeven. De wetgever heeft dat onderkend door de herstelprocedure van artikel 7:682 lid 1 BW mogelijk te maken en heeft ook gesteld: 'Het kan zich dan voordoen dat de kantonrechter tot een andere conclusie komt dan het UWV en vaststelt dat de arbeidsovereenkomst opgezegd is in strijd met artikel 7:669 BW'.<sup>8</sup> Met andere woorden: de werkgever zal zich niet achter een toestemming van het UWV kunnen verschuilen.<sup>9</sup>

Indien de rechter constateert dat de betrokken bepaling is overtreden heeft hij nog enige vrijheid of hij ook tot herstel veroordeelt; artikel 7:682 lid 1 BW spreekt over 'de kantonrechter kan'. Erg ver gaat die vrijheid vermoedelijk echter niet want het systeem neemt als uitgangspunt dat de rechter herstelt bij schending van de norm. De wetgever heeft ongeveer zo gedacht: 1. de Ontslagregeling is de uitwerking van artikel 7:669 BW, 2. een opzegging in strijd met de Ontslagregeling is dus in strijd met artikel 7:669 BW en 3. een opzegging die in strijd is met artikel 7:669 BW ontbeert redelijkheid. Daarop dient in de gedachte van de wetgever een sanctie te volgen, anders is onvoldoende gewaarborgd dat ontslagen een redelijke grond hebben.

Denkbaar is dat lichte overtredingen van artikel 7:669 BW niet meteen tot een sanctie hoeven te leiden. Artikel 6 Ontslagregeling schrijft voor dat de werkgever geen toestemming krijgt van het UWV indien hij het werk vervolgens aan een 'schijnzelfstandige' wil geven. Een schijnzelfstandige is iemand die zich positioneert als zelfstandige maar geen relevante Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) van de belastingdienst heeft. Stel dat een werkgever het werk van de ontslagen werknemer door een echte zelfstandige laat doen, maar deze had bij aanvang van het werk nog geen correcte VAR, zoals artikel 6 Ontslagregeling eist. Dat is een *minor issue* als de VAR later alsnog komt, maar het is formeel een grond om vernietiging te vragen.

Bij deze vrij beperkte toetsingsvrijheid van de rechter komt dat het aan de *werknemer* is om te bepalen of hij herstel, dan wel een billijke vergoeding vraagt. De rechter heeft geen bevoegdheid om ambtshalve tot toekenning van een billijke vergoeding over te gaan, indien de werknemer alleen herstel vraagt.<sup>10</sup> Bovendien is de norm voor toekenning van de vergoeding een zwaardere in artikel 7:682 lid 1 BW dan voor het opdragen van herstel: overtreding van de regels is genoeg voor herstel, maar voor vergoeding moet er van een *ernstig verwijfbare* overtreding van de regels sprake zijn.

### 6. Hoe kan dit in de praktijk uitwerken?

Kort samengevat: het aantal materiele regels ter uitwerking van artikel 7:669 lid 1 en 3 sub a en b BW om een dergelijke opzegging aan te toetsen slinkt aanzienlijk met de komst van de Ontslagregeling. Tegelijkertijd wordt de sanctiëring bij overtreding van de regels aanzienlijk strikter.

En daarbij komt dat de rechter naar alle waarschijnlijkheid veel vaker dan voorheen zal moeten oordelen over de vraag of de opzegging op de a-grond aan artikel 7:669 BW voldoet. Immers:

- Werkgevers *moeten* voortaan naar het UWV voor eenzijdige beëindiging wegens bedrijfseconomische gronden. Ze hebben geen keuze meer om ook naar de kantonrechter te gaan, zoals voorheen.
- De rechterlijke toetsing van de UWV-regels was onder het oude recht vrijwel geheel afwezig en gaat nu naar verwachting wezenlijk intensiever worden.<sup>11</sup>
- Werknemers kunnen een sterke prikkel voelen om her-

