

1 Einde van de arbeidsovereenkomst – het ontslagstelsel

1.1 Inleiding

Het Nederlandse ontslagrecht kent vier wijzen waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen. De eerste en meest voorkomende wijze van beëindiging is de beëindiging met wederzijds goedvinden (art. 7:670b BW). De tweede wijze waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen is van rechtswege (door het verstrijken van de duur van de overeenkomst of door middel van een ontbindende voorwaarde). Strikt genomen is in beide gevallen geen sprake van ‘ontslag’, in de zin dat tegen de wil¹ van de ander de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. In beide gevallen heeft de werknemer immers bewust voor de betreffende einddatum gekozen. Dat is niet het geval bij de resterende twee wijzen van ‘ontslag’ die het Nederlandse ontslagrecht kent, te weten ‘ontbinding’ en ‘opzegging’ van de arbeidsovereenkomst. In beide gevallen kan een werkgever niet zomaar de arbeidsovereenkomst beëindigen, maar dient hij diverse ‘spelregels’ in acht te nemen.

Die spelregels zijn te verklaren vanuit de gedachte dat een arbeidsovereenkomst, net als een pacht- en huurovereenkomst, een zogenoemde duurovereenkomst is. Duurovereenkomsten zijn op continuïteit gericht. Als partijen een dergelijke overeenkomst sluiten, beogen zij die voor een bepaalde periode aan te gaan. Die periode kunnen zij van tevoren afspreken (bijvoorbeeld een afspraak die een jaar zal duren), maar het is mogelijk dat die periode voor onbepaalde tijd wordt aangegaan en dat partijen juridisch aan elkaar verbonden blijven totdat een van hen aangeeft

1 Sinds 1 juli 2015 kennen we in het ontslagrecht de figuur van opzegging met instemming. Daarmee zou betoogd kunnen worden dat een werknemer niet wordt ‘ontslagen’, omdat hij met zijn instemming alsnog akkoord gaat met de beëindiging. Toch zouden wij ook hier van ‘ontslag’ willen spreken, omdat de werkgever de eenzijdige rechtshandeling verricht die mogelijk nadien door de eenzijdige rechtshandeling van de werknemer van bepaalde rechtsgevolgen wordt onttrokken. Het vertrekpunt blijft dan ook hier een beëindiging tegen de wil van de werknemer.

dat zij niet verder met de ander wil doorgaan. Wordt een duurovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan, dan weten beide partijen van tevoren precies wanneer deze afloopt. Vanuit deze wetenschap lijkt het niet nodig dat, voorafgaande aan het einde van de afgesproken periode, nog eens uitdrukkelijk door de ene partij (verpachter, verhuurder, werkgever) aan de andere partij (pachter, huurder, werknemer) moet worden gemeld dat de overeenkomst ten einde zal komen. Dat is immers expliciet overeengekomen en partijen mogen van elkaar verwachten dat zij van het tijdstip op de hoogte zijn en ook blijven. Zoals uit hoofdstuk 4 zal blijken verlangen we soms wel dat er tijdig een aanzegging plaatsvindt, inhoudende dat de ene partij tijdig aan de andere partij kenbaar maakt of de tijdelijke overeenkomst wel of niet zal worden gecontinueerd. Over het einde van de lopende overeenkomst bestaat evenwel geen enkele discussie. Als een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt gesloten, ligt de situatie anders. Contractspartijen weten dan immers niet wanneer de overeenkomst zal eindigen, aangezien dat tijdstip afhankelijk is van de wil van één van hen; een wil die daaropvolgend overigens wel aan de wederpartij moet worden verklaard. Een wil die niet wordt verklaard, is rechtens van geen belang (zie art. 3:33 BW). Zo'n verklaarde wil (of: wilsverklaring) tot beëindiging van een duurovereenkomst kan bij de wederpartij onaangenaam overkomen. Juist vanwege het aanwezige duuraspect dat met overeenkomsten als de pacht-, huur- en arbeidsovereenkomst verweven is, wordt de gedachte gevoed dat de bestaande situatie wel zal voortduren. De aankondiging dat men van de ander af wil, is onprettig en vereist doorgaans het in gang zetten van nieuwe (rechts)handelingen. Wanneer de pachter, huurder of werknemer aangeeft de overeenkomst te beëindigen, zal de verpachter, verhuurder en werkgever op zoek moeten gaan naar een geschikte opvolger voor de vertrekkende persoon. Wanneer de verpachter, verhuurder of werkgever het juridische signaal geeft dat leidt tot het einde van de overeenkomst, zal de pachter, huurder of werknemer moeten omzien naar respectievelijk een ander stuk grond, een ander pand en een andere baan. Vanuit dit gegeven is begrijpelijk dat bij *opzegging* van een duurovereenkomst (opzegging impliceert altijd de beëindiging door de ene contractspartij tegen de wil van de andere) ten minste een *termijn* in acht moet worden genomen waartegen moet worden opgezegd (een zogenoemde opzegtermijn).²

