

Collectief bedongen werkgelegenheidsgaranties

Nuna Zekic

1 Inleiding¹

De Nederlandse wet schrijft uitgebreide regels en procedures voor bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Die wettelijk voorgeschreven regels en procedures zorgen voor een grote mate van ontslagbescherming. Dat is waarschijnlijk de reden waarom we relatief weinig additionele ontslagbescherming in cao's aantreffen.² Toch worden ook in Nederland collectieve afspraken gemaakt die als doel hebben de werknemers méér ontslagbescherming en méér baan zekerheid te bieden dan wat op basis van de wet zou volgen. Zulke afspraken in cao's en sociale plannen (en naar mag worden aangenomen zeer zelden in individuele arbeidsovereenkomsten) worden vaak aangeduid als *werkgelegenheidsgaranties*. Zij worden bijvoorbeeld in het kader van reorganisaties, fusies en overnames overeengekomen of wanneer de werkgever een (loon)offer van het personeel vraagt. In ruil daarvoor vragen de werknemersorganisaties van de werkgever (zich in te zetten) om de werkgelegenheid op peil te houden en geen 'gedwongen' ontslagen uit te voeren. Ook termen als *werkgarantie*, *baangarantie*, *werkzekerheid* of juist *baanzekerheid* worden in dit verband gebruikt.

Onenigheid over dergelijke garanties vormt vaak de kern van een collectief conflict.³ Wanneer hierover een afspraak wordt gemaakt die vervolgens in de cao of een sociaal plan wordt opgenomen, vormt dat een (zeer) belangrijk onderdeel van die collectieve regeling. Het is aannemelijk dat de werknemers een werkgelegenheidsgarantie als zeer belangrijk ervaren. Toch is er weinig bekend over dergelijke cao-afspraken. Hoe plegen ze te worden verwoerd? En kan nakoming van zulke afspraken bij de rechter worden afgedwongen? Die laatste vraag is relevant voor de praktijk, ook al zullen de cao-partijen doorgaans het overleg boven een rechtszaak verkiezen.⁴ Uit een onderzoek blijkt dat in Duitsland, waar dit soort afspra-

- 1 Dit artikel is een bewerking van een deel uit de dissertatie van de auteur: *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- 2 Ter vergelijking, zie voor de Belgische situatie bijvoorbeeld M. Rigaux, *Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit*, in: M. Rigaux & W. Rauws, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 695-733; N. Thoelen, *Ontslagmacht aan banden: conventionele vastheid van betrekking. Recente ontwikkelingen van bedongen werkzekerheid*, JTT 2006, 943, p. 145-154.
- 3 Zie bijvoorbeeld de stakingen in de Rotterdamse havens, waarbij de vakbonden een 'baangarantie' eisten voor havenwerkers tot 2020 (<http://nos.nl/artikel/2078927-stakingen-op-komst-in-rotterdamse-haven.html>). Zie verder bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2548 en ECLI:NL:RBROT:2016:2549, en ouder: Rb. Utrecht 30 maart 2009, JAR 2009/124; Rb. Amsterdam 23 april 2010, JAR 2010/118.
- 4 Vergelijk E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan*, NTBR 2006/2, p. 40-53.

ken vaker dan bij ons voorkomt, een derde van de garanties verbroken wordt door de werkgever.⁵

Deze bijdrage heeft als doel enerzijds meer inzicht te verschaffen in de inhoud en de formulering van dit soort cao-bepalingen, in de hoop dat deze empirische resultaten een bijdrage kunnen leveren aan de verdere ontwikkeling van het ontslagrecht. Daarvoor wordt gebruikgemaakt van de resultaten van een eigen cao-onderzoek, waarbij in eerste instantie gewerkt is met een steekproef van ongeveer honderd cao's.⁶ Paragraaf 2 geeft een overzicht van de bevindingen van dit onderzoek. Anderzijds is het doel in te gaan op de afdwingbaarheid van deze cao-afspraken bij de rechter. Een van de belangrijkste vragen daarbij is hoe de werkgelegenheidsgarantie zoals die in de cao is opgenomen, dient te worden uitgelegd. In paragraaf 3 wordt derhalve eerst weergegeven hoe dit soort cao-bepalingen getypeerd kan worden. Hebben we met een normatieve of een obligatoire bepaling te maken en waarom is de typering van belang? Paragraaf 4 gaat nader in op de interpretatie van dergelijke cao-bepalingen: waartoe heeft de werkgever zich verbonden? Paragraaf 5 gaat in op het mogelijke voorbehoud dat de cao-partijen maken bij een dergelijke afspraak. Paragraaf 6 behandelt het leerstuk *imprévision*, ofwel de onvoorziene omstandigheden. In paragraaf 7 wordt ingezoomd op de term garantie. Maakt het iets uit als in de cao staat dat de werkgelegenheid *gegarandeerd* wordt? In paragraaf 8 wordt nader ingegaan op sancties bij niet-naleving, waarbij wordt uitgegaan van de situatie dat een individuele werknemer zijn ontslag dat is gegeven in strijd met de werkgelegenheidsgarantie, onder het nieuwe ontslagrecht wil aanvechten. In paragraaf 9 staan, tot slot, de conclusies.

2 Toezeggingen in cao's over behoud van werkgelegenheid

Een aanzienlijk aantal cao's bevat toezeggingen over behoud van werkgelegenheid. In zeker 25 van de onderzochte cao's is een vorm van een toezegging gevonden. Dit zijn vooral ondernemings-cao's, dan wel 'cao's' in de (semi)publieke sector. Toch zijn er ook bedrijfstak-cao's met een duidelijke werkgelegenheidsgarantie.⁷

- 5 C. Bogedan, W. Brehmer & H. Seifert, Wie krisenfest sind betriebliche Bündnisse zur Beschäftigungssicherung?, WSI-Mitteilungen 02/2011.
- 6 De steekproef is gemaakt door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in mei 2012. Het ministerie maakt de steekproef ten behoeve van zijn eigen cao-onderzoek. Erin zijn opgenomen ondernemings-cao's die van toepassing zijn op 3000 of meer werknemers, en bedrijfstak-cao's die van toepassing zijn op 10.000 of meer werknemers. Voor een overzicht van de onderzochte cao's zie p. 317-324 in de genoemde dissertatie van mijn hand.
- 7 Zie naast het gegeven voorbeeld ook artikel 7B van de cao voor het Openbaar Vervoer 2014-2015 (Stcrt. 2015, 35706) en artikel 10.2 lid 3 van de cao voor het Primair Onderwijs 2014-2015. Uit de laatste cao blijkt wel dat in specifieke gevallen, zoals bij teruglopende leerlingaantallen, gedwongen ontslag toch tot de mogelijkheden behoort.

Nuna Zekic

Cao Ambulancezorg 2015-2018 (artikel 11.1):

‘De werkgelegenheid van per 1 januari 2015 in dienst zijnde werknemers wordt, in geval van fusie, reorganisatie of overname, gegarandeerd voor de looptijd van deze cao.’

Duidelijk is dat in deze sectoren de economische omstandigheden een minder grote rol spelen bij het werkgelegenheidsniveau binnen een organisatie dan in andere sectoren. Hetzelfde geldt voor de (semi)publieke sector, hoewel men ook hier geconfronteerd wordt met bezuinigingen en reorganisaties. In het vorige onderhandelingsakkoord voor het politiepersoneel voor de jaren 2012-2014 was daarom een *werkzekerheidsgarantie* opgenomen, die in het nieuwe akkoord 2015-2017 is verlengd.⁸ Deze houdt in dat de werkgever ‘ervoor zal zorgdragen dat de medewerkers die bedreigd worden door de reorganisatie als gevolg van de totstandkoming van de Nationale Politie een functie zullen krijgen binnen *of buiten* de politie’ (eigen cursivering). Het gaat hier dus in tegenstelling tot het vorige voorbeeld niet per definitie om behoud van werkgelegenheid binnen de organisatie, maar om het voorkomen van werkloosheid van (boventallige) werknemers. Wanneer het wel gaat om behoud van werkgelegenheid bij een en dezelfde werkgever, gaat het om het voorkomen van ontslagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden.⁹ Er zijn dan echter slechts weinig cao’s te vinden waar *geen* voorbehoud wordt gemaakt bij de garantie.

Cao Rabobank:¹⁰

‘Voor individuele medewerkers die zich blijvend kwalificeren voor een functie, waarborgt de werkgever gedurende de looptijd van de CAO de werkgelegenheid.’

Cao Albron (artikel 10 Werkgelegenheidsgarantie):

‘Werkgever geeft gedurende de looptijd van deze Overeenkomst een werkgelegenheidsgarantie. Er zullen derhalve tot en met 31 december 2015 geen gedwongen ontslagen om bedrijfseconomische redenen plaatsvinden. De werkgelegenheidsgarantie geldt niet bij ontslag wegens een dringende reden, wegens disfunctioneren of andere in de persoon of het gedrag gelegen omstandigheden en ontslag als gevolg van langdurige arbeidsongeschiktheid.’

In de meeste cao’s wordt echter, zoals gezegd, een voorbehoud gemaakt, zelfs in de gevallen waarbij men de term ‘garantie’ gebruikt. Cao-partijen houden duidelijk steeds rekening met de mogelijkheid dat de omstandigheden (ingrijpend) kunnen wijzigen, waardoor een reorganisatie toch noodzakelijk blijkt. Werkgelegen-

8 Zie het onderhandelingsresultaat van 17 december 2015.

9 De eerste ontslaggrond uit artikel 7:669 lid 3 BW.

10 Hoofdstuk IV (Toepassing Sociaal Statuut) van de cao 1 mei 2011t/m 1 juli 2012. In de latere cao’s is de bepaling verdwenen; er wordt uitgegaan van boventalligheid. Ook Albert Heijn (distributieorganisatie) had een ‘ongeconditioneerde’ werkgelegenheidsgarantie in zijn cao 2010-2012, die in de daaropvolgende cao is verdwenen.

heidsbehoud moet hier dan ook eerder als een intentie dan als een garantie gelezen worden.¹¹

Cao Océ-Technologies B.V. en Canon Nederland N.V. 2015-2016 (artikel 4 sub 5.1):

‘Océ zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet tot collectief ontslag van medewerkers overgaan, dan nadat zeer bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken, en nadat getracht is door middel van detachering, overplaatsing, omscholing of bijscholing collectief ontslag te vermijden, en nadat er overleg is geweest met de vakbonden en de OR.’

