



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2022/351

Verhulp, E.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2022). NJ 2022/351. 351. Case note on: HR, 18/02/22, ECLI:NL:HR:2022:276 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(48), 6627-6658.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2022/351

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

18 februari 2022, nr. 21/03582

(Mrs. M.V. Polak, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons, G.C. Makkink; A-G mr. R.H. de Bock) m.n.t. E. Verhulp

Art. 7:669 lid 3 onder a, art. 7:670 lid 1, art. 7:671a lid 1, art. 7:671b lid 1, 2 en 7 BW

TRA 2022/41

RAR 2022/50

Prg. 2022/116

TRA 2022/6

NJB 2022/537

RvdW 2022/232

ECLI:NL:PHR:2021:1014

ECLI:NL:HR:2022:276

Cassatie in belang der wet. Arbeidsrecht. Beëindiging arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden (a-grond). Opzegverbod tijdens ziekte; ziekmelding werknemer na ontslagaanvraag bij UWV maar voor verzoek ontbinding arbeidsovereenkomst.

De tekst van art. 7:671b lid 2 BW wijst erop dat indien de werknemer ziek is geworden na de indiening bij het UWV van de ontslagaanvraag, dit niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat. Art. 7:671b lid 2 BW verwijst immers naar de opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW en volgens art. 7:670 lid 1, onder b, BW is van een opzegverbod tijdens ziekte in een dergelijk geval geen sprake. Deze uitleg strookt met de bedoeling van de wetgever om met de beperking van het opzegverbod mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte te ondervangen. Wanneer ziekte, aangevangen in de periode tussen de ontslagaanvraag en het ontbindingsverzoek, in de weg zou staan aan toewijzing van het ontbindingsverzoek, laat dat immers ook ruimte voor ziekmeldingen op oneigenlijke gronden, gericht op afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Art. 7:671b lid 7 BW laat ruimte voor een ontbinding op de a-grond als de werknemer al eerder, doch na de ontslagaanvraag bij het UWV, ziek is geworden. Art. 7:671b lid 7 BW heeft niet slechts betrekking op verzoeken om ontbinding op de a-grond maar ook op verzoeken om ontbinding op andere gronden. Verzoeken op die andere gronden worden niet voorafgegaan door een ontslagaanvraag bij het UWV. Bij deze verzoeken kan de in art. 7:670 lid 1, onder b, BW geformuleerde beperking van het opzegverbod tijdens ziekte geen toepassing vinden.

Beschikking op een vordering tot cassatie in het belang der wet, ingesteld door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en gericht tegen een beschikking van de kantonrechter te Leeuwarden van 5 februari 2021, zaaknummer 8899135 / AR VERZ 20-88.

Rechtbank:4. *De beoordeling*

4.1. De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op het door [A] ingediende verzoek en het daartegen gerichte verweer van [B] zal moeten worden beoordeeld of er grond is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van de a-grond of de g-grond. Daarnaast zal moeten worden veroordeeld of er sprake is van een ontslagverbod dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat.

De a-grond

4.2. [A] heeft gemotiveerd gesteld dat er sprake is van verval van de arbeidsplaats van [B] als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering en dat er voor hem binnen de onderneming geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. [B] heeft het aldus door [A] gestelde niet betwist, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. De kantonrechter stelt verder vast dat het ontbindingsverzoek is voorafgegaan door een afwijzende beslissing van het UWV op een eerdere ontslagaanvraag door [A], alsmede dat het ontbindingsverzoek door [A] bij de kantonrechter is ingediend binnen twee maanden na de afwijzende beslissing van het UWV. Op grond van deze wettelijke vereisten danwel belemmeringen is er geen aanleiding om het verzoek van [A] op de a-grond niet te honoreren. De arbeidsongeschiktheid van [B] kan ontbinding van de arbeidsovereenkomst echter wel in de weg staan. Alvorens daar op in te gaan zal de kantonrechter eerst de subsidiair door [A] aangevoerde g-grond beoordelen.

De g-grond

4.3. [A] stelt dat de arbeidsverhouding zodanig is verstoord, dat ook om die reden de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. Zij heeft daartoe – samengevat – aangevoerd dat haar vertrouwen in [B] weg is als gevolg van diens houding en opstelling, in combinatie met overige factoren. Volgens [A] heeft [B] in de procedure bij het UWV een volstrekt onjuist beeld geschetst van de situatie bij [A], alhoewel hij met de financiële situatie bekend was, en [A] ten onrechte van leeftijdsdiscriminatie beticht. Verder heeft [B] volgens [A] op 9 september 2020 een initiatief tot vermindering van uren genomen en aan [A] te kennen gegeven dat hij instemde met vermindering naar 20 uur per week. Maar een dag later heeft hij die instemming weer ingetrokken.

Weer een dag later heeft [B] in een gesprek met [A], waar ook de echtgenote van [B] aan deelnam, ontkend dat hij akkoord was gegaan met urenvermindering, terwijl hij de avond van diezelfde dag aan [A] heeft aangegeven dat hij eerder die dag had gelogen. Ook de omstandigheden dat [B] zich heeft ziekgemeld nadat [A] kenbaar had gemaakt een ontbindingsprocedure te starten en het feit dat een verzuimcontroleur [B] tot tweemaal toe niet aantrof

draagt volgens [A] bij aan het geschonden vertrouwen.

[B] heeft deze verwijten weersproken en in dat kader aangevoerd dat hij in zijn recht staat om verweer tegen het ontslag te voeren. [A] had in de procedure bij het UWV aanvankelijk niet vermeld dat tijdelijke dienstverbanden niet zouden worden verlengd en hij heeft daar vragen over gesteld. Verder was hij niet op de hoogte van de financiële situatie van de onderneming, anders dan hij informeel op de werkvloer hoorde. Met betrekking tot de urenvermindering heeft [B] volgens zijn zeggen aangegeven dat hij daar open voor stond, maar dat hij met zijn echtgenote moest overleggen. Verder heeft hij aangegeven 24 uren per week te willen behouden, maar dat wilde [A] niet.

[B] heeft verder aangevoerd dat hij ziek is. De verzuimcontroleur heeft [B] niet thuis aangetroffen omdat hij wegens relationele problemen niet thuis, maar in een stacaravan verblijft. Bij het tweede bezoek was hij niet aanwezig omdat hij op dat moment een wandeling maakte.

4.4. De kantonrechter is van oordeel dat hetgeen door [A] aan de door haar gestelde verstoorde verhouding ten grondslag is gelegd onvoldoende is om als grondslag voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen dienen. Gelet op de weerlegging door [B] is niet gebleken dat hij bewust onwaarheden in de procedure bij het UWV heeft verkondigd. De kantonrechter laat daarbij nog in het midden in hoeverre een werknemer die strijdt voor behoud van zijn baan een in dat kader gevoerd verweer kan worden tegengeworpen en kan worden aangewend als onderbouwing voor een verstoorde verhouding. Voor wat betreft de gang van zaken rond de urenvermindering geldt dat [B] een van [A] afwijkende lezing heeft gegeven, zodat de juistheid van dit verwijt niet vaststaat. Daarenboven geldt dat urenvermindering voor een werknemer ingrijpende gevolgen kan hebben. Het komt in feite neer op een gedeeltelijk ontslag. Indien een werknemer in gesprekken daarover een mogelijk 'zwalkende' houding vertoont, mag daaraan niet te snel een vertrouwensbreuk worden ontleend. De kantonrechter wijst er in dit kader op dat een werknemer zelfs het recht heeft om terug te komen op een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:760b lid 2 BW).

Met betrekking tot de ziekmelding kan de kantonrechter slechts vaststellen dat de bedrijfsarts [B] arbeidsongeschikt acht en ten aanzien van de gemiste ziektecontroles heeft [B] verder een plausibele, niet weersproken, verklaring gegeven. Dit kan daarom ook niet bijdragen aan de gestelde verstoorde verhouding.

4.5. Kortom, hetgeen [A] aan het verzoek om ontbinding op de g-grond ten grondslag heeft gelegd is onvoldoende om dit verzoek te honoreren.

Het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid

4.6. Het komt er gelet op het voorgaande op neer dat de beslissing op het verzoek van [A] staat of valt met de beantwoording van de vraag of er in dit geval sprake is van een opzegverbod. Immers staat volgens artikel 7:671b lid 2 BW een opzegverbod inwilling in de weg. [B] heeft zich ziek gemeld op 14 oktober 2020 en op grond daarvan moet er van worden uitgegaan dat, nu niet anders is gebleken, zijn arbeidsongeschiktheid toen is ingetreden. Het ontbindingsverzoek van [A] is op 27 november 2020 door de rechtbank ontvangen, derhalve na het intreden van de arbeidsongeschiktheid.

4.7. [B] is van mening dat het opzegverbod gelet op het bepaalde in artikel 7:671b BW ontbinding in de weg staat. [A] is daarentegen onder verwijzing naar artikel 7:671b lid 2 BW in combinatie met artikel 7:670 lid 1 sub b BW van mening dat dit in een geval als het onderhavige niet het geval is.

Beide partijen hebben hun standpunten deugdelijk gemotiveerd, met verwijzing naar wetsgeschiedenis en jurisprudentie, naar voren gebracht. Vastgesteld kan worden dat er ten aanzien van dit onderwerp in de literatuur en jurisprudentie twee richtingen waar vallen te nemen, waarvan partijen er elk een van volgen en bepleiten.

4.8. De kantonrechter oordeelt hierover als volgt. Tot de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (Wwz) gold dat een werkgever in geval van een voorgenomen ontslag om – kort gezegd – een bedrijfseconomische reden zowel de op het BBA 1945 gebaseerde procedure tot het verkrijgen van toestemming voor ontslag, als de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter kon volgen. Bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is in verband hiermee bepaald dat het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid opzegging niet in de weg stond indien deze arbeidsongeschiktheid was ingetreden na de aanvraag om toestemming. Verder was ook voor de kantonrechter het bestaan van een opzegverbod een grond om een verzoek tot ontbinding af te wijzen en kon hij de arbeidsovereenkomst slechts ontbinden indien er zich andere gewichtige redenen voor ontbinding voordeden, nadat hij zich er van had vergewist dat het ontbindingsverzoek geen verband hield met het bestaan van het opzegverbod.

4.9. Met de invoering van de Wwz is bepaald dat in geval van de bedrijfseconomische ontslagredenen toestemming bij het UWV worden gevraagd (artikel 7:671a lid 1 BW). De weg naar de kantonrechter is in dit geval in eerste instantie uitgesloten, maar ingeval van weigering van toestemming door het UWV kan alsnog binnen twee maanden bij de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op deze zelfde grond worden verzocht (artikel 7:671b lid 1 onder b BW, in combinatie met artikel 7:686a lid 4, aanhef en onder d BW). De doorbreking van het opzegverbod ingeval van na de ontslagaanvraag bij het UWV ontstane arbeidsongeschiktheid is sindsdien geregeld in artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder b BW. Volgens deze be-

paling geldt het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid door ziekte niet als die ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen.

Ten aanzien van de ontbindingsprocedure bevat artikel 7:671b BW met betrekking tot de opzegverboden een meeromvattende regeling (leden 2 en 6) en bepaalt het zevende lid dat het opzegverbod, bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW, niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.

4.10. De kantonrechter overweegt naar aanleiding van het voorgaande het volgende. Met de Wvz is in geval van ontslag bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen een procedure in het leven geroepen die de indruk wekt dat de ontbindingsprocedure een verlengstuk van de UWV-procedure is, althans een herkansing biedt. Het betreft echter twee los van elkaar staande procedures ten overstaan van twee verschillende instanties die niet kunnen worden vereenzelvigd, waarbij tevens geldt dat de procedure bij de kantonrechter geen hoger beroep tegen de beslissing van het UWV is. Voor wat betreft het peilmoment met betrekking tot de werking van het opzegverbod in verband met het intreden van de ziekte geldt dat dit in de wet niet uitdrukkelijk op één moment, en wel het moment van de ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, is gefixeerd.

4.11. Artikel 7:671b lid 7 BW kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders worden begrepen dan de tekst luidt en daaruit volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. In de Memorie van Toelichting, Vergaderjaar 2013/2014, *Kamerstuk 33818 nr. 3*, blz. 101, wordt bij de (artikelsgewijze) toelichting van artikel 7:670 lid 1 onder b, toegelicht dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte is ingetreden na ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, waarna wordt vermeld:

Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).

De kantonrechter leidt hieruit af dat de wetgever de twee peilmomenten onder ogen heeft gezien, maar daaraan voor een situatie als de onderhavige, waarbij de indiening van het ontbindingsverzoek volgt op een afwijzing van een verzoek om een ontslagvergunning en de ziekte van de werknemer is ingetreden tussen de afwijzing van de ontslagvergunning en de ontvangst van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter, geen gevolgen heeft verbonden.

De kantonrechter stelt verder vast dat de wetgever kennelijk ook niet heeft beoogd om ten aanzien van dit opzegverbod op een of andere wijze een uitzondering ten nadele van de werknemer toe te

staan (de periode waarin geen beroep op het opzegverbod wegens ziekte kan worden gedaan zou immers veel langer worden), nu dit opzegverbod niet tot de in artikel 7:671b lid 6 BW genoemde uitzonderingssituaties behoort.

4.12. De kantonrechter volgt [A] niet in haar stelling dat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure (voor zover de ziekte reeds vóór de indiening van het ontbindingsverzoek is ingetreden) niet geldt indien deze is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin evenmin een opzegverbod gold, zoals [A] afleidt uit artikel 7:671b lid 2 BW, waarin wordt verwezen naar artikel 7:670 lid 1 sub b BW. Dit argument ziet er aan voorbij dat, zoals hiervoor al is overwogen, de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter een zelfstandige procedure is die niet op zodanige wijze kan worden vereenzelvigd met de UWV-procedure dat de in artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder b BW genoemde, op de UWV-procedure toegespitste, uitzondering op het opzegverbod onverkort van toepassing blijft bij een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, nadat eerder toestemming door het UWV is onthouden. In artikel 7:671b lid 7 BW is voor de ontbindingsprocedure een voor die procedure geldende uitzonderingsregeling op het opzegverbod bij ziekte opgenomen en daarbij is ten aanzien van de onderhavige situatie geen uitzondering opgenomen. Dat had wel in de rede gelegen, indien de wetgever de door [A] bepleite regeling had beoogd.

Anders dan [A] ziet de kantonrechter geen grond om de bewoorden in artikel 7:671b lid 2 BW "en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 (...) gelden" aldus op te vatten dat er in de ontbindingsprocedure geen opzegverbod geldt indien dit tijdens de UWV-procedure ook niet het geval was. Naar het oordeel van de kantonrechter is met "opzegverboden als bedoeld in artikel 670" enkel beoogd om de opzegverboden te benoemen zoals die zijn gerelateerd aan de in artikel 7:670 BW genoemde oorzaken zoals ziekte, zwangerschap, dienstplicht, lidmaatschap van een medezeggenschapsorgaan en het in die bepaling verder genoemde.

4.13. Het argument van [A] dat een werknemer het ontslag kan frustreren door zich na de afwijzing door het UWV en voor het indienen van het ontbindingsverzoek ziek te melden, maakt de beoordeling niet anders gelet op het voorgaande. Verder kan daar tegenover worden gesteld dat bij het volgen van het standpunt van [A] een werknemer die in de bedoelde tussenperiode arbeidsongeschikt door ziekte wordt zonder dat daarbij enige relatie met het voorgenomen ontslag is, van de hem toekomende (ontslag)bescherming bij ziekte zou zijn verstoken. Het wettelijk systeem met betrekking tot de bescherming van arbeidsongeschikte werknemers biedt naar het oordeel van de kantonrechter zonder een uitdrukkelijke andersluidende regeling onvoldoende grondslag voor een zo vergaand gevolg.

4.14. Het verzoek van [A] zal gelet op het voorgaande worden afgewezen.

4.15. De proceskosten komen voor rekening van [A], als de in het ongelijk te stellen partij. Aan de zijde van [B] worden de proceskosten vastgesteld op € 720 vanwege salaris gemachtigde.

5. De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. wijst de verzochte ontbinding af;
- 5.2. veroordeelt [A] tot betaling van de proceskosten aan [B], vastgesteld op € 720 wegens salaris gemachtigde;
- 5.3. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft de proceskostenveroordeling.

Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:

Voor cassatie in het belang der wet wordt voorgedragen de beschikking van de Kantonrechter Leeuwarden van 5 februari 2021 in de zaak 8899135 / AR VERZ 20-88.¹ Het gaat daarbij om de volgende vraag:

Staat het opzegverbod tijdens ziekte in de weg aan een rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien de arbeidsongeschiktheid van de werknemer is aangevangen nadat het UWV van de werkgever een verzoek om toestemming voor ontslag heeft ontvangen (maar het UWV de toestemming heeft geweigerd)?

1 Feiten en procesverloop

In deze zaak kan uitgegaan worden van de volgende feiten, die zijn ontleend aan de beschikking van de kantonrechter van 5 februari 2021.²

1.1 Werkgever is een bedrijf dat zich bezig houdt met onder meer standbouw, interieurbouw, communicatie en marketing, grafisch ontwerp, sign en print en drukwerk. De hoofdactiviteit van het bedrijf is standbouw.

1.2 Werknemer, geboren in 1960, is per 1 september 2008 als standbouwster in dienst getreden bij (een rechtsvoorgangster van) Werkgever.

1.3 Werkgever is met van het uitbreken van de coronacrisis geconfronteerd met het vrijwel wegvallen van de standbouwactiviteiten, omdat de evenementen waarvoor zij stands bouwde geen doorgang hebben gevonden. Dit heeft geleid tot een grote teruggang van de omzet. Ook andere onderdelen van het bedrijf hebben te kampen met terugloop van opdrachten.

Werkgever heeft in verband hiermee diverse kostenbesparende maatregelen genomen.

1.4 Werkgever heeft op 22 juni 2020 bij het UWV een ontslaanvraag voor Werknemer ingediend op grond van het verval van de arbeidsplaats

wegens bedrijfseconomische omstandigheden (art. 7:669 lid 1 in verbinding met lid 3, aanhef en onder a, BW, de a-grond).

1.5 Nadat de ontslaanvraag door de Werkgever is geïmplementeerd, heeft Werknemer verweer gevoerd.

1.6 Bij beschikking van 1 oktober 2020 heeft het UWV de ontslaanvraag afgewezen.

1.7 Op 13 oktober 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Werkgever en Werknemer.

1.8 Op 14 oktober 2020 heeft Werknemer zich ziek gemeld. Naar aanleiding van een telefonisch consult bij de bedrijfsarts op 1 december 2020, acht de bedrijfsarts Werknemer vooralsnog arbeidsongeschikt wegens ziekte.

1.9 Op 27 november 2020 heeft Werkgever bij de kantonrechter een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend, primair op grond van verval van de arbeidsplaats van Werknemer (de a-grond) en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond).

1.10 Werknemer heeft verweer gevoerd. Hij betwist niet dat sprake is van een a-grond, maar voert aan dat hij ziek was op het moment van het indienen van het verzoekschrift bij de kantonrechter, dat er daarom een ontslagverbod geldt en dat het ontbindingsverzoek om die reden niet kan worden ingewilligd. Verder betwist de Werknemer het bestaan van de g-grond.

1.11 Bij beschikking van 5 februari 2021 heeft de Kantonrechter Leeuwarden het ontbindingsverzoek op zowel de a-grond als de g-grond afgewezen. Over het verzoek op de a-grond overweegt de kantonrechter als volgt:

“4.6. Het komt er gelet op het voorgaande op neer dat de beslissing op het verzoek van Werkgever staat of valt met de beantwoording van de vraag of er in dit geval sprake is van een opzegverbod. Immers staat volgens artikel 7:671b lid 2 BW een opzegverbod inwilliging in de weg. Werknemer heeft zich ziekgemeld op 14 oktober 2020 en op grond daarvan moet er van worden uitgegaan dat, nu niet anders is gebleken, zijn arbeidsongeschiktheid toen is ingetreden. Het ontbindingsverzoek van Werkgever is op 27 november 2020 door de rechtbank ontvangen, derhalve na het intreden van de arbeidsongeschiktheid.

4.7. Werknemer is van mening dat het opzegverbod gelet op het bepaalde in artikel 7:671b BW ontbinding in de weg staat. Werkgever is daarentegen onder verwijzing naar artikel 7:671b lid 2 BW in combinatie met artikel 7:670 lid 1 sub b BW van mening dat dit in een geval als het onderhavige niet het geval is.

Beide partijen hebben hun standpunten deugdelijk gemotiveerd, met verwijzing naar wetgeschiedenis en jurisprudentie, naar voren gebracht. Vastgesteld kan worden dat er ten aanzien van dit onderwerp in de literatuur en jurisprudentie twee richtingen waar vallen te ne-

1 Ktr. Leeuwarden 5 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:385, RAR 2021/70. Partijen hebben geen hoger beroep tegen deze beschikking ingesteld, waarmee de uitspraak onherroepelijk is geworden.

