

## HET NEDERLANDS ONTSLAGRECHT EN HET BBA-CARCINOOM

### REDE

**Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen met als leeropdracht Sociaal recht op donderdag 7 oktober 2010**

**Door Prof. Mr. L.G. Verburg**

### INHOUDSOPGAVE

1. Ter inleiding .....	1
2. Twee ontslagroutes.....	3
3. De verschillen tussen beide routes en de lijdensweg van ongelijkheden.....	8
4. Het ontslagrecht is onoverzichtelijk, een doolhof .....	16
5. Het Nederlandse 'two-tier flexicurity' concept: over insiders en outsiders.....	23
6. Hoe dan wel? .....	30
7. Tot besluit .....	33
Dankwoord.....	34
Literatuur.....	35

*Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen met als leeropdracht Sociaal recht op donderdag 7 oktober 2010*

#### 1. Ter inleiding

The Economist van 30 januari 2010 bevat een artikel over sociale cohesie met als titel: *The cruelty of compassion*. Het artikel noemt als een zorgwekkende bedreiging: “*One is that the natural desire for social cohesion is being abused to justify the protection of ‘insiders’ - those in permanent jobs, in trade unions or in privileged professions. But the cost of protecting*

*insiders falls largely on 'outsiders' - the unemployed and those in temporary work, especially young people and immigrants. The gulf between insiders and outsiders destroys the very social cohesion that the policy is meant to preserve."*<sup>1</sup>

Het IMF constateert in de World Economic Outlook van april 2010 ten aanzien van de hervormingen die de OESO-landen in de afgelopen twintig jaar in hun ontslagrecht doorvoerden een tweedeling. Meer dan negentig procent van de wijzigingen had geen betrekking op werknemers met een vast dienstverband: *"These reforms in most cases did not change – and may have even tightened – rules for regular, or open-ended, contracts. Instead, reforms were carried out primarily by changing rules only for new hires, introducing a wide array of flexible, fixed-term types of contracts or expanding the scope of existing temporary contracts."* Het IMF spreekt over een *dual-track* of *two-tier reform strategy*.<sup>2</sup>

Het rapport Investeren in werkzekerheid 2007 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR rapport 2007) laat zien dat Nederland de hoogste score heeft van deeltijdbanen, tijdelijke banen en zelfstandige arbeid ten opzichte van een groep relevante landen.<sup>3</sup> Het niveau van onze ontslagbescherming neemt een middenpositie in ten opzichte van andere OESO-landen, maar: "Deze positie wordt in belangrijke mate bepaald door de bescherming voor tijdelijke arbeid die aan relatief weinig eisen hoeft te voldoen. Voor reguliere banen echter is de ontslagbescherming hoger dan in de meeste andere OESO-landen".<sup>4</sup>

WRR rapport 2007 concludeert over de oudere werknemer in Nederland: "Mobiliteit op latere leeftijd is veelal gedwongen en leidt vaak tot uittreding uit de arbeidsmarkt".<sup>5</sup> De econoom Theeuwes komt tot een soortgelijke conclusie: "Vooral de situatie voor oudere werknemers is

---

<sup>1</sup> The Economist van 30 januari 2010, p. 16. Het artikel vervolgt met: *"And in the long run it is bad for everyone, because employers do not train temporary workers – a particular problem in economies like Italy and Spain, where new permanent contracts are rare. This lack of training is one of the main reasons why Europe's productivity growth over the past two decades has persistently lagged behind America's."* Het slot van het artikel: *"What all European governments must grasp, though, is that many of the policies espoused in the name of social cohesion do not promote compassion over cruelty. Rather, they encourage decline, entrench divisions and thus threaten the harmony they pretend to nurture."*

<sup>2</sup> Het IMF is evenals het in de vorige noot genoemde artikel in The Economist bezorgd over training on-the-job bij tijdelijke banen: *"Temporary workers receive less training than workers with open-ended contracts."* Men waarschuwt voor de mogelijkheid dat *"a new generation of workers could face a lack of adequate training in the wake of the Great Recession"*. World Economic Outlook: Rebalancing Growth april 2010, p. 80. Het IMF toont een grafiek ten aanzien van 12 landen met in percentages uitgedrukte verschillen tussen on-the-job training naargelang sprake is van een vast dienstverband of een tijdelijk dienstverband. Engeland, Luxemburg, Duitsland en België staan er het beste voor, dat wil zeggen: er is nauwelijks sprake van een verschil. Nederland staat op de op een na laatste plaats tussen Spanje en hekkensluiter Griekenland.

<sup>3</sup> WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 52-53. Tabel 2.5. De vergeleken landen zijn Denemarken, Zweden, Duitsland, Frankrijk, VK en VS.

<sup>4</sup> WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 55-56 (Figuur 2.5) en p. 123. De omvang van onze ontslagvergoeding (de kantonrechtformule) verhoogt onze positie, terwijl de versoepeling van de ontslagmogelijkheden uit tijdelijke banen het neerwaarts effect verklaart.

<sup>5</sup> WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 13-14. Enige andere citaten: "Veel oudere werknemers blijven zitten waar ze zitten. Ondanks verschillen tussen feitelijke en gewenste baankenmerken is er weinig zoekgedrag." (p. 13). "Oudere werknemers, vrouwen en lager opgeleiden hebben in de regel een zwakkere arbeidsmarktpositie" (p. 13). "...weinig werkgevers geneigd zijn om oudere werknemers in dienst te nemen" (p. 14). "Externe mobiliteit is problematisch voor oudere werknemers. In de zin dat het nauwelijks voorkomt bij oudere leeftijdsgroepen. Er is pas sprake van een arbeidsmarkt als er voldoende baanwisseling plaatsvindt. Zo bekeken kan men eigenlijk zeggen dat er (nog) geen arbeidsmarkt voor oudere werknemers bestaat" (p. 117). Het WRR rapport is becommentarieerd door F.B.J. Grapperhaus, Vijf broden en twee vissen, *SR* 2007, p. 73-84, met een reactie van De Vries in *SR* 2007, p. 158-159, Baris in *SR* 2007, p. 160-165, en naschrift van Grapperhaus in *SR* 2007, p. 166-168

zorgelijk in de zin dat er eigenlijk op dit moment niet gesproken kan worden van een arbeidsmarkt van oudere werknemers.”<sup>6</sup> De Inspectie Werk en Inkomen (IWI) stelt in het jaarverslag over 2009 omtrent de participatie van ouderen: “Als ouderen eenmaal werkloos zijn, blijkt het voor hen zeer moeilijk om weer aan de slag te komen”. Voorts: uit diverse onderzoeken komt naar voren dat de arbeidsmarkt voor ouderen gebrekkig werkt, zoals blijkt uit hoge langdurige werkloosheid en geringe mobiliteit.<sup>7</sup>

Het Nederlandse ontslagrecht is complex en onoverzichtelijk. Het voert tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Het stelsel belemmert het in (vaste) dienst nemen van werknemers. De uitkomsten zijn slecht voorspelbaar, zowel voor werkgevers als voor werknemers. Het systeem biedt lang niet altijd een adequate rechtsbescherming. De regelgeving heeft geleid tot een juridisering van de arbeidsverhoudingen. De ingewikkeldheid vloeit mede voort uit het feit dat er in ons land twee ontslagroutes bestaan met een eigen dynamiek. Werkgevers zijn beducht voor de onzekerheid over het tot een einde kunnen brengen van een dienstverband en de kosten die daarmee zijn gemoeid. Ook vanuit het perspectief van de werknemers leidt het stelsel tot rechtsonzekerheid.

Het ontslagrecht is al tientallen jaren onderwerp van discussie, debat en onderzoek. Het laatste (‘zoveelste’) plan tot aanpassing sneuvelde eind 2007 (het plan Donner).<sup>8</sup> Het ontslagrecht dossier ligt politiek al vele jaren lastig. Dit speelt ook nu weer. VVD, CDA en PVV hebben besloten het ontslagdossier te laten rusten. U behoort te weten wat men laat liggen. Ik deel mijn visie met u in de hoop dat dit u helpt zelf te beslissen over de vraag of dat terecht is.

## 2. Twee ontslagroutes

Een werkgever kan het dienstverband met een werknemer doen eindigen via opzegging. De werkgever moet dan wel beschikken over toestemming van het UWV WERKbedrijf, onderdeel van het publiekrechtelijk lichaam Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Ik noem deze route de BBA-route.<sup>9</sup> Er is een alternatief. De werkgever kan aan de

---

<sup>6</sup> J.J.M. Theeuwes, *De werknemer en de flexibele arbeidsmarkt*, in: De werknemer in beweging, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 21. Hij stelt voorafgaand aan het citaat: "Werknemers van middelbare leeftijd, zeg maar tussen de 30 en de 50 zijn de 'blijvers'. Zij zitten op een baan en blijven daar vooral zitten (...). Voor werknemers boven de 50 jaar is de kans dat ze nog van baan wisselen minimaal. Maar ook de kans dat ze nog werken wordt steeds kleiner."

<sup>7</sup> Inspectie Werk en Inkomen (IWI), Jaarverslag 2009, p. 7. De IWI voegt er aan toe dat de volgende veronderstellingen een rol spelen: hoge loonkosten, minder duurzame inzetbaarheid, afnemende productiviteit en sociale zekerheidsregelingen die niet stimuleren opnieuw te gaan werken. De IWI acht deze veronderstellingen deels juist en deels berustend op vooroordelen. De IWI maakt geen melding van de perceptie in het bedrijfsleven dat men eenmaal aangenomen niet meer van het dienstverband afkomt. Lost men dat probleem op, dan valt ook een deel van de genoemde veronderstellingen weg. Houwing verwijst in haar dissertatie naar de Tweede Evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid van het Hugo Sinzheimer Instituut en TNO van maart 2007 en geeft aan: "*The study also found that terminations of the employment relationship are more common among older workers.*" Het gaat hier over het niet in vaste dienst laten overgaan van contracten voor bepaalde tijd. H. Houwing, *A Dutch approach to flexicurity?* (diss. UvA Amsterdam), OND1307695, 2010, p. 176.

<sup>8</sup> De notitie Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, bijlage 1 bij de brief van het Ministerie van SZW van 3 juli 2007 aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid met als kenmerk AV/IR/2007/23064.

<sup>9</sup> Dat ontlast de tekst ook van een uitleg van de verschillende namen die de instantie die preventief toetst in de loop der jaren heeft gehad. Vergelijk daarover P.F. van der Heijden, GAB, RDA, CWI ... KTR?, *NJB* 2003, p. 1009-1010.

kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.<sup>10</sup> Ik noem dit de ontbindingsroute.

De toetsing door het UWV WERKbedrijf vloeit voort uit artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Deze bepaling stelt dat een werkgever voorafgaand aan een opzegging toestemming van het UWV WERKbedrijf moet hebben ontvangen.<sup>11</sup> Het UWV WERKbedrijf toetst vooraf of het voorgenomen ontslag redelijk is (de algemene toetsingsmaatstaf van art. 3:1 Ontslagbesluit).<sup>12</sup> De toetsingscriteria liggen vast in een op artikel 6 lid 3 BBA gebaseerde ministeriële regeling: het Ontslagbesluit.<sup>13</sup> Het BBA dateert van 5 oktober 1945<sup>14</sup>, de eerste versie dateert van 27 mei 1940.<sup>15</sup> Het BBA was een noodmaatregel van tijdelijke aard, bedoeld om in de naoorlogse situatie op de arbeidsmarkt rust te brengen.<sup>16</sup> Het BBA is nooit ingetrokken.<sup>17</sup> Wij zitten dus nog steeds in een naorlogs noodscenario.

Het UWV WERKbedrijf oordeelt slechts over de vraag of het licht voor opzegging op groen gaat. Deze instantie heeft niet de bevoegdheid te oordelen over de vraag of de werkgever een ontslagvergoeding moet betalen en zo ja hoeveel. Het oordeel over de schadevergoeding is aan de rechter. De opgezegde werknemer kan bij de kantonrechter een vordering instellen op de grond dat het ontslag kennelijk onredelijk is (art. 7:681 BW). Komt de rechter tot het oordeel dat dit het geval is, dan dient de rechter een ontslagvergoeding toe te kennen.

De praktijk is de preventieve toetsing op grond van het BBA als knellend gaan ervaren, zeker ten aanzien van de ontslaggronden disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Dat lag aan de procedure, aan de wijze waarop aan de procedure invulling werd gegeven, de looptijd (langduriger dan tegenwoordig) en aan de eisen waaraan een werkgever moet voldoen. Het bedrijfsleven, zeker het grotere bedrijfsleven, ervoer en ervaart de gehanteerde meetlat bij dit soort ontslagkwesties als een lastig neembare horde.

Werkgevers zochten een vluchtroute en vonden die in de ontbindingsprocedure via de kantonrechter (art. 7:685 BW). De *success story* van de ontbindingsprocedure heeft de barricade van de BBA-procedure als arbeidsmarktinstrument onderuit getrokken.<sup>18</sup> De opmars

---

<sup>10</sup> Ook de werknemer kan ontbinding verzoeken. Dat blijft in de tekst buiten beschouwing.

<sup>11</sup> Behoudens de opzegging wegens een dringende reden, tijdens de proeftijd of bij faillissement. Zie art. 6 lid 2 BBA.

<sup>12</sup> Dit vormt de 'vertaalslag' van de onderliggende strekking van art. 6 BBA: het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag in het belang van zowel de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt. Zie HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705 en HR 16 november 2001, *JAR* 2001/258. De betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt is onlangs onder vuur komen te liggen. Zie Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/160 (Nuon/Olbrych). Er is cassatie ingesteld. De laatstgenoemde uitspraak komt in de tekst verderop nog aan de orde in de bespreking van de onoverzichtelijkheid van ons ontslagrecht.

<sup>13</sup> Besluit van 7 december 1998, *Stcrt* 1998, nr. 238, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt* 2009, 19487.

<sup>14</sup> KB van 5 oktober 1945, *Stb.* F 214.

<sup>15</sup> C.G. Scholtens, Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945, *ArA* 2005/3, p. 28-59. Zie voorts 70 jaar BBA, *NJB* 2010, p. 1444-1445. Verslag van kranstlegging.

<sup>16</sup> Met de toepassing van art. 6 BBA werd beoogd het algemeen belang, gelegen in het herstel van de nationale economie, te dienen. Het belang van het productieproces stond voorop. Zie H. Naber, Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht? (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 305-308.

<sup>17</sup> Zie omtrent de mislukte poging in 1953 (het door verkeerd stemgedrag met een zeer geringe meerderheid verworpen amendement) L.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen (diss. UvA Amsterdam), Sociaal- en arbeidsrechtelijke reeks, Deel 14, Deventer: Kluwer 1983, p. 57-58. Vergelijk ook G.J.J. Heerma van Voss, Contouren van het ontslagrecht van de 21ste eeuw, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 239-252.

<sup>18</sup> K. Boonstra, M. de Kleermaeker en R. Knegt, Onderzoeksrapport 99/03, Flexibiliteit en ontslagbescherming, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, p. 15. Vergelijk voorts P.F. van der Heijden, Ontslagrecht als arbeidsmarktinstrument, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 225-237.

is eind zeventiger jaren van de vorige eeuw begonnen.<sup>19</sup> De procedure heeft zich ontwikkeld tot een volwaardige tweede hoofdweg naast de BBA-route. De laatste jaren hielden beide routes gelijke tred, met in 2006 tot en met 2008 allebei een kleine 30.000 gevallen. In 2009 zien we een gelijkblijvend aantal ontbindingsgevallen tegenover een verdubbeling van de procedures bij UWV WERKbedrijf. De crisis eist zijn tol, de explosieve groei heeft betrekking op ontslagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden.<sup>20</sup> Op dat terrein beweegt de procedure bij UWV WERKbedrijf zich relatief gunstig.<sup>21</sup>

Het Economic Survey van de OESO van januari 2008 betreffende het Nederlandse ontslagrecht stelt over de UWV WERKbedrijf-procedure: "*The procedure is bureaucratic, involves long notice periods and comes with unpredictable results*". En over de ontbindingsprocedure: "*Faster, but also more expensive, as firms face much higher severance pay obligations*".<sup>22</sup>

Pennings constateerde in 2007 dat er veel kritiek was op de procedure van UWV WERKbedrijf: "Werknemers klagen over gebrek aan transparantie, belangenverstrengeling en schijn van partijdigheid bij deze procedure. Voorafgaand aan het verstrekken van de vergunning wordt immers door een commissie advies gegeven. In deze commissie zitten zowel werkgevers- als werknemersvertegenwoordigers. De namen van deze leden zijn vaak niet bekend en niet uitgesloten is, dat een lid betrokken is bij een van de partijen. De Nationale Ombudsman heeft hiernaar een onderzoek aangekondigd".<sup>23</sup> Dat onderzoek is er gekomen. De Nationale Ombudsman rapporteerde in november 2007 over de procedure bij UWV WERKbedrijf. De titel van het rapport: *Naar een eerlijke ontslagprocedure*.<sup>24</sup> De ombudsman trok de conclusie dat de procedure niet eerlijk verloopt: "De CWI-procedure scoort op vrijwel alle belangrijke vereisten voor een eerlijke procedure niet goed voor de

---

<sup>19</sup> E.G. van Arkel, A just cause for Dismissal in the United States and the Netherlands (diss. Rotterdam), Bakelsreeks, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 232 e.v., W.H.A.C.M. Bouwens, Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 23, en R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: *shall the Twain ever meet?*, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, op p. 19. De parlementaire geschiedenis van de Wet Melding Collectief Ontslag van medio jaren zeventig refereert slechts aan opzegging als de weg de relatie te doen eindigen. Gezien het feit dat indertijd (1975) de ontbindingsprocedure nog niet als alternatieve route was ontdekt, betekent de verwijzing naar 'opzegging' in mijn visie niet dat een 'doen eindigen' als bedoeld in art. 3 lid 1 WMCO beperkt is tot opzeggingshandelingen. Zie hierover mijn bijdrage L.G. Verburg, Het moment van de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers op grond van de richtlijn collectief ontslag, Annotatie bij Hof van Justitie EG 10 september 2009, *JAR* 2009/252 (Akavan/Fujitsu), *ArA* 2010/1, p. 65-80, op p. 76-78, alsmede de reactie daarop van J. Heinsius en mijn naschrift in *ArA* 2010/2, p. 88-97, resp. 98-100.

<sup>20</sup> P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk, *ArbeidsRecht* 2009/6/7, 31.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld Ktr. Almelo 24 maart 2003 en Ktr. Almelo 23 juni 2004, *JAR* 2004/172.

<sup>22</sup> De OESO stelde voorts in de 2008 OECD Economic Survey of the Netherlands (Policy Brief) onder het kopje *The need to increase labour-market participation further and lengthen working time* dat een aantal groepen op de arbeidsmarkt relatief slecht vertegenwoordigd zijn. Het gaat om *lone parents, low-skilled women, partially disabled persons and inactive migrants*. De opvatting van de OESO: "*Their job-search activities would also be facilitated by an easing of employment protection legislation, which currently reduces the fluidity of the labour market*". De Stichting van de Arbeid (STAR) stelde in 2003 dat de BBA-procedure en de ontbindingsprocedure beide voorzien in een laagdrempelige, goedkope en relatief snelle beslissing over de vraag of een ontslag gerechtvaardigd is. Advies 7/03 inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, p. 4. Men moet dit secuur lezen: De STAR doelde bij de BBA-procedure slechts op die procedure zelf en niet op het feit dat men daarna nog te maken heeft met opzegging en een 681-procedure. De STAR doelde bij het goedkoop zijn van de ontbindingsprocedure niet op de vergoeding. De STAR had ook de kostenpost gemoeid met een uit de kluiten gewassen ontslagindustrie niet op het netvlies.

<sup>23</sup> F.J.L. Pennings, Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, Monografieën Sociaal Recht, Deel 43, Deventer: Kluwer 2007, p. 224. Vergelijk ook Ktr. Eindhoven 17 april 2007, *JAR* 2007/131.

<sup>24</sup> Nationale Ombudsman, *Naar een eerlijke ontslagprocedure*, Rapport 2007/260 van 21 november 2007.

werknemer. De werknemer bevindt zich in veel opzichten in vergelijking met de werkgever in een nadelige positie”.<sup>25</sup> Het UWV WERKbedrijf voorzag het concept van het rapport van commentaar. Op twee punten speelt het wettelijk kader (BBA en Ontslagbesluit) parten: (i) het is niet mogelijk nadere informatie bij de werknemer in te winnen, terwijl dat wel bij de werkgever gebeurt, (ii) het is niet mogelijk in alle op tegenspraak gevoerde procedures gelegenheid te bieden voor een mondelinge toelichting door de werkgever en de werknemer. De Ombudsman ervoer het standpunt van UWV WERKbedrijf in beide gevallen als strijdig met de Awb. UWV WERKbedrijf heeft de spelregels ten aanzien van het mondeling horen van partijen genuanceerd. UWV WERKbedrijf kan op verzoek van een der partijen of zelfstandig overgaan tot een mondelinge behandeling, maar hoeft dit niet. Partijen hebben geen recht op een mondelinge behandeling. De mogelijkheid kent bij mijn weten ook geen ruimhartig gebruik.<sup>26</sup> Het MKB kan met de procedure bij UWV WERKbedrijf uit de voeten, overigens niet altijd.

