

ANNOTATIE

Wijzigingsontslag is niet in strijd met Ontslagbesluit noch kennelijk onredelijk. Over de ‘tweewegenleer’ in het ontslagrecht

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Inleiding

Door alle commotie over de begroting van ontslagvergoedingen het afgelopen jaar, zou je bijna vergeten dat het Nederlandse ontslagrecht nog andere merkwaardige aspecten bevat behalve de verschillen in ontslagvergoedingen op grond van artikel 7:681 en 7:685 BW. Een van die aspecten is het feit dat een opzegging waarvoor een vergunning van het UWV is verkregen, toch kennelijk onredelijk of zelfs vernietigbaar kan zijn. Het kost elke keer weer een momentje om deze realiteit bij bijvoorbeeld een nieuwe generatie studenten te laten bezinken. ‘Maar de werkgever heeft van het UWV... En dan toch...??’ Ja, echt.

De onderhavige uitspraak betrof de vraag of een zogeheten ‘wijzigingsontslag’ kennelijk onredelijk was. Het CWI (thans UWV) had een ontslagvergunning verleend met de ‘premissie’ dat de werkgever de werknemer aansluitend aan de beëindiging van het lopende dienstverband een arbeidsovereenkomst had aangeboden voor 36 uur per week, met overigens evenredig aangepaste arbeidsvoorwaarden. Voor die tijd verrichtte de werknemer behalve die 36 uur per week ook nog betaalde beschikbaarheidsdiensten, die inmiddels echter waren uitbesteed. Daarvoor had hij een vergoeding (met C=1) ontvangen conform een Sociaal Plan, en, zoals vermeld, het aanbod voor een gewijzigde aanstelling, dat door hem was geaccepteerd. Desalniettemin was het ontslag volgens hem kennelijk onredelijk. Een argument daarvoor was dat het UWV niet bevoegd was toestemming te geven voor een wijzigingsontslag, omdat dit in strijd zou zijn met inhoud en strekking van het Ontslagbesluit, en omdat door het wijzigingsontslag de volgens hem strengere toets aan het Taxi-Hofman-criterium zou worden omzeild.

‘Tweewegenleer’ in het ontslagrecht

Het feit dat er voor het ontslag van de werknemer afzonderlijke publiekrechtelijke en civielrechtelijke toetsen bestaan, wordt wel verdedigd met de redenering dat (thans) het UWV bij het toetsen van het voorgenomen ontslag voornamelijk let op het algemeen belang, met

name de arbeidsmarktsituatie en de instroom in de sociale zekerheid, terwijl de civiele rechter vooral naar de individuele aspecten van het geval kijkt, inclusief de betrokken individuele belangen, rechten en verplichtingen van de werkgever en de werknemer. Dit verschil is enerzijds voor het UWV vermoedelijk reden om terughoudend te zijn bij het meewegen van 'typisch civielrechtelijke' aspecten van het geschil, zoals de aanwezigheid van wettelijke of bij cao overeengekomen opzegverboden (zie Beleidsregels Ontslagtaak (BO) 1-5), of de 'schuld' van partijen, bijvoorbeeld bij de ontslaggronden disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie (BO 30-3 en 33-9). Anderzijds is dit verschil in toetsingsgronden een reden voor de civiele rechter om het oordeel van (thans) het UWV slechts te beschouwen als een gezichtspunt bij de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk was. De omstandigheid dat voor het ontslag toestemming is verleend, staat er niet aan in de weg dat de rechter het ontslag als kennelijk onredelijk kan beschouwen, zij het dat de vergunningverlening een factor kan zijn waarop de rechter mag letten bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag (HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 330). De burgerlijke rechter heeft volgens de Hoge Raad namelijk een eigen verantwoordelijkheid en beslist zelfstandig of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is (HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 783 m.nt. PAS).

