Tilburg University

Ontslagbescherming in Nederland

Zekic, Nuna

Published in:
Tijdschrift voor Ontslagrecht

DOI:
[10.5553/TvO/254253152019003003003](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152019003003003)

Publication date:
2019

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zekic, N. (2019). Ontslagbescherming in Nederland: In dienst van baanzekerheid of werkzekerheid? *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 3(3), 78-85. <https://doi.org/10.5553/TvO/254253152019003003003>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Ontslagbescherming in Nederland: in dienst van baanzekerheid of werkzekerheid?

mr. dr. Nuna Zekić*

1. Inleiding

Het ontslagrecht is een complex deel van het recht. Vóór de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) was het moeilijk om algemene uitspraken te doen over de doelen of de grondslagen van het Nederlandse ontslagrecht. De verschillende onderdelen waren dermate oud en ‘een eigen leven gaan leiden’ dat speculaties omtrent de bedoelingen van de wetgever niet heel vruchtbaar waren.¹ Daarnaast ontbrak vaak de samenhang tussen de verschillende onderdelen. Dat is sinds de Wwz anders, omdat met de Wwz het ontslagrecht ingrijpend is hervormd. Op vrijwel alle onderdelen is weer een bewuste keuze gemaakt: sommige onderdelen zijn afgeschaft, andere zijn bevestigd en nieuwe onderdelen zijn geïntroduceerd. We kunnen ons weer afvragen welke doelen het ontslagrecht nastreeft en of die doelen behaald worden.

Een van de doelen van de Wwz was een omslag maken van baanzekerheid naar werkzekerheid. Werkzekerheid moest het overkoepelende uitgangspunt voor het hedendaagse arbeidsmarktbeleid worden.² Door de vergrijzing en de toegenomen dynamiek op de arbeidsmarkt moet bescherming minder worden gezocht in het behoud van de (vaste) baan en meer in ‘het weerbaar zijn op de arbeidsmarkt’, zo wordt vaak geredeneerd.³ Het idee dat er een verschuiving zou moeten plaatsvinden van baan- naar werkzekerheid is echter niet bepaald nieuw. We vinden het terug in verschillende beleidsnota's en rapporten.⁴ Nu zijn echter elementen van werkzekerheid daadwerkelijk geïntroduceerd in het ontslagrecht, zoals een scholingsplicht en de transitievergoeding. Maar in hoeverre heeft er nu een verschuiving plaatsgevonden van baanzekerheid naar werkzekerheid? Dit is de centrale vraag van deze bijdrage. In § 2 worden de begrippen baan- en werkzekerheid toegelicht, waarna in § 3 wordt ingegaan op wat tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz ten aanzien van werkzekerheid is opgemerkt. In § 4 staat de herplaatsingsplicht centraal, gevolgd door de scholingsplicht in § 5 en de transitievergoeding in § 6. § 7 sluit af met de conclusie. De nadruk ligt steeds op ontslag om bedrijfseconomische redenen en op de wijzigingen zoals die voortvloeien uit de Wwz. Waar nodig wordt aandacht besteed aan de relevante wijzigingen uit de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB).

* Nuna Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht bij Tilburg University, departement Sociaal Recht en Sociale Politiek.

¹ Vlg. conclusie A-G Koopmans bij HR 3 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0232, NJ 1991/705.

² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 2-3.

³ Aldus de Raad van State in zijn advies op de Wwz, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 5.

⁴ Zie bijv. *Kamerstukken II* 1996/97, 25010, 1-2, p. 10.

2. De zekerheden op de arbeidsmarkt

De begrippen baan- en werkzekerheid worden vaak in juridische teksten gebruikt, maar zijn geen juridische begrippen. Het zijn eerder beleidsbegrippen, maar ook dan is het niet altijd duidelijk wat er precies mee wordt bedoeld. Doorgaans wordt baanzekerheid uitgelegd als de zekerheid van behoud van de huidige baan ofwel de huidige dienstbetrekking. Baanzekerheid is dus sterk met ontslagbescherming verbonden. Met werkzekerheid wordt doorgaans uitgedrukt de zekerheid van het aan het werk blijven, maar niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde werkgever. Individuele inzetbaarheid (of employability) aan de ene kant en gemakkelijke van-baan-naar-baantransities op de arbeidsmarkt aan de andere kant vormen samen de twee belangrijkste pijlers waar het werkzekerheidsbeleid op rust.⁵

Zowel baan- als werkzekerheid zijn natuurlijk relatief. Bij werkzekerheid hebben mensen geen garantie op een baan en bij baanzekerheid kan de arbeidsrelatie eenzijdig door de werkgever worden beëindigd. Werkzekerheid wordt niet zelden als een alternatief voor baanzekerheid gepresenteerd. Dit zien we met name terug in de literatuur over *flexicurity*, een beleidsstrategie van de Europese Commissie die met name vóór de financiële crisis populair was.⁶ Flexicurity als term verenigt in zich het streven om gelijktijdig zowel flexibiliteit als een mate van zekerheid op de arbeidsmarkt te bevorderen. In flexicurity-documenten werd baanzekerheid (*job security*) gepresenteerd als een oude notie die aan vervanging toe was. Wie wil immers nog een baan voor het leven? Noch werkgevers noch werknemers, was het antwoord. Werkzekerheid (*employment security*) daarentegen werd gepresenteerd als zijnde modern: een vorm van zekerheid die zich veel beter laat verenigen met de flexibiliteit op de arbeidsmarkt die noodzakelijk is in de huidige dynamische en competitieve economie. *Security* in flexicurity slaat dan ook op inkomens- en werkzekerheid, niet op baanzekerheid.

