



WWZ: en nu verder!

Architectuur en toekomst van de WWZ beschouwd vanuit politiek, advocatuur, rechterlijke macht en wetenschap

Verslag bijeenkomst 28 september 2015
BarentsKrans, Den Haag

Woord vooraf

Op 28 september 2015 vond de door BarentsKrans georganiseerde bijeenkomst *WWZ: en nu verder!* plaats. Deze bijeenkomst met arbeidsrechtsspecialisten was georganiseerd ter gelegenheid van de aanbieding door Frank Dekker van zijn boek *Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ* (BJu 2015) aan Tweede Kamerlid Fatma Koşer Kaya (D66) en hoogleraar Leonard Verburg. Het was een "aanbieding met een knipoog". Koşer Kaya diende in het najaar van 2011 immers haar initiatiefwetsvoorstel 33 075 tot herziening van het ontslagrecht bij de Tweede Kamer in, van welk wetsvoorstel Verburg als *auctor intellectualis* kan worden aangemerkt.

Uit de titel van de bijeenkomst blijkt dat niet achteruit is gekeken, maar vooruit. Nadat Dekker over het belang van de parlementaire geschiedenis in de (arbeids-)rechtspraak sprak en Koşer Kaya de WWZ vanuit de politiek belichtte, plaatste Verburg een eerste postscriptum bij de WWZ, gaf Gerrard Boot aan welke rechter aan WWZet is en analyseerde Ruben Houweling de oogst van enkele maanden jurisprudentie.

Koşer Kaya zei: *"Ik ben het met u eens als u zegt dat mijn initiatiefwetsvoorstel 33 075 beter was dan de WWZ"*. Zij ziet het vervallen van het duale ontslagstelsel als de grootste slag die met de WWZ is gemaakt.

Verburg concentreerde zich op de uitspraak van 4 september 2015 van de Haagse kantonrechter in de FNV-zaak en bepleitte in ontbindingsverzoekschriften geen primaire en subsidiaire gronden aan te voeren, maar deze steeds neven te schikken. Hij sprak wederom zijn vrees uit dat met deze wet "vast" "vaster" is geworden en gaf aan dat hij in zijn eigen werkomgeving geen WWZ conform gedrag tolereert.

Boot bepleitte onderlinge afstemming over de WWZ tussen rechters en gerechten en zei: *"Ik weet dat bij de WWZ betrokken kantonrechters veel contact hebben met elkaar, om ervoor te zorgen dat de eerste 'principiële' uitspraken zo goed mogelijk overdacht zijn. Hetzelfde geldt voor de hoven. Nu al met elkaar in gesprek gaan helpt om straks zo goed mogelijk te kunnen beslissen [...]. Als dan het voorwerk goed is gedaan, kan de Hoge Raad, daar waar nodig, zo goed mogelijk knopen doorhakken."*

Houweling analyseerde verschillende uitspraken, waaronder die in de eerder genoemde FNV-zaak. Over de "billijke vergoeding" merkte hij op: *"Wat mij betreft kunnen en mogen we in het nieuwe recht wel degelijk bepaalde uitgangspunten vastleggen. Uitgangspunten die in de parlementaire geschiedenis bijvoorbeeld steeds terugkomen zijn rechtszekerheid, gelijkheid en voorspelbaarheid. Daarom is de vraag reëel: 'Wat is de billijke vergoeding bij ontslag?'"*

Ten slotte vond een prikkelend debat plaats, waaraan enkele van de aanwezige hoogleraren, advocaten, rechters, politici en vertegenwoordigers van het UWV

deelnamen. Eerste Kamerlid Backer (D66) sloot het debat af met de opmerking dat hij aarzeling heeft gekend om in de Eerste Kamer zijn akkoord te geven aan het, uiteindelijk ook door hem gesteunde, wetsvoorstel. Hij gaf echter ook aan erop te vertrouwen en ernaar uit te zien dat in rechtspraak en wetenschap oplossingen voor mogelijke obstakels worden gevonden. Dit verslag beoogt aan deze oplossingen een bijdrage te leveren.

En nu verder met de WWZ!

Den Haag, 15 oktober 2015

Max Keulaerds

INHOUDSOPGAVE

I.	Inleiding – Max Keulaerds	4
II.	<i>Het belang van de parlementaire geschiedenis</i> – Frank Dekker	8
III.	<i>De politiek achter de WWZ</i> – Fatma Koşer Kaya	11
IV.	<i>De WWZ: een eerste postscriptum</i> – Leonard Verburg	13
V.	<i>WWZ: welke rechter is aan zet?</i> – Gerrard Boot	16
VI.	<i>De oogst van enkele maanden WWZ</i> – Ruben Houweling	20
VII.	Debat	23

Sprekerspanel:

Fatma Koşer Kaya, Tweede Kamerlid, D66

Leonard Verburg, hoogleraar arbeidsrecht, Radboud Universiteit Nijmegen, en oud-advocaat te Amsterdam

Gerrard Boot, hoogleraar arbeidsrecht, Universiteit Leiden, en raadsheer, Hof Amsterdam

Ruben Houweling, hoogleraar arbeidsrecht, Erasmus School of Law

Max Keulaerds, advocaat/partner, BarentsKrans

Frank Dekker, advocaat, BarentsKrans en buitenpromovendus, Rijksuniversiteit Groningen

I. Max Keulaerds – Inleiding

Hier pal aan de overkant van het Lange Voorhout ligt de Kloosterkerk. De aan die kerk verbonden emeritus dominee Carel ter Linden zei onlangs over de ontstaansgeschiedenis van de bijbel:

"Je zou hierbij misschien kunnen denken aan dat hele proces van wetgeving. [...]. Dat proces loopt langs een aantal schijven, waarbij er aan die tekst voortdurend gehakt en gebeiteld wordt. Maar is een wet eenmaal van kracht dan is het ons geraden die nieuwe wet te eerbiedigen. Er komt een soort aureool om die wet. Die wet zal ons voortaan heilig zijn."

Alhoewel de WWZ door de wetgever al bijna drie keer is gerepareerd en dus zelfs ook voor de wetgever nog niet heilig is, gaan wij vanmiddag geen fundamentele kritiek leveren op deze wet. De sprekers zullen onder andere bezien in hoeverre die wet, inclusief gedelegeerde regelgeving, in de rechtspraak is en zal worden geëerbiedigd.

Niet alleen omdat de minister de wet vanwege de motie Backer op een wezenlijk punt al over bijna negen maanden zal moeten evalueren, volgen we de WWZ-jurisprudentie op de voet. Daarin hebben inmiddels verschillende interessante en minder interessante onderwerpen de revue gepasseerd, zoals:

Formele ontbinding

- Past een pro forma-ontbinding binnen het nieuwe wettelijke stelsel van de WWZ?
- Is de g-grond van artikel 7:669 lid 3 BW de meest voor de hand liggende grond bij een geregelde ontbinding?
- In hoeverre kan de kantonrechter in een dergelijke procedure een overeengekomen vergoeding toekennen of enkel "verstaan" e.d.?
- Biedt de WWZ de kantonrechter in een dergelijke procedure de mogelijkheid de ontbindingsdatum te bepalen op een andere dan de wettelijk toegestane?
- Kunnen pro forma-ontbindingsverzoeken op artikel 96 Rv worden gebaseerd? Blijkens een uitspraak van 28 augustus jl. van de Utrechtse kantonrechter niet, blijkens eigen elders opgedane ervaringen evenmin. Houd hierbij in gedachten dat de wetgever op dit moment bezig is met verruiming van de toepassingsmogelijkheid van artikel 96 Rv. De beoogde toevoeging van een tweede lid biedt de mogelijkheid artikel 96 Rv ook op verzoek van één van de partijen toe te passen,

indien de andere partij de kantonrechter vervolgens bericht dat met deze keuze wordt ingestemd. De wetgever lijkt dus een fan van deze procedure te zijn.

Staande voet

- Kan een voorwaardelijke ontbindingsprocedure nog na een staande voet en, zo ja, hoe zit het met het overgangsrecht indien het staande voet ontslag vóór 1 juli jl. heeft plaatsgevonden en het voorwaardelijk ontbindingsverzoek na 30 juni jl. is ingediend?

Aanzegging

- Kan aanzegging plaatsvinden middels een WhatsApp-bericht?