De voorafgaande opmerkingen maken inzichtelijk waarom de vermogensrechtelijke bepalingen in Boek 3 en 6 BW niet (zonder meer) toereikend zijn om het einde van een duurovereenkomst als de arbeidsovereenkomst (waartoe wij ons hierna

2 Op grond van de redelijkheid en billijkheid geldt onder omstandigheden bij een onbepaalde overeenkomst ook de verplichting 'opzegtermijnen' in acht te nemen: HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn). Indien partijen contractuele opzeggingsbepalingen hebben opgenomen, kan nog steeds de redelijkheid en billijkheid tot een andere uitkomst aanleiding geven: HR 11 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134.

– uiteraard – beperken) adequaat te regelen.³ Het regelstelsel zoals neergelegd in Boek 3 en 6 BW is gebaseerd op de overeenkomst die vlak na sluiting weer tenietgaat omdat partijen aan hun verbintenissen hebben voldaan. Het kopen van een product impliceert doorgaans dat met het betalen van de koopprijs en de overhandiging van het betreffende product de gesloten koopovereenkomst binnen ettelijke seconden tenietgaat. Aangezien dit per definitie niet het geval is met de arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever in Boek 7 titel 10 BW een groot aantal regels opgenomen dat op het ontslagrecht betrekking heeft (art. 7:667-7:686a BW). Die regels zijn meer gericht op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan op de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vanwege het feit dat in het laatste geval beide partijen bij voorbaat weten wanneer de arbeidsovereenkomst ten einde komt.⁴ Rondom het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt daarentegen een web van regels die partijen (vooral de werkgever) in acht dienen te nemen, opdat de belangen van de ander toereikend worden beschermd. In het arbeidsrecht wordt dikwijls gewezen op de juridische en economische afhankelijkheid van de werknemer jegens zijn werkgever. De werknemer zal in zijn bestaansonderhoud veelal van de werkgever afhankelijk zijn. Hij zal primair belang hebben bij het voortduren van de arbeidsovereenkomst (van onbepaalde tijd). De (financiële) gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen namelijk ingrijpend zijn. Daarom heeft de wetgever, vanuit de gedachte van ongelijkheidscompensatie, de werknemer ontslagbescherming geboden. Deze kan uiteraard ook weer niet zover gaan dat het de werkgever onmogelijk wordt gemaakt een efficiënte bedrijfsvoering in stand te houden. Een algeheel verbod om werknemers werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontslaan, maakt het hem bijvoorbeeld onmogelijk zich in de (internationale) concurrentiestrijd staande te houden. Een zo vergaande ontslagbescherming werkt contraproductief, ook voor de werknemers. De balans moet steeds weer worden gevonden.

3 Onder omstandigheden is buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst toegestaan. Zie HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, JAR 2020/70 en J.L. Luiten, Hoge Raad velt vernietigend oordeel over de bedriegende werknemer, TAP 2020/3. Een dergelijke vernietiging mag niet in strijd zijn met het dwingende stelsel van arbeidsrechtelijke bescherming. Nog iets scherper geanalyseerd zou betoogd kunnen worden dat vernietiging wegens – in dit specifieke geval – bedrog de overeenkomst aantast en niet de overeenkomst als zodanig beëindigt. Dat is bij het intreden van een ontbindende voorwaarde wel het geval. Daarover uitvoerig hoofdstuk 4.

4 Maar ook dan kunnen problemen ontstaan. Bijvoorbeeld: kan een werkgever een werknemer telkens opnieuw en zonder enige juridische consequentie een tijdelijk arbeidscontract aanbieden? Wat als partijen na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend op de oude voet verder gaan? De wet voorziet in antwoorden op deze vragen (zie hoofdstuk 4).