Welke rol heeft het ontslagrecht hierin? Hervorming van het ontslagrecht is een vast onderdeel van het flexicurity-beleid en het Europees werkgelegenheidsbeleid.⁷ Zoals bekend stond hervorming van het ontslagrecht in Nederland decennialang op de beleidsagenda, maar het lukte de regering steeds niet om daar echte stappen in te zetten tot de Wet werk en zekerheid. Vóór die tijd maakte de verschuiving van baan- naar werkzekerheid echter onderdeel uit van verschillende voorstellen om de arbeidsmarkt te hervormen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) bijvoorbeeld presenteerde in 2007 een rapport genaamd ‘Investeren in werkzekerheid’.⁸ Arbeidsmarktflexibiliteit stond ook daarin centraal en het voorstel was, kort gezegd, om de ‘zekerheidskant’ anders in te richten met werkzekerheid als einddoel. Net als de Europese Commissie bij flexicurity, benadrukte

⁵ N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg University), Deventer: Kluwer 2014, p. 36.

⁶ Mededeling EC, *Towards Common Principles of Flexicurity*, COM (2007) 359 def; Mededeling EC, *Towards a job-rich recovery*, COM (2012) 173 def.

⁷ Zie bijv. D. Ashiagbor, ‘Flexibility and Adaptability in the EU Employment Strategy’, in H. Collins, P. Davies & R. Rideout (red.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, London/The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 392; N. Zekić, ‘Job Security or Employment Security: What’s in a Name?’, *European Labour Law Journal* 2016 vol. 7, nr. 4, p. 548-575.

⁸ WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, vol. 77.

ook de WRR daarbij vooral het belang van *employability* ofwel inzetbaarheid van werknemers, het belang van een activerend arbeidsmarktbeleid en het belang van de betrokkenheid van alle actoren, waaronder de sociale partners, bij het concretiseren van werkzekerheid. De WRR adviseerde de loondoorbetaling gedurende de opzegtermijn en de ontslagvergoeding te laten opgaan in één regeling ter financiering van de loondoorbetaling in een afgebakende zoekperiode waarin de met ontslag bedreigde werknemer zoekt naar een nieuwe baan. Niet veel later adviseerde de ‘Commissie-Bakker’ – die ingesteld was om te adviseren over maatregelen die nodig zijn ter verhoging van de arbeidsparticipatie – onder andere om alle werknemers een ‘werkbudget’ te geven om zo werkzekerheid te stimuleren.⁹ Deze en andere adviezen hebben niet geleid tot concrete wetswijzigingen, maar het Sociaal Akkoord uit 2013 deed dat wel. Ook daarin is werkzekerheid een belangrijk begrip. De sociale partners schrijven daarin te willen toewerken naar een nieuwe infrastructuur voor de arbeidsmarkt. Deze infrastructuur moet bijdragen tot werkzekerheid.¹⁰ Dat houdt onder andere in dat mobiliteit op de arbeidsmarkt bevorderd moet worden om ‘snel en soepel van de ene naar de andere baan over te stappen, en, als werkloosheid dreigt, om zonder ontslag van werk naar werk te gaan’.¹¹ Uiteindelijk veranderde met de Wet werk en zekerheid – dat gebaseerd is op het Sociaal Akkoord – het ontslagrecht ingrijpend.

3. Werkzekerheid in Wet werk en zekerheid

In de memorie van toelichting bij de Wwz lezen we wat volgens de wetgever ‘het overheersende doel van ontslagbescherming’ zou moeten zijn, namelijk ‘het beschermen van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, hetgeen leidt tot stabiele arbeidsrelaties, het bevorderen van de bereidheid van werkgevers en werknemers over en weer om te investeren in scholing en opleiding en het bieden van inkomens- en werkzekerheid aan werknemers’.¹² Hoewel de term baan zekerheid vermeden wordt, is het dus zeker niet zo dat baan zekerheid als doel helemaal opgegeven is. De regering wil (nog steeds) stabiele arbeidsrelaties bevorderen; dat zien we ook terug in de regulering van flexibele arbeid waarbij het doel is om de doorstroom van flexibele naar vaste arbeid te bevorderen.¹³ Tegelijk wordt een ‘flexibele schil’ geaccepteerd, omdat werkgevers zo veranderingen in de markt makkelijker kunnen opvangen. Idealiter valt de behoefte aan flexibiliteit van werkgevers samen met de behoefte aan flexibiliteit die werknemers kunnen hebben opdat ze hun werkende bestaan kunnen combineren met hun privéleven. Het palet aan flexibele arbeidsvormen is tot nu toe dan ook niet beperkt.¹⁴ Problematisch wordt het pas, aldus de wetgever, wanneer werknemers langdurig en onvrijwillig worden ingezet op basis van flexibele contracten, waarbij weinig

⁹ Advies Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt* (advies van 16 juni 2008), Rotterdam 2008.

¹⁰ Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag: STAR 11 april 2013, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, 15, p. 8.

¹¹ Idem, p. 11.

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 24-25.

¹³ Zie bijv. N. Zekić, ‘Flexibele arbeid en de Wwz’, in F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 153-181.

¹⁴ Dat is een expliciete keuze geweest van de wetgever, zie bijv. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 4.

perspectief is op een verbetering van hun positie op de arbeidsmarkt.¹⁵ Dit ‘oneigenlijk gebruik’ van flexibele contracten gebeurt echter (te veel) in de praktijk en dat wil de wetgever tegengaan. Het doel van de Wwz met betrekking tot de flexibele arbeid is dikwijls samengevat als: meer werknemers in vaste dienst.¹⁶ Verschillende schrijvers menen echter dat dit doel van de Wwz niet behaald is.¹⁷

Aan de andere kant is, zoals gezegd, het ontslagrecht met de Wwz ingrijpend veranderd. De vraag is echter in hoeverre de ontslagbescherming en dus baanzekerheid bij vaste arbeidsrelaties is afgenomen. Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden vanwege de verschillende aspecten van ontslagbescherming. Zo is de preventieve ontslagtoets ondanks vele discussies over de wenselijkheid ervan en ondanks verschillende pogingen tot afschaffing gehandhaafd.¹⁸ Daarnaast staan de ontslaggronden nu limitatief opgesomd in artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 BW. De nadruk van ontslagbescherming is misschien wel meer komen te liggen op de toetsing van de redelijke grond,¹⁹ aangezien een open norm zoals in het oude ontslagrecht (art. 7:685 lid 2 (oud) BW) ontbreekt en het combineren van gronden die afzonderlijk geen voldragen grond opleveren niet is toegestaan.²⁰ Aan de andere kant is de vergoeding bij ontslag – zoals hieronder wordt toegelicht – aanzienlijk verlaagd, waardoor ontslag voor werkgevers minder kostbaar is.

