Praktijkervaringen met de Wet werk en zekerheid

Als gevolg van de invoering van de Wet werk en zekerheid is het ontslagrecht herzien. De belangrijkste onderdelen van deze wet zijn op 1 juli 2015 in werking getreden. Inmiddels is er dus meer dan een jaar ervaring mee opgedaan. Een goed moment voor een eerste evaluatie. In dit artikel bespreek ik de ontwikkelingen rond de belangrijkste thema's. Omwille van de leesbaarheid heb ik daarbij gekozen voor een beschrijving die deze ontwikkelingen kort samenvat, zonder verwijzing naar wetsartikelen of jurisprudentie.

Joop van Zijl
Mr. J.P.M. van Zijl is advocaat te Tilburg

Als eerste behandel ik de verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De zogenoemde 'ketenregeling', die regelt wanneer verlengde arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege gelden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is aldus gewijzigd dat van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sprake is zodra de gezamenlijke verlengde arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een periode van 24 maanden (was: 36 maanden) overschrijden en zodra meer dan drie arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd. De 'teller' gaat daarbij pas weer op nul als tussen het einde van een arbeidsovereenkomst en het begin van een volgende meer dan zes maanden – de 'tussenpoos' – is verstreken (was: meer dan drie maanden).

Seizoensarbeid

Werkgevers die te maken hebben met seizoensarbeid ondervonden met name hinder van de verlenging van de vereiste tussenpoos naar meer dan zes maanden. Deze werkgevers hebben behoefte aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, omdat ze buiten het seizoen geen arbeid voor werknemers beschikbaar hebben. Een tussenpoos van meer dan drie maanden stelde hen doorgaans in staat om jaarlijks een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan. Met een tussenpoos van meer dan zes maanden was dit voor veel van hen onmogelijk. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dreigde, met als gevolg dat ook loon zou moeten worden betaald in de periode waarin er geen werk was. Daar kwam bij dat voor de berekening van het recht op en de hoogte van de wettelijk verplichte ontslagvergoeding – de transitievergoeding, waarover verderop meer – eveneens sprake was van een regeling waarbij een tussenpoos van meer dan zes maanden moest worden gehanteerd, om te voorkomen dat bij het einde van elke jaarlijkse arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de transitievergoeding moest worden betaald. De minister had al ingegrepen met een aantal wetswijzigingen, waardoor:

- arbeidsovereenkomsten die vóór 1 juli 2012 zijn geëindigd niet meetellen voor de berekening van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding;
- arbeidsovereenkomsten die vóór 1 juli 2015 zijn geëindigd niet meetellen voor de berekening van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding als op of na 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan;
- geen transitievergoeding zou zijn verschuldigd als de werkgever bij het eindigen van de jaarlijkse arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de werknemer de garantie zou bieden dat hij binnen zes maanden een nieuwe arbeidsovereenkomst zou krijgen.

Deze wijzigingen boden echter onvoldoende soelaas, omdat door de werking van de nieuwe ketenregeling nog steeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dreigde te ontstaan. Uiteindelijk heeft de minister

