



**mr. Ernst A. van Win**

# Is het UWV een soepele brugwachter?



**mevr. Karen I. Helbers-Ras**

mr. Ernst A. van Win is advocaat en is lange tijd deken van de Haagse orde van Advocaten geweest. Karen I. Helbers-Ras is werkzaam als Paralegal en schrijft regelmatig over arbeidsrecht in verscheidene vakbladen, beiden zijn werkzaam bij de Clercq advocaten te Leiden.

## **Inleiding**

Eind oktober 2012 presenteerden VVD en PvdA hun regeerakkoord 'Bruggen slaan'. In het hoofdstuk Arbeidsmarkt stellen de regeringspartijen dat het ontslagrecht gemoderniseerd moet worden om de route van werk naar werk sterk te verkorten. Mede in gedachten de discussies naar aanleiding van het Lenteakkoord en de Hoofdlijnennotitie Aanpassing ontslagrecht en WW, lijkt dit te impliceren dat het ontslagrecht versoepeld moet worden. Maar is UWV een soepele brugwachter?

Na een korte schets van het huidige ontslagrecht zullen we de punten uit het regeerakkoord die punten bespreken die betrekking hebben op wijziging van het ontslagrecht en nagaan of deze punten een versoepeling inhouden. Ten slotte doen we een voorstel hoe het ontslagrecht op andere wijze voor alle werknemers gelijk kan worden vormgegeven.

## **Beknopte geschiedenis**

Het Nederlandse ontslagstelsel is een buitenbeentje als je naar de landen om ons eens heen kijkt. Nederland is het enige land waar de werkgever vooraf toestemming moet hebben om de arbeidsovereenkomst met een werknemer te kunnen opzeggen.

Sinds 1907 bestaat in ons Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De preventieve ontslagtoets is geïntroduceerd in 1940 tijdens de bezetting en aan het einde van de oorlog vastgelegd in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen. Het doel van de ontslagtoets was bescherming van de arbeidsmarkt met het oog op de wederopbouw. Het opzegverbod gold voor zowel de werkgever als de werknemer. Als een werkgever of een werknemer de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen, diende hij ófwel toestemming te verkrijgen van de direc-

teur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (nu: UWV) ófwel de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De werkgever en de werknemer konden - en kunnen nog steeds - kiezen welk van de twee wegen zij wilden bewandelen. En zo is ons duale ontslagstelsel ontstaan. Overigens is de werknemer sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit in 1999 niet meer verplicht toestemming te vragen voordat hij de arbeidsovereenkomst kan opzeggen.

## **Hoe zit het huidige ontslagrecht in elkaar?**

Een werkgever kan uit drie verschillende routes kiezen als hij meent dat er een einde moet komen aan het dienstverband. Allereerst kan de werkgever toestemming vragen aan UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. De tweede mogelijkheid is het verzoek aan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Ten derde kan de werkgever met de werknemer in gesprek gaan en de werknemer een voorstel doen om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen door middels van een vaststellingsovereenkomst. Het wat uitzonderlijke geval van ontslag op staande voet wordt hier niet besproken.

## **UWV**

De eis dat de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming behoeft van UWV is neergelegd in art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Dit artikel beschermt een groot deel van de werknemers tegen een onredelijke opzegging. UWV toetst aan de hand van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV of de voorgenomen opzegging redelijk is. Het UWV neemt daarbij de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer in aanmerking. Omdat de werkgever op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging (art. 9 lid 1 BBA) voorafgaand aan de beëindiging van

de arbeidsovereenkomst toestemming behoeft, wordt dit de *preventieve ontslagtoets* genoemd.

### Ontbinding

De tweede mogelijkheid de arbeidsovereenkomst te laten eindigen, betreft het verzoek aan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van art. 7:685 BW. Bij toewijzing van het verzoek kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zowel onmiddellijk als op een later tijdstip ontbinden. De kantonrechter is niet gebonden aan de opzegtermijn, kan aan de werknemer een ontbindingsvergoeding toekennen ten laste van de werkgever en toetst minder star dan UWV in geval van disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie. Omdat de UWV-procedure als knellend wordt ervaren, heeft de ontbindingsprocedure sinds eind jaren zeventig van vorige eeuw een grote vlucht genomen<sup>1</sup>.

