

Prof.dr. Stefan F. Sagel

# Werk en zekerheid: ontslagrecht *doen* in tijden van hard and fast rules



Universiteit  
Leiden

Bij ons leer je de wereld kennen

# Werk en zekerheid: ontslagrecht *doen* in tijden van hard and fast rules.

Oratie uitgesproken door

Prof.dr. Stefan F. Sagel

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het

Arbeidsrecht

aan de Universiteit Leiden

op vrijdag 5 september 2014.



Universiteit  
Leiden



*Mijnheer de rector magnificus, geachte aanwezigen,*

Kent u het Koningslied nog?<sup>1</sup> “*Daar sta je dan, de dag die je wist dat zou komen is eindelijk hier.*” Ons arbeidsrechtjuristen staat op 1 juli 2015 een nog veel bijzonderder dag te wachten. Voor ons geldt dan: “*Daar sta je dan, de dag die je wist dat niet zou komen is eindelijk hier.*” Een hele vreemde dag.

Jarenlang is er vergeefs gedebatteerd over herziening van het Nederlandse ontslagrecht. Dat debat had in hoofdzaak betrekking op drie aspecten. In de eerste plaats de wenselijkheid van instandhouding van de zogeheten preventieve ontslagtoets. Wil een werkgever een arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen dan moet hij daarvoor - een aantal uitzonderingen, zoals een rechtsgeldig ontslag op staande voet, daargelaten - een voorafgaande ontslagvergunning van het UWV verkrijgen. Het betreft hier een verplichting die voortvloeit uit een aan het einde van de Tweede Wereldoorlog afgekondigd besluit, het BBA, dat destijds bedoeld was slechts zeer korte tijd te gelden om chaos op de arbeidsmarkt na die oorlog te voorkomen en die moest bijdragen aan de wederopbouw van ons land.<sup>2</sup> De werkgever kan ook ontbinding vragen bij de rechter, die in dat geval ook “preventief” toetst of beëindiging in de rede ligt, en pas bij bevestigende beantwoording van die vraag ontbindt. Daarmee raken we ook meteen aan het tweede discussiepunt, te weten de keuzemogelijkheid ten aanzien van de ontslagroute die het huidige systeem de werkgever biedt. De kritiek op dit punt luidde dat deze keuzemogelijkheid tot zeer uiteenlopende resultaten in nogal vergelijkbare gevallen leidt, in het bijzonder op het punt van de ontslagvergoedingen.<sup>3</sup> In de ontbindingsprocedure is het uitgangspunt in de praktijk dat er een vergoeding wordt toegekend en wordt de omvang berekend aan de hand van de zogeheten Kantonrechtर्सformule. Die formule leidt ook in gevallen waarin de werkgever geen enkel verwijt treft, tot soms torenhoge vergoedingen. Na een opzegging is het uitgangspunt daarentegen dat de werknemer geen vergoeding krijgt en ontstaat het recht daarop pas als de

werknemer aantoont dat het ontslag “kennelijk onredelijk” is omdat de werkgever als slecht werkgever heeft gehandeld. In die procedure mag de Kantonrechtर्सformule juist niet worden gehanteerd en komt het erop aan zo concreet mogelijk de schade te becijferen die door het kennelijk onredelijk handelen wordt geleden.<sup>4</sup> Tot slot ging het debat - natuurlijk - over geld; waren die ontslagvergoedingen op basis van de Kantonrechtर्सformule niet eigenlijk veel te hoog? Beloonden zijn geen falende graaiers aan de top? Denatureerden zij de arbeidsovereenkomst niet tot een ordinaire spaarzegeltjeskaart? En beperkten zij niet de arbeidsmobiliteit, met name van oudere werknemers die bang zouden zijn om door een overstap naar een andere werkgever de door hen zo zuur verdiende zegeltjes in één klap te verliezen?

Het debat is op vele fronten gevoerd. Commissie na commissie produceerde rapport na rapport. Ze belandden op zijn best in ambtelijke lades en op de literatuurlijst van de Grotiusopleiding arbeidsrecht.<sup>5</sup> Voor- en tegenstanders van de “preventieve ontslagtoets” buitelden in allerlei poldergremia in verhitte discussies over elkaar heen. De een zag afschaffing ervan als noodzakelijke flexibiliseringsmaatregel, de ander gooide zijn bekende rode tomaten naar zulk streven naar “flitsontslag” dat alleen maar tot het “dumpen” van werknemers en tot pure afbraak van rechtsbescherming zou leiden.<sup>6</sup> Ook de wetenschap liet zich niet onbetuigd. Talloze publicaties en conferenties werden gewijd aan de genoemde discussiepunten. Maar de omvang en intensiteit van het debat bleken telkens weer omgekeerd evenredig aan de resultaten ervan. Want op één ding kon men de klok gelijk zetten: die veelbesproken wijziging van het ontslagrecht, die kwam er niet. Bij veel beoefenaren van het arbeidsrecht ontstond door dit alles een diepgewortelde overtuiging dat er “toch nooit wat zou veranderen”. Wie steeds maar weer merkt dat er ondanks veel gepraat, feitelijk niets gebeurt, gaat er vanzelf in geloven dat er ook niets *zal* veranderen. Of dat nu de tandpastatube is waarvan een echtgenoot al honderd keer beloofd heeft dat hij de dop er de volgende keer wel op zal doen, of het Nederlands elftal dat naar het WK vertrekt met de belofte

om wereldkampioen te worden, elke keer dat niet gebeurt, waarop vurig wordt gehoopt, verdiept zich de overtuiging dat het “toch nooit wat wordt”. Dat de dagen waarop de vermaledijde dop wel op de tube gaat, de wereldbeker de tocht door de Amsterdamse grachten maakt en het ontslagrecht fundamenteel wijzigt, nimmer zullen komen.

En toen werd het 11 april 2013 en was daar opeens het Sociaal Akkoord. Weer waren de reacties afwachtend en licht cynisch. Collega Barentsen en ik maakten ons daaraan ook schuldig. Wij sloten onze NJB Kroniek 2013 zuinigjes af met de opmerking dat we nog maar moesten afwachten of dit niet de zoveelste “omgekeerde processie van Echternach” zou worden: één stap vooruit en twee naar achter.<sup>7</sup> Maar: het schier onmogelijk geachte bleek dit keer wel mogelijk. Op 1 juli 2015 treedt het langomverwachte nieuwe ontslagrecht in werking. Wat brengt het ons? De Wet werk en zekerheid - Wwz - beoogt het ontslagstelsel, zo lezen wij in de Memorie van Toelichting, onder behoud van de preventieve toets, “eenvoudiger, sneller en eerlijker” te maken.<sup>8</sup> De wet vertrouwt daartoe op een omslag van de huidige toetsing van de bijzondere omstandigheden van het individuele geval aan hetgeen open normen als de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap vereisen, naar *hard and fast rules*. De gedachte is dat in de wet spijkerharde regels komen te staan, aan de hand waarvan snel (vooraf) bepaald kan worden (i) welk loket bevoegd is om een ontslag te toetsen, (ii) wanneer een ontslag gerechtvaardigd is en (iii) welke vergoeding daarbij hoort. De hoop is dat daarmee de rechtszekerheid wordt gemaximaliseerd en tegelijkertijd het aantal ontslagprocedures wordt geminimaliseerd.

De Wwz is niet echt een warm welkom ten deel gevallen. Zwaargewichten als de Rotterdamse hoogleraar Duk en zijn collega Grapperhaus uit Maastricht voorspelden ijsig dat grondleggers van het Nederlandse arbeidsrecht zoals Levenbach en Drucker zich “in hun graf zouden omdraaien” als de wet zou worden aangenomen.<sup>9</sup> De meest dodelijke opmerking hoorde ik echter uit de mond van de Amsterdamse arbeidsrechtscoryfee Verhulp. Hij zei tijdens een congres in

Nijmegen dat hij het nieuwe systeem uiteindelijk toch een verbetering vond “omdat we gaan van een stelsel met 700 fouten naar een stelsel met 500 fouten”. *With supporters like those, who needs opponents?*

Maar, zoals dat tegenwoordig heet, “dit is wat het is”. Of we het leuk vinden of niet - we moeten het met de Wwz doen. In plaats van u te vermoeien met een klein uurtje azijnzuur napleiten over hoe het allemaal anders en beter had moeten, zet ik de klok vandaag om. Ik omarm de Wwz als gegeven en ga met u bezien welke ruimte haar harde snelle regels ons nog laten om dat te blijven realiseren waar het uiteindelijk ook in het arbeidsrecht om gaat, te weten om rechtvaardige oplossingen die oog hebben voor alle omstandigheden van het geval. De overtuiging dat het daar, ook in het arbeidsrecht, uiteindelijk in overwegende mate om gaat, vindt niet alleen steun in wetenschappelijke beschouwingen van de zojuist genoemde oudere grondleggers van het Nederlandse arbeidsrecht.<sup>10</sup> Zij is ook diep geworteld in de huidige arbeidsrechtspraak van de Hoge Raad. Of het nu gaat om de vraag of een arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW, of de zorgplicht voor een veilige werkomgeving is vervuld, of zich een dringende reden voor ontslag op staande voet voordoet, dan wel of een ZZP'er onder de reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheidsregeling moet worden gebracht: steeds maar weer leert de Hoge Raad ons dat het antwoord slechts met een ruime, genuanceerde blik voor alle omstandigheden van het geval kan worden gevonden.<sup>11</sup> Vanwaar die genuanceerde brede blik? Du Perron heeft dat eens prachtig in één zin samengevat in zijn NJ-noot onder het arrest DSM/Fox. Hij schrijft daar: “Rechtsverhoudingen tussen partijen en derden doen zich in oneindig veel variaties voor en wie daarvoor harde regels wil geven, geeft of onrechtzekerheid, of schijnrechtszekerheid”.<sup>12</sup> Natuurlijk: de rechtszekerheid die de Wwz beoogt te dienen, is ook een groot goed, maar het streven ernaar moet wel ruimte laten voor individuele rechtvaardigheid. Kan dat nog, na 1 juli 2015? Ik kijk in het eerste deel van mijn betoog naar de mogelijkheden *binnen* het

ontslagrecht en daarna naar de mogelijkheden voor maatwerk die de Wwz wellicht *buiten* het ontslagrecht opent. Want soms scheppen juist beperkingen, elders nieuwe kansen.

### **DEEL I: De Wwz en maatwerk *binnen* het ontslagrecht**

De afgelopen jaren zijn vooral de verschillen tussen de beide huidige ontslagroutes benadrukt, maar ze hebben ook belangrijke overeenkomsten. Zij zijn beide gestoeld op de gedachte (i) dat bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een ontslag een weging van *alle* omstandigheden van het geval op zijn plaats is en (ii) dat gebreken in een ontslagdossier, zo zij niet moeten leiden tot voortzetting van het dienstverband, een op de aard en ernst daarvan toegespitste en afgemeten compensatie vergen.

