

De Wwz: de ervaringen na drie jaar

F.J.L. PENNINGEN EN L.C.J. SPRENGERS

10.1 De doelstellingen van de Wwz

Aan de Wwz is een lange voorgeschiedenis voorafgegaan, want het ontslagrecht wijzigen doe je niet zomaar, zoals beschreven in het eerste hoofdstuk. Eerdere rapporten met voorstellen tot modernisering werden in dank aanvaard, maar verdwenen meteen in de bureaulade.¹

Een ontslagtraject is vaak een gevoelige kwestie. Voor de werknemer betekent het verlies van zijn baan niet alleen verlies van een vaste inkomensbron, maar ook van status, netwerk en zekerheid. Natuurlijk vallen hier relativeringen bij te plaatsen en kunnen we pleiten voor een andere benadering van ontslag, dat 'ook nieuwe kansen kan bieden'. Deze doen niet af aan de vaststelling dat veel (zo niet vrijwel alle) werknemers als ze ontslag krijgen dit als heel negatief ervaren. Door de betekenis van ontslag voor werknemers hechten hun vertegenwoordigers (vakbonden) en politieke partijen sterk aan voldoende bescherming bij ontslag en kunnen wijzigingen in de huidige politieke werkelijkheid van Nederland alleen met draagvlak van werknemers- en werkgeversorganisaties worden aangebracht. Dit draagvlak is gevonden in het Sociaal akkoord van 2013, waarin het overgrote deel van de huidige Wwz al beschreven is.² Deze context van de Wwz wordt hier nog eens in herinnering geroepen, aangezien hij van groot belang is voor een beoordeling van de wet.

Deze context is niet onproblematisch. Het Sociaal akkoord als grondslag voor de Wwz betekende dat de regering dit akkoord nauwgezet moest volgen en bij eventuele afwijkingen met de sociale partners in conclaaf moest.³ Deed zij dat niet, dan kon dit het akkoord aan het wankelen brengen en dat zou het draagvlak kunnen wegnemen. Daarmee was ook de ruimte voor de Tweede Kamer beperkt om aanpassingen in het wetsvoorstel te maken en was er ook weinig transparantie over de redenen waarom bepaalde wijzigingen wel of niet mogelijk waren. In het Regeerakkoord van 2017 zijn een aantal wijzigingen van de Wwz aangekondigd.⁴ De coalitiegenoten hebben kennelijk deze ruimte genomen of gekregen.

Een van de gevolgen van de 'binding' aan het Sociaal akkoord is dat de regering weinig ruimte had voor bespreking van alternatieven voor het ontslagrecht. De memorie van

1 Commissie-Rood, *Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW, 2000; *Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht*, Ministerie van SZW 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064 (minister Donner); zie ook A.R. Houweling, 'Who's afraid of Rood, Donner en Koser Kaya? Over eenheid in ons duaal ontslagstelsel', AA 2011, p. 789-794.

2 *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, Den Haag 2013.

3 Zie voor kritiek op het compromiskarakter ook R.A.A. Duk en F.B.J. Grapperhaus, 'Drucker, Levenbach en het Wetsvoorstel Wet en Zekerheid', TRA 2014/21, 2014(3), p. 1.

4 In vorige hoofdstukken hebben we die besproken. Bijv. over de transitievergoedingen in hfdst. 4.

toelichting gaat dan ook niet in op bijvoorbeeld het rapport van de commissie-Bakker, dat een andere benadering van de arbeidsrelatie voorstelde.⁵ Werknemers zouden in deze visie 'employable' gehouden moeten worden, aangezien de eisen aan de arbeid steeds veranderen en er ook tekorten op de arbeidsmarkt werden voorzien. Een werknemer heeft er meer aan om goed voorbereid te worden op eventueel een nieuwe baan – 'een job-to-job-transitie' in het jargon – dan om een hoge ontslagvergoeding en een lange WW-uitkering te ontvangen. De Wwz volgt echter een meer traditionele benadering van – kort gezegd – bescherming tegen ontslag en een ontslagvergoeding en heeft enkel aan een aantal knoppen gedraaid van het voorheen bestaande ontslagrecht. De wet is in een flink aantal opzichten een continuering van het daarvoor bestaande ontslagrecht.

