

VRIJHEID VAN ONDERNEMERSCHAP EN DE PREVENTIEVE ONTSLAGTOETS

Frans Pennings¹

1. Inleiding

Leonard Verburg heeft zich in zijn geschriften consequent verzet tegen preventieve toetsing in het ontslagrecht. Uit de titel van zijn oratie, *Het Nederlandse ontslagrecht en het BBA-carcinoom*,² alleen al blijkt, dat hij een polemische benadering niet schuwt en graag in discussie gaat met anderen. In dit licht heeft de redactie van deze bundel verzocht om kritisch te reflecteren op Verburgs wetenschappelijke bijdragen en daarover met hem in discussie te treden.

Recentelijk heeft Verburg steun gezocht in het Europese recht in zijn vendetta tegen de preventieve ontslagtoets.³ Uit het *AGET Iraklis*-arrest⁴ leidt hij af dat de preventie ontslagtoets op gespannen voet staat met het beginsel van vrij ondernemerschap. Dit leek me een mooi aanknopingspunt om met hem in discussie te gaan.

Ik zal eerst bespreken hoe het Hof dit beginsel heeft geïnterpreteerd (§2) en daarna ingaan op Verburgs toepassing van deze jurisprudentie op de ontslagtoets (§3). §4 geeft een bespiegeling op de rol van het grondrecht van vrij ondernemerschap en §5 besluit mijn bijdrage.

1 Prof. mr. F.J.L. (Frans) Pennings is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht. Pennings doet onderzoek en geeft onderwijs op het terrein van het sociaal recht, met bijzondere interesse op het terrein van internationale verdragen en Europese regelingen.

2 Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen.

3 L.G. Verburg, 'De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UW: is de toetsing in overeenstemming met *AGET Iraklis*?', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020 (14) 1, p. 3-31.

4 HvJ EU 21 december 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, *JAR* 2017/37, m.nt. F.G. Laagland.

2. Vrijheid van ondernemerschap

2.1 Algemeen

De jurisprudentie over dit Handvestartikel heeft tot dusver de aandacht getrokken omdat het kan interfereren met arbeidsrechtelijke bescherming. Eén arrest hierover is het al genoemde AGET Iraklis. Een ander is *Alemo Herron/Parkwood*.⁵ Dat laatste geeft een interpretatie van de vrijheid van ondernemerschap die van belang is voor begrip ervan in AGET Iraklis,⁶ en zal ik daarom eerst kort behandelen.

Het beginsel van vrij ondernemerschap is neergelegd in art. 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het luidt dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Opname van deze vrijheid in het Handvest is opmerkelijk; het komt niet voor in andere grondrechtencatalogi, zoals het ESH of EVRM. Vastleggen van deze vrijheid is in EU-verband wel zinvol om te waarborgen dat de ondernemer niet door overheids- of EU-regelgeving wordt vermalen.⁷ Ook vóór opname in het Handvest werd het recht al ingeroepen door het Hof van Justitie.⁸

2.2 Het Alemo Herron-arrest

In het Alemo Herron-arrest was de vraag aan de orde of de Richtlijn overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23) zich ertegen verzet dat een dynamisch incorporatiebeding in een collectieve regeling bij overgang van onderneming overgaat op de verkrijger. In casu was sprake van privatisering van een bepaalde publieke dienst. Nadat deze was overgegaan naar een particulier bedrijf, bleef het incorporatiebeding in de betreffende arbeidsovereenkomsten verwijzen naar cao's in de overheidssector, ook als ze later gesloten waren. Het overgenomen bedrijf kon,

5 HvJ 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521.

6 Volgens de zoekmachine van <https://eur-lex.europa.eu/> komt vrijheid van ondernemerschap op het terrein van de sociale politiek tot dusver alleen in de hier genoemde arresten voor, en in HvJ 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita*), betreffende het beleid van een onderneming om een neutrale politiek te voeren ten aanzien van het uiterlijk van de werknemers.

7 Voor bespreking van een aantal zaken waarin dit speelde, zie S.S.M. Peters, 'Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014, 2, p. 65-73.

8 Zoals HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*).

omdat het niet langer een overheidsbedrijf was, echter geen invloed meer uitoefenen op de onderhandelingen over die latere cao's.