Deze 'tweewegentheorie' is echter minder helder dan het lijkt. Ten eerste wordt wel gesteld dat bij de toepassing van artikel 6 BBA sinds 1945 het accent steeds meer is verschoven van het dienen van het algemeen belang naar het beschermen van (met name zwakke) werknemers tegen onredelijke beëindiging van de arbeidsverhouding (zie bijvoorbeeld recentelijk F.M. Dekker in *ArA* 2010/2, p. 10; zie over de toepassing van het 'algemeen belang'-criterium ook kritisch A. van Leeuwen, *TAP* 2010/2). De strekking van de publiekrechtelijke en civielrechtelijke ontslagbescherming zou dientengevolge steeds minder grote verschillen vertonen. Ook strikt juridisch is er geen sprake (meer) van een heldere scheiding. Zoals bekend staat tegen een toestemmingsbesluit van het UWV geen bezwaar of beroep open. Mede daarom heeft de Hoge Raad zich inmiddels een aantal malen uitgelaten over de toelaatbaarheid van een bepaalde wijze van toepassen van het Ontslagbesluit (of de voorgangers ervan) door het UWV (of de voorgangers ervan). Daardoor mengt de raad zich middels civielrechtelijke uitspraken feitelijk toch in de 'publiekrechtelijke' ontslagtoets en ontstaat een zekere integratie van de publieke en civielrechtelijke procedures (zie reeds in die zin HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705 m.nt. P.A. Stein (Van der Hop/Muskens), conclusie van A-G Koopmans, punt 13). Enkele van die uitspraken komen hierna aan de orde.

Formele rechtskracht van toestemmingsbesluit?

In de feitelijke instanties in de onderhavige zaak was de vordering primair gegrond op de stelling dat de opzegging vernietigbaar was op grond van artikel 9 BBA, omdat de toestemming was gegeven op een wijze die in strijd was met het BBA of het Ontslagbesluit. Genoemde regels, boden, kort gezegd, volgens de werknemer geen grondslag voor een wijzigingsontslag, waardoor de toestemming geen rechtskracht had en de opzegging dus vernietigbaar was. Deze stelling was afgewezen door het hof met de overweging dat na verkregen toestemming van het CWI de rechtsgeldigheid van het ontslag uitgangspunt moet zijn (Hof Amsterdam 13 januari 2009, *RAR* 2009/99, r.o. 3.5; zie voor een soortgelijke overweging ook Hof Amsterdam 17 maart

2005, *JAR* 2005/110, r.o. 3.2). Volgens deze benadering wordt dus eigenlijk niet getoetst of de gebruikte toestemming al dan niet in overeenstemming was met artikel 6 BBA en het Ontslagbesluit. In plaats daarvan wordt als het ware de ‘formele rechtskracht’ van de toestemming als gegeven aanvaard. Die formele rechtskracht van een verleende toestemming zal zoals bekend steeds onmiddellijk ingaan, omdat er geen bezwaar en beroep mogelijk is tegen het besluit van het UWV. Deze benadering is in overeenstemming met de beschreven ‘tweewegenleer’. Steun voor deze benadering kan worden ontleend aan de overweging van de Hoge Raad in het arrest HAL/Van Werkhoven (HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441), luidende dat de werkgever mag afgaan op een door de directeur van het GAB verleende toestemming, zonder te hoeven onderzoeken of die vergunning, mede gelet op de betreffende richtlijnen, terecht is verleend. Uit die overweging kon worden afgeleid dat, ook al zijn er fouten in de BBA-procedure gemaakt, de rechtsgeldigheid van de verleende toestemming moet worden aanvaard, zodat een eventuele sanctie (uitsluitend) moet worden gezocht in de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. In die zaak was nietigheid van de opzegging evenwel niet bepleit, dus zeker was dat niet.