Cao Unilever 2013-2015 (artikel 19 lid 6: Werkzekerheid):

‘Unilever zal zich maximaal inspannen om gedwongen ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen te voorkomen gedurende de looptijd van deze cao. Bedrijfseconomische redenen zijn redenen die niet de persoon (dringende reden of verstoorde arbeidsrelatie) of het (dis)functioneren van de werknemer betreffen.’

Wanneer een voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van het werkgelegenheidsbehoud, wordt in de meeste cao's bepaald dat de werkgever direct in overleg moet treden met de werknemersorganisaties, mocht de situatie zich inderdaad voordoen dat men niet aan de intentie kan voldoen. Het uitgangspunt bij dat overleg moet dan steeds zijn gedwongen ontslagen te voorkomen, aldus de cao's. Men wenst de continuïteit van de arbeidsverhoudingen te waarborgen, ook in het geval dat het noodzakelijk is het aantal arbeidsplaatsen te verminderen. Het gevolg van de met de cao strijdige handelingen, anders dan het in overleg treden, wordt in de cao niet geregeld.

De meeste, zo niet alle werkgelegenheidsgaranties of -intenties staan niet op zichzelf. Er wordt een tegenprestatie van de werknemers verwacht. Soms is nog uit dezelfde bepaling af te leiden dat aan de garanties afspraken over de versoering van arbeidsvoorwaarden direct gekoppeld zijn. Meestal wordt dit expliciet in het principeakkoord vermeld. Toch zijn ook deze 'garanties' meestal geconditioneerd.

Cao KLM Grondpersoneel 2015-2016 (VI, principeakkoord):

‘Gedurende de looptijd van de cao vindt geen gedwongen ontslag op bedrijfseconomische gronden plaats zolang de instrumenten, die hiervoor worden ingezet, waaronder de maximale inzet van mobiliteit en de in het kader van deze cao afgesproken vrijwillige vertrekregeling (VVR), toereikend zijn. Indien deze instrumenten ontoereikend blijken te zijn, treden partijen in overleg.’

11 Zie naast de weergegeven voorbeelden verder de cao DSM NL Services B.V. 2015-2016 (artikel 4 Protocol Werkgelegenheid) en de cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie 2014-2016 (artikel 5 lid 2, 3 en 5).

Nuna Zekic

Toezeggingen over behoud van werkgelegenheid kunnen in een cao dus zowel ‘zwak’ uitgedrukt zijn (‘de werkgever spant zich in om gedwongen ontslagen te voorkomen’) als ‘sterk’, waarbij de werkgever een werkgelegenheidsgarantie geeft. Slechts enkele werkgelegenheidsgaranties zijn ongeconditioneerd. Hierbij moet worden opgemerkt dat het isoleren en weergeven van slechts één cao-bepaling – zoals hier gebeurt – tot gevolg kan hebben dat daardoor een eenzijdig beeld van een bepaalde cao ontstaat. Zo kan een vrij ‘zwak’ geformuleerde bepaling over het ontslagbeleid¹² gepaard gaan met een uitgebreid sociaal plan, zoals in de cao voor de Nederlandse Spoorwegen te vinden is.¹³ Een boventallige werknemer bij de NS heeft onder andere recht op bemiddeling bij het zoeken van ander werk binnen of buiten de NS gedurende een periode van maximaal twee jaar, en hij heeft recht op een transferbudget dat leeftijdsafhankelijk is, maar minstens negen maandsalaries bedraagt voor werknemers jonger dan 30 jaar. Dit beleid is dan eerder te betitelen als gericht zijnde op het voorkomen van werkloosheid dan op het behoud van werkgelegenheid. Verder kan men dergelijke afspraken het beste bezien in samenhang met bijvoorbeeld bepalingen over overwerk, het scholings- en het wervingsbeleid, de inhuur van uitzendkrachten en de mogelijkheden om het werk aan derden uit te besteden.¹⁴

3 Soort bepaling

De eerste stap bij een juridische analyse van de collectief bedongen werkgelegenheidsgaranties is de bepaling te typeren. Met wat voor soort cao-bepaling hebben we te maken? Die typering is van belang voor de vraag wie nakoming van de cao-afpraak kan vorderen. Zoals bekend, zijn horizontale (of normatieve) bepalingen bedoeld te werken tussen de individuele werkgever en werknemer. Dit zijn meestal arbeidsvoorwaardenbepalingen en zij vormen de kern van de cao. De obligatoire bepalingen daarentegen werken alleen tussen de cao-partijen zelf. In de literatuur worden ook diagonale bepalingen onderscheiden. Deze verbinden meestal de individuele werkgever tegenover de werknemers als groep. Hierbij moet echter voor ogen worden gehouden dat dit onderscheid niet absoluut is, maar als een hulpmiddel kan dienen bij de interpretatie van cao-bepalingen.¹⁵ Of de desbetreffende cao-bepaling als een horizontale dan wel een obligatoire (of een diagonale) bepaling gekwalificeerd moet worden, is echter ook van belang voor de vraag hoe de bepaling uitgelegd moet worden. De literatuur is van mening dat obligatoire bepalingen uitgelegd kunnen worden volgens de regels van het

12 Denk aan de overweging: ‘Partijen willen gedwongen ontslagen zo veel mogelijk vermijden door het bemiddelen van werk naar werk centraal te stellen.’

13 Zie cao NS 2013-2015 (hoofdstuk 11).

14 Zie uitgebreider Zekic 2014, paragraaf 2.4.3.

15 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot c.a.o.’s, verbindend verklaren van bepalingen ervan en aanverwante regelingen, Deventer: Kluwer 2004, p. 116. De typering is voorts bij bedrijfstak-cao’s van belang voor de vraag of de cao-bepaling algemeen verbindend kan worden verklaard.

algemene verbintenissenrecht.¹⁶ Het Haviltex-criterium zou dan van toepassing zijn indien de werkgelegenheidsgarantie alleen de cao-partijen bindt. Kort gezegd betekent dit dat aan de bedoelingen en verwachtingen van de cao-partijen grote betekenis wordt toegekend. Indien de werkgelegenheidsgarantie echter als een horizontale of diagonale bepaling wordt aangemerkt, zal de rechter deze uitleggen volgens de ‘cao-norm’, waarbij de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, doorslaggevend zijn.¹⁷ De rechter zal trachten de bepaling meer naar *objectieve maatstaven* te interpreteren. De bedoelingen van cao-partijen zijn niet bepalend voor zover deze niet uit de cao-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn. Hetzelfde geldt overigens voor werkgelegenheidsgaranties die zijn opgenomen in een sociaal plan. Daarnaast is het belangrijk te benadrukken dat cao-bepalingen of bepalingen uit een sociaal plan *eenduidig* dienen te worden uitgelegd, ongeacht dus wie bij een geschil daaromtrent als wederpartij optreedt.¹⁸

Of een werkgelegenheidsgarantie in de cao een horizontale dan wel obligatoire bepaling is, zal van de formulering afhangen. Doorslaggevend zal de vraag zijn of de bepaling de werknemer een concrete individuele bescherming tegen ontslag biedt. Zoals we hiervoor hebben gezien, luiden veel bepalingen in deze categorie ongeveer als volgt: ‘De werkgever zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot gedwongen ontslag.’ Hoewel dit niet een typische arbeidsvoorwaardenbepaling is, kan men ook niet volhouden dat deze afspraak uitsluitend tussen de cao-partijen geldt. Met name wanneer het werkgelegenheidsbehoud gekoppeld is aan een verslechtering van arbeidsvoorwaarden, wat vaak het geval is, komt het horizontale karakter van de bepaling meer in beeld. Individuele werknemers zullen mijns inziens in de meeste gevallen – naast de cao-partijen – naleving van deze werkgelegenheidsgaranties kunnen vorderen.¹⁹

Het is echter zeker niet uit te sluiten dat een werkgelegenheidsgarantie uitgelegd wordt als een obligatoire bepaling. Het is ook te verwachten dat werkgevers (en werkgeversorganisaties) zich makkelijker verbinden tegenover de werknemersorganisaties dan tegenover de individuele werknemers, en liever geen normatief ingekleurde garanties willen afgeven.²⁰ Het gaat dan bijvoorbeeld om bepalingen

16 Zie bijvoorbeeld Fase & Van Drongelen 2004, p. 114; E. Verhulp, De uitleg van CAO-bepalingen, ArA 2003/1, p. 12. De Hoge Raad heeft zich hierover echter nog niet uitgelaten; volgens de noot van Sagel bij Hof Amsterdam 14 april 2005, SR 2005/67.

17 HR 17 september 1993, NJ 1994/173, JAR 1993/234; HR 31 mei 2002, NJ 2003/110, JAR 2002/153; HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, JAR 2004/83 (DSM/Fox). In dit laatste arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat tussen uitleg volgens de cao-norm en de Haviltex-norm ‘geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang’ bestaat.

18 HR 26 mei 2000, NJ 2000/473, JAR 2000/151 (Akzo Nobel Fibers BV/FNV Bondgenoten). Zie ook Verhulp 2003, p. 20.

19 Doordat de cao-bepalingen overgaan in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van de artikelen 12 en 13 Wet CAO dan wel het incorporatiebeding kunnen de individuele werkgever en werknemer vanuit de arbeidsovereenkomst jegens elkaar vorderingen instellen. Ook cao-partijen hebben een (schade)vorderingsrecht: bij obligatoire bepalingen bijvoorbeeld op basis van artikel 6:265 BW (wanprestatie) of artikel 9 lid 2 Wet CAO en bij horizontale bepalingen op basis van artikel 9 lid 2, 15 of 16 Wet CAO. Zie bijvoorbeeld Fase & Van Drongelen 2004, p. 117-120.

20 Volgens Rigaux 2010, p. 703.

Nuna Zekic

gen die geformuleerd zijn als een inspanningsverplichting van de werkgever om de werkgelegenheid 'op peil te houden' en regelmatig overleg te voeren over de werkgelegenheid met de werknemersorganisaties. Vooral wanneer de 'werkgelegenheidsgarantie' direct gekoppeld is aan overleg tussen cao-partijen, zal het oordeel eerder zijn dat het om een obligatoire bepaling gaat. Voor de verdere behandeling hierna wordt echter steeds uitgegaan van de kwalificatie als horizontale bepaling.