De ontbindingsprocedure is een relatief snelle en zekere procedure. Een procedure kan in het algemeen binnen twee maanden worden afgerond. Omdat er geen hoger beroep kan worden ingesteld in deze procedure (tenzij een fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden), weten partijen snel en definitief waar zij aan toe zijn.

Bijkomend voordeel van de ontbindingsprocedure is dat partijen een beschikking verkrijgen met executoriale titel. Blijft één van de partijen in gebreke, dan hoeft niet eerst een gang naar de rechter te worden gemaakt om over te kunnen gaan tot bijvoorbeeld beslaglegging. Ook de wat vrijere toetsing door de kantonrechter - hij is minder gebonden dan UWV aan regels - kan een voordeel boven de UWV procedure zijn.

### Wederzijds goedvinden

Het mooiste is echter als de werkgever en de werknemer in goed onderling overleg tot overeenstemming kunnen

komen over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst zal eindigen. De gemaakte afspraken worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Onderwerpen die in de vaststellingsovereenkomst worden geregeld zijn onder meer de einddatum, de beëindigingsvergoeding, ontheffing of niet uit het concurrentiebeding, een eventuele vrijstelling van werkzaamheden gedurende de fictieve opzegtermijn en de finale kwijting. Voor de werknemer is met name van belang dat in de vaststellingsovereenkomst wordt vastgelegd dat de werknemer geen verwijt valt te maken van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dat de fictieve opzegtermijn in acht is genomen. Op deze manier wordt zijn aanspraak op een WW-uitkering zo veel als mogelijk veilig gesteld.

Vanwege de twee hoofdroutes die kunnen worden bewandeld als de werkgever en de werknemer er in onderling overleg niet uitkomen, wordt ons ontslagstelsel een *duaal stelsel* genoemd. Voeg daaraan toe dat toestemming vooraf een vereiste is om de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen, en je hebt de verklaring van de termen *preventief duaal ontslagstelsel*. Vanwege de ongelijke financiële uitkomst van de twee procedures waarbij UWV geen vergoeding toekent en de kantonrechter dat wel kan, leeft in de politiek de wens om het duale ontslagstelsel af te schaffen.

### Wat wil het regeerakkoord veranderen aan het ontslagrecht?

Het hoofdstuk Arbeidsmarkt van het regeerakkoord 'Bruggen slaan'<sup>2</sup> bestaat hoofdzakelijk uit bulletpoints met gedachten in hoofdlijnen van VVD/PvdA. Omdat een toelichting ontbreekt, is het gissen naar en een kwestie van persoonlijke interpretatie van de achterliggende ideeën. Hoe een en ander daadwerkelijk zal uitpakken,

	Ontslagreden	Procedure	Vergoeding
1.	Disfunctioneren, verschil van inzicht, verstoorde arbeidsrelatie e.d.	Preventieve toets*: advies door UWV Op basis van vast te stellen criteria Afhandeling binnen 4 weken  Werknemer kan daarna naar kantonrechter UWV advies weegt zwaar in die procedure Rechter toets aan dezelfde criteria als UWV	Transitiebudget ¼ maandsalaris per dienstjaar, max 4 maanden  Ontslag ontbrekt of in hoofdzaak te wijten aan werkgever? Vergoeding ½ maandsalaris per dienstjaar, (max € 75.000)  Werkgever ten onrechte afgeweken van advies UWV: vergoeding ½ maandsalaris per dienstjaar (max € 75.000) of ongedaanmaking ontslag
2.	Bedrijfs-economische redenen	Preventieve toets*: advies door UWV Op basis van bestaande criteria Bij cao mag worden afgeweken van afspiegelingsbeginsel	Transitiebudget ¼ maandsalaris per dienstjaar, max 4 maanden Tenzij: slechte financiële situatie (faillissement)
3.	Ontslagverboden (OR-lid, ziekte, zwangerschap e.d.)	Kantonrechtprocedure	Transitiebudget ¼ maandsalaris per dienstjaar, max 4 maanden
4.	Tijdelijk contract zonder tussentijdse opzegmogelijkheid	Kantonrechtprocedure	Transitiebudget ¼ maandsalaris per dienstjaar, max 4 maanden
		* De preventieve toets vervalt indien bij cao wordt voorzien in een qua inhoud en snelheid vergelijkbare procedure	

zullen we pas weten nadat het wetsvoorstel Ontslag/WW is aangeboden aan de Tweede Kamer. Minister Asscher heeft aangegeven dat hij van plan is dit wetsvoorstel in het derde kwartaal van dit jaar in te dienen. Overigens beginnen de politieke panelen weer wat te verschuiven over de WW door de aanhoudende crisis en het harde standpunt van de vakorganisaties. Hierna volgt onze uitleg van de bulletpoints met betrekking tot het ontslagrecht.