Concurrentiebeding

- Hoe zwaar is de schriftelijke motiveringsplicht in bepaalde tijd contracten met betrekking tot de noodzakelijkheid van een concurrentiebeding vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen?
- Is ten aanzien van een vóór 1 juli jl. aangegaan concurrentiebeding het tot 1 juli jl. geldende lid 3 van artikel 7:653 BW van toepassing of het vanaf 1 juli jl. geldende lid 4 van dat artikel?
- Is op een verlenging van de arbeidsovereenkomst na 31 december 2014 het vanaf 1 januari 2015 gewijzigde artikel 7:653 BW van toepassing?

Billijke vergoeding

- Hoe wordt een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen vastgesteld? De kantonrechter te Den Bosch deed dat op 1 september jl. door deze gelijk te stellen aan de transitievergoeding.

Ontbinding

- Eén van de aardigste uitspraken tot nu toe is, wat mij betreft, de beschikking van 13 augustus jl. van de kantonrechter Leeuwarden, die op basis van een zeer uitvoerig dossier en een verbetertraject van maar liefst acht jaar de arbeidsovereenkomst op de d-grond ontbond, naar aanleiding waarvan de JAR-commentator vrolijk opmerkte dat er dus hoop in bange tijden is voor werkgevers die vrezen onder de WWZ hun werknemers niet meer te kunnen ontslaan.
- Ook aardig is de beschikking van 4 september jl. van de Haagse kantonrechter, waarin een ontbindingsverzoek van werkgever FNV op basis van de d- en g-grond

werd afgewezen. Het AD kopte hierover vorige week: "FNV zelf in de fout met ontslagregels".

- Eveneens aardig is de beschikking van 16 september jl. van de Maastrichtse kantonrechter. In die zaak wees de kantonrechter een op de d- en g-grond gebaseerd ontbindingsverzoek af. De onderbouwing van de beide gronden baseerde de werkgever op dezelfde feiten. Het verzoek op de d-grond werd afgewezen, onder andere omdat de werkgever het verbetertraject eenzijdig staakte alvorens het goed en wel van start was gegaan. Het verzoek gebaseerd op de g-grond werd afgewezen, onder andere omdat er naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake was van een zware en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding en de werkgever zich niet reëel, redelijk en concreet had ingespannen om de (vermeende) verstoring van de arbeidsverhouding te herstellen.

Snelheid procedure

- Een ander thema is de snelheid van procedures onder het nieuwe recht. Zo startte een werknemer op 8 september jl. middels verzoekschrift een tegen een ontslag op staande voet gerichte bodemprocedure, waarvan de mondelinge behandeling op 30 september plaatsvindt en het verweerschrift tien dagen tevoren behoorde te worden ingediend. Effectieve reactietermijn in deze bodemprocedure: ongeveer tien dagen.

Wij zullen ons overigens moeten realiseren dat analyse van jurisprudentie niet alles zegt. Minstens zo interessant is een analyse van gedragingen van werkgevers en werknemers onder de WWZ. Indien zij, bijvoorbeeld, beiden menen dat het ontslagrecht door de WWZ al dan niet is versoepeld en dienovereenkomstig handelen, is dat voor een analyse van de WWZ uiteraard ook van betekenis.

Indien de WWZ ons voortaan heilig zal zijn, is kennisname van de parlementaire geschiedenis ervan onontbeerlijk. Spreken wij over de parlementaire geschiedenis van ons arbeidsrecht, dan staan wij uiteraard op de schouders van Bles, die – zoals bekend – begin vorige eeuw de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst samenstelde. Om meerdere redenen kwalificeerde Rogier Duk de eerder dit jaar uitgekomen Parlementaire Geschiedenis van de WWZ recent in TRA ten onrechte als de Bles 2. Er is maar één Bles 2. Dat is de parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, eind negentiger jaren samengesteld door Stefan Kuip en "binder en bouwer" Gijs Scholtens. Indien er al een Bles 3 mocht bestaan, dan staan de samenstellers van die Bles 3 op hun schouders. Dat Gijs op de nu getoonde foto de Parlementaire Geschiedenis WWZ vasthoudt, is de samenstellers ervan dierbaar.

Frank Dekker heeft een voor de praktijk toegankelijke Excerpta Parlementaire Geschiedenis van de WWZ samengesteld, met praktisch artikelsgewijs commentaar erbij. Staat op de achterflap van de Parlementaire Geschiedenis WWZ dat die uitgave

onmisbaar is voor eenieder die zich in de WWZ wil "verdiepen", op de achterflap van de Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ staat dat die uitgave het mogelijk maakt de WWZ en de parlementaire geschiedenis ervan "snel te doorgronden".

Dan geef ik nu graag het woord aan Frank Dekker, die – alvorens hij de twee eerste exemplaren van zijn Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ aan Fatma Koşer Kaya en Leonard Verburg aanbiedt – iets zal zeggen over de WWZ en in het bijzonder het belang van wetsgeschiedenis.

II. Frank Dekker – *Het belang van de parlementaire geschiedenis*

De Oxfordse hoogleraar Hugh Collins schreef begin jaren '90 over het Engelse ontslagrecht: "*This tail wags the whole dog of the employment relation.*"¹ Deze woorden illustreren fraai het belang van het ontslagrecht: het raakt veel meer dan alleen het proces van beëindigen van een arbeidsovereenkomst, het bepaalt voor een belangrijk deel ook hoe partijen zich tijdens het dienstverband gedragen.

Doordat het Nederlandse ontslagrecht recent is gewijzigd, is op dit moment nog veel onduidelijk. Keulaerds somde zojuist al een groot aantal vragen op. Uiteindelijk is het de Hoge Raad die op die vragen antwoord zal moeten geven. Er zijn verschillende manieren om deze antwoorden op relatief korte termijn te krijgen.

- Zo heeft de rechter de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen. Dat deze mogelijkheid goede diensten kan bewijzen, blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 6 juni 2014, over de vraag of van de zieke werknemer die weigert passende arbeid te verrichten het gehele of slechts een deel van het loon mag worden stopgezet.²
- Daarnaast is er de optie van sprongcassatie. Dit kan zinvol zijn als de feiten van de zaak helder zijn en partijen alleen verdeeld worden gehouden door een rechtsvraag. Aardig om te vermelden is dat de mogelijkheden voor sprongcassatie begin jaren '90 zijn verruimd met de gedachte "dat juist in de eerste tijd na de inwerkingtreding van het Nieuwe BW sprongcassatie betreffende daarop betrekking hebbende rechtsvragen goede diensten zou kunnen bewijzen".³ De parallel met de WWZ is helder.
- Tot slot is er vanzelfsprekend de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Rogier Duk, lid van de *Commissie cassatie in het belang der wet*, heeft kort geleden een aantal juristen verzocht interessante uitspraken aan hem door te sturen. Hij heeft er vast geen bezwaar tegen als ik deze oproep hier nu ook aan u doe.

Maar totdat de Hoge Raad zich heeft uitgesproken, zullen wij – advocaten, rechters en wetenschappers – het zelf moeten oplossen. Een belangrijk hulpmiddel daarbij is de parlementaire geschiedenis. In Nederland hechten wij daar veel waarde aan. In de rechtspraak – en dan beperk ik mij nu tot de Hoge Raad – zijn hier tal van voorbeelden van te vinden, ook in het arbeidsrecht.

- Denk aan *Vixia/Gerrits*⁴ uit 2004. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wulbz leidde de Hoge Raad in dat arrest af dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om aan het niet-naleven van re-integratievoorschriften slechts de sanctie van een

1. H. Collins, *Justice in Dismissal*, Oxford: Clarendon press 1992, p. 270.

2. HR 6 juni 2014, JAR 2014/162.

3. Kamerstukken II 1980-1981, 16 593, nr. 3, p. 17.

4. HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (*Vixia/Gerrits*).

loonstop te verbinden. Sindsdien weten we dat ontslag op staande voet in een dergelijke situatie slechts mogelijk is in geval van bijkomende omstandigheden.

- Een ander voorbeeld biedt *De Witte/Pekel*⁵ uit 2013. In dat arrest citeerde de Hoge Raad uitgebreid uit de parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, waarna hij concludeerde dat een werknemersopzegging niet “een rechtsgeldige opzegging” voor de Ragetlie-regel is.
- Ook kan worden gewezen op het *Flextronics*-arrest⁶ van 1 mei van dit jaar over verlenging van de opzegtermijn voor de werknemer. De Hoge Raad baseerde zijn oordeel, dat in dat geval ook de voor de werkgever geldende termijn schriftelijk moet worden vastgelegd, opnieuw op de wetsgeschiedenis.

