

Waardering van Wwz en WAB

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

11.1 De doelstellingen van de Wwz en de WAB

Twee jaar geleden verscheen de eerste druk van dit boek, waarin in het slothoofdstuk de balans werd opgemaakt van drie jaar ervaringen met de Wwz. Inmiddels zijn er belangrijke ontwikkelingen geweest, waaronder met name het aannemen van de Wet arbeidsmarkt in balans en arresten van de Hoge Raad over de nieuwe wetsbepalingen, die met de Wwz zijn ingevoerd. Deze hebben de nodige aandacht gekregen in de hoofdstukken van dit boek en zijn van groot belang voor de toepassing van deze wetten.

Aan de Wwz was 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 snel in de bureaulade.¹ Aangezien een ontslagtraject vaak voor werknemers een gevoelige kwestie is, hechten hun vertegenwoordigers (met name vakbonden) en politieke partijen sterk aan voldoende bescherming bij ontslag. Daar staat tegenover dat werkgevers slagkracht wensen om in te kunnen spelen op de veranderingen in de markt en dat ontslagrecht daarbij niet onnodig belemmerend zou moeten werken. Vandaar dat voor de Wwz een draagvlak van werknemers- en werkgeversorganisaties moest worden gecreëerd. Dit draagvlak werd gevonden in het Sociaal akkoord van 2013, waarin het overgrote deel van wat nu de Wwz is beschreven was.² Dat het Sociaal akkoord het draagvlak voor de Wwz was, betekende wel 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.

Aan de WAB lag niet een nieuw Sociaal akkoord ten grondslag. Inmiddels waren tijden van hoogconjunctuur aangebroken en was een nieuw kabinet met een andere politieke

1 Commissie-Rood, *Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: Ministerie van SZW 2000; *Hoofdpijnen 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, zie 1.1.

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.

samenstelling aangetreden. De regering had of nam kennelijk meer ruimte om het ontslagrecht verder vorm te geven. Het is overigens ook zo dat in de WAB de voor de sociale partners belangrijke hoofdzaken van het Akkoord van 2013 behouden zijn gebleven.

Een belangrijke doelstelling van de Wwz was om het ontslagrecht eenvoudiger en minder kostbaar voor werkgevers te maken. Een andere belangrijke doelstelling was de rechtsgelijkheid te bevorderen en minder aanleiding te geven tot procedures. Ook moest het nieuwe ontslagrecht de werking van de arbeidsmarkt bevorderen.⁴

Wij zullen in het laatste hoofdstuk van dit boek ingaan op de waardering van de Wwz en WAB. Hoe verhouden de door de WAB geïntroduceerde wijzigingen zich tot de doelstellingen van de Wwz; en hoe past de jurisprudentie van de Hoge Raad bij deze doelstellingen?

We zullen achtereenvolgens ingaan op de ontslaggronden (par. 11.2), de transitievergoeding en billijke vergoeding (par. 11.3), het procesrecht (par. 11.4), de flexibele arbeidsrelaties (par. 11.5), de zieke werknemer (par. 11.6) en de aanpassingen in de WW (par. 11.7).