In het regeerakkoord is ervoor gekozen de preventieve ontslagtoets te handhaven, maar het duale stelsel af te schaffen. Dit wil men doen door de UWV-route (die door arbeidsrechtjuristen nu juist als onpraktisch wordt ervaren) te laten bestaan, zij het in iets gewijzigde vorm. Schematisch weergegeven ziet het ontslagrecht er in het regeerakkoord er als volgt uit: (zie tabel pag 4)

Het regeerakkoord verdeelt de verschillende redenen voor de opzegging in twee categorieën: een categorie bedrijfseconomische redenen en een categorie waar alle andere redenen onder vallen zoals disfunctioneren, verschil van inzicht, verstoorde arbeidsrelatie, etc. De reden voor dit onderscheid lijkt te zijn gelegen in het transitiebudget. Als de werkgever in zo'n slechte financiële positie verkeert dat hij failliet gaat bij betaling van een transitiebudget, dan komt de werknemer met lege handen te staan. Echter, ongeacht de reden voor de opzegging is de werkgever verplicht de opzegging vooraf te laten toetsen door UWV.

De grootste verandering betreft het vervallen van de parallelle route via de kantonrechter voor reguliere gevallen. De ontbindingsprocedure staat alleen open als er een opzegverbod geldt of als er geen tussentijdse opzegmogelijkheid is opgenomen in een contract voor bepaalde tijd. Hiermee probeert men een einde te maken aan het duale ontslagstelsel en tevens een einde aan de ongelijke financiële uitkomsten tussen de UWV-ontslagaanvraag en de ontbindingsprocedure. Vanuit de arbeidsrechtpraktijk is er kritiek op dit voornemen. De redenen hiervoor zullen we uiteenzetten onder het kopje "Advies aan politiek: behoud de ontbindingsprocedure".

Een tweede grote verandering is het toekennen van een transitiebudget aan werknemers bij onvrijwillig ontslag. Tot nu toe kan UWV geen vergoeding toekennen aan werknemers. Voor de kantonrechter ligt dit anders. De kantonrechter heeft op grond van artikel 7:685 lid 8 BW de discretionaire bevoegdheid een vergoeding naar billijkheid toe te kennen. In verreweg de meeste gevallen wordt de hoogte van de vergoeding berekend aan de hand van de kantonrechtformule. Het regeerakkoord lijkt een einde te maken aan deze berekeningswijze. Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, wordt hij verplicht aan de werknemer een transitiebudget toe te kennen.

## Wordt het ontslagrecht versoepeld door het regeerakkoord?

Wordt het voor een werkgever makkelijker om een werknemer te ontslaan? Dit is een vraag die, zoals wel vaker in het recht, niet zomaar met 'ja' of 'nee' kan worden beantwoord. Of het regeerakkoord zal leiden tot een versoepeling van het ontslagrecht zal met name afhangen van de verdere uitwerking van de criteria voor rechtmatig ontslag.

### Opzegging om bedrijfseconomische redenen

De toetsingscriteria die UWV hanteert bij beoordeling van een adviesaanvraag in geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen, zullen niet wijzigen. Hoofdstuk 7 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV zullen van toepassing blijven. Dit houdt in dat UWV enerzijds de beleidsvrijheid van de ondernemer respecteert, en anderzijds toetst of het ondernemersbesluit een reëel besluit is, dat wil zeggen een besluit dat de gemiddelde ondernemer ook zo zou hebben genomen. Tegelijkertijd weegt UWV het arbeidsmarktbelang en het werkgelegenheidsbelang af tegen de voorgenomen

reorganisatie en bewaakt zo het evenwicht tussen alle betrokken sociaal-economische geledingen, waaronder het belang van de werknemer. De toets of een opzegging wegens bedrijfseconomische redenen

redelijk is, wordt dus niet versoepeld.

