

Nog steeds een lacune in het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht

L.H. van den Heuvel*

De Britten kennen het *constructive dismissal*. Als een werkgever zijn werknemer het leven zuur maakt maar nalaat een beëindigingshandeling te verrichten, kan de Britse rechter de ontslagneming door de werknemer aanmerken als een gegeven ontslag en opent hij daarmee mogelijkheden tot sanctionering. Wij kennen zoiets niet en dat valt te betreuren. Ons ontslagrecht kent slechts de mogelijkheid te reageren op een beëindigingshandeling van de wederpartij. Wij hebben wel wat anders, namelijk de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter om gewichtige redenen, die de kantonrechter vergezeld kan doen gaan van een vergoeding naar billijkheid. Maar die vergoeding naar billijkheid is slechts mogelijk indien hij ontbindt wegens veranderingen in de omstandigheden en is niet mogelijk bij een ontbinding om een dringende reden. Waarom eigenlijk niet? Voor ik die vraag probeer te beantwoorden, ga ik eerst in op de vrijheid van de rechter bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding.

De wetgever opende bij de herziening van het ontslagrecht in 1953 voor de rechter de mogelijkheid om als sanctie op een kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW) een schadevergoeding toe te kennen. De kennelijke onredelijkheidstoetsing (die gelegen kan zijn zowel in de ontslagreden als in de wijze van beëindigen of in de gevolgen van de beëindiging) kan leiden tot de vaststelling door de rechter, dat het ontslag niet had behoren plaats te vinden. De vergoeding die de rechter kan toekennen heeft dan betrekking op (onder meer loonderving in) de toekomst. Voorspellen is moeilijk, zeker als het de toekomst betreft en de omvang van in de toekomst gelegen schade kan maar moeilijk worden vastgesteld. Dat betekent dat de rechter de eisende partij te hulp moet kunnen schieten. Om die reden bepaalde de wetgever in 1953, dat de rechter vrij was in het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. De wetgever gebruikte daarvoor de woorden 'naar billijkheid'.

* Hoogleraar sociaal recht VU.

De vraag rijst op welke schade de schadevergoeding naar billijkheid precies betrekking heeft. Zij wordt toegekend wegens het ontslag als zodanig. Dat wil zeggen, dat zij daarin te onderscheiden is van de volledige schadevergoeding respectievelijk de gefixeerde schadevergoeding bij on'regel'matigheid, die slechts tot doel hebben de schade te vergoeden die door het overtreden van de in wet of contract vastgelegde regels is ontstaan. In de regel zal het daarbij gaan om een te vroeg beëindigen van de dienstbetrekking, om het niet in acht nemen van wettelijk of contractueel vastgelegde regels met betrekking tot tijdstip en termijn van de opzegging, hoewel het bij contractuele opzegverboden ook om andere dingen kan gaan. Schadevergoeding wegens verlies van de dienstbetrekking als zodanig kan onder meer betrekking hebben op schade die is ontstaan door verlies aan investering in de arbeidsrelatie, een compensatie voor trouwe dienst (meer dan die welke reeds in de maandelijkse beloning voor de geleverde arbeid is gelegen)¹ en loonderving in de toekomst.² Het tijdstip waarop de toekomstige schade (bijvoorbeeld de loonderving) wordt vastgesteld ligt niet, zoals verondersteld zou mogen worden op de dag waarop de beëindigingshandeling plaatsvindt. Dat is de dag waarop de werkgever bij een gegeven ontslag zijn beslissing neemt, waarop hij moet worden afgerekend. Kennelijk oordeelt de Hoge Raad dat de rechter, om in de toekomst te kunnen kijken, zover als mogelijk is de toekomst in moet gaan. De gevolgen van het ontslag in de toekomst moeten krachtens vaste rechtspraak worden vastgesteld naar wat voorzienbaar is op de laatste dag waarop de werknemer feitelijk in dienst is.³

