

## ARTIKELEN

# Over getuigschriften en zo

## 100 jaar Wet op de arbeidsovereenkomst\*

R.A.A. Duk

### Inleiding

‘Marinus Duk is vrij van sterken drank.’ Toen mijn in 1892 geboren grootvader van vaderszijde in 1972 overleed, omvatte zijn nalatenschap onder meer een imposante reeks getuigschriften uit het begin van de twintigste eeuw waarin dat zinnetje telkens prominent figureerde. Dat onderdeel van zijn nalatenschap was om meer dan één reden interessant voor mij, een op dat moment beginnend beoefenaar van het arbeidsrecht. Interessant was in de eerste plaats dat hij die getuigschriften allemaal had bewaard, ook al had hij de laatste 50 jaar van zijn beroepsleven bij een en dezelfde werkgever doorgebracht. Kennelijk vond hij de stukken belangrijk. Interessant was verder het zinnetje zelf. Het bracht de wettelijke bepaling van (toen nog) artikel 1638aa BW tot leven, welk artikel eisen stelt aan het getuigschrift, met name de eis dat daarin ‘bijzondere kenmerken’ ontbreken. In feite was er toch zoiets aan de hand. Immers, bij wie in het getuigschrift dat zinnetje ontbrak, wist – zo mag men aannemen – de prospectieve werkgever dat hij er ernstig rekening mee moest houden met een drankorgel van doen te hebben. Dat zinnetje was ten slotte interessant omdat het veel zegt over de maatschappelijke problemen van de werkende man zo’n 100 jaar geleden: ‘Och vaderlief, toe drink niet meer ...’

De getuigschriften van mijn grootvader dateerden voor een groot deel van kort na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Die wet geldt thans 100 jaar.<sup>1</sup> De vorige zin is om verscheidene redenen niet exact. Weliswaar is de wet op 1 februari 1909 in werking getreden, maar de parlementaire behandeling was al medio 1907 afgerond. Ook verschilt de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst zoals die in 2009 in Boek 7, titel 10 is opgenomen, op veel punten wezenlijk van de tekst van 100 jaar geleden. En verder: wie beweert dat de wettelijke regeling zo’n 12,5 jaar oud is, immers: van 1 april 1997 dateert, heeft formeel óók gelijk. Toen trad immers de Vaststellingswet in werking waarmee titel 10 van het huidige Boek 7 van het NBW ging gelden.<sup>2</sup> Die invoering bracht echter – zoals hier bekend mag worden verondersteld – geen fundamentele inhoudelijke wijzigingen, maar vormde niet veel meer dan een hercodificatie. Het zegt genoeg dat, bijvoorbeeld, de

\* Dit artikel is de bewerking van de tekst van een op 31 mei 2007 voor de Vereniging van Arbeidsrecht, te Amsterdam gegeven lezing.

1 Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193, in werking getreden op 1 februari 1909.

2 Wet van 6 juni 1996, 406 (Vaststellingswet) en Wet van 14 november 1996, Stb. 1996, 562.

R.A.A. Duk

bepalingen over het getuigschrift in (artikel 7:656 van) die titel ongewijzigd gehandhaafd zijn gebleven, alhoewel de maatschappelijke betekenis van zo'n document inmiddels sterk was afgenomen. Voor het 'gezicht' van het arbeids(overeenkomsten)recht veel belangrijker dan die hercodificatie zijn de invoering van het ontslagverbod van het BBA 1945 en zijn uit de bezettingstijd daterende voorgangers<sup>3</sup> en de wijziging van het ontslagrecht uit 1953, waarmee het kennelijk onredelijk ontslag werd ingevoerd, de regeling van de ontbinding wegens gewichtige redenen ingrijpend werd gewijzigd en de opzegtermijnen nader werden geregeld, met name: werden verlengd.<sup>4</sup> Ook buiten de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst zijn er voor het arbeidsrecht belangrijke legislatieve ontwikkelingen geweest, zoals de regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst in 1927,<sup>5</sup> van de algemeenverbindendverklaring daarvan in 1937<sup>6</sup> en van de medezeggenschap, met de invoering van de Wet op de ondernemingsraden in 1950, fundamenteel herzien in 1971 en 1979 en tot de overheid uitgebreid in 1992.<sup>7</sup>

De invoering van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is op gezette tijden herdacht. 'Verleden, heden en toekomst van de Wet op arbeidsovereenkomst' zijn op 31 januari 1959 besproken door prof. mr. M.G. Levenbach, de 'vader' van het Nederlandse arbeidsrecht, van wie ik in mijn eerste studiejaar (1964/1965) een van de laatste studenten mocht zijn.<sup>8</sup> In die voordracht heeft Levenbach de formele karakteristieken van de wettelijke regeling aangeduid – kort gezegd: veel dwingend privaatrecht en een belangrijke plaats voor open normen –, de grote lijnen van de rechtspraak op die regeling van de toen afgelopen periode van 50 jaar aangeduid en de tot dan in de regeling aangebrachte wetswijzigingen gekarakteriseerd. Dat waren er in 1959 eigenlijk nog maar twee. Levenbach blikte ook vooruit en besprak de vraag of een regeling buiten het Burgerlijk Wetboek niet de voorkeur zou verdienen. Hij eindigde met een aan een beschouwing van Paul Scholten uit 1938 (over 100 jaar BW) ontleend beeld, dat van het arbeidsrecht als een 'rustig bezit'.

- 3 Vgl. H. Naber, Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht? (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981 en C.G. Scholtens, Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945, *ArA* 2005/3, p. 28-59.
- 4 Vgl. M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954.
- 5 Wet van 24 december 1927, *Stb.* 1927, 415. Zie over deze wet en de in noot 6 genoemde wet W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, CAO-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan, Deventer: Kluwer 2004.
- 6 Wet van 25 mei 1937, *Stb.* 1937, 801.
- 7 Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54, zoals met name gewijzigd bij Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448. Zie daarover P.F. van der Heijden (bew.), *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004 en J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht 1. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008.
- 8 M.G. Levenbach, *Verleden, heden en toekomst van de wet op de arbeidsovereenkomst*, SMA 1959, p. 5-17.

In 1982 heeft prof. mr. W.C.L. van der Grinten, onder dezelfde titel, op 75 jaar Wet op de arbeidsovereenkomst teruggeblikt.<sup>9</sup> Hij begon zijn bijdrage met een samenvatting van de conclusies van Levenbach van op dat moment (bijna) 25 jaar eerder en onderschreef die conclusies niet. Van der Grinten onderscheidde vier thema's die op dat moment voor discussie over het arbeidsrecht zorgden, te weten (1) de loonbeheersing, (2) de medezeggenschap, (3) emancipatie en discriminatie, en (4) ontslagbescherming. Ik noem die thema's omdat alleen al dat noemen duidelijk maakt hoe in een betrekkelijk korte periode als 25 jaar de aandacht van de wetgever en die van de praktijk kunnen verschuiven. Loonbeheersing in de eigenlijke zin des woords lijkt haar praktische betekenis te hebben verloren, hoe zeer ook Van der Grinten als kind van zijn tijd hechtte aan een belangrijke rol van de overheid op dat gebied. Medezeggenschap is vanuit de juridische optiek vooral een kind van de jaren zeventig. De wet van 1950 stelde, naar de letter én in de praktijk, weinig voor, maar met de wetwijzigingen van 1971 en (vooral) 1979 zijn aan de ondernemingsraad harde handen, snelle voeten én scherpe tanden gegeven. Een fundamentele wijziging van de regelgeving op dat gebied is op dit moment echter, naar zich laat aanzien, niet aan de orde. Een poging om, overigens zonder veel inhoudelijke wijzigingen, te komen tot een Wet Medezeggenschap Werknemers, is reeds in de Tweede Kamer een roemloze dood gestorven.<sup>10</sup> Wetgeving die discriminatie verbiedt, niet alleen naar geslacht maar ook op basis van tal van andere kenmerken, met name leeftijd, is er sinds de constatering van Van der Grinten welhaast in overdaad gekomen. Daarbij is een aspect van belang dat in zijn beschouwingen en a fortiori in die van Levenbach geen aandacht kreeg, en wel dat van de in overwegende mate Europese inspiratie van de regelgeving op dat deel terrein.<sup>11</sup> Onverminderd actueel als aandachtsgebied van het arbeidsrecht is in elk geval wél de ontslagbescherming, waarin sinds 1954 geen principiële wijzigingen zijn aangebracht, ook niet met de Wet flexibiliteit en zekerheid van inmiddels al weer een kleine 10 jaar terug.<sup>12</sup>