Wel is er een kleine versoepeling wat de selectie betreft van de voor ontslag in aanmerking komende werknemer. Nu geldt dat de werkgever met inachtneming van het afspiegelingsbeginsel<sup>3</sup> moet bepalen welke werknemers moeten afvloeien in een reorganisatie. Het regeerakkoord beoogt dit criterium iets te verruimen, door te bepalen dat bij cao mag worden afgeweken van dat afspiegelingsbeginsel. We noemen dit bewust een kleine versoepeling. Lang niet alle werkgevers vallen onder een cao én het is afwachten of werknemersorganisaties willen instemmen met meer armslag voor de werkgever bij het selecteren van werknemers die in dienst mogen blijven.

### Opzegging om andere redenen dan bedrijfseconomische

Voor opzeggingen om een andere reden dan een bedrijfseconomische is in het regeerakkoord opgenomen, dat de criteria voor rechtmatig ontslag nauwkeurig omschreven zullen worden. Het is de vraag of dit zal leiden tot een verruiming van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is vastgelegd op welke punten UWV de redelijkheid van een ontslag toetst in geval van disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten, verstoorde arbeidsrelatie, langdurige arbeidsongeschiktheid, veelvuldig ziekteverzuim, illegaliteit en detentie.<sup>4</sup> Per situatie is vrij nauwkeurig omschreven wat van de werkgever verwacht wordt voordat hij de arbeidsovereenkomst

## Het is de vraag of dit zal leiden tot een verruiming van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

kan opzeggen. Als de situatie waarmee de werkgever te maken heeft precies binnen de kaders van de criteria voor rechtmatig ontslag past, zal de werkgever een positief opzegadvies van UWV krijgen. Op basis van onze praktijkervaring voorzien we echter dat zeker niet elke situatie binnen de kaders zal vallen. Er zijn altijd speciale gevallen, zoals het geval dat een werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt omdat de werkgever als (zeer) slecht werkgever handelt en een vergoeding op zijn plek is. Zou de werknemer op gebruikelijke wijze opzeggen, dan heeft hij én geen recht op een vergoeding én geen recht op een WW-uitkering. Voor die speciale situaties biedt

nu de kantonrechter uitkomst, die ter compensatie van een eventuele onredelijkheid aan de werknemer een vergoeding kan toekennen ten laste van de werkgever.

Op basis van het regeerakkoord schatten we in dat het aantal positieve oordelen van UWV niet zal toenemen ten opzichte van het aantal ontslagvergunningen dat nu wordt afgegeven.

#### *Preventieve toets in cao*

De preventieve UWV-toets mag worden vervangen door een procedure die wordt ingevuld door cao-partijen. Voorwaarde daarbij is dat de procedure qua inhoud en snelheid vergelijkbaar is met de UWV-procedure. Niet duidelijk is wat precies wordt bedoeld met 'qua inhoud'. Betekent dit dat de cao-toets gebonden is aan de criteria voor rechtmatig ontslag? Als dat het geval is, zal het voor een werkgever niet makkelijker worden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen dan wanneer hij de toets laat verrichten door UWV. Om hier verder een goed oordeel over te kunnen geven, zullen we het definitieve wetsvoorstel Ontslag/WW moeten afwachten.

#### *UWV adviseert*

Een werkgever is - tenzij in een cao een andere procedure is ingericht - verplicht UWV om advies te vragen voordat hij de arbeidsovereenkomst opzegt. De werkgever is echter niet verplicht om het UWV-advies op te volgen. Dit leiden we af uit de zinsnede "Indien de werkgever is afgeweken van een negatief ontslagadvies van het UWV, kan de rechter het ontslag ook ongedaan maken." Het lijkt erop dat het regeerakkoord art. 9 lid 1 BBA wil laten vervallen, nu niet uitdrukkelijk wordt genoemd dat het ontslag vernietigbaar is. Het regeerakkoord stelt dat de rechter het ontslag ongedaan kan maken, en niet dat de rechter het ontslag ongedaan moet maken. Juridisch is dit een groot verschil. Niet duidelijk is of de schrijvers van het regeerakkoord zich bewust zijn geweest van dit verschil. Ook wat dit betreft zullen we het wetsvoorstel Ontslag/WW moeten afwachten. Als daarin zou worden geregeld dat een werkgever een negatief opzegadvies van UWV niet hoeft op te volgen, zou dit een forse versoepeling van het ontslagrecht inhouden.