De vraag rijst welke schade wegens het verlies van de dienstbetrekking nog wel en welke niet meer vergoed wordt. Met andere woorden: tot hoever gaat de compensatie voor het verlies van de dienstbetrekking? Duk merkt (terloops) op, dat de schadevergoeding naar billijkheid niet de strekking heeft de werknemer volledig voor het verlies van zijn dienstbetrekking te compenseren.⁴ Ik ben geneigd het op dit punt niet met hem eens te zijn. Juist omdat die strekking er wél is (bijvoorbeeld omdat de ontslagreden helemaal onderuit gaat), mag de rechter zijn subjectieve billijkheidsoordeel mee laten wegen, om de eisende partij te hulp te komen waar deze de omvang van haar vordering niet kan bepalen. Wel is het de vraag hoever volledige compensatie precies reikt en wellicht doelt Duk daarop. Het spreekt voor zich, dat een kennelijk onredelijk ontslagen 25-jarige werknemer niet tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een (loonvervangende) vergoeding zal kun-

1 R. Hansma, Weg met de rechterlijke loongolf, NJB 1996, p. 1635.

2 Hierbij kan rekening worden gehouden met WW-aanspraken; zie HR 5 februari 1988, NJ 1988, 950 (Baakman/Urenco).

3 HR 20 juni 1975, NJ 1975, 496 m.nt. GJS (Van Dam/KLM); HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451, m.nt. PAS, JAR 1995/78.

4 R.A.A. Duk, De Hoge Raad en rechtsvorming in het arbeidsrecht, ARA 2002/3, p. 4-18, i.h.b. p. 16.

nen genieten ten laste van zijn vroegere werkgever die hem kennelijk onredelijk heeft ontslagen. Want zelfs als de kennelijke onredelijkheid in een valse ontslagreden was gelegen en het ontslag dus in het geheel niet had mogen plaatsvinden, zal de vergoeding er toch slechts (mede) op gericht zijn de loonderving te compenseren gedurende de tijd die de werknemer nodig zal hebben om een andere betrekking te vinden. In wezen is het bij on-‘regel’matig ontslag, bijvoorbeeld bij een loonvordering na wegens overtreding van een (wettelijk) opzegverbod vernietigde opzegging, niet anders. Dat komt doordat de werknemer gehouden is bij te dragen aan het beperken van de schade voor de werkgever door naar vervangende arbeid te zoeken. De stok achter de deur is hier de matiging van de loonvordering naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding.⁵

Ook bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW) kreeg de rechter de mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding naar billijkheid. In dat kader wordt niet gesproken van een *schadevergoeding* aangezien het bij de ontbinding gaat om een billijkheidsoplossing voor het geval dat partijen uit elkaar moeten door een verandering in de omstandigheden die eigenlijk geen van beide partijen kan worden aangerekend. Het betreft dan ook een extrajudiciële procedure. Dat het in de praktijk in veel gevallen om contentieuze aangelegenheden gaat en dat in die gevallen een extrajudiciële procedure helemaal niet op zijn plaats is, is een andere zaak.

Bij de incorporering van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het NBW (1 april 1997) verdween de verwijzing naar de billijkheid in artikel 7:681 BW omdat de vergoeding naar billijkheid in de systematiek van het NBW was gereserveerd voor de immateriële schadevergoeding. Maar aangezien de wetgever aan het wegvallen van de term ‘naar billijkheid’ verder geen woorden vuil heeft gemaakt, ga ik ervan uit, dat de wetgever niet af heeft willen doen aan de vrijheid van de rechter.⁶ In artikel 7:685 lid 8 BW is de verwijzing naar de billijkheid wel blijven staan. Ik vermoed dat dit is omdat de ontbinding een extrajudiciële procedure betreft en de wetgever van oordeel was, dat zijn aan de systematiek ontleende beweegredenen daarvoor niet golden.