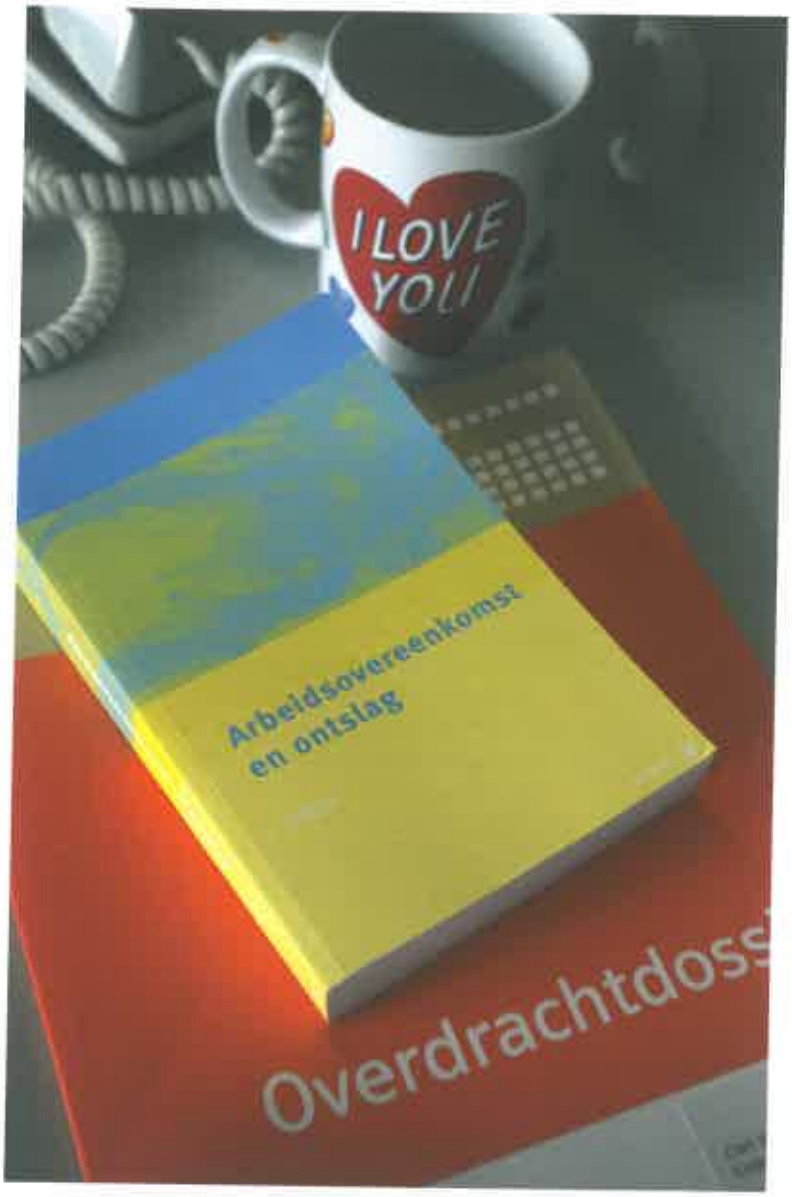
gezorgd voor een spoedreparatie van de wetgeving per 1 juli 2016, waardoor bij cao kan worden bepaald dat in geval van seizoensarbeid als minimaal vereiste tussenpoos in afwijking van de wet een periode van meer dan drie maanden zal gelden. Het is nu aan cao-partijen om per bedrijf of bedrijfstak een dergelijke uitzondering mogelijk te maken voor seizoensarbeid.

Opvolgend werkgeverschap

Voor problemen zorgt de bepaling inzake het 'opvolgend werkgeverschap'. Dit is in feite een antimisbruikbepaling die moet voorkomen dat werkgevers na het verstrijken van 24 maanden of na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd toch weer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaan, door de werknemer bij een andere rechtspersoon in dienst te laten treden, maar hem hetzelfde werk te laten doen. De Hoge Raad had bepaald dat voor opvolgend werkgeverschap niet voldoende was dat het ging om hetzelfde werk, maar dat ook noodzakelijk was dat de nieuwe werkgever een zodanige band had met de oude werkgever dat hij al inzicht had in de hoedanigheid en de geschiktheid van de werknemer voor de verrichte arbeid.

Bij de invoering van het nieuwe ontslagrecht heeft de wetgever bepaald dat de eis van 'een zodanige band' niet moet worden gesteld. Voldoende is dat het gaat om hetzelfde werk en dat er een 'aanleiding' is waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat, bijvoorbeeld omdat hij eerst als uitzendkracht voor de nieuwe werkgever heeft gewerkt of omdat sprake is van de overgang van een concessie of opdracht van de oude naar de nieuwe werkgever.