Toch kan niet gezegd worden dat alle Wwz-wijzigingen van het ontslagrecht naar een verminderde ontslagbescherming wijzen. Ook is het niet zo dat de wetgever baanzekerheid niet meer wil bevorderen, de wetgever wil eerder een nieuw evenwicht bereiken tussen baan- en werkzekerheid, om het populaire beleidsjargon te gebruiken. Naast het ‘oude’ doel van bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag, worden het bevorderen van investeringen in scholing en opleiding alsmede de mobiliteit van de werknemers als doelen geïntroduceerd. De wetgever spreekt van ‘mobiliteitsbevorderend ontslagrecht’.²¹ Ook de verlaging van de ontslagvergoedingen wordt in het kader van bevordering van mobiliteit geplaatst. Door de hoogte van de transitievergoeding alleen afhankelijk te maken van de lengte van het dienstverband, en niet van de leeftijd, hoopt de wetgever de mobiliteit van met name ouderen op de arbeidsmarkt te verhogen.²² De redenering is dat men dan minder bang is om door een overstap naar een andere werkgever de opgebouwde ontslagbescherming te verliezen. Tegelijk wordt het voor werkgevers goedkoper om oudere werknemers te ontslaan, waardoor

¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 10.

¹⁶ Zie bijv. N. Muselaers, D. van Vuuren & B. ter Weel, ‘Accepteer een flexibelere arbeidsmarkt – en pas instituties aan’, in B. ter Weel e.a., *De flexibele arbeidsmarkt in beweging*, Den Haag: Sdu 2016, p. 9.

¹⁷ Zie bijv. S.F. Sagel, ‘One issue’, *TRA* 2017/13.

¹⁸ A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 30.

¹⁹ Kruit en Kersten bijvoorbeeld concluderen op basis van hun onderzoek dat ‘de ontslaggronden in de Wwz streng worden getoetst en dat ontbinding bepaald geen vanzelfsprekendheid is’. Het aantal afwijzingen is na de Wwz sterk gestegen, zie P. Kruit & I.H. Kersten, ‘Statistiek Ontbindingsprocedure 2017: eenzijdig ontslag bereikt historisch dieptepunt’, *ArbeidsRecht* 2018/32.

²⁰ Dit is iets wat de WAB juist beoogt te ‘herstellen’ door de introductie van de i-grond.

²¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 3.

²² *Idem*, p. 74.

ze deze hopelijk ook eerder zullen aannemen. Het op die manier bevorderen van werkzekerheid kan dus ten koste gaan van baanzekerheid.

Het huidige ontslagrecht kenmerkt zich mijns inziens inmiddels door een mix tussen baanzekerheid en werkzekerheid. We kunnen nu de twee belangrijkste elementen van werkzekerheid – scholing en transitie – terugzien in het ontslagrecht. We zien deze elementen met name terug in het eerste lid van artikel 7:669 BW en in de introductie van de transitievergoeding (art. 7:673 BW). Er is ook een scholingsplicht geïntroduceerd in het Burgerlijk Wetboek in het kader van goed werkgeverschap (art. 7:611a BW). Hoe is daar steeds de verhouding tussen het nastreven van baanzekerheid en het nastreven van werkzekerheid?

4. De herplaatsingsplicht

Het eerste lid van artikel 7:669 BW schrijft voor dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De verplichting om eerst te onderzoeken of de met ontslag bedreigde werknemer herplaatst kan worden bestond al in het oude ontslagrecht, maar was niet in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Zij maakte deel uit van de redelijkheidstoets door het UWV. Door de invoering van de Wvz heeft de herplaatsingsplicht echter aanzienlijk aan belang gewonnen.²³ De huidige regelgeving laat bij de herplaatsingstoets veel minder beoordelingsruimte voor het UWV dan het oude recht, zo is in de literatuur betoogd.²⁴ Waar eerder een inspanningsverplichting bestond bij specifieke situaties en gronden, geldt er nu algemene verplichting. De gevolgen hiervan lijken met name te worden gevoeld door werkgevers die onderdeel uitmaken van een groep. Wanneer binnen de groep van de werkgever een vacature bestaat of mogelijk anderszins binnen afzienbare tijd ontstaat op een voor de met ontslag bedreigde werknemer passende functie, dan moet deze functie in principe aan de betreffende werknemer worden aangeboden.²⁵ Volgens Laagland en Lintsen gaat deze verplichting te ver en past zij niet in de huidige contractuele benadering van het werkgeverschap.²⁶ Vanuit de optiek van het bevorderen van mobiliteit en werkzekerheid is zij beter te begrijpen. Ondernemingen binnen een groep hebben nu misschien weinig invloed op het personeelsbeleid bij andere groepsondernemingen, maar deze verplichting kan ertoe leiden dat binnen concerns meer afstemming gaat plaatsvinden over dergelijke zaken. In ieder geval dienen de mogelijkheden om de met ontslag bedreigde werknemer te herplaatsen serieus te worden onderzocht, ook binnen het concern. Auteurs merken op dat de herplaatsingsinspanningen van de werkgever zwaar worden getoetst.²⁷ In

²³ P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2, p. 32.