5. Besluit van 7 december 1998, *Strct.* 1998, 238.

6. Laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 20 januari 2015, *Strct.* 2015, 2867.

7. Terzijde: het is enigszins opvallend dat niet ook artikel 7:669 BW op de lijst staat. Het UWV neemt immers ook op basis van artikel 7:669 lid 1 jo. lid 5 BW beslissingen, zoals over de vraag of herplaatsing van een werknemer in de rede ligt. Blijkbaar komen

dergelijke beslissingen in de visie van de minister alleen maar voor in de vorm van een beslissing over het verzoek zoals bedoeld in artikel 7:671a BW. Mogelijk ziet de minister deze beslissingen niet eens als besluiten, maar als 'niet op rechtsgevolg gerichte verklaringen', zoals bij het oordeel van het UWV over de kwalificatie van een kleine werkgever als bedoeld in artikel 7:673d BW. Zo staat in de toelichting op

artikel 8 Regeling UWV ontslagprocedure: 'Het oordeel van het UWV over deze situatie betreft geen beschikking in de zin van de Awb. Het betreft slechts een niet op rechtsgevolg gerichte verklaring'.

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 95.

9. Dat laat overigens onverlet dat de rechter een reorganisatiebesluit van de werkgever vermoedelijk (enigszins) marginaal zal

mogen toetsen. De Ontslagregeling brengt tot uitdrukking dat de werkgever op dit vlak de nodige vrijheid heeft en dat het UWV die in ieder geval zal moeten respecteren. Toelichting Ontslagregeling, p. 10.

10. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

11. D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagproceduresrecht* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2015, p. 365.



stel te vragen omdat de transitievergoeding lager is dan de (oude) vergoeding op basis van de Kantonrechttersformule. Daarbij moet bedacht worden dat schending van de ontslagregels genoeg is om voor herstel van de arbeidsovereenkomst in aanmerking te komen (artikel 7:669 lid 3 sub a jo. artikel 7:682 lid 1 sub a BW).

D. Werkgevers die geconfronteerd worden met een weigering door het UWV zullen in een aantal gevallen 'in hoger beroep' gaan bij de ontbindingsrechter (artikel 7:671b lid 1 sub b BW).

Ik geef drie voorbeelden van hoe het door mij gesignaleerde spanningsveld (meer sancties, minder regels en meer toeloop) kan uitwerken.

#### **Voorbeeld 1: wat is een bedrijfseconomische reden voor opzegging?**

Ook wanneer het UWV meent dat er sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak om tot het verval van arbeidsplaatsen te besluiten, kan de werknemer herstel vorderen, daartoe stellende dat er hier geen sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak (artikel 7:682 lid 1 sub a BW). Is er namelijk geen noodzaak, dan is niet aan de a-grond voldaan en dan lijkt er in beginsel herstel te moeten worden opgedragen als de werknemer dat vraagt. Dat geeft een nieuwe dimensie aan het reorganiseren omdat rechters (in ieder geval in de praktijk onder het oude recht) vrijwel geen ruimte zagen (of wilden zien) om op grond van artikel 7:681 BW (oud) een reorganisatiebesluit te toetsen. Nu zal een rechter argumenten van de werknemer moeten toetsen die erop neerkomen dat er geen

## **Het doet wat vreemd aan dat rechters verplicht zouden zijn bij hun beoordeling van het ontbindingsverzoek rekening te houden met vervallen regels**

bedrijfseconomische noodzaak was. Is hij het eens met de werknemer dan gloort herstel. Het probleem is echter dat de Ontslagregeling vrijwel niets zegt over wat een bedrijfseconomische omstandigheid of noodzaak is. We moeten het dan ook doen met de wollige tekst van artikel 7:669 lid 3 sub a BW en de korte toelichting van de Ontslagregeling. Of gelden dan nog de vervallen Beleidsregels, wellicht als 'uitvoeringsregels' en zo ja, wat is daarvan dan de juridische status in het debat bij de rechter, die immers niet gebonden is aan dergelijke regels en die zich niet mag beperken tot de vraag of het UWV haar eigen regels goed heeft toegepast?

#### **Voorbeeld 2: wat is een passende functie?**

Artikel 9 lid 3 Ontslagregeling luidt: 'Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer'. De kortheid

van deze zin staat in geen verhouding tot het aantal geschillen dat kan ontstaan over de vraag of er in een concreet geval sprake is van een passende functie.