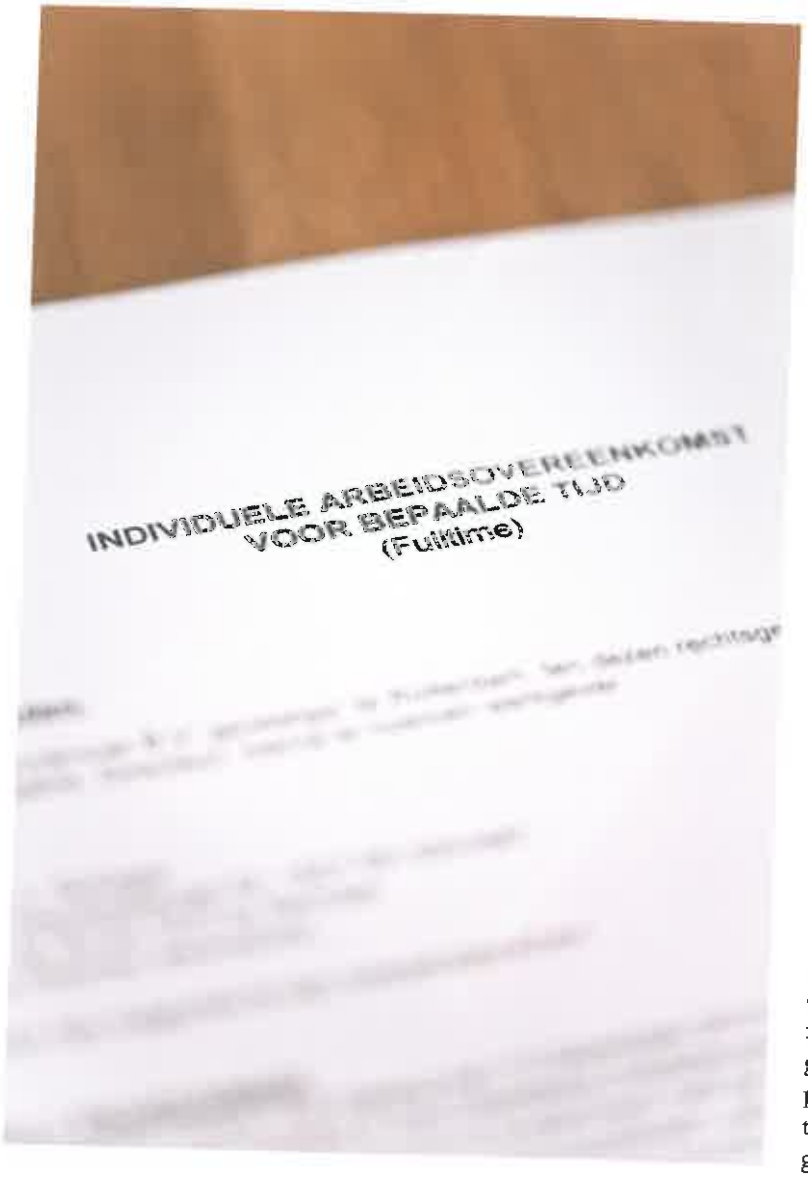
De vraag is nu wanneer van een dergelijke aanleiding sprake is. Dat was bijvoorbeeld het geval bij een werknemer die na de doorstart van een onderneming na faillissement in dienst kwam bij de doorgestarte onderneming. De rechter achtte niet van belang dat de werknemer vóór het faillissement niet werkzaam was bij de onderneming die een doorstart beleefde, maar bij een zustermaatschappij van die onderneming. Voldoende was dat de werknemer door de doorstarter was benaderd om in dienst te treden. De bepaling van het opvolgend werkgeverschap vraagt daarmee om grote alertheid bij partijen die een activiteit starten die voorheen door een andere onderneming werd uitgeoefend.



Het opvolgend werkgeverschap vraagt om grote alertheid bij partijen die een activiteit starten die voorheen door een andere onderneming werd uitgeoefend

Concurrentiebeding

Een concurrentiebeding – waaronder begrepen een relatiebeding – in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen nog rechtsgeldig als sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang dat ook als zodanig in de arbeidsovereenkomst is beschreven. De toetsing van deze eis in de jurisprudentie blijkt tamelijk streng. Als de beschrijving van genoemd belang onvoldoende specifiek is, is het concurrentiebeding niet rechtsgeldig. De beschrijving van het belang moet zijn toegesneden op de situatie van de desbetreffende werknemer. Als het concurrentiebeding de werkgever bijvoorbeeld moet beschermen tegen het bekend worden van bedrijfsgegevens bij concurrenten, moet specifiek worden beschreven om welke gegevens het dan gaat en waarom de werkgever schade zou ondervinden als deze gegevens bij de concurrent bekend werden. Bescherming van de werkgever tegen het teloorgaan van investeringen in de opleiding van de werknemer is mogelijk met een studiekostenbeding, zodat dit geen zwaarwegend bedrijfsbelang voor het bestaan van een concurrentiebeding kan opleveren.