#### *Vergoeding*

Als de plannen in het regeerakkoord wet worden, zal een werkgever aan iedere werknemer die onvrijwillig uit dienst gaat een transitiebudget moeten betalen. Voor sommige werknemers is dat voordeliger, voor andere(n) nadeliger dan nu het geval is. De werknemers die er voordeel bij hebben zijn de werknemers met een contract voor de bepaalde tijd van minimaal een jaar en de werknemers die zouden zijn opgezegd met toestemming van UWV. Deze werknemers hebben nu geen wettelijke aanspraak op vergoeding. Een groep werknemers die erop achteruit gaat, is de groep van wie

de arbeidsovereenkomst ontbonden zou zijn via de kantonrechter of aan wie een vergoeding zou zijn aangeboden in het kader van een beëindiging met wederzijds goedvinden.

De laatste groep gaat erop achteruit omdat de hoogte van het transitiebudget vele malen lager is dan de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule. Bij de kantonrechtersformule spelen de leeftijd en de lengte van het dienstverband een belangrijke rol. Is een werknemer jonger dan 35 dan ontvangt hij een half maandsalaris per gewerkt dienstjaar. Voor gewerkte jaren tussen de 35 en 45 geldt dat elk dienstjaar als één maandsalaris telt; tussen de 45 en 55 levert elk dienstjaar 1,5 maandsalaris op en boven de 55 twee maandsalarissen. Het transitiebudget wordt leeftijdsonafhankelijk en bedraagt slechts ¼ maandsalaris per gewerkt dienstjaar met een maximum van 4 maandsalarissen.

Andersom geredeneerd: sommige werkgevers gaan erop vooruit want zij hoeven niet de hogere vergoeding volgens de kantonrechtersformule te betalen. Je zou kunnen zeggen dat dit een versoepeling is ten opzichte van de huidige manier van beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Uit het regeerakkoord volgt niet of de kantonrechter naast een transitiebudget ook een vergoeding kan toekennen. Dit is ons inziens wel een relevant punt, dat nader zou moeten worden uitgewerkt in het wetsvoorstel Ontslag/WW. Immers, nadat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden kan een werknemer geen procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag (zie hieronder) voeren. Als een ontbinding van de arbeidsovereenkomst onvermijdelijk is terwijl de reden ervoor overwegend aan de werkgever is te wijten, zou aan de werknemer eenzelfde vergoeding moeten worden toegekend als hij zou hebben gekregen als wanneer hij wel een onredelijk ontslagprocedure had kunnen voeren.

#### **Onredelijk ontslag**

Onder het huidige recht kan een werknemer van zijn werkgever een schadevergoeding vorderen als hij meent dat de opzegging kennelijk onredelijk is geweest (art.

**Het lijkt erop dat het regeerakkoord art. 9 lid 1 BBA wil laten vervallen, nu niet uitdrukkelijk wordt genoemd dat het ontslag vernietigbaar is.**

7:681 BW). De opzegging van een arbeidsovereenkomst wordt onder meer kennelijk onredelijk geacht als de werkgever geen of een voorgewende c.q. valse reden voor de opzegging heeft gegeven. Een ander geval dat leidt tot kennelijke onredelijkheid is de situatie dat de gevolgen voor de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking bij het belang van de werkgever bij opzegging. Met name op dit laatste criterium, dat het belangencriterium wordt genoemd, doen werknemers vaak een beroep.

### **Belangencriterium**

In het regeerakkoord staat dat de rechter aan de werknemer een vergoeding kan toekennen als de rechter het ontslag onterecht vindt of in hoofdzaak aan de werkgever is te wijten.

Daarmee vervalt de mogelijkheid voor de werknemer om zijn

verlies aan inkomen gecompenseerd te zien, in de gevallen dat de belangen van de werkgever bij de opzegging niet opwegen tegen de belangen van de werknemer bij handhaving van het dienstverband.

Het vervallen van het belangencriterium en het afschaffen van de mogelijkheid van hoger beroep in een (kennelijk) onredelijk ontslagprocedure maken het ontslagrecht soepeler voor een werkgever. De gevallen waarin de werkgever een schadevergoeding moet betalen nemen af en de procedure wordt korter.