2 Ktr. Leeuwarden 5 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:385, RAR 2021/70, rov. 1, 2.3 en 2.4.

men, waarvan partijen er elk een van volgen en bepleiten.

4.8. De kantonrechter oordeelt hierover als volgt. Tot de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (Wwz) gold dat een werkgever in geval van een voorgenomen ontslag om – kort gezegd – een bedrijfseconomische reden zowel de op het BBA 1945 gebaseerde procedure tot het verkrijgen van toestemming voor ontslag, als de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter kon volgen. Bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is in verband hiermee bepaald dat het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid opzegging niet in de weg stond indien deze arbeidsongeschiktheid was ingetreden na de aanvraag om toestemming. Verder was ook voor de kantonrechter het bestaan van een opzegverbod een grond om een verzoek tot ontbinding af te wijzen en kon hij de arbeidsovereenkomst slechts ontbinden indien er zich andere gewichtige redenen voor ontbinding voordeden, nadat hij zich er van had vergewist dat het ontbindingsverzoek geen verband hield met het bestaan van het opzegverbod.

4.9. Met de invoering van de Wwz is bepaald dat in geval van de bedrijfseconomische ontslagreden toestemming bij het UWV moet worden gevraagd (artikel 7:671a lid 1 BW). De weg naar de kantonrechter is in dit geval in eerste instantie uitgesloten, maar ingeval van weigering van toestemming door het UWV kan alsnog binnen twee maanden bij de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op deze zelfde grond worden verzocht (artikel 7:671b lid 1 onder b BW, in combinatie met artikel 7:686a lid 4, aanhef en onder d BW). De doorbreking van het opzegverbod ingeval van na de ontslagaanvraag bij het UWV ontstane arbeidsongeschiktheid is sindsdien geregeld in artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder b BW. Volgens deze bepaling geldt het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid door ziekte niet als die ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen.

Ten aanzien van de ontbindingsprocedure bevat artikel 7:671b BW met betrekking tot de opzegverboden een meeromvattende regeling (leden 2 en 6) en bepaalt het zevende lid dat het opzegverbod, bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW, niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.

4.10. De kantonrechter overweegt naar aanleiding van het voorgaande het volgende. Met de Wwz is in geval van ontslag bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen een procedure in het leven geroepen die de indruk wekt dat de ontbindingsprocedure een verlengstuk van de UWV-procedure is, althans een herkansing biedt. Het betreft echter twee los van elkaar staande procedures ten overstaan van twee verschillende instanties die niet

kunnen worden vereenzelvigd, waarbij tevens geldt dat de procedure bij de kantonrechter geen hoger beroep tegen de beslissing van het UWV is. Voor wat betreft het peilmoment met betrekking tot de werking van het opzegverbod in verband met het intreden van de ziekte geldt dat dit in de wet niet uitdrukkelijk op één moment, en wel het moment van de ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, is gefixeerd.

4.11. Artikel 7:671b lid 7 BW kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders worden begrepen dan de tekst luidt en daaruit volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. In de Memorie van Toelichting, Vergaderjaar 2013/2014, Kamerstuk 33818 nr. 3, blz. 101, wordt bij de (artikelsgewijze) toelichting van artikel 7:670 lid 1 onder b, toegelicht dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte is ingetreden na ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, waarna wordt vermeld:

‘Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).’

De kantonrechter leidt hieruit af dat de wetgever de twee peilmomenten onder ogen heeft gezien, maar daaraan voor een situatie als de onderhavige, waarbij de indiening van het ontbindingsverzoek volgt op een afwijzing van een verzoek om een ontslagvergunning en de ziekte van de werknemer is ingetreden tussen de afwijzing van de ontslagvergunning en de ontvangst van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter, geen gevolgen heeft verbonden.

De kantonrechter stelt verder vast dat de wetgever kennelijk ook niet heeft beoogd om ten aanzien van dit opzegverbod op een of andere wijze een uitzondering ten nadele van de werknemer toe te staan (de periode waarin geen beroep op het opzegverbod wegens ziekte kan worden gedaan zou immers veel langer worden), nu dit opzegverbod niet tot de in artikel 7:671b lid 6 BW genoemde uitzonderingssituaties behoort.

4.12. De kantonrechter volgt Werkgever niet in haar stelling dat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure (voor zover de ziekte reeds vóór de indiening van het ontbindingsverzoek is ingetreden) niet geldt indien deze is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin evenmin een opzegverbod gold, zoals Werkgever afleidt uit artikel 7:671b lid 2 BW, waarin wordt verwezen naar artikel 7:670 lid 1 sub b BW. Dit argument ziet er aan voorbij dat, zoals hiervoor al is overwogen, de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter een zelfstandige procedure is die niet op zodanige wijze kan worden vereenzelvigd met de UWV-procedure dat de in artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder b BW genoemde, op de UWV-proce-

dure toegespitste, uitzondering op het opzegverbod onverkort van toepassing blijft bij een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, nadat eerder toestemming door het UWV is onthouden. In artikel 7:671b lid 7 BW is voor de ontbindingsprocedure een voor die procedure geldende uitzonderingsregeling op het opzegverbod bij ziekte opgenomen en daarbij is ten aanzien van de onderhavige situatie geen uitzondering opgenomen. Dat had wel in de rede gelegen, indien de wetgever de door Werkgever bepleite regeling had beoogd.

Anders dan Werkgever ziet de kantonrechter geen grond om de bewoordingen in artikel 7:671b lid 2 BW 'en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 (...) gelden' aldus op te vatten dat er in de ontbindingsprocedure geen opzegverbod geldt indien dit tijdens de UWV-procedure ook niet het geval was. Naar het oordeel van de kantonrechter is met 'opzegverboden als bedoeld in artikel 670' enkel beoogd om de opzegverboden te benoemen zoals die zijn gerelateerd aan de in artikel 7:670 BW genoemde oorzaken zoals ziekte, zwangerschap, dienstplicht, lidmaatschap van een medezeggenschapsorgaan en het in die bepaling verder genoemde.

4.13. Het argument van Werkgever dat een werknemer het ontslag kan frustreren door zich na de afwijzing door het UWV en voor het indienen van het ontbindingsverzoek ziek te melden, maakt de beoordeling niet anders gelet op het voorgaande. Verder kan daar tegenover worden gesteld dat bij het volgen van het standpunt van Werkgever een werknemer die in de bedoelde tussenperiode arbeidsongeschikt door ziekte wordt zonder dat daarbij enige relatie met het voorgenomen ontslag is, van de hem toekomende (ontslag)bescherming bij ziekte zou zijn verstoken. Het wettelijk systeem met betrekking tot de bescherming van arbeidsongeschikte werknemers biedt naar het oordeel van de kantonrechter zonder een uitdrukkelijke andersluidende regeling onvoldoende grondslag voor een zo vergaand gevolg.

4.14. Het verzoek van Werkgever zal gelet op het voorgaande worden afgewezen."

2 Het cassatiemiddel

2.1 Het middel houdt in dat de beschikking van de kantonrechter blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ten onrechte is in rov. 4.6-4.14 geoordeeld, kort samengevat, dat het opzegverbod tijdens ziekte in de weg staat aan de door de werkgever verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Met dit oordeel heeft de kantonrechter miskend dat ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond) ook mogelijk is tijdens arbeidsongeschiktheid van de werknemer, indien het opzegverbod tijdens ziekte niet gold tijdens de voorafgaande UWV-procedure omdat de ziekte pas een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming

voor opzegging op de a-grond door het UWV is ontvangen (art. 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW).

3 Inleiding op de bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het gaat in deze zaak om de reikwijdte van het opzegverbod tijdens ziekte, dat is neergelegd in art. 7:670 lid 1 BW. De kern van die bepaling is dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte.

3.2 Meer specifiek gaat het in deze zaak om de situatie waarin de werknemer arbeidsongeschikt raakt *nadat* het UWV een verzoek van de werkgever om toestemming voor opzegging heeft ontvangen, maar *voordat* het op de afwijzing volgende ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen. Als het UWV toestemming zou hebben verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, zou de arbeidsongeschiktheid van de werknemer niet in de weg hebben gestaan aan opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Art. 7:670 lid 1 onder b BW bepaalt namelijk dat het opzegverbod tijdens ziekte *niet* geldt als de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het UWV het verzoek om toestemming voor opzegging heeft ontvangen. Het UWV heeft de aanvraag echter afgewezen, waarna de werkgever zich op de voet van art. 7:671b lid 1 aanhef en onder b BW tot de kantonrechter heeft gewend. Volgens art. 7:671b lid 2 BW kan de rechter het ontbindingsverzoek slechts inwilligen indien aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is voldaan, én er geen opzegverboden gelden.

3.3 De vraag is dan of het opzegverbod tijdens ziekte in de weg staat aan ontbinding door de rechter, of dat de uitzondering op het opzegverbod die gold tijdens de UWV-procedure 'doortikt' naar de rechterlijke procedure. Als van dat laatste wordt uitgegaan, geldt het opzegverbod niet en kan de rechter ondanks ziekte van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden.

3.4 Over het antwoord op deze vraag is de feitenrechtspraak verdeeld. Sommige rechters beantwoorden de vraag bevestigend (opzegverbod staat in de weg aan ontbinding)³ en andere rechters beantwoorden de vraag ontkennend (opzegverbod

3 Zie de uitspraak waartegen deze vordering tot cassatie der wet is ingesteld: Ktr. Leeuwarden 5 februari 2021, ECLI:NL:RBNN:2021:385, RAR 2021/70 met wenk, rov. 4.6-4.13. Zie ook Ktr. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8706; Ktr. Bergen op Zoom 10 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267, JAR 2017/128 m.nt. F.M.C. Boesberg, rov. 5.2 en 5.3; Hof Den Bosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820, JAR 2017/251 m.nt. C.S. Kehrrebot, rov. 3.7 en 3.8; Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577, TRA 2018/5 m.nt. C.J. Frikkee, rov. 4.2-4.5; Ktr. Roermond 29 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6201, JAR 2018/190, rov. 4.6-4.14.

staat niet in de weg aan ontbinding).⁴ Ook de literatuur is verdeeld. Vanwege het belang van rechtseenheid zou het goed zijn dat de Hoge Raad uitsluitend geeft over deze kwestie.⁵ De in deze procedure te beantwoorden rechtsvraag had ook door een feitenrechter aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd door een prejudiciële vraag te stellen.⁶ Maar zover komt het vaak niet, omdat partijen veel belang hechten aan een snelle beslissing.⁷

3.5 Bij de bespreking van de vraag die voorligt zal eerst het duale ontslagstelsel worden geschetst (par. 4). Vervolgens bespreek ik de ratio van het opzegverbod tijdens ziekte, waarbij zal blijken dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak een strikte toepassing geeft aan dat opzegverbod (par. 5). Daarna wordt het opzegverbod tijdens ziekte onder het oude recht (pré-Wwz) besproken en de toen geldende beperkte reflexwerking van het opzegverbod in ontbindingsprocedures (par. 6). Vervolgens bespreek ik het huidige recht, inclusief de wetsgeschiedenis van de Wwz. Die bespreking begint met het onderscheid tussen 'tijdens'- en 'wegens'-opzegverboden en een uiteenzetting van de uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte (par. 7). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de uitzondering op het opzegverbod die geldt indien de arbeidsongeschiktheid is aangevangen nadat het UWV een ontslaanvraag heeft ontvangen (par. 8). Daarna komt de doorbreking van het opzegverbod bij algehele bedrijfsbeëindiging aan de orde (par. 9). In de volgende paragraaf wordt de doorwerking van opzegverboden in de rechterlijke ontbindingsprocedure besproken, met de bijbehorende uitzonderingen voor zover die betrekking hebben op het opzegverbod tijdens ziekte (par. 10). Dit alles is de opmaat naar de slotbeschouwing, waarin ik concludeer tot verwerping van het cassatiemiddel (par. 11).

4 Het duale ontslagstelsel

4.1 Vóór de wijziging van het ontslagrecht met de Wwz per 1 juli 2015 bestonden er twee routes voor ontslag van een werknemer: (i) de procedure bij de kantonrechter, en (ii) de procedure bij het

UWV. Het was aan de werkgever om te kiezen welke route hij wilde bewandelen.⁸

4.2 In de eerste route – een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter – kon een werkgever op grond van art. 7:685 lid 1 BW (oud) een ontbindingsverzoek indienen wegens 'gewichtige redenen'. Dat begrip omvatte niet alleen omstandigheden die een dringende reden zouden hebben opgeleverd indien tot een ontslag op staande voet zou zijn overgegaan, maar ook een andere, zeer ruim geformuleerde grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst: 'veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.' Ook bedrijfseconomische omstandigheden konden hieronder worden geschaard.⁹

4.3 De tweede route – die van opzegging – verliep via het UWV. Op grond van het in het BBA 1945 opgenomen verbod om een arbeidsovereenkomst zonder voorafgaande toestemming op te zeggen, diende de werkgever bij een voorgenomen opzegging voorafgaande toestemming van het UWV te verkrijgen. Hierbij gold een algemene toetsingsmaatstaf, namelijk of het voorgenomen ontslag redelijk was. Het Ontslagbesluit bevatte in par. 4 specifieke regels voor een ontslagverzoek wegens bedrijfseconomische omstandigheden en somde in par. 5 ook andere gronden voor ontslag op.

4.4 De door de werkgever gevolgde route – rechter of UWV – had invloed op de mogelijke vergoeding die aan de werknemer toekwam. Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbond wegens veranderingen in de omstandigheden – bijvoorbeeld bedrijfseconomische omstandigheden –, werd in de regel aan de werknemer een vergoeding toegekend aan de hand van de 'kantonrechtformule'. Daarbij werd de mate van verwijtbaarheid van handelen of nalaten van een of beide partijen verdisconteerd in de 'C-factor'. In de praktijk fungeerde deze ontslagvergoeding als een 'smeermiddel' om onvoldoende onderbouwde ontslagverzoeken toe te wijzen. Maar ook bij voldoende onderbouwde ontslagverzoeken werd in de regel een vergoeding toegekend, ook indien sprake was van ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden.¹⁰

4.5 Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV opzegde, was de werkgever geen vergoeding verschuldigd, tenzij anders was afgesproken (bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst, cao of sociaal plan). Wel kon de werknemer zich na een opzegging tot de kanton-

4 Ktr. Nijmegen 6 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5388, rov. 1.11-1.18; Ktr. Roermond 30 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:947, RAR 2018/68, rov. 4.4-4.7; Ktr. Haarlem 29 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10655 en 10656, rov. 5.5-5.12; Ktr. Haarlem 9 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1228, rov. 5.2-5.3.

5 Ik stel deze vordering tot cassatie in het belang der wet in naar aanleiding van een verzoek dat mij uit de rechtspraak is bereikte.

6 Zie bijv. B. Barentsen c.s., 'Kroniek Rechtspraak Wwz', TRA 2018/48, par. 2.

7 Zie bijv. Ktr. Haarlem 2 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11423, RAR 2021/35, rov. 5.4: 'Daarop heeft [Werknemer] aangevoerd dat hij graag prejudiciële vragen wil stellen aan de Hoge Raad voor een beslissing op dit punt. (...) [Werkgever] heeft daartegen verweer gevoerd en gewezen op het belang van een snelle beslissing.'

8 De tekst onder 4.1-4.5 is gedeeltelijk gebaseerd op mijn conclusie voor HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, NJ 2018/394 m.nt. E. Verhulp (*Decor*), onder 3.2-3.4.

9 Zie bijv. L.C.J. Sprengers, in: L.G. Verburg (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie* (MSR nr. 31), Deventer: Kluwer 2013, par. 3.3.1 en 3.3.2, en W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2014/32.2.

10 Zie, met verwijzing naar enkele bepalingen en toelichtingen uit de vroegere Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters: L.C.J. Sprengers, in: L.G. Verburg (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie* (MSR nr. 31), Deventer: Kluwer 2013, par. 3.3.1.

rechter wenden met een vordering wegens 'kenmerkend onredelijk ontslag' (art. 7:681 BW (oud)). Was daarvan sprake, dan kon de kantonrechter aan de werknemer een schadevergoeding toekennen.

4.6 De Wwz heeft het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd, maar nog steeds is sprake van een duaal ontslagstelsel.¹¹ Wel is onder de Wwz de keuzevrijheid van de werkgever beperkt: naar huidig recht bepaalt de ontslaggrond welke route moet worden gevolgd, UWV of kantonrechter.

4.7 Anders dan voorheen is sprake van een semi-gesloten systeem van ontslaggronden. Art. 7:669 lid 3 BW bevat een limitatieve opsomming van ontslaggronden. Met de Wet arbeidsmarkt in balans is per 1 januari 2020 de 'i-grond' geïntroduceerd, die een combinatie van bepaalde ontslaggronden mogelijk maakt (de cumulatiefgrond, zie art. 7:669 lid 3 aanhef en onder i BW).¹²

4.8 Een voornemen tot ontslag dat samenhangt met het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond) of langdurige arbeidsongeschiktheid (de b-grond) moet door de werkgever aan het UWV of de cao-ontslagcommissie worden voorgelegd, zo volgt uit art. 7:671a lid 1 en 2 BW.

4.9 Ten aanzien van de overige ontslaggronden (de c t/m i-grond) kan de werkgever zich op de voet van art. 7:671b lid 1 onder a BW rechtstreeks tot de kantonrechter wenden. Heeft echter het UWV of de cao-ontslagcommissie de verzochte toestemming voor opzegging geweigerd, dan heeft de werkgever vervolgens de mogelijkheid om zich tot de kantonrechter te wenden, aldus art. 7:671b lid 1 onder b BW (dus: ook met betrekking tot de a- of b-grond).¹³ Op grond van art. 7:686a lid 4 aanhef en onder d BW is dit slechts mogelijk binnen twee maanden na de dag waarop de toestemming door het UWV is geweigerd.

4.10 De (civielrechtelijke) procedure bij de kantonrechter is geen hoger beroep van de (bestuursrechtelijke) UWV-beschikking,¹⁴ hoewel dit in de praktijk wel als zodanig kan worden ervaren. Dat betekent dat de kantonrechter niet de juistheid van de beschikking van het UWV toetst. De kantonrechter beoordeelt zelfstandig of is voldaan aan de voorwaarden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Zie de parlementaire geschiedenis:¹⁵

"Als de werknemer meent dat hij ondanks toestemming van UWV of de commissie ten onrechte is ontslagen dan kan hij zich binnen twee maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te herstellen. (...) De rechter toetst daarbij aan dezelfde (wettelijke) criteria als die voor UWV en de commissie gelden.

Als UWV of de commissie toestemming heeft geweigerd, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig opzeggen. Als de werkgever het niet eens is met de beslissing van UWV of de commissie, kan hij de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, waarbij de rechter ook dan het verzoek toetst aan dezelfde criteria als UWV en de commissie."

4.11 Bij de beoordeling van een verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, oordeelt de rechter naar de situatie ten tijde van zijn uitspraak.¹⁶ Het gaat hierbij om een constitutieve beslissing die alleen werking heeft voor de toekomst; de rechter kan met betrekking tot de periode tot aan zijn beslissing geen verandering brengen in het bestaan van de arbeidsovereenkomst.¹⁷

4.12 Het voorgaande betekent dat er in feite geen verschil bestaat tussen de toetsing van een ontbindingsverzoek waaraan een UWV-procedure vooraf is gegaan, en de toetsing van een ontbindingsverzoek waar dat niet het geval is geweest.

4.13 De UWV-beschikking is overigens, net als onder het oude recht, uitgesloten van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt.¹⁸

4.14 In de situatie waarin het UWV de verzochte toestemming voor ontslag wél heeft verleend en de werkgever vervolgens de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, kan de werknemer zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te

11 A.R. Houweling c.s., *Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 12.4.1.

12 *Stb.* 2019, 219 en *Stb.* 2019, 266.

13 Het is steeds mogelijk zich rechtstreeks tot de kantonrechter te wenden – dus zonder voorafgaand UWV-verzoek – indien sprake is van een niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zie art. 7:671b lid 1 onder c BW.

14 Zie ook E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, aant. 3 bij art. 7:671b BW en aant. 1 bij art. 7:682 BW; F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA* 2018/2, par. 3.1. Zie ook mijn conclusie voor de *Victoria*-beschikking, onder 5.70, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *NJ* 2020/378 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 31. Zie ook *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, C, p. 93.

16 Zie onder meer F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Het rechterlijk toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA* 2018/2, par. 3.1; P. Kruit & B. Schouten, 'Toetsing in ontslagzaken: soms ex nunc en soms ex tunc', *TRA* 2020/42, par. 4a, en ten aanzien van de gerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten in het algemeen: W.H. van Boom, in: *GS Verbintenisrecht*, aant. 2.6 bij art. 6:267 BW (online, bijgewerkt t/m 25 augustus 2020).