Werkgevers doen er goed aan om bij verlenging direct melding te maken van eventuele afwijkende voorwaarden

Aanzegging

Als een werkgever met een werknemer een arbeidsovereenkomst aangaat voor een bepaalde tijd van zes maanden of langer, is hij verplicht hem uiterlijk een maand voor het verstrijken schriftelijk mee te delen of de overeenkomst kan worden voortgezet, en zo ja, onder welke voorwaarden (de zogenoemde aanzegging). Bij gebreke daarvan is de werkgever de werknemer een vergoeding verschuldigd gelijk aan het loon over de periode waarin niet, dan wel te laat is aangezegd (de aanzegvergoeding). Deze vergoeding compenseert de werknemer voor het nadeel dat hij heeft ondervonden doordat hij niet (tijdig) wist of hij ander werk moest gaan zoeken. Deze op het oog niet zo spectaculaire bepaling, toch eigenlijk ook niet meer dan een kwestie van goed fatsoen, blijkt in de praktijk voor de nodige problemen te zorgen.

Wat aanzeggen?

Op grond van de wet is geen aanzegvergoeding verschuldigd als wel is aangezegd dat de arbeidsovereenkomst kan worden voortgezet, maar niet onder welke voorwaarden. In dat geval mag de werknemer er echter van uitgaan dat sprake zal zijn van gelijkblijvende voorwaarden. Als het dan daadwerkelijk tot verlenging komt, kan de werknemer dus de voorheen geldende voorwaarden claimen. Werkgevers doen er daarom goed aan om direct melding te maken van eventuele afwijkende voorwaarden.

Verzendperikelen

Hoewel er toch weinig discussie over kan bestaan dat het aan de werkgever is te bewijzen dat de aanzegging de werknemer heeft bereikt, is daarover inmiddels al verschillende keren geprocedeerd. Aangetekende verzending of het voor ontvangst laten tekenen door de werknemer verdient dan ook de voorkeur. Een verzending middels een WhatsApp-bericht werd voldoende geacht, omdat uit de reactie van een werknemer kon worden afgeleid dat hij dat bericht had ontvangen.

Omvang aanzegvergoeding

Het loon waarover de aanzegvergoeding moet worden berekend, is bij werknemers met een vaste arbeidsduur gelijk aan het bruto-uurloon vermenigvuldigd met de overeengekomen arbeidsduur per maand. Voor werknemers zonder vaste arbeidsduur wordt gezocht naar het gemiddelde aantal gewerkte uren per maand over een periode van in beginsel twaalf maanden. De vakantietoeslag behoort niet tot het loon waarover de aanzegvergoeding wordt berekend.

Is de aanzegging een opzegging?

Problemen met de aanzegging kunnen ontstaan als een werkgever er ten onrechte van uitgaat dat nog sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, terwijl op grond van de wet inmiddels sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zegt hij vervolgens aan dat deze arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de overeengekomen tijd niet zal worden voortgezet, dan kan het zijn dat de werknemer dit mag opvatten als een opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat heeft twee gevolgen, een in het voordeel van de werknemer en een in diens nadeel.
In zijn voordeel is dat hij dan in beginsel recht heeft op de transitievergoeding, alsmede op de wettelijke schadeloosstelling wegens het niet in acht nemen van de wettelijke opzegtermijn en ook nog eens op een billijke vergoeding wegens het opzeggen zonder toestemming van het UWV of instemming van de werknemer. In zijn nadeel is dat de termijn van twee maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst waarbinnen hij een verzoekschrift bij de kantonrechter moet hebben ingediend om deze vergoedingen te krijgen, dan ook is gaan lopen

op het moment waarop de arbeidsovereenkomst **is** geeindigd door de aanzegging die achteraf bezien een opzegging was. Ten aanzien van de vraag of de werknemer het verstrijken van de vervaltermijn voor het indienen van het verzoekschrift kan worden tegengeworpen, is sprake van wisselende jurisprudentie.

Gevolgen van niet aanzeggen

Ook het bewust niet doen van een aanzegging – om ziekmelding en de daaraan verbonden kosten van de Ziektewetuitkering en eventueel WGA-uitkering te voorkomen – kan nadelige gevolgen voor de werkgever hebben, buiten de verplichte aanzegvergoeding. Zo werd het uitblijven van de aanzegging opgevat als een omstandigheid die bijdroeg aan het oordeel van de rechter dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een arbeidsongeschikte werknemer was verlengd.