De UWV WERKbedrijf-procedure werkt slechts met aannemelijkheden en kent geen beroepsmogelijkheid. Er komt geen onpartijdige rechter aan te pas en de namen van de leden van de ontslagcommissie zijn onbekend.<sup>27</sup> De Europese Commissie voor de rechten van de mens (ECRM) oordeelde in 1980 dat de procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag de toegang tot de rechter in voldoende mate afdekt.<sup>28</sup> Het is bepaald kwestieus of de procedure tegenwoordig nog de toets der kritiek van art. 6 EVRM doorstaat. De literatuur is daarover nauwelijks nog verdeeld.<sup>29</sup> Partijen kunnen de Nederlandse Staat op grond van onrechtmatige

---

<sup>25</sup> In 2004 liet Heerma van Voss zich al over dit aspect in de volgende scherpe bewoordingen uit: “Vakbonden zullen aan hun achterban de mythe moeten blijven verkopen dat de CWI-procedure de werknemers beschermt tegen onrechtvaardig ontslag, terwijl de werkelijke functie van de CWI-procedure is dat de werkgever op kosten van de gemeenschap wordt geadviseerd hoe hij zich bij ontslag moet indekken tegen juridische procedures”. G.J.J. Heerma van Voss, ADO en STAR, de discussie gaat verder, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 111-121, op p. 114.

<sup>26</sup> Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, Beleidsregels en regelgeving, Den Haag: Sdu 2010, p. 40-44.

<sup>27</sup> Het UWV WERKbedrijf is geen onafhankelijke rechter als bedoeld in art. 6 EVRM en art. 47 van het Handvest voor de Grondrechten van de EU (art. 6 lid 1 van het Verdrag betreffende de EU (VEU) trekt deze bepalingen op hetzelfde 'niveau' als het VEU zelf).

<sup>28</sup> EHRM 8 oktober 1980, *NJ* 1981, 149. Zie A. Jacobs in '50 jaar EVRM en het sociaal recht' in: R.A. Lawson en E. Myer, 50 jaar EVRM, Leiden 2000, p. 428 en P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, Sociaal recht en 40 jaar EVRM, in: A.W. Heringa e.a. (red.), 40 jaar EVRM, Leiden 1990, p. 211.

<sup>29</sup> Heerma van Voss stelde in 2001 dat er aanwijzingen zijn dat het EHRM hogere eisen stelt aan de toegang tot de rechter dan de Commissie in de jaren tachtig deed. In zijn visie heeft een Nederlandse klager bij het EHRM een ‘redelijke kans op succes’. G.J.J. Heerma van Voss, Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraak, in: *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, B. Barentsen e.a. (red.), Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 30, Kluwer: Deventer 2001, p. 1-16, op p. 6. Heerma van Voss verwijst voor zijn standpunt naar EHRM 28 juni 1990, Series A, vol. 179, gepubliceerd in *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 e.v. en *NJ* 1995, 491 m.nt. Alkema (Obermeier). Zie ook P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, *NJB* 1990, p. 1312-1313 en de Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht, *SMA* 1991, p. 214-221. Deze Werkgroep concludeert dat de procedure ex art. 6 BBA strijdt met het bepaalde in art. 6 EVRM. Loonstra en Zondag zijn eveneens zonder meer van oordeel dat de BBA-procedure onder het bereik van art. 6 EVRM valt en daarmee in strijd is. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, derde druk, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 377-378. Iets voorzichtiger, maar in soortgelijke zin, W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 352-353. De auteurs nemen het standpunt in dat verdedigbaar is dat de weigering van UWV WERKbedrijf toestemming te verlenen aan het oordeel van een onafhankelijke rechter moet kunnen worden onderworpen, omdat de beslissing de werkgever belemmert in de uitoefening van zijn recht tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Alt concludeert in zijn dissertatie van 2009 dat sprake is van strijd met art. 6 EVRM en dat mede gelet op Rapport 2007/260 van de Nationale Ombudsman van 21 november 2007 de procedure dringend aan revisie toe is. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 240-247. Een oordeel van het EHRM is bindend voor de betrokken verwerende staat. Vergelijk recentelijk

daad aanspreken wegens procedurefouten aan de zijde van UWV WERKbedrijf.<sup>30</sup> Ik twijfel overigens niet aan de inzet van betrokkenen er het beste van te maken, zij hebben het systeem niet bedacht.

Ook in de ontbindingsprocedure baseert de rechter zich op wat aannemelijk is en billijk lijkt en ontbreekt een beroepsmogelijkheid.<sup>31</sup> In de woorden van de Hoge Raad in het arrest van 27 november 2009: "In het geval van art. 7:685 gaat het om een procedure die is gericht op een spoedige beslissing in één instantie, waarin de rechter op basis van hetgeen hem aannemelijk voorkomt, beoordeelt of de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen en, zo ja, of het billijk voorkomt een vergoeding toe te kennen."<sup>32</sup> Ook hier lijkt sprake te zijn van strijd met art. 6 EVRM.<sup>33</sup> In de brief van het Ministerie van SZW van 3 juli 2007 aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid omtrent het later gesneuvelde plan-Donner tot wijziging van het ontslagrecht staat onomwonden: "In een civielrechtelijk ontslagstelsel kan de mogelijkheid van hoger beroep uiteraard niet ontbreken".<sup>34</sup> Dit standpunt acht ik juist.<sup>35</sup> Het zit dus niet goed.

Een preventieve toetsing op basis van wat aannemelijk lijkt, heeft tot gevolg dat partijen in functioneringsdisputen of bij verstoorde verhoudingen de neiging hebben te overdrijven, en in ieder geval een eenzijdig beeld geven, ter vermijding van het risico dat het UWV WERKbedrijf of de kantonrechter de indruk krijgt dat het wel meevalt met de noodzaak de relatie tot een einde te brengen. Het systeem werkt letterlijk en figuurlijk overkill in de hand en zorgt daarmee voor meer leed dan zonder preventieve toets of met betere procedures nodig is. Dat is Skylla. Charybdis is het risico dat overkill de rechter beweegt tot toekenning van een hogere vergoeding. Het tussen beide risico's laveren is kostelijk en dus ook kostbaar werk voor de ontslagindustrie. Sommige advocaten zijn meesterlijke *ghostwriters*.

---

J.H. Gerards, Het EVRM, *Ars Aequi* 2010, p. 726-729, op p. 728. Zie nog Ktr. Eindhoven 17 april 2007, *JAR* 2007/131. De kantonrechter overwoog in een ontbindingsprocedure op verzoek van een werknemer dat zij de uitkomst van de procedure bij het UWV WERKbedrijf niet behoefde af te wachten en bij hem terecht kon. Een ontbindingsverzoek voert rechtstreeks tot een oordeel van een onafhankelijke rechter als bedoeld in art. 6 EVRM, terwijl de UWV WERKbedrijf-procedure voert tot een beoordeling door een qua samenstelling onbekende commissie die niet voldoet aan art. 6 EVRM. Zie ook de jurisprudentie in de volgende noot.

<sup>30</sup> Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181 e.v. (Pally), Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12 en Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, *JAR* 1995/65.

<sup>31</sup> Vergelijk Ktr. Amersfoort 8 oktober 2009, *JAR* 2009/272. De kantonrechter overwoog dat de ontbindingsprocedure zich niet leent voor een uitgebreid feitenonderzoek, het horen van getuigen of het inwinnen van deskundigenbericht.

<sup>32</sup> HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam). Zie r.o. 4.3. De Hoge Raad overweegt dat dit heel anders ligt bij een 681-procedure: "De beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag in de zin van art. 7:681 daarentegen vindt plaats in een gewone procedure, waarin de regels van het bewijsrecht gelden, en de hoogte van de vergoeding wordt in deze procedure vastgesteld aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding) van toepassing zijn."

<sup>33</sup> Alt komt in zijn dissertatie tot dezelfde conclusie. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 230-239.

<sup>34</sup> Aanbiedingsbrief van Ministerie van SZW aan de voorzitter van de Tweede Kamer van de Tweede evaluatie Wet Flexibiliteit en zekerheid en adviesaanvraag STAR, AV/IR/2007/23064 van 3 juli 2007, p. 19.

<sup>35</sup> Ik heb eerder verdedigd (vol) hoger beroep in te voeren in L.G. Verburg, *Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure*, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 47-62, op p. 57-58 (zie voorts p. 129 voor de stemming over de stelling (vol) hoger beroep van de ontbindingsbeschikking te introduceren: een meerderheid van tweederde van de congresgangers was daarvan voorstander).

Geen enkel ander OESO-land kent een regeling als die van het BBA. Niemand heeft het Nederlandse concept als lichtend voorbeeld overgenomen. Duitsland heeft een soortgelijke regel afgeschaft in 1951.<sup>36</sup>

### 3. De verschillen tussen beide routes en de lijdensweg van ongelijkheden

De werkgever heeft de keuze tussen beide routes. Die keuze heeft verstrekkende gevolgen. Fase sprak indertijd van een weeffout in het systeem.<sup>37</sup> Een onderzoeksrapport uit 1999 stelt scherper: "Voor de werknemer is het vaak het verschil tussen al dan niet schadevergoeding, of tussen nu een vergoeding ontvangen vanwege de ontbinding of mogelijkere wijs over twee jaar na een moeizame en tijdrovende procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag."<sup>38</sup> Het verschil in looptijd tussen beide routes is inderdaad vrij bizar. Het BBA treft schuld in die zin dat het BBA de oorzaak is geweest van de ontbindingsroute en het succes daarvan. Dat heeft ook tot resultaat gehad dat niet al veel eerder bij de wetgever een juist gevoel voor urgentie is ontwikkeld ten aanzien van de noodzaak voor het ontslagrecht te komen tot ontslagprocedures met korte doorlooptijden.

Ik richt mij met name op de financiële paragraaf. Zijn de verschillen in ontslagvergoeding tussen de BBA-route en de ontbindingsroute inderdaad zo groot? Ik neem de kantonrechttersformule niet met u door. In mijn ervaring is dit zo ongeveer de best gekende formule die ons land rijk is (en voor sommigen: rijk rekt). Werknemers vinden de uitkomsten meestal mager tot redelijk. Directies ervaren de formule als hoog en soms zelfs als buitensporig<sup>39</sup>, tenminste tot het moment dat een directeur zelf met een ontslag wordt

---

<sup>36</sup> C.G. Scholtens, Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945, *ArA* 2005/3, p. 28-59, op p. 59. Van Peijpe spreekt over het feit dat wij niet moeten vergeten dat toch vooral het 'abnormale karakter' van het Nederlandse ontslagrecht, gevolg van een onder buitengewone omstandigheden gegeven decreet (het BBA), de hoge vlucht van de ontbindingsprocedure veroorzaakte. T. van Peijpe, *AW of BW?*, *SMA* 2005, p. 403-405, op p. 404. E.G. van Arkel, *A just cause for Dismissal in the United States and the Netherlands* (diss. Rotterdam), Bakelsreeks, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 9, geeft aan dat ons systeem in de wereld 'uniek' is. Een teken aan de wand.

<sup>37</sup> W.J.P.M. Fase, *Afscheid van het huidige ontslagrecht*, *SMA* 2000, p. 487-492, op p. 487.

<sup>38</sup> K. Boonstra, M. de Kleermaeker en R. Knegt, *Onderzoeksrapport 99/03, Flexibiliteit en ontslagbescherming*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, p. 15. In Ktr. Utrecht 24 juli 1996, *JAR* 1996/185, vernietigd in Rb. Utrecht 4 februari 1998, *JAR* 1998/66, oordeelde de Utrechts kantonrechter zelfs dat de keuze voor de procedure bij, toen nog geheten, het RDA het ontslag kennelijk onredelijk maakte, omdat de werknemer zodoende beroofd zou kunnen worden van een billijke vergoeding. De overweging hield (natuurlijk) in hoger beroep geen stand. Het blijft echter een memorabel moment in de ontslagrecht-saga. Een recente uitspraak die correct de lijn van de jurisprudentie volgt, betreft Ktr. Assen 25 augustus 2009, *JAR* 2009/277. Een installatiebedrijf stopt er mee vanwege de leeftijd van beide vennoten en het ontbreken van motivatie het bedrijf voort te zetten. Men vraagt toestemming tot ontslag bij CWI en zegt vervolgens op zonder een vergoeding te betalen aan de vier werknemers, waaronder eiser die als electriciën werkte sinds 1979. Eiser zoekt in zijn vordering aansluiting bij de kantonrechttersformule van vóór 1 januari 2009 met een korting van 30% (conform de toen geldende 681-formule van Hof 's-Gravenhage). De werknemers weten al vanaf 2005 van de voorgenomen bedrijfsbeëindiging en vanaf 2007 van het feit dat het nu zover ging komen. De kantonrechter overweegt dat de kennelijke onredelijkheid niet kan worden opgehangen aan het niet kiezen voor een 685-procedure. Het is voorts niet zo dat elk ontslag zonder voorziening kennelijk onredelijk is. Wil een opzegging die kwalificatie verdienen, dan moet er sprake zijn van een onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen voor de werknemer en het belang van de werkgever. De nadelige gevolgen van de werknemer zien met name op zijn arbeidsmarktpositie op de datum van opzegging. Er waren voor de werknemer meerdere mogelijkheden voor passende arbeid elders. De leeftijd van 46 jaar en de lengte van het dienstverband (een kleine dertig jaar) maken het niet anders. De kantonrechter wijst de 681-vordering af.

<sup>39</sup> WRR rapport *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 14: "Aan de ene kant zijn er problemen met de veeleisende procedure via het CWI, aan de andere kant worden de door de

geconfronteerd. Het WRR rapport 2007 refereert aan onderzoek onder werkgevers uit 2000 met de slotsom dat de ontbindingsroute qua vergoeding in vergelijking met de BBA-route vijfmaal hoger uitvalt.<sup>40</sup> Knecht deed in 2006 verslag van nieuw onderzoek waaruit naar voren kwam dat bij vergelijking van de totaalbedragen bij ontbindingen vier keer zo veel compensatie wordt verstrekt als in de BBA-route.<sup>41</sup> Bouwens stelde in 2008 dat bij ontbinding in bijna 90% van de gevallen een vergoeding volgt en na opzegging in minder dan de helft van de gevallen.<sup>42</sup> Dat stemt nagenoeg overeen met de taxatie van Buijs dat in ongeveer 50% van de 681-procedures het oordeel luidt dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.<sup>43</sup> Ik combineer dit met het gegeven dat bij vier van de vijf gerechtshoven de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag gemiddeld genomen uitkomt op 50% van de kantonrechttersformule (althans de formule die gold tot 1 januari 2009).<sup>44</sup> Blijft de werknemer in de gevallen waarin het ontslag niet kennelijk onredelijk is bevonden zonder vergoeding, en dit zal door de bank genomen het geval zijn, dan onderbouwt dit de conclusie van Knecht uit 2006 en zijn de vergoedingen in de ontbindingsroute (ook) de laatste jaren over het geheel genomen ongeveer vier keer zo hoog als de vergoedingen in de BBA-route.

De statistieken van Kruit en Loonstra over ontslagvergoedingen voor het jaar 2009 komen uit op gemiddeld 0,9 maand per dienstjaar in de gepubliceerde 681-procedures en 1,4 maand per dienstjaar in de gepubliceerde ontbindingsprocedures.<sup>45</sup> Hun conclusie komt heel wel overeen met een andere conclusie van Knecht uit 2006. Knecht berekende dat de hoogte van de 681-vergoeding gemiddeld tweederde bedraagt van die van de ontbindingsvergoeding.<sup>46</sup>

Er zit een samenhang in de gedachte dat bij ontbindingen vier keer zo veel compensatie wordt uitgekeerd, terwijl toch de 681-vergoeding op tweederde uitkomt van de ontbindingsvergoeding. Het feit dat de 681-procedure vaak zonder vergoeding blijft (circa 50% van de gevallen, bij de ontbindingsrechter ligt dit percentage veel en veel lager)), verklaart het verschil in percentages. De ontbinding keert vaker uit en per keer meer. Wij moeten met vergelijkingen overigens voorzichtig zijn. In de eerste plaats gaat het op individueel niveau slechts om het eigen resultaat. De werknemer heeft niets aan wat anderen 'gemiddeld genomen' hebben ontvangen. In de tweede plaats zijn er maar weinig gepubliceerde 681-procedures. Veel werkgevers kiezen juist voor de BBA-route met de gedachte dat bij succes voor de werkgever bij het UWV WERKbedrijf de werknemer afziet van verder procederen over de vergoeding. De 'pakkans' ligt voor de werknemer in de ontbindingsroute veel gunstiger dan bij de BBA-route. Dit geldt, zoals gezegd, voor de vraag of er überhaupt een vergoeding komt en voor de vraag hoeveel dat dan zal zijn. Dit stuurt de keuzes en het vluchtgedrag. Zoals zo vaak: de perceptie is belangrijker dan de werkelijkheid, is gelijk aan de werkelijkheid.

---

kantonrechter toegekende ontslagvergoedingen soms als buitensporig ervaren.". Een soortgelijke conclusie over de hoogte van de ontbindingsvergoeding is te vinden in het in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebrachte rapport *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, Bureau Bartels, Amersfoort, 2006 (de meerderheid van de geraadpleegde werkgevers vindt de ontbindingsvergoedingen te hoog). Zie daarover W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 7 en p. 33.

<sup>40</sup> WRR rapport *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 124.

<sup>41</sup> R. Knecht, *Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel*, SR 2006/10, 59.

<sup>42</sup> W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 27.

<sup>43</sup> Ktr. Haarlem 3 maart 2010, *JIN* 2010/332 m.nt. Buijs.

<sup>44</sup> Dit gegeven is te vinden in HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed).

<sup>45</sup> P. Kruit en C.J. Loonstra, *Statistiek ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland*, *ArbeidsRecht* 2010/6/7, 27, p. 15.

<sup>46</sup> R. Knecht, *Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel*, SR 2006/10, 59, p. 292.

Op 30 oktober 2008 besloot de Kring van Kantonrechters tot een neerwaartse bijstelling van de kantonrechtersformule.<sup>47</sup> Veel kantonrechters vonden inmiddels de oude formule te duur en gingen hun eigen weg.<sup>48</sup> De huidige formule heeft weer meer 'fractiediscipline' gebracht. Ik behoor tot de supporters van deze actie. De statistieken over 2009 laten ook het beeld zien dat de ontbindingsvergoeding ten opzichte van 2008 is gedaald.<sup>49</sup> Het verschil met de BBA-route is daardoor teruggelopen. In dezelfde periode vat bij de gerechtshoven de gedachte post in 681-procedures aansluiting te vinden bij de kantonrechtersformule. Men probeerde met deze aansluiting wat meer orde te scheppen in de chaos rond het thema van de vergoeding. De hoven legden twee varianten op tafel. Hof Den Haag had zich in oktober 2008 uit het pak losgemaakt en koos in 681-procedures voor een percentage van 70% van de formule<sup>50</sup>, de andere vier hoven kwamen medio 2009 met een maximum van 50% van de (oude) formule.<sup>51</sup> In arresten van november 2009 en februari 2010 heeft de Hoge Raad een streep door de rekening gehaald.<sup>52</sup> De kantonrechtersformule is in procedures over kennelijk onredelijk ontslag definitief onbruikbaar. Duk schreef in 2008 een artikel met de voor degenen die de aanduiding 'rampjaar' thuis kunnen brengen heldere titel: "Kennelijk onredelijk: radeloos,

---

<sup>47</sup> Er was enig debat over de vraag of de kantonrechters dat mochten doen. Merkwaardig, want als de wetgever de rechter zonder beperking in de tijd en zonder richtlijnen voor gebruik een bevoegdheid geeft, dan kan deze daarover natuurlijk vrijelijk, dat wil hier zeggen: naar billijkheid en rekening houdend met art. 3:12 BW, beschikken. Zie P.P. Rijpkema, Aanpassing van de kantonrechtersformule is geen taak voor de rechter, *NJB* 2008, p. 2165. Mijn visie is te vinden in L.G. Verburg, De nieuwe kantonrechterformule: een balancing act, *ArbeidsRecht* 2009/2, 7, p. 4-5.

<sup>48</sup> In gelijke zin P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk, *ArbeidsRecht* 2009/6/7, 31, p. 19.

<sup>49</sup> P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland, *ArbeidsRecht* 2010/6/7, 27, p. 15. In 2008 ging het om een verschil ter grootte van een maand per dienstjaar.

<sup>50</sup> Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *JAR* 2008/290 en Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *JAR* 2008/291 met commentaar van E. Verhulp, Het Haagse vermoeden van kennelijk onredelijk ontslag, *ArbeidsRecht* 2009/1, 1. Zie ook Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, *JAR* 2009/53. Vergelijk nog de bijdrage van Houweling, geschreven na de conclusie van A-G Spier inzake Van de Grijp/Stam, maar vóór het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 zelf. A.R. Houweling, Gespiede taal inzake kennelijk onredelijk ontslagformule Hof 's-Gravenhage: oude kantonrechtersformule in ere herstellen?, *TAP* 2009/7, p. 276-280.

