

Voorwoord

Dit boek is het derde en laatste deel van een drieluik waarin alle facetten van de individuele arbeidsverhouding worden behandeld. In het eerste deel zijn de elementen van de arbeidsovereenkomst en vakantie en verlof aan de orde gekomen. In het tweede deel zijn de bijzondere bedingen, de aansprakelijkheid in verband met arbeidsongevallen en beroepsziekten, de gelijkebehandelingsaspecten en de overgang van een onderneming belicht. Dit derde en laatste deel heeft betrekking op het ontslagrecht.

Ook in dit derde deel wordt veel aandacht geschonken aan parlementaire stukken, literatuur en jurisprudentie, zodat deze uitgave naast een leerboek ook een nuttig naslagwerk is voor de praktijk. Hoewel dit derde deel in eerste instantie is geschreven voor gebruik in de masteropleidingen Nederlands recht aan de Universiteit van Tilburg, is ook aan dat laatste aspect ruim aandacht geschonken. Om de toegankelijkheid van de uitgave te vergroten is een fijnmazige hoofdstukindeling gehanteerd, zodat een bepaald onderwerp snel is te vinden. Voor zover dit nuttig is, wordt bij de onderwerpsgewijze behandeling verwezen naar andere onderdelen van het boek en de beide andere delen. Ook is geprobeerd de leesbaarheid optimaal te doen zijn.

Het negende hoofdstuk, dat betrekking heeft op het kennelijk onredelijk ontslag, is tot stand gekomen in nauwe samenwerking met Ellen de Jong-van den Bogaard. Het tiende hoofdstuk over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is in nauwe samenwerking met Steven Jellinghaus geschreven. Voor het maken van de verschillende schema's willen wij Inge Goes, student-assistent bij de vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Universiteit van Tilburg, en Laurence van Drongelen bedanken. Voor de documentaire ondersteuning zijn de auteurs veel dank verschuldigd aan Helmi Veenman van de bibliotheek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De auteurs staan open voor suggesties voor verbetering, aanpassing, aanvulling en dergelijke om de bruikbaarheid van dit boek nog verder te verbeteren. Dit derde deel van de uitgave zal, zo hopen de auteurs, zijn weg in onderwijs en praktijk weten te vinden.

Bij de derde druk

(...) Bij de totstandkoming van de eerste en tweede druk van dit boek is Wil Fase nauw betrokken geweest en is zijn invloed op het uiteindelijke resultaat onmiskenbaar. Wil heeft aan deze nieuwe druk niet meer meegewerkt. Als blijk van grote waardering voor het werk van Wil op het terrein van het (individuele) arbeidsrecht, is besloten om zijn naam onlosmakelijk aan deze uitgave verbonden te laten zijn.

Op 2 mei 2015 is na een kort ziekbed prof. mr. W.J.P.M. (Wil) Fase overleden. De titel van het liber amicorum dat Wil bij zijn afscheid als hoogleraar bij de Tilburgse vakgroep sociaal recht en sociale politiek heeft gekregen luidt: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*. Uit deze naamgeving alleen al blijkt de grote waardering voor Wil en dat hij voor velen een inspiratiebron is geweest. De inhoud van deze bundel weerspiegelt onmiskenbaar zijn veelzijdigheid op het terrein van het sociaal recht. Of het nu gaat over ontslag of de werkstaking, werkloosheidsuitkeringen of positieve discriminatie, over vakantiewetgeving of de overgang van de onderneming, op bijna elk deelonderwerp van het Nederlandse sociaal recht heeft Wil uitermate deskundige en gezaghebbende meningen in woord en geschrift naar voren gebracht. Zijn publicaties en opvattingen over bijvoorbeeld het cao-recht zijn van grote invloed geweest voor de rechtsontwikkeling op dit rechtsgebied. Met Wil te hebben mogen samenwerken beschouwen wij als een van de grootste voorrechten die ons ten deel is gevallen.

Bij de elfde druk

Na het verschijnen van de tiende druk in 2021 zijn de nodige wetwijzigingen en wijzigingen in de lagere regelgeving tot stand gebracht. Denk aan de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden, het Besluit werkgebieden UWV 2022, de indexering van de transitievergoeding en de verhoging van de wettelijke rente. In deze nieuwe druk is uit de rechtspraak een selectie gemaakt en is deze verwerkt in de tekst. De literatuur is geactualiseerd. De bijwerkdatum is 1 februari 2023.

Dit boek is in eerste instantie met Wil Fase opgezet. Na het overlijden van Wil hebben wij ‘ons werk’ mede ter nagedachtenis van Wil met heel veel plezier voortgezet. Voor Harry is echter het moment aangebroken om de arbeidsrechtpraktijk van alledag in te wisselen voor de geschiedenis van dit prachtige rechtsgebied. Daardoor is dit de laatste druk van dit boek. Wij danken u allen voor het vertrouwen dat u in ons heeft gesteld en wensen u het allerbeste toe voor de toekomst.