In de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW staat de rechter een zeer algemeen geformuleerd criterium ten dienste om te beoordelen of ontbinding in de rede ligt; “veranderingen in de omstandigheden van dien aard dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk (...) behoort te eindigen”. Dat brede criterium noopt tot een blik op alle omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd geeft het de rechter de voor de praktijk belangrijke mogelijkheid om te ontbinden wegens een *cocktail* van gedeeltelijk bestaande redenen. Een ontbinding kan gebaseerd worden op een stevige scheut disfunctioneren, aangelengd met wat irritatie over verwijtbaar handelen zoals te laat komen, afgemaakt met een snuffje incompatibilité des humeurs.<sup>13</sup> Een heerlijke combi voor de werkgeversadvocaat. Ook bij de bepaling van de ontbindingsvergoeding moet de rechter een brede blik hebben. De Hoge Raad leert dat bij de begroting daarvan “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”.<sup>14</sup> Dit leerstuk staat, naar het eerste arrest in die lijn, bekend als de Baijings-leer. Maar bij het bepalen van de vergoeding op basis van alle omstandigheden heeft de ontbindingsrechter wel een grote mate van vrijheid en mag hij zelfs in belangrijke mate op zijn intuïtie afgaan.<sup>15</sup>

Teneinde toch enige uniformiteit aan te brengen werd de alom bekende Kantonrechttersformule ontwikkeld en ook die formule had weer oog voor maatwerk. Te weten: via de daarin vervatte C-factor, die tot uitdrukking brengt in welke mate één van partijen een verwijt treft van de ontbinding en die de uitkomst van de vermenigvuldiging van de factoren A (anciënniteit) en B (maandsalaris) in lijn brengt met hetgeen billijk is in de omstandigheden van het geval.<sup>16</sup>

De praktijk leert dat (de vaststelling van) de ontbindingsvergoeding de rechter bovendien de mogelijkheid geeft om, als dat in de omstandigheden van het geval de meest rechtvaardige oplossing lijkt, te ontbinden ook al is er geen voldragen dossier. En wel door de werknemer voor dat gebrek te compenseren met een op de ernst van het gebrek in de ontslaggrond afgestemde verhoging van de vergoeding. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin arbeidsovereenkomsten werden ontbonden wegens disfunctioneren, terwijl de werknemer onvoldoende in de gelegenheid was gesteld om zijn functioneren op peil te brengen, maar het voor beide partijen beter was dat zij van elkaar verlost werden.<sup>17</sup> Of aan gevallen waarin de werknemer daartoe weliswaar voldoende lang in de gelegenheid was gesteld, maar hij geen eerlijke kans had gekregen.<sup>18</sup> Denk ook aan gevallen waarin partijen een “conflictje” met elkaar hadden gekregen en de werkgever de stekker uit de relatie wilde trekken zonder eerst een poging te hebben gedaan om onder begeleiding van een mediator tot een oplossing te komen.<sup>19</sup> Of aan gevallen waarin een werkgever tot ontbinding wilde komen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid en steken had laten vallen ten aanzien van de re-integratie.<sup>20</sup> Bezieet men de ontbindingsrechtspraak over de afgelopen jaren, dan gebiedt de eerlijkheid eigenlijk te zeggen, dat de nadruk van het maatwerk in de ontbindingsprocedure erg lag op het onderzoek naar de vraag wat de “kostprijs” - in termen van verhoging van de C-factor - was van het niet, of niet geheel aanwezig zijn van een daadwerkelijk redelijke, of zorgvuldig tot stand gekomen, grond voor ontbinding. Er zijn heel veel beschikkingen geweest waarin in niet meer dan één of enkele zinnen werd

besloten tot ontbinding, waarna pagina's werden gewijd aan het maatwerk in de vorm van de vergoeding ter compensatie van gebreken in de reden voor de beëindiging.<sup>21</sup> Zo bezien was ontslag in nogal vergaande mate "te koop", ook bij de rechter. Slechts zelden werd een ontbindingsverzoek afgewezen. Als we afgaan op de onderzoeksresultaten van Kruit, slechts in slechts 9% van alle gevallen.<sup>22</sup> Tegelijkertijd geven zijn onderzoek en eerdere statistieken aan dat zeer vaak werd ontbonden met een vergoeding hoger dan C=1.<sup>23</sup> Dat duidt, al met al, op veel zaken waarin werd ontbonden terwijl er op de een of andere manier gebreken kleefden aan de grond voor beëindiging, die in overwegende mate aan de werkgever te wijten waren. Kortom: het op alle omstandigheden van het geval toegespitste maatwerk, wordt in de ontbindingsprocedure meestal gevonden in financiële genoegdoening. Maar maatwerk op basis van alle omstandigheden van het geval, is het wel. En dan de opzegroute. De kans op behoud van de baan is daarin wat groter. Volgens het UWV leidde in 2013 slechts 51% van de ontslaaanvragen tot een vergunning.<sup>24</sup> In de overige 49% van de gevallen werden aanvragen afgewezen, ingetrokken of niet ontvankelijk verklaard. In die gevallen waarin opzegging heeft plaatsgevonden, kan de werknemer vervolgens een kennelijk onredelijk ontslagprocedure entameren. Ook daarin is maatwerk het devies, in feite in nog sterkere mate dan in de ontbindingsprocedure. Bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter van de Hoge Raad wederom een brede blik hebben voor alle omstandigheden van het geval, zoals die zich uiterlijk bij het einde van de arbeidsovereenkomst voordoen.<sup>25</sup> De wet geeft in art. 7:681 BW slechts een niet uitputtende lijst met wat voorbeelden, juist omdat de omstandigheden van het geval uiteindelijk beslissend zijn. Dat ligt ook in de rede nu de Hoge Raad het kennelijk onredelijk ontslag ziet als een specialis van de norm van het goed werkgeverschap (7:611 BW), die hij op zijn beurt weer een specialis van de redelijkheid en billijkheid acht (6:248 BW).<sup>26</sup> Wat redelijkheid en billijkheid vereisen kan niet met oogkleppen op worden gezien. Is sprake van kennelijke onredelijkheid, dan komt het ook bij de begroting

van de deswege verschuldigde schadevergoeding weer aan op een afweging van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad leert ons dat de rechter met die ruime blik voor alle aspecten van het concrete geval, moet concretiseren wát het ontslag kennelijk onredelijk doet zijn en die tekortkoming vervolgens moet vertalen naar een schadevergoeding.<sup>27</sup> Net als bij de kantonrechttersformule gaat het dus om maatwerk. Maar anders dan bij de Kantonrechttersformule, die door het abstracte karakter van haar berekeningsmethodiek leidt tot *grofmazig* maatwerk, gaat het hier dus om *fijnmazig* maatwerk, dat leidt tot een vergoeding die is afgestemd op de *daadwerkelijk* geleden schade.

#### *Het nieuwe systeem en de gronden voor ontslag*

Welke ruimte biedt het nieuwe systeem voor maatwerk op basis van de omstandigheden van het geval? Allereerst de ontslaggronden. De kernbepaling in dat verband is het nieuwe art. 669. Daarin wordt, in lid 1, bepaald dat voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever steeds "een redelijke grond" is vereist. In lid 3 is vervolgens een limitatief bedoelde opsomming opgenomen van hetgeen onder een redelijke grond wordt verstaan, te weten - kort samengevat - a) verval van arbeidsplaatsen, b) langdurige arbeidsongeschiktheid, c) frequent ziekteverzuim, d) disfunctioneren, e) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, f) weigering werk te verrichten wegens een gewetensbezwaar, g) een verstoorde arbeidsverhouding, h) andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De wetgever heeft er vervolgens in navolging van het Sociaal Akkoord voor gekozen om de beide huidige ontslagroutes - opzegging en ontbinding - te behouden, maar de werkgever de vrijheid te ontnemen daaruit te kiezen. Bij de a- of de b-grond van art. 669 moet de werkgever, wanneer de werknemer niet instemt met een opzegging, naar het UWV.<sup>28</sup> Als het UWV de ontslaaanvraag weigert kan de werkgever het nogmaals *in the rebound* proberen bij de rechter, die dan alsnog bevoegd wordt

voor die twee gronden.<sup>29</sup> De a- en de b-grond zijn (dan) dus “indirecte ontbindingsgronden”. De c- tot en met h-grond zijn rechtstreeks aan de ontbindingsrechter toebedeeld.<sup>30</sup> Het nieuwe systeem beperkt de ruimte om ten aanzien van de ontslaggronden rekening te houden met alle omstandigheden van het geval ingrijpend. Je zou het zo kunnen zeggen: de huidige panoramakijker wordt ingeruild voor kokerview. De wetstekst en de wetsgeschiedenis laten zich namelijk slechts zo lezen dat iedere wettelijke ontslaggrond op zichzelf moet worden beschouwd. Dat ligt allereerst besloten in de bewoordingen van art. 669 dat in lid 1 duidelijk maakt dat voor beëindiging “een redelijke grond” vereist is, waarna in lid 3 *separaat* van elkaar en *limitatief* wordt opgesomd wat als “een redelijke grond” in de zin van lid 1 kwalificeert. Dat de ontslaggronden separaat moeten worden beoordeeld wordt bevestigd doordat de wet niet beoogt te voorzien in een “veegbepaling” waarin “beetjes” van redelijke gronden, die niet voldragen genoeg zijn om *op zichzelf* als redelijke grond te fungeren, op een hoopje “samengeveegd” zouden kunnen worden tot een redelijke grond. Ook de h-grond - “andere omstandigheden van dien aard dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs moet eindigen” - is daarvoor niet bedoeld. Daaronder vallen blijkens de wetsgeschiedenis namelijk *andersoortige* redelijke gronden, die juist *niet* vallen binnen het domein van de a- tot en met de g-grond. Het moet - zo lezen wij reeds in de Memorie van Toelichting - gaan om “situaties (...) die *niet* zijn terug te voeren naar de overige gronden genoemd in artikel 7:669 BW”.<sup>31</sup> Gedacht moet worden aan detentie, illegaliteit en het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning. Dat de gronden inderdaad los van elkaar gezien moeten worden en men niet kan werken met een redelijke cocktail-grond, vindt ook steun in hetgeen in de wetsgeschiedenis is opgemerkt over de vraag wat de rechter moet doen als hij met een ontbindingsverzoek op een door de wet aan hem toebedeelde grond wordt geconfronteerd waarin ook elementen spelen die vallen in het domein van de a- en b-grond. In zo een geval is de rechter niet bevoegd kennis

te nemen van die laatstgenoemde ontslaggrond. Hij mag er blijkens de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer niet eens naar kijken: “Eventuele opgeworpen economische argumenten zal de rechter niet kunnen meewegen in zijn oordeel”, lezen we daar.<sup>32</sup> Duidelijker kunnen de oogkleppen die de rechter door de Wwz worden opgezet niet tot uitdrukking worden gebracht; de rechter wordt gewoon verboden om recht te doen op basis van alle omstandigheden van het geval. Hij mag slechts de voor een *bepaalde* ontslaggrond *relevante* aspecten in de beschouwing betrekken. Helemaal aan het einde van het wetgevingsproces heeft het Eerste Kamerlid Backer een poging ondernomen om de regeling gewijzigd te krijgen. Is, zo vroeg Backer zich tijdens het debat in de Eerste Kamer op 3 juni 2014 af, bij het wetsvoorstel niet de casuspositie over het hoofd gezien

“(...) waarin wél een zekere mate van verstoring en verwijtbaarheid en (...) wél een zekere ongeschiktheid (is), maar het feitencomplex telt onvoldoende op tot één van de gronden in 669c tot en met 669g”.<sup>33</sup>

7

Zou het niet goed zijn om alsnog te voorzien in een veeggrond voor samengestelde ontslaggronden, zoals ook vanuit de Vereniging van Arbeidsrechtadvocaten Nederland - VAAN - was voorgesteld?

