

# VU Research Portal

## **Bijzonder ontslagprocesrecht**

Bij de Vaate, D.M.A.

2015

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Bij de Vaate, D. M. A. (2015). *Bijzonder ontslagprocesrecht*. [, Vrije Universiteit Amsterdam].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Samenvatting en conclusies

### 11.1 Vraagstelling

De Nederlandse preventieve ontslagprocedures vertonen afwijkingen ten opzichte van het normale civiele- en bestuursprocesrecht. Zo wordt de procedure tot het verkrijgen van voorafgaande toestemming voor een opzegging ingevolge art. 6 BBA beheerst door de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar staan bezwaar en beroep tegen het al dan niet verlenen van toestemming door het UWV niet open. In het kader van de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW zijn hoger beroep en cassatie uitgesloten en vindt niet steeds een integrale toepassing plaats van het wettelijk bewijsrecht. Deze afwijkingen zijn in dit proefschrift gebundeld onder de term 'verdund' ontslagprocesrecht. 'Verdund' omdat partijen door de afwijkingen worden beperkt in hun normale procedurele rechten.

Op het verdund ontslagprocesrecht in de preventieve ontslagprocedures wordt al decennia lang kritiek geleverd. Het meest steekhoudend en vergaand zijn de bezwaren uit oogpunt van art. 6 EVRM en de rechtsbescherming voor partijen. Het verdund ontslagprocesrecht zou meebrengen dat geen sprake is van een eerlijk proces. Bovendien zouden onjuiste beslissingen niet hersteld kunnen worden, hetgeen als onbevredigend wordt ervaren, zeker gezien het feit dat in een ontslagkwestie vaak grote belangen op het spel staan.

Voorgaand spanningsveld bracht mij in hoofdstuk 1 tot de volgende centrale vragen:

*'Op welke punten wijkt het ontslagprocesrecht af van het 'normale' civiele- en bestuursprocesrecht, wat is daarvan de ratio en in hoeverre zijn deze afwijkingen gerechtvaardigd, gelet op de gevolgen voor de rechtsbescherming van partijen en de norm van art. 6 EVRM? Worden er voor Nederland bruikbare alternatieven voor de geconstateerde afwijkingen gehanteerd in buitenlandse rechtsstelsels (Duitsland en Italië)?'*

In het laatste deel van deze studie (hoofdstuk 10) is tevens de vraag gesteld welke consequenties de recent aanvaarde Wet werk en zekerheid, waardoor in de nabije toekomst (1 juli 2015) een nieuw ontslag(proces)recht in werking zal treden, heeft voor de in dit onderzoek vastgestelde procesrechtelijke bijzonderheden in de huidige

preventieve ontslagprocedures en de kritiek daarop. Daarnaast is het nieuwe ontslagprocesrecht bekritiseerd mede in het licht van de bevindingen ten aanzien van de in Duitsland en Italië gehanteerde alternatieven ter waarborging van het belang gediend door de huidige procesrechtelijke bijzonderheden in de preventieve ontslagprocedures.

In dit hoofdstuk staan mijn bevindingen centraal. Paragraaf 11.2.1 gaat in op mijn bevindingen met betrekking tot de ratio en het belang van het verdund ontslagprocesrecht. In paragraaf 11.2.2 volgt een uiteenzetting van mijn bevindingen ten aanzien van de toetsing van het verdund ontslagprocesrecht aan de norm van art. 6 EVRM en rechtsbescherming. Paragraaf 11.2.3 gaat in op de rechtsvergelijkende bevindingen van het onderzoek. In paragraaf 11.2.4 wordt ingegaan op de bevindingen van dit onderzoek in relatie tot de Wet werk en zekerheid. Paragraaf 11.3 bevat vervolgens mijn eindconclusie op de centrale vragen van dit onderzoek.

## **11.2 Bevindingen**

### **11.2.1 Ratio en belang verdund ontslagprocesrecht**

Het onderzoek ving aan met een (historische) analyse van de UWV-ontslagprocedure krachtens art. 6 BBA en de ontbindingsprocedure krachtens art. 7:685 BW. Onderzocht is op welke punten deze preventieve ontslagprocedures afwijkingen vertonen ten opzichte van de normale civiele en bestuursrechtelijke procedure en wat daarvoor de ratio is.

Gebleken in hoofdstuk 2 is dat de UWV-ontslagprocedure allereerst afwijkt ten opzichte van de normale bestuursrechtelijke procedure op het punt van de rechtsmiddelen. Uitgangspunt in de Awb is dat een belanghebbende de mogelijkheid heeft om tegen een besluit in bezwaar en beroep te gaan. Tegen de beslissing krachtens art. 6 BBA inhoudende de verlening dan wel weigering van toestemming voor opzegging staat echter geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Artikel 6 BBA is van Awb-bezwaar en -beroep uitgezonderd door opname in art. 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak behorend bij art. 8:5 lid 1 Awb. Ten overvloede is in art. 6 lid 10 BBA nog eens bepaald dat geen beroep openstaat bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Daarnaast is gezien dat ook de procedureregels die gelden bij het nemen van de beslissing in het kader van art. 6 BBA afwijkingen vertonen van de normale gang van zaken onder de Awb. Zo neemt de Awb in art. 4:9 tot uitgangspunt dat de aanvrager en belanghebbenden hun zienswijze naar keuze schriftelijk of mondeling naar voren kunnen brengen, terwijl het uitgangspunt van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde beleidsregels is dat partijen in de UWV-procedure alleen schriftelijk gehoord worden. Geconstateerd is dat het Ontslagbesluit en de uitvoering daarvan door het UWV op dit punt in strijd is met de Awb, hetgeen aanpassing behoeft.

Ook de ontbindingsprocedure krachtens art. 7:685 BW wijkt allereerst op het punt van de rechtsmiddelen af van de gewone civiele procedure, zo bleek in hoofdstuk 3.

Heeft een partij normaal gesproken krachtens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de mogelijkheid om tegen een in eerste aanleg gewezen vonnis of beschikking hoger beroep en vervolgens cassatie in te stellen, in de ontbindingsprocedure ontbreekt die mogelijkheid. Het elfde lid van art. 7:685 BW bepaalt dat tegen de ontbindingsbeschikking hoger beroep noch cassatie kan worden ingesteld. Daarnaast is geconstateerd dat de ontbindingsprocedure afwijkt op het punt van het toepasselijke bewijsrecht. Volgens de wetgever en de Hoge Raad zijn de wettelijke bewijsregels zoals opgenomen in afdeling 9, titel 2 Boek 1 Rv niet (integraal) van toepassing op een spoedeisende ontbindingsprocedure. Zo kan de ontbindingsrechter besluiten bewijslevering door middel van getuigen toe te staan, maar is hij daartoe niet (altijd) verplicht.

Geconstateerd is dat aan het verdund ontslagprocesrecht in zowel de UWV- als de ontbindingsprocedure een gemeenschappelijke ratio ten grondslag ligt. Het verdund ontslagprocesrecht dient in beide procedures de snelheid van de procedure. Kiest de werkgever voor de ontbindingsroute van art. 7:685 BW, dan bestaat – dankzij het ontbreken van de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie en de niet integrale toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht – snel duidelijkheid over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de vergoeding die daarvoor eventueel betaald moet worden. Kiest de werkgever voor de opzeggingroute, dan is de situatie meer complex. Door het ontbreken van bezwaar en beroep in het kader van art. 6 BBA bestaat weliswaar snel duidelijkheid over de vraag of de werkgever al dan niet een vergunning verkrijgt voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar zijn na de opzegging – in tegenstelling tot de ontbindingsprocedure – nog een aantal repressieve ontslagprocedures mogelijk. Laatstgenoemde procedures kenmerken zich niet door een verdund ontslagprocesrecht, zo bleek in hoofdstuk 4. Hoger beroep en cassatie is mogelijk. Bovendien is het wettelijk bewijsrecht steeds integraal toepasselijk. Voor wat betreft de repressieve procedures uit kennelijk onredelijk en/of onregelmatig ontslag wordt dat minder problematisch gevonden, omdat in die procedures slechts geprocedeerd wordt over de eventuele verschuldigdheid en de hoogte van een schadevergoeding. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de opzegging staat in die procedures niet ter discussie. Het risico voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te moeten herstellen is in deze procedures slechts theoretisch. Een herstellvordering wordt zelden toegewezen en kan bovendien altijd door de werkgever worden afgekocht. Het voorgaande ligt anders voor de repressieve procedures die kunnen volgen na een beroep op een vernietigingsgrond van de opzegging – al dan niet met toestemming van het UWV. In die procedures staat de vraag centraal of de arbeidsovereenkomst al dan niet door de werkgeversopzegging is beëindigd. Nu hoger beroep en cassatie in het kader van deze procedures mogelijk is, kan jarenlang onzekerheid bestaan voor de werkgever en de werknemer omtrent het al dan niet beëindigd zijn van de arbeidsovereenkomst. In de praktijk stuitte dit op allerlei (praktische) bezwaren en is men naar oplossingen gaan zoeken om het gebrek aan snelle zekerheid in de repressieve procedures naar aanleiding van een beroep op een vernietigingsgrond van de opzegging, te onderwerpen of te verzachten. Vastgesteld in hoofdstuk 4 is dat een belangrijke oplossing