17 Vgl. D.M.A. Bij de Vaate, 'Gedeeltelijke beëindiging en het toetsingsmoment in ontslagzaken', *ArA* 2020/2, par. 5.1, 5.2.1 en 5.2.3, en HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *NJ* 2020/378 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Victoria*), rov. 3.4.6.

18 Dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit op de voet van art. 7:671a BW is opgenomen in art. 1 van de Bevoegdheidsregeling Bestuursrechtspraak. Die regeling is opgenomen in Bijlage 2 bij de Awb en gebaseerd op art. 8:5 lid 1 Awb.

herstellen¹⁹ en/of een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:682 lid 1 onder ac BW).

4.15 Ook voor de werknemer geldt op grond van art. 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW een termijn van twee maanden voor het indienen van dat verzoek, te rekenen na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

4.16 Zowel in de UWV-procedure als in de rechterlijke procedure wordt niet alleen getoetst of sprake is van een redelijke grond voor ontslag als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW, maar ook of (i) herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt en (ii) geen sprake is van een opzegverbod. Voor de opzegging met toestemming van het UWV blijkt dit uit art. 7:699 lid 1 BW en uit art. 7:671a lid 11 BW. Voor de rechterlijke ontbinding volgt dit uit art. 7:671b lid 2 BW.

4.17 In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op het opzegverbod tijdens ziekte.

Allereerst sta ik stil bij de geschiedenis en de ratio van dit opzegverbod, waarbij ik constateer dat de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt geeft van een strikte toepassing van het opzegverbod tijdens ziekte (par. 5). Daarna bespreek ik het opzegverbod, achtereenvolgens onder oud recht (par. 6) en onder de Wwz (par. 7-10).

5 Het opzegverbod tijdens ziekte: ratio en strikte toepassing

5.1 De voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer komt onder meer tot uiting in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht.²⁰ Net zoals de onafhankelijke toetsing van een ontslag (preventief of repressief), de opzegtermijnen en de aanspraak op een (transitie)-vergoeding bij ontslag,²¹ zijn ook de opzegverboden een uitingsvorm van de wettelijke ontslagbescherming van werknemers. Met de opzegverboden wordt immers aanvullende bescherming geboden aan bepaalde groepen van werknemers, die een kwetsbare positie hebben.²²

5.2 Het opzegverbod tijdens ziekte is ingevoerd in 1954.²³ Volgens art. 1639h BW (oud) en later art. 7:670 lid 1 BW (oud) was opzegging van de arbeidsovereenkomst verboden gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaar heeft geduurd.

5.3 De periode van twee jaar kan oorspronkelijk worden verklaard uit ziektes die ten tijde van de invoering van het verbod voorkwamen en een lange periode van herstel vroegen, zoals bijvoorbeeld tuberculose.²⁴

5.4 Op te merken is dat de temporele werking van het opzegverbod niet als vanzelfsprekend hoeft samen te vallen met de duur van de loondoorbetalingsverplichting,²⁵ en evenmin met de re-integratieverplichtingen die op de werkgever rusten.²⁶ Dat wordt geïllustreerd door het feit dat de duur van het opzegverbod sinds 1954 ongewijzigd is,²⁷ terwijl dat niet geldt voor de loondoorbetalingsverplichting en de re-integratieverplichtingen.²⁸

5.5 Het opzegverbod tijdens ziekte is een van de vele opzegverboden. Een groot deel van de opzegverboden staat in art. 7:670 BW, maar er zijn ook opzegverboden opgenomen in andere bepalingen van het BW en in andere wetten, zoals de Algemene wet gelijke behandeling en de Wet flexibel werken.

19 De Hoge Raad heeft beslist dat het stelsel van de Wwz en de aard van de te verrichten rechtshandeling zich er niet tegen verzetten dat de rechter, in afwijking van de wettekst, zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien daarom is verzocht. Zie HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, NJ 2019/139 m.nt. Verhulp (Amsta), rov. 3.5.12. Deze uitspraak had overigens betrekking op herstel van de arbeidsovereenkomst in een procedure in hoger beroep.

20 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, NJ 2012/700 (HTM), rov. 3.4.2.

21 Zie over deze drie aspecten ook reeds het promotieonderzoek van Heerma van Voss naar de beginselen van het Nederlands ontslagrecht: C.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, resp. par. 4.4, 4.5 en 4.6. Dergelijke elementen komen ook naar voren in het ILO-verdrag nr. 158, (International Labour Organisation, *Termination of Employment Convention*, C158, 1982), vgl. m.n. Part II, Standards of general application. Dat verdrag is overigens niet geratificeerd door Nederland, dat wel vóór de totstandkoming daarvan stemde. Zie hierover P.F. van der Heijden, 'De ILO en het Nederlandse Arbeidsrecht', *ArA* 2018/1, par. 8.

22 C.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, par. 2.8.

23 Wet van 17 december 1953, houdende wijzigingen van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1953, 619. Zie uitgebreid M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1954, hfst. III, 'Het verbod van ontslag geven tijdens ziekte en militaire dienst'. Zie ook B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Goude: Quint 1999, par. 4.1.

24 *Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/369* en M. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer* (MSR nr. 66) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.4, p. 258-259, met verwijzing naar *Kamerstukken II 1952/53*, 881, nr. 11, en *Handelingen II 1952/53*, 19 februari 1953, p. 2349.

25 Hoewel dat sinds 2004 wel het geval is, zie bijv. *Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/131* en 369. In 1954, bij de invoering van het opzegverbod, gold dit echter niet, waarover toen M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1954, nr. 22, p. 25. Zie bijv. ook B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Goude: Quint 1999, par. 2.1-2.3.

26 Ook na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode blijven re-integratieverplichtingen bestaan, indien de arbeidsovereenkomst voortduurt, waarover ook J.P. Kroon, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 2.12 bij art. 7:658a BW (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2020).

27 M. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer* (MSR nr. 66) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.4, p. 258-259.

28 Zie over de re-integratie van zieke werknemers (en de geschiedenis daarvan) M. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer* (MSR nr. 66) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, hfst. 5 en 6. Zie ook B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (MSR nr. 23), Deventer: Kluwer 2003, hfst. 6, en M. Opdam, *Re-integratie bij letselschade* (diss. Amsterdam, VU), Den Bosch: BOXPress 2014, hfst. 2.

Ratio

5.6 Het opzegverbod tijdens ziekte heeft, aldus de Hoge Raad in 1986 in het *Melchers/De Haan*-arrest:²⁹

“mede ten doel [...] de werknemer te vrijwaren van de psychische druk welke een ontslaagaan-zegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.”

Tegen deze achtergrond oordeelde de Hoge Raad dat het niet is toegestaan om de arbeidsovereenkomst tijdens arbeidsongeschiktheid op te zeggen, ook niet indien het voorbehoud wordt gemaakt dat de arbeidsovereenkomst pas zal eindigen nadat de (na het herstel van de werknemer aanvangende) opzegtermijn zal zijn verstreken.

5.7 In zijn *NJ*-noot onder dit arrest constateert Stein dat de wetsgeschiedenis geen uitsluitel geeft over de ratio van het opzegverbod. Volgens hem kan aan het volgende worden gedacht:³⁰

- het onmogelijk maken van ontslag wegens ziekte, waarbij een verbod is ingevoerd om bewijsproblemen te vermijden;
- een zieke werknemer kan onvoldoende gebruik maken van de opzegtermijn voor het vinden van ander werk;
- een zieke werknemer kan niet behoorlijk voor zijn recht opkomen; en
- een werknemer dient zich tijdens zijn ziekte geen bijkomende zorgen te hoeven maken over het behouden van zijn arbeidsovereenkomst.³¹

5.8 Duidelijk is dat het bij elk van de genoemde rechtvaardigingen van het opzegverbod uiteindelijk gaat om de bescherming van de werknemer.³² Daarmee kan kortweg worden gezegd dat aan het opzegverbod tijdens ziekte de beschermingsgedachte ten grondslag ligt.³³

Strikte toepassing door de Hoge Raad

5.9 De rechtspraak van de Hoge Raad geeft blijk van een strikte interpretatie van het opzegver-

bod tijdens ziekte.³⁴ Dat blijkt wel uit de rechtspraak over het ontslag op staande voet. Bij een terecht ontslag op staande voet is (en was) het opzegverbod tijdens ziekte weliswaar niet van toepassing (art. 7:670a lid 2 onder c BW), maar in de rechtspraak speelt de daaraan ten grondslag liggende beschermingsgedachte wel degelijk een rol. Zo heeft de Hoge Raad in verschillende uitspraken waarin de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet aan de orde was, geoordeeld:

- dat de enkele overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte geen dringende reden oplevert;³⁵

- dat afwezigheid na een herstelverklaring enkel een dringende reden kan opleveren als komt vast te staan dat de werknemer daadwerkelijk hersteld was;³⁶

- dat werkweigering geen dringende reden oplevert indien achteraf is komen vast te staan dat de werknemer terecht meende niet tot werkherhvatting in staat te zijn, ook al was sprake van een (achteraf dus ten onrechte) hersteldverklaring van een arts;³⁷ en

- dat werkweigering geen dringende reden oplevert indien een werknemer op basis van een door hem geraadpleegde arts te goeder trouw mag menen arbeidsongeschikt te zijn, ook al komt achteraf vast te staan dat de werknemer op het beslissende tijdstip in feite niet arbeidsongeschikt was.³⁸

5.10 Deze rechtspraak moet worden begrepen tegen de achtergrond van de beschermingsgedachte. In de woorden van Sagel: *‘Die bescherming zou worden uitgehouden en met die gedachte verdraagt zich niet goed wanneer de werkgever wel, tamelijk eenvoudig, op staande voet zou kunnen ontslaan om een reden die weliswaar niet gelegen is in de ziekte zelf, maar daar wel dicht tegenaan zit, althans daaraan gelieerd is.’*³⁹

5.11 Dat de Hoge Raad het opzegverbod tijdens ziekte strikt hanteert, valt ook te illustreren met het *Levison/MAB*-arrest⁴⁰ uit 1992. In die procedure tot cassatie in het belang der wet speelde de vraag of ook bestuurders van een besloten vennootschap onder de bescherming van het opzegverbod vallen. Nadat de Hoge Raad vooropstelt dat vennootschapsrechtelijk ontslag niet steeds hoeft te leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst (rov. 3.3), overweegt hij in rov. 3.4:

34 G.R. Oldenhuis, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3.4 bij art. 7:670 BW (online, bijgewerkt t/m 29 maart 2020).

35 HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09549, *NJ* 2007/480, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Vxia/...*), rov. 3.3.2-3.3.3.

36 HR 13 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984, *NJ* 1984/371 (*Verschu-ren/Kwaaitaal Vormbeton*), rov. 3.1.

37 HR 6 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB3953, *NJ* 1975/484, m.nt. C.J. Scholten (*Motel Maatschappij Holland/Sijstermans*).

38 HR 22 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG43220, *NJ* 1982/470, m.nt. P.A. Stein (*Chemal/Jaarbeurs*).

39 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 4.3.3, p. 241.

40 HR 13 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0761, *NJ* 1993/265, m.nt. P.A. Stein (*Levison/MAB*).

29 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9536, *NJ* 1987/292, m.nt. P.A. Stein (*Melchers/De Haan*), rov. 3.

30 P.A. Stein in zijn noot in *NJ* 1987/292, met verdere verwijzingen. Zie recent hierover ook N. Jansen, ‘Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?’, *TvO* 2021/2, par. 2.2, p. 68.

31 Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen heeft de ratio van het opzegverbod tijdens ziekte weergegeven – naar oordeel van de Hoge Raad: met juistheid – als ‘bescherming van de werknemer tegen ontslag wegens ziekte en tegen verkorting van de termijn die hij voor sollicitatie elders heeft, alsmede om de werknemer te vrijwaren van de psychische druk welke een ontslaagaan-zegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.’ Zie HR 29 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1488, *NJ* 2000/51, m.nt. A.R. Bloembergen (*.../Aruba Hotel*), rov. 3.5.

32 Zie reeds M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1954, nr. 21, p. 24: ‘De regels, welke de nieuwe wet stelt met betrekking tot het ontslag tijdens ziekte en militaire dienst, werden ter bescherming van de arbeider uitgevaardigd. Daarom zijn hier slechts aan één der partijen, de werkgever, beperkingen opgelegd.’

33 Vgl. P.H. Burger, ‘De zieke werknemer en het ontslagrecht’, in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen (MSR nr. 72)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 9.2.2, p. 232.

“Het in art. 1639h lid 3 neergelegde, bij de wet van 17 dec. 1953, *Stb.* 619, ingevoerde verbod van opzegging van de dienstbetrekking zolang de werknemer wegens ziekte ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid en die ongeschiktheid nog geen twee jaren heeft geduurd, geldt ook indien de werknemer bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap is. De tekst van die bepaling zondert bestuurders van vennootschappen niet uit en ook in de wetsgeschiedenis zijn geen aanknopingspunten te vinden voor het aanvaarden van een dergelijke uitzondering. De ratio van de bepaling — de werknemer te vrijwaren van psychische druk welke een ontslagaan-zegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken (HR 24 okt. 1986, *NJ* 1987, 292) — pleit, integendeel, ervoor haar ook ten aanzien van zodanige bestuurders van toepassing te achten. Niet valt in te zien dat de positie van een in dienstbetrekking werkzame bestuurder zo wezenlijk verschilt van die van andere werknemers, waaronder niet tot bestuurder benoemde maar wel met leidinggevende taken belaste werknemers, dat de bestuurder/werknemer niet in aanmerking zou behoren te komen voor de bescherming die art. 1639h lid 3 beoogt.”

Dat voor bestuurders geen preventieve ontslagtoets geldt, maakt dit niet anders, zo volgt uit rov. 3.6.

5.12 Vanwege de ratio van het opzegverbod tijdens ziekte was de Hoge Raad in het *Levison/MAB*-arrest dus niet genegen om daarop een buitenwettelijke uitzondering te aanvaarden. Dat strookt met de strikte hantering van het opzegverbod tijdens ziekte door de Hoge Raad.

6 Het opzegverbod tijdens ziekte en de beperkte reflexwerking bij ontbinding onder oud recht

6.1 Onder het oude recht (pré-Wwz) gold het opzegverbod tijdens ziekte, zoals het woord al zegt, uitsluitend voor de *opzegging* van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dat betekende dat alleen in de situatie dat een werknemer werd ontslagen via de UWV-route (opzegging door de werkgever met voorafgaande toestemming van het UWV) ziekte van de werknemer in de weg stond aan opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever.

6.2 Het opzegverbod gold daarentegen niet als de rechterlijke route werd gevolgd, dus als de kantonrechter werd verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. Dit werd afgeleid uit de tekst van art. 7:685 lid 1 BW (oud), dat *‘ieder der partijen [...] te allen tijde bevoegd [is] zich tot de kantonrechter te wenden (...)’*.⁴¹

6.3 Echter, met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid in 1999 is aan art. 7:685 lid 1 BW (oud) de zogenoemde vergewisplicht toegevoegd: *‘De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij ervan heeft vergewist of het verzoek verband*

houdt met het bestaan van een opzegverbod bedoeld in de artikelen 647, 628, 670 en 670a of enige ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.’ De vergewisplicht is mede in de wet gekomen om te voorkomen dat werkgevers via een ontbindingsprocedure al te gemakkelijk de opzegverboden kunnen omzeilen.⁴²

6.4 Uit de wettekst blijkt niet heel duidelijk wat de vergewisplicht precies inhoudt. Zo volgt daaruit niet wat het gevolg is indien de kantonrechter een verband constateert tussen het ontbindingsverzoek en het bestaan van een opzegverbod.

6.5 In de memorie van toelichting is te lezen *‘dat de kantonrechter bij zijn beoordeling ‘rekening houdt’ met de strekking van de opzegverboden.’*⁴³ In de nadere memorie van antwoord staat dat als het verzoek verband houdt met een opzegverbod, de kantonrechter het verzoek van de werkgever zal afwijzen, *‘tenzij er andere omstandigheden zich voordoen die gewichtige redenen vormen voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.’*⁴⁴ Met andere woorden, het feit dat de kantonrechter zich van het bestaan van een opzegverbod moet vergewissen, betekent niet dat hij nooit tot ontbinding mag overgaan als hij constateert dat er inderdaad een opzegverbod van toepassing blijkt te zijn. Als sprake is van gewichtige redenen, kan het verzoek toch worden toegewezen. Toewijzing zal eerder volgen als de werkgever een (terechte) bedrijfseconomische reden aan het ontbindingsverzoek ten grondslag legt, zo schrijven Loonstra & Zondag.⁴⁵ Ook volgens Frikkee werd onder het oude recht de arbeidsovereenkomst in de regel ontbonden als sprake was van een onderbouwd bedrijfseconomisch ontslag, het UWV voor andere werknemers toestemming voor opzegging had verleend en de zieke werknemer conform het afspiegelingsbeginsel werd voorgedragen voor ontslag.⁴⁶

6.6 In de feitenrechtspraak werd verschillend omgegaan met de vergewisplicht van art. 7:685 lid 1

42 Zo heeft de indiener van het amendement waarvan de vergewisplicht het gevolg is, dhr. Wolffensperger, hierover bij de parlementaire behandeling van (het uiteindelijk ingetrokken) wetsvoorstel tot herziening van het ontslagrecht in januari 1992 het volgende gezegd: *‘Mevrouw Soutendijk heeft volstrekt gelijk als zij zegt dat het amendement ertoe strekt om de kantonrechter in te prenten dat hij zich — vergeef mij de oneerbiedige uitdrukking — niet moet laten gebruiken om de ontslagverboden die wij in de wet bijeen hebben gebracht, te omzeilen.’*, zie *Handelingen II* 1991/92, 42, p. 2809-2810, ook aangehaald in E. Verhulp, *Flexibiliteit en Zekerheid: 17 wandeltochten zonder wegwijzers*, SR 1998/2, p. 46. Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Bju 2010, p. 446.

43 *Kamerstukken I* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 32.

44 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 263, nr. 132d (Nadere memorie van antwoord), p. 15.

45 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Bju 2010, p. 446. Zie over het oude recht ook *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2012/404.

46 C.J. Frikkee in par. 3 van haar noot in *TRA* 2018/5 bij Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577.

41 *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2012/400.

BW (oud).⁴⁷ Dat zal er ook mee te maken hebben gehad dat hoger beroep en cassatieberoep waren uitgesloten tegen beschikkingen op een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 lid 11 BW (oud)). Volgens de ene benadering was er pas reflexwerking als het ontbindingsverzoek is ingediend omdat de werknemer ziek is, of als het ontbindingsverzoek berust op gronden die veroorzaakt zijn door de ziekte. Alleen in dat geval werd het ontbindingsverzoek afgewezen wegens strijd met het opzegverbod (behoudens de aanwezigheid van zwaarwegende omstandigheden). In de andere benadering maakte het voor het aannemen van een verband niet uit om welke reden ontbinding wordt gevraagd (dat voor ontbinding in plaats van opzegging werd gekozen, was immers ingegeven door de toepasselijheid van een opzegverbod).

7 *Het opzegverbod tijdens ziekte onder de Wwz*
Tijdens-opzegverboden en wegens-opzegverboden

7.1 De Wwz geeft een gedetailleerde regeling van opzegverboden, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen 'tijdens'-verboden en 'wegens'-verboden.⁴⁸ De leden 1 tot en met 4 en lid 10 van art. 7:670 BW bevatten de 'tijdens'-opzegverboden; de resterende opzegverboden (leden 5 tot en met 9) zijn 'wegens'-opzegverboden.⁴⁹

7.2 Het verschil tussen de 'tijdens'- en 'wegens'-opzegverboden is dat bij een 'tijdens'-verbod de arbeidsovereenkomst in beginsel ook niet kan worden opgezegd wegens een andere grond.

Bij een 'wegens'-verbod mag alleen niet vanwege de specifieke reden worden opgezegd, maar wel om een andere reden.⁵⁰

Uitputtende regeling werking opzegverboden

7.3 Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de Wwz een einde heeft willen maken aan de praktijk onder oud recht, waarin ondanks de aanwezigheid van een opzegverbod de arbeidsovereenkomst kon worden ontbonden. In de memorie van toelichting staat vermeld dat *in de wet* wordt aangegeven in welke gevallen de kantonrechter de arbeidsover-

eenkomst toch kan ontbinden, ondanks het bestaan van een opzegverbod.⁵¹ Zie ook de volgende passage uit de nota van wijziging:⁵²

“Onder het huidige recht is het mogelijk dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, terwijl sprake is van een opzegverbod. Als de bepalingen uit de Wet werk en zekerheid die het ontslagrecht wijzig[ing]en in werking zijn getreden, is opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij opzegverboden die opzeggen tijdens een bepaalde omstandigheid verbieden alleen nog mogelijk in de gevallen die in de voorgestelde artikelen 7:670a en 7:671b BW zijn benoemd.”