Voorwaardelijke toestemming getoetst

Nadien zijn er echter enkele arresten gewezen op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de geldigheid van het ontslag niet steeds als een gegeven aanvaardt, maar toetst aan inhoud en strekking van artikel 6 BBA en het Ontslagbesluit (of de voorgangers daarvan). Zo onderzocht de Hoge Raad in 1991 of de tekst van artikel 6 BBA te verenigen viel met het stellen van voorwaarden of voorschriften aan de toestemming. In dat geval ging het om een wederindiensttrekingsvoorwaarde, die volgens de Hoge Raad niet in strijd met de letter van artikel 6 BBA was, noch met het doel ervan, te weten het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen (HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705 m.nt. P.A. Stein (Van der Hop/Muskens), r.o. 3.2). In die uitspraak verklaarde de Hoge Raad het overigens tegelijkertijd ook aanvaardbaar dat de directeur GAB (thans het UWV) zich ‘begeeft op het terrein van het civiele ontslagrecht’. De directeur GAB heeft volgens de Hoge Raad nu eenmaal in het BBA ingrijpende bevoegdheden gekregen ten aanzien van de civielrechtelijke verhouding van werkgever en werknemer.

Na dit arrest heeft de minister in (de voorgangers van) het Ontslagbesluit beperkingen aangebracht in de mogelijkheden van (de voorgangers van) het UWV om voorwaardelijk toestemming te verlenen voor een ontslag. De enige toegelaten voorwaarde volgens het Ontslagbesluit is thans de wederindiensttrekingsvoorwaarde (art. 4:5 jo. 2:7 Ontslagbesluit). In een geval waarin de voorwaarde iets afweek van de voorgeschreven voorwaarde (‘na beëindiging van het dienstverband’ in plaats van ‘na bekendmaking van de toestemming’) heeft de Hoge Raad zich afgewend van een strikte toepassing van de ‘formele rechtskracht’-benadering. Deze benadering zou meebrengen dat een dergelijke toestemming onverkort geldig zou zijn, inclusief de ‘fout’ geformuleerde voorwaarde. Zo ver wilde de rechtbank in deze zaak echter niet gaan. Volgens de rechtbank mocht de voorwaarde als geldig worden aangemerkt ‘voor zover daarop een beroep mag worden gedaan binnen de grenzen van de bij Delegatiebesluit (een voorganger van het Ontslagbesluit, WR) gestelde grenzen’. De ongeldige

voorwaarde kon volgens de Hoge Raad met een analogische toepassing van artikel 3:41 en 42 BW inderdaad worden geconverteerd in een rechtsgeldige voorwaarde met een beroep op 'aard en strekking van de vergunning en het doel van de daaraan verbonden wederindiensttredingsvoorwaarde' (HR 16 november 2001, JAR 2001/258 (Holtrop/Smith)). De conclusie die het UWV hieruit trekt, is dat andere voorwaarden ongeldig zijn, zodat zij 'geen rechtskracht' hebben (Beleidsregels Ontslagtaak (BO) 22-2).

Omdat de Hoge Raad in zowel Hop/Muskens als Holtrop/Smith toetst aan de letter en strekking van artikel 6 BBA en nadere regelgeving, en daaraan in het laatste arrest ook de sanctie van vernietiging (in casu gevolgd door conversie) verbindt, bestaat mijns inziens de mogelijkheid dat een opzegging nietig kan zijn omdat een toestemming in zijn geheel in strijd met het Ontslagbesluit of artikel 6 BBA is. Als de Hoge Raad een gegeven toestemming gedeeltelijk nietig kan verklaren (en dan converteert in een geldige voorwaardelijke toestemming), dan moet het immers ook mogelijk zijn om een toestemming die geheel in strijd is met het Ontslagbesluit of de strekking daarvan, elke rechtskracht te onzeggen. Een fictief voorbeeld zou zijn een openlijk discriminatoire toestemming. In de literatuur is deze conclusie voor zover ik weet niet aan deze arresten verbonden; Zondag en Van Minnen houden het bijvoorbeeld bij de conclusie dat een geheel ongeldige voorwaarde leidt tot een onvoorwaardelijk gegeven toestemming (vgl. hun annotatie bij het Holtrop/Smith-arrest in ArA 2002/1). Ik noteer dat ook deze opvatting niet overeenstemt met de formelerechtskrachtbenadering, in dit geval ten gunste van de werkgever.