Zoetermeer/Scheveningen, februari 2023

Harry van Drongelen

Steven Jellinghaus

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding

Het overgrote deel van de onzelfstandige beroepsbevolking verricht arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst is wat wordt genoemd een duurovereenkomst. Andere voorbeelden daarvan zijn de huur- en de pachtovereenkomst. Een duurovereenkomst heeft als belangrijk kenmerk dat een dergelijke overeenkomst is gericht op continuïteit. Dat houdt in dat wanneer partijen met elkaar in zee willen gaan, zij de bedoeling hebben om dit voor een bepaalde periode te doen. Die periode kunnen zij zelf aangeven. Zo kan de periode bijvoorbeeld een jaar zijn. In dat geval weten de partijen precies wanneer de overeenkomst afloopt zonder dat er nadere afspraken hoeven te worden gemaakt over de beëindiging. De overeenkomst kan evengoed voor een onbepaalde tijd worden aangegaan. In dat geval weten de betrokken partijen niet wanneer de overeenkomst eindigt. Degene die de overeenkomst wil beëindigen zal daartoe dan zijn wil aan de wederpartij kenbaar moeten maken; een wil die niet kenbaar wordt gemaakt is juridisch zonder betekenis (zie art. 3:33 BW). Het beëindigen van een duurovereenkomst heeft voor beide partijen verstrekende gevolgen. Als de huurder bijvoorbeeld de overeenkomst wil beëindigen, dan moet de verhuurder op zoek gaan naar een gepaste opvolger van de vertrekkende. Andersom zal een beëindiging door de verhuurder voor de huurder betekenen dat hij op zoek moet naar een nieuw pand. Vanwege deze consequenties voor alle partijen is het niet meer dan normaal dat de beëindiging van een duurovereenkomst zal moeten gebeuren via de opzegging ervan. Dit laatste impliceert overigens al dat de beëindiging van de overeenkomst gebeurt door de ene contractpartij tegen de wil van de andere. Het opzeggen van de duurovereenkomst brengt met zich, dat daarvoor een (opzeg)termijn in acht moet worden genomen.¹

1.2 De bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst

Op duurovereenkomsten zijn de algemene regels van het vermogens- en verbintenissenrecht (zie Boek 3 en 6 BW) van toepassing. Deze regels zijn eigenlijk ook gericht op overeenkomsten die vaak na het sluiten ervan weer tenietgaan, omdat aan de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen is voldaan. Denk bijvoorbeeld aan het kopen van een bepaald product. De koper betaalt het vereiste aankoopbedrag en de verkoper overhandigt het product aan de koper en daarmee gaat de tussen partijen gesloten koopovereenkomst teniet. Een dergelijk gevolg kan niet aan de orde zijn als de arbeidsovereenkomst in het geding is. Dat is dan ook de

1. Zie C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2010, p. 371. Zie ook: J.F.M. Strijbos 1985; P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.) 2003.

reden waarom de wetgever een groot aantal specifieke voorschriften heeft gegeven over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst (zie art. 7:667-7:686a BW). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten aangegaan voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. De voorschriften over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben met name betrekking op de laatste soort en zijn vooral gericht tot de werkgever. Dat heeft alles te maken met de relatie tussen de werkgever en de werknemer. De werkgever beschikt namelijk niet alleen over de arbeidskracht van de werknemer, maar ook over de persoon van de werknemer zelf (zie art. 7:659 lid 1 BW; zie Deel 1 5.2) en daarmee dus ook over een deel van zijn leven. De werknemer is daarmee dus geplaatst in een ondergeschikte positie jegens zijn werkgever (zie Deel 1 hoofdstuk 3). De werknemer is afhankelijk van zijn werkgever, niet alleen in juridische maar ook in economische en maatschappelijke zin. De werknemer is voor zijn levensonderhoud afhankelijk van de werkgever, terwijl het verrichten van betaalde arbeid een zekere maatschappelijke status geeft. Door de bijzondere wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst wordt de feitelijke ongelijkheid tussen de partijen juridisch gecompenseerd. De bijzondere wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst heeft dus alles te maken met wat wordt genoemd de ongelijkheidscompensatie.² De Hoge Raad³ heeft het in dat kader niet voor niets over de bijzondere aard van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.

1.3 Het stelsel van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de werknemer een groot belang heeft bij het continueren van de arbeidsovereenkomst. Er wordt wel eens een vergelijking gemaakt met een rouwproces om aan te geven wat het effect is van het (moeten) verwerken van een gedwongen ontslag.⁴ De wetgever biedt (of zou dat behoren te doen) in het verlengde daarvan, in het kader van de ongelijkheidscompensatie, de werknemer zo veel mogelijk bescherming tegen het door de werkgever beëindigen van de arbeidsovereenkomst.⁵ Maar een dergelijke bescherming heeft natuurlijk wel grenzen. Er zal ook met de belangen van de werkgever rekening moeten worden gehouden; hij zal zo veel mogelijk zijn bedrijfsvoering efficiënt willen voeren. De wettelijke regeling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst probeert zo veel mogelijk een evenwicht te zoeken tussen de met elkaar strijdende belangen van de werkgever en de werknemer.