En zo zijn er nog vele andere voorbeelden. Denk aan de *Haagse grenscorrecties*-beschikking⁷ uit 2000 over het primaat van de politiek, aan het *Anderzorg*-arrest⁸ uit 2015 over subrogatie van de verzekeraar van een werknemer tegenover collega's, en aan *Davelaar/Allspan*⁹ uit 2012, over het bereik van artikel 7:658 BW.

Zeker bij een nieuwe wet als de WWZ is deze aandacht voor de wetsgeschiedenis begrijpelijk. Veel andere bronnen zijn er immers (nog) niet. Als je de eerste WWZ-uitspraken bekijkt, dan zie je dat daarin inderdaad regelmatig naar de wetsgeschiedenis wordt verwezen. Ik vermoed dat daar straks nog wel wat voorbeelden van zullen worden gegeven.

Maar de wetsgeschiedenis is niet heilig, ook niet als deze duidelijk is. Het bekendste voorbeeld is denk ik *Van der Gulik/Vissers & Partners*¹⁰ uit 2003, over de loonbetaling tijdens schorsing. Het feit dat tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid expliciet was opgemerkt dat een schorsing voor rekening van de werknemer komt, zodat de werkgever geen loon verschuldigd is, weerhield de Hoge Raad er niet van om het tegengestelde te oordelen. Sterker nog, hij overwoog nadrukkelijk dat deze uitlatingen geen reden vormden om tot een ander oordeel te komen. Dit voorbeeld is extra interessant, omdat de regering haar standpunt bij de behandeling van de WWZ heeft herhaald. Wederom merkte zij op dat een schorsing bij wege van disciplinaire maatregel voor rekening van de werknemer komt. Het is nu opnieuw aan de Hoge Raad om hier wat van te vinden.

Ik beschouw het *Van der Gulik*-arrest echter als de uitzondering die de regel bevestigt. Doorgaans wordt aan de wetsgeschiedenis veel waarde gehecht. In het boek *Excerpta* heb ik daarom per wetsartikel een selectie opgenomen van de belangrijkste passages uit

5. HR 20 december 2013, JAR 2014/34 (De Witte/Pekel).

6. HR 1 mei 2015, JAR 2015/131 (Flextronics)

7. HR 26 januari 2000, JAR 2000/30 (Haagse grenscorrecties).

8. HR 12 januari 2015, JAR 2015/13 (Anderzorg).

9. HR 23 maart 2012, JAR 2012/110 (Davelaar/Allspan).

10. HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (Van der Gulik/Vissers & Partners).

de parlementaire geschiedenis van de WWZ, van de Verzamelwet SZW 2015 en van de WAS. Daarnaast heb ik bij elk wetsartikel een zo kort en bondig mogelijk commentaar geschreven waarin de belangrijkste wijzigingen van dat artikel worden toegelicht en in de context van het systeem van de WWZ worden geplaatst. Ik hoop dat dit boek daarmee zowel voor de praktijk – advocatuur en rechterlijke macht – als de wetenschap behulpzaam zal zijn. Kennisname van de wetsgeschiedenis van de WWZ is voor ieder van ons immers noodzakelijk.

III. Fatma Koşer Kaya – *De politiek achter de WWZ*

Inleiding Fatma Koşer Kaya door Max Keulaerds

Fatma Koşer Kaya is sinds 19 augustus 2015 opnieuw Tweede Kamerlid voor D66. Eerder was zij dat van 2004 tot 2012. Daarvoor was zij onder andere advocaat en vakbondjuriste bij de FNV, kantonrechter-plaatsvervanger in Gouda, griffier van de civiele kamer van het Haagse Gerechtshof, assistent-onderzoeker bij het Max Planck Instituut te Freiburg, advocaat bij advocatenkantoor Kaya, Nijland en Visser Advocaten, wethouder te Wassenaar, lid van een ontslagcommissie CWI en lid van het bestuur van het Haagse Bureau voor Rechtshulp.

Samen met Eddy van Hijum (CDA) was zij in 2010 de indiener van het initiatiefwetsvoorstel over de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren (32 550). De senaat had recent nogal scherpe kritiek op dat, daar thans aanhangig zijnde, wetsvoorstel. Pikant is dat een D66 senator, terwijl het een initiatiefwetsvoorstel van onder andere D66 is, in de Eerste Kamer de vraag stelde hoe groot op dit moment nog de verschillen tussen het ambtenarenrecht en het privaatrechtelijke arbeidsrecht zijn. Ook zei hij dat D66 met het oog op de op 1 juli jl. in werking getreden WWZ geïnteresseerd is in de jongste ontwikkelingen en de actuele stand van zaken op het punt van de elkaar beïnvloedende of zelfs langzaam ineenvloeiende rechtstelsels. "*Graag*" – aldus deze senator – "*vraag ik de initiatiefnemers en de minister hierop te reageren*".

En – last but not least – in 2011 was Koşer Kaya indiener van initiatiefwetsvoorstel 33 075 tot wijziging van het ontslagrecht. In een op 5 mei 2006 in het FD verschenen artikel schreef zij dat versoepeling van het ontslagrecht de arbeidsmarkt socialer maakt. Ook om deze reden biedt Frank Dekker haar graag – met een knipoog – het "eerste eerste" exemplaar van zijn Excerpta aan en vervolgens het "tweede eerste" exemplaar aan Leonard Verburg, die als de *auctor intellectualis* van dat overigens nog steeds niet ingetrokken wetsvoorstel 33 075 kan worden aangemerkt. Alhoewel de WWZ ons heilig is, is de omstandigheid dat dat initiatiefwetsvoorstel nog steeds niet is ingetrokken voor sommigen onder ons wellicht een geruststelling.

Fatma Koşer Kaya

Al tijdens mijn vakbondsperiode bij de FNV was het duale ontslagstelsel mij een doorn in het oog. Ik kon niet aan werknemers uitleggen dat er verschillende ontslagroutes waren: één route waarbij een werknemer wél een vergoeding kreeg, en een andere route waarbij dat niet het geval was. Ook kon ik niet uitleggen dat partijen na een ontbindingsprocedure niet meer in hoger beroep konden. Deze twee zaken waren onbegrijpelijk. Toen ik in 2004 in de Tweede Kamer kwam, heb ik mij hier meteen mee beziggehouden. Overigens ging het mij daarbij met name om de lager geschoolde productiemedewerker; het hogere management kreeg immers wel vaak een (hoge) vergoeding mee bij het einde van de arbeidsovereenkomst, terwijl de lager opgeleide

werknemers er bekaaid vanaf kwamen. Mijn gedachte was: elke werknemer heeft recht op een gelijke behandeling. De eerste motie die ik in 2005 indiende, had mede als gedachte dat bij de modernisering van het civiele ontslagrecht ook het ambtenarenrecht betrokken moest worden. Ik vond het bijvoorbeeld ook altijd lastig om uit te leggen waarom een secretaresse van het Ministerie van Justitie anders behandeld werd dan een secretaresse in dienst van een bedrijf. Als het arbeidsrecht gemoderniseerd wordt, waarom dan niet ook het ambtenarenrecht? Wat mij betreft moest er één transparant ontslagstelsel komen. Dit heeft uiteindelijk geleid tot enerzijds het zojuist genoemde initiatiefwetsvoorstel over de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren (32 550) en anderzijds het ook al genoemde initiatiefwetsvoorstel 33 075, waarbij mijn "partner in crime" Leonard Verburg was, met wie ik uren over dit onderwerp heb gesproken. De Raad van State had op dat laatste voorstel al gereageerd en de daaropvolgende antwoorden waren al gereed, toen in oktober 2012 het Regeerakkoord tot stand kwam. Alles kwam daardoor op losse schroeven te staan.

Ik ben het met u eens als u zegt dat mijn initiatiefwetsvoorstel 33 075 beter was dan de WWZ. Maar door de WWZ is in ieder geval het duale ontslagstelsel beëindigd. Dat is de grootste slag die we met de WWZ hebben gemaakt. Ik moet toegeven dat er ook enkele imperfecties in de WWZ zitten. Maar gelukkig hebben we advocaten, rechters en wetenschappers om deze imperfecties weg te nemen. We zullen de WWZ zijn werk moeten laten doen en komen tot evaluaties. De bodem is gelegd met de wet; rechtspraak en literatuur zullen hieraan een gevolg moeten geven.