is gevonden in de mogelijkheid tot het voeren van één van de preventieve procedures 'voor zover vereist'. Door het voeren van een voorwaardelijke ontbindingsprocedure of het vragen van toestemming 'voor zover vereist' kan alsnog snel duidelijkheid verkregen worden omtrent het eindigen van de arbeidsovereenkomst en kan het (financiële) risico dat na het doorlopen van meerdere instanties blijkt dat de opzegging vernietigd is aanzienlijk worden beperkt. Op deze wijze is het verdund ontslagprocesrecht uit de preventieve ontslagprocedures ingebracht in de repressieve ontslagprocedures, die zich niet kenmerken door een verdund procesrecht, maar die wel onzekerheid meebrengen over het einde van de arbeidsovereenkomst. Daarmee komt het belang van het preventief verdund procesrecht pas echt tot zijn recht: het zorgt ervoor dat snel zekerheid kan worden verkregen over het einde van de arbeidsovereenkomst, ook in de repressieve ontslagprocedures die kunnen volgen na een beroep op een vernietigingsgrond van de opzegging door de werknemer. Het verdund ontslagprocesrecht is daarmee mijns inziens een uitwerking van een adequate afweging tussen enerzijds het belang van ongelijkheidscompensatie voor de werknemer en anderzijds het belang van organisatievrijheid voor de werkgever. De ontslagprocedures die beslissend zijn voor het al dan niet kunnen eindigen van de arbeidsovereenkomst zorgen ervoor dat de werkgever niet in staat is om op lichtvaardige gronden de arbeidsovereenkomst met de werknemer te verbreken. Het verdund procesrecht in die procedures zorgt ervoor dat aan de inbreuk door die ontslagprocedures op de ondernemersvrijheid van de werkgever paal en perk wordt gesteld. Andere manieren die in hoofdstuk 4 naar voren kwamen om het gebrek aan snelle rechtszekerheid te ondervangen omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst in de repressieve ontslagprocedure die kan volgen na een beroep op een vernietigingsgrond van de opzegging, zijn het sluiten van een beëindigingsovereenkomst en het voeren van een kort geding.

### **11.2.2 Verdund procesrecht: rechtsbescherming en art. 6 EVRM**

Op het verdund procesrecht in de preventieve ontslagprocedures wordt vanuit verschillende hoeken kritiek geleverd. Meest vergaand is de kritiek vanuit oogpunt van art. 6 EVRM en vanuit rechtsbeschermingsoptiek. Verscheidene auteurs verdedigen de opvatting dat de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure op het punt van het verdund procesrecht in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM. In samenhang daarmee, maar ook los daarvan, wordt vanuit rechtsbeschermingsoptiek aangevoerd dat het niet juist is dat tegen een beslissing waarbij de arbeidsovereenkomst van de werknemer op het spel staat geen beroep mogelijk is om eventuele fouten te herstellen en in het kader van de ontbindingsprocedure wordt beslist zonder dat de onderliggende feiten voldoende zijn uitgezocht en vaststaan.

In de hoofdstukken 5, 6 en 7 is de voorgaande kritiek aan een nader onderzoek onderworpen. Onderzocht is hoe de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure zich verhouden tot art. 6 EVRM en – soms in samenhang daarmee – of er ondanks de rechtsmiddelenverboden in die procedures, andere procedures denkbaar zijn voor de werkgever en werknemer die menen dat de beslissing van het UWV of de

kantonrechter ondeugdelijk is. Kunnen eventuele fouten, ondanks het rechtsmiddelenverbod, hersteld of gecompenseerd worden? Met betrekking tot het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure is bovendien onderzocht of *alle* ontbindingsprocedures van toepasselijkheid van *alle* bewijsvoorschriften uitgezonderd zijn.

Artikel 6 lid 1 EVRM eist dat de vaststelling van een burgerlijk recht, zoals de vraag of de arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden, wordt beslist door een (onafhankelijke) rechterlijke instantie. Met betrekking tot de UWV-procedure is in hoofdstuk 5 geconcludeerd dat het UWV geen (onafhankelijke) rechterlijke instantie is. Het UWV is niet onafhankelijk van het bestuur. In dat hoofdstuk kwam echter tevens naar voren dat dit niet meteen een definitieve schending van art. 6 EVRM oplevert. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof kan namelijk het feit dat een niet klassiek gerechtelijke instantie, als een administratieve instantie, niet volledig voldoet aan de voorwaarden van art. 6 EVRM achteraf geheeld worden. Voorwaarde daarvoor is dat de beslissing van de administratieve instantie aan controle onderhevig is door een gerecht met zogenoemde 'full jurisdiction'. Dit laatste houdt in dat het gerecht de beslissing van het administratieve orgaan ten minste moet kunnen toetsen aan de wet eventueel aangevuld met een toetsing aan algemeen erkende rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur én dat wanneer deze toetsing negatief uitvalt, het gerecht de administratieve beslissing moet kunnen vernietigen of buiten werking stellen. De controlerende rechter, die voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM, moet de uiteindelijke zeggenschap hebben over de beslissing van burgerlijke rechten en verplichtingen. 'Full jurisdiction' lijkt niet steeds te vereisen dat het toetsende orgaan ook bevoegd is een eigen herbeoordeling van de feitenvaststelling of -beoordeling door het bestuursorgaan uit te voeren. In dat geval is wel vereist dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van het bestuur, de bestuurlijke feitenvaststelling heeft plaatsgevonden in een met voldoende waarborgen omgeven quasi-rechterlijke administratieve voorprocedure en dat de rechter wel ten minste kan toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid tot die bepaalde vaststelling of beoordeling van de feiten heeft kunnen komen. Normaal gesproken wordt aan het voorgaande – controle door een gerecht met 'full jurisdiction' – voldaan door de openstelling van beroep bij de bestuursrechter tegen een beslissing van een bestuursorgaan. Tegen de beslissing van het UWV staat echter geen bestuursrechtelijk beroep open. In die zin is het bestuursrechtelijk rechtsmiddelenverbod in het kader van de UWV-procedure krachtens art. 6 BBA problematisch in het licht van art. 6 EVRM.

De uitsluiting van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen tegen de beslissing krachtens art. 6 BBA betekent niet dat er helemaal geen rechtsbescherming is voor de werknemer en werkgever indien zij het niet eens zijn met de beslissing tot verlening respectievelijk weigering van de ontslagvergunning door het UWV. In hoofdstuk 5 is duidelijk geworden dat er nog een aantal procedures denkbaar zijn. Zo kan de werkgever wanneer de ontslagvergunning is geweigerd allereerst pogen opnieuw een aanvraag bij het UWV in te dienen. Verder kan hij na een geweigerde ontslagvergunning de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst via rechterlijke

ontbinding te laten eindigen.<sup>1</sup> Voor de werknemer gaat de literatuur uit van twee mogelijke remedies tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning: een onrechtmatige-daadsactie jegens het UWV en een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure jegens de werkgever. Beide procedures zijn echter niet in staat om de strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM te helen. Zij bieden geen rechterlijke toetsing met 'full jurisdiction' van de beslissing van het UWV. In de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure wordt in het merendeel van de gevallen alleen de opzeggingshandeling door de werkgever getoetst en niet de onderliggende ontslagvergunning van het UWV. Bovendien wordt de opzegging niet aan dezelfde criteria getoetst als de criteria die het UWV hanteert bij de beslissing tot het al dan niet verlenen van de ontslagvergunning. Verder volgt uit het arrest HAL/Van Werkhoven dat een 'fout' van het UWV in het kader van de toestemmingsverlening niet zomaar kan worden tegenworpen aan de werkgever wanneer hij met gebruik van die ondeugdelijke vergunning de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzegt. Opvallend in dat kader is het arrest Stichting Woonzorg Nederland.<sup>2</sup> In deze kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure toetst de Hoge Raad de premisse verbonden aan de ontslagvergunning direct aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit. Het arrest bevat daarmee een aanwijzing dat de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure op het punt van de gewenste toetsingsomvang in potentie toch kan voldoen. Wel is dan vereist dat een ondeugdelijk bevonden ontslagvergunning een geslaagd beroep op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging oplevert. Het voorgaande neemt echter niet weg dat een geslaagde kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure ook op het punt van de gewenste uitspraakbevoegdheid problematisch is in het licht van de vereiste toetsing met 'full jurisdiction'. Weliswaar is het denkbaar dat een geslaagd beroep op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging meebrengt dat de beslissing van het UWV ongedaan gemaakt wordt door een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst, in de praktijk komt dit nauwelijks voor. De veroordeling tot herstel kan bovendien altijd door de werkgever worden afgekocht. Een dergelijke theoretische mogelijkheid lijkt niet voldoende in het licht van art. 6 EVRM.

