Hoofdstuk 2

De wijzen van ontslag

2.1 Inleiding

In paragraaf 1.3 zijn de vier manieren waarop een arbeidsovereenkomst kan eindigen – met wederzijds goedvinden, van rechtswege, door ontbinding en door opzegging – kort de revue gepasseerd. In dit hoofdstuk worden deze vier manieren stuk voor stuk uitgebreider behandeld. Daarbij zal vooral worden ingegaan op de juridisch-technische aspecten van de betreffende ontslagwijze. Kort gezegd komen per ontslagwijze steeds de volgende drie vragen aan de orde:

1. Wanneer is sprake van de betreffende ontslagwijze? (bijvoorbeeld: wat is "opzeggen" van de arbeidsovereenkomst ter onderscheiding van "ontbinden" van de arbeidsovereenkomst?)
2. Hoe is de regeling juridisch uitgewerkt?
3. Welke voor- en nadelen kleven er aan de keuze voor juist deze ontslagwijze ten opzichte van andere ontslagwijzen?

De indeling van dit hoofdstuk is als volgt. In de paragrafen 2.2 tot en met 2.5 komen de vier wijzen van ontslag stuk voor stuk aan de orde. In de daaropvolgende paragrafen worden enkele onderwerpen behandeld die van belang zijn voor ontslag in het algemeen of bepaalde ontslagwijzen in het bijzonder. Dit zijn de samenloop van verschillende rechtsvorderingen (2.6), hoger beroep tegen het ontslag (2.7), toezicht op de CWI-procedure (2.8) en de procedure bij de Nationale Ombudsman (2.9).

De procedures van het ontslagrecht zijn tamelijk technisch. Ter ondersteuning en verduidelijking van dit technische karakter zal in dit hoofdstuk regelmatig gebruik worden gemaakt van praktijkvoorbeelden. Waar dat naar onze mening verhelderend werkt, zullen bovendien de relevante wetteksten integraal worden weergegeven.

2.2 Ontslag met wederzijds goedvinden

2.2.1 Inleiding

Onder ontslag met wederzijds goedvinden wordt verstaan het eindigen van de arbeidsovereenkomst doordat beide partijen, de werkgever en de werknemer, in overleg besluiten dat de arbeidsovereenkomst zal eindigen. Dit beëindigen in overleg is zelf ook weer een overeenkomst. Deze overeenkomst wordt vaak "beëindigingsovereenkomst" genoemd.
In feite is ontslag met wederzijds goedvinden de meest voor de hand liggende ontslagwijze: net zoals twee partijen kunnen overeenkomen dat zij een arbeidsovereenkomst aangaan, kunnen zij overeenkomen dat die arbeidsovereenkomst eindigt. Dit principe geldt voor elke overeenkomst, bijvoorbeeld ook voor een koopovereenkomst of een huurovereenkomst. Wat deze vorm van ontslag betreft is er dus in principe geen enkel verschil met andere overeenkomsten. Het einde van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden heeft daarom ook geen eigen wettelijke regeling, maar wordt gewoon geregeerd door de algemene regels van het contractenrecht en vermogensrecht. Deze regels zijn opgenomen in de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek. Niettemin zijn er door de eigen aard van de arbeidsovereenkomst toch enige verschillen met andere overeenkomsten te bespeuren. Die verschillen komen hierna aan de orde.

2.2.2 Regeling

Beëindiging met wederzijds goedvinden komt in de praktijk veel voor, maar zoals gezegd is deze vorm van ontslag niet in Boek 7 Titel 10 van het BW geregeld. Om te weten aan welke voorwaarden een beëindigingsovereenkomst moet voldoen, moet gekeken worden naar de algemene regels van overeenkomsten in Boek 6 BW. Hierbij is het eerste lid van artikel 6:217 BW van belang:

Artikel 217
1. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.

Zojuist is aangegeven dat het sluiten van de arbeidsovereenkomst technisch gezien hetzelfde is als het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Het gaat immers in beide gevallen om het afsluiten van een overeenkomst: in het ene geval tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst, in het andere geval tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, een beëindigingsovereenkomst dus.
De ene partij zal aangeven dat hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen - het aanbod - en de ander kan daarmee instemmen – de aanvaarding. Met de aanvaarding is de beëindigingsovereenkomst een feit. Overigens hoeven aanbod en aanvaarding niet schriftelijk te geschieden (artikel 3:37 lid 1 BW). Maar om discussie te voorkomen is het wel aan te raden van de beëindigingsovereenkomst een schriftelijk stuk te maken.

Het derde lid van artikel 3:37 BW geeft aan dat als moment van totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst heeft te gelden het moment dat de aanvaarding de aanbieder heeft bereikt. Zolang het aanbod tot beëindiging niet is aanvaard door de andere partij, kan het dus worden ingetrokken (artikel 6:219 lid 1 en 2 BW).

Er kan discussie ontstaan over de vraag of een aanbod daadwerkelijk is aanvaard. Van belang is dat de wetgever in artikel 3:35 BW de partij in bescherming neemt die aan de

verklaring van een ander redelijkerwijs een bepaalde betekenis mocht toekennen, ook als achteraf blijkt dat die ander iets heel anders bedoelde. Kortweg: de schijn dat iemand iets aanvaardt staat juridisch gelijk aan zijn werkelijke aanvaarding. Mocht een werkgever er bijvoorbeeld op grond van bepaalde gedragingen van de werknemer redelijkerwijs van uitgaan dat die werknemer instemde met het einde van de arbeidsovereenkomst, dan mag hij de werknemer daar aan houden.
Omdat het wel of niet meer bestaan van de arbeidsovereenkomst voor beide partijen van zeer groot belang kan zijn, worden in de rechtspraak hoge eisen gesteld aan de duidelijkheid waarmee aanbod en aanvaarding worden gecommuniceerd. In de meeste aan de rechter voorgelegde geschillen ging het dan om gevallen waarin de werkgever meende dat de werknemer een aanbod van de werkgever tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst had aanvaard, hetgeen de werknemer vervolgens bestreed. Een dergelijk misverstand kan al snel ontstaan in geval van een werknemer die de Nederlandse taal niet goed beheerst.

Van Woerden legde zijn werknemer Hajziani een verklaring ter ondertekening voor. Deze verklaring hield zowel een salarisbetaling als een beëindigingsvoorstel in. Hajziani was de Nederlandse taal niet goed machtig. Na ondertekening van de verklaring meldde Hajziani zich niettemin op het werk, waarna Van Woerden hem weer wegstuurde met de mededeling dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden was geëindigd: Hajziani had immers getekend voor vertrek. Hajziani stelde dat zijn ondertekening slechts de salarisbetaling betrof en dat hij niet bedoeld had ook met het einde van de arbeidsovereenkomst akkoord te gaan.
De Hoge Raad oordeelde dat wanneer een werkgever aan een buitenlandse werknemer een verklaring voorlegt die tevens een beëindigingsvoorstel bevat, hij zich er met "redelijke zorgvuldigheid" van zal moeten vergewissen "of de werknemer heeft begrepen dat zijn instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gevraagd."[1]

Geen druk

Juist omdat het einde van de arbeidsovereenkomst voor een werknemer ernstige gevolgen kan hebben – zo loopt zijn kans om rechten op de WW te doen gelden zeer groot gevaar[2] – worden strenge eisen gesteld aan de zorgvuldigheid van de werkgever, zelfs als de werknemer ogenschijnlijk duidelijk heeft ingestemd met het einde van de arbeidsovereenkomst. Die zorgvuldigheid ontbreekt indien de werknemer min of meer onder druk is gezet om in te stemmen met het ontslag.

Werkneemster Ritico werd in een gesprek tussen haar en functionarissen van de werkgever met tegen haar bestaande bezwaren geconfronteerd. Ritico werd in het gesprek voor de keuze gesteld op staande voet te worden ontslagen of in te stemmen met een ontslag op een termijn van twee maanden. Ritico ondertekende vervolgens tijdens het gesprek een tevoren gereed gemaakte brief waarin als onderwerp was vermeld "verzoek om ontslag". Naderhand maakte Ritico bezwaar tegen het ontslag en zij stelde dat zij niet om het ontslag had verzocht. Volgens de Hoge Raad kon uit de gang van zaken niet worden afgeleid dat Ritico duidelijk en ondubbelzinnig had ingestemd met het ontslag. Bij de terugverwijzing van de zaak naar de lagere rechter merkte de Hoge Raad nog op dat bij de vraag of de werkgever zich er met redelijke zorgvuldigheid van heeft vergewist dat Ritico op de hoogte was van het feit dat haar vrijwillige ontslag werd gevraagd, ook aan de orde kan komen welke rol de geestelijk toestand heeft gespeeld waarin Ritico zich bevond. Daarbij wees de Hoge Raad op het feit dat Ritico tijdens het gesprek alleen stond tegenover de directeur en twee andere functionarissen.[3]

---

[1] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457.
[2] Zie paragraaf 4.5.
[3] HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390.

"Je bekijkt het maar!"

Maar een zorgvuldig handelende werkgever hoeft niet te vrezen voor een werknemer die op zijn instemming terugkomt:

Westhoff was als chauffeur voor internationaal vrachtvervoer in dienst bij Spronsen Transport. Ervan uitgaande dat de afspraak bestond dat hij met de auto vanaf Monster naar Kruiningen zou worden gebracht en dat die afspraak niet was nagekomen, zei Westhoff tegen de in Monster aanwezige Boers: "Ik pak mijn zooitje, je bekijkt het maar en ik kom niet meer terug." Daarop nam Westhoff al zijn bezittingen mee en ging naar huis. De eerste twee daaropvolgende werkdagen liet Westhoff niets van zich horen. Spronsen schreef vervolgens op die tweede werkdag een aangetekende brief aan Westhoff met de mededeling dat deze kennelijk geen prijs meer stelde op het dienstverband en dat de arbeidsovereenkomst daarom was geëindigd. Westhoff bestreed dit vervolgens bij de rechter. Volgens de Hoge Raad had de werkgever aan zijn verplichtingen voldaan. Met name gezien de functie van de werknemer – hij was mondig genoeg – en het feit dat hem enige tijd was gelaten om op zijn verklaring terug te komen, mocht Spronsen Westhoff aan zijn verklaring houden.[4]

Wanneer vaststaat dat een beëindigingsovereenkomst is gesloten, hoeft deze nog niet onaantastbaar te zijn. Zoals bij elke overeenkomst kan ook de beëindigingsovereenkomst op grond van artikel 3:44 BW worden vernietigd, namelijk wanneer er bij het aangaan van de overeenkomst sprake was van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden. Ook als een van de partijen dwaalde kan de overeenkomst worden vernietigd (artikel 6:228 BW).

2.2.3 Verschil met andere ontslagwijzen

Het grote verschil met andere, in de volgende paragrafen te behandelen ontslagwijzen is dat ontslag met wederzijds goedvinden een meerzijdige rechtshandeling is. Dat wil zeggen dat *beide* partijen met het ontslag instemmen. Bij opzegging is het één partij, de werkgever óf de werknemer, die de arbeidsovereenkomst beëindigt. Meestal is voor opzegging door de werkgever toestemming vereist van de CWI. Bij ontslag met wederzijds goedvinden is dat niet het geval. Bij ontbinding is het de rechter die een einde aan de arbeidsovereenkomst maakt en bij ontslag van rechtswege komt er zelfs helemaal niemand aan te pas. Vanwege de instemming die van beide partijen vereist is, heeft de wetgever afgezien van extra beschermende bepalingen voor de werknemer als zwakkere partij: met zijn instemming vervalt als het ware de noodzaak van toetsing door een onafhankelijke derde, zoals dat bij de opzegging en de ontbinding het geval is. Hiervoor zagen we dat de rechtspraak de werknemer niettemin ook bij ontslag met wederzijds goedvinden extra bescherming heeft geboden door hoge eisen te stellen aan de communicatie tussen werkgever en werknemer.

Zo bezien is het ontslag met wederzijds goedvinden de snelste, eenvoudigste en goedkoopste manier om aan een arbeidsovereenkomst een einde te maken. Wanneer de werknemer nog geen zicht heeft op een andere baan, heeft het ontslag met wederzijds goedvinden in de praktijk echter slechts een beperkte betekenis. Dat hangt samen met de werking van de WW. Een werknemer die vrijwillig zijn medewerking verleent aan het einde van de arbeidsovereenkomst zal al snel door de uitkeringsinstantie als "verwijtbaar werkloos" worden bestempeld. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer geheel of gedeeltelijk zijn recht op WW kwijtraakt. Een werknemer zal over het algemeen dus slechts een beëindigingsovereenkomst willen sluiten als hij geen WW-weigering hoeft te vrezen,

[4] HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267.

bijvoorbeeld omdat hij reeds zicht heeft op een andere baan en geen dus beroep op de WW zal doen. Deze WW-problematiek wordt verder in paragraaf 4.5 behandeld.

2.3 Ontslag van rechtswege

2.3.1 Inleiding

Met ontslag van rechtswege wordt gedoeld op de situatie dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt zonder dat een der partijen of een derde daar iets voor hoeft te doen. Het is de wet die verklaart dat de arbeidsovereenkomst onder bepaalde omstandigheden een einde neemt. Het is de vraag of het in een dergelijk geval nog wel juist is van "ontslag" te spreken. Bij ontslag denkt men immers vaak aan een handeling van de werkgever of de werknemer. Een arbeidsovereenkomst kan op twee manieren van rechtswege eindigen:

1. door de dood van de werknemer;
2. door het aflopen van een contract voor bepaalde tijd.

Dat de arbeidsovereenkomst door de dood van de werknemer eindigt, vloeit voort uit artikel 7:674 BW. Het vloeit ook voort uit het persoonlijk karakter van de arbeidsovereenkomst. De dood van de *werkgever* doet de arbeidsovereenkomst overigens niet automatisch eindigen (zie artikel 7:675 BW). De erfgenamen nemen de plaats van de werkgever in. Wel kunnen zij in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd - zie paragraaf 2.3.2 hierna - deze arbeidsovereenkomst opzeggen alsof het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was. Om de erfgenamen van de werkgever niet met een arbeidsovereenkomst op te zadelen, kunnen werkgever en werknemer van tevoren in de arbeidsovereenkomst overeenkomen dat de dood van de werkgever toch automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst betekent.

Voor de praktijk van veel groter belang is de tweede manier waarop een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt: door het aflopen van een arbeidsovereenkomst contract voor bepaalde tijd.

2.3.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De belangrijkste situatie waarin aan een arbeidsovereenkomst automatisch een einde komt, is het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In het spraakgebruik wordt wel gesproken van een tijdelijk contract. Artikel 7:667 BW zegt het in het eerste lid als volgt:

Artikel 667
1. Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven.

De zinsnede "bij de wet of door het gebruik aangegeven" heeft een heel beperkte betekenis; in vrijwel alle gevallen is het de arbeidsovereenkomst zelf die bepaalt wanneer de tijd is verstreken. Het zijn partijen die hebben besloten een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan en die vooraf in de arbeidsovereenkomst hebben bepaald wanneer die eindigt. De wet stelt geen limiet aan de termijn die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd minimaal of maximaal mag hebben. Zo kunnen werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst voor een maand overeenkomen, maar ook voor tien jaar. Ook is het

mogelijk een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen waarbij de einddatum niet precies vastligt, maar dan moet het einde wel gerelateerd zijn aan een bepaalde *toekomstige zekere gebeurtenis*. Zo kan men denken aan de periode die nodig is om een bepaald project te voltooien:

Stichting A heeft werknemer B voor bepaalde tijd in dienst genomen om mee te werken aan het opzetten van onderwijs in een dorp in ontwikkelingsland X. De arbeidsovereenkomst zal automatisch aflopen als het project voltooid is. A en B hebben afgesproken dat dat zo zal zijn wanneer er een school zal staan en er voldoende leerkrachten zijn opgeleid en aangetrokken.

Ook komen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor die zijn aangegaan om een zieke werknemer te vervangen: wordt die werknemer weer beter, dan loopt het contract met de vervanger van rechtswege af. Ook deze vorm is dus toegestaan; het gaat immers ook hier om een toekomstige zekere gebeurtenis (de werknemer wordt ooit weer beter).

Maximaal drie keer in drie jaar

De wet stelt wel beperkingen aan het aantal keer dat *achter elkaar* een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden gesloten. De gedachtegang daarachter is dat het achter elkaar aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd de werknemer in een te onzekere positie brengt. Hij heeft immers maar een zeer geringe ontslagbescherming: als de tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst was aangegaan is verstreken, staat hij weer op straat, en dan hangt het maar van de bereidwilligheid van de werkgever af of hij weer in dienst wordt genomen. In artikel 7:668a BW staat in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verandert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit tamelijk ingewikkelde artikel bestaat uit vijf leden:

Artikel 668a
1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:
   a) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
   b) meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.
3. Lid 1, onderdeel a en laatste zinsnede, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan 3 maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer.
4. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld onder a of b van lid 1.
5. Van de leden 1 tot en met 4 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

Het eerste lid geeft de grenzen aan waarbinnen de arbeidsovereenkomst(en) moet(en) blijven om nog als arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd te gelden. Worden die grenzen overschreden, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op het belang van het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd wordt in paragraaf 2.3.3 ingegaan. Nu volstaat het op te merken dat een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de werknemer meer ontslagbescherming biedt: de regels voor opzegging (zie paragraaf 2.5) moeten immers in acht worden genomen.

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen volgens het eerste lid onder a maximaal 36 maanden duren. Hierbij gelden twee belangrijke "maren". Allereerst geldt deze termijn alleen voor meerdere arbeidsovereenkomsten. Dat betekent dat de werkgever en de werknemer wel één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor een langere termijn dan 36 maanden kunnen overeenkomen. Zo kan een profvoetballer zonder meer een arbeidsovereenkomst voor vier jaar tekenen. Maar loopt die arbeidsovereenkomst na vier jaar automatisch af, dan is het dus vervolgens niet mogelijk nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan: er is dan immers sprake van arbeidsovereenkomst*en* die de termijn van 36 maanden hebben overschreden. Die laatste arbeidsovereenkomst wordt er dan één voor onbepaalde tijd, die dus niet automatisch afloopt.
De tweede "maar" is dat indien tussen de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds meer dan drie maanden zitten, de regeling van 36 maanden niet geldt. Werkgever en werknemer kunnen dus theoretisch tot in lengte van dagen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overeenkomen, mits tussen die arbeidsovereenkomsten meer dan drie maanden zit.

De tweede beperking staat in het eerste lid onder b: er geldt een maximum van drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ofwel: de ketting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft maximaal drie schakels. De vierde schakel wordt er automatisch één voor onbepaalde tijd. De beperkingen van lid 1 onder a en b gelden los van elkaar. Twee voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

Werkgever A is met werknemer B een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee jaar overeengekomen. Na afloop van die termijn sluiten zij weer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van twee jaar. Vanaf het moment dat de tweede arbeidsovereenkomst een jaar loopt, is het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden: weliswaar zitten werkgever en werknemer pas in de tweede schakel, maar op dat moment is de termijn van 36 maanden overschreden.

Werkgever C is met werknemer D een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een half jaar overeengekomen. Na afloop van die termijn sluiten zij weer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van een half jaar, gevolgd door nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van een half jaar. Zouden C en D direct na afloop van die laatste arbeidsovereenkomst wederom een arbeidsovereenkomst sluiten, dan zou dat er hoe dan ook één voor onbepaalde tijd zijn: hoewel de termijn van 36 maanden nog niet is bereikt, zou die arbeidsovereenkomst immers de vierde schakel zijn.

Draaideurconstructie

Het tweede lid van artikel 668a steekt een stokje voor wat wel de "draaideurconstructie" wordt genoemd. Hiermee wordt gedoeld op het volgende: werkgevers lenen voor bepaalde werkzaamheden uitzendkrachten in van het uitzendbureau (dat de juridische werkgever van de uitzendkrachten is), bieden die uitzendkrachten vervolgens een contract voor bepaalde tijd aan, lenen hen na afloop daarvan weer in van het uitzendbureau, beiden hun weer een contract voor bepaalde tijd aan, enzovoort. Gevolg van deze handelwijze is dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er nooit één voor onbepaalde tijd kan worden, want het uitzendbureau en de inlenende werkgever wisselen elkaar steeds als juridische werkgever af. Een werknemer is dus nooit twee arbeidsovereenkomsten achter elkaar bij

dezelfde werkgever in dienst. Bij de "draaideur" moeten het uitzendbureau en de inlenende werkgever er natuurlijk wel op letten dat de arbeidsovereenkomst steeds minimaal drie maanden duren, want anders tellen de contracten voor bepaalde tijd immers toch alle mee als "schakels".
Met lid 2 wordt de hiervoor genoemde constructie onmogelijk. Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met werkgevers die *ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaars opvolger moeten worden beschouwd*, zoals het uitzendbureau en de werkgever die daarvan leent, alle meetellen voor het aantal schakels. Een voorbeeld:

X leent uitzendkracht U in van het uitzendbureau voor een periode van een half jaar. Het uitzendbureau is dan dus de werkgever. Daarna biedt hij U een arbeidsovereenkomst aan voor weer een half jaar, dat weer gevolgd wordt door een uitzendperiode van een half jaar. Gedurende al die tijd heeft U steeds nagenoeg hetzelfde werk gedaan. Biedt X nu na de laatste uitzendperiode weer een contract aan U aan, dan zal dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn: de vierde schakel is namelijk bereikt en het uitzendbureau en X worden als één en dezelfde werkgever beschouwd.

Uitzondering: 36 (of langer) + 3

Het derde lid laat een enkele uitzondering toe op de hoofdregel van het maximum van 36 maanden. Het komt voor dat werknemers voor een lange bepaalde tijd - meer dan 36 maanden - in dienst worden genomen, bijvoorbeeld om een bepaald langlopend project te voltooien. Als nu aan het eind van die termijn blijkt dat het werk nog niet voltooid is omdat het is uitgelopen, zou de werkgever deze werknemer geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meer kunnen aanbieden: de 36-maandentermijn is immers voorbij. Volgens het derde lid is het niettemin toegestaan nog eenmaal een kortlopende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen, mits deze overeenkomst maximaal drie maanden duurt. Korter dan drie maanden is dus ook mogelijk.

