

## ‘Up or out’ onder de WWZ

*ArbeidsRecht* 2015/16

Het *up or out of grow or go* beleid is vooral in de dienstverlenende sector een bekend fenomeen. Dit beleid houdt kort gezegd in dat een werkgever een bedrijfsbeleid hanteert waarbij afscheid wordt genomen van werknemers waarin de werkgever geen verdere groeipotentie ziet, of waarbij afscheid wordt genomen van werknemers die naar verwachting van de werkgever niet zullen voldoen aan de zwaardere eisen van de opvolgende functie.<sup>2</sup> Kantonrechters voelen zich tot nu toe niet erg geroepen de vraag te beantwoorden of een ontslag op grond van een up or out beleid een rechtsgeldige beëindigingsgrond kan opleveren.<sup>3</sup> Toch vindt in vele gevallen ontbinding plaats vanwege een verstoorde arbeidsrelatie. De vraag die in dit artikel centraal staat is of met de introductie van de redelijke ontslaggronden in de Wet werk en zekerheid (WWZ) per 1 juli 2015 ontslag gebaseerd op een up or out beleid (nog) mogelijk is.

### 1. Up or out onder het huidige recht

De (gepubliceerde) rechtspraak over een ontslag op grond van een up or out beleid is schaars. Dit betekent overigens niet dat up or out in de praktijk weinig voorkomt, maar voornamelijk dat dergelijke zaken buiten de rechtszaal worden ‘opgelost’. In veel gevallen zal een werknemer eieren voor zijn geld kiezen als hij vriendelijk doch dringend wordt verzocht zijn mogelijkheden buiten de organisatie te bekijken, en wordt uiteindelijk een schikking getroffen. In de (ontbindings)zaken waarin een up or out beleid aan de orde kwam, hebben voor zover (mij) bekend slechts drie kantonrechters zich uitgesproken over de rechtsgeldigheid van een dergelijk beleid. In 1999 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam<sup>4</sup> dat het up or out beleid naar Nederlands arbeidsrecht geen rechtsgeldige beëindigingsgrond is. De Kantonrechter Roermond<sup>5</sup> oordeelde in 2003 dat het “doorstroombeleid” van de werkgever – waarbij voor werknemers met onvoldoende groeipotentie naar alternatieve oplossingen buiten de organisatie van de werkgever moest worden gezocht, zonder dat op het functioneren wat viel aan te merken – geen grond voor ontbinding kon rechtvaardigen. Beide kantonrechters zagen het up or out beleid en het ontbreken van door-

groeimogelijkheden aldus niet als zodanige veranderingen van omstandigheden dat op basis daarvan overgegaan kon worden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de derde zaak overwoog de Kantonrechter Delft echter dat het up or out beleid een wellicht hard, maar algemeen bekend en in beginsel in rechte te respecteren bedrijfsbeleid is.<sup>6</sup> De Kantonrechter Delft staat in dat oordeel tot nu toe alleen. Kantonrechters kiezen vaker voor de *easy way out*: de verstoorde arbeidsrelatie als verandering van omstandigheden. Meestal wordt daaraan een hoge vergoeding naar billijkheid gekoppeld, nu de kantonrechter van oordeel is dat van de verstoorde arbeidsrelatie de werknemer geen verwijt valt te maken. Overigens klinkt in verschillende zaken wel tussen de regels door dat een up or out beleid op zijn minst discutabel wordt geacht, waarvoor door kantonrechters “*weinig waardering*”<sup>7</sup> kan worden opgebracht. Dat komt mij, ondanks begrip voor de noodzaak van het beleid, juridisch juist voor.