²⁴ Zie bijv. L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82.

²⁵ Zie ook T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken?', *ArbeidsRecht* 2018/5.

²⁶ F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13.

²⁷ L.C.J. Sprengers, 'Reorganiseren onder de Wvz', in F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 25.

2018 bracht de Inspectie SZW echter een rapport uit waarin ze haar zorgen uit over het feit dat het UWV de informatie van de werkgever (en de werknemer) in principe niet op juistheid controleert.²⁸ Hoewel de norm inderdaad lijkt te zijn verzwaard met de Wwz, is er echter zeker geen resultaatsverplichting ontstaan; het gaat daarbij om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden geleverd, zo oordeelde de Hoge Raad.²⁹ Redelijkheidsargumenten kunnen daarbij een rol spelen. Daarmee wordt de werkgever een zekere beoordelingsruimte gelaten.

In hoeverre is de herplaatsingsplicht nu op baan- dan wel werkzekerheid gericht? Het voorkomen van werkloosheid staat voorop. Baanzekerheid in zeer strikte zin – behoud van de huidige baan – is niet het doel, omdat naar andere functies wordt gekeken. Transitie naar een nieuwe baan, werkzekerheid dus, wordt hiermee bevorderd. Toch is het primaire doel om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, althans om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te voorkomen. De herplaatsingsplicht is in de eerste plaats gericht op transitiebevordering *binnen* het bedrijf van de werkgever. Dat is eerder als baanzekerheid dan als werkzekerheid te kwalificeren. Daarbij wordt wel flexibiliteit aan de kant van de werkgever én de werknemer geleverd en moet flexibiliteit ook binnen het vaste contract worden gezocht. De werknemer moet in principe een andere functie accepteren,³⁰ net als scholing indien dit nodig is voor die andere functie. Niet alleen verliest de werknemer in beginsel de ontslagbescherming indien hij herplaatsing in dit kader weigert,³¹ maar waarschijnlijk ook de WW-rechten.³² Ook hier is mijns inziens sprake van een mix van baan- en werkzekerheid, maar de nadruk ligt op baanzekerheid in ruime zin: het continueren van de arbeidsovereenkomst.

Bij bedrijfseconomisch ontslag geeft de wet de ontslagen werknemer een mogelijkheid om de arbeidsrelatie met de oude werkgever te hervatten in het geval dat binnen 26 weken na de opzegging van de arbeidsovereenkomst de werkgever weer werknemers in dienst neemt voor hetzelfde werk. Artikel 681 lid 1 onder d BW schrijft voor dat de werkgever de ontslagen werknemer eerst in de gelegenheid moet stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten, alvorens hij dezelfde werkzaamheden door anderen laat verrichten. Laat de werkgever dit na, dan kan de ontslagen werknemer de rechter verzoeken de opzegging te vernietigen of hem een billijke vergoeding toe te kennen. De wederindienstnemingsverplichting gold ook vóór de Wwz. De wederindienststredingsvoorwaarde is al lang in jurisprudentie aanvaard.³³ Als algemene beleidsregel gold dat het UWV de voorwaarde van wederindienstneming oplegde wanneer het ging om het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. Sinds de Wwz is zij een

²⁸ Inspectie SZW, *Ontslag aangevraagd en dan? Doorlichting van de aanvraag ontslagvergunning op bedrijfseconomische grond vanuit het perspectief van de keten*, Den Haag (mei) 2018.

²⁹ HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 m.nt. Foesenek.

³⁰ Zie bijv. L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing', *TRA* 2018/46. De Graaf concludeert dat de werknemer, afhankelijk van in wiens risicosfeer de ontslaggrond ligt, wel redelijke voorwaarden aan herplaatsing mag stellen.

³¹ Ik volg De Graaf hierin dat weigering in principe niet meteen ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer oplevert.

³² D.J.B. de Wolff, 'Passende arbeid, een kameleontisch begrip', *ArbeidsRecht* 2016/30.

³³ Zie bijv. HR 3 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0232, *NJ* 1991/705 (Van der Hop/Muskens).

wettelijke plicht geworden. Hoewel de voorwaarde een ‘veiligheidsventiel’ is³⁴ – de situatie kan zich voordoen dat na bedrijfseconomisch ontslag het werk weer aantrekt – zij draagt wel bij aan baanzekerheid.

5. De scholingsplicht van de werkgever

Wanneer de werkgever onderzoekt of de met ontslag bedreigde werknemer herplaatst kan worden in een andere passende functie, dient hij daarbij ook in aanmerking te nemen functies waarvoor de werknemer zich binnen de redelijke termijn door het volgen van scholing kan kwalificeren. Uit artikel 7:669 lid 1 BW kan dus ook een zekere scholingsplicht voor werkgevers worden afgeleid. Hoe ver de scholingsplicht in het kader van herplaatsing reikt, is niet op voorhand te zeggen. Zij is nergens nader geconcretiseerd. Bij de vraag welke scholing in dat kader van de werkgever geleverd kan worden zijn in ieder geval de duur en de kosten van de scholing van belang, alsmede de financiële positie van de werkgever.³⁵ Scholing in het kader van herplaatsing kan alleen van een (goed) werkgever geleverd worden wanneer door middel van scholing zicht is op eventuele herplaatsing in een passende functie.³⁶