De Minister moest helemaal niets van dat voorstel hebben en gaf, zoals dat heet, “geen sjoeg”. De h-restgrond was, zo riposteerde hij, uitsluitend bedoeld voor gevallen die niet onder de overige gronden vallen en mag niet worden aangewend “voor het repareren van een onvoldoende onderbouwd ontslag waarvoor wegens gebrek aan onderbouwing geen redelijke grond bestaat”.<sup>34</sup> Van die strenge lijn, zo zei de Minister tegen Backer, wilde hij ook echt “niet afwijken”, al gaf hij wel aan diens zorgen zodanig legitiem te achten dat hij bij de evaluatie van de wet specifiek naar dit punt zou kijken.<sup>35</sup> Backer heeft vervolgens, geconfronteerd met de resolute opstelling van de Minister, zijn wens tot aanpassing van de regeling inzake de restgrond laten varen en volstaan met



een tandeloze motie van de strekking dat monitoring van de wet op dit punt inderdaad gewenst is.<sup>36</sup> Maar die toezegging had de Minister op dat punt reeds gedaan. Blijkens de motie - die door een meerderheid van de Kamer werd gesteund - kan zich in de praktijk wel eens een geval voordoen dat “mogelijk niet geheel (meer) past binnen een van de wettelijke gronden van art. 7:669 lid 3 BW” maar waarin de rechter toch meent dat in redelijkheid ontbinding gewettigd is. Hoe de rechter met zulke gevallen omgaat, op dát punt moet de werking van de wet gemonitord worden. Wat de motie dus uitdrukkelijk *niet* zegt, is dat de Eerste Kamer van mening is dat de rechter in zo een geval toch mag ontbinden. Die boodschap zou ook geheel in strijd zijn geweest met de wetsgeschiedenis tot dan toe en de vlak daarvoor door de Minister met grote beslistheid tot uitdrukking gebrachte opvatting. Waar het dus simpelweg op neerkomt, is dat (een groot deel van) de Eerste Kamer op dit punt twijfel heeft gehad over de vraag of de wet wel gaat werken, maar niet het lef bezat om de Minister terug te sturen naar de tekentafel. Men heeft willens en wetens gestemd voor een regeling ten aanzien waarvan op voorhand twijfel over de werkbaarheid bestond en volstaan met de vingerwijzing dat maar achteraf moet worden gecontroleerd of die vrees inderdaad gewettigd was. Dat valt in de categorie *In geval van twijfel inhalen, en we zien achteraf wel of er brokken moeten worden opgeruimd*.

De Minister was er duidelijk blij mee dat de Eerste Kamer hem op die manier *off the hook* had gelaten: hij bedankte Backer omstandig voor de door hem getoonde “souplesse” en het feit dat hij terug was gekomen van zijn wens tot aanpassing van de regeling op het punt van de h-grond. Minister Asscher bracht daarbij nog eens onder de aandacht dat de door Backer voorgestelde aanpassing ook veel meer zou zijn geweest dan een simpele reparatie: het zou een breuk zijn geweest met de hele systematiek van de nieuwe wet, die nu juist afstand neemt van open ontslagnormen.<sup>37</sup>

Dat de te elfder ure ingediende motie van Backer niet met zich brengt dat de wet uiteindelijk toch zo kan worden uitgelegd dat de rechter de restgrond mag aanwenden om te ontbinden in

gevallen waarin niet geheel is voldaan aan één van de aan hem toebedeelde ontslaggronden, maar zich wel een combinatie van gedeeltelijk bestaande gronden voordoet, vindt ook nog eens bevestiging in de gang van zaken na het debat in de Eerste Kamer. Op 10 juni 2014, vlak voor de stemming over het wetsvoorstel, heeft de Minister nog een brief aan de Eerste Kamer gezonden waarin hij de door Backer (in navolging van de VAAN) gesuggereerde verruiming van de restgrond tot een daadwerkelijke veeggrond voor gevallen waarin “in redelijkheid niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortbestaan” nog eens heeft besproken en uitdrukkelijk heeft aangegeven daar niets in te zien. De reden daarvoor was dat de werkgever daardoor “niet (wordt, toevoeging SFS) bewogen om zorgvuldig te handelen, bijvoorbeeld in het geval van een werknemer die naar de mening van de werkgever niet voldoende functioneert”.<sup>38</sup>

In de wetenschap dat de Wwz dus geen mogelijkheid biedt om in gevallen waarin (i) weliswaar “in redelijkheid niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortbestaan” maar waarin zich niet ook (ii) één van de in art. 669 lid 3 opgesomde ontslaggronden geheel voordoet, de arbeidsovereenkomst te ontbinden, heeft de Eerste Kamer de wet nog diezelfde dag aangenomen. In zo een geval moeten partijen het zelf maar uitzoeken; de rechter kan de werkgever dan niet te hulp komen. Al met al stelt het nieuwe systeem onmiskenbaar als harde eis dat iedere ontslaggrond op zichzelf wordt beschouwd en dat gedeeltelijk bestaande gronden niet kunnen worden samengeteld. *Two wrongs don't make a right*. De tijd van ontslagcocktails is voorbij. Ieder ontslagglas mag maar met één smaakje gevuld worden. Het moge duidelijk zijn dat dat de mogelijkheden van de rechter om tot maatwerk te komen niet bevordert.

*Recht doen aan de omstandigheden via financiële compensatie voor een tekort aan redelijke grond?*

De tweede vraag luidt dan welke ruimte het nieuwe systeem biedt om met vergoedingen recht te doen aan de omstandigheden van het geval. Meer in het bijzonder: welke

ruimte bestaat er nog om gebreken in de ontslaggronden, zoals in het huidige systeem schering en inslag is, te helen met een op de aard en de ernst daarvan afgestemde vergoeding? Kan een halfvol ontslagglas - om maar even te blijven bij dat beeld - door de rechter wel worden aangelenigd met geld?

Ik beperk me hier, omwille van de tijd en ter voorkoming dat het u aan het einde van mijn betoog duizelt van de Wwz-vergoedingen, tot de vergoedingen die in de Wwz-ontbindingsprocedure op verzoek van de werkgever, het nieuwe art. 671b, aan de orde zijn.

Voorop staat dat de werknemer in de systematiek van de Wwz als de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en dan wordt opgezegd of op verzoek van de werkgever wordt ontbonden in beginsel recht heeft op de zogeheten transitievergoeding van het nieuwe art. 673.<sup>39</sup> Die “standaard” vergoeding dient slechts twee doelen: (i) het geforfaiteerd opvangen van de financiële gevolgen van het ontslag en (ii) transitie naar een andere baan vergemakkelijken. Zij bedraagt de eerste tien jaar van het dienstverband een zesde maandsalaris per zes maanden en daarna een kwart maandsalaris voor ieder daarop volgende periode van zes maanden.<sup>40</sup> Daarbij geldt een plafond van Eur 75.000,- dan wel, indien de werknemer jaarlijks meer verdient dan dat, een jaarsalaris. Het recht op de transitievergoeding vervalt pas als de beëindiging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Los daarvan geldt een aantal wettelijke uitzonderingen op het recht op een transitievergoeding, zoals voor werknemers die nog geen achttien zijn en een klein dienstverband hebben. Op de transitievergoeding mogen, onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels, kosten die tijdens het dienstverband zijn gemaakt om de werknemer inzetbaar te houden, in mindering worden gebracht.<sup>41</sup> Het gaat daarbij uitsluitend om kosten die niet in directe relatie hebben gestaan tot de functie van de werknemer bij de werkgever en hebben bijdragen aan een bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt.<sup>42</sup> Scholingskosten voor de eigen baan mogen dus niet in mindering worden gebracht.

Naast het verschijnsel van de transitievergoeding, wemelt het nieuwe systeem van allerlei verschillende billijke vergoedingen. De voor de ontbindingsprocedure belangrijkste daarvan is de billijke vergoeding die de rechter de werknemer in de ontbindingsprocedure op grond van art. 671b lid 8 kan toekennen wanneer de werkgever de beëindigingsgrond “ernstig verwijtbaar” heeft doen ontstaan.<sup>43</sup> Verwacht er in kwantitatief opzicht niet veel van: er is keer op keer benadrukt dat deze billijke vergoeding slechts in incidentele, echt bijzondere gevallen mag worden toegekend.<sup>44</sup> In de tweede plaats kan de rechter in hoger beroep, wanneer hij tot het oordeel komt dat een arbeidsovereenkomst in eerste aanleg ten onrechte is ontbonden, een billijke vergoeding toekennen wanneer herstel van het dienstverband inmiddels, door tijdsverloop, niet meer in de rede ligt (art. 683 BW). Voor die billijke vergoeding is ernstige verwijtbaarheid van de werkgever niet vereist.

Eén van de mantra's van de regering tijdens het wetgevingsproces was dat het Wwz-systeem is gebaseerd op de gedachte dat voor een beëindiging van het dienstverband pas plaats is, wanneer zich één van de wettelijke redelijke gronden echt helemaal voordoet. Er bestaat ofwel één van de redelijke gronden van art. 669 lid 3 - in welk geval beëindigd mag worden en waarbij dan vrijwel steeds slechts aanspraak bestaat op een transitievergoeding - ofwel er bestaat geen redelijke grond en dan mag er ook niet beëindigd worden. Die zwart/witte benadering loopt als een rode draad door de wetsgeschiedenis. Zo vermeldt reeds de Memorie van Toelichting dat “als algemene regel geldt, dat ontslag geoorloofd is als daar een redelijke grond voor is”.<sup>45</sup> Daaraan heeft ook de Kantonrechter zich in de ontbindingsprocedure te houden: “Als hetgeen door de werkgever wordt aangevoerd onvoldoende grond voor ontslag biedt, zal de rechter de arbeidsovereenkomst niet ontbinden”, zo lezen we in diezelfde Memorie.<sup>46</sup> Naarmate het wetgevingsproces vorderde, heeft de regering zijn overtuiging dat er “geen ontbinding zonder redelijke grond” mag zijn, alleen nog maar steviger in de verf gezet. In de Nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede

Kamer is bijvoorbeeld ingezoomd op de d-grond van art. 669, die ziet op disfunctioneren. Op die grond, zo werd daar opgemerkt, is ontbinding slechts mogelijk als (i) de werkgever de werknemer hier reeds eerder op heeft aangesproken, (ii) in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren te verbeteren en (iii) de ongeschiktheid voor het werk niet het gevolg is van onvoldoende scholing van de werknemer of van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer.<sup>47</sup> “Als”, zo klinkt het vervolgens bepaald streng, “aan deze voorwaarden niet is voldaan, zal de rechter de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden”. De gedachte achter die strenge benadering is dat wanneer de rechter de arbeidsovereenkomst zonder het bestaan van een voldragen redelijke grond desondanks wel zou kunnen ontbinden, de zojuist genoemde verplichtingen van de werkgever om te werken aan het functioneren van zijn personeel, “in feite loos” zouden worden. Er is dan voor een werkgever in de ogen van de regering ook “geen enkele stimulans meer” om te trachten verbetering aan te brengen in het functioneren van de werknemer, bijvoorbeeld door scholing. De regering acht dat ongewenst.<sup>48</sup> Ook andere passages uit diezelfde nota ademen deze gestrengheid. Zo lezen we al op pagina vier dat een ontslagvoornemen wegens disfunctioneren door de rechter “niet gehonoreerd zal kunnen worden” als dat disfunctioneren te wijten is aan een gebrek aan scholing voor de functie. Tijdens het wetgevingstraject in de Eerste Kamer is het mantra “geen ontbinding zonder goede grond” vervolgens zeker niet met minder nadruk onder de aandacht gebracht.<sup>49</sup> In de Memorie van Antwoord is de regering - naar aanleiding van daarop gerichte vragen van de VAAN, die door de Eerste Kamer aan de regering zijn doorgeleid - uitdrukkelijk ingegaan op de vraag of in het nieuwe systeem, net als in het huidige systeem, de mogelijkheid voor de rechter bestaat om in geval van een “niet geheel voldragen” dossier toch tot een ontbinding te geraken, waarbij de gebreken dan gecompenseerd zouden kunnen worden met een vergoeding. De regering wierp die gedachte verre van zich:

“Als in dit verband onder een << niet geheel voldragen >> dossier wordt verstaan dat uit het dossier niet blijkt dat er een redelijk grond is voor ontslag (of aan de overige vereisten voor ontslag is voldaan) dan is het evident dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet zal kunnen ontbinden. Daar is in dat geval immers geen grond voor.”<sup>50</sup>

In de ééndimensionale - of positiever gesteld: principiële - belevingswereld van de regering, als onder meer tot uitdrukking gebracht in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer, is het leven simpel:

“Of er is een redelijke grond voor ontslag en dan kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden, of er is geen redelijke grond voor ontslag en dan is er ook geen grond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.”<sup>51</sup>

De gedachte dat een tekort aan ontslaggrond met geld gerepareerd zou kunnen worden, werd venijnig van de hand gewezen. Die benadering gaat volgens de regering zelfs voorbij

“(…) aan de *essentie van het ontslagrecht*: dat de werknemer zich beschermd weet tegen ontslag zonder redelijke grond en in het verlengde daarvan, onzorgvuldig handelen van de zijde van de werkgever.”<sup>52</sup>

Dat vond ik opvallend scherpe woorden. Er spreekt welhaast afschuw uit voor de gedachte dat materiële ontslagbescherming zou kunnen worden ingeruild voor financiële genoegdoening. Niet alles is voor geld te koop en zeker niet zoiets principiëels als een *justa causa demissionis*. De praktijk van de afgelopen decennia was een volkomen andere. Impliciet heeft de regering daarover nu een vernietigend oordeel uitgesproken. Zij beoogt een omslag van financiële compensatie voor gebrekkig ontslag, naar materiële bescherming daartegen.