Desalniettemin geeft de jurisprudentie wel enige handvaten voor factoren die meespelen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van up or out. Zo is in verschillende beschikkingen de kenbaarheid van het beleid aan de orde gesteld. Een aantal kantonrechters<sup>8</sup> heeft waarde gehecht aan het feit dat werknemers bij indiensttreding niet (uitdrukkelijk) waren ingelicht over het bedrijfsbeleid. Het verdient met andere woorden aanbeveling een werknemer bij indiensttreding uitdrukkelijk op het beleid te wijzen, te benadrukken dat het uitblijven van een promotie een vertrek zal inhouden, alsmede het up or out beleid op te nemen in het arbeidsvoorwaardenreglement. Dat wil overigens niet zeggen dat de ontbindingsverzoeken in de voorliggende casus wel zouden zijn toegewezen als het beleid voldoende kenbaar was, maar het kan mijns inziens wel bijdragen aan het creëren van draagvlak bij de werknemer en de kantonrechter. Hetzelfde geldt voor een heldere communicatie over de verwachtingen van de werkgever en de (groei)ontwikkelingen van de werknemer gedurende het dienstverband, zodat de boodschap dat de werknemer ‘om zich heen moet gaan kijken’ voor de werknemer niet geheel onverwacht komt.<sup>9</sup> Maar zelfs met deze punten in het achterhoofd blijft een beëindiging op basis van een up or out beleid onder het huidige recht risicovol en verdient het de voorkeur aan het verzoek een subsidiaire reden ten grondslag te leggen, zoals een verstoorde arbeidsrelatie.

1 Mevr. mr. K. Hakvoort is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam.

2 Onder een zuivere up or out-situatie valt naar mijn mening niet de situatie dat een werknemer ook in zijn eigen functie niet naar (volle) tevredenheid functioneert, wat maakt dat de werkgever van mening is dat de werknemer ook niet kan doorgroeien naar een opvolgende functie.

3 Over up or out schreven eerder F.W.G. Ambagtsheer, ‘Up or out’, *ArbeidsRecht* 1999/49, D.J.L. Siegers, ‘Up or out in strijd met Nederlands ontslagrecht?’, *ArbeidsRecht* 2004/63 en N. Hummel, ‘“Up or out” in or out?’, *ArbeidsRecht* 2013/54.

4 Ktr. Amsterdam 31 mei 1999, *JAR* 1999/137.

5 Ktr. Roermond 28 november 2003, *JAR* 2004/8.

6 Ktr. Delft 25 april 2013, *JAR* 2913/149.

7 Ktr. Amsterdam 18 december 1992, *JAR* 1993/52.

8 Ik verwijs naar Ktr. Amsterdam 18 december 1993, *JAR* 1993/52, Ktr. Enschede 9 mei 1994, *JAR* 1994/170 en Ktr. Alkmaar 30 januari 2014, *RAR* 2014/116.

9 Zie hierover ook D.J.L. Siegers, ‘Up or out in strijd met Nederlands ontslagrecht’, *ArbeidsRecht* 2004/63.

## 2 Up or out onder de WWZ

In de WWZ heeft de wetgever er ten aanzien van het ontslagrecht voor gekozen het civiele systeem van open normen in te ruilen voor een (semi)gesloten systeem. Volgens de wetgever leiden open normen tot rechtsonzekerheid en niet tot vereenvoudiging van het ontslagrecht. Omdat werkgever en werknemer moeten weten waar zij aan toe zijn, is gekozen voor acht limitatieve ontslaggronden opgenomen in art. 7:669 lid 3 BW.<sup>10</sup> De wetgever hanteert daarbij een zwart-wit benadering<sup>11</sup>: óf de werkgever heeft een redelijke grond, waardoor de arbeidsovereenkomst opgezegd of ontbonden kan worden, al dan niet met een transitievergoeding; óf de werkgever heeft geen goede grond, wat tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst niet kan eindigen door opzegging of ontbinding. Een niet voldragen ontslaggrond, gecompenseerd met een hogere vergoeding zoals dit onder het huidige recht niet ongebruikelijk is, is onder de WWZ niet toegestaan. De vraag is – met het oog op de limitatieve ontslaggronden – of een ontslag op grond van het bij een werkgever geldende up or out beleid onder de WWZ mogelijk is.<sup>12</sup>