Eenzelfde probleem doet zich voor bij de onrechtmatige-daadsactie jegens het UWV. Ook een succesvolle onrechtmatige-daadsactie jegens het UWV kan in beginsel slechts leiden tot schadevergoeding. Een onrechtmatige-daadsactie jegens het UWV gecombineerd met een gebod tot het niet afgeven van de ontslagvergunning zal in de meeste gevallen te laat komen. Verder kan het combineren van een onrechtmatige-daadsactie met een verbod in kort geding tegen de werkgever om geen gebruik te maken van de ontslagvergunning, alleen uitkomst bieden voor de periode tussen ontvangst van de ontslagvergunning door de werkgever en het moment dat hij van zijn opzeggingsbevoegdheid gebruik maakt. Bovendien staat nog niet vast of de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning uitsluitend te wijten aan een fout van het UWV, als onrechtmatige daad of als misbruik van bevoegdheid kan worden

1 Of de ontbindingsprocedure in overeenstemming is met de norm van art. 6 EVRM is in hoofdstuk 6 aan een toetsing onderworpen. Zie hierna.

2 HR 24 december 2010, JAR 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland).

toegerekend aan de werkgever wanneer hij gebruik zou maken van de ontslagvergunning. Een aanwijzing voor deze mogelijkheid is evenwel te vinden in het arrest Stichting Woonzorg Nederland.<sup>3</sup>

Nu de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure en de onrechtmatige-daadsactie vooralsnog niet in staat zijn de strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM te helen door een toetsing te bieden met 'full jurisdiction', zijn in hoofdstuk 5 tevens twee mogelijke 'nieuwe' remedies beproefd. Allereerst biedt het arrest Holtrop/Smith<sup>4</sup> uit 2001 een opening om te betogen dat het mogelijk moet zijn de nietigheid van een ondeugdelijke ontslagvergunning in te roepen, met als gevolg de (ver)nietig (baar)heid van de opzegging. Als een deel van de ontslagvergunning (de premisse) gedeeltelijk nietig verklaard kan worden wegens gedeeltelijke strijd met het Ontslagbesluit, dan is het wellicht ook mogelijk om de ontslagvergunning welke geheel in strijd is met de regels van het Ontslagbesluit geheel nietig te verklaren. Ten tweede biedt het arrest Van Hooff Elektra<sup>5</sup> uit 2009 de mogelijkheid voor de werknemer om de nietigheid van de opzegging in te roepen wegens misbruik van bevoegdheid. Het is goed verdedigbaar dat de opzegging door de werkgever, waarbij hij gebruik maakt van een onder valse of voorgewende reden verkregen ontslagvergunning, misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Gelet op het arrest Stichting Woonzorg Nederland is het verder wellicht ook mogelijk om uitsluitend een fout van het UWV voor rekening van de werkgever te laten komen in het kader van misbruik van bevoegdheid, wegens de onevenredigheid tussen het belang van de werkgever bij opzegging en het belang van de werknemer bij een juiste wetstoepassing.

Vanuit het oogpunt van art. 6 EVRM zouden deze twee 'nieuwe' procedures gewenst zijn.<sup>6</sup> Anders dan de onrechtmatige-daadsactie jegens het UWV en de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure, kunnen deze procedures namelijk wel een gerechtelijke toetsing bieden met 'full jurisdiction' en op die wijze de strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM helen. Aan de andere kant brengen deze 'kunstgrepen' mee dat het belang gediend door het preventief verdund procesrecht in de knel komt. Toepassing van de nieuwe procedures om het gebrek in de UWV-procedure in het kader van art. 6 EVRM te helen, betekent dat gedurende een repressieve procedure, die drie instanties kan beslaan, onzekerheid bestaat over het al dan niet beëindigd zijn van de arbeidsovereenkomst. Het belang gediend door het preventief procesrecht enerzijds en de overeenstemming van de huidige UWV-procedure met art. 6 EVRM anderzijds lijken daarmee onverenigbaar.

In de hoofdstukken 6 en 7 stond vervolgens een toetsing van het verdund procesrecht in de ontbindingsprocedure centraal. Geconcludeerd kan worden dat de twee procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, het rechtsmiddelenverbod en de niet integrale toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht, niet in strijd zijn met art. 6 EVRM. Allereerst houdt het uit art. 6 EVRM afgeleide recht op

3 HR 24 december 2010, JAR 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland).

4 HR 16 november 2001, JAR 2001/258 (Holtrop/Smith).

5 HR 11 december 2009, JAR 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburger).

6 Door de Wet werk en zekerheid wordt echter de strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM opgelost, zodat deze procedures niet meer noodzakelijk zijn. Zie hierna in § 11.2.4.



toegang tot een rechter in het kader van een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen geen recht in op toegang tot een hogere rechter. Verder heeft het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' weliswaar enige repercussies op het punt van de nationale bewijslevering, maar moet ook de ontbindingsrechter in (spoedeisende) ontbindingsprocedures dit beginsel in acht nemen, op straffe van doorbreking van het rechtsmiddelenverbod (zie hierna).

Hoewel het verdund procesrecht in de ontbindingsprocedure niet aan een juiste toepassing van art. 6 EVRM in de weg staat, kan in een bepaalde ontbindingsprocedure, net als in iedere andere procedure in laatste en hoogste instantie, incidenteel strijd ontstaan met art. 6 EVRM, bijvoorbeeld omdat de kantonrechter het beginsel van hoor en wederhoor niet of niet juist toepast. Ook kan de ontbindingsrechter, net als iedere andere rechter, een fout maken in de beoordeling van een geschilpunt en een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking afgeven. De kans op het laatstgenoemde wordt in de ontbindingsprocedure vergroot door het uitgangspunt van kantonrechters dat zij in die procedure niet gebonden zijn aan de wettelijke bewijsvoorschriften. Het niet toepassen van de wettelijke bewijsregels kan ertoe leiden dat de kantonrechter beslist over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst op basis van niet voldoende onderzochte en vaststaande feiten, hetgeen onjuiste beslissingen in de hand werkt en daarmee de rechtsbescherming van partijen verslechterd.

Met betrekking tot het uitgangspunt van kantonrechters omtrent de niet toepasselijkheid van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure, bleek in hoofdstuk 7 dat dit niet zonder meer op de wet en/of de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden gestoeld. Een ommekeer van het uitgangspunt is bepleit. Zo laten de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad uitdrukkelijk ruimte voor het oordeel dat niet iedere ontbindingsprocedure naar haar aard spoedeisend is en zich categorisch verzet tegen de overeenkomstige toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht. Bovendien is het historisch uitgangspunt dat de ontbindingsprocedure bedoeld is voor het dadelijk of op korte termijn beëindigen van de arbeidsovereenkomst in situaties waarin het onredelijk zou zijn om van partijen te eisen dat zij het 'regelmatige' einde van de arbeidsovereenkomst afwachten, (al lang) niet meer gangbaar. Consequente toepassing van art. 284 Rv brengt in dat geval mee dat de kantonrechter in iedere individuele ontbindingszaak waarin de toepassing van het wettelijk bewijsrecht wordt verzocht concreet aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval moet beoordelen of het ontbindingsverzoek al dan niet van een spoedeisend karakter getuigt en zich al dan niet tegen gebondenheid aan de bewijsrechtelijke voorschriften verzet. Daarbij moet mijns inziens een evenwicht worden gezocht tussen enerzijds het rechtsbeschermingsbelang van partijen gediend door de toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht, en anderzijds het belang van partijen om snel zekerheid te hebben over het einde van de arbeidsovereenkomst zoals gediend door het verdund procesrecht. Relevante gezichtspunten voor de rechter in dat kader kunnen zijn: (i) de al dan niet aanwezigheid van financiële verplichtingen van de werkgever ten opzichte van de werknemer en de draagkracht van de werkgever, (ii) het feit of de werkgever al dan niet voortvarend te werk is gegaan bij het indienen

van het verzoekschrift, (iii) de geestelijke en/of lichamelijke gesteldheid van de werknemer, en (iv) de vraag hoeveel vertraging de toepassing van het wettelijk bewijsrecht, bijvoorbeeld een getuigenverhoor, zal opleveren voor de procedure.

