|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| aan |  | De leden van de Vaste Commissie voor Sociale zaken en Werkgelegenheid |
| van |  | mr. W.J.J. Wetzels |
| datum |  | 23 februari 2016 |
| onderwerp |  | Rondetafelgesprek woensdag 2 maart 2016 |

Geachte leden van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Allereerst wil ik u hartelijk danken voor de uitnodiging voor het rondetafelgesprek. In dit position paper zal ik allereerst ingaan op de kernpunten uit het advies van de Raad voor de rechtspraak, en de ervaring op deze punten uit de praktijk. Daarna zal ik nog concreter ingaan op de door uw commissie geformuleerde informatiebehoefte, en stilstaan bij een tweetal procedurele aspecten van de Wwz.

Vooraf wil ik nog opmerken dat de Wwz pas relatief korte tijd van kracht is. Een duidelijk beeld over het aantal zaken en het verloop van die zaken is naar verwachting pas in september 2016 te geven.[[1]](#footnote-1) Voor zaken in hoger beroep kan op dit moment nog nauwelijks een beeld worden gegeven omdat nog maar enkele uitspraken in appel zijn gedaan.

 **Ontslaggronden en vergoedingssystematiek**

De opmerkingen van de Raad voor de rechtspraak (‘de Raad’) over het toenmalige conceptwetsvoorstel. bieden diverse aanknopingspunten voor de invulling van evaluatie van de Wwz. Kortheidshalve benoem ik twee kernpunten uit het advies:

* Het vergoedingensysteem is dermate verfijnd dat de ontslagprocedure er in zijn geheel (naar verwachting) niet eenvoudiger op zal worden.
* De Raad heeft bedenkingen bij de grote mate van gedetailleerdheid van de ontslaggronden, in vergelijking met het oude ontslagsysteem. De rechter wordt gebonden aan een waslijst van criteria zonder dat duidelijk is waarom dat nodig is.

Inmiddels zijn met deze twee punten - het gesloten stelsel van ontslaggronden en het gedetailleerde vergoedingensysteem - de eerste ervaringen opgedaan. Mijn persoonlijke indruk is dat het gesloten stelsel van ontslaggronden, dat strikt gehanteerd wordt door de kantonrechters, en de scherpere eisen zowel ten aanzien van de dossiervorming als ten aanzien van het verbetertraject bij de ontbinding op de d-grond (disfunctioneren) tot meer afgewezen ontbindingsverzoeken leidt. Die persoonlijke indruk lijkt niet over een te komen met het aantal afwijzingen, zoals dat blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak. De conclusie kan alleen maar zijn dat kennelijk niet alle afwijzingen gepubliceerd worden en het lijkt raadzaam dat daar verder onderzoek naar wordt gedaan.

In veel gevallen lijken beide partijen niet gebaat met de afwijzing van het ontbindingsverzoek en in zoverre valt het in mijn ogen te betreuren dat de kantonrechter niet meer mogelijkheden heeft om bijvoorbeeld de tekortkoming van de werkgever ten aanzien van het verbetertraject te compenseren met een hogere vergoeding dan de transitievergoeding. In het oude systeem kon de kantonrechter met toepassing van een hogere correctiefactor uit de kantonrechtersformule een hogere vergoeding toekennen. In die systematiek gold de vergoeding als het ware als “smeermiddel” om tot een billijke oplossing te komen. Onder vigeur van de Wwz bestaat dat smeermiddel niet meer omdat toekenning van een billijke vergoeding alleen mogelijk is in het geval sprake is van ‘ernstig verwijtbaar handelen’ van de werkgever, het *muizengaatje* zoals het in de wetsgeschiedenis ook wel is genoemd.

In het tweede deel van mijn position paper ga ik nog in op het aantal ontbindingszaken en ook op de gevolgen van het gewijzigde vergoedingssysteem voor ontslag bij ziekte. Dit ligt in het verlengde van het hiervoor gestelde

**Conclusie:**

* Het strekt, mede op basis van de ervaring in de praktijk, tot aanbeveling de twee kritiekpunten uit het wetgevingsadvies te betrekken bij de evaluatie van de Wwz.