Uit het voorgaande is op te maken, dat de wetgever met de billijkheid in artikel 7:681 BW niet bedoeld heeft de rechter deze vrijheid bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding te laten gebruiken voor zijn eigen

5 HR 5 januari 1979, NJ 1979, 205, m.nt. PAS, SMA 1979, p. 107 e.v. m.nt. H.L. Bakels.

6 Zie bijvoorbeeld HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, JAR 1997/245 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd): ‘Ook indien een ontslag geen relevante financiële gevolgen voor de werknemer heeft, kan het toch kennelijk onredelijk zijn (HR 3 september 1993, NJ 1993, 715) en deswege aanleiding geven tot toekenning van een schadevergoeding naar billijkheid.’

gemak maar om de eisende partij behulpzaam te zijn. Dat betekent, dat de inhoud van de kennelijke onredelijkheid voor het toekennen van de vergoeding verschil uitmaakt. De toekenning van de vergoeding kan namelijk meerdere doelen dienen: niet slechts vergoeding wegens inkomensderiving maar ook bijvoorbeeld een zoen voor de onbehoorlijkheid van het ontslag. Tegen deze achtergrond wekt het verwondering, dat de ontbindingsvergoedingen (wegens veranderingen in de omstandigheden) veelal hoger plegen uit te vallen dan de schadevergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag. De verwondering stijgt als de wettelijke toetsingsmaatstaf hierbij betrokken wordt. Bij de kennelijke onredelijkheidstoetsing heeft de werkgever het einde van de arbeidsovereenkomst bewerkstelligd en moet de rechter nagaan of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het ontslag kennelijk onredelijk is, terwijl bij ontbinding de rechter het einde van de arbeidsovereenkomst tot stand brengt indien een gewichtige reden voorhanden is, waarbij de rechter naar zijn/haar billijkheidsoordeel bepaalt welk prijskaartje daar dan aan behoort te worden gehangen. Naar mijn oordeel worden deze verschillen teweeggebracht door de geheel eigen dynamiek die de ontbinding heeft gekregen, onder meer door het ontbreken van hoger beroep en cassatie in samenhang met de zogenaamde kantonrechttersformule. Die werken kostenverhogend op de vergoedingen. De reflexwerking van de kostenverhoging op andere delen van het ontslagrecht is slechts een kwestie van tijd: de ontbinding maakt het ontslagrecht duurder!

In het arrest *Deuss/Motelmaatschappij Holland* stelt de Hoge Raad vast, dat in artikel 7:685 BW de mogelijkheid ontbreekt om de ontbinding om een dringende reden te voorzien van een vergoeding niet slechts wegens het te vroeg eindigen van de dienstbetrekking door het niet in acht nemen van wettelijke en eventueel overeengekomen tijdstip en termijn van de opzegging (art. 7:677 lid 3 BW).⁷ De Hoge Raad repareert dat gebrek provisorisch door na de ontbinding om een dringende reden (in een extrajudiciële procedure) nog een actie wegens wanprestatie toe te staan (in een procedure op tegenspraak). Dat brengt mij naar de vraag die ik hierboven stelde. Waarom is de ontbindingsvergoeding naar billijkheid beperkt tot de ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden? In feite beantwoordt de Hoge Raad deze vraag reeds in het arrest *Deuss/Motelmaatschappij Holland*. In de beleving van de wetgever was de passende vergoeding wegens onrechtmatig doen eindigen van de arbeidsovereenkomst beperkt tot de schade die voortvloeide uit het feit dat de dienstbetrekking niet op de

7 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451, m.nt. PAS, TVVS 1990, p. 48, m.nt. M.G. Rood, en SMA 1990, p. 391, m.nt. L.H. van den Heuvel (*Deuss/Motelmaatschappij Holland*).

normale, rechtmatige wijze werd beëindigd. In het systeem van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 stond onrechtmatigheid gelijk met ontijdigheid. De Hoge Raad signaleert dat de rechtsontwikkeling met name na de oorlog het uitgangspunt heeft achterhaald dat de arbeidsovereenkomst altijd (desnoods onmiddellijk) eenzijdig beëindigbaar is. Ik ben het met de formulering van de Hoge Raad niet eens omdat ik van mening ben dat dit uitgangspunt nog steeds geldt. Maar ik ben het wel eens met de gedachte van de Hoge Raad dat de rechtsontwikkeling een beperking heeft aangebracht op die vrijheid. Een beperking die is terug te vinden in de preventieve ontslagtoetsing krachtens het BBA 1945, in de toetsbaarheid van de eenzijdige beëindiging op kennelijke onredelijkheid (sedert de wetwijziging in 1953), in de steeds talrijker wordende opzegverboden die feitelijk forfaitaire uitwerkingen zijn van het uitgangspunt dat eenzijdige beëindiging geen onrecht mag teweegbrengen.