In samenhang met het voorgaande is verder aannemelijk dat indien de rechter de ontbindingsprocedure als spoedeisend bestempelt, dit niet betekent dat alle bewijsregels niet van overeenkomstige toepassing zijn op de ontbindingsprocedure. Als namelijk alleen de spoedeisendheid van de procedure aan gebondenheid aan het wettelijk bewijsrecht in de weg kan staan, dan is logisch dat ook alleen die bewijsvoorschriften die daadwerkelijk invloed hebben op de snelheid van de procedure van overeenkomstige toepassing zijn uitgezonderd. Daarbij moet met name gedacht worden aan de regels met betrekking tot bewijslevering en bewijslast/bewijswaardering. Bewijsregels die geen vertraging opleveren van de procedure, zoals de regels over bewijslastverdeling, dwingend bewijs en bewijsvrijheid, zijn naar mijn mening zonder meer van toepassing in de ontbindingsprocedure, ook al is deze spoedeisend.

Verder kwam in hoofdstuk 6 naar voren dat het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW niet betekent dat voor partijen helemaal geen rechtsbescherming openstaat tegen een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking. Onderzocht is welke procedures, ondanks het rechtsmiddelenverbod, nog mogelijk zijn om een eventuele incidentele schending van art. 6 EVRM of een inhoudelijk onjuiste beslissing door de kantonrechter te herstellen of te compenseren.

Allereerst kwam de mogelijkheid van doorbreking van het rechtsmiddelenverbod aan de orde. Doorbreking is mogelijk indien de kantonrechter (i) art. 7:685 BW ten onrechte heeft toegepast, (ii) art. 7:685 BW ten onrechte niet heeft toegepast, of (iii) in het kader van de ontbindingsprocedure essentiële vormen heeft verzuimd. Van dit laatste is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad sprake indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Deze formulering heeft duidelijke raakvlakken met het door art. 6 lid 1 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter. Hoewel het rechtsmiddelenverbod 'an sich' niet in strijd is met art. 6 EVRM, eist het EHRM wel dat een zaak ten minste door één nationale rechterlijke instantie wordt behandeld die aan alle vereisten van art. 6 EVRM voldoet. Is dat niet het geval, dan is er sprake van een schending van art. 6 EVRM. Blijkbaar wil de Hoge Raad dit voor wat betreft schending van het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter voorkomen, door doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Door het openstellen van hoger beroep kan een incidentele schending van art. 6 EVRM in de ontbindingsprocedure in het merendeel van de gevallen hersteld worden en zo voorkomen dat de Staat zich schuldig maakt aan een schending van het EVRM. Zo levert de schending door de ontbindingsrechter van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginselen van hoor en wederhoor, 'equality of arms' of onpartijdigheid een grond op voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW. In dat geval kan de zaak in hoger beroep volledig opnieuw behandeld worden en de schending van het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling in eerste aanleg hersteld worden.

Opvallend is dat schending van het eveneens door art. 6 EVRM gewaarborgde motiveringsbeginsel geen grond voor doorbreking oplevert. Het is thans vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de klacht dat de ontbindingsbeschikking niet of niet naar de eis der wet met redenen is omkleed, niet tot het oordeel kan leiden dat sprake is van een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Op dit punt is de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Europese Hof. Het EHRM merkt namelijk een motiveringsgebrek – in de zin van geen motivering of een zó ondeugdelijke motivering dat deze gelijk te stellen is aan het ontbreken van een motivering – wel aan als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel in het kader van het recht op een eerlijke behandeling als gewaarborgd door art. 6 EVRM. Het zou een aanbeveling voor de Hoge Raad zijn om zijn doorbrekingsjurisprudentie hiermee in overeenstemming te brengen.<sup>7</sup> Een op een essentieel onderdeel niet gemotiveerde uitspraak, alsmede de ‘zodanig gebrekkige motivering die gelijk gesteld moet worden aan geen motivering’ moet kunnen leiden tot doorbreking van het rechtsmiddelenverbod.

Hoewel niets de kantonrechter in de weg staat om zijn ontbindingsbeschikking afdoende te motiveren, kan er – net als in iedere andere hoogste en laatste instantie – incidenteel strijd met art. 6 EVRM ontstaan, omdat een wezenlijk bestanddeel van de ontbindingsbeschikking niet gemotiveerd is, of zo ondeugdelijk dat de motivering gelijk te stellen is aan het ontbreken daarvan. Door het openstellen van hoger beroep kan een dergelijke incidentele schending door de ontbindingsrechter van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende motiveringsvereiste hersteld worden en een schending van het EVRM worden voorkomen. De louter ondeugdelijke motivering, niet gelijk te stellen aan een non-motivering, hoeft niet te kunnen leiden tot doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Het EHRM neemt voor die categorie geen schending aan van art. 6 EVRM. Een dergelijke inhoudelijke beoordeling heeft de wetgever bovendien juist willen uitsluiten met het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW.

De door de Hoge Raad ontwikkelde gronden voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod, leveren niets op voor de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking. Een inhoudelijke onjuistheid of verkeerde toepassing van art. 7:685 BW leidt niet tot het oordeel dat de kantonrechter buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW is getreden, noch tot het oordeel dat fundamentele rechtsbeginselen zijn verzuimd waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Niettemin bleek in hoofdstuk 6 dat in bepaalde gevallen de juistheid van de ontbindingsbeschikking in een alternatieve actie ter discussie gesteld wordt en een eventuele ondeugdelijkheid hersteld of gecompenseerd wordt.

Allereerst hebben we gezien dat een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking die het gevolg is van een kennelijke vergissing door de kantonrechter, ondanks het rechtsmiddelenverbod, hersteld kan worden krachtens art. 31 Rv. De mogelijkheden zijn echter beperkt. De fout mag niet voor twijfel vatbaar zijn en moet voor partijen en

<sup>7</sup> De Wet werk en zekerheid maakt echter zonder meer hoger beroep mogelijk tegen de ontbindingsbeschikking. Het rechtsmiddelenverbod komt te vervallen. Zie hierna in § 11.2.4.

derden op het eerste gezicht duidelijk zijn. Eveneens beperkt zijn de mogelijkheden van een executiegeschil. In een dergelijk executiegeschil kan alleen de eventueel toegekende ontbindingsvergoeding of de proceskostenveroordeling geschorst worden. De beslissing tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is niet vatbaar voor executie. Bovendien kan de rechter de schorsing van de executie slechts bevelen indien de executant (veelal de werknemer) misbruik van bevoegdheid maakt door tot executie over te gaan. Op grond van de inhoud van de uitspraak kan de executierechter geen misbruik van bevoegdheid tot executie aannemen, behoudens in het geval dat de te executeren uitspraak op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag berust.<sup>8</sup> Alleen via dit misslag-criterium is een beperkte inhoudelijke toetsing van de te executeren ontbindingsvergoeding mogelijk.

Is de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking het gevolg van bedrog door de wederpartij, dan kan het buitengewone rechtsmiddel 'herroeping' uitkomst bieden. Met name voor de ontbindingspraktijk is relevant dat een verzoek tot herroeping succesvol kan zijn wanneer de werknemer in het kader van een ontbindingsprocedure gezwegen of gelogen heeft over het feit dat hij reeds concreet uitzicht had op een nieuwe functie.

Een meer algemene mogelijkheid om een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking aan te vechten, betreft het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Met het arrest *Greenworld/Arbiters*<sup>9</sup> heeft de Hoge Raad de mogelijkheid om de Staat aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige rechtspraak verruimd. De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat moeilijk kan worden aanvaard dat indien blijkt dat de rechter met betrekking tot een vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad bestaat. In weerwil van de opvatting van sommige andere auteurs, is in hoofdstuk 6 bepleit dat de Hoge Raad met deze overweging de aansprakelijkheid van de Staat op het oog moet hebben gehad en niet slechts de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter. De Hoge Raad erkent namelijk uitdrukkelijk in de uitspraak dat de rechter nooit *extern* persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden voor onrechtmatige rechtspraak, terwijl een nieuwe maatstaf voor de *interne* aansprakelijkheid van de rechter zich moeilijk laat rijmen met de algemene overweging van de Hoge Raad dat *'moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan'*. De interne aansprakelijkheid van de rechter jegens de Staat – het regresrecht – gaat namelijk pas op indien eerst de Staat met succes aansprakelijk is gesteld voor de onrechtmatige rechtspraak. Zou voor dit laatste nog de oude maatstaf uit het Bezorgde procuratiehoudster-arrest uit 1971<sup>10</sup> gelden, namelijk dat de Staat slechts aansprakelijk is indien er bij de voorbereiding van de rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken, dan

8 NB de executie kan ook geschorst worden indien niet aan de bij de uitspraak gestelde voorwaarde(n) is voldaan.

9 HR 4 december 2009, NJ 2011, 131.

10 HR 3 december 1971, NJ 1972, 137.

zou dit er makkelijk toe kunnen leiden dat er geen staatsaansprakelijkheid gevestigd kan worden en daarmee dus ook geen interne persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter, terwijl de rechter mogelijk wel opzettelijk, bewust roekeloos, of met kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling heeft gehandeld.

