

ADVIES

Van	: adviescommissie arbeidsrecht
Datum	: 22 februari 2016
Betreft	: evaluatie WW

Inleiding

- Op 1 juli 2015 zijn de ontslagrechtelijke bepalingen van de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking getreden. In de acht maanden dat de Wwz nu het ontslagrecht regelt, is een stroom van lagere rechtspraak op gang gekomen. Ging dat eerst om uitspraken van de kantonrechters, sinds enige tijd zijn ook de hoven aan het woord. In de vakliteratuur – handboeken, monografieën, artikelen, annotaties – wordt aan de Wwz uitgebreid aandacht geschonken.
- Veel van de literatuur betreft wat men kan noemen juridisch-technische punten. Zo is discussie mogelijk – en wordt in de rechtspraak verschillend geoordeeld – over de ruimte onder de Wwz voor zogenoemde voorwaardelijke ontbindingen. In dit door de Commissie Arbeidsrecht van de Orde voorbereide advies wordt op zulke vragen *niet* ingegaan. Die kunnen alsnog worden betrokken bij de voor midden 2016 voorziene evaluatie. Dit advies beperkt zich op ontslagrechtelijk gebied tot een viertal vragen die hieronder worden genoemd.

Ontslagrecht

- Eerste vraag** is of het gekozen grondensysteem toereikend is of dat behoefte bestaat aan een opener systeem dan dat van art. 7:669 lid 3 RW.
- Het antwoord op de vraag hangt mede af van de uitleg en toepassing die men geeft aan de zogeheten h-grond. Die grond is bedoeld voor uitzonderlijke gevallen – illegale of gedetineerde werknemers –, maar kan ook zo worden begrepen dat daaronder ook verschil van inzicht over het te voeren beleid wordt gebracht of zelfs verlies van vertrouwen.
- De rechtelijke praktijk is zeker nog niet uitgekristalliseerd. De leden van de Commissie Arbeidsrecht hebben allen de indruk dat zich met regelmaat gevallen voordoen waarin beëindiging van het dienstverband in de rede ligt, maar waarin niet kan worden gezegd dat een van de specifieke ontslaggronden (sub a tot en met g) aanwezig is. Ook als de werknemer zelf wel inziet dat voortzetting van het dienstverband niet in de rede ligt, maar hij geen genoegen wil nemen met de (vaak als al te sober ervaren) transitievergoeding, noopt tot wetgeving hem tot “tactisch” verzet tegen het ontslag als zodanig. Leidt dat verzet tot afwijzing van een ontbindingsverzoek, dan wordt vaak alsnog overeenstemming bereikt, maar dan wel tegen een aanzienlijk hogere vergoeding.
- De conclusie op dit punt is enerzijds dat behoefte bestaat aan een “open” grond en anderzijds dat het bij aanwezigheid daarvan in de rede ligt ruimte te creëren voor een additionele vergoeding, zoals ook geldt bij het ontslag van ambtenaren op “andere gronden”, waarbij het wachtgeld ook bodem is.