<sup>51</sup> Hof Arnhem 21 juli 2009, *JAR* 2009/197. Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *JAR* 2009/198. Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *JAR* 2009/200. Hof Amsterdam 7 juli 2009, *JAR* 2009/217. Deze arresten zijn indertijd van commentaar voorzien door P.W.H.M. Willems, XYZ is de helft van (oud) ABC: een nieuwe hofformule voor vergoeding kennelijk onredelijk ontslag?, *TAP* 2009/6, p. 224-228.

<sup>52</sup> HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam). Zie over dit laatste arrest M.V.E.E. Jansen, De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag, *ArbeidsRecht* 2010/1, 1, D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?, *TRA* 2010/1, 4. O. van der Kind, Het Van de Grijp/Stam-arrest: de techniek klopt, maar het werkt niet, *TRA* 2010/1, 5. HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed). Zie over dit arrest in combinatie met het arrest van 27 november 2009 J.P. Quist, Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid, *TAP* 2010/2, p. 60-67, G.W. van der Voet, De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magisch-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, *TAP* 2010/3, p. 100-104, R.A.A. Duk, De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de kring van Kantonrechters: wie heeft gelijk?, *TRA* 2010/5, 46, 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, 47, D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad, *TRA* 2010/5, 50, L.G. Verburg, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 33, C.J. Loonstra, De januskop van de Hoge Raad. Over de verhouding tussen art. 7:681 BW en afdeling 6.1.10 BW, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 34, P.A. Charbon, Oost West Thuis Best, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 35, R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the Twain ever meet?, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, K.W.M. Bodewes, And what you do not know is the only thing you know, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 37, J.J.M. de Laat en D.J. Buijs, De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag, *TAP* 2010, p. 195-200, D.J. Buijs, Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard, *ArA* 2010/2, p. 25-69, en A.R. Houweling, De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen, *Ars Aequi* 2010, p. 574-578.

redeloos en reddeloos?"<sup>53</sup> Ik vermoed dat sommigen de mening zijn toegedaan dat wij toe zijn aan deel twee.

Ik geef een paar gezichtspunten. In de eerste plaats breng ik in herinnering dat de ontbindingsprocedure is begonnen als een vluchtroute. Zou de formule tot algemene maatstaf zijn verheven, dan drukt de vluchtheuvel de oorspronkelijke hoofdweg opzij. Dat betekent een afscheid van de wetsgeschiedenis rondom het kennelijk onredelijk ontslag en van veel vaste rechtspraak op dit terrein. Zo is het vaste rechtspraak dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen bij het bepalen van de kennelijke onredelijkheid van een ontslag en bij de begroting van de schadevergoeding die moet volgen, indien de rechter tot de conclusie komt dat het ontslag kennelijk onredelijk is.<sup>54</sup> De vergoeding berust niet op een begroting van de schade die daadwerkelijk uit de beëindiging voortvloeit.<sup>55</sup> De lange duur van een dienstverband vormt op zich nog geen voldoende grond voor toekenning van een vergoeding.<sup>56</sup>

De Hoge Raad heeft dit bouwwerk niet om zeep willen brengen, kon dat ook eigenlijk niet.<sup>57</sup> Compassie voor de problematiek treft u in de arresten echter niet. Ik moet bij het oordeel van de Hoge Raad onwillekeurig denken aan een concept dat wij kennen in het EU-recht. In het EU-recht kent men de regel dat rechters nationale regelgeving zoveel mogelijk dienen uit te leggen op een wijze die past bij het doel en de strekking van Europese richtlijnen. Er is een grens aan deze uitlegmethode. Die grens ligt bij een interpretatie die daadwerkelijk in strijd komt met de uit te leggen nationale regelgeving.<sup>58</sup> Getransponeerd naar de onderhavige materie past zo bezien de stelling dat de rechter aan de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen kantonrechtersformule-conforme interpretatie kan geven, nu dat tegen de wetsgeschiedenis van de regel en de daarop voortbouwende rechtspraak indruist.

Een tweede punt betreft het feit dat in de commentaren op de arresten van de Hoge Raad veel te doen is over de vraag hoe wij voortaan tot een begroting van de vergoeding komen.<sup>59</sup> Het gaat bij kennelijke onredelijkheid om een bijzondere vorm van een tekortkoming van de

---

<sup>53</sup> R.A.A. Duk, Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?, *SMA* 2008, p. 207-209.

<sup>54</sup> HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245 en *NJ* 1999, 266 m.nt. PAS (Schoonderwoert Waterwerken BV/Schoonderwoert). HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 en *NJ* 2008, 111 (Wustlich/Chromalloy Holland). HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Breed/Rutten). Met dien verstande dat het gaat om de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag (dat is het einde van de opzegtermijn) voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht. Zie HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451 m.nt. PAS (Van Rossum Makelaardij/Van Erp) en ook hier HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245 en *NJ* 1999, 266 m.nt. PAS (Schoonderwoert Waterwerken BV/Schoonderwoert).

<sup>55</sup> HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245 en *NJ* 1999, 266 m.nt. PAS (Schoonderwoert Waterwerken BV/Schoonderwoert).

<sup>56</sup> HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90 en *NJ* 1997, 561 (Cemsto/El Azzouti). HR 25 juni 1999, *JAR* 1999/149 en *NJ* 1999, 601 (Boulidam), zoals nadien uitgelegd en bevestigd in HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 en *NJ* 2008, 111 (Wustlich/Chromalloy Holland) met commentaar van Buijs in *SR* 2008, p. 155-157 en van Grapperhaus in *Ondernemingsrecht* 2008, p. 368-270.

<sup>57</sup> In die zin voorafgaand aan de arresten van de Hoge Raad bijvoorbeeld reeds G.J.J. Heerma van Voss, Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging, in: *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!* Hansma (red.), Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 35, Deventer: Kluwer 2005, p. 65-78. Zie voorts D.J. Buijs, Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard, *ArA* 2010/2, p. 25-69.

<sup>58</sup> Zie G. Betlem, Richtlijnconforme interpretatie, in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), Serie Onderneming en Recht, Deel 42-1, Deventer: Kluwer 2007, p. 97-132, op p. 127-131.

<sup>59</sup> Ik concentreer mij in de tekst op het zogenaamde 'gevolgencriterium' van art. 7:681 lid 2 sub b BW.

werkgever in zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen.<sup>60</sup> De rechter moet de vergoeding relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen.<sup>61</sup> De norm is die van het goed werkgeverschap. De vraag is welke invulling die norm in het concrete geval behoort te hebben. Daarmee raak ik aan een wezenlijk punt. De Hoge Raad spreekt over een nauw verband tussen de hoogte van de vergoeding en de omstandigheden die de rechter tot het oordeel brachten dat sprake was van een tekortkoming. De Hoge Raad spreekt in zijn arrest van 12 februari 2010 in navolging van de wetsgeschiedenis over een pleister op de wonde die in overeenstemming is met de aard en de ernst van de tekortkoming. Een nauw verband en een pleister op de wonde. Is de Hoge Raad hier op het punt van het begroten van ontslagvergoedingen bezig met een *medical mystery tour*? Ik denk van niet. Het werkelijke probleem is niet de begroting van de vergoeding. Het echte mysterie zit in het antwoord op de vraag wat in het gegeven geval voortvloeit uit de vage norm van het goed werkgeverschap. Laat mij de wonde zien en ik zal u een nauw om deze wonde sluitende pleister geven. De rechter moet nagaan wat in het specifieke geval de tekortkoming is. Indien de conclusie luidt dat de werkgever de werknemer nog een jaar financieel overeind behoort te houden, dan ziet de vergoeding op die periode en kan men concreet rekenen. Indien de rechter tot de conclusie komt dat de pijn zit in het feit dat de werkgever zich te weinig heeft ingespannen voor herplaatsing van een door lichamelijke beperkingen op de arbeidsmarkt moeilijk bemiddelbare werknemer, dan is dat misschien een complexer fractuur, maar moet het mogelijk zijn een in geld uitgedrukt nauw sluitend verband te vinden.<sup>62</sup> Het probleem is het letsel niet de schade. Daarin verschilt het ontslagrecht van de letselschadepraktijk. Daar kent men het letsel wel. De volatiliteit in de 681-procedures is van blijvende aard. Alleen de werkgever kan dit tot een oplossing brengen.<sup>63</sup>

Een derde aspect houdt verband met de aard van de ontbindingsprocedure. Hier raken wij aan de kern van de problematiek. De procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag is een gewone bodemprocedure. Het bewijsrecht is normaal van toepassing.<sup>64</sup> Partijen kunnen in

---

<sup>60</sup> HR 14 november 2008, *JAR* 2008/318 (Bonna) met commentaar van Buijs in *TRA* 2009/2, p. 20-22. HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam).

<sup>61</sup> HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Breed/Rutten).

<sup>62</sup> Het voorbeeld betreft de casus in HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/164 (Schurink/VWTI). Het spiegelbeeld - werknemer weigert een andere passende functie elders in het concern - treft men in HR 3 september 2010, *JAR* 2010/250 (Staned BV/Hille). Die weigering vormt in de visie van de Hoge Raad uiteraard een mee te wegen factor. De verwijzing naar een pleister op de wonde treft men ook in de dissertatie van Van Zanten-Baris van 2009. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009, p. 115 e.v.

<sup>63</sup> Wij zijn 55 jaar na de introductie van art. 7:681 BW nog steeds niet opgeschoten met een ordening van individuele gevallen en bijpassende vergoedingen. Levenbach schreef in 1954 dat viel te verwachten dat na een groot aantal concrete beslissingen via een kritische analyse enkele meer abstracte samenvattingen bereikt konden worden. Dit was indertijd ook de mening van de regering en de Tweede Kamer. De verwachtingen van de wetgever zijn niet bewaarheid geworden. De jurisprudentie heeft geen 'vastheid' gebracht en de gedachte uit 1954 lijkt als twee druppels water op overweging 4.6 uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009, *JAR* 2009/305. Zie M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 49-50, en mijn overpeinzing in L.G. Verburg, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 33. Waarom zou het wel lukken in de toekomst in de jurisprudentie enige harmonie tot stand te brengen, terwijl de afgelopen 55 jaar niets heeft opgeleverd?

<sup>64</sup> Vergelijk in dit verband W. Dijkshoorn en S.D. Lindenbergh, *Schadebegroting, bewijs en waardering*, *Ars Aequi* 2010, p. 538-542. De schrijvers gunnen de op het arbeidsrecht gespecialiseerde juristen een blik in de keuken van het algemeen verbintenissenrecht. Zij gaan in op de koers die de Hoge Raad vaart omtrent het antwoord op de vraag of de rechters bij het begroten van schade gebonden zijn aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijslast. De schrijvers concluderen dat het erop lijkt dat de Hoge Raad niet langer als regel

hoger beroep en cassatie. De ontbindingsprocedure heeft een bijzonder karakter. Het normale bewijsrecht is niet van toepassing en partijen kunnen niet in hoger beroep en cassatie. De ontbindingsprocedure is gericht op het verkrijgen van een spoedige beslissing omtrent het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.<sup>65</sup> De ingrediënten voor het oordeel van de ontbindingsrechter zijn aannemelijkheden en de billijkheid. Dat levert nogal eens moeilijke situaties op. Denkt u dat het werken met aannemelijkheden meestal in redelijke mate tot waarheden voert? Ik ben niet zo optimistisch. Er is altijd hoop dat de kantonrechter in staat is kaf en koren te scheiden. Maar dat is niet altijd het geval. Vergis u niet: voor sommige procespartijen zijn feiten verhalen waar je nog net mee weg komt. Lang geleden ontdekte ik dat voor meer dan een enkeling geldt: 'Erger dan de zonde is betrappt worden'. De formule is de zelf opgelegde eenheidsworst die voorkomt dat de bedragen per kantonrechter al te zeer uiteen lopen. Het bijzondere karakter van de ontbindingsprocedure loopt als een rode draad door het ontslagrecht. De populariteit heeft de ontbindingsprocedure overbelast. Het bijzondere karakter van deze procedure trekt een spoor van vernielingen. De oorzaak is steeds het BBA. Het BBA heeft gemaakt dat partijen elders hun heil zochten.

Ik plaats tot besluit een kanttekening bij de afkoopsom die in de plaats treedt voor een door de rechter opgelegde verplichting het dienstverband te herstellen. Art. 7:682 lid 4 BW gaat net als de ontbindingsvergoeding van art. 7:685 lid 8 BW uit van een naar billijkheid te bepalen vergoeding. De commentaren op de recente arresten van de Hoge Raad laten het punt rusten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze afkoopsom meer zou kunnen bedragen dan het bedrag dat voor toewijzing vatbaar is op de grond dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.<sup>66</sup> Dit valt niet zomaar te extrapoleren naar de ontbindingsvergoeding naar billijkheid van art. 7:685 lid 8 BW. Het lijkt verstandig dit onderwerp nog eens goed tegen het licht te houden.

Voor de werkgever en werknemer is en blijft het een wondere wereld. Wij dragen in ons land met verve uit dat de grondslag van het arbeidsrecht is te vinden in de gedachte van ongelijkheidscompensatie. Maar op een wezenlijk punt als de vergoeding laat de wetgever een aan niemand uit te leggen ongelijke behandeling toe van materieel gelijke gevallen.

De ongelijkheid verdiept zich nog. Kleine werkgevers kiezen veelal voor de BBA-route, beducht voor de hoge vergoedingen bij de ontbindingsrechter, grote werkgevers kiezen veelal voor de ontbindingsroute, bezorgd over de hoge meetlat en de onberekenbaarheid van de

---

hanteert dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade niet gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, maar dat het feit dat het gaat om een begroting van schade hem niettemin de nodige vrijheid biedt.

<sup>65</sup> HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 296, HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 421 (De Bode/De Hollandsche IJssel), HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 m.nt. PAS en *JAR* 1997/248 (Baijings), HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam). De kantonrechttersformule geeft aan dat de procedure in beginsel binnen een periode van 8 weken moet zijn afgerond. In 1999 toetste de Hoge Raad het ontbreken van beroep aan artikel 6 EVRM en kwam tot de slotsom dat aan dat artikel geen aanspraak op een volledige herbeoordeling van de uitspraak van de kantonrechter kan worden ontleend. Zie HR 26 november 1999, *JAR* 1999/277 en *NJ* 2000, 210 (Verhoeven/Sport Service). Zie eerder HR 3 juli 1989, *NJ* 1989, 857. Twee voorbeelden van uitglijdende ontbindingsrechtters buiten de sfeer van het bewijsrecht zijn te vinden in HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 m.nt. PAS (Woesthoff/Intershow) en HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72 (Stichting Thuiszorg Centraal Twente/Bulters). Zie omtrent uitglijdende ontbindingsrechtters ook E. Verhulp, *Ontslagrecht in beweging?*, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 11-24, op p. 15.

<sup>66</sup> *Kamerstukken I 1953-1954*, 881, MvA I, p. 2. Zie W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 22, en A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009, p. 55. Zie ook W.L. Roozendaal, *Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit*, *ArA* 2009/3, p. 22-41.

BBA-route.<sup>67</sup> Hier speelt mee dat de MKB-werkgever als eigenaar van de zaak het gevoel heeft het gelag uit eigen zak te moeten betalen. In het grotere bedrijfsleven ligt dat niet zo.

Het is nog erger. Lager personeel ontslaat men eerder via de BBA-route met de bijpassende lagere vergoeding, het management gaat er uit via de ontbindingsroute met de veel hogere vergoeding. Dit heeft ook te maken met de meetlat van de BBA-route bij functioneren en verstoorte relaties. Het bedrijfsleven komt op de hogere functie niveaus in de praktijk nauwelijks tot dossieropbouw en op de allerhoogste posities al helemaal niet. Een gebrek aan dossieropbouw voert bij een dispuut over functioneren in de BBA-route (veelal) tot een weigering van de toestemming wegens het ontbreken van waarschuwingen en andere zichtbare pogingen het functioneren zonder ontslag op een aanvaardbaar niveau te brengen.<sup>68</sup> Zwaardere managementfuncties zullen derhalve zelden of nooit op het lagere 681-vergoedingenniveau worden afgerekend. Start de werkgever ten aanzien van een manager de BBA-route, dan is ook waarschijnlijk dat de manager zelf direct een ontbindingsverzoek indient.<sup>69</sup> Denkelijk komen lagere functies in het grote bedrijfsleven wel in aanmerking voor de kantonrechttersformule. Maar dat is lang niet zeker.

Het is nog ongelijker. Uit onderzoek blijkt dat hogere inkomens hogere vergoedingen toegewezen krijgen. Niet alleen vanwege het feit dat het maatgevende loon nu eenmaal hoger is: hoe hoger het inkomen, des te meer maanden salaris ontvangt men als ontbindingsvergoeding. De formule belooft kennelijk de schouders van de veel verdiener.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> *Kamerstukken II 2004-2005, 30 109, nr. 1, p. 38-39.* Vergelijk F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006, p. 44-45, *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, Bureau Bartels, Amersfoort, 2006, p. 48 (naarmate het bedrijf groter is neemt de voorkeur voor de ontbindingsrechter significant toe) en L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer 2008, p. 27-29. De OECD Employment Outlook 2004, p. 70, stelt: "*These two ways of ending an employment relationship are rather different. Civil courts usually dissolve the employment contract but require relatively high severance pay for the employee. In addition, there is no appeal possible against the decision of the Civil Court to dissolve the employment contract. On the other hand, no severance pay is required if the procedure is conducted via the CWI but the outcome is more uncertain and, after the CWI has approved the dismissal and the notice period has passed, the dismissed employee can still ask court compensation for unfair dismissal and reinstatement. These differences could explain why, in practice, large companies prefer the dismissal procedure via Civil Court despite its higher monetary cost. Conversely, small businesses often prefer the CWI-procedure for providing a preventive judgment on whether the wanted dismissal is fair or not. By doing so, small businesses protect themselves against the risk of having to pay high compensation in case of unfair dismissal.*"

<sup>68</sup> Vergelijk R.A.A. Duk, *Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the Twain ever meet?*, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36. Op p. 20 stelt Duk: "Wanneer een werkgever kiest voor een ontbindingsprocedure in plaats van een verzoek ex art. 6 BBA, dan vindt dat voor een – vermoedelijk niet onbelangrijk – deel zijn oorzaak hierin dat zijns inziens weliswaar een deugdelijke grond voor ontslag aanwezig is, maar die grond naar zijn verwachting (of die van zijn raadsman) niet door het UWV WERKbedrijf zal worden gehonoreerd. De verklaring dat de kantonrechter in zo'n geval te gemakkelijk ontbindt, is niet overtuigender dan die dat het UWV WERKbedrijf te hoge eisen aan het aannemelijk maken van de ontslaggrond stelt, bijvoorbeeld door het verlangen van (niet speciaal voor de ontslagprocedure, dus 'achteraf', opgesteld) schriftelijk bewijs van disfunctioneren van een voor ontslag voorgedragen werknemer."

<sup>69</sup> Deze mogelijkheid is niet aan banden gelegd in HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburger-Pekel). Ik doel niet op het vragen van ontbinding na het moment waarop de werkgever toestemming ontving van UWV WERKbedrijf. Het gaat om het indienen van een ontbindingsverzoek door de werknemer kort na het moment waarop hij begrijpt dat de werkgever de BBA-route kiest. Zie over de beschikking van de Hoge Raad van 11 december 2009 R.M. Beltzer, *Het ontslagrecht blijft dual*, art. 7:685 BW onder druk, *ArbeidsRecht* 2010/3, 11 en E. Verhulp, *Geen één-tweetje: opzeggen en ontbinden*, *TRA* 2010/2, 13.

<sup>70</sup> R. Knecht, *Ontslagvergoedingen in een dual ontslagstelsel*, *SR* 2006/10, 59, p. 290 en p. 292. Knecht krijgt bijval van F.B.J. Grapperhaus, *De kredietcrisis en de gemiste kansen in het arbeidsrecht*, *TRA* 2009/5, p. 3-4. Grapperhaus stelt: "Hoe verder je klimt op de maatschappelijke ladder, hoe hoger de factor C automatisch wordt".

Het ziet er een spa dieper nog donkerder uit. Veel lager betaalde werknemers uit het kleinere bedrijfsleven komen zonder veel vergoeding ('goedkoop') op straat te staan en ondervinden het nadeel van een arbeidsmarkt die juist uitgaat van en rekening houdt met forse ontslagvergoedingen met een bijbehorend beducht zijn voor het aangaan van vaste dienstverbanden.<sup>71</sup> Hun positie lijkt zodoende, eenmaal (toch) ontslagen, op die van een *worst case scenario*.

Kortom, ons systeem werkt ongelijkheid in de hand: ongelijkheid tussen de 681-vergoeding en de ontbindingsvergoeding, ongelijkheid tussen kleiner en groter bedrijfsleven, ongelijkheid tussen lager personeel en hoger personeel.