De titel van deze bijeenkomst "WWZ: en nu verder!" doet mij denken aan de titel van het verkiezingsprogramma van D66: "En nu vooruit!" Wij horen graag hoe het verder gaat met de WWZ. Laat dat ons weten, dan gaan wij er ook verder mee.

IV. Leonard Verburg – De WWZ: een eerste postscriptum

Graag wil ik vanmiddag ingaan op de complexiteit van de regels van de WWZ. En net als Keulaerds wil ik ook graag beginnen met een bijbels verhaal. Aan een medicus, een architect en een politicus werd de vraag gesteld: "Wat is volgens u het oudste beroep?". De medicus antwoordde: "Dat is uiteraard de chirurgie. Het is werkelijk fantastisch hoe een rib uit Adam werd weggenomen, zonder dat hij doodging, en daarvan een vrouw werd gemaakt". De architect reageerde en zei: "Het oudste beroep ter wereld is uiteraard de architectuur. In den beginne was er niets dan chaos, waarin op architectonische wijze ordening werd aangebracht". Hierop antwoordde de politicus: "En wie had die chaos dan geschapen?".

Waarom heeft minister Asscher niet toegegeven dat de WWZ-regels complex zijn? Dit thema doet mij denken aan de broer van Cicero, die in 69 v. Chr. diens campagneleider was toen Cicero campagne voerde voor het consulaat. Nadien schreef deze broer een handleiding over campagne voeren en stelde dat je als politicus bij verkiezingen de waarheid niet moet vertellen, als je vermoedt dat dit een ongunstig bericht oplevert. De stemmer wil liever positieve verhalen horen, ook al is het niet waar.

Initiatiefwetsvoorstel 33 075 ligt nu in de spreekwoordelijke la van het parlement. Er is een verschil tussen een initiatiefwetsvoorstel en een wetsvoorstel dat van de regering komt in de zin dat een initiatiefwetsvoorstel eerst naar de Tweede Kamer gaat en pas daarna naar de Raad van State. Bij een regeringswetsvoorstel ligt dit net andersom. Voorts mag een wetsvoorstel dat afkomstig is van de regering normaal gesproken bij een meerderheidskabinet op de steun van het parlement rekenen. Voor wetsvoorstel 33 075 van D66 gold dat niet. Om die reden is in ons initiatiefwetsvoorstel bewust enige ruimte gelaten voor een compromis, zodat bij de parlementaire behandeling elementen konden worden "uitonderhandeld" om een meerderheid te verkrijgen. Mocht bij evaluatie van de WWZ blijken dat het toch anders moet, dan is het initiatiefwetsvoorstel volgens mij een redelijk alternatief. Het is daarbij vrij gemakkelijk mogelijk bepaalde onderdelen van de WWZ over te nemen. Ik denk bijvoorbeeld aan het thema van de transitievergoeding.

Ik concentreer mij vanmiddag op de recente uitspraak van de Kantonrechter Den Haag in de FNV-zaak.¹¹ Primair voerde de FNV de g-grond aan en subsidiair de d-grond. Ik vraag me af: waarom zou een verzoeker een primaire en een subsidiaire grond aanvoeren? Ik zou willen veronderstellen dat een dergelijke verzoeker niet vertrouwd is met het nieuwe denken onder de WWZ. Waarom zou je zelf een rangorde van de gronden aanbrengen? En wat is het eventueel waard? De vergoeding die bij beide gronden wordt toegekend, is immers even hoog. Ik zou dat daarom niet doen.

Dan een tweede onderdeel uit die uitspraak. De kantonrechter zegt heel duidelijk: iedere grond moet worden vervuld. Je mag ze niet bij elkaar optellen. Ik noem dat de silo-benadering. Bij de benadering van de verzoeker in deze zaak zou je kunnen spreken van

11. Ktr. Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521.

het "oude denken". De verzoeker somt het hele feitencomplex op en gaat dan afzonderlijk in op de ene en de andere grond. Maar zouden we niet moeten switchen naar een opzet waarbij de verzoeker éérs de gronden weergeeft en vervolgens de feiten daarop toespitst? Conform het oude denken zouden rechters zelf de redelijke gronden bij het feitencomplex moeten zoeken. Dat is volgens mij niet wenselijk. Ik meen dat partijen in hun verzoekschrift duidelijk de gronden en de feiten moeten verbinden.

Kijkend naar de g-grond die FNV aanvoerde: er moet in dat geval sprake zijn van een ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Bovendien moet de werkgever zich hebben ingespannen voor herstel van die verhouding. Ten aanzien van dat laatste stelt de rechter dat van managers op een hoog niveau mag worden verwacht dat zij met de nodige kritiek kunnen omgaan, en dat de werkgever niet meteen tot beëindiging mag overgaan. Dit is niet mijn ervaring. Mijn ervaring is dat voor hogere functionarissen kritiek juist lastig valt te verkroppen. Het ego is op dat niveau nu eenmaal snel van de kook. Ik vergelijk deze situatie met iemand op een lager niveau, zoals productiemedewerker Jan. Jan wordt in het algemeen aangesproken op gedrag en functioneren. Jan heeft wel wat eelt op zijn ziel gekregen. De relatie zal daardoor niet snel door kritiek verstoord raken. Bij het hoger management zal daarentegen iedere start van kritiek aanleiding kunnen zijn voor een ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. U herkent allemaal de Pavlov-reactie op het moment dat er kritiek ontstaat: "nee, maar jij ...". In realiteit is er volgens mij dus juist sneller sprake van een volmaakte g-grond bij de groep werknemers op hoger managementniveau.

Als we kijken naar de d-grond dan moet er tijd zijn geweest voor de werknemer om zijn functioneren te verbeteren en de werkgever moet hem daartoe ook een reële kans hebben gegeven. Nieuw is daarbij de wettelijke eis dat het disfunctioneren niet (mede) het gevolg mag zijn van een gebrek aan zorg voor scholing. Dat is een voor de werkgever zware hobbel.

Ik vrees dan ook dat met de WWZ "vast" "vaster" is geworden. Dit heeft waarschijnlijk tot gevolg dat werkgevers harder zullen inzetten om het dossier op orde te maken. Daar komt bij mij de overkill-gedachte op. Door de strenge eisen voor onder meer de d-grond kan een hardere bedrijfscultuur ontstaan met veel kritiek en vastlegging ervan. Werkgevers zullen zich naar mijn verwachting strenger opstellen dan voorheen. Dat lijkt mij ongewenst en daar maak ik mij zorgen over. Als lid van het faculteitsbestuur in Nijmegen wil ik een plezierige werkomgeving. Ik heb daarbij aangegeven dat ik geen WWZ conform gedrag tolereer. Maar dit laat onverlet dat de WWZ bedrijven wel in de richting van een hardere cultuur duwt.

Een andere complexiteit van de WWZ komt met de Verzamelwet SZW 2016: herstel van de arbeidsovereenkomst kan op grond van artikel 7:682 BW aan de orde zijn als herplaatsing kennelijk mogelijk was. Daarbij is de herplaatsingsverplichting herbevestigd. Die herplaatsingsverplichting gaat vrij ver: niet alleen binnen de moedermaatschappij, maar ook binnen zustermaatschappijen, en zelfs in beginsel – de regelingen beperken

zich niet - buiten Nederland! Derhalve zullen in het kader van die herplaatsingsverplichting ook vacatures bij zustermaatschappijen moeten worden betrokken. Uit de toelichting blijkt dat op het moment dat een werkgever dat niet doet, UWV of de kantonrechter "het ontslagverzoek" moet weigeren. Hierdoor zullen groepsmaatschappijen mogelijk bevreesd zijn om nog vacatures in het openbaar te melden, omdat ze daarmee riskeren andere groepsmaatschappijen in de problemen te brengen, hetgeen weer averechts kan werken. Werknemers kunnen procederen over vacatures die bij zustermaatschappijen voorhanden zijn of ten onrechte niet zijn gemeld, met de gedachte dat de eigen werkgever de werknemer daar niet heeft herplaatst. Daarom zou mijn advies zijn aan een cliënt die behoort tot een concern en een reorganisatie moet doorvoeren: wees enorm op je qui-vive!

Iets anders is dat ik inflatie waarneem van het woord "misbruik". Er moet wat mij betreft onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds toegelaten, en anderzijds onbedoeld gedrag. Van toegelaten gedrag is bijvoorbeeld sprake als bij elkaar opvolgende tijdelijke contracten tussenpozen van zes maanden en één dag worden gebruikt. Dit mag: dit is toegelaten gedrag, althans zonder bijkomende bijzondere omstandigheden. Van onbedoeld gedrag is bijvoorbeeld sprake als werkgevers zieke werknemers na twee jaar arbeidsongeschiktheid in dienst houden, enkel omdat zij geen transitievergoeding willen betalen. Dit lijkt me onbedoeld gedrag en onder omstandigheden misbruik.