Waar heeft de Nederlandse wetgever op dit vlak grenzen getrokken? Hoe heeft hij, met andere woorden, het ontslagrecht vormgegeven? Deze vragen staan in dit boek centraal. Na een schets van de historische ontwikkeling van dit (belangrijke) onderdeel van het arbeidsrecht (par. 1.2) staan in dit hoofdstuk de algemene contouren van het ontslagrecht (par. 1.3), het duaal preventieve ontslagstelsel en daarmee het bereik van de preventieve toets (par. 1.4) alsmede de redelijke gronden voor ontslag (par. 1.5) centraal.⁵ Daarna zullen we stilstaan bij de opzegverboden, opzegtermijnen (inclusief de gevolgen van het niet in acht nemen van de juiste opzegtermijnen: onregelmatige opzegging; par. 1.6). We sluiten af met de ontslagvergoedingen (de transitievergoeding, par. 1.7 en additionele (billijke) vergoedingen, par. 1.8). In de volgende hoofdstukken zullen we vervolgens de specifieke ontslagmodaliteiten opzegging (hoofdstuk 2) en ontbinding (hoofdstuk 3) nader analyseren. Voor beide procedures gelden de algemene spelregels zoals die in dit hoofdstuk worden geformuleerd. Ten slotte zullen we in hoofdstuk 4 de resterende wijze van beëindiging van het dienstverband bespreken.

1.2 Historisch perspectief

Het huidige ontslagrecht is voor een belangrijk deel historisch gegroeid tot wat het nu is. Nederland blijft, wat het gekozen stelsel van ontslagbescherming betreft, een bijzonder positie innemen in Europa (en wellicht zelfs in de wereld). Die bijzondere positie is enkel te begrijpen en te verklaren indien men kennis heeft van de historische ontwikkelingen van het ontslagrecht. Met ingang van 1 juli 2015 is het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd. Het overgangsrecht – art. XXII Wet werk en zekerheid (WWZ) – bepaalt dat op ontslagtrajecten die voor de genoemde datum zijn gestart inclusief alle mogelijke vervolgttrajecten het oude recht van toepassing blijft.⁶ Ook na 1 juli 2015 zal derhalve nog enige tijd het recht zoals dat tot 1 juli

5 Zie voor dit onderwerp Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/323 e.v.

6 Art. XXII WWZ luidt als volgt: ‘Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 alsmede artikel 665 en afdeling 9 van Boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek, zoals deze luidden de dag voor het tijdstip van inwerkingtreding van de artikelen I, onderdeel O, van deze wet [1 juli 2015, red.], blijven van toepassing: a. op een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en een opzegging gedaan na dat tijdstip op grond van een verzoek om toestemming van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en op de gedingen die daarop betrekking hebben; b. op een opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en op de gedingen die daarop betrekking hebben; en c. op een geding dat is aangevangen voor dat tijdstip. In deze gevallen blijft het gehele oude recht van toepassing.’ Bijgevolg ontvangt een werknemer wiens arbeidsovereenkomst is opgezegd na 1 juli 2015 op basis van een toestemmingsverzoek aan het UWV dat op 30 juni 2015 werd ontvangen, geen transitievergoeding (art. XXII sub a WWZ), maar dient zich op basis van art. 7:681 BW (oud) door middel van een dagvaarding tot de kantonrechter te wenden met een kennelijkonredelijkontslagvordering (oud recht).

2015 gold, van kracht blijven. De wijzigingen als gevolg van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) per 1 januari 2020 zijn minder ingrijpend wat het ontslagrecht betreft en eerder een aanscherping van de WWZ te noemen. Om deze redenen zullen wij hieronder een uitvoerige beschouwing geven van de historische context van het Nederlandse ontslagrecht met extra aandacht voor het ontslagrecht zoals dat laatstelijk gold tot 1 juli 2015.