De regel dat pas tot ontbinding mag worden overgegaan als zich daadwerkelijk één van de wettelijke ontslaggronden *geheel* voordoet en dat de rechter een tekort op dat vlak niet mag wegstrepen tegen een toe te kennen vergoeding, gaat hand in hand met de wijzigingen die de Wwz meebrengt ten aanzien van de scope van ontslagvergoedingen. De hiervoor genoemde Wwz-vergoedingen hebben namelijk andere doelen dan om een gebrek aan ontslaggrond te helen. Zoals we net zagen: de transitievergoeding ziet op de toekomst; zij vangt de gevolgen van het ontslag op en accommodeert de overgang naar ander werk met een budget dat kan worden aangewend voor, bijvoorbeeld, extra scholing. Die vergoeding is er niet op gericht om gebreken in de ontslaggrond te helen. Dat laatste geldt ook voor de billijke vergoeding die de ontbindingsrechter op grond van art. 671b lid 8 kan toekennen. Die vergoeding ziet op het verwijtbaar *ontstaan* van een redelijke grond, niet op een *gebrek* aan zodanige grond.

#### *De Asscher-escape?*

Is er dan helemaal geen ruimte om met geld een tekort aan ontslaggrond te dichten? Tijdens het debat in de Eerste Kamer lijkt Minister Asscher toch een kleine opening te hebben geboden, zij het met een benadering waarmee het strikte uitgangspunt - geen ontbinding zonder redelijke grond - formeel beschouwd overeind blijft. Die vluchtroute bestaat erin dat *doordat* de werkgever *ten onrechte* beëindiging heeft nagestreefd op grond van één van de andere ontslaggronden van art. 669 lid 3 *door toedoen van* de werkgever een verstoring van de arbeidsrelatie is ontstaan (de g-grond). Het past dan in de systematiek van het Wwz-ontslagrecht dat de rechter wel kan ontbinden, zij het niet op de grond waarop de werkgever eigenlijk beëindiging nastreefde, maar op de g-grond. Het past dan ook in het systeem dat de werkgever het risico loopt dat hij een hoge billijke vergoeding moet betalen nu hij de g-grond ernstig verwijtbaar liet ontstaan. Indirect wordt het gebrek in de oorspronkelijke grond dan toch financieel gedicht. De Minister heeft, tijdens het debat in de Eerste Kamer, het voorbeeld aangehaald van de werkgever die ten

onrechte - want zonder dat hij heeft voldaan aan de eisen om een werknemer eerst een eerlijke verbeterkans te geven - beëindiging nastreeft op de d-grond (disfunctioneren). Ontbinding op die d-grond is in dat geval hoe dan ook niet mogelijk, want die grond doet zich immers (nog) niet voor. De g-grond kan in dat geval onder omstandigheden wel uitkomst bieden, zij het met het risico van toekenning van een billijke vergoeding ter compensatie van de ernstig onzorgvuldige handelwijze van de werkgever:

“Als ik bij het voorbeeld blijf, kan ik mij voorstellen dat als een werkgever die werknemer nog niet heeft gewezen op de mogelijkheid zijn functioneren te verbeteren, deze daar alsnog toe over zou kunnen gaan. (...) Indien in de praktijk de werkgever niet een reële kans heeft geboden aan de werknemer, en die ook niet meer kan worden geboden omdat bijvoorbeeld de arbeidsverhouding al dusdanig is beschadigd, kan sprake zijn van een verstoorde verhouding. Als om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren.”<sup>53</sup>

11

Valt er veel van deze Asscher-escape te verwachten? Wordt ruziemaken het nieuwe maatwerk?

Ik hoop en denk het niet. Allereerst: de g-grond is pas vervuld als sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding die van dien aard is, dat *(i) van de werkgever (ii) in redelijkheid* niet langer te vergen is dat hij het dienstverband continueert.<sup>54</sup> Als een verstoring zijn oorzaak vindt in het *door de werkgever* ten onrechte nastreven van beëindiging op een nog niet voldragen grond, zal niet snel gezegd kunnen worden dat *in redelijkheid* niet *van de werkgever* te vergen is het dienstverband voort te zetten. Een werkgever die *zelf* een onwerkbaar situatie creëert door ten onrechte ontslag na te streven op een onvoldragen grond, mag daarvan niet te snel profiteren doordat hij daardoor alsnog het ontstaan

van een andere ontslaggrond afdwingt. Van zo een werkgever mag verwacht worden dat hij eerst probeert, al dan niet met behulp van een mediator, om de verstoring op te lossen: *nemo suam turpitudinem allegans auditur*.

In de tweede plaats: wat blijft er over van de door de wetgever zo vurig gewenste zowel *streng* als *separate* toetsing van de verschillende wettelijke ontslaggronden wanneer bij een gebrekkige grond, toch eenvoudig via de band van de g-grond tot beëindiging wordt gekomen? Die aanpak zou leiden tot zowel *verwatering* als *vermenging* van de toetsing van de ontslaggronden. Een en ander is nu juist niet beoogd. Maar het belangrijkste argument tegen ruim gebruik van de g-grond als nieuwe vluchtroute voor werkgevers met gebrekkige ontslagdossiers, is dit. Ruime toepassing van de g-grond om ontslagvoornemens op andere onvoldragen gronden mogelijk te maken, leidt tot maatschappelijk gezien zeer onwenselijke gevolgen. Het daartoe op ruime schaal toepassen van de g-grond zou ten gronde neerkomen op uitlokking van slecht werkgeverschap. De rechter die daar waar de wetgever strenge eisen stelt aan het bestaan van redelijke ontslaggronden, gemakkelijk sanctioneert dat verstoring in de onderlinge verhoudingen kan worden gebruikt als panacee voor gebreken in zulke gronden, stimuleert dat verstoorde verhoudingen tot stand worden gebracht. Het ontslagrecht moet geen ruzie uitlokken en slecht werkgeverschap bevorderen, laat staan belonen. Dat zou voor de rechterlijke macht eens te meer reden moeten zijn tot uiterste terughoudendheid bij toepassing van de “Asscher-escape”. Veel meer dan een muizengaatje mag die vluchtroute niet zijn.

#### *De ruimte voor financiële compensatie in appel*

Alleen in hoger beroep geeft de Wwz de ontbindingsrechter iets meer armslag om een zaak financieel af te hechten, maar dan ook *alleen* als de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg ten onrechte is ontbonden. De appelrechter kan als in eerste aanleg ten onrechte een redelijke grond is aangenomen, in hoger beroep in plaats van de arbeidsovereenkomst te herstellen een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer.

Die mogelijkheid, vervat in art. 683 lid 3, is uit praktische overwegingen gecreëerd; herstel kan door tijdsverloop geen realistische optie meer zijn. De billijke vergoeding van art. 683 lid 3 vereist geen verwijtbaarheid. Zij dient er slechts toe “een alternatief” te zijn voor het herstel van de arbeidsrelatie, dat om praktische redenen niet langer uitvoerbaar is. Haar omvang moet daarop volgens de wetsgeschiedenis zijn afgestemd.<sup>55</sup> Dat betekent naar mijn mening dat die vergoeding, naar billijkheid, primair zal moeten worden gerelateerd aan de financiële tegenwaarde die herstel van het dienstverband voor de werknemer vermoedelijk zou hebben gehad en niet aan de aard en de ernst van het gebrek in de ontslaggrond. De vergoeding van 683 dicht niet het gat tussen een gebrekkige grond en een deugdelijke grond, zij compenseert de tegenwaarde van het feit dat zonder deugdelijke grond geen ontbinding had moeten plaatsvinden.

#### *Tussenconclusie*

Overzien wij het voorgaande, dan lijkt de wetgever binnen de regels van het Wwz-ontslagrecht redelijk te zijn “geslaagd” in zijn wens om de brede toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, aan alle omstandigheden van het geval, uit het ontslagrecht te snijden. Ieder ontslagglas mag (i) alleen nog maar met één smaakje worden gevuld, (ii) alleen worden genuttigd als het tot de rand gevuld is en kan (iii) niet meer met geld worden aangelengd. De mogelijkheden tot maatwerk zijn daarmee ingrijpend beperkt. Maar wat betekent dat nieuwe, toch wel rigide systeem voor de mogelijkheden voor de rechter om buiten de grenzen van dat systeem om, maatwerk te leveren?

#### **DEEL II: De Wwz en de ruimte voor maatwerk *buiten* het ontslagrecht**

Als gezegd, de huidige ontbindingsprocedure heeft een brede blik. Zowel bij de beoordeling of sprake is van veranderingen in de omstandigheden die ontbinding rechtvaardigen, als bij de beantwoording van de daarop volgende vraag of en zo ja welke vergoeding een werknemer daarbij toekomt, komt het aan op een afweging van alle omstandigheden van het geval,

gewogen naar redelijkheid en billijkheid. Maar aan die brede blik zit wel een andere kant, een beperking zo men wil. En die beperking is daarin gelegen dat de Hoge Raad vindt dat nu de rechter in de ontbindingsprocedure rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval, dat in het algemeen wel een slot op de deur zet voor eventuele vervolgsprocedures. We hebben het dan over het leerstuk van de exclusiviteit van de ontbindingsprocedure, dat de Hoge Raad in een reeks van arresten, gewezen in de afgelopen twintig jaar, tot ontwikkeling heeft gebracht. De kern van die zogeheten Baijings-leer, die hiervoor in Deel I al kort werd aangestipt, behelst dat waar de ontbindingsprocedure een brede toets op alle feiten en omstandigheden van een zaak mogelijk maakt, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid dan ook ten volle tot uitdrukking *moet* komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter bij de ontbinding toekent.<sup>56</sup> In beginsel is er, naast de vergoeding bij ontbinding dus *geen* ruimte voor een andere vergoeding, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en de in art. 7:611 BW verankerde norm van goed werkgeverschap, die daar de specialis voor het arbeidsrecht van vormt.<sup>57</sup> Zoals Grapperhaus het al eens terecht opmerkte: het feit dat de ontbindingsvergoeding een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid is, brengt logischerwijs mee dat de rechter een volledige redelijkheids- en billijkheidsafweging heeft gemaakt, waarbij dus alle omstandigheden worden afgewogen.<sup>58</sup> Het is belangrijk te onderkennen dat de exclusiviteit van de ontbindingsvergoeding niet alleen in de weg staat aan het opnieuw aan de orde stellen van op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde argumenten die in een ontbindingsprocedure daadwerkelijk aan de orde *zijn* geweest, maar ook aan vervolgsprocedures waarin vorderingen worden ingesteld gebaseerd op aan art. 6:248 BW / 7:611 BW ontleende argumenten die in de ontbindingsprocedure naar voren gebracht hadden kunnen worden, maar daarin niet naar voren *zijn* gebracht.<sup>59</sup> De Baijings-leer werpt in beginsel de deur in het slot voor *alle* aanspraken die zijn te vereenzelvigen met de aanspraken die in de ontbindingsprocedure zijn beoordeeld