4 Interpretatie

Waartoe heeft de werkgever zich precies verbonden en wanneer handelt hij in strijd met de werkgelegenheidsgarantie? Bepaalt de cao dat de werkgever geen gedwongen ontslagen mag doorvoeren, wat een verbintenis is *om niet te doen*, of is in de cao neergelegd dat de werkgelegenheid in het bedrijf of de organisatie wordt gegarandeerd, wat een verbintenis is *om te doen*?²¹ Heeft de werkgever zich met andere woorden verbonden iets te doen of juist iets niet te doen? Dit zal uiteraard in de eerste plaats afhangen van de precieze formulering van de garantie. In de praktijk zal de verbintenis om werknemers *niet* te ontslaan belangrijker zijn.²² Het is onwaarschijnlijk dat de werkgever wordt aangesproken wegens niet-naleving – bijvoorbeeld in het geval hij nalaat een werkgelegenheidsbeleid te voeren –, terwijl er geen gedwongen ontslagen (gaan) plaatsvinden.²³ Pas wanneer de werkgever het voornemen kenbaar heeft gemaakt werknemers te ontslaan of daartoe daadwerkelijk overgaat, zullen de vakbonden en/of de werknemers naleving van de overeenkomst vorderen. Het is echter wel denkbaar dat een werkgever geen ontslagen doorvoert in de periode dat de cao van kracht is, maar ondertussen wel voorbereidingen maakt dat te doen zodra die periode voorbij is. In dat geval krijgt de verbintenis om te doen, namelijk om de werkgelegenheid te garanderen, een belangrijkere rol. Staat er echter in de cao-bepaling dat de werkgelegenheid voor de duur van de cao wordt gegarandeerd, dan kan daarin mijns inziens niet zonder meer worden gelezen dat de werkgever ook geen voorbereidingen mag treffen om daarna werknemers te ontslaan.

Een ander onderscheid in soorten verbintenissen is hier echter van groter belang. Het gaat om het onderscheid tussen de inspannings- en resultaatsverbintenissen.²⁴ Een verbintenis kan strekken tot het verrichten van een zekere inspanning; er is dan sprake van nakoming wanneer die inspanning is geleverd,

21 Verbintenissen worden van oudsher onderscheiden in verbintenissen om te geven, te doen en niet te doen. Zie bijvoorbeeld C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 42.

22 Een werkgelegenheidsgarantie die geformuleerd is als een verbintenis om niet te doen, is te vinden in de cao voor de ANWB (artikel 2.1 lid 2): 'De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag (...).'

23 Een werkgelegenheidsgarantie die geformuleerd is als een verbintenis om te doen, is te vinden in de cao voor de Rabobank (hoofdstuk IV): 'Voor individuele medewerkers die zich blijvend kwalificeren voor een functie, waarborgt de werkgever gedurende de looptijd van de CAO de werkgelegenheid.'

24 Brunner & De Jong 1999, p. 43-44.

ongeacht het resultaat. De verschuldigde prestatie is dan verricht. Bij resultaatsverbintenissen gaat het juist om het resultaat. Dit onderscheid is vooral van belang voor de vraag of de verbintenis is nagekomen en voor de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rusten. Wanneer de schuldenaar zich heeft verbonden tot het bewerkstelligen van een bepaald resultaat, kan de schuldeiser volstaan met de stelling dat de schuldenaar het toegezegde resultaat niet heeft bewerkstelligd. De schuldenaar moet dan feiten en omstandigheden stellen en bewijzen die rechtvaardigen dat hij voor de tekortkoming in de nakoming niet aansprakelijk is. Bij de inspanningsverbintenis zal de schuldeiser moeten stellen en bewijzen dat de schuldenaar niet de vereiste inspanning heeft geleverd, nog voordat zijn aansprakelijkheid aan de orde komt. Dit onderscheid tussen inspanning en resultaat is in de praktijk vaak moeilijk te maken.²⁵

Bij veel werkgelegenheidsgaranties blijkt echter dat vooral een zekere inspanning is beoogd. Uit de tekst kan dan slechts de *intentie* worden afgeleid om geen ontslagen door te voeren. De eerder aangehaalde bepaling uit de Unilever-cao laat dat goed zien: 'Unilever zal zich maximaal inspannen om gedwongen ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen te voorkomen gedurende de looptijd van deze cao.' Bij bepalingen die duidelijk als een inspanningsverbintenis zijn geformuleerd, zal het op de weg van de werknemersorganisatie liggen te stellen én te bewijzen dat de werkgever niet de vereiste inspanning heeft geleverd om de werkgelegenheid veilig te stellen. Het moge duidelijk zijn dat dit geen eenvoudige taak is. Het zal vooral moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn om te bewijzen dat de werkgever zich *niet* heeft ingespannen om de werkgelegenheid te behouden wanneer dezelfde werkgever eerst in overleg is getreden met de werknemersorganisaties teneinde de zaak toe te lichten en de mogelijkheden te bespreken om gedwongen ontslagen te voorkomen. Dat er in de cao staat dat de werkgever zich 'maximaal' moet inspannen, verandert niets in de bewijslast voor de desbetreffende werknemersorganisatie.

Daarnaast hebben veel cao-partijen meestal een expliciet *voorbehoud* gemaakt ten aanzien van die intentie, wat de intentie nog verder 'afzwakt', zoals uit het volgende voorbeeld blijkt.²⁶

Cao ANWB (artikel 2.1 lid 2):

'De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag, in de zin van de Wet melding collectief ontslag, van medewerkers, die op het moment van afsluiting ervan in dienst zijn, respectievelijk tijdens de duur ervan in dienst treden, tenzij bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken. In dat geval zal zij hiertoe niet eerder besluiten dan na diepgaand en indringend overleg met de Ondernemingsraad en na het raadplegen van de vakorganisaties.'

25 G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames (diss. Tilburg University), 2002, p. 106.

26 Naast het hier bedoelde voorbehoud maken de cao's meestal ook een voorbehoud ten aanzien van het beëindigen van arbeidsovereenkomsten wegens een reden die de persoon van de werknemer betreffen, zoals een dringende reden. Dit soort beëindigingen blijft mogelijk.

Nuna Zekic

In deze gevallen, waarbij de werkgever zich verbindt geen collectieve ontslagen door te voeren dan nadat ('diepgaand en indringend') overleg is gevoerd met de vakbonden, voegen de cao-afspraken nauwelijks iets toe aan wat al uit de Wet melding collectief ontslag (WMCO) volgt.²⁷ Die wet schrijft voor dat belanghebbende verenigingen van werknemers geraadpleegd worden bij een voornemen de arbeidsovereenkomst van ten minste twintig werknemers te beëindigen. In de wet is expliciet opgenomen dat die raadpleging ten minste betrekking moet hebben op de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen, alsook de mogelijkheid om de gevolgen van het ontslag te verzachten.²⁸ In vergelijking met deze cao-afspraken zou men zelfs kunnen betogen dat de WMCO een werkgelegenheidsgarantie biedt. De wet schrijft echter niet voor dat die raadpleging een bepaalde uitkomst moet hebben. De werkgever heeft aan zijn verplichting voldaan als hij zich voldoende heeft ingespannen om tot een akkoord te komen.²⁹ Het gaat hierbij weer om een inspanningsverplichting en niet om een resultaatverplichting. Hetzelfde geldt voor dit soort 'zwakke' werkgelegenheidsgaranties in cao's.

De *ongeconditioneerde* werkgelegenheidsgaranties daarentegen richten zich op het voor een bepaalde tijd uitsluiten van 'gedwongen ontslagen', waarmee wordt bedoeld een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Gewoonlijk gaat het om het uitsluiten van gedwongen ontslag in geval van fusies, reorganisaties of overnames.³⁰ Omdat het in die gevallen veelal om boven-taligheid gaat en dus om bedrijfseconomische ontslagen, zal onder de term gedwongen ontslag niet vallen een beëindiging wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.³¹ Ontslagen op andere dan bedrijfseconomische gronden, zoals ontslag wegens een dringende reden of disfunctioneren, blijven dus ook in de regel tot de mogelijkheden behoren.

Interessante vraag is of een 'harde' werkgelegenheidsgarantie aangemerkt kan worden als een opzegverbod. Mijns inziens kan een dergelijke bepaling inderdaad worden aangemerkt als een contractueel opzegverbod, hoewel het onder het nieuwe ontslagrecht in de meeste gevallen misschien beter zou zijn om te spreken van het uitsluiten van een bepaalde ontslaggrond, namelijk het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van werkzaamheden van de onderneming of het noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. In paragraaf 8 wordt hier nader op ingegaan.

27 Meer vergelijkbare cao-bepalingen zijn aangetroffen. Zie bijvoorbeeld de cao Océ-Technologies B.V. (artikel 3 sub 5.1), de cao Merck Sharp & Dohme 2014-2015 (artikel 2 sub g), de cao Verzekering binnendienst 2015-2016 (artikel 6.1) en de cao KPN 2014-2015 (artikel 1.9).

28 Artikel 3 lid 1 en 2 WMCO.

29 Heinsius, aantekening 5 bij artikel 3 WMCO, Arbeidsovereenkomst (losbl.).

30 Wat ook geregeld zal voorkomen, is dat een (individuele) werkgelegenheidsgarantie wordt afgegeven in het kader van één bepaalde reorganisatie of overname en dat die garantie niet verder reikt dan dat; zie bijvoorbeeld HR 21 mei 2010, JAR 2010/164, RAR 2010/100.

31 Artikel 7:669 lid 4 BW. Zie bijvoorbeeld Ktr. Bergen op Zoom 4 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1264.

5 ‘Bijzondere omstandigheden’

Zoals eerder opgemerkt, bevatten de werkgelegenheidsgaranties die in dit onderzoek zijn aangetroffen in de meeste gevallen een expliciete beperking op de werkgelegenheidsgarantie. Het gaat dus in de meeste gevallen om geconditioneerde werkgelegenheidsgaranties.³² De werkgever verbindt zich ertoe de werkgelegenheid tijdens de duur van de cao op peil te houden, ‘behoudens bijzondere omstandigheden’. Cao-partijen hebben dan uitdrukkelijk in de overeenkomst verdisconteerd dat na het sluiten van de cao de omstandigheden kunnen wijzigen, waardoor ontslagen toch noodzakelijk blijken te zijn.