Ontslaggronden

Een van de belangrijkste gevolgen van de invoering van het herziene ontslagrecht is dat opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever nog slechts kan plaatsvinden als is voldaan aan de voorwaarden van een van de acht in de wet genoemde 'redelijke gronden'. Bij een onderzoek naar de uitspraken van vier rechtbanken in de eerste vijf maanden van 2016 bleek het aantal toewijzingen van ontbindingsverzoeken van werkgevers ten opzichte van de periode 2005-2009 te zijn gedaald van 83 naar 55%, terwijl het aantal afwijzingen steeg van 15 naar 38%.[2] Hierna beschrijf ik de situatie ten aanzien van de belangrijkste ontslaggronden. De meest voorkomende ontslaggrond, die ter zake van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfs- of bedrijfseconomische omstandigheden, wordt daarbij buiten beschouwing gelaten, omdat te dien aanzien relatief weinig is veranderd.

Ongeschiktheid voor de functie

Wil een werkgever bereiken dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van een disfunctionerende werknemer ontbindt, dan moet laatstgenoemde tijdig van dat disfunctioneren in kennis zijn gesteld en moet hem vervolgens voldoende kans op verbetering zijn geboden. Met name ten aanzien van het vereiste verbetertraject blijken werkgevers vaak niet in staat te bewijzen dat deze gelegenheid is geboden, als daarvan al sprake is. Dat brengt met zich mee dat maar 16% van de ontbindingsverzoeken op deze grond wordt toegewezen. De verzoeken waarbij uiteindelijk nog overeenstemming tussen partijen werd bereikt, zijn daarbij overigens niet meegeteld. Daarmee blijkt deze ontslaggrond voor werkgevers verreweg de moeilijkste te zijn. Daar komt bij dat ook wanneer het disfunctioneren al is aangetoond, het verzoek tot ontbinding nog niet wordt toegewezen. De werkgever moet namelijk ook nog aantonen dat de werknemer niet kon worden herplaatst. Bij deze herplaatsing moet tevens worden gekeken naar mogelijkheden binnen het concern waartoe de onderneming van de werkgever behoort.

De ontslaggrond wegens disfunctioneren blijkt voor werkgevers verreweg de moeilijkste te zijn

Tegelijkertijd hebben werkgevers die de werknemer wel een adequaat verbetertraject hebben aangeboden, wel degelijk mogelijkheden voor ontslag. Zo'n verbetertraject hoeft niet altijd lang te duren; in een geval van eenvoudige, ongeschoolde arbeid werd een traject van zes weken voldoende geoordeeld.

Verwijtbaar gedrag

Voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar gedrag wordt als eis gesteld dat de overtreden norm vooraf duidelijk moet zijn geweest. Schriftelijke vaststelling is daarbij welhaast een vereiste. Overduidelijke normen – 'gij zult niet stelen' –behoeven evenwel geen schriftelijke vastlegging. De overtreden norm moet gangbaar zijn en niet buitensporig. Van de ontbindingsverzoeken die werden gebaseerd op deze ontslaggrond, werd 47% toegewezen. De toewijzing van het ontbindingsverzoek betekent overigens nog niet dat geen transitievergoeding is verschuldigd; die blijft pas achterwege in geval van *ernstig* verwijtbaar gedrag.

Verstoorde arbeidsverhouding

De werkgever kan ook om ontbinding vragen als de arbeidsverhouding met de werknemer zodanig is verstoord dat van hem in redelijkheid niet kan worden verlangd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daartoe moet de verstoring ernstig en duurzaam zijn. De eis van duurzaamheid ziet erop dat voldoende moet zijn geprobeerd om de verstoorde verhouding te herstellen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat ontbinding ook mogelijk is als de verstoring weliswaar niet duurzaam is, maar wel zo ernstig dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst om die reden onmogelijk is. Minister Asscher heeft aangegeven dat in dat geval toch ontbinding kan plaatsvinden, maar dat de werkgever dan naast de transitievergoeding nog een billijke vergoeding zou moeten betalen. In het arbeidsrechtelijke jargon is deze ontslagmogelijkheid de 'Asscher-escape' gaan heten.