Een arbeidsovereenkomst kan op verschillende manieren worden beëindigd, namelijk:

1. met wederzijds goedvinden tussen de werkgever en de werknemer;
2. door een beëindiging van rechtswege;
3. door opzegging door hetzij de werkgever, hetzij de werknemer op termijn;

2. Zie G.J.J. Heerma van Voss 1992, p. 3-5; C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2010, p. 25; H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal 2019, p. 147-149.

3. Zie HR 10 oktober 1997, JAR 1997, 248.

4. Zie B. Cozijnsen, SZA 2009-42, p. 7-8; B. Cozijnsen & J. van Wielink 2009; B. Cozijnsen & J. van Wielink 2009a; J.H.W. van Eersel 2022.

5. Zie T. van Peijpe, in: *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, p. 369-380.

4. door opzegging door hetzij de werkgever, hetzij de werknemer onverwijld – ontslag op staande voet –; en
5. door ontbinding door de rechter.⁶

Alle wijzen waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen worden samengevat met de term ‘ontslagrecht’.⁷

Als wordt gesproken van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met *wederzijds goedvinden*, wordt daarmee niets anders bedoeld dan dat de werkgever en de werknemer overeenkomen dat die arbeidsovereenkomst gaat eindigen. Het gaat hier in feite om een eenvoudige manier om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Een arbeidsovereenkomst kan ook *van rechtswege* eindigen. In dat geval is er geen handeling van de werkgever of de werknemer nodig: de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gaat vanzelf. Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege als gevolg van een bepaalde gebeurtenis of door het verstrijken van een bepaalde periode of een andere objectief bepaalbare duur of door de dood van de werknemer. Bij de laatste twee ontslagvormen, de *ontbinding* en de *opzegging* van de arbeidsovereenkomst, is er steeds sprake van één partij – de werkgever of de werknemer – die tegen de zin van de andere partij een einde aan de arbeidsovereenkomst kan (laten) maken. Bij de opzegging spelen de zogenoemde ‘opzegverboden’. Tot 1 juli 2015 konden deze opzegverboden worden onderverdeeld in het algemene opzegverbod en bijzondere opzegverboden. Het algemene opzegverbod dat was geregeld in art. 6 BBA 1945⁸ hield in dat de werkgever toestemming nodig heeft van het UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Dit algemene opzegverbod heeft dus een preventief element in zich. Dit preventieve element vonden we ook terug bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, dat in art. 7:685 (oud) BW was geregeld. In dat geval moest hij namelijk op grond van ‘gewichtige redenen’ beslissen of hij het verzoek daartoe al dan niet inwilligt. Voor de werkgever betekenden deze twee ontslagmogelijkheden dat hij om een arbeidsovereenkomst te beëindigen kon kiezen tussen opzegging of ontbinding. Sterker nog, als hij geen toestemming kreeg van het UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen, kon hij alsnog de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Deze keuzemogelijkheid was wat we noemen het duale ontslagstelsel, dat al tientallen jaren menig pen in beweging heeft gebracht. Beide mogelijkheden kenden hun eigen gronden waaraan werd getoetst om de gekozen weg succesvol af te sluiten en een andere uitkomst als het ging om het kunnen toekennen van een ontslagvergoeding. De wetgever kenmerkt dit als willekeur en vindt dit ongewenst.⁹ De wetgever¹⁰ stelt dat het nieuwe ontslagrecht in de Wwz¹¹

6. Wij willen wijzen op het bijzondere oordeel van de Haagse Ktr. 27 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12832, die het heeft over een opzegging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Zie J. van Drongelen, *B&B* 2020-6, p. 8-12.
7. Zie H.L. Bakels, *SMA* 1977, p. 542.
8. Zie besluit van 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, *Stb.* 1945, F 214.
9. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 5.
10. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 5.
11. Zie wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet

die op 1 juli 2015 in werking is getreden,¹² *eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar* is voor werkgevers. Even verder stelt de wetgever¹³ dat een *eenduidig en eenvoudig* ontslagrecht bijdraagt tot *rechtsgelijkheid en rechtszekerheid*.¹⁴ Er is vanuit de wetenschap en rechtspraak veel kritiek geweest op het op 29 november 2013 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel.¹⁵ Verburg¹⁶ heeft het over een ‘lawyers paradise’. Heerma van Voss¹⁷ vindt het nieuwe ontslagrecht te complex en ondoorgroendelijk en krijgt daarvoor steun van de leden van de VAAN die ook over de andere elementen in zeer grote meerderheid negatief reageren.¹⁸ Loonstra en Sick¹⁹ stellen dat het ontslagrecht niet eenvoudiger, maar zelfs ingewikkelder wordt, niet sneller, en lang niet in alle gevallen goedkoper voor de werkgever. Grapperhaus²⁰ concludeert dat er geen sprake is van vereenvoudiging, maar van een stapeling van allerlei vormvereisten en heeft het over een ingewikkelde opzet en redactie. Jensma²¹ schrijft dat niets zo ingewikkeld is als het nieuwe versoepelde arbeidsrecht. Heerma van Voss²² heeft het over een slecht leesbare wettekst, vol met dubieuze constructies en door de technische benadering met veel verwijzingen uiterst ontoegankelijk. Hij vindt dat in de periode tot de inwerkingtreding op 1 juli 2015 een hersteloperatie mogelijk is en met hulp van buiten het ministerie van SZW een ontslagrecht kan worden gemaakt dat in ieder geval juridisch aanvaardbaar is.²³ De kritiek van de wetenschap en de rechtspraak heeft Duk²⁴ samengevat in een duidelijk oordeel over het wetsvoorstel: ‘Nederland en het arbeidsrecht verdienen zoveel beter.’ De VAAN heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer nog een tweetal pogingen gedaan om over verschillende aspecten verduidelijking te krijgen en te proberen om verbeteringen aan te brengen. Er is zelfs een alternatief in de vorm van een wetsvoorstel ingebracht. Maar alles zonder resultaat van betekenis.²⁵

inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, *Stb.* 2014, 216. Zie voor een rechtspraakoverzicht: B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, *TRA* 2016-4, p. 18-20; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, *TRA* 2016-6/7, p. 19-21; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, *TRA* 2017-3, p. 20-24; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, *TRA* 2017-8/9, p. 22-26; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, *TRA* 2018-1, p. 16-20; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, *TRA* 2018-5, p. 23-27; B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens, M.D. Bulk & M.A. Lasschuit, *TRA* 2019-8/9, p. 22-27.

12. Zie besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2014, 274.
13. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 24.
14. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 24.
15. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 1 (Koninklijke boodschap).
16. Zie VAAN 2014, p. 51.
17. Zie VAAN 2014, p. 20.
18. Zie VAAN 2014, p. 59-60.
19. Zie C.J. Loonstra & P.Th. Sick, *TAP* 2014-1, p. 13.
20. Zie F.B.J. Grapperhaus, *TRA* 2014-3, p. 9.
21. Zie F. Jensma, *NRC Weekend* 15-16 maart 2014.
22. Zie VAAN 2014, p. 20.
23. Er is een ‘hersteloperatie’ opgenomen in de Verzamelwet SZW 2014, *Stb.* 2014, 504. Daarbij ligt de nadruk op het herstellen van foutjes, verschrijvingen en andere taalkundige zaken; zie art. VI Verzamelwet SZW 2015 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 988, nr. 2). Een andere ‘hersteloperatie’ is opgenomen in de Wet aanpak schijnconstructies, *Stb.* 2015, 233. Het gaat om een aanpassing van de transitievergoeding (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 10 (tweede nota van wijziging)).
24. Zie R.A.A. Duk, *TRA* 2014-3, p. 41.
25. Zie J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *PS Documenta* 2014, p. 314-315; J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *PS Documenta* 2014, p. 1226-1227.

Het wetsvoorstel is tot wet verheven,²⁶ en aanvankelijk leek de kritiek te verstommen en leken de rechtspraktijk en de wetenschap over te gaan tot de orde van de dag. Dat is jammer omdat een groot deel van de kritiek op de wettelijke regeling nog onverkort geldt en zelfs kan worden uitgebreid naar de nadere regelgeving. De kritiek neemt echter weer toe. De vraag is dan hoe dit allemaal zo heeft kunnen komen. Dat heeft voor een niet onbelangrijk deel te maken met het feit dat politici steeds vaker kunnen worden aangeduid als politieke managers. Dat betekent in feite niets anders dan dat de politici in kwestie nog alleen geïnteresseerd zijn in het resultaat en puur pragmatisch opereren. Daarmee wordt de politiek en als verlengstuk daarvan de wetgeving waarop de vicepresident van de Raad van State²⁷ ook wijst, instrumenteel en resultaatgericht en eigenlijk net zo veranderlijk als het weer. Dat is wat bij de Wwz ook is gebeurd. De wet heeft als grondslag het Sociaal Akkoord van 2013²⁸ en is een onderdeel van de hervormingsagenda van het kabinet-Rutte II.²⁹ De zogenoemde ‘constructieve oppositiepartijen’ (D66, CU en SGP) hebben hun zegen gegeven en daarmee is de ‘deal’ rond.³⁰ Dat brengt met zich dat bij het uitwerken van dit akkoord in de Wwz de nadruk niet ligt op de wetgevingskwaliteit, maar meer op de behoefte de wet binnen een bepaalde termijn te realiseren, wat kan worden gekwalificeerd als politiek ongeduld³¹ of de wat minder diplomatieke benadering van Keulaerts ‘de Wwz is erdoorheen gejaast’.³² Alles draait dus om het resultaat en dat kan, zoals uit het voorgaande blijkt, soms wel erg tegenvallen.³³