Het Hof van Justitie vond deze absolute onmogelijkheid om te onderhandelen van groot belang. De bepalingen van de Richtlijn moeten worden uitgelegd, aldus het Hof, met inachtneming van o.a. art. 16 Handvest, dat onder meer de contractvrijheid omvat.⁹ De Richtlijn houdt in, volgens het Hof, dat een ondernemer aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Voor zover een onderneming uit de publieke sector overgaat naar de particuliere sector, moet worden aangenomen dat de verkrijger zijn activiteiten niet zal kunnen voortzetten zonder aanzienlijke aanpassingen en veranderingen door te voeren, aangezien er tussen die twee sectoren onvermijdelijk verschillen bestaan op het vlak van de arbeidsvoorwaarden (r.o. 27). Een dynamische clausule die verwijst naar cao's die worden vastgesteld na de betrokken overgang kan de manoeuvreerruimte die een particuliere verkrijger nodig heeft om dergelijke aanpassingsmaatregelen te treffen, echter aanmerkelijk beperken. Een verkrijger van een onderneming moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers. In deze zaak kan hij echter onmogelijk bij de onderhandelingen in kwestie worden betrokken. De contractvrijheid van die verkrijger is dus zodanig beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast.¹⁰

In *Asklepios* bevestigde het Hof dat Richtlijn 2001/23 geenszins elk dynamisch contractueel beding belet als de verkrijger na de overgang maar de aanpassingen en veranderingen kan doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.¹¹

9 *PB* 2007, C 303, p. 17.

10 J. Prassl, 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law', *Industrial Law Journal* 2013, Vol. 42, No. 4, geciteerd in Peters 2014, bekritiseert dat in casus de kern van het ondernemerschap wordt aangetast. Hij 'schampert dat men toch moeilijk kan volhouden dat de verkrijger de uitoefening van zijn ondernemersactiviteit wordt belet "by a slight increase in hourly wages"'. Deze kritiek gaat eraan voorbij dat het Hof het over andere noodzakelijke aanpassingen als gevolg van de overgang heeft, namelijk over aanpassingen van arbeidsvoorwaarden in de publieke sector aan de voorwaarden zoals deze gelden in de private sector.

11 HvJ EU 27 april 2017, C-680/15 en C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317.

2.3 *Het AGET Iraklis-arrest*

In het AGET Iraklis-arrest ging het om een vergunning die volgens het Griekse recht nodig was om tot collectief ontslag over te gaan. Art. 5, lid 3 van de betreffende wet bepaalde dat wanneer geen overeenstemming is bereikt tussen de partijen, de minister, gelet op het dossier en na afweging van de omstandigheden op de arbeidsmarkt, hetzij de situatie van de onderneming en het belang van de nationale economie, de termijn voor het overleg kan verlengen indien een van de partijen daarom verzoekt, hetzij goedkeuring kan weigeren voor alle of een deel van de voorgenomen ontslagen. Op grond van deze bepaling weigerde de minister de vergunning, omdat er geen plan was voor plaatsing van de betrokken werknemers in andere vestigingen van AGET Iraklis en de statistieken van het Grieks bureau voor werkgelegenheid een alsmear toenemende werkloosheid lieten zien.

De vraag was nu of de betreffende Griekse bepaling in strijd was met de Richtlijn betreffende collectief ontslag (Richtlijn 98/59) en art. 16 van het Handvest.

Het Hof overwoog dat het hoofddoel van deze Richtlijn is te verzekeren dat collectief ontslag wordt voorafgaan door raadpleging van werknemersvertegenwoordigers en kennisgeving aan de bevoegde overheidsinstantie. Dit is echter een minimumbescherming van werknemers bij collectief ontslag; de lidstaten blijven vrij om nationale maatregelen te nemen die voor werknemers gunstiger zijn. De Richtlijn verzet zich daarom niet tegen preventieve toetsing van ontslagaanvragen. Dit is anders als wegens de uitvoeringsbepalingen of de wijze waarop het bestuursorgaan ze concreet ten uitvoer brengt, de Richtlijn nuttige werking wordt ontnomen. Dat zou het geval zijn indien bijvoorbeeld wegens de criteria voor de ontslagvergunning, of de uitleg daarvan en concrete toepassing, in feite geen reële mogelijkheid bestaat om tot een dergelijk ontslag over te gaan.