Er bestaat zoals gezegd sinds de Wwz echter nog een ‘bredere’ scholingsplicht: de scholingsplicht ex artikel 7:611a BW. In het Sociaal Akkoord was afgesproken dat in het BW opgenomen zou worden dat de werkgever als goed werkgever verplicht is om in de werknemer te investeren en voorzieningen te treffen ‘voor toekomstige (vrijwillige of gedwongen) mobiliteit naar buiten’. Daarnaast zou in de wet moeten staan dat een goede werknemer ook investeert in eigen employability; een spiegelbeeld van de verplichting van de werkgever.³⁷ Artikel 7:611a BW moest echter via een amendement aan het oorspronkelijke wetsvoorstel toegevoegd worden en houdt ‘slechts’ in dat de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen ‘scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen’.³⁸ De scholingsplicht ex artikel 7:611a BW is dus breder in omvang dan de scholingsplicht ex artikel 7:669 lid 1 BW.³⁹ De verplichtingen van een werkgever ex artikel 7:611a BW reiken echter niet zover dat hij ook scholing dient te faciliteren die gericht is op het vergroten van de inzetbaarheid op de arbeidsmarkt en het eventueel verwerven van arbeid buiten het dienstverband. Het was een bewuste keuze van de wetgever om alleen functiegerichte scholing en scholing voor een functie binnen dezelfde organisatie als een verplichting van een goede werkgever in het BW op te nemen. De werknemer is zelf verantwoordelijk voor arbeidsmarktgerichte scholing,

³⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 48.

³⁵ W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 419.

³⁶ P. Kruit & J. Sap, ‘De herplaatsingsplicht in de praktijk’, *TvO* 2018/2, p. 37.

³⁷ *StvdA* 2013, p. 29; J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 111.

³⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 29.

³⁹ Zie ook P. Kruit & J. Sap, ‘De herplaatsingsplicht in de praktijk’, *TvO* 2018/2, p. 37.

aldus de wetgever.⁴⁰ Daarmee heeft de wetgever weliswaar een belangrijk element van werkzekerheid in het BW geïntroduceerd, maar van een verschuiving van baan- naar werkzekerheid kan mijns inziens niet gesproken worden, aangezien het ook hier primair gaat om het continueren van de arbeidsovereenkomst en pas secundair om de (brede) inzetbaarheid van de werknemer.

De relatie tussen de scholingsverplichting ex artikel 7:669 lid 1 BW en ex artikel 7:611a BW is overigens niet duidelijk. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat herplaatsing niet mogelijk is omdat door de werkgever in de periode voordat ontslag aan de orde kwam, de scholingsverplichting van artikel 7:611a BW niet is nagekomen. Men kan schending van die plicht dan een zelfstandige grond voor schadeplichtigheid achten, maar men zou ook kunnen oordelen dat dan een redelijke grond voor ontslag ontbreekt.⁴¹ Wanneer continuering van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is, omdat de werkgever is tekortgeschoten in zijn scholingsverplichting, dan kan sprake zijn van ernstig verwijtbaar nalaten van de werkgever, hetgeen aanleiding kan vormen voor toekenning aan de werknemer van een billijke vergoeding.⁴² Jurisprudentieonderzoek laat zien dat beide situaties voorkomen en dat dit met name speelt bij beroepen waaraan bij de wet eisen aan de scholing van de werknemer zijn gesteld, zoals het behalen van bepaalde diploma's als toegangseis, aangezien het dan duidelijk is dat het gaat om scholing 'die noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie'.⁴³

6. De transitievergoeding

Het transitie-element van werkzekerheid komt tot nu toe het meest (expliciet) naar voren in de transitievergoeding. Vóór de Wvz gaf het einde van de arbeidsovereenkomst *an sich* een werknemer geen recht op een financiële voorziening.⁴⁴ Dat was slechts het geval als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding gaven. Dat is met de introductie van de transitievergoeding anders geworden. Deze vergoeding komt in principe iedere werknemer toe bij het einde van het dienstverband op initiatief van de werkgever indien de arbeidsovereenkomst twee jaar of langer heeft geduurd. Als de WAB in werking treedt, zullen werknemers vanaf de eerste dag een recht op transitievergoeding 'opbouwen'.⁴⁵ Hoewel onder het oude ontslagrecht de ontslagvergoeding niet vanzelfsprekend was, zoals de transitievergoeding dat nu lijkt te zijn, vormde de ontslagvergoeding wel een belangrijk onderdeel van de ontslagbescherming. Zij was zo belangrijk dat de gehele ontslagbescherming soms gekarakteriseerd werd als 'financiële bescherming' in plaats van

⁴⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 85, 100.

⁴¹ W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 419. Zie ook D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24.

⁴² Art. 7:671b lid 8 onder c BW.

⁴³ A.M. de Witte, 'De invloed van scholing op de kosten van ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/36.

⁴⁴ Vlg. A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* 2010, p. 577.

⁴⁵ De WAB schrapt de voorwaarde dat een arbeidsovereenkomst 24 maanden moet hebben geduurd voordat er recht bestaat op transitievergoeding.

‘bescherming tegen de beëindiging van het dienstverband’.⁴⁶ Met name de billijke vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst gebaseerd op de oude kantonrechtersformule kon een afschrikkende werking hebben. Zwemmer schreef dat de bescherming van de werknemer bij ontslag vooral daarin was gelegen dat zij financiële waarborgen bood dan wel dat de geschatte financiële vergoeding dermate hoog was, dat de werkgever afzag van het ontslag.

