

Notitie: Eerste ervaringen met Ontslag en Transitievergoeding onder de Wet werk en zekerheid door: Pascal Besselink¹ van DAS²

t.b.v. het rondetafelgesprek Wet werk en zekerheid van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid woensdag 2 maart 2016 van 09:30 tot 12:30 uur

In deze notitie wordt kort ingaan op de onderwerpen waarvan de commissie kenbaar heeft gemaakt hierin geïnteresseerd te zijn:

1. De verhouding vaststellingsovereenkomst/beëindigingsovereenkomst door de werkgever versus ontbinding door de kantonrechter.
2. De ervaringen met de transitievergoeding: bodem of uitkomst?
3. De mate waarin personeelsdossiers worden opgebouwd om beter voorbereid te zijn op het nieuwe ontslagrecht.
4. De gevolgen en effecten van de wet voor het MKB en het grootbedrijf.
5. De gevolgen van de Wwz op ontslag bij ziekte ("slapende dienstverbanden").
6. De doorloopsnelheid van ontslagaanvragen.

1. Verhouding vaststellingsovereenkomst/beëindigingsovereenkomst versus ontbinding door de rechter.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz werd duidelijk dat er met de invoering van het nieuwe ontslagrecht voortaan zeer kritisch zou worden gekeken naar de aanwezigheid van een "voldragen" ontslaggrond. Het zou niet langer mogelijk worden om zonder of met onvoldoende dossier de rechter te bewegen de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Fors hoger percentage afwijzingen ontbindingsverzoeken

Uit de eerste acht maanden (ontbindings-)rechtspraak onder de Wwz volgt dat kantonrechters de wet over het algemeen strikt toepassen. Rechters kijken kritisch naar de aanwezigheid van een voldragen ontslaggrond. Is die grond er niet dan volgt afwijzing. Het percentage afwijzingen van ontbindingsverzoeken onder de Wwz is dan ook fors hoger dan dit voor invoering van de Wwz het geval was.

Voor invoering van de Wwz leidde het grootste percentage van de ontbindingsverzoeken tot toewijzing en corrigeerden kantonrechters verwijtbaar handelen aan de zijde van een van de partijen veelal door een hogere, lagere of geen vergoeding toe te kennen. Kantonrechters konden zo maatwerk leveren in de zogenoemde c-factor van de Kantonrechtersformule.

Een vergelijkbare conclusie wordt getrokken in een onderzoek van advocaat Maarten van Gelderen³. Dit op basis van de eerste vijftig gepubliceerde ontbindingsbeschikkingen. Hieruit blijkt dat 60% procent van de ontbindingsverzoeken is toegewezen, tegen 90% onder het oude ontslagrecht.

¹ Mr. P.J.B.M. Besselink is vanaf 1997 werkzaam in het arbeidsrecht. De eerste jaren bij de vakorganisaties CNV en FNV en sinds 1 januari 2003 als senior jurist bij DAS in welke hoedanigheid hij aan zowel werknemers als werkgevers rechtsbijstand verleent.

² DAS is financieel en juridisch dienstverlener en helpt particulieren, bedrijven en overheden bij juridische conflicten. In Nederland werken bijna 2.250 medewerkers, onder wie 600 juridisch specialisten en 350 incassospecialisten. DAS is de grootste rechtsbijstandverzekeraar in Europa. In 2015 behandelde DAS in Nederland ruim 24.000 zaken op het gebied van het arbeidsrecht en sociale verzekeringsrecht.

³ <http://ontslag.nl/nieuws/rechters-wijzen-40-van-de-ontslagaanvragen-af/>

Voorkeur voor beëindigingsovereenkomsten

Onder de Wwz lijkt het in ontbindingsprocedures alles of niets. Dit gegeven maakt dat er, nog meer dan voor invoering van de Wwz, door werkgevers wordt geopteerd om met werknemers beëindigingsovereenkomsten te sluiten in plaats van een onzekere ontbindingsprocedure te starten. Dit gebeurt zeker bij de constatering dat er geen of onvoldoende dossier voorhanden is, met de wetenschap van de nieuwe bepalingen in het ontslagrecht (artikel 7:669 BW) en de bevestiging hiervan die inmiddels volgt uit de eerste stroom (ontbindings-)rechtspraak. Wij zien dan ook dat er onder de Wwz (nog) meer dan voor invoering van de Wwz beëindigingsovereenkomsten worden gesloten en minder snel ontbindingsprocedures worden gestart.