Met het voorgaande is teruggeblikt, maar is nog geen eigen bijdrage aan het debat over verleden, heden en toekomst van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst vanuit het perspectief van 2009 gegeven. Dat wordt in het navolgende gedaan aan de hand van twee thema's. Het eerste thema is dat van de wetgeving, het tweede dat van de rechtspraak. Bij de wetgeving zal aandacht worden besteed

- 9 W.C.L. van der Grinten, Verleden, heden en toekomst van de wet op de arbeidsovereenkomst, SMA 1982, p. 458-466, een bijdrage aan een themanummer over 'De wet op de arbeidsovereenkomst 1907-1982'.
- 10 Wetsvoorstel 29 818, waarover Special: Van WOR naar WMW, SMA 2005/5 (p. 207-245). Op het moment van het afronden van dit artikel wordt een standpuntbepaling van minister Donner afge wacht naar aanleiding van inmiddels, medio 2009, uitgebrachte rapporten over het functioneren van de huidige wet.
- 11 Zie over dat onderwerp bijv. SMA 2000, 7/8, Themanummer: Het arbeidsrecht van de eenentwintigste eeuw komt uit Europa (p. 271-353).
- 12 Zie over de ontwikkelingen in het ontslagrecht het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, de zogeheten Commissie-Rood, Afscheid van het duale ontslagrecht. Gesneuveld zijn in de loop der jaren de wetsvoorstellen 13 754 en 21 497. Op dit moment is aanhangig wetsvoorstel 31 862 (tot beperking van de ontbindingsvergoeding bij werknemers met een inkomen vanaf € 75.000 bruto per jaar).

R.A.A. Duk

aan de wijzigingen die er de afgelopen jaren wel en niet zijn gekomen, en aan de achtergronden van de verschillende voorgestelde wijzigingen. Bij de rechtspraak zal ik wat opmerkingen maken over de betekenis van de cassatierechtspraak en over die van de kantonrechtspraak, wat die laatste betreft met name op het gebied van de gewichtige reden. Op die analyse in twee delen volgt dan nog een synthese waarin wordt gezien wat in de toekomst aandacht van de wetgever en van de rechter zou kunnen verdienen, en tot slot een korte conclusie.

## Wetgeving

Een schip op het strand is een baken in zee. De arbeidsrechtelijke wetgeving van het laatste kwart van de twintigste eeuw kent opvallend veel van die bakens. Zo hebben wetsvoorstellen over het klachtrecht en over het concurrentiebeding de eindstreep van het Staatsblad niet gehaald.<sup>13</sup> Bij die voorstellen speelde wetstechnische kritiek, vanuit het parlement maar veelal aan de Kamerleden aangereikt vanuit de arbeidsrechtelijke wetenschap, een belangrijke rol. Wat het klachtrecht betreft kon de wetgever niet werkelijk aangeven wat de toegevoegde waarde van de voorgestelde regeling was, naast wat toch al uit de eis van goed werkgeverschap voortvloeit, en bij het concurrentiebeding heeft de wetgever zich verslikt in zulke onderwerpen als de plaats van het relatiebeding en de bij een concurrentiebeding (soms of altijd?) behorende billijke vergoeding. Opmerkelijk is dat beide pogingen strandden, alhoewel aan het begin van het wetgevingsproces, zeker bij de betrokken ministeries, weinig twijfel leek te bestaan over de wenselijkheid én haalbaarheid van invoering respectievelijk wijziging van de betrokken wettelijke regeling.

Dramatischer is het grote aantal bakens dat op het gebied van het ontslagrecht de Hollandse stranden ontsiert. Twee formele pogingen<sup>14</sup> zijn gestrand, maar de discussie over wat een wenselijke regeling is, is gedurende de afgelopen vier decennia praktisch bij voortduring gevoerd, zonder dat er, in elk geval tot voor kort, enig licht aan het einde van de tunnel viel te ontwaren.<sup>15</sup> Het is niet moeilijk daarvoor een reden te geven. Er is, zie ik het goed, nauwelijks iemand die de kwaliteiten van de geldende regelgeving van ganser harte aanprijst. Wat dat betreft lijkt het onderwerp op de democratie: niemand is er echt tevreden over, maar over wat er dan wel beter zou zijn, valt geen overeenstemming te bereiken. Geldt dat al binnen de kring van arbeidsrechtbeoefenaren, het geldt ook en vooral op maatschappelijk gebied. De 'grote' werkgevers zijn weliswaar sinds jaar en dag geharnaste voorstanders van een ingrijpende versoepeling van het ontslagrecht, maar zij zijn zowel in het kader van de afspraken over flexibiliteit en zekerheid als in het debat in de Stichting van de Arbeid over het rapport van de commissie-Rood, ook al was het knarsetandend, akkoord gegaan met handhaving van de bestaande regelgeving, en de meest recente discussie in het kader van de SER heeft evenmin wat opgeleverd, toen in de aanloop

13 Wetsvoorstellen 21 541 en 28 167.

14 Wetsvoorstellen 13 754 en 21 497.

15 Zie voor een recent overzicht van de discussie J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht*. Deel 3. *Ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2009, p. 25 (noot 7).

naar de verkiezingen van 2007 duidelijk werd dat de PvdA zich op dat gebied ten opzichte van het CDA met een ‘werknemersvriendelijk’ standpunt wilde profileren. Daarna is er nog wel een wetsvoorstel, tot maximering van de ontbindingsvergoeding, gekomen, maar dat voorstel steekt wel erg schriel af bij de ambitieuze plannen die medio 2007 werden gepresenteerd.<sup>16</sup>

Er is aldus veel wetgeving niet tot stand gekomen, maar er is in de laatste jaren ook nogal wat wél tot stand gebracht. Een belangrijke operatie is daarbij de privatisering van wat vroeger de sociale werknemersverzekering bij ziekte was. De praktische betekenis van artikel 1638c BW ‘oud’ was door het bestaan van de Ziektewet minimaal, maar met de huidige regeling van de doorbetaling tijdens de eerste twee ziektejaren in artikel 7:629 en 7:629a BW is dat anders geworden. Die regeling is met het onderscheid tussen gevallen waarin loondoorbetaling wel en niet opgeschort of zelfs geweigerd kan worden en met zijn accent op reïntegratie (artikel 7:658a BW) zo complex dat allerlei interpretatiegeschillen niet goed vallen te vermijden. In dat opzicht is op zichzelf opvallend hoe relatief weinig rechtspraak er tot op dit moment op die bepalingen is, zowel in de feitelijke instanties als in cassatie.<sup>17</sup> Problematisch is vooral de positie van degene die gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, maar niet bij zijn eigen arbeid – en soms nog slechts buiten het bedrijf van de werkgever – kan worden ingezet.<sup>18</sup> Een bijzondere categorie vormen de werknemers die weliswaar in medisch opzicht niets mankeren, maar die door een conflict op het werk tot de zogeheten situatie arbeidsongeschikten behoren.<sup>19</sup> Door de invoering van de WIA, die geen arbeidsongeschiktheidsuitkering toekent aan wie minder dan 35% arbeidsongeschikt is, is de pijn voor deze groep alleen maar toegenomen.

Het gezicht van het arbeidsrecht is de afgelopen 25 jaar verder veranderd – zo men wil: verzacht – door de wetgeving die rekening houdt met verplichtingen in de persoonlijke sfeer. Dat geldt voor de nieuwe wettelijke regelingen van vele vormen van bijzonder verlof, met name zorgverlof, waarvan de Wet arbeid en zorg<sup>20</sup> het voorbeeld bij uitstek is. Evenzeer is het gezicht van de arbeidsrechtelijke wetgeving gewijzigd met de Wet aanpassing arbeidsduur,<sup>21</sup> die vooral in de eerste jaren van zijn bestaan aanleiding tot nogal wat rechtspraak heeft gegeven.<sup>22</sup> Die rechtspraak betrof met name gevallen waarin werknemers, in de praktijk vooral vrouwelijke

16 Zie voor een weergave van en kritiek op die plannen H.W.M.A. Staal, De varkenscyclus van het Nederlandse ontslagrecht. Of: waar kwaliteit niet meer de norm is, SMA 2007/9, p. 315-319.

17 Zie voor de ontwikkeling van de wetgeving op dit punt, in het kort, W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk (bew.), Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2008, hfdst. 6.