11.2 De ontslaggronden

Een van de doelstellingen van de Wwz was om het ontslagrecht te vereenvoudigen. Nu, vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet, kunnen we vaststellen dat deze doelstelling in zoverre geslaagd is dat het aantal procedures bij de rechter en het UWV aanzienlijk is afgenomen. Zoals in hoofdstuk 2 is vermeld, wordt momenteel bij 70% van de ontslagen de beëindigingsovereenkomst gehanteerd. Het aantal UWV-procedures is tussen 2015 en 2018 met 65% afgenomen.⁵ Als wel de route van UWV-toestemming wordt gevolgd, dan leidt dit slechts in een zeer klein aantal gevallen tot een vervolprocedure (par. 3.13). Het aantal ontbindingsbeschikkingen is van 2014 t/m 2019 met 70% gedaald.⁶ Hoewel de gunstige economische ontwikkelingen in deze periode zeker een rol hebben gespeeld, wordt algemeen toch aangenomen dat de uniformiteit in financiële gevolgen van de procedures (een transitievergoeding ongeacht de route die gevolgd wordt) en de precieze regelgeving over de hoogte van de vergoedingen de hoofdreden zijn voor de beëindigingen van de arbeidsovereenkomsten buiten de rechter om. De doelstelling van de Wwz om het aantal procedures terug te dringen lijkt dus gehaald. Het in onderling overleg tot afspraken komen is zonder meer de hoofdroute geworden in het ontslagrecht. Dit effect wordt ons inziens te weinig meegenomen bij de evaluatieve beschouwingen over de uitkomsten van de Wwz. Indien bij bijvoorbeeld de vraag of het ontslag gemakkelijker is geworden alleen aandacht besteed wordt aan de percentages toewijzingen en afwijzingen op basis van de (gepubliceerde) ontbindingsbeschikkingen moet wel bedacht worden dat dit blijkbaar de zaken zijn waarin geen basis was om in onderling overleg tot een vergelijk te komen. Het zijn zaken waarin de tegenstellingen of belangen voor werkgever respectievelijk werknemer groot zijn, de voorspellende werking van het ontslagrecht voor de uitkomst van de procedure klein is of partijen de feiten zeer uiteenlopend beschouwen. Indien zelfs in die situaties ontslagverzoeken zelden zouden worden afgewezen dan zou de toetsing aan de ontslaggronden een lege huls blijken te zijn. Kruit en Kersten tonen aan dat de rechtspraak

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 69.

5 P. Kruit en L.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16, p. 15.

6 P. Kruit en L.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16, p. 14.

van de Hoge Raad overigens van invloed is geweest op de uitkomst van de toetsing door rechters bij de ontbindingsprocedure. Het aantal afwijzingen van ontbindingsverzoeken is sinds de HR-beschikkingen van 16 februari 2018⁷ substantieel afgenomen, omdat rechters minder strikt zijn gaan toetsen.⁸ Deze ontwikkeling roept de vraag op of de uitbreiding van het ontslagrecht met de i-grond wel noodzakelijke was.

Een andere kwestie is dat als de door de wet genoemde ontslagroutes gevolgd worden, blijkt dat het ontslagrecht sinds de Wwz er niet eenvoudiger op is geworden.

In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat de toetsing van de a-grond in eerste aanleg exclusief door het UWV plaatsvindt. Vervolgens is beroep en hoger beroep mogelijk, waarbij aan de hand van dezelfde regels getoetst dient te worden. Dit 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. Nadat het UWV heeft geoordeeld over de aanvraag, wordt slechts in een zeer beperkt aantal gevallen doorgeprocedeerd. In minder dan 1% van de gevallen waarin het verzoek aan het UWV is toegewezen, besluit een werknemer door te procederen; in iets meer dan 2% van de gevallen besluit de werkgever daartoe. Daaruit valt af te leiden dat de keuze om de beoordeling van de a-grond bij het UWV te houden een juiste is geweest, waarbij we ook rekening houden met het aantal procedures en de bij het UWV aanwezige infrastructuur en deskundigheid. De regels en benaderingswijze in beroep en hoger beroep zijn immers ingewikkeld.

Ook bij de persoonsgebonden gronden is het ontslagrecht niet eenvoudig geworden. Door de Wwz is immers een gesloten stelsel van ontslaggronden geïntroduceerd, waarin de rechters strikt hebben vastgehouden aan de eis dat het ontslagdossier toereikend materiaal bevat om vast te stellen dat de grond aanwezig was. Onder het oude ontslagrecht was er niet zo'n gesloten stelsel van ontslaggronden. De kantonrechter had in het oude stelsel, afgezien van ontslagverboden, de vrijheid om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan, zij het dat hij in de hoogte van de ontslagvergoeding rekening hield met de omstandigheden.