Premisse getoetst

In de onderhavige zaak ging het niet om een voorwaardelijke toestemming maar om een 'premissa' bij het geven van onvoorwaardelijke toestemming. Een premisse of aanname is feitelijk niet meer dan een element dat bij de besluitvorming wordt betrokken (BO 22-2, noot 4). In dit geval betrof het de omstandigheid dat de werkgever de werknemer een gewijzigde arbeidsovereenkomst had aangeboden. Het UWV geeft zelf aan dat wanneer de werkgever zich niet aan een dergelijke premisse houdt, hier geen consequenties aan verbonden zijn voor de geldigheid van de gegeven toestemming voor ontslag (BO 21-3). Het vermelden ervan biedt in de ogen van het UWV wel een bewijsvoordeel voor de werknemer in bijvoorbeeld een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag, ingeval de werkgever zich er niet aan houdt (zie BO 21-4).

Of het UWV al of niet meent dat een toestemming geldig is, is echter niet doorslaggevend. De Hoge Raad toetst blijkens het voorgaande namelijk zelf of het verlenen van een bepaalde ontslagvergunning in overeenstemming is met de tekst en de strekking van het Ontslagbesluit. Is een premisse in strijd met tekst of strekking van het Ontslagbesluit, dan zou dat gelet op het voorgaande in theorie dus kunnen leiden tot de ongeldigheid van de toestemming en dus vernietigbaarheid van het ontslag.

Helaas is deze vraag in de onderhavige zaak niet in volle omvang voorgelegd aan de Hoge Raad. In de feitelijke instanties was zoals gezegd een beroep gedaan op de nietigheid van het

ontslag, maar in cassatie heeft de eiser deze grond laten vallen en zich beperkt tot de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Toch spreekt de Hoge Raad zich uit over de vraag of de besproken premisse in strijd is met het Ontslagbesluit, aangezien dit (ook) relevant zou kunnen zijn voor de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk was. Van strijd met het Ontslagbesluit was bij het stellen van een dergelijke premisse bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen in het algemeen volgens de Hoge Raad echter geen sprake (r.o. 3.3.3). Ook kan volgens de Hoge Raad niet in het algemeen worden gezegd dat (de strekking van) het BBA daaraan in de weg staat.

‘Aan die strekking – het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen – kan bij een wijzigingsontslag als hier aan de orde zijn voldaan doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst’ (r.o. 3.3.3).

De Hoge Raad vindt het met andere woorden niet zo erg dat de werknemer iets moet inleveren van de afgesproken taken en bijbehorende arbeidsvoorwaarden, als de arbeidsplaats voor het grootste deel behouden blijft en het UWV de redelijkheid van de nieuwe afspraken heeft getoetst. Dat leidt kennelijk niet tot sociaal ongerechtvaardigde ontslagen.

Daar had overigens ook anders over gedacht kunnen worden. Naar de letter, en derhalve volgens de uitdrukkelijke wens van de wetgever, mogen er immers geen andere voorwaarden aan de toestemming worden gesteld dan de wederindiensttretingsvoorwaarde zoals omschreven in artikel 4:5 Ontslagbesluit. Het hanteren van een ‘premissie’ kan aangemerkt worden als een manier om deze beperking op slinkse wijze te omzeilen. Wat betreft de strekking van het Ontslagbesluit wordt voorts wel gesteld dat dit besluit, inclusief de wederindiensttretingsvoorwaarde, juist als doel heeft om zogeheten vervangingsontslagen te voorkomen, dat wil zeggen het vervangen van een werknemer door een goedkopere (zie o.a. J.W. Ringeling, ‘De wederindiensttretingsvoorwaarde’, *ArbeidsRecht* 2010/45). Anderzijds is de werkgever ook volgens de wederindiensttretingsvoorwaarde niet gehouden de werknemer dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als hij had, maar slechts de gebruikelijke (art. 4:5 Ontslagbesluit). Voordeel bij het wijzigingsontslag ten opzichte van de wederindiensttretingsvoorwaarde is overigens wel dat die voorwaarden door het UWV op redelijkheid kunnen worden getoetst.