18 De toon op dit gebied is gezet in de rechtspraak met zulke arresten als HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 en HR 13 november 1991, NJ 1992, 441, waarop is voortgebouwd met de Wulzb uit 1996 en de Wet verbetering poortwachter uit 2001.

19 HR 27 juni 2008, JAR 2008/188, naar aanleiding waarvan W.H.A.C.M. Bouwens & E.W. de Groot, Niet-werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?, TRA 2009/1, nr. 2 (p. 5-11).

20 Wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 567.

21 Wet van 15 februari 2000, Stb. 2000, 114.

22 Vgl. bijv. Tekst en Commentaar Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 527-529, met verdere verwijzingen.

R.A.A. Duk

werknemers, vermindering van arbeidstijd nastreefden en dat in een duidelijke meerderheid van de gevallen ook met succes bij de rechter deden.

Mijn grootvader moge dan over vele goed bewaarde getuigschriften hebben beschikt, hij heeft na het verwerven daarvan wel meer dan 40 jaar voor dezelfde baas gewerkt, een aannemingsbedrijf – ‘de Bredase Beton’ –, en in die hoedanigheid ook nog eens vooral voor een en dezelfde opdrachtgever, een Groningse suikerfabriek. Een punt van grote trots binnen onze familie was dan ook de onder zijn krachtige leiding in het begin van de jaren zestig gebouwde suikersilo in Hoogkerk, gedurende enige tijd de grootste van West-Europa. In al die opzichten kan men mijn grootvader zien als een zinnebeeld van de afgelopen eeuw: een vaste baan, praktisch voor het leven, in een geleidelijk van het ambachtelijke naar het industriële gegroeide bedrijfstak. Mijn grootvader had niet meer dan de ambachtsschool doorlopen, maar heeft zich door zelfstudie tot bouwkundige op hts- en zelfs (vonden in elk geval zijn kinderen en kleinkinderen) TU-niveau opgewerkt. (Een voor de buitenwacht minder zichtbaar punt van familietrots dan die silo was het ingezonden stuk, aan het begin van de jaren zestig geplaatst in Het Parool, waarin hij aantoonde wat er in wiskundig opzicht mis was met voorstellen op het gebied van de huurprijzen voor woningen.)

Een van de punten van kritiek op de huidige ontslagbescherming is de hoogte van de bij gedwongen ontslag verschuldigde vergoedingen. In de juridische en in de maatschappelijke discussie over dat onderwerp speelt een belangrijke rol dat op werkgever en werknemer een verplichting behoort te rusten waarvan mijn grootvader zich kennelijk, ook al was het toen nog geen politieke mode, scherp bewust was, die van wat men in een paar woorden kan brengen onder de noemer ‘permanente scholing’. Zo moet volgens sommigen de ontslagvergoeding worden vermindert als de werkgever faciliteiten voor een dergelijke scholing heeft verstrekt, en zo zou die vergoeding, ten minste ten dele, bij voorkeur moeten worden gebruikt om ander werk te vinden; uit die ‘rugzak’ zouden dan bijscholing en outplacement kunnen worden gefinancierd.<sup>23</sup> Ik zal de laatste zijn om te ontkennen dat die gedachten sympathiek zijn, maar ik zal ook de eerste zijn om vragen te stellen over de wijze waarop die wat vage en algemene gedachten operationeel gemaakt kunnen worden. Een werkgever zal de kosten van de financiering van dergelijke faciliteiten afwegen tegen de verwachte baten daarvan, met name in de vorm van verminderde kosten van afvloeiingsregelingen, en hij zal vermoedelijk in veel gevallen moeten concluderen dat in die faciliteiten door hem niet, bedrijfseconomisch gezien, op verantwoorde wijze kan worden geïnvesteerd, terwijl de werknemer ongetwijfeld in veel gevallen (terecht of ten onrechte) de kansen op verlies van zijn betrekking en van een na ontslag slechte arbeidsmarktpositie zo laag zal inschatten dat hij weinig geneigd is tot participatie in de hem aangeboden verdere opleiding, zeker niet als hij daarvoor vrije tijd moet opofferen.

23 Zie A. Baris & E. Verhulp, Scholing en ontslag: Flexibiliteit en werkzekerheid, SMA 2006/2, p. 46-56. Zie meer in den brede over het onderwerp G.J.J. Heerma van Voss (red.), Scholing in het sociaal recht, Deventer: Kluwer 2008.

Waarom deze defaitistische, zo al niet cynische gedachten geopperd in het kader van deze beschouwingen over arbeidsrechtelijke wetgeving? Om twee redenen. De eerste reden: 'le meilleur est l'ennemi du bien.' Wie herziening van het ontslagrecht in een dergelijke ambitieuze sleutel plaatst, lokt daarmee een discussie uit waarvan één gevolg zeker is: die herziening komt eerst op de lange termijn, zo al ooit, aan de orde. De tweede reden: het arbeidsrecht trekt al snel een te grote broek aan als men met wetgeving op dat gebied als instrument een substantiële bijdrage denkt te kunnen leveren aan de oplossing van het probleem van onvoldoende 'employability'. Dergelijke overspannen verwachtingen gelden ook voor andere gebieden waarop de wetgeving gewijzigd is. Zo lijkt het een illusie om van de aangeduide wetgeving op het gebied van de loon- en andere verplichtingen van de werkgever én de werknemer bij ziekte een substantiële bijdrage te verwachten aan de oplossing van het probleem van de reïntegratie. De trieste dood van het RIP als prealabele voorwaarde bij ontslag tijdens ziekte<sup>24</sup> is een goed voorbeeld van politiek ongetwijfeld heel erg correcte, maar daarom niet minder ineffectieve regelgeving uit de afgelopen 25 jaar.

In de beschouwingen van Levenbach en Van der Grinten uit 1959 en 1982 speelde 'Europa' geen rol. Aardig is het wellicht om te memoreren dat Levenbach wél de Benelux noemde, zij het slechts om aan te geven waarom hij in 1959 op overzienbare termijn geen Eenvormige wet op de arbeidsovereenkomst voor die drie landen verwachtte. (Dat is een van de weinige voorspellingen van beide hoogleraren die wel is uitgekomen.) De betekenis van 'Europa' voor de toekomstige arbeidsrechtelijke wetgeving is ongetwijfeld groter. In dat verband is het nuttig te memoreren dat een deel van de op Europees niveau tot stand gebrachte wetgeving grote praktische betekenis heeft, maar een ander deel weer veel minder. Van grote praktische betekenis is bijvoorbeeld de Wet overgang van onderneming. De betekenis daarvan wordt mede bepaald door de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een imposante reeks prejudiciële arresten heeft gegeven aan de opvolgende richtlijnen waarvan artikel 7:662 e.v. BW in Nederland de implementatie vormen, welke uitleg in veel opzichten ruimer is dan bij de invoering van de wetgeving werd verwacht.<sup>25</sup> De richtlijnen op het gebied van de gelijke behandeling zijn een ander, maar evenzeer voor de hand liggend voorbeeld van Europese regelgeving die zowel via nationale wetgeving als via Europese rechtspraak effect sorteert.<sup>26</sup> Naast de richtlijn als wetgevend instrument verdient tegenwoordig ook de op Europees niveau gesloten raamovereenkomst tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers aandacht, zoals blijkt uit de regelgeving en de rechtspraak ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.<sup>27</sup>

24 HR 29 september 2000, NJ 2001, 302 en HR 22 juni 2001, JAR 2001/120.

25 Vgl. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, en R.M. Beltzer (red.), *Dertig jaar overgang van onderneming*. HSI-Congres 21 september 2007, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007. Voorbeelden van relevante rechtspraak zijn HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502; HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 en HvJ EG 20 november 2003, NJ 2004, 265.

26 Vgl. Van der Grinten 2008, p. 176-206, met uitgebreide verwijzingen; zie recent HvJ EG 5 maart 2009, JAR 2009/92 en HvJ EG 18 juni 2009, JAR 2009/185.

27 HvJ EG 4 juli 2006, JAR 2006/175 en HvJ EG 23 april 2009, JAR 2009/148.

R.A.A. Duk

Is er vanuit Europa in de nabije toekomst op arbeidsrechtelijk gebied veel te verwachten? De Commissie van de Europese Gemeenschappen hoopt op een bevestigend antwoord op die vraag. Dat valt af te leiden uit de door haar uitgelokte discussie over het zogeheten Groenboek uit 2006. Aanleiding voor de plannenmakerij is het streven om Europa op te stoten in de vaart der hoogontwikkelde volkeren, waarbij gemoderniseerd, waar nodig meer flexibel arbeidsrecht het streven naar modernisering zou moeten ondersteunen. De gedachten die ten grondslag liggen aan de Nederlandse wetgeving inzake flexibiliteit en zekerheid – met een lelijk woord ‘flexicurity’ – komen daarmee op Europees niveau terug. Er is echter, zeker nu de lucht-fietserij op dat gebied met de financiële crisis van 2007/2008 wat minder prioriteit lijkt te hebben, weinig aanleiding om daarvan een ambitieus wetgevend programma te verwachten dat het gezicht van het in Nederland geldende arbeidsrecht de komende jaren wezenlijk zal beïnvloeden.