Een tweede opmerking over de context van de Wwz is dat ontslagrecht in hoge mate samenhangt met de sociale en culturele inrichting van de samenleving. Waar dat enerzijds betekent dat werknemers(organisaties) sterk hechten aan de preventieve toetsing in het ontslagrecht – een aspect waarin het Nederlandse ontslagrecht uniek is – zien we ook een grote vrijheid voor werkgevers bij hun keuze voor flexibele arbeidsvormen, bij de vrijheid om met instemming van de werknemer afscheid van hem te nemen (de WW sanctioneert instemming van de werknemer niet) en ook hebben werkgevers de vrijheid om elke vorm van *employability*-activiteit achterwege te laten. Anders dan bij de zieke werknemer heeft de werkgever bij de werknemer die hij ontslaat immers geen re-integratieverplichting. In feite beïnvloeden economische ontwikkelingen veel sterker het werkgeversbeleid dan ontslag- en andere arbeidsrechtelijke bepalingen. Op het moment van afronding van dit boek lijken de werkgevers weer meer vaste contracten aan te gaan bieden in verband met de krapte op de arbeidsmarkt. De vrijheden voor werkgevers beïnvloeden – zoals we hierna nog zullen zien – in sterke mate het realiseren van de doelstellingen van de Wwz.

Dit gezegd hebbend, willen we in dit hoofdstuk een voorlopige balans opmaken van de nieuwe wet. Het is geen echte evaluatie geworden, aangezien ons de mogelijkheden ontbreken om een empirisch onderzoek op te zetten. Zo'n onderzoek zou zich overigens niet mogen beperken tot alle (gepubliceerde en ongepubliceerde) jurisprudentie, maar zou ook het handelen en nalaten van werkgevers en werknemers in de praktijk moeten onderzoeken. Zeker als vragen beantwoord zouden moeten worden als: is het ontslagrecht eenvoudiger of ontslag makkelijker geworden? Het moge duidelijk zijn dat invoering van hoger beroep en cassatie over de hele linie niet tot een vereenvoudiging leidt ten opzichte van de praktijk van voor de Wwz in vergelijking met de (oude) ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW, waarbij die mogelijkheden niet aanwezig waren. Juist de kritiek op het gebrek aan rechtsbescherming in de oude ontbindingsprocedure heeft geleid tot de aanpassen van het procesrecht in de Wwz. Dit is niet als een vereenvoudiging te kwalificeren, maar als een versterking van de rechtsbescherming. Deze procesrechtelijke aanpassingen zijn ook van invloed op de vraag of ontslag eenvoudiger is geworden en zullen al snel aan een negatieve beantwoording van die vraag kunnen bijdragen. Maar het antwoord op die vraag wordt nog meer bepaald door de wijzigingen die in de ontslaggronden zijn aangebracht. Er is gekozen voor een meer gesloten stelsel van ontslaggronden met handhaving van de preventieve ontslagtoets, waarbij de keuzemogelijkheid voor de werkgever is weggehaald met

5 Commissie-Bakker, *Naar een toekomst die werkt*, Den Haag, 2008, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2008/06/16/naar-een-toekomst-die-werkt-advies-commissie-arbeidsparticipatie>.

betrekking tot de ontslagroute en per ontslaggrond is voorgeschreven welke ontslagroute, via UWV of kantonrechter, gevolgd moet worden. Daar is aan toegevoegd de introductie van een wettelijke regeling van de ontslagvergoeding, de transitievergoeding. Al deze elementen zouden moeten leiden tot een toename van het aantal beëindigingen van de arbeidsovereenkomsten in overleg tussen werkgever en werknemer. De instemming met de opzegging en de beëindigingsovereenkomst zouden de hoofdroute moeten worden. Dit maakt dat voor een beoordeling van de resultaten van de Wwz niet volstaan kan worden met het analyseren van de rechtspraak of het enquêteren van professionals (rechters en advocaten). Het is daarom extra lastig om een dergelijk evaluatieonderzoek uit te voeren en het risico bestaat dat de uitkomsten al achterhaald zijn – door alweer aangekondigde wetswijzigingen – voordat het onderzoek gereed is. Vandaar dat we een bescheidener weg kiezen en willen nagaan, met name op basis van de hoofdstukken in dit boek, hoe de oorspronkelijke doelstellingen van de wet uitgewerkt zijn en hoe ze in de jurisprudentie en (voorzover bekend) in de praktijk uitwerken. Wellicht ten overvloede: de analyse en beoordeling komen enkel voor rekening van de auteurs van dit hoofdstuk.

We zullen achtereenvolgens ingaan op het ontslagrecht (par. 10.2), de transitievergoeding en billijke vergoeding (par. 10.3), het procesrecht (par. 10.4), de flexibele arbeidsrelaties (par. 10.5), de zieke werknemer (par. 10.6) en de aanpassingen in de WW (par. 10.7).