 **Informatiebehoefte van de commissie en procedurele aspecten van de Wwz.**

**De verhouding vaststellingsovereenkomsten/beëindigingsovereenkomst door de werkgever versus ontbinding door de kantonrechter**

Deze door uw commissie geformuleerde vraag kan ik niet geheel beantwoorden, omdat ik als kantonrechter immers geen zaken voorgelegd krijg waarin partijen in der minne overeenstemming hebben bereikt over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hooguit zouden die zaken aan mij als rechter worden gepresenteerd in de vorm van een geregelde of formele ontbinding en in dat verband kan ik zeggen dat het aantal formele ontbindingsverzoeken fors is gedaald. Landelijk is sprake van een daling van circa 290 per maand vóór de Wwz naar circa 50 per maand na 1 juli 2015. Vreemd genoeg spelen die resterende geregelde zaken bijna allemaal in het onderwijs en kennelijk wordt dat veroorzaakt doordat de werkgevers in het onderwijs de ingevolge de CAO Primair Onderwijs verschuldigde wachtgeldregeling en outplacementvergoeding alleen kunnen declareren bij het Participatiefonds als aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een ontbindingsbeschikking van de kantonrechter ten grondslag ligt.

De stroom ontbindingszaken is na 1 juli 2015 langzaam op gang gekomen. Dat houdt ongetwijfeld mede verband met het feit dat de maand juni 2015 een piek te zien heeft gegeven in de instroom van ontbindingszaken, landelijk gezien was sprake van een verdubbeling van de normale maandinstroom. Vreemd genoeg heeft die piek zich met name voorgedaan op de twee laatste dagen van de maand juni 2015. Vanaf de maanden september/oktober 2015 is het aantal ontbindingsverzoeken toegenomen en voorzichtige schattingen geven aan dat de verzoekschriftprocedures met een zitting en eindbeschikking na invoering van de Wwz gelijk zijn gebleven aan de circa 290 zaken per maand in de eerste helft van 2015. Daarbij moet bedacht worden dat trendmatig in de anderhalf jaar vóór invoering van de Wwz een afname van circa 60 zaken per jaar te zien was als gevolg van de gunstigere conjuncturele ontwikkelingen.

Voorts valt op dat veel zaken alsnog door partijen kort voor de zitting worden geregeld, waarna het verzoek wordt ingetrokken en de zitting derhalve geen doorgang meer hoeft te vinden. Na invoering van de Wwz is het aantal vóór de zitting ingetrokken verzoekschriftprocedures toegenomen van circa 260 per maand naar circa 300 per maand, tegen de trend van daarvoor in met juist een afname van circa 20 per maand.

Overigens moet in dit verband wel bedacht worden dat het vergelijken van de oude situatie met de nieuwe situatie zekere beperkingen kent omdat de Wwz de ontslagroutes bij UWV en kantonrechter heeft hervormd[[2]](#footnote-2). Een toename van het aantal zaken bij de kantonrechter betekent niet per definitie dat partijen er minder vaak dan voorheen zelf uit komen. Het kan ook zo zijn dat die zaak voorheen aan het UWV werd voorgelegd en bij de rechtspraak niet als zaak geteld werd.

**De gevolgen van de Wwz op ontslag bij ziekte**

Onder meer vanuit de vakbeweging wordt het geluid gehoord dat werkgevers er steeds vaker voor kiezen om de arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet op te zeggen, om op die wijze de transitievergoeding te ontlopen. In de rechtspraak zijn verschillende gevallen bekend, waarin de werknemer tevergeefs op verschillende gronden de veroordeling van de werkgever heeft gevorderd tot betaling van de transitievergoeding.[[3]](#footnote-3) Juist omdat de Minister te kennen heeft gegeven dat ook de werknemer die wegens twee jaar ziekte ontslagen wordt recht heeft op de transitievergoeding en een en ander niet aangemerkt kan worden als “weeffout” in de wet[[4]](#footnote-4), maakt dat de rechter meer mogelijkheden zou moeten hebben om de werknemer de transitievergoeding toe te kennen in die gevallen dat de werkgever uitsluitend en alleen om die verplichting te ontlopen niet overgaat tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