### 2.1 Disfunctioneren

Op grond van art. 7:669 lid 3 onder d. BW heeft de werkgever een redelijke grond voor ontslag als sprake is van een aan de werknemer gecommuniceerd disfunctioneren na een verbetertraject. De vraag is of de constatering dat een werknemer (volgens de werkgever) geen groeiperspectief meer heeft tot de conclusie leidt dat de werknemer disfunctioneert. Ik meen van niet. In de zuivere up or out-situaties geldt tenslotte dat de werknemer in zijn functie naar tevredenheid functioneert. Zelfs als de werkgever aantoonbaar aan de functie inherent is dat de werknemer moet doorgroeien naar een andere (hogere) functie, althans dat dit onderdeel is van de punten waarop hij wordt beoordeeld, maakt dat de werknemer nog niet ongeschikt voor de functie die hij bekleedt. Het maakt hem slechts ongeschikt als werknemer voor de werkgever die een up or out beleid nastreeft, en dat is niet een geval van disfunctioneren.

Bovendien stelt art. 7:669 lid 3 onder d. BW dat het disfunctioneren niet het gevolg mag zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer. Deze scholingsplicht is terug te vinden in art. 7:611a BW. Dat artikel bepaalt dat de werkgever de werknemer in staat moet stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van *zijn* functie. De wetgever legt de nadruk dus op scholing en verbetering van de werknemer in de functie die

hij bekleedt en in de functie die hij volgens de werkgever zou moeten (gaan) bekleden. Daarmee staat op gespannen voet een ontslag vanwege het uitblijven van groeimogelijkheden van een goed functionerende werknemer. Met een beroep op art. 7:669 lid 3 sub d. BW komt een werkgever dus niet ver onder de WWZ.

### 2.2 Vangnetbepaling

Art. 7:669 lid 3 BW kent naast de ontslaggronden onder a. tot en met g. een vangnetbepaling onder h. Volgens die bepaling bestaat een redelijke grond voor ontslag als sprake is van andere dan onder a. tot en met g. genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De vraag is of de omstandigheid dat een goed functionerende werknemer geen doorgroeimogelijkheden meer heeft een dergelijke omstandigheid oplevert. Blijkens de parlementaire geschiedenis moet het gaan om situaties die niet zijn terug te voeren op de overige gronden van art. 7:669 BW. Een werknemer in detentie of illegaliteit van de werknemer worden als voorbeelden genoemd.<sup>13</sup> Ook valt onder deze grond de situatie van een voetbaltrainer of manager met wie verschillen van inzicht zijn ontstaan over het te voeren beleid.<sup>14</sup> Door het noemen van deze (uitzonderings)situaties lijkt sprake te zijn van een restrictieve vangnetbepaling. De wetgever noemt echter nergens met zoveel woorden dat deze restcategorie ziet op (zeer) uitzonderlijke situaties. Het moet slechts gaan om *andere* situaties dan reeds genoemd onder a. tot en met g. Daarmee zit meer rek in de h-grond dan de voorbeelden doen vermoeden.<sup>15</sup> De h-grond kan echter niet worden aangewend voor het repareren van een ‘niet voltooide’ ontslaggrond zoals genoemd onder a. tot en met g.: als een situatie valt onder een van die gronden, maar niet (volledig) aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, biedt onderdeel h. geen uitkomst en heeft de werkgever simpelweg geen redelijke grond voor ontslag.<sup>16</sup>

Om onder de h-grond te vallen, moet up or out dus als een op zichzelf staande omstandigheid worden beschouwd. De rechter dient vervolgens een inhoudelijk oordeel te geven over de toelaatbaarheid van up or out als zelfstandige ontslaggrond. Is dat inderdaad een hard, maar in beginsel in rechte te respecteren bedrijfsbeleid, of kan een dergelijk beleid, hoe gewenst ook voor sommige werkgevers, nooit als redelijke ontslaggrond gelden? Ik verwacht dat vele kantonrechters van oordeel zullen zijn dat up or out niet past binnen het Nederlandse ontslagrecht en zeker niet binnen de WWZ, die erop is gericht werknemers te beschermen tegen ontslag zonder redelijke grond en onzorgvuldig handelen van de werkgever.<sup>17</sup> Daarbij staat (het behoud van) de eigen functie van de werknemer ook in het licht van art. 7:611a BW centraal.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 79-80 en p. 84, Kamerstukken II 2013/14, 33818, p. 43-44. Op het moment dat dit artikel tot stand kwam, was er nog geen ministeriële regeling zoals bedoeld in art. 7:669 lid 5 onder a BW.