Van alle ontslaggronden is verstoring van de arbeidsverhouding de meest kansrijke: niet minder dan 70% van de ontbindingsverzoeken blijkt te worden toegewezen

Hoewel de wettelijke regels ongewijzigd zijn, is het geven van ontslag op staande voet in de praktijk nog veel meer dan voorheen met grote risico's omgeven

Van alle ontslaggronden is de verstoring van de arbeidsverhouding verreweg de meest kansrijke. Van de ontbindingsverzoeken blijkt 70% te worden toegewezen. Met name de Asscher-escape biedt wellicht onvermoede mogelijkheden. Begin november 2016 waren in de gepubliceerde jurisprudentie 35 voorbeelden te vinden waarin de rechter van deze escape gebruik had gemaakt. Aanvankelijk waren de toegekende billijke vergoedingen erg laag (duizenden euro's). Later vatte het besef post dat het werkgevers niet te makkelijk moest worden gemaakt om het einde van de arbeidsverhouding te bewerkstelligen via een stevige ontsporing van de arbeidsverhouding. Dat leidde tot de toekenning van hogere billijke vergoedingen (tienduizenden euro's). Veel werkgevers zullen niettemin betaling van deze hogere vergoedingen prefereren boven de nadelen van voortzetting van de arbeidsovereenkomst.

Het lijkt erop dat de Asscher-escape veel biedt van wat het oude ontslagrecht werkbaar maakte, namelijk toch ontslag als niet geheel aan de voorwaarden voor een ontslag wordt voldaan, maar dan tegen een hogere vergoeding. Gelet op het feit dat de toegekende billijke vergoedingen niet zeer afwijken van wat voorheen als ontslagvergoeding werd toegekend, lijken ook kantonrechters de Asscher-escape te gebruiken om datgene te doen dat voorheen in de praktijk van belang was – en dat nog steeds is – namelijk enerzijds het beëindigen van een arbeidsovereenkomst die geen toekomst meer heeft en anderzijds recht doen aan de belangen van de werknemer door de toekenning van een hogere ontslagvergoeding.

Restgrond

Als achtste en laatste in de wettelijke opsomming is als ontslaggrond genoemd: 'Andere omstandigheden waar-

door van de werkgever redelijkerwijs niet langer kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.' Reeds van aanvang af had de wetgever duidelijk gemaakt dat deze zogenoemde restgrond een beperkte werkingsomvang zou dienen te hebben. Aanvankelijk werden slechts de voorbeelden genoemd van de gedetineerde en de illegale werknemer, later ook die van de voetbaltrainer met achterblijvende resultaten en de manager met wie een verschil van inzicht over het te voeren beleid bestond. De restgrond zou met name niet moeten worden gebruikt voor het 'repareren' van ontslagen die op een andere grond onvoldoende waren onderbouwd.

De praktijk laat als toepassing van de restgrond allereerst de nodige voorbeelden zien van managers en leidinggevenden met wie een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid. Daarnaast valt op dat er de nodige voorbeelden zijn van werknemers die niet langer voldoen aan een voorwaarde die noodzakelijk is voor de uitoefening van de arbeidsovereenkomst. Te denken valt aan het niet voldoen aan wettelijke diploma-eisen, het ontbreken van een verklaring omtrent het gedrag voor een werknemer in het onderwijs, het intrekken van de verklaring van de korpschef voor een werknemer in de beveiliging en het intrekken van de Schipholpas voor een werknemer die op Schiphol moest werken. Maar de restgrond is ook toegepast in een aantal gevallen die als zeer bijzonder kunnen worden aangemerkt. Te denken valt aan een werknemer die al een jaar was vermist of aan een werkneemster van een kinderdagverblijf die met de dood werd bedreigd, waardoor de kinderen van dat verblijf gevaar liepen.

De restgrond leidde in 29% van de gevallen tot toewijzing en in de andere gevallen tot afwijzing van het ontbindingsverzoek van de werkgever. Daarmee is deze restgrond nog steeds niet erg kansrijk, maar voor specifieke gevallen als bovengenoemd blijkt deze toch een voor de praktijk van belang zijnde toepassingsmogelijkheid te bieden.

Ontslag op staande voet

Hoewel de wettelijke regels ongewijzigd zijn, is het geven van ontslag op staande voet in de praktijk nog veel meer dan voorheen met grote risico's omgeven. De reden daarvoor is dat onduidelijkheid bestaat over de vraag of een verzoek om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk is. Een dergelijke voorwaardelijke ontbinding – geldend voor wanneer het ontslag op staande voet niet het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg zou hebben – maakte het werkgevers voorheen mogelijk om de gevolgen te beperken van de onzekerheid die ontstond als de werknemer de nietigheid van dat ontslag inriep. Dan moest immers via een mogelijk langdurige loonvorderingsprocedure blijken of het ontslag op staande voet rechtsgeldig was of niet.