10.2 Het ontslagrecht

Zoals we boven hebben gezien beoogde het wetsvoorstel om eenduidigheid te brengen in de ontslagroutes, maar schreef de regering dat de ontslaggronden ongewijzigd blijven. Daarmee bedoelde ze dat de gronden uit het toenmalige *Ontslagbesluit* overgenomen werden in de wet. Toch betekende dit een grote verandering, zoals ook uit hfdst. 3 blijkt, aangezien onder het oude recht de kantonrechter de bevoegdheid had de arbeidsovereenkomst te ontbinden bij o.a. 'wijziging van de omstandigheden'. De Wwz kent echter een limitatief stelsel van ontslaggronden, vanuit de gedachte dat er een redelijke grond voor ontslag moet zijn. De rechter stelt eisen aan de onderbouwing van het ontslagdossier – met name bij de grond 'disfunctioneren van de werknemer' en de grond van de verstoorde arbeidsverhouding. Dat betekent dat het moeilijker is geworden in deze situaties een werknemer te ontslaan. In het Regeerakkoord is aangekondigd dat er een regeling komt om de rechter meer speelruimte te geven in situaties waarbij meerdere ontslaggronden aan de orde zijn, maar elk op zich onvoldoende is om de grond te dragen. In die gevallen moet het mogelijk zijn om de rechter de afweging te laten maken of het van een werkgever verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten of dat ontslag gerechtvaardigd is op basis van de cumulatie van omstandigheden, genoemd in de verschillende gronden. Hier staat voor de werknemer tegenover dat de rechter een extra vergoeding kan toekennen van maximaal de helft van de transitievergoeding (bovenop de reeds bestaande transitievergoeding). Dat wordt een opvallende wijziging van het systeem, aangezien het mogelijk gemaakt gaat worden door het geven van een financiële compensatie (50 procent extra aan transitievergoeding) een ontslag dat eigenlijk niet goed onderbouwd kan worden toch te kunnen verlenen. Dit is te beschouwen als een herstel van de speelruimte voor de rechter om bij een onvoldragen ontslaggrond of -gronden toch de arbeidsovereenkomst te ontbinden, en wel in die gevallen waarin de rechter inschat dat het voortduren van de arbeidsovereenkomst niet langer wenselijk is of gevegd kan worden. Een gedeeltelijk

herstel van de positie van de kantonrechter in de oude ontbindingsprocedure, met dien verstande dat de financiële bandbreedte waarbinnen de kantonrechter het gebrek aan voldragen ontslaggrond kan compenseren gelimiteerd is, tenzij de onvoldragenheid van de ontslaggrond gepaard gaat met ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Dan kan ook nog een billijke vergoeding worden toegekend. Daar zal bij een onvoldoende dossieropbouw, maar zonder bijkomende negatieve gedragingen van de werkgever, geen sprake van zijn.

Overigens kan het nog goed voorkomen dat er tot op zekere hoogte sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, maar er in het geheel geen sprake is van disfunctioneren. Of andersom: dat er gesteld wordt dat er sprake is van disfunctioneren, maar dit moeilijk aangetoond kan worden, terwijl er helemaal geen aanwijzingen zijn voor een verstoorde arbeidsrelatie. Het is nog onduidelijk hoe deze bepaling gaat uitpakken. Het zou voor een deel het paard achter de wagen spannen zijn, indien de cumulatie van onvoldragen gronden in de toekomst een gemakkelijke route tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou worden, met een ingecalculerde verhoging van de transitievergoeding met 50%. Want de cumulatie van ontslaggronden in combinatie met een gemaximeerde verhoging van de transitievergoeding zal effect kunnen gaan hebben op het overleg tussen partijen bij de pogingen om tot een beëindigingsovereenkomst te komen. Indien er een praktijk zou gaan ontstaan waarbij de kantonrechter de toetsing of er sprake is van een voldragen ontslaggrond niet meer van belang vindt voor de vraag of er ontbonden moet gaan worden, maar alleen voor de vraag of er een verhoging van de transitievergoeding vereist is, zal dat van invloed gaan zijn op de opstelling van partijen in de onderhandelingen.

De Wwz heeft enige gevolgen gehad op de wijze waarop bij reorganisatie ontslagprocedures zich voltrekken, zo is aan de orde gekomen in hfdst. 2. Het feit dat de toetsing van de a-grond in eerste aanleg exclusief door het UWV plaatsvindt en vervolgens dat beroep en hoger beroep mogelijk is, waarbij aan de hand van dezelfde regels getoetst dient te worden, heeft geleid tot een verdere verzwaring van de betekenis van de ontslagregels bij bedrijfseconomisch ontslag. Uit de gepubliceerde jurisprudentie valt af te leiden dat de rechters zich houden aan de instructie om ook met dezelfde ontslagregels te werken. Ook de uitvoeringsregels, die niet direct bindend zijn voor de rechter, worden in de regel betrokken bij de rechterlijke toetsing. Als gekeken wordt naar de mate waarin doorgeprocedeerd wordt nadat het UWV heeft geoordeeld over de aanvraag, dan kan geconstateerd worden dat dit in een zeer beperkt aantal gevallen plaatsvindt. In minder dan 1% van de gevallen waarin het verzoek is toegewezen besluit een werknemer vervolgens door te procederen; in iets meer dan 2% van de gevallen besluit de werkgever daar toe. Daaruit valt af te leiden dat de keuze om de beoordeling van de a-grond bij het UWV te houden een juiste is geweest, ook rekening houdend met het aantal procedures en de bij het UWV aanwezige infrastructuur en deskundigheid.