De WAB heeft hier als verandering de gemengde grond (i-grond) aan toegevoegd. Als er geen grond is die voldragen is, dan kan de werkgever twee gronden aanvoeren, in welk geval wel de transitievergoeding met maximaal 50% verhoogd wordt. We zien hier dat een minder sterke ontslagzaak 'afgekocht' kan worden, waarmee er een minder groot verschil lijkt met het oude ontslagrecht. Wel blijft er onder het nieuwe ontslagrecht een duidelijke maximering van de ontslagvergoeding. Aangezien, zeker bij minder sterke ontslagzaken, vaak de toevlucht wordt genomen tot de beëindigingsovereenkomst, met relatief hoge vergoedingen aangezien er geen alternatief via de rechter bestaat, heeft de nieuwe regeling hoogstwaarschijnlijk wel een drukkend gevolg op dergelijke vergoedingen, omdat er nu wel meer ruimte is om de zaak aan de rechter voor te leggen. De toekomst

7 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (inzake de g-grond) en 182 (inzake de d-grond).

8 P. Kruit en L.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16, p. 17.

zal uitwijzen of dit effect met name voor de inhoud van en de aantallen beëindigingsovereenkomsten gevolgen zal gaan hebben of dat dit juist zal leiden tot een toename van het aantal ontbindingsprocedures. Op basis van de ervaringen na een aantal jaren Wwz zouden we verwachten dat de effecten vooral in de transactiepraktijk merkbaar zullen zijn. De toekomst moet het gaan uitwijzen.

Strikt genomen past de nieuwe grond niet zo goed in het stelsel van de wet. Deze beoogde immers om, zoals ook IAO-verdrag 158 verlangt, een redelijke grond te vereisen voor ontslag. De werkgever moet er, als zo'n grond er niet is, alles aan doen om de werknemer zijn baan te laten behouden. De nieuwe grond maakt de situatie niet eenvoudiger. Hoe immers moeten de verschillende gronden worden gewogen als ze in een casus allebei niet zo zwaar zijn. Zo kan er wel sprake zijn van een verstoorde arbeidsrelatie, maar in het geheel niet van disfunctioneren. Of andersom: er wordt gesteld dat er sprake is van disfunctioneren, maar dit kan moeilijk aangetoond worden, terwijl er helemaal geen aanwijzingen zijn voor een verstoorde arbeidsrelatie. Het is nog onduidelijk hoe deze bepaling gaat uitpakken. Dit maakt het ontslagrecht niet eenvoudiger of voorspelbaarder. Indien de rechters de nieuwe grond gaan zien als een gemakkelijke route tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zou dit afdoen aan de rechtsbescherming van werknemers en ook aan de gelijkheid. In dat geval zou enkel de doelstelling om het ontslagrecht goedkoper te maken gehaald worden. Het is natuurlijk nog niet duidelijk of de jurisprudentie deze kant op gaat, maar de keuzes die de wetgever heeft gemaakt zijn wel opvallend.

In hoofdstuk 6 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 dat de aanspraak op een transitievergoeding bij ontslag op staande voet alleen vervalt bij ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer.

11.3 Transitievergoeding en billijke vergoeding

11.3.1 Transitievergoeding

De memorie van toelichting van de Wwz noemde als tekortkomingen van het oude ontslagrecht dat het leidde tot ongelijke uitkomsten en dat het ontslagrecht het functioneren van de arbeidsmarkt belemmerde, met name bij oudere werknemers. De ongelijke uitkomsten waren het gevolg van de keuze die de werkgever had om de arbeidsovereenkomst te laten beëindigen via de kantonrechter of het UWV. In het eerste geval werd vaak een ontslagvergoeding toegekend; in het tweede gebeurde dat niet. Een probleem was dat de ontslagvergoedingen voor oudere werknemers 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.⁹

In het systeem van de Wwz kreeg 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 voor met name oudere werknemers worden hierdoor versterkt', aldus de memorie van toelichting van de Wwz.¹⁰

Daarmee werd gelijke behandeling van werknemers sterk bevorderd. De ontslagroute was niet langer van belang voor de vergoeding; ook personen die niet ontslagen waren, maar van wie de arbeidsovereenkomst afliep hadden recht op de vergoeding. Met de WAB werd de gelijke behandeling nog versterkt. De wet verwijderde de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst twee jaar moet hebben geduurd voordat er recht is op transitievergoeding. Deze gelijke behandeling werd niet zozeer door het ontslagrecht gemotiveerd, maar door de wens kortdurende flexibele arbeid duurder te maken, en daarom minder aantrekkelijk als alternatief voor vaste arbeid.