Anders dan mijn grootvader, lees ik, sinds 1970, de *Columbia Law Review*. Cynthia L. Ecklund, hoogleraar aan de Columbia Law School, heeft daarin een aantal jaren geleden een artikel gepubliceerd over ‘The ossification of American labor law’.<sup>28</sup> Voor Nederlandse arbeidsrechtbeoefenaren zij in de eerste plaats de omvang van dat artikel genoemd: 85 pagina’s op groot boekformaat. De Nederlandse arbeidsrechtelijke tijdschriften hebben tegenwoordig geen plaats meer voor beschouwingen van een dergelijke diepgang, al doet althans *Arbeidsrechtelijke Annotaties* van tijd tot tijd zeker haar best. De in de Verenigde Staten wel toegelaten (én gebruikelijke) grote omvang maakte het prof. Ecklund mogelijk uitgebreid in te gaan op de stilstand die er haars inziens in het (federale, vooral collectieve) Amerikaanse arbeidsrecht is op het gebied van de wetgeving, op dat van het bestuurlijk toezicht van en de handhaving door de National Labor Relations Board – een blijvend product van de ‘New Deal’ – en ten slotte in de federale rechtspraak. De oorzaken die zij voor het door haar overtuigend aangetoonde proces van verstening aanwijst, hebben deels te maken met de positie van de vakbeweging, die het in de Verenigde Staten nog moeilijker heeft dan in Nederland, en deels met de politieke ontwikkelingen die met het adjectief ‘neoliberaal’ en met namen als die van Reagan en Thatcher kunnen worden verbonden. In hoeverre dat met Barack Obama als president en een democratische meerderheid in het Congress anders wordt, moet nog maar worden afgewacht, maar de wijze waarop de huidige discussie over ‘health care’ verloopt, stemt voorlopig niet optimistisch. Voor zover ik heb kunnen nagaan, staat het onderwerp niet prominent op de huidige politieke agenda. In de beleidsmatige beschouwingen hier te lande over het onderwerp komt men dan al snel op het onderscheid tussen het Anglo-Amerikaanse en het Rijnlandse model. Ook in Nederland valt de stilstand op majeure onderwerpen, zoals het ontslagrecht, voor een belangrijk deel te verklaren uit een botsing tussen die twee modellen. Opmerkelijk is dat nog maar kort geleden de vennootschapswetgeving, toen zonder veel soesa, in Anglo-Amerikaanse richting is opgeschoven door de wijzigingen van het structuurregime, in de oorspronkelijke

28 Cynthia L. Estlund, *The ossification of American labour law*, *Columbia Law Review*. Vgl. 102, nr. 6 2002, p. 1527-1612.

vorm bijna 40 jaar geleden nog verwelkomd als ‘het wonder van Den Haag’.<sup>29</sup> Men hoeft de namen van Stork en ABN Amro maar te noemen om aan te geven welke consequenties, uiteindelijk ook voor de werkgelegenheid, een dergelijke legislatieve ingreep kan hebben. Ik geef dat voorbeeld uit het ondernemingsrecht als min of meer ‘aanpalend’ rechtsgebied om duidelijk te maken dat het daardoor teweeggebrachte schrik-effect kan leiden tot verlamningsverschijnselen als het gaat om aanpassingen van het arbeidsrecht, zowel op Nederlands als op Europees niveau. Wat dat betreft kan men Sarkozy, gekozen op een programma dat op dat gebied wel ingrijpende wijzigingen belooft, de wijsheid van de Amerikaanse tekstdichter voorhouden: ‘Baby, it’s cold outside.’ Ook Sarkozy heeft voorlopig vooral veel beweging nodig om per saldo in feite toch een pas op de plaats te maken. In Duitsland leek stilstand soms wel het primaire streven van de zojuist gedefungeerde Grosze Koalition.

## Rechtspraak

Tot zover de wetgeving. Bij de rechtspraak zal ik mij beperken tot het hoogste en het laagste niveau in Nederland, dat van enerzijds de cassatierechtspraak en anderzijds de rechtspraak van wat sinds 2002 de sector kanton is, met name die in ontbindingszaken. Daarmee wil ik niet tekortdoen aan het belang van de rechtspraak van de hoven, sinds 2002 appèlrechter in arbeidszaken. Het zou bijvoorbeeld interessant zijn om aan de hand van de gepubliceerde rechtspraak op een aantal deelgebieden te bezien hoe de jurisprudentie van de vijf hoven zich verhoudt tot de appèlrechtspraak, tot 2002, van de 19 rechtbanken, bijvoorbeeld op het gebied van de dringende redenen.

Op een aantal punten komt de Hoge Raad ongetwijfeld een pluim toe. Daarbij moet in de eerste plaats zijn stakingsrechtspraak worden genoemd. Met als uitgangspunt twee in 1986 op basis van het ESH gewezen arresten<sup>30</sup> is de afgelopen twintig jaar een bouwwerk ontwikkeld dat aan werkgevers en werknemers bij collectieve conflicten een vrij grote mate van zekerheid geeft over wat bij dergelijke conflicten wel en niet is toegestaan. Ook al kan men, zoals vrijwel steeds bij rechtspraak, twisten over de precieze afbakening tussen wat is toegelaten en wat is verboden, opmerkelijk is dat principiële kritiek op de gemaakte – en in de loop der tijd hier en daar subtiel bijgestelde – keuzes van de Hoge Raad niet of nauwelijks valt te horen.<sup>31</sup> De vooral in de jaren zeventig gewezen rechtspraak over doorbetaling van loon bij staking vormt een nuttige en niet (langer) ten principale omstreden supplement op die rechterlijke regelgeving.<sup>32</sup>

29 Zie over die (ingrijpende) wijziging in het structuurmodel bijv. P.A.M. Witteveen, Het wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad, *Ondernemingsrecht* 2002-8, p. 231-236.

30 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 en HR 7 november 1986, NJ 1987, 226.

31 Een synthese van die rechtspraak geeft A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Reeks VvA nr. 33, Deventer: Kluwer 2004.

32 Vgl. Van der Grinten 2008, p. 91-92, met verwijzing naar die rechtspraak en de literatuur daarover.

R.A.A. Duk

Ook op andere onderdelen van het arbeidsrecht zijn er reeksen van uitspraken van de Hoge Raad die gezichtsbepalend zijn. De positie van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer is daar een belangrijk voorbeeld van. Die rechtspraak is in 1978 begonnen, is vanaf 1985 sterk uitgewerkt en lijkt thans min of meer een eindpunt te hebben bereikt.<sup>33</sup> Dit onderwerp is vooral interessant door het samenspel van (hoogste) rechter en wetgever, die in feite een soort 'haasje-over' hebben gespeeld, waarbij veel van wat die rechtspraak leerde, thans in artikel 7:629 en 7:658a BW is terug te vinden. De praktische toepassing van de ontwikkelde leer blijft bij dat alles echter vaak problematisch, vooral omdat de feitelijke rechter niet goed toegerust is om te beoordelen welke passende arbeid er binnen de onderneming van de werkgever al dan niet beschikbaar is of, door organisatorische ingrepen, beschikbaar kan komen, en het feitelijke karakter van beslissingen daarover richtinggevend ingrijpen van de cassatierechter in belangrijke mate uitsluit. Een ander rechtsgebied waarvan het beeld wordt bepaald door een imposante en nog steeds toenemende reeks arresten, is dat van de bedrijfsongevallen en beroepsziektes.<sup>34</sup> Van die reeks kan worden gezegd dat de invoering van de nieuwe wettelijke regeling een grote stimulans is geweest door de daarmee gecreëerde omkering van de bewijslast die in het huidige artikel 7:658 BW is neergelegd. Het onderwerp behoort onbetwist tot het arbeidsrecht, al was het maar door de in dat artikel door de wetgever gemaakte, aan de werknemer een relatief grote bescherming biedende keuzes, zoals die voor eigen aansprakelijkheid slechts bij opzet of bewuste roekeloosheid. Van belang in de rechtspraak is ook de mate waarin bij gebreke van toepasselijkheid van de wettelijke regeling zelf door gelaedeerde werknemers kan worden teruggevallen op algemene normen, met name de eisen van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW.<sup>35</sup> Op dit deelgebied past echter niet de loftuiting die ik in de vorige paragraaf bij het stakingsrecht uitte, omdat de rechtspraak ook duidelijk maakt hoe moeilijk het is de grens te trekken waar de zorgplicht ophoudt, met name als voor de bepaling van die grens niet op specifieke regels van arbeidsomstandighedenrecht kan worden teruggevallen.<sup>36</sup> Verder maakt de rechtspraak, zoals die over de omkeringsregel<sup>37</sup> en die over proportionele aansprakelijkheid,<sup>38</sup> duidelijk dat de arbeidsrechtbeoefenaar (zowel de rechter als de advocaat) niet kan buiten een bepaald meer dan basale kennis van het algemene aansprakelijkheidsrecht.