1.2.1 Periode 1838-1907: ontslagrecht in de Wet op de Arbeidsovereenkomst

Vanaf 1838 tot de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst (wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193, inwerkingtreding 1 februari 1909) bestond er nauwelijks iets wat wij nu als ontslagrecht aanmerken. Welgeteld kon er op één ontslagrechtelijke bepaling worden gewezen: art. 1639 BW.⁷ Daarin was bepaald dat dienst- en werkboden die voor een bepaalde tijd gehuurd zijn, hun dienst niet mogen verlaten voordat de overeengekomen tijd verstreken is. Deden zij dat toch, dan verbeurden zij het verdiende loon. In die tijd was het gewoonte de dienst- en werkboden pas het verschuldigde loon te betalen als de overeengekomen tijd in zijn geheel was verstreken. Staakten zij in het geval van een halfjaarcontract na vier maanden ‘zonder wettige redenen’ de arbeid, dan behoefde de patroon het reeds verdiende loon van vier maanden niet te betalen. Ook de patroons waren in beginsel verplicht hun personeel tussentijds niet te ontslaan. Niettegenstaande dit uitgangspunt waren zij (aldus art. 1639 (oud) BW) bevoegd de dienst- en werkbode zonder het aanvoeren van redenen weg te zenden, maar zij waren dan wél gehouden niet alleen het verschuldigde loon uit te keren, maar ook een schadeloosstelling van zes weken loon. De meningen waren verdeeld over het antwoord op de vraag of de inhoud van art. 1639 (oud) BW als een billijke regeling kon worden aangemerkt. In elk geval rezen er allerlei interpretatiegeschillen die in de rechtspraak niet eenduidig werden beantwoord.⁸ Ondanks de indrukwekkende maatschappelijke ontwikkelingen die Nederland gedurende de negentiende eeuw doormaakte (denk aan de uitvinding van de stoommachine en de industriële revolutie met het tot bloei komen van het machinale proces in fabrieksverband die daarvan het gevolg was), bleef het ontslagrecht tot 1907 beperkt tot dit ene wetsartikel.

Met de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst veranderde het ontslagrecht ingrijpend. De wetgever introduceerde met de invoering van deze wet het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (die van rechtswege eindigt) en voor onbepaalde tijd (die ten einde komt ten gevolge van opzegging door een van de partijen). Opzegging diende plaats te vinden met inachtneming van een opzegtermijn. Hoofdreel was dat de opzegtermijn gelijk is aan de

7 Zie uitvoerig par. 2.3 van Arbeidsrechtelijke Themata, 2020, Deel I.

8 M.G. Levenbach, Het honderdjarig Burgerlijk Wetboek en het arbeidsrecht, in: M.G. Levenbach, Arbeidsrecht, een bundel opstellen, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 256-282, i.h.b. p. 269 e.v.

termijn tussen twee opvolgende loonbetalingen, met een maximum van zes weken. Opzegging kon op elk tijdstip plaatsvinden (dus ook zonder dat de opzegtermijn in acht werd genomen), maar de partij die daartoe overging, handelde onrechtmatig, tenzij aan de wederpartij tegelijkertijd een schadeloosstelling werd betaald. Deze schadeloosstelling omvatte het bedrag dat gelijk was aan het in geld vastgestelde loon voor de duur van de opzegtermijn. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds door een van de partijen werd beëindigd, leidde dit eveneens tot schadeloosstelling aan de andere partij. Ook de proeftijd werd geregeld, evenals het ontslag wegens een dringende reden (ontslag op staande voet). Tevens voerde de wetgever de mogelijkheid in een verzoek tot de kantonrechter te richten om de arbeidsovereenkomst 'ontbonden te verklaren' wegens gewichtige redenen (art. 1639w (oud) BW). Deze inschakeling van de kantonrechter zou naar het oordeel van de wetgever uitsluitend in uitzonderlijke omstandigheden moeten plaatsvinden. Hij noemde daarbij onder meer het voorbeeld van de persoon met een aanzienlijk vermogen, die voor het beheer van zijn bibliotheek een bibliothecaris in dienst heeft. Als deze rijke persoon door omstandigheden plotseling verarmt, moet het mogelijk zijn op korte termijn de arbeidsovereenkomst met de bibliothecaris te beëindigen.⁹ De wettelijke regeling van de ontbinding wegens gewichtige redenen zou dan uitkomst bieden. Men zou zich in dit verband kunnen afvragen waarom de patroon niet 'gewoon' tot opzegging kon overgaan. Hij behoefde toch in beginsel alleen de termijn tussen twee loonbetalingen in acht te nemen? Dat mag zo zijn, maar aan het begin van de twintigste eeuw (rond 1900) was het (anders dan tegenwoordig) normaal dat partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met elkaar sloten. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd waren toen beduidend in de minderheid.¹⁰ Als de bibliothecaris bijvoorbeeld een arbeidscontract voor twee jaar zou hebben gesloten en als zijn patroon tien maanden na aanvang van de overeenkomst plotsklaps zou verarmen, zou ten gevolge van de verbreking van het contract de armlastige patroon een schadeloosstelling dienen te betalen van veertien maanden loon. Een verzoek aan de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 1639w (oud) BW zou dit dan kunnen verhinderen. Maar nogmaals: enkel uitzonderlijke situaties zouden de arbeidsovereenkomst via de ontbindingsprocedure tot een einde kunnen brengen.