Ons ontslagsysteem heeft niet de contouren van het Belgische ontslagsysteem met een wettelijk onderscheid tussen arbeiders ('blauwe boorden') en bedienden ('witte boorden'). In België worstelt men met het onderwerp sinds een arrest van het Belgisch Arbitragehof van 8 juli 1993. Het Arbitragehof oordeelde dat de Belgische wetgever door het onderscheid in ontslagniveaus tussen arbeiders en bedienden te baseren op manuele respectievelijk intellectuele arbeid een verschil in behandeling heeft gegrond op een criterium dat in 1993 niet langer objectief en redelijk was.<sup>72</sup> Wij kunnen evenwel niet ontkennen dat wij in feite in Nederland met een welhaast onzichtbare hand een bouwwerk in elkaar hebben gezet dat qua uitkomsten dezelfde naargeestige tinten heeft als dat van onze zuiderburen. Sinds enige tijd pogen twee bemiddelaars de standpunten omtrent een oplossing van de Belgische problematiek te overbruggen. Het is een gedachte de koppen over en weer bij elkaar te steken en te bezien of er iets van elkaar te leren valt.

Ik plaats nog twee 'terzijdes':<sup>73</sup>

Het is niet onwaarschijnlijk dat het risico van een hoge ontbindingsvergoeding onder omstandigheden werkgevers er van weerhoudt, ondanks een minder goed functioneren van de

---

<sup>71</sup> De volgende observatie van de OESO uit 2004 geeft nog wat extra stof tot nadenken: "...*severance payments may not be sufficient for individuals who are at high risk of long-term unemployment, while individuals with more secure labour market status, such as highly-educated workers, may be overcompensated*". Policy Brief OECD 2004 Employment protection: the costs and benefits of greater job security, p. 4. Loonstra stelt het nog weer anders: "Te weinig werknemers krijgen bij einde dienstverband te veel en te veel werknemers ontvangen bij einde dienstverband te weinig (of niets)." C.J. Loonstra, Het systeem van het ontslagvergoedingsrecht, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 309-326, op p. 324.

<sup>72</sup> Belgisch Arbitragehof, arrest nr. 56/93 van 8 juli 1993. In rechtsoverweging B.6.2.1 staat: "Door het onderscheid tussen arbeiders en bedienden te baseren op de voornamelijk manuele respectievelijk intellectuele aard van hun werk, heeft de wetgever een verschil in behandeling gegrond op een criterium dat de invoering ervan op dit ogenblik bezwaarlijk objectief en redelijk zou kunnen verantwoorden. Die vaststelling leidt evenwel niet tot het besluit dat de wetgever, door dat onderscheid in de wet van 3 juli 1978 niet meteen en volledig te doen verdwijnen maar het enkel te verzachten, de artikelen 6 en 6 bis van de Grondwet zou hebben geschonden." Het Arbitragehof constateert dat het onderscheid terug gaat tot het begin van de vorige eeuw. Het Arbitragehof komt niet tot de conclusie dat de Grondwet is geschonden door een wet van 3 juli 1978, omdat deze wet tot doel had het onderscheid te verzachten. Het arrest maakt evenwel duidelijk dat een geleidelijke harmonisering onontkoombaar is. Ik begrijp dat met de regelmaat van de klok Belgische arbeiders het gunstiger statuut voor bedienden bij de rechter claimen en niet zonder succes. Overigens bestaat het onderscheid tussen *white collar* en *blue collar employees* sinds jaar en dag in veel Europese landen. Er is veel meer werk aan de winkel van het gelijkheidsbeginsel dan alleen in België en Nederland.

<sup>73</sup> Tijdens de oratie van 7 oktober 2010 verving ik deze *terzijdes* door een gedicht: D'ontslagene kijkt voor zich uit/ Verontwaardigd als hij is/ Zijn leven lijkt totaal verbruid/ Hij voelt zich een gemis/ Een functionaris van PZ/ Vertelde het rond twee/ Het staat al op het intranet/ Hij is nu een dossier/ De boodschap was zwaar aangekleed/ Een splinterdun betoog/ Dat egocentrisch aan hem vreet/ Een balk in 't verkeerde oog/ Er breekt iets in zijn hart en ziel/ En 't sublimeert frustratie/ Dit kost hen zeker honderd mille/ Aan (ver)ongelijk(t)heidscompensatie.

betrokkene, de relatie met een hogere functionaris te beëindigen.<sup>74</sup> Of dit bevorderlijk is voor de resultaatontwikkeling, laat ik aan de verbeelding. Indien het de allerhoogste posities betreft, speelt dit fenomeen tevens een (voor onze economie negatieve) rol bij internationaal gestuurde investeringsbeslissingen.

Het is en blijft curieus dat een manager met bijvoorbeeld een basis salaris van twee ton de bescherming van het BBA geniet, terwijl deze bescherming niet toekomt aan de bestuurder van een N.V. en B.V., ook als deze bestuurder veel minder verdient. Bedenk daarbij dat de Hoge Raad in 1992 aangaf dat de positie van de bestuurder met een dienstverband niet veel verschilt van die van andere met leidinggevende taken belaste werknemers.<sup>75</sup> Het feit dat onderwijzend en docerend personeel van onderwijsinrichtingen (achtergrond: vrijheid van onderwijs), inclusief het niet-onderwijzend personeel in de onderwijswereld, personen die een geestelijk ambt bekleden (achtergrond: vrijheid van godsdienst) en klein huishoudelijk personeel geen BBA bescherming hebben, is in vergelijking met een manager met een inkomen van 'twee ton plus' vanuit de gedachte van ongelijkheidscompensatie al helemaal onuitlegbaar.

#### 4. Het ontslagrecht is onoverzichtelijk, een doolhof

Ik volsta met een enkel voorbeeld.<sup>76</sup>

Een eenvoudige ontbindingsprocedure zonder egards voor het bewijsrecht en voorzien van een appelverbod geeft complicaties ten aanzien van de afbakening van geschillen. Welke disputen tussen werkgever en werknemer kan de ontbindingsrechter beslissen en wat hij moet laten aan andere (bodem)procedures? Het gaat bij de ontbindingsprocedure over de ontbinding en de vergoeding die in dat kader naar billijkheid aan een van beide partijen toekomt. Hoe zit het met een dispuut over teveel of te weinig betaald loon, ruzie over het

<sup>74</sup> De wetgever kent dat aspect. Vergelijk *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 730, nr. 3, p. 7: "Ook wordt hiermee voorkomen dat werkgevers wegens hoge kosten en ingewikkelde procedures werknemers langer vasthouden dan economisch wenselijk is". Het is overigens niet gelukt die hoge kosten en ingewikkelde procedures te voorkomen.

<sup>75</sup> HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 m.nt. PAS (Levison/MAB). Vergelijk over deze materie mijn oratie L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder* (oratie), Serie Onderneming en Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer, 2008, p. 23-32. Het Ontheffingsbesluit betreffende bestuurders van de N.V. en B.V. dient men daarenboven welbeschouwd juist ruim te interpreteren. Zie HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 234 (Binnenbroek/Sciagroep N.V.).

<sup>76</sup> De verwijzing naar een 'onoverzichtelijk' en 'onbegrijpelijk' systeem dateert al van het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw. Zie H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 308. Zie ook bijvoorbeeld P.F. van der Heijden, *Ontslagindustrie*, in: OR Informatie 24 oktober 2003, p. 14-15, E. Verhulp, *Ontslagrecht in beweging?*, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 11-24, op p. 13 e.v., F.B.J. Grapperhaus en T. Schils, *Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, *SR* 2007, p. 351-358, en R.M. Beltzer, *Het ontslagrecht blijft dual, art. 7:685 BW onder druk*, *ArbeidsRecht* 2010/3, 11. Het feit dat het systeem onoverzichtelijk is en een doolhof vormt, laat onverlet dat men vanuit wetstechnisch oogpunt een positief oordeel kan vellen. In V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk en A.R. Houweling, *Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?*, *TAP* 2009 (Special 3), p. 4-16, komen de auteurs tot de conclusie dat de wetgever met gepaste trots mag terugkijken op de eerste tien jaar uitwerking van de Flexwet in de rechtspraak. Ik lees dit in de zin dat de wetgevingsjuristen goed werk hebben afgeleverd. Oftewel: het is een solide doolhof (Engelsen zouden zeggen: *there is system in the madness*). Zouden de auteurs hebben bedoeld aan te geven dat de door de wetgever gemaakte keuzes rechtvaardig zijn, dan zou sprake zijn van een cynische benadering. De auteurs kiezen in mijn lezing die benadering niet en terecht niet.

bedrag van de bonus over het lopende bonusjaar, claims op grond van strijd met het goed werkgeverschap tijdens het dienstverband, de vergoeding in verband met een bedrijfsongeval en andere disputen die partijen op tafel weten te krijgen? Wat mag de ontbindingsrechter en wat valt buiten zijn schootsveld? Het is vaak, mede uit het oogpunt van samenhang tussen vorderingen, van belang dat alles zoveel mogelijk tegelijk tot een afronding komt. Complexe geschillen laten zich lastig in het keurslijf van een ontbindingsprocedure oplossen op een manier die past in het procesrecht van een beschaafd land. Het toenemend gebruik van de ontbindingsprocedure heeft dit soort vragen opgeroepen. De Hoge Raad heeft vanaf 1997 in een dozijn arresten de koers uitgezet.<sup>77</sup> Men spreekt over de Baijings-leer naar de naam van de werknemer uit het eerste arrest in de reeks.<sup>78</sup>

De Hoge Raad heeft duidelijk de afdeling planning van de NS op bezoek gehad en een uitvoerig spoorboekje gefabriceerd. Maar er zijn de nodige kleine lettertjes en voetangels en klemmen gebleven. Er is sprake van een soort drietrapsraket in de benadering van de materie: (i) ten aanzien van aanspraken die zijn gegrond op hetgeen de redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werkgeverschap meebrengen in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, heeft te gelden dat in de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoals neergelegd in art. 7:685 BW, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (of aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen en na te laten) in beginsel ten volle, onder meeweging van alle voor zijn oordeel relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is; (ii) deze regel geldt echter niet ten aanzien van aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking, hun grondslag vinden in de periode voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon,<sup>79</sup> en (iii) tot slot dient de bodemrechter na te gaan of feiten toch al zijn verdisconteerd in de hoogte van de ontslagvergoeding die de

---

<sup>77</sup> HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 *NJ* 1998, 257 m.nt. PAS, met commentaar van Rood in *TVVS* 1998, p. 60 e.v. (Baijings/Mr X samenloop van 7:685 en 6:248, Baijings I). HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 en *NJ* 1999, 644 m.nt. Stein (Tulkens/FNV, samenloop van 7:685 en 7:611, Baijings II). HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251 en *JAR* 2001/14 (Intramco/Grotenhuis, Baijings III). HR 2 november 2001, *JAR* 2001/255 en *NJ* 2001, 667 (Elverding & Kruijff/Wienholts, Baijings IV). HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/66 en *NJ* 2003, 210 m.nt Heerma van Voss (TNO/Ter Meulen, Baijings V); de Hoge Raad verwijst in dit arrest mede naar HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499 (Schreuder). HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/67 en *NJ* 2003, 211 m.nt Heerma van Voss (Guérand/PTT Post BV, Baijings VI). HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/39 en *NJ* 2003, 231 (Van Ravenswade/ING, Baijings VII). Zie ook de conclusie van AG Huydecoper voor dit arrest met zijn bespreking van de vijf tekortkomingen van de werkgever die zowel in een ontbindingsprocedure plegen te worden aangevoerd, maar ook daarbuiten aan een separate vordering ten grondslag kunnen worden gelegd (hetgeen nog niets zegt over de toewijsbaarheid). HR 7 november 2003, *JAR* 2003/295 (Visser/Van Lee Veghel Beheer, Baijings VIII). HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112, *RvdW* 2004, 58 (Blakborn/Drankencentrale, Baijings IX). HR 2 april 2004, *JAR* 2004/114 (Tjemkes/ABNAMRO, Baijings X). HR 25 juni 2004, *JAR* 2004/169 (Stichting De Zonnehof/Swart, Baijings XI). HR 10 december 2004, *JAR* 2005/12 (Vermeulen/DE, Baijings XII).

<sup>78</sup> De aan de Baijings-leer enigszins verwante materie van het effect van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden op verzoek van de werknemer kwam aan de orde in HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 m.nt. PAS (Deuss) en nadien in HR 11 oktober 2002, *JAR* 2002/261 (Dalle Vedove/MAB). De complicerende factor is dat in deze situatie de ontbindingsrechter geen vergoeding mag toekennen. De werknemer is daarna nog wel gerechtigd in een bodemprocedure de schade te vorderen die de werknemer lijdt ten gevolge van het uit die wanprestatie van de werkgever voortvloeiende verloren gaan van zijn dienstbetrekking.

<sup>79</sup> In de woorden van de Hoge Raad in r.o. 3.4 van HR 10 december 2004, *JAR* 2005/12 (Vermeulen/DE, Baijings XII).

ontbindingsrechter toekende. Dit laatste aspect ziet op de omstandigheid dat feiten in de ontbindingsprocedure aan de orde komen en vervolgens wederom in latere procedures een rol krijgen. Dat mag en kan ook succesvol zijn, indien althans de claim in zo'n latere procedure een andere grondslag kent.<sup>80</sup>

Een aparte plek in de Baijings-reeks heeft de materie van de samenloop van de ontbindingsvergoeding met een contractuele vertrekregeling. Stel het geval dat in de arbeidsovereenkomst staat, dat de werknemer bij beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever een jaar salaris meekrijgt. De ontbindingsrechter wordt daar niet van op de hoogte gesteld of de werkgever betwist het van toepassing zijn van de clause. Hoe dient de ontbindingsrechter hiermee om te gaan? De Hoge Raad geeft aan, dat als in de ontbindingsprocedure een beroep wordt gedaan op een contractuele vertrekregeling, de ontbindingsrechter bij zijn oordeel over de toekenning van een billijkheidsvergoeding die regeling mede in zijn beschouwingen moet betrekken. Een vordering tot nakoming van een contractuele regeling is echter een andersoortige aanspraak en kan in een afzonderlijke procedure worden geldend gemaakt. Bij onbekendheid van de ontbindingsrechter met zo'n vertrekregeling moet de rechter de ontbindingsvergoeding in een nakomingsprocedure in de beschouwing betrekken, indien het debat tussen partijen daartoe aanleiding geeft. De toets is dan of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werkgever moet nakomen (art. 6:248 lid 2 BW). Dit zal slechts bij hoge uitzondering het geval zijn. Is de ontbindingsrechter wel bekend met de vertrekregeling, dan moet de ontbindingsrechter bij het bepalen van de billijkheidsvergoeding er van uitgaan dat die vertrekregeling wordt nagekomen, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat dit in het betrokken geval niet mag worden verwacht.<sup>81</sup> Zo behield mevrouw Swart haar recht op een in de CAO neergelegde wachtgeldregeling in de situatie dat de ontbindingsrechter een vergoeding had toegekend zonder te weten van die wachtgeldregeling. Ik neem aan dat de werkgever in de ontbindingsprocedure niet over de wachtgeldregeling was begonnen, omdat de wachtregeling sprak over een van toepassing zijn bij een 'ontslag verlenen'. De werkgever stelde in ieder geval in de nakomingsprocedure dat men dit begrip zo moet opvatten dat een ontbinding door de kantonrechter er niet onder valt. De werkgever kreeg met dat standpunt geen gelijk en moest dus wederom de portemonnee trekken.<sup>82</sup>

Een ander onderwerp dat in de ontbindingsprocedure wel eens brokken maakt, betreft de afwikkeling van de variabele beloning. Ik doel niet op cashbonussen, maar op de ingewikkelder *long term incentive*-plannen (het LTI-plan). Denk aan de jaarlijkse toekenning van aandelen die eerst drie jaar later, indien bepaalde doelstellingen zijn behaald, ter beschikking van de werknemer komen. Steevast geldt de voorwaarde dat de werknemer aan het einde van de periode van drie jaar nog in dienst is. Wat moet de ontbindingsrechter hiermee bij een ontbinding op initiatief van de werkgever binnen de periode van drie jaar? Vooral bij dienstverbanden met de Nederlandse dochtervennootschap van een internationaal

---

<sup>80</sup> HR 7 november 2003, *JAR* 2003/295 (Visser/Van Lee Veghel Beheer, Baijings VIII).

<sup>81</sup> HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112 (Blakborn/Drankencentrale, Baijings IX).

<sup>82</sup> HR 25 juni 2004, *JAR* 2004/169 (Stichting De Zonnehof/Swart, Baijings XI). De rechter overwoog daarbij dat werkgevers anders de ontbindingsroute kunnen gebruiken om onder de wachtgeldregeling uit te komen. Vergelijk ook C.J. Loonstra en L.G. Verburg, Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding, *ArA* 2005/1, p. 48-75. Recente voorbeelden van het moeten betalen van de ontbindingsvergoeding naast een contractuele aanspraak zijn KTR Breda 14 januari 2009, *JAR* 2009/80 (wachtgeldregeling en ontbindingsvergoeding) en Hof Amsterdam 16 maart 2010, *JAR* 2010/178 (TomTom; het Hof kent de contractuele vergoeding van EUR 262,000 bruto integraal toe aan de directeur zonder rekening te houden met het feit dat de werkgever in het kader van een ontbindingsprocedure al EUR 30,000 bruto heeft moeten vergoeden).

concern met een buitenlandse moedervenootschap kan het LTI-plan behoorlijk lastig in elkaar steken. De Hoge Raad is van oordeel dat een Nederlandse werkgever met het effect van het einde van de arbeidsrelatie op LTI-plannen rekening moet houden en legt daarmee het onderwerp op het bord van de ontbindingsrechter.<sup>83</sup> Ik vond en vind dat niet verstandig. Het is niet altijd zo dat werkgever en werknemer of hun raadslieden zelf precies begrijpen hoe een complexer aandelenplan werkt. En voorzover ze dat wel weten, zal men niet meer dan een minuut of vijftien de ruimte hebben de ontbindingsrechter uitleg te geven. Vaak zijn werkgever en werknemer het niet eens. Of de uitleg dan de nodige helderheid verschaft, is de vraag. De omstandigheid dat buitenlands recht op het LTI-plan van toepassing is, betekent dat de juiste uitleg van de tekst van het plan wel eens verloren gaat. Zeker, in de visie van de Hoge Raad en onze wetgever beschikt de ontbindingsrechter gelukkig over een niet voor hoger beroep vatbaar intuïtief inzicht. Zelf denk ik dat het beter is niet uit te gaan van zoveel onfeilbaarheid. Wat voor de een billijk en redelijk is, is bovendien voor de ander een variant op het Wall Street thema: *Greed is good*. Of de ontbindingsrechter altijd duidelijk aangeeft welk deel van de vergoeding betrekking heeft op zijn inschattingsvermogen op LTI-gebied en welke invloed dat later heeft op de contractuele rechten die de werknemer nog pretendeert te hebben, is natuurlijk niet meer dan een voetnoot in de chaos van ons ontslagrecht. Waar gehakt wordt, vallen spaanders.

Het is niet mogelijk disputeren over de werking van een concurrentiebeding gelijktijdig in de ontbindingsprocedure op te lossen, terwijl partijen de hoogte van de ontbindingsvergoeding en het al of niet gebonden worden aan een concurrentiebeding vaak als onlosmakelijk verbonden beschouwen.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> De Hoge Raad acht het, in lijn met de Baijings-leer, ongewenst niet alle relevante factoren in de ontbindingsprocedure mee te wegen. Indien het toch gebeurt, dan kan men de aanspraak in een afzonderlijk geding tegen de werkgever aan de hand van de eisen van de redelijkheid en billijkheid beoordelen. Het gaat derhalve niet om een vordering tot schadevergoeding. Het betreft een vergoeding die de bodemrechter op de voet van art. 7:685 lid 8 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid toekent. Het oordeel zal mede mogen berusten op een gemotiveerde schatting, aan het intuïtieve inzicht van de rechter komt betekenis toe. Als peildatum voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding geldt de datum van de ontbindingsbeschikking. Dit voorkomt dat er verschil ontstaat tussen een wel meewegen door de ontbindingsrechter, zoals eigenlijk volgens de Hoge Raad behoort, en het niet meewegen. Zie HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/Van Wielink, Baijings XIII). Een belangrijk arrest over de LTI en het einde van het dienstverband betreft HR 12 juni 1998, *JAR* 1998/183 (Cicurel/Alcatel). Zie verder over de materie F.B.J. Grapperhaus en A. Stege, Het optievervalbeding en de schadevergoeding bij einde dienstverband, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 464 e.v., F.B.J. Grapperhaus, Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?, *ArbeidsRecht* 2001/4, 21, G.C. Boot, Vergoeding van schade en optievervalbeding, *SMA* 2001, p. 315-320, M. van Eck, Optierechten bij einde arbeidsovereenkomst: vergoed of voortgezet?, *Arbeid Integraal* juni 2001, p. 83-88, K.W.M. Bodewes, De ontslagvergoeding in de praktijk, *ArbeidsRecht* 2001/8/9, 44, L.G. Verburg, Werknemersopties en einde dienstverband, *ArA* 2001/3, p. 52-69, J.M. van Slooten, Uitleg optieregeling. Onduidelijkheden voor rekening werkgever, *SR* 2003, 7 en K.W.M. Bodewes en A. Baris, Baijings: hoe ging het verder?, *ArbeidsRecht* 2008/12, 60. Recente lagere jurisprudentie over het onderwerp: Ktr. Amsterdam 10 augustus 2009, *JAR* 2009/257 en Ktr. Amsterdam 20 januari 2010, *JAR* 2010/57.