Opzegtermijn en dwingend karakter

Het vierde lid betreft de berekening van de opzegtermijn in geval van omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar één voor onbepaalde tijd (zoals in het hiervoor gegeven voorbeeld van twee arbeidsovereenkomsten voor de duur van elk twee jaar). Zie voor de behandeling van de opzegtermijnen paragraaf 2.5.4.
Het vijfde lid ten slotte geeft het dwingende karakter van de regeling aan: afwijking ervan kan alleen bij CAO of bij regeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Als een CAO van toepassing is, is het dus verstandig altijd de CAO te raadplegen. Werkgever en werknemer kunnen in elk geval niet samen overeenkomen dat toch achter elkaar vier arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten.

Stilzwijgende voortzetting

Hiervoor werd er steeds van uitgegaan dat werkgever en werknemer zich bewust zijn van het feit dat de termijn waarvoor de arbeidsovereenkomst was aangegaan, is afgelopen. Het komt echter regelmatig voor dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd afloopt en werkgever en werknemer vervolgens het contract voortzetten zonder dat daar een woord over wordt gewisseld: de werknemer verschijnt gewoon op het werk en de werkgever protesteert daar niet tegen. In dat geval voorziet het eerste lid van artikel 668 BW:

Artikel 668
1. Indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de tijd, bedoeld in artikel 667 lid 1, door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, wordt zij geacht voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan.

Ook hier gelden de beperkingen die hiervoor zijn genoemd: maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een maximum van drie jaren.

2.3.3 Verschil met andere ontslagwijzen

Zoals gezegd loopt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vanzelf af. Daarvoor is geen handeling vereist: er is geen opzegging nodig en er gelden geen opzegtermijnen. Omstandigheden die er bij andere ontslagwijzen voor zouden zorgen dat het ontslag geen doorgang kan vinden, zoals ziekte van de werknemer, doen niet ter zake. Met andere woorden: het vooraf afgesproken tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt kan door geen enkele omstandigheid beïnvloed worden, behalve door partijen zelf. Voor werkgevers is dit vaak een reden werknemers eerst voor bepaalde tijd in dienst te nemen: blijkt de werknemer niet te bevallen, dan loopt de arbeidsovereenkomst na verloop van de overeengekomen periode vanzelf af, zonder dat daarvoor de instemming van de werknemer nodig is.[5] De werkgever hoeft tevens niet op te zeggen of naar de rechter te stappen. Bij die laatste opmerking passen enkele kanttekeningen.

Allereerst bepaalt het tweede lid dat voorafgaande opzegging soms toch nodig is bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, namelijk:

Artikel 667
2. (…)
   a) indien zulks bij schriftelijk aangegane overeenkomst is bepaald;
   b) indien volgens de wet of het gebruik opzegging behoort plaats te vinden en daarvan niet, waar zulks geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane overeenkomst is afgeweken.

Dit komt niet zo veel voor. Wat wel regelmatig voorkomt is dat het soms gewenst is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op een eerder tijdstip te laten eindigen dan de afgesproken einddatum. Het feit dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten, brengt niet mee dat de arbeidsovereenkomst ook te allen tijde die bepaalde tijd móét duren. Tussentijdse opzegging is mogelijk, maar dat kan alleen als dat recht voor beide partijen schriftelijk is overeengekomen (zie artikel 7:667 lid 3 BW). Deze bepaling verbiedt niet dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds wordt ontbonden door de rechter (zie paragraaf 2.4). Ook het eindigen met wederzijds goedvinden blijft natuurlijk mogelijk.

Ten slotte moet gewezen worden op het vierde lid van artikel 7:667 BW. Dit lid ziet op het zeldzame geval dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Kern van de regeling is dat wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet door rechtsgeldige opzegging of ontbinding was geëindigd, de daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toch moet worden opgezegd.

---

[5] Natuurlijk kunnen werkgever en werknemer ook een proeftijd overeenkomen. Gedurende de proeftijd kunnen beide partijen zonder opzegtermijn opzeggen. Een proeftijd mag maximaal twee maanden duren. Zie paragraaf 2.5.1.

2.3.4 De ontbindende voorwaarde

Aan het eind van deze paragraaf over het einde van rechtswege dient voor de volledigheid gewezen te worden op de mogelijkheid een ontbindende voorwaarde op te nemen in een arbeidsovereenkomst. Bij een ontbindende voorwaarde gaat het om een *toekomstige onzekere gebeurtenis* die, als die gebeurtenis voorvalt, het automatische einde van de arbeidsovereenkomst bewerkstelligt (zie artikel 6:22 BW). Zo zou men een ontbindende voorwaarde kunnen voorstellen die inhoudt dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt indien een werknemer een bepaalde voor het werk noodzakelijke vergunning verliest. Dat de werknemer die vergunning ooit verliest is onzeker.
De mogelijkheid een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst op te nemen kan de zorgvuldig afgewogen regels van het ontslagrecht doorkruisen. Omstandigheden die bijvoorbeeld geen opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen – zoals het feit dat de werknemer ziek is – zouden zo wel het einde van de arbeidsovereenkomst kunnen bewerkstelligen als ze als ontbindende voorwaarden in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen. Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke omzeiling van de ontslagregels ongewenst is.
De rechtspraak heeft daarom slechts onder zeer bijzondere omstandigheden het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst geaccepteerd als een manier om van rechtswege een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. Maar de gevallen waarin een ontbindende voorwaarde door de rechtspraak is geaccepteerd zijn zo uitzonderlijk, dat er verder niet uitgebreid op in zal worden gegaan. Kern van de stand van zaken in de rechtspraak is dat een ontbindende voorwaarde geen inbreuk mag maken op wat wel het *gesloten stelsel van het ontslagrecht* wordt genoemd. Met dit gesloten stelsel wordt bedoeld dat de wet in Boek 7 Titel 10 BW speciale regels bevat over hoe een arbeidsovereenkomst kan eindigen en dat andere regels daar geen inbreuk op mogen maken. Wordt met de ontbindende voorwaarde een *dwingende wettelijke regel* ontgaan, of is het intreden van de voorwaarde *afhankelijk van de subjectieve waardering* van één der partijen bij de arbeidsovereenkomst, dan is de ontbindende voorwaarde niet toegestaan.[6] Zo is het niet toegestaan een ontbindende voorwaarde op te nemen die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt zodra "het slecht met het bedrijf gaat": dat is immers afhankelijk van een subjectieve waardering van de feiten. De wet geeft ook zelf enkele voorbeelden van niet-toegestane ontbindende voorwaarden. Het gaat hier om ontbindende voorwaarden waarmee een dwingende wettelijke regel wordt ontgaan. Een ontbindende voorwaarde die inhoudt dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt wegens huwelijk, geregistreerd partnerschap, zwangerschap of bevalling van de werknemer is in ieder geval niet toegestaan (zie artikel 7:667 lid 7 en 8 BW). De wetgever geeft hier slechts een aantal voorbeelden. Zoals gezegd zullen verreweg de meeste ontbindende voorwaarden in een arbeidsovereenkomst niet toegestaan zijn.

[6] Zie voor de stand van zaken Beltzer 1999.

2.4 Ontslag door ontbinding

2.4.1 Inleiding

Het laten ontbinden van de arbeidsovereenkomst door de rechter – voluit: ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen - is de derde manier om aan de arbeidsovereenkomst een einde te maken. Evenals bij de in paragraaf 2.5 te behandelen opzegging het geval is, spelen bij deze vorm van ontslag veel meer juridisch-technische aspecten dan bij de hiervóór behandelde vormen van ontslag. Dat komt doordat er bij ontbinding en opzegging sprake is van één partij die het initiatief tot eindiging van de arbeidsovereenkomst neemt, desnoods tegen de wil van de wederpartij in. Dat is een reden om in de wet regels op te nemen om te waarborgen dat het ontslag op die manier "netjes" kan verlopen.
Hieronder zal worden ingegaan op de kenmerken van ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Één van de belangrijkste kenmerken is dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts mogelijk is indien zich "gewichtige redenen" voordoen. Op dat aspect wordt stilgestaan in paragraaf 2.4.2. In paragraaf 2.4.3 wordt de ontslagvergoeding behandeld, gebaseerd op de inmiddels bij velen bekende "kantonrechtersformule". Vervolgens wordt in paragraaf 2.4.4 stilgestaan bij enkele formele aspecten van de regeling (bijvoorbeeld: welke rechter is bevoegd?). Ten slotte wordt in paragraaf 2.4.5 de vraag beantwoord waarom een werkgever voor de weg van ontbinding zou kiezen en niet voor de andere wegen van ontslag.

2.4.2 Gewichtige redenen

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter is in slechts één artikel geregeld: artikel 7:685 BW. Het artikel kent een elftal leden, die voor een groot gedeelte in deze en de volgende paragraaf aan de orde zullen komen.

Artikel 685

1. Ieder der partijen is te allen tijde bevoegd zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig. De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 647, 648, 670 en 670a of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.
2. Als gewichtige redenen worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 677 lid 1 zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn, alsook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.
3. Het verzoek wordt gedaan aan de ingevolge de tweede afdeling van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevoegde kantonrechter, dan wel aan de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied de arbeid gewoonlijk wordt verricht.
4. Het verzoekschrift vermeldt de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, alsmede de naam en de woonplaats of bij gebreke van een woonplaats in Nederland het werkelijk verblijf van de wederpartij.
5. De kantonrechter kan, indien het verzoek verknocht is aan een zaak die tussen dezelfde personen reeds voor een andere rechter aanhangig is, de verwijzing naar die andere rechter bevelen. De griffier zendt een afschrift van de beschikking, alsmede het verzoekschrift en de overige stukken van het geding ter verdere behandeling aan de rechter naar wie is verwezen.

6. De behandeling vangt niet later aan dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend.
7. Indien de rechter het verzoek inwilligt, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt.
8. Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen; hij kan toestaan dat de vergoeding op door hem te bepalen wijze in termijnen wordt betaald.
9. Alvorens een ontbinding waaraan een vergoeding verbonden wordt, uit te spreken, stelt de rechter de partijen van zijn voornemen in kennis en stelt hij een termijn, binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken. Indien de verzoeker dat doet, zal de rechter alleen een beslissing geven omtrent de proceskosten.
10. Lid 9 is van overeenkomstige toepassing indien de rechter voornemens is een ontbinding uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden.
11. Tegen een beschikking krachtens dit artikel kan hoger beroep noch cassatie worden ingesteld.

Het eerste lid van artikel 7:685 BW geeft aan dat ieder der partijen (de werkgever en de werknemer) te allen tijde bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. De wetgever hecht een dermate groot belang aan deze mogelijkheid, dat hij in de tweede volzin van het eerste lid van dit artikel elk beding dat deze mogelijkheid beperkt of uitsluit, nietig verklaart.[7] Het is goed de nadruk te vestigen op dit "te allen tijde". Het maakt niet uit met wat voor arbeidscontract men van doen heeft: zowel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde als voor onbepaalde tijd kunnen worden ontbonden door de rechter. Het doet er ook niet toe of een andere instantie zich al eerder negatief over het voorgenomen ontslag heeft uitgelaten: ontbinding kan ook worden verzocht als de CWI in het kader van de opzegging een ontslagvergunning heeft geweigerd. Eigenlijk fungeert de ontbindingsprocedure dan als een soort hoger beroep tegen de beslissing van de CWI. De kantonrechter hoeft zich namelijk niet naar het oordeel van de CWI te voegen. Meer over de opzegging en de ontslagvergunning in paragraaf 2.5.

Volgens het eerste lid is voorwaarde voor het uitspreken van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst dat zich een gewichtige reden voordoet. Blijkens het tweede lid van artikel 7:685 BW heeft de wetgever aan de rechter een grote vrijheid gelaten ter beoordeling van de vraag of zich gewichtige redenen voordoen. Lezing van dit lid leert dat er twee vormen van gewichtige redenen zijn die kunnen meebrengen dat de arbeidsovereenkomst door de rechter wordt ontbonden:

1. Omstandigheden die een dringende reden vormen.
2. Veranderingen in omstandigheden.

Op elk van beide vormen wordt hieronder ingegaan.

2.4.2.1 Dringende reden

[7] Zie voor een voorbeeld van zo een beding de uitspraak van de Rb. Amsterdam 16 december 1998, *JAR* 1999/9. Het ging hier om een beding in een arbeidsovereenkomst dat de werknemer bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding van de werkgever. De rechter verklaarde het beding nietig.

Het begrip "dringende reden" zult u bij de opzegging in paragraaf 2.5 nog eens tegenkomen, namelijk bij de behandeling van het ontslag op staande voet. Een andere naam voor ontslag op staande voet is namelijk "opzegging wegens een dringende reden". U ziet dat er dus zowel een *opzegging* wegens een dringende reden als een *ontbinding* wegens een dringende reden bestaat.
De wetgever heeft met het begrip "dringende reden" uit het tweede lid van artikel 7:685 BW direct aansluiting gezocht bij datzelfde begrip bij de opzeggingsbepalingen. Dat blijkt uit de verwijzing uit het tweede lid van artikel 7:685 BW naar het eerste lid van artikel 7:677 BW dat het ontslag op staande voet als bijzondere vorm van opzegging behandelt. Globaal gezegd zou men dus kunnen stellen dat wat een dringende reden voor ontbinding is, eveneens een dringende reden voor ontslag op staande voet (= opzegging wegens een dringende reden) is.

Het tweede lid van artikel 7:678 BW noemt een aantal situaties die als dringende reden voor opzegging – en dus ook voor ontbinding - kunnen worden beschouwd. De volgende situaties zullen een dringende reden *voor de werkgever* vormen:

- De werknemer heeft bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst gelogen over de manier waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd of hij heeft de werkgever een vals getuigschrift getoond. Hierbij kan men denken aan de werknemer die heeft verzwegen dat hij bij de vorige werkgever op staande voet was ontslagen.
- De werknemer mist in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid om het werk te verrichten waarvoor hij werd aangenomen. Bijvoorbeeld: de werknemer die bij een bedrijf is aangenomen om internationale contacten te onderhouden, blijkt geen woord Engels te spreken.
- De werknemer heeft zich ondanks waarschuwing overgegeven aan dronkenschap of ander liederlijk gedrag.
- De werknemer heeft zich schuldig gemaakt aan diefstal, verduistering of bedrog of andere misdrijven waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig is geworden.
- De werknemer heeft de werkgever, zijn familieleden/huisgenoten of zijn medewerknemers verleid of getracht te verleiden tot handelingen in strijd met de wet of de goede zeden, dan wel hen grovelijk beledigd, op ernstige wijze bedreigd of mishandeld.
- De werknemer heeft opzettelijk of ondanks waarschuwing op roekeloze wijze eigendom van de werkgever beschadigd of aan ernstig gevaar blootgesteld, dan wel zichzelf of anderen aan ernstig gevaar blootgesteld.
- De werknemer heeft "bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever die hij behoorde geheim te houden" bekend gemaakt. Hierbij moet men denken aan het schenden van een geheimhoudingsplicht.
- De werknemer heeft hardnekkig geweigerd te voldoen aan redelijke bevelen of opdrachten die hem door of namens de werkgever zijn verstrekt. Vaak gaat de discussie over de vraag wat de werkgever van de werknemer gezien diens functie mag verwachten. Zo zal een werkgever van een schoonmaker niet kunnen eisen dat die de computerproblemen in het bedrijf oplost: daar is hij niet voor aangenomen.
- De werknemer is door opzet of roekeloosheid buiten staat geraakt of gebleven de afgesproken werkzaamheden te verrichten.
- De werknemer heeft op nog een andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamd die de arbeidsovereenkomst op hem legt. In wezen is dit een "restcategorie": alles wat niet onder één van de hierboven genoemde gronden valt, kan in deze categorie vallen.

De wettelijke opsomming is enuntiatief, dat wil zeggen dat ze alleen als voorbeelden dienen. Er kunnen dus ook andere situaties zijn die als een dringende reden kunnen worden beschouwd, al zullen ze dan vaak onder de laatste "restcategorie" vallen.
Of iets een dringende reden is hangt soms af van de bedrijfstak waarin werkgever en werknemer werkzaam zijn, soms hangt het af van de specifieke werkzaamheden die de werkgever en de werknemer verrichten. Zo zal het feit dat de werknemer ondanks waarschuwing rookt op de werkplaats sneller een dringende reden voor de werkgever vormen wanneer deze een benzinestation exploiteert dan wanneer hij een café runt.

Voor de werknemer worden de volgende situaties door de als voorbeelden van dringende redenen genoemd (artikel 7:679 lid 2 BW):

- De werkgever heeft de werknemer, diens familieleden of huisgenoten mishandeld, grovelijk beledigd of op ernstige wijze bedreigd, of heeft gedoogd dat dergelijke handelingen door een van zijn huisgenoten of ondergeschikten worden gepleegd.
- De werkgever heeft de werknemer, diens familieleden of huisgenoten verleid of getracht te verleiden tot handelingen die strijdig zijn met wetten of goede zeden, of heeft gedoogd dat een dergelijke verleiding of poging tot verleiding door een van zijn huisgenoten of ondergeschikten worden gepleegd.
- De werkgever heeft het loon niet op de afgesproken tijd voldaan. Een sanctie hierop staat in artikel 7:625 BW (de werkgever moet een verhoging betalen, afhankelijk van hoeveel hij te laat is).
- De werkgever heeft onvoldoende voorzien in de afgesproken kost en inwoning. Dit komt in de praktijk bijna niet meer voor.
- De werkgever heeft de werknemer wiens loon afhankelijk is van de uitkomst van de te verrichten arbeid, onvoldoende werk verschaft of de afgesproken hulp niet of onvoldoende gegeven.
- De werkgever heeft op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamd die de arbeidsovereenkomst op hem legt. Dit is dezelfde restcategorie als voor de werkgever geldt.
- De werkgever heeft de werknemer gelast zijn werkzaamheden bij een andere werkgever te verrichten, ondanks het feit dat de werknemer dit heeft geweigerd en de arbeidsovereenkomst dit niet meebrengt.
- De voortduring van de arbeidsovereenkomst zou voor de werknemer ernstige gevaren voor leven, gezondheid, zedelijkheid of goede naam kunnen meebrengen die niet duidelijk waren ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst.
- De werknemer is door ziekte of andere oorzaken zonder zijn toedoen buiten staat geraakt de bedongen werkzaamheden te verrichten.

De laatste grond is enigszins opvallend. Het zal immers vaker de werkgever zijn die probeert de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer te laten eindigen. Ontbinding en ziekte zal in paragraaf 3.3.2 worden behandeld.
Ook de opsomming van dringende redenen voor de werknemer is niet compleet; er zijn andere voorbeelden te verzinnen en die zijn ook in de rechtspraak geformuleerd.

2.4.2.2 Verandering van omstandigheden

De tweede vorm van gewichtige redenen, de verandering van omstandigheden, wordt niet in de wet met voorbeelden verduidelijkt. Het tweede lid van artikel 7:685 BW geeft als enig houvast dat de veranderde omstandigheden van dien aard moeten zijn, dat de arbeidsovereenkomst "billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn dient te eindigen". Een schakelbepaling naar de opzeggingsbepalingen, zoals bij de dringende reden, bestaat hier niet. Dat komt omdat een opzegging "wegens verandering van omstandigheden" niet als aparte grond in de wet is geformuleerd.
Verandering van omstandigheden heeft zich in de rechtspraak ontwikkeld tot een vergaarbak van alle mogelijke situaties. De bekendste voorbeelden zijn de verstoorde arbeidsverhouding en bedrijfseconomische redenen. Verreweg de meeste van de ontbindingsverzoeken worden gebaseerd op verandering van omstandigheden, en de meeste daarvan zijn weer gemotiveerd door bedrijfseconomische redenen of verstoorde arbeidsverhouding. Bij de eerste kan men denken aan het vervallen van de functie door reorganisatie, bij de tweede aan verschil van inzicht over hoe het werk moet worden uitgevoerd. Vooral de verstoorde arbeidsverhouding fungeert als "kapstokreden" en wordt vaak opgevoerd naast een andere reden als men niet zeker is of die andere reden door de rechter zal worden geaccepteerd.
Een verzoek tot ontbinding wegens verandering van omstandigheden wordt door de rechter maar zelden afgewezen. Je zou kunnen zeggen dat het feit dat partijen de rechter inschakelen vaak al een teken is dat de arbeidsverhouding is verstoord. Als pleister op de wonde kent de rechter daarom vaak een vergoeding toe, meestal aan de werknemer. Die vergoeding wordt in de volgende paragraaf behandeld.

2.4.3 De vergoeding bij ontbinding - algemeen

We zagen reeds in de vorige paragraaf dat de omstandigheden die als gewichtige redenen in de zin van artikel 7:685 BW kunnen worden beschouwd en die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen rechtvaardigen in twee categorieën zijn te verdelen:

1. Omstandigheden die een "dringende reden" opleveren (ofwel: omstandigheden die een ontslag op staande voet in de zin van artikel 7:677, eerste lid BW kunnen rechtvaardigen);
2. Veranderde omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve direct of op korte termijn dient te eindigen.

Dit onderscheid is van belang bij de vraag:
- of een ontslagvergoeding verschuldigd is en zo ja:
- wat voor soort vergoeding dat dan is en uit welke componenten die vergoeding is opgebouwd.

Het achtste lid van artikel 7:685 BW bepaalt dat de rechter bij de ontbinding *wegens veranderingen in de omstandigheden* aan een van de partijen ten laste van de andere partij een billijke vergoeding kan toekennen. Het is deze "billijke vergoeding" waarvoor de gezamenlijke kantonrechters een formule hebben verzonnen. Deze "kantonrechtersformule" – die dus alleen geldt voor een ontbinding die valt binnen de hierboven genoemde tweede categorie - komt hierna aan de orde. Maar eerst wordt bekeken wat voor vergoedingen eventueel dienen te worden betaald indien de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens een omstandigheid die als dringende reden kan worden gekwalificeerd (de hierboven genoemde eerste categorie). Daarvoor geldt de kantonrechtersformule dus niet. Daarna komt de vergoeding bij ontbinding wegens verandering van omstandigheden aan de orde.