In hfdst. 5 is uitvoerig ingegaan op de gevolgen van de invoering van de Wwz voor het ontslag op staande voet. Het ontslag op staande voet is een onderwerp waar de Wwz geen materiële wijzigingen in heeft aangebracht, afgezien van een tekstuele aanpassing in de wettekst. Maar een aantal wijzigingen van de Wwz werken door op het ontslag op staande voet, zoals de korte vervaltermijn, de gebondenheid van het hof in appel aan een vernietiging van het ontslag door de kantonrechter, en het alleen vervallen van de

aanspraak op een transitievergoeding bij ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Veranderingen waar de praktijk op moet inspelen en waarin deze zal moeten afwegen hoe daar mee om te gaan. We beschouwen dit als gevolgen die inherent zijn aan een stelselwijziging zoals doorgevoerd is met de Wwz. De doorgevoerde veranderingen hebben ook gevolgen voor leerstukken die materieel niet gewijzigd zijn, hetgeen in hfdst. 5 goed wordt geïllustreerd. Hierbij komen ook een aantal nieuwe vragen naar boven, waarover de Hoge Raad zich uiteindelijk zal moeten buigen, hetgeen niet ongebruikelijk is na het doorvoeren van wetswijzigingen. Het ontslag op staande voet was en is een vorm van eigenrichting in de arbeidsverhouding gebleven, waaraan risico's verbonden zijn. De korte vervaltermijn van twee maanden kan maken dat een werkgever eerder genegen is bepaalde risico's te nemen, erop speculerend dat een werknemer de stap tot het indienen van een verzoekschrift toch niet snel zal zetten. Maar een werkgever die daarop gokt loopt ook financiële risico's indien de werknemer wél stappen zet, zoals in hfdst. 5 wordt geanalyseerd. De Wwz heeft derhalve voor veranderingen in de (proces)praktijk bij ontslag op staande voet geleid, maar de keuze om dit zware middel in te zetten vergt onveranderd een gedegen afwegen, gezien de grote gevolgen die eraan vastzitten voor de werknemer en werkgever.

10.3 Transitievergoeding en billijke vergoeding

10.3.1 Transitievergoeding

De memorie van toelichting noemt als tekortkomingen van het ontslagrecht dat van toepassing was tot de invoering van de Wwz (hierna: het oude ontslagrecht) dat het leidde tot ongelijke uitkomsten en dat het het functioneren van de arbeidsmarkt belemmerde, met name bij oudere werknemers. De ongelijke uitkomsten waren het gevolg van de keuze die de werkgever had of hij de werknemer ontsloeg via de kantonrechter of het UWV. In het eerste geval werd vaak een ontslagvergoeding toegekend; in het tweede gebeurde dat niet. Het probleem met de oudere werknemers was dat ontslagvergoedingen voor hen relatief hoog konden zijn, hetgeen een reden voor werkgevers kon zijn om oudere werknemers niet aan te nemen. Belangrijk was dus dat het stelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar moest worden voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een nieuwe baan.⁶

Het uitgangspunt is en blijft dat een ontslaggrond gebaseerd moet zijn op een redelijke grond, waarbij de ontslaggronden ongewijzigd blijven. In de wet worden echter de ontslagcriteria opgenomen waar ook de rechter aan gebonden is, aldus de memorie van toelichting.⁷

Ten tweede krijgt elke werknemer na een dienstverband van twee jaar een transitievergoeding, die onafhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en die ingezet kan worden voor van-werk-naar-werk-trajecten. 'De kansen op vast werk van met name oudere werknemers worden hierdoor versterkt'.⁸

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

7 *Idem*.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 74.

De hoofdelementen van de Wwz zijn derhalve het behoud van de preventieve toetsing met stroomlijning van de procedures, met een einde van de ongelijkheid in o.a. ontslagvergoedingen die het gevolg was van de keuze van de ontslagroute, een transitievergoeding voor 'iedereen' en beperking van de hoogte van deze vergoeding in vergelijking met de eerdere ontslagvergoedingen.