### **Rechter gebonden aan UWV-criteria**

De toetsingscriteria voor de rechter worden identiek aan de criteria die UWV moet toepassen bij de beoordeling van een adviesaanvraag van de werkgever. De regeringspartijen lijken vooraf te willen bedenken in welke gevallen een arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden. Als de werkgever precies binnen de lijntjes van het geschetste kader blijft, zal een ontslag redelijk zijn. We zouden het zeer knap vinden, als de wetgever in staat zal zijn om zo aan alle gevallen recht te doen. Hoe om te gaan met een verstoorde arbeidsrelatie die volgens de geschetste kaders nog net niet lang genoeg verstoord is? Moeten de werkgever en de werknemer dan doorploeteren totdat de termijn voorbij is of totdat de werknemer ziek is van de spanningen op het werk? Sagel<sup>5</sup> wijst in zijn artikel "Regeren is vooruit zien..." erop dat in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de regelgeving omtrent kennelijk onredelijk ontslag reeds is overwogen dat het 'zeer gevaarlijk' is om een harde limitatieve catalogus van (kennelijk) onredelijk ontslaggronden op te stellen en dat aan de rechtsprekende instanties een grote mate van vrijheid van beoordeling moet worden overgelaten. Deze wijsheid zou de wetgever naar onze mening ook in het wetsvoorstel Ontslag/WW moeten toepassen.

Advies aan politiek: behoud de ontbindingsprocedure

Arbeidsrechttheoretici en -praktijkprofessionals zijn het erover eens dat het BBA en daarmee de UWV-procedure afgeschafte zou moeten worden. De UWV-procedure voldoet namelijk niet aan de eisen van het EVRM: UWV is geen rechterlijke instantie, partijen worden niet mondeling gehoord en er is geen bezwaar/beroep mogelijk tegen een UWV-beschikking. Daarbij komt dat als de rechter gebonden wordt aan dezelfde criteria als UWV, hij de redelijkheid van de opzegging niet volwaardig kan toetsen.

Volgens het regeerakkoord zou de vergoeding waarop werknemers aanspraak kunnen maken bij onvrijwillig ontslag, op eenduidige wijze berekend worden. Het verschil in uitkomst van de hoogte van de vergoeding die nu veroorzaakt wordt door het duale ontslagstelsel, bestaat dan niet langer.

## **We vinden dit een gemiste kans**

Zowel in de literatuur als door arbeidsrechtadvocaten wordt dit doel onderschreven. Overigens denkt men verschillend over de wijze waarop dit het doel bereikt moet worden. Menig hoogleraar, die van buitenaf naar de relatie tussen werkgever en werknemer kijkt, is van mening dat een repressieve toets (een oordeel van de rechter nadat de arbeidsovereenkomst is opgezegd) zou volstaan. Veel arbeidsrechtadvocaten, professionals die met twee benen in de ontslagpraktijk staan, menen dat een rechterlijke toets vooraf zoals nu geregeld is in de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW behouden moet blijven. De reden hiervoor is dat in de praktijk blijkt dat het voor een werknemer zeer lastig is om terug te keren op zijn werkplek nadat werkgever en werknemer samen voor de rechter hebben gestaan en hun belangen hebben moeten verwoorden in harde standpunten.

Heel even leek het erop dat de preventieve ontslagtoets zou komen te vervallen. In november 2011 was een wetsvoorstel ingediend door D66 tot afschaffing van artikel 6 BBA. Het Lenteakkoord (ook wel Kunduzakkoord genoemd) en de Hoofdlijnennotitie Aanpassing ontslagrecht en WW borduurden hierop verder. Hoe anders is het plan tot hervorming van het ontslagrecht in het regeerakkoord. Het uitgangspunt ervan is goed. Er komt een eenduidige ontslagprocedure, waardoor het onderscheid in de financiële uitkomst tussen UWV-procedure en kantonrechtprocedure verdwijnt. Maar ondanks alle kritiek die er al jaren is op de UWV-procedure, hebben VVD en PvdA ervoor gekozen juist deze procedure tot hoofdroute bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst te maken.