Een van de doelen van de Wvz was dan ook om ontslag minder kostbaar te maken.⁴⁷ De transitievergoeding is aanzienlijk lager dan de ontslagvergoedingen gebaseerd op de oude kantonrechtersformule. Met de WAB wordt de transitievergoeding verder verlaagd. Vanaf 2020 zal de transitievergoeding gelijk zijn aan een derde van het loon per maand voor elk kalenderjaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en een evenredig deel daarvan voor een periode dat de arbeidsovereenkomst korter dan een kalenderjaar heeft geduurd. De transitievergoeding bedraagt maximaal 81.000 euro of een jaarsalaris als dat hoger is.⁴⁸ Voor de verschuldigdheid en de hoogte van deze ‘kleurloze vergoeding’ maakt het niet uit of de werkgever wel of niet verwijtbaar heeft gehandeld.⁴⁹ De invoering van de transitievergoeding vormt een belangrijke breuk met het oude stelsel, omdat afstand is genomen van het zogenoemde ‘gevolgencriterium’, waarbij de hoogte van de ontslagvergoeding afhankelijk was van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. De hoogte van de transitievergoeding staat los van de werkelijke schade. De transitievergoeding is een forfaitaire vergoeding. Volgens de wetgever zijn de gevolgen van het ontslag voor de individuele werknemer reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.⁵⁰ Dit heeft te maken met het feit dat de wetgever het ontslagstelsel voor beide partijen eenvoudiger en voorspelbaarder heeft willen maken.⁵¹ Ook leeftijd als factor van invloed op de hoogte van de ontslagvergoeding komt bij de transitievergoeding niet terug. De hoogte van de transitievergoeding is slechts op dienstjaren (senioriteit) en salaris gebaseerd. Naar het oordeel van de Hoge Raad is de transitievergoeding alleen bedoeld voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien.⁵² De Hoge Raad concludeert dan ook dat de regel vervat in artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW, die het recht op een transitievergoeding uitsluit voor werknemers die bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben bereikt, geen verboden leeftijdsdiscriminatie oplevert in de zin van Richtlijn 2000/78/EG.⁵³

⁴⁶ Zie bijv. J.P.H. Zwemmer, ‘De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven’ *ArbeidsRecht* 2007/47.

⁴⁷ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 5.

⁴⁸ Art. 7:673 lid 2 BW. Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd conform art. 7:673 lid 3 BW.

⁴⁹ A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 92.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 34.

⁵¹ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 69; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 65.

⁵² HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, *JAR* 2018/129, r.o. 3.3.8.

⁵³ Aan de andere kant is er geen aftopping van de transitievergoeding, dus een werknemer die kort voor de AOW-leeftijd wordt ontslagen kan in principe een hogere transitievergoeding krijgen dan het loon tot aan de AOW-leeftijd zou zijn geweest, zie HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, *JAR* 2018/275.

Ook bij tijdelijke contracten die (samen) twee jaar of langer hebben geduurd ontstaat een recht op een transitievergoeding wanneer het contract na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet.⁵⁴ Dit is een duidelijke verbetering van de positie van tijdelijke werknemers, aangezien zij vóór de Wwz geen recht op een vergoeding hadden bij het einde van hun arbeidsovereenkomst. Het transitie-element is juist voor tijdelijke werknemers van belang. Met de WAB wordt deze lijn van gelijke behandeling van flexibele contracten doorgetrokken, aangezien vanaf de eerste dag de transitievergoeding wordt opgebouwd. De transitievergoeding is echter, zoals gezegd, aanzienlijk verlaagd. Hoe korter de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, hoe lager de vergoeding zal zijn. Het is de vraag in hoeverre men met een transitievergoeding van beperkte omvang geholpen is bij een transitie naar de volgende baan.⁵⁵

Blijkens de parlementaire stukken heeft de transitievergoeding een tweedelig doel: enerzijds is het een compensatie voor het ontslag, anderzijds dient de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te worden gesteld de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.⁵⁶ De term transitievergoeding impliceert inderdaad een grote gerichtheid op werkzekerheid, maar de werknemer is niet op enigerlei wijze gehouden om de transitievergoeding te besteden aan de overstap naar een nieuwe baan of aan employability bevorderende maatregelen. Met name vanwege het feit dat de vergoeding vrij is te besteden en dat de werknemer pas na zijn ontslag over het bedrag kan beschikken, hebben meerdere auteurs geoordeeld dat de transitievergoeding ‘materieel nauwelijks of geen transitiefunctie’ heeft.⁵⁷ Voor employability is het immers nodig dat werknemers zich *tijdens* het dienstverband inspannen om hun inzetbaarheid en werkzekerheid te vergroten. Volgens Pennings is de transitievergoeding dan ook voornamelijk een (verlaagde) ontslagvergoeding; ze zal zelf weinig bijdragen tot vergroting van employability.⁵⁸

Er zijn echter ook vraagtekens gezet bij de noodzaak ontslag te compenseren wanneer er een redelijke grond voor ontslag bestaat.⁵⁹ De wetgever heeft opgemerkt dat de werkgever in het kader van goed werkgeverschap een zorgplicht heeft voor de werknemer, ‘ook bij ontslag’.⁶⁰ Veel meer woorden heeft de wetgever er niet aan vuilgemaakt. Men kan de vraag stellen waarom die (financiële) zorgplicht bestaat en wat er precies gecompenseerd dient te worden. Barentsen meent dat de transitievergoeding veeleer een forfaitaire beloning voor trouwe dienst is, uit te betalen bij een niet door de werknemer gewenst einde van het dienstverband.⁶¹

⁵⁴ Art. 7:673 lid 1 BW.

⁵⁵ In de MvT bij de WAB meldt de wetgever dat ‘in het kader van de plannen rondom een leven lang ontwikkelen’ het kabinet de koppeling beziet tussen een individuele leerrekening en de transitievergoeding, *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 63.

⁵⁶ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 64, 84, 96.

⁵⁷ G.R. Oldenhuis, ‘Transitiefunctie in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht’, *TRA* 2019/45. Ook de Raad van State achtte de koppeling van de transitievergoeding aan het einde van arbeidsovereenkomst onvoldoende om de employability van de werknemers te kunnen vergroten, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 10.

⁵⁸ F.J.L. Pennings, ‘Ontslagvergoedingen’, in F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 68.

⁵⁹ A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 92.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

⁶¹ B. Barentsen, ‘Transitievergoeding’, *TRA* 2018/72.