2.4.3.1 Ontbinding wegens een dringende reden en vergoeding

Zoals zojuist al is aangegeven, geldt de billijke vergoeding alleen wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens gewichtige redenen die als omstandigheden in de zin van artikel 7:677, eerste lid BW kunnen worden gekwalificeerd of veranderingen van omstandigheden welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Maar dit betekent niet dat bijvoorbeeld een werkgever die aan de werknemer een dringende reden heeft gegeven ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de rechter te vragen, aan die werknemer geen vergoeding zou behoeven te betalen. Een dergelijke vergoeding kan alleen niet op het achtste lid van artikel 7:685 BW worden gebaseerd. De werknemer zal in een dergelijk geval een aparte procedure tot schadevergoeding moeten beginnen en zich op een andere rechtsregel moeten beroepen.
De vraag op welke vergoeding een werknemer aanspraak kan maken wanneer de werkgever hem een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten ontbinden is beantwoord in twee arresten van de Hoge Raad: Franssen/Safe Sun[8] en Deuss/Holland.[9]

In het arrest Franssen/Safe Sun was de werkneemster door haar werkgever van de trap geduwd. Zij verzocht de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden en verzocht de kantonrechter tevens haar ten laste van de werkgever een vergoeding van *f* 50.000,- toe te kennen. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst, maar overwoog ten aanzien van de gevraagde vergoeding dat die niet kon worden toegekend, nu de gewichtige redenen een dringende reden opleverden en niet een verandering van omstandigheden. En slechts voor dat laatste geval is het achtste lid van artikel 7:685 BW geschreven. De rechtbank en de Hoge Raad lieten het de uitspraak van de kantonrechter in stand.

Maar deze uitspraak moet niet zó begrepen worden dat een werkgever die het al te bont maakt en de werknemer een dringende reden geeft voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst, kosteloos van een werknemer afkomt. Dat blijkt uit het drie jaar later gewezen arrest Deuss/Holland:

Werkneemster Deuss was bij haar werkgever Holland "weggepest": het nieuwe management bij Holland had volgens Deuss als beleid aangenomen alle werknemers die al jaren in dienst waren het leven zo zuur te maken dat zij vanzelf zouden vertrekken. Zo zouden zij plaats maken voor jongere en goedkopere krachten. Deuss verzocht de kantonrechter haar arbeidsovereenkomst met Holland te ontbinden. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen vanwege omstandigheden die de kantonrechter als een dringende reden kwalificeerde, maar hij kende Deuss geen vergoeding toe. Vervolgens startte Deuss een aparte procedure tegen Deuss tot betaling van *f* 75.000,- wegens wanprestatie. De kantonrechter kende Deuss echter slechts een kleine *f* 3.000,- toe en in hoger beroep bekrachtigde de rechtbank het vonnis van de kantonrechter. De Hoge Raad bepaalde dat de werkgever die aan de werknemer een dringende reden heeft gegeven in strijd handelt met zijn plicht zich als een goed werkgever te gedragen (artikel 7:611 BW) en dus wanprestatie pleegt. De uit die wanprestatie voortvloeiende schade – en dat is de schade die de werknemer lijdt door het verliezen van de dienstbetrekking – moet de werkgever vergoeden.

Dus: het feit dat artikel 7:685 BW geen bepaling bevat ten aanzien van een vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een dringende reden, betekent niet dat een vergoeding onmogelijk is. Degene die aan de andere partij een dringende reden heeft

[8] HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549.
[9] HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.

gegeven, pleegt wanprestatie en moet de schade vergoeden. Dat is een algemene regel van contractenrecht.
In deze twee arresten was het steeds de werkgever die aan de werknemer een dringende reden had gegeven. Maar natuurlijk kan zich ook het omgekeerde geval voordoen: de werknemer heeft aan de werkgever een dringende reden gegeven die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Enkele voorbeelden daarvan zijn gegeven in paragraaf 2.4.2.1. De schade die de werkgever dan lijdt kan bestaan uit het feit dat de werkgever zijn investering in de werknemer kwijtraakt en kosten moet maken voor het aantrekken van een nieuwe werknemer. Ook de werkgever kan die schade op de werknemer verhalen door middel van het starten van een aparte procedure buiten de regeling van artikel 7:685 BW om.

2.4.3.2 Ontbinding wegens verandering van omstandigheden en vergoeding – de kantonrechtersformule

In verreweg de meeste gevallen wordt een arbeidsovereenkomst niet ontbonden vanwege een gewichtige reden die als een dringende reden is te beschouwen, maar vanwege verandering van omstandigheden (de in het begin van dit hoofdstuk genoemde tweede categorie). Dat vaker een verandering van omstandigheden dan een dringende reden wordt aangenomen, ligt wel voor de hand, nu dat een minder zware grond is. Vaak wordt, ook als een dringende reden aanwezig is, toch ook een verandering van omstandigheden aangevoerd voor het geval de rechter geen dringende reden wil aannemen. Op die manier dekt degene die het verzoek doet zich in.
Zoals gezegd heeft de wetgever in het achtste lid van artikel 7:685 BW de bepaling opgenomen dat de rechter bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst waaraan een verandering van omstandigheden ten grondslag ligt, aan één der partijen een vergoeding ten laste van de andere *kan* toekennen. Het is dus geen plicht. Als hij dat wel doet - en meestal is dat zo - zal het in vrijwel alle gevallen de werkgever zijn die aan de werknemer een vergoeding dient te betalen. Ofwel: de rechter zal menen dat de werknemer door het verlies van de arbeidsovereenkomst meer schade lijdt dan de werkgever, zodat aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden betaald om die schade te compenseren.[10]
Over hoe die billijke vergoeding moet worden berekend, geeft noch het achtste lid, noch enige andere wettelijke bepaling het antwoord. Voorheen liepen daarom de meningen over wat "billijk" was onder kantonrechters nogal uiteen. Omdat de ontslagweg via de kantonrechter vanaf de zeventiger jaren steeds populairder werd, viel het steeds meer op dat verschillende kantonrechters voor vergelijkbare zaken geheel verschillende vergoedingen toekenden. Zo vond de ene kantonrechter het redelijk aan een werknemer die het niet met de nieuwe chef kon vinden een fikse vergoeding mee te geven, terwijl de andere kantonrechter om diezelfde reden de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een hele kleine vergoeding ontbond. Dit maakte het in zekere mate mogelijk dat werknemers en werkgevers gingen "shoppen": men ging naar dat kantongerecht waarvan men wist of vermoedde dat het een hoge of juist lage (of helemaal geen) vergoeding zou toekennen. Kantonrechters gebruikten later verschillende speciaal ontwikkelde formules,[11] maar ook deze formules brachten niet de door de praktijk zo gewenste voorspelbaarheid en uniformiteit van uitspraken.
Uiteindelijk heeft dit geleid tot een uniforme formule, de zogenaamde kantonrechtersformule, die vanaf 1 januari 1997 geldt (met ingang van 1 juni 1998 is deze formule enigszins

[10] Zie voor een geval waarbij de kantonrechter aan de werkgever ten last van de werknemer een vergoeding toekende Ktg. Arnhem 30 oktober 1998, *JAR* 1999/18.
[11] Zoals de Zwartkruisformule uit 1972 en de Briëtformule uit 1983.

aangescherpt).[12] Deze formule geldt zowel wanneer de werkgever als wanneer de werknemer het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft gedaan, maar voor de uitkomst van de procedure kan het wel uitmaken of de werkgever of de werknemer het verzoek doet. Zie daarvoor paragraaf 2.4.3.3.

De formule bestaat uit drie vermenigvuldigingsfactoren:

A x B x C

waarbij:

- factor A staat voor het aantal gewogen dienstjaren;
- factor B staat voor de vaste maandelijkse brutoloonbestanddelen;
- factor C staat voor de zogenaamde correctiefactor.

A x B x C staat dus gelijk aan wat de kantonrechter een billijke vergoeding vindt. Op die drie factoren wordt nu ingegaan.

Factor A

Ter berekening van het aantal gewogen dienstjaren wordt van het volgende uitgegaan:

- een dienstjaar vóór de veertigste verjaardag van de werknemer wordt op één gesteld;
- een dienstjaar tussen de veertigste en vijftigste verjaardag van de werknemer wordt op anderhalf gesteld;
- een dienstjaar vanaf de vijftigste verjaardag van de werknemer wordt op twee gesteld.

Een voorbeeld:

Werknemer X werkt vanaf zijn 38e bij werkgever Y. Na 14 jaar wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens gewichtige redenen, gelegen in een verandering van omstandigheden. Aan X wordt een vergoeding toegekend. Factor A wordt als volgt berekend:

- 2 jaar x 1 (van 38 tot 40) +
- 10 jaar x 1½ (van 40 tot 50) +
- 2 jaar x 2 (van 50 tot 52)

= 2 + 15 + 4 = 21 gewogen dienstjaren

Factor B

Wat moet nu onder "vaste loonbestanddelen" worden verstaan? Is dat nog wat anders dan het bedrag dat maandelijks op het loonstrookje staat? Soms wel. Of een loonbestanddeel "vast" is en dus meetelt bij de berekening van de factor B, hangt af van een aantal omstandigheden. Zijn deze componenten structureel? En waren ze tussen werkgever en werknemer overeengekomen? Zijn te eenvoudig vast te stellen, bijvoorbeeld omdat ze op het loonstrookje

[12] Zowel de oorspronkelijke als de later gewijzigde kantonrechtersformule zijn als bijlage E achterin opgenomen. In *ArbeidsRecht* 1999/11 is in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid een bijlage opgenomen over de kantonrechtersformule.

of de jaaropgave staan vermeld? Als deze vragen alle met "ja" kunnen worden beantwoord, zal er sprake zijn van een vast loonbestanddeel. Meestal zullen de volgende componenten als vast loonbestanddeel kunnen worden gekwalificeerd:

- brutomaandsalaris
- vakantietoeslag
- dertiende maand
- vaste ploegendiensttoeslag
- structurele overwerkvergoeding

Voor de laatste drie componenten geldt als voorwaarde dat ze structureel worden toegekend. Wordt een dertiende maand het ene jaar wel en het andere jaar niet toegekend, dan zal hij niet als vast gelden. Bij structureel overwerk moet men denken aan de situatie dat een werknemer elke maand minimaal een vast aantal uren overwerk verricht en daarvoor steeds een vergoeding krijgt.

Niet als vast loonbestanddeel gelden:

- werkgeversaandeel in de pensioenpremie
- werkgeversaandeel in de premie van de ziektekostenverzekering
- auto van de zaak
- onkostenvergoedingen
- tantième of winstdeling (tenzij deze elk jaar gelijk is en dus als "structureel" kan worden beschouwd)

In zeer uitzonderlijke gevallen kan hiervan worden afgeweken. Zo kan men denken aan een oudere werknemer die vanwege een grote pensioenbreuk met zijn werkgever is overeengekomen dat een aanzienlijk deel van zijn loon zal worden betaald door storting van een extra hoge premie in een pensioenfonds. Het is dan redelijk in ieder geval een deel van die extra premie als vast loonbestanddeel aan te merken. Ook kan gedacht worden aan een werknemer wiens loon voor een belangrijk deel bestaat uit (jaarlijks fluctuerende) provisie. Voor de kosten van rechtsbijstand is geen plaats in de kantonrechtersformule ingeruimd. Werkgever en de werknemer kunnen natuurlijk wel zelf overeenkomen dat de kosten daarvan worden vergoed.

Factor B en C en optieregelingen

Naast de bovengenoemde beloningsvormen worden regelmatig opties aan werknemers uitgekeerd als beloning. Het is niet geheel duidelijk of opties altijd kunnen worden meegewogen in de ontbindingsvergoeding. In beginsel dient de kantonrechter bij een ontbinding met alle omstandigheden rekening te houden, dus ook met optieregelingen. Doordat niet altijd goed is vast te stellen hoeveel opties waard zijn, is het in sommige gevallen problematisch opties mee te wegen bij de schadevergoeding op grond van artikel 6:785 BW. Het is raadzaam altijd de kantonrechter te vragen rekening te houden met optieregelingen. Indien de kantonrechter het niet mogelijk acht met een optieregeling rekening te houden, zal hij dit naar grote waarschijnlijkheid aangeven. Het blijft dan mogelijk in een aparte procedure een vergoeding te vragen.[13]

[13] Zie voor een overzicht: M. van Eck, "Optierechten bij einde van de arbeidsovereenkomst: vergoed of voortgezet?", *Arbeid Integraal* 2001. Zie ook HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 en HR 15 december

Een voorbeeld van de berekening van factor B:

Werkneemster Z verdient € 2.000,- bruto per maand. Zij krijgt een maandelijkse onkostenvergoeding van € 250,-, een dertiende maand (circa 8%) en 8% vakantiegeld. Vorige maand heeft zij voor het eerst overgewerkt: 10 uren. Die uren zijn haar uitbetaald à € 20,- per uur. Daarnaast ontvangt zij al jaren een tantième van € 3.000,-, maar die heeft zij vorig jaar niet ontvangen vanwege tegenvallende resultaten in het bedrijf.

Factor B wordt als volgt berekend. Let wel: alles wordt berekend op maandbasis!

- € 2.000,- (brutomaandsalaris) +
- € 160,- (8% x € 2.000,- = dertiende maand) +
- € 160,- (8% x € 2.000,- = vakantiegeld) +
- € 250,- (1/12 x € 3.000,- = tantième; deze is vast nu zij hem al jaren kreeg en daar slechts één uitzondering op is geweest)

= € 2.570,-. De onkostenvergoeding wordt niet meegeteld. De overuren worden ook niet meegeteld, nu die niet structureel zijn.

Factor C[14]

Dit is de zogenaamde correctiefactor. Zijn er geen bijzondere omstandigheden, dan spreken we van een "neutrale" of "kleurloze" toepassing van de factor C. Deze wordt dan op één gesteld. Dat betekent dat de ontslagvergoeding in feite bestaat uit A x B: het aantal gewogen dienstjaren vermenigvuldigd met de vaste loonbestanddelen per maand. Het zal duidelijk zijn dat de hoogte van de factor C nogal wat uitmaakt voor de hoogte van de vergoeding. Wordt C namelijk op nul gesteld, dan is de vergoeding ook nul: A x B x 0 = 0. Wordt C op twee gesteld, dan betekent dat een dubbele vergoeding ten opzichte van de vergoeding die bij een "neutrale" situatie (C = 1) zou worden toegekend.
De factor C is opgenomen om de kantonrechter de ruimte te bieden recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het concrete geval. Hoewel dat de kantonrechter een onbeperkte ruimte lijkt te bieden, is die ruimte niet geheel onbeperkt. Een kantonrechter zal met name moeten motiveren waarom hij van mening is dat een neutrale toepassing van de factor C (C = 1) in het aan hem voorgelegde geval geen recht zou doen aan de situatie. De toelichting bij de kantonrechtersformule dwingt hem daartoe. De neutrale toepassing is dus de hoofdregel.
Wanneer zal de kantonrechter reden zien af te wijken van die hoofdregel en de factor C op lager of juist hoger dan één stellen? Het duidelijkste voorbeeld is aantoonbare verwijtbaarheid van één van beide partijen: heeft de werknemer zich verwijtbaar gedragen, dan is verlaging van de factor C mogelijk; omgekeerd zal verwijtbaar gedrag van de werkgever tot verhoging van de factor C kunnen leiden.
In de relatief korte tijd dat de formule geldt, zijn er al vele uitspraken gepubliceerd waarin een afwijking naar boven of naar beneden te zien is. Hieronder volgt een overzicht van de redenen die kantonrechters hebben gegeven om van C = 1 af te wijken. Dit zijn slechts voorbeelden: in theorie is alles mogelijk.

2000, *JAR* 2001/14. Scholtens geeft aan dat optieschade in 2002 minder in ogenschouw werd genomen, zie C.G. Scholtens, "Statistiek ontbindingsvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (II)", *ArbeidsRecht* 2003, 12, p. 7.

[14] Zie voor een overzicht: C.G.Scholtens, "Statistiek ontbindingsvergoedingen 2001: een rustig lustrum van de Aanbevelingen", *ArbeidsRecht* 2002/2, 7, C.G.Scholtens, "Statistiek ontbindingsvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (II)", *ArbeidsRecht* 2003, 12.

Afwijking naar boven komt overigens vaker voor dan afwijking naar beneden. Dat lijdt tot het (kwalijke) gevolg dat met name werknemer de neutrale toepassing van de kantonrechtersformule als bodem gaan zien en niet als principe.

Afwijking naar beneden (C < 1)

- De werknemer had bedrijfsgoederen ontvreemd.
- De werknemer had steekpenningen aangenomen.
- De werknemer kwam ondanks waarschuwingen voortdurend te laat.
- De werknemer gedroeg zich agressief na alcoholgebruik op het werk.
- De werknemer was al drie jaar arbeidsongeschikt en gedurende die periode steeds voor 100% uitbetaald.
- De werknemer kreeg al een wachtgelduitkering.
- De werknemer had al een andere baan.
- De werknemer was al geruime tijd non-actief.
- De werkgever bevond zich in een slechte financiële situatie ("Habe-nichts/wenig-exceptie").
- De werknemer maakte zich schuldig aan seksuele intimidatie
- De werknemer maakte buitensporig gebruik van de internetverbinding van de werkgever

In de meeste gevallen wordt bij zeer ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer - zoals diefstal - de factor C op nul gesteld. Vaak gaat het dan om een situatie waarbij een ontslag op staande voet of ontbinding wegens een dringende reden ook mogelijk was geweest.

Afwijking naar boven (C > 1)

- De werkgever maakte zich schuldig aan seksistisch gedrag.
- De werkgever deed geen moeite de werknemer te herplaatsen na een reorganisatie.
- De werkgever had de werknemer ten onrechte geschorst.
- De werkgever stelde dat de werknemer disfunctioneerde, terwijl daarover in de beoordelingen van de werknemer niets was terug te vinden.
- De werknemer was geen kans geboden zich na eenmaal vastgesteld disfunctioneren te verbeteren.
- De werknemer was door de werkgever weggekocht bij een vorige werkgever.
- De werknemer moest het veld ruimen na de aanstelling van een nieuwe leidinggevende, met wie de werknemer het niet kon vinden (dit valt in het algemeen binnen de risicosfeer van de werkgever).
- De werkgever probeerde eenzijdig en tegen de zin van de werknemer de arbeidsvoorwaarden van de werknemer te wijzigen. Let op: in sommige gevallen moet de werknemer instemmen met eenzijdige wijzigingen, bijvoorbeeld via art. 7:613 BW of op grond van art. 7:611 BW.[15] In dergelijke gevallen zal minder snel een afwijking naar boven plaatsvinden bij een ontbinding.
- De werknemer was nog maar kort in dienst.

Dus ook als de werkgever stelt dat de werknemer disfunctioneert terwijl de functioneringsverslagen daar niets van laten zien, kan dat voor de rechter een grond zijn de vergoeding hoger te stellen. Een werkgever die in zijn functioneringsverslag een onvoldoende

[15] Zie HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 767 (Van der Lely/Taxi Hofman).

functionerende werknemer wil "sparen" en de werknemer steeds als "goed" heeft beoordeeld, snijdt zichzelf daarmee bij een ontbindingsprocedure in de vingers. Omgekeerd zal een werkgever niet goedkoop van een werknemer afkomen door in de periode vlak voor het ontbindingsverzoek een negatief dossier tegen deze werknemer op te bouwen.
De laatste grond, een kort dienstverband, heeft wat uitleg nodig. Bij een kort dienstverband is er eerder aanleiding de correctiefactor naar boven aan te passen gezien de lage vergoeding die neutrale toepassing van de factor C in dat geval teweegbrengt. Een 28-jarige werknemer die bijvoorbeeld pas een jaar in dienst is, zou bij ontbinding een vergoeding van één maand meekrijgen. Dat kan om twee redenen onredelijk uitpakken

1. Had de werkgever een opzegtermijn van twee maanden, dan kan hij door de ontbinding zelfs goedkoper uit zijn dan wanneer hij had opgezegd (zie paragraaf 2.5. hierna). De ontbinding kost hem immers op basis van de kantonrechtersformule maar één maand loon (28 jaar, dus A = 1). Dit is niet te rijmen met de gedachtegang achter de vergoeding bij ontbinding. Die ligt voor een deel in het feit dat snel een beslissing wordt verkregen en geen opzegtermijn in acht hoeft te worden genomen.
2. Indien de werkgever zich verwijtbaar heeft gedragen, pakt een neutrale toepassing of een geringe afwijking naar boven voor de werknemer relatief laag uit. Een correctiefactor 2 bij een langdurig dienstverband betekent in geld een veel groter verschil ten opzichte van een neutrale correctiefactor dan bij een kort dienstverband:

Werkgever X heeft werknemer Y het leven zo zuur gemaakt dat Y een ontbindingsverzoek heeft ingediend. Stel dat Y 27 jaar is, één jaar bij X heeft gewerkt en zijn vaste maandelijkse loonbestanddelen € 2.000,- bedragen. De kantonrechter vindt dat X niet mag wegkomen met een neutrale vergoeding van C = 1. Hij stelt C daarom op twee. De vergoeding bedraagt dan dus 1 x € 2.000,- x 2 = € 4.000,-. Had de kantonrechter C op één gelaten, dan had X aan Y moeten betalen: 1 x € 2.000,- x 1 = € 2.000,-. De "boete " die X dus extra aan Y moet betalen is (maar) € 2.000,-.
Stel nu dat Y zes jaar bij X had gewerkt. Bij C = 2 had X dan 6 x € 2.000,- x 2 = € 24.000,- aan Y moeten betalen; bij C = 1 was dat € 12.000,- geweest. Hier is de boete dus € 12.000,- voor hetzelfde gedrag!
Dit grote verschil wordt alleen veroorzaakt door het feit dat Y in het tweede geval al langer in dienst was; de factor A is simpelweg hoger. Als men dit verschil niet gewenst vindt – in beide gevallen is de werkgever even verwijtbaar geweest! – moet in het eerste geval C op hoger dan 2 worden gesteld.