7.4 Beoogd is dus om in de wet (de artt. 7:670a en 7:671b BW) precies te benoemen in welke gevallen opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (toch) mogelijk is, ook al geldt er een opzegverbod. Daarmee is sprake van een uitputtende regeling van de werking van de opzegverboden en de uitzonderingen die daarop gelden.

7.5 Meer specifiek is beoogd om in de Wwz gedetailleerd te regelen wanneer de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer kan worden ontbonden bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen. Zie de volgende passage uit de memorie van antwoord (mijn cursivering):⁵³

“De leden van de fractie van D66 kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat de gevolgen van de in de artikelen 7:670a en 7:671b BW voorgestelde regeling betreffende het ontslag van een zieke werknemer (buiten het geval van sluiting van bedrijf of bedrijfs onderdeel) leidt tot de consequentie dat de ontbinding van een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer vanwege bedrijfseconomische redenen niet meer mogelijk zal zijn, zulks in afwijking van de tientallen jaren lange praktijk. Het huidige systeem laat een beperkte reflexwerking van de opzegverboden toe en deze leden vragen de regering of het niet beter ware om hierin te kiezen voor continuïteit.

Anders dan deze leden veronderstellen, is het thans niet zo dat de rechter in alle gevallen van een zieke werknemer bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen de arbeidsovereenkomst ontbindt als opzegging niet mogelijk is vanwege het bestaan van het opzegverbod tijdens ziekte.

Rechtvaardigen gaan hier verschillend mee om. *Dat alleen al is reden om ervoor te kiezen om een eenduidige regeling in de wet op te nemen, zoals voorzien in het wetsvoorstel. Zoals ook aangegeven in de nota naar aanleiding van het verslag (pagina*

47 Over de toenmalige feitenrechtspraak: I. van der Helm, 'De reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte in de ontbindingsprocedure', *TRA* 2014/43, par. 2 en 3.1; M.W.A.M. van Kempen & K. Beijerman, 'De reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure', *TAP* 2010/7, p. 281-287; C.J. Frikkee, 'Ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer om bedrijfseconomische redenen', *TAP* 2009/5, p. 194-198; M.W.A.M. van Kempen & L.R. Ridderbroek, 'Reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure', *Arbeids-Recht* 2006/48.

48 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32 (MvT Wwz).

49 A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 12.6.1, met name p. 81-84.

50 Vgl. ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 21 (Nota van Wijziging Wwz). Zie voorts A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 12.6.1, p. 81. Zie ook p. 84-85.

51 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32 (MvT Wwz).

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 21 (Nota van Wijziging Wwz).

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, C, p. 50 (MvA Wwz).

80)⁵⁴ houdt die regeling in dat als het een zieke werknemer betreft, het opzegverbod tijdens ziekte alleen niet geldt als er sprake is van bedrijfsbeëindiging.”

7.6 Het feit dat rechters onder oud recht verschillend omgingen met de vergewisplicht c.q. de reflexwerking van de opzegverboden, was dus een belangrijke reden om in de Wwz tot een *eenduidige regeling* te komen van de werking van het opzegverbod bij ziekte en niet verder te bouwen op het oude systeem.

7.7 In art. 7:670a BW is een aantal uitzonderingen opgenomen op de ‘tijdens’-verboden. Zo is het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing indien de werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet nakomt (lid 1). Verder zijn de opzegverboden niet van toepassing indien: de werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de opzegging; het een opzegging gedurende de proeftijd betreft; de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming; of de opzegging geschiedt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, voor zover de opzegging geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben (lid 2). Op de uitzondering die geldt bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming zal hierna nog afzonderlijk worden ingegaan (zie par. 9).

7.8 Op deze plaats is alvast op te merken dat art. 7:671b BW de regeling voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter bevat. Met betrekking tot de opzegverboden bepaalt lid 2 dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst slechts kan ontbinden als er geen opzegverbod geldt. In lid 6 worden daarop een tweetal uitzonderingen gegeven (zie hierna onder 10.2-10.14). Verder geeft lid 7 een uitzondering op de hoofdregel dat niet kan worden ontbonden als er een opzegverbod tijdens ziekte geldt (zie hierna onder 10.15-10.19).⁵⁵

Tijdens-opzegverbod bij ziekte

7.9 Het opzegverbod bij ziekte is een ‘tijdens’-opzegverbod. Het is neergelegd in art. 7:670 lid 1 BW, dat als volgt luidt:

“1. De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid:

- a. ten minste twee jaren heeft geduurd, dan wel zes weken voor de werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of
- b. een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen of door de commissie, bedoeld in artikel 671a, lid 2, is ontvangen.

mersverzekeringen of door de commissie, bedoeld in artikel 671a, lid 2, is ontvangen. (...).”

7.10 Op grond van deze bepaling is het een werkgever in beginsel niet toegestaan de arbeidsovereenkomst op te zeggen gedurende de tijd dat de werknemer wegens ziekte⁵⁶ ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid. De uitzondering onder (a) beperkt het temporele bereik van het opzegverbod; dat verbod geldt niet meer na een periode van twee jaar arbeidsongeschiktheid, tenzij sprake is van een verlenging van deze periode, bijvoorbeeld indien het UWV een loonsanctie oplegt wegens het onvoldoende naleven van de re-integratieverplichtingen (art. 7:670 lid 11 BW).⁵⁷ Volgens de uitzondering onder (b) geldt het opzegverbod niet indien de ziekte is aangevangen nadat de aanvraag om toestemming door het UWV is ontvangen. Op deze laatste uitzondering wordt hierna uitvoerig ingegaan (zie par. 8).

7.11 Het UWV kan geen toestemming verlenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als er een opzegverbod van toepassing is, aldus art. 7:671a lid 11 BW. De volgende zin van die bepaling bevat hierop een uitzondering, namelijk indien redelijkerwijs verwacht mag worden dat het opzegverbod niet meer geldt binnen vier weken na de dagtekening van de beslissing op het verzoek.

7.12 Voordat ik toekom aan een bespreking van de doorwerking van opzegverboden in de Wwz-ontbindingsprocedure (zie par. 10), sta ik eerst stil bij de situatie waarin de arbeidsongeschiktheid pas aanvangt nadat het UWV om ontslagtoestemming is verzocht; dan geldt namelijk een belangrijke uitzondering op het opzegverbod (zie par. 8). Ook ga ik nog in op de doorbreking van het opzegverbod indien de volledige werkzaamheden van de onderneming worden beëindigd (zie par. 9).

8 Uitzondering opzegverbod tijdens ziekte onder de Wwz: arbeidsongeschiktheid vangt aan na toestemmingsverzoek aan UWV

8.1 Een belangrijke uitzondering op het opzegverbod tijdens ziekte is te vinden in het bepaalde in art. 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW. Het opzegverbod geldt niet indien de ongeschiktheid ‘*een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen of door de commissie, bedoeld in artikel 671a, lid 2, is ontvangen.*’

⁵⁶ Zie over het begrip ‘ziekte’ ook mijn conclusie voor HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, NJ 2020/377, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Admea*), onder 4.5-4.7.

⁵⁷ Zie over de verlenging van de duur van het opzegverbod meer uitgebreid mijn conclusies voor HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, NJ 2020/135, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Xella*), onder 7.7, en voor HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1720, RvdW 2019/1136 (*Cicero*), onder 5.34-5.37.

⁵⁴ Mijn opmerking: Bedoeld wordt de passage op p. 86 van de Nota naar aanleiding van het verslag, geciteerd in de hoofdtekst in deze conclusie onder 9.5 (Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7).

⁵⁵ Zie over de systematiek van de bepaling ook *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/394.

8.2 Deze uitzondering op het opzegverbod is per 1 januari 1999 ingevoerd met de Wet Flexibiliteit en zekerheid.⁵⁸ Sindsdien staat ziekte niet in de weg aan een opzegging door de werkgever, indien de arbeidsongeschiktheid is aangevangen nadat het UWV een verzoek om een ontslagvergunning van de werkgever heeft ontvangen.

8.3 Deze uitzondering op het opzegverbod is destijds in de wet opgenomen als uitvloeisel van de door de Stichting van de Arbeid opgestelde nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'.⁵⁹ In reactie op een voorstel van de regering om het mogelijk te maken dat voorafgaand aan toestemming van het UWV (destijds: de RDA, de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie) de werkgever reeds voorwaardelijk de arbeidsovereenkomst opzegt, hebben de sociale partners in die nota het volgende vermeld:

"In afwijking van de kabinetsvoornemens op het punt van de anti-cumulatie van de opzegtermijn en de duur van de ontslagvergunningprocedure voor de RDA stelt de Stichting een systeem voor, waarbij de huidige situatie als uitgangspunt fungeert maar een modificatie wordt aangebracht om aan de bezwaren tegen de cumulatie van behandelingsduur en opzegtermijn tegemoet te komen. In concreto heeft de Stichting het volgende systeem voor ogen.

(...)

In het voorstel van het kabinet lag besloten dat mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzeggingsverbod tijdens ziekte, door lichtvaardige ziekmelding nadat een aanvraag tot ontslagvergunning is gedaan, zou worden ondervangen. Het hiervoor uiteengezette model van de Stichting voorziet daar niet in. De Stichting stelt daarom een nuancering [voor] van het opzeggingsverbod bij ziekte van artikel 7A: 1639h BW, in die zin dat ziekte die intreedt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd niet in de weg staat aan opzegging op het moment dat de ontslagvergunning is verkregen. Zij denkt daarbij aan aanvulling van het huidige artikel 7A: 1639h BW op de volgende wijze:

'De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd, dat de arbeider ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd of tenzij de ongeschiktheid wegens ziekte is ingetreden nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 6, derde lid BBA is gedaan en daarvan mededeling is gedaan aan de werknemer.'

8.4 Het kabinetsvoorstel waaraan gerefereerd wordt in de nota van de Stichting voor de Arbeid is te vinden in een eerdere beleidsnota van de regering, die, enigszins verwarrend, eveneens is getiteld

'nota Flexibiliteit en zekerheid'. In deze beleidsnota was onder meer het volgende te lezen (p. 36):⁶⁰

"Deze beleidsvoornemens vloeiden voort uit de behoefte om onnodige belemmeringen voor een flexibel werkende arbeidsmarkt weg te nemen en om deze procedure te verkorten en efficiënter te maken. Een wetsvoorstel, waarin de in genoemde brief aangekondigde aanpassingen zijn opgenomen, zal binnenkort worden ingediend bij de Raad van State. Dit betreft de mogelijkheid voor de werkgever om zowel voor, tijdens, als na de aanvraag van een ontslagvergunning de arbeidsverhouding met de werknemer op te zeggen. Hiermee kan voorkomen worden dat de opzegtermijn met de behandelingsduur van de ontslagaanvraag bij het arbeidsbureau cumuleert.

Hiermee wordt tevens een oplossing geboden voor de situatie, waarin de werknemer ziek wordt tijdens de behandeling van de ontslagaanvraag, maar nog voordat de werkgever heeft kunnen opzeggen. (...)

Voorgaande aanpassingsvoorstellen zullen bestaande knelpunten bij de ontslagprocedure in het kader van de preventieve ontslagtoets oplossen en, in veel gevallen, de procedure verkorten en vereenvoudigen. (...)"

Zie ook de samenvatting op p. iii van deze beleidsnota van de regering:

"Belangrijkste elementen daarin zullen zijn:

* de mogelijkheid voor de werkgever om zowel voor, tijdens als na de aanvraag van een ontslagvergunning de arbeidsverhouding met een werknemer op te zeggen. Daarmee kan worden voorkomen dat de opzegtermijn cumuleert met de behandelingsduur van de ontslagaanvraag bij het arbeidsbureau. Hiermee wordt ontslag mogelijk van een werknemer die ziek wordt tijdens behandeling van de ontslagaanvraag. Wel blijft er altijd een minimum opzegtermijn."

8.5 In lijn met het voorstel van de Stichting voor de Arbeid is in het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid opgenomen dat het opzegverbod niet geldt als de ongeschiktheid wegens ziekte is ingetreden nadat een verzoek om toestemming door de RDA is ontvangen.

8.6 In de memorie van toelichting bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid is hierover het volgende te lezen:⁶¹

"Tegelijkertijd zijn er naar de mening van de regering evenwel diverse redenen de wettelijke regels op een enkel punt aan te passen. Het gaat dan vooral om in de praktijk signaleerde knelpunten bij de beëindiging van arbeidsverhoudingen en met name om de lange totale duur van beëindiging van een arbeidsovereenkomst

58 Stb. 1998, 300; inwerkingtredingsbesluit: Stb. 1998, 332.

59 Stichting van de Arbeid, Nota Flexibiliteit en Zekerheid van 3 april 1996 (bijlage bij *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, nr. 1, Brief van de minister).

60 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 1996, p. 36 (bijlage bij *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, nr. 1, Brief van de minister).

61 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 11 (MvT Wet flexibiliteit en zekerheid).

door opzegging. Daarop wordt hierna eerst ingegaan. (...)

Beëindiging door opzegging

Als oorzaak van de lange beëindigingsduur is een aantal factoren aan te wijzen:

1. het huidige wettelijk stelsel voor berekening van de opzegtermijnen is ingewikkeld. (...)

2. (...)

Een ander knelpunt in de praktijk ontstaat als de werknemer zich ziek meldt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd. Wordt de vergunning afgegeven dan kan de werkgever toch niet opzeggen in verband met het opzegverbod tijdens ziekte, terwijl vaststaat dat er geen verband is tussen ziekte en opzegging;"

Om deze reden wordt voorgesteld, zo vervolgt de memorie van toelichting:⁶²

"dat het opzegverbod gedurende ziekte buiten toepassing blijft vanaf het moment dat de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie de ontslagaanvraag heeft ontvangen."

8.7 Bij de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting is het volgende te lezen:⁶³

"Met het bepaalde in het nieuwe lid 1, onderdeel b, wordt bereikt dat ziekte die intreedt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd, niet in de weg staat aan opzegging op het moment dat de ontslagvergunning is verkregen. In het algemeen wordt hier nader op ingegaan. Opgemerkt wordt nog, dat indien de ontslagvergunning wordt geweigerd daarmee ook het opzegverbod zijn volle werking herkrijgt en de zieke werknemer derhalve gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid niet kan worden opgezegd."

8.8 Expliciet is hier opgemerkt dat als de ontslagvergunning wordt geweigerd, *'het opzegverbod zijn volle werking herkrijgt'*. Overigens is het niet zo dat hiermee de vraag die in deze zaak voorligt, is beslist: deze opmerking is gedaan onder het oude recht, toen niet het systeem bestond dat de werkgever zich pas na een weigering voor toestemming voor opzegging door het UWV tot de rechter kon wenden met een verzoek om ontbinding (en toen kantonrechters in de ontbindingsprocedure slechts beperkte reflexwerking toekenden aan het opzegverbod tijdens ziekte, zie onder 6.6).

8.9 In de hiervoor geciteerde passages uit de memorie van toelichting wordt niet gesproken over het tegengaan van misbruik van ziekmeldingen, maar ligt het accent bij het verkorten van de ontslagprocedure. Ditzelfde geldt ook voor het beleidsvoornemen, neergelegd in de nota Flexibiliteit en zekerheid van het kabinet (zie onder 8.4).

8.10 Anderzijds is in de memorie van toelichting in de kostenparagraaf het volgende te lezen:⁶⁴

"Tenslotte treedt als gevolg van de uitzuivering van oneigenlijke ontslagbescherming bij ziekte tijdens de RDA-ontslagprocedure een verhoging op van de vangnetuitgaven ZW van ca. f 8 miljoen per jaar."

8.11 In de loop van de verdere parlementaire behandeling is dit 'anti-misbruik' aspect steeds meer op de voorgrond getreden. Zo is door verschillende Kamerleden aandacht gevraagd voor de lastige positie van een werknemer die ziek wordt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd.

Een zieke werknemer kan niet solliciteren en ondervindt hij wellicht tijdens ziekte ook problemen om zich te verweren in de procedure. Daarbij werd ook opgemerkt dat het opzegverbod bij ziekte wordt uitgehold, en dat daarmee misbruik van de Ziektewet wordt gesuggereerd.⁶⁵ Anderen meenden dat misbruik van de Ziektewet nog steeds niet is uitgesloten, omdat een werknemer zich ziek kan melden *voordat* de ontslagvergunning is aangevraagd.

8.12 In de beantwoording van de vragen benadrukt de minister wederom dat het wetsvoorstel bedoeld is om de procedure te verkorten (p. 20):⁶⁶

"De leden van de fractie van de VVD vroegen met betrekking tot dit onderwerp voorts, of de werknemer in dat geval niet meer kan anticiperen; wat gebeurt er als de werknemer toevallig op die dagen verzuimt wegens een griepje, hoe wordt in dit geval het beoogde versnellings-effect bereikt. Ziekte dient zich in het algemeen onafhankelijk van de wil van de persoon aan, zodat wij niet goed kunnen inzien hoe een werknemer in dat opzicht zou kunnen anticiperen op een ontslagvergunningsaanvraag. Voor zover er in geval van een ziekmelding sprake is van een schijnsituatie wijzen wij erop dat de werkgever in het kader van de WULB voldoende instrumenten ter beschikking staan om zodanige ziekmelding te ontzenuwen."

En (p. 21, mijn cursivering):

"Met de voorgestelde beperking van het opzegverbod tijdens ziekte wordt beoogd de ontslagprocedure in tijd te bekorten. Het opzegverbod tijdens ziekte geeft in het huidige ontslagrecht een naar ons oordeel te vergaande ontslagbescherming in die gevallen waarin opzegging niet mogelijk is

64 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 13 (MvT Wet flexibiliteit en zekerheid), p. 21.

65 Zie bijv. de Handelingen, te raadplegen in *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 664: "(Groenlinks): *Waar ik onoverkomelijke problemen mee heb, is het feit dat een werknemer die in de loop van de RDA-procedure ziek wordt, toch zal kunnen worden opgezegd. Het opzegverbod bij ziekte wordt op die manier fors uitgehold. Deze wetswijziging heeft als achtergrond de vaak gehoorde klacht van werkgevers, dat werknemers de RDA-procedure frustreren door zich in de Ziektewet te gooien; daarmee steevast misbruik van de Ziektewet suggererend.*"

66 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 20 en 21 (Nota n.a.v. het Verslag Wet flexibiliteit en zekerheid). Zie ook Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, p. 15 (MvA Wet flexibiliteit en zekerheid).

62 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 13 (MvT Wet flexibiliteit en zekerheid).

63 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 27 (MvT Wet flexibiliteit en zekerheid).

na een verkregen ontslagvergunning, omdat de werknemer tijdens de behandeling van de ontslagaanvraag ziek is geworden en nog steeds is op het moment dat de ontslagvergunning is verleend. Het gaat dan immers in de regel om een ontslag dat geen enkel verband heeft met de ziekte van de werknemer. Met name in geval van bedrijfseconomische redenen voor een ontslag, waarbij de werkgever zich genoodzaakt ziet om zijn personeelsbestand snel aan te passen, wordt het niet kunnen opzeggen nadat een ontslagvergunning is verkregen in de praktijk als een ernstig knelpunt ervaren. Wij begrijpen de door deze leden genoemde bezwaren voor de werknemer, die tijdens zijn ziekte wordt opgezegd en vervolgens moet uitkijken naar een nieuwe werkring. De betreffende bezwaren gelden echter in gelijke mate indien de ziekte pas optreedt tijdens de opzegtermijn wegens ziekte minder goed in staat zal zijn zich in de ontslagprocedure te ververen en dat van een zieke werknemer bezwaarlijk kan worden verwacht dat hij uitkijkt naar ander werk.”

8.13 Zie verder ook het schriftelijke antwoord van de minister op vragen vanuit de Tweede Kamer:⁶⁷

“Ik ben van mening dat de zorg van de heer Hofstra, dat werknemers door ziekmelding een ontslagaanvraag kunnen frustreren, met de voorgestelde regeling aanmerkelijk verminderd zou moeten zijn. Nu immers kan de werknemer, als de aanvraag al is ingediend, en hij daarvan via een bericht van de RDA op de hoogte is gesteld, zich ziek melden en geldt het opzegverbod. In de nieuwe situatie, nadat de wet inwerking is getreden, zal de werknemer slechts kunnen anticiperen als hij op de hoogte is van het ontslagvoornemen van de werkgever. Overigens kan de werkgever die om welke reden dan ook vermoedt dat er sprake is van een oneigenlijke ziekmelding controlemogelijkheden benutten om daar duidelijkheid over te krijgen.”

8.14 In de literatuur wordt de uitzondering op het opzegverbod bij ziekte vaak aangeduid als een

‘antimisbruikbepaling’⁶⁸ net als in de rechtspraak.⁶⁹ Het is de vraag of dit helemaal terecht is.