Ook werd de berekening van de ontslagvergoeding voor dienstverbanden langer dan tien jaar aangepakt. Hier werd dus ook gelijke behandeling ingevoerd. Als reden werd verbetering van de arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer aangevoerd. Dit argument is echter allesbehalve overtuigend. Als een oudere werknemer aangenomen wordt, dan begint hij immers met de opbouw van de vergoeding van voren af aan, dus is hij niet duurder dan anderen. Of een werknemer sneller naar een andere baan overstapt omdat hij in de nieuwe baan bij ontslag niet veel minder krijgt dan wanneer hij was gebleven in de oude baan als hij daarin ontslagen was, is moeilijk te vast te stellen. Wel is het goedkoper om oudere werknemers te ontslaan; dit was het wisselgeld dat kennelijk nodig was om de gelijke behandeling van korte dienstverbanden geaccepteerd te krijgen.

In de transitievergoeding is de transitiefunctie een ondergeschoven kind gebleven en dat aspect is zelfs nog versterkt door de WAB. Immers, bij een transitie bij een kort dienstverband zijn de middelen niet toereikend voor wat voor re-integratietraject dan ook. Denk aan het voorbeeld van het ontslag tijdens de proeftijd.

De transitievergoeding heeft in sterke mate de vorm gekregen van een vergoeding die men krijgt bij gelegenheid van het einde van de dienstbetrekking. Dit blijkt onder meer uit de keuze van de wetgever om, na ontstane onduidelijkheid in de rechtspraak, een compensatieregeling te maken voor een transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor de Hoge Raad was het toen eenvoudiger te beslissen dat de werkgever mee moest werken aan een verzoek van langdurig zieke werknemer met een zeer kleine kans op re-integratie bij de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en de transitievergoeding toe te kennen. Gelijke behandeling van deze werknemers met de niet-zieken heeft hier de doorslag gegeven. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad in de *Kolom*-beschikking en daarna (zie par. 5.2.2) over de aanspraak op een transitievergoeding bij urenvermindering heeft ervoor gezorgd dat, ondanks de bedoeling van de wetgever dat de Wwz tot vereenvoudiging van het ontslagrecht zou leiden door regels met weinig uitzonderingen, deze regels toch weer ingewikkelder werden omdat een pro rata recht op

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

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

de transitievergoeding bij urenvermindering erkend werd. Ook hier gaf gelijke behandeling de doorslag.

Personen die pensioenontslag krijgen vallen echter buiten de boot bij de transitievergoeding. De wetgever nam hier als algemeen uitgangspunt dat ze niet meer hoeven te werken na deze pensioenleeftijd. Deze algemene regel, zonder toetsing in de gevallen dat betrokkene wel nog door wil of moet werken, kan verklaard worden door het streven naar gelijke behandeling van personen in deze situatie en ook de doelstelling van eenvoudige en voorspelbare toepassing van de regelgeving.

De transitievergoeding 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 en of de regeling van de transitievergoeding bijdraagt aan vergroting van de *employability* is zeer de vraag. Teneinde het vergoedingskarakter niet te veel te laten aantasten zijn immers de mogelijkheden om kosten af te trekken voor scholing beperkt. In de WAB zijn hier wat verruiming voor werkgevers in aangebracht, maar het is maar erg de vraag of werknemers het interessant vinden om scholingsinspanningen ten laste van de transitievergoeding te brengen.

Het lijkt erop dat de spanning tussen beide doelstellingen van de transitievergoeding 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. Dit zal ook onderwerp van debat zijn bij de discussie over de komende stelselwijziging naar aanleiding van onder meer het rapport van de Commissie-Borstlap (zie par. 1.1).