Slechts zeer zelden wordt de correctiefactor op hoger dan drie gesteld. Als dit toch gebeurt, ligt hier meestal zeer verwijtbaar gedrag van de werkgever aan ten grondslag (zoals seksistisch gedrag) of gaat het om een kort dienstverband.

2.4.3.3. Werkgeversverzoek of werknemersverzoek

Maakt het voor de hoogte van de vergoeding nog wat uit of de werkgever of de werknemer het verzoek tot ontbinding doet? Is het zo dat wanneer de werkgever het verzoek doet, er per definitie voor de werknemer een hogere vergoeding uitrolt dan wanneer de werknemer zelf als eerste het verzoek doet?
Tot de inwerkingtreding van de gewijzigde kantonrechtersformule gingen sommige kantonrechters ervan uit dat de kantonrechtersformule niet van toepassing was indien de werknemer het ontbindingsverzoek had gedaan. Vaak pakte de vergoeding in dat geval lager uit dan wanneer de kantonrechtersformule was toegepast. De gewijzigde kantonrechtersformule heeft een einde aan dit verschil gemaakt: nu staat vast dat het er voor de toepasselijkheid van de kantonrechtersformule niet toe doet wie het verzoek tot ontbinding indient. Dat lijkt vaak ook redelijk: als bijvoorbeeld door een ruzie een onwerkbare situatie is ontstaan waardoor werknemer en werkgever niet meer met elkaar door één deur kunnen, dan

moet het voor de hoogte van de vergoeding niet uitmaken wie als eerste naar de kantonrechter stapt. De feitelijke situatie dient voor de kantonrechter beslissend te zijn voor zijn uitspraak, niet wie in een dergelijke zaak het initiatief tot ontbinding heeft genomen.

De "gelukszoeker"

Toch bestaat er nog wel een belangrijk verschil tussen een werkgeversverzoek en een werknemersverzoek. De toelichting bij de kantonrechtersformule geeft aan dat bij een neutrale ontbinding de correctiefactor C op 1 wordt gesteld. Ofwel: de vergoeding bedraagt het gewogen aantal dienstjaren maal het vaste brutoloon. Deze regel is opgesteld vanuit de gedachte dat de werkgever meestal het verzoek tot ontbinding doet en de werknemer een zekere bescherming tegen al te makkelijk ontslag moet worden gegeven. Anders gezegd: de werkgever die van zijn werknemer af wil, dient daar in principe een "neutrale" vergoeding voor te betalen. Maar anders wordt het als de werkgever helemaal niet van zijn werknemer af wil, maar de werknemer zelf weg wil, terwijl hij daarvoor redenen geeft die geheel in zijn eigen risicosfeer liggen. Wil de werknemer "gewoon weg", bijvoorbeeld omdat hij een leukere baan heeft gevonden, dan lijkt het niet redelijk dat de werkgever ook dan een "neutrale" vergoeding dient te betalen. Daarom bepaalt de gewijzigde kantonrechtersformule dat de kantonrechtersformule in principe neutraal wordt toegepast bij een werkgeversverzoek, dan wel bij een *werknemersverzoek waarbij de ontbindingsgrond volledig in de risicosfeer van de werkgever ligt*. Dit laatste zal de werknemer dienen te bewijzen. De "gelukszoeker" die uitzicht heeft op een nieuwe baan en zelf vraagt de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden om zo een vergoeding in de wacht te slepen hoeft dus niet te rekenen op een "neutrale" vergoeding.

Werknemer A, 38 jaar oud, werkt gedurende acht jaar bij de stichting B tegen een salaris van € 2.500,- bruto per maand. Hij heeft goede contacten met een concurrerende stichting C, zó goed zelfs, dat deze stichting hem het aanbod doet in dienst te treden tegen een salaris van € 3.000 bruto per maand. Dit ziet A wel zitten en hij meldt aan B zelf weg te willen, maar wel "te willen afrekenen op basis van de kantonrechtersformule". Volgens A zou hij immers, als hij de kantonrechter zou verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, aanspraak kunnen maken op 8 x € 2.500,- = € 20.000,-. B ziet een dergelijke afrekening niet zitten en wil A ook niet zomaar laten gaan, omdat een vervanger moeilijk te vinden zal zijn. A, verongelijkt omdat B niet onder zijn voorwaarden wil meewerken aan zijn ontslagname, verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden.
Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, zal hij aan A hoogst waarschijnlijk geen vergoeding toekennen: aan de wens tot vertrek van A ligt puur een carrièremotief ten grondslag. Volgens de toelichting op de gewijzigde kantonrechtersformule ligt deze omstandigheid geheel in de risicosfeer van de werknemer. Daarom is er geen reden een vergoeding toe te kennen.

2.4.3.4 Vergoeding en sociaal plan

Tot voor kort bestond onduidelijkheid over de het antwoord op de vraag of een tussen de werkgever en de ondernemingsraad of vakbond overeengekomen sociaal plan nog enige invloed heeft op de hoogte van de ontslagvergoeding. Sommige kantonrechters volgden bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst de in een sociaal plan opgenomen afvloeiingsregeling en pasten de kantonrechtersformule niet toe. Andere kantonrechters deden dat slechts indien de in het sociaal plan opgenomen regeling gunstiger was dan toepassing van de kantonrechtersformule en/of indien het sociaal plan met een representatieve vakbond was overeengekomen. Weer andere kantonrechters kenden aan het sociaal plan geen enkele invloed toe. Zij gebruikten de kantonrechtersformule op dezelfde wijze, of er nu een sociaal plan was of niet.

Er is wel wat voor te zeggen dat de kantonrechter zich gebonden acht aan een in een sociaal plan opgenomen afvloeiingsregeling, ook als deze voor de werknemer slechter uitpakt dan neutrale toepassing van de kantonrechtersformule. Zo staat de in een sociaal plan opgenomen afvloeiingsregeling niet op zichzelf, maar moet deze in combinatie worden gezien met andere onderdelen van het plan. Vaak staat in zo'n plan ook een vergoeding van outplacementkosten geregeld of compensatie van een nieuwe, langere reisduur. Daarnaast verliest een sociaal plan voor een belangrijk deel zijn waarde als elke werknemer daaraan zomaar voorbij kan gaan door zich tot de kantonrechter te wenden om zo een hogere vergoeding in de wacht te slepen. Aan de andere kant zou dan wel aan het vereiste moeten worden vastgehouden dat er een representatieve vakbond bij het opstellen van het sociaal plan betrokken is geweest. Anders zou de werkgever goedkoop van zijn werknemer af kunnen komen en toepassing van de kantonrechtersformule op eenvoudige wijze kunnen ontlopen door de ondernemingsraad onder druk te zetten om een mager sociaal plan overeen te komen. De eis van een representatieve vakvereniging bevordert de kans op een zorgvuldig tot stand gekomen en evenwichtig sociaal plan.
Vanaf 1 juni 1998 bestaat er wat dit betreft geen onduidelijkheid meer: in de kantonrechtersformule staat dat de kantonrechter zich in principe bij de bepaling van de hoogte van de ontslagvergoeding aansluit bij vergoedingen die zijn opgenomen in *schriftelijk met representatieve vakorganisaties overeengekomen en vigerende sociale plannen*, tenzij onverkorte toepassing daarvan tot een duidelijk onredelijke uitkomst leidt. Zie over het sociaal plan tevens paragraaf 4.4.

2.4.4 Formele aspecten

Daar de ontbinding van de arbeidsovereenkomst alleen kan worden bewerkstelligd door het volgen van een voorgeschreven procedure, kent de ontbinding begrijpelijkerwijs een aantal formele aspecten. Één formeel aspect is hiervoor al ter sprake gekomen: bedingen waarbij aan de werkgever of de werknemer de bevoegdheid zich tot de kantonrechter te wenden wordt beperkt of uitgesloten, zijn nietig (artikel 7:685, eerste lid, tweede zin BW).
In deze paragraaf zullen de volgende voor de praktijk belangrijke formele aspecten van de ontbindingsprocedure worden behandeld:

- Wie is de bevoegde rechter?
- Wat te doen als de werknemer meerdere juridische werkgevers heeft (duobaan)?
- Wat is een "voorwaardelijk ontbindingsverzoek"?
- Binnen welke termijn moet een verzoek worden ingediend?
- Tot welk moment kan een verzoek worden ingetrokken?
- Wanneer is de ontbinding een feit?
- Welke rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld tegen de ontbindingsbeschikking?

De bevoegde rechter

Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW moet door middel van een verzoekschrift worden gedaan aan de kantonrechter.[16] Voor het antwoord op de vraag welke kantonrechter bevoegd is – dit is de vraag naar de "relatieve competentie" - , geeft het derde lid van artikel 7:685 BW aan dat dat "de ingevolge de tweede

[16] De regels voor de verzoekschriftenprocedure staan in de artikelen 261-291 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

afdeling van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevoegde kantonrechter" is, dan wel "de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied de arbeid gewoonlijk wordt verricht." Dit houdt in dat de kantonrechter van de woon- of verblijfplaats *van hetzij de verzoeker of één van de verzoekers of van één van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden*, bevoegd is. Dit betekent dat het verzoekschrift moet worden gericht aan de kantonrechter van de woonplaats of werkelijke verblijfplaats van de verzoeker of van de wederpartij. Daarnaast is op grond van artikel 7:685 lid 3 de kantonrechter bevoegd binnen wiens rechtsgebied de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Dat zal vaak dezelfde kantonrechter zijn als die waar de werkgever zijn woonplaats heeft.[17] Het vierde lid van artikel 7:685 BW geeft ook expliciet aan dat het verzoekschrift de plaats moet vermelden waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht, alsmede de naam en de woonplaats van de wederpartij van degene die het verzoek indient.
Het feit dat voor één verzoek meerdere kantonrechters bevoegd kunnen zijn, werkt het zogenaamde "forumshopping" in de hand. Hiermee wordt bedoeld dat (de vertegenwoordiger van) de werkgever of werknemer dát kantongerecht kiest, waarvan hij verwacht dat het de voor hem gunstigste uitspraak zal doen. Want ondanks het bestaan van de kantonrechtersformule kunnen er wel degelijk verschillen bestaan.
Wordt een verzoekschrift aan de verkeerde rechter gedaan, dan zal deze zich onbevoegd verklaren en de zaak doorverwijzen naar de bevoegde rechter.

Werknemer A, wonend in Utrecht, werkt bij werkgever B, gevestigd in Haarlem. A werkt voor B feitelijk al gedurende zijn gehele arbeidsovereenkomst aan een project in Amsterdam, waarbij hij één keer in de week (hij werkt vijf dagen in de week) naar Hilversum moet. A en B besluiten de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter te laten ontbinden. Als werkgever B het verzoek tot ontbinding doet, dan zijn de kantonrechter te Haarlem – vestigingsplaats werkgever B –, de kantonrechter in Utrecht – woonplaats van werknemer A – én de kantonrechter te Amsterdam bevoegd. In Amsterdam verricht A immers zijn werkzaamheden. Dat A elke week een keer naar Hilversum moet, maakt de kantonrechter aldaar nog niet bevoegd. Het gaat er immers om waar A zijn werkzaamheden hoofdzakelijk verricht en het doet er niet toe dat A ook regelmatig ergens anders heen moet (vgl. Ktg. Utrecht 20 april 1995, *JAR* 1995/105).
Als daarentegen werknemer A het verzoek tot ontbinding doet, dan zijn de kantonrechter te Utrecht en die in Amsterdam bevoegd. Utrecht is de woonplaats van de verzoeker, werknemer A. Amsterdam is, zoals gezegd, de plaats waar A zijn werkzaamheden hoofdzakelijk verricht. XXX: Ten slotte is niet uitgesloten dat de werknemer A het verzoek indient in de woonplaats of de werkelijke verblijfplaats van werkgever B, dus in Haarlem.

Voor bestuurders van vennootschappen geldt een belangrijke afwijkende regel: niet de kantonrechter, maar de rechtbank is de bevoegde rechter (zie artikel 2:131/241 BW). Wat hierboven is gezegd over de vraag welke kantonrechter bevoegd is, geldt evenzeer voor de vraag welke rechtbank bevoegd is.

Meerdere werkgevers

Heeft een werknemer meerdere werkgevers, dan is het ontbindingsverzoek van één van hen mogelijk, maar dan kan de rechter alleen beslissen over de arbeidsovereenkomst met díé werkgever. De arbeidsovereenkomst met de andere werkgever blijft dus in stand. Dat is ook logisch, want die werkgevers hebben niets met elkaar te maken.

[17] Onder werkgever valt niet alleen te verstaan een persoon van vlees en bloed. Ook zogenaamde rechtspersonen kunnen werkgever zijn. Hierbij kan gedacht worden aan naamloze en besloten vennootschappen (NV's en BV's).

Maar soms hebben de werkgevers wel met elkaar te maken, bijvoorbeeld als ze met elkaar verbonden zijn in een concern. In de meeste gevallen zal een werknemer die feitelijk voor verschillende ondernemingen binnen een concern werkt, maar één juridische werkgever hebben, bijvoorbeeld de holding van het concern of een werkmaatschappij. Maar het komt ook voor dat een werknemer bij verschillende onderdelen van het concern in dienst is. Wordt de samenwerking tussen de werknemer en het concern verbroken, dan zal elke afzonderlijke juridische werkgever bij het verzoek dienen te worden betrokken, of nu het initiatief tot ontbinding van de werknemer of de werkgever(s) uitgaat. Binnen groepsstructuren met meerdere werkgevers komt het voor dat onduidelijk is bij welke werkgever de werknemer in dienst is. Wil men het zekere voor het onzekere nemen, dan dienen de mogelijke werkgevers alle bij het verzoek te worden betrokken. Wel kunnen deze werkgevers zich door één van hen laten vertegenwoordigen.

Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Het komt voor dat een werkgever er niet zeker van is of de arbeidsovereenkomst met een bepaalde werknemer nog bestaat. Een voorbeeld hiervan is wanneer de werkgever de werknemer op staande voet heeft ontslagen en de werknemer betwist dat dat ontslag geldig was gegeven en vervolgens een procedure is begonnen waarin hij doorbetaling van het loon eist.[18] Gedurende die procedure, die vooral met hoger beroep en cassatie jaren kan duren, verkeert de werkgever in onzekerheid over de vraag of hij het loon moet doorbetalen. Blijkt achteraf het ontslag onterecht te zijn gegeven, dan kan dat de betaling van een fikse loonsom (eventueel met rente en boete!) betekenen. Om aan die onzekerheid zo snel mogelijk een einde te maken, wordt soms een *voorwaardelijk ontbindingsverzoek* ingediend, ook wel een ontbinding "voor zover vereist" genoemd. De gedachtegang achter een dergelijk verzoek is dat aan de rechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt gevraagd *voor het hypothetische geval dat de arbeidsovereenkomst ten tijde van de indiening van het verzoek nog blijkt te bestaan*, hetgeen dus pas achteraf duidelijk zal worden. Om in het gegeven voorbeeld te blijven: de werkgever vraagt ontbinding voor het geval achteraf blijkt dat het ontslag op staande voet ten onrechte gegeven was en de arbeidsovereenkomst dus vanaf dat moment gewoon doorliep. Als de ontbinding vervolgens door de rechter wordt uitgesproken, is het voordeel van deze handelwijze voor de werkgever duidelijk: mocht namelijk later komen vast te staan dat het ontslag op staande voet destijds onterecht was gegeven, dan is de omvang van de te betalen loonsom beperkt. Die loopt dan vanaf het moment van het onterechte ontslag op staande voet tot het moment dat de uitgesproken ontbinding van kracht werd. De ontbinding is namelijk wel gewoon geldig. Komt achteraf vast te staan dat het ontslag op staande voet terecht was gegeven, dan blijkt de ontbindingsbeschikking van geen waarde te zijn geweest: er viel dan immers niets te ontbinden, want de arbeidsovereenkomst was vanaf het moment van het ontslag op staande voet geëindigd. De volgende casus kan een en ander verduidelijken.

Werknemer C is door zijn werkgever D op 1 mei 1995 op staande voet ontslagen. C laat het er niet bij zitten en start een procedure tegen D tot doorbetaling van loon. D, niet zeker van zijn zaak, doet vervolgens een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst per 1 juni 1995. Op 15 december 1996 beslist de rechtbank in de loonvorderingsprocedure dat het ontslag op staande voet terecht gegeven was, maar de Hoge Raad vernietigt dit vonnis in cassatie op 1 november 1997. Ervan uitgaande dat D vanaf het – naar achteraf

[18] De redenering van de werknemer is de volgende: als het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, is er dus ook geen einde aan de arbeidsovereenkomst gekomen, dus moet de werkgever het loon blijven doorbetalen. Zie over het ontslag op staande voet verder paragraaf 2.5.

bleek: onterecht - gegeven ontslag op staande voet geen loon meer aan C heeft betaald, is D aan C slechts loon verschuldigd over de periode van 1 mei tot 1 juni 1995, eventueel vermeerderd met rente en boete. De kantonrechter heeft immers de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 juni 1995 uitgesproken. Dat het ontslag op staande voet op 1 mei 1995 onterecht was gegeven, doet daar niets aan af: voor dat geval was het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van D juist bedoeld.

Termijn

Een ontbindingsverzoek moet worden ingediend binnen een redelijke termijn nadat de gewichtige redenen zich hebben voorgedaan. Een zekere spoed is vereist. Dat spreekt ook wel voor zich: lang wachten met een ontbindingsverzoek is immers in tegenspraak met de eis dat er een gewichtige reden is die meebrengt dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs *dadelijk of op korte termijn* dient te eindigen. Zo is het ook niet toegestaan een dringende reden "in portefeuille te houden" om die maanden later in een verzoekschrift als dringende reden op te voeren.[19]

Intrekken van het verzoek

Volgens het negende lid van artikel 7:685 BW stelt de rechter de partijen in kennis van zijn voornemen een ontbinding met vergoeding uit te spreken. Daarbij stelt hij een termijn waarbinnen de verzoeker zijn verzoek kan intrekken. Het tiende lid is vooral geschreven voor de situatie dat de werknemer het verzoek tot ontbinding doet. Dit lid geeft aan dat intrekking ook mogelijk is als de rechter van plan is de ontbinding uit te spreken zonder de daaraan door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden. Deze twee leden zijn opgenomen om de verzoeker de gelegenheid te bieden af te zien van het verzoek als hij het niet eens is met de hoogte van de vergoeding. Zo kan de werkgever die het verzoek tot ontbinding heeft gedaan en onaangenaam wordt verrast door de hoogte van de vergoeding die de rechter de werknemer van plan is toe te kennen, zijn verzoek intrekken. Die onaangename verrassing kan zelfs ontstaan indien werkgever en werknemer van tevoren een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule waren overeenkomen en de verzoeker die afspraak aan de rechter duidelijk heeft gemaakt. In dat geval spreekt men wel van een "geregelde" ontbinding. Dergelijke afspraken komen in de praktijk heel veel voor. Aan een dergelijke afspraak is de rechter niet gebonden, al zal hij vaker wel conform die afspraak een vergoeding toekennen dan niet.
Het gevolg van de intrekking is dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Als de verzoeker het verzoek tot ontbinding intrekt, geeft de rechter alleen een beslissing over de proceskosten. Een intrekking buiten het bovengenoemde geval is alleen mogelijk indien de wederpartij daar mee instemt.

Ontbinding effectief

Tussen het moment van indiening van het verzoek en de uitspraak van de rechter zit meestal een aantal weken. Volgens het zesde lid van artikel 7:685 BW moet de rechter het verzoek binnen vier weken na de indiening behandelen. Spreekt de rechter na behandeling vervolgens de ontbinding uit, dan bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt (artikel 7:685 lid 7 BW). In veel gevallen wordt een ontbinding enkele dagen of

[19] Ktg. Harderwijk 18 januari 1993, *Praktijkgids* 1994, nr. 4037.

weken na de uitspraak effectief. Of de rechter kan bepalen dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden tegen een datum die nog verder in de toekomst ligt, is onderwerp van discussie. Zo kan men zich afvragen of een ontbindingsbeschikking, uitgesproken op 1 mei, waarin wordt bepaald dat de arbeidsovereenkomst op 1 september eindigt, niet strijdt met het karakter van de ontbindingsprocedure. Dat karakter brengt immers mede dat aan de arbeidsovereenkomst snel een einde komt.
Sinds de wijziging die Flexibiliteit en zekerheid in artikel 16 van de WW heeft aangebracht, is inmiddels een aantal rechters bereid gebleken een ontbinding op langere termijn uit te spreken. Zie over de gevolgen die dit artikel meebrengt paragraaf 4.5.
Hoewel de wet dat niet met zoveel woorden zegt, wordt algemeen aangenomen dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht mag ontbinden, dus niet tegen een tijdstip dat is gelegen vóór de indiening van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[20] Een ontbinding per 1 mei terwijl het verzoek op 1 juni is ingediend is dus niet mogelijk.

Rechtsmiddelen

Wat ongetwijfeld heeft bijgedragen aan de populariteit van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is het feit dat er geen hoger beroep of beroep in cassatie mogelijk is tegen de ontbindingsbeschikking. Het elfde lid van artikel 7:685 BW bepaalt expliciet dat dat niet mogelijk is. De uitslag van de procedure staat dus snel vast. Toch heeft de Hoge Raad in verschillende uitspraken in zeer bijzondere gevallen hoger beroep en beroep in cassatie mogelijk geacht. De rechter moet zich dan hebben schuldig gemaakt aan één of meer van de volgende fouten:

- verzuim van essentiële vormen;
- het ten onrechte toepassen of juist buiten toepassing laten van artikel 7:685 BW;
- het buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW treden.