Daarmee zijn in de wet inderdaad een aantal knelpunten aangepakt die al lange tijd onderdeel van discussie waren. Het recht op transitievergoeding voor iedere werknemer die twee jaar of langer werkzaam is, is een belangrijke verbetering, want dit is niet langer afhankelijk van de ontslagroute. Bovendien komt dit recht ook toe aan diegenen die niet ontslagen worden, maar wier contract afloopt. Deze gelijkstelling van vaste en tijdelijke arbeidskrachten heeft de wet derhalve gerealiseerd. Of dit ook betekent dat – nu de verschillen tussen vast en tijdelijk minder groot zijn – werkgevers eerder een werknemer een vast contract aanbieden is een andere kwestie. Uit cijfers van het UWV over 2017⁹ bleek dat het aantal werknemers dat een vast contract kreeg aangeboden een dieptepunt bereikte.¹⁰

Al zijn er geen cijfers over bekend, het is niet gewaagd te veronderstellen dat de regeling van de transitievergoeding meebrengt dat werkgevers bij het bepalen van de duur van het contract rekening houden met de tweejaarstermijn. In het Regeerakkoord van Rutte III is daarom neergelegd dat de voorwaarde van de twee jaar zal verdwijnen. Dit is een consequente uitwerking van de uitgangspunten van de wet.

Of de regeling van de transitievergoeding bijdraagt aan vergroting van de *employability* is zeer de vraag. De regeling beoogt zowel een vergoeding te geven voor het verlies van de baan, als een stimulans te geven aan de werkgever om de werknemer tijdens de arbeidsovereenkomst, of in ieder geval bij het einde ervan, beter voor te bereiden op ander werk. Deze doelstellingen lijken elkaar in de weg te zitten: teneinde het vergoedingskarakter niet te veel te laten aantasten zijn immers de mogelijkheden om kosten af te trekken voor scholing beperkt (het Regeerakkoord van 2017 kondigt hier overigens wijzigingen in aan). Het lijkt erop dat deze spanning tussen doelstellingen moeilijk op te lossen is en dat de beste oplossing is het *employability*-beleid los te koppelen van de ontslagvergoeding en zelfstandig vorm te geven.

Bij de transitievergoeding hoort tevens een opmerking over het midden- en kleinbedrijf. Voor het midden- en kleinbedrijf met name – dat onder het oude ontslagrecht voornamelijk de goedkope UWV-route koos – is ontslag duurder geworden. Indien we gelijke behandeling van werknemers willen, dan is dit onvermijdelijk. Het is wel goed om dit punt niet uit het oog te verliezen, aangezien het invloed kan hebben op het grotere thema van het onderscheid tussen werknemers en zzp'ers.

Ook bij de oudere werknemers zien we dat de transitievergoeding en de uitwerking ervan op verschillende gedachten hinken. Het verschil tussen het oude ontslagrecht en de Wwz is dat onder de oude regeling arbeidsjaren boven een bepaalde leeftijdsgrens tot een hogere vergoeding leidden dan voor jongere werknemers. Het probleem hierbij zat onzes inziens niet per se erin dat oudere werknemers duurder waren om aan te nemen. Stel dat een werkgever een werknemer van 55 aannam voor bepaalde tijd, dan hoefde hij bij

9 Bijv. UWV, Arbeidsmarktprognose 2017-2018, Amsterdam, 2017.

10 Zie voor stevige kritiek op het ontbreken van werkelijke maatregelen om de kloof tussen de vaste contracten en de flexibele arbeidskrachten te verkleinen ook F.B.J. Grapperhaus, 'De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel', TRA 2014/22, 2014(3), p. 3 e.v., met name p. 5.

afloop van de overeenkomst geen vergoeding te betalen. Als de werknemer in vaste dienst was en de werknemer bereikte zijn pensioen, dan ook niet. Een werknemer die op jonge leeftijd is aangenomen, maar in dienst blijft is uiteindelijk wel duurder als hij ontslagen wordt. Het mogelijke probleem zat veel meer bij oudere werknemers zelf: zij waren met gouden koorden gebonden aan de werkgever en als ze van werkgever veranderden, dan begon de opbouw van de vergoeding weer opnieuw. Of dit echt een probleem was is niet bekend; de vraag of men bij de nieuwe werkgever ontslag krijgt is immers een onzekere factor, waar men in beginsel niet van uitgaat als men solliciteert naar een nieuwe baan. Andere anciënniteitsregels (ontslagvolgorde, pensioen) kunnen een veel grotere rol spelen.

Een andere kwestie is dat de ontslagvergoeding voor oudere werknemers hoger was, omdat zij vaak meer moeite hebben om weer een baan te vinden. Dat aspect zit wat halfslachtig in de huidige regeling van de Wwz, omdat de hogere transitievergoeding per dienstperiode niet langer aan leeftijd is gekoppeld, maar aan de duur van het dienstverband. Dat kan oudere werknemers ten goede komen, maar niet aan alle. In het Regeerakkoord wordt deze hogere vergoeding afgeschaft. Daarmee is enerzijds de kritiek weggenomen op de halfslachtigheid van de regeling, maar is wel het probleem van de slechte arbeidsmarktpositie van de werknemer blijven bestaan. Oplossingen voor die slechte arbeidsmarktpositie kunnen overigens, net zoals het *employability*-beleid, beter los van de transitievergoedingen worden geregeld.