of geredelijk *hadden kunnen* worden beoordeeld wanneer zij daarin aan de orde waren gesteld.<sup>60</sup> Een andere benadering zou ook niet goed verenigbaar zijn met het thans geldende rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW, nu - zoals Duk en Bouwens dat uitdrukken - een rechter dan ten gronde “in een volgend geding zou worden genoodzaakt zich te buigen over de toereikendheid van de toegekende vergoeding”.<sup>61</sup> Ook de Hoge Raad ziet het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW als extra argument voor zijn doctrine op dit punt: “Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat in strijd met (de bedoeling van) dit verbod een herbeoordeling zou plaatsvinden van het tot de kantonrechter gerichte verzoek”.<sup>62</sup> De Baijings-leer is streng, maar niet absoluut. Zo besliste de Hoge Raad in het Baijings-arrest zelf dat - hoezeer het in het algemeen ongewenst is dat de rechter bij het vaststellen van de door hem toe te kennen vergoeding niet alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren meeweegt - een redelijke wetstoepassing noopt tot aanvaarding van de mogelijkheid dat een door de rechter uitdrukkelijk buiten de beschouwing gelaten omstandigheid in een afzonderlijk geding aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beoordeeld. In dat geval ging het om de omstandigheid dat door de ontbinding optierechten niet langer uitoefenbaar waren.<sup>63</sup> Verder geldt de regel niet ten aanzien van aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en geen enkel verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon of een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling. Dat de leer niet ziet op contractuele aanspraken zoals vorderingen tot nakoming van een op voorhand overeengekomen ontslagvergoeding, of een in de cao opgenomen wachtgeldregeling of een sociaal plan, heb ik zelf nooit als een daadwerkelijke uitzondering op de Baijings-leer gezien, omdat die leer uitsluitend ziet op vorderingen gebaseerd op art. 6:248 of art. 7:611 BW.<sup>64</sup> Wat geldt voor de ontbindingsprocedure, geldt ten gronde ook voor de huidige kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

De Hoge Raad heeft, naar hiervoor al kort aan de orde kwam, uitgemaakt dat art. 7:681 BW - de bepaling inzake het kennelijk onredelijk ontslag - een specialis is van de norm van het goed werkgeverschap. Bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag komt het erop aan vast te stellen of de werkgever, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, bij het geven van het ontslag heeft gehandeld in strijd met “algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap”.<sup>65</sup> Dat alles betekent dat de rechter ook in het kader van de toets of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, zoals dat nu eenmaal bij een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde benadering vereist is, alle omstandigheden van het geval heeft te wegen. Om die reden kan de werknemer naast of na een kennelijk onredelijk ontslagprocedure evenzeer niet nog eens een separate op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde vordering instellen. In het arrest Van Werkhoven/Hal uit 1979 besliste de Hoge Raad dat de regeling inzake kennelijk onredelijk ontslag “gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn” met betrekking tot de toetsing van het ontslag aan de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap als exclusief is aan te merken, in die zin dat daarnaast geen ruimte is voor een op art. 6:248 BW gebaseerde vordering tot herstel van het dienstverband.<sup>66</sup> Het ligt in de rede dat dan evenmin ruimte bestaat voor een separate procedure naast of na de kennelijk onredelijk ontslag procedure waarin uit dien hoofde - schending van de eisen van de redelijkheid en billijkheid bij of in verband met de beëindiging van het dienstverband - schadevergoeding wordt gevorderd. Wel, zo besliste de Hoge Raad, bestaat naast de procedure uit kennelijk onredelijk ontslag de ruimte om schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te vorderen, maar daarvoor is dan wel vereist dat de aan de werkgever verweten gedraging een op zichzelf staande onrechtmatige daad is.<sup>67</sup>

#### *Bye Bye Baijings?*

Welke ruimte bestaat er nog voor de Baijings-leer in het Wwz-ontslagrecht? Zijn de transitie- en de billijke vergoedingen die hiervoor aan de orde kwamen, even exclusief als de huidige

vergoedingen? Of is het op 1 juli 2015 *Bye Bye Baijings?* En betekent dat dan wellicht dat waar de Wwz de ruimte voor vergoedingsmaatwerk *binnen* het ontslagrecht verkleint, de mogelijkheden *daarbuiten* opeens toenemen?

Laten we daartoe bekijken hoe de Wwz-vergoedingen die ik hiervoor besprak, zich verhouden tot de huidige ontbindings- en kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen.

Allereerst de transitievergoeding. Die heeft een zeer beperkte “nazorg-scope”. Zij beoogt slechts (i) om iets van een financiële compensatie te geven om de gevolgen van het ontslag wat te verzachten en (ii) om een budget ter beschikking te stellen om de overgang naar een nieuwe baan te vergemakkelijken.<sup>68</sup> De huidige ontbindingsvergoeding compenseert veel meer dan alleen die twee deelaspecten; daarin zijn immers *alle* ook maar enigszins aan de beëindiging te relateren elementen vervat. Evenmin valt de transitievergoeding op één lijn te stellen met de exclusieve kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Ook bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, moet immers worden gekeken naar veel meer gezichtspunten dan alleen naar de aspecten die in de transitievergoeding zijn verdisconteerd. Weliswaar kan een ontslag nu onder meer kennelijk onredelijk zijn op grond van het zogeheten “gevolgencriterium” dat - kort gezegd - bepaalt dat kennelijke onredelijkheid erin gelegen kan zijn dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij de opzegging, maar een ontslag kan ook op allerlei andere gronden kennelijk onredelijk zijn, die met de gevolgen van het ontslag niets van doen hebben. En ook het huidige “gevolgencriterium” als verankerd in art. 7:681 lid 2 sub b BW heeft als men er goed naar kijkt een veel ruimer bereik dan alleen de twee elementen waarin de hybride transitievergoeding gaat voorzien. Ook bij dat deel-criterium zal blijkens het arrest Van der Grijp/Stam van de Hoge Raad steeds gekeken moeten worden naar “(...) *alle* door de rechter vast te stellen omstandigheden, *waaronder* het ontbreken van een vergoeding ter zake van het ontslag”.<sup>69</sup> De gevolgen zijn dus slechts één element binnen het gevolgencriterium. In het verlengde van de beoordeling

of sprake is van kennelijke onredelijkheid, vereist ook de bepaling van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding een brede blik op alle omstandigheden van het geval. De beoordeling van de kennelijke onredelijkheid en de daarbij behorende schadevergoeding gaan immers hand in hand: de schadevergoeding moet gerelateerd zijn aan de aard en de ernst van de kennelijke onredelijkheid. Ook in de begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag komen dus veel meer aspecten tot uitdrukking dan alleen de elementen waarin de transitievergoeding voorziet.<sup>70</sup> Dat de transitievergoeding een veel beperktere vergoeding is dan de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding blijkt ook uit de Wwz-wetsgeschiedenis. Die vermeldt namelijk dat het gevolgcriterium en de toetsing van het ontslag aan de redelijkheid en billijkheid in zijn huidige vorm “komt te vervallen” en dat “daarvoor in de plaats” in de regel de hybride transitievergoeding verschuldigd is, hetgeen nog maar eens bevestigt dat die vergoeding ook in de ogen van de wetgever een daadwerkelijk ander, veel eenvoudiger karakter heeft.<sup>71</sup> Dan de additionele billijke vergoeding die de ontbindingsrechter bij een werkgeversverzoek in de zin van art. 671b kan toekennen. Ook die vergoeding bestrijkt slechts een heel beperkt deel van het gehele redelijkheid- en billijkheidsspeelveld dat door de huidige ontbindingsvergoeding wordt afgedekt. De ontbindingsvergoeding nieuwe stijl compenseert slechts ernstig verwijtbaar handelen *dat heeft geleid tot* totstandkoming van de redelijke ontslaggrond waarop het ontslag is gebaseerd.<sup>72</sup> De Memorie van Toelichting noemt onder meer het voorbeeld van de verstoorde arbeidsrelatie door ongewenste avances van de werkgever.<sup>73</sup> In de Nota naar aanleiding van het verslag lezen wij vervolgens dat de regering van mening is “dat een aanvullende vergoeding alleen verschuldigd is bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werkgever met ontslag tot gevolg”.<sup>74</sup> Ook tijdens het debat in de Tweede Kamer liet de Minister er geen misverstand over bestaan: het criterium ziet “op ernstig verwijtbaar handelen of nalaten *met ontslag tot gevolg*”.<sup>75</sup> De verwijtbaarheid

moet dus zien op het ontstaan van de specifieke grond die de beëindiging draagt. Die beperkte reikwijdte gaat hand in hand met de hiervoor besproken kokerviewing waartoe de rechter bij de ontbindingsgronden is veroordeeld. Wie slechts mag onderzoeken of een *bepaalde* grond voor ontbinding is “gehaald”, behoeft zich ook alleen te bekreunen over de vraag of de werkgever van het ontstaan *daarvan* een ernstig verwijt valt te maken. Dit betekent andersom, dat slecht werkgeverschap dat niet heeft geleid tot het ontstaan van de gehanteerde ontslaggrond, dus ook niet *gcovered* kan zijn door die billijke vergoeding. Die vergoeding ziet dus niet op handelen in strijd met de norm van goed werkgeverschap op het terrein van *andere* ontslaggronden dan de grond voor ontbinding en evenmin op slecht werkgeverschap dat wel *gerelateerd is* aan het ontslagtraject, maar los staat van *het ontstaan* van de ontslaggrond.

Ook de billijke vergoeding van art. 683 lid 3 die de rechter in hoger beroep kan toekennen als hij van mening is dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte heeft ontbonden, maar hij toch wil afzien van het dan eigenlijk vereiste herstel van het dienstverband, heeft een veel beperktere scope dan de huidige vergoedingen. Ook die vergoeding vraagt niet om een integrale weging van alle omstandigheden van het geval en beoogt niet om een compensatie te geven voor alle vormen van slecht werkgeverschap. De wetsgeschiedenis is er heel duidelijk over: de vergoeding van art. 683 lid 3 is “uitdrukkelijk *niet* een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” van de werkgever.<sup>76</sup> Die vergoeding compenseert uitsluitend dat herstel van het dienstverband dat wegens een tekort/gebrek in een bepaalde wettelijke grond eigenlijk op zijn plaats was, “door tijdsverloop” - en dus niet: wegens verwijtbaar werkgeversgedrag - niet meer in de rede ligt. De vergoeding is een “alternatief” voor herstel van het dienstverband. Dat de vergoeding van art. 683 lid 3 geen brede weging van alle omstandigheden van het geval impliceert, zoals de huidige ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 BW of de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding van art. 7:681 BW, ligt eens te meer in de rede wanneer wordt bedacht dat het



debat in procedures waarin de vraag naar de vergoeding ex art. 683 lid 3 aan de orde komt, niet op alle omstandigheden van het geval gericht zal zijn geweest. Als gezegd, zal in dat soort procedures de focus, gelet op het wettelijk kader, liggen op de vraag of één bepaalde ontslaggrond “gehaald” is, zodat daarin buiten het bereik van die ontslaggrond gelegen feiten en omstandigheden niet of nauwelijks aan de orde zullen worden gesteld. Het zou dan ook vanuit dat perspectief bezien ongerijmd zijn, wanneer wel moet worden aangenomen dat in de vergoeding ex art. 683 lid 3 opeens rekening gehouden moet worden met iedere vorm van slecht werkgeverschap en dus ook met slecht werkgeverschap op het terrein van andere gronden dan de gehanteerde ontslaggrond (die een gebrek vertoonde). Dat past helemaal niet in de “kokerview” ten aanzien van de ontslaggronden waarop het nieuwe systeem nu juist gestoeld is. Alle drie zojuist besproken Wwz-vergoedingen hebben dus een veel beperkter karakter dan de huidige kennelijk onredelijk ontslag- en ontbindingsvergoedingen. De huidige vergoedingen zijn het resultaat van een uitputtende en genuanceerde toetsing aan de redelijkheid en billijkheid van al hetgeen maar enigszins gerelateerd is aan de beëindiging van het dienstverband. Juist doordat in de ontbindings- en kennelijk onredelijk ontslagprocedure uitputtend kan worden getoetst aan hetgeen de norm van goed werkgeverschap vergt, is het in beginsel niet toegestaan om daarna nog een separate procedure op die basis te beginnen. Doublures in de *toetsing aan* en daaruit volgende dubbele *compensatie voor* slecht werkgeverschap moeten voorkomen worden. Met de komst van het Wwz-systeem zal die volle toetsing bij een beëindiging op verzoek van de werkgever tot het verleden behoren. Er wordt separaat per ontslaggrond getoetst; feiten en omstandigheden die vallen in het domein van andere ontslaggronden zijn daarbij niet relevant en blijven buiten beschouwing. De scope van de billijke vergoeding van art. 671b lid 8 is in het verlengde daarvan beperkt tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever waardoor de specifieke ontslaggrond die de beëindiging draagt, is ontstaan en de transitievergoeding compenseert slechts de gevolgen van het ontslag als zodanig

en beoogt te voorzien in een mobiliteitsbudget. Ook de billijke vergoeding die de ontbindingsrechter in appel kan toekennen in ruil voor herstel, heeft een beperktere scope.