**Processuele aspecten van de Wwz**

Ten slotte wil ik in deze notitie aandacht vragen voor twee processuele punten. Allereerst. wil in dit verband wijzen op de relatief korte termijn van twee maanden die ingevolge artikel 7:686a lid 4 onderdeel a, ten tweede, BW voor de werknemer geldt in het geval hij op staande voet ontslagen is en hij bij de kantonrechter daarvan de vernietiging wil inroepen. Zowel in mijn eigen praktijk als in de praktijk van de andere kantonrechters zijn de nodige gevallen bekend, waarin het verzoekschrift te laat was ingediend en in die gevallen is het ontslag op staande voet dus onherroepelijk met alle gevolgen van dien voor de werknemer. In vergelijking met het oude systeem waar de werknemer zes maanden de tijd had om een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet en hij bovendien die vernietigbaarheid buiten rechte kon inroepen door middel van een eenvoudig briefje aan de werkgever, is de vervaltermijn van twee maanden, waarbinnen een goed gemotiveerd verzoekschrift bij de kantonrechter moet zijn ingediend wel erg kort. Daarbij moet tevens bedacht worden dat de werknemer nadat hij geconfronteerd is met een ontslag op staande voet veelal niet onmiddellijk een advocaat consulteert, maar eerst een WW-uitkering zal aanvragen bij het UWV. Die uitkering wordt als regel na een ontslag op staande voet geweigerd, doch een dergelijke beslissing wordt door het UWV pas na een week of vier genomen, waarna al een belangrijk deel van de twee maanden termijn is verstreken en daarna moet de werknemer nog op zoek naar een advocaat, die in veel gevallen ook nog eerst zal willen proberen om de zaak met de werkgever in goed overleg op te lossen. Dat leidt er in veel gevallen toe dat de vervaltermijn van twee maanden verstrijkt zonder dat tijdig het vernietigingsverzoek bij de kantonrechter wordt ingediend. Een ander nadeel van de korte twee maanden termijn is dat de werknemers gemachtigden zich gedwongen voelen om snel een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen, zonder dat getracht is met de werkgever tot een minnelijke oplossing te komen. Dat overleg wordt pas opgestart nadat de gerechtelijke procedure aanhangig is gemaakt en daardoor wordt de zaak nodeloos gejuridiseerd.

Op de tweede plaats wil ik wijzen op het bepaalde in artikel 7:686a lid 3 BW. Die bepaling maakt het mogelijk om connexe vorderingen in één en dezelfde procedure aan de orde te stellen. Denkbaar is dat de werkgever bij de kantonrechter de ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, dat de werknemer daartegen bij verweerschrift bezwaar maakt en primair concludeert tot afwijzing, subsidiair tot toewijzing, echter onder gelijktijdige toekenning van de transitievergoeding en de billijke vergoeding omdat in de ogen van de werknemer sprake is van ernstige verwijtbaar handelen van de werkgever. Denkbaar is ook dat de werknemer in die procedure een tegenverzoek indient tot veroordeling van de werkgever bijvoorbeeld tot betaling van achterstallig salaris over de afgelopen vijf jaar, bijv. omdat de werknemer in een verkeerde loonschaal was ingedeeld. In dat tegenverzoek zou de werknemer ook nog allerlei andere vorderingen aan de orde kunnen stellen, niet alleen tot betaling van andere achterstallige tegoeden, maar bijvoorbeeld ook een voorwaardelijke vordering tot vernietiging c.q. matiging van het concurrentiebeding voor het geval het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onverhoopt gehonoreerd zou worden. Op die wijze kunnen “hele kerstbomen” van vorderingen aanhangig gemaakt worden, hetgeen een behoorlijke belasting voor de rechterlijke macht betekent, ook al omdat er een zekere aanzuigende werking vanuit gaat. In het systeem vóór de Wwz moesten dat soort vorderingen immers bij dagvaarding aanhangig gemaakt worden en was de werknemer daarvoor ook afzonderlijk griffierecht verschuldigd. Tegenover de werkbelasting van de rechterlijke macht staat wel een efficiënte afdoening van het tussen partijen gerezen geschil, omdat alle geschilpunten in één procedure en door één rechter beslecht worden.

 Graag licht ik mijn position paper gedurende het rondetafelgesprek mondeling toe.

Met vriendelijke groet,

mr. W.J.J. (Wim) Wetzels

kantonrechter / senior rechter A Rechtbank Rotterdam

Voorzitter Expertgroep Arbeidsrecht van het LOVCK

1. Voor een overzicht van de relevante jurisprudentie tot 1 januari 2016 verwijs ik naar het artikel van mr. H.B. Dekker, “Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016”, TAP 2016/1, p.22 e.v. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ontslag om persoonlijke redenen (de sub c t/m h gronden van artikel 7:669 lid 3 BW) loopt via de kantonrechter, ontslag om bedrijfseconomische redenen en langdurige ziekte via het UWV., de zgn. a en b gronden van genoemd artikel [↑](#footnote-ref-2)
3. Zie onder meer Ktr. Gouda 21 oktober 2015, AR Updates 2015/1095 en Ktr. Rotterdam 6 november 2015, AR Updates 2015/1181 en Ktr. Almere 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495 [↑](#footnote-ref-3)
4. *Kamerstukken I,* 2013/2014, 33818, C, p. 96 [↑](#footnote-ref-4)