Voor het geval dat niet zo was, verzocht de werkgever de kantonrechter dan om de arbeidsovereenkomst te ontbinden ('voor zover vereist'). Deed de kantonrechter dat, dan waren de gevolgen van het ontslag op staande voet beperkt tot het betalen van het loon tot aan de datum van ontbinding en, mocht een ontslagvergoeding zijn toegekend, tot betaling van die vergoeding, maar alleen als later zou blijken dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was. In veel gevallen leidde dit ertoe dat het ontslag op staande voet werd ingetrokken en dat het loon tot de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en eventueel de door de kantonrechter toegekende ontslagvergoeding werden betaald. Daarmee was de zaak dan geëindigd.

> Onder het herziene ontslagrecht is het de vraag of wel voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden gevraagd

Onder het herziene ontslagrecht is het echter de vraag of wel voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden gevraagd. De Hoge Raad heeft deze mogelijkheid in het verleden toegestaan, omdat daarmee voor de werkgever snel duidelijkheid kon worden gekregen. Ten aanzien van deze snelle duidelijkheid liggen de zaken nu in elk geval anders, omdat de werknemer hoger beroep kan instellen tegen de beschikking van de kantonrechter tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Kantonrechters beslissen tot nu toe zeer verschillend op voorwaardelijke verzoeken, reden waarom de Hoge Raad is verzocht om middels een prejudiciële uitspraak duidelijkheid te verschaffen. Wat het ontslag op staande voet verder compliceert, is dat een ontslag op staande voet niet langer via een buitengerechtelijke verklaring kan worden vernietigd, maar dat de werknemer een verzoekschrift daartoe bij de kantonrechter moet indienen. Zolang de kantonrechter het ontslag niet heeft vernietigd, blijft het rechtsgeldig en is er geen arbeidsovereenkomst meer die kan worden ontbonden.

Vervelende complicaties voor de werkgever kunnen bovendien ontstaan als de kantonrechter het ontslag op staande voet heeft vernietigd en de werkgever daartegen met succes in hoger beroep opkomt. Het hof kan dan niet bepalen dat de arbeidsovereenkomst alsnog met terugwerkende kracht is geëindigd, maar kan haar slechts per toekomende datum ontbinden. Dat betekent dat de werkgever, hoezeer ook door het hof in het gelijk gesteld, het loon moet doorbetalen tot aan de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door het hof. Ook deze, aan werkgevers nauwelijks uit te leggen consequentie zou in de praktijk aanleiding moeten zijn voor een zeer terughoudende toepassing van het ontslag op staande voet.

Ontslagvergoeding

Als de arbeidsovereenkomst 24 maanden heeft geduurd en op initiatief van de werkgever wordt beëindigd of

De regeling voor kleine werkgevers kent dermate strenge voorwaarden dat ze daar alleen voor in aanmerking komen als ze strikt genomen al 'faillissementswaardig' zijn

niet voortgezet, is de werkgever een ontslagvergoeding verschuldigd, de zogenoemde transitievergoeding. De hoogte daarvan is in de wet geregeld. De mogelijkheden voor de rechter tot verhoging of verlaging van deze vergoeding zijn beperkt. Alleen in geval van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer zou daarvan sprake kunnen zijn. Blijkens de wetsgeschiedenis zou het moeten gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden. Gesproken werd over een 'muizengaatje'. Verzoeken tot toekenning van een hogere ontslagvergoeding – de zogenoemde billijke vergoeding – blijken in 20% van de gevallen te worden toegewezen. Hoewel de toepassing van de billijke vergoeding daarmee zeker nog niet zeer uitgebreid is, blijkt deze ook niet zozeer uitzonderlijk te zijn als de wetgever zich had voorgesteld.