Er wordt maar zelden aangenomen dat de rechter in eerste aanleg zich aan één of meer van deze missers schuldig heeft gemaakt. Motiveringsgebreken in de uitspraak van de kantonrechter vormen geen verzuim van essentiële vormen;[21] het niet-horen van partijen zal dat wel kunnen vormen.[22] Een discriminatoire ontbinding van de arbeidsovereenkomst is ook niet vatbaar voor hoger beroep of cassatie.[23] Ook het "verkeerd toepassen van de kantonrechtersformule" door de kantonrechter staat niet gelijk aan het buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW treden.[24]
Op grond van art. 382 Rv. is het mogelijk om de ontbindingsbeschikking te laten herroepen. Voor een succesvol beroep hierop moet het ruwweg moet gaan om een situatie waarbij in de ontbindingsprocedure bedrog[25] of arglist heeft plaatsgevonden. Het gaat bij herroeping om uitzonderlijke situaties, het is dan ook geen gewoon rechtsmiddel. Dit blijkt mede uit het feit

---

[20] Zie echter Rb. Alkmaar 7 augustus 1997, *JAR* 1997/224 (ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een directeur met ingang van 1 augustus 1997, derhalve zes dagen voor de mondelinge behandeling) en Ktg. Amsterdam 2 juli 1997, *JAR* 1997/220 (ontbinding arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juni 1997).
[21] HR 8 juli 1992, *JAR* 1992/53.
[22] HR 22 november 1996, *JAR* 1996/253.
[23] HR 20 maart 1998, *RvdW* 1998, 72C. Een discriminatoire opzegging is echter vernietigbaar, zie paragraaf 3.6.1.
[24] HR 13 november 1998, *JAR* 1999/12.
[25] Zie bijvoorbeeld Ktg. Zwolle, 21 mei 2002, *JAR* 2002/146.

dat een beroep op art. 283 Rv. kan worden gedaan nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

2.4.5 Verschil met andere ontslagwijzen

Als een ontslag met wederzijds goedvinden niet tot de mogelijkheden behoort en de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt, blijven de weg van de opzegging en die van ontbinding door de rechter over als de enige twee manieren om aan de arbeidsovereenkomst een einde te maken. Hieronder worden de opzegging en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met elkaar vergeleken.
Hoewel opzegging van de arbeidsovereenkomst door de wetgever als de 'normale' weg werd beschouwd om tot het einde van de arbeidsovereenkomst (zie paragraaf 1.2 en 2.5) te komen en de weg van ontbinding als 'noodoplossing' moest fungeren, heeft de weg via ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter vanaf de zeventiger jaren sterk aan populariteit gewonnen. In 1991 waren er nog zes keer zo veel ontslagaanvragen bij de RDA (de huidige CWI) ingediend als dat er ontbindingsverzoeken bij de kantonrechter werden ingediend. Vorig jaar waren er voor het eerst meer ontbindingsverzoeken dan ontslagaanvragen. Voor die omslag zijn enkele redenen aan te wijzen.

- Het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW is zeer ruim. Er zijn heel veel omstandigheden die voor de kantonrechter tot de conclusie leiden dat een gewichtige reden voor ontbinding aanwezig is.
- Het komt niet vaak voor dat de kantonrechter weigert de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De "slagingskans" is dus heel hoog.
- De ontbindingsprocedure is snel. Er wordt wel op gewezen dat de opzeggingsprocedure, waarbij de werkgever toestemming voor het ontslag aan de CWI moet vragen, bureaucratisch is en niet goed werkt.
- Uitzonderingen daargelaten zijn hoger beroep en beroep in cassatie van de ontbindingsbeschikkingen uitgesloten (artikel 7:685 lid 11 BW). Hierdoor ontstaat voor partijen snel duidelijkheid over hun rechtspositie. Tegen de beslissing van de CWI staat ook geen beroep open, maar het ontslag zelf kan dan nog wel worden aangevochten (zie paragraaf 2.5.6).
- De kantonrechter kan direct een vergoeding toekennen, terwijl de CWI dat niet kan, met het risico voor de werkgever dat de werknemer na vergunningverlening een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW, zie paragraaf 2.5.6) instelt.
- De opzeggingsvoorschriften gelden niet, hoewel de kantonrechter wel rekening zal houden met opzegverboden (zie paragraaf 3.6.5).

Veel werkgevers die de weg van ontbinding via de rechter kiezen, nemen het voor lief dat ze vaak aan de werknemer een ontslagvergoeding dienen te betalen. Overigens betekent het kiezen voor de weg van opzegging met toestemming van de CWI niet dat de werkgever géén vergoeding zou behoeven te betalen. De werkgever kan daartoe alsnog veroordeeld worden in een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag, waarover meer in paragraaf 2.5.6.

3.2.5 Overgang van onderneming

De juridische gevolgen van overgang van een onderneming worden geregeld in de artikelen 7:662-666 BW. Deze artikelen zijn gebaseerd op een Europese richtlijn overgang van ondernemingen.[26] Voor de uitleg van de BW-artikelen speelt de tekst van de richtlijn een grote rol. De kern van de regeling staat in artikel 7:663 BW: bij de overgang van een onderneming neemt de verkrijger van die onderneming tevens alle werknemers over en hij moet hun dezelfde arbeidsvoorwaarden bieden als die zij bij de vervreemder van de onderneming hadden. Deze arbeidsvoorwaarden kunnen pas worden gewijzigd wanneer de verkrijger dat met de overgenomen werknemers is overeengekomen dan wel wanneer de verkrijger wordt gebonden aan een nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst die ook voor de overgenomen werknemers geldt.
De regeling beoogt werknemers dus te beschermen tegen een achteruitgang in hun arbeidsvoorwaarden als gevolg van de overgang van de onderneming waarin zij werkzaam zijn. Die bescherming is in de loop der jaren stevig aangescherpt. Vooral de begrippen "overgang" en "onderneming" hebben zo'n evolutie ondergaan, dat het haast onmogelijk is een onderneming of een onderdeel daarvan over te dragen zonder dat die overdracht onder de regeling valt. Zo moet onder "overdracht" niet alleen de verkoop van de activa en passiva van een onderneming worden verstaan, maar ook huur, pacht, vruchtgebruik, fusie, splitsing, omzetting en privatisering van een onderneming. En directe contractsluiting tussen de vervreemder en de verkrijger van de onderneming is ook niet noodzakelijk: voldoende is dat de overdracht plaatsvond "in het kader van een overeenkomst."[27] Onder ondernemer wordt verstaan "een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan."[28] Blijkens de rechtspraak vallen daar niet alleen min of meer zelfstandige bedrijfsonderdelen onder, maar kan onder omstandigheden een groepje schoonmakers binnen een bedrijf[29] of zelfs een enkele verzekeringsportefeuille[30] een "onderneming" vormen. Ook overheidsbedrijven vallen onder de regeling.
In het nieuw opgenomen artikel 7:665a BW is een verplichting opgenomen voor de werkgever om de bij de overgang betrokken werknemers te informeren in het geval dat er geen personeelsvertegenwoordiging of ondernemingsraad is ingesteld. Er moet in elk geval informatie worden gegeven over het voorgenomen besluit tot overgang, de voorgenomen datum van de overgang, de reden van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Ontslagbescherming

In 2002 is in artikel 7:670 lid 8 BW een ontslagverbod opgenomen wegens overgang van een onderneming.[31] Het zal regelmatig voorkomen dat de verkrijger van de onderneming niet zit

---

[26] Richtlijn 2001/23/EG van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen (*Pb*. 2 maart 2001, L 82). De oorspronkelijke richtlijn is Richtlijn 77/187/EEG.
[27] HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674.
[28] Artikel 1, eerste lid onder b van de richtlijn.
[29] HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91.
[30] Dat twee kantonrechters over één en dezelfde situatie verschillend kunnen denken blijkt uit Rb. Utrecht 14 mei 1997, *JAR* 1997/223 en Rb. Dordrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997/209.
[31] Dit artikel is een uitwerking van de arresten HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247 en HR 29 december

te wachten op alle aan de overgenomen onderneming verbonden werknemers. Maar de toepasselijkheid van de regeling van de artikelen 7:662-666 BW is moeilijk te voorkomen, zoals zojuist al is opgemerkt. Daarom zou een verkrijger die geen behoefte heeft aan het gehele personeelsbestand van de vervreemder, de vervreemder ertoe kunnen bewegen vlak vóór de overgang de arbeidsovereenkomsten met voor hem overtollige werknemers te beëindigen. Eventueel door de vervreemder te betalen schadevergoedingen aan deze werknemers, bijvoorbeeld wegens onregelmatig ontslag (zie paragraaf 2.5.5), zouden volgens afspraak tussen vervreemder en verkrijger in de koopprijs verdisconteerd kunnen worden. Het eerste lid van artikel 4 van voornoemde Europese richtlijn steekt een stokje voor dit soort afspraken: de overgang van een onderneming mag *op zichzelf* noch voor de vervreemder, noch voor de verkrijger een reden vormen bepaalde werknemers te ontslaan. Met het invoeren van artikel 7:670 lid 8 BW is dit deel van de richtlijn dus inmiddels opgenomen in de Nederlandse wetgeving.

Ontslag niet onmogelijk

Ontslag ten tijde van de overgang wegens een reden die wel degelijk met de overgang samenhangt is echter niet geheel onmogelijk. Het eerste lid van artikel 4 van de richtlijn vervolgt namelijk met de bepaling, dat ontslag wegens *economische, technische of organisatorische redenen*, die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen, toegestaan zijn. Deze drie redenen worden in de literatuur wel "ETO-redenen" genoemd. In artikel 7:665 BW is dit onderdeel van de richtlijn geïmplementeerd. Daarbij is opvallend dat artikel 7:665 BW alleen ziet op een *ontbinding* op grond van een wijziging van omstandigheden. De mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij de overgang van een onderneming is op grond van de nationale wetgeving dus meer beperkt dan op grond van de richtlijn.
De in artikel 4 van de Europese richtlijn genoemde gronden en de mogelijkheid om te ontbinden op grond van artikel 7:665 BW zijn natuurlijk niet uitputtend. Een voorgenomen ontslag op een moment dat dicht bij de datum van overgang van de onderneming ligt kan ook ingegeven zijn door de omstandigheid dat tussen werknemer en werkgever toevallig op dat moment sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. En ook een ontslag op staande voet wegens fraude van een werknemer wordt niet ineens onmogelijk omdat een overgang van de onderneming ophanden is. Maar bij een ontslag wegens verstoorde arbeidsverhoudingen is voorzichtigheid geboden: het is goed denkbaar dat de rechter of de CWI het verzoek tot ontslag zullen afwijzen, omdat zij tevens de situatie bij de verkrijger, de nieuwe werkgever, bij hun oordeel zullen betrekken. Het feit dat een arbeidsverhouding is verstoord zal niet automatisch tevens voor de nieuwe werkgever gelden. Meent de rechter of de CWI dat de werknemer bij de nieuwe werkgever zonder bezwaar met een schone lei kan beginnen, dan zullen zij niet meewerken aan het ontslag.

1995, *JAR* 1996/29 (Buyck/Bonte).

3.2.7 Insolventie

3.2.7.1 Inleiding

Onder insolventie wordt in deze paragraaf verstaan het faillissement en de surséance van betaling van de werkgever. Bij faillissement is de werkgever niet langer in staat zijn schulden te betalen en wordt zijn vermogen te gelden gemaakt. Bij surséance van betaling heeft hij ook betalingsproblemen, maar is de verwachting dat de werkgever nog wel orde op zaken kan stellen. Het vermogen wordt dus niet te gelde gemaakt, maar de werkgever krijgt een algemeen uitstel (surséance) van betaling. Beide vormen van insolventie zijn in de Faillissementswet (Fw.) geregeld.[32]
Insolventie van de werkgever heeft vrijwel altijd inkrimping en ontslagen tot gevolg. Worden werknemers niet ontslagen, dan blijven zij immers een belangrijke kostenpost voor de onderneming. Loonkosten worden bovendien beschouwd als vorderingen die met voorrang boven andere vorderingen moeten worden voldaan.[33] Hierdoor blijft er minder over om de normale handelsvorderingen te voldoen.
De wetgever heeft geoordeeld dat het ontslagrecht niet in volle omvang moet gelden op ontslag van werknemers indien de werkgever failliet is dan wel indien aan hem surséance van betaling is verleend. Kern van de afwijkingen van het normale ontslagrecht is dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst makkelijker wordt gemaakt. Dit geldt zowel voor de opzegging door de werkgever – die in faillissement wordt vertegenwoordigd door de curator (artikel 68 Fw.) en in surséance van betaling de machtiging van een bewindvoerder (artikel 228 Fw.) nodig heeft – als voor de opzegging van de werknemer. Het mes snijdt aan twee kanten: enerzijds kunnen werknemers makkelijker worden ontslagen, zodat oplopende loonvorderingen worden voorkomen. Dit is voordelig voor de overige schuldeisers van de werkgever. Anderzijds worden de werknemers niet onnodig lang aan de insolvente werkgever gebonden, maar kunnen zij eenvoudiger en sneller op zoek gaan naar en beginnen bij een andere werkgever.
Zoals gezegd heeft de wetgever voor de *opzegging* van de arbeidsovereenkomst speciale regels gecreëerd. Deze regels worden hieronder behandeld. Natuurlijk blijven in geval van insolventie ook de andere ontslagwegen openstaan: wederzijds goedvinden, van rechtswege (een arbeidsovereenkomst voor bepaalde loopt toevallig af tijdens de insolventie) of ontbinding. Maar daarvoor bestaan geen van het normale ontslagrecht afwijkende regels.[34] Hetgeen hieronder wordt vermeld geldt dus alleen voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

3.2.7.2 Faillissement

De versoepeling van de opzegging uit zich op drie manieren:

1. Het algemene ontslagverbod van artikel 6 BBA is niet van toepassing.

---

[32] Insolventie van de werknemer komt natuurlijk ook voor, maar dit heeft veelal geen gevolgen voor het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Daarom blijft dat verder buiten beschouwing.
[33] Dergelijke vorderingen met voorrang worden boedelschulden genoemd, zie het tweede lid van artikel 40 Fw.
[34] Bij een ontbinding van een arbeidsovereenkomst met een insolvente werkgever zal een rechter wel eerder een lagere vergoeding of in het geheel geen vergoeding toekennen. Van een kale kip valt immers niets te plukken.

2. Er is geen toestemming vereist van het CWI op grond van de Wet melding collectief ontslag (WMCO) (zie artikel 2 lid 3 WMCO).
3. Er gelden kortere opzegtermijnen.

Daarnaast wordt algemeen aangenomen dat de bijzondere opzegverboden (zie hierover paragraaf 3.6.), zoals de opzegging van een lid van de ondernemingsraad, niet van toepassing zijn.[35] Dit staat niet uitdrukkelijk in de wet, maar kan worden afgeleid uit artikel 7:670b lid 2 BW. Wel blijkt uit het eind van lid 2 van dit artikel dat de opzegging niet kan betreffen de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 van de Wet arbeid en zorg.

De curator die de arbeidsovereenkomst met een werknemer wil opzeggen, heeft dus geen toestemming van de CWI nodig. De opzegtermijn gaat dus vanaf het moment van de aanzegging van het ontslag in. Voor die opzegtermijn gelden bovendien speciale regels, opgenomen in het eerste lid van artikel 40 Fw.:

Artikel 40
1. Werknemers in dienst van de gefailleerde kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen en hun kan wederkerig door de curator de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, en wel met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken.

De werknemer en de curator moeten zich in principe gewoon houden aan de wettelijke opzegtermijnen dan wel aan de overeengekomen opzegtermijn, maar de arbeidsovereenkomst kan in ieder geval worden opgezegd met een termijn van zes weken. Was de opzegtermijn korter dan zes weken, dan geldt die kortere termijn. Overigens kan de arbeidsovereenkomst tegen elke dag van de maand worden opgezegd;[36] eventuele afspraken dat de arbeidsovereenkomst tegen een bepaalde dag moeten worden opgezegd, verliezen hun gelding. Aan de termijn van zes weken wordt zeer streng de hand gehouden.
Na de opzegging kan een werknemer in beginsel een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag (zie paragraaf 2.5.6) opstarten, maar de financiële situatie zal er meestal aan in de weg staan dat de werknemer een schadevergoeding op grond van artikel 7:681 BW wordt toegekend. Vooraf overeengekomen afvloeiingsregelingen, bijvoorbeeld opgenomen in een sociaal plan, verliezen in faillissement hun kracht.[37]

Zoals gezegd vormt het loon vanaf de dag van faillietverklaring een vordering met voorrang, een zogenaamde boedelschuld (zie artikel 40 lid 2 Fw.). Het loon moet dus met voorrang boven andere schuldeisers direct uit de failliete boedel worden voldaan. Dit geldt eveneens voor alle loonbetalingen van vóór het faillissement die nog verschuldigd waren. Als de werkgever de lonen niet meer kan betalen, neemt het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen de loonbetalingen over voor de duur van de opzegtermijn die voortvloeit uit artikel 40 lid 1 Fw., dus voor maximaal zes weken.
Loonbetalingsverplichtingen van vóór het faillissement neemt het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen dus niet over. Dit is geregeld in de artikelen 61-68 WW.

---

[35] XXX Beltzer, *De rechtspositie van werknemers bij surséance van betaling en faillissement*, is echter van mening dat de bijzonder opzegverboden tijdens insolventie onverkort gelden, anders had de wetgever wel een regeling hiervoor in het leven geroepen.
[36] HR 22 mei 1970, *NJ* 1970, 419.
[37] HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

3.2.7.3 Surséance van betaling

Aangezien surséance van betaling is te beschouwen als de lichte vorm van insolventie, zijn de afwijkingen van het normale ontslagrecht ook kleiner. Ook hier geldt dat de afwijkingen van het ontslagrecht slechts betrekking hebben op de opzegging van de arbeidsovereenkomst.
Dat er minder afwijkingen van het normale ontslagrecht zijn, blijkt uit het feit dat het BBA en de Wet melding collectief ontslag onverkort gelden. De werkgever moet met machtiging van de bewindvoerder dus gewoon een ontslagvergunning aanvragen. Artikel 239 Fw. bepaalt ten aanzien van de regeling van de maximum-opzegtermijn van zes weken voor surséance van betaling ongeveer hetzelfde als artikel 40 Fw. voor het faillissement met één belangrijk verschil: als uit het tweede lid van artikel 7:672 BW een langere opzegtermijn voortvloeit, geldt die langere termijn. Dat betekent dus dat de werkgever maximaal met een opzegtermijn van vier maanden te maken kan hebben (namelijk ten aanzien van werknemers die vijftien jaar of langer in dienst zijn). Omdat artikel 239 Fw. alleen verwijst naar het tweede lid van artikel 7:672 BW, betekent dit dat van de wet afwijkende opzegtermijnen die langer dan zes weken duren hun gelding verliezen.
De gedachtegang achter de binding aan de wettelijke opzegtermijnen uit artikel 7:672 lid 2 BW is dat tijdens surséance van betaling de onderneming gewoon wordt voortgezet en niet wordt geliquideerd, zoals bij faillissement. Moeten dan toch werknemers worden ontslagen, dan ontbreekt volgens de wetgever de noodzaak deze werknemers op een kortere dan de wettelijke termijn te laten afvloeien.
De werknemer dient zich wel te houden aan de voor hem geldende overeengekomen opzegtermijn; de maximumtermijn van zes weken geldt niet voor hem. De versoepeling voor de werknemer bestaat hierin, dat hij het voorschrift van artikel 672 lid 3 BW niet in acht hoeft te nemen (zie artikel 239 lid 2 Fw.).

3.3 Ontslag op persoonlijke gronden

In paragraaf 3.2 is het ontslag op bedrijfseconomische gronden behandeld, in deze paragraaf wordt de andere categorie, het ontslag op persoonlijke gronden behandeld. Voorop staat dat er in tegenstelling tot bij bedrijfseconomisch ontslag zeer veel onder de paraplu van "persoonlijke gronden" kan vallen. Dit maakt het zeer moeilijk in het algemeen aan te geven welke redenen nu voor de CWI of de kantonrechter wel, en welke redenen niet acceptabel zullen zijn om het ontslag te rechtvaardigen. Voor het ontslag via de CWI-procedure gelden nog wel enige richtlijnen uit het Ontslagbesluit, maar voor de kantonrechter bestaan helemaal geen richtlijnen. Meer dan enkele voorbeelden kan dan ook niet gegeven worden. Met ontslag op persoonlijke gronden hoeft er niet per definitie sprake te zijn van "schuld" aan de kant van een van beide of beide partijen. Zowel het ontslag vanwege grove verwijtbaarheid van bijvoorbeeld de werknemer valt eronder als het ontslag vanwege het feit dat de werknemer en zijn chef "elkaar niet liggen".
De werkelijke reden van het ontslag is echter voor de toepassing van verschillende arbeidsrechtelijke regels wel degelijk van belang. Een werknemer die wordt ontslagen omdat hij gestolen heeft, hoeft in een ontbindingsprocedure niet te rekenen op enige vergoeding – als hij al niet op staande voet ontslagen is. De werknemer die uiteindelijk wordt ontslagen omdat de pesterijen van zijn baas om hem zelf op te laten stappen zijn mislukt, kan rekenen op een fikse vergoeding in diezelfde ontbindingsprocedure, als de rechter de arbeidsovereenkomst al wil ontbinden (er moet immers een gewichtige reden zijn, zie paragraaf 2.4.2). Voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst via de CWI-procedure gelden dezelfde principes, al kan de CWI geen vergoeding toekennen. Wel kan hij de werkgever toestemming voor het ontslag onthouden als hij vindt dat de werkgever geen goede reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, of omdat hij vindt dat de werkgever zelf schuld heeft aan de ontstane situatie die hij als grond voor ontslag heeft gegeven (bijvoorbeeld: de werknemer disfunctioneert, maar de werkgever heeft hem nooit enige begeleiding gegeven). Daarnaast heeft de reden van het ontslag gevolgen voor sociale-zekerheidsuitkeringen. Een werknemer die zich zeer laakbaar heeft gedragen en daarom is ontslagen, loopt een groot risico dat hij geen WW ontvangt. De uitkeringsinstantie zal vinden dat hij verwijtbaar werkloos is (zie paragraaf 4.5).