In de Wet op de Arbeidsovereenkomst treffen we reeds de ingrediënten aan van het ontslagrecht zoals dat tot 2015 heeft gegolden. Het onderscheid tussen bepaalde en

9 Zie E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1912, p. 212.

10 Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bood in die tijd ook meer zekerheid dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze laatste kon immers met doorgaans een zeer korte opzegtermijn worden opgezegd, terwijl een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel garandeerde dat de arbeider werk had gedurende de overeengekomen periode. Zie D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-35.

onbepaalde tijd, de proeftijd, de opzegging wegens dringende redenen (ontslag op staande voet), de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen door de kantonrechter: we komen ze in het huidige Boek 7 titel 10 BW nog steeds tegen. Het ontslagrecht is vanaf 1907 uiteraard wel steeds verder uitgebouwd en verfijnd. De rechtspraak heeft bovendien van de wet op een wijze gebruikge maakt die de wetgever niet voor mogelijk heeft gehouden, althans nooit heeft voorzien. In het kader van de ontwikkelingen sinds 1907 valt bovendien iets bijzonders op. Karakteristiek voor het ontslagrecht vanaf 1907 tot 2015 is geweest dat de wetgever in de bestaande regelingen nooit rigoureuus heeft gesneden. Ons ontslagrecht is te vergelijken met een huis waaraan steeds meer kamers zijn aangebouwd, zonder dat een (binnenhuis)architect het gehele proces van nieuwbouw systematisch heeft begeleid. Daardoor is een eclectisch pand ontstaan met talloze extra trapjes die steeds weer tot nieuwe kamers hebben geleid. Anderen dan de bewoners en familieleden c.q. goede vrienden die regelmatig op bezoek komen, kunnen moeilijk hun weg in dit huis vinden. Op gelijke wijze is het ontslagrecht een ingewikkeld, niet transparant geheel van regels geworden, alleen door ingewijden in de volle breedte te doorgronden. Vanwege de wijze waarop het zich heeft ontwikkeld, zijn regelmatig pleidooien gehouden het geldende ontslagrecht af te breken, om het vervolgens opnieuw, maar nu consistenter en daardoor begrijpelijker, op te bouwen.¹¹ Die gedachte klinkt op zichzelf misschien sympathiek, maar het probleem daarbij is dat verworven rechten niet snel worden prijsgegeven. Werknemers en hun belangenorganisaties (vakbonden) verzetten zich dan ook heftig tegen een wellicht eenvoudiger, maar desondanks (of misschien wel: juist daardoor) minder werknemersvriendelijk ontslagrecht. Werkgevers pleiten voor een ontslagrecht dat hun een verhoogde mate van (externe) flexibiliteit verschaft, teneinde beter in te kunnen spelen op vragen uit de markt. Zij zien in de voortdurende uitbouw van het stelsel uit 1907, met een telkens toenemende bescherming van de werknemer, een bewijs van de hedendaagse remmende werking van het ontslagrecht op het voe-

11 Een voorbeeld daarvan vormt het in 2000 verschenen rapport van de ADO, Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (de commissie-Rood), Afscheid van het duale ontslagrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. Deze commissie is door de Eerste Kamer afgedwongen ten tijde van de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid op 1 januari 1999. Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 216-255. Met het rapport van de ADO-commissie is uiteindelijk niets gedaan. De Stichting van de Arbeid heeft bij advies van 15 juli 2003 een negatief oordeel geveld over de voorstellen van de commissie. Over (het antwoord op) de vraag hoe het ontslagrecht er anders/beter uit zou moeten zien: E. Verhulp, C.J. Loonstra, L.G. Verburg, C.G. Scholtens en G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 en E.G. van Arkel, *A just cause for dismissal in the United States and the Netherlands* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom*, Deventer: Kluwer 2011.

ren van een modern management. Dat vereist slagvaardig opereren, met mogelijkheid tot snelle verandering. Het tot 2015 geldende ontslagrecht stagneerde een dergelijk opereren, bemoeilijkte het althans, zo werd regelmatig van werkgeverszijde verdedigd. Met de WWZ lijkt de wetgever aan deze kritiek gehoor te hebben gegeven. Om in de beeldspraak te blijven: de wetgever heeft het huis van binnen gestript en opnieuw ingericht. De buitenmuren zijn grotendeels blijven staan, al lijkt de toegangspoort verplaatst. Wij komen daar zo meteen op terug. Want hoe heeft nu de hiervoor gesignaleerde uitbouw eruitgezien? Uiteraard beperken wij ons hier tot het weergeven van de hoofdlijnen.¹²