Het gaat in deze gevallen niet om onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 lid 1 BW – wat een zwaardere toets inhoudt³³ –, maar om omstandigheden waar cao-partijen rekening mee hebben gehouden. Ook hier geeft de *uitleg* van de desbetreffende cao-bepaling de doorslag. Indien het een horizontale bepaling betreft, zal het, zoals eerder opgemerkt, bij de uitleg geen verschil uitmaken wie als procespartij optreedt: de vakbond als cao-partij of een individuele werknemer. De cao-bepaling moet op een eenduidige manier uitgelegd worden.³⁴ Dat betekent dat aan de bedoelingen van de partijen bij de uitleg alleen betekenis toekomt voor zover deze naar objectieve maatstaven uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting volgen en ze dus kenbaar zijn voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest.³⁵ Zelden is echter in de cao zelf of de toelichting erop concreet omschreven wanneer sprake is van deze (bijzondere) omstandigheden waardoor de werkgelegenheidsgarantie heroverwogen moet worden of niet meer geldt. De rechter zal de bepaling dan lezen in het licht van de gehele tekst van de cao en de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting, en zo trachten naar objectieve maatstaven vast te stellen wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden.

In beginsel zal dit gewijzigde markt- of bedrijfsomstandigheden betreffen. In het algemeen zal het meestal gaan om een dusdanige verandering in de economische sfeer, dat de kosten van de naleving van de werkgelegenheidsgarantie zeer sterk toenemen. Dit levert dus een breed scala aan omstandigheden op. Interessant is daarom de vraag of in dit verband ‘bijzondere omstandigheden’ als *uitzonderlijke* markt- of bedrijfsomstandigheden uitgelegd moeten worden, nu we kunnen aannemen dat de meeste sectoren tegenwoordig *constant* aan veranderingen onderhevig zijn. Met andere woorden: hoe bijzonder moeten de omstandigheden zijn wil de werkgever niet gehouden zijn aan de werkgelegenheidsgarantie?

Bij de beantwoording van die vraag kan de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2005 in de zaak KLM Luchtvaartschool behulpzaam zijn, aangezien het

32 Zie ook W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden*. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, *ArA* 2006/3, p. 38-39.

33 Dit wordt in paragraaf 6 behandeld.

34 HR 26 mei 2000, NJ 2000/473, JAR 2000/151 (Akzo Nobel Fibers BV/FNV Bondgenoten).

35 HR 28 juni 2002, JAR 2002/168 (Buijsman/Motel Akersloot BV).

Nuna Zekic

hier ging om omstandigheden betreffende ‘de veranderde economische situatie’.³⁶ De feiten in deze zaak waren als volgt. KLM maakte met iedere leerling van de KLM Luchtvaartschool bij aanvang van hun opleiding een schriftelijke overeenkomst waarin onder andere was bepaald dat met hen uiterlijk twaalf maanden na het verkrijgen van een vliegbevoegdheidsverklaring een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal worden aangegaan. Verderop stond echter: ‘In bijzondere omstandigheden kan deze periode worden verlengd tot maximaal zestig maanden.’ In dit geval had KLM de desbetreffende werknemers niet binnen de in de overeenkomst genoemde termijn van twaalf maanden een dienstverband voor onbepaalde tijd aangeboden, maar wel binnen de termijn van zestig maanden. Deze groep werknemers vorderde een schadevergoeding in verband met onder andere inkomensderving en pensioenschade. Volgens hen slaagde het beroep van KLM op de uitzonderingsgrond niet, omdat de omstandigheden die KLM aanvoerde, namelijk trage uitstroom gepensioneerden, laag natuurlijk verloop, afgesprongen allianties, Azië-crisis, uitstel vlootvernieuwing en dergelijke, reeds bestonden vóór het aangaan van de overeenkomst, althans in redelijkheid voorzienbaar waren.

De Rechtbank Amsterdam stelde de werknemers in het ongelijk.³⁷ Met de woorden ‘in bijzondere omstandigheden kan deze periode worden verlengd’ is volgens de Rechtbank bij voorbaat duidelijk gemaakt dat het moment van de indiensttreding mede afhankelijk zou kunnen zijn van *externe factoren*. Een redelijke uitleg van het bepaalde in de overeenkomst brengt volgens de Rechtbank met zich dat ‘onder het begrip “bijzondere omstandigheden” mede begrepen moeten worden omstandigheden waarmee KLM bij het maken van de prognoses en ramingen omtrent instroom redelijkerwijs geen rekening heeft kunnen houden’.³⁸ De door KLM aangevoerde omstandigheden (Azië-crisis, uitgestelde allianties, typewisseling en bezuinigingsoperaties) voldoen volgens de Rechtbank aan dit criterium. Sommige van deze omstandigheden zijn weliswaar binnen de risicosfeer van KLM gelegen, maar de Rechtbank nam mee dat ze ‘mede afhankelijk zijn van buiten de invloedssfeer van KLM gelegen factoren’.

Het is inderdaad verdedigbaar dat in dit soort gevallen onder ‘bijzondere omstandigheden’ mede begrepen worden omstandigheden waarmee de partijen redelijkerwijs geen rekening hebben kunnen houden. Waar bij het leerstuk van onvoorziene omstandigheden de omstandigheden die voor rekening komen van degene die zich erop beroept in beginsel niet tot een wijziging of een ontbinding door de rechter zullen leiden,³⁹ kan dat bij de uitleg van ‘bijzondere omstandigheden’ niet gezegd worden. Ook omstandigheden die binnen de risicosfeer van de werkgever liggen, kunnen een beroep op ‘bijzondere omstandigheden’ rechtvaardigen. Toch stelt de Rechtbank in de genoemde KLM-zaak mijns inziens de lat erg laag door

36 Rb. Amsterdam 27 juli 2005, RAR 2005/104.

37 R.o. 4.4. De Rechtbank constateert dat het mogelijk is dat op individueel niveau anders wordt geoordeeld, maar dat de leerlingen daarvoor hun stellingen onvoldoende toegespitst hebben op het individuele geval.

38 R.o. 4.3. Cursivering aangebracht.

39 Zo bepaalt het tweede lid van artikel 6:258 BW. Zie verder onder paragraaf 6.

als doorslaggevend criterium te gebruiken dat de omstandigheden mede afhankelijk zijn van factoren die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen.

6 Onvoorziene omstandigheden

Misschien is de voorzichtigheid rondom het geven van werkgelegenheidsgaranties wel overbodig. Het recht voorziet al in de mogelijkheid bij onvoorziene omstandigheden de benadeelde partij niet onverkort aan de overeenkomst te houden. Dit betreft een van de klassieke leerstukken van het contractenrecht, namelijk het leerstuk van onvoorziene omstandigheden, ofwel *imprévision*. Het eerste lid van artikel 6:258 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat de rechter – op verlangen van een der partijen – de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.⁴⁰

De toets van de onvoorziene omstandigheden is echter, zoals gezegd, strenger dan de toets van deze ‘bijzondere omstandigheden’ die al in de cao-bepaling worden genoemd. De wetsgeschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad leren dat de rechter terughoudend moet zijn in het honoreren van een verzoek tot wijziging of ontbinding. De Hoge Raad heeft die terughoudendheid ook expliciet bij werkgelegenheidsgaranties benadrukt. In het arrest Campina/Van Jole⁴¹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat terughoudendheid in het bijzonder is geboden wanneer het gaat om een zonder enig voorbehoud gedane toezegging door de werkgever onder de benaming ‘garantie’.⁴² De feiten in deze zaak waren als volgt. De werknemer (Van Jole) was bij Campina in dienst als zogenoemde RMO-chauffeur. Begin 1980 waren door vakbonden acties georganiseerd die onder andere ertoe hadden geleid dat aan RMO-chauffeurs een schriftelijke garantie was gegeven dat zij als RMO-chauffeur in loondienst konden blijven functioneren tot hun pensioengerechtigde leeftijd. Zo ook aan Van Jole.⁴³ In 1989 maakten Campina en de vakbonden echter afspraken met betrekking tot een reorganisatie van het transport bij Campina. Op basis daarvan deelde Campina Van Jole mede dat hij niet als RMO-chauffeur kon blijven werken, waarna deze akkoord ging met een andere functie bij Campina. Dit bracht echter een inkomensvermindering voor hem mee.

40 Artikel 6:258 BW zelf roept geen verbintenis tot heronderhandeling in het leven. Mij lijkt het verdedigbaar dat in het geval een werkgelegenheidsgarantie is afgegeven of een gelijksoortige toezegging is gedaan door de werkgever, en de werkgever zich tot de rechter wendt om de gevolgen ervan te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden, op deze werkgever de plicht rust eerst met de betrokken bonden te heronderhandelen. Bij collectieve ontslagen geldt al een verplichting tot raadpleging op grond van de WMCO.

41 Dat overigens als een van de standaardarresten geldt bij *imprévision*.

42 R.o. 3.3, HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (Campina/Van Jole).

43 In een brief was Van Jole het volgende meegedeeld: ‘Wij garanderen dat U in de functie van RMO-chauffeur in loondienst kunt blijven functioneren tot Uw pensioengerechtigde leeftijd; en wel zodanig dat U de melk kunt blijven ophalen in de regio waarin U momenteel werkzaam bent.’

Nuna Zekic

Hij vorderde daarom nakoming van de garantie, terwijl Campina zich beriep op gewijzigde omstandigheden.⁴⁴

Uit het arrest is op te maken dat wanneer een werkgelegenheidsgarantie zonder enig voorbehoud aan de individuele werknemer wordt gegeven, de rechter bijzondere terughoudendheid moet betrachten bij een beroep op gewijzigde omstandigheden door de werkgever. Zelfs wanneer de werkgever ná de werkgelegenheidsgarantie met de vakbonden andersoortige afspraken maakt – zoals in deze zaak het geval was –, dan nog dienen de individuele garanties in aanmerking te worden genomen. De Hoge Raad oordeelde dat in het geval de werkgever met de bonden een reorganisatie bespreekt, daarbij eerst onderzocht moet worden of nakoming van de garanties onverenigbaar zou zijn met verwezenlijking van het doel van de reorganisatie.⁴⁵ Pas wanneer dat het geval is, kan de omstandigheid dat er collectieve reorganisatie-afspraken zijn gemaakt in aanmerking worden genomen.