Wijzigingsontslag kennelijk onredelijk?

Door de toets van het UWV van de redelijkheid van de nieuwe afspraken te betrekken bij zijn oordeel, zet de Hoge Raad enerzijds weer een stap naar verdere integratie van de publieke en de civiele ontslagtoets. Op de redelijkheid van het oordeel van het UWV inzake het evenwicht tussen prestaties en tegenprestaties, een typisch civielrechtelijk oordeel, wordt immers vertrouwd. Anderzijds laat de Hoge Raad (ik zou zeggen: uiteraard) in het vervolg van het arrest wel de mogelijkheid open dat het ontslag niettemin kennelijk onredelijk is, bijvoorbeeld omdat de werkgever door de weg van het wijzigingsontslag te bewandelen, de maatstaven van bijvoorbeeld artikel 7:613 BW of de maatstaven van het Taxi Hofman-arrest heeft omzeild. Het

oordeel van het hof dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake was, was volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk (r.o. 3.4.3).

Dat laatste oordeel is goed navolgbaar. De werknemer was immers al gecompenseerd voor het ontslag volgens de kantonrechttersformule met $C=1$, zodat prima facie moeilijk valt in te zien welke gevolgen van het ontslag onvoldoende gecompenseerd waren, zodat het ontslag kennelijk onredelijk zou zijn. In dat kader rijst desalniettemin de intrigerende vraag of het klopt dat door een wijzigingsontslag de 'strengere' toets aan het Taxi-Hofman-criterium zou kunnen worden omzeild. Is het gemakkelijker iemand te ontslaan dan een overeenkomst te wijzigen? Ook met inachtneming van het toch allerminst als 'streng' te ervaren criterium van het Taxi Hofman-arrest?

Uiteraard is er een 'procedureel' verschil tussen die twee wegen; voor een wijzigingsontslag moet een werkgever naar het UWV stappen, in het geval van vastgelopen onderhandelingen over een wijzigingsvoorstel kunnen zowel de werkgever als de werknemer het initiatief nemen om het geschil aan de rechter voor te leggen. Het belangrijkste inhoudelijke verschil tussen de twee toetsen is mijns inziens de rol van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. In beide gevallen worden de redenen van de werkgever om de werknemer te ontslaan, respectievelijk een gewijzigde overeenkomst aan te bieden, immers slechts marginaal getoetst. In het geval van bedrijfseconomisch ontslag wordt door het UWV na toepassing van het afspiegelingsbeginsel in het algemeen vervolgens niet of nauwelijks meer getoetst aan persoonlijke omstandigheden van de werknemer (zie hierover mijn bijdrage in *ArA* 2009/3). In het geval van het Taxi Hofman-criterium is dat wel mogelijk, namelijk voor zover die omstandigheden ertoe leiden dat de voorgestelde wijziging in redelijkheid niet door de werknemer hoeft te worden aanvaard. Dat verschil is echter juist bij een wijzigingsontslag niet zo groot meer, omdat het UWV (kennelijk) juist wel de redelijkheid van de wijziging voor de werknemer heeft onderzocht.

Ook bij artikel 7:681 BW kunnen persoonlijke omstandigheden bijdragen aan het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk was. Moeilijke of bijzondere persoonlijke omstandigheden waren in dit arrest echter niet aangevoerd, zodat ook daarom niet zo goed valt in te zien waarom het ontslag kennelijk onredelijk zou zijn. Een verklaring voor het feit dat de werknemer desondanks tot aan de Hoge Raad over deze kwestie heeft geprocedeerd is wellicht de overtuiging van zijn advocaten dat het UWV zich niet in dergelijke civielrechtelijke kwesties behoort te mengen. Die overtuiging, gebaseerd op de 'tweewegenleer' in het ontslagrecht, is echter blijkens het voorgaande aan herziening toe.