In casu leek er van die uitzondering sprake. AGET Iraklis had gesteld dat het bevoegde bestuursorgaan zich stelselmatig verzette tegen plannen voor collectief ontslag, ook van andere ondernemingen. Dit had er toe geleid – ook in deze zaak – dat de vakbonden er meestal van afzagen te onderhandelen over de mogelijkheden om collectief ontslag te voorkomen of de omvang ervan te verminderen en de gevolgen ervan te verzachten (r.o. 42). Dit was het gevolg van de beoordelingscriteria die

werden gehanteerd en de concrete toepassing daarvan. Of deze bewering juist is, moest de nationale rechter bepalen. Als de overheid inderdaad elk verzoek tot collectief ontslag afwijst met een beroep op de hoge werkloosheid in Griekenland, dan kunnen de vakbonden achterover leunen en komt van de doelstelling van de Richtlijn dat er onderhandeld moet worden niets terecht. De Richtlijn zou dan inderdaad het nuttig effect ontnomen worden. Het arrest betrof dus wel een bijzondere situatie.

Het Hof toetste de Griekse bepaling ook aan art. 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en ondernemerschap. Het overwoog dat het besluit over te gaan tot collectief ontslag een fundamentele beslissing is in het bestaan van een onderneming. Een regeling zoals de Griekse vormt een substantiële inmenging in bepaalde vrijheden die ondernemers doorgaans genieten die de vrijheid van vestiging in Griekenland ernstig kan belemmeren. Zo'n beperking kan slechts worden toegestaan indien zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Indien de betrokken lidstaat zich beroept op dergelijke redenen, dan kan de betrokken nationale regeling slechts in aanmerking komen voor uitzonderingen op dit fundamentele recht wanneer zij in overeenstemming is met de grondrechten. En zo komen we bij art. 16 van het Handvest (r.o. 62).

De Griekse regeling beperkt de vrijheid van ondernemerschap, aldus het Hof, aangezien vaststaat dat volgens het goedkeuringsmechanisme voor collectieve ontslagen het verzet van het nationale orgaan tegen bepaalde plannen voor collectief ontslag tot gevolg kan hebben dat de werkgever ze niet kan uitvoeren. Aan de uitoefening van in het Handvest neergelegde rechten kunnen echter beperkingen worden gesteld. Belangrijk hierbij is dat het evenredigheidsbeginsel in acht genomen is, dat de beperkingen noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

De doelstellingen van algemeen belang die met de regeling worden nagestreefd, bestaan zowel in bescherming van de werknemers en werkloosheidsbestrijding als in veiligstelling van het belang van de nationale economie. Het Hof merkte op dat de bescherming van de werknemers een van de door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang is, evenals de bevordering van de werkgelegenheid (r.o. 74).

Met betrekking tot de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen is van belang dat art. 30 van het Handvest bepaalt dat iedere

werknemer overeenkomstig het Unierecht en de nationale wetgevingen en praktijken recht heeft op bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. Het Hof overwoog dat de preventieve ontslagtoets ernaar moet streven de bescherming van de werknemers en de werkgelegenheid in overeenstemming te brengen met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap. Het moet een juist evenwicht tussen beide tot stand brengen (r.o. 90).

Vervolgens zijn de concrete uitvoeringsbepalingen, en in het bijzonder de drie criteria waarmee het bevoegde overheidsorgaan rekening moet houden, van belang voor toetsing aan de evenredigheid. De situatie van de onderneming en de omstandigheden op de arbeidsmarkt zijn criteria die aanknopen bij de legitieme doelstelling om werknemers en de werkgelegenheid te beschermen. Deze criteria zijn echter zeer algemeen en vaag geformuleerd. Interventiemogelijkheden van een lidstaat of een bestuursorgaan die aan geen enkele voorwaarde zijn onderworpen behalve in algemene termen geformuleerde criteria en waarbij de specifieke en objectieve omstandigheden waarin die bevoegdheid zal worden uitgeoefend, niet worden gepreciseerd, vormen een ernstige aantasting van de vrijheid van ondernemerschap. Omdat de preciseringen ontbreken weten betrokken werkgevers niet onder welke concrete en objectieve omstandigheden de bevoegdheid kan worden uitgeoefend. Het betrokken orgaan heeft een ruime beoordelingsmarge die moeilijk te controleren is. Dergelijke criteria voldoen daarom niet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel (r.o. 100).