10.3.2 De billijke vergoeding

De billijke vergoeding is een onderwerp dat al bij de totstandkoming van de Wwz, tijdens de parlementaire behandeling en ook in de juridische literatuur, veel aandacht heeft gekregen. Ook na de invoering van de Wwz is hier grote belangstelling voor blijven bestaan in de praktijk en de rechtspraak. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat een van de eerste Hoge Raad-uitspraken hierop betrekking had. Er bestaat behoefte aan meer duidelijkheid hoe om te gaan met de billijke vergoeding. De Hoge Raad besliste om ook het gevolgen criterium mee te nemen in de hoogte van de vergoeding (*New Hairstyle*-beschikking, zie par. 4.3.3). De Hoge Raad heeft hiermee een andere weg gevolgd dan door de wetgever was uitgezet, maar komt wel tegemoet aan de in de praktijk en literatuur gevoelde behoefte om waar dat nodig is meer rekening te kunnen houden met de omstandigheden van het geval om een compensatie op te leggen die recht doet aan het individuele geval. Rekening houden met de omstandigheden van het individuele geval maakt dat de billijke vergoeding niet is te vangen in een eenduidige formule, zoals bij de transitievergoeding. Het gaat om het meenemen van de relevante gezichtspunten, hetgeen de beoordeling nog casuïstischer maakt. De Hoge Raad heeft een eerste aanzet gegeven, waarmee de praktijk en rechtspraak nu weer aan de slag gaan. We sluiten niet uit dat er nog meer uitspraken van de Hoge Raad zullen komen over de billijke vergoeding om dit vraagstuk verder handen en voeten te geven.

10.4 Het procesrecht

De Wwz heeft een aantal procesrechtelijke vragen opgeroepen, die niet of onvoldoende op basis van de wetsgeschiedenis te beantwoorden zijn. De opmerking van de wetgever dat het reguliere procesrecht op het arbeidsrecht van toepassing is lijkt werkbaar, maar neemt niet weg dat de wijzigingen bij hun toepassing om een eigen arbeidsrechtelijke

benadering vragen, zo is in hfdst. 6 geconcludeerd. Als voorbeeld is daar gewezen op de eisverandering, waarbij de wet lijkt tegen te gaan dat voor het eerst in hoger beroep ontbinding wordt verzocht. Andere voorbeelden zijn de toepassing van het bewijsrecht op feiten die slechts aannemelijk te maken zijn en het voegen van vorderingen die met het einde van de arbeidsovereenkomst samenhangen. Soms staat de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst zelfs aan toepassing van het reguliere procesrecht in de weg. Het rechterlijke toetsingsmoment in hoger beroep is hiervan een voorbeeld.

Op het procesrechtelijke vlak zijn nog niet alle (nieuwe) vragen die de Wwz heeft opgeroepen beantwoord. Meer aandacht hiervoor bij de totstandkoming van de Wwz had meer houvast kunnen bieden. Het zal nu aan de Hoge Raad zijn om openstaande vragen te beantwoorden en richting te geven, zoals bijvoorbeeld al gebeurd is met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding.

10.5 Flexibele arbeidsrelaties

Bij de behandeling van de transitievergoeding kwam al aan de orde dat een van de doelstellingen van de Wwz was om de positie van de flexibele arbeidskrachten te verbeteren, en wel door ook bij afloop van een overeenkomst voor bepaalde tijd een recht op transitievergoeding toe te kennen (als de overeenkomst twee jaar of langer heeft geduurd). Hier gaan we in op regelingen die de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zelf betreffen. Zoals we in hfdst. 7 hebben gezien, wijkt de Wwz af van de oude regeling. In de oude regeling converteerde een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een voor onbepaalde tijd als er drie elkaar opvolgende contracten aan vooraf zijn gegaan of (bij een kleiner aantal) als in totaal een periode van drie jaar wordt overschreden. Bij cao kon hiervan worden afgeweken. Om tegen te gaan dat werkgevers werknemers structureel en langdurig inschakelen op basis van tijdelijke contracten kent de Wwz een regeling waarbij de maximumperiode voor de ketenregeling twee jaar duurt, de tussenpoos waarbinnen contracten als opeenvolgend worden gezien op zes (in plaats van het eerdere drie) maanden wordt gesteld en afwijking bij cao aan strikte voorwaarden is gebonden.