Uit een eigen korte enquête gehouden in week 7 van 2016 binnen de vakgroep arbeidsrecht van DAS blijkt dat sinds 1 juli 2015 in 87% van de ontslagzaken (gebaseerd op de c- tot en met de h-grond in artikel 7:669 BW; zie ook hieronder punt 2) een vaststellingsovereenkomst is gesloten en slechts in 13% van de ontslagzaken een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter is gestart. Uit diezelfde enquête volgt dat de verhouding tussen gesloten vaststellingsovereenkomsten en ontslagprocedures bij UWV 74% - 26% is.

2. Transitievergoeding: bodem of uitkomst?

Voor beantwoording van de vraag of bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst de transitievergoeding nu als bodem of als uitkomst geldt, dient onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin de arbeidsovereenkomst enerzijds wordt opgezegd op grond van bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (de a- en b-grond in artikel 7:669 BW) en de “persoonlijke” gronden (c- tot en met h-grond in artikel 7:669 BW) anderzijds.

Bij bedrijfseconomische grond: transitievergoeding het uitgangspunt

Als de redelijke grond een bedrijfseconomische is, is over het algemeen de transitievergoeding het uitgangspunt. Collectieve afspraken neergelegd in sociale plannen daar gelaten.

In de praktijk zien we echter wel dat werknemers regelmatig weigeren een vaststellingsovereenkomst te tekenen en bereid zijn het op een ontslagprocedure bij UWV te laten aankomen aangezien de werknemer vaak niets te verliezen heeft. Immers, als de ontslagprocedure bij UWV wordt doorlopen en de werkgever krijgt toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen ligt voor de werknemer nog steeds de transitievergoeding in het verschiet.

Dit gegeven maakt dat werkgevers in dit soort kwesties regelmatig tekenbonussen bieden in de vorm van een extra bedrag bovenop de transitievergoeding om zo de werknemer te bewegen een vaststellingsovereenkomst te tekenen. Zo komt er toch nog regelmatig een, weliswaar kleine, kop op de transitievergoeding.

MKB-werkgevers geven regelmatig aan dat zij het als onredelijk ervaren ook de transitievergoeding te moeten betalen indien er sprake is van bedrijfseconomische redenen, als gevolg waarvan zij genoodzaakt zijn arbeidsovereenkomsten met een of meer werknemers te beëindigen. Deze werkgevers geven aan onvoldoende financiële middelen te hebben om de transitievergoeding te betalen.

Weliswaar kent artikel 7:673d BW een tijdelijke overgangsregeling voor kleine werkgevers met minder dan 25 werknemers die wegens slechte bedrijfseconomische omstandigheden werknemers moeten ontslaan door de transitievergoeding te berekenen vanaf 1 mei 2013, in plaats van de werkelijke ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst als deze voor 1 mei 2013 ligt. Echter, aan de voorwaarden om met succes een beroep op die overgangsregeling (uitgewerkt in artikel 24 Ontslagregeling) te kunnen doen wordt zelden voldaan. Een veel gehoorde kreet van MKB-ondernemingen is dat je als ondernemer “zo goed als failliet” moet zijn om, met succes, een beroep op die bepaling te kunnen doen en dat die ondernemer, wanneer deze aan de in artikel 24 Ontslagregeling cumulatief opgesomde voorwaarden zou hebben voldaan, er al lang de stekker had uitgetrokken.

Na langdurige arbeidsongeschiktheid: transitievergoeding het maximum

De transitievergoeding bij opzegging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid kent een eigen, bijzondere problematiek waar verderop (in punt 5) in deze notitie op zal worden ingegaan. Hier wordt volstaan met op te merken dat in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid de transitievergoeding over het algemeen de uitkomst of vaker nog zelfs, in geval van het sluiten van een beëindigingsovereenkomst, het maximum is.