11 Zie over deze benadering ook S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, Oratie uitgesproken op 5 september 2014, p. 9-10.

12 De ontbindende voorwaarde laat ik hier buiten beschouwing. Dit is onder het huidige en toekomstige recht naar mijn mening niet mogelijk. Zie over dit aspect, alsmede de gelijke behandelingswetgeving, N. Hummel, “‘Up or out’ in or out?”, *ArbeidsRecht* 2013/54.

13 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46 en p. 84.

14 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130.

15 Zie hierover ook A.J. Swelheim, ‘Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?’, *ArbeidsRecht* 2014/51, p. 23.

16 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 131 en Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. C, p. 91.

17 Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. E, p. 10.

In het verlengde daarvan kan de vraag worden gesteld of dit anders is als werkgever en werknemer expliciet overeenkomen dat op de arbeidsrelatie het up or out beleid van toepassing is. Als ieder jaar wordt gekeken naar de doorgroei-mogelijkheden en op een gegeven moment beide partijen moeten constateren dat de werknemer uitgegroeid is, zou dit wellicht een omstandigheid kunnen opleveren zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder h. BW. Dit impliceert echter dat werkgever en werknemer contractueel ontslaggronden overeen kunnen komen, voor zover deze niet vallen onder sub a. tot en met g. Dat is in strijd met het dwingendrechtelijke karakter van de ontslaggronden en mijns inziens dus niet mogelijk. Desalniettemin kan daar tegenover de vraag worden gesteld in hoeverre de kantonrechter, gezien zijn lijdelijkheid, de legitimiteit van het beleid zelfstandig kan en mag beoordelen als beide partijen kennelijk – in ieder geval bij aanvang van hun arbeidsrelatie – het up or out beleid een rechtvaardig (ontslag)beleid vinden. Ik meen dat het feit dat deze ontslaggrond contractueel is vastgelegd maakt dat de werkgever een beroep kan doen op de h-grond<sup>18</sup>, maar het vervolgens aan de kantonrechter is een oordeel te geven over de vraag of in dit specifieke geval sprake is van een voldragen h-grond, en dus of de werknemer inderdaad out in plaats van up moet gaan. Het is aan de werknemer om daar tegenover omstandigheden te plaatsen die volgens hem maken dat geen sprake is van een voldragen h-grond.

### 2.3 Verstoorde arbeidsrelatie

Onder het huidige recht zoekt de kantonrechter in up or out kwesties de verandering van omstandigheid vaak in de ontstane verstoorde arbeidsrelatie. Gezien het, naar mijn mening, kansloze beroep op disfunctioneren van de werknemer (d-grond) en de (zeer) onzekere slagingskans van een beroep op de h-grond, zal de werkgever onder de WWZ naar verwachting (ook) een beroep (moeten) doen op een verstoorde arbeidsrelatie als redelijke grond voor ontslag. Art. 7:669 lid 3 sub g. BW bepaalt dat als redelijke grond geldt:

“Een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”

Volgens de regering moet sprake zijn van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie, waarbij is opgemerkt dat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst moet kunnen worden opgezegd, als de ernst van de verstoring zodanig is dat de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet meer kan worden voortgezet.<sup>19</sup> Een verstoorde arbeidsrelatie, die ontstaat doordat de werkgever aanstuurt op beëindiging vanwege het uitblijven van doorgroei-mogelijkheden, kan – afhankelijk uiteraard van de omstandigheden van het geval – een verstoorde arbeidsrelatie zoals bedoeld onder g. opleveren. De voorbeelden die de jurisprudentie kent van een ver-

stoorde arbeidsrelatie nadat de werkgever een beroep deed op het up or out beleid, zullen naar mijn mening ook na 1 juli 2015 kunnen worden gekwalificeerd als een verstoorde arbeidsrelatie.<sup>20</sup> Wat dat betreft dus weinig nieuws onder de zon.