Uit de wetsgeschiedenis zou ook kunnen worden afgeleid dat in de eerste plaats beoogd is om de ontslagprocedure bij het UWV in tijd te bekorten. Anderzijds blijkt dat in de discussies ook een link is gelegd met het probleem van een ‘strategische ziekmelding’, zo ook reeds in de nota Flexibiliteit en zekerheid van de Stichting van de Arbeid.

8.15 De uitzondering op het opzegverbod bij ziekmelding na ontvangst van de aanvraag tot toestemming door het UWV is in de Wwv gehandhaafd. De uitzondering is thans opgenomen in art. 7:670 lid 1 onder b BW. Over de bepaling is in de memorie van toelichting bij de Wwv het volgende te lezen:⁷⁰

“In het nieuw voorgestelde eerste lid, onderdeel b, wordt de verwijzing naar het verzoek om toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen als bedoeld in artikel 6 van het BBA 1945 vervangen. In plaats daarvan wordt geregeld dat het opzegverbod bij ziekte niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het volledige verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 7:671a, eerste of tweede lid, BW door het UWV of de in dat artikel bedoelde commissie is ontvangen. Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).”

8.16 Uit de formulering in deze passage dat het moet gaan om ziekte die een aanvang heeft geno-

68 Zie bijv. E. Verhulp, in: *T&C BW*, aant. 1. Bij art. 7:670 BW (online, bijgewerkt t/m 1 juli 2021), en G.R. Oldenhuis, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1 bij art. 7:670 BW (online, bijgewerkt t/m 29 maart 2020). Ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/370 schrijft dat deze bepaling is bedoeld om misbruik van het opzegverbod door de werknemer te voorkomen. Zie verder ook D.J. Rutgers, ‘Disfunctioneren door arbeidsongeschiktheid — aanstelling, re-integratie en ontslag’, in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008, par. 4.4.2, m.n. p. 144-145 e.v.; J. Dop in zijn noot in *JAR* 2012/272 bij Hof Arnhem 25 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1134; F.M.C. Boesberg in haar noot in *JAR* 2017/128 bij Ktr. Bergen op Zoom 10 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267; S.J. Sterk in zijn noot in *JAR* 2017/164 bij Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979; D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek Arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, par. 2.3.2, p. 28; A.J.C. Theunissen c.s., aant. C.2.2.3 (kantlijn) bij art. 7:669 BW, in: A.R. Houweling c.s. (red.) *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu 2021; J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Fase/Individueel arbeidsrecht, Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, par. 7.2.6.

69 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770, *JAR* 2021/168 (CFO/Volksbank), m.n. rov. 2.18, en Rb. Alkmaar 17 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264, *AR-Updates* 2018-0495, rov. 5.36. Ook ik heb de term antimisbruikbepaling gebruikt in mijn conclusie vóór HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, *NJ* 2020/377, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Achmea*), in het tussenkopje voor punt 4.13 en onder 4.23.

70 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 101 (MvT Wwv).

67 *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 263, nr. 33, p. 8 (Brief van de minister).

men nadat 'het volledige verzoek om toestemming' door het UWV is ontvangen, zou kunnen worden afgeleid dat ziekte die een aanvang heeft genomen nadat een *onvolledig* verzoek om toestemming voor ontslag door het UWV is ontvangen, niet onder de bepaling valt.⁷¹ Dat is echter niet de bedoeling geweest. Bij reparatiewet⁷² is verduidelijkt dat met art. 7:670 lid 1 onder b BW geen wijziging is beoogd ten aanzien van de pré-Wwz regeling.⁷³

"Om te verduidelijken dat met de inwerkingtreding van artikel I, onderdeel P, van de Wwz geen wijziging is beoogd ten aanzien van de regeling, zoals deze nu geldt, wordt «het verzoek» in artikel 7:670, eerste lid, onderdeel b, vervangen door «een verzoek». Het gaat erom dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt als de ongeschiktheid tot het verrichten van de arbeid wegens ziekte een aanvang heeft genomen nadat een verzoek als bedoeld in artikel 7:671a door het UWV (of de commissie) is ontvangen. Het hoeft daarbij derhalve uitdrukkelijk niet te gaan om een volledig verzoek als bedoeld in artikel 7:671a, vierde lid."

8.17 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is in de literatuur opnieuw aandacht gevraagd voor de rechtvaardiging van deze uitzondering op het ontslagverbod bij ziekte. Zo stelt Wits dat voor het probleem dat werknemers die 'vluchten in ziekte', inmiddels ook andere oplossingen bestaan, geleet op de betere verzuimbegeleiding:⁷⁴

"De vraag is echter of deze bepaling nog nut heeft. Sinds de invoering van deze bepaling is de verzuimbegeleiding sterk verbeterd, mede door de Stecr Werkwijzer Arbeidsconflicten. Het resultaat hiervan is dat het 'vluchten in ziekte' geen zin meer heeft. Als er geen ziekte ten grondslag ligt aan de ziekmelding, verklaart de ARBO- of bedrijfsarts de werknemer doorgaans zeer snel arbeidsgeschikt.

Het gevolg van deze bepaling is wel dat de 'goeden onder de kwaden' moeten leiden. De 'echt' zieken missen de bescherming van het opzegverbod en hiervoor is feitelijk geen rechtvaardiging.

Bovendien is het resultaat dat het dienstverband tijdens ziekte kan worden beëindigd. Dit staat haaks op de bedoeling van de Wet Bezava die er op gericht is zieke werknemers 'binnen boord'

van de werkgever te houden en het aantal 'vangnetters' die onder verantwoordelijkheid van het UWV vallen, te beperken."

Wits deed daarom de aanbeveling om art. 7:670 lid 1 onder b BW te laten vervallen. Ter toelichting schrijft zij:⁷⁵

"De noodzaak voor deze bepalingen ontbreekt, geleet op de sterk verbeterde verzuimbegeleiding.

Gevolg van deze bepaling is dat 'echt' zieke werknemers geen ontslagbescherming hebben en zonder goede grond 'vangnetters' worden. Dit is in strijd met doelstelling Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters."

8.18 In de wetgeschiedenis is niet gerespondeerd op het voorstel van Wits. Wel heeft de minister, in antwoord op vragen vanuit de Tweede Kamer over ziekmeldingen in het zicht van een reorganisatie, erop gewezen dat 'vluchten in ziekte' niet steeds tot ontslagbescherming leidt.⁷⁶

"Dan zijn de gebruikelijke zaken om de werkgever te beschermen tegen misbruik van ziek melden nog steeds van toepassing. Zeker als dit gebeurt met het oog op het vermijden van een reorganisatie zal dit niet snel geaccepteerd worden."

8.19 De conclusie uit het voorgaande kan in feite kort zijn. Wat er ook zij van de beweegredenen voor het invoeren van de regel dat het ontslagverbod niet geldt als de ziekte een aanvang heeft genomen na ontvangst door het UWV van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst: de regel is onder de Wwz overkort gehandhaafd.

9 Doorbreking opzegverbod tijdens ziekte: de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming

9.1 Het uitgangspunt dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet mag opzeggen gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid van de werknemer, wordt doorbroken indien de opzegging plaatsvindt wegens bedrijfsbeëindiging. Deze doorbreking is te vinden in art. 7:670a lid 2 aanhef en onder d BW, waarin is bepaald dat het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid niet geldt indien 'de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming'.

9.2 In de parlementaire geschiedenis is te lezen:⁷⁷

"De opzegverboden, bedoeld in artikel 7:670, eerste tot en met vierde en tiende lid, BW zijn niet van toepassing indien de werknemer met de opzegging instemt, als het een opzegging tij-

71 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 130. Naar aanleiding daarvan ook: R.S. van Coevorden, 'Bijzondere opzegverboden', TAP 2014/7, p. 47 en N.T.A. Zeeuwen, 'De opzegverboden', in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, p. 56-57.

72 Stb. 2014, 504 (Verzamelwet SZW 2015).

73 Kamerstukken II 2013/14, 33 988, nr. 3, p. 11 (MvT Verzamelwet SZW 2015).

74 E.B. Wits, 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?', in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, p. 196.

75 E.B. Wits, 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?', in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, p. 200.

76 Handelingen II 2013/14, 52, item 9, p. 29.

77 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 102 (MvT Wwz).

dens de proeftijd betreft of als er sprake is van – kort gezegd – de sluiting van het bedrijf.”

Duidelijk is dus dat het inderdaad moet gaan om algemene/gehele bedrijfsbeëindiging.

9.3 Deze uitzondering op het opzegverbod is beperkter dan de uitzondering die gold onder het oude recht. Tot de inwerkingtreding van de Wwz was het opzegverbod namelijk niet van toepassing indien de opzegging geschiedde wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming ‘of van het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is’.⁷⁸

9.4 Deze laatste zinsnede is niet overgenomen in de huidige wettekst. Daarmee staat onder de Wwz het opzegverbod tijdens ziekte dus ook in de weg aan een bedrijfseconomisch ontslag wanneer wel de hele afdeling waarin de werknemer werkzaam is wordt opgeheven, maar niet het hele bedrijf. Dat is een bewuste keuze van de Wwz-wetgever, zo blijkt uit de memorie van antwoord.⁷⁹

“Zoals ook aangegeven in de nota naar aanleiding van het verslag (pagina 80)⁸⁰ houdt die regeling in dat als het een zieke werknemer betreft, het opzegverbod tijdens ziekte alleen niet geldt als er sprake is van bedrijfsbeëindiging. Dat is ook logisch omdat in dat geval de werkgever ophoudt te bestaan. Het verbod blijft wel van kracht als sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen anders dan wegens bedrijfsbeëindiging, dus ook als bij een werkgever alle arbeidsplaatsen binnen een afdeling komen te vervallen. De ratio hiervan is dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer binnen zijn bedrijf. Dat kan zijn re-integratie in zijn eigen functie maar ook op een andere functie binnen de onderneming, en als daar geen mogelijkheden toe bestaan, re-integratie bij een andere werkgever (het zogenoemde tweede spoor). Het enkele feit dat de arbeidsplaats van een langdurig zieke werknemer komt te vervallen, waarvoor de werknemer mogelijk ook niet meer geschikt voor is om naar terug te keren ook al zou die blijven bestaan, betekent dan ook niet dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de werknemer daarmee moet komen te vervallen. Om die reden blijft in de geschetste situatie het opzegverbod van toepassing en daarmee ook de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de desbetreffende werknemer.”

9.5 De passage in de nota naar aanleiding van het verslag waarnaar verwezen wordt, luidt als volgt:⁸¹

78 Art. 7:670b lid 2 BW (oud), zoals dat gold van 1 januari 2007 tot 1 juli 2015.

79 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 50 (MvA Wwz). Zie ook *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 31.

80 Mijn opmerking: Bedoeld wordt de passage op p. 86 van de Nota naar aanleiding van het verslag, zie direct hierna.

81 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 86 (NV Wwz).

“Wel geldt dat als het een zieke werknemer betreft het opzegverbod alleen niet geldt als er sprake is van bedrijfsbeëindiging. Dat is ook logisch omdat in dat geval de werkgever ophoudt te bestaan. De ratio hiervan is dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer binnen zijn bedrijf. Dat kan zijn re-integratie in zijn eigen functie maar ook op een andere functie binnen de onderneming, en als daar geen mogelijkheden toe bestaan, re-integratie bij een andere werkgever (het zogenoemde tweede spoor). Het enkele feit dat de arbeidsplaats van een langdurig zieke werknemer komt te vervallen, waarvoor de werknemer mogelijk ook niet meer geschikt voor is om naar terug te keren ook al zou die blijven bestaan, betekent dan ook niet dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de werknemer daarmee moet komen te vervallen. Om die reden blijft in de geschetste situatie het opzegverbod van toepassing en daarmee ook de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de desbetreffende werknemer.”

9.6 Uit beide passages blijkt dat meer belang is gehecht aan continuering van het dienstverband met het oog op de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de zieke werknemer, dan aan het bieden van de mogelijkheid aan de werkgever om de arbeidsongeschikte werknemer te ontslaan wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

9.7 Op deze benadering is in de literatuur de kritiek geuit dat werkgevers in een lastig parket worden gebracht: ‘bij een reorganisatie blijft de ‘dure zieke werknemer’ in dienst, al dan niet ten koste van de ‘productieve gezonde werknemer’.⁸²

9.8 Dit moge zo zijn, maar dat kan geen grond vormen voor de rechter om te sleutelen aan deze bewuste keuze om de doorbreking van het opzegverbod wegens bedrijfseconomische omstandigheden te beperken tot de situatie van bedrijfsbeëindiging.

10 Onder de Wwz gelden opzegverboden ook bij ontbinding

10.1 Anders dan onder het oude recht (zie onder 6.2-6.6) gelden de opzegverboden sinds 1 juli 2015 ook bij een verzoek aan de rechter tot *ontbinding* van de arbeidsovereenkomst. Dat volgt uit art. 7:671b lid 2 BW:

“De kantonrechter kan het verzoek, bedoeld in lid 1, slechts inwilligen indien aan de voorwaarde voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, bedoeld in artikel 669, is voldaan en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 of met deze opzegverboden naar aard en strekking ver-

82 C.S. Kehrer-Bot in de inleiding van haar noot in *JAR* 2017/132 bij Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2801.

gelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden.”

De opzegverboden fungeren dus ook als ‘ontbindingsverboden’.⁸³

Uitzonderingen tijdens-opzegverboden

10.2 Voor de ‘tijdens’-opzegverboden geldt dat zij in een ontbindingsprocedure op een tweetal gronden uitzondering lijden. Art. 7:671b lid 6 BW bepaalt namelijk het volgende:

“Indien de werkgever de ontbinding verzoekt op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen b tot en met i, en een opzegverbod als bedoeld in artikel 670, leden 1 tot en met 4 en 10, of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift geldt, kan de kantonrechter, in afwijking van lid 2, het verzoek om ontbinding inwilligen, indien:

a. het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben; of

b. er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.”

10.3 De uitzondering onder a. bevat de vergewisplicht, die ook onder het oude arbeidsrecht al gold⁸⁴ (zie onder 6.3-6.6); bij afwezigheid van genoemd verband kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Voor de uitzondering onder b. is in de parlementaire geschiedenis als voorbeeld genoemd een zieke werknemer wiens gezondheids-toestand alleen maar verslechtert door het in stand laten van de arbeidsovereenkomst; in een dergelijk uitzonderlijk geval kan de rechter dus toch overgaan tot ontbinding.⁸⁵

10.4 Als de situatie omschreven in art. 7:671b lid 6 onder a. of b. zich voordoet, geldt dus een uitzondering op de hoofdregel dat een opzegverbod (ook) in de weg staat aan rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, althans voor zover het gaat om de ‘tijdens’-opzegverboden.

10.5 Indien het echter een ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische omstandigheden betreft (de a-grond), dan zijn deze uitzonderingen uit art. 7:671b lid 6 BW niet van toepassing.

Dit is onderwerp van de volgende alinea’s.

De uitzonderingen van art. 7:671b lid 6 BW gelden niet bij de a-grond

10.6 Uit de aanhef van art. 7:671b lid 6 BW blijkt dat deze uitzonderingen *alleen gelden als sprake is van een ontbindingsverzoek op de b tot en met i-grond*. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het op een bewuste keuze van de wetgever berust

om de opzegverboden niet te doorbreken als het ontbindingsverzoek wordt gedaan op de a-grond.

10.7 Zo wordt in de memorie van toelichting bij de Wwz beschreven dat art. 7:671b lid 6 BW alleen betrekking heeft op ontbindingsverzoeken op de b-/m h-grond, waarna vervolgens valt te lezen:⁸⁶

“Eén en ander maakt duidelijk dat, als de werkgever zich beroept op artikel 7:669, tweede lid [thans: derde lid, A-G], onderdeel a, BW een ontbinding alleen mogelijk is in de in artikel 7:670a, tweede lid, onderdeel d, derde en vierde lid, BW bedoelde uitzonderingssituaties, in welke situatie het opzegverbod immers in het geheel niet geldt. Eveneens is ontbinding vanzelfsprekend mogelijk in de in artikel 7:670a, eerste lid (nieuw), BW bedoelde uitzonderingssituatie waarbij het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt of bijvoorbeeld in de in artikel 6, tweede lid, van de Wsw bedoelde uitzonderingssituatie.”

10.8 Art. 7:671b lid 6 BW heeft dus géén betrekking op een ontbindingsverzoek dat is gebaseerd op de a-grond, bedrijfseconomische omstandigheden. Voor een ontbindingsverzoek op de a-grond geldt daarom onverkort de hoofdregel: een opzegverbod staat in de weg aan toewijzing van het verzoek. Daarmee is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer op de a-grond gedurende de eerste twee jaren van zijn arbeidsongeschiktheid dus (in beginsel, zie onder 10.14) uitgesloten. Ontbinding wegens disfunctioneren, een verstoorde arbeidsverhouding of een van de andere in art. 7:669 lid 3 sub b tot en met i BW genoemde redenen is wel mogelijk, tenzij de door de werkgever aangevoerde grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst verband houdt met de omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft (zoals ziekte) en tenzij sprake is van zwaarwegende omstandigheden.

10.9 Dat de uitzonderingen uit art. 7:671b lid 6 BW niet van toepassing zijn op ontbindingsverzoeken wegens bedrijfseconomische omstandigheden, leidde al tijdens de parlementaire behandeling tot kritiek. Loonstra & Sick noemden het ‘opmerkelijk’, maar constateerden – terecht – dat ‘dit niet een weeffout, maar een bewuste keuze van de wetgever is’.⁸⁷ Wits bestempelde dit onderdeel van het wetsvoorstel als ‘zeer nadelig voor werkgevers’.⁸⁸

“In feite betekent dit dat werkgevers langdurig zieke werknemers buiten de afspiegeling moeten houden, in een situatie waarin wegens bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Er kan geen rechterlijke af-

⁸⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 107 en 108 (MvT Wwz). Zie over deze passage ook R.S. van Coevorden, ‘Bijzondere opzegverboden’, TAP 2014/7, p. 50.

⁸⁷ C.J. Loonstra & P.Th. Sick, ‘Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?’, TAP 2014/1, p. 11.

⁸⁸ E.B. Wits, ‘De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?’, in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 193 en 194.

⁸³ A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema’s II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 14.2.4, p. 269.

⁸⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 108 (MvT Wwz).

⁸⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 108 (MvT Wwz).

weging meer plaatsvinden tussen de belangen van de zieke werknemer(s) en het bedrijfsbelang.”

10.10 Ook Zeeuwen pleitte ervoor om de werkgever bij een bedrijfsseconomisch ontslag de mogelijkheid te laten behouden om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst van een werknemer voor wie een opzegverbod tijdens ziekte geldt, te laten ontbinden.⁸⁹

10.11 In dit kader valt tot slot nog te noemen de notitie die de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) heeft opgesteld ten behoeve van de behandeling van het wetsvoorstel *Werk en zekerheid* in de Eerste Kamer.⁹⁰ In ‘§1 Systeem van het nieuwe ontslagrecht’, onder het kopje ‘Gebreken waarvoor een reparatiewet zou moeten worden vastgesteld’, staat onder meer het volgende:

“1.10 Onder de WWZ is het klaarblijkelijk niet mogelijk de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer te beëindigen vanwege reorganisatie. Naar huidig recht wordt er doorgaans van uitgegaan dat dit juist wel zou moeten gebeuren indien de zieke werknemer ook zonder dat hij ziek was geweest volgens de ontslagvolgorde van het ontslagbesluit voor ontslag in aanmerking zou komen. Veel kantonrechters plegen in die gevallen de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer te ontbinden teneinde de zieke werknemer niet alleen om reden van zijn ziekte te bevoordelen boven gezonde werknemers. Deze mogelijkheid zou gehandhaafd moeten blijven. Vraag aan de minister:

(1) Kan de minister toezeggen dat hij bij reparatiewet de mogelijkheid zal introduceren om ten aanzien van een zieke werknemer, die volgens de bij bedrijfsseconomische ontslagen geldende ontslagvolgorde voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen, een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen?”

10.12 In antwoord op de hierboven weergegeven vraag meldt de minister dat hij een dergelijke toezegging niet zal doen. Voor een toelichting daarop wordt verwezen naar het antwoord op eenzelfde vraag van de leden van de fractie van D66 (zie hierboven onder 7.5 en 7.6).⁹¹ Op die plaats herhaalt de minister zijn eerdere opmerkingen over de verschillende omgang van rechters met de vergewisplicht en de ratio van het beperken van de uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte.⁹²

10.13 De conclusie is dus dat onder de Wwz de rechtsbescherming van zieke werknemers bij ontslag wegens bedrijfsseconomische omstandigheden

is versterkt: ook indien het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid, kan de rechter niet ontbinden.⁹³ Tegen deze achtergrond schrijft Diebels in zijn proefschrift dat met de Wwz bij bedrijfsseconomische ontslagen in feite een ‘ontslagverbod’ van zieke werknemers is geïntroduceerd.⁹⁴ Het voorgaande maakt duidelijk dat dat een bewuste keuze van de wetgever is.