Een werknemer die meent dat hij ten onrechte niet voor herplaatsing in aanmerking is gekomen, en die met toestemming van het UWV is ontslagen, zal over de uitleg die het UWV aan deze bepaling geeft tot aan de Hoge Raad kunnen procederen. Op zich kon dat onder het oude recht ook, maar in de praktijk gebeurde dat niet vaak (behalve bij ontslag op de b-grond).<sup>12</sup> Ook hier zal de rechter naar verwachting minder marginaal gaan toetsen dan voorheen, maar hoe dat precies gaat uitvallen is onbekend.<sup>13</sup>

#### **Voorbeeld 3: de herplaatsingstermijn**

De herplaatsingstermijn is de termijn gedurende welke herplaatsing in een andere, passende baan mogelijk is. Op grond van artikel 10 Ontslagregeling is de herplaatsingstermijn gelijk aan de wettelijke opzegtermijn, te rekenen vanaf de datum dat het UWV of de rechter zijn beslissing heeft genomen. De werkgever moet dus vooraf een inschatting maken van hoe lang de procedure gaat duren en daarbij de opzegtermijn optellen. Vervolgens moet hij inschatten hoeveel tijd het kost de werknemer eventueel om te scholen, hoeveel middelen hij daarvoor redelijkerwijs moet inzetten en/of hij het denkbaar acht dat er binnen die termijn een passende functie beschikbaar komt. Ook als het UWV dat met hem eens is en toestemming verleent, zijn er allerlei vragen op dit terrein, die nog eens kunnen worden aangewakkerd indien zich na de opzegging omstandigheden voordoen waarmee de werkgever geen rekening had gehouden en waarvan de vraag is of ze voorzienbaar waren ten tijde van de opzegging. Hier mis ik de nodige scherpte in de Ontslagregeling te meer omdat als uiteindelijk de conclusie van de rechter is dat de werkgever het niet goed heeft gedaan, dat, naar ik verwacht, zal leiden tot het opdragen van herstel.<sup>14</sup>

### **7. De Ontslagregeling en het ontbindingsverzoek van de werkgever**

Anders dan onder het oude recht is de rechter onder de Wwz gehouden concrete normen uit wet- en regelgeving toe te passen bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek (ook als het niet het 'hoger beroep' betreft van het UWV). Met het opnemen van concrete normen is beoogd jurisdisering van ontslag te voorkomen en de rechtszekerheid te bevorderen. De wetgever verwacht dat wanneer de kantonrechter consequent aan deze normen toetst, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in overleg met de werknemer wordt bevorderd waardoor in mindere mate een beroep op de rechter zal worden gedaan.<sup>15</sup>

Ook de in artikel 7:669 lid 3 c tot en met h BW opgenomen gronden zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en de Beleidsregels die per 1 juli 2015 vervallen. Voor de toetsing van deze gronden is, anders dan sommigen verwachten, geen ministeriële regeling vastgesteld en die lijkt er ook evenmin binnen afzienbare tijd te komen. De regering lijkt er daarentegen van uit te gaan dat de rechter de nadere invulling die hieraan door het UWV werd gegeven in zijn Beleidsregels, zal betrekken bij de beoordeling van een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereen-

komst.<sup>16</sup> Ook rechtspraak waarin door kantonrechters is geoordeeld over het bestaan van gronden voor ontslag als genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW blijft volgens de regering relevant.<sup>17</sup> Tenslotte zal ook de rechter de Ontslagregeling (met name artikel 9 en 10 over de herplaatsingsstermijn) moeten toepassen bij vragen rond herplaatsing en de redelijke termijn.

## Men kan er de klok op gelijk zetten dat dat gaat leiden tot afkoopsommen die veel hoger zijn dan de wetgever voor ogen had

Of het uitgangspunt van de regering dat de Beleidsregels zullen worden gevolgd realistisch is, zal in de praktijk moeten blijken. Vanaf 1 juli 2015 bestaat er door het vervallen van het BBA geen juridische basis meer om deze onder het nieuwe recht te blijven toepassen. Het doet wat vreemd aan dat rechters verplicht zouden zijn bij hun beoordeling van het ontbindingsverzoek rekening te houden met vervallen regels. Daar komt bij dat, wanneer de tijd voortschrijdt, de Beleidsregels achterhaald of incompleet raken. Ook van belang is dat de wetgever niet lijkt te hebben onderkend dat kantonrechters onder het oude recht soms anders omgingen met kwesties waarop de door het UWV opgestelde Beleidsregels zagen.