Laten we een aantal van de verschillende aspecten die door de wetgever zijn aangeduid (nog) eens langslopen. *Eenduidig* ontslagrecht brengt volgens de wetgever met zich dat het BBA 1945 waarin het toestemmingsvereiste voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van het UWV is geregeld, komt te vervallen.³⁴ ‘Eenduidigheid’ betekent echter niets anders dan ‘slechts voor één uitleg vatbaar’. Wat de relatie is tussen eenduidig ontslagrecht en het vervallen van het BBA 1945 is ons niet duidelijk. Sterker nog, het toestemmingsvereiste van het UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen is in de Wwz overgeheveld naar het BW. Loonstra en Sick³⁵ schrijven hierover dat ‘met deze exercitie bestuursrecht in feite tot civiel recht wordt getransformeerd’ en ‘dat de kantonrechter met die oorspron-

26. W.G.M. Plessen, *TRA* 2015-3, p. 14 schrijft dat per 1 januari 2015 een groot deel van de Wwz in werking is getreden, maar dat berust op een misverstand. Verreweg het grootste gedeelte van de Wwz is op 1 juli in werking getreden. Zie onder meer: L.G. Verburg, E.F.A. van Buitenen, C.J. Frikkee, M.V. Ulrici & J.P.H. Zwemmer 2014; D.J. Rutgers & T.L.C.W. Noordoven 2014; W.L. Roozendaal & W.H.A.C.M. Bouwens 2014; C.P. van den Eijnden, K.M.J.R. Maessen & S.F.H. Jellinghaus 2014; C.P. van den Eijnden, S.F.H. Jellinghaus & P. Maarsen 2014; L.G. Verburg 2015; G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerts 2015; G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerts 2015a; E.J.A. Franssen, K. Wiersma, M.C.A. te Poel, N. Jansen & R.M. Beltzer 2015; A.T.J.M. Jacobs 2016; F.M. Dekker, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerts (red.) 2017; J. van Drongelen, A. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. van Rijs 2018; H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal 2019.

27. Zie Raad van State 2008, p. 31.

28. Zie *StvDA* 2013. Zie A. van Halem (red.) 2013.

29. Zie *Bruggen slaan* 2012.

30. Zie J. Hoefnagels, *Adv.bl.* december 2014, p. 26.

31. Zie R.A.A. Duk & F.B.J. Grapperhaus, *TRA* 2014-3, p. 2.

32. Zie J. Hoefnagels, *Adv.bl.* december 2014, p. 25.

33. Zie J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *PS Documenta* 2014, p. 1238.

34. Zie art. III Wet werk en zekerheid.

Zie ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 25.

35. Zie C.J. Loonstra & P.Th. Sick, *TAP* 2014-1, p. 7.

kelijk bestuursrechtelijke bepalingen te maken [krijgt]'. Dit lijkt te suggereren dat het bestuursrechtelijke toestemmingsvereiste van het BBA 1945 door de plaatsing in het BW civiel recht is geworden. Die gedachtegang moet berusten op een misverstand. Het toestemmingsvereiste van art. 6 BBA 1945 was bestuursrecht en het overhevelen naar het BW maakt dit niet anders; iets wat bestuursrecht is, verschiet niet van kleur door het elders onder te brengen. Dat blijkt wel uit het simpele feit dat het besluit met betrekking tot het toestemmingsvereiste voor de werkgever op grond van art. 7:671a BW voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrijfseconomische gronden of langdurige arbeidsongeschiktheid van het UWV als de werknemer niet instemt met de opzegging, een besluit is waartegen bezwaar en beroep mogelijk is, tenzij daarop in de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak die in bijlage 2 bij de Awb³⁶ is opgenomen een uitzondering is gemaakt. Dat is ook precies wat er is gebeurd. In art. XVI Wvz is art. 1 van deze bijlage gewijzigd en is daarin art. 7:671a BW opgenomen. Twijfel? Niet nodig. De Minister van SZW geeft namelijk in het algemeen deel van de toelichting³⁷ op de Regeling UWV ontslagprocedure³⁸ een verhandeling over de toepasselijkheid van de Awb op het verzoek om toestemming van het UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Een en ander betekent dus dat er bestuursrechtelijke voorschriften in het BW zijn opgenomen. Het feit dat er een bestuursrechtelijk element in het BW terecht is gekomen, betekent per definitie dat het ontslagrecht niet *eenvoudiger* wordt. Allerlei bestuursrechtelijk noodzakelijke nadere preciseringen en aanduidingen moeten nu in de wet worden opgenomen, terwijl dat voor het civiele recht in het BW niet gebruikelijk en ook niet noodzakelijk is. Wat opvalt, is dat de inrichting van het ontslagrecht dat eenvoudiger zou moeten worden, veel weg heeft van de wijze waarop de socialezekerheidswetgeving is ingericht, zoals de gedetailleerde opsomming van redelijk ontslaggronden en het veelvoud aan mogelijkheden nadere voorschriften te geven via algemene maatregelen van bestuur³⁹ en bij ministeriële regelingen,⁴⁰ dat is toch niet de meest eenvoudige en eenvoudig te doorgronden wetgeving. Dat is op zich ook weer niet zo verwonderlijk, omdat het hierbij gaat om zeer complexe en bestuursrechtelijke wet- en regelgeving. Ook rijst de vraag waarom in verband met de overzichtelijkheid niet is gekozen voor één algemene maatregel van bestuur en één ministeriële regeling.⁴¹ Ook rijst de vraag hoe met deze bestuursrechtelijke voorschriften moet worden omgegaan als een keuze wordt gemaakt voor het Nederlandse recht in een buitenlandse arbeidsovereenkomst.⁴² Het leidt ertoe dat de civiele kantonrechter te maken krijgt met be-