Het ontslag op persoonlijke gronden zal hierna in verschillende paragrafen worden opgesplitst in de verschillende gronden die aan het ontslag ten grondslag liggen. Daarbij worden de categorieën aangehouden die in het Ontslagbesluit zelf worden genoemd. Natuurlijk zijn ook deze categorieën slechts illustratief: er zijn ook ontslagen op persoonlijke gronden mogelijk die niet onder de hierna te noemen categorieën vallen. Daarnaast is het niet zo dat de genoemde categorieën duidelijk van elkaar gescheiden kunnen worden. Soms valt een bepaalde gedraging zowel in de ene als in de andere categorie.
Hoewel het ontslag op persoonlijke gronden door het Ontslagbesluit enigszins gereguleerd is, zal ter illustratie van ontslag op persoonlijke gronden niet zozeer gebruik worden gemaakt van voorbeelden uit de CWI-praktijk, maar van voorbeelden uit ontbindingsprocedures. Voorbeelden van ontbindingen op persoonlijke gronden zijn namelijk in de rechtspraakoverzichten veelvuldig te vinden. Omdat de CWI en de kantonrechter het ontslag op persoonlijke gronden niet op een van elkaar verschillende wijze hoeven te behandelen – dit in tegenstelling tot collectief ontslag – is de keuze voor voorbeelden uit alleen de ontbindingsprocedures niet bezwaarlijk.[38]

[38] Een mogelijke verschillende benadering van ontslag op persoonlijke gronden is de volgende: de CWI kan geen vergoeding toekennen en zal een "twijfelachtig" verzoek van de werkgever daarom eerder afwijzen dan de kantonrechter. De kantonrechter zal een twijfelachtig ontbindingsverzoek

3.3.1 Disfunctioneren van de werknemer

Onder disfunctioneren van de werknemer wordt verstaan het niet of op niet juiste wijze kunnen uitoefenen van de overeengekomen taken door de werknemer. Een schilder blijkt niet te kunnen schilderen, een boekhouder maakt steeds rekenfouten en een secretaresse kan geen "d's" en "dt's" uit elkaar halen.
Of een disfunctioneren uiteindelijk ontslag rechtvaardigt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Vooral de ernst van het disfunctioneren is belangrijk. Is er sprake van een tijdelijk disfunctioneren, dan zal er minder reden zijn tot ontslag over te gaan dan wanneer het disfunctioneren permanent is. Daarnaast is het van belang of de werkgever ooit de moeite heeft genomen de werknemer te ondersteunen in het verbeteren van zijn taakvervulling. Als de werkgever de werknemer geen kans heeft gegeven zich te verbeteren, zullen de CWI en de kantonrechter eerder hun medewerking aan het ontslag weigeren dan wanneer de werkgever aantoont dat hij alles in het werk heeft gesteld om er het beste van te maken met deze werknemer. Omgekeerd geldt dat wanneer de werknemer zich onvoldoende heeft ingespannen om de kwaliteit van zijn werkt te verbeteren, er eerder reden is een ontslag wegens disfunctioneren doorgang te laten vinden.
Disfunctioneren wordt in artikel 7:678 lid 2 BW genoemd als reden voor een ontslag op staande voet. Vaak zal een werkgever dat echter een te zwaar middel vinden en proberen op een andere manier het ontslag te bewerkstelligen. Hij kan kiezen voor de opzegging via de CWI of ontbinding. Disfunctioneren van de werknemer is immers ook een dringende reden voor ontbinding, zoals uit paragraaf 2.4.2.1 bleek.

Ontslagbesluit

Artikel 5.1 van het Ontslagbesluit geeft aan hoe de CWI moet oordelen over een ontslagaanvraag waaraan het disfunctioneren van de werknemer ten grondslag is gelegd:

Artikel 5:1
1. Indien de werkgever als grond voor de opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer in onvoldoende mate aan de gestelde functie-eisen voldoet en derhalve ongeschikt is voor zijn functie, kan de toestemming slechts worden verleend indien:
    a. de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt, en
    b. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer, en
    c. de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad teneinde te trachten verbetering teweeg te brengen in diens functioneren, en
    d. aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever.
2. Met betrekking tot de vaststelling, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b wint de Centrale organisatie werk en inkomen, voor zover het verzoek om toestemming een arbeidsgehandicapte werknemer als bedoeld in de Wet op de reïntegratie arbeidsgehandicapten betreft, alvorens een beslissing te nemen, het advies in van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.

De in dit artikel opgenomen vereisten dienen als waarborg dat een werkgever zijn ontslagaanvraag zorgvuldig voorbereidt en aantoont dat hij zelf geen schuld heeft aan het

---

eerder toewijzen, omdat hij de werkgever daarvoor toch kan laten betalen. Een magere reden voor ontbinding? Dan moet de werkgever ook maar een hoger vergoeding betalen!

disfunctioneren van de werknemer. Zo moet de werkgever contact hebben onderhouden met de werknemer om diens functioneren te verbeteren.
In principe gaat de kantonrechter van dezelfde overwegingen uit, al is het Ontslagbesluit niet van toepassing op de ontbindingsprocedure.

Hoewel er geen sprake is van "disfunctioneren van de werknemer" wordt hier ook het geval behandeld dat de werknemer wegens gewetensbezwaren de bedongen arbeid niet wil verrichten:

Artikel 5.1
3. Indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer de bedongen arbeid niet wil verrichten met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar, wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend indien de werkgever redelijkerwijs geen mogelijkheid heeft om de werknemer een aangepaste dan wel andere functie aan te bieden.

Voorbeelden

Hieronder zijn enkele voorbeelden opgenomen van hoe de rechter in de ontbindingsprocedure omgaat met ontslag wegens disfunctioneren.

De werkgever moet zijn kritiek duidelijk en vroegtijdig communiceren:

Rechtbank Breda, sector kanton, locatie Breda, 26 februari 2002, *JAR* 2002/86.

Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer van 56 jaar oud, 25 jaar in dienst, omdat deze niet naar behoren zou functioneren. De werknemer zou niet of nauwelijks hebben willen meewerken aan een outplacement. De kantonrechter stelt vast dat uit twee verslagen mogelijk zou kunnen worden afgeleid dat de werknemer op enig moment tekort schoot op het gebied van coördinatie en integratie, maar dat geen sprake was van ernstig disfunctioneren in meerdere opzichten. De werkgever heeft geen actie ondernomen om een eventueel standpunt dat de werknemer disfunctioneerde via een functionerings- of beoordelingsgesprek of op andere wijze aan de werknemer kenbaar te maken. Ook is niet gebleken dat de werkgever zich heeft ingespannen om een passende functie voor de werknemer te vinden. Dit alles leidt ertoe dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Het enkele niet halen van de omzetprognose is geen reden voor ontbinding:

Kantongerecht Amersfoort 5 februari 1997, *JAR* 1997/123.

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemer, 7 jaar in dienst, laatstelijk als projectleider, omdat hij reeds gedurende meerdere jaren zijn omzetprognoses niet zou halen, niet goed zou functioneren en slecht zou communiceren. Werknemer bestrijdt de kritiek op zijn functioneren en stelt dat andere oorzaken debet zijn aan het niet geheel gerealiseerd zijn van de omzetprognoses. De kantonrechter acht onvoldoende aangetoond dat werknemer niet naar behoren functioneerde dan wel communiceerde. De stukken die werkgeefster heeft overgelegd, geven enkel aan dat de geplande prognoses niet zijn gehaald. De kantonrechter is van mening dat het enkele feit dat een manager zijn omzetprognose niet geheel realiseert onvoldoende is om te komen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Maar ontbinding is wel gerechtvaardigd, nu werkgeefster geen vertrouwen meer heeft in het functioneren van werknemer. Aangezien niet aannemelijk is geworden dat werknemer aanleiding heeft gegeven voor deze vertrouwensbreuk, is toekenning van een vergoeding, vast te stellen door middel van toepassing van correctiefactor 2 (C = 2), op zijn plaats.

De werkgever moet alert en op goede wijze reageren als hij disfunctioneren vaststelt en moet de werknemer een redelijke tijd gunnen zich te verbeteren:

Kantongerecht Amsterdam 21 januari 1997, *JAR* 1997/56.

Werkgeefster verzoekt ontbinding wegens disfunctioneren van werknemer. Werknemer bestrijdt dit en stelt dat er sprake is van slecht werkgeverschap. De kantonrechter meent dat de werknemer niet een optimale inzet heeft getoond bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Anderzijds heeft werkgeefster hem te lang in de waan gelaten dat hij goed functioneerde, onder andere door hem te positief te beoordelen, en heeft zij hem vervolgens, nadat zij kritiek had geuit, wel erg weinig tijd geboden om zijn functioneren te verbeteren. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst met toekenning van een vergoeding. Gezien de tekortkomingen aan de zijde van werkgeefster bij het aanpakken van het dalende prestatieniveau van werknemer, is er volgens de kantonrechter grond om een correctiefactor van 1,5 toe te passen.

Kantongerecht Amsterdam 5 april 2001, *JAR* 2001/100

Werkgeefster verzoekt ontbinding omdat werknemer een afspraak over beëindiging niet zou nakomen en wegens onvoldoende functioneren. De kantonrechter stelt vast dat werkgeefster geen schriftelijke beoordelingen heeft overgelegd en besproken met werknemer, waaruit zou blijken dat werknemer niet goed zou functioneren. Eigenlijk achtte de werkgeefster werknemer niet in staat door te groeien naar een leidinggevend functie. Deze visie werd niet ondersteund in een rapport over een 'spiegeltraject', dat als doel had het in kaart brengen van persoonskenmerken, capaciteiten, vaardigheden en loopbaanoriëntatie van werknemer. Ook is niet gebleken dat de werknemer zich aan het 'spiegeltraject' onttrokken zou hebben, noch dat dit traject erop gericht was werk elders te vinden. Voor ontbinding op de door werkgeefster aangevoerde gronden is geen reden. De kantonrechter ontbindt niettemin de arbeidsovereenkomst, met toepassing van een correctiefactor van 3.

De werknemer die niet meewerkt brengt de ontslagvergoeding in gevaar:

Kantongerecht Amsterdam 16 maart 1999, *JAR* 1999/87.

Werkgeefster heeft in januari 1997 ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht wegens het disfunctioneren van de werknemer. De kantonrechter wees het verzoek af omdat disfunctioneren onvoldoende zou zijn aangetoond. Werkneemster was sinds 1987 in dienst en had in 1994 haar eerste negatieve beoordeling gekregen. Werkgeefster heeft aan werkneemster in 1997 twee nieuwe functies aangeboden die hetzelfde functieniveau hadden. Werkneemster heeft echter geweigerd hier over te praten zolang ze geen voldoende beoordeling had gekregen. Vervolgens is het functioneren van werkneemster elke drie maanden geëvalueerd. Na het volgen van enkele cursussen verbeterde haar functioneren even, maar daarna verslechterden haar prestaties weer, aldus de werkgeefster. Eind 1998 heeft werkgeefster weer andere functies aan werkneemster aangeboden, maar deze zijn wederom niet door de werkneemster aanvaard. Daarom heeft werkgeefster opnieuw ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. De kantonrechter wijst het verzoek nu wel toe. Inmiddels is duidelijk geworden dat werkneemster in de ogen van haar directe chef en de Vice President onvoldoende functioneert. Nu werkneemster steeds heeft geweigerd over een andere functie te praten, is een patstelling ontstaan die alleen door ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden doorbroken. Omdat aan werkneemster steeds functies in haar salarisschaal zijn aangeboden, heeft zij de ontbinding aan zichzelf te wijten. Er is daarom geen reden haar een vergoeding toe te kennen.

Kantongerecht Delft, 24 februari 2000, *JAR* 2000/49.

Door een reorganisatie is de functie van werkneemster komen te vervallen. Aan haar is een al eerder door haar vervulde functie als secretaresse aangeboden. Dit aanbod sloeg werkneemster af. Vervolgens bood werkgeefster haar aan deze functie bij wijze van proef voor twee maanden te vervullen. Dit voorstel werd ook door werkneemster afgewezen. In het sociaal plan is bepaald dat

indien een werknemer een functieaanbod weigert, partijen in overleg een oplossing moeten zoeken. Lukt dat niet, dan volgt ontslag waarbij een vergoeding zal worden toegekend die in grote lijnen overeenkomt met de kantonrechtersformule. Werkgeefster verzoekt ontbinding zonder toekenning van deze vergoeding, omdat werkneemster niet wil meewerken aan de door werkgeefster aangeboden oplossing van de proefperiode. De kantonrechter is van mening dat werkneemster in beginsel in aanmerking komt voor een vergoeding op grond van het sociaal plan, maar dat onverkorte toepassing van het sociaal plan in dit geval tot een evident onbillijke uitkomst voor werkgeefster zou leiden. Werkgeefster heeft er alles aan gedaan de werkneemster ertoe te bewegen een passende functie te aanvaarden en van werkneemster had daarom verwacht mogen worden dat zij de functie voor korte tijd zou hebben vervuld. Door dit niet te doen, heeft de werkneemster zich niet als goed werknemer gedragen en er is daarom aanleiding om in beperkte mate af te wijken ten aanzien van de vergoeding van het sociaal plan, en wel in negatieve zin.

Zoals u ziet, let de kantonrechter erg op de zorgvuldigheid die de werkgever en de werknemer hebben betracht. Niettemin spreekt de kantonrechter de ontbinding meestal toch uit, ook al heeft de verzoeker zich onzorgvuldig gedragen. De rechter reageert op die onzorgvuldigheid door de factor C aan te passen.

3.3.2 Verwijtbaar handelen

Als aan het verzoek tot opzegging of het ontbindingsverzoek een verwijtbaar handelen van de wederpartij ten grondslag wordt gelegd, speelt duidelijk de schuldvraag een rol. De verzoekende partij maakt de wederpartij immers een verwijt. Dat verwijt kan allerlei oorzaken hebben. De werknemer behandelt zijn klanten bijvoorbeeld onbeschoft, weigert een essentiële cursus te volgen of komt altijd te laat. Bij een werkgever die zich verwijtbaar gedraagt kan gedacht worden aan een werkgever die het loon nooit op tijd betaalt, een bepaalde werknemer discrimineert of een gevaarlijke situatie op de werkplaats laat voortduren.
Een CWI of rechter die over zo'n ontslag moet oordelen, zal goed moeten bekijken of er inderdaad sprake was van een verwijtbaar handelen. Het vaststellen dat iemand verwijtbaar heeft gehandeld betekent immers een aantasting van iemands naam. Vooral wanneer het de werknemer betreft zal het onderzoek van de CWI[39] en de rechter zorgvuldig moeten zijn. Een dergelijk ontslag kan namelijk voor de werknemer grote persoonlijke gevolgen hebben. Een werkgever zal een werknemer die wegens verwijtbaar handelen is ontslagen niet snel in dienst willen nemen, en er is een grote kans dat de werknemer het recht op WW misloopt.

Het vierde lid van artikel 5.1 van het Ontslagbesluit geeft de CWI enig houvast voor het beoordelen van een ontslagaanvraag waarin als grond voor opzegging verwijtbaar gedrag van de werknemer wordt genoemd:

Artikel 5.1

4. Indien de werkgever verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werknemer als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend, indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd, en indien, gelet op dat handelen of nalaten, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.

[39] Bij de CWI-procedure kan het natuurlijk alleen maar de werkgever zijn die de werknemer een verwijt maakt. De werknemer heeft voor de opzegging geen toestemming van de RDA nodig. Wel kan de werknemer als weerwoord tegen de werkgever tegenover de CWI betogen dat de werkgever zélf verwijtbaar heeft gehandeld.

Indien het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ziet op de op grond van artikel 7:660a van het Burgerlijk Wetboek op hem rustende verplichtingen, neemt de Centrale organisatie werk en inkomen in zijn besluitvorming een daarop betrekking hebbend advies van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen mede in beschouwing.

De werkgever die een ontslagvergunning vraagt, moet dus een paar dingen doen. Hij moet aannemelijk maken dat er een verwijtbaar handelen van de werknemer was. Hij kan niet volstaan met de opmerking dat de werknemer zich verwijtbaar heeft gedragen. Daarnaast moet dat handelen zó verwijtbaar zijn, dat het van de werkgever niet gevergd kan worden dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren. Met andere woorden: ontslag was de enige optie.

Voorbeelden

Rechtbank Utrecht 16 april 1997, *JAR* 1997/131[40]

Werknemer is op 1 januari 1990 bij werkgeefster in dienst getreden als statutair directeur. Naast hem is nog een andere statutair directeur, de president-directeur, aangesteld met andere aandachtsgebieden. Op 3 februari 1997 heeft werknemer een gesprek gehad met de voorzitter van de Raad van Commissarissen (RvC) en heeft een brief overhandigd, waarin hij schrijft dat zijn mede-directeur afspraken met betrekking tot de onderlinge taakverdeling niet nakomt, dat de financiële cijfers gunstiger aan de RvC worden gepresenteerd dan deze zijn, en dat de mede-directeur fraude pleegt met betrekking tot het ten laste van werkgeefster brengen van kosten voor de bouw van zijn woning. Vervolgens heeft een gesprek plaatsgehad met de register-accountant van werkgeefster. Daaruit zou volgens werkgeefster gebleken zijn dat de beschuldigingen ondeugdelijk waren. Vervolgens heeft werkgeefster de werknemer geschorst en aangekondigd een ontbindingsverzoek in te dienen.
De rechtbank leidt uit de stukken af dat de verwijten van werknemer aan zijn mede-directeur terecht zijn. Het stond werknemer vrij, of hij was hier zelfs toe gehouden, om de RvC in te lichten. Uit de inhoud van de brief van de accountant blijkt niet dat er geen fraude is geweest. De rechtbank is daarom van oordeel dat de werkgeefster onvoldoende reden had om tot het ontslagbesluit te komen. Gelet hierop is het billijk dat aan werknemer een vergoeding wordt toegekend, waarbij de kantonrechtersformule als uitgangspunt wordt genomen. Met meeweging van werkgeefsters verwijtbaarheid leidt dit tot een vergoeding van circa een jaar salaris.

De werkgever die "slap" optreedt snijdt zichzelf in de vingers:

Kantongerecht Utrecht 18 maart 1997, *JAR* 1997/79

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemer op de grond dat deze, in 1993 aangesteld als hoofd afdeling in- en externe betrekkingen, op onjuiste wijze leiding geeft aan zijn afdeling waardoor vrijwel de gehele afdeling het vertrouwen in hem heeft opgezegd. Werknemer bestrijdt dit. Er is een onderzoek geweest in 1994, maar de conclusie daaruit was dat er onvoldoende aanleiding was om het vertrouwen in hem op te zeggen. Verder zou hij speciaal zijn aangetrokken om de cultuur op de afdeling te veranderen en zou hij daarbij onvoldoende gesteund zijn. Werknemer vraagt een vergoeding van *f* 450.000,- bruto en *f* 65.000,- netto.
Naar het oordeel van de kantonrechter staat vast dat er van een vruchtbare samenwerking geen sprake meer kan zijn. De vraag is in hoeverre dit aan werknemer is te wijten. Gebleken is dat na het in 1994 gehouden onderzoek de zaak niet is afgesloten, maar dat er werd doorgegaan met het zenden van brieven en notities, opstellen van een plan van aanpak e.d., waardoor het conflict tussen werknemer en zijn afdeling bleef doorsudderen. Werkgeefster heeft verder niet krachtdadig opgetreden, nu zij er bijna drie jaar voor nodig heeft gehad om te concluderen dat werknemer niet

[40] De rechtbank is hier bevoegd, want het gaat om een directeur. Zie paragraaf 2.4.4.

geschikt is voor zijn functie. Ook heeft zij werknemer onvoldoende gesteund. Gelet op deze feiten is toepassing van een correctie factor 4 bij het vaststellen van een vergoeding aangewezen (*f* 185.280,-).

In het hieronder gegeven voorbeeld leidt verwijtbaar handelen niet tot ontbinding wegens dringende redenen, maar tot ontbinding wegens verandering van omstandigheden. De werkgeefster hoeft echter geen vergoeding te betalen, omdat zij zich als goed werkgever heeft gedragen:

Kantonrechter Deventer, 6 november 2001, *JAR* 2001/246

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat de werknemer steeds te laat komt. Hij is hiervoor twee maal schriftelijk gewaarschuwd en een aantal keren mondeling. Zelfs nadat met ontslag is gedreigd en ook nadat een ontbindingsverzoek was ingediend is de werknemer nog twee maal te laat gekomen. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst. De werkgeefster hoeft geen eindeloos geduld te hebben met een werknemer die veelvuldig te laat komt. Doordat werkgeefster voldoende rekening heeft gehouden met de privé-problemen van werknemer, heeft zij zich als goed werkgever opgesteld. Er is geen reden voor een ontbinding wegens dringende reden, omdat het te laat komen voornamelijk verband houdt met privé problemen en niet wordt veroorzaakt door hardnekkig volgehouden onwil of gebrek aan voldoende betrokkenheid. De kantonrechter ontbindt wegens verandering in de omstandigheden zonder toekenning van een vergoeding, omdat het te laat komen steeds in de risicosfeer van de werknemer lag.

Juist bij het verwijt van seksuele intimidatie is extra zorgvuldigheid vereist:

Kantongerecht Middelburg, 13 december 2001, *JAR* 2002/25

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemer. Volgens werkgeefster hebben twee werkneemsters geklaagd over seksueel intimiderende uitlatingen door werknemer en over zeer negatieve opmerkingen die werknemer over zijn werkgeefster gemaakt zou hebben. De kantonrechter acht niet aannemelijk dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen en opmerkingen die naar objectieve maatstaven als seksueel intimiderend kunnen worden aangemerkt. Wel blijkt dat werknemer veelvuldig seksueel getinte opmerkingen maakte en daarmee doorging, ook nadat een medewerkster had aangegeven daarvan niet gediend te zijn. Dit laatste had voor werknemer een reden moeten zijn zich van dergelijke opmerkingen te onthouden, zeker gelet op zijn positie als filiaalleider.
De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst met toekenning van een vergoeding aan de werknemer met een correctiefactor van 0,5, omdat hem weliswaar enerzijds verwijt treft, maar anderzijds het filiaal waar hij verantwoordelijk voor was goede resultaten boekte. Daarbij had de werkgeefster moeten begrijpen dat de aantijging van seksuele intimidatie erg hard aankomt, zeker als die aantijging niet aannemelijk kan worden gemaakt. Verder heeft werkgeefster wel erg snel om ontbinding verzocht. Eerder had werkgeefster immers aangekondigd nogmaals te zullen waarschuwen.