(Zeer) beperkte doorbreking van de opzegverboden bij een ontbindingsverzoek op de a-grond

10.14 De hoofdregel dat het opzegverbod tijdens ziekte in de weg staat aan rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de a-grond, leidt zodoende slechts uitzondering in twee situaties:

- bij volledige beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 7:670a lid 2 aanhef en onder d BW, zie reeds par. 9 van deze conclusie); en
- indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen (art. 7:671b lid 7 BW, waarover hierna).

Opzegverbod tijdens ziekte geldt niet bij aanvang ziekte na ontvangst ontbindingsverzoek

10.15 Specifiek voor het opzegverbod tijdens ziekte bevat art. 7:671b lid 7 BW een uitzondering, waar het bepaalt dat dit opzegverbod (in feite: het ‘ontbindingsverbod’ tijdens ziekte) niet geldt als de ziekte dateert van ná de ontvangst van het ontbindingsverzoek door de rechter:

“Het opzegverbod, bedoeld in artikel 670, lid 1, geldt niet indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.”

10.16 In de memorie van toelichting is deze bepaling als volgt toegelicht:⁹⁵

“In het voorgestelde zevende lid wordt tot uitdrukking gebracht dat het opzegverbod bij ziekte – en dus ook de vergewisplicht – niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het ontbindingsverzoek door (de griffie van) de kantonrechter is ontvangen.”

10.17 De bepaling kan worden gezien als de tegenhanger van het in par. 8 besproken art. 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW, dat voor de UWV-procedure bepaalt dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst.⁹⁶ Dat blijkt duidelijk als de hiervoor aangehaalde passage uit de memorie van toelich-

89 N.T.A. Zeeuwen, ‘De opzegverboden’, in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, p. 89.

90 Notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818), Vragen en opmerkingen ten behoeve van de behandeling in de Eerste Kamer, Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) 24 maart 2014.

91 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 92 (MvA Wwz).

92 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p. 50 (MvA Wwz).

93 Vgl. P.H. Burger, ‘De zieke werknemer en het ontslagrecht’, in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen (MSR nr. 72)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 9.2.1, p. 230.

94 M. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer* (MSR nr. 66) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, par. 10.1, p. 532.

95 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 101 (MvT Wwz).

96 Vgl. *T&C Arbeidsrecht*, aant. 9 bij art. 671b (Verhulp).

ting wordt gelezen in samenhang met de daaraan voorafgaande toelichting:⁹⁷

“In het nieuw voorgestelde eerste lid, onderdeel b, wordt de verwijzing naar het verzoek om toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen als bedoeld in artikel 6 van het BBA 1945 vervangen. In plaats daarvan wordt geregeld dat het opzegverbod bij ziekte niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het volledige verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 7:671a, eerste of tweede lid, BW door het UWV of de in dat artikel bedoelde commissie is ontvangen. Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).”

10.18 Uit het achter elkaar vermelden van (i) de uitzondering op het opzegverbod als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen, en (ii) de uitzondering op het opzegverbod als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, komt naar voren dat de wetgever twee verschillende ‘peilmomenten’ voor ogen heeft gehad voor achtereenvolgens de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure.

10.19 Hiermee is overigens niet per sé gezegd dat *dus* alleen het tweede peilmoment van belang is in de ontbindingsprocedure; uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet of de wetgever zich ervan bewust is geweest dat zich de situatie kan voordoen die in onze zaak aan de orde is (kort gezegd: de werknemer raakt arbeidsongeschikt tijdens de UWV procedure en het UWV verleent geen toestemming voor ontslag, waarna de werkgever zich tot de kantonrechter wendt met een ontbindingsverzoek).⁹⁸

11 Beschouwing

11.1 Aan de hand van wat hiervoor is besproken zal ik de voorgelegde vraag beantwoorden. De argumenten die hierbij aan de orde komen, zijn grotendeels ook terug te vinden in de verschillende rechterlijke uitspraken (waaronder de uitspraak waartegen het cassatieberoep zich richt) en commentaren in de literatuur.

11.2 Vooropgesteld moet worden dat de procedure bij het UWV en de procedure bij de kantonrechter twee afzonderlijke routes zijn om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. Ondanks het feit dat de werkgever die het niet eens is met een UWV-besluit zich binnen twee maanden tot de rechter kan wenden met het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden – en de rechter-

lijke procedure in zoverre een vervolg is op de eerdere UWV-procedure –, is de rechterlijke procedure geen hoger beroep van het UWV-besluit. De rechter moet zelfstandig beoordelen, aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van zijn uitspraak, of voldaan is aan de vereisten voor ontslag. De rechter toetst niet de juistheid of rechtmatigheid van het UWV-besluit (zie onder 4.10-4.11).

11.3 De UWV-procedure is daarmee meer te zien als een ‘verplicht voorportaal’ voor de rechterlijke procedure, dan dat in de rechterlijke procedure inhoudelijk wordt voortgebouwd op de UWV-procedure.

11.4 In de systematiek van de Wwz wordt eerst een algemene regeling gegeven voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst, daaronder begrepen de opzegverboden (zie par. 7-9), waarna vervolgens voor de ontbindingsprocedure bij de rechter *afzonderlijk* wordt uitgewerkt hoe de opzegverboden daarin doorwerken (zie par. 10).

11.5 Anders dan onder het oude recht is in de Wwz bewust gekozen voor een gedetailleerde regeling van de werking van de opzegverboden – waaronder het opzegverbod tijdens ziekte – in de ontbindingsprocedure. De reden hiervoor is dat de Wwz-wetgever een einde heeft willen maken aan de praktijk onder het oude recht, waarin de rechter de arbeidsovereenkomst kon ontbinden terwijl sprake was van een opzegverbod (zie par. 6 en onder 7.6). Uit de parlementaire geschiedenis is bovendien af te leiden dat de regeling in de artt. 7:670a en 671b BW limitatief zijn bedoeld (zie onder 7.4). Beoogd is dus om in de wet precies te benoemen in welke gevallen opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (toch) mogelijk is, ondanks dat de situatie uit een opzegverbod zich voordoet.

11.6 Verder blijkt uit de wetsgeschiedenis dat onder ogen is gezien dat er twee verschillende ‘peilmomenten’ gelden voor een uitzondering op het opzegverbod tijdens ziekte in respectievelijk de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure. In het eerste geval geldt de uitzondering op het opzegverbod als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen. In het tweede geval geldt de uitzondering op het opzegverbod als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen (art. 7:671b lid 7 BW, zie onder 10.15-10.19).

11.7 Daarmee moet ervan uit worden gegaan dat met art. 7:671b lid 7 BW een specifieke regeling geldt voor de ziekte die is aangevangen na ontvangst van het ontbindingsverzoek. Lid 7 bevat ook geen (aanvullende of nadere) uitzondering met de strekking dat bij een voorafgaande UWV-procedure de uitzondering op het opzegverbod van art. 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW ‘doorwerkt’ in de ontbindingsprocedure.

11.8 Verder sluit art. 7:671b lid 6 aanhef en onder a BW – waarin is bepaald dat de ‘tijdens’-opzegverboden niet gelden als het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de omstandigheden

⁹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 101 (MvT Wwz).

⁹⁸ In de woorden van Houweling c.s.: ‘Het lijkt erop dat de wetgever de zogenoemde ‘spoorwisseling’ niet goed heeft doordacht.’ A.R. Houweling c.s., *Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 14.2.4, p. 271.

waarop die opzegverboden betrekking hebben — de toepassing van deze regel voor een ontslag *op de a-grond* expliciet uit (zie onder 10.7). Ook daaruit blijkt dat de Wwz-wetgever de uitzonderingen op het opzegverbod heeft willen beperken, in het bijzonder bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (zie onder 10.13).

11.9 Dat laatste volgt ook uit de nieuwe regeling voor de doorbreking van het opzegverbod tijdens ziekte bij een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat hiermee een breuk met het oude recht is beoogd; doorbreking van het opzegverbod tijdens ziekte bij een ontslag op de a-grond is thans beperkt tot de situatie van bedrijfsbeëindiging. Als sprake is van verval van arbeidsplaatsen maar geen algehele bedrijfsbeëindiging, geldt het opzegverbod tijdens ziekte onverkort. De wetgever hecht meer belang aan continuering van het dienstverband met het oog op de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de zieke werknemer, dan aan het bieden van de mogelijkheid aan de werkgever om een zieke werknemer te ontslaan indien diens arbeidsplaats komt te vervallen (zie onder 9.6).

11.10 Uit het voorgaande volgt dat er geen wettelijke basis is voor het 'doorwerken' van de uitzondering op het ontslagverbod van art. 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW. Bovendien blijkt daaruit dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een afzonderlijke regeling van het opzegverbod tijdens ziekte in de ontbindingsprocedure, waarbij — specifiek met betrekking tot het ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden — de uitzonderingen zijn beperkt.

11.11 Nu volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het opzegverbod tijdens ziekte strikt moet worden gehanteerd (zie onder 5.9-5.12) — waarbij met name te wijzen is op het beschermingskarakter van het opzegverbod (zie onder 5.6-5.8 en 5.10) — is er geen aanleiding om, zonder dat daarvoor een wettelijke basis bestaat, het opzegverbod tijdens de UWV-procedure toch te laten 'doorwerken' om de ontbindingsprocedure.

11.12 In de literatuur wordt door sommigen verdedigd dat het opzegverbod in art. 7:670 lid 1 BW al is beperkt met de uitzondering onder b, zodat de verwijzing in art. 7:671b lid 2 BW naar 'opzegverboden als bedoeld in artikel 670', tevens die uitzonderingen omvat. Zo schrijft Frikkee:⁹⁹

"Verdedigbaar is dat uit dit artikellid (A-G: art. 7:671b lid 2 BW) kan worden afgeleid dat het opzegverbod dus niet van toepassing is, indien de ontbindingsprocedure is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin ook geen opzegverbod gold. Art. 7:671b lid 2 BW verwijst immers expliciet naar art. 7:670 lid 1 BW, waarin staat dat het opzegverbod niet van toepassing is als de

ziekte een aanvang heeft genomen nadat het UWV de ontslagaanvraag heeft ontvangen. De ontbindingsprocedure bij de kantonrechter na weigering UWV-toestemming is een bijzondere procedure, die wel wordt aangeduid als 'verkappt hoger beroep' tegen het oordeel van het UWV en wettssystematisch gezien een onlosmakelijke voortzetting van de UWV-procedure vormt. De werkgever dient immers binnen twee maanden na de beslissing van het UWV het ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen (art. 7:686a lid 4 sub d BW). Bovendien mag de kantonrechter zonder voorafgaande UWV-procedure de arbeidsovereenkomst niet op de a-grond ontbinden. In de parlementaire geschiedenis van de Wwz is geen enkele aanwijzing te vinden waaruit blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat het ontbreken van het opzegverbod in de UWV-procedure niet doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure."

11.13 Haar opvatting sluit aan bij de alternatieve lezing van art. 7:671b BW die Barentsen, Erkens & Weber naar voren hebben gebracht (cursivering uit origineel hier onderstreept [hier: gecursiveerd; red.]):¹⁰⁰

"In art. 7:671b BW wordt gerefereerd aan een op grond van art. 7:670 BW *geldend* opzegverbod. Dat geldt nu juist niet als de ziekte pas is begonnen na de UWV-procedure. Op die manier zou de uitzondering in art. 7:671b BW kunnen worden ingelezen. Een andere uitzondering op het ontbindingsverbod bij ziekte — sluiting van het hele bedrijf — komt niet met zoveel woorden voor in art. 7:671b BW. Evenmin valt in deze bepaling te lezen dat het ontbindingsverbod na twee jaar niet meer van kracht is. Ook die uitzonderingen moeten via de omweg van art. 7:670 BW en art. 7:670a BW in de ontbindingsprocedure worden ingelezen. Waarom zou dat niet ook kunnen, of zelfs moeten, met de temporele beperking waar het hier om gaat?"

11.14 Ook andere auteurs menen dat uit de wet kan worden afgeleid dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt als de werknemer zich tijdens de UWV-procedure heeft ziekgemeld.¹⁰¹

11.15 Deze lezing zou ik niet willen volgen. Dat in de parlementaire geschiedenis van de Wwz geen aanwijzing is te vinden waaruit blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat het ontbreken van het opzegverbod in de UWV-procedure niet

100 B. Barentsen c.s., 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2018/48, par. 2.

101 Zo schrijven onder meer Bouwens c.s. dat deze lezing 'verdedigbaar is'. Zie Bouwens c.s., *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2020/28.10. Idem: D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslag', in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer* (MSR nr. 16), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.3.1, p. 240. Zie verder F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Het rechterlijk toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA* 2018/2, par. 3.2, en — steller — H.J. Wiarda & I. Baijens, 'De complicaties voor de werkgever bij het uit dienst treden van een zieke werknemer: een (praktisch) overzicht', *TvO* 2018/2, p. 46-47.

99 Par. 4 van de noot van C.J. Frikkee in *TRA* 2018/5 bij Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577. Zie ook haar in dezelfde periode verschenen 'Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/4, par. 5.

doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure, lijkt mij geen valide argument. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk wél duidelijk dat het de bedoeling is geweest te breken met de (wat beperkte) 'reflexwerking' van het opzegverbod tijdens ziekte, zoals die onder oud recht gold, en in plaats daarvan uitputtend in de wet te regelen wanneer er uitzonderingen gelden op de opzegverboden.

11.16 Daar komt bij dat de door Frikkee en door Barentsen c.s. geopperde lezing uitgaat van een meer doordachte en sluitende wetssystematiek dan waarvan sinds de Wwz feitelijk sprake is.

11.17 Ook wordt wel aangenomen dat sprake is van een ommissie in de wet (die de wetgever of de rechter zou moeten rechtekken), omdat het effect van art. 7:671b lid 7 BW niet onder ogen zou zijn gezien.¹⁰² Laagland & Lintsen schrijven dat hoewel de ontbindingsprocedure formeel geen beroepsprocedure is, met de introductie van art. 7:671b lid 1 onder b BW beoogd is de werkgever een herkansingsmogelijkheid te geven. Die herkansingsmogelijkheid wordt hem ontnomen als de werknemer zich na de beslissing van het UWV ziek meldt en gedurende de vervalttermijn van twee maanden ziek blijft.¹⁰³ Ook Boesberg meent dat sprake is van een wettelijke ommissie.¹⁰⁴

"Bij het ontwerpen van de WWZ is echter niet onderkend dat beide routes niet langer geheel los van elkaar staan. Voor de a-grond is de kantonrechter een 'beroepsmogelijkheid' van de UWV-procedure geworden (zie Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:671b BW, aant. 3). Het nieuw ingevoerde art. 7:671b lid 1 onder b BW bepaalt immers dat werkgever zich tot de kantonrechter kan wenden indien het UWV toestemming heeft geweigerd. Voor een ontslag op de a-grond is de kantonrechter daarmee een verlengstuk van de UWV-procedure geworden. In de wetsgeschiedenis van de WWZ is vermeld dat de kantonrechter in dat geval aan dezelfde criteria moet toetsen als het UWV. Te bepleiten valt dat onder 'dezelfde criteria' dan ook de anti-misbruikbepaling bij ziekmelding dient te worden geschaard. Een andere uitleg zou tot onaantvaardbaar gevolg hebben dat werknemer de beroepsmogelijkheid tegen de afwijzing van de ontslaanvraag eenvoudig kan doorkruisen, door zich direct na de beslissing van het UWV ziek te melden en zich gedurende twee maanden ziek te houden.

Vanwege een later door de Eerste Kamer voorgestelde technische wijziging heeft werkgever ingevolge art. 7:686a lid 4 onder d BW immers nog maar twee maanden de tijd om van voornoemde beroepsmogelijkheid gebruik te maken. Daarna vervalt de beroepsmogelijkheid.

In de Memorie van Toelichting bij de Verzamelwet SZW is met geen woord gerept over de gevolgen van voornoemde vervalttermijn in combinatie met een doorkruising van ziekte van werknemer. Het onderdeel is toegevoegd ter voorkoming van onnodig lange onzekerheid bij werknemer. Werknemer kan zich dus na de vervalttermijn van twee maanden weer beter melden, waarna werkgever geen ontbinding op de a-grond meer kan verzoeken op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel b BW. Er moeten zich immers eerst nieuwe feiten voordoen, voordat werkgever een nieuw verzoek kan indienen bij de kantonrechter."

11.18 Naar mijn mening zijn er geen duidelijke aanwijzingen dat sprake is van een ommissie in de wet.

Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat er twee verschillende 'peilmomenten' gelden voor achtereenvolgens ziekte die aanvangt tijdens de UWV-procedure en ziekte die aanvangt tijdens de rechterlijke procedure. Bovendien blijkt dat bedoeld is om het opzegverbod bij ziekte aan te scherpen – specifiek voor het ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden – en te breken met het oude systeem van 'reflexwerking', waarin het ook bij bedrijfseconomische ontslagen mogelijk was om ondanks het opzegverbod toch de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

11.19 Hiermee zit ik op de lijn van Verhulp. Hij schrijft dat 'doorwerking' van de uitzondering op het opzegverbod in de op de UWV-procedure volgende ontbindingsprocedure niet past bij de bedoeling van de regering.¹⁰⁵

"Het opzegverbod geldt wel indien de werknemer nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen zich ziek meldt en de werkgever na weigering van de ontslagvergunning vervolgens ontbinding vraagt. De regering meende in het kader van de behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid na dat het opzegverbod geldt (*Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 27, en o.a. Rb. Gelderland 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577 en Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820*).

¹⁰² Zie onder meer B. Barentsen c.s., 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA 2018/48*, par. 2; P. Kruit & B. Schouten, 'Toetsing in ontslagzaken: soms ex nunc en soms ex tunc', *TRA 2020/42*, par. 4a. Zie verder de literatuur in de volgende twee noten.

¹⁰³ F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Het rechterlijk toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA 2018/2*, par. 3.1. Zie ook G.R. Oldenhuis, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3.5 bij art. 7:670 BW (online, bijgewerkt t/m 29 maart 2020).

¹⁰⁴ F.M.C. Boesberg in haar noot in *JAR 2017/128* bij Ktr. Bergen op Zoom 10 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267.

¹⁰⁵ E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht*, aant. 3.e bij art. 7:670 BW (online, bijgewerkt t/m 1 juli 2021). Ook Van Drongelen & Jellinghaus lijken zich hierin te kunnen vinden, waar zij schrijven dat redenering van Hof Den Bosch volgens hen juridisch sluitend is. (De redenering in die beschikking (ECLI:NL:GHSHE:2017:2820) is vergelijkbaar met de gedachtegang uit de beschikking die het onderwerp van deze vordering tot cassatie is.) Zie J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Fase/Individueel arbeidsrecht, Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, par. 72.6, p. 278.

De tekst van art. 7:671b lid 2 wijst ook in deze richting. Frikkee (*ArbeidsRecht* 2018/1) betoogt dat nu dit artikel naar art. 7:670 lid 1 BW verwijst, in het geval de werknemer zich bij het UWV niet op het opzegverbod wegens ziekte kon beroepen omdat de ziektemelding is ontvangen nadat het verzoek om toestemming is ontvangen, de werknemer zich evenmin op dat opzegverbod kan beroepen in de daarop volgende ontbindingsprocedure. Uit *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 101 en omdat de ontbinding niet is bedoeld als hoger beroep op de beslissing van het UWV (hoewel het er onmiskenbaar trekken van heeft) leid ik af dat dit betoog niet past bij de bedoeling van de regering.”

11.20 De verwijzing in deze passage naar de wetsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid lijkt mij overigens minder overtuigend, omdat, zoals eerder is beschreven, onder het oude recht de rechterlijke ontbindingsprocedure helemaal losstond van de UWV-procedure. In die wetssystematiek was het vanzelfsprekend dat het opzegverbod herleefde na weigering van toestemming voor opzegging door het UWV en stond dat niet steeds in de weg aan beëindiging, aangezien de arbeidsovereenkomst dan toch kon worden ontbonden door de kantonrechter (zie onder 8.8).

11.21 Ook Barentsen, Erkens & Weber zijn van mening dat het opzegverbod tijdens ziekte in de ontbindingsprocedure onverminderd geldt. Daarbij merken zij op dat een ziekmelding na aanvang van de UWV-procedure niet per definitie in de weg staat aan een gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat het erom gaat of sprake is van ziekte.¹⁰⁶

Daarmee bedoelen zij dat alleen als blijkt dat de werknemer *daadwerkelijk* ziek is, het opzegverbod geldt.¹⁰⁷

11.22 Dat lijkt mij een belangrijk gezichtspunt. Veel commentaren lijken ervan uit te gaan dat het steeds gaat om ‘strategische’ ziekmeldingen van de werknemer, nadat hij bekend is geworden met het voornemen van de werkgever om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. Hoewel dit zich ongetwijfeld in de praktijk wel zal voordoen, gaat het te ver om als aanname het uitgangspunt te hanteren dat de werknemer niet echt ziek is. Zoals ook door de regering naar voren is gebracht in het

kader van de Wet Flexibiliteit en zekerheid (zie onder 8.12):

“Voor zover er in geval van een ziekmelding sprake is van een schijnsituatie wijzen wij erop dat de werkgever in het kader van de WULBZ voldoende instrumenten ter beschikking staan om zodanige ziekmelding te ontzenuwen.”