Het Hof volgde hiermee een redenering die begint met te toetsen of de beperking op het vrij ondernemerschap gerechtvaardigd is. Dit valt te bekritisieren aangezien art. 16 geen recht geeft, maar enkel een erkenning van een vrijheid. Voor de beperking op de vrijheid volgens het Hof is o.a. van belang dat het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast. Werknemersbescherming is echter een geaccepteerd algemeen belang, zodat in principe volgens het Hof de inbreuk gerechtvaardigd is. Daarmee wordt de werknemersbescherming weer veiliggesteld en is er geen algemene afweging van ondernemingsvrijheid en werknemersbescherming.

Wel is van belang dat werknemersbescherming de wezenlijke inhoud van de ondernemingsvrijheid respecteert en dus niet in de kern onmogelijk maakt. De Griekse voorwaarden en de uitvoeringspraktijk zijn zo onbepaald en onbepaalbaar dat ze niet voldoen aan de evenredigheidseis in

die zin dat ze een ernstige aantasting van de ondernemingsvrijheid betekenen (r.o. 99).

3. De analyse van Verburg

In het *ArA*-artikel vroeg Verburg zich af of het Nederlandse systeem van preventieve ontslagtoetsing wegens bedrijfseconomische omstandigheden verenigbaar is met het AGET Iraklis-arrest. In noot 7 van zijn artikel schrijft hij dat het voor het onderwerp van zijn bijdrage geen wezenlijk verschil uitmaakt of het gaat om een collectief ontslag, dan wel een ontslag om economische redenen dat een geringer aantal werknemers of slechts één werknemer treft. In ieder geval zou het merkwaardig zijn, zo schrijft hij, als een lidstaat vanwege de vrijheden van vestiging en ondernemerschap het toezicht op een collectief ontslag minder streng vormgeeft dan bij een individueel ontslag om economische redenen. Dat is inderdaad merkwaardig, maar welke conclusie valt eruit te trekken? Kan het recht op vrij ondernemerschap, als dat inderdaad ertoe zou leiden dat de Nederlandse preventie ontslagtoets niet geoorloofd zou zijn bij collectief ontslag, tot gevolg hebben dat dan ook de ontslagbescherming in individuele gevallen vermindert? Dat zou problematisch zijn, gelet op het ook in het Handvest neergelegde recht op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag.

Verburg geeft uitgebreid de jurisprudentie van het Hof over vrijheid van ondernemerschap weer. Kern van zijn betoog is, voor zover voor ons van belang, het onderdeel van AGET Iraklis dat de Griekse criteria niet voldoen aan de evenredigheidstoets die geldt bij beperkingen aan de vrijheid van ondernemerschap. Hij vermeldt niet de klacht van AGET Iraklis dat de Griekse regering in feite alle verzoeken om collectieve ontslagen afwijst met het argument van de hoge werkloosheid in Griekenland en dat het Hof daarom vindt, als dit waar is, dat de richtlijn, zijn nuttig effect verliest.

Verburg bespreekt vervolgens art. 7:669 BW, dat de criteria geeft voor de toetsing bij ontslagen op economische gronden. Volgens dit artikel kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en voldaan is aan de herplaatsingsplicht. Lid 3 luidt dat onder een redelijke grond wordt verstaan: a. het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste

26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Verburg vangt zijn analyse aan met de opmerking dat de term 'redelijke grond' vaag is (nr. 54 van zijn bijdrage). Het is niet helemaal duidelijk wat hij bedoelt. 'Redelijke grond' is immers op zichzelf niet een criterium voor toestemming door het UWV. Lid 3a noemt, zoals hiervoor geciteerd, als een van de redelijke gronden ontslag op bedrijfseconomische gronden. Verburg bekritiseert deze bepaling omdat ze geen uitsluitel geeft over de te hanteren concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.