Niet alle ontwikkelingen in de cassatierechtspraak zijn zo positief te duiden. Zo leidt het beginsel dat in 'Taxi Hofman'<sup>39</sup> is neergelegd tot grote praktische problemen. Van die problemen gaf enkele jaren geleden een overzichtsartikel van Zondag een

33 Zie de rechtspraak genoemd in noot 18; zie recent Hof Den Bosch 6 januari 2009, JAR 2009/54 en Hof Amsterdam 9 juni 2009, JAR 2009/229.

34 Zie voor een recent overzicht C.J.M. Klaassen, De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW: hoe staat het ermee?, SMA 2008/5, p. 210-221; zie sindsdien HR 11 april 2008, JAR 2008/146.

35 HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 en 57 en HR 12 december 2008, JAR 2009/15.

36 Zie voor principiële kritiek in de hier bedoelde zin de annotatie van T. Hartlief onder HR 20 februari 2009, NJ 2009, 335 (mede betrekkelijk tot de in noot 35 genoemde en vier andere arresten).

37 HR 17 november 2000, JAR 2000/261 en HR 23 juni 2006, JAR 2006/174.

38 HR 31 maart 2006, JAR 2006/100 en 101.

39 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.

goed en daarmee wat mij betreft in veel opzichten verontrustend beeld.<sup>40</sup> Dat beeld maakt duidelijk dat sommige lagere rechters aanzienlijk soepeler zijn dan andere wat de ruimte betreft die het door de Hoge Raad geformuleerde criterium laat. Ook bestaat onduidelijkheid over de normen die moeten worden toegepast bij individuele en bij collectieve wijzigingen, en over de vraag welke arbeidsvoorwaarden onder welke omstandigheden voor welke wijzigingen in aanmerking komen. Een poging van de Hoge Raad uit 2008<sup>41</sup> om op dit gebied enige orde te scheppen, heeft in de daaraan gewijde literatuur geen onverdeeld positief onthaal<sup>42</sup> gevonden. Ook de verhouding tussen het met die twee arresten in artikel 7:611 BW (in)gelezen criterium en dat geldend voor de mogelijkheid van een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 7:613 BW is na het meest recente arrest nog steeds allesbehalve helder.

De jurisprudentiële ontwikkelingen van de afgelopen 25 jaar op andere deelgebieden van het arbeidsovereenkomstenrecht zijn minder spectaculair. Er is een gestage, maar niet al te brede stroom uitspraken over de in artikel 7:610 BW gegeven definitie van een arbeidsovereenkomst, in welke uitspraken met name de vraag aan de orde is wanneer van de vereiste ondergeschiktheid sprake is.<sup>43</sup> Die rechtspraak heeft aanleiding gegeven tot analyses in de vakliteratuur die in het Byzantijnse Rijk niet zouden hebben misstaan, zo subtiel zijn de onderscheidingen die daarbij door de auteurs worden gepropageerd.<sup>44</sup> De rechtspraak op dat punt reflecteert naar mijn indruk in belangrijke mate de maatschappelijke ontwikkelingen, die meebrengen dat het prototype van 'de' arbeider uit de eeuw van mijn grootvader steeds minder voorkomt.

Met de tot nu toe gegeven voorbeelden is het gebied van het ontslagrecht nog niet betreden. Op dat voor de praktijk zo belangrijke gebied is de bijdrage van de cassatierechtspraak van beperkte betekenis. Voor een deel is dat het gevolg van het gebruik van vage normen, zoals 'dringende redenen' en 'kennelijk onredelijk'. Bij zulke normen is immers sprake van zogeheten gemengde rechtsbegrippen, en de toepassing daarvan in hoger beroep kan door de cassatierechter slechts marginaal worden getoetst.<sup>45</sup> Dat laat echter onverlet dat de Hoge Raad ten aanzien van deelonderwerpen wel degelijk richting kan geven en heeft gegeven door het formuleren van

40 W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de lagere rechtspraak*, ArA 2006/3, p. 4-54. Zie ook J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA nr. 36, Deventer: Kluwer 2008.

41 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204.

42 Zie bijv. J.M. van Slooten, 2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht, ArA 2008/3, p. 53-66.

43 Standaardarrest is HR 14 november 1997, JAR 1997/263. Zie sindsdien HR 14 april 2006, JAR 2006/119 en recent Hof Den Bosch 21 april 2009, JAR 2009/144.

44 Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur over ondergeschiktheid Van der Grinten 2008, p. 20-26. De verschillende opvattingen worden tegenover elkaar gezet in J.J.M. de Laat, *Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie*, ArA 2007/1, p. 47-68.

45 Vgl. mijn *De Hoge Raad en het ontslag op staande voet*, SMA 1982/7/8, p. 508-525 en *De Hoge Raad en de kennelijk onredelijke opzegging*, SMA 2004/4, p. 164-170 en S.F. Sagel & E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?*, in: *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Reeks VvA nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 83-118.

R.A.A. Duk

vuist- en subregels, zoals de rechtspraak uit de jaren zeventig en tachtig over al dan niet onwettige afwezigheid bij een beroep van de werknemer op ziekte aan- toont.<sup>46</sup> Met name bij kennelijk onredelijk ontslag is de bijdrage van de Hoge Raad tot nu toe beperkt, maar daarbij zal zeker een rol spelen dat hem op dat deelgebied ook betrekkelijk zelden om principiële uitspraken is gevraagd.<sup>47</sup> Een rechterlijk gebouw dat met een proces van horten en stoten tot stand is gekomen, maar waar- mee toch redelijk kan worden gewerkt, is dat van de instemming van de werknemer met ontslag.<sup>48</sup> Specifiek arbeidsrechtelijk is dan te noemen dat die op bescherming gerichte rechtspraak wél door de werknemer kan worden ingeroepen, maar niet door de werkgever die door een voormalige werknemer aan een min of meer onduidelijke ontslagverlening gehouden wordt.<sup>49</sup> In dat kader kan verder de rechtspraak over de ontbindende voorwaarde worden genoemd, waarbij twee gedachten tegenover elkaar staan: enerzijds de gedachte dat een dergelijke voorwaarde nu eenmaal inge- volge het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke algemene verbintenissenrecht mogelijk is en anderzijds de gedachte dat een dergelijke voorwaarde niet mag worden gehanteerd om (te zeer) afbreuk te doen aan het in beginsel gesloten systeem van het ontslagrecht.<sup>50</sup> De rechtspraak op dit deelgebied is op punten moeilijk voor- spelbaar, vooral omdat niet eenvoudig valt aan te geven wat door dat systeem wel en niet wordt uitgesloten.<sup>51</sup>

In de zojuist in vogelvlucht weergegeven jurisprudentie van de Hoge Raad is de ontbinding wegens gewichtige redenen niet genoemd. Dat ligt voor de hand, nu artikel 7:658 lid 11 BW hoger beroep en cassatie uitsluit, maar is toch niet (geheel) terecht, en dat niet alleen vanwege de – vaak nogal subtiele – rechtspraak waarmee die uit- sluiting van rechtsmiddelen ten dele is opgeheven.<sup>52</sup> Veel van de cassatierechtspraak over dit onderwerp valt tot de naam van een enkele ongelukkige werknemer terug te brengen: ‘Baijings’. Sinds 1997 is er een reeks uitspraken over de vraag welke vorderingen na een ontbindingsprocedure nog mogelijk zijn.<sup>53</sup> Aan die reeks van arresten is in de vakliteratuur aandacht besteed, waarbij de schrijvers het niet eens

46 Zie over deze rechtspraak en de daaraan gewijde literatuur Van der Grinten 2008, p. 395-398.

47 Vgl. HR 15 februari 2008, JAR 2008/76. Zo'n principiële uitspraak, over de (wijze van) berekening van de ontslagvergoeding ex art. 7:682 BW in relatie tot die ex art. 7:685 BW, is na het inzenden van dit artikel gegeven in de zaak met nr. 09/00978 LJN BJ 6596 op 27 november 2009 (Van de Grijp/Stam).