Met andere woorden, als een ‘strategische’ ziekmelding wordt vermoed, zal de werkgever met behulp van de bestaande wettelijke instrumenten¹⁰⁸ moeten laten beoordelen of de werknemer arbeidsongeschikt wegens ziekte is. Daarbij is, na initiatief daartoe van de werkgever, een rol weggelegd voor de bedrijfs- of verzekeringsarts. Dat neemt overigens niet weg dat een ziekmelding het proces wel degelijk kan vertragen of frustreren.¹⁰⁹

11.23 Zelfs al zou worden aangenomen dat aan de uitzondering op het opzegverbod in de UWV-procedure een anti-misbruikgedachte ten grondslag ligt (waarover de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid niet eenduidig is, zie onder 8.14), dan nog kan dit geen argument zijn om in zijn algemeenheid en zonder dat daar een wettelijke grondslag voor bestaat, aan te nemen dat deze uitzondering op het opzegverbod ‘doortikt’ naar de ontbindingsprocedure. Ten overvloede: het gaat hier óók om werknemers die simpelweg de pech hebben dat zij echt ziek zijn geworden (op een juridisch onhandig moment).¹¹⁰

11.24 Als met mij ervan wordt uitgegaan dat het opzegverbod tijdens ziekte geldt in een ontbindingsprocedure die volgt op een UWV-procedure waarin de werknemer zich heeft ziekgemeld, dan zal de kantonrechter het ontbindingsverzoek moeten afwijzen. Ook als vaststaat dat sprake is van een redelijke grond voor ontslag en herplaatsing niet mogelijk of niet in de rede ligt. Dat betekent dat de werknemer in deze situatie en enkel in dit opzicht ‘gunstiger’ af is dan de werknemer die in de UWV-procedure ongelijk kreeg (omdat toen het opzegverbod niet gold en UWV dus toestemming verleende waarmee de werkgever de arbeidsovereenkomst kon opzeggen).

11.25 Op grond van deze ‘ongelijkheid’ menen Houweling c.s. dat de uitzonderingsbepaling uit de UWV-procedure zou moeten doorwerken in de ontbindingsprocedure; *‘het [is] wat merkwaardig dat bij een toewijzing door het UWV het opzegverbod niet zou gelden, terwijl bij een onterechte afwijzing van deze toestemming het opzegverbod opeens zou herleven.’*¹¹¹

¹⁰⁶ B. Barentsen c.s., ‘Kroniek Rechtspraak Wwv’, *TRA* 2018/48, par. 2. Zie ook reeds J.W. Klinckhamers, ‘De opzegverboden na inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid’, *ArbeidsRecht* 1998/57.

¹⁰⁷ Zie in vergelijkbare zin P.H. Burger, ‘De zieke werknemer en het ontslagrecht’, in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen (MSR nr. 72)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 9.2.2, p. 232. Hiermee strookt ook het oordeel van de Hoge Raad dat het een werknemer is toegestaan om zich eerst in hoger beroep op het opzegverbod te beroepen (indien hij reeds eerder arbeidsongeschikt wegens ziekte was). Ook al dateert de ziekmelding van ná de ontbindingsbeschikking in eerste aanleg. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, *NJ* 2020/377, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Achmea*), rov. 3.1.3.

¹⁰⁸ Zie onder meer, met verwijzingen, Bouwens c.s., *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2020/6.2 en 6.6, en B. Barentsen, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 4 bij art. 7:629 BW (online, bijgewerkt t/m 1 maart 2019).

¹⁰⁹ Zie ook B. Barentsen c.s., ‘Kroniek Rechtspraak Wwv’, *TRA* 2018/48, par. 2.

¹¹⁰ Vgl. B. Barentsen c.s., ‘Kroniek Rechtspraak Wwv’, *TRA* 2018/48, par. 2.

¹¹¹ A.R. Houweling c.s., *Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 14.2.4, p. 271.

Overigens vinden zij dat een aanpassing van de wettelijke regeling voor de hand ligt.

11.26 Voor zover in het verschil in gevolgen een argument wordt gezien om de uiteengezette benadering te verwerpen, lijkt mij dat niet terecht. Als er verschillende instanties zijn die oordelen over een verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst (UWV, kantonrechter, hof) is het onontkoombaar dat niet steeds tot precies dezelfde uitkomst wordt gekomen. De feiten kunnen anders worden gewaardeerd, er kunnen nieuwe feiten boven tafel komen of zich nieuwe feiten hebben voorgedaan, en er kunnen andere procesrechtelijke regels gelden. Al deze aspecten kunnen de uitkomst van het verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst beïnvloeden. Een voorbeeld hiervan is ook de situatie dat een afwijzende ontbindingsbeslissing van de kantonrechter wordt gevolgd door hoger beroep van de werkgever, versus een toewijzende ontbindingsbeslissing van de kantonrechter die wordt gevolgd door hoger beroep van de werknemer. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat in het eerste geval ex nunc moet worden getoetst en in het tweede geval ex tunc;¹¹² ook dit leidt tot een verschil in gevolgen.¹¹³

11.27 Kortom: mijns inziens geldt in een ontbindingsprocedure wegens bedrijfseconomische omstandigheden het opzegverbod tijdens ziekte indien de arbeidsongeschiktheid is aangevangen voordat het verzoekschrift door de kantonrechter is ontvangen, ongeacht of de werknemer al ziek was tijdens de UWV-procedure.

11.28 Tot slot is nog het volgende op te merken. Er is al lange tijd veel discussie over wat een goede balans is tussen enerzijds de rechten en plichten van de zieke werknemer en anderzijds de rechten en plichten van de werkgever. Volgens velen is het huidige systeem van het arbeidsrecht (onder meer) op dit punt aan herziening toe, met name de twee jaar

durende loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.¹¹⁴ In vervolg op het eindrapport van de Commissie Regulering van werk¹¹⁵ zijn er op verzoek van de minister een groot aantal beleidsvarianten uitgewerkt, ter invulling van de maatregelen die de Commissie heeft geadviseerd.¹¹⁶ Negen van deze beleidsvarianten hebben betrekking hebben op het deel terrein 'ziekte en arbeidsongeschiktheid'.¹¹⁷ Ook de duur van het opzegverbod tijdens ziekte is hierin bijvoorbeeld ter discussie gesteld.¹¹⁸ Duidelijk is dat er een grote samenhang bestaat tussen de verschillende beleidsvarianten. Tegen deze achtergrond ligt het al helemaal niet voor de hand dat de rechter wijzigingen aanbrengt in het in de Wwz neergelegde systeem van rechten en plichten van de zieke werknemer enerzijds en die van de werkgever anderzijds.

11.29 Het voorgaande betekent dat de kantonrechter in de bestreden beschikking van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan.

12 Conclusie

De slotsom is dat het middel niet slaagt en dat de vordering tot cassatie in het belang der wet moet worden verworpen.

¹¹⁴ Zie voor een recent overzicht B. Barentsen, 'SER-advies 21/08 'Zekerheid voor mensen': ziekte en arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2021/76, met verwijzingen naar onder meer rapporten van de commissie-Borstlap (*In wat voor land willen wij werken? Eindrapport van de Commissie Regulering van werk*, Den Haag: 23 januari 2020), de SER (*Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving* (SER Advies 21/08), Den Haag: SER 2021), UWV & Panteia (*Effecten van verlenging van loondoorbetaling en ziekingeld*, UWV/Panteia oktober 2020) en de WRR (*Het betere werk. Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid* (WRR nr. 102), Den Haag: WRR 15 januari 2020). Zie, naar aanleiding van het regeerakkoord van Rutte-III, L. van den Berg, 'De maatregelen in het regeerakkoord over ziekte en arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/27. Ook valt bijv. te wijzen op E.F.A van Buitenen c.s. (red.), 'Ontslagrecht, flexibele arbeid en (sociale) zekerheid in de jaren 1996, 2006, 2016 en 2036', in: A.R. Houweling & L.C.J. Sprengers (red.), *70 jaar VvA: einde van het begin* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 44), Deventer: Wolters Kluwer 2016, zie met name de paragrafen 'Zieke werknemer' (in par. 3.1: 'Hoe zieke werknemer duurder werden, er vrees was voor arbeidsnomaden en de kantonrechters een formule bedachten (1996)'), 'Zieke werknemer: een haast niet (meer) te dragen last?' (in par. 3.3: 'Schoorvoetend op weg in het nieuwe recht (2016)'), en 'Sociale zekerheid en andere vangnetten' (in par. 3.4: 'De nieuwe wereld: één beëindigingsrecht voor allen (2036)').

¹¹⁵ Commissie-Borstlap, *In wat voor land willen wij werken? Eindrapport van de Commissie Regulering van werk*, Den Haag: 23 januari 2020.

¹¹⁶ Technische beleidsvarianten ter verdere invulling van het advies van de Commissie Regulering van werk – aanvulling na jaar 2020, 11 november 2020, te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/2021, 29 544, nr. 1031 (Brief van de Minister van SZW).

¹¹⁷ De varianten 38-46 hebben betrekking op ziekte en arbeidsongeschiktheid.

¹¹⁸ Zie de technische beleidsvarianten 39 en 40 (p. 167-175) uit de bijlage bij voornoemde brief.

¹¹² HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *NJ* 2020/378 (*Victoria*) en HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, *NJ* 2020/379, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

¹¹³ Zie C.J. Frikkee in haar noot in *TRA* 2020/45, par. 7-10 bij de uitspraken uit de vorige noot. Vgl. in dezelfde zin ook W.H.A.C.M. Bouwens in par. 6 van zijn noot bij deze uitspraken in *NJ* 2020/379 en C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Toetsing in hoger beroep ex tunc of ex nunc: de Hoge Raad geeft duidelijkheid', *ArbeidsRecht* 2020/26.

Hoge Raad:**1 Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak 8899135 / AR VERZ 20-88 van de kantonrechter te Leeuwarden van 5 februari 2021.

Tegen de beschikking heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad beroep in cassatie in het belang der wet ingesteld.

De vordering van de Procureur-Generaal strekt ertoe dat de vordering tot cassatie in het belang der wet moet worden verworpen.

De advocaat van [A] B.V. heeft schriftelijk op de vordering gereageerd.

Omdat de Hoge Raad geen aanleiding ziet om overeenkomstig het in art. 393 lid 2 Rv bepaalde gelegenheid te bieden tot het maken van schriftelijke opmerkingen, heeft de Hoge Raad deze reactie terzijde gelegd.¹

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Het gaat in deze uitspraak om de vraag of de kantonrechter een verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden kan inwilligen, indien de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte en de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het UWV om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is verzocht maar voordat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De werkgever is een bedrijf met als hoofdactiviteit standbouw.
- (ii) De werknemer is in 2008 als standbouwer in dienst getreden van de werkgever.
- (iii) De werkgever is met het uitbreken van de coronacrisis geconfronteerd met het vrijwel wegvallen van de standbouwactiviteiten.
- (iv) De werkgever heeft in juni 2020 het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: UWV) verzocht om toestemming voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van het verval van de arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische omstandigheden (art. 7:669 lid 1 in verbinding met lid 3, aanhef en onder a, BW, hierna: de a-grond).
- (v) Het UWV heeft het verzoek op 1 oktober 2020 afgewezen.
- (vi) Medio oktober 2020 heeft de werknemer zich ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft de werknemer vooralsnog arbeidsongeschikt wegens ziekte geacht.
- (vii) In november 2020 heeft de werkgever bij de kantonrechter een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend op grond

van verval van de arbeidsplaats van de werknemer (de a-grond).

(viii) De werknemer heeft aangevoerd dat hij ziek was op het moment van het indienen van het verzoekschrift bij de kantonrechter, dat er daarom een ontslagverbod geldt en dat het ontbindingsverzoek om die reden niet kan worden ingewilligd.

(ix) Bij beschikking van 5 februari 2021 heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek afgewezen.² Daartoe heeft de kantonrechter onder meer het volgende overwogen:

“4.10. (...) Met de Wwz is in geval van ontslag bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen een procedure in het leven geroepen die de indruk wekt dat de ontbindingsprocedure een verlengstuk van de UWV-procedure is, althans een herkansing biedt. Het betreft echter twee los van elkaar staande procedures ten overstaan van twee verschillende instanties die niet kunnen worden vereenzelvigd, waarbij tevens geldt dat de procedure bij de kantonrechter geen hoger beroep tegen de beslissing van het UWV is. Voor wat betreft het peilmoment met betrekking tot de werking van het opzegverbod in verband met het intreden van de ziekte geldt dat dit in de wet niet uitdrukkelijk op één moment, en wel het moment van de ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, is gefixeerd.

4.11. Artikel 7:671b lid 7 BW kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders worden begrepen dan de tekst luidt en daaruit volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. In de Memorie van Toelichting, Vergaderjaar 2013/2014, Kamerstuk 33818 nr. 3, blz. 101, wordt bij de (artikelsgewijze) toelichting van artikel 7:670 lid 1 onder b, toegelicht dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte is ingetreden na ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, waarna wordt vermeld: ‘Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).’

De kantonrechter leidt hieruit af dat de wetgever de twee peilmomenten onder ogen heeft gezien, maar daaraan voor een situatie als de onderhavige, waarbij de indiening van het ontbindingsverzoek volgt op een afwijzing van een verzoek om een ontslagvergunning en de ziekte van de werknemer is ingetreden tussen de afwijzing van de ontslagvergunning en de ontvangst van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter, geen gevolgen heeft verbonden.

De kantonrechter stelt verder vast dat de wetgever kennelijk ook niet heeft beoogd om ten aan-

¹ Vgl. HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342 (NJ 2014/300; red.).

² Rechtbank Noord-Nederland 5 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:385.

zien van dit opzegverbod op een of andere wijze een uitzondering ten nadele van de werknemer toe te staan (de periode waarin geen beroep op het opzegverbod wegens ziekte kan worden gedaan zou immers veel langer worden), nu dit opzegverbod niet tot de in artikel 7:671b lid 6 BW genoemde uitzonderingssituaties behoort.

4.12. De kantonrechter volgt [werkgever] niet in haar stelling dat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure (voor zover de ziekte reeds vóór de indiening van het ontbindingsverzoek is ingetreden) niet geldt indien deze is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin evenmin een opzegverbod gold, zoals [werkgever] afleidt uit artikel 7:671b lid 2 BW, waarin wordt verwezen naar artikel 7:670 lid 1 sub b BW. Dit argument ziet er aan voorbij dat, zoals hiervoor al is overwogen, de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter een zelfstandige procedure is die niet op zodanige wijze kan worden vereenzelvigd met de UWV-procedure dat de in artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder b BW genoemde, op de UWV-procedure toegespitste, uitzondering op het opzegverbod onverkort van toepassing blijft bij een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, nadat eerder toestemming door het UWV is onthouden. In artikel 7:671b lid 7 BW is voor de ontbindingsprocedure een voor die procedure geldende uitzonderingsregeling op het opzegverbod bij ziekte opgenomen en daarbij is ten aanzien van de onderhavige situatie geen uitzondering opgenomen. Dat had wel in de rede gelegen, indien de wetgever de door [werkgever] bepleite regeling had beoogd.

Anders dan [werkgever] ziet de kantonrechter geen grond om de bewoordingen in artikel 7:671b lid 2 BW 'en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 (...) gelden' aldus op te vatten dat er in de ontbindingsprocedure geen opzegverbod geldt indien dit tijdens de UWV-procedure ook niet het geval was. Naar het oordeel van de kantonrechter is met 'opzegverboden als bedoeld in artikel 670' enkel beoogd om de opzegverboden te benoemen zoals die zijn gerelateerd aan de in artikel 7:670 BW genoemde oorzaken zoals ziekte, zwangerschap, dienstplicht, lidmaatschap van een medezeggenschapsorgaan en het in die bepaling verder genoemde.

4.13. Het argument van [werkgever] dat een werknemer het ontslag kan frustreren door zich na de afwijzing door het UWV en voor het indienen van het ontbindingsverzoek ziek te melden, maakt de beoordeling niet anders gelet op het voorgaande. Verder kan daar tegenover worden gesteld dat bij het volgen van het standpunt van [werkgever] een werknemer die in de bedoelde tussenperiode arbeidsongeschikt door ziekte wordt zonder dat daarbij enige relatie met het voorgenomen ontslag is, van de hem toekomende (ontslag)bescherming bij ziekte zou zijn verstoken. Het wettelijk systeem met betrekking tot

de bescherming van arbeidsongeschikte werknemers biedt naar het oordeel van de kantonrechter zonder een uitdrukkelijke andersluidende regeling onvoldoende grondslag voor een zo vergaand gevolg."

(x) Van de beschikking van de kantonrechter is geen hoger beroep ingesteld.

3 Beoordeling van het middel

3.1 Het middel houdt de klacht in dat de beschikking van de kantonrechter blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het opzegverbod tijdens ziekte in de weg staat aan de door de werkgever verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Daarmee heeft de kantonrechter volgens de klacht miskend dat ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond) ook mogelijk is tijdens arbeidsongeschiktheid van de werknemer, indien het opzegverbod tijdens ziekte niet gold tijdens de voorafgaande UWV-procedure omdat de ziekte pas een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming voor opzegging op de a-grond door het UWV was ontvangen (art. 7:670 lid 1, aanhef en onder b, BW).

Relevante bepalingen

3.2.1 Op verzoek van de werkgever kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden op grond van het vervallen van de arbeidsplaats van de werknemer (art. 7:669 lid 3, aanhef en onder a, BW (de a-grond)). Ontbinding op deze grond is slechts mogelijk indien de werkgever eerst het UWV heeft verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en deze toestemming door het UWV is geweigerd (art. 7:671b lid 1, aanhef en onder b, BW in verbinding met art. 7:671a lid 1 BW). De bevoegdheid om het ontbindingsverzoek in te dienen vervalt twee maanden na de dag waarop de toestemming door het UWV is geweigerd (art. 7:686a lid 4, aanhef en onder d, BW).

3.2.2 De kantonrechter kan een verzoek tot ontbinding slechts inwilligen indien er geen opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW gelden (art. 7:671b lid 2 BW). Art. 7:670 lid 1 BW (hierna kortweg ook: opzegverbod tijdens ziekte) houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

"1. De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid:

a. (...)

b. een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (...) is ontvangen."

Art. 7:671b lid 7 BW luidt als volgt:

"7. Het opzegverbod, bedoeld in art. 670, lid 1, geldt niet indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen."

Opzegverbod tijdens ziekte

3.3.1 Het opzegverbod tijdens ziekte beoogt de werknemer te beschermen tegen een ontslag wegens ziekte en tegen verkorting van de termijn voor het vinden van ander werk, en heeft mede ten doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een ontslagaanzegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.³

3.3.2 De in art. 7:670 lid 1, aanhef en onder b, BW opgenomen beperking van het opzegverbod tijdens ziekte gaat terug op de Wet Flexibiliteit en zekerheid.⁴ De beperking is ontleend⁵ aan een voorstel van de Stichting van de Arbeid om op deze wijze “mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte, door lichtvaardige ziekmelding nadat een aanvraag tot ontslagvergunning is gedaan”, te ondervangen.⁶ De beperking is door de regering toegelicht door te wijzen op het “knelpunt in de praktijk” dat opzegging niet mogelijk is als de werknemer zich ziek meldt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd, “terwijl vaststaat dat er geen verband is tussen ziekte en opzegging”,⁷ en op de wens om de ontslagprocedure in tijd te bekorten.⁸

3.4.1 Het opzegverbod tijdens ziekte had tot aan de wijziging van het ontslagrecht door de Wet werk en zekerheid⁹ slechts betrekking op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Sinds 1 juli 2015 geldt op grond van art. 7:671b lid 2 BW het opzegverbod ook bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

3.4.2 De door de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde beperking van het opzegverbod tijdens ziekte is door de Wet werk en zekerheid zonder materiele wijziging gehandhaafd. In de memorie van toelichting is hierover vermeld:¹⁰

“In het nieuw voorgestelde eerste lid, onderdeel b, wordt (...) geregeld dat het opzegverbod bij ziekte niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het volledige verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 7:671a, eerste of tweede lid, BW door het UWV of de in dat artikel bedoelde commissie is ontvangen. Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW).”