1.2.2 Periode 1945-1953: preventieve toetsing van een redelijke grond

Een van de allerbelangrijkste *aanvullingen* op het BW-ontslagrecht is de uitvaardiging geweest van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Dit besluit – dat overigens reeds vanaf 1940 in Nederland gold nadat generaal Winkelman dit besluit vermoedelijk min of meer op last van de Duitse bezetter had genomen – is door de Nederlandse regering in Londen genomen aan het einde van de Tweede Wereldoorlog. Het parlement is niet bij de totstandkoming van het BBA betrokken geweest, simpelweg vanwege het feit dat de volksvertegenwoordiging toen niet functioneerde.¹³ Hoewel het voornemen was het BBA binnen afzienbare

12 Het ontslagrecht heeft een groot aantal auteurs geïnspireerd tot het schrijven van een proefschrift. We noemen: L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983; A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, Deventer: Kluwer 1985; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht?*, Arnhem: Gouda Quint 1986; G. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992; S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer: Kluwer 1993.

13 Over de geschiedenis van het BBA 1945 raadplege men vooral de dissertatie van H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht?*, Deventer: Kluwer 1981, p. 33-71 en het artikel van C.G. Scholtens, *Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945*, *ArA* 2005/3. Zie voorts het proefschrift van T.J. Jansma, *Het bezettingsrecht in de praktijk van de tweede wereldoorlog*, Wageningen: Veenman & Zonen 1953. Dit zogenoemde BBA was overigens bijna afgeschaft in 1953. Een gekke samenloop van omstandigheden die later de bijnaam ‘Dolle Vrijdag’ zou krijgen, maakte dat de stemming voor de motie tot afschaffing van de preventieve toets ingediend door Van Rijckevorsel met 36 stemmen voor en 39 stemmen tegen werd verworpen. De uitslag had heel goed 39 voor en 38 tegen kunnen (en wellicht moeten) zijn. Kamerlid Van Dis riep ‘tegen’ terwijl hij ‘voor’ bedoelde. Zijn partijgenoot, Zandt, wenste geen tweespalt in de partij en ontield zich vervolgens van stemming. De indiener van de motie had zich niet (tijdig) geregistreerd voor stemming en mocht derhalve niet meestemmen over de motie. Zie uitvoerig L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Kluwer: Deventer 1983, p. 58 en par. 2.3.2 van D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (diss. Amsterdam VU), 2015. Bij de Noodwet Arbeidsvoorziening in 1967 werd

tijd na uitvaardiging weer in te trekken, duurde het tot 2015 voordat daadwerkelijk tot intrekking van (bijna het gehele) besluit werd overgegaan.¹⁴ Diverse onderdelen van dit BBA zijn inmiddels afgeschaft, maar de belangrijkste bepalingen (art. 6 jo. 9 BBA)¹⁵ behoorden tot 1 juli 2015 tot het positieve arbeidsrecht. Overigens, wie denkt dat vanaf 1 juli 2015 de inhoud van deze bepalingen geen effect meer heeft, heeft het mis. Want met ingang van 1 juli 2015 is de inhoud van art. 6 jo. 9 BBA in feite getransponeerd naar het BW. Het BBA heeft een geheel nieuwe dimensie aan het ontslagrecht gegeven. Tot 1940 kon namelijk de arbeidsovereenkomst – zo zagen we – zonder meer worden opgezegd. Het enige waarmee rekening diende te worden gehouden, was de (betrekkelijk korte) opzegtermijn. Een aanvaardbare *reden* alvorens de arbeidsovereenkomst kon worden opgezegd, behoefde er niet te zijn en behoefde niet te worden meegedeeld. Of nu het nieuwe kapsel van de werknemer in de ogen van de werkgever een gruwel was of dat het bedrijf in de rode cijfers terecht was gekomen: in beide gevallen was de opzegging rechtmatig, mits de opzegtermijn in acht werd genomen. Desondanks wordt (en werd) het nieuwe kapsel niet en de sociaaleconomische positie van het bedrijf doorgaans wel als een valide reden (oftewel een redelijke, billijke grond) gezien om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Kort gezegd: er was geen *iusta causa dimissionis* noodzakelijk om zonder juridische consequenties tot opzegging te kunnen overgaan. Deze term *iusta causa* was in 1926 door Levenbach in zijn openbare les ten gevolge van zijn Amsterdamse benoeming tot lector in het arbeidsrecht, geïntroduceerd. Hij en later anderen¹⁶ bepleitten de wettelijke invoering van zo'n *iusta causa*, opdat niet meer mogelijk zou zijn dat een als onrechtvaardig ervaren ontslag toch, op grond van de wettelijke regeling, als rechtmatig moest worden aangemerkt. Die 'billijke grond' heeft tot 1940 geen deel van ons ontslagrecht uitgemaakt. De Duitse bezetter heeft dat in 1940 op zijn conto kunnen schrijven door middel van uitvaardiging van het Eerste Uitvoeringsbesluit, dat in het bijzonder was vormgege-