Ontbinding gebaseerd op c- tot en met h-grond: transitievergoeding als bodem

Bij opzegging van de arbeidsovereenkomst, of beter gezegd: ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, gebaseerd op de c- tot en met de h-grond is eerste ervaring dat de transitievergoeding veelal als bodem fungeert. Afhankelijk van de mate waarin de werkgever niet over een dossier beschikt, althans niet voldoet aan de voorwaarden zoals die in de wet (artikel 7:669 BW) zijn opgenomen, zal de vergoeding hoger zijn althans zal de werknemer, wil deze instemmen met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, aanspraak maken op een vergoeding die hoger is dan de transitievergoeding.

De variëteit in hoogte van de vergoeding bij alsdan te sluiten vaststellingsovereenkomsten is enorm. Er zijn varianten waarin twee keer of drie keer de transitievergoeding wordt overeengekomen, varianten waarin nog aansluiting wordt gezocht bij de kantonrechtersformule, maar ook varianten waarin bovenop de transitievergoeding nog een extra bedrag x wordt overeengekomen. Alleen wanneer voor beide partijen vaststaat dat de door de werkgever aangevoerde redelijke grond aanwezig is, zie je regelingen waarin als vergoeding wordt volstaan met de transitievergoeding. Ervaring tot nu toe is dat dit een zeer beperkt deel van de geregelde ontslagzaken betreft.

3. Opbouw personeelsdossiers

Hoewel al tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz duidelijk werd dat het onder het nieuwe ontslagrecht voor werkgevers van belang zou worden om te beschikken over een redelijke grond⁴ valt op dat in nog heel veel situaties een toereikend personeelsdossier ontbreekt, althans in onvoldoende mate aanwezig is.

Personeelsdossiers veelal niet op orde

Veel werkgevers hebben die dossiers, vanwege uiteenlopende redenen, niet op orde. Dit volgt ook wel uit de stroom rechtspraak waarin door rechters ontbindingsverzoeken zijn afgewezen vanwege het ontbreken van een redelijke grond. Het gaat hier om de zaken die uiteindelijk tot een procedure hebben geleid. Echter, een nog veel groter deel van de ontslagkwesties leidt niet tot procedures.

Veel werkgevers zullen, bij afwezigheid van een voldoende opgebouwd personeelsdossier, noodgedwongen besluiten af te zien van een gang naar de rechter en trachten met de werknemer een beëindigingsovereenkomst te sluiten. De werknemers die met dergelijke beëindigingsvoorstellen worden geconfronteerd en moeten vaststellen dat een dossier ontbreekt of onvoldoende is, zullen of in het geheel niet meewerken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst of een hogere vergoeding eisen dan de transitievergoeding.

Uit onze enquête blijkt ook dat personeelsdossiers vaak nog niet op orde zijn en dat met name kleine werkgevers het belang van een goed opgebouwd personeelsdossier onvoldoende onderkennen:

- 28% van de respondenten geeft aan nog geen verandering te zien in de dossieropbouw;
- 42% ziet dat er na invoering van de Wwz meer wordt aangetekend in personeelsdossiers;
- 58% van de respondenten geeft aan dat door werkgevers ontslagaanvragen worden aangehouden met de bedoeling eerst voldoende personeelsdossier op te bouwen.

⁴ En dat voorts herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of in de rede ligt (met als uitzondering dat herplaatsing niet in de rede ligt als sprake is van de e-grond, “verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer”).

4. Gevolgen en effecten Wwz voor MKB en grootbedrijf

Onvoldoende gevulde personeelsdossiers MKB leiden tot gedwongen arbeidsrechtelijke huwelijken

Binnen het MKB is er vaker niet dan wel een voldoende gevuld personeelsdossier. Dit ondanks dat er vanuit allerlei hoeken: werkgeversorganisaties, juridisch adviseurs, brancheverenigingen etc. is en wordt benadrukt dat het belang van een goed opgebouwd personeelsdossier, het kunnen aantonen van een redelijke grond, de herplaatsingsverplichting en eventuele scholing onder de Wwz groot is.