Omdat de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid in het Wwz-ontslagrecht ingrijpend wordt versmald en de vergoedingen in dat systeem een veel beperktere “scope” hebben, wordt daarmee het toepassingsbereik van de huidige Baijings-leer in dat nieuwe systeem in even vergaande mate beperkt. En daarmee laat dat nieuwe systeem logischerwijs veel meer ruimte over voor vervolgpcedures gebaseerd op de norm van goed werkgeverschap. De kern van de zaak lijkt me deze: wanneer feiten en omstandigheden die slecht werkgeverschap opleveren na 1 juli 2015 (i) in een ontbindingsprocedure niet meer meewegen bij de beoordeling of beëindiging gewettigd is omdat zij liggen op een ander terrein dan dat van de gehanteerde ontbindingsgrond en (ii) in het verlengde daarvan ook niet kunnen leiden tot toekenning van een billijke vergoeding omdat die vergoeding gerelateerd moet zijn aan het *ontstaan* van de gehanteerde ontbindingsgrond, terwijl (iii) dat slechte werkgeverschap evenmin ligt binnen het beperkte regelingsbereik van de transitievergoeding, verzet de gedachte achter de Baijings-leer zich er niet tegen om ten aanzien van die feiten en omstandigheden een aparte vordering in te stellen. Sterker nog: in zulke gevallen waarin de werknemer zijn “punt” ten aanzien van de strijd met de norm van het goed werkgeverschap/de redelijkheid en billijkheid in de ontbindingsprocedure (nog) niet heeft kunnen maken en de vergoedingen waarop hij aanspraak kan trachten te maken niet zien op dat punt, staat de gedachte achter die leer juist uitdrukkelijk toe dat alsnog een claim op basis van art. 7:611 BW moet kunnen worden ingesteld.<sup>77</sup> De Baijings-leer beoogt slechts dubbele compensatie voor strijd met de redelijkheid en billijkheid te voorkomen, maar voorziet er ook in dat als een ontbindingsvergoeding niet compenseert voor bepaald slecht werkgeverschap, daarvoor alsnog een vordering kan worden ingesteld.

Ook de billijke vergoeding in de zin van art. 683 lid 3 die in hoger beroep kan worden toegekend, laat ruimte voor

vervolgacties open. Die vergoeding ziet immers alleen op het feit dat herstel van het dienstverband dat gelet op een tekort in een specifieke ontslaggrond op zijn plaats was, niet langer mogelijk is. Zij ziet niet op tekortkomingen van de werkgever binnen het domein van andere mogelijke ontslaggronden, of op onzorgvuldig handelen van de werkgever in de aanloop naar de beëindiging, dat los staat van de vraag of de gehanteerde ontslaggrond niet voldragen genoeg was. Waartoe leidt dit nu in de Wwz-praktijk? Laten wij uitgaan van de situatie waarin ontbinding op één van de wettelijke gronden is uitgesproken en geen der partijen hoger beroep heeft ingesteld. De rechter zal dan ook een oordeel hebben gegeven, althans hebben *kunnen* geven, over de vraag of het ontstaan van die reden ernstig verwijtbaar is en een additionele billijke vergoeding in de zin van art. 671 lid 8 wettigt. Dit toetsingskader betekent enerzijds dat de werknemer na (of naast) de ontbindingsprocedure geen nieuwe, op de redelijkheid en billijkheid of het goed werkgeverschap gebaseerde procedure kan beginnen ten aanzien van handelen of nalaten dat valt *binnen* het domein van de gehanteerde ontbindingsgrond en aan het ontstaan daarvan heeft bijgedragen. Dat in de ontbindingsprocedure op dit punt pas een vergoeding mogelijk is, als sprake was van *ernstige* verwijtbaarheid aan het ontstaan van die grond, doet daaraan niet af. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het de bedoeling van de wetgever is dat wanneer een ontslaggrond niet *ernstig*, maar “*gewoon*” verwijtbaar ontstaat, geen additionele vergoeding naast de transitievergoeding verschuldigd is.<sup>78</sup> Het zou dan in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever om aan te nemen dat voor het gewoon, dat wil zeggen niet ernstig verwijtbaar ontstaan van een ontslaggrond, wel apart compensatie kan worden gevorderd. De billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure heeft exclusieve werking ten aanzien van iedere mate van slecht werkgeverschap waardoor de gehanteerde ontslaggrond is ontstaan. Ook kan de werknemer na (of naast) een Wwz-ontbindingsprocedure niet een vervolgpprocedure gebaseerd op art. 7:611 BW of art. 6:248 BW beginnen met de stelling dat de gevolgen van het ontslag

als zodanig voor hem te ernstig zijn of vanwege het feit dat een onvoldoende mobiliteitsbudget ter beschikking is gesteld om de overstap naar een andere baan te vergemakkelijken. Op die punten ontvouwt de transitievergoeding haar beperkte exclusieve werking.

Maar de andere kant is dat het de werknemer, voor zover het slecht werkgeverschap betreft dat (i) *niet* heeft bijgedragen aan het ontstaan van de gehanteerde ontbindingsgrond en (ii) *evenmin* betrekking heeft op de punten waarin de transitievergoeding voorziet, na of naast de ontbinding *wel* een nieuwe procedure kan beginnen om de schade uit dat niet door de Wwz-vergoedingen “gedekte” slechte werkgeverschap te verhalen.

Twee voorbeelden. Een werkgever verzoekt ontbinding, in hoofdzaak wegens wangedrag op een bedrijfsfeest, aangevuld met wat beperkte kritiek op de kwaliteit van het werk. De werknemer erkent het wangedrag, maar betoogt dat het disfunctioneren hem niet te verwijten is door een notoir gebrek aan scholing voor zijn eigen functie. Eerst het huidige systeem. De rechter ontbindt waarschijnlijk wegens de combinatie van de beide gronden (wangedrag en disfunctioneren) en kent slechts een kleine vergoeding toe gelet op de verwijtbaarheid bij de werknemer. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de werknemer daarna nog een nieuwe procedure kan beginnen op basis van art. 7:611 BW om de kosten van een opleiding te verhalen die nodig is om zijn scholingstekort voor de eigen functie recht te zetten. Het gebrek aan scholing was in de ontbindingsprocedure aan de orde en wordt geacht verdisconteerd te zijn in de toegekende vergoeding. In het nieuwe systeem zijn er opmerkelijk genoeg waarschijnlijk wel mogelijkheden voor zo een vervolgclaim. Daarin zal de ontbinding uitsluitend gebaseerd zijn op de e-grond (verwijtbaar gedrag). Het disfunctioneren moet buiten beschouwing blijven, omdat dat nog niet voldragen genoeg was om in zichzelf de redelijke grond van art. 669 lid 3 onder d te zijn. De met het goed werkgeverschap strijdige tekortkoming ter zake van de scholing heeft niets van doen met het ontstaan van de e-grond en wordt dan ook niet bestreken door de

billijke vergoeding van art. 671b. En de transitievergoeding? Die ziet op de gevolgen van het ontslag en op het, bij wijze van nazorg, ter beschikking stellen van een budget om de transitie naar een *andere* baan te vergemakkelijken. Die vergoeding compenseert niet het verwijtbaar en strijdig met art. 7:611 BW *in het verleden* achterwege blijven van scholing voor *de eigen functie* en sluit een claim ter zake van dit punt dus ook niet uit. Dat de transitievergoeding niet beoogt om een gebrek aan scholing voor de eigen functie te compenseren, vindt zijn uitdrukkelijke bevestiging in het feit dat scholingskosten voor de eigen functie ook niet mogen worden verrekend met de transitievergoeding. Dat bewijst dat de transitievergoeding niet dient om gebreken in de scholing voor de eigen functie te compenseren.<sup>79</sup>

Een tweede voorbeeld. Een werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een manager wegens verval van functie door een herschikking van taken. In de weken voorafgaand aan de indiening van het ontbindingsverzoek heeft de directie de manager in allerlei media de schuld gegeven van een mislukte introductie van een nieuw product. Zijn reputatie in de markt is verwoest. Kan de manager na de ontbinding een procedure beginnen waarin hij rectificatie vordert en wellicht zelfs schadevergoeding wegens verlies aan verdien capaciteit? Nu waarschijnlijk niet. Het punt van de diffamerende uitlatingen is waarschijnlijk in de ontbinding aan de orde gesteld - althans: had in ieder geval door de werknemer aan de orde gesteld kunnen worden - en zal dus in beginsel verdisconteerd zijn in de vergoeding.<sup>80</sup>

En in het nieuwe systeem? Stel het UWV weigert ten onrechte een ontslagvergunning op de a-grond van art. 669 lid 3. Dan kan de werkgever in de *rebound* ontbinding vragen op die grond. De ontbindingsrechter kan in dat geval alleen een billijke additionele vergoeding toekennen wanneer het ontstaan van de reorganisatiegrond ernstig verwijtbaar is aan de werkgever. Daarvan is hier geen sprake; een werkgever mag zijn organisatie herschikken. De diffamerende uitlatingen staan los van de totstandkoming van de a-grond op basis waarvan is ontbonden en zullen dan ook niet tot een billijke

vergoeding aanleiding kunnen geven. De vervolclaimt valt dus buiten de beperkte exclusiviteit van de billijke vergoeding. En de transitievergoeding dan? Die dekt toch de gevolgen van het ontslag en voorziet in een mobiliteitsbudget? Staat de exclusiviteit van de transitievergoeding dan niet in de weg aan een vervolclaim tot rectificatie en vergoeding van inkomensschade?

Ik durf de stelling aan dat dat niet zo is. De schade waarvan de manager hier op de voet van art. 7:611 BW vergoeding vordert, is namelijk geen compensatie voor de *gevolgen* van het ontslag, maar voor onzorgvuldig handelen *voorafgaand aan* het ontslag. Dat is, zo zou men het ook kunnen zeggen, een andere grondslag voor aansprakelijkheid, die niet is gedekt door de transitievergoeding. Die ziet immers alleen op de verplichting voor de werkgever om de gevolgen van het ontslag, door middel van enige geforfaiteerde financiële nazorg, enigszins te verzachten en om te voorzien in een employability-budget. Dat is een andere werkgeversverplichting dan de verplichting om de reputatie van de werknemer *staande het dienstverband* niet te beschadigen. Dit alles laat onverlet dat de rechter, bij de begroting van de schadevergoeding op grond van de aparte claim wegens schending van de norm van goed werkgeverschap wel rekening kan houden met het feit dat een deel van de materiële schade van de werknemer reeds is gecompenseerd door een vergoeding uit hoofde van een andere goed werkgeverschapsverplichting waarin de transitievergoeding voorziet. Een zekere mate van verrekening ligt dan in de rede.