Kantongerecht Amsterdam 2 april 1999, *JAR* 1999/95.

Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die zich zou hebben schuldig gemaakt aan ongewenst intiem gedrag tegenover klanten en ondergeschikten. Werknemer bestrijdt dit. De kantonrechter stelt vast dat het verwijt aan werknemer berust op de verklaring van een werkneemster die van een collega heeft gehoord dat de werknemer ongewenst intiem en handtastelijk zou zijn geweest ten opzichte van een medewerkster van een klant van de werkgever. De werkgever heeft vervolgens geen stappen ondernomen. Wat naar voren is gekomen, is volgens de kantonrechter om aan te nemen dat werknemer niet meer welkom is bij klanten vanwege ongewenst intiem gedrag. De andere klacht gaat over seksuele intimidatie van een ondergeschikte collega die in opleiding was bij de werknemer. Deze heeft opgemerkt dat de werknemer tijdens klantenbezoeken

vreemde opmerkingen maakte over seks en lingerie. Werknemer stelt hiermee niet de bedoeling te hebben gehad de collega seksueel te intimideren.
Volgens de kantonrechter is er in ieder geval voor de andere werknemers nu een onaangename werkomgeving ontstaan door het gedrag van de werknemer. Daarmee is aan de definitie van seksuele intimidatie voldaan. Werkgever heeft daarom ook terecht op de signalen gereageerd. De betreffende collega heeft niet zelf aangegeven de opmerkingen van werknemer vervelend te vinden, maar heeft een positieve evaluatie van de opleidingsperiode gegeven. De klachten hebben ook alleen betrekking op het bestaan van een wat broeierige sfeer. Ontbinding was volgens de kantonrechter niet noodzakelijk geweest, maar nu is die wel noodzakelijk als gevolg van de inmiddels verstoorde verhoudingen. Dit is de werkgever aan te rekenen. Aan werknemer komt daarom een vergoeding toe van *f* 45.000,- (C = 1,4).

Uit de aangehaalde voorbeelden blijkt dat de werkgever die stelt dat de werknemer zich verwijtbaar heeft gedragen, goed zijn huiswerk moet doen. Als hij zijn stelling niet hard kan maken, straft de rechter dat regelmatig af door factor C op hoger dan één te stellen. Overigens moet er dan wel sprake zijn van een ontbinding wegens een verandering van omstandigheden, en niet wegens een dringende reden. Voor die situatie geldt immers de kantonrechtersformule niet (zie paragraaf 2.4.3.1). Als een werkgever of werknemer het heel bont maakt, kan natuurlijk ook gedacht worden aan een ontslag op staande voet.

3.3.3 Verstoorde arbeidsverhouding

De laatste te behandelen categorie is die van de verstoorde arbeidsverhouding. Ook bij een verstoorde arbeidsverhouding geldt dat er duizend en één redenen genoemd worden die tot de verstoring kunnen hebben geleid. We spreken van een verstoorde arbeidsverhouding als "werkgever en werknemer samen niet meer door één deur kunnen", een zin die vaak in de rechtspraak te lezen is. Ook hier hoeft er geen sprake te zijn van schuld bij één van beide partijen of beide partijen. Het kan zijn dat twee mensen elkaar gewoon niet blijken te liggen; dan spreekt men van een "incomptabilité d'humeurs". Dat neemt niet weg dat de werkgever vaak zal menen dat de ontstane situatie de schuld van de werknemer is, en vice versa. Een ontslagverzoek bij de CWI of de rechter zal dan toch vaak gebaseerd zijn op verwijtbaar gedrag. Hiermee is weer eens aangetoond dat een scheiding tussen de verschillende persoonlijke gronden voor ontslag moeilijk te maken is.

Voor de opzegging geeft het vijfde lid van artikel 5.1 Ontslagbesluit aan hoe de CWI moet handelen ten aanzien van een voorgenomen ontslag vanwege een verstoorde arbeidsrelatie:

Artikel 5.1
5. Indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, dat de relatie tussen de werknemer en de werkgever ernstig en duurzaam is verstoord, wordt de toestemming op die grond slechts verleend indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat van zodanige verstoring inderdaad sprake is, en dat herstel van de relatie, al dan niet door middel van overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk is.

De verstoring moet dus ernstig en duurzaam zijn en het moet niet meer mogelijk zijn de relatie "te lijmen". Ook hier geldt dus weer dat het ontslag pas als laatste redmiddel kan worden gehanteerd. Als de werknemer binnen het bedrijf kan worden overgeplaatst, moet die weg worden gekozen. Dat zal bij een multinational met vele vestigingen makkelijker te realiseren zijn dan bij de slager op de hoek.

Voorbeelden

Een mooi voorbeeld van een situatie die ook goed in de categorie "verwijtbaar handelen" had kunnen vallen:

Rechtbank Amsterdam 25 september 1996, *JAR* 1996/214

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemer, statutair directeur, wegens seksuele intimidatie. Werknemer heeft ongevraagd twee gedichten voor zijn secretaresse gemaakt, haar een liefdesbrief geschreven met een seksuele lading en zonder haar toestemming en wetenschap een drie uur durende video-opname gemaakt van haar benen en een gedeelte van haar onderlichaam. De directeur is op staande voet ontslagen. De arbeidsovereenkomst met de secretaresse is geëindigd onder toekenning aan haar van een vergoeding van *f* 45.000,-. Werknemer stelt op het moment van het ontslag ziek te zijn geweest en verder niet verwijtbaar gehandeld te hebben. Zijn motieven zouden kunstzinnig van aard zijn geweest.
De rechter ontbindt de arbeidsovereenkomst[41] waarbij hij in het midden laat of dit wegens een dringende reden of een wijziging in de omstandigheden geschiedt. Niettemin meent de rechter dat de arbeidsverhouding is verstoord. Duidelijk is dat de secretaresse niet op de toenaderingen wenste in te gaan en dat werknemers gedragingen het werkklimaat negatief hebben beïnvloed. Met name de wijze waarop de videofilm is gemaakt, is niet aanvaardbaar in een werksituatie. Dit klemt temeer wanneer de positie van werknemer binnen de onderneming in aanmerking wordt genomen. Voor een vergoeding is geen reden.

Kantongerecht Groningen 30 september 1996, *JAR* 1996/222.

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat werknemer zijn mededelingsplicht tijdens de sollicitatieprocedure geschonden zou hebben. Werkgeefster voert daartoe aan dat werknemer bij de sollicitatie de reden voor het ontslag door zijn vorige werkgever niet heeft meegedeeld, terwijl deze van invloed is op bij haar te verrichten werkzaamheden.
De kantonrechter stelt vast dat werknemer werkgeefster tijdens de sollicitatieprocedure van het arbeidsconflict met zijn vorige werkgever op de hoogte heeft gesteld. Van werkgeefster had verwacht mogen worden dat zij ook zelf inlichtingen had ingewonnen bij de vorige werkgever en bij een op de hoogte zijnde collega. Bovendien had werkgeefster een proeftijd of een contract voor bepaalde tijd kunnen sluiten. Het verzoek is aldus niet toewijsbaar. De arbeidsovereenkomst dient wel ontbonden te worden wegens de inmiddels geheel verstoorde arbeidsverhouding. Daarbij is, wegens de opstelling van werkgeefster, een naar verhouding hoge vergoeding op zijn plaats.

De verwijtbaarheid van de werknemer speelt een rol bij de hoogte van de vergoeding, ook indien op grond van verstoorde arbeidsverhoudingen wordt ontbonden:

Rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Rotterdam, 14 februari 2002, *JAR* 2002/78.

De werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een 30-jarige werknemer die 7,5 jaar in dienst is als balletdanser. De werkgeefster geeft als reden dat door een aantal incidenten de vertrouwensrelatie tussen partijen onherstelbaar is verstoord. In oktober 1999 en augustus 2000 hebben zich drie incidenten voorgedaan tussen werknemer en gastchoreografen van de werkgever. Naar aanleiding van het laatste incident heeft één van de vaste choreografen een gesprek gehad met de werknemer, waarin de werknemer beterschap beloofde. Na dit gesprek vond opnieuw een aantal incidenten plaats. De huischoreografen gaven daarop aan niet meer met werknemer te willen werken. Werkgeefster heeft werknemer op non-actief gesteld en ontbinding verzocht. De kantonrechter is van mening dat de vertrouwensrelatie tussen partijen onherstelbaar is verstoord en ontbindt de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. Daarbij overweegt

[41] Het ging hier om een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De werknemer was immers op staande voet ontslagen. Zie paragraaf 2.4.4.

de rechter dat voor balletdansers geldt dat zij zich moeten neerleggen bij aanwijzingen van de choreograaf en niet koste was kost moeten proberen hun gelijk te halen.

Het stellen van een verstoorde arbeidsverhouding is geen "toverformule" om snel en goedkoop een einde aan de arbeidsovereenkomst te maken:

Kantongerecht Arnhem 30 oktober 1998, *JAR* 1999/18.

Partijen hebben een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van een jaar, tot 9 maart 1999. Tussentijdse opzegging is niet overeengekomen. Werkneemster is niet tevreden over het niveau van de werkzaamheden en heeft daarom elders gesolliciteerd. Zij is aangenomen bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken, waar zij meer zal verdienen en betere toekomstperspectieven heeft. Zij kan daar uiterlijk 1 november 1998 beginnen. Werkgeefster is enkel bereid om in te stemmen met tussentijdse beëindiging van het contract, als werkneemster aan haar een vergoeding betaalt van *f* 22.500,-. Werkneemster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst en stelt datde arbeidsverhouding verstoord is.
De kantonrechter is van mening dat slechts uiterst klemmende omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voortijdig dient te eindigen. De stelling van werkneemster dat haar werkzaamheden van een te laag niveau zijn, is onvoldoende aannemelijk gemaakt, temeer nu ook een net afgestudeerde academicus als werkneemster zich het noeste en eenvoudige handwerk eigen dient te maken. Ook is niet aangetoond dat de arbeidsverhoudingen verstoord zijn. Gelet op de belangrijke positieverbetering die werkneemster bij Binnenlandse Zaken kan realiseren, is ontbinding echter toch gerechtvaardigd. Daarbij dient werkneemster wel een vergoeding te betalen aan werkgeefster van circa 4 maandsalarissen (*f* 12.000,-), ter compensatie van het feit dat werkgeefster door het vertrek van werkneemster haar verplichtingen ten opzichte van derden mogelijk niet zal kunnen nakomen.

3.6 Bijzondere opzegverboden

Als men spreekt over de wettelijke opzegverboden, verwijst men naar bepaalde omstandigheden waarvan de wetgever heeft bepaald dat ze de opzegging van de arbeidsovereenkomst in de weg staan. Een voorbeeld van zo'n opzegverbod is het verbod de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer op te zeggen (artikel 7:670 lid 1 BW).
In de juridische literatuur wordt wel een onderscheid gemaakt tussen het zogenaamde algemene opzegverbod en de bijzondere opzegverboden. Met het algemene opzegverbod wordt dan gedoeld op het verbod voor de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder toestemming van de CWI op te zeggen. Dit verbod is behandeld in paragraaf 2.5.3. In deze paragraaf worden daarom alleen de bijzondere opzegverboden behandeld.
De bijzondere opzegverboden gelden net als het algemene opzegverbod alleen voor de werkgever, maar hebben, zoals de naam al aangeeft, een beperkter werkingsgebied dan het algemene opzegverbod. Zij zien slechts op bepaalde opzeggingen. Die opzeggingen kunnen in vier groepen worden verdeeld:

1. Discriminatoire opzegging
2. Opzegging van werknemers met een bepaalde functie
3. Victimisatie-opzegging
4. Maatschappelijk onbetamelijke opzegging

De hierna te behandelen bijzondere opzegverboden zijn limitatief in de wet opgesomd. Bepaalde "bedenkelijke" opzeggingen die niet in de wet verboden worden, vormen dus geen bijzonder opzegverbod. Wel kan een dergelijke opzegging kennelijk onredelijk zijn[42] (zie paragraaf 2.5.6).
Het gevolg van overtreding van een bijzonder opzegverbod is dat de opzegging vernietigbaar is. De werknemer zal er dus een beroep op moeten doen dat de opzegging verboden is. Overigens kan een werkgever met een opzegging tegelijkertijd zowel het algemene als een bijzonder opzegverbod overtreden: bij een opzegging zonder toestemming van de CWI welke opzegging tevens als discriminatoir is te beschouwen, kan de werknemer dus op twee gronden klagen.
De vier groepen van bijzondere opzegverboden zullen hieronder worden behandeld.

3.6.1 Discriminatoire opzegging

Afdeling 4 van Titel 10 (de artikelen 7:646-649) heeft als titel "Gelijke behandeling". Het is de werkgever verboden bij de opzegging – maar ook bij het aangaan van en tijdens de arbeidsovereenkomst – onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen of tussen werknemers op grond van hun arbeidsduur. Een werkgever die moet inkrimpen mag dus niet in strijd met de anciënniteitsregels eerst zijn deeltijders ontslaan "omdat die minder binding met het bedrijf hebben". Ook mag hij niet een zwangere werkneemster ontslaan puur omdat ze zwanger is. Onderscheid maken vanwege zwangerschap is immers ook te beschouwen als het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen. Overtreding van dit verbod maakt de opzegging vernietigbaar (artikel 7:647 lid 1 BW). De werknemer moet binnen twee maanden een beroep doen op de vernietigbaarheid (artikel 7:647 lid 2 BW). Vanaf de dag van opzegging heeft hij zes maanden om een procedure te starten in verband

[42] HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495. In deze zaak werd geklaagd over discriminatie van buitenlandse schepelingen. De AWGB bestond nog niet en de discriminatie viel buiten enig bijzonder opzegverbod uit het BW.

met de vernietiging (artikel 7:647 lid 3 BW). Een discriminatoir ontslag maakt de werkgever overigens niet schadeplichtig in de zin van artikel 7:677 BW (zie paragraaf 2.5.5 over schadeplichtigheid). Dit staat expliciet in artikel 7:647 lid 4 BW (onderscheid mannen en vrouwen) en 7:648 lid 3 BW (onderscheid naar arbeidsduur). Recent is artikel 7:649 BW ingevoerd. Op grond van dat artikel is het verboden onderscheid te maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.[43]
Ook buiten het BW staan discriminatieverboden die voor de opzegging gelden, namelijk in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Deze wet is gebaseerd op het algemene discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet. De artikelen 5 en 8 van de AWGB beschermen de werknemer die het slachtoffer dreigt te worden van een ontslag wegens zijn ras, godsdienst, levensovertuiging, seksuele geaardheid, politieke gezindheid of burgerlijke staat. De AWGB gaat wat verder dan de opzegverboden uit het BW: de AWGB beperkt zich immers niet tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar strekt zich uit tot elke vorm van ontslag, dus ook de ontbinding. Artikel 8 bepaalt in navolging van het BW dat een werknemer twee maanden de tijd heeft zich op de discriminatie te beroepen en zes maanden om een procedure te starten. De bepalingen uit het BW en die uit de AWGB zijn dus op elkaar afgestemd.

3.6.2 Opzegging van werknemers met een bepaalde functie

Bij werknemers die een bijzondere positie innemen, moet gedacht worden aan vakbondsleden en leden van de ondernemingsraad. Voor deze werknemers geldt dat zij een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de werkgever moeten hebben om goed te kunnen functioneren als vakbonds- respectievelijk ondernemingsraadslid. Daarom heeft de wetgever extra regels gesteld voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van die werknemers. De gedachte achter de bescherming is dat moet worden voorkomen dat de werkgever de betreffende werknemers ontslaat juist omdat zij een bepaalde positie in het bedrijf innemen die meebrengt dat eerder het gevaar van botsing met de werkgever ontstaat.
Kort gezegd bepalen de artikelen 7:670 lid 4 en 5 en 670a BW dat de arbeidsovereenkomst met ondernemingsraadsleden en enkele andere werknemers niet kunnen worden opgezegd, terwijl voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van onder andere ex-ondernemingsraadsleden de voorafgaande toestemming van de kantonrechter vereist is. Voor vakbondsleden geldt dat de arbeidsovereenkomst niet *wegens* het lidmaatschap van de vakbond mag worden opgezegd. Dit laatste is dus een minder zwaar verbod.

Artikel 670

4. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de werknemer die lid is van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad, van een groepsondernemingsraad, van een vaste commissie van die raden of van een onderdeelcommissie van de ondernemingsraad, van een personeelsvertegenwoordiging of van een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de Europese ondernemingsraden, dan wel die krachtens die wet optreedt als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers, niet opzeggen. Indien de werkgever aan de ondernemingsraad een secretaris heeft toegevoegd, is de eerste volzin van dit lid van overeenkomstige toepassing op die secretaris.
5. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen wegens het lidmaatschap van de werknemer van een vereniging van werknemers die krachtens haar statuten ten doel heeft de

[43] Zie D.J.B. de Wolf, *De betekenis van het verbod van onderscheid tussen werknemers voor bepaalde en voor onbepaalde tijd*, SMA mei 2002, nr. 5.

belangen van de leden als werknemer te behartigen dan wel wegens het verrichten van of deelnemen aan activiteiten ten behoeve van die vereniging, tenzij die activiteiten in de arbeidstijd van de werknemer worden verricht zonder toestemming van de werkgever.

Artikel 670a

1. De werkgever kan zonder voorafgaande toestemming van de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet opzeggen met een werknemer die:
    a. geplaatst is op een kandidatenlijst voor een ondernemingsraad dan wel een personeelsvertegenwoordiging of korter dan twee jaar geleden lid is geweest van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad, van een groepsondernemingsraad of van een commissie van die raden, van een personeelsvertegenwoordiging of van een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de Europese ondernemingsraden dan wel die korter dan twee jaar geleden krachtens die wet is opgetreden als vertegenwoordiger bij een ander wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers;
    b. lid is van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad of van een groepsondernemingsraad;
    c. als deskundige werknemer als bedoeld in artikel 14, eerste lid, van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 werkzaam is;
    d. een functionaris voor de gegevensbescherming als bedoeld in artikel 62 van de Wet bescherming persoonsgegevens werkzaam is.
2. De toestemming van de kantonrechter wordt gevraagd bij verzoekschrift. De kantonrechter verleent de toestemming slechts indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat opzegging geen verband houdt met een omstandigheid als bedoeld in lid 1. Van de uitspraak staat geen hoger beroep of beroep in cassatie open.

Let wel: de in het tweede lid van artikel 7:670a BW genoemde gang naar de kantonrechter geschiedt nog steeds in het kader van de opzegging! De kantonrechter wordt hier dus niet gevraagd de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW.
Artikel 7:670b BW bepaalt vervolgens dat deze bijzondere opzegverboden niet gelden bij opzegging gedurende de proeftijd of wegens een dringende reden; ook staan de verboden niet in de weg aan een ontslag met wederzijds goedvinden of een opzegging vanwege beëindiging van de werkzaamheden van het bedrijfsonderdeel waar de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is.[44] In april 2002 is artikel 670b *lid 3* BW ingevoerd. Dit artikel komt erop neer dat het opzegverbod uit artikel 7:670 lid 1 aanhef en onder a BW (het opzeggingsverbod wegens ziekte) buiten toepassing wordt verklaard indien de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan reïntegratie. Op grond van artikel 7:670b lid 3 onder b BW moet de werknemer passende arbeid aanvaarden. Al staat dat niet in het artikel: ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst blijft natuurlijk mogelijk; dat kan immers "te allen tijde" (art. 7:685 lid 1 BW).
In het kader van opzegging van de werknemers wegens een bepaalde functie kan ook gewezen worden op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 6 BW wegens het bijwonen van vergaderingen van vertegenwoordigende lichamen. Hierbij valt te denken aan het bijwonen van gemeenteraadsvergaderingen.
Overtreding van deze bijzondere opzegverboden maakt de opzegging vernietigbaar (zie artikel 7:677 lid 5 BW, te behandelen in paragraaf 3.6.4).

3.6.3 Victimisatie-opzegging

[44] De opzegging wegens beëindiging van werkzaamheden kan niet betreffen een werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 Wet arbeid en zorg.

Onder victimisatie van een werknemer wordt verstaan het nadelig behandelen van een werknemer omdat die een beroep heeft gedaan op rechten die hem volgens het arbeidsrecht toekomen. Een werknemer die zich beroept op de omstandigheid dat de werkgever in strijd met een bijzonder opzegverbod heeft opgezegd, loopt immers grote kans zich de irritatie van de werkgever op de hals te halen en alsnog ontslagen te worden juist omdat hij dat beroep heeft gedaan. De wet heeft daarom om victimisatie te voorkomen ten aanzien van die werknemer bijzondere opzegverboden gecreëerd.
Zo bepaalt artikel 7:647 lid 1 BW dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever omdat de betreffende werknemer een beroep heeft gedaan op het feit dat de werkgever onderscheid heeft gemaakt tussen mannen en vrouwen, vernietigbaar is. Een vergelijkbare bepaling staat in artikel 7:648, tweede zin van lid 1 BW. Ook artikel 8 lid 1 van de AWGB verbiedt victimisatie-ontslag. Voor deze opzeggingen geldt dat de werknemer binnen twee maanden na de opzegging een beroep op de vernietigbaarheid ervan moet doen en zes maanden de tijd heeft om een procedure te starten (zie paragraaf 3.6.1 hiervoor).
Ten slotte staan in artikel 7:670 BW nog drie vormen van victimisatie-opzegging, waarvan er twee hiervoor al zijn behandeld, te weten opzegging wegens vakbondslidmaatschap (artikel 7:670 lid 5 BW) en wegens het bijwonen van vergaderingen als bedoeld in artikel 7:643 BW (artikel 7:670 lid 6 BW, zie voor deze twee opzeggingen paragraaf 3.6.2). Daarnaast bepaalt artikel 7:670 lid 7 BW dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen vanwege het feit dat de werknemer zijn recht op ouderschapsverlof als bedoeld in hoofdstuk 6 van de Wet arbeid en zorg geldend heeft gemaakt. Opzegging in strijd met dit verbod maakt de opzegging vernietigbaar (artikel 7:677 lid 5 BW, zie paragraaf 3.6.4 hieronder).