V. Gerrard Boot – *WWZ: welke rechter is aan zet?*

Ik had mijn bijdrage vandaag met een luchtig verhaal willen beginnen. Minister Asscher ging er tijdens de parlementaire behandeling nogal prat op een verdienstelijke (zelfs sierlijke) rechtsbuiten van VVA Spartaan Zaterdag 3 te zijn geweest. Diverse Kamerleden vertrouwden hem toen toe ook een sportcarrière achter de rug te hebben, van schermen tot paardrijden en ik geloof zelfs schoonspringen. Ik ben toen op zoek gegaan naar de resultaten van VVA Spartaan van jaren geleden, maar die zijn niet te vinden. Hoe deed Asscher het daar? Heeft de club na zijn vertrek versterking gezocht? Dat zou mij er toe gebracht hebben dat je zo'n transfermarkt ook in de rechterlijke wereld zag: Aarts stapt over van Hof Den Bosch naar Hof Amsterdam. Frikkee verruult Rechtbank Rotterdam voor het Hof Den Haag. Boot doet het zelfde in Amsterdam, waarna Rechtbank Amsterdam onmiddellijk het jonge talent Van der Kraats aantrekt. Na een verzuiming over de wenselijkheid of onwenselijkheid van die ontwikkeling zou ik uitgekomen zijn bij de sport waaraan je denkt als je het over zetten hebt, namelijk schaken. Welke rechter is aan zet?

Maar Keulaerds vroeg ons direct ter zake te komen, en een serieus verhaal te houden. Dus die inleiding laat ik verder achterwege. Ik stel de vraag: WWZ, welke rechter is aan zet? U bent wellicht geneigd te denken: de Hoge Raad, want die beslist uiteindelijk. Dat is natuurlijk zo, maar dat betreft de vraag welke rechter uiteindelijk beslist. Maar wie is, als eerste, aan zet? Dat is toch iets anders. En het antwoord op die vraag is ook lastiger.

Eén van de redenen voor mij om over te stappen van kanton naar hof was: leuk, want bij het hof gaat het straks gebeuren, en dan wil ik er bij zijn. Maar gaat het bij het hof gebeuren? Of gebeurt het bij het kanton, of toch bij de Hoge Raad?

De kantonrechtersformule kon in 1996 tot stand komen omdat kantonrechters georganiseerd waren. Want enerzijds zijn kantonrechters natuurlijk een beetje eigenwijs, anderzijds hebben zij hun Kring. Er bestaat dus een forum om bij elkaar te komen. Een stroomlijning van de hoogte van ontbindingsvergoedingen was halverwege de jaren '90 maatschappelijk gezien nodig. Het kwam de kantonrechters ook goed uit om te laten zien dát zij in staat waren tot één afspraak te komen, en dat leidde, met enorm veel voorwerk, tot de Aanbevelingen. De kantonrechters konden die formule ook bedenken, omdat hun ontbindingsbeslissingen niet bloot stonden aan hoger beroep. Zij hadden het dus voor het zeggen. Dat patroon herhaalde zich in 2009, en, na Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed, ook in 2011/2012. De kanton-guideline voor het kennelijk onredelijk ontslag heeft echter niet het levenslicht gezien, want het Regeerakkoord kwam najaar 2012 met iets anders. Maar de kantonrechters kunnen het wel, al wordt het met het nieuwe roulatiebeleid ook moeilijker!

De hoven hebben niet zo'n eigen vereniging. De hoven hadden ook een wat gemengd track-record, met de 70% arresten van Hof Den Haag en de XYZ arresten van de andere hoven. Na Rutten/Breed-1 bleef het lange tijd stil, maar Rutten Breed-2 was wel een gezamenlijk project. Maar hoe goed ook, dat arrest was toch vooral de toepassing van

Rutten/Breed-1. Zouden de hoven nu ook in staat zijn een gemeenschappelijke lijn te ontwikkelen?

Laat ik eerst eens kijken naar de Hoge Raad. Dat doe ik omdat ik nogal eens hoor dat alle moeilijke vragen omtrent WWZ maar door de Hoge Raad, desnoods met prejudiciële vragen, moeten worden beantwoord.

Een prejudiciële vraag werkt heel goed, wanneer de opvattingen over een rechtsvraag zijn uitgekristalliseerd, zoals bij het al dan niet pro rata kunnen stopzetten van het loon van een werkonwillige, gedeeltelijk zieke werknemer. De argumenten waren helemaal duidelijk en de Hoge Raad hakte de knoop op overtuigende wijze door.

Er zijn ook voorbeelden van situaties waarbij nog weinig discussie was gevoerd, en de uitspraak daarom als een verrassing kwam. Ik heb het dan bijvoorbeeld over het "3 uur loon-arrest" van 3 mei 2013 (JAR 2013/140), alsook over het recente arrest van 10 april 2015 (JAR 2015/114) over de werknemersaanspraak op extra uren, terwijl de betreffende werknemer bewust geen aanspraak had gemaakt op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Het heeft volgens mij dan ook niet zo veel zin een onvoldoende voorbereide kwestie aan de Hoge Raad voor te leggen. Wanneer de discussie nog onvoldragen is, zal de uitkomst wellicht niet overtuigen, waarmee er nog steeds onduidelijkheid of onzekerheid blijft.

Enerzijds is het dus van belang dat over concrete rechtsvragen een goede discussie wordt gevoerd in de vakliteratuur. Anderzijds is de vraag wat kantonrechters en hoven vervolgens voor voorwerk kunnen verrichten. Want als die "lagere" jurisprudentie eenduidig is, en goed onderbouwd, zal dat op zichzelf ook al tot duidelijkheid kunnen leiden.

Ik denk dat het zinvol is onderscheid te maken tussen rechtsvragen die uiteindelijk met een ja of nee beantwoord moeten worden (en eigenlijk puur juridisch van aard zijn) en rechtsvragen met een meer beleidsmatig karakter. Tot de eerste reken ik de vraag over de volledige of pro rata stopzetting van loon ex artikel 7:629 BW. Dat is een zwart-wit kwestie, waarover een knoop doorgemaakt moest worden. Dat er dan weer een escape verschijnt via artikel 6:248 lid 2 BW maakt dat niet anders. De vraag over kennelijk onredelijk ontslag was van een andere orde. Daar ging het om de invulling van de door de wetgever gecreëerde open norm, waardoor een meer beleidsmatig antwoord werd gegeven.

Toegepast op de WWZ betekent dat het volgende.

Of op een voorwaardelijk ontbindingsverzoek vanaf 1 juli na een vóór 1 juli gegeven ontslag op staande voet het oude of het nieuwe recht van toepassing is, behoort een eenduidig antwoord te komen, ervan uitgaande dat ook onder de WWZ een voorwaardelijk ontbindingsverzoek mogelijk is. Ik ga daar voorlopig van uit. Of het

ontbindingsverzoek dan "betrekking heeft" op een opzegging van vóór 1 juli, zoals artikel XXII lid 1 sub b WWZ stelt, is de te beantwoorden vraag. Ik kan me voorstellen dat het overgangsrecht restrictief moet worden uitgelegd, omdat onmiddellijke werking hoofdregel is. Bovendien zijn er wel meer dingen te bedenken die "verband houden met" eerdere gedingen. Als het enkele stellen van een voorwaardelijk verzoek al genoeg is om het oude recht van toepassing te houden, dan wordt de uitzondering op de hoofdregel wel een heel ruime. Of zo'n zaak bij de Hoge Raad zal komen weet ik niet, het lijkt me meer iets van tijdelijke aard.

Een andere actuele kwestie is die naar de mogelijkheden van een pro forma verzoek, verweer en beslissing. Op zich is een vraag daarbij of op een ten overstaan van de kantonrechter gesloten overeenkomst de 14-dagen bedenkttermijn van toepassing is. Ook dat is een zwart-wit-kwestie. Dat is zo, of het is het niet. Uiteindelijk beslist daarover de Hoge Raad. Het probleem dat daardoor ontstaat, een tijd lang onzekerheid, kan worden verminderd, bijvoorbeeld door de ontbindingsbeslissing pas af te geven na afloop van die (eventuele) bedenkttermijn. Een beschikking na drie weken afgeven is helemaal niet vreemd. Daarmee is dat probleem dan praktisch getackeld. Want in het heel bijzondere geval dat een werknemer terugkomt op een eerdere ten overstaan van de rechter gegeven instemming, is het de moeite waard na te gaan op grond waarvan dat dan gebeurt.