Over art. 7:671b lid 7 BW is in de memorie van toelichting verder vermeld:¹¹

“In het voorgestelde zevende lid wordt tot uitdrukking gebracht dat het opzegverbod bij ziekte (...) niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het ontbindingsverzoek door (de griffie van) de kantonrechter is ontvangen.”

Beoordeling

3.5.1 De tekst van art. 7:671b lid 2 BW (zie hiervoor in 3.2.2) wijst erop dat indien de werknemer ziek is geworden na de indiening bij het UWV van de ontslagaanvraag, dit niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat. Art. 7:671b lid 2 BW verwijst immers naar de opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW en volgens art. 7:670 lid 1, onder b, BW is van een opzegverbod tijdens ziekte in een dergelijk geval geen sprake.

Deze uitleg strookt met de bedoeling van de wetgever om met de beperking van het opzegverbod mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte te ondervangen (zie hiervoor in 3.3.2). Wanneer ziekte, aangevangen in de periode tussen de ontslagaanvraag en het ontbindingsverzoek, in de weg zou staan aan toewijzing van het ontbindingsverzoek, laat dat immers ook ruimte voor ziekmeldingen op oneigenlijke gronden, gericht op afwijzing van het ontbindingsverzoek.

3.5.2 Met deze uitleg van art. 7:671b lid 2 BW strookt voorts dat de procedure bij het UWV en die bij de kantonrechter nauw met elkaar zijn verbonden. Die nauwe band is het gevolg van het samenstel van de regels dat (a) ontbinding door de kantonrechter op de a-grond slechts mogelijk is indien de werkgever eerst het UWV heeft verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en deze toestemming door het UWV is geweigerd, (b) tegen de beslissing van het UWV geen beroep bij de bestuursrechter openstaat (art. 8:5 lid 1 Awb in verbinding met art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak), (c) het ontbindingsverzoek slechts binnen twee maanden na de weigering door het UWV kan worden ingediend en (d) de kantonrechter dan toetst aan dezelfde criteria als het UWV.¹²

3.5.3 Art. 7:671b lid 7 BW laat ruimte voor een ontbinding op de a-grond als de werknemer al eerder, doch na de ontslagaanvraag bij het UWV, ziek is geworden. Art. 7:671b lid 7 BW heeft niet slechts betrekking op verzoeken om ontbinding op de a-grond maar ook op verzoeken om ontbinding op andere gronden. Verzoeken op die andere gronden worden niet voorafgegaan door een ontslagaanvraag bij het UWV. Derhalve kan bij deze verzoeken de in art. 7:670 lid 1, onder b, BW geformuleerde beperking van het opzegverbod tijdens ziekte geen toepassing vinden. Aangenomen dient te worden dat de wetgever met art. 7:671b lid 7 BW een met art. 7:670 lid 1,

3 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9536, rov. 3 (NJ 1987/292, m.nt. P.A. Stein; red.).

4 Wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), Stb. 1998, 300.

5 Kamerstukken II 1996/97, 24543, nr. 5, p. 2.

6 Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 8.3.

7 Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 11 en 13.

8 Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 21.

9 Wet van 14 juni 2014, Stb. 2014, 216.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 101.

11 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 108.

12 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 31.

onder b, BW vergelijkbare regeling heeft willen treffen, waarmee mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte kan worden ondervangen. Uit de wetsgeschiedenis valt niet af te leiden dat de wetgever bij verzoeken op de a-grond heeft beoogd dat art. 7:671b lid 7 BW in de weg staat aan toepassing van art. 7:670 lid 1, onder b, BW in de ontbindingsprocedure, waardoor aan die bedoeling juist afbreuk zou worden gedaan.

3.5.4 Een bevestigend antwoord op de vraag of een ontbindingsverzoek op de a-grond kan worden toegewezen als de werknemer arbeidsongeschikt is geworden in de periode tussen de ontslaanvraag bij het UWV en het verzoek om ontbinding aan de kantonrechter, heeft het bezwaar dat ontbinding dan mogelijk is ook als geen sprake is van een oneigenlijke ziekmelding. In het licht van de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid om mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte te ondervangen (zie hiervoor in 3.3.2) en bij gebreke van aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid dat de wetgever afstand heeft genomen van die bedoeling (zie hiervoor in 3.4.2), rechtvaardigt dit bezwaar echter niet om voor een geval als hier aan de orde het stelsel van het ontslagrecht anders uit te leggen dan volgt uit hetgeen hiervoor in 3.5.1-3.5.3 is overwogen.

Slotsom

3.6 Uit hetgeen hiervoor in 3.5.1-3.5.4 is overwogen volgt dat de hiervoor in 3.1 weergegeven klacht van het middel slaagt en dat de bestreden beschikking in het belang der wet moet worden vernietigd.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt, in het belang der wet, de beschikking van de kantonrechter te Leeuwarden van 5 februari 2021;
- verstaat dat deze vernietiging geen nadeel toebrengt aan de door partijen verkregen rechten.

Noot

1. Deze beschikking is gewezen na cassatie in het belang der wet. In de arbeidsrechtelijke literatuur was discussie ontstaan over de vraag of de werknemer zich kan beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte in de ontbindingsprocedure die volgt op een weigering van het UWV om toestemming te verlenen de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Deze discussie doet zich voor sinds de invoering van de WWZ. Sindsdien is bepaald dat de werkgever die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen wegens het vervallen van de arbeidsplaats van de werknemer, dat pas kan doen na verkregen toestemming van het UWV. Als het UWV die toestemming heeft geweigerd kan de werkgever de kantonrechter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens verval van de arbeidsplaats. De weigering van het UWV

geldt als voorwaarde voor het verzoek tot ontbinding. Dit is geregeld in art. 7:671b lid 1 onder b BW. In art. 7:670 lid 1 onder b BW is bepaald dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt indien 'de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (...) is ontvangen.' Voor de ontbindingsprocedure is in art. 7:671b lid 7 BW bepaald dat de werknemer zich niet kan beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte als de ziekte is ingetreden nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen. De wetgever heeft kennelijk niet gezien dat onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over de vraag of een werknemer, die ziek wordt nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen maar voordat de kantonrechter wordt gevraagd de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens het vervallen van de arbeidsplaats, zich in de ontbindingsprocedure kan beroepen op het opzegverbod.

2. De kantonrechter te Leeuwarden overwoog dat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure geldt indien de werknemer arbeidsongeschikt wordt nadat een verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen, dus vóór aanvang van de ontbindingsprocedure, en hij dus niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kon overgaan. A-G De Bock is het met die overweging van de kantonrechter eens. Zij stelt cassatie in het belang der wet in en vraagt verwerping van het cassatieberoep. De uitgebreide uitwerking ervan onrecht aandoend, komt de motivering van haar vordering erop neer dat de ontbindingsprocedure na de weigering om toestemming te verlenen door het UWV geen beroepsprocedure is van de beslissing van het UWV, maar een zelfstandige, afzonderlijke procedure; dat de WWZ-wetgever de uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte heeft willen beperken en dat dat een bewuste keuze van de wetgever was; dat het opzegverbod strikt moet worden gehanteerd en dat de werkgever voldoende middelen ter beschikking staan om onterechte ziekmeldingen te ontzenuwen.

3. De Hoge Raad beschikt anders en vernietigt in het belang der wet de beschikking van de kantonrechter. De Hoge Raad geeft daarvoor in hoofdlijn drie overwegingen. De eerste overweging houdt in dat het 'doorwerken' in de ontbindingsprocedure van vervallen van het opzegverbod past bij de tekst van art. 7:671b lid 7 BW. Een andere lezing — dat het opzegverbod wel geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen, maar vóór het ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen — past m.i. evenzeer bij de tekst van de wet. Lid 7 luidt: "Het opzegverbod, bedoeld in artikel 670, lid 1, geldt niet indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen". In de verwijzing naar 'het opzegverbod, bedoeld in artikel 670, lid 1' kan de 'tenzij-bepaling' onder b van art. 7:670 lid 1 (tenzij de

ongeschiktheid 'een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming' door het UWV is ontvangeren) worden meegelezen. Naar mijn mening ligt meezezen van dat artikel niet zonder meer voor de hand omdat het daar gaat om een verzoek om toestemming bij het UWV en niet om een ontbinding. In het geval het opzegverbod wordt ingeroepen in de ontbindingsprocedure geldt daarvoor een afzonderlijke regeling. Die is opgenomen in de leden 6 en 7 van art. 7:671b BW.

4. Ten tweede overweegt de Hoge Raad dat de procedure bij het UWV en de kantonrechter nauw met elkaar zijn verbonden, waaraan hij de kennelijke gevolgtrekking verbindt dat wat in de ene procedure geldt ook in de andere zal gelden. Het is waar dat de beide procedures met elkaar verbonden zijn: de kantonrechter kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van de arbeidsplaats slechts in behandeling nemen indien het UWV de toestemming als bedoeld in art. 7:671a BW heeft geweigerd. In die zin geldt een weigering van het UWV om toestemming te verlenen als entreebewijs voor de ontbindingsprocedure, maar duidelijk is dat de ontbindingsprocedure geen hoger beroep is van de UWV-procedure (zie de conclusie van A-G De Bock onder 4.10). Hoewel dus sprake is van verbondenheid, geldt de ontbindingsprocedure als een zelfstandige procedure die inhoudelijk los staat van de daaraan voorafgaande UWV-procedure. Door de invoering van de WWZ is in de relatie tussen de UWV-procedure en de rechterlijke ontbindingsprocedure op zich weinig veranderd. Bij de invoering met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid van 1999 heeft de regering bij het vervallen van het opzegverbod als bedoeld in art. 7:670 lid 1 onder b BW opgemerkt 'dat indien de ontslagvergunning wordt geweigerd daarmee ook het opzegverbod zijn volle werking herkrijgt en de zieke werknemer derhalve gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid niet kan worden opgezegd.' (*Kamerstukken II* 1996/97, 33818, nr. 3, p. 27). Onder het recht van vóór de WWZ was dus zonneklaar dat ziektemelding voor een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter tijdens de UWV-procedure om toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst te verlenen, tot toepassing van het opzegverbod leidt. Dit leidde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 22 juni 2017 (ECLI:NL:GHSHE:2017:2820) tot de conclusie dat het opzegverbod niet doorwerkt naar de ontbindingsprocedure. Frikkee wijst erop dat er sinds die wetsgeschiedenis het nodige is veranderd (C.J. Frikkee, 'Opzegverbod ziekte: alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/4). Het gaat dan om de door de WWZ ingevoerde verbondenheid tussen de UWV- en ontbindingsprocedure, maar die veranderingen betreffen niet de formele verhouding tussen de UWV- en de ontbindingsprocedure. De ontbindingsprocedure is nog steeds geen hoger beroep van de UWV-procedure. De kantonrechter toetst niet of het UWV 'het goed heeft gedaan', maar of de arbeidsovereenkomst (nu) kan

worden ontbonden wegens het verval van de arbeidsplaats. Bij die toetsing worden alle nieuwe feiten, uiteraard voor zover door partijen gesteld, betrokken. Het gaat dus om een toetsing ex nunc. Om dan de voor het begin van de ontbindingsprocedure ingetreden arbeidsongeschiktheid van de werknemer buiten beschouwing te laten, ligt niet voor de hand. Omdat de ontbindingsprocedure gaat om 'nieuwe ronde, nieuwe kansen', kan de werkgever in de ontbindingsprocedure naast het verval van de arbeidsplaats ook andere redelijke gronden aanvoeren dan het verval van de arbeidsplaats om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De vraag is of het opzegverbod wel geldt als de rechter op een van de andere gronden dan verval van de arbeidsplaats tot ontbinding wil overgaan. Omdat in geval van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst mede op andere gronden dan verval van arbeidsplaats geen sprake is van de door de Hoge Raad bedoelde nauwe verbondenheid tussen de UWV-procedure en de ontbinding, lijkt me de uitzondering op het opzegverbod voor de andere redelijke gronden dan verval van de arbeidsplaats niet van toepassing. Als dus de werkgever na weigering van de toestemming door het UWV ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een inmiddels arbeidsongeschikte werknemer verzoekt, primair wegens verval van de arbeidsplaats maar subsidiair wegens disfunctioneren, geldt voor de primair aangevoerde grond het opzegverbod niet en voor de subsidiair aangevoerde grond wel. Ik wijs er daarbij op dat art. 7:671b lid 6 BW bepaalt dat het opzegverbod niet aan ontbinding wegens een van de andere gronden dan verval van de arbeidsplaats in de weg staat, wanneer het verzoek geen verband houdt met de omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft.

5. De vraag kan worden opgeworpen of de werknemer die ziek wordt na indiening van het verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zich na afwijzing van dat verzoek in hoger beroep kan beroepen op het opzegverbod. Bouwens heeft zich in zijn noot bij HR 21 februari 2020, *NJ* 2020/379 op het standpunt gesteld dat, nu hier sprake is van arbeidsongeschiktheid die een aanvang heeft genomen na ontvangst van het verzoek tot ontbinding door de kantonrechter, een beroep op het opzegverbod de werknemer in hoger beroep evenmin toekomt. Ik ben dat, zeker na deze beslissing van de Hoge Raad, met hem eens. Nu in een dergelijk geval sprake is van een hoger beroep tegen de beslissing van de kantonrechter en dus van een voortzetting van de procedure die is aangevangen met de procedure bij de kantonrechter, rechtvaardigt dat eerder het 'meenemen' van het vervallen van het opzegverbod. Nu in hoger beroep een toetsing ex nunc plaatsvindt en de werkgever ook andere redenen dan in eerste aanleg kan aanvoeren om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, kan zich ook in hoger beroep de vraag voordoen of voor de eerst in hoger beroep aangevoerde gronden het opzegverbod wel zou moeten gelden. Ik ga daarvan uit.

6. Ten derde overweegt de Hoge Raad dat 'dient te worden aangenomen dat de wetgever met art. 7:671b lid 7, BW een met art. 7:670 lid 1 onder b BW vergelijkbare regeling heeft willen treffen, waarmee mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte kan worden ondervangen.' De aanname onderbouwt de Raad door naar de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid te verwijzen (r.o. 3.3.2.). In haar vordering zet De Bock (onder 10.13) uiteen dat uit de parlementaire geschiedenis in haar visie eerder valt af te leiden dat de wetgever een beperking van de uitzonderingen op het opzegverbod wenste dan een uitbreiding, en dat de wetgever daarvoor bewust heeft gekozen. Waaruit de Hoge Raad afleidt dat de wetgever een met art. 7:670 lid 1 onder b, BW vergelijkbare regeling heeft willen treffen, maakt de Hoge Raad niet duidelijk en is mij ook niet duidelijk. De wetgever heeft over dit punt eenvoudig niet nagedacht.

7. De beslissing van de Hoge Raad lijkt ingegeven door het wantrouwen dat ook uit art. 7:670 lid 1 onder b BW spreekt, dat de werknemer die zich ziek meldt na aanvang van de ontslagprocedure dat eerder om tactische dan om werkelijke ziekte doet. De vraag is, ook in algemene zin (zie hierover H.W.M.A. Staal, 'De bijzondere opzegverboden: naar een werkbaarder model door middel van verplichte advisering', in: C.J. Loonstra, *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw*, BJU 2000, p. 285/286) of dat wantrouwen terecht is. Op grond van art. 14 lid 1 van de Arbwet jo art. 25 WIA is de werkgever verplicht zich te laten bijstaan door een gecertificeerde bedrijfsarts. De werkgever die de ziekmelding van de werknemer niet vertrouwt, kan de bedrijfsarts vragen om een spoedcontrole. Als de werkgever twijfelt aan het oordeel van de bedrijfsarts, kan de werkgever het UWV om een second opinion vragen. Volgens de overheid duurt het uitvoeren van een deskundigenoordeel ongeveer twee tot drie weken (<https://www.arboportaal.nl/onderwerpen/deskundigenoordeel>). Dit betekent dat de werkgever die meent dat de werknemer zich om tactische redenen ziek heeft gemeld, maar niet daadwerkelijk arbeidsongeschikt is, binnen een maand het oordeel van zowel de bedrijfsarts als van het UWV over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer kan hebben ontvangen. Gelet op deze termijnen lijkt een ziektemelding van de werknemer na aanvang van de UWV-procedure maar voordat zijn werkgever heeft verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met het uitsluitende doel zich op het opzegverbod te kunnen beroepen, weinig effectief. In ieder geval heeft de werkgever zonder vertraging van de procedure de tijd de ziektemelding zorgvuldig te laten onderzoeken. Wetenschappelijk onderzoek naar de vraag of werknemers zich net voor de ontslagprocedure ziek melden of zich ziek melden met het oog op de mogelijkheid zich te beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte, is mij niet bekend. Navraag bij lezingen geeft een wisselend beeld: veel advocaten menen dat het met enige regelmaat gebeurt, anderen weer niet, en bijna geen van de aan-

wezigen zou het een werknemer adviseren. Ik heb de indruk dat de tactische ziekmelding van de werknemer wel voorkomt maar bij gebreke van andersluidende informatie lijkt mij, anders dan de Hoge Raad, een restrictieve uitleg van de uitzondering op de toepasselijkheid van het opzegverbod voor de hand te liggen.

8. De beslissing van de Hoge Raad werpt de vraag op of de rechter, hoewel het opzegverbod niet geldt omdat de werknemer arbeidsongeschikt is geworden nadat het UWV het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen heeft ontvangen maar vóór het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, de ruimte heeft om het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens de ziekte van de werknemer af te wijzen. Of moet de rechter, als de door de werkgever gestelde redelijke grond van art. 7:669 lid 3 onder a BW aanwezig is, en de inmiddels arbeidsongeschikte werknemer geen beroep toekomt op het opzegverbod, de arbeidsovereenkomst ontbinden? Art. 7:671b lid 1 en onder b BW bepaalt dat de kantonrechter op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst kan ontbinden op grond van art. 7:669 lid 3 onder a BW. Het woord 'kan' duidt erop dat de rechter ter zake een discretionaire bevoegdheid toekomt, vergelijkbaar met de ruimte die de rechter heeft bij het toekennen van een billijke vergoeding in geval de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (HR 8 juni 2018, NJ 2019/171, m.nt. E. Verhulp). Tegen een dergelijke bevoegdheid van de rechter pleit dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis er voortdurend op heeft gewezen dat de concrete normen van art. 7:669 lid 3 BW bedoeld zijn om de rechtszekerheid te bevorderen (o.a. *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 84 en nr. 7, p. 44). Daarmee verhoudt zich slecht de gedachte dat de rechter de gevraagde ontbinding kan weigeren ook om redenen die buiten de wettelijke normen liggen. Ook wijst de regering erop dat het karakter van de ontbindingsprocedure door de WWZ wijzigt en "de huidige criteria gaan gelden voor zowel UWV als de rechter. Daarmee komt ook de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid van het ontslag in zijn huidige vorm te vervallen (...)." (*Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 7, p. 44). Ook merkt de regering op: "Deze keuze heeft inderdaad het beoogde gevolg dat de toetsingsruimte voor de rechter wordt beperkt." (*Kamerstukken I*, 2013/14, 33818, C, p. 46). De rechter en het UWV passen dus dezelfde normen toe. Ik meen dat het UWV niet de ruimte heeft, als aan de voorwaarden voor verlening van de toestemming is voldaan, op andere dan de wettelijke gronden de toestemming te weigeren. Dan zou de rechter die ruimte ook niet hebben. Uiteraard staat het de werkgever vrij geen gebruik te maken van de door het UWV verleende toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Daartoe kan de werkgever ook beslissen als de werknemer na het verzoek om toestemming arbeidsongeschikt is geworden. De werkgever kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst intrekken, zodat

ook dit verschil tussen opzeggen en ontbinden geen verschillende uitkomst rechtvaardigt. Bennaars en Quist (in *TAP* 2018/3, p. 12) schrijven: “Zonder (vol-dragen) ontslaggrond is ontbinding van de arbeids-overeenkomst niet mogelijk en bovendien is de rechter gehouden te ontbinden indien zich een vol-dragen ontslaggrond voordoet.” Ik ben dat gelet op de parlementaire geschiedenis en de bedoeling van de wetgever met hen eens.

9. Het gevolg van de beslissing van de Hoge Raad is dat de werknemer die arbeidsongeschikt is geworden tijdens de UWV-procedure zich in een daarop volgende ontbindingsprocedure niet kan be-roepen op het opzegverbod. Nu de rechter ook niet de ruimte heeft af te zien van de ontbinding wegens de ziekte van de werknemer als hij meent dat zich de redelijke grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder a BW voordoet, wordt het met het opzegverbod beoogde doel (re-integratie van de arbeidsonge-schikte werknemer) verder ondergraven dan de wetgever heeft voorzien. Waar de wetgever duidel-ijk heeft gekozen voor een beperking van de uit-zonderingen op het opzegverbod, waar niet duidel-ijk sprake is van een omissie van de wetgever maar van niets anders dan een onduidelijke wettekst, had het verwerpen van het cassatieberoep mijns inziens meer voor de hand gelegen.