We vinden dit een gemiste kans. In de praktijk wordt de UWV-procedure als (te) star ervaren. Verder wordt een hoorzitting waarbij partijen hun standpunten mondeling kunnen toelichten zoals dat bij de kantonrechter wel kan, node gemist. De rechtlijnige procedure bij UWV kan uitkomst bieden in grote reorganisaties, maar in individuele

gevallen waarbij de arbeidsovereenkomst moet eindigen als gevolg van disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie schiet de UWV-procedure tekort. De ontbindingsprocedure via de kantonrechter voldoet in dergelijke gevallen wel. De kantonrechter zal evenals UWV nagaan of de werkgever zorgvuldig gehandeld heeft. Echter, een onvoldoende opgebouwd dossier zal bij de kantonrechter niet altijd ertoe leiden dat de arbeidsovereenkomst in stand moet blijven, zoals wel het geval is bij UWV. De kantonrechter neemt bij zijn belangenafweging altijd de concrete omstandigheden van het geval mee en zal een werkgever niet dwingen de relatie met de werknemer voort te zetten 'als

de liefde over is'. Dit betekent echter niet dat de werkgever er makkelijk mee weg komt als hij niet zorgvuldig genoeg heeft gehandeld.

De kantonrechter zal aan de werknemer ten laste van de werkgever een ontbindingsvergoeding met een correctiefactor<sup>6</sup> groter dan 1 toekennen, waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever te wijten is.

De ontbindingsprocedure biedt werknemers ontslagbescherming vooraf, terwijl aan werkgevers voldoende soepelheid wordt geboden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zij het eventueel tegen een iets hogere vergoeding. Soepeler dan dit zou het ontslagrecht volgens ons niet hoeven te worden. Daarom adviseren wij sociale partners en de wetgever om de ontbindingsprocedure te behouden en de UWV-procedure te schrappen.

## Conclusie

Door invoering van de preventieve ontslagtoets in 1940 is in Nederland een duaal ontslagstelsel ontstaan. Al sinds 1947 staat artikel 6 BBA ter discussie. Regeringspartijen VVD en PvdA kiezen er in het regeerakkoord 'Bruggen slaan' voor om de preventieve toets via UWV te behouden, terwijl de mogelijkheid tot gebruik van de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW wordt gemarginaliseerd.

De regeringspartijen stellen in bulletpoints verder het volgende voor:

De werkgever betaalt de werknemer die onvrijwillig wordt ontslagen een transitiebudget.

Een ontslagen werknemer kan zich tot de rechter wenden, die het UWV-advies zwaar zal laten wegen. De toetsingscriteria voor de rechter zijn gelijk aan die voor UWV gelden.

De rechter kan een vergoeding toekennen aan de werknemer van maximaal € 75.000.

Het is nog maar de vraag of op die manier het ontslagrecht wordt versoepeld. UWV is in elk geval geen soepele brugwachter. De tijden waarop de brug open gaat, staan strikt omschreven in de Beleidsregels Ontslagtaak

UWV. De criteria voor rechtmatig ontslag zullen nog nauwkeuriger worden omschreven. Zoals de zaken er nu voorstaan, voorzien wij dat starre brugopeningstijden gehanteerd zullen worden en dat boten komen stil te liggen. Het zou beter zijn als de kantonrechter wordt aangesteld als brugwachter.

Auteurs: mr. Ernst A. van Win en Karen I. Helbers-Ras

# UWV is in elk geval geen soepele brugwachter.

- 1 Zie L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, Deventer: Kluwer 2010, Serie Onderneming en Recht, deel 59, p. 6 en 7
- 2 Regeerakkoord VVD-PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33
- 3 Zie hoofdstuk 10 Beleidsregels Ontslagtaak UWV
- 4 Hoofdstukken 25 t/m 31 Beleidsregels Ontslagtaak UWV
- 5 S.F. Sagel, 'Regeren is vooruit zien...', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2013 nr. 12
- 6 De kantonrechttersformule luidt: vergoeding = A (gewogen dienstjaren) x B (bruto maandsalaris) x C (correctiefactor). Met de correctiefactor kan de kantonrechter de hoogte van de vergoeding kan bijstellen naar billijkheid. Indien de reden voor ontbinding in de risicosfeer van de werkgever ligt (zoals reorganisatie) en er is geen sprake van verwijtbaarheid, geldt C=1. Als de werknemer meer te verwijten valt dan de werkgever, is C kleiner dan 1. Geldt het omgekeerde, dan is C groter dan 1.