Interessant is wel de tweede zinsnede van de g-grond. Als een werkgever met toepassing van het up or out beleid ervoor zorgt dat een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat, die zodanig (ernstig en duurzaam) is dat de arbeidsovereenkomst niet meer kan voortduren, kan dan gesteld worden dat het van de werkgever in redelijkheid niet meer gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren? Ik meen dat de werkgever ook dan een beroep kan doen op de g-grond. De wetgever heeft tenslotte uitdrukkelijk gesteld dat met de ontslaggronden in art. 7:669 lid 3 BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van het huidige Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV.<sup>21</sup> Volgens hoofdstuk 27 van de beleidsregels wordt ook een ontslagvergunning verleend als de verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan door verwijtbaar gedrag aan de zijde van de werkgever. De schuldvraag is volgens de huidige beleidsregels niet relevant. Indien de verstoring echter in overwegende mate aan de werkgever te wijten is, kan de beslisambtenaar van UWV ervoor kiezen daaraan aandacht te besteden in de beschikking om de werknemer een handvat te bieden voor een eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure.<sup>22</sup>

Ik lees de parlementaire geschiedenis zo, dat ook als de werkgever voornamelijk debet is aan de ontstane verstoorte arbeidsrelatie, sprake kan zijn van een redelijke (g-) grond. In dat geval komt wat mij betreft de billijke vergoeding wel om de hoek kijken. Het lijkt mij niet de bedoeling van de wetgever dat een werkgever, zonder een redelijke grond te hebben, alsnog een redelijke grond voor zichzelf creëert juist door aan te sturen op een niet bestaande ontslaggrond en er dan ‘vanaf komt’ met het betalen van de transitievergoeding. Aansluiting kan worden gezocht bij het voorbeeld in de memorie van toelichting waarin de situatie dat een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enige oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren, wordt aangemerkt als een billijke vergoeding-situatie.<sup>23</sup> Ook kan gewezen worden op de zogenoemde Asscher-escape.<sup>24</sup> Van de Asscher-escape situatie is sprake als de werkgever ten onrechte streeft naar de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op basis van één van de ontslaggronden (bijvoorbeeld disfunctioneren van de werknemer, bestaande uit het niet voldoen aan het aan de functie gestelde vereiste van doorgroei), waardoor door toedoen van de werkgever een verstoorte arbeidsrelatie is ontstaan. In dat geval zou volgens minister Asscher een billijke vergoeding verschuldigd kunnen zijn. Het toedoen van de werkgever bestaat er in de situatie van up or out dan uit dat de werkgever zonder ‘voldragen’ redelijke grond de

18 Daarbij zal een kantonrechter overigens ook in overweging moeten nemen in hoeverre sprake is van gelijkwaardigheid van partijen op het moment van ondertekening van de arbeidsovereenkomst.  
19 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

20 De situatie die speelde bij Ktr. Amsterdam 5 april 2001, JAR 2001/100 is daar een goed voorbeeld van.  
21 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98.  
22 Hoofdstuk 27, p. 8 Beleidsregels Ontslagtaak UWV.  
23 Kamerstukken II 2013/13, 33818, nr. 3, p. 34.  
24 Handelingen I 2013/14, 33818, nr. 32, item 14, p. 10.

werknemer verzoekt buiten de organisatie te kijken naar ander werk, waardoor een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat. In dat geval ligt wat mij betreft de weg open voor het toekennen van een billijke vergoeding, waarbij de kantonrechter een oordeel moet geven over hoe ernstig de handelwijze van de werkgever is. Als de arbeidsrelatie vóór het beroep van de werkgever op up or out niet verstoord was, en deze daarna ernstig verstoord raakt, dan zal dit 'ernstig' genoeg moeten zijn voor het toekennen van een billijke vergoeding. Overigens sluit ik mij aan bij Sagel<sup>25</sup> die denkt dat van deze Asscher-escape niet te veel verwacht mag worden. Daaraan legt hij als belangrijkste argument ten grondslag dat een ruime toepassing van de g-grond maatschappelijk gezien tot onwenselijke gevolgen zal leiden, nu dit zal neerkomen op het uitlokken van slecht werkgeverschap. Immers, als een werkgever een gebrekkig ontslagdossier heeft kan een ruim gebruik van de g-grond ertoe leiden dat de werkgever ruzie uitlokt met de werknemer, om in ieder geval op grond van een verstoorde arbeidsrelatie een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen.