36. Zie wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht, *Stb.* 1992, 315.

37. Zie toelichting Regeling UWV ontslagprocedure, *Stcrt.* 2015, 12688, p. 4-5.

38. Zie regeling van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, *Stcrt.* 2015, 12688.

39. Zie Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stb.* 2014, 538; Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding, *Stb.* 2015, 171; Besluit overgangrecht transitievergoeding, *Stb.* 2015, 172.

40. Zie Regeling looncomponenten en arbeidsduur, *Stcrt.* 2014, 36823; Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685; Regeling UWV ontslagprocedure, *Stcrt.* 2015, 12688; Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter, *Stcrt.* 2015, 17972.

41. Wij willen wijzen op de Aanwijzingen voor de regelgeving nr. 185 waarin in onderdeel 1 is aangegeven dat een citeertitel kernachtig wordt geformuleerd. Uit de beide vorige noten blijkt dat dit in ieder geval in een aantal gevallen niet is gelukt.

42. Zie art. 6 EVO en art. 8 Rome I-Verordening.

stuursrechtelijke bepalingen, zoals Loonstra en Sick al hebben opgemerkt. Deze vermenging van rechtsgebieden lijkt ons een buitengewoon onwenselijke ontwikkeling⁴³ die kan leiden tot misverstanden als het gaat om de mogelijkheid om bij bedrijfseconomische gronden in plaats van toestemming van het UWV toestemming aan de zogenoemde ‘cao-ontslagcommissie’ te vragen, en als het gaat om de status van deze commissie en de beslissing (zie 6.3.7 en 6.3.8). Rest nog te vermelden dat het bestuur van het UWV in het kader van de hem opgedragen taak uitvoeringsregels heeft vastgesteld, namelijk de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen,⁴⁴ de uitvoeringsregels wegens langdurige arbeidsongeschiktheid^{45, 46} en de uitvoeringsregels ontslagprocedure.⁴⁷

Het ontslag moet volgens de wetgever ook *eerder* zijn, maar dit lijkt niet telkens het geval. Zo kan de tijd die benodigd is voor het verkrijgen van óf de benodigde toestemming van het UWV óf de cao-ontslagcommissie (zie art. 7:672 lid 4 BW; zie 5.9.1) worden afgetrokken waardoor de opzegtermijn feitelijk korter is dan wat tot 1 juli 2015 heeft gegolden, terwijl juist de opzegtermijn de periode is waarin de werknemer op zoek kan gaan naar een nieuwe baan. Deze elementaire functie van de opzegtermijn schijnt in de vergetelheid geraakt te zijn. Dus: hoezo *eerder*?⁴⁸

Tot slot de *transitievergoeding*. Iedereen is tevreden met het opheffen van het onderscheid dat in de oude situatie speelde, namelijk enerzijds de in art. 7:685 (oud) BW geregelde ontbindingsmogelijkheid door de kantonrechter met een billijke vergoeding en anderzijds de opzegging met toestemming van het UWV op grond van art. 6 BBA 1945 zonder vergoeding. Dit onderscheid is opgeheven door het invoeren van de transitievergoeding waarvan de wetgever stelt dat hiermee twee doelen worden nagestreefd, namelijk een *vergoeding voor het ontslag* en de mogelijkheid om via deze transitievergoeding *naar ander werk te zoeken*. Het probleem is alleen dat de transitievergoeding volledig kan worden gecompenseerd door de kosten die de werkgever heeft gemaakt in het kader van het zoeken naar ander werk of opleidingskosten. De vergoeding voor het ontslag zelf is in die situatie volledig buiten beeld geraakt en dat maakt de transitievergoeding dan eigenlijk tot een wassen neus. Dit alles maakt het ontslag *minder kostbaar* voor de werkgevers.⁴⁹ Maar er is nog een aspect bij de transitievergoeding waaraan naar onze mening geen aandacht is besteed. Art. 7:673 lid 1 BW leert dat de werkgever de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is. Dat betekent dat de werknemer daarop aanspraak maakt en dat brengt met zich dat over de transitievergoeding loonbelasting en socialeverzekeringspremies moeten worden betaald.⁵⁰ De vraag is dan of iedereen

43. Zie ook: J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *PS Documenta* 2014, p. 1227-1228.

44. Zie besluit van 3 november 2015 met bijlage, *Stcrt.* 2015, 42142.

45. Zie besluit van 3 november 2015 met bijlage, *Stcrt.* 2015, 42141.

46. In januari 2016 is een nieuwe versie van deze uitvoeringsregels gepubliceerd. Zie *Stcrt.* 2016, 5031; *Stcrt.* 2016, 5036. Daarna zijn de uitvoeringsregels herhaaldelijk gewijzigd en opnieuw gepubliceerd. Zie *Stcrt.* 2016, 34178; *Stcrt.* 2016, 34180; *Stcrt.* 2018, 42714; *Stcrt.*, 2018, 42718; *Stcrt.* 2019, 52009. Zie J. van Drongelen, *PS Documenta* 2016-3, p. 145-150; M. ten Broeke, *TvO* 2018, p. 128-134.