11.3.2 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 omdat er behoefte was en is aan meer duidelijkheid hoe om te gaan met de billijke vergoeding. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat een van de eerste Hoge Raad-uitspraken hierop betrekking had. De Hoge Raad besliste om ook het gevolgen criterium mee te nemen in de hoogte van de vergoeding (*New Hairstyle*-beschikking, zie par. 5.3.3). 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 door een compensatie te kunnen toekennen die recht doet aan het individuele geval. Omdat rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het individuele geval is de billijke vergoeding niet te vangen in een eenduidige formule, zoals bij de transitievergoeding. Voor deze vergoeding moeten de relevante gezichtspunten worden meegenomen, hetgeen de beoordeling casuïstisch en niet eenvoudig maakt.

De Hoge Raad heeft ook in latere uitspraken een belangrijke rechtsvormende rol vervuld. Zo heeft hij uitgewerkt welke factoren een rol spelen bij de billijke vergoeding, hoe omgegaan moet worden met de situatie dat de werknemer zijn baan weer terugkrijgt, en hoe de hoogte van de vergoeding verantwoord moet worden.

Toekenning van een billijke vergoeding past op zich niet in de doelstelling van de Wwz en zou tot uitzonderingen beperkt moeten blijven. In de debatten over hoe de Wwz in de rechtspraak wordt toegepast wordt hier veel aandacht aan besteed. Zo concluderen bijvoorbeeld Kruit en Kersten dat het ogenschijnlijk succes van de Wwz (vanwege de afname van het aantal procedures) 'een andere wending krijgt bij het lezen van de statistieken van de billijke vergoeding. Uit de cijfers blijkt immers dat de rechter het laten vieren van de strenge ontslagtoets gepaard laat gaan met een (verdere) opmars van de billijke vergoeding.'¹¹

De statistieken wijzen inderdaad die richting op en lijken niet te liegen. Maar daarbij is wel altijd de vraag vanuit welk perspectief de cijfers moeten worden bekeken. De auteurs becommentariëren de cijfers in het perspectief van het aantal gepubliceerde ontbindingsbeschikkingen en niet van het totaal van het aantal ontslagen. Dat in 2019 in ontbindingsverzoeken ex art. 7:671b BW in 52 zaken een billijke vergoeding is toegekend, zou in het licht van het totaal aantal ontslagen, inclusief de beëindigingsovereenkomsten, zeer wel ook de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de billijke vergoeding blijikbaar in lijn met de doelstelling van de wetgever niet de regel is geworden, maar tot uitzonderingssituaties beperkt is gebleven.

11.4 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 hoofdstuk 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 is nu aan de Hoge Raad om openstaande vragen te beantwoorden en richting te geven, zoals bijvoorbeeld al gebeurd is met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding.

11.5 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

¹¹ P. Kruit en L.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16, p. 27.

op regelingen die de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zelf betreffen. Zoals we in hoofdstuk 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 kende 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.¹² De wet zal eerder meebrengen dat 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 dan 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.¹³ De regel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege converteert naar onbepaalde tijd hangt als een zwaard van Damocles boven de werkgever. 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 in de academische sector gehoord.¹⁴ Geconstateerd kan worden dat de aan het Sociaal akkoord ten grondslag liggende gedachte dat oneigenlijke flexcontracten teruggedrongen dienden te worden, geen vertaling heeft gevonden in de 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 gebruikgemaakt van de mogelijkheden van de wet dan mogelijk is en zeker is dat in het verleden een veel te ruim gebruikgemaakt 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. 8). 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, met het oog op mogelijke uitwassen van het gebruik van afwijking, goed toezicht op is. Ook dit zal in de nabije toekomst de nodige aandacht gaan krijgen in het debat naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Borstlap (zie par. 1.1).

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

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

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

11.6 De zieke werknemer

In een apart hoofdstuk, hoofdstuk 9, is aandacht besteed aan de gevolgen sinds de invoering van de Wwz voor de zieke werknemer. Een van de aspecten die door de Wwz niet zijn 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 Regeerakkoord¹⁵ werd 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.