Rechters die niet uit de voeten kunnen met de vervallen Beleidsregels, zullen met enige souplesse vaak manieren kunnen vinden om aan een al te strikte toepassing van de regels te ontkomen. Een handvat daartoe vormt de door de Eerste Kamer aangenomen motie Baker<sup>18</sup> waarin is opgenomen 'dat door de rechter alle omstandigheden van het geval [moeten] kunnen worden meegewogen en deze omstandigheden zodanig kunnen zijn dat van de werkgever naar het oordeel van de rechter in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'.<sup>19</sup>

Om het kort samen te vatten: de wetgever heeft de rechter met een set materiële normen voor ontbinding op pad gestuurd die uiterst summier zijn geformuleerd (we

moeten het alleen doen met wat er in artikel 7:669 lid 1 en 3 BW staat) en die veel open laten, terwijl zijn bedoeling nu juist was dat de normen zo duidelijk zijn dat er niet over geïncideerd hoeft te worden. Bij gebreke daarvan zullen de Beleidsregels wellicht toch een grotere rol gaan spelen dan velen lief is.<sup>20</sup>

Nu zal menig praktijkjurist blij worden van het feit dat de kantonrechter niet al te veel wordt voorgeschreven. Het probleem is echter dat de kantonrechter onder de Wvz niet meer het laatste woord heeft, maar dat hoger beroep en cassatie tegen zijn beschikking openstaan. Het mag van hogere rechters verwacht worden om op dit punt sturing te geven. De kans dat zij daartoe met eigen materiële regels zullen komen, is echter buitengewoon klein. Naar verluidt zijn pogingen van de kantonrechters om op het vlak van de procesregels tot enige invulling of stroomlijning over te gaan volledig mislukt. Het zal dus ook op dit vlak nog lange tijd duren voordat er duidelijkheid is.

## 8. Conclusie

De Ontslagregeling bevat regels waaraan rechter en UWV zich zullen moeten houden. De vraag of dat in een concreet geval gebeurd is, is bepaald niet vrijblijvend. De werkgever die op dit vlak uiteindelijk, zelfs na toestemming van het UWV, aan het kortste eind trekt, krijgt een aanzienlijke sanctie voor zijn kiezen: hij moet de arbeidsovereenkomst met een inmiddels vertrokken werknemer herstellen en vermoedelijk bij wijze van voorziening de tussentijdse periode financieel overbruggen. Ook de rechter heeft hier niet veel ruimte tussen zwart en wit. Men kan er de klok op gelijk zetten dat dat gaat leiden tot afkoopsommen die veel hoger zijn dan de wetgever voor ogen had. Te verwachten is namelijk dat de basis voor die afkoopsom zal zijn het aantal maandsalarissen tussen opzegging en herstel. Indien de herstelprocedure een half jaar na opzegging tot een beschikking leidt (wat bepaald ambitieus is), dan praten we dus al over zes (volle) maandsalarissen, bovenop de transitievergoeding.

De Ontslagregeling ontbeert ook de nodige regels over de interpretatie van begrippen als bedrijfseconomische omstandigheden en passende arbeid, en over de c- tot en met h-gronden. Hoewel velen het op zich zullen toejuichen dat de rechter hier dus de nodige vrijheid heeft, is het probleem ondertussen dat de wetgever dat nu ook weer niet graag ziet en de rechters derhalve op kouzenvoeten zullen lopen. Het gevolg is wat mij betreft een halfbakken compromis met nog meer procesrisico's dan zich al eerder liet aanzien. •

12. Zie daarover uitgebreid D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van artikel 6 EVRM', AA 2011/2, p. 34-62.

13. Ik verwacht overigens dat de rechtspraak die er in het verleden over dit onderwerp is geweest van belang blijft, omdat de wetgever dat heeft gezegd en de beleidsregels hierop gebaseerd waren.

14. J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Kluwer 2015, hoofdstuk 5 gaat hier verder uitgebreid op in. Zie ook E. Verhulp, 'Commentaar op de Ontslagregeling, aant. 4', in: J.M. van Slooten, M. Vegter & E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst*, derde druk, Deventer: Kluwer 2015, die in dit verband een link legt met HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266 (*Schoonderwoert vs. Schoonderwoert*).

15. *Handelingen I* 2013/14, 32, item 14, p. 10.

16. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 43; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 44 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 56.

17. *Handelingen I* 2013/14, 32, item 14, p. 10.

18. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, F.

19. *Handelingen I* 2013/14, 32, item 14, p. 19.

20. Zie voor een uitgebreide analyse van wat de Beleidsregels voor toepassing van de c- tot en met h-gronden betekenen J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 6.