3.6.4 Maatschappelijk onbetamelijke opzegging

Sommige opzeggingen worden door de wetgever beschouwd als in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Als maatschappelijk onbetamelijk worden die opzeggingen beschouwd die gedurende een bepaalde periode geschieden, zoals tijdens zwangerschap of militaire dienst. Het gaat om de volgende opzeggingen:

1. Opzegging tijdens arbeidsongeschiktheid (ziekte) van de werknemer is verboden zolang de arbeidsongeschiktheid nog geen twee jaren heeft geduurd (artikel 7:670 lid 1 onder a BW). De CWI zal dus gedurende de eerste twee jaar van ziekte geen toestemming verlenen voor het ontslag van een zieke werknemer. Sinds 1 januari 1999 kan opzegging wel geschieden als de werknemer ná de indiening van de ontslagaanvraag van de werkgever bij de CWI arbeidsongeschikt is geworden (art. 7:670 lid 1 onder b BW). Hiermee is het probleem opgelost dat werknemers zich ziek meldden zodra ze vernamen dat de werkgever een ontslagaanvraag bij de CWI had ingediend: de CWI kon vervolgens de aanvraag niet meer afhandelen, want de werknemer was arbeidsongeschikt. Nadeel van de huidige regeling is dat werkgevers nu “achter de rug van de werknemer” een ontslagaanvraag indienen alvorens de werknemer daarvan op de hoogte te stellen. Ook moet nogmaals gewezen worden op het nieuw ingevoerde lid 3 van artikel 7:670b BW, op grond waarvan werknemers moeten meewerken aan reïntegratie en in dat kader passende arbeid moeten aanvaarden. Indien werknemers niet meewerken, wordt het opzeggingsverbod van artikel 7:670 lid 1 onder a BW buiten toepassing verklaard.
2. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen tijdens zwangerschap van de werkneemster (artikel 7:670 lid 2 BW). Datzelfde verbod geldt tijdens het bevallingsverlof en de periode van zes weken na het bevallingsverlof. De arbeidsovereenkomst kan wel opgezegd worden tijdens ouderschapsverlof opgenomen op grond van de Wet arbeid en

zorg. Zoals zojuist is aangegeven, verbiedt artikel 7:670 lid 7 BW echter het ontslag wegens het opnemen van ouderschapsverlof. Er mag dus wel tijdens het ouderschapsverlof worden opgezegd, maar het opnemen van ouderschapsverlof mag niet de reden zijn om op te zeggen.

3. Tijdens militaire dienst kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen (artikel 7:670 lid 3 BW). Deze bepaling heeft grotendeels haar betekenis verloren.

Artikel 7:677 lid 5 BW geeft aan welke sanctie er kan staan op overtreding van de bijzondere opzegverboden die in artikel 7:670 lid 1 tot en met 7 BW staan genoemd. Samengevat gaat het om de volgende opzeggingen:

- Tijdens ziekte (lid 1).
- Tijdens zwangerschap, bevallingsverlof en zes weken daarna (lid 2).
- Tijdens militaire dienst (lid 3).
- Van een lid van de ondernemingsraad en enkele andere met name genoemde werknemers (lid 4).
- Wegens vakbondslidmaatschap (lid 5).
- Wegens het bijwonen van bepaalde vergaderingen (lid 6).
- Wegens het opnemen van ouderschapsverlof (lid 7).
- Wegens overgang van onderneming (lid 8).

Volgens het vijfde lid van artikel 7:677 BW is een dergelijke opzegging vernietigbaar:

Artikel 677

5. Het niet in acht nemen van artikel 670 leden 1 tot en met 8, of van artikel 670a maakt de werkgever niet schadeplichtig. De werknemer kan in die gevallen gedurende twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een beroep doen op de vernietigingsgrond. Het beroep op de vernietigingsgrond geschiedt door kennisgeving aan de werkgever. Artikel 55 van Boek 3 is niet van toepassing.

De termijn van twee maanden om een beroep te doen op een vernietigingsgrond geldt dus voor alle bijzondere opzegverboden, want ook artikel 7:647 lid 2 BW en artikel 8 AWGB noemen die termijn.

3.6.5 Ontbinding en opzegverboden

De hiervoor genoemde ontslagverboden zijn volgens de wetgever alle *opzegverboden*. Zoals de naam al doet vermoeden, zijn het verboden die gelden voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Strikt geredeneerd heeft een rechter bij de *ontbinding* van een arbeidsovereenkomst dus geen boodschap aan verboden die alleen voor de opzegging gelden. Maar zo strikt heeft het in de praktijk nooit gewerkt. Er zijn genoeg rechterlijke uitspraken bekend waarin de rechter een ontbinding van de arbeidsovereenkomst afwees omdat de werknemer bijvoorbeeld ziek was. Deze doorwerking van opzegverboden in ontbindingsprocedures noemt men wel de *reflexwerking van de opzegverboden*. Sinds Flexibliteit en zekerheid is deze reflexwerking in de wet opgenomen.

"Zich vergewissen"

Met de inwerkingtreding van Flexibiliteit en zekerheid zijn twee belangrijke wijzigingen aan het eerste lid van artikel 7:685 BW toegevoegd, waarvan voor dit onderwerp alleen de volgende van belang is:

De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 647, 648, 670 en 670a of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.

De hiervoor genoemde reflexwerking van de opzegverboden is nu geformaliseerd in het eerste lid van artikel 7:685 BW. Hoewel dus in de jurisprudentie al uitspraken bekend waren van rechters die rekening hielden met de opzegverboden bij een ontbindingsverzoek, wordt de rechter door deze nieuwe passage extra aangespoord.
Maar de wettekst laat wel wat vragen open. De rechter moet zich er weliswaar "van vergewissen" of het verzoek verband houdt met een opzegverbod, maar de wet geeft niet aan wat het gevolg is als de rechter dat heeft gedaan en tot de conclusie is gekomen dat het verzoek inderdaad verband houdt met een opzegverbod. Volgens de kamerstukken bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid dient de rechter een ontbindingsverzoek af te wijzen indien hem blijkt dat het verzoek verband houdt met een opzegverbod, tenzij er bijkomende omstandigheden zijn die maken dat er alsnog een gewichtige reden voor ontbinding aanwezig is. Een werkgever die de arbeidsovereenkomst met een werkneemster wil beëindigen omdat de laatste zwanger is, zal bij de rechter dus normaal gesproken bot vangen. Het zou echter een vergissing zijn te veronderstellen dat de rechter in het algemeen een ontbindingsverzoek afwijst indien daar (voornamelijk) een reden aan ten grondslag ligt die als opzegverbod kan worden gekwalificeerd. Het is moeilijk algemene uitspraken over de praktijk van ontbindingsverzoeken bij de rechter te doen. Dat komt doordat duidelijke richtlijnen ontbreken. Het is wel duidelijk dat de rechter tegenover de opzegverboden veel soepeler opstelt dan de CWI.

4.7 Concurrentiebeding

4.7.1 Inleiding

Onder een concurrentiebeding – ook wel non-concurrentiebeding genoemd - wordt in het algemeen verstaan een tussen partijen gesloten beding ten behoeve van de werkgever en ten laste van de werknemer, waarbij de werknemer zich verplicht zich na het einde van de arbeidsovereenkomst te onthouden van nader in het beding omschreven concurrerende activiteiten.[45] Veelal staat op het overtreden van een concurrentiebeding een forse boete. Concurrentiebedingen zijn er in vele soorten en maten, maar alle hebben zij gemeen dat ze beogen te voorkomen dat de werknemer door gebruik te maken van bij de werkgever opgedane kennis of goodwill de werkgever na het einde van de arbeidsovereenkomst zullen beconcurreren. Concurrentiebedingen variëren onder andere naar duur, functioneel bereik en geografisch bereik. Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken:

- Er zijn concurrentiebedingen die voor een half jaar gelden, maar ook die voor een onbepaalde tijd gelden.
- Sommige concurrentiebedingen verbieden de werknemer exact dezelfde functie bij een concurrent uit te oefenen (bijvoorbeeld: de functie van boekbinder), andere concurrentiebedingen verbieden het de werknemer alle werkzaamheden die maar iets met de functie van de werknemer te maken zouden kunnen hebben uit te oefenen (bijvoorbeeld: werkzaamheden binnen de grafische sector).
- Het verbod bepaalde werkzaamheden uit te oefenen kan zich uitstrekken van de plaats waar de werkgever gevestigd is tot heel Nederland (of nog verder).

Een lichte vorm van het concurrentiebeding is het zogenaamde relatiebeding: de werknemer wordt slechts verboden bestaande klanten van de werkgever (gedurende een bepaalde tijd) actief te benaderen.

Het bijzondere van een concurrentiebeding is dat het weliswaar in de arbeidsovereenkomst staat opgenomen, maar dat het in tegenstelling tot andere regelingen van de arbeidsovereenkomst pas ná het einde van de arbeidsovereenkomst in werking treedt.[46] Een ander bijzonder aspect is dat het concurrentiebeding een "hoogstpersoonlijke aangelegenheid" is tussen de werkgever met diens bedrijfsdebiet aan de ene kant en de werknemer in een bepaalde functie aan de andere kant. Het is meestal niet zo, dat een werkgever met al zijn werknemers (gelijkluidende) concurrentiebedingen sluit.[47] Van belang is dat het concurrentiebeding de werknemer beperkt in zijn door de Grondwet in artikel 19, derde lid gegarandeerde vrijheid van arbeidskeuze. Daarom moet niet snel worden aangenomen, dat een concurrentiebeding is overeengekomen of is voortgezet bij verandering van functie en/of werkgever. Als er een functiewijziging optreedt, is het zeer waarschijnlijk dat opnieuw een concurrentiebeding moet worden overeengekomen.[48]

---

[45] Vgl. Grapperhaus 1995, p. 191.
[46] Hierbij wordt buiten beschouwing gelaten dat sommige bedingen zo zijn geformuleerd dat zij ook tijdens de arbeidsovereenkomst gelden. Deze bedingen zijn vooral van belang voor deeltijdwerkers. Voor die situatie is de wettelijke regeling van het concurrentiebeding, opgenomen in artikel 7:653 BW, blijkens de tekst van de wet niet geschreven.
[47] Vgl. *Kamerstukken II* 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 35: "*Een concurrentiebeding is een beding van een zo persoonlijk karakter, dat bovendien zo'n inbreuk (op) de vrijheid van de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst inhoudt, dat het met de werknemer persoonlijk aangegaan behoort te worden.*"
[48] Rb. Utrecht 1 maart 2001, *JAR* 2001/64

Deze en andere overwegingen hebben geleid tot de huidige wettelijke regeling van artikel 7:653 BW, waarvan de tekst hieronder is opgenomen.

Artikel 653

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
2. De rechter kan zulk een beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
3. Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontlenen, indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is.
4. Indien een beding als bedoeld in lid 1 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. De rechter stelt de hoogte van deze vergoeding met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid vast; hij kan toestaan dat de vergoeding op de door hem te bepalen wijze in termijnen wordt betaald. De vergoeding is niet verschuldigd, indien de werknemer wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is.

4.7.2 Beschermende bepalingen

De regeling wordt gekenmerkt door een bescherming van de werknemer op vijf manieren die hieronder kort worden behandeld.

Schriftelijkheid

Een concurrentiebeding kan volgens het eerste lid slechts schriftelijk overeengekomen worden. In tegenstelling tot naar vroeger algemeen werd aangenomen kan een concurrentiebeding niet in een CAO worden opgenomen.[49]
Overigens hoeft een concurrentiebeding niet per se bij het begin van de arbeidsovereenkomst afgesproken te worden. Het kan zelfs bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog overeengekomen worden.

Meerderjarigheid

Ongeldig is volgens het eerste lid een concurrentiebeding dat met een minderjarige werknemer is overeengekomen. Het concurrentiebeding krijgt pas gelding indien het bij het bereiken van de meerderjarigheid van de werknemer opnieuw wordt overeengekomen.[50]

Vernietiging bij onbillijke benadeling werknemer

Het tweede lid bepaalt dat de rechter het concurrentiebeding op vordering van de werknemer geheel of gedeeltelijk kan vernietigen indien de werknemer door het beding onredelijk wordt benadeeld. Het staat de rechter vrij te bepalen hoe ver de beperking gaat:

---

[49] *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 35.
[50] HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 88.

zo kan hij de geografische werkingssfeer beperken, maar ook de duur van het concurrentiebeding. Hoewel de rechter regelmatig van deze bevoegdheid gebruik maakt, is het door de grote vrijheid die de bepaling hem biedt moeilijk te voorspellen hoe hij zal oordelen. Bij een onredelijke benadeling moet in het algemeen gedacht worden aan een zeer ruim geformuleerd concurrentiebeding. Hierbij zou men kunnen denken aan de situatie dat het beding de werknemer gedurende een zeer lange periode verbiedt waar ook in Nederland zijn (specialistische) functie uit te oefenen. Zo blijft er voor de werknemer immers geen ruimte voor zijn vroegere functie uit te oefenen.

Betaling bij belemmering in belangrijke mate

Een andere manier om de werking van een concurrentiebeding voor de werknemer te verzachten biedt het vierde lid. De rechter kan bepalen dat zolang als de beperking die het concurrentiebeding teweegbrengt duurt, de werkgever aan de werknemer een vergoeding dient te betalen. Deze vergoeding is te beschouwen als een pleister op de wonde voor de belemmering die de werknemer van het concurrentiebeding ondervindt. Gezien het feit dat er maar weinig rechtspraak over deze mogelijkheid voorhanden is, moet aangenomen worden dat eerder naar het middel van (gedeeltelijke) vernietiging van het concurrentiebeding wordt gegrepen (zie hierboven).

Geen beroep bij schadeplichtige eindiging

Als de werkgever de arbeidsovereenkomst schadeplichtig heeft doen eindigen in de zin van artikel 7:677 BW – dus door het niet-inachtnemen van de opzegtermijn of door het geven van een dringende reden aan de werknemer om de arbeidsovereenkomst te beëindigen (zie de paragrafen 2.5.2 en 2.5.5) - , kan hij volgens het derde lid van artikel 7:653 BW geen beroep meer doen op het concurrentiebeding.

4.7.3 Boetebeding

Als een de werknemer beschermende bepaling kan nog gewezen worden op het zesde lid van artikel 7:650 BW, dat in de praktijk van het afdwingen van naleving van concurrentiebedingen een belangrijke rol kan spelen. Zoals gezegd staat op het overtreden van een concurrentiebeding regelmatig een boete gesteld. Het boetebeding in een arbeidsovereenkomst is geregeld in de artikelen 7:650 en 651 BW. Deze artikelen zijn een uitwerking van de algemene bepalingen uit de artikelen 6:91-94 BW. Volgens het zesde lid van artikel 7:650 BW kan de rechter de boete onder omstandigheden matigen.
Naast het boetebeding kan de werkgever naleving van het concurrentiebeding afdwingen door nakoming ervan te eisen in een kort-gedingprocedure, eventueel versterkt met een dwangsom. Wijst de president in kort geding de vordering toe en gedraagt de werknemer zich in strijd met het concurrentiebeding, dan is hij de dwangsom verschuldigd, ook al zou de rechter later in een bodemprocedure het concurrentiebeding teniet doen.
Omgekeerd kan de werknemer in kort geding of via een voorlopig voorziening bij de kantonrechter het concurrentiebeding buiten werking laten stellen, maar deze rechters zijn in deze procedures niet bevoegd een concurrentiebeding te vernietigen of te matigen. Daarvoor moet dan een bodemprocedure worden opgestart.

4.7.4 Zwaarder drukken

De meeste concurrentiebedingen worden bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst afgesloten. In de loop der tijd kan de functie van de werknemer wijzigingen ondergaan, zowel kwalitatief als kwantitatief. Zo kan een goed functionerende werknemer promoveren naar een andere functie, een uitgebreider takenpakket krijgen (kwalitatieve wijzigingen) of in deeltijd gaan werken (kwantitatieve wijziging). Het gevolg van deze wijzigingen is dat het bereik van het concurrentiebeding, afhankelijk van de formulering ervan, als het ware kan meeveranderen met de functie. De vraag is of dat onder alle omstandigheden redelijk is.
In dit kader is van belang het in 1979 door de Hoge Raad gewezen arrest Brabant/Van Uffelen.[51] In dit arrest bepaalde de Hoge Raad, dat een concurrentiebeding zijn rechtskracht kan verliezen *indien de arbeidsovereenkomst een ingrijpende wijziging ondergaat met als gevolg dat dit beding aanzienlijk zwaarder op de werknemer drukt dan voorheen*.

Van Uffelen trad in 1968 als assistent-makelaar in dienst bij Makelaarskantoor Brabant NV. In zijn arbeidsovereenkomst stond een concurrentiebeding, inhoudende dat het hem na het einde van de arbeidsovereenkomst gedurende twee jaar verboden zou zijn in Eindhoven of binnen een straal van 15 kilometer daarvan makelaarswerkzaamheden "in de ruimste zin van het woord" te verrichten. In 1973 werd Van Uffelen tot mededirecteur benoemd – dit was nodig om hem als beëdigd makelaar te kunnen laten optreden. Enkele jaren later zegde Van Uffelen zijn arbeidsovereenkomst tegen 1 maart 1977 op; waarna hij zich onder de naam Makelaarskantoor Van Uffelen in Eindhoven vestigde. Brabant startte vervolgens een procedure tegen Van Uffelen, maar kreeg bij de rechtbank en in hoger beroep bij het Hof het lid op de neus. De Hoge Raad overwoog dat de functiewijziging in 1973 zo ingrijpend was geweest, dat het concurrentiebeding aanzienlijk zwaarder was gaan drukken en het daardoor was komen te vervallen. Om haar gelding te behouden had het beding na de functiewijziging in 1973 opnieuw schriftelijk overeengekomen moeten worden.

Het criterium van "ingrijpende wijziging met als gevolg dat het beding zwaarder gaat drukken" is nadien vele malen herhaald en geldt nog steeds.[52]
Is het nu mogelijk in het algemeen aan te geven wat nu precies een "ingrijpende wijziging" is die een dergelijk "zwaarder drukken" teweegbrengt? Sommige ingrijpende wijzigingen in de arbeidsovereenkomst brengen een zwaarder drukken van het concurrentiebeding mee, andere niet. Uit de letterlijke bewoordingen van de Hoge Raad in het arrest Brabant/Van Uffelen volgt, dat alleen een ingrijpende wijziging die daadwerkelijk een zwaarder drukken van het concurrentiebeding meebrengt, ervoor kan zorgen dat het beding zijn rechtskracht verliest. Een functieverzwaring behoeft dan niet noodzakelijkerwijs tot een zwaarder drukkend beding te leiden. Veel zal afhangen van het functioneel bereik van het concurrentiebeding. Een voorbeeld: het promoveren van een junior verzekeringsadviseur tot senior verzekeringsadviseur, brengt niet per definitie een "ingrijpende wijziging" teweeg die ervoor zorgt dat het beding zwaarder is gaan drukken en zijn rechtskracht verliest. Het is goed mogelijk dat het beding net zo zwaar drukt als voorheen, bijvoorbeeld omdat deze promotie niet meebrengt dat de verzekeringsportefeuille van de betreffende werknemer uitgebreid wordt. Aan de andere kant is het mogelijk dat de functie van de werknemer inhoudelijk geen wijziging ondergaat, maar dat er toch sprake is van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding die ervoor zorgt dat het beding zwaarder is gaan drukken. Om in het voorbeeld van de verzekeringsadviseur te blijven: indien de verzekeringsadviseur na een fusie met een andere verzekeringsmaatschappij dezelfde functie behoudt, maar geconfronteerd wordt met het feit dat de nu veel grotere onderneming

[51] HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467.
[52] Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 3 februari 1994, *JAR* 1994/211 en Hof Amsterdam 12 april 1995, *JAR* 1995/125.

van de werkgever een veel groter geografisch klantenbereik heeft dan de oude werkgever, is het goed denkbaar dat sprake is van een ingrijpende wijziging met als gevolg dat het beding zwaarder is gaan drukken, zodat het zijn rechtskracht verliest. Ten aanzien van bepaalde ingrijpende wijzigingen in de arbeidsverhouding is het denkbaar, dat het beding zelfs *lichter* is gaan drukken. Hierbij kan men denken aan de situatie dat als gevolg van de nieuwe, ruimere verantwoordelijkheden van de werknemer het concurrentiebeding nu op een kleiner deel van de totale werkzaamheden van de werknemer ziet dan vóór de functiewijziging. Nogmaals: veel hangt af van het functioneel bereik van het concurrentiebeding.

"Ingrijpende wijziging"

Uit latere rechtspraak blijkt, dat deze interpretatie van het arrest Brabant/Van Uffelen nauwelijks wordt gevolgd. De nadruk ligt in de rechtspraak meer op "ingrijpende wijziging" dan op "zwaarder drukken".[53] Het "zwaarder-drukken-criterium" moet dus niet worden ingevuld met al te formele of al te scherp geformuleerde eisen.
Als latere rechtspraak wordt bekeken, lijkt het lijkt erop dat sprake is van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding, waardoor het beding zwaarder is gaan drukken, wanneer:

- ófwel de arbeidsovereenkomst na de overgang een wezenlijk andere inhoud heeft gekregen,[54]
- ófwel het concurrentiebeding na de overgang een wezenlijk ander bereik heeft gekregen.

Dit betekent dat de drempel die de overgang markeert tussen het voortbestaan en het vervallen van het concurrentiebeding na een functiewijziging ten gunste van de werknemer is verschoven. Het is immers makkelijker een "ingrijpende wijziging" aan te tonen dan zowel een dergelijke wijziging aan te tonen als aan te tonen dat door die wijziging het concurrentiebeding "aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken."

[53] Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 1991, *KG* 1991, 174 , Hof Amsterdam 13 april 1995, *JAR* 1995/125 en Rb. Utrecht 1 maart 2001, *JAR* 2001/64.
[54] Zoals het Hof 's-Hertogenbosch in het arrest Brabant/Van Uffelen ook aangaf: doordat de dienstbetrekking was vervangen door een wezenlijk andere, moest het concurrentiebeding opnieuw overeengekomen worden.