Niet geheel duidelijk is of met het Greenworld/Arbiters-criterium de oude maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak uit het Bezorgde Procuratiehoudster-arrest geheel is afgedaan, of als een uitbreiding op die maatstaf gezien moet worden. Gezien de onwenselijkheid dat fundamentele fouten in de voorbereiding van een uitspraak, die niet zijn te scharen onder 'opzet, bewuste roekeloosheid of kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling', niet meer zouden kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak, lijkt de uitbreidingsleer het meest aannemelijk. Verder moet het Greenworld/Arbiters-arrest niet met de beperking worden opgevat dat de nieuwe maatstaf alleen uitkomst kan bieden voor vernietigde beslissingen. Het zou ongerechtvaardigd zijn indien voor een beslissing waartegen nooit een rechtsmiddel heeft opengestaan, zoals de ontbindingsbeschikking, de beperkte aansprakelijkheidsnorm uit 1971 geldt en daarmee haast iedere rechtsbescherming tegen een onjuiste uitspraak uitsluit, terwijl voor een soortgelijke beslissing, die wel in hoger beroep aantastbaar is, wel aansprakelijkheid gevestigd kan worden.

Anders dan de oude maatstaf uit het Bezorgde procuratiehoudster-arrest, kan de nieuwe maatstaf uit Greenworld/Arbiters uitkomst bieden voor inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen. Het behelst in tegenstelling tot de oude maatstaf een materieel criterium. Staatsaansprakelijkheid is aan te nemen wanneer de rechter opzettelijk, bewust roekeloos, of met kennelijke grove miskennen van wat een behoorlijke taakvervulling meebrengt heeft gehandeld. Ter invulling van laatstgenoemd criterium kan aansluiting worden gezocht bij de gezichtspunten die het Hof van Justitie van de EU hanteert bij de invulling van het Europese criterium van 'een voldoende gekwalificeerde schending' dat toegepast wordt bij de vaststelling van aansprakelijkheid van de Staat voor schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie: (i) de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, (ii) de vraag of de schending opzettelijk is begaan en (iii) de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is. Geeft de kantonrechter een ontbindingsbeschikking af die in strijd is met een duidelijke wettelijke regel of vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, Hof van Justitie van de EU of het EHRM, dan is mijns inziens verdedigbaar dat de kantonrechter handelt met kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling. De Staat kan voor de daardoor geleden schade aansprakelijk worden gesteld.

### **11.2.3 Verdund procesrecht in rechtsvergelijkend perspectief**

Het verdund procesrecht in de Nederlandse preventieve ontslagprocedures, al dan niet gevoerd 'voor zover vereist', maakt het mogelijk om binnen korte tijd rechtszekerheid te verkrijgen omtrent het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst, zo is vastgesteld in de hoofdstukken 2 tot en met 4. In de hoofdstukken 8 en 9 kwam de vraag aan de orde hoe men in buitenlandse rechtsstelsels het belang van snelle zekerheid omtrent het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst heeft

geregeld. Daarbij is gekozen voor een rechtsvergelijking met Duitsland en Italië. Beide landen kenden en kennen net als Nederland een ontslagprocedure waarvan de uitkomst beslissend is voor het door de werkgever eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst. In Duitsland kan het *Arbeitsgericht* de opzegging achteraf nietig verklaren indien de opzegging sociaal ongerechtvaardigd is. De werkgever is in dat geval verplicht de werknemer weder tewerk te stellen, alsmede hem met terugwerkende kracht zijn loon door te betalen. Ook in Italië was – en is ook nu onder omstandigheden – de sanctie op een onrechtvaardige opzegging op grond van art. 18 Werknemersstatuut de ver(nietig)baar(heid) van de opzegging. De rechter veroordeelt de werkgever tot wedertewerkstelling en het vergoeden van het bedrag aan loonaanspraken vanaf de datum van de opzegging tot aan de datum van feitelijke tewerkstelling. Een uitzondering op de aanwendbare rechtsmiddelen, zoals Nederland kent in het kader van de preventieve ontslagprocedures, kennen beide ontslagstelsels niet. In Duitsland is tegen het oordeel van het *Arbeitsgericht* altijd beroep mogelijk bij het *Landesarbeitsgericht*. In sommige gevallen, namelijk wanneer het *Landesarbeitsgericht* daarin toestemt, is daarna bovendien nog *Revision* mogelijk bij het *Bundesarbeitsgericht*. In Italië staat tegen het oordeel van de rechter in eerste aanleg (*Tribunale*) hoger beroep open bij het *Corte di appello* en daarna cassatie bij het *Corte di Cassazione*. In beide landen kan de repressieve ontslagtoetsing ten minste drie gerechtelijke instanties beslaan, waardoor het lange tijd kan duren voordat zekerheid wordt verkregen omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgeversopzegging. Het eventuele bedrag aan loonaanspraken van de werknemer kan daardoor behoorlijk oplopen, hetgeen in Italië werd versterkt door de traagheid van de procedures.

De Duitse en Italiaanse literatuur is kritisch over het ontslagstelsel. In beide landen komt naar voren dat het ontslagsysteem op het punt van het snel bieden van rechtszekerheid omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet voldoet. De langdurige repressieve ontslagprocedures brengen onredelijke periodes van onzekerheid over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst met zich, hetgeen voornamelijk voor de werkgever als problematisch wordt ervaren. Deze moet er rekening mee houden dat de werknemer na de opzegging een ontslagprocedure start en dat hij mogelijk na het doorlopen van drie instanties verplicht is tot wedertewerkstelling van de werknemer en het nabetalen van het loon. Zeker dit laatste vormt een aanzienlijk financieel risico voor de werkgever.

Ook in Nederland kennen we een dergelijke situatie. Kiest de werkgever voor de opzeggingsroute – al dan niet via de voorafgaande toestemming van het UWV – en doet de werknemer achteraf in rechte een beroep op een vernietigingsgrond van de opzegging, dan bestaat gedurende geruime tijd onzekerheid over het geëindigd zijn van de arbeidsovereenkomst. In tegenstelling tot de preventieve ontslagprocedures kenmerken zich de repressieve ontslagprocedures niet door een verdund procesrecht. Hoger beroep en cassatie zijn mogelijk en het bewijsrecht is 'vol' van toepassing. Om deze onzekerheid te voorkomen kan de Nederlandse werkgever, in plaats van de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen, kiezen voor de snelle en rechtszekere ontbindingsprocedure. Bovendien is in hoofdstuk 4 gebleken dat de

onzekerheid indien wel gekozen is voor de opzeggingsroute en de werknemer achteraf een beroep doet op een vernietigingsgrond van de opzegging, in de praktijk veelal wordt opgelost door het voeren van één van de preventieve ontslagprocedures 'voor zover vereist'. Op die wijze is het verdunde ontslagprocesrecht uit de preventieve procedures ingebracht in de repressieve procedures naar aanleiding van een beroep op een vernietigingsgrond. In Duitsland en Italië bestaan deze mogelijkheden niet.

In hoofdstuk 8 zagen we dat de Duitse werkgevers en werknemers om te ontkomen aan een lang en onzeker *Kündigungsschutzprozess*, massaal hun vlucht zoeken in het sluiten van beëindigingsovereenkomsten en schikkingen, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. Volgens de Duitse literatuur gebeurt dit niet omdat de werkgever overtuigd is van de redelijkheid van een dergelijke oplossing, maar uitsluitend uit vrees voor de aanzienlijke onvoorzienbare (financiële) risico's die een langdurig ontslagproces kan meebrengen. Het *Kündigungsschutzprozess* wordt daarbij door de werknemer vaak alleen gebruikt om een zo hoog mogelijke ontslagvergoeding van de werkgever af te dwingen. Ondanks de doelstelling van het *Kündigungsschutzgesetz* een *Bestandsschutzgesetz* te zijn, heeft het zich in de praktijk ontwikkeld tot een *Abfindungsgesetz*. Recht en realiteit lopen volgens de Duitse literatuur uiteen. De reactie hierop door de Duitse wetgever in 2004 met het *Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*, heeft niet geleid tot een structurele oplossing van de gesignaleerde knelpunten in het ontslag(proces)recht. Het nieuw ingevoerde § 1a KSchG heeft partijen niet het beoogde eenvoudige en onbureaucratisch alternatief voor het langdurige en onzekere *Kündigungsschutzprozess* gebracht. Het artikel wordt in de rechtspraktijk nauwelijks toegepast. Er is geen enkel structureel probleem van het *Kündigungsschutzrecht* opgelost. De werknemer kan namelijk nog steeds de voorkeur geven aan het voeren van een *Kündigungsschutzprozess* en doet dit in veel gevallen ook, aangezien een dergelijk proces hem een goede mogelijkheid biedt om te onderhandelen over een hogere ontslagvergoeding dan de wettelijk vastgelegde in § 1a KSchG.