Het arrest Deuss/Motelmaatschappij Holland bevat het impliciete verwijt aan de wetgever dat hij bij een ontbinding om een dringende reden geen aparte voorziening heeft getroffen voor de gevolgen van het verlies van de dienstbetrekking als zodanig. Het is inderdaad aannemelijk dat de wetgever in 1953 dit aspect niet zo duidelijk voor ogen heeft gehad. De wetgever heeft in 1953 de consequenties van de tweedeling (kennelijke onredelijkheid en on'regel'matigheid), die hij in de plaats had gesteld van het vooroorlogse onrechtmatig ontslag (lees: ontijdig ontslag), niet strikt doorgetrokken in de ruimere werking die hij aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter heeft gegeven. Deze vaststelling komt niet als een verrassing. Was het niet ook de Hoge Raad die ons in het arrest De Vries/Lampe (HR 1 december 1961, NJ 1962, 78) de ogen ervoor opende dat enkel de ernstige gevolgen een overigens correct ontslag een kennelijk onredelijk karakter kunnen verlenen?

De betekenis van de artikel 81 Wet RO-uitspraak van het arrest Dalle Vedove (HR 11 oktober 2002, JAR 2002/261) is dat we sedert het arrest Deuss/Motelmaatschappij Holland bijna dertien jaar verder zijn en de wetgever nog steeds niets heeft gedaan om de lacune die de Hoge Raad heeft gesignaleerd op te vullen. Kennelijk voelde de wetgever zich niet aangesproken: er was een oplossing, dus er hoefde niets veranderd te worden. De oplossing van de Hoge Raad maakt het ontslagrecht nog ingewikkelder dan het al was, omdat na de extrajudiciële ontbindingsprocedure voor het verkrijgen van een passende vergoeding nog een afzonderlijke contentieuze procedure (wegens wanprestatie) gevoerd moet worden. Het opmerkelijke is, dat daarin de rechter (noodzakelijkerwijs, zie hiervóór, maar toch bijzonder, want het gaat toch om wanprestatie) een grote mate van vrijheid heeft om de schadevergoeding vast te stellen. De rechter houdt daarbij (in casu) rekening met een aantal factoren waaronder de mate van ver-

wijtbaarheid van de werkgever, de leeftijd en het arbeidsverleden van de werknemer, de socialezekerheidsuitkeringen en de kansen op herstel (Dalle Vedove heeft wegens rugklachten een WAO-uitkering), de eigen inspanningen van de werknemer om weer aan het werk te komen. De complicaties die zo'n aparte procedure meebrengt⁸ deren de wetgever kennelijk niet, want hij heeft al die jaren geen actie genomen. Dat geeft voedsel aan de gedachte dat het ontslagrecht een verdergaande herziening behoeft dan die welke werd voorzien in de (opdracht aan de) Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel.

Zijn deze complicaties te vermijden? Ik vrees van niet. Weliswaar kan de werknemer de kantonrechter verzoeken niet om een dringende reden te ontbinden maar wegens veranderingen in de omstandigheden, maar de kantonrechter hoeft op dat verzoek niet in te gaan omdat het zijn taak is het feitencomplex te kwalificeren.⁹ Het maakt overigens voor deze kwalificatiebevoegdheid van de rechter niet uit of het een extrajudiciële procedure betreft of een procedure op tegenspraak, waar de eiser dominus litis is, als hij de grondslag van de vordering maar niet verlaat.¹⁰ Vroeger kon de eiser de rechter uitkiezen door een grondslag te stellen; dus bij een onrechtmatige daad de rechtbank, bij een huur- of arbeidsovereenkomst de kantonrechter, ook al was er geen sprake van een onrechtmatige daad of van een huur- of arbeidsovereenkomst. Tegenwoordig lukt dat de eiser niet meer: de rechter bepaalt zelf, door een voorlopige beoordeling van het onderwerp van het geschil, of het een zaak voor de kantonsector of voor de civiele sector is (art. 71 lid 3 Rv).