opgemerkt dat een algemeen ontslagverbod in deze regeling geboden was, omdat men er niet op kon vertrouwen dat het BBA nog zou blijven voortbestaan. Zie Kamerstukken II 1967/68, 9705, nr. 3, p. 10.

- 14 Een aantal – voor het ontslagrecht niet relevante – onderdelen van het BBA zal pas vervallen als er een goede regeling voor art. 8 BBA is gevonden.
- 15 En voorts het niet onbelangrijke art. 8 BBA betreffende het verbod op vermindering van de werktijd. Zie daarover W.A. Zondag, *Werkijdverkorting*. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht, Rotterdam: Sanders Instituut/Gouda Quint 2001. In par. 6.8.1 van *Arbeidsrechtelijke Themata*, 2020, Deel I wordt nader op art. 8 BBA ingegaan.
- 16 M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht*, Amsterdam: Paris 1926; S. Mok, *Onrechtmatig en onrechtvaardig ontslag*, *Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, RBA 1934 (XIX), p. 99 en S. Mok, *Hervorming van het ontslagrecht*, RBA 1935 (XX), p. 97 (beide opgenomen in S. Mok, *Arbeidsrechtelijke opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1950, p. 93-101); W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Paris 1936, p. 126 e.v.

ven om te voorkomen dat de greep op het bedrijfsleven geheel verloren zou gaan en er een massaal beroep op de werklozensteun zou worden gedaan.¹⁷ In dit Uitvoeringsbesluit werd dan ook een *algemeen ontslagverbod* opgenomen.¹⁸ Met andere woorden: opzegging van de arbeidsovereenkomst was verboden, tenzij de werkgever een geldige reden had voor een door hem gewenst ontslag. Ontslag kon alleen volgen als de werkgever daartoe vooraf een vergunning had verkregen. De toetsing of er inderdaad van een geldige reden voor opzegging kon worden gesproken en of in het verlengde daarvan de vergunning kon worden verstrekt, werd in handen van de toenmalige Inspectie SZW (als onderdeel van het departement van Sociale Zaken) gelegd. Met deze maatregelen kende Nederland een algemeen ontslagverbod (er mag niet tot opzegging worden overgegaan) in combinatie met een *preventieve ontslagtoets* (uitzondering op de hoofdregel kan alleen plaatsvinden door een *voorafgaande* toetsing aan de vraag of er een geldige reden voor opzegging is). Via het BBA is dit systeem in Nederland na de Tweede Wereldoorlog in stand gebleven, waarbij merkwaardigerwijs de preventieve toets niet in handen werd gelegd van de (bezetttersvijandige) Inspectie SZW maar van de (betrekkelijk bezetttersvriendelijke) Gewestelijke Arbeidsbureaus. Tot op de dag van vandaag is dit systeem (dat in Europa en daarbuiten als zeer uitzonderlijk te boek staat) in Nederland grotendeels gehandhaafd. Het was tot 1 juli 2015 aan te treffen in art. 6 jo. 9 BBA (oud) en is sindsdien terug te vinden in art. 7:671 jo. 7:671a jo. 7:681 BW, met dien verstande dat de preventieve ontslagtoets begin jaren negentig van de twintigste eeuw in handen is gelegd van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA), met ingang van 1 januari 2002 tot 1 januari 2009 door de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (de CWI) is uitgevoerd en sindsdien door het UWV (WERKbedrijf). Vooraf dient te worden getoetst of er een billijke, redelijke grond is voor de wens tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) over te gaan. Gaat een van de partijen tot opzegging over zonder dat daarvoor voorafgaande toestemming is gegeven, dan kon de andere partij ex art. 9 lid 1 BBA een beroep doen op de nietigheid van de opzegging (tot 1 januari 1999) of op de vernietigbaarheid van de opzegging (vanaf 1 januari 1999). Het waren andere (organisatie)namen en andere juridische begrippen voor eenzelfde stelsel met dezelfde rechtsgevolgen. Tot 1 januari 1999 golden de art. 6 jo. 9 BBA voor zowel de werkgever als de werknemer. Met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid op die datum is de eis van de voorafgaande toestemming voor