Verhulp betwijfelde bij het wetsvoorstel Wwz al of de nieuwe regeling inderdaad zal bewerkstelligen dat werknemers voortaan in vaste dienst worden genomen.¹¹ Ze zal meebrengen dat de outsiders nog eerder uitgesloten worden. Afwijking bij cao is alleen toegestaan als de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering daartoe noopt. Volgens de regering gaat het om afgeronde werkzaamheden die noodzakelijkerwijs met zich meebrengen dat zij projectmatig worden gefinancierd en kan daarbij worden gedacht aan media en cultuur en de academische sector.¹² De regel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege converteert naar onbepaalde tijd hangt als een zwaard van Damocles boven de werkgever en het lijkt erop dat de mogelijkheden om bij cao af te wijken daarom in de praktijk beperkt zijn ingevuld en er slechts voorzichtig gebruik van wordt gemaakt. Die klacht wordt in ieder geval voor de academische sector gehoord.¹³ Geconstateerd kan worden dat de aan het Sociaal akkoord ten grondslag liggende gedachte dat oneigenlijke flex teruggedrongen diende te worden, geen vertaling heeft gevonden in de

11 E. Verhulp, 'De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na inwerkingtreding Wetsvoorstel Werk en Zekerheid?', *TRA* 2014/24, 2014(3), p. 16.

12 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 23.

13 F. Pennings, 'Het kat-en-muisspelletje met werknemers op tijdelijke contracten', *TRA* 2017/68.

praktijk. De afspraken in het Sociaal akkoord zijn geen kompas voor de praktijk geworden. Het na maximaal 24 maanden omzetten van een tijdelijke arbeidsovereenkomst in een contract voor onbepaalde tijd is niet toegenomen. Daar waar er sprake van was, betrof het in overwegende mate de hoger opgeleide arbeidskrachten. De flexibilisering van de onderkant van de arbeidsmarkt is daardoor niet gekeerd. Dit heeft tot gevolg gehad dat het terugdringen van de maximale ketenduur van 36 maanden naar 24 maanden door de flexkrachten eerder als een verslechtering van hun rechtspositie werd ervaren. Wat daar ook van zij – misschien wordt minder gebruik gemaakt van de mogelijkheden van de wet dan mogelijk is en zeker is dat in het verleden een veel te ruim gebruik gemaakt werd van de mogelijkheden om contracten maar te verlengen en te verlengen – duidelijk is dat een adequate benadering van de kloof tussen vaste contracten en tijdelijke contracten nog ontbreekt (zie ook hfdst. 7). Een grondige herziening is geboden, meer ruimte om bij cao af te wijken van de wettelijke bepalingen zou een zinvolle route zijn, op voorwaarde dat er goed toezicht op is met het oog op mogelijke uitwassen.

10.6 De zieke werknemer

In een apart hoofdstuk is aandacht besteed aan de gevolgen van de Wwz voor de zieke werknemer. Een van de aspecten die door de Wwz niet is gewijzigd is de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever gedurende 104 weken. Dit wordt mede als een van de belangrijke redenen voor werkgevers gezien om minder snel over te gaan tot het afsluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. In het Regeerakkoord is aangekondigd dat voor het MKB de periode van 104 weken teruggebracht wordt naar 52 weken, waarbij de inkomenseffecten gedurende het tweede jaar collectief opgevangen moeten gaan worden. Het is de vraag of dit werkbaar gaat worden en ook zal gaan leiden tot het toenemen van het aantal arbeidscontracten voor onbepaalde tijd.

Met de Wwz is de rechtspositionele bescherming van de zieke werknemer verruimd met als doel de re-integratieverplichting van werkgevers voorop te stellen, zo is in hfdst. 8 geconstateerd. Dit heeft ertoe geleid dat de mogelijkheden van werkgevers zijn ingeperkt om zieke werknemers te ontslaan. De mogelijkheden om een werknemer die niet meewerkt aan zijn re-integratie te ontslaan wegens (ernstig) verwijtbaar handelen en nalaten zijn echter ook toegenomen, zodat het voor beide partijen weinig aantrekkelijk is om een arbeidsrechtelijk geschil over het al dan niet meewerken aan re-integratie voor de rechter te brengen. Zij zijn nog meer dan vóór invoering van de Wwz ertoe veroordeeld om de re-integratie goed te laten verlopen.

10.7 WW-aanpassingen

In hfdst. 9 is geconcludeerd dat de wijzigingen van de Wwz, zoals de wijziging van de fictieve opzegtermijn en de wijzigingen in het ontslagrecht, de toegang tot de WW niet zozeer beperkt hebben. De wijziging van het begrip 'passende arbeid' kan de toegang tot de WW wel beperken, maar dat zal met name spelen in de sectoren waar de werkgever eigen risicodrager is voor de WW.

De Wwz heeft wel wijziging gebracht in de opbouw en duur van de WW. De op basis van het Sociaal akkoord geboden mogelijkheid om deze wijzigingen te repareren door een private WW heeft geleid tot nadere afspraken. Op grond van algemeen verbindend

verklaarde verzamelcao's kan de PAWW-regeling ingevoerd worden, die dit sectoraal kan regelen. De toekomst zal moeten gaan uitwijzen of hier op grote schaal gebruik van gemaakt zal gaan worden. In de vormgeving van de regeling zitten aspecten die ook weer een remmende werking op de mobiliteit van werknemers kunnen hebben. Als de werknemer wisselt van baan en in die nieuwe baan geen cao met PAWW-regeling geldt, dan vervalt de aanspraak op een aanvulling.