Voorzichtigheid rondom het geven van garanties is dus terecht. Toch is het zeer de vraag of alle rechters de Hoge Raad in het vorenstaande nog volgen. Zo moest de Kantonrechter Amsterdam in 2004 oordelen over een zaak waarin aan verschillende werknemers bij een overname van het bedrijf door de verkrijger *individuele werkgaranties* waren verstrekt.⁴⁶ Na enige tijd wilde de nieuwe werkgever het bedrijf reorganiseren en hij kwam daarbij met de vakorganisaties een sociaal plan overeen waarbij nadrukkelijk werd gekozen geen rekening te houden met de eerder afgegeven individuele garanties. De werknemer om wie het in deze zaak ging, werd per 1 oktober 2002 om bedrijfseconomische gronden ontslagen terwijl hem een individuele werkgarantie was verleend tot en met 31 december 2003. Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) (toen nog het Centrum voor Werk en Inkomen) had toestemming verleend, maar het had in de ontslagvergunning opgemerkt dat de werkgever als goed werkgever deze garantie diende na te komen. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat de werkgever *niet* in strijd met goed werkgeverschap had gehandeld door de werknemer – ondanks de hem destijds verleende individuele werkgarantie – te ontslaan. Volgens de rechter vormde het respecteren van de verschillende individuele garanties een ernstige belemmering voor de werkgever bij het uitvoeren van de reorganisatie. De werkgever mocht dus redelijkerwijs bij het uitwerken van de personele gevolgen van de reorganisatie de individuele werkgaranties buiten beschouwing laten.⁴⁷ Dit is duidelijk een andere redenering dan die de Hoge Raad in Campina/Van Jole heeft gevolgd.

Het is niet uitgesloten dat een reorganisatie die nodig is voor het behoud van het bedrijf kan meebrengen dat in het verleden gegeven garanties aan werknemers worden gemitigeerd of opzijgezet (al dan niet met schadevergoeding of andere

44 Te weten een verminderde melkaanvoer, een verminderd aantal melkveehouders, een veranderd distributienetwerk, grotere transporteenheden, een voller wegennet en goedkopere transportfaciliteiten buiten Campina.

45 R.o. 3.5.

46 Ktr. Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/135.

47 Zie anders Ktr. Utrecht 5 februari 1991, Prg. 1991/3417, waarin de Kantonrechter de werkgever gebonden acht aan de garantie, die afgegeven was vóór de overname.

tegemoetkomingen).⁴⁸ Toch zette de Kantonrechter Amsterdam naar mijn mening de werkgelegenheidsgarantie te snel opzij. Ik volg de A-G in de zaak Campina/Van Jole hierin dat de omstandigheden die tot de reorganisatie dwingen, in de eerste plaats ten tijde van het afgeven van de garantie inderdaad onvoorzien moeten zijn geweest, en in de tweede plaats ‘zodanig “klemmend” dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onaanvaardbare disproportionaliteit is ontstaan van het belang van de betrokken werknemers tegenover het belang dat het bedrijf in stand kan worden gehouden’.⁴⁹

7 Gebruik van de term garantie

Wat betekent het in dit soort gevallen dat het woord ‘garantie’ wordt gebruikt? In het algemeen geldt dat een overeenkomst nageleefd moet worden. Wanneer in het kader van een overeenkomst een garantie wordt afgegeven, kan worden gezegd dat zij een zware last inhoudt voor de garant. Wanneer iemand immers iets garandeert, dan dient hij daarvoor in te staan.⁵⁰ Hoewel de garantie in de rechtspraak, maar vooral in de rechtspraktijk een belangrijke rol speelt, bestaat in de wet noch in de rechtspraak een vaststaande definitie van het begrip met vaste kenmerken en vooraf bepaalde rechtsgevolgen. Verschillende auteurs hebben dan ook moeite met het plaatsen van de garantie in ons systeem.⁵¹ Een van de oorzaken hiervoor is waarschijnlijk het feit dat garanties verschillende verschijningsvormen kunnen hebben.⁵² De garantie kan expliciet zijn, dat wil zeggen scherp omljnd, door bijvoorbeeld gebruik van woorden als ‘garantie’, ‘garant staan’ of ‘ergens voor instaan’, maar ook impliciet, wanneer bijvoorbeeld een product op een bepaalde wijze wordt beschreven (‘de auto verkeert in goede staat’), of stilzwijgend.⁵³ Hoewel er veel verschillende soorten garanties onderscheiden kunnen worden, pleegt men twee hoofdvormen aan te wijzen: de *kwaliteitsgarantie*, waarbij de deugdelijkheid van de zaak of het werk wordt gegarandeerd, en de *zekerheidsgarantie*, waarin wordt ingestaan voor het intreden of het uitblijven van een

48 Conclusie A-G Vranken bij HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (Campina/Van Jole).

49 Volgens HR 10 juli 1989, NJ 1989/786 (FNV/Campina), waarin de invoering van de Europese ‘superheffing’ wel als een onvoorzien omstandigheid werd aangemerkt, waardoor de ongewijzigde instandhouding van de toezegging om een bepaalde vestiging in stand te houden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mocht worden.

50 Vergelijk A-G Vranken in HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (Campina/Van Jole).

51 Vergelijk Raaijmakers 2002, p. 111 (zijn onderzoek richt zich op kwaliteitsgaranties). Opgemerkt dient te worden dat slechts weinigen zich hebben gewaagd aan een algemene verhandeling van het begrip; zie M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2002, p. 29.

52 Garanties worden vaak in het kader van koopovereenkomsten en overnamecontracten afgegeven. Ook in huurovereenkomsten komen garanties voor: de verhuurder staat in voor alle gebreken van het pand; Van Rossum 2002, p. 12-15.

53 De garantie kan ook een derde betreffen, waarbij men zich voor een derde sterk maakt en ervoor instaat dat deze iets zal doen.

Nuna Zekic

bepaald feit of bepaalde gebeurtenis. De werkgelegenheidsgarantie kan onder zekerheidsgaranties geschaard worden.

De meeste schrijvers gaan ervan uit dat een garantie het beroep op overmacht (niet-toerekenbare tekortkoming) geheel of in elk geval gedeeltelijk beperkt.⁵⁴ Met het geven van de garantie neemt de schuldenaar bepaalde risico's op zich, ten aanzien waarvan hij zich in beginsel niet op overmacht kan beroepen. Garanties kunnen echter niet zonder meer als absoluut worden gezien.⁵⁵ Uitleg van de desbetreffende bepaling zal – zoals telkens blijkt – de sleutelrol spelen in dezen.⁵⁶ Zo hebben we gezien dat bij de meeste werkgelegenheidsgaranties een voorbehoud is gemaakt. Het kan dus zeker zo zijn dat onder invloed van gewijzigde omstandigheden de gebondenheid aan een gegeven garantie kan worden gemitigeerd of kan vervallen. Daarnaast hebben we gezien dat ook bij garanties een beroep op 'onvoorzienne omstandigheden' openstaat, hoewel we mogen aannemen dat een beroep hierop niet snel zal slagen.

8 Schending van werkgelegenheidsgaranties

8.1 UWV-ontslagprocedure

Zoals we hebben gezien in paragraaf 2 zijn de meeste collectief bedongen werkgelegenheidsgaranties gericht op het uitsluiten van bedrijfseconomische ontslagen. Aangezien het bij bedrijfseconomische ontslagen gewoonlijk om collectieve ontslagen gaat, zal de WMCO een groot deel van de problematiek rondom een eventuele niet-naleving van de werkgelegenheidsgarantie in de praktijk wegnemen. Een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers te beëindigen binnen een tijdvak van drie maanden, is immers op grond van die wet verplicht gelijktijdig melding daarvan te doen bij het UWV én melding te doen ter tijdige raadpleging bij de belanghebbende vereniging van werknemers.⁵⁷ Bij die raadpleging zullen de werknemersorganisaties ook meenemen een eventueel eerder afgegeven werkgelegenheidsgarantie en de manieren om gedwongen ontslagen te voorkomen. Dit laatste schrijft de WMCO ook uitdrukkelijk voor.⁵⁸ De WMCO schrijft echter niet een bepaald resultaat van die raadpleging voor. De mogelijkheid bestaat dat de raadpleging van de werknemersorganisaties niet in een sociaal plan resulteert en dat de werkgever de gedwongen ontslagen doorzet ondanks zijn gebondenheid aan een collectief afgegeven werkgelegenheidsgarantie. Is het UWV verplicht de werkgelegenheidsgarantie mee te nemen in de beoordeling van de ontslagaanvragen? Die vraag is ook relevant wanneer het om ontslagen gaat van minder dan twintig werknemers, omdat de werknemersorganisaties dan (wettelijk gezien) niet in beeld zijn.

54 Zie bijvoorbeeld Brunner & De Jong 1999, p. 156; Van Rossum 2002, p. 29-33.

55 Raaijmakers 2002, p. 210.

56 Zie ook Zondag 2006, p. 38 (noot 31).

57 Artikel 3 lid 1 WMCO.

58 Artikel 3 lid 2 WMCO.

Opvallend is dat er in de toetsing van de ontslaanvragen door het UWV – zoals uitgewerkt in de wet, de Ontslagregeling, de Regeling UWV ontslagprocedure en de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen door het UWV – geen officiële plaats is voor hetgeen in de toepasselijke cao of het sociaal plan omtrent de ontslagen is geregeld. In de wet noch in de lagere regelgeving zijn er consequente verwijzingen in dit kader te vinden naar de cao of het sociaal plan. Naar cao's wordt in de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels uiteraard verwezen in het kader van de zogenoemde cao-ontslagcommissie en de mogelijkheid van een alternatief afspiegelingsbeginsel.⁵⁹ Andere meldingen van cao's of sociale plannen zijn incidenteel.⁶⁰ In de Uitvoeringsregels staat echter dat het UWV wel degelijk rekening houdt met eventuele *herplaatsingsverplichtingen* die volgen uit een sociaal plan. Er staat in dat 'als de werkgever in het kader van een sociaal plan bepaalde inspanningen betreffende herplaatsing en/of begeleiding naar ander werk binnen de (groep van) onderneming(en) heeft toegezegd gedurende een bepaalde periode voorafgaand aan mogelijk ontslag', dan moeten die inspanningen 'uiteraard worden nageleefd alvorens toestemming voor ontslag kan worden aangevraagd'.⁶¹ Het UWV rekent erop dat in dergelijke gevallen een begeleidings- of bezwarencommissie is ingesteld die op een juiste naleving van een sociaal plan toeziet en dat die commissie over eventuele bezwaren van werknemers over naleving van het sociaal plan zal oordelen. In de Uitvoeringsregels wordt vermeld dat wanneer 'een uitspraak van de bezwarencommissie *bepalend* [cursivering UWV] is voor de vraag of een werknemer terecht voor ontslag is voorgedragen', er geen toestemming voor ontslag verleend zal worden zolang geen uitspraak is gedaan. Hoewel het UWV naar eigen zeggen met deze Uitvoeringsregels slechts meer duidelijkheid wil geven over '(het waarom van) de benodigde, verplicht gestelde, gegevens en de wijze van toepassing van de wettelijke bepalingen over ontslag en de beoordeling van verzoeken om toestemming (...)',⁶² is dit duidelijk te kwalificeren als een materiële regel in de ontslagprocedure die niet uit het BW, de Ontslagregeling, de Uitvoeringsregels of de Regeling UWV ontslagprocedure volgt.⁶³ Een vergelijkbare regel was echter *wel* te vinden in de oude Beleidsregels Ontslagtaak UWV.⁶⁴ De herplaatsingsverplichtingen uit een sociaal plan werden daarbij bezien in het kader van de algemene herplaatsingsverplichting. In de Beleidsregels stond

59 Zie bijvoorbeeld artikel 16 Ontslagregeling.

60 Zo is in artikel 15 lid 3 van de Ontslagregeling curieus genoeg opgenomen dat arbeidsovereenkomsten worden geacht elkaar te hebben opgevolgd als een werknemer achtereenvolgens in dienst treedt bij verschillende concernonderdelen op basis van mobiliteitsbeleid neergelegd in een cao, die de werknemers verplicht regelmatig binnen de groep van functie te veranderen. Hier moet het UWV zich dus vergewissen of er mobiliteitsbeleid bij cao is overeengekomen. Zie ook F.G. Laagland & I. Lintsen, Werkgeverschap in concernverhoudingen, TRA 2016/13.