‘Beloning voor trouwe dienst’ is een manier om de financiële compensatie van ontslag uit leggen. Vanuit de gedachte dat de compensatiefunctie van de transitievergoeding verbonden is met de transitiefunctie, kan men ook redeneren dat de vergoeding bij ontslag de werknemer dient te compenseren voor de niet terugverdiende functie- en bedrijfsspecifieke ofwel relatiespecifieke investeringen.⁶² Niet alleen werkgevers, maar ook werknemers doen doorgaans grote investeringen in een arbeidsrelatie. Niet alleen specialiseren ze zich in een bepaalde taak of een bepaald beroep, maar ze passen zich ook aan aan de organisatie waar ze werken. Ze leren bijvoorbeeld hoe ze bepaalde machines of software moeten gebruiken of hoe een bepaalde procedure doorlopen moet worden. Niet alles wat ze leren en waarin ze dus investeren kunnen ze gebruiken bij een andere werkgever. De investeringen (meestal in tijd) die de werknemers doen om zich zo goed mogelijk aan te passen aan de behoeften van het specifieke bedrijf of de organisatie verdienen ze niet (helemaal) terug wanneer ze elders moeten gaan werken.⁶³ Ze zullen zich dan opnieuw moeten aanpassen aan de nieuwe organisatie. De transitievergoeding dient in dat geval ter compensatie voor de niet terugverdiende investering door de werknemer in de arbeidsrelatie én om de overstap naar een andere baan te vergemakkelijken. In die visie zijn de compensatie- en de transitiefunctie van de transitievergoeding meer verbonden.

Dat is één manier om de financiële compensatie van ontslag te verklaren; er is geen overeenstemming over de grondslagen van de ontslagvergoeding. Ook al is er nog discussie over de grondslag van de transitievergoeding en ook al is de literatuur nog vrij sceptisch over het vermogen van de transitievergoeding om de overstap naar een andere baan te bevorderen, toch moet geconstateerd worden dat werkzekerheid en transitiebevordering als doelen hun intrede hebben gemaakt in het ontslagrecht met de introductie van de transitievergoeding. Ook Oldenhuis komt tot de conclusie dat transitiebevordering wel degelijk een zuivere doelstelling lijkt te zijn, die van invloed is op de inrichting van het sociaal recht.⁶⁴

Er is een verband tussen investeringen in scholing en inzetbaarheid van de werknemer en de transitievergoeding. De Wwz maakte het mogelijk om inspanningen van de werkgever met betrekking tot employability dan wel van-werk-naar-werk-arrangementen ‘in individueel dan wel collectief verband’ in mindering te brengen op de transitievergoeding.⁶⁵ Daarnaast voorziet artikel 7:673b BW in de mogelijkheid om bij cao van de wettelijke regeling voor de transitievergoeding af te wijken door een gelijkwaardige voorziening te treffen. De voorwaarde dat de cao-voorziening ‘gelijkwaardig’ moet zijn aan de wettelijke transitievergoeding wordt losgelaten; de voorziening dient wel bij te dragen aan het beperken van werkloosheid, recht te geven op een redelijke financiële vergoeding, of op een

⁶² A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 92.

⁶³ In arbeidseconomie wordt een onderscheid gemaakt tussen algemene of generieke vaardigheden en ondernemings- of functie-specifieke vaardigheden, zie bijv. D. Acemoglu & D. Autor, *Lectures in Labor Economics*, MIT Press 2011, p. 165-166.

⁶⁴ G.R. Oldenhuis, ‘Transitiefunctie in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht’, *TRA* 2019/45.

⁶⁵ Art. 7:673 lid 6 BW. Zie ook Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding, *Stb.* 2015, 171.

combinatie daarvan.⁶⁶ De mogelijkheden voor cao-partijen om voor bedrijfseconomische ontslagen af te wijken van artikel 7:673 BW worden dus verruimd. Het is aan de cao-partijen om hieraan invulling te geven, maar het is niet zonder meer gezegd dat dit in alle gevallen zal bijdragen tot werkzekerheid van (met ontslag bedreigde) werknemers. De voorziening kan immers ook (veel) lager uitvallen dan de transitievergoeding. Zoals Van Zanten-Baris uitlegt, kan het voorkomen dat in een sector die het moeilijk heeft bij cao een voorziening wordt getroffen die lager is dan de wettelijke transitievergoeding met het oogmerk om een deel van de bestaande werkgelegenheid te behouden.⁶⁷ Het is immers voldoende dat de voorziening in het algemeen is gericht op het beperken van werkloosheid.⁶⁸ Het is dus niet uitgesloten dat cao-partijen kiezen voor baanzekerheid (behoud van banen), ook als dat leidt tot een lagere vergoeding dan de transitievergoeding voor hen die ontslagen worden en dus ten koste gaat van hun werkzekerheid.

De WAB introduceert een nieuwe ontslagvergoeding: de extra vergoeding die de rechter kan toekennen bij ontslag op grond van de nieuwe cumulatiegrond, de i-grond. Deze vergoeding kan niet meer bedragen dan de helft van de transitievergoeding waarop de werknemer recht heeft bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁶⁹ In deze vergoeding is geen transitie-element aanwezig. De extra vergoeding dient enkel als compensatie voor ontslag op grond van de cumulatiegrond, een grond die de mogelijkheid biedt om een arbeidsovereenkomst op basis van meerdere niet-voldragen ontslaggronden tezamen te beëindigen. De wetgever acht de mogelijkheid tot het toekennen van de extra vergoeding wenselijk ‘omdat de werknemer zodoende gecompenseerd kan worden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl de ontslaggronden c tot en met h ieder voor zich onvoldoende waren om een ontslag te rechtvaardigen’.⁷⁰ De gevolgen van het ontslag voor de werknemer spelen echter geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de extra vergoeding, zo heeft de wetgever uitdrukkelijk gesteld.⁷¹ Deze zijn volgens de wetgever immers al verdisconteerd in de transitievergoeding. Ook eventuele ernstige verwijtbaarheid van de werkgever speelt geen rol bij het vaststellen van de hoogte van de extra vergoeding. Daarvoor is de billijke vergoeding bedoeld.