10.8 Slot

De Wwz heeft een aantal kritiekpunten op het oude ontslagrecht weggenomen, met name op het gebied van rechtsbescherming en rechtsongelijkheid, door de introductie van hoger beroep over de hele linie, het vervallen van de keuzemogelijkheid tussen de UWV- en de kantonrechterroute en de wettelijke regeling van een ontslagvergoeding. Een toename van de rechtsbescherming heeft gevolgen voor de versoepeling van de ontslagpraktijk. De Wwz heeft naar onze mening de versoepeling voor de ontslagpraktijk niet beoogd te realiseren in de ontslagprocedures zelf, die aangepast zijn om meer rechtseenheid en rechtsbescherming te bieden, maar in de fase daarvoor. Als hoofdroute bij ontslag is aangewezen het overleg tussen werkgever en werknemer om te kijken of ze in onderling overleg tot overeenstemming kunnen komen over de beëindiging, via een beëindigingsovereenkomst of de instemming met de opzegging. De wettelijke regeling van de transitievergoeding zou daarbij ook meer duidelijkheid op dat vlak moeten creëren, waardoor de noodzaak om met het oog op de vergoeding de procedure voort te zetten in de meeste gevallen komt te vervallen. In de evaluaties en commentaren tot nu toe over de Wwz komen vooral de wijzigingen in het wettelijke kader uitgebreid aan de orde. Om de balans op te maken zal ook de ontslagpraktijk die zich buiten het oog van de preventieve ontslagtoets bij UWV en kantonrechter voltrekt erbij betrokken moeten worden.

Als gekeken wordt naar de rechterlijke procedures hebben we de indruk dat de gewenning aan de wijzigingen die de Wwz heeft doorgevoerd waarneembaar is. De scherpe randjes met betrekking tot de uitleg van de verschillende ontslaggronden zijn wat verzacht in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft in de eerste uitspraken meer duidelijkheid gegeven over een aantal vragen die bij de uitleg en toepassing van deze nieuwe wetgeving naar voren zijn gekomen. Het wordt voor eenieder steeds duidelijker hoe de wijzigingen die de Wwz heeft aangebracht moeten worden toegepast.

Op een aantal vlakken valt echter te constateren dat de Wwz niet de oplossing biedt voor alle problemen waarmee het arbeidsrecht kampt. De kloof tussen insiders en outsiders is door de Wwz niet wezenlijk verkleind. De oneigenlijke flex is niet teruggedrongen en het probleem daarbij is ook dat wat de een als oneigenlijke flex ziet, de ander als de nieuwe werkelijkheid ziet die als uitgangspunt genomen moet worden. Wil de wetgever hier daadwerkelijk sturend optreden, dan is verdergaande wetgeving nodig, want met de Wwz is dat niet gelukt. Indien de wetgever de ontwikkelingen in de markt wil volgen of faciliteren door bijvoorbeeld meer ruimte te laten voor sectorakkoorden en afwijkingen bij cao, dan zullen met name de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, schaarste dan wel overvloed in aanbod van arbeidskrachten, een belangrijk stempel op de uitkomsten gaan drukken.

Voor de kleine werkgevers heeft de Wwz de nodige, met name, financiële gevolgen gehad. Er hebben aanpassingen plaatsgevonden in de regelgeving en er zijn wijzigingen aangekondigd, maar deze nemen de toename van de kosten voor de kleine werkgevers nog

niet weg. En tot slot noemen we het vraagstuk van de arbeidsongeschikte werknemer en de doorbetaling bij ziekte gedurende 24 maanden. Een onderwerp dat de Wwz ongemoeid heeft gelaten, maar dat wel opgepakt moet worden om de drempel om personeel in vaste dienst te nemen daadwerkelijk te verlagen.

De arbeidsrechtpraktijk is nu in afwachting van de uitwerking van de voorstellen genoemd in het Regeerakkoord Rutte III. We vinden het een goede zaak, dat er niet voor gekozen is om de wijzigingen die met de Wwz zijn aangebracht weer terug te draaien of op grote schaal te wijzigen. We constateren, zoals hiervoor aangegeven, een gewenning aan de wijzigingen die met de Wwz zijn aangebracht. Het stof is neergedaald van een wetgevingstraject dat als een wervelwind is te typeren. De wetgeving is geland in de praktijk. Het verder uitwerken in sector- en cao-afspraken is net gestart. Het is goed dat deze ontwikkelingen niet weer abrupt worden afgebroken, wat niet wegneemt dat er een aantal onderwerpen, zoals hiervoor aangegeven, zijn die wel de aandacht vergen van de wetgever.