*Conclusie: het goed werkgeverschap laat zich niet kisten*

Het is tijd de lijnen bijeen te halen. Hoe staat het met de mogelijkheden om vanaf 1 juli 2015 recht te doen aan de omstandigheden van het geval, om te komen tot rechtvaardig individueel maatwerk? Binnen de kaders van het ontslagrecht worden de mogelijkheden ingrijpend beperkt. De brede toetsing aan de redelijkheid en billijkheid zoals we die nu kennen in het ontslagrecht en waarmee maatwerk kan worden bewerkstelligd, eindigt op 1 juli 2015. Zij eindigt op het punt

van de ontslaggronden en zij eindigt grotendeels ten aanzien van de vergoedingen, die versmallen in scope en ook niet of nauwelijks meer kunnen worden aangewend om een gebrek aan ontslaggrond te compenseren. Maar tegelijkertijd heeft deze verschraling binnen het ontslagrecht tot gevolg dat de deur vermoedelijk veel verder dan nu het geval is, wordt opengezet voor (vervolg)procedures waarin aan de orde kan komen of de werkgever op terreinen die vallen buiten het bereik van de gehanteerde ontslaggrond en buiten de reikwijdte van de twee doelen die de transitievergoeding beoogt te dienen, als slecht werkgever heeft gehandeld. De ruimte die in het ontslagrecht wordt weggesneden om slecht werkgeverschap en handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid gecompenseerd te krijgen, keert dus gedeeltelijk elders terug. Dat is goed nieuws, want het zou juist ook vanuit de wens om gedrag in strijd met die norm zoveel mogelijk uit te bannen, een ronduit onverdraaglijke gedachte zijn wanneer die mogelijkheid niet langer zou bestaan. Werknemers zullen onder het regime van de Wwz vaak aangewezen zijn op (separate) aanvullende vorderingen ex art. 7:611 en 6:248 BW om echt recht te doen aan alle omstandigheden van het geval. Het Wwz-ontslagrecht maakt dat met zijn kokerview nodig, maar lijkt de mogelijkheden daartoe juist *door* diezelfde kokerview ook open te laten. Er ligt een waaier van nieuwe mogelijkheden voor maatwerk in de beperkingen van het nieuwe systeem besloten en ik vertrouw erop dat advocaten en andere rechtshulpverleners die nieuwe wegen zullen weten te vinden op zoek naar rechtvaardigheid in het individuele geval. Als ontslagrecht *doen* binnen het ontslagrecht niet goed meer mogelijk is, dan moeten we proberen het erbuiten te doen, daar waar de nuance niet is zoek geraakt. Ik zie er naar uit om met mijn Leidse collega's de komende jaren een bijdrage te mogen leveren aan de ontwikkeling van ons schitterende vakgebied waarop juist door de Wwz veel uitdagingen, maar ook veel kansen liggen. Ik zie er evenzeer naar uit om de studenten net zo van het arbeidsrecht te laten houden, als ik dat zelf aan deze universiteit ooit onder meer van Max Rood heb geleerd te doen. De vorige keer dat ik op

deze plaats stond, was in 1997, bij zijn afscheid als hoogleraar, toen ik hem mocht toespreken als de laatste student die het keuzevak sociaal recht bij hem had gevolgd. Het vervult mij bepaald met trots nu mede in zijn kleine maar zeer grote voetsporen te mogen treden en te mogen samenwerken met zijn opvolgers, van wie ik in het bijzonder mijn hooggewaardeerde promotor Guus Heerma van Voss en mijn studiegenoot en arbeidsrechtvriend Barend Barentsen wil noemen. Mijnheer de rector magnificus, mijnheer de decaan, mijne dames en heren van het faculteitsbestuur, ik ben u dankbaarheid verschuldigd voor het vertrouwen dat u in mij heeft gesteld. Het is een grote eer aan deze prachtige universiteit, waaraan ik zelf studeerde en promoveerde, verbonden te mogen zijn, in de stad waar ik woon. Mijn arbeidsrechtelijke collega's en confrères bij het kantoor waaraan ik als advocaat verbonden ben, zeg ik dank voor alle extra stappen die zij bereid zijn te zetten, om mij één dag in de week vrij te spelen voor deze tweede baan hier in Leiden. Tot slot zeg ik mijn lieve ouders, mijn lieve Nienke, en mijn "kleine jongens" Moritz en Max dank voor alles wat zij voor mij betekenen en dat is alles. Ik dank u voor uw aandacht.

## Noten

- 1 <http://nl.wikipedia.org/wiki/Koningslied>; <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/13164/Inhuldiging-Willem-Alexander/article/detail/3428397/2013/04/19/Beuisteren-zing-mee-met-het-Koningslied---De-W-van-Willem.dhtml>.
- 2 Zie daarover C.G. Scholtens, Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945, ArA 2005/3, p. 29.
- 3 Verburg spreekt in dit verband over een “lijdensweg van ongelijkheden”, zie L.G. Verburg, Het Nederlandse ontslagrecht en het BBA-carcinoom, oratie Nijmegen, in: C.J. Loonstra en A.R. Houweling, Het sociaal recht uitgedaagd, Den Haag 2014, p. 539 e.v.
- 4 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493 en HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494, alsmede 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 2010/47.
- 5 Zie onder meer: Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (de Commissie ADO), Afscheid van het duale ontslagrecht, Den Haag, Ministerie van SZW 2000. Dat rapport bevat ook een overzicht van de ontwikkelingen voordien. In 2007 verscheen een plan van toenmalig minister Donner tot herziening van het ontslagrecht, dat kritisch werd ontvangen. Zie in dat verband: G.J.J. Heerma van Voss, Ontslagrecht volgens Donner, SR 2007, 51 en H.W.M.A. Staal, De varkenscyclus van het Nederlandse wettelijke ontslagrecht. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is, SMA 2007, p. 315. Vervolgens verscheen in 2008 het rapport van de Commissie Bakker. Zie daarover E. Verhulp, Commissie Bakker: koken met sterren?, SR 2008, 45.
- 6 [https://www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2012/juni/491332-flitsontslag\\_leidt\\_tot\\_dumpen\\_werknemers/](https://www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2012/juni/491332-flitsontslag_leidt_tot_dumpen_werknemers/)
- 7 B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het Sociaal Recht, NJB 2013/2114, p. 2443, r.k.
- 8 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.
- 9 R.A.A. Duk en F.B.J. Grapperhaus, Drucker, Levenbach en het Wetsvoorstel werk en zekerheid, TRA 2014/21.
- 10 Zie o.a. M.G. Levenbach, Veertig jaar arbeidsrecht, in H.L. Bakels, Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, Deventer 1977, p. 26.
- 11 Zie respectievelijk: HR 25 maart 2011, NJ 2011, 594; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260; HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643; HR 23 maart 2012, JAR 2012/110.
- 12 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493.
- 13 Zie voor een recent voorbeeld van zo een samengestelde ontbindingsgrond: Rechtbank Amsterdam 8 augustus 2014 2012, ECLI:NL:RBAMS:2014:5350 (disfunctioneren, te laat komen, overtreding interne regels, gebrek aan vertrouwen, verstoorde relatie).
- 14 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 644; HR 15 december 2000, NJ 2001, 251; HR 2 november 2001, NJ 2001, 667; HR 1 maart 2002, NJ 2003, 210; HR 1 maart 2002, NJ 2003, 211; HR 10 januari 2003, NJ 2003, 231; HR 7 november 2003, RvdW 2003, 173.
- 15 HR 11 juli 2008, JAR 2008/203 en HR 27 november 2009, NJ 2010, 493.
- 16 Zie over (de totstandkoming van) deze formule: A. van Zanten-Baris, De grondslagen van de ontslagvergoeding (diss. UvA), Deventer 2009, p. 72 e.v.
- 17 Zie voor wat recente voorbeelden: Ktr. Haarlem 23 maart 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW1460; Rechtbank Alkmaar 16 juli 2012, Prg. 2013/48; Ktr. Harderwijk 20 maart 2013, JAR 2013/131; Rb. Amsterdam 31 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:829.
- 18 Ktr. Roermond 22 april 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5264.
- 19 Ktr. Leeuwarden 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9992.
- 20 Ktr. Nijmegen 6 oktober 2004, JAR 2005/90 en Ktr. Apeldoorn 24 november 2004, RAR 2005/22.
- 21 Zie voor een aantal voorbeelden uit die tijd verbrede school: Ktr. Zaanstad 11 april 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE1349; Rb. Alkmaar 18 mei

- 2006, JAR 2006/151, RAR 2006, 117; Ktr. Rotterdam 29 september 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ1085; Ktr. Eindhoven 5 januari 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL0091; Ktr. Tilburg 21 december 2010, ECLI:NL:2010:BP0266; Ktr. Almelo 11 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3152.
- 22 P. Kruit, De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst (diss. EUR), Den Haag 2012, p. 180.
- 23 Kruit constateert in zijn onderzoek dat de gepubliceerde rechtspraak een gemiddelde c-factor van c=1,21 te zien geeft, terwijl zijn onderzoek van ongepubliceerde rechtspraak bij verschillende rechtbanken in het land, hem brengt op een gemiddelde c-factor die ook nog steeds boven de c=1 ligt, te weten op C=1,07. Zie Kruit, a.w., p. 182.
- 24 Jaarverslag UWV 2013, p. 18. Zie [http://jaarverslag.uwv.nl/FbContent.ashx/downloads/UWV\\_Jaarverslag\\_2013\\_incl\\_Jaarekening.pdf](http://jaarverslag.uwv.nl/FbContent.ashx/downloads/UWV_Jaarverslag_2013_incl_Jaarekening.pdf)
- 25 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260.
- 26 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493.
- 27 HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494, rov. 3.5.6 en daarover in het bijzonder: G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, a.w.
- 28 Art. 671a.
- 29 Art. 671b lid 1 sub b.
- 30 Art. 671b lid 1 sub a.
- 31 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46 en 99 en in het bijzonder p. 84: “Als het gaat om de restcategorie wordt opgemerkt dat hieraan reeds aandacht is besteed in de memorie van toelichting. Daaruit blijkt dat bedoeld wordt op situaties als het ontslag van een illegale werknemer en een werknemer in detentie, *situaties dus die niet zijn terug te voeren naar de overige gronden genoemd in artikel 7:669 BW.*” Cursivering SFS.
- 32 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 92.
- 33 Handelingen I 2013/14, 33 818, nr. 32 item 10, p. 5
- 34 Handelingen I 2013/14, 33 818, nr. 32 item 14, p. 10. Zie in die zin ook al de MvA I, p. 91: “Het verruimen van de toepassing van laatstgenoemd onderdeel tot situaties die wel vallen onder de overige in dat artikel genoemde gronden, maar waarin niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden wordt voldaan, ligt niet voor de hand, sterker nog, is ongewenst. Dat zou immers betekenen dat onderdeel h zou kunnen worden aangewend voor het << repareren >> van onvoldoende onderbouwing van een ontslag waarvoor - wegens het gebrek aan onderbouwing - geen redelijke grond bestaat als opgenomen onder de overige onderdelen van het derde lid van artikel 7:669 BW” (Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 91).
- 35 Handelingen I 2013/14, 33 818, nr. 32 item 14, p. 11: “Met andere woorden: ik heb mijn betoog gezet naast dat van de heer Backer, juist ter verdediging van de gekozen route. Ik wil daar ook niet van afwijken maar ik wil hem wel toegeven dat de zorgen van hem en van de VAAN en sommige anderen mij dusdanig reëel en legitiem voorkomen dat ik juist naar dat punt in de evaluatie specifiek wil kijken.”
- 36 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. F.
- 37 Handelingen I 2013/14, 33 818, nr. 32 item 14, p. 23.
- 38 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. G, p. 2.
- 39 Dat geldt trouwens ook als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na 24 maanden eindigt. Het recht op de transitievergoeding bestaat blijkens art. 7:673 lid 1 sub b ook als de arbeidsovereenkomst ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever door de werknemer wordt opgezegd, op zijn verzoek wordt ontbonden of op initiatief van de werknemer niet wordt voortgezet.
- 40 Zie over de transitievergoeding: P. Kruit, De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?, TAP 2014/1, p. 52 e.v.
- 41 Art. 7:673 lid 6.
- 42 Zie art. 4 Concept Besluit transitievergoeding, en de Nota van toelichting daarop, p. 11, waar wordt vermeld dat voor aftrekbaarheid van inzetbaarheidskosten als voorwaarde geldt dat die kosten “niet in directe relatie staan of hebben gestaan tot de functie van de