In Italië is de oplossing om te ontkomen aan een lange en onzekere repressieve ontslagprocedure, waarvan de uitkomst beslissend is voor het beëindigd zijn van de arbeidsverhouding door de werkgeversopzegging, niet gevonden in het massaal sluiten van beëindigingsovereenkomsten en schikkingen onder toekenning van een ontslagvergoeding aan de werknemer. De mogelijkheden daartoe zonder negatieve gevolgen voor de werknemer in het kader van zijn WW-aanspraken zijn beperkt. Italië heeft gepoogd meer snelheid en rechtszekerheid in te brengen in het ontslagstelsel door een hervorming van het ontslag(proces)recht per 18 juli 2012.

Daartoe heeft Italië allereerst een herziening doorgevoerd in de materiële ontslagbescherming van art. 18 *Werknemersstatuut*. De sanctie van (ver)nietig(baar)heid van de opzegging is in het nieuwe systeem beperkt tot opzeggingen met een onwettige of valse reden. In de overige gevallen is de sanctie op een onrechtvaardige opzegging

of de opzegging met een procedureel of vormgebrek, het betalen van een schadevergoeding. De hoogte hiervan varieert tussen twaalf tot vierentwintig maandsalarissen bij een gebrek in de rechtvaardiging en tussen zes en twaalf maandsalarissen in het kader van een procedureel- of vormgebrek.

De Italiaanse herzieningswet heeft verder geleid tot een aantal procedurele wijzigingen in het ontslagrecht. Zo is in het kader van de opzegging wegens objectieve (en economische redenen) een verplichte preventieve procedure ingevoerd. Daarin wordt nagegaan of er alternatieven zijn voor de opzegging en, indien deze er niet zijn, of het geschil in der minne geschikt kan worden. Bovendien is bepaald dat het akkoord gaan met een beëindigingsovereenkomst in die procedure niet leidt tot vrijwillige werkloosheid. De werknemer verliest niet zijn recht op werkloosheidsaanspraken. De invoering van de preventieve procedure is een interessante ontwikkeling in vergelijking met Nederland. In Nederland bestaat al sinds jaar en dag discussie over de afschaffing van de preventieve toetsing, Italië voert juist een dergelijke toetsing in. Kijken we naar Duitsland dan zien we bovendien dat ook daar een vorm van preventieve toetsing van de opzegging bestaat. Ingevolge § 102 Abs. 1 BetrVG moet de werkgever, op straffe van nietigheid, voorafgaand aan iedere opzegging de Betriebsrat raadplegen. Daarbij zij wel aangetekend dat van deze drie landen Nederland de sterkste bescherming doet uitgaan van de preventieve toetsing van ontslagen. De opzegging zonder de vereiste toestemming van het UWV is vernietigbaar. Acht de kantonrechter geen goede reden aanwezig voor ontbinding, dan wordt ofwel niet ontbonden, ofwel ontbonden met toekenning van een hoge vergoeding. In Duitsland kan de werkgever echter ondanks bezwaren van de Betriebsrat overgaan tot een rechtsgeldige opzegging. Het mogelijke rechtsgevolg van de preventieve toetsing ligt daar in een verplichting om de werknemer gedurende het repressieve ontslagproces tewerk te blijven stellen (*Weiterbeschäftigungsanspruch*), indien de *Betriebsrat* de voorgenomen opzegging heeft *widersprochen*. In Italië lijkt de preventieve procedure het minst om het lijf te hebben. Het niet volgen van de Italiaanse preventieve procedure of de onredelijkheid of onrechtvaardigheid van de voorgenomen opzegging leidt er niet toe dat de werkgever niet rechtsgeldig kan opzeggen. Het niet volgen van de preventieve procedure of een onredelijke opstelling in die procedure kan in een daaropvolgende gerechtelijke procedure uitsluitend tot schadevergoeding leiden gelijk aan een bedrag van tussen de zes en twaalf maandsalarissen.

De tweede hervorming in Italië in de sfeer van het procesrecht betreft de invoering van een speciale snelle repressieve gerechtelijke procedure voor ontslaggeschillen. Daarmee zien we net als in de Nederlandse preventieve ontslagprocedures een afwijking in het ontslagprocesrecht ten opzichte van de normale procedures ten behoeve van de snelheid van de procedure. Er gelden verkorte (beroeps)termijnen en de procedure in eerste aanleg is opgeknipt in twee fasen, waarvan de eerste fase veel wegheeft van de Nederlandse kortgedingprocedure, uitmondend in een voorlopige toe- of afwijzing van het beroep van de werknemer met slechts een beperkte mogelijkheid tot bewijslevering. Anders dan in de Nederlandse preventieve procedures doet zich geen uitzondering voor in de van toepassing zijnde rechtsmiddelen. Na het



eerste oordeel in eerste aanleg is verzet mogelijk en vervolgens staan nog appel en cassatie open. De toetsing van de werkgeversopzegging kan dus maar liefst vier fasen doorlopen.

De terugkoppeling van de voorgaande rechtsvergelijkende bevindingen naar Nederland, geeft aanleiding tot de volgende conclusie. Getwijfeld kan worden aan de praktische werkbaarheid van een ontslagsysteem waarin langdurige en onzekere procedures voorkomen waarvan de uitkomst beslissend is voor het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst. In zowel Duitsland en Italië wordt het als problematisch ervaren dat er geen snelle en rechtszekere mogelijkheid bestaat voor het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. In Duitsland heeft dit tot een praktijk geleid waarbij werkgevers de facto gedwongen worden tot het aangaan van beëindigingsovereenkomsten en schikkingen met de werknemer, waarbij laatstgenoemde het Kündigungsschutzprozess vaak alleen gebruikt om een zo hoog mogelijke ontslagvergoeding te verkrijgen. Laat ik daarbij voorop stellen dat er in beginsel niets mis is met het sluiten van een beëindigingsovereenkomst of het schikken van een ontslagprocedure. Indien partijen er onderling kunnen uitkomen, is dat des te beter. Men moet daartoe mijns inziens echter niet gedwongen worden louter en alleen door het gebrek aan snelle zekerheid in het ontslagsysteem, waarbij de hoogte van de toe te kennen vergoeding op niet inhoudelijke gronden (hoger) wordt vastgesteld.

In Italië is men in de zomer van 2012 overgegaan tot een wijziging van het ontslag (proces)recht die voornamelijk ten doel had meer snelheid en rechtszekerheid te brengen in het ontslagsysteem. Ook in Italië heeft men daartoe een ontslagprocedure ontwikkeld die afwijkt van de normale (arbeidsrechtelijke) procedure. Er gelden kortere beroepstermijnen en er is een verplichte kortgedingprocedure in eerste aanleg ingevoerd, waardoor snel een voorlopig oordeel verkregen wordt over de rechtmatigheid van de opzegging. Anders dan in Nederland doet zich geen uitzondering voor in de van toepassing zijnde rechtsmiddelen, waardoor de Italiaanse ontslagprocedure nog steeds aanzienlijk langer kan duren en voor meer onzekerheid zorgen dan de Nederlandse preventieve procedures met verdund ontslagprocesrecht, al dan niet gevoerd 'voor zover vereist'.

#### **11.2.4 Wet werk en zekerheid**

In het laatste hoofdstuk van deze studie is de vraag gesteld welke consequenties de recent aanvaarde Wet werk en zekerheid – waardoor in de nabije toekomst (1 juli 2015) een nieuw ontslag(proces)recht in werking zal treden – heeft voor de in dit onderzoek vastgestelde procesrechtelijke bijzonderheden in de huidige preventieve ontslagprocedures en de kritiek daarop. Daarnaast is het nieuwe ontslagprocesrecht kritisch tegen het licht gehouden mede naar aanleiding van de bevindingen ten aanzien van de in Duitsland en Italië gehanteerde alternatieven ter waarborging van het belang gediend door de huidige procesrechtelijke bijzonderheden in de preventieve ontslagprocedures.