48 Vgl. bijv. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211; HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457; HR 12 september 1986, NJ 1987, 267; HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390; HR 15 november 2002, JAR 2002/295 en HR 15 september 2003, JAR 2003/244.

49 HR 1 juni 2005, JAR 2005/197.

50 HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685; HR 13 februari 1998, NJ 1998, 700 en HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607.

51 Vgl. Van der Grinten 2008, p. 306-308 voor een weergave van rechtspraak en literatuur over deze kwestie.

52 Vgl. bijv. HR 12 maart 1982, NJ 1983, 181; HR 18 december 1987, NJ 1988, 351; HR 14 april 1992, NJ 1992, 672 en HR 16 september 1994, NJ 1995, 76.

53 Zie onder meer HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 644; HR 2 november 2001, NJ 2001, 667 en HR 11 juli 2008, JAR 2008/203.

waren over de mate waarin die rechtspraak dergelijke navorderingen uitsluit of juist toelaat.<sup>54</sup>

Met het vorenstaande is globaal aangeduid welke lijnen de cassatierechtspraak heeft getrokken, maar is niet aangegeven op basis van welke argumenten dat is gebeurd. In veel gevallen valt dat aan de rechtspraak ook niet werkelijk te ontleen. Regelmatig ontbreekt immers een diepgaande motivering, en waar die van tijd tot tijd wel wordt gegeven, overstijgt deze niet altijd het niveau van de dooddoener, zoals het beroep op een 'redelijke wetstoepassing'. In dat opzicht verschilt de Nederlandse rechtspraak (nog steeds) sterk van de Engelse en de Amerikaanse, maar ook van de Duitse, en laat deze haar schatplichtigheid aan de Franse rechtspraak blijken, waarin de rechter zijn kracht vooral in het apodictische placht te zoeken. Het is hier niet de plaats om positie te kiezen in het debat over de gewenste wijze van motivering van (hoogste) rechterlijke uitspraken, al was het maar omdat dat debat geen specifiek arbeidsrechtelijke materie betreft, maar de rechtspraak – en zeker niet alleen de civiele rechtspraak – als geheel aangaat. Dat debat maakt ook een ander punt duidelijk, dat verklaart waarom op sommige hier aangeduide deelgebieden niet is en niet kon worden volstaan met een enkel standaardarrest, maar een reeks van arresten nodig was om duidelijkheid te geven. 'Fools rush in where angels fear to tread': wie als hoogste rechter de eerste aan hem voorgelegde zaak aangrijpt om direct als wetgever-plaatsvervanger de materie met behulp van 'hard and fast rules' in kaart te brengen, zal al snel ervaren dat hij veelal niet goed in staat was de gevolgen van zijn ingrijpen onmiddellijk in de volle breedte te overzien, en zal regelmatig genoodzaakt blijken vervolgens allerlei verfijningen aan te brengen.<sup>55</sup>

Een zeker begrip voor een terughoudende, op de casus toegespitste en relatief oppervlakkig gemotiveerde cassatierechtspraak neemt niet weg dat er in die rechtspraak ook gevallen zijn aan te wijzen waarin de motivering wél in de diepte gaat en de argumenten pro en contra helder worden uiteengezet, en inzichtelijk worden afgewogen om tot een principiële en overtuigende keuze te komen. De al genoemde arresten uit 1986 over het stakingsrecht zijn daarvan een goed voorbeeld, evenals het arrest van 2004 waarin voor de uitleg van cao's uitgebreid is gemotiveerd in welke opzichten die uitleg wel en niet verschilt van die van 'gewone' overeenkomsten.<sup>56</sup> Op het gebied van het eigenlijke (individuele) arbeidsovereenkomstenrecht acht ik met name arresten uit 1989 en 2003 voorbeeldig. Het eerste van die arresten betreft de vraag of een werknemer die ontbinding ex (thans) artikel 7:685 BW wegens een dringende reden heeft verkregen, in een bodemprocedure een verdergaande aanspraak heeft dan die op de gefixeerde schadevergoeding.<sup>57</sup> Het arrest beantwoordt die vraag bevestigend op basis van een analyse van de ontwik-

54 Zie met name T.F.E. Tjong Tjin Tai & Th. Veling, *Opkomst en terugtred van de Baijings-leer*, in: *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Reeks VvA nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 155-183.

55 Zie de in noot 26 bedoelde annotatie van T. Hartlief.

56 HR 20 februari 2004, JAR 2004/83. Hoe warrig het spoor is dat uiteindelijk tot die uitspraak heeft geleid, blijkt uit T.H. Tanja-van den Broek, *De Hoge Raad, CAO's en uitleg*, in: *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Reeks VvA nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 133-153.

57 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451.

R.A.A. Duk

keling van het ontslagrecht sinds de invoering van de ontbindingsmogelijkheid in 1907, en gelet op de onaantrekkelijke wegen die de werknemer anders zou moeten volgen om zijn door de werkgever uitgelokte schade vergoed te krijgen. Het tweede arrest, dat uit 2003, betreft de vraag of het systeem van het arbeidsrecht meebrengt dat een zogeheten bindende partijbeslissing niet toelaatbaar moet worden geacht, hoezeer deze ook ingevolge het algemene overeenkomstenrecht mogelijk is.<sup>58</sup> Ook in dat arrest wordt de motivering van de Hoge Raad gekenmerkt door aandacht voor het arbeidsrechtelijke systeem, zoals de regel dat niet aan de werkgever kan worden overgelaten om te bepalen wat wel en niet een dringende reden voor ontslag op staande voet is.

Van hoog naar laag, maar daarmee nog niet van het sublieme naar het ridicule. Enigszins ridicuul is wel wat ik niet aan mijn grootvader maar aan mijn vader ontleen. Als nog jong adjunct-secretaris van een commissie had hij te maken met een Delftse kantonrechter die, in het midden van de jaren vijftig, in de beslotenheid van die commissie moet hebben opgemerkt: 'De Kantonrechter is er om te beslissen wie gelijk heeft. Willen de mensen ook nog weten wáárom, dan gaan ze maar in hoger beroep.' Dat is een praktische wijsheid, maar niet een die men heden ten dage gemakkelijk aan de verliezende partij kan verkopen, zeker niet als hoger beroep niet eens mogelijk is, zoals bij ontbindingsbeschikkingen. De mogelijkheid van ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden zoals die in 1953 haar huidige vorm heeft gekregen, inclusief de mogelijkheid van een naar billijkheid te bepalen ontslagvergoeding, speelde geen rol in de beschouwingen van Levenbach uit 1959 noch in die van Van der Grinten uit 1982. Het gebruik van deze mogelijkheid is zijn ogenschijnlijk onstuitbare opmars ergens in de tweede helft van de jaren zeventig begonnen. Het feitelijk vastlopen van de procedure ex artikel 6 BBA gedurende de economische crisis van de eerste helft van de jaren tachtig – in Rotterdam duurde het, naar verluidt, zes maanden of meer voordat de ontslagcommissie na afloop van het schriftelijk debat adviseerde; dat maakte echter weinig uit, omdat de toestemming meestal toch werd onthouden, verzuchtte mr. C.G. Scholtens eens (vertrouwelijk) – is vervolgens een belangrijke stimulans voor het beroep op de ontbindingsbepaling geweest. De frequentie waarmee al snel van die mogelijkheid gebruik werd gemaakt, bracht naar voren dat de vergoedingen niet erg consistent werden bepaald – met soms als impliciet argument: 'iudex non calculat' – en dat leidde, na pogingen tot ordeningen in de literatuur<sup>59</sup> en zulke fenomenen als 'de Zwartkruis-formule', eind 1996 tot 'de Aanbevelingen' van de Kring van Kantonrechters.<sup>60</sup> Aan de hand daarvan kan worden bepaald wat in een gegeven situatie een 'neutrale vergoeding' is. De discussie over het ontslagrecht die ik hiervoor aanduidde, betreft zeker niet in de laatste plaats de hoogte van de volgens de kantonrechtersformule berekende vergoeding. In het vorige kabinet heeft minister De Geus een aanzet proberen te geven

58 HR 14 november 2003, NJ 2004, 138.

59 Vgl. bijv. L.A.E. Briët, Gouden handdruk of trap na?, in: Het ontslagrecht in de praktijk, Deventer: Kluwer 1984, p. 94-104 en C.G. Scholtens, De vergoeding van artikel 7A:1639w BW: calculare necesse est, Trema 1993/11, p. 435-446.