Echt moeilijk en belangrijk wordt het met de invulling van het begrip ernstige verwijtbaarheid en de billijke vergoeding. Ik snap de behoefte aan snelle duidelijkheid, en de door Houweling gewenste gezichtspuntencatalogus van hoven. Aan de andere kant is het waarschijnlijk onvermijdelijk dat met zo'n nieuwe wet met open normen, er gedurende enige tijd onzekerheid blijft bestaan. Dan moet de wetgever maar met gesloten normen komen. Maar hoe komt het dan tot invulling van dat nu bestaande open criterium? De rechtspraak heeft daar nog niet zo veel mee gedaan. Er zijn amper artikelen verschenen over wanneer iets nu ernstig verwijtbaar is, afgezien van het herhalen van wat de minister al heeft gezegd. En ook heb ik weinig gelezen over de omvang van de billijke vergoeding. Baris is hier een van de uitzonderingen op. Het is mogelijk het aan de tijd over te laten. Dan verschijnen er mondesmaat kantonnuitspraken, en vervolgens wellicht wat hof-arresten. Het risico bestaat dan dat rariteiten het begin van de discussie gaan beheersen. Misschien is het mogelijk binnen de rechterlijke macht een discussie te voeren aan de hand van een aantal concrete casusposities en de vraag of die ons inziens ernstige verwijtbaarheid opleveren en daarmee een billijke vergoeding rechtvaardigen, en zo ja, welke elementen daar dan een rol in behoren te spelen. Ik heb binnen hofverband voorgesteld daartoe casusposities te ontwikkelen. Als dat lukt zouden kantonrechters misschien ook kunnen kijken naar die zaken. Dat kost echter tijd. Met het ontwikkelen van de kantonrechtersformule was ook lange tijd gemoeid en met het denken over een kantonmodel voor de kennelijk onredelijk zaken zijn we een jaar bezig geweest.

Verwacht dus geen wonderen, en zeker niet op korte termijn. Die gesprekken zullen tijd kosten, maar ze zullen de discussie wel verder helpen. Voor de sector kanton is van belang dat daar de meeste zaken komen en de kantonrechter dus als eerste aan het woord is. Ik weet dat de bij de WWZ betrokken kantonrechters veel contact hebben met elkaar, om er voor te zorgen dat de eerste "principiële" uitspraken zo goed mogelijk overdacht zijn. Hetzelfde geldt voor de hoven. Nu al met elkaar in gesprek gaan, helpt om straks zo goed mogelijk te kunnen beslissen. De hoven doen er hun best voor dat snel te laten gebeuren. Er zijn aparte zittingsdagen ingeroosterd voor WWZ-zaken, en in die zaken zal snel worden beslist. Als dan het voorwerk goed is gedaan, kan de Hoge Raad, daar waar nodig, zo goed mogelijk knopen doorhakken.

Het is dus niet zo dat één rechterlijk gremium de belangrijkste zetten heeft te doen. Welke rechters zijn aan zet? Allen bij elkaar!

VI. Ruben Houweling – De oogst van enkele maanden WWZ

Ik zal vanmiddag de eerste gepubliceerde WWZ-uitspraken bespreken. Heeft u iets gemist als u de uitspraken vanaf 1 juli jl. niet hebt gevolgd? Nee. Wellicht komt dat door de vele ontbindingsprocedures die net vóór 1 juli 2015 zijn gestart. Het oude recht is hiermee ten volle benut. De instroom van ontbindingsverzoeken na 30 juni 2015 is vervolgens opmerkelijk laag. Wellicht komt dat door de vakantieperiode, maar waarschijnlijk is er ook een verband met de (angst voor de) WWZ.

Er zijn inmiddels 35 uitspraken gepubliceerd. Het gros daarvan betreft pro forma ontbindingen, met name in het onderwijs. Een ander groot deel betreft het overgangsrecht: dit vind ik ook niet zo spannend, het sterft immers uit. Ook zijn uitspraken gepubliceerd over de voorwaardelijke ontbindingsprocedure. "Kan het nog wel?", vraagt Verhulp zich af. Zie ook zijn commentaren hierover. Het kan wel, zo blijkt uit de rechtspraak. En hoe verhoudt zich die voorwaardelijke ontbinding met de mogelijkheid van loonmatiging ex artikel 7:680a BW? Deze vragen houden met elkaar verband. De pro forma-ontbinding in combinatie met artikel 96 Rv is veelvuldig aan bod gekomen. Opvallend daarbij is de uitspraak van kantonrechter Enschede. Die verwees naar de parlementaire geschiedenis en overwoog dat geproefd kon worden dat de wetgever wil dat de rechtspraak niet meer met pro forma-procedures wordt belast. Kantonrechter Midden-Nederland overwoog dat een pro forma via artikel 96 Rv niet kan als partijen het helemaal eens zijn. Maar als we de diverse pro forma-zaken analyseren, dan blijkt dat kantonrechters in verreweg de meeste gevallen de arbeidsovereenkomst gewoon ontbinden. De pro forma-praktijk is nog springlevend.

Een ander punt dat in de rechtspraak aan de orde is geweest, is of de rechter overeengekomen vergoedingen of voorzieningen kan opnemen in de beschikking. Het uitgangspunt is dat onder de WWZ slechts twee vergoedingen kunnen worden toegekend: de transitievergoeding en de billijke vergoeding. De laatste kan alleen maar worden toegekend als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De vraag is dan welke ruimte een kantonrechter nog heeft om méér dan de transitievergoeding toe te kennen. Uit de rechtspraak tot nu toe blijken er twee smaken te bestaan. De eerste is dat een kantonrechter overweegt dat partijen nadere afspraken met elkaar hebben gemaakt die ze op basis van die afspraken maar moeten naleven. In de beschikking wordt niets opgenomen. De tweede smaak is dat de kantonrechter de gemaakte afspraken tussen partijen best wil opnemen in de beschikking, zij het met een zogenoemde "verstaat dat"-formule: "de kantonrechter verstaat dat werkgever aan werknemer een vergoeding van x zal betalen". Die formule levert overigens geen executoriale titel op.

In het verlengde hiervan ligt de vraag of de rechter op een langere dan de wettelijke termijn mag ontbinden. Bijvoorbeeld als aanspraak gemaakt moet worden op een voorziening uit de cao op termijn. De wet is hierover duidelijk, die biedt geen ruimte voor verlenging van de ontbindingstermijn. Een praktische oplossing hiervoor is dat partijen

ter zitting een nieuwe opzegtermijn afspreken – de opzegtermijn bepaalt immers de ontbindingstermijn – en dat een rechter deze nieuwe opzegtermijn als uitgangspunt neemt. Zo ook de kantonrechter in Enschede: hij gaat mee met de wens van partijen en ontbindt op langere termijn omdat hij het in het belang van de werknemer acht om de arbeidsovereenkomst later te laten eindigen. Een andere benadering – met overigens hetzelfde resultaat – is te vinden bij de Kantonrechter Midden-Nederland. Deze kantonrechter toetst of *ten minste* de opzegtermijn wordt gerespecteerd. Een eventuele langere termijn wordt dan toegestaan. Moeten we dit dan maar uitleggen als toepassing van het “gunstighedsbeginsel” of is (ook) hier sprake van lijdelijkheid van de rechter?

Dan de billijke vergoeding. De Kantonrechter Tilburg heeft op 1 september 2015 eenvoudig gehandeld. Hij heeft simpelweg nog een keer de transitievergoeding toegekend als billijke vergoeding. Betekent dit dan dat de billijke vergoeding gelijk wordt aan T=2 of 3 of 4 of 5? Dat lijkt me niet het geval. De werknemer nam de stelling in dat zijn werkgever ernstig verwijtbaar handelde. En hij motiveerde dat door te zeggen dat de minimale vergoeding € 75.000,- moest zijn. Daar wilde de kantonrechter niet aan, maar een toelichting op het hoe en waarom van de wél toegekende billijke vergoeding ontbreekt.