61 Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, januari 2016, p. 59.

62 Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, januari 2016, p. 4.

63 Zie ook J. van Drongelen, Kanttekeningen bij de uitvoeringsregels van het UWV, PS Documenta 2016/33, p. 145-150; R.D. Rietveld & I. Zaal, Het adviesrecht van de OR en de toets van het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag: sanctionering van de WOR via het ontslagrecht, ArbeidsRecht 2016/25.

64 Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf Beleidsregels en regelgeving 2010, p. 165. De Beleidsregels zijn met ingang van 1 juli 2015 vervallen.

dat de toezeggingen in een sociaal plan omtrent de herplaatsing werden gezien als een concretisering van de mogelijkheden die de werkgever zelf zag om tot herplaatsing te komen. Daarom achtte het UWV het redelijk om deze door de werkgever gedane toezeggingen bij de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden te betrekken. De algemene herplaatsingsplicht is nu echter in het BW opgenomen en daarmee is ze een zelfstandige norm geworden die een eigen dynamiek heeft gekregen. De herplaatsingsverplichting die uit een sociaal plan voortvloeit, is niet (meer) per definitie dezelfde verplichting als de algemene herplaatsingsverplichting ex artikel 7:669 lid 1 BW, ofwel de wettelijke herplaatsingsverplichting. Het gaat hier om andere perioden: de wettelijke verplichting ziet op de redelijke termijn⁶⁵ nadat het UWV toestemming voor ontslag heeft verleend of nadat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden.⁶⁶ De herplaatsingsverplichting uit een sociaal plan daarentegen ziet meestal op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Men zou om die reden de vraag kunnen stellen of het UWV zich in de nieuwe Uitvoeringsregels meer bevoegdheden toe-eigent dan uit de wet volgt door te regelen dat toestemming geweigerd wordt zolang de bezwarencommissie uit het sociaal plan zich niet heeft uitgesproken over de herplaatsingsmogelijkheden. Zoals eerder opgemerkt, is dit echter een regel die overgenomen is uit de oude Beleidsregels. Op dit punt lijkt inderdaad de lijn van de minister te zijn doorgetrokken dat geen nieuwe verzwarende ontslagcriteria zijn geïntroduceerd.⁶⁷ Inspanningen betreffende herplaatsing en/of begeleiding naar ander werk voorafgaand aan mogelijk ontslag kunnen echter ook in een cao (dat geen sociaal plan is) zijn opgenomen.⁶⁸ Een vergelijkbare verwijzing naar herplaatsingsverplichtingen die uit een cao voortvloeien is echter in de regelgeving niet te vinden. In die zin is het bepaalde in de Uitvoeringsregels over de herplaatsingsverplichtingen op zijn minst inconsequent.

Belangrijker argument is echter dat ondanks het feit dat dit misschien geen *nieuwe* regel is, het bepaalde in de Uitvoeringsregels een wettelijke grondslag lijkt te missen.⁶⁹ Dat is ook inderdaad een van de manieren om naar deze zaak te kijken. In die lijn van redenering is er voor een toetsing aan een werkgelegenheidsgarantie geen plaats in de UWV-procedure. Dat lijkt ook inderdaad het geval te zijn geweest onder het oude ontslagrecht. Op basis van oude (schaarse) jurisprudentie die te vinden is over dit onderwerp kunnen we afleiden dat het UWV in het

65 Deze termijn is gelijk aan de wettelijke opzegtermijn als geregeld in artikel 7:672 lid 2 BW; zie artikel 10 lid 1 Ontslagregeling.

66 Artikel 10 lid 4 Ontslagregeling. De werkgever moet op het moment dat hij een aanvraag voor toestemming bij het UWV indient of ontbinding door de rechter verzoekt dus vooruitkijken en onderzoeken of herplaatsing van de desbetreffende werknemer mogelijk is of zal zijn tijdens de verwachte proceduretijd en één tot vier maanden na het besluit van het UWV of de rechter.

67 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 43: 'De ontslagcriteria die zijn opgenomen in artikel 7:669 BW zijn ontleend aan wat in het Ontslagbesluit is opgenomen en op grond van de beleidsregels van UWV geldt.'

68 Zie bijvoorbeeld de eerdergenoemde NS-cao.

69 Zie Van Drongelen, die meent dat zelfs een deel van de Ontslagregeling onverbindend is omdat daarin is opgenomen wanneer geen toestemming voor ontslag verleend wordt, terwijl daarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt. J. van Drongelen, Nog een keer: wat er niet in de Ontslagregeling staat en de gevolgen daarvan, PS Documenta 2015/17, p. 1380-1383.

verleden een (individueel) afgegeven werkgelegenheidsgarantie weliswaar in aanmerking nam, maar dat een schending van de garantie voor het UWV geen reden hoefde te vormen de toestemming niet te verlenen.⁷⁰ Toestemming werd verleend, maar in de ontslagvergunning werd aangegeven dat de werkgever als goed werkgever de garantie diende na te komen. Het UWV noemde dit ‘een bestuursrechtelijk redelijkheidsoordeel’, dat onderscheiden werd van redelijkheidsoordelen naar het civiele recht. Zo was in de oude Beleidsregels uitdrukkelijk opgenomen dat het UWV niet treedt in de rechtsvraag of de arbeidsverhouding ook naar civiel recht kan worden opgezegd. Elke ontslagvergunning bevatte standaard de disclaimer dat het mogelijk is dat de werkgever, ook al beschikt hij over een ontslagvergunning, volgens wetgeving of een van toepassing zijnde cao toch niet kan opzeggen.⁷¹ De werknemer kon zich dan op kennelijk onredelijk ontslag beroepen en bijvoorbeeld schadevergoeding vorderen.

Het ontslagrecht is nu hoofdzakelijk in het BW geregeld, waaraan ook het UWV is gebonden. De scheiding tussen het civielrechtelijke en het publiekrechtelijke ontslagrecht is er niet meer, althans ze zou er niet moeten zijn.⁷² Dat brengt ons op de tweede manier om naar het vraagstuk van de werkgelegenheidsgaranties in de ontslagprocedure te kijken. In het BW zijn voor het UWV mijns inziens reeds voldoende aanknopingspunten te vinden voor het betrekken van een werkgelegenheidsgarantie bij de toetsing van de ontslagaanvraag, namelijk in de criteria voor een rechtsgeldig ontslag zoals uitgewerkt in artikel 7:669 BW. Betoogd kan dan worden dat het bestaan van een bedrijfseconomische noodzaak om arbeidsplaatsen te laten vervallen niet aangenomen kan worden (dan wel dat niet aangenomen kan worden dat de overtollige werknemers niet herplaatst kunnen worden), wanneer de werkgever heeft toegezegd gedurende die tijd geen ontslagen te zullen verlenen. Indien het bovendien een avv-cao betreft, dan hebben we te maken met een algemeen verbindend voorschrift waar het UWV in elk geval rekening mee moet houden. Aangezien een van de fundamentele wijzigingen van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is geweest het UWV en de rechter de toelaatbaarheid van een ontslag aan dezelfde criteria te laten toetsen, zou ik pleiten voor deze tweede manier.

Er is echter nog een derde manier. Zoals hiervoor is uitgelegd, kan een (harde) werkgelegenheidsgarantie ook gezien worden als een contractueel opzegverbod. Zou hier dan artikel 7:671a lid 11 BW gevolgd moeten worden? Daarin staat dat het UWV geen toestemming voor ontslag mag geven indien blijkt dat een opzegverbod geldt als bedoeld in artikel 7:670 lid 1-4 en 10 BW, ‘of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift’. Ook artikel 7:681 BW spreekt over de opzegverboden uit artikel 7:670 – alle opzegverboden dus die daar zijn genoemd – en naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander *wettelijk* voorschrift. Werkgelegenheidsgaranties zijn daar niet onder te scharen, omdat zij contractueel zijn bedon-

70 Ktr. Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/135.

71 Zie ook F.M. Dekker, De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling, *ArbeidsRecht* 2015/33.

72 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 31-32.

Nuna Zekic

gen. Dat argument verliest echter aan kracht wanneer een in een cao opgenomen opzegverbod algemeen verbindend wordt verklaard. De verbindendverklaring wordt gezien als een daad van materiële wetgeving.⁷³ De cao verandert dan als het ware van gedaante: zij wordt een wet. In zoverre het in de cao bepaalde een wettelijk opzegverbod wordt, is het echter mijns inziens nog steeds geen opzegverbod dat naar aard en strekking vergelijkbaar is met de opzegverboden uit artikel 7:670 BW. Het gaat bij artikel 7:670 om het opzegverbod tijdens de eerste twee jaar van ziekte, tijdens zwangerschap, dienstplicht, or-lidmaatschap, maar ook om opzegverboden wegens vakbondslidmaatschap, enzovoort. Bij vergelijkbare opzegverboden is onder andere het opzegverbod uit artikel 104 van de Pensioenwet in de memorie van toelichting genoemd als een vergelijkbaar opzegverbod.⁷⁴ Nu zit de regeling van de opzegverboden niet altijd logisch in elkaar,⁷⁵ toch meen ik dat een werkgelegenheidsgarantie niet onder de hier bedoelde opzegverboden geschaard kan worden omdat zij oorspronkelijk contractueel is bedongen. Ook wanneer de cao algemeen verbindend is verklaard, geldt de garantie alleen voor een bepaalde sector of bedrijfstak. Dit in tegenstelling tot de wettelijke opzegverboden die in principe op alle werknemers van toepassing zijn. Samenvattend heeft de tweede manier mijns inziens de voorkeur, wat kort gezegd inhoudt dat het UWV een werkgelegenheidsgarantie wel in de toetsing van het ontslag moet betrekken en dat wanneer sprake is van een harde werkgelegenheidsgarantie toestemming geweigerd moet worden, omdat het bestaan van een redelijke grond voor ontslag niet aangenomen kan worden.