In het nieuwe ontslagrecht krachtens de Wet werk en zekerheid blijft de opzeggingsroute met voorafgaande toestemming van het UWV bestaan, met dien verstande dat deze weg in de toekomst uitsluitend nog is weggelegd voor de opzegging wegens bedrijfseconomische redenen of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. De procedure uit kennelijk onredelijk ontslag verdwijnt en in plaats daarvan kan de werknemer die meent dat hij ondanks toestemming van het UWV ten onrechte is ontslagen zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de werkgever te verplichten tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Belangrijk daarbij is dat de rechter de opzegging door de werkgever – anders dan nu het geval is in het kader van de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure – gaat toetsen aan dezelfde criteria als die voor het UWV gelden. Daarmee toetst de kantonrechter in feite niet alleen de opzegging, maar ook de daaraan ten grondslag liggende toestemming van het UWV. Wordt geoordeeld dat niet aan de geldende criteria voor opzegging (en toestemming van het UWV) is voldaan, dan veroordeelt de kantonrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst op een nader te bepalen tijdstip en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Een onjuiste beslissing van het UWV wordt daarmee ongedaan gemaakt. Geconcludeerd is dat daarmee, in tegenstelling tot het huidige stelsel, in het nieuwe ontslagstelsel wel een gerechtelijke toetsing met ‘full jurisdiction’ mogelijk is van de beslissing van het UWV die kan resulteren in het ongedaan maken van de beslissing. De strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM wordt in het nieuwe ontslagrecht geheeld, zodat de in dit onderzoek ‘nieuw’ beproefde remedies tegen een (ondeugdelijk) verleende ontslagvergunning daarvoor niet meer noodzakelijk zijn.

De Wet werk en zekerheid maakt verder tegen de uitspraak van de kantonrechter in alle ontslagprocedures hoger beroep en cassatie mogelijk. Dit brengt mee dat de opzeggingsroute via het UWV ten minste vier instanties kan beslaan: (i) UWV, (ii) beroep bij de kantonrechter, (iii) hoger beroep bij het hof en (iv) cassatie bij de Hoge Raad, waarbij elk gegrond beroep van de werknemer kan resulteren in een veroordeling van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen, zonder afkoopmogelijkheid. Ook in de ontbindingsprocedure, die krachtens het nieuwe recht weggelegd is voor een ontslag wegens in de persoon van de werknemer gelegen redenen, wordt hoger beroep en cassatie mogelijk. Op het punt van de rechtsmiddelen zijn de preventieve procedures niet meer ‘verdund’.

Geconcludeerd is dat deze algemene mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie enerzijds een verbetering meebrengt van de rechtsbescherming voor partijen. Anderzijds brengt het mee dat de werkgever en werknemer gedurende een veel langere periode dan nu het geval in onzekerheid kunnen verkeren omtrent het al dan niet definitief beëindigd zijn van de arbeidsovereenkomst. Weten partijen nu – door de preventieve ontslagprocedures met verdund procesrecht al dan niet gevoerd ‘voor zover vereist’ – vaak in twee maanden of de arbeidsovereenkomst al dan niet beëindigd is of kan worden, in de toekomst weten zij mogelijk pas na het doorlopen

van drie of meer gerechtelijke instanties, hetgeen jaren kan duren, of de arbeidsovereenkomst al dan niet definitief beëindigd is. Kijken we naar de ervaringen in Duitsland en Italië dan rijzen serieuze twijfels omtrent de praktische werkbaarheid van een ontslagstelsel waarin lange ontslagprocedures voorkomen waarvan de uitkomst beslissend is voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Een dergelijk ontslagstelsel heeft Italië tot een wetswijziging gebracht waarmee beoogd is meer en snellere zekerheid voor partijen te creëren. Daar zijn juist afwijkende procedureregels ingevoerd om het ontslagproces te versnellen. In Duitsland zoeken werkgevers (en werknemers) massaal hun vlucht in beëindigingsovereenkomsten en schikkingen waarbij hogere vergoedingen worden overeengekomen op niet inhoudelijke gronden, om op die manier aan een langdurig onzeker ontslagproces te ontkomen. Zeker deze Duitse praktijk zou in Nederland na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ook kunnen ontstaan. Daarbij kan bovendien opgemerkt worden dat anders dan in het Duitse recht in Nederland na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid geen prikkel meer bestaat voor de werknemer om met een beëindigingsovereenkomst onder toekenning van een bescheiden vergoeding – lager of gelijk aan de transitievergoeding – akkoord te gaan. Werknemers kunnen de opzegging of ontbinding afwachten en in beroep, hoger beroep en cassatie respectievelijk hoger beroep en cassatie onderhandelen over een hoger vergoeding. De werknemer loopt daarbij geen risico zijn WW-aanspraken te verliezen. Gezien deze bevindingen is in de slotparagraaf van dit onderzoek bepleit dat, indien in een ontslagstelsel procedures voorkomen die beslissend zijn voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst/arbeidsrelatie – zoals in Nederland na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid – het de voorkeur verdient geen mogelijkheid te hebben tot hoger beroep en cassatie, vergelijkbaar met de huidige ontbindingsprocedure krachtens art. 7:685 BW. Dit heeft het grote voordeel dat de werkgever snel en definitief zekerheid heeft over het al dan niet kunnen beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Voor de werknemer blijft in een dergelijk stelsel het grote belang gediend – hoewel ook voor hem snelle zekerheid belangrijk kan zijn, gezien het feit dat een procedure vaak emotioneel belastend en kostbaar is – dat een gerechtelijke toetsing van het ontslag mogelijk is die kan uitmonden in ofwel de weigering van een voorgenomen ontslag, ofwel de vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst. Voorkomen wordt dat de werkgever op lichtvaardige gronden de arbeidsovereenkomst kan verbreken. Bezwaar van een dergelijk stelsel is dat de kantonrechter fouten kan maken die niet in hoger beroep of cassatie te herstellen zijn. Om tegemoet te komen aan dit belang van rechtsbescherming is bepleit dat het mogelijk moet zijn het rechtsmiddelenverbod te doorbreken, gelijk nu het geval is in de huidige ontbindingsprocedure, inclusief de mogelijkheid van hoger beroep tegen een op een essentieel onderdeel niet gemotiveerde uitspraak. Daarmee kan bovendien in veel gevallen een incidentele schending van art. 6 EVRM door de kantonrechter in hoger beroep alsnog geheeld worden. Verder moet het mogelijk zijn om voor evidente inhoudelijke mislagen door de kantonrechter de Staat aansprakelijk te stellen wegens onrechtmatige rechtspraak. Heeft de kantonrechter met kennelijke miskenning van een behoorlijke taakvervulling gehandeld, dan moet de schade die daardoor is geleden voor vergoeding in aanmerking komen.

### 11.3 Eindconclusie

Het procesrecht in de preventieve ontslagprocedures kenmerkt zich door een aantal uitzonderingen ten opzichte van de normale bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedure. Bezwaar en beroep respectievelijk hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten. Bovendien vindt in de ontbindingsprocedure niet steeds het wettelijk bewijsrecht integrale toepassing. Deze uitzonderingen – in dit proefschrift gebundeld onder de term ‘verdund procesrecht’ – zijn ingegeven door de gewenste snelheid van de preventieve ontslagprocedures. De relatief korte preventieve procedures zorgen ervoor dat snel duidelijkheid bestaat over het einde van de arbeidsovereenkomst. Na het doorlopen van de snelle en rechtszekere ontbindingsprocedure is voor partijen definitief duidelijk – geen hoger beroep en cassatie mogelijk – of de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt, alsmede welke vergoeding daarvoor eventueel betaald moet worden. Door het voeren van één van de preventieve procedures ‘voor zover vereist’ kan bovendien snel zekerheid verkregen worden omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst in de gevallen waarin is opgezegd en de werknemer een beroep doet op een vernietigingsgrond van de opzegging. Op die wijze is het verdund procesrecht uit de preventieve ontslagprocedures ingebracht in de repressieve ontslagprocedures die zich niet kenmerken door een verdund ontslagprocesrecht, maar wel beslissend zijn voor het einde van de arbeidsovereenkomst.