Het is inderdaad zo dat 'noodzakelijkerwijs', 'bedrijfseconomische omstandigheden' en 'doelmatige bedrijfsvoering' termen zijn die in een concrete situatie interpretatie behoeven. Maar het verschil met de Griekse criteria is levensgroot. In de Griekse regeling werden als criteria de omstandigheden op de arbeidsmarkt, de situatie van de onderneming of het belang van de nationale economie genoemd. Die criteria zijn veel minder precies dan de criteria van art. 7:669, lid 3a, die zijn gericht op de individuele onderneming en verlangen dat de werkgever aantoont dat er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die het noodzakelijk maken dat arbeidsplaatsen vervallen ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering. Een ondernemer weet zodoende welke informatie hij moet aanvoeren om aan te tonen dat hij aan deze criteria voldoet.

Verburg erkent dat er uitvoeringsregels zijn voor art. 7:669 BW, *de Uitvoeringsregels betreffende het ontslag om bedrijfseconomische redenen van augustus 2018*, met tal van regels over de verlangde informatie, de selectiecriteria en herplaatsingsverplichtingen (nr. 56). Toch is hij hiermee niet tevreden: deze regels "geven echter geen uitsluitel over door UWV zelf ten aanzien van de interventiebevoegdheid te hanteren concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen". Ook de opmerking in de uitvoeringsregels dat de toetsing met een zekere mate van terughoudendheid geschiedt, stelt hem niet gerust. Hij vindt deze opmerking vaag en niet controleerbaar.

In de regels is voorts opgenomen dat het UWV aan de hand van de verstrekte informatie toetst of hetgeen de ondernemer aanvoert zijn besluit onvoldoende ondersteunt (p. 9). Ook dit vindt Verburg onvoldoende duidelijk (nr. 58).

Hij concludeert dat het UWV door de vaagheid van de spelregels en de verwijzing naar 'een zekere mate van terughoudendheid' meer toetsingsruimte heeft dan strookt met een louter procedurele benadering (nr. 59).

Daarmee geeft hij een interpretatie die behoorlijk los is komen te staan van AGET Iraklis. Waarom leidt de onwenselijkheid van discretionair in te vullen bevoegdheden tot de conclusie dat een louter procedurele benadering nodig is. Hoe moet die procedure er dan uit zien? Is het tijdig indienen van de relevante formulieren dan al voldoende? Het Hof sprak in AGET Iraklis over de ontslagtoets die 'op dit gevoelige terrein' van ontslagrecht ernaar moet streven de bescherming tegen ontslag in overeenstemming te brengen met de vrijheid van ondernemerschap (r.o. 90). Door elk substantieel criterium af te wijzen als 'te vaag', wordt onduidelijk hoe Verburg het voor zich ziet hoe de preventieve ontslagtoets, die op zichzelf volgens het Hof wel is toegestaan, de bescherming van werknemers in evenwicht kan houden met de vrijheid van de ondernemer. Ook is niet duidelijk waarom een terughoudende toetsing problematisch is. Deze is toch een vorm van marginale toetsing, en dat is wat anders dan een discretionaire.

Concluderend: Verburg stelt de Nederlandse criteria, die veel specifieker zijn dan de Griekse, gelijk met de laatste en trekt mijns inziens conclusies die niet uit het arrest af te leiden zijn. Van zijn redenering is afgelopen jaren gebruik gemaakt in de procedures die gevolgd zijn over de plannen tot collectieve ontslagen van Ryanair bij vliegveld Eindhoven (zie noot 97 van Verburgs artikel). De kantonrechter heeft Verburgs redenering niet gevolgd dat de criteria te vaag zijn en maakte duidelijk dat het de werkgever is die bepaalt wat doelmatige bedrijfsvoering is; deze criteria en de terughoudende toetsing van UWV en rechter respecteren volgens de kantonrechter de ondernemersvrijheid.¹²

4. De rol van het beginsel van vrij ondernemerschap

In de in §2 behandelde arresten ging het om situaties waarin ondernemingen gebonden waren aan cao's die ze niet door onderhandelingen

12 Rb Oost-Brabant 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5646, JAR 2019/263 (Ryanair). Opmerkelijk in deze zaak was dat niet alleen de ontslagbescherming in geding was, maar dat de sluiting van de basis in Eindhoven, waardoor arbeidsplaatsen zouden vervallen, een reactie was op de stakingen van het cabinepersoneel (uitspraak nr. 7.31). Er was dus nog een grondrecht in geding, dat bij de preventieve toets moest worden beschermd.

konden aanpassen (Alemo-Herron), of waar (het lijkt dat) elk verzoek voor toestemming voor collectief ontslag afgewezen werd (AGET Iraklis).