<sup>84</sup> In 2004 legde ik vanwege deze samenhang de wens op tafel dat de ontbindingsrechter disputeren over het concurrentiebeding moet kunnen oplossen. Zie L.G. Verburg, Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 47-62, op p. 62. Die wens vloeide voort uit het feit dat kort tevoren de door de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel op 15 november 2000 voorgestelde plannen tot wijziging van het ontslagrecht ten grave waren gedragen op grond van de inhoud van het advies van de Stichting van de Arbeid van 15 juli 2003 inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (Publicatienr. 7/03). Het had op dat moment weinig zin te bepleiten de beslechting van een geschil over de werking van een concurrentiebeding en de beslechting van een geschil over het einde van de relatie in één (bodem)procedure te bewerkstelligen door afschaffing van het BBA en de ontbindingsroute. Het is het verhaal van Mohammed en de berg, waarbij mijn wens uit 2004 de indertijd meest haalbare (second best) oplossing leek. Het later in de Eerste Kamer gesneuvelde wetsvoorstel tot aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding (*Kamerstukken* 28 167) gaf de ontbindingsrechter de bevoegdheid te

Een goed voorbeeld van de onoverzichtelijkheid treffen wij bij het ontslag op staande voet.<sup>85</sup> Krachtens art. 9 BBA is een opzegging zonder toestemming van UWV WERKbedrijf vernietigbaar. Deze regel geldt niet bij een geldig ontslag op staande voet, maar dan moet het ontslag wel een dringende reden hebben. Daarover kan men pittig procederen. De werknemer heeft zes maanden de tijd de vernietigingsgrond in te roepen. In de praktijk begint de op staande voet ontslagen werknemer altijd, bij wijze van spreken zonder verder nadenken, de strijd met het inroepen van de vernietiging van de opzegging. Voor men het weet, is men een procedure of acht verder en als het een beetje tegenzit, zijn partijen minstens één keer bij de Hoge Raad langs geweest.

Soms start de werknemer met een kort geding tot doorbetaling van loon en wedertewerkstelling met als argument dat aannemelijk is dat het ontslag op staande voet bij de bodemrechter onderuit gaat. Die actie kan succesvol zijn.<sup>86</sup> Het is vrijwel standaard dat de werkgever na een gegeven ontslag op staande voet een voorwaardelijk ontbindingsverzoek indient bij de kantonrechter. De werkgever doet dit om het risico uit te bannen dat het ontslag op staande voet jaren later bij de bodemrechter onderuit gaat en hij verplicht is over de tussenliggende periode het salaris te betalen, terwijl het dienstverband nog voortduurt.<sup>87</sup> Het gaat om een voorwaardelijk verzoek: de ontbinding is bedoeld slechts 'van waarde' te zijn voor het geval dat later in een bodemprocedure blijkt dat het ontslag op staande voet geen stand houdt en dus wordt getroffen door de vernietiging op grond van art. 9 BBA wegens het ontbreken van een ontslagvergunning (niet nodig bij een geldig ontslag op staande voet, wel nodig zonder een dringende reden). De Hoge Raad heeft in 1983 deze tegenzet van de werkgever aanvaard.<sup>88</sup> Slaagt het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever, dan beperkt dit de loonvordering van de werknemer vanaf de datum van het ontslag op staande voet tot de periode dat het dienstverband bij verlies van het ontslag op staande voet nog heeft geduurd tot de ontbindingsdatum. Stel dat de ontbindingsrechter inderdaad op verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding overgaat zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. Stel dat de voorwaardelijke ontbindingsdatum slechts een twee maanden later valt dan de datum van het ontslag op staande voet. Houdt de werknemer vast aan de vernietiging van het ontslag op staande voet, dan is bij winst van dat dispuut zijn claim

---

oordelen over disputen tussen partijen over de werking van het concurrentiebeding. Het wetsvoorstel hield echter vast aan de gedachte dat ten aanzien van het geschil over het concurrentiebeding hoger beroep en cassatie mogelijk was. Het wetsvoorstel zou, als het de eindstreep had gehaald, de onoverzichtelijkheid van het ontslagrecht ten dele hebben opgelost en voor een ander deel nieuwe onduidelijkheid hebben gegeven.

<sup>85</sup> Kuip stelt dat art. 6 BBA en de sanctie van art. 9 BBA het ontslag op staande voet onder 'grote spanning' hebben gezet. S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1993, p. 435. De Laat stelt terecht dat de voorwaardelijke ontbinding een typisch product is van het duale stelsel. J.J.M. de Laat, *Ontbinding ontbonden?*, in: *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw*, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 295-307, op p. 305.

<sup>86</sup> HR 28 mei 2004, *NJ* 2004, 602 en *JAR* 2005/11 met commentaar van Buijs in *SR* 2005, p. 25-27. De rechter moet onderzoeken of de vordering voldoende aannemelijk is, of een spoedeisend belang bestaat, terwijl bij de afweging van de belangen van partijen mede het restituterisico moet worden betrokken. Zie ook Ktr. Venlo (vzr.) 27 juni 2003 en Ktr. Venlo 27 juni 2003, *JAR* 2003/217, Rb. Utrecht (vzr.) 10 februari 2004, *JAR* 2004/43, Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 april 2009, *JAR* 2009/139.

<sup>87</sup> Die claim komt op tafel, tenzij de bodemrechter naar aanleiding van een verzoek tot matiging gelet op alle omstandigheden van het geval tot de conclusie komt dat sprake is van een onaanvaardbaarheid, mede in aanmerking genomen de wanverhouding tussen de gewerkte en niet gewerkte periodes. Zie HR 16 april 2010, *JAR* 2010/124. In Hof Amsterdam 10 juni 2004, *JAR* 2004/183 werd zelfs voorwaardelijk ontbonden voordat de werknemer de vernietiging had ingeroepen. Hof Amsterdam oordeelde dat de ontbindingsrechter niet buiten het bereik van art. 7:685 BW was getreden.

<sup>88</sup> HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 296 m.nt. PAS (Nijman/X).

beperkt tot het loon over twee maanden. Kan de werknemer met dit vooruitzicht op zijn schreden terugkeren, zich neerleggen bij het eerdere ontslag, maar dan met de stelling dat door het ontbreken van een dringende reden de werkgever schadeplichtig is en dus het loon over de niet in acht genomen opzegtermijn moet betalen met daarenboven een bedrag wegens de kennelijke onredelijkheid van het ontslag? Kan de werknemer met andere woorden na zo'n ongunstig verlopen voorwaardelijke ontbindingsprocedure een switch maken en de BBA-vernietiging alsnog inruilen voor een poging de schadevergoedingen te incasseren die het BW kent? Het antwoord luidt bevestigend, dat is inderdaad mogelijk.<sup>89</sup> Het gebeurt ook met de regelmaat van de klok.<sup>90</sup> Stel nu dat de ontbindingsrechter op verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding overgaat met toekenning van een ontbindingsvergoeding. Kan de werknemer deze vergoeding executeren of moet hij wachten tot het moment dat in de bodemprocedure het ontslag op staande voet onderuit is gegaan? Is het gewoon een kwestie van afwachten of gaat het om een zaak die in een executiegeschil in het kader van een belangenafweging bij de rechter ter beoordeling is?<sup>91</sup> En wat is het geval, indien in de bodemprocedure het ontslag geen stand houdt en de werkgever in hoger beroep gaat. De praktijk worstelt, de Hoge Raad moet de knopen nog definitief doorhakken. De argeloze werkgever die zijn werknemer op staande voet ontslaat, komt net als de werknemer in een mijnenveld terecht, waarin de ontslagindustrie vele overuren moet maken. Dit ligt niet aan de ontslagindustrie en ook niet aan de procespartijen zelf. De oorzaak is het BBA.

Het BBA geeft in geschillen met internationale aspecten nog extra complicaties.<sup>92</sup> Ik noem de situatie dat de werknemer weliswaar in Nederland werkzaam is, maar in het buitenland is geworven, geen Nederlandse nationaliteit heeft en waarschijnlijk aan het einde van het dienstverband niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvalt. Stel u de situatie voor dat een Engelsman in ons land werkt, zijn gezin niet heeft meegenomen en alleen in het weekend naar huis gaat. Hij is de Nederlandse taal niet machtig en is gerechtigd tot de speciale fiscale behandeling die wij voor dit soort gevallen in het leven hebben geroepen. Is het BBA van toepassing? Tot voor kort luidde het oordeel steevast: dat hangt er van af en wel met name

---

<sup>89</sup> HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 171 (Dibbets/Pinckers). HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/155 en *NJ* 2003, 125 m.nt. Heerma van Voss (Greeven/Connexion). Het vervolg van deze zaak: Hof Amsterdam 1 mei 2003, *JAR* 2003/144. Zie over deze materie G.C. Boot, De switch, *ArbeidsRecht* 2002/10, 53, E. Verhulp, Na de voorwaardelijke ontbinding, *ArbeidsRecht* 2003/1, 6 en M.W.A.M. van Kempen, De switch; is iets zo omdat het zo zou moeten zijn?, *ArbeidsRecht* 2008/10, 46. Een recent voorbeeld van een switch geeft HR 18 december 2009, *JAR* 2010/19 (Mostert/Van den Bogerd). De werknemer switchte mede met het doel het concurrentiebeding van tafel te krijgen (art. 7:653 lid 3 BW).

<sup>90</sup> Ktr. Delft 15 december 2005, *JAR* 2006/54. Hof 's-Gravenhage 21 maart 2008, *LJN* BC7748. Zie voor verdere rechtspraak en een bespreking van de 'civielrechtelijke' en 'sociaalrechtelijke' benadering M.W.A.M. van Kempen, De switch; is iets zo omdat het zo zou moeten zijn?, *ArbeidsRecht* 2008/10, 46. Een dubbele switch werd niet mogelijk geacht in Ktr. Enschede 17 oktober 2006 en 27 februari 2007, *JAR* 2007/79.

<sup>91</sup> J.M. van Slooten, De opeisbaarheid van de vergoeding bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, *ArbeidsRecht* 2000/3, 18. S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n), Deel 1 *ArbeidsRecht* 2002/4, 24 en Deel 2 *ArbeidsRecht* 2002/8/9, 43. L.A. Banning, Win een toekomstige baan in de tombola, *ArbeidsRecht* 2004/1, 2. W.H.A.C.M. Bouwens, De voorwaardelijke ontbinding, *SR* 2004, p. 179-184. H.S.M. Kruijer, Ontbinding van een arbeidsovereenkomst 'voor zover vereist', *SMA* 2004, p. 280-292. C.G.M. Fruytier, De voorwaardelijke ontbinding, *ArbeidsRecht* 2004/10, 52. Y. van Gemerden, De ontbinding voor zover vereist en het onvoorwaardelijk tegenverzoek: onverenigbaar, *ArbeidsRecht* 2006/3, 12. P.A. Fruytier, De kat van Schrödinger en de executie van de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding, *Ars Aequi* 2007, p. 190-199, A.R. Houweling en G.W. van der Voet, De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, *TAP* 2009/4, p. 149-154. Zie Hof Leeuwarden 23 juli 2003, *JAR* 2003/211. Ktr. Rotterdam 18 januari 2005, *JAR* 2005/75 en Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 april 2009, *JAR* 2009/139.

<sup>92</sup> Vergelijk over deze materie J.H. Even en E. van Kampen, De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist, *ArA* 2004/1, p. 4-61, met name p. 50 e.v.

ook of ten tijde van het ontslag te verwachten is dat de werknemer terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. In het Sörensen/Aramco arrest overwoog de Hoge Raad dat het BBA mede strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland.<sup>93</sup> Het toestemmingsvereiste beoogt zowel in het belang van de betrokken werknemers als in dat van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen. Indien het alsnog waarschijnlijk wordt dat de werknemer na een einde van het dienstverband op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvalt, is het BBA inderdaad van toepassing, anders niet. De vraag welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst is niet beslissend. Met deze eigen reikwijdte (men refereert aan *auto-limitation*) van het BBA ontstond de 'grote leugen' rondom het na een exit in Nederland willen blijven van buitenlanders. Indien u buitenlander bent en u werkt in ons land en uw werkgever zegt: 'we gaan er een einde aan maken', en u geeft niet alleen aan dat u daar heel anders over denkt, maar schrijft bovendien op dat als het zover toch komt, u spoorlags uit dit land weg wil, dan lijkt de situatie op die van de bekende verdachte in de bekende spotprent van Daumier. Heeft deze werknemer een ervaren advocaat geraadpleegd, dan zal hij stellen dat hij het hier heerlijk is gaan vinden, dat zijn partner en kinderen zojuist hebben aangegeven eindelijk naar Nederland te willen komen en dat hij al een tijdje om zich heen keek maar recentelijk echt serieus op huizenjacht is gegaan. Dat deze buitenlander, na het treffen van de vertrekregeling, een paar maanden later toch in het buitenland een andere functie aanvaardt, is toeval.

In april 2010 wees het Hof Amsterdam een arrest betreffende een in de VS geworven Amerikaanse werknemer van een Nederlandse werkgever, nog maar kort werkzaam in ons land, zonder kennis van onze taal of inburgeringsdiploma.<sup>94</sup> Het Hof stelt dat het punt van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt achterhaald is. In de visie van het Hof moet men er veeleer van uit gaan dat het BBA tegenwoordig werknemers bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag biedt en dat dit doel de nadruk verdient. De situatie van de man was onvoldoende anders dan die van een andere werknemer die werkzaam is in ons land en die zonder meer de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag op grond van het BBA kan invoeren. Het hof gaat dus uit van een veranderde opvatting over het doel en de functie van het BBA en kent geen doorslaggevend belang toe aan het feit dat de werkgever er gezien de feiten van mocht uitgaan dat de werknemer na het einde van zijn arbeidsovereenkomst zou terugkeren naar de VS. Blijft dit arrest in cassatie overeind, dan geldt het BBA voortaan voor elke buitenlander die in Nederland werkt. Ik ben er niet zeker van dat de samenstellers van het regeer- en gedoogakkoord van 30 september 2010 dit hebben doorgrond.

Indien de Nederlandse belangen geen rol meer spelen, rijst de vraag waarom de overheid belastinggeld spendeert aan het in stand houden van het BBA-circus? Waarom laat de overheid de preventieve toets niet aan werkgevers en vakorganisaties zelf, te regelen bij CAO, inclusief gewenste ontslagcriteria?<sup>95</sup> De ruimte voor een eigen opzet van de toestemmingsprocedure bestaat nu al, maar wordt niet gebruikt (art. 32 BBA).

---

<sup>93</sup> HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 842 (Sörensen/Aramco). Een recenter voorbeeld van toepassing van het criterium of de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken bij de arbeidsovereenkomst is te vinden in Vzgr Ktr. Amsterdam 24 december 2009, JAR 2010/75.

<sup>94</sup> Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/160 (Nuon/Olbrych). Er is cassatie ingesteld.

<sup>95</sup> Heerma van Voss plaatste in 2004 al stevige kanttekeningen bij het feit dat de belastingbetaler het BBA-gelag betaalt. G.J.J. Heerma van Voss, ADO en STAR, de discussie gaat verder, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 111-121, op p. 114. Vergelijk ook de benadering van A. van Leeuwen, De BBA-procedure; de wet, het besluit en het beleid, TAP 2010/2, p. 52-56. De schrijver bepleit een ecartering van de bestuursrechtelijke componenten uit de procedure, als er voor een algemeen belang geen rol meer is weggelegd.

Ik geef voorts het voorbeeld van de (Nederlandse) werknemer die in Nederland werkt, maar over de grens woont. Stel dat de Nederlandse werkgever van deze werknemer afscheid wil nemen en ontbinding van de arbeidsovereenkomst nastreeft of na een ontslag op staande voet zijn risico van verlies van de procedure over dat ontslag wil indammen door het starten van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Op grond van art. 20 EEX-Vo kan de werkgever slechts procederen voor het gerecht van de woonplaats van de werknemer, tenzij de werknemer zelf in Nederland een procedure is begonnen en de werkgever bij wijze van tegenvordering de werknemer voor hetzelfde gerecht daagt. Art. 20 EEX-Vo heeft tot effect dat de Nederlandse ontbindingsrechter niet bevoegd is. Dat heeft tot gevolg dat de werkgever of toch de BBA-route moet proberen of een buitenlandse rechter zo ver dient te krijgen dat deze art. 7:685 BW toepast en ontbindt. Dat is voor werkgevers een stevige extra horde en betekent behoorlijk tijdverlies. Opzeggen is niet mogelijk. Het is in beginsel aannemelijk dat de Nederlandse arbeidsmarkt in het geding is.<sup>96</sup>

Het doolhof kent nog andere hoeken en gaten. Dit waren wat voorbeelden.<sup>97</sup>

## 5. Het Nederlandse 'two-tier flexicurity' concept: over insiders en outsiders

Wij hebben de afgelopen jaren binnen Europa de opkomst gezien van het begrip 'flexicurity', een combinatie van de woorden flexibiliteit en zekerheid. Het gaat om "*the strategy which aims to simultaneously strengthen flexibility and security for the benefits of both parties in an employment relationship*".<sup>98</sup> Men refereert ook aan *balancing job protection and flexible working*.<sup>99</sup> De Nederlandse variant op dit thema is de Wet Flexibiliteit en zekerheid, welke per 1 januari 1999 een scala van wijzigingen doorvoerde in ons Nederlandse arbeidsrecht.<sup>100</sup> De gehanteerde terminologie ligt goed in het gehoor. De begrippen zijn echter niet scherp omljnd. Ziet 'flexibiliteit' op een lossen maken van de regels van het ontslagrecht betreffende vaste dienstverbanden of gaat het om een verruiming van de mogelijkheid contracten voor bepaalde tijd aan te gaan? Bij 'zekerheid' kan men denken aan bescherming tegen ontslag (baanzekerheid), bescherming tegen werkloosheid (werkzekerheid) of bescherming tegen een op een ontslag volgend inkomensverlies (inkomenszekerheid). De eerste soort bescherming richt zich met name op het ontslagrecht, de tweede soort bescherming concentreert zich

<sup>96</sup> Zie over deze materie: Arbeidsrechtbank Tongeren 23 juli 2002, *JAR* 2002/199. Ktr. Eindhoven 22 augustus 2002, *JAR* 2002/215. S.W. Kuip, Relatieve competentie: de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, *ArbeidsRecht* 2003/1, 2. Ktr. Eindhoven 12 november 2004, *JAR* 2005/3. Ktr. 's-Hertogenbosch 2 juni 2005, *JAR* 2005/161. Hof Amsterdam 27 mei 2008, *JAR* 2008/163. Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 21 oktober 2008, *JAR* 2008/297. J.H. Even, De rechtsmacht van de Nederlandse ontbindingsrechter aan de hand van de EEX-Verordening, *TAP* 2009/1, p. 24-29. Ktr. Sittard-Geleen 30 juli 2009, *JAR* 2009/242.

<sup>97</sup> Denk bijvoorbeeld aan de lappendeken van sancties. Zie daarover G.J.J. Heerma van Voss, Contouren van het ontslagrecht van de 21ste eeuw, in: *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum* voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 239-252, op p. 250-252.

<sup>98</sup> EU-Council document 17047/1/08 REV 1 van 12 december 2008 met als onderwerp: "Implementation of the common principles of flexicurity within the framework of the 2008-2010 round of the Lisbon Strategy – Report by the "flexicurity" mission", p. 3.

<sup>99</sup> Bob Hepple and Bruno Veneziani (ed.), *The transformation of Labour Law in Europe, A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford: Hart Publishing Ltd. 2009, p. 6.

<sup>100</sup> Wet Flexibiliteit en zekerheid, Stb. 1998, 300. Deze wet (de Flexwet) vloeide voort uit een akkoord dat in 1996 tussen werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid werd bereikt. Vergelijk over relevante ontwikkelingen rond de totstandkoming P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, NJV 2001-I, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 40-44.

vooral op werkzekerheid en daaraan gerelateerde maatregelen, bijvoorbeeld op het gebied van scholing (denk aan ‘*employability*’, ‘*life long learning strategies*’<sup>101</sup>). De derde manier van beschermen heeft betrekking op het sociale zekerheidsrecht (vangnetten als de WW en WWB). De EU-Commissie is heel duidelijk over de beoogde zekerheid. Het gaat om werkzekerheid: *Flexicurity aims at ensuring that EU citizens can enjoy a high level of employment security, i.e. the possibility to easily find a job at every stage of active life and have a good prospect for career development in a quickly changing economic environment.*”<sup>102</sup>

Het risico is dat nationale regelgeving de balans tussen flexibiliteit en zekerheid niet binnen een en dezelfde arbeidsrelatie vorm geeft of tenminste in een zeker evenwicht alle arbeidsrelaties raakt, maar de vaste dienstverbanden (nagenoeg) buiten schot laat en de flexibiliteit elders zoekt.<sup>103</sup> Het Nederlandse ontslagrecht is hier een voorbeeld van.<sup>104</sup> Ons

<sup>101</sup> Zie het WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007. Vergelijk voor een transnationale kritische noot E. Léonard and E. Perin, Lifelong Learning and Social Partnership: A Comparative Overview of Twelve European Countries, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009): p. 283-300.