Het belang van het verdund ontslagprocesrecht in de preventieve procedures wordt benadrukt als dit in rechtsvergelijkend perspectief wordt geplaatst. Kijken we naar Duitsland en Italië dan bestaan aanwijzingen tot twijfel omtrent de praktische werkbaarheid van een ontslagsysteem waarin langdurige ontslagprocedures voorkomen die beslissend zijn voor het einde van de arbeidsovereenkomst. Het wordt en werd in deze landen als een gemis ervaren dat het ontslagprocesrecht niet voorziet in een snelle en rechtszekere mogelijkheid voor het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De werkgever en werknemer moeten er in die landen rekening mee houden dat er tot in drie instanties geprocedeerd kan worden over de opzegging, hetgeen uiteindelijk kan resulteren in een vernietiging van de opzegging en wedertewerkstelling van en loondoorbetaling aan de werknemer. Beide landen hebben gepoogd door middel van een wetswijziging meer en snellere rechtszekerheid omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst in het ontslagsysteem in te bouwen. Nederland heeft op dit moment die snelle zekerheid. Dankzij het verdund procesrecht in de preventieve procedures – al dan niet gevoerd ‘voor zover vereist’ – kan op dit moment in Nederland snel zekerheid verkregen worden omtrent het eenzijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Schaffen we een dergelijke mogelijkheid af, terwijl in het ontslagsysteem nog wel procedures voorkomen waarvan de uitkomst beslissend is voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst/arbeidsrelatie – zoals na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid voor wat het deel van het ontslagrecht betreft – dan is de verwachting gezien de praktijk in Duitsland en Italië dat de druk op andere middelen ter ondervanging van de onzekerheid omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst zal toenemen: het sluiten van beëindigingsovereenkomsten (Duitsland) en/of het voeren van kort

gedingen waarin wedertewerkstelling en loon wordt gevorderd (Italië). Zeker de Duitse praktijk waarin de werkgever zich vanwege de aanzienlijke financiële gevolgen van een langdurig en onzeker Kündigungsschutzprozess gedwongen voelt tot het aangaan van beëindigingsovereenkomsten en schikkingen en de werknemer de ontslagprocedure voornamelijk gebruikt om een zo hoog mogelijke ontslagvergoeding van de werkgever af te dwingen, lijkt ook in Nederland na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid goed voorstelbaar.

Tussen enerzijds het belang van snelle zekerheid omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst, zoals gediend door het huidige verdund procesrecht, en anderzijds de rechtsbescherming voor partijen bestaat spanning. In dit onderzoek is echter gebleken dat de rechtsmiddelenverboden in de preventieve ontslagprocedures niet meebrengen dat eventuele fouten of gebreken in de ontslagvergunning dan wel ontbindingsprocedure of -beschikking nooit hersteld of gecompenseerd kunnen worden. Zo bestaat er in het kader van de ontbindingsprocedure de mogelijkheid tot doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Indien de kantonrechter art. 7:685 BW ten onrechte wel of juist niet toepast, dan wel essentiële vormen verzuimt, staat een beoordeling van het geschil in hoger beroep open. Belangrijk in dit kader is bovendien dat aangenomen mag worden dat de Hoge Raad met het arrest *Greenworld/Arbiters* een nieuwe maatstaf heeft ontwikkeld voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak, die ook uitkomst kan bieden voor inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen. Heeft de kantonrechter met kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling gehandeld, dan is de Staat aansprakelijk wegens onrechtmatige rechtspraak. In het kader van een ondeugdelijke ontslagvergunning kan een actie uit onrechtmatige daad jegens het UWV rechtsbescherming bieden.

Wat betreft het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure is in dit proefschrift betoogd dat de strenge lijn van kantonrechters die overwegen dat de ontbindingsprocedure zich naar haar aard niet leent voor toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht niet zonder meer door de wetgever en de Hoge Raad wordt voorgeschreven. Betoogd is juist dat de wetsgeschiedenis van art. 284 Rv en de jurisprudentie van de Hoge Raad aanleiding geven voor een ommekeer van dat uitgangspunt. De kantonrechter dient per individuele ontbindingszaak te beoordelen of de eventuele spoedeisendheid daarvan in de weg staat aan de toepassing van het bewijsrecht, hetgeen de rechtsbescherming van partijen ten goede komt. Dit is ook het uitgangspunt in de parlementaire geschiedenis bij de Wet werk en zekerheid.

Het verdund procesrecht dient ook verenigbaar te zijn met de hogere internationale norm van art. 6 EVRM, dat het recht op een eerlijk proces behelst. Wat betreft het verdund procesrecht in de huidige ontbindingsprocedure leidt deze toetsing niet tot problemen. Artikel 6 EVRM voorziet niet in een berechting van de zaak in twee feitelijke instanties. Bovendien moet de kantonrechter, ook in spoedeisende procedures, het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' in acht nemen en in verband daarmee toepassing geven aan het wettelijk bewijsrecht. Dit neemt niet weg dat in een bepaalde ontbindingsprocedure, net als in iedere andere procedure in laatste en hoogste instantie, incidenteel strijd kan ontstaan met art. 6 EVRM. Ook deze schendingen zijn echter in het merendeel van de gevallen te

herstellen. Schending van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginselen van hoor en wederhoor, 'equality of arms' en onpartijdigheid, leveren een grond op voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Schending van het eveneens door art. 6 EVRM gewaarborgde motiveringsbeginsel is volgens de Hoge Raad geen doorbrekingsgrond. Op dit punt is de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad (en dus niet de ontbindingsprocedure) niet in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM merkt een motiveringsgebrek – in de zin van geen motivering of een zó ondeugdelijke motivering die gelijk te stellen is aan geen motivering – namelijk wel aan als een schending van het in art. 6 EVRM vervatte recht op een eerlijke behandeling. In het kader van de huidige ontbindingsprocedure zou het aanbeveling verdienen voor de Hoge Raad om zijn doorbrekingsjurisprudentie hiermee in overeenstemming te brengen. Een incidentele schending door de ontbindingsrechter van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende motiveringsvereiste kan dan in hoger beroep hersteld worden en voorkomen dat de Staat zich schuldig maakt aan een schending van het EVRM. Overigens levert dit na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid geen (incidentele) problemen meer op. Na 1 juli 2015 is namelijk zonder meer hoger beroep mogelijk tegen een ontbindingsbeschikking.

De toetsing van de huidige UWV-procedure met zijn verdund procesrecht aan de vereisten van art. 6 EVRM is meer problematisch. Het UWV kan niet aangemerkt worden als een (onafhankelijke) gerechtelijke instantie in de zin van art. 6 EVRM. Het voorgaande levert niet direct een definitieve schending van art. 6 EVRM op. Het EHRM heeft uitgemaakt dat het in het kader van administratieve procedures om redenen van flexibiliteit en efficiency soms niet anders kan en dat een dergelijk gebrek later geheeld kan worden. Daarvoor is vereist dat de beslissing van het bestuursorgaan onderhevig is aan een latere gerechtelijke controle met zogenoemde 'full jurisdiction'. Deze mogelijkheid ontbreekt in het kader van de huidige UWV-procedure krachtens art. 6 BBA. Er staat geen administratief beroep open en de kennelijk-onredelijk-ontslag- en onrechtmatige-daadsprocedure kunnen geen rechterlijke toetsing bieden van de ontslagvergunning met 'full jurisdiction'. De ontslagvergunning 'an sich' wordt in het merendeel van de kennelijk-onredelijk-ontslagzaken niet aan een nader onderzoek onderworpen. Daarnaast wordt bij een geslaagd beroep in zowel de kennelijk-onredelijk-ontslag- als de onrechtmatige-daadprocedure de beslissing van het UWV niet zonder meer buiten werking gesteld. De controlerende rechter, die in tegenstelling tot het UWV wel voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM, heeft daardoor niet de uiteindelijke zeggenschap over het ontslaggeschil. Er wordt feitelijk beslist door het UWV.

De preventieve toetsing van ontslagen door het UWV blijft in het nieuwe ontslagrecht krachtens de Wet werk en zekerheid bestaan, met dien verstande dat deze route nog slechts is weggelegd voor ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Belangrijk is echter dat de strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM niet blijft bestaan. Deze strijdigheid wordt in het nieuwe ontslagrecht krachtens de Wet werk en zekerheid geheeld. De kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure verdwijnt in het nieuwe stelsel en in plaats daarvan kan de werknemer die meent dat hij ondanks toestemming van het UWV ten onrechte is ontslagen zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de werkgever te verplichten tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Belangrijk verschil met

de huidige procedure uit kennelijk onredelijk ontslag is dat de rechter in die nieuwe herstelprocedure de opzegging door de werkgever gaat toetsen aan dezelfde criteria die voor het UWV gelden. Wordt geoordeeld dat niet aan de geldende criteria voor opzegging (en toestemming van het UWV) is voldaan, dan veroordeelt de kantonrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst op een nader te bepalen tijdstip en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Een onjuiste beslissing van het UWV wordt daarmee de facto ongedaan gemaakt. Geconcludeerd is dat daarmee, in tegenstelling tot het huidige stelsel, in het nieuwe ontslagstelsel wel een gerechtelijke toetsing met 'full jurisdiction' mogelijk is van de beslissing van het UWV die kan resulteren in het ongedaan maken van de beslissing. De in hoofdstuk 5 van dit onderzoek 'nieuw' beproefde remedies tegen een (ondeugdelijk) verleende ontslagvergunning zijn niet meer noodzakelijk voor het in overeenstemming brengen van de UWV-procedure met art. 6 EVRM.