Veel gehoord vanuit het MKB is dat er onvoldoende tijd is en het niet past binnen de sfeer van een kleine onderneming om alles te documenteren. De lijnen zijn meestal kort en problemen worden veelal mondeling besproken en niet in een brief of mail vastgelegd. Omdat MKB-overnemingen veelal niet over de financiële middelen beschikken om de transitievergoeding of vaak zelfs meer te betalen leidt dit vaker tot gedwongen arbeidsrechtelijke huwelijken.

Grootbedrijf sneller bereid en in staat om meer te betalen dan de transitievergoeding

Binnen het grootbedrijf lijkt er weliswaar meer aandacht te zijn voor personeelsdossieropbouw, employability, scholing en herplaatsing, maar ook hier is die aandacht toch regelmatig nog onvoldoende. Ondanks dat grotere ondernemingen vaak beschikken over een afdeling HRM en zich ook meer (hebben) laten adviseren over de voorwaarden die de Wwz stelt. Bij gebrek aan voldoende dossier kan ook het grootbedrijf regelmatig de redelijke grond niet aantonen en/of niet laten zien dat herplaatsing in een passende functie niet mogelijk is.

Gevolg is dat werkgevers in het grootbedrijf in dergelijke situaties trachten met werknemers waar zij afscheid van willen nemen beëindigingsregelingen treffen onder toekenning van een vergoeding hoger dan de transitievergoeding. Grotere ondernemingen zijn over het algemeen sneller bereid en in staat om dan (veel) meer te betalen dan de transitievergoeding.

MKB vermijdt vaker vaste dienstverbanden

Algemeen gehoorde opmerking van de respondenten van de enquête bij DAS is dat met name het MKB problemen ondervindt met betaling van de transitievergoeding en daarom o.a. vaste dienstverbanden vermijdt om zodoende eventuele betaling van een transitievergoeding te voorkomen. Dit punt wordt bevestigd door de uitkomsten van een recent onderzoek van Panelwizard in opdracht van Timing uitzendteam onder ruim 300 MKB-bedrijven⁵.

5. Gevolgen Wwz op ontslag bij ziekte

Uitgangspunt in de Wwz is dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en door de werkgever wordt opgezegd, op verzoek van de werkgever is ontbonden of na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend wordt voortgezet (artikel 7:673 lid 1 sub a. BW). De transitievergoeding is dan verschuldigd ongeacht de redelijke grond, dus ook in het geval de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt na langdurige arbeidsongeschiktheid.

Veel werkgevers, in het bijzonder in het MKB, ervaren het als zeer onredelijk dat zij, nadat er reeds gedurende 104 weken loon tijdens ziekte is betaald en vaak al diverse kosten (waaronder re-integratiekosten) hebben gemaakt, vervolgens nadat zij de arbeidsovereenkomst met de langdurig arbeidsongeschikte werknemer willen opzeggen ook nog eens de transitievergoeding moeten betalen.

⁵ <http://www.flexmarkt.nl/Branche-Informatie/Algemeen/2016/2/Mkb-kiest-steeds-vaker-voor-flex-2764896W/>

Slapende dienstverbanden

Dit heeft geleid tot de zogenaamde slapende dienstverbanden, waarbij werkgevers weigeren de arbeidsovereenkomst op te zeggen van een werknemer die langdurig arbeidsongeschikt is al dan niet met als reden om zo geen transitievergoeding te hoeven betalen. In een aantal van deze gevallen is door werknemers aan de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden en daarbij te bepalen dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelde om zo, op grond van artikel 7:673 lid 2 sub b. BW, aanspraak te kunnen maken op de transitievergoeding. In geen van de beschikkingen die tot nu toe door kantonrechters over dit onderwerp zijn gewezen is door de kantonrechter geoordeeld dat het niet opzeggen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever ernstig verwijtbaar handelen oplevert.