Inmiddels is plaats daarvan de zogenaamde verzuim-ontzorg-verzekering afgesproken, die voor kleine werkgevers de administratieve en financiële verplichtingen en de verplichtingen van de Wet verbetering poortwachter zal verlichten. Een eventuele loonsanctie is ook gedekt. Kleine werkgevers krijgen bovendien van de minister een premiekorting voor de kosten van loondoorbetaling. Een andere maatregel is dat het medisch advies van de bedrijfsarts bij de toets van de re-integratie-inspanningen leidend wordt. Dit om verschil van mening over de verrichte re-integratie-inspanningen tussen bedrijfsarts en UWV te verminderen. Voortaan beoordeelt alleen de arbeidsdeskundige van het UWV nog of er voldoende inspanningen zijn gepleegd, uitgaande van het medisch oordeel van de bedrijfsarts.

Een systeem waarin het oordeel van de bedrijfsarts leidend is, is (wellicht) niet zo zeer nadelig voor de werknemer tijdens de loondoorbetalingsperiode, al zal de werknemer geen of weinig re-integratie-ondersteuning krijgen als de bedrijfsarts heeft geoordeeld dat hij of zij geen of weinig benutbare mogelijkheden heeft. Problemen kunnen in dit systeem ontstaan bij de aanvraag voor de WIA-uitkering. Stel, de werkgever heeft weinig of geen re-integratiemaatregelen genomen, omdat de bedrijfsarts weinig of geen benutbare mogelijkheden ziet. Als het UWV een andere inschatting van de arbeidsongeschiktheid bij de WIA-aanvraag heeft, dan kan de werknemer achter het net vissen bij deze uitkering. Hij of zij heeft dan echter geen re-integratie-ondersteuning gehad om weer aan het werk te kunnen. Het Regeerakkoord was gunstiger voor de werknemer door wel uit te gaan van twee jaar re-integratie-inspanningen, maar de kosten te collectiviseren.

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 hoofdstuk 9 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 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.

15 *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, 10 oktober 2017.

11.7 WW-aanpassingen

In hoofdstuk 10 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 is de PAWW-regeling ingevoerd, die dit sectoraal gaat regelen. De toekomst zal uitwijzen of hier op grote schaal gebruik van gemaakt zal gaan worden. In de vormgeving van de regeling zitten aspecten die 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 immers de aanspraak op een aanvulling.

11.8 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 kantonrechtterroute 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 heeft meer duidelijkheid op dat vlak gecreëerd, 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 gewenning waarneembaar is aan de wijzigingen die de Wwz heeft doorgevoerd. De scherpe randjes met betrekking tot de uitleg van de verschillende ontslaggronden zijn in de rechtspraak wat verzacht. De Hoge Raad heeft inmiddels in een groot aantal uitspraken meer duidelijkheid gegeven over 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.

Deze conclusies zijn gebaseerd op de afname van het aantal ontslagprocedures ten tijde van een hoogconjunctuur. In de recessie die naar verwachting op gaat optreden naar aanleiding van de coronacrisis is het de vraag of dat beeld bestendigt. Onze inschatting is dat ook bij een toename van het aantal ontslagen de sinds de Wwz ingezette tendens

waarneembaar zal blijven dat het overgrote deel van de ontslagen via een beëindigings-overeenkomst geschiedt.

Voor de kleine werkgevers heeft de Wwz de nodige, met name, financiële gevolgen gehad. De WAB heeft een aantal scherpe kantjes hiervan afgehaald, zoals bij bedrijfsbeëindiging. Ook de compensatieregeling bij langdurig arbeidsongeschikten zal vooral voor kleine werkgevers verlichting bieden. Daarmee is de toename van de kosten voor de kleine werkgevers nog niet weggenomen. Het zou wenselijk zijn als een structurele visie wordt ontwikkeld op de positie van de kleine werkgevers en het arbeidsrecht en welke verlichtingen nodig en mogelijk zijn zonder dat de positie van werknemers hierdoor nadelig beïnvloed wordt.

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.

Op een aantal vlakken valt te constateren dat de Wwz niet de oplossing heeft gebracht 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.