Dan gaan we naar de al eerder genoemde FNV-zaak. In de media is deze zaak verkeerd weergegeven, wat mij betreft. Het feitencomplex was gebaseerd op de redelijke grond, vermeld in artikel 7:669 lid 3 BW, onder d en g. De rechter moest beoordelen of één van beide gronden voldragen was. De redenering was niet dat FNV ingang wilde doen vinden, zoals in de media stond: de helft + de helft = 1. Twee halve gronden leveren namelijk geen hele grond op.

In de rechtspraak tot nu toe zijn dus nog weinig fundamentele vragen aan de orde gekomen, althans beantwoord. Wel zien we nu al verschillende benaderingen. Dat mag dan zijn op relatief ondergeschikte onderwerpen als wel/geen pro forma via artikel 96 Rv, wel/geen voorwaardelijke ontbinding, wel/geen verlengde opzegtermijn, maar het roept wel de vraag op hoe er geoordeeld gaat worden als het wel echt spannend wordt.

De Kring van Kantonrechters heeft er jarenlang voor gepleit om een uniforme kantonrechtersformule te hanteren. Op 29 november 1996 werden de landelijke Aanbevelingen vastgesteld. De toelichting daarbij was dat de kantonrechters wildgroei ten aanzien van vergoedingen wilden voorkomen. Daarvoor werden uitdrukkelijk aanbevelingen, noem het richtlijnen, uitgevaardigd die ruimte boden in het individuele geval anders te oordelen. Deze Aanbevelingen gaven structuur aan de ontslagpraktijk. In een artikel in TRA 2014 schreef Sagel over eventuele nieuwe formules voor de billijke vergoeding. Hij concludeerde: “Doe dat niet!” De kans dat een billijke vergoeding wordt toegekend, is immers klein, het is namelijk het zogenoemde “muizengaatje” waar eerst aan moet zijn voldaan. In de spaarzame gevallen dat sprake is van “ernstige verwijtbaarheid” is geen behoefte aan een formule en valt het wel mee met de rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Daarmee is het verschil met de

kantonrechtersformule gegeven. Daar kan ik het deels wel mee eens zijn. Een reden voor de totstandkoming van een formule voor de billijke vergoeding zou echter wel kunnen zijn dat er zoveel verschillende vormen van zijn. Ik wijs op artikelen 7:671b BW en 7:681 BW. Is die laatste billijke vergoeding per definitie gelijk aan de billijke vergoeding ex artikel 7:671b BW? En hoe te oordelen over de billijke vergoeding van artikel 7:683 BW? Deze vergoeding lijkt een wezenlijk ander karakter te behelzen. Sagel zegt: "Laat het allemaal maar gebeuren, de Hoge Raad beslist wel". Ik ben daar sceptisch over. Het heeft 56 jaar geduurd voordat de Hoge Raad iets wezenlijks oordeelde over de vergoeding in het kader van kennelijk onredelijk ontslag. Dat is een hele lange tijd van rechtsonzekerheid en potentiële rechtsongelijkheid (in identieke zaken verschillende uitkomsten).

Wat mij betreft kunnen en mogen we in het nieuwe recht wel degelijk bepaalde uitgangspunten vastleggen. Uitgangspunten die in de parlementaire geschiedenis bijvoorbeeld steeds terugkomen zijn rechtszekerheid, gelijkheid en voorspelbaarheid. Daarom is de vraag reëel: "Wat is de billijke vergoeding bij ontslag?" Daarover mogen best aanbevelingen worden uitgebracht. Sterker nog, dat zijn wij als beoefenaren van het arbeidsrecht (advocatuur, rechterlijke macht, wetenschap en beleidsmakers) verplicht aan de rechtszoekende.

VII. Debat

Het debat wordt geopend door Keulaerds met de vraag hoe kantonrechters aankijken tegen artikel 96 Rv-procedures onder de WWZ.

Wetzels (kantonrechter te Rotterdam) reageert en geeft aan dat hij ziet dat nu bepaalde rechters kennelijk de voorkeur krijgen bij artikel 96 Rv-procedures. Daar is een artikel 96 Rv-procedure echter niet voor nodig. Op grond van artikel 108 lid 2 Rv kunnen partijen immers na het ontstaan van het geschil simpelweg een forumkeuze maken. Als partijen artikel 96 Rv willen gebruiken voor het uitsluiten van hoger beroep, dan is duidelijk dat dat in Rotterdam mogelijk is en dat daaruit dus ook een formele ontbinding kan volgen. De kantonrechters in Rotterdam pleiten voor een uniform stelsel. Want wat als ze in het Noorden van het land zeggen: hier zien we vanaf, we nemen uw zaak op grond van artikel 96 Rv niet in behandeling? Hoe moet je als kantonrechter dan daarmee omgaan als partijen vervolgens in Rotterdam aankloppen? Moeten we dan terug naar de situatie van de jaren '80 toen in ieder geval één kantonrechter in Rotterdam weigerde om een geregelde ontbinding schriftelijk af te doen? Op de zitting moesten partijen dan een soort toneelstukje opvoeren om voor elkaar te krijgen dat de kantonrechter uiteindelijk de arbeidsovereenkomst toch ontbond, conform hetgeen partijen hadden afgesproken.

Keulaerds vraagt of hij hieruit mag afleiden dat kantonrechters hiervoor geen landelijk beleid hebben opgesteld. Houweling heeft daar een duidelijke oproep voor gedaan.

Wetzels antwoordt dat het op dit moment gewoon niet lukt om daar als kantonrechters landelijk overeenstemming over te bereiken. Mogelijk is het in een later stadium, zodra iedereen enige ervaring heeft opgedaan met de WWZ, wel mogelijk om landelijke afspraken te maken. Maar het moet wel duidelijk zijn dat in een artikel 96 Rv-procedure de (limitatieve) gronden van artikel 7:669 lid 3 BW gelden en dat ook de ontbindingsdatum moet worden aangehouden conform de WWZ.

Verburg noemt als voorbeeld van noodzaak tot eenheid de "versta"-formule, waarvan hij begrijpt dat deze door de kantonrechters in Rotterdam is bedacht. Het zou toch vreemd zijn als bijvoorbeeld de kantonrechters in Noord-Nederland hier niet aan zouden willen.

Wetzels wijst er in dit verband op dat hij niet begrijpt waarom de werknemer in een geregelde ontbinding op verzoek van de werkgever geen tegenverzoek indient strekkende tot de veroordeling van de werkgever tot betaling van de overeengekomen vergoeding. Wanneer de werkgever zich vervolgens ten aanzien van dat tegenverzoek refereert aan het oordeel van de kantonrechter, kan de kantonrechter zonder enig probleem de tussen partijen overeengekomen vergoeding opnemen in het dictum van de ontbindingsbeschikking en is de "versta"-formule dus niet meer nodig.

Van den Brink (advocaat) richt zich tot Verburg en refereert aan diens stelling over het niet moeten gebruiken van een primaire en een subsidiaire grond in het verzoekschrift.

Wat Van den Brink betreft kan dat gebruik wél blijven bestaan. Waarom zou dit tot problemen leiden? Het geeft een zekere ordening voor de rechter zonder afbreuk te doen aan de ene of andere grond. Bovendien voorkomt het dat een rechter zich over meerdere gronden moet uitlaten wanneer direct al de primaire grond doeltreffend is. In de praktijk zullen we het vaak hebben over een combinatie van de d- en g-grond. Het is te overwegen om te beginnen met de g-grond en pas subsidiair de d-grond aan te voeren. Immers wanneer op de g-grond wordt ontbonden zal dat minder appellabel zijn, nu de g-grond minder abstract is te beoordelen en een meer subjectieve toets kent. Uiteraard geldt in zijn algemeenheid ook dat stellingen waar je niet in gelooft, niet worden aangevoerd.

Verburg antwoordt en stelt dat de d-grond wat hem betreft weinig voorkomt. De h-grond mist hij nog wel. Daarin ligt wat hem betreft de ruimte als we het hebben over “botsende karakters”, dan wel “verschil van inzicht”. Het oude denken zit hem in het primair en subsidiair procederen. Vroeger betrof dit een voorsorteren op het thema van de te betalen vergoeding. Verburg spreekt over “vergoedingsdenken”. Dat is bij de WWZ niet meer aan de orde. Ongeacht de grond betaalt men evenveel transitievergoeding. Met het primair/subsidiair lijkt de verzoeker de subsidiaire grond verzwakt neer te zetten, als minder sterk dan de primaire grond. Dat schiet slechts in eigen voet. Eventueel zouden partijen de h-grond er ook nog nevensgeschikt bij kunnen doen. Je kunt geen bak met feiten bij de kantonrechter neerleggen en zeggen: “Het is het eigenlijk allemaal. Kiest u de grond maar”. Het advies van Verburg is nadrukkelijk dat een verzoeker dat niet moet doen, maar specifiek de gronden aan feiten moet koppelen.