werknemer.” Zie: <http://www.va-an-arbeidsrecht.nl/images/ontwerpbesluit-transitievergoeding.pdf>. Zie voorts de Star Notitie d.d. 12 februari 2014 aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake “Input ‘verrekening transitievergoeding’”, waar op pagina twee valt te lezen: “Met andere woorden, het moet gaan om uit het oogmerk van de bredere inzetbaarheid en toekomstige arbeidsmarktkansen van de werknemer relevante activiteiten. Hieronder vallen niet de kosten die een directe relatie hebben met de functie dan wel met het bevorderen van de duurzame inzetbaarheid van de werknemer binnen de organisatie”. Zie <http://www.va-an-arbeidsrecht.nl/images/20140212-verrekening-transitievergoeding.pdf>

22

- 43 Een vergelijkbare vergoeding kan de rechter de werknemer ook toekennen na een opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (de b-grond van art. 669 BW). Ook daar geldt dat die vergoeding aan de orde komt wanneer de b-grond door ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is ontstaan, zie art. 682 lid 1 BW.
- 44 Art. 671b lid 8. Zie o.a. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 63: “Het zal om een zeer klein aantal gevallen gaan.” Zie ook E. Knipschild, Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid, TAP 2014/1, p. 39.
- 45 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43. Op pagina 98 van de Memorie wordt vervolgens nog eens geëxpliciteerd dat de werkgever voor de opzegging “wel een redelijke grond dient te hebben”.
- 46 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 31/32.
- 47 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 45.
- 48 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 45.
- 49 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 4.
- 50 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 87
- 51 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 87.
- 52 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. E, p. 9 (cursivering SFS).
- 53 Handelingen I 2013/14, 33 818, nr. 32 item 14, p. 10.

- 54 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46.
- 55 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 115.
- 56 Zie HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 644; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/413.
- 57 Zie voor belangrijke beschouwingen over deze doctrine: F.B.J. Grapperhaus, Exclusiviteit van de ontbindingsvergoeding: cumulatie van beëindigingsvergoedingen, OR 2004, 195; R.A.A. Duk, Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: van sterren, lijnen en stippen, SMA 2004, p. 500; A. Baris, Van Baijings tot Visser: ruimte voor redelijkheid, SR 2005, 26; C.J. Loonstra en L. Verburg, Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding, ArA 2005/1, p. 48 e.v.
- 58 F.B.J. Grapperhaus in zijn noot onder HR 25 juni 2004, OR 2004, 196.
- 59 Zie in dat verband de noot van Verhulp onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 128 onder verwijzing naar Rb. Amsterdam 15 december 1999, JAR 2000/9.
- 60 Al is er wel gepleit voor enige terughoudendheid bij het aannemen dat een rechthebbende een bepaalde aanspraak niet meer geldend kan maken omdat hij, achteraf gezien, die aanspraak adequaat geldend had kunnen maken in een ontbindingsprocedure. Zie in dit verband o.a. de conclusie van A.-G.Huydecoper voor HR 10 januari 2003, JOL 2003/18 waar hij aangeeft dat er een “grijs gebied” blijkt te bestaan waarbinnen twijfel mogelijk is over de vraag of een aanspraak in een ontbindingsprocedure volledig en adequaat kan worden beoordeeld en dat dat meebrengt dat vervolgcclaims slechts dan ontoelaatbaar zijn wanneer het bepaald aangewezen was om de desbetreffende aanspraak in de ontbindingsprocedure geldend te maken.
- 61 W.H.A.M.C. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2014, p. 467.
- 62 HR 2 november 2001, NJ 2001, 667, rov. 3.4.
- 63 Zie ook HR 11 juli 2008, JAR 2008/203 waaruit blijkt dat de rechter niet uitdrukkelijk hoeft te hebben overwogen dat de werknemer ter zake van de buiten

- beschouwing gelaten optiekwestie een aparte procedure kan aanspannen; voldoende is dat hij overweegt dat de optierechten niet zijn meegewogen.
- 64 HR 2 april 2004, JAR 2004/112; HR 2 april 2004, JAR 2004/114; HR 25 juni 2004, JAR 2004/169; HR 10 december 2004, JAR 2005/12; HR 7 november 2003, NJ 2004, 174.
- 65 Zie HR 27 november 2009, NJ 2010, 493, rov. 4.2. Zie ook reeds HR 14 november 2008, NJ 2008, 589, waarin de Hoge Raad overwoog: “De in art. 7:681 BW bedoelde schadevergoeding is verschuldigd op grond van een kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst. Deze kennelijk onredelijke opzegging is een in de wet geregelde bijzondere vorm van een tekortkoming van de werkgever (of werknemer) in zijn verplichting om zich - ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst - als een goed werkgever (of werknemer) te gedragen, en de hier bedoelde schadevergoeding is dan ook te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie.”
- 66 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441. De Hoge Raad overwoog: “De (...) regeling voor het geval een der pp. de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen moet echter - gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn - als uitputtend worden beschouwd in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan art. 1374, derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is.” Zie hierover ook G.J.J. Heerma van Voss, Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 2008, 40; C.J. Loonstra, De januskop van de Hoge Raad, *ArbeidsRecht* 2010/34. Y. Konijn, Doorwerking van het privaatrecht; over samenloop, kleuring en exclusiviteit, *SR* 2008, 68.
- 67 HR 3 december 1999, NJ 2000, 235.
- 68 Zie in dat verband: Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 33 & 38.
- 69 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493, rov. 4.2, tweede en derde volzin. *Cursivering SFS*.
- 70 HR 3 december 2004, NJ 2005, 119. “3.4.5 Het onderdeel klaagt terecht dat de rechtbank aldus oordelende heeft miskend dat de rechter ook bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk is te achten alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen.”
- 71 Kamerstukken I 2013/2014, 33 818 nr. C, p. 56, onderaan, p. 65, derde alinea. Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 7, p. 63& 69.
- 72 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.
- 73 De MvT vermeldt op pagina 34:  
 “• als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;  
 • als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;  
 • als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;  
 • de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;  
 • de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.”
- 74 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 80.



- 75 Handelingen II 2013/14, 33 818, nr. 54 item 9, p. 27, cursivering SFS.
- 76 Kamerstukken 2013/14, 33 818, nr. C, p. 115, cursivering SFS.
- 77 Dat kan eventueel ook in dezelfde procedure, nu art. 686a lid 3 de ruimte schept om verschillende soorten aanspraken te combineren met een ontbindingsprocedure ex art. 671b.
- 78 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 64-65: “Het is juist dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent. Het hiermee rekening willen houden, betekent echter dat de gang naar de rechter snel zal zijn gemaakt en dat is wat de regering en sociale partners nu juist willen voorkomen. De regering realiseert zich dat dit gevoelens van onrechtvaardigheid kan oproepen, maar wijst erop dat het mes wel aan twee kanten snijdt. Een ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zal niet leiden tot het verlies van zijn transitievergoeding, behoudens in die gevallen waar het gedrag als ernstig verwijtbaar is te kwalificeren. Vice versa geldt dat een ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever niet zal leiden tot een aanvullende vergoeding, wederom behoudens in die gevallen waar sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de zijde van de werkgever. De regering meent dat omwille van het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het voorkomen van procedures hier een juiste keuze is gemaakt, die weliswaar mogelijk niet altijd het rechtsgevoel (aan beide zijden) bevredigt, maar wel de rechtszekerheid bevordert.” Zie daarover terecht kritisch: B. Schouten, Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje, TAP 2014/1, p. 63 e.v.
- 79 Zie in die zin ook uitdrukkelijk Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 112: “In het *zesde lid* wordt geregeld dat, onder nader bij algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden, bepaalde tijdens het dienstverband gemaakte kosten kunnen worden afgetrokken van het uiteindelijk verschuldigde bedrag aan transitievergoeding op grond van het tweede lid. Hiermee bewerkstelligt de transitievergoeding tevens een prikkel voor de werkgever om ook tijdens het dienstverband te blijven investeren in de bredere ontwikkeling en opleiding van zijn werknemers, met het oog op hun eventuele toekomstige arbeidsmarktpositie. *Het dient hierbij niet te gaan om kosten voor bijvoorbeeld scholing die benodigd is voor de functie die de werknemer bij de werkgever uitoefent.*” Tweede cursivering SFS.
- 80 Zie voor een vergelijkbare casuspositie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 231.



- 2013 Promotie aan de Universiteit Leiden, proefschrift over *Het ontslag op staande voet*
- 2012-heden Medewerker *Nederlands Juristenblad*
- 2011-heden Redacteur *Tijdschrift Recht en Arbeid*
- 2009-2014 Raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Haag
- 2005-heden Hoofdredacteur tijdschrift *Rechtspraak Arbeidsrecht*
- 2005-heden Docent Studiecentrum Rechtspleging (SSR)
- 2004-2008 Redacteur arbeidsrecht tijdschrift *Sociaal Recht*
- 1999-heden Advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek
- 1997-1998 Magister Juris in European and Comparative Law, University of Oxford
- 1991-1997 Studie rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden (cum laude)

Op 1 juli 2015 wordt het Nederlandse ontslagrecht als uitvloeisel van de Wet werk en zekerheid ingrijpend herzien. Die wet beoogt het ontslagstelsel blijkens de Memorie van Toelichting “eenvoudiger, sneller en eerlijker” te maken, alsmede “minder kostbaar voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een nieuwe baan”. Om dat te bereiken wordt in verregaande mate vertrouwd op een omslag van open normen en toetsing aan algemene noties van redelijkheid en billijkheid, naar wat wel wordt aangeduid als *hard and fast rules*. Die zien zowel op de gronden voor ontslag als op de bij een ontslag toe te kennen vergoedingen. De gedachte is dat in de wet harde regels komen te staan, aan de hand waarvan snel (vooraf) bepaald kan worden (i) welk loket bevoegd is om een ontslag te toetsen, (ii) wanneer een ontslag gerechtvaardigd is en (iii) welke vergoeding daarbij hoort. Gestreefd wordt naar het minimaliseren van ontslagprocedures door het maximaliseren van de voorspelbaarheid van uitkomsten.

De vraag rijst welke ruimte het nieuwe ontslagrecht, dat in zo sterke mate is gericht op de rechtszekerheid, nog openlaat om in individuele gevallen genuanceerd recht te doen aan alle omstandigheden van het geval; om te komen tot maatwerkoplossingen. Sagel zoekt tijdens zijn oratie een antwoord op die vraag. Hij kijkt daarbij in de eerste plaats naar de mogelijkheden die bestaan binnen de ontslagrechtelijke regels van de Wvz en daarna naar de mogelijkheden die die regels buiten het kader van het ontslagrecht openen. Is het wellicht zo dat juist de beperkingen *binnen* het nieuwe systeem de kansen *daarbuiten* vergroten?