47. Zie besluit van 28 juli 2020 met bijlage, *Stcrt.* 2020, 43545.

48. Zie J. van Drongelen & S.J. Rombouts, *PS Documenta* 2014, p. 1367.

49. Zie P. Maarsen, *SZA* 2016-4, p. 7-8.

50. Zie ook: G.C. Boot, *ArbeidsRecht* 2015-5, p. 16-18.

nog wel zo blij is met die vergoeding.⁵¹ Werkgevers hebben overigens al een manier gevonden om in bepaalde situaties onder de transitievergoeding uit te komen. De werkgever moet een zieke werknemer twee jaar loon doorbetalen. Na die twee jaar mag de werkgever de zieke werknemer ontslaan, maar dat heeft als consequentie dat de werkgever die werknemer een transitievergoeding moet betalen. Door deze zieke werknemer echter na die twee jaar onbetaald — er is geen loondoorbetalingsverplichting meer — in dienst te houden hoeft er geen transitievergoeding te worden betaald. Dit sluimerend dienstverband is echter niet zonder risico's — de zieke werknemer kan zich op enig moment beter melden en beschikbaar zijn om arbeid te verrichten. Bij een reorganisatie kan een zieke afwezige werknemer dan zijn baan behouden en een jongere collega die al die tijd aan het werk is kan dan zijn baan verliezen.⁵² De Minister van SZW heeft in april 2016⁵³ aangegeven dat hij denkt aan een regeling op grond waarvan de werkgevers worden gecompenseerd voor de kosten van een bij het ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid verschuldigde transitievergoeding, waardoor er voor hen dan geen aanleiding meer is om het sluimerend (slapend) dienstverband in stand te laten om de transitievergoeding te ontlopen (zie 11.3.2).⁵⁴ Ook stelt hij voor tegemoet te komen aan het midden- en kleinbedrijf wat betreft het moeten betalen van een transitievergoeding bij ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen. Een wetsvoorstel met een compensatiemogelijkheid wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is in maart 2017 bij de Tweede Kamer ingediend⁵⁵ en in juli 2018 tot wet verheven⁵⁶ (zie 11.6.10). Met de Wab⁵⁷ is de compensatiemogelijkheid uitgebreid tot bedrijfseconomische redenen — vervallen van arbeidsplaatsen wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming — als gevolg van de pensionering, arbeidsongeschiktheid of de dood van de werkgever in het midden- en kleinbedrijf. Hiermee geeft de minister eigenlijk met zoveel woorden impliciet het failliet van de transitievergoeding aan.⁵⁸ Om de woorden van Peters⁵⁹ maar eens aan te halen: 'transitievergoeding niet lappen maar kappen'. Maar er is meer. Zo moet de werkgever op grond van art. 7:658a lid 2 BW zo tijdig mogelijk die maatregelen treffen en voorschriften geven als redelijkerwijs nodig zijn om de werknemer die door ziekte niet meer de bedongen arbeid kan verrichten in staat te stellen eigen of andere passende arbeid te laten verrichten. De werknemer in kwestie moet daaraan

51. Zie J. van Drongelen & S.J. Rombouts, *PS Documenta* 2014, p. 1367.

52. Zie N. Troost, *de Volkskrant* 30 juli 2015.

53. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29 544-34 351, nr. 17 (brief Minister van SZW over knelpunten arbeidsmarkt), p. 2. Zie ook: P. Maarsen, *SZA* 2016-28, p. 8; C.S. Kehrer-Bot, *ArbeidsRecht* 2017-1, p. 29; G.A. Diebels, *ArbeidsRecht* 2017-10, p. 24-28.

54. Het wetsvoorstel met maatregelen over de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid is op 20 maart 2017 bij de Tweede Kamer ingediend. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 699. Zie P. Maarsen, *SZA* 2018-12, p. 7-8.

55. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 699, nr. 1. Zie N. Ridder, *SZA* 2017-18, p. 7-8.

56. Zie wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234. Zie over deze wet onder meer: S. Jellinghaus, M. Milbou & D. Schwartz, *SBA Thema* 2019-12a; P. Lunenburg, *HR Overheid* 2019-4, p. 24-26.

57. Zie wet van 29 mei 2019, houdende wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren, *Stb.* 2019, 219.

58. Zie J. van Drongelen & A. van Drongelen, *SZA* 2019-1, p. 7-8.

59. Zie S.S.M. Peters, *TRA* 2015-11, p. 2.

op grond van art. 7:660a BW meewerken. Zet de compensatieregeling dit wettelijke regime rond passende arbeid niet onder druk? Waarom zou een werknemer hieraan meehelpen als hij een ontslag(transitie)vergoeding in het vooruitzicht heeft en waarom zou een werkgever zichzelf op kosten jagen als hij wordt gecompenseerd?