60 Zie daarvoor SMA 1997/1, p. 20-26 en daarover H.T. van der Meer & G.J.J. Rensink, Achter de aanbevelingen, SMA 1997/1, p. 7-19.

om te komen tot een halvering van die vergoeding, maar de rimpels die hij daarmee in de arbeidsrechtelijke vijver veroorzaakte, hebben niet direct tot een concreet resultaat geleid. Wel heeft de Kring van Kantonrechters, gehoord de kritiek uit de maatschappij, met name van werkgevers, de formule per 1 januari 2009 neerwaarts bijgesteld.<sup>61</sup> Inmiddels is de verhouding tussen de vergoeding bij ontbinding en die waarop aanspraak ontstaat na een kennelijk onredelijke opzegging, sinds eind 2008, een bron van grote werkverschaffing voor arbeidsrechtjuristen.<sup>62</sup>

Met dat alles is nog geen specifieke kritiek op de ontbindingspraktijk verwoord. Toch is dergelijke kritiek naar mijn oordeel op zijn plaats. Mijn kritiek betreft de volgende punten. (1) De Aanbevelingen maken niet duidelijk wanneer een ontbindingsverzoek wel en niet behoort te worden ingewilligd. Uit de motivering van beschikkingen in betwiste zaken blijkt dat evenmin steeds, al was het maar omdat bij die motivering veelal de in de vorige alinea aangeduide Delftse wijsheid wordt toegepast. Zo wordt vaak volstaan met een dooddoener zoals dat 'uit het verhandelde ter terechtzitting blijkt dat de verhouding tussen partijen verstoord is'. (2) Die praktijk van in het algemeen summiere en verder op de omstandigheden van het geval toegespitste motiveringen brengt mee dat niet duidelijk is hoe de criteria die de rechter hanteert, zich verhouden tot die welke de CWI, thans UWV WERKbedrijf, bij de toepassing van het Ontslagbesluit heeft te hanteren.<sup>63</sup> Dat is onwenselijk, omdat bij de huidige stand van zaken beide mogelijkheden praktisch gelijkwaardige alternatieven zijn, en het rechtvaardiging behoeft (vooral) als men ontbinding mogelijk acht in gevallen waarin weigering van een ontslagvergunning valt te verwachten dan wel, in het geval van een 'informeel' appèl, die weigering reeds een feit is. (3) Zonder af te doen aan het nut van de overzichten zoals die sinds jaar en dag in ArbeidsRecht worden gepubliceerd,<sup>64</sup> valt niet eenvoudig een systeem te ontdekken in de wijze waarop de correctiefactor uit de kantonrechtersformule wordt gehanteerd. Preciezer gezegd: aan de rechtspraak valt nog wel te ontlenen welke soorten omstandigheden in het algemeen verhoging dan wel verlaging ten opzichte van de 'neutrale' vergoeding rechtvaardigen, maar het valt op voorhand aan de justitiabele niet aan te geven tot welke specifieke aanpassing de in zijn individuele geval aanwezige bijzondere factoren zullen leiden, al was het maar omdat in de ontbindingspraktijk de correctiefactor, zo deze al wordt benoemd, slechts zelden op kwantitatieve wijze inzichtelijk pleegt te worden gemaakt. Veel verder dan dat de meeste kantonrechters ook in gevallen van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de

61 JAR 2008/300, waarover J.J. Trap, Een kritische blik op de nieuwe Aanbevelingen, TRA 2009/2, nr. 14 (p. 16-19) en de bijdragen van een zestal auteurs onder het motto Licht over de kantonrechtersformule, NJB 2009/4, nr. 178/183 (p. 234-242).

62 Vgl. Hof Den Haag 14 oktober 2008, JAR 2008/290 en 291 en 20 januari 2009, JAR 2009/53 met Hof Arnhem 7 juli 2009, JAR 2009/198; Hof Den Bosch 7 juli 2008, JAR 2009/200 en Hof Arnhem 21 juli 2009, JAR 2009/197. Zie inmiddels HR 27 november 2009 nr. 09/00978, LJN BJ 6596 (Van de Grijp/Stam).

63 Zie voor die criteria J. Meijer e.a. (red.), Ontslagprocedure CWI. Beleidsregels en regelgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007. Uitspraken waaruit blijkt van de in de tekst bedoelde spanning zijn recent bijv. Ktr. Utrecht 3 april 2009, JAR 2009/112 en Ktr. Utrecht 8 juni 2009, JAR 2009/176.

64 Laatste C.J. Loonstra & P. Kruit, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk, ArbeidsRecht 2009/6/7, nr. 31, p. 7-23.

R.A.A. Duk

werkgever niet vaak hoger uitkomen dan  $C=2$ , met een (door de huidige Aanbevelingen beperkte) uitzondering voor korte dienstverbanden, komt men niet. Dat alles is onbevredigend.

### Een korte blik op de toekomst

Voorspellen is, volgens een wijs woord, moeilijk, vooral als het de toekomst betreft. Wat staat ons, is het niet in de komende 25 jaar, dan toch in elk geval tot bijvoorbeeld 2015, zo al aan wetgeving en rechtspraak te wachten? Door Oliver Wendell Holmes Jr. is, in 'The path of the law', verdedigd dat juridische wetenschap niet anders is dan het voorspellen van wat de rechter zal beslissen. Hans Kelsen zou zulk voorspellen zeker niet als wetenschap aanvaarden. Wie de arbeidsrechtelijke literatuur volgt, weet dat de wens daarin vaak de vader is van de gedachte, in die zin dat een auteur verdedigt hoe zijns inziens het recht luidt of zou moeten luiden, waarbij het dan maar aan, zo mogelijk, de rechter of, zo nodig, de wetgever is om die wens in positief recht om te zetten. Het is moeilijk – maar zeker niet in alle gevallen onmogelijk – om aan te geven waaraan dergelijke uitspraken een zeker gezag kunnen ontleen. Gelet op de hoogte van hun voetstuk kan het Levenbach en Van der Grinten worden vergeven dat zij in hun terugblikken ook wat van dergelijke perspectieven hebben geopend. Mij past een wat bescheidener opstelling.

Het arbeidsrecht bloeit. Na de RBA moest het arbeidsrecht uit Nederland zich jarenlang voor zijn jurisprudentie tevreden stellen met NJ en de Praktijkids. Sinds 1990 is er Jurisprudentie Arbeidsrecht, en dat blad heeft de laatste jaren de nodige concurrenten gekregen. Ook 'online' is veel lagere (arbeids)rechtspraak toegankelijk. Dat maakt het mogelijk te bezien of daarin deelonderwerpen opkomen die bijzondere aandacht verdienen. Eerlijk gezegd valt dat wat tegen. Binnen de gepubliceerde rechtspraak vertegenwoordigen ontbindingsbeschikkingen, en wat daarmee samenhangt, nog steeds een grote pluraliteit. Daarbij is vaak inzet of al dan niet moet worden ontbonden en, als dat zo is, welke C-factor op zijn plaats is. Het ontslag op staande voet speelt slechts mondjesmaat, en principiële vragen zijn daarbij maar in beperkte mate aan de orde.<sup>65</sup> Het kennelijk onredelijk ontslag is recent met stip gestegen, maar de vraag is of dat blijvend is of dat de materie met een voor de Hoge Raad aanvaardbare 'Hof-formule' zal worden uitgekristalliseerd. De bepaling van indertijd artikel 1638z BW, thans artikel 7:611 BW, die volgens Van der Grinten in 1982 een praktisch dode letter was, leeft thans sterk, en niet alleen op het punt van de schorsing, waarin de rechtspraak sinds ongeveer 1975 wel een hanteerbare juridische constructie heeft opgeleverd.<sup>66</sup> Over de eenzijdige wijziging, met en zonder beding als bedoeld in artikel 7:613 BW, valt zeker nog de nodige rechtspraak te verwachten, en datzelfde geldt voor een ander succesnummer, dat waarin het erom gaat of al dan niet ontslag is aanvaard. Men zou denken dat de materie van artikel

65 Een recente uitzondering vormt HR 14 september 2007, JAR 2007/250, waarover W.L. Roozendaal, Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid, ArA 2008/1, p. 43-76.