#### 2.4 Alternatieve selectiecriteria

De werkgever kan op grond van art. 7:669 lid 6 BW in geval van een ontslag op grond van bedrijfseconomische of -organisatorische redenen (art. 7:669 lid 3 onder a. BW) bij cao alternatieve selectiecriteria overeenkomen met een vakbond zoals bedoeld in art. 7:671a lid 3 BW. Daarmee kan de werkgever dus volledig afwijken van het afspiegelingsbeginsel. De werkgever die een up or out beleid nastreeft, kan met een dergelijke vakbond overeenkomen dat bij een ontslag vanwege bedrijfseconomische of -organisatorische redenen de selectie plaatsvindt aan de hand van het up or out beleid, nu de werkgever zijn 'beste' werknemers met de meeste (groei)potentie wil behouden als hij genoodzaakt is te reorganiseren. Het is aan de vakbond om vervolgens objectieve criteria met de werkgever overeen te komen. Gedacht kan worden aan criteria als: wanneer is geen sprake meer van groeipotentie, wie stelt dit vast, hoe wordt dit aan werknemers kenbaar gemaakt, hoe wordt dit gedurende het dienstverband gecommuniceerd, en hoeveel tijd krijgt de werknemer om mogelijke verbetering in groeipotentie te laten zien. Als de werkgever goed gemotiveerd kan betogen waarom up or out nu juist voor zijn organisatie van belang is, kan dit wel eens de oplossing zijn. Overigens is het wel de vraag of dit ook in de praktijk een uitweg biedt, nu een werkgever de bedrijfseconomische of -organisatorische redenen voor ontslag daadwerkelijk moet kunnen aantonen, en de werkgever bovendien een vakbond moet vinden om met een dergelijke cao in te stemmen.

### 3. Up or out, het wordt niet eenvoudiger

Onder het huidige recht is ontslag op basis van een up or out beleid alleszins discutabel. Het levert volgens kantonrechters niet (snel) een zodanige verandering van omstandighe-

den op dat de arbeidsovereenkomst vanwege het bestaande beleid wordt ontbonden. Onder de WWZ zal een geslaagd beroep op up or out als redelijke ontslaggrond naar (mijn) verwachting nog minder vaak voorkomen. Een beroep op art. 7:669 lid 3 onder d. BW (disfunctioneren) zal in een zuivere up or out-situatie vrijwel steeds kansloos zijn, aangezien de werknemer in zijn eigen functie juist naar behoren functioneert. Ook een geslaagd beroep op art. 7:669 lid 3 onder h. BW acht ik niet aannemelijk, al zal de jurisprudentie en wellicht de evaluatie van dit artikelonderdeel<sup>26</sup> dit moeten uitwijzen. Wat overblijft is een ontslag vanwege een verstoorde arbeidsrelatie, waarbij een billijke vergoeding in de rede ligt gezien het (ernstige) verwijt dat de werkgever gemaakt kan worden ten aanzien van het ontstaan van de verstoorde arbeidsrelatie. Voor de werkgever staat ook de mogelijkheid open bij cao alternatieve selectiecriteria overeen te komen die ertoe leiden dat werknemers zonder groeiperspectief bij een ontslag vanwege bedrijfseconomische of -organisatorische als eerste voor ontslag in aanmerking komen. Het is de vraag of dit in de praktijk ook daadwerkelijk tot een oplossing leidt, onder meer gezien de vereiste instemming van een vakbond. Voor een ontslag op basis van up or out zal, zoals overigens de verwachting is van alle ontslagzaken, gelden dat de werkgever beter kan aansturen op instemming van de werknemer met de opzegging of het sluiten van een beëindigingsovereenkomst, waarbij de overeen te komen vergoeding meer zal (moeten) bedragen dan de transitievergoeding. En daarmee verschilt de situatie van up or out vanaf 1 juli 2015 niet (wezenlijk) met de huidige situatie.

25 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, Oratie uitgesproken op 5 september 2014, p. 11-12.

26 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. F (evaluatie vindt uiterlijk op 1 juli 2016 plaats).