8.2 Rechtsmiddelen

Toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen zou dus mijns inziens door het UWV geweigerd moeten worden wanneer de desbetreffende werkgever gebonden is aan een (harde) werkgelegenheidsgarantie.⁷⁶ Welke rechtsmiddelen staan open wanneer het UWV toch toestemming heeft verleend? Vóór de inwerkingtreding van de Wwz kon de werknemer zich in dat geval beroepen op kennelijk onredelijk ontslag en schadevergoeding vorderen.⁷⁷ De werkgever had (mogelijk) gehandeld in strijd met het goed werkgeverschap door de werkgelegenheidsgarantie uit de cao niet na te komen.⁷⁸ De werknemer heeft nu andere rechtsmiddelen in handen dan de kennelijke onredelijkheid. Wanneer we de systematiek van het nieuwe ontslagrecht volgen, komen we uit bij herstel van

73 Ktr. Utrecht 3 november 1994, JAR 1995/39; Rb. Utrecht 6 maart 1996, JAR 1996/72. Zie ook Toetsingskader, par. 2. Zie bijvoorbeeld Fase & Van Drongelen 2004, p. 140-160.

74 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 102.

75 Volgens R.S. van Coevorden, Bijzondere opzegverboden, TAP 2014/7.

76 Indien de werkgever meent toch werknemers te moeten ontslaan wegens bedrijfseconomische redenen om bijvoorbeeld het voortbestaan van de onderneming te redden, kan hij zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst(en) te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onder b BW. Zie daarover aan het einde van de paragraaf 8.3.

77 Ook herstel van arbeidsovereenkomst kon worden gevorderd, maar dit werd zelden gedaan. Een veroordeling tot herstel werd bovendien altijd vervangen door een afkoopsom indien de werkgever dit wenste.

78 Vergelijk G.J.J. Heerma van Voss e.a., Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, TRA 2010/47.

de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW als sanctie op een bedrijfseconomisch ontslag dat is verleend in strijd met de werkgelegenheidsgarantie. De werkgever heeft dan voor de opzegging wel toestemming van het UWV gekregen, maar die toestemming had niet mogen worden verleend. Vernietiging ligt op het eerste gezicht niet voor de hand.⁷⁹ Er is in dat geval geen strijd met artikel 7:671 BW, wat voor vernietiging ex artikel 7:681 lid 1 sub a BW nodig is.⁸⁰

Een andere mogelijkheid is om een opzegging in strijd met een werkgelegenheidsgarantie te zien als een onregelmatige opzegging.⁸¹ De werknemer kan zich in dat geval wenden tot de kantonrechter met een verzoek een vergoeding toe te kennen gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren.⁸² Voor werkgelegenheidsgaranties die bijvoorbeeld gegeven zijn voor de duur van een specifieke reorganisatie of overname zou een dergelijke oplossing niet vreemd zijn.⁸³ Bovenop de transitievergoeding heeft de werknemer in dat geval recht op een vergoeding gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de (resterende) termijn dat de werkgelegenheidsgarantie geldt.⁸⁴ Dit kan echter mijns inziens niet altijd het rechtsgevolg zijn bij schending van een werkgelegenheidsgarantie. Waar bij een vergelijking met de wettelijke opzegverboden als het ware te veel waarde aan de werkgelegenheidsgarantie wordt gegeven, wordt in dit geval juist onvoldoende rekening gehouden met de aard van de werkgelegenheidsgarantie. Zij beoogt de werknemer in de eerste plaats *meer* zekerheid te bieden omtrent het voortduren van zijn arbeidsovereenkomst dan op basis van de wettelijke ontslagregels zou gelden. Werkgelegenheidsgaranties worden daarnaast in veel gevallen ‘vernieuwd’ in een volgende cao. Zij zijn vaak niet als tijdelijke zekerheid bedoeld, zoals het geval zou kunnen zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder een tussentijds opzegbeding.

Herstel is dus niet alleen op het eerste gezicht de juiste sanctie, maar ook bij nader inzien. De kantonrechter toetst in de herstelprocedure op grond van artikel 7:682 BW de opzegging aan dezelfde criteria als het UWV. De rechter zou in ons voorbeeld kunnen oordelen dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 1 of

79 Dit zou anders zijn wanneer de werkgelegenheidsgarantie aangemerkt zou worden als een opzegverbod vergelijkbaar met de opzegverboden ex. artikel 7:670 BW. Hiervoor is echter betoogd dat dat niet het geval is.

80 Dit vormt de belangrijkste grond voor vernietiging en daarvan is geen sprake. Zie bijvoorbeeld J. van Slooten, I. Zaal & J. Zwemmer, Handboek Nieuw ontslagrecht 2015, § 7.2.2.1.

81 Een onregelmatige opzegging is een opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding, alsmede een opzegging zonder inachtneming van de opzegtermijn.

82 Artikel 7:672 lid 10 nieuw BW.

83 Volgens Ktr. Maastricht 4 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:7624. In deze zaak was bij een overname een *werkgarantie* gegeven aan alle werknemers voor de duur van vijf jaar. De Kantonrechter achtte de door werkgever aangeboden vergoeding redelijk. Deze was gebaseerd op de neutrale kantonrechttersformule, waarin tevens het loon verdisconteerd was ter zake de resterende periode.

84 In lijn met hetgeen geldt bij een onregelmatige opzegging kan de kantonrechter deze vergoeding matigen indien dat hem met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt; zie artikel 7:672 lid 11 BW.

Nuna Zekic

3 onderdeel a BW omdat de door het UWV afgegeven toestemming niet had mogen worden verleend aangezien de werkgever de werkgelegenheidsgarantie had moeten naleven. In principe wordt de arbeidsovereenkomst hersteld onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voor de opzegging. De rechter kan tot herstel oordelen met terugwerkende kracht.⁸⁵ De rechter treft ook voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. De hoogte van de voorziening is ter discretie van de rechter. De voorziening kan een schadevergoedingselement bevatten, maar zij is door de wetgever niet als bestrafend bedoeld.⁸⁶

8.3 Vergoedingen

In plaats van herstel kan de werknemer verzoeken om een billijke vergoeding. Herstel van de arbeidsovereenkomst wordt in het nieuwe ontslagrecht echter vooropgesteld. Bij opzegging in strijd met artikel 7:669 lid 1 of 3 onderdeel a BW is de vergoeding alleen aan de orde 'indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever', zo bepaalt artikel 7:682 BW. De norm voor toekenning van herstel is dus lichter dan de norm voor toekenning van een billijke vergoeding.⁸⁷ Verwacht kan worden dat de werknemer herstel zal vorderen, om vervolgens mogelijk buiten rechte akkoord te gaan met een vergoeding in plaats van herstel.⁸⁸ Wanneer de werknemer echter in de tussentijd een andere baan heeft gevonden en om die reden geen herstel van de arbeidsovereenkomst wenst maar een billijke vergoeding verzoekt, is het uiteindelijk de vraag of schending van een 'harde werkgelegenheidsgarantie' als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is aan te merken.

De wetgever heeft een aantal omstandigheden genoemd waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.⁸⁹ Daarbij is ook – in het kader van artikel 7:681 BW – het handelen van de werkgever in strijd met een opzegverbod per definitie aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen. Gelet hierop is de stelling verdedigbaar dat schending van een contractueel opzegverbod eveneens als ernstig verwijtbaar handelen is aan te merken. Het schenden van een werkgelegenheidsgarantie zoals opgenomen in een cao of sociaal plan zou in ieder geval aangemerkt kunnen worden als het grovelijk niet nakomen van de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Zoals eerder gezegd vormt een dergelijke bepaling vaak een van de kernbepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst.

Wanneer de rechter inderdaad zou oordelen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en er om die reden een billijke vergoeding wordt toegewezen, is de vol-

85 Artikel 7:682 lid 6 BW. Zie voor de mogelijke problemen Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, § 7.3.4.

86 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 114.

87 Zie bijvoorbeeld Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, § 7.3.3.2.

88 Zie bijvoorbeeld Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, § 8.3.6.

89 Het gaat o.a. om discriminatie of intimidatie of het aanvoeren van een valse grond voor ontslag met als oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

gende vraag uiteraard hoe hoog die vergoeding zou moeten zijn. Zoals bekend, is de hoogte van de billijke vergoeding ter discretie van de rechter. In de literatuur worden twee verschillende billijke vergoedingen onderscheiden: de additionele billijke vergoeding, waarbij het verwijtbaar handelen centraal staat, en de billijke vergoeding, die in de plaats komt van herstel of vernietiging.⁹⁰ Dit onderscheid kan voor de hoogte van de vergoeding van belang zijn, aangezien de laatste vergoeding *met name* gerelateerd is aan het verlies van de baan en de gevolgen daarvan.⁹¹ Dat is waar we bij schending van een werkgelegenheidsgarantie mee te maken hebben. Een aantal gebruikelijke elementen kan daarbij een rol spelen, zoals de lengte van het gemiste dienstverband. De rechter zou ook kunnen kijken naar de duur van de werkgelegenheidsgarantie en op basis daarvan kunnen berekenen hoe lang de arbeidsovereenkomst in ieder geval had moeten voortduren. Dit zal niet altijd een relevante factor kunnen zijn, aangezien, zoals eerder opgemerkt, deze werkgelegenheidsgaranties soms steeds opnieuw plegen te worden opgenomen in de cao. Wat bij schending van een werkgelegenheidsgarantie verder een rol kan spelen, zou mijns inziens de vraag moeten zijn in hoeverre de werkgelegenheidsgarantie afgegeven was in ruil voor een versobering van arbeidsvoorwaarden.