66 G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Reeks VvA nr. 29, Deventer: Kluwer 1999.

7:658 BW, in combinatie met die van artikel 7:611 BW, inmiddels wel zo'n beetje door de hoogste rechter in kaart is gebracht, maar de praktijk leert dat de werkelijkheid altijd nog gekkere casusposities oplevert dan in de studeerkamer kunnen worden bedacht; zo is bijvoorbeeld nog onduidelijk hoe ver de verzekering voor ongevallen bij werkverkeer zo ongeveer moet gaan.<sup>67</sup>

Wie gokt dat ontslagrechtelijke wetsvoorstellen de parlementaire eindstreep niet zullen halen, mag bij winst geen hoge uitkering verwachten. Ervaringen uit het verleden geven weliswaar geen garantie voor de toekomst, maar na de commotie die minister Donner in de zomer van 2007 met zijn – wat mij betreft even radicale als ondoordachte – voorstellen wist op te roepen, valt – afgezien van de muis van de beperking van de ontslagvergoeding die die berg heeft gebaard – op dit gebied weinig nieuws te verwachten. Eventuele wetgeving ter beperking van de 'bonuscultuur' is wellicht, vanuit overwegingen van politieke opportuniteit, onvermijdelijk, maar lijkt mij vooral door de waan van de dag verlangd, en zal wellicht enig effect hebben op de hoogte van ontslagvergoedingen, zoals ook de Code Corporate Governance dat zou moeten hebben.<sup>68</sup> Vanuit Europa zal de komende jaren ongetwijfeld nog van tijd tot tijd het een en ander worden aangedragen, maar nu het accent daar op 'flexicurity' is gelegd, lijkt de kans klein dat in Nederland het door de Wet flexibiliteit en zekerheid gecreëerde landschap fundamenteel moet worden heringericht.

Niet alleen rechtspraak en wetgeving verdienen in dit verband aandacht, maar ook de arbeidsrechtwetenschap. Bloeit die? In kwantitatief opzicht zeker, getuige het aanbod aan periodieken die zich, exclusief of deels, met het sociaal recht bezighouden. Ook worden er van tijd tot tijd prachtige dissertaties verdedigd, zoals in de laatste jaren die van, in chronologische volgorde, Van Slooten,<sup>69</sup> Van Hoek<sup>70</sup> en Even.<sup>71</sup> De Vereniging van Arbeidsrecht laat met een zekere regelmaat boeiende monografieën publiceren, zoals die van Heerma van Voss, Jaspers, De Laat en Verhulp.<sup>72</sup> Het arsenaal handboeken is de laatste jaren uitgebreid met de coproductie van Loonstra en Zondag<sup>73</sup> en met een nieuw deel in de Asser-serie.<sup>74</sup> Ook is er de afgelopen 25 jaar een aantal boeiende oraties gehouden, waarbij ik met name

67 Zie daarover W.H. van Boom, G.N. van Kooten & P.L.M. Schneider, *Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke verzekering?*, *ArA* 2008/2, p. 43-60.

68 Vgl. bijv. F.B.J. Grapperhaus, *De beloning en de afvloeiingsregeling van de bestuurder van grote ondernemingen*, in: *De werknemer in het ondernemingsrecht*, Geschriften vanwege het Van der Heijden Instituut deel 76, Deventer: Kluwer 2004, p. 111-121.

69 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999.

70 A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers. Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

71 J.H. Even, *Transnational collective bargaining in Europe*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

72 Zie de publicaties genoemd in noten 31, 40 en 66, alsmede E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA nr. 28, Deventer: Kluwer 1999.

73 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

74 C. Asser/G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 5. *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008.

R.A.A. Duk

de Maastrichtse oratie van Fase<sup>75</sup> en de Nijmeegse van Verburg<sup>76</sup> noem. Toch is enige terughoudendheid op dit punt op zijn plaats. Prikkelende monografieën van een aard als die van Van Peijpe over de conjunctuur in het arbeidsrecht<sup>77</sup> zijn er helaas te weinig. In de tijdschriften verschijnt wel heel veel dat niet (veel) meer is dan een praktische beschrijving van rechtspraak of nieuwe wetgeving. Het aantal keren dat werkelijk synthetiserende en ontwikkelingen in hun langjarige context plaatsende artikelen als dat van Passchier over, kort gezegd, loonverhoudingsvoorschriften<sup>78</sup> verschijnen, is per jaar gemakkelijk op de vingers van een licht verminkte hand te tellen. Het korte bestek dat voor de moderne lezer noodzakelijk schijnt te zijn, draagt niet aan de diepte van het doordenken bij. Zo dreigt de arbeidsrechtelijke literatuur veeleer rapporteur van dan vliegwielen voor nieuwe jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen te zijn. Slechts een enkele keer wordt indringend de vraag gesteld waartoe het arbeidsrecht dient en waarheen het met dat deel van het recht gaat.<sup>79</sup>

## Conclusie

Valt er een les uit de voorgaande bespiegelingen te trekken? Voor het antwoord op die vraag keer ik terug naar de uitgangspunten van het arbeidsrecht. De Wet op de arbeidsovereenkomst kent, als gezegd, dwingend recht dat in veel gevallen vage normen hanteert. Dat is in feite in tegenspraak met elkaar, omdat dwingend recht is gericht op zekerheid over de omvang van de met dat recht gegeven bescherming, en een vage norm die zekerheid per definitie niet (of in elk geval slechts in beperkte mate) geeft. Met die vage normen wordt de beslissing in het concrete geval aan de rechter gedelegeerd. Dat veronderstelt afweging van onderscheiden belangen, waarbij de beschermingsgedachte in het arbeidsrecht uit de aard der zaak een belangrijke rol speelt, maar per definitie niet, en zeker niet steeds, doorslaggevend behoeft te zijn. Die afweging kan aan de rechter worden overgelaten in een situatie waarin tussen de rechter en de betrokken partijen, beter wellicht: in 'de' maatschappij, een belangrijke mate van consensus over het relatieve gewicht van de in aanmerking te nemen feiten, omstandigheden en (vooral) belangen bestaat. Dat die maatschappelijke consensus tegenwoordig in veel gevallen ontbreekt, verklaart voor een belangrijk deel waarom op tal van arbeidsrechtelijke rechtsgebieden geen wetgeving tot stand komt dan wel wetgeving die zo'n duidelijk en onbevredigend compromiskarakter draagt dat deze meer problemen oproept dan daardoor worden opgelost. Onder die omstandigheden wordt ook de taak van de rechter moeilijker en is de aanvaardbaarheid van zijn beslissingen voor, zo niet alle dan toch het overgrote deel

75 W.J.P.M. Fase, *Wederzijds begrip. Over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

76 L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder. Over recht, arbeid en medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2008.

77 T. van Peijpe, *De conjunctuur van het arbeidsrecht. Rechtsontwikkeling in Nederland en andere landen 1975-1990*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1990.

78 C.F. Passchier, *Loon naar werkgever of loon naar werkvloer*, SMA 2002/1, p. 7-41.

79 I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2009. Zie ook P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht*, Hand. NJV 2001-1.

van, de rechtzoekenden minder vanzelfsprekend. Dat maakt de noodzaak van precieze, tegelijkertijd zowel op het geval toegespitste als inzicht in de aard van de gemaakte afweging gevende rechterlijke motiveringen alleen maar groter.

‘Moge u leven in interessante tijden.’ Dat is een bekende Chinese vervloeking. Mijn grootvader leefde in interessante tijden: de stormachtige ontwikkelingen rond de een na laatste eeuwwisseling, de Eerste Wereldoorlog, de ‘roaring twenties’, de crisis, de Tweede Wereldoorlog, de wederopbouw en, ten slotte, het begin van de welvaart vanaf het midden van de jaren zestig. Hij overleed in 1972. Zo interessant lijkt het begin van de eenentwintigste eeuw in Nederland vooralsnog niet, al zet de financiële crisis veel in beweging, zoals ‘Wall Street’ dat in en na 1929 deed, maar dat die Oosterse vervloeking ook voor het arbeidsrecht van dit moment geldt, valt moeilijk te ontkennen. Op dat punt is de conclusie van Levenbach over het ‘rustig bezit’ uit 1959 op dit moment niet minder achterhaald dan Van der Grinten die conclusie reeds in 1982 bevond.