Transitievergoeding langdurig arbeidsongeschikte werknemer

In de praktijk ontstonden problemen rond de betaling van de transitievergoeding aan werknemers van wie de arbeidsovereenkomst moest worden opgezegd nadat ze al langer dan twee jaar ziek waren. Betaling daarvan werd door werkgevers als onrechtvaardig ervaren, omdat ze toch al hoge kosten hadden gemaakt in verband met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Veel werkgevers probeerden betaling te omzeilen door de arbeidsovereenkomst niet op te zeggen, waardoor een slapend dienstverband resteerde. De loondoorbetalingsverplichting was immers geëindigd en de daarna nog resterende re-integratieverplichting was veelal niet aan de orde, omdat geen passend werk binnen de eigen onderneming aanwezig was.
Deze praktijk werd door minister Asscher als onfatsoenlijk aangemerkt, maar daar bleef het bij. Werknemers die zelf om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzochten met toekenning van de transitievergoeding, kregen bij de rechter steevast nul op het rekest, omdat geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Inmiddels heeft de Ministerraad ingestemd met een wetsvoorstel dat werkgevers een vergoeding van het UWV toekent voor het bedrag van de transitievergoeding, berekend naar de stand per de datum waarop de loondoorbetalingsverplichting is geëindigd. Het wetsvoorstel moet op 1 januari 2018 ingaan en zal dan terugwerken tot de datum van invoering van de transitievergoeding, 1 juli 2015.

Overbruggingsregeling kleine werkgever

Grote problemen bestaan in de praktijk ook rond de betaling van de transitievergoeding door werkgevers die werknemers moeten ontslaan wegens een zeer slechte financiële situatie. Betaling is dan veelal niet mogelijk, of alleen met grote bezwaren, zoals het moeten aanspreken van het vermogen ter dekking van de oudedagsvoorziening van de ondernemer. Een regeling die de gevolgen voor kleine werkgevers moet verzachten, kent dermate strenge voorwaarden dat werkgevers daar alleen voor in aanmerking komen als ze strikt genomen al 'faillissementswaardig' zijn. Met name de eis dat de laatste drie boekjaren met verlies moeten zijn afgesloten, leidt in de praktijk nog wel eens tot een rechtszaak als in één jaar geen verlies is gemaakt als gevolg van een incidentele omstandigheid. In één geval redde de kantonrechter de werkgever in kwestie door deze eis te mitigeren, in die zin dat voldoende zou zijn dat gemiddeld over deze drie jaren verlies is geleden. Niettemin lijkt deze regeling dringend aan versoepeling toe.

Beëindiging met wederzijds goedvinden

De zeker in de ogen van werkgevers verminderde mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter te doen ontbinden, hebben ertoe geleid dat arbeidsovereenkomsten veel vaker dan voorheen met wederzijds goedvinden worden beëindigd via een zogenoemde vaststellingsovereenkomst (een overeenkomst tot voorkoming of beëindiging van een geschil). Op zichzelf valt dat natuurlijk toe te juichen, zij het dat veel werkgevers, wellicht niet helemaal terecht, het idee hebben dat ze geen andere mogelijkheid hebben dan hoe dan ook in te gaan op de eisen van de werknemer.
Met de herziening van het ontslagrecht heeft de werknemer ook een wettelijke bedenktijd van twee weken. Binnen die periode kan hij de overeenkomst ontbinden, waarbij de vaststellingsovereenkomst dan is beëindigd zonder dat hij daar een reden voor hoeft op te geven. In de praktijk blijkt deze bedenktijd veel minder vaak te worden ingeroepen dan vooraf werd gevreesd. Wel ontstaan in de praktijk soms problemen met betrekking tot de ingangsdatum van de bedenktijd. Volgens de wet gaat deze in zodra de overeenkomst schriftelijk is aangegaan. De vraag is nu of dat het geval is als de werknemer de vaststellingsovereenkomst heeft ondertekend, dan wel ook reeds zodra de (gemachtigden van de) werkgever en de werknemer in schriftelijke correspondentie verklaren dat overeenstemming is bereikt. Deze onduidelijkheid kan worden voorkomen door vooraf duidelijk te maken dat pas definitief overeenstemming is bereikt indien en zodra beide partijen de vaststellingsovereenkomst hebben getekend. <<<

Noot

1 Bron: Vereniging van Arbeidsrecht Advocaten Nederland en Vereniging voor Arbeidsrecht, Evaluatie-onderzoek WWZ (prof. mr. A.R. Houweling, mr. M.J.M.T. Keulaerds, mr. dr. P. Kruit). Dit onderzoek is ook de bron van de overige percentages die verder in dit artikel zijn genoemd.