17 Zie over de achtergronden en gevolgen van de verschillende Uitvoeringsbesluiten C.G. Scholtens, *Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945*, ArA 2005/3. De besluiten hadden vooral ook tot doel 'het oorlogsapparaat' te dienen (de industrie moest op volle toeren blijven draaien).

18 Interessant is dat het 'algemene ontslagverbod' nog steeds latent aanwezig is in art. 7 Noodwet Arbeidsvoorziening. Uit de toelichting bij dit artikel volgt bovendien dat art. 7 Noodwet Arbeidsvoorziening verder gaat dan het BBA. Ook beëindiging met wederzijds goedvinden en ontslag op staande voet zijn niet toegestaan tijdens een artikel 7-periode. Zie hierover Kamerstukken II 1967/68, 9705, nr. 3.

de werknemer komen te vervallen. Deze behoeft sindsdien enkel op te zeggen met inachtneming van de betreffende opzegtermijn.

Na de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907 werd het BW wat het ontslagrecht betreft eind 1953 (Stb. 1953, 619) op enkele onderdelen ingrijpend gewijzigd (inwerkingtreding vond plaats op 1 juli 1954). In de eerste plaats werd door middel van de invoering van enkele zogenoemde *opzegverboden* het tot dan toe geldende BW-systeem doorkruist, dat partijen te allen tijde de arbeidsovereenkomst konden opzeggen. Deze opzegverboden waren tot de werkgever gericht en behelsden een verbod om tijdens ziekte (gedurende twee jaar) en militaire dienst de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Overtreding van dit verbod maakte de werkgever schadeplichtig. Dit begrip ‘schadeplichtig’ was nieuw en kwam in de plaats van het tot 1953 geldende begrip ‘onrechtmatig’. Handelde een werkgever die opzegde zonder de opzegtermijn (voldoende) in acht te nemen eerst onrechtmatig (in de terminologie van 1907), thans was hij schadeplichtig. In de tweede plaats kwam er een nieuw art. 1639s BW, dat de *kennelijk onredelijke opzegging* aan de orde stelde. Met de invoering van dit wetsartikel kwam de ‘iusta causa dimissionis’ ook in het BW te staan, zij het dat het criterium niet was ‘onredelijk ontslag’, maar ‘kennelijk onredelijk ontslag’, waarmee de wetgever tot uitdrukking poogde te brengen dat het ontslag voor ieder weldenkend mens zonder enige twijfel als onredelijk moest worden aangemerkt.¹⁹ De sanctie van een kennelijk onredelijke opzegging was het betalen van een schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking (de arbeidsovereenkomst). In 1953 werd (hetgeen ruim veertig jaar later niet onbelangrijk bleek te zijn toen de procedures bij de toenmalige RDA lang duurden en men massaal voor de ontbindingsprocedure koos)²⁰ de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 1639w (oud) BW) uitgebreid. De kantonrechter werd namelijk de bevoegdheid toegekend aan een van de partijen (meestal de werknemer) een vergoeding toe te kennen ten laste van de wederpartij (meestal de werkgever), als tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst werd overgegaan vanwege een verandering in de omstandigheden.

1.2.3 Periode 1953-1999: uitbreiding bijzondere opzegverboden en verval algemeen opzegverbod voor werknemer

In 1976 onderging het BW op het punt van de arbeidsovereenkomst een derde wijziging (Stb. 1976, 295). In de eerste plaats vergrootte de wetgever het aantal opzeg-

19 Over de kennelijkheid van het onredelijk ontslag is tijdens de parlementaire geschiedenis vooral in de Eerste Kamer uitgebreid gediscussieerd. Zie L.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, Deventer: Kluwer 1983, p. 52 e.v. Vgl. ook Bouwens, Kennelijk onredelijk ontslag in historisch perspectief, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), De kennelijke onredelijkheid in beweging, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 9-20.

20 Zie uitvoerig: P. Kruit, De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 18.