<sup>102</sup> Towards Common Principles of Flexicurity, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2007) 359 final, 27.06.2007, p. 4. In dezelfde zin M. Weiss, The future of European Social Policy, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2008/4, p. 1349-1381, op p. 1363. Het Communication-document Towards Common Principles of Flexicurity van de EU-Commissie bevat op p. 20 een positief gestemde samenvatting van het compromis dat heeft gevoerd tot de Wet Flexibiliteit en zekerheid. Inderdaad heeft deze regelgeving de positie van de uitzendkracht verbeterd. Het document lijkt, mogelijk als gevolg van een verkeerde lezing van het gebruik van de term ‘*limiting*’ in het landenrapport, in de veronderstelling te verkeren dat ditzelfde geldt voor contracten voor bepaalde tijd. In het landenrapport over Flexicurity Practices van 24 mei 2007 stond als een onderdeel van de deal die ten grondslag heeft gelegen aan de Wet Flexibiliteit en zekerheid: “*limiting the consecutive use of fixed-term contracts*”. Dat geeft inderdaad ruimte voor interpretatie. Bedoeld moet zijn geweest: werkgevers kregen meer ruimte voor het gebruik van contracten voor bepaalde tijd, maar die ruimte werd wel naar boven van een grens voorzien. Een onjuiste interpretatie leest het stuk als: het gebruik is gelimiteerd. Het tegendeel is het geval. De Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft het gebruik van contracten voor bepaalde tijd met behulp van de kettlingregeling juist ruimer gemaakt, terwijl de positie van de werknemer met een vast dienstverband nauwelijks veranderde (denk bij dit ‘nauwelijks’ aan de wijziging van de regeling van de opzegtermijnen en een bepaling als art. 7:672 lid 4 BW).

<sup>103</sup> Het Final Report van Alphametrics, Flexicurity, Indicators on the coverage of certain protection benefits for persons in flexible employment in the European Union, van 27 maart 2009, p. 3-4 stelt: “*There is concern, however, to maintain a balance between the promotion of labour market flexibility and the maintenance of income security, and to ensure that the brunt of the adjustment process does not fall disproportionately on those in a weaker position on the labour market – notably those engaged in ‘flexible’ jobs.*” Zie ook de kritische beschouwing over de lastige kanten van een goede implementatie van de notie van ‘flexicurity’ (gericht op werkzekerheid en niet op baanzekerheid) in M. de Vos, European Flexicurity and Globalization: A Critical Perspective, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009), p. 209-235, met op p. 217 een niet onbegrijpelijke typering van een van de zorgen: “*The flexibility part of flexicurity is indeed certain, whereas the security part is uncertain*”.

<sup>104</sup> Ook Houwing is (bepaald) kritisch over de balans die ons land heeft gevonden tussen flexibiliteit en zekerheid. Zie H. Houwing, De Nederlandse aanpak van ‘flexicurity’? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk, *TRA* 2010/6/7, 56. Nederland is zeker niet het enige land. Ochel laat zien dat *two-tier employment protection reforms* in de afgelopen twintig jaar ook zijn ingevoerd in België, Denemarken, Duitsland, Griekenland, Italië en Zweden. In geen van deze landen bracht dit ook een verandering in het niveau van ontslagbescherming van de *insiders*. Ochel geeft als (plausibele) verklaring: “*Two-tier employment protection reforms are confronted with less resistance from incumbent workers than employment protection reforms of permanent jobs.*” Met andere woorden: “*Governments, however, have pursued a highly selective approach. They have left the existing provisions for permanent (or regular) employment protection only for temporary jobs. They have pursued a two-tier reform strategy, which consists of buying the support of incumbent employees by granting that the new arrangements will only apply to new contracts, not to them.*” W. Ochel, the Political Economy of Two-Tier reforms of Employment Protection in Europe, *The International Journal of*

ontslagsysteem concentreert zich niet op werkzekerheid, maar werpt barricades op tegen een beëindiging van het ('vaste') dienstverband en zoekt de flexibiliteit bij andere arbeidsrelaties. De scheidslijn tussen vaste dienstverbanders en andere arbeidsrelaties is per 1 januari 1999 met de Wet Flexibiliteit en zekerheid juist verdiept. Zo stelt de Tweede Evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid van 2007: "Het niet verlengen of uitstellen van een tijdelijk dienstverband hoort daarbij. Weliswaar is te verwachten dat dergelijke voor werknemers nadelige effecten zullen toenemen in economisch slechtere tijden, maar dat is de keerzijde van de flexibiliteit die de wetgever de werkgevers uitdrukkelijk biedt".<sup>105</sup>

Wij kennen in ons land een groot aantal flexwerkers (alles wat een flexibel contract heeft en werknemer is, denk aan bepaalde tijd contracten, uitzendkrachten) en een nog groter en toenemend aantal zelfstandigen zonder personeel (de zzp'er).<sup>106</sup> Het IMF in april 2010: "*Indeed, the increasing use of temporary workers has not only resulted in dual track, two-tier labor arrangements but also blurred the boundary between dependent employment and self-employment*".<sup>107</sup>

Een deel van de flexwerkers maakt de keuze voor flexwerk, omdat men geen vaste baan kan vinden. Een ander deel kiest voor flexwerk, omdat men de vrijheid wil houden werk en privé te combineren.<sup>108</sup> Ouderen ondervinden meer dan gemiddeld de nadelige effecten, dat wil zeggen: de werkgever zorgt ervoor dat geen vast dienstverband ontstaat.<sup>109</sup> Het aantal

Comparative Labour Law and Industrial Relations 25, no. 3 (2009), p. 237-260, de citaten zijn te vinden op p. 237 en p. 259.

<sup>105</sup> Tweede evaluatie Wet Flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 50. Vergelijk voorts L. van den Heuvel, Orde op zaken (afscheidsrede Amsterdam VU), Bussum, 2006, p. 31. Van den Heuvel spreekt in zijn afscheidsrede de zorg uit dat de Wet Flexibiliteit en zekerheid kan worden gebruikt als middel om mensen in tijdelijke dienst te houden. Naar zijn mening was de wet hier niet voor bedoeld. Ik vrees dat het compromis dat aan de wet ten grondslag heeft gelegen wat cynischer in elkaar stak. Minst genomen is de deur wagenwijd open gezet en het is een feit van algemene bekendheid dat de mens zelden de uitnodiging van een open deur weerstaat. Ktr. Middelburg 27 oktober 2009, JAR 2010/61 overwoog dat de werkgever misbruik maakte van de mogelijkheden die de wet en de CAO bieden voor achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het kan volgens de rechter niet de bedoeling zijn dat een werknemer wordt ontslagen althans werkvermindering krijgt opgelegd om te voorkomen dat de tweede doelstelling van de Wet Flexibiliteit en zekerheid (te weten de zekerheid) wordt gerealiseerd. Ik begrijp de overweging, maar de overweging van de kantonrechter is in strijd met wat de wetgever welbewust heeft toegestaan. Het gaat om de prijs die de belangenbehartigers van de *insiders* hebben willen betalen voor het vasthouden aan de gepercipieerde zekerheid voor hun 'achterban'.

<sup>106</sup> WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 91, rekent tot de flexwerkers de thuiswerkers, uitzendkrachten, seizoensarbeiders, vakantiewerkers en andere tijdelijke arbeidskrachten. Daarnaast kent men dan de freelancer, de zzp'er, detachering en arbeidspools. "De Nederlandse arbeidsmarkt telt relatief veel flexwerkers en het aantal zzp'ers en freelancers neemt toe". In de CBS-statistieken worden flexwerkers verdeeld in uitzendkrachten, oproep-/invalkrachten en de categorie 'overig'. Tot deze laatste categorie behoren onder andere tijdelijke arbeidskrachten, freelancers en min-/max-contracten. Zie Monitor Arbeidsmarkt maart 2010 van het Ministerie van SZW, p. 7; de tekst vervolgt met: "De kenmerken van flexwerkers verschillen afhankelijk van het type contract. In het algemeen geldt dat jongeren vaker flexwerkers zijn dan ouderen, niet-westerse allochtonen vaker dan autochtonen en dat laagopgeleiden zijn oververtegenwoordigd onder flexwerkers." Bij de discussie betreffende de getallen flexwerkers en zzp'ers dient men in aanmerking te nemen dat het CBS voor 2009 uitgaat van ruim 8,6 miljoen werkzame personen in Nederland Ruim 7,4 miljoen hiervan is werknemer (daartoe behoren de flexwerkers, maar niet de zzp'ers). Werkzame personen zijn gedefinieerd als werknemer of zelfstandige. Zie de toelichting op p. 6 bij het CBS-document Nationale rekeningen 2009; Arbeidsrekeningen van oktober 2010.

<sup>107</sup> IMF, World Economic Outlook: Rebalancing Growth, April 2010, p. 76.

<sup>108</sup> Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 32.

<sup>109</sup> Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA en TNO Hoofddorp, Amsterdam: maart 2007, p. 39-50.

flexwerkers komt op zo'n 550.000 personen. Jongeren komen vaak niet verder dan flexibele contracten. Van het aantal werknemers met een flexibele arbeidsrelatie is bijna 39% jonger dan 25 jaar.<sup>110</sup>

De verwijzing naar jongeren is actueel. Sinds 9 juli 2010 staat in het BW dat werkgevers werknemers tot 27 jaar gedurende vier jaar tot maximaal vier contracten voor bepaalde tijd in dienst kunnen nemen zonder dat een vast dienstverband ontstaat (art. 7:668a lid 6 BW). Vanaf 27 jaar geldt de normale drie om drie regel.<sup>111</sup> De wetgever maakt derhalve een direct onderscheid naar leeftijd. Dat is slechts geoorloofd, indien sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Dat betekent dat het middel passend moet zijn en noodzakelijk voor het bereiken van het doel. Dat doel is het bestrijden van jeugdwerkloosheid. De MvT stelt: "Werkgevers zullen jongeren naar verwachting langer in dienst houden als het mogelijk is om meer en langer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan".<sup>112</sup> Is 'naar verwachting' meer dan *wishful thinking*? Wij weten het niet, dat is de grote onbekende.

De wetgever heeft geen oog gehad voor het Küçükdeveci-arrest van het Hof van Justitie van begin dit jaar.<sup>113</sup> Het EU-recht, in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, verzet zich tegen nationale regelingen die zonder objectieve rechtvaardiging op leeftijd discrimineren. Zonder deze rechtvaardiging moet de rechter de wettelijke bepaling buiten beschouwing laten (Küçükdeveci, punt 52). De regeling treft jonge werknemers op ongelijke wijze. Zij treft met name jongeren die na een langere opleiding, bijvoorbeeld aan de Radboud, aan de slag gaan en niet jongeren die op jonge leeftijd zonder of slechts na een korte beroepsopleiding gaan werken. Deze laatste groep zit inmiddels in een onbepaalde tijd contract, of is al werkloos of zzp'er. Deze ongelijkheid speelde ook in het Küçükdeveci-arrest en vormde een reden de betreffende Duitse regeling ter zijde te stellen (Küçükdeveci, punt 42). In de tweede plaats is vreemd dat de wetgever aangeeft dat de bestaande wettelijke regeling tot doel heeft misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen en in dezelfde paragraaf stelt dat men dit doel hier terzijde kan schuiven vanwege het doel dat is gemoeid met het bestrijden van jeugdwerkloosheid. Dus: de werkgever mag bij jongeren wel misbruik maken, omdat jongeren anders door de werkgever worden ontslagen! Is het echt noodzakelijk zo in te grijpen? Dit kan toch ook op een niet discriminerende wijze? Dat dit politiek lastig ligt, is geen valabel argument.

De rechtsgeldigheid is allerm minst een gelopen race.<sup>114</sup> Het gaat slechts om een tijdelijke maatregel, maar dat is geen sterk argument. De 26 jarige werknemer die een vierde

---

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 058, nr. 3, p. 2. Zie nog Commissie Gelijke Behandeling, Oordeel van 7 mei 2010 betreffende de hulpkrachten in een supermarkt met verwijzing naar Hof van Justitie EG 4 oktober 2001, zaak C-438/99, *JAR* 2001/219 (Jimenez Melgar) en de eigen oordelen CGB 25 juli 2005, 2005-139 en CGB 29 mei 2007, 2007-84, alsmede het advies 'Te jong, te oud. Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche', CGB advies van 14 februari 2006, 2006/2.

<sup>111</sup> Bij de vraag of het bepaalde in art. 7:668a BW op een aanvaardbare wijze de desbetreffende Europese richtlijn en raamovereenkomst in nationale regelgeving omzet, valt toch al een enkele kanttekening te plaatsen. Vergelijk A.G. Veldman, Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *SR* 2006/10, 64, op p. 310 en W. Vandeputte, Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit, *ArA* 2007/1, p. 69-101.

<sup>112</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 058, nr. 3, p. 4.

<sup>113</sup> HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (Küçükdeveci). Het arrest is van commentaar voorzien door H. de Waele en I. Kieft, De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht, *N.T.E.R.* 2010, p. 170-178 en D.F. Berkhout, Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, *ArA* 2010/2, p. 70-87.

<sup>114</sup> In soortgelijke zin S. A. Kampijon, *Vaker en langer een tijdelijk contract voor jongeren tot 27 jaar: een verboden vorm van leeftijds onderscheid?*, in: Zo is het, F.B.J. Grapperhaus, E. Koot-Van der Putte en S. Sikkink (red.), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 25-34, R.A. Houweling, Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed, *TAP* 2010/6, p. 228-233 en D.F. Berkhout,

jaarcontract moet accepteren, is ook helemaal niet geholpen met die tijdelijkheid. Integendeel, hij zal zich nog meer de dupe voelen als leeftijdgenoten door het tijdelijk zijn van de regeling korte tijd later geen last meer hebben van deze canard. Bij voorbaat gewonnen of verloren procedures bestaan niet. Ik geef de wettelijke regel bij het Hof van Justitie, vooruit, 5% kans overeind te blijven. Het Hof van Justitie hoeft er overigens zelf niet aan te pas te komen. De Nederlandse rechter moet in een procedure tussen werknemer en werkgever een beroep op het in het Küçükdeveci-arrest bevestigde algemene beginsel beoordelen en kan de discriminerende Nederlandse regel zelf buiten toepassing laten. Sterker nog, bij een geconstateerde strijd met het EU-beginsel is hij daartoe verplicht. Zo'n uitspraak heeft tot effect dat de werknemer in vaste dienst is. *Faites vos jeux!*

Los hiervan: is dit nu het soort regelgeving dat onze jongere generatie het gevoel geeft dat men welkom is in de maatschappij, geeft dit de boodschap mee dat wij in ons land dingen samen proberen op te lossen, zullen zij zich door deze maatregel later tot meer solidariteit geroepen voelen, geeft dit een vliegende start aan de gedachte dat Nederland de kenniseconomie hoog in het vaandel heeft?

Het aantal zzp'ers is lastig met precisie te bepalen. Een uniforme definitie ontbreekt. Het WRR rapport Investeren in werkzekerheid uit 2007 kwam op 800.000.<sup>115</sup> Het probleem met tellen is dat niet iedereen zich inschrijft in de Kamer van Koophandel en dat lang niet iedereen een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) heeft.<sup>116</sup> Uit onderzoek blijkt dat 41% geen VAR heeft en 11% niet eens weet wat een VAR is.<sup>117</sup> Het ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010 gaat uit van een aantal zzp'ers van 675.000 voor het jaar 2007.<sup>118</sup> Dat zijn alle ondernemers zonder personeel die onder de inkomstenbelasting vallen exclusief de zogenaamde resultaatgenieters en dga's. Resultaatgenieters zijn deels stille vennoten in het bedrijf van een ander, maar ook personen die werkzaamheden verrichten buiten het kader van een dienstbetrekking. Ook deze personen tellen natuurlijk mee in een discussie over de *outsiders*, personen die niet of nauwelijks meer een kans hebben de overstap te maken naar een vast dienstverband. Het gaat bij de resultaatgenieters in totaal om 460.000 personen in 2008.<sup>119</sup>

Het is spijtig dat het SER-advies niet uitlegt of het aantal van 675.000 zzp'ers klopt met het feit dat de belastingdienst in de eigen zzp-definitie voor de zelfstandigenaftrek de eis stelt dat de zzp'er jaarlijks tenminste 1225 uren werkzaam is. Gelet op de door de crisis aanzienlijk teruggelopen omzetten van zzp'ers telt de belastingdienst vanaf 2010 inclusief de uren besteed aan acquisitie en de administratie. 1225 uren is en blijft een forse ondergrens. Dat

---

Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, *ArA* 2010/2, p. 70-87, op p. 85-86.

<sup>115</sup> WRR rapport Investeren in werkzekerheid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 91-92. Figuur 4.3 uit het WRR rapport laat de ontwikkeling van flexibele en zelfstandige arbeid zien. Per 2005 gaat het om ruim 800.000 zelfstandigen en een kleine 500.000 flexwerkers. Een paar jaar eerder lag het aantal zzp'ers rondom de 350.000. Zie I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 9 en E. Verhulp, Maatwerk in het arbeidsrecht? (oratie Amsterdam, UvA), Amsterdam, Vossiuspers 2003, p. 5.

<sup>116</sup> Zie omtrent de Verklaring Arbeidsrelatie M.C.M. Aerts, De zelfstandige in het sociaal recht (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal recht, Deel 41, p. 213-260 en L. Van den Berg, Tussen feit en fictie (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 23-25 en p. 66-68.

<sup>117</sup> Ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010, p. 34, noot 65.

<sup>118</sup> Ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010, p. 15. Het SER-advies is op 15 oktober 2010 definitief vastgesteld. ZZP Nederland komt in het FD van 28 augustus 2010 op een vergelijkbaar aantal van 700.000 zzp'ers.

<sup>119</sup> Ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010, p. 35.

speelt zeker voor startende zzp'ers. En wat is het geval als iemand niet of nauwelijks nog aan de bak komt?<sup>120</sup> Het gaat vaak om zeer lage omzetten. De NRC van 29 september 2010 bespreekt in een artikel de situatie op de postmarkt en geeft aan dat in Nederland circa 30.000 postverspreiders werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht.<sup>121</sup> Het gaat bij deze postverspreiders niet over de postbodes en postbezorgers van TNT Post, dat zijn werknemers. Ik taxeer dat deze 30.000 personen, werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht en derhalve zelfstandige zonder personeel, niet zijn meegerekend in het getal van 675.000.

Het UWV onderscheidt de NWW'er: De Niet Werkende Werkzoekende. De eerste Kwartaalverkenning van 2010 behandelt de oorzaken van de relatief geringe stijging werkzoekenden.<sup>122</sup> De oorzaken zijn divers. Twee daarvan wil ik u niet onthouden: (i) werkgevers reduceren vooral op de flexibele schil (detachering, zzp'ers, uitzendwerk) en dit komt slechts gedeeltelijk in de werkloosheidscijfers tot uitdrukking, en (ii) studenten die minder dan 12 uur werken, verliezen hun baan maar worden niet in het officiële werkloosheidscijfer meegeteld.<sup>123</sup>

Het beeld dat al met al tot mij komt is dat de zelfstandige zonder personeel (zzp'er, opdrachtnemer of freelancer) een uitermate geschikte figuur is de juistheid van de aan Benjamin Disraeli toegeschreven stelling te bewijzen: er zijn leugens, grove leugens en statistieken. Bij een wat ruimere definitie van het begrip zzp'er, zal het aantal maar zo de één miljoen overstijgen. Daarnaast zijn er dan nog meer dan een half miljoen flexwerkers.

Het SER ontwerpadvies geeft aan dat uit onderzoek blijkt dat 95% van de ondervraagden aangeeft dat men uit eigen vrije keus zelfstandig ondernemer is geworden.<sup>124</sup> Bij dat soort

---

<sup>120</sup> De crisis heeft de zzp'ers geraakt. Zie Een kwestie van ondernemen, Zzp'ers in de crisis, EIM rapport van februari 2010, p. 8, p. 30 en p. 36-38. De zzp'ers aan de bovenkant van de markt hebben het minst te leiden, de zwaarste klappen zijn in 2009 gevallen bij zzp'ers die iets boven het marktgemiddelde actief zijn, gevolgd door de zzp'ers die vergelijkbaar zijn met het marktgemiddelde en de groep die daar onder zit. Het EIM rapport kiest voor een definitie van zzp'er die de starters en de stoppers buiten boord houdt en dus ook buiten beeld laat (!).

<sup>121</sup> Vergelijk omtrent de overeenkomst van opdracht onder andere G.C. Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 65-76, J.J. Trap, De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?, *ArbeidsRecht* 2007/4, 24, J.J.M. de Laat, Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie, *ArA* 2007/1, p. 47-68, J.J. Trap, De werknemer en de opdrachtnemer, in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 25-43, A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen, A.C.J.M. Wilthagen, Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling, *SMA* 2008/11/12, p. 435-445, L. van den Berg, De Uniforce-constructie, *TRA* 2009/12, 97, C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Art. 7:610 BW en de partijbedoeling, *TAP* 2010/1, p. 4-10.

<sup>122</sup> UWV Kwartaalverkenning 2010-I, p. 9 en p. 12. Het gaat om mensen die zich bij UWV registreren als werkzoekende waaronder alle WW'ers en gedeeltelijke WGA'ers, maar ook bijstandsgerechtigden met een sollicitatieplicht en werkzoekende niet-uitkeringsgerechtigden. Een benadering die ongeveer gelijk ligt met het werkloze begrip van het CBS.