In het debat over de vrijheid van ondernemerschap wordt soms betoogd dat het Hof van Justitie werknemersbescherming ondergraaft. De vrijheid van ondernemerschap is in deze opvatting een grote bedreiging van werknemersbescherming. Uit de jurisprudentie wordt dan afgeleid dat meer bescherming geven dan uit de richtlijnen volgt niet mag indien ondernemers last hebben van die bescherming.¹³ Op grond hiervan wordt de jurisprudentie bekritiseerd.

Men kan betwisten dat in de situaties van deze arresten er inderdaad geen ruimte meer was voor de ondernemer om de arbeidsvoorwaarden aan te passen,¹⁴ al vind ik het wat vergezocht om te betogen dat in Alemo-Herron de ondernemer die mogelijkheid wel had door met de individuele werknemers te onderhandelen over de dynamische incorporatiebedingen. Als deze bedingen blijven gelden dan hebben de werknemers een zo sterk recht dat onderhandelingen daarover wel heel weinig kans van slagen hebben. Men kan ook aanvoeren dat de werkloosheid in Griekenland zeer hoog was en dat het Griekse beleid begrijpelijk was zodat het Hof hier niet had mogen ingrijpen.

Maar hoe het ook zij, belangrijk voor de betekenis van de vrijheid van ondernemerschap voor beperking van werknemersbescherming is het uitgangspunt van het Hof dat de *kern van het ondernemerschap* in de betreffende situatie was aangetast. Als dat het geval is, stelt de ondernemingsvrijheid grenzen aan werknemersbescherming.

Men kan ook, zoals Verburg, in plaats van de jurisprudentie te bekritisseren deze juist gebruiken om actief te bepleiten dat werknemersbescherming zoals die voortvloeit uit de preventieve ontslagtoets niet geoorloofd is. Verburg doet dit door niet het uitgangspunt te nemen dat ondernemingsvrijheid grenzen stelt als deze in de kern wordt aangetast, maar door systematisch alle criteria in de Nederlandse regelgeving als 'vaag' af

13 Zie Peters 2014, §4 en 5. Zie ook S. Garben, 'Balancing social and economic fundamental rights in the EU legal order', *ELJJ*, 2020, Vol. 11(4), p. 364-390; M. Markakis, 'Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs Labour Rights in Case C-201/15 AGET Iraklis', (*European Constitutional Law Review*, 2017, Vol. 13, p. 724 e.v.

14 Zie bijv. Prassl en Peters, aangehaald in §2, over Alemo-Herron.

te doen. Daarmee wijkt hij in belangrijke mate van de strekking van het arrest af.

Beide benaderingen gaan eraan voorbij dat het Hof uitdrukkelijk werknemersbescherming als legitieme beperking ziet van de ondernemersvrijheid, en beide arresten nogal extreme situaties betreffen, waardoor het Hof meent dat de ondernemersvrijheid in de kern is aangetast. Het is dus geen algemene afweging van werknemers- en ondernemersbelangen en de vrijheid van ondernemerschap verhindert niet dat er bepalingen zijn die in de uitvoeringspraktijk nader moeten worden ingevuld. De vrijheid van ondernemerschap is daarom geen basis om inbreuk te maken op bescherming van werknemers indien niet van een absolute inbreuk op de ondernemersvrijheid sprake is.

5. Tot slot

Over veel zaken valt te twisten, zoals over het nut van een preventieve toets en over hoever de ondernemingsvrijheid moet gaan. Dergelijk debat draagt bij aan meer kennis en inzicht en past ook bij het feit dat er bij juridische geschillen meerdere partijen zijn. Leonard Verburg houdt van debat. Op verzoek van de redactie van deze bundel ben ik in deze bijdrage kritisch op een bijdrage van hem ingegaan. Laten we hopen dat Leonard ook als hij met emeritaat is het debat zal doorzetten.