Keulaerds vraagt of kantonrechters, dan wel hoven, al richtlijnen moeten geven ten aanzien van de berekening van de billijke vergoeding, maar ook over de vraag wanneer er recht op deze vergoeding bestaat. Wie pakt deze verantwoordelijkheid op?

Barendrecht (hoogleraar) stelt aanvullend de vraag hoe lang het gaat duren voordat over deze onderwerpen duidelijkheid ontstaat. De vragen worden gesteld aan het panel van Houweling, Verburg, Boot en Koşer Kaya.

Houweling ziet graag dat er vanuit de rechtspraak gezichtspunten en andere tools komen. De justitiabelen mogen geen kind van de rekening worden.

Boot stelt dat wat hem betreft de hoven en de kantonrechters er voor zijn om de processen te optimaliseren en daarvoor een intelligente manier te bedenken. Kijk je bijvoorbeeld naar het arrest Rutten/Breed-1; het duurde zo weer twee jaar voordat Rutten/Breed-2 kwam. Bovendien is de duur van de periode van onduidelijkheid ook gerelateerd aan het aantal zaken dat zich aandient. Maar wat Boot betreft zouden rechters moeten zeggen: we nemen een aantal casussen waarmee we handvatten kunnen creëren, dat is het uitgangspunt. Op die manier zou er dan na twee tot drie jaar (meer) duidelijkheid kunnen zijn.

Verburg geeft aan het eens te zijn met Boot. Bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding duurde het ongeveer twee tot drie jaar voordat de hoven enige duidelijkheid gaven. De vraag is overigens of we daarmee veel wijzer zijn geworden. Er werd immers niet in de richting van een formule gewezen.

Koser Kaya voegt toe dat zij, in de tijden dat er nog geen kantonrechtर्सformule was, zichzelf elke keer weer afvroeg: wat zal het dit keer worden? Dat subjectieve geluid hoorde zij steeds meer en toen kwam de kantonrechtर्सformule. Bezien vanuit haar positie in de politiek, zou zij willen zeggen dat het nu eerst aan advocatuur, rechterlijke macht en wetenschap is om duidelijkheid te creëren.

Keulaerds refereert aan de opmerking van Verburg over de hardere bedrijfscultuur en vraagt om een reactie vanuit de zaal.

Meijer (UWV) stelt dat de a t/m h-gronden, zoals die zijn opgenomen in artikel 7:669 BW, op zichzelf genomen helemaal geen nieuwe gronden zijn. Uit het op het BBA gebaseerde Ontslagbesluit (en de Beleidsregels) volgde immers ook al dat niet alleen sprake moest zijn van dossiervorming, maar dat er ook voldoende contact moest zijn over de verbetering. Dat zou toch niet moeten leiden tot een hardere bedrijfscultuur.

Verburg reageert en wijst erop dat de "fallback" van artikel 7:685 BW (oud) is verdwenen. Dit was immers het artikel waarnaar partijen konden teruggrijpen op het moment dat het dossier onvoldoende was opgebouwd of eigenlijk, steviger gezegd, opgeschreven. Dat is de zorg van Verburg.

Zwemmer (advocaat) vult aan en wijst erop dat onder het voormalige artikel 7:685 BW het bewijsrecht "light" gold. Oftewel, het bewijsrecht was niet echt van toepassing. Dat wordt waarschijnlijk anders onder de WWZ. Zwemmer stelt de vraag of de vrees van Verburg voor een afrekencultuur wellicht zijn oorzaak vindt in de wijzigingen rondom het bewijsrecht.

Verburg neemt afstand van het woord afrekencultuur. Hij vindt niet dat een afrekencultuur zal ontstaan, maar een hardere bedrijfscultuur. In reactie op de vraag over het bewijsrecht stelt hij dat de wetsgeschiedenis geen aanleiding geeft tot de gedachte dat de WWZ bij ontbindingsverzoeken anders zou moeten opereren dan voorheen. De WWZ hoeft wat hem betreft niet te leiden tot een andere opstelling van de kantonrechter. De kantonrechter mocht het bewijsrecht immers ook vóór 1 juli 2015 toepassen.

Overdijk (advocaat) geeft aan dat men in veel arbeidsverhoudingen moeilijk tegen elkaar zegt, laat staan zonder opsmuk opschrijft, hoe men over elkaars functioneren denkt. Bovendien is het risico aanzienlijk dat een werknemer vlucht in ziekte als dingen wel zonder opsmuk worden genoteerd. Zodoende wordt het voor werkgevers wel degelijk lastiger om aan de eisen van artikel 7:669 lid 3 BW te voldoen.

Boot is minder pessimistisch over de verhoudingen op de werkvloer. Toen hij nog kantonrechter was, waren er vele zaken waarin een werkgever zei dat hij de werknemer vaak had gewezen op zijn disfunctioneren, bijvoorbeeld door te wijzen op afspraken in de agenda. Daarop zeiden werknemers stevast dat zij zich deze afspraken niet konden herinneren. Het raakvlak met bewijsrecht was hier wel degelijk. Ook toen moest al gekeken worden of er voldoende verbetermogelijkheden waren geboden.

Verburg reageert en stelt dat het voorbeeld dat Boot aanhaalt waarschijnlijk een zaak is die speelde in de MKB-sector. Wanneer het gaat om werknemers met een hoger functieniveau of van een grote werkgever, dan is op dit punt wellicht wel sprake van een verschil. Mag je niet meer verwachten van een grote werkgever en een werknemer op een hoger functieniveau?

Meijer geeft aan dat ook enorm van belang is wat het verwachtingspatroon is. Hoe vaak bestaat er niet discussie over de functie-eisen? De kern hiervan is volgens hem simpelweg: een slordig personeelsbeleid.

Verhulp (hoogleraar) is het hiermee eens. Werknemers moeten kunnen vertrouwen op een zorgvuldig personeelsbeleid. Hij wil graag ook nog even terugkomen op hetgeen Verburg opmerkte over toegelaten en onbedoeld gebruik van regelgeving. Verhulp vindt het terecht dat onbedoeld gebruik vaak als misbruik wordt bestempeld. Hij noemt daarbij het volgende voorbeeld. Stel er is een werkgever die gebruik maakt van een machine, waarop hij twee werknemers goed heeft ingewerkt. Hij wisselt de inzet van deze werknemers steeds af: het ene half jaar is de ene aan het werk, het andere half jaar is de andere aan het werk, om zo te voorkomen dat één van beide medewerkers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal krijgen. Verhulp vraagt zich af of dit toegelaten gebruik is of misbruik, en vraagt Verburg om een reactie.

Verburg antwoordt dat dit in beginsel behoudens bijzondere omstandigheden door de wetgever toegelaten gebruik is, omdat en zolang de werkgever niets anders doet dan gebruik maken van de mogelijkheden die de wet biedt.

Zwemmer brengt naar voren dat de PVV hier vragen over heeft gesteld en de regering daarop als antwoord heeft gegeven dat dit misbruik is.

Verhulp zegt dat op het moment dat deze situatie zich structureel voordoet, dit wel misbruik zou kunnen zijn.

Verburg geeft aan dat een structureel langdurig karakter inderdaad onbedoeld kan zijn en dan misbruik kan opleveren.

Backer (Eerste Kamerlid, D66) erkent dat hij, zoals hij ook al publiekelijk had toegegeven tijdens zijn recente gastcollege in Rotterdam over het arbeidsrecht, aarzeling heeft

gekend om in de Eerste Kamer zijn akkoord te geven aan de WWZ. Het wetsvoorstel is evenwel, ook met zijn steun, aangenomen. Backer is dan ook blij met het thema van de bijeenkomst van vanmiddag: "En nu verder!" Hij vertrouwt erop en ziet ernaar uit dat in de rechtspraak en de wetenschap oplossingen worden gevonden voor mogelijke obstakels.

Keulaerds sluit af – onder dankzegging aan de sprekers en de deelnemers aan het debat – met de opmerking dat dat wachten op oplossingen mogelijk niet lang hoeft te duren. De minister gaat de WWZ op grond van de motie Backer immers al over negen maanden op een wezenlijk punt evalueren.