<sup>123</sup> UWV Kwartaalverkenning 2010-I, p. 12. Daarnaast worden als oorzaak van het geringere werkloosheidscijfer genoemd: succesvol overheidsbeleid, waaronder de deeltijd-WW (bijna 50.000), bevordering van de onderwijsparticipatie en *labour hoarding*. Dit laatste begrip staat voor de gedachte dat werkgevers vakbekwaam personeel langer vasthouden dan op basis van het niveau van de bedrijfsactiviteiten vereist is (geeft een besparing op ontslagkosten en later weer benodigde wervingskosten). Vergelijk over dit begrip en de achtergrond het onderzoeksrapport Labour hoarding door bedrijven, Ecorys, maart 2010. Zie voorts de notitie 'Op weg naar herstel', gevoegd bij de brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer van 12 maart 2010, *Kamerstukken II*, 29 544, 2009/10, nr. 238.

<sup>124</sup> Ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010, p. 18. Bedenk overigens dat de gekozen definitie uitgaat van een zelfstandige zonder personeel die een forse hoeveelheid tijd aan de eigen onderneming besteedt. De 'onderkant' van het zzp-veld valt buiten het beeld en denkkelijk is juist daar het aantal gedwongen zzp'ers groter.

percentages waant men zich even in de voormalige DDR. Mijn stelling is dat men via het invullen van een (anonieme) vragenlijst geen juist inzicht krijgt in de werkelijke vrijheid van de keus. Ik vergelijk met stille armoede. Doet u via het laten invullen van vragenlijsten onderzoek naar stille armoede, dan komt u tevreden thuis: het bestaat niet. Wij weten beter.

De Inspectie Werk en Inkomen stelt in juli 2010 dat als gevolg van de crisis in eerste instantie de werkgelegenheid voor flexibele arbeidskrachten, zoals zzp'ers en uitzendkrachten, is afgenomen.<sup>125</sup> FNV Zelfstandigen laat in dezelfde maand weten dat zelfstandige ondernemers (zzp'ers) de afgelopen twee jaar een deel van het effect van de crisis opgevangen, zowel door hun inzet als soms door een forse derving in hun omzet en inkomen.<sup>126</sup> De UWV Verkenning van april 2010 heeft als een van de drie belangrijkste bevindingen dat de flexibilisering van de arbeidsmarkt sterk is toegenomen, dat flexwerkers vaker een beroep doen op de WW en dat laaggeschoolden een slecht arbeidsmarkt perspectief hebben. Het aantal tijdelijke werknemers groeit de laatste jaren vrijwel continu. De vooruitzichten op een vaste baan voor werknemers met een tijdelijk contract zijn beperkt. Na twee jaar heeft één op de drie een vaste baan. Van de uitzendkrachten is dit één op de vijf. Flexwerkers stromen vier keer vaker de WW in dan werknemers met een vast dienstverband.<sup>127</sup>

U ziet hier de *cruelty* in werking die het aan de start van deze oratie vermelde artikel in The Economist van 30 januari 2010 op het oog had. De in het verleden gekozen balans tussen flexibiliteit en zekerheid heeft geleid tot een tweedeling op de arbeidsmarkt.<sup>128</sup> Wij hebben een lastig doordringbaar gordijn in onze arbeidsmarkt neergelaten. Wij hebben een BBA-muur opgetrokken met hier en daar een Checkpoint Charlie. Aan de ene kant staan de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (de *insiders*) met hun naar Europese maatstaven ruime beschermingsniveau. Aan de andere kant staan de werknemers en zelfstandigen zonder personeel die op flexibele basis werken (deels *con amore*, deels de *outsiders*). Hun zwakke bescherming maakt dat Nederland binnen Europa qua beschermingsniveau per saldo in de middenmoot zit. Het salderen van mensen geeft echter geen eerlijke uitkomsten. Veel *outsiders* zijn structureel buitengesloten.

---

<sup>125</sup> Inspectie Werk en Inkomen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Dienstverlening op maat, Rapport R 10/03 van juli 2010, p. 10.

<sup>126</sup> Nieuwsbericht van FNV Zelfstandigen onder de titel 'Staatssecretaris voor Nieuw Werken?' van 14 juli 2010, verkrijgbaar via de website. Idem Ontwerp SER-advies Positie zelfstandig ondernemers van 28 september 2010, p. 20. Men dient dit te zien tegen de achtergrond van het feit dat de zzp'er geen bescherming heeft tegen de klassieke sociale risico's (behoudens hetgeen hij zelf via verzekeringen heeft afgedekt).

<sup>127</sup> UWV Kwartaal Verkenning van april 2010 en UWV Magazine juli 2010, p. 29. De invloed van de crisis is merkbaar. Het WRR rapport 2007, p. 103, geeft nog aan dat twintig tot dertig procent van de mensen met een tijdelijk contract een jaar later een vaste baan heeft gevonden. In een paar jaar tijd is blijkens de tekst het beeld aanmerkelijk verslechterd.

<sup>128</sup> Zie ook de Policy Brief OECD 2004 Employment protection: the costs and benefits of greater job security, p. 3: "Nevertheless, more comprehensive international comparisons lend support to the view that stricter employment protection legislation reduces the risk of layoff but also makes the hedge between non-employment and employment more difficult to jump over. Strict employment protection rules may also be a factor behind the rise in the use of temporary contracts rather than converting them to permanent contracts. Certain workers may thus be trapped in situations where they move between temporary work and unemployment, with little chance of getting a permanent job and building a career." Vergelijk voorts M.C.M. Aerts, De zelfstandige in het sociaal recht (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal recht, Deel 41, p. 413: "Het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht lijken tafelranden te kennen. Bepaalde groepen werkenden voor wie het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht zijn bedoeld, vallen buiten de beschermende bepalingen van het sociaal recht, omdat hun juridische status een andere is of omdat hun juridische status dubbelzinnig is."

## 6. Hoe dan wel?

In het verleden is herhaaldelijk tevergeefs getracht tot een wijziging van het ontslagrecht te komen.<sup>129</sup> Ook de voorstellen van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel van 2000 liepen uiteindelijk stuk op de gestaalde (en kennelijk ook geharnaste) kaders van de Stichting van de Arbeid. De STAR adviseerde in 2003 negatief over een aanpassing van het ontslagrecht.<sup>130</sup> Halverwege 2007 deed de Minister van SZW een nieuw voorstel tot heroverweging van het ontslagrecht (het plan Donner). Dit plan sneuvelde na tevergeefs onderhandelen binnen de

---

<sup>129</sup> Het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (de Commissie 'ADO'), *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000, bevat op p. 17-30 een goed overzicht van wat er tot 2000 heeft gespeeld. Literatuur over het rapport van de Commissie ADO: Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Naar een nieuw ontslagrecht in duplo, SR 2000/9, p. 243-252, R. Knegt, Van bureaucaat tot rechter en vice versa: een halve eeuw dual ontslagstelsel, SR 2000, p. 362-367, G.J.J. Heerma van Voss, Contouren van het ontslagrecht van de 21ste eeuw, in: *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw*, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 239-252, P.F. van der Heijden, Een nieuw en beter ontslagrecht, SMA 2001, p. 87-92, R. Knegt, De ontslagtoets en bescherming van werknemers: pretentie of preventie?, SMA 2001, p. 93-96, C.G. Scholtens, ADO-ontslagrecht, SMA 2001, p. 97-103, T. Havinga, Effectieve bescherming van 'zwakke' werknemers tegen onredelijk ontslag, SMA 2001, p. 104-106, W.J.P.M. Fase, De dringende reden in een repressief ontslagstelsel, SMA 2001, p. 107-110, J. Riphagen, Ontslag en WW-uitkering na het afscheid van het duale stelsel, SMA 2001, p. 111-116, F.M. Noordam, Reïntegratie en preventie: de Commissie-Rood en Karl Lagerfeld, SMA 2001, p. 117-122, I.P. Asscher-Vonk, De positie van arbeidsongeschikten en arbeidsgehandicapten, SMA 2001, p. 123-125, Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Ontslagrecht volgens ADO, C.G. Scholtens (red.), Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 31, Deventer: Kluwer 2001, P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, NJV 2001-I, Deventer: Tjeenk Willink 2001, besproken door C.J. Loonstra in ArA 2001/2, p. 99-109, R.J.M. Hampsink, Simpel voetballen is het allermoeilijkste: acht stellingen tegen het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, SR 2001, p. 71-80, J.M. van Slooten, Much ado about ADO?, NJB 2001, p. 931-937, S.W. Kuip en E. Verhulp, Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd, SMA 2001, p. 415-433, Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Ontslagrecht volgens ADO, Scholtens (red.), Vereniging voor Arbeidsrecht reeks, Deel 31, Deventer: Kluwer 2001, L.H. van den Heuvel, Zijn wij klaar voor een nieuw ontslagrecht?, SMA 2002, p. 235-244, C.G. Scholtens, Evaluatie Artikel 6 BBA, SMA 2003, p. 292-296.

<sup>130</sup> Stichting van de Arbeid, Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel 7/03 van 15 juli 2003. Een tour de horizon van enige literatuur (met voorbijgaan aan literatuur die zich meer in het bijzonder richtte op de ontslagvergoeding) van na STAR advies 7/03: J.A.J. Peeters, STAR en UWV kunnen niet zonder CWI, SMA 2003, p. 373-376, R.A.A. Duk, Ter visie: STAR ontslagrecht, SR 2003, 69, p. 295-296, E. Verhulp, Ontslagrecht in beweging?, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 11-24, C.J. Loonstra, ADO en schuivende ontslagroutes, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 25-45, L.G. Verburg, Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 47-62, C.G. Scholtens, De toekomst van de ontslagvergoeding, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 63-110, G.J.J. Heerma van Voss, ADO en STAR, de discussie gaat verder, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 111-121, C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, NJB 2005, p. 290-297, C.G. Scholtens, Herziening ontslagrecht: kosten en keuzen, SR 2005, p. 46-59, F.B.J. Grapperhaus, Het einde van de relatie; naar een zinvoller ontslagbescherming, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 535-542, E.G. van Arkel, *A just cause for Dismissal in the United States and the Netherlands* (diss. Rotterdam), Bakelsreeks, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007 p. 418-424. De auteur stelt voor een taakverdeling aan te brengen tussen de BBA-route en de ontbindingsroute in die zin dat de BBA-route oordeelt over bedrijfseconomische ontslagen en de ontbindingsroute de aangewezen weg is in andere ontslagkwesties. Deze suggesties lossen de problematiek slechts ten dele op (niet de strijd met art. 6 EVRM) en veroorzaken weer nieuwe problemen (waaronder competentiekwesties bij strijd over de juiste kwalificatie van de ontslaggrond). Tijdens een stemming in 2004 over de preventieve toets bleek dat de overgrote meerderheid van de zaal bestaande uit specialisten uit de ontslagindustrie vóór afschaffing van de preventieve toets was. Zie A. Baris, Ontslagvergoedingsnormeringsdiscussie, *ArbeidsRecht* 2004/8/9, 42, p. 26.

SER binnen een half jaar op politieke gronden.<sup>131</sup> Vervolgens stelde de Minister van SZW een adviescommissie in. De Adviescommissie Arbeidsparticipatie (de Commissie Bakker) adviseerde op 16 juni 2008.<sup>132</sup> Het advies bevat ten aanzien van een aanpassing van het ontslagrecht zelf te weinig 'harde' aanknopingspunten om te kunnen spreken van een werkelijk plan.<sup>133</sup>

De OESO doet in de Economic Survey betreffende het Nederlandse ontslagrecht van januari 2008 de navolgende aanbeveling: *“The system should be reformed to become simpler, more predictable and less time-consuming for both employers and workers, accordingly the rules governing lay-offs should be clearly specified in law, making dismissals a more predictable process, with appeal to local courts only possible as an ex-post option, in case one of the parties feels unfairly treated”*.<sup>134</sup>

Deze oratie concentreert zich op de gedachte dat de houdbaarheidsdatum van het BBA ruim is overschreden. Een afscheid van het BBA voert tot de vraag wat dit betekent voor de ontbindingsroute en voor de rest van ons ontslagrecht. Het is niet juist bij een noodzakelijk afscheid stil te staan zonder een schets te geven van een herziene opzet van het Nederlands ontslagrecht. Ik maak deze schets, maar stel voorop dat het in het BW opgenomen ontslagrecht zonder BBA nu al een heel robuust uiterlijk heeft (zeker indien het gebruik van de ontbindingsmogelijkheid van art. 7:685 BW terugkeert naar de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever). Ik beperk mij welbewust tot de grote lijnen.<sup>135</sup> Ik wil voorkomen dat de aandacht zich (direct al) teveel richt op allerhande varianten op het thema van de oplossing (zo u wilt: de pleister) en te weinig op de noodzaak veranderingen door te voeren (zo u wilt: de wonde). Maar vooral wil ik bereiken dat het beeld blijft hangen dat wij zonder al te veel grote stappen een evenwichtig heenkomen kunnen vinden. Zo ligt het vaak bij het wegnemen van een aanwijsbare oorzaak. Dit geldt hier ook. Neem het BBA weg en het BW komt op adem. De contouren van een herzien ontslagrecht treft u hieronder in tien punten (deels gericht op wat verdwijnt, deels gericht op wat behouden blijft en deels geconcentreerd op wat wijzigt):

- De preventieve toetsing door het UWV WERKbedrijf verdwijnt. Art. 6 BBA wordt afgeschaft.
- De ontbindingsroute verdwijnt, wordt althans beperkt tot de situatie waarin een opzegverbod geldt of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

<sup>131</sup> De notitie Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, bijlage 1 bij de brief van het Ministerie van SZW van 3 juli 2007 aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid met als kenmerk AV/IR/2007/23064. Het plan is van commentaar voorzien door de Stichting van de Arbeid in advies 5/07 van 30 augustus 2007. De literatuur was kritisch. Zie G.J.J. Heerma van Voss, Ontslagrecht volgens Donner, *SR* 2007, p. 231-232, H.W.M.A. Staal, De varkenscyclus van het Nederlandse wettelijke ontslagrecht. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is, *SMA* 2007, p. 315-319, F. van der Hoek en M.V. Ulrici, Naar een nieuw ontslagstelsel of een nieuwe kantonrechtformule, *SMA* 2007, p. 356-359, en E. Verhulp, Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet, *SR* 2007, p. 317-326. Duk acht de kritiek van Staal terecht. Zie R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: *shall the Twain ever meet?*, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36, op p. 21.

<sup>132</sup> *Kamerstukken II* 2007-2008, 29 544, nr. 154, (bijlage).

<sup>133</sup> Zie over het uitgebrachte advies W.G.M. Plessen, De Commissie Bakker – een preadvies, vòòr de bakker?, *SMA* 2008, p. 255-256, E. Verhulp, Commissie Bakker: koken met sterren?, *SR* 2008, 45 en S.S.M. Peters, Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker, *SMA* 2008, p. 397-404.

<sup>134</sup> OECD Economic Survey of The Netherlands 2008, p. 2. Het IMF stelt in april 2010 in soortgelijke zin voor het *two-tier* karakter van de arbeidsmarkt te overbruggen. Zie IMF, World Economic Outlook: Rebalancing Growth, April 2010, p. 80.

<sup>135</sup> Mijn medeleden uit de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht zullen veel herkennen van eerdere pogingen van mijn hand. Ook de voorstellen van de Commissie ADO vormden een duidelijk inspiratiebron en geven bovendien rugdekking.

- De werkgever hoort de werknemer voorafgaande aan de opzegging over het voorgenomen ontslag (de hoorplicht). De wet legt de procedureregels vast, inclusief de regel dat men bij cao of bij overeenkomst met de ondernemingsraad van de wettelijke regeling mag afwijken. Sanctie op overtreding van de hoorplicht: vernietigbaarheid van de opzegging.
- De opzegging geschiedt schriftelijk en met mededeling van de reden. De opzegtermijn houdt rekening met de lengte van het dienstverband.
- De bestaande bescherming van zwakke/bijzondere groepen blijft gehandhaafd.
- De bestaande regelgeving betreffende de proeftijd (zonder hoorplicht) en de opzegging wegens dringende reden (met hoorplicht) blijft gehandhaafd.
- De opzegging is vol toetsbaar op onredelijkheid door een onafhankelijke rechter. De regeling betreffende het herstel en de afkoopsom blijft gehandhaafd. Het oordeel van de rechter is onderworpen aan hoger beroep en cassatie. Er komt na consultatie van de bij arbeidsrechtelijke procedures betrokken partijen (waaronder vertegenwoordigende instanties uit de rechterlijke macht en advocatuur) een voorstel voor een verkorting van de gemiddelde doorlooptijd van arbeidsrechtelijke procedures.
- De rechter begroot de vergoeding wegens onredelijke opzegging in nauw verband met de geconstateerde strijd met het goed werkgeverschap, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. Daarbij komt mede betekenis toe aan de mate waarin de werkgever in geld of in tijd, c.q. in natura (scholing, training) of anderszins (denk aan loopbaanbegeleiding gedurende de periode van het dienstverband, inspelend op de voorzienbare ontwikkelingen van de werkzaamheden van de werknemer) heeft bijgedragen aan de werkzekerheid van de werknemer in of buiten het bedrijf van de werkgever, rekening houdend met wat redelijkerwijs gezien de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever van partijen kan worden verwacht. De wetgever geeft richting aan de omvang van de door de rechter te bepalen ontslagvergoeding door (optie 1) het in de wet opnemen van een bandbreedte, of (optie 2) het in de wet opnemen van een vaste formule met neerwaartse en opwaartse afwijkingmogelijkheid voor de rechter in bijzondere gevallen. Voor beide opties geldt een wettelijk maximum: de wettelijke *Cap*. De wettelijke cap is een qua omvang nog nader te bepalen afgeleide van het totale vaste inkomen (TVI) zonder variabele beloningscomponenten en pensioenpremie.
- De wetgever beperkt de mogelijkheid van opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd op een nader te bepalen wijze.<sup>136</sup> Voor de uitzendwereld (bedrijven met een allocatieve functie) blijft een apart regime in stand.

---

<sup>136</sup> Daarnaast valt het opnemen van de plicht tot betaling van een (geringe) vergoeding bij niet voortzetten van een contract voor bepaalde tijd op initiatief van de werkgever te overwegen. Denk aan een soort regeling als onlangs in Spanje is ingevoerd. Op 19 september 2010 trad in Spanje nieuwe regelgeving in werking (Wet 35/2010). Werkgevers dienen bij niet voortzetting van een vóór 1 januari 2012 aangegaan contract voor bepaalde tijd aan de werknemer een bedrag te betalen dat overeenkomt met 8 dagen loon per dienstjaar. Het aantal uit te betalen dagen loon neemt na 1 januari 2012 nog toe. Werkgevers dienen uiteindelijk bij niet voortzetting van een op 1 januari 2015 of daarna aangegaan contract voor bepaalde tijd aan de werknemer een bedrag te betalen dat overeenkomt met 12 dagen loon per dienstjaar.

- Het huidige WW-regime blijft gehandhaafd. Te overwegen: verlichtende fiscale maatregelen rondom de WW-uitkering (uitkering zelf en/of suppleties van de werkgever).

## 7. Tot besluit

Wat begint als een strijd om het bestaan, wordt na de overwinning steevast een strijd om het behoud van het bestaande. VVD, CDA en PVV verzetten zich blijkens uitlatingen in het verlengde van de regeer- en gedoog akkoorden van eind september 2010 tegen een aanpassing van het ontslagrecht, hoewel het systeem allerhande ongelijkheden toestaat en slecht uitpakt voor jongeren, ouderen, allochtonen en autochtonen.<sup>137</sup> Vakbonden verzetten zich blijkens uitlatingen tegen een afscheid van het BBA, hoewel dat BBA volksstammen in een situatie dwingt die hen buiten het bereik brengt van het vaste dienstverband. Deze politieke partijen en vakbonden verdedigen het behoud van de bestaande belangen van de *insiders*.

Deze oratie heeft een scherpe titel. Ik neem de volle verantwoordelijkheid voor de titel op mij, de woorden zijn welbewust gekozen. Het BBA houdt ons ontslagrecht in een allengs knellender wurggreep. Het kwaadaardig karakter is niet direct zichtbaar, verschuilt zich achter de notie van het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag. Die 'heiligheid' is slechts schijn.

Ik geef het beeld van het jongetje achter in de auto. Hij krijgt een cake aangeboden met de waarschuwing 'niet kruimelen'. Uit angst te kruimelen, knijpt hij tijdens het eten de cake fijn. Uit angst onrechtvaardig te zijn, hebben wij de rechtvaardigheid fijn geknepen. Amartya Sen schreef in 2009 in *The idea of Justice* dat een onrechtvaardige verdeling een symptoom is van onrechtvaardige keuzes.<sup>138</sup> Ons ontslagrecht maakt onrechtvaardige keuzes.