Vorenstaande leert in ieder geval dat het ontslagrecht geen rustig leven is beschoren en dat het de komende tijd onderwerp zal zijn van discussie tussen de wetenschap, de rechtspraak en de wetgever.⁶⁰ Het duale ontslagrecht is vaak onderwerp van discussie geweest en er is steeds geroepen dat het anders moet.⁶¹ Daarbij zijn de pijlen vooral gericht op het toestemmingsvereiste van art. 6 (oud) BBA 1945 voor de werkgever om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen. Daarbij werden soms zware termen gebezigd. Zo heeft Verburg⁶² het over het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom. Maar uit het vorenstaande blijkt dat er op dat punt helemaal geen verandering is aangebracht; er geldt voor de werkgever nog steeds een, zij het beperkt, toestemmingsvereiste van het UWV om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Misschien leidt het nieuwe ontslagrecht ertoe dat men tot de conclusie komt dat het oude ontslagrecht eigenlijk nog niet zo gek was en dat een kleine aanpassing hier en daar misschien wel te prefereren valt boven deze nu niet zo heel goed doordachte ingrijpende wijziging.⁶³ Duk en Sagel⁶⁴ stellen dat een jaar Wwz in ieder geval niet uitsluit dat er sprake is van een 'total loss', niet alleen omdat de doelstellingen niet zijn gehaald (zie hiervoor), maar zeker ook omdat

60. Zie de wetswijzigingen:

(1) wet van 26 november 2014 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Verzamelwet SZW 2015), *Stb.* 2014, 504;

(2) wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers (Wet aanpak schijnconstructies), *Stb.* 2015, 233;

(3) wet van 25 november 2015 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2016), *Stb.* 2015, 464. Bij deze wetswijziging past de volgende kanttekening. Deze wijziging (van de Wwz) is gebeurd via een nota van wijziging bij het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 10 (tweede nota van wijziging));

(4) wet van 1 juni 2016, houdende de Regeling van de arbeidsvoorwaarden van gedetacheerde werknemers in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van de detacheringsrichtlijn en tot wijziging van de IMI-verordening over de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie), *Stb.* 2016, 219;

(5) wet van 14 november 2016 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2017), *Stb.* 2016, 471. Ook bij deze wetswijziging past de volgende kanttekening. Ook deze wijziging (van de Wwz) is gebeurd via een nota van wijziging bij het wetsvoorstel Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (zie *Kamerstukken II* 34 408, nr. 8 (tweede nota van wijziging)). Onder (3) en (4) is aangegeven dat de wijzigingen van de Wwz hebben plaatsgevonden via een nota van wijziging bij een ander wetsvoorstel. In Aanwijzingen voor de regelgeving is aangegeven dat in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn, de zogenoemde 'kale implementatie' (zie aanwijzing 331). Er is dus niet in overeenstemming met deze aanwijzing gehandeld. Dat kan met een beroep op aanwijzing 5, waarbij het mogelijk is om van de aanwijzingen voor de regelgeving af te wijken als onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden. In de toelichtingen op de tweede nota van wijzigingen is hieraan echter geen aandacht besteed.

61. Zie J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs 2012, p. 9-16.

62. Zie L.G. Verburg 2010.

63. Zie ook: B. Barentsen & R.A.A. Duk, *TRA* 2015-8/9, p. 3-9.

64. Zie R.A.A. Duk & S.F. Sagel, *TRA* 2016-10, p. 4.

met de Wwz geen sprake is van een vereenvoudiging (zie hiervoor). Uit het evaluatieonderzoek naar de ontbindingspraktijk onder de Wwz van juli 2018⁶⁵ blijkt dat van een goedkoper ontslag geen sprake (meer) is en de wetgever daarmee een gevoelige tik heeft gekregen. Dat betekent ook dat het aanpassen en opkalefateren van de Wwz eigenlijk geen zin (meer) hebben en het tijd is om een goed doordacht ontslagrecht te realiseren, waarbij eigenlijk alleen maar de tekortkomingen van het oude ontslagrecht hoeven te worden gerepareerd. Dat is toch gebeurd met de Wab. Met die wet zijn de redelijke ontslaggronden uitgebreid met een zogenoemde cumulatiegrond, wat een combinatie van een of meer (niet voldragen) persoonsgebonden ontslaggronden behelst. In feite betekent dit dat hiermee de wetgever eigenlijk hetzelfde effect wil bereiken wat vroeger met de ontbindingsmogelijkheid van art. 7:685 (oud) BW mogelijk was, maar dan alleen met een veel ingewikkeldere vormgeving. De wetgever⁶⁶ geeft dit aan door in het kader van de Wab te benadrukken dat werkgevers er vertrouwen in kunnen hebben dat ze een werknemer kunnen ontslaan in een situatie waar een einde van de arbeidsovereenkomst *redelijkerwijs* aan de orde is.

65. Zie A.R. Houweling, P. Kuit & I.H. Kersten, *TAP* 2018-7, p. 3-18.

66. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 52.