Overigens blijf ik van oordeel dat er iets grondig mis is met de ontbinding van arbeidsovereenkomsten door de kantonrechter in contentieuze gevallen. Een extrajudiciële procedure is hier niet op haar plaats. De Adviescommissie

8 Zie het mijns inziens juiste uitgangspunt van M.S.A. Vegter in haar annotatie bij het arrest Dalle Vedove (ARA 2003/1, p. 62-77) dat de vergoeding ook in een aantal andere gevallen naar billijkheid behoort te worden vastgesteld.

9 Zie de procedures van Simone Franssen: Ktg. Amsterdam 29 oktober 1984, Prg. 1985, 2279; HR 4 april 1986, NJ 1986, 549; Rb. Amsterdam 11 maart 1987, Prg. 1987, 2734.

10 HR 29 september 1995, NJ 1995, JAR 1995/232 (Arts/Kuijpers). Een werkgever zegt de dienstbetrekking op met een te korte termijn. De werknemer reageert met een actie op grond van kennelijke onredelijkheid van de eenzijdige beëindiging en heeft daarmee bij de kantonrechter succes. In hoger beroep oordeelt de rechtbank dat het ontslag niet kennelijk onredelijk maar on'regel'matig is en de werkgever schadelijkt. De Hoge Raad oordeelt dat de rechtbank met dat oordeel buiten de rechtsstrijd van partijen in appèl is getreden en daarmee de grondslag van de vordering heeft verlaten.

11 Rapport Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, november 2000, p. 148. De Commissie ADO stelt tevens voor ontbinding op verzoek van de werkgever mogelijk te laten blijven als het een niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die nog een looptijd heeft van ten minste één jaar of als het een verzoek van de werknemer betreft van een half jaar.

Duaal Ontslagstelsel (ADO) stelt voor haar nog slechts te handhaven voor enkele gevallen waarin de arbeidsovereenkomst wegens overtreding van een wettelijk opzegverbod vernietigbaar is maar een einde aan de arbeidsovereenkomst niettemin wenselijk is.¹¹ Het betreft die opzegverboden

‘die de werkgever beletten de arbeidsovereenkomst op te zeggen gedurende een periode waarin een bepaalde omstandigheid zich voordoet, zoals gedurende de eerste twee jaar van ziekte van de werknemer. [...] Géén betrekking heeft deze bevoegdheid derhalve op de verboden die opzegging wegens een bepaalde omstandigheid beletten, zoals wegens de omstandigheid dat de werknemer zijn recht op ouderschapsverlof geldend heeft gemaakt.’¹²

Het onderscheid dat de Commissie ADO maakt tussen verboden ‘tijdens’ en verboden ‘wegens’ spreekt mij niet aan: het ontslagverbod tijdens ziekte is in wezen een ontslagverbod wegens ziekte, dat de wetgever in 1953 alleen om wetssystematische redenen als een verbod ‘tijdens’ in de wet heeft neergelegd. Het rechtvaardigt dus geen uitzonderingspositie ten aanzien van de ontbinding.

Dit voorstel van de Commissie ADO gaat mij niet ver genoeg. Indien de vernietigbaarheid van een in strijd met een wettelijk opzegverbod gegeven ontslag naar het voorbeeld van artikel 8:72 lid 3 Awb ter discretie van de rechter zou komen, hoeft ook daarvoor de ontbindingsprocedure niet te worden gehandhaafd en kan zij worden beperkt tot zuiver extrajudiciële gevallen. Wel zou in ons ontslagrecht een regeling zoals het *constructive dismissal* niet misstaan.

¹² Rapport Commissie ADO, p. 94.