In ons streven de rechtvaardigheid te behouden, hebben wij de rechtvaardigheid vernietigd.<sup>139</sup>

Levenbach stelde in zijn afscheidsrede in 1966 dat het arbeidsrecht in essentie een gebied van rechtvaardigheid is. De werknemer heeft behoefte aan bescherming door het recht.<sup>140</sup> Zo is

---

<sup>137</sup> Op p. 43 van het Concept Regeerakkoord VVD-CDA van 30 september 2010 komt de navolgende zin voor: "Een grotere flexibiliteit is ook nodig om de groeiende tegenstelling tussen mensen met vaste contracten en flexwerkers (uitzendkrachten, tijdelijke contracten, zelfstandigen zonder personeel) tegen te gaan." Deze volzin heeft gezien de kennelijk door VVD, CDA en PVV gemaakte afspraak het bestaande ontslagrecht te handhaven bepaald een cynische ondertoon. De afspraak betekent dat een grotere flexibiliteit slechts kan komen van een verdere verscherping van het onderscheid tussen *insiders* en *outsiders*. Als een van de drie actiepunten noemt het concept regeerakkoord het gelijktrekken van het ambtenarenrecht met het arbeidsrecht. Indien is bedoeld het ambtenarenrecht te schoeien op de leest van het huidige ontslagrecht, is dat in het licht van deze oratie geen verstandig voornemen. Het is op zich wel een begrijpelijke en verstandige wens het ambtenarenrecht gelijk te trekken met een herzien arbeidsrecht.

<sup>138</sup> A. Sen, *The idea of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2009, p. 54, p. 129, en p. 352-354. De Penguin uitgave is besproken door mijn voorgangster in Nijmegen I.P. Asscher-Vonk in *TRA* 2010/8/9, 74.

<sup>139</sup> De inspiratiebron voor deze uitdrukking is een *one-liner* van een Amerikaanse majoor in een bijeenkomst met journalisten tijdens de Vietnam-oorlog. Hij deed verslag van een Amerikaans bombardement op de plaats Ben Tre in de Mekongdelta tijdens het Tet-offensief. Deze regio behoorde indertijd tot het gebied van Zuid-Vietnam. De *one-liner* maakte indertijd furore en luidt: "We had to destroy Ben Tre in order to save it".

<sup>140</sup> M.G. Levenbach, Veertig jaar arbeidsrecht, in: *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, samengesteld door Prof. mr. H.L. Bakels, Deventer: Kluwer 1977 en Alphen a/d Rijn: Samson 1977, p. 26.

het. Ik zal in de mij als hoogleraar gegeven rol mijn krachten aanwenden de oude gedachte van rechtvaardigheid terug te brengen.

Het ontslagrechtdossier kent een nijpend tekort aan leiderschap. Hoe lang nog?

## **Dankwoord**

Mijn tochten langs de ontslagvelden bestrijken een periode van in totaal dertig jaar. Ik was overal en nergens en heb nu in Nijmegen een standplaats gevonden. Ik dank de Radboud voor het warm onthaal en noem, velen tekort doende, mannen als Corjo Jansen, Steven Bartels en Bas Kortmann. Ik voel mij meer ingeburgerd dan het enerverende bestaan van de afgelopen decennia mogelijk maakte.

De leden van de vaksectie sociaal recht hebben mijn aantreden in Nijmegen licht gemaakt. Ik dank jullie zeer, ik voel mij in de club enorm thuis.

Ik koester de goede banden met de andere vaksecties van de faculteit.

Mijn studenten zeg ik dat arbeidsrecht een prachtig terrein is. Je vindt er recht, onrecht, strijd, chaos, passie, mededogen, alles wat voetballen en het menselijk beweeg zo boeiend maakt. Graag deel ik met jullie mijn verhalen. Laat ons samen op weg gaan de rechtvaardigheid in het systeem terug te brengen. Het is een lange weg, neem dus lunchpakketten mee.

In de dankbaarheid voor de geboden kansen te komen tot een verruiming van mijn horizon betrek ik Hof 's-Gravenhage dat mij sinds vorige week als raadsheer-plaatsvervanger in zijn gelederen een plek gunt.

Ik dank Allen & Overy voor de blijken van waardering rond mijn afscheid als partner. Ik sprak gisteren de burgemeester van Rome. Hij zei me dat nog steeds dagelijks duizenden mensen zich verzamelen bij de Trevi-fonteinen in de hoop een glimp op te vangen van opnamen voor La Dolce Vita Part Two. Verder betreurden wij het grote niet te repareren gat in het midden van het Panteon en het feit dat de roof top garden van een van de betere restaurants in de stad als verloren moet worden beschouwd. Zo was het!

Ik stond hier maart 2008 als wisselleerstoelhouder CPO. Ik heb die eervolle rol met veel genoeg vervuld. Ik ben alle betrokkenen erkentelijk voor de samenwerking en dank in het bijzonder Marianne van den Bosch.

Ik verheug mij in enige grote vriendschappen. Ik zie uit naar het vervolg en de nieuwe vriendschappen die in en vanuit het Nijmeegse kans krijgen op te bloeien.

De woorden die ik aan het slot van mijn oratie tot mijn naaste omgeving sprak, behouden de vertrouwelijkheid van het gesproken woord.

Ik heb gezegd.

## Literatuur

- M.C.M. Aerts, De zelfstandige in het sociaal recht (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal recht, Deel 41
- H.J.W. Alt, Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009
- E.G. van Arkel, A just cause for Dismissal in the United States and the Netherlands (diss. Rotterdam), Bakelsreeks, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007
- I.P. Asscher-Vonk, De positie van arbeidsongeschikten en arbeidsgehandicapten, *SMA* 2001, p. 123-125
- I.P. Asscher-Vonk, Boekbespreking A. Sen, *The idea of Justice*, UK: Allen Lane – Penguin 2009, *TRA* 2010/8/9, 74
- I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2009
- L.A. Banning, Win een toekomstige baan in de tombola, *ArbeidsRecht* 2004/1
- A. Baris, Ontslagvergoedingsnormeringsdiscussie, *ArbeidsRecht* 2004/8/9, 42
- R.M. Beltzer, Het ontslagrecht blijft dual, art. 7:685 BW onder druk, *ArbeidsRecht* 2010/3, 11
- L. van den Berg, De Uniforce-constructie, *TRA* 2009/12, 97
- L. Van den Berg, Tussen feit en fictie (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010
- V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk en A.R. Houweling, Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?, *TAP* 2009 (Special 3), p. 4-16
- G. Betlem, Richtlijnconforme interpretatie, in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), Serie Onderneming en Recht, Deel 42-1, Deventer: Kluwer 2007, p. 97-132
- D.F. Berkhout, Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, *ArA* 2010/2, p. 70-87
- K.W.M. Bodewes, De ontslagvergoeding in de praktijk, *ArbeidsRecht* 2001/8/9, 44
- K.W.M. Bodewes, And what you do not know is the only thing you know, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 37
- K.W.M. Bodewes en A. Baris, Baijings: hoe ging het verder?, *ArbeidsRecht* 2008/12, 60
- K. Boonstra, M. de Kleermaeker en R. Knegt, Onderzoeksrapport 99/03, Flexibiliteit en ontslagbescherming, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut
- G.C. Boot, Vergoeding van schade en optievervalbeding, *SMA* 2001, p. 315-320
- G.C. Boot, De switch, *ArbeidsRecht* 2002/10, 53
- G.C. Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004
- W.H.A.C.M. Bouwens, Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008
- W.H.A.C.M. Bouwens, De voorwaardelijke ontbinding, *SR* 2004, p. 179-184
- W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, 22<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2008
- D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?, *TRA* 2010/1, 4
- D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad, *TRA* 2010/5, 50

- D.J. Buijs, Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard, *ArA* 2010/2, p. 25-69
- P.A. Charbon, Oost West Thuis Best, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 35
- W. Dijkshoorn en S.D. Lindenbergh, Schadebegroting, bewijs en waardering, *Ars Aequi* 2010, p. 538-542
- R.A.A. Duk, Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?, *SMA* 2008, p. 207-209
- R.A.A. Duk, De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de kring van Kantonrechters: wie heeft gelijk?, *TRA* 2010/5, 46
- R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the Twain ever meet?, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 36
- M. van Eck, Optierechten bij einde arbeidsovereenkomst: vergoed of voortgezet?, *Arbeid Integraal* juni 2001, p. 83-88
- J.H. Even, De rechtsmacht van de Nederlandse ontbindingsrechter aan de hand van de EEX-Verordening, *TAP* 2009/1, p. 24-29
- Z. Even en E. van Kampen, De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist, *ArA* 2004/1, p. 4-61
- W.J.P.M. Fase, Afscheid van het huidige ontslagrecht, *SMA* 2000, p. 487-492
- W.J.P.M. Fase, De dringende reden in een repressief ontslagstelsel, *SMA* 2001, p. 107-110
- C.G.M. Fruytier, De voorwaardelijke ontbinding, *ArbeidsRecht* 2004/10, 52
- P.A. Fruytier, De kat van Schrödinger en de executie van de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding, *Ars Aequi* 2007, p. 190-199
- Y. van Gemerden, De ontbinding voor zover vereist en het onvoorwaardelijk tegenverzoek: onverenigbaar, *ArbeidsRecht* 2006/3, 12
- J.H. Gerards, Het EVRM, *Ars Aequi* 2010, p. 726-729
- F.B.J. Grapperhaus, Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?, *ArbeidsRecht* 2001/4, 21
- F.B.J. Grapperhaus, Het einde van de relatie; naar een zinvoller ontslagbescherming, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 535-542
- F.B.J. Grapperhaus, The end of the affair (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006
- F.B.J. Grapperhaus, Vijf broden en twee vissen, *SR* 2007, p. 73-84
- F.B.J. Grapperhaus, De kredietcrisis en de gemiste kansen in het arbeidsrecht, *TRA* 2009/5, p. 3-4
- F.B.J. Grapperhaus en T. Schils, Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt, *SR* 2007, p. 351-358
- F.B.J. Grapperhaus en A. Stege, Het optievervalbeding en de schadevergoeding bij einde dienstverband, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 464 e.v.
- R.J.M. Hampsink, Simpel voetballen is het allermoeilijkste: acht stellingen tegen het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *SR* 2001, p. 71-80
- T. Havinga, Effectieve bescherming van 'zwakke' werknemers tegen onredelijk ontslag, *SMA* 2001, p. 104-106
- G.J.J. Heerma van Voss, Contouren van het ontslagrecht van de 21ste eeuw, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 239-252
- G.J.J. Heerma van Voss, Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk, in: *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, B. Barentsen e.a. (red.), Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 30, Kluwer: Deventer 2001, p. 1-16
- G.J.J. Heerma van Voss, ADO en STAR, de discussie gaat verder, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 111-121
- G.J.J. Heerma van Voss, Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging, in: De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens

- neemt ontslag! Hansma (red.), Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 35, Deventer: Kluwer 2005, p. 65-78
- G.J.J. Heerma van Voss, Ontslagrecht volgens Donner, *SR* 2007, p. 231-232
- 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, 47
- P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, Sociaal recht en 40 jaar EVRM, in: A.W. Heringa e.a. (red.), 40 jaar EVRM, Leiden 1990
- P.F. van der Heijden, Ontslagrecht als arbeidsmarktinstrument, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 225-237
- P.F. van der Heijden, Een nieuw en beter ontslagrecht, *SMA* 2001, p. 87-92
- P.F. van der Heijden, *Ontslagindustrie*, in: OR Informatie 24 oktober 2003, p. 14-15
- P.F. van der Heijden, GAB, RDA, CWI ... KTR?, *NJB* 2003, p. 1009-1010
- P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Handelingen NJV 2001-I, Deventer: Tjeenk Willink 2001
- Bob Hepple and Bruno Veneziani (ed.), The transformation of Labour Law in Europe, A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004, Oxford: Hart Publishing Ltd. 2009
- L.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen (diss. UvA Amsterdam), Sociaal- en arbeidsrechtelijke reeks, Deel 14, Deventer: Kluwer 1983
- L.H. van den Heuvel, Zijn wij klaar voor een nieuw ontslagrecht?, *SMA* 2002, p. 235-244
- L.H. van den Heuvel, Orde op zaken (afscheidsrede Amsterdam VU), Bussum, 2006
- F. van der Hoek en M.V. Ulrici, Naar een nieuw ontslagstelsel of een nieuwe kantonrechttersformule, *SMA* 2007, p. 356-359
- A.R. Houweling, Gespiegde taal inzake kennelijk onredelijk ontslagformule Hof 's-Gravenhage: oude kantonrechttersformule in ere herstellen?, *TAP* 2009/7, p. 276-280
- A.R. Houweling, Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed, *TAP* 2010/6, p. 228-233
- A.R. Houweling, De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen, *Ars Aequi* 2010, p. 574-578
- H. Houwing, A Dutch approach to flexicurity? (diss. UvA Amsterdam), OND1307695, 2010
- H. Houwing, De Nederlandse aanpak van 'flexicurity'? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk, *TRA* 2010/6/7, 56
- IMF, World Economic Outlook: Rebalancing Growth, April 2010
- A. Jacobs '50 jaar EVRM en het sociaal recht' in: R.A. Lawson en E. Myer, 50 jaar EVRM, Leiden 2000
- C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Art. 7:610 BW en de partijbedoeling, *TAP* 2010/1, p. 4-10
- M.V.E.E. Jansen, De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag, *ArbeidsRecht* 2010/1, 1
- S. A. Kampijon, *Vaker en langer een tijdelijk contract voor jongeren tot 27 jaar: een verboden vorm van leeftijdsonderscheid?*, in: Zo is het, F.B.J. Grapperhaus, E. Koot-Van der Putte en S. Sikkink (red.), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 25-34
- M.W.A.M. van Kempen, De switch; is iets zo omdat het zo zou moeten zijn?, *ArbeidsRecht* 2008/10, 46
- O. van der Kind, Het Van de Grijp/Stam-arrest: de techniek klopt, maar het werkt niet, *TRA* 2010/1, 5
- R. Knegt, Van bureaucraat tot rechter en vice versa: een halve eeuw dual ontslagstelsel, *SR* 2000, p. 362-367

- R. Knegt, De ontslagtoets en bescherming van werknemers: pretentie of preventie?, *SMA* 2001, p. 93-96
- R. Knegt, Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel, *SR* 2006/10, 59
- H.S.M. Kruijer, Ontbinding van een arbeidsovereenkomst 'voor zover vereist', *SMA* 2004, p. 280-292
- P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk, *ArbeidsRecht* 2009/6/7, 31
- P. Kruit en C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland, *ArbeidsRecht* 2010/6/7, 27
- S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1993
- S.W. Kuip, Relatieve competentie: de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, *ArbeidsRecht* 2003/1, 2
- S.W. Kuip en E. Verhulp, Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd, *SMA* 2001, p. 415-433
- J.J.M. de Laat, Ontbinding ontbonden?, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 295-307
- J.J.M. de Laat, Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie, *ArA* 2007/1, p. 47-68
- J.J.M. de Laat en D.J. Buijs, De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag, *TAP* 2010, p. 195-200
- A. van Leeuwen, De BBA-procedure; de wet, het besluit en het beleid, *TAP* 2010/2, p. 52-56
- E. Léonard and E. Perin, Lifelong Learning and Social Partnership: A Comparative Overview of Twelve European Countries, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009), p. 283-300
- M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954
- M.G. Levenbach Veertig jaar arbeidsrecht, in: Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, samengesteld door Prof. mr. H.L. Bakels, Deventer: Kluwer 1977 en Alphen a/d Rijn: Samsom 1977
- C.J. Loonstra, De kantonrechter als arbeidsrechter (oratie EUR), Deventer: Kluwer 2000
- C.J. Loonstra, Het systeem van het ontslagvergoedingsrecht, in: De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw, Liber Amicorum voor Prof. mr. F. Koning, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 309-326
- C.J. Loonstra, ADO en schuivende ontslagroutes, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 25-45
- C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, *NJB* 2005, p. 290-297
- C.J. Loonstra, De januskop van de Hoge Raad. Over de verhouding tussen art. 7:681 BW en afdeling 6.1.10 BW, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 34
- C.J. Loonstra en L.G. Verburg, Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding, *ArA* 2005/1, p. 48-75
- C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, derde druk, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2008
- H. Naber, Van een preventief ontslagverbod naar een repressief ontslagrecht? (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981
- A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen, A.C.J.M. Wilthagen, Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling, *SMA* 2008/11/12, p. 435-445
- Nationale Ombudsman, Naar een eerlijke ontslagprocedure, Rapport 2007/260 van 21 november 2007

- F.M. Noordam, Reïntegratie en preventie: de Commissie-Rood en Karl Lagerfeld, *SMA* 2001, p. 117-122
- W. Ochel, the Political Economy of Two-Tier reforms of Employment Protection in Europe, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009), p. 237-260
- T. van Peijpe, AW of BW?, *SMA* 2005, p. 403-405
- F.J.L. Pennings, Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, Monografieën Sociaal Recht, Deel 43, Deventer: Kluwer 2007
- S.S.M. Peters, Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker, *SMA* 2008, p. 397-404
- W.G.M. Plessen, De Commissie Bakker – een preadvies, vòòr de bakker?, *SMA* 2008, p. 255-256
- J.P. Quist, Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid, *TAP* 2010/2, p. 60-67
- P.P. Rijkema, Aanpassing van de kantonrechttersformule is geen taak voor de rechter, *NJB* 2008, p. 2165
- J. Riphagen, Ontslag en WW-uitkering na het afscheid van het duale stelsel, *SMA* 2001, p. 111-116
- W.L. Roozendaal, Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit, *Ara* 2009/3, p. 22-41
- S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n), Deel 1 *ArbeidsRecht* 2002/4, 24 en Deel 2 *ArbeidsRecht* 2002/8/9, 43
- J.M. van Slooten, Much ado about ADO?, *NJB* 2001, p. 931-937
- C.G. Scholtens, ADO-ontslagrecht, *SMA* 2001, p. 97-103
- C.G. Scholtens, Evaluatie Artikel 6 BBA, *SMA* 2003, p. 292-296
- C.G. Scholtens, De toekomst van de ontslagvergoeding, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 63-110
- C.G. Scholtens, Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945, *ArA* 2005/3, p. 28-59
- C.G. Scholtens, Herziening ontslagrecht: kosten en keuzen, *SR* 2005, p. 46-59
- A. Sen, *The idea of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2009
- J.M. van Slooten, De opeisbaarheid van de vergoeding bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, *ArbeidsRecht* 2000/3, 18
- J.M. van Slooten, Uitleg optieregeling. Onduidelijkheden voor rekening werkgever, *SR* 2003, 7
- H.W.M.A. Staal, De varkenscyclus van het Nederlandse wettelijke ontslagrecht. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is, *SMA* 2007, p. 315-319
- J.J. Trap, De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?, *ArbeidsRecht* 2007/4, 24
- J.J. Trap, De werknemer en de opdrachtnemer, in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 25-43
- Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, Beleidsregels en regelgeving, Den Haag: Sdu 2010
- W. Vandeputte, Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit, *ArA* 2007/1, p. 69-101
- A.G. Veldman, Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *SR* 2006/10, 64
- L.G. Verburg, Werknemersopties en einde dienstverband, *ArA* 2001/3, p. 52-69
- L.G. Verburg, Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 47-62

- L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder (oratie Nijmegen)*, Serie Onderneming en Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer, 2008
- L.G. Verburg, *De nieuwe kantonrechterformule: een balancing act*, *ArbeidsRecht* 2009/2, 7
- L.G. Verburg, *Het moment van de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers op grond van de richtlijn collectief ontslag*, Annotatie bij Hof van Justitie EG 10 september 2009, JAR 2009/252 (Akavan/Fujitsu), *ArA* 2010/1, p. 65-80, met een reactie van J. Heinsius en naschrift in *ArA* 2010/2, p. 88-97, resp. 98-100
- L.G. Verburg, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!, *ArbeidsRecht* 2010/8/9, 33
- E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam, UvA), Amsterdam, Vossiuspers 2003
- E. Verhulp, *Na de voorwaardelijke ontbinding*, *ArbeidsRecht* 2003/1, 6
- E. Verhulp, *Ontslagrecht in beweging?*, in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 11-24
- E. Verhulp, *Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet*, *SR* 2007, p. 317-326
- E. Verhulp, *Commissie Bakker: koken met sterren?*, *SR* 2008, 45
- E. Verhulp, *Het Haagse vermoeden van kennelijk onredelijk ontslag*, *ArbeidsRecht* 2009/1, 1
- G.W. van der Voet, *De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magisch-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag*, *TAP* 2010/3, p. 100-104
- G.W. van der Voet en A.R. Houweling, *De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet*, *TAP* 2009/4, p. 149-154
- M. de Vos, *European Flexicurity and Globalization: A Critical Perspective*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25, no. 3 (2009), p. 209-235
- H. de Waele en I. Kieft, *De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht*, *N.T.E.R.* 2010, p. 170-178
- M. Weiss, *The future of European Social Policy*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2008/4, p. 1349-1381
- Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, *Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht*, *SMA* 1991, p. 214-221
- Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, *Naar een nieuw ontslagrecht in duplo*, *SR* 2000/9, p. 243-252
- Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, *Ontslagrecht volgens ADO*, C.G. Scholtens (red.), *Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 31, Deventer: Kluwer 2001
- P.W.H.M. Willems, *XYZ is de helft van (oud) ABC: een nieuwe hofformule voor vergoeding kennelijk onredelijk ontslag?*, *TAP* 2009/6, p. 224-228
- A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009
-