Indien het UWV toestemming voor beëindiging heeft geweigerd, kan de werkgever de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onder b BW. Het is niet te verwachten dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt ondanks het feit dat de werkgever een ondubbelzinnige garantie heeft gegeven om (gedurende zekere tijd) geen gedwongen ontslagen door te voeren. De rechter is, zoals eerder opgemerkt, onder het nieuwe ontslagrecht in principe gehouden dezelfde regels toe te passen als het UWV. Het is echter wel degelijk mogelijk dat de rechter de desbetreffende bepaling uit de cao of het sociaal plan anders interpreteert en de arbeidsovereenkomst toch ontbindt. De rechter is in beginsel ook veel vaardiger in uitleg van overeenkomsten dan het UWV. Daarnaast kan alleen de rechter ex artikel 6:258 BW op verlangen van een van de partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden.⁹² Artikel 7:671b lid 8 BW geeft de kantonrechter de mogelijkheid om bij ontbinding aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar

90 E. Verhulp, Inleidende opmerkingen bij Boek 7, afd. 9, Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, onder 4. Van Slooten, Zaal en Zwemmer onderscheiden vier soorten billijke vergoeding; zie Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, § 8.3.4.

91 Van belang is op te merken dat ondanks de discussie in de literatuur, de wetgever heeft vastgehouden aan de stelling dat sprake is van hetzelfde type vergoeding. Het is alleen zo dat voor sommige specifieke gevallen in de wet reeds invulling is gegeven aan de ernstige verwijtbaarheid, zoals schending van de wederdienststredingsvoorwaarde. Zie Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 113. Men kan echter niet om de constatering heen dat de billijke vergoeding aan de orde kan komen in (zeer) verschillende situaties. Wanneer men daarbij in aanmerking neemt dat de wetgever het volledig aan de rechter heeft overgelaten om te beoordelen in welke omvang het toekennen van een billijke vergoeding aan de werknemer in de rede ligt, dan kan categorisering behulpzaam zijn.

92 De werkgever zou ook een beroep kunnen doen op artikel 6:248 lid 2 BW.

Nuna Zekic

handelen of nalaten door de werkgever.⁹³ Aanvullend op hetgeen hiervoor is overwogen, kan mijns inziens bij een ontbinding ondanks een toezegging om geen gedwongen ontslagen door te voeren sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Dit zou dus een geval kunnen zijn dat door 'het muizengaatje' past.

8.4 Sanctie op grond van de Wet CAO en de Wet AVV

Hiervoor is getracht schending van een werkgelegenheidsgarantie zoals die in een cao is opgenomen, binnen de systematiek van het nieuwe ontslagrecht in te passen. Men zou echter kunnen betogen dat overtredingen van dergelijke cao-afspraken via het cao-recht en niet via het ontslagrecht gesanctioneerd moeten worden.⁹⁴ Daarbij moet worden vermeld dat de cao zelf het rechtsgevolg van niet-naleving kan regelen.⁹⁵ In geen van de onderzochte cao's met (een vorm van) een werkgelegenheidsgarantie is echter het gevolg van de strijdige handelingen geregeld, anders dan dat de cao-partijen dan spoedig weer in overleg moeten treden. De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) zijn duidelijk wat betreft de sanctie voor de met de cao strijdige afspraken: er volgt dan nietigheid en in plaats daarvan geldt de cao-bepaling.⁹⁶ Men kan twisten over de vraag of nietigheid moet volgen wanneer de werkgever een werkgelegenheidsgarantie niet naleeft en toch overgaat tot een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het gaat dan immers niet om een met de cao strijdig *beding*, of met andere woorden een afspraak tussen de werkgever en de werknemer, wat artikel 12 Wet CAO regelt, maar om een met de cao strijdige (rechts)handeling. Daarnaast is er geen vervangende bepaling die kan intreden. Fase en Van Drongelen redeneren echter dat ontslagen die in strijd met de cao zijn gegeven – bijvoorbeeld omdat een ontslaggrond is gebruikt die in de cao uitgesloten is – toch nietig kunnen zijn.⁹⁷ Ook al is er geen vervangende bepaling die in kan treden, het nietig zijn van het ontslag is een afdoende sanctie. Dat betekent dat de gebonden werknemer zich rechtstreeks op de betrokken cao-bepaling kan beroepen.

Dit kan ten opzichte van het BW een eenvoudigere en een effectievere sanctie zijn. Zoals eerder opgemerkt, kunnen individuele werknemers vorderingen instellen vanuit de arbeidsovereenkomst doordat de cao-bepalingen overgaan in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van de artikelen 12 en 13 Wet CAO dan wel het incorporatiebeding. Ook cao-partijen hebben een (schade)vorderingsrecht: bij obligatoire bepalingen bijvoorbeeld op basis van artikel 6:265 BW (wanprestatie) of artikel 9 lid 2 Wet CAO, en bij horizontale bepalingen op basis van artikel 9 lid

93 Dit is dus een additionele billijke vergoeding en niet de billijke vergoeding in plaats van herstel.

94 Volgens Rietveld & Zaal 2016. De auteurs wijzen erop dat in de nieuwe Uitvoeringsregels uitgebreider wordt getoetst op de aanwezigheid van een (positief) advies van de ondernemingsraad. Volgens hen is het echter onwenselijk om deze verplichting uit de WOR via het ontslagrecht te sanctioneren.

95 Volgens Fase & Van Drongelen 2004, p. 120.

96 Artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO en artikel 3 en 9 lid 2 Wet AVV.

97 Fase & Van Drongelen 2004, p. 121.

2, artikel 15 of artikel 16 Wet CAO. De ongebonden werknemer zal echter de naleving van de desbetreffende cao-bepaling op deze manier *niet* kunnen afdwingen.⁹⁸ Daarbij komt dat nietigheid niet in beeld komt bij niet-naleving van een sociaal plan, terwijl veel werkgelegenheidsgaranties juist daarin te vinden zijn. Om deze redenen blijft herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 BW relevant.⁹⁹ Er blijft echter een discrepantie bestaan tussen de sancties die volgen uit het BW en de WMCO aan de ene kant en de sancties die volgen uit de Wet CAO aan de andere kant.¹⁰⁰

9 Conclusies

Hoe belangrijk ook voor de praktijk, bestaat er in de wet noch in de rechtspraak een vaststaande definitie van het begrip ‘garantie’ met vaste kenmerken en vooraf bepaalde rechtsgevolgen. Hetzelfde kan worden gezegd voor de werkgelegenheidsgarantie. Ondanks het vrij strikte Nederlandse ontslagrecht voelen in sommige bedrijven en sectoren werknemers zich onzeker over het voortbestaan van hun arbeidsovereenkomst. De werknemersorganisaties proberen dan met de werkgevers afspraken te maken waarin toezeggingen worden gedaan over het behoud van werkgelegenheid.¹⁰¹ Deze afspraken worden meestal aangeduid als werkgelegenheidsgaranties. Dit zijn vaak belangrijke onderwerpen bij collectieve onderhandelingen, en onenigheid hierover vormt vaak de kern van een collectief conflict. Toch is er weinig bekend over dergelijke afspraken: hoe vaak komen ze voor, hoe plegen ze te worden verwoord en hoe wordt ermee omgegaan in een eventuele ontslagprocedure? Dit artikel had als doel het terrein van de werkgelegenheidsgaranties te verkennen.

We kunnen concluderen dat toezeggingen over werkgelegenheidsbehoud tamelijk vaak voorkomen in collectieve overeenkomsten. In zeker 25 van de ongeveer honderd onderzochte cao’s is een vorm van een toezegging gevonden. Aannemelijk is dat dergelijke toezeggingen ook vaak in sociale plannen zijn te vinden. Het gaat bijna uitsluitend om toezeggingen dat geen gedwongen ontslagen uitgevoerd zullen worden om bedrijfseconomische redenen. Beëindiging wegens redenen die verband houden met de persoon van de werknemer blijft dus mogelijk. De toezeggingen zijn echter in de meeste gevallen geconditioneerd. Partijen hebben dan rekening gehouden met de mogelijkheid dat de omstandigheden (ingrijpend) kun-

98 Volgens HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittannia).

99 Zoals uitgelegd kan de rechter tot herstel met terugwerkende kracht oordelen en kan hij voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst, waardoor het verschil tussen de gevolgen van nietigheid en herstel verkleind kan worden.

100 Ook Govaert en De Laat is deze discrepantie opgevallen. Zij menen dat vernietigbaarheid beter past in het systeem van het gebruik van de termen nietigheid en vernietigbaarheid in het burgerlijk recht vanaf 1997; M.M. Govaert & J.J.M de Laat, Collectief ontslag en vernietigbaarheid, TRA 2012/74.

101 Ook in het kader van het overleg met de ondernemingsraad kunnen werkgelegenheidsgaranties aan bod komen. Ook hierover is weinig bekend. Helaas viel een onderzoek hiernaar buiten het bestek van deze bijdrage.

Nuna Zekic

nen wijzigen, waardoor ontslagen toch noodzakelijk blijken. Toch komen ongeconditioneerde garanties voor, ook in bedrijfstak-cao's. In ruil voor dergelijke afspraken gaan werknemersorganisaties soms akkoord met een versobering van arbeidsvoorwaarden of zij gaan akkoord met een mindere loonstijging of helemaal geen loonstijging. Deze compromissen zijn lang niet altijd uit de cao-tekst zelf af te leiden. Toch zou het verstandig zijn dit beter zichtbaar te maken in de cao of de toelichting erop, omdat de rechter dit feit dan kan meewegen bij een eventuele niet-nakoming van de afspraak. Veel zal namelijk afhangen van de uitleg van de desbetreffende bepaling.

Er is niet veel jurisprudentie over werkgelegenheidsgaranties. De meeste garanties worden natuurlijk nageleefd. Daarnaast zullen de cao-partijen niet snel een gang naar de rechter maken in dergelijke zaken. Toch is het niet ondenkbaar dat een werkgever een werknemer wil ontslaan om bedrijfseconomische redenen terwijl hij gebonden is aan een cao-bepaling waarin staat dat dergelijke ontslagen niet uitgevoerd zullen worden. Hoe in een ontslagprocedure moet worden omgegaan met werkgelegenheidsgaranties, is onder het nieuwe ontslagrecht nog niet helemaal uitgekristalliseerd. Dat was ook onder het oude ontslagrecht niet het geval. Toch zijn de procedures onder het nieuwe recht een heel stuk minder flexibel, ondanks de bedoeling van de wetgever om met het nieuwe stelsel geen verzwaaring te creëren. Dit artikel doet op verschillende onderdelen voorstellen over hoe met de werkgelegenheidsgarantie in het nieuwe ontslagrecht om te gaan. Een van de belangrijkste voorstellen is om ontslag dat is gegeven in strijd met een werkgelegenheidsgarantie die zonder enig voorbehoud is gegeven, aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Dat is terug te leiden naar het oordeel van de Hoge Raad dat bij ongeconditioneerde werkgelegenheidsgaranties bijzondere terughoudendheid past bij een beroep op gewijzigde omstandigheden door de werkgever.