Het lijkt erop dat de werknemer met de extra vergoeding enkel gecompenseerd wordt voor ontslag waarvoor geen voldragen redelijke grond bestaat. Daarmee wordt ontslagbescherming voor een deel in feite weer financiële bescherming waarbij de ‘i-vergoeding’ als het smeermiddel van de rechter moet dienen om toch tot een ontbinding te komen.⁷² De verlaging van de transitievergoeding bij langduriger dienstverbanden werkt echter ook door bij ontslag op de i-grond, waardoor de ‘i-vergoeding’ lang niet hetzelfde

⁶⁶ *Stb.* 2018, 234.

⁶⁷ A. van Zanten-Baris, ‘Van gelijkwaardige voorziening naar alternatieve voorziening: ruimte voor cao-partijen’, *TRA* 2018/86.

⁶⁸ Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 6, p. 13-14.

⁶⁹ Art. 7:671b lid 8 BW (nieuw) komt te luiden: ‘Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel i, kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673, lid 2’.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3 (MvT), p. 57.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Zie bijv. E. Knipschild & T. Ridder, ‘De ontbindingsprocedure’, in F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 63.

afschrikmechanisme zal hebben als de oude kantonrechttersformule.⁷³ Wat overblijft is een risico op een serieuze verzwakking van de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag en baanzekerheid door de mogelijkheid om verschillende ontslaggronden te combineren met een beperkte mogelijkheid voor financiële compensatie.

7. Conclusie

Absolute baanzekerheid bestaat natuurlijk niet. Ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan eenzijdig worden beëindigd. Een werknemer met een dergelijke arbeidsovereenkomst kan er wel van uitgaan dat zijn arbeidsovereenkomst alleen beëindigd kan worden indien daar een redelijke grond voor bestaat. Hij kan ervan uitgaan dat in dat geval de werkgever eerst zal onderzoeken of herplaatsing in een andere passende functie binnen een redelijke termijn mogelijk is. Beide vereisten worden getoetst door een onafhankelijke instantie, wat de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een redelijke mate van baanzekerheid kan geven. Het is mogelijk dat de introductie van de i-grond door de WAB de mate van baanzekerheid zal doen afnemen, maar dat is afhankelijk van de vraag hoe de rechters zullen omgaan met deze grond. Geconcludeerd moet worden dat met de Wwz de wetgever zeker geen afscheid heeft willen nemen van de baanzekerheid die het ontslagrecht biedt, wat mijns inziens ook goed is. Ontslagbescherming kan namelijk een mate van baanzekerheid bieden, maar hierin is niet de primaire bescherming van de werknemer gelegen. Het ontslagrecht tracht de werknemer tegen *ongerechtvaardigd ontslag* te beschermen. Werkzekerheid biedt niet die primaire bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag waar werknemers belang bij blijven hebben, ook als ze breed inzetbaar zijn en gemakkelijk een andere baan kunnen vinden. Bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag ondersteunt namelijk andere werknemersrechten *in een baan*.

In toenemende mate heeft de werknemer echter ook bescherming *op de arbeidsmarkt* nodig. De regering heeft met de Wwz werkzekerheid willen introduceren als ‘overkoepelend uitgangspunt van het hedendaagse arbeidsmarktbeleid’.⁷⁴ Elementen van werkzekerheid (scholing en transitie op de arbeidsmarkt) zijn inderdaad geïntroduceerd in het ontslagrecht. Het transitie-element van werkzekerheid komt het meest naar voren in de transitievergoeding. Als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, dan heeft de werknemer in principe recht op een transitievergoeding als compensatie voor ontslag en om hem te helpen een overstap te maken naar een andere baan. Ik concludeer dat er een mix is van baan- en werkzekerheid, maar de nadruk ligt in het ontslagrecht nog duidelijk op baanzekerheid. We kunnen niet zeggen dat er echt een verschuiving heeft plaatsgevonden van baan- naar werkzekerheid. De werkzekerheid die het nieuwe arbeidsrecht biedt, heeft daarnaast eerder een passief dan een proactief karakter, aangezien de transitievergoeding pas in beeld komt als de werknemer zijn baan al kwijt is en de mogelijkheden voor scholing voor een andere passende functie pas verkend worden als zijn baan al op de tocht staat. Ook is scholing tijdens de duur van de

⁷³ Zie ook B. Barentsen, ‘Transitievergoeding’, *TRA* 2018/72.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 2-3.

arbeidsovereenkomst bedoeld voor de huidige functie en voor zover dat redelijkerwijs van de werkgever kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen en veel minder voor employability los van de huidige werkgever. Ook de scholingsplicht uit artikel 7:611a BW staat eerder in teken van baan zekerheid dan werk zekerheid. Met de Wwz (en de WAB) heeft de wetgever een kans gemist om serieus invulling te geven aan werk zekerheid. Met name het werken aan scholing en ontwikkeling van werknemers tijdens hun werkzame leven en daarmee aan hun inzetbaarheid op de arbeidsmarkt is van belang gezien de veranderingen in werk, digitalisering en herstructurering van activiteiten. De regering had op dit gebied ambitieuzere normen kunnen formuleren. Juist omdat baan zekerheid nooit absoluut is geweest en zij onder invloed van de verlaagde vergoeding bij ontslag en de nieuwe mogelijkheid om ontslaggronden te combineren eerder zal afnemen, zijn werknemers gebaat bij echte investeringen in hun inzetbaarheid en bij hulp om een andere baan te vinden.