Uit de enquête gehouden binnen de vakgroep arbeidsrecht van DAS blijkt dat 80% van de respondenten ziet dat in situaties waarin een werknemer twee jaar of langer ziek is de werkgever er voor kiest de arbeidsovereenkomst niet op te zeggen en dus slapend te houden.

Kortom, werkgevers en werknemers worstelen behoorlijk met dit onderwerp. Werkgevers, omdat zij het zich niet kunnen of willen veroorloven om na 104 weken arbeidsongeschiktheid met daarbij horende kosten een transitievergoeding te betalen maar ondertussen wel, bij het slapend houden van de arbeidsovereenkomst, het risico lopen dat een werknemer op enig moment weer (gedeeltelijk) hersteld wordt, zich meldt en aanspraak maakt op loondoorbetaling. Werknemers, omdat zij in een onzekere situatie terechtkomen, als gevolg van het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzegt ook geen aanspraak kunnen maken op uitbetaling van de nog openstaande, niet genoten vakantiedagen en van mening zijn dat hun een transitievergoeding wordt onthouden.

Mogelijke oplossing ter voorkoming van slapende dienstverbanden

Onder het ontslagrecht zoals dat gold voor inwerkingtreding van de Wwz was het vaste rechtspraak dat de enkele omstandigheid dat een werknemer na een langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen op zichzelf geen grond was voor het toekennen van een vergoeding. Maar het feit dat een werknemer na een langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid was ontslagen zonder behoorlijke ontslagvergoeding kon het ontslag kennelijk onredelijk maken. Hierbij speelden omstandigheden zoals de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk, de mate waarin de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van de arbeidsongeschiktheid, de financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid en de re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer een rol.

Een oplossing voor genoemde problematiek zou kunnen worden gevonden door in de wet op te nemen dat een werkgever die de arbeidsovereenkomst met de langdurig arbeidsongeschikte werknemer opzegt niet automatisch de transitievergoeding verschuldigd is, maar slechts als de arbeidsongeschiktheid door toedoen van de werkgever en/of de arbeidsomstandigheden bij de werkgever is ontstaan en/of de werkgever onvoldoende aan re-integratie heeft gedaan. Dit zou, in de lijn van de rechtspraak over kennelijk onredelijke opzeggingen, dan getoetst moeten worden door de rechter. Voordeel voor werkgevers is dan dat zij, als de arbeidsongeschiktheid niet door toedoen van de werkgever en/of de arbeidsomstandigheden is ontstaan en de werkgever voldoende aan re-integratie heeft gedaan, zonder bijkomende kosten de arbeidsovereenkomst met de langdurig arbeidsongeschikte werknemer kunnen opzeggen.

Voordeel voor werknemers is dat zij, als de arbeidsongeschiktheid wél is ontstaan door toedoen van de werkgever en/of de arbeidsomstandigheden en/of de werkgever onvoldoende aan re-integratie heeft gedaan, dan aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding en, afhankelijk van de mate van verwijtbaarheid bij de werkgever, daarnaast mogelijk ook nog op een billijke vergoeding. Bijkomend voordeel is dat de werknemer, na de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, aanspraak kan maken op uitbetaling van de dan nog openstaande, niet genoten vakantiedagen.

6. Doorloopsnelheid ontslagaanvragen

In voornoemde enquête gehouden onder de vakgroep arbeidsrecht bij DAS heeft 53% van de respondenten aan gegeven dat de procedure bij het UWV sinds 1 juli 2015 sneller verloopt dan voor de invoering van de Wvz. 42% ziet geen verschil. Eigen ervaring is dat de ontslagprocedure bij UWV vanaf 1 juli 2015 iets sneller verloopt aangezien minder vaak dan voor 1 juli 2015 een tweede ronde van hoor en wederhoor wordt toegepast.

Arnhem, 23 februari 2016

Pascal Besselink
Senior Jurist Arbeidsrecht en Pensioenrecht bij DAS
pjbm.besselink@das.nl