7. De hier te bespreken **tweede vraag** is hoe de verhouding tussen schikken en procederen voor en na 1 juli 2015 is. Indruk van de leden van de Commissie, gebaseerd op eigen ervaring en, uit de tweede hand, op die van kantoorgenoten en andere advocaten, is dat de (grotere) onzekerheid die de Wwz meebrengt, ertoe leidt dat langer onderhandeld en vaker geschikt wordt, juist omdat de onzekerheid over de afloop van een rechterlijke procedure met de Wwz vergroot is. Daarbij speelt een grote rol dat een voor de werkgever positieve afloop van een ontslagprocedure niet vaak evident is.
8. Die onzekerheid leidt er ook toe dat de transitievergoeding vaak niet uitgangspunt bij overleg is, zeker niet voor de werknemer, maar ook niet bij een “openingsbod” door de werkgever. De Kantonrechtersformule vormt nog steeds veelal voor beide partijen uitgangspunt, zij het dat dan vaak een correctiefactor hoger dan $C=1$ niet wordt gehanteerd. Van de transitievergoeding gaat aldus wel een zekere, maar veelal beperkte drukkende werking uit.
9. In dat verband kan een rol spelen dat in Sociale Plannen van grote(re) werkgevers die formule ook nog wel wordt gehanteerd. Voor werknemers is vaak niet begrijpelijk dat zij minder dan bij reorganisatie-ontslagen ontvangen.
10. Een **derde vraag** die in de Commissie aan de orde kwam, is of de procedurele eisen van art. 7:669 lid 3 sub d BW ontslag in de weg staan, ook als op zichzelf ontslag in de rede ligt.
11. Bij het antwoord op die vraag moet worden onderscheiden. Grotere en, vooral, grote bedrijven kennen vaak een adequate bewaking van het functioneren. Dat leidt ertoe dat minder goed functionerende werknemers vaak zijn vertrokken lang voordat het einde van het traject bereikt is.
12. In het midden- en kleinbedrijf ligt dat wezenlijk anders. Niet alleen bestaat daar maar zelden een systeem van vastleggen, maar bovendien brengt de beperkte omvang van een bedrijf vaak mee dat het volgen van zo’n traject veel negatieve energie vergt en tot spanningen op de werkvloer leidt, vaak met een “vlucht” in een (niet eens irreële) ziekmelding.
13. Daarmee is in feite al antwoord gegeven op een **vierde vraag**, die of de Wwz anders uitwerkt voor grote ondernemingen dan die voor het midden en kleinbedrijf. Grote bedrijven komen veelal tot voor die bedrijven gunstiger, want minder kostbare oplossingen.
14. Voor het MKB daarentegen, dat vroeger ontslagvergunning vroeg en relatief gemakkelijk kreeg zonder dat een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag placht te volgen, is ontslag zowel moeilijker als duurder geworden, waarbij in nogal wat gevallen niet met de transitievergoeding kan worden volstaan.
15. De Wwz is ingevoerd om het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, rechtvaardiger en goedkoper te maken. De eerste ervaringen wijzen erop dat de doelstellingen niet worden gehaald.

Wijzigingen Werkloosheidswet

Passende arbeid verkrijgen en verbreding zoekgedrag

16. In het derde lid van art. 24 WW en het Besluit passende arbeid WW en ZW is geregeld wat het begrip passende arbeid inhoudt. Twee perioden worden onderscheiden. In de periode

voordat zes maanden uitkeringsrecht zijn verstreken is passend het werk dat zoveel mogelijk aansluit bij het werk waaruit men werkloos wordt. In de periode daarna dient de verzekerde breder te zoeken en kan hij zich niet alleen richten op soortgelijk werk van waaruit hij werkloos is geworden en zal hij concessies moeten doen voor wat betreft het loon- en opleidingsniveau en ook reisafstand.

17. De Commissie heeft uit informatie van het UWV en ook uit de brief van 27 november 2015 het volgende begrepen.¹ Het UWV voert in de vierde maand een eerste gesprek met de uitkeringsgerechtigde. Dat gesprek gaat over de plicht om na zes maanden werkloosheid breder te zoeken. Na zes maanden houdt het 'breder zoeken' in ieder geval in dat er gesolliciteerd wordt op een aantal geselecteerde vacatures onder het (opleidings)niveau van betrokkene. In de zevende maand van werkloosheid is er een tweede gesprek. Dan controleert het UWV of de werknemer breder zoekt wat er met die geselecteerde vacatures is gebeurd. Tijdens dat gesprek in de zevende maand vraagt het UWV op welke vacatures is gesolliciteerd en op welke vacatures betrokkene van plan is nog te solliciteren. Dan wordt beoordeeld of het zoekgedrag breed genoeg is.
18. *Advies*
 1. Het beleid van het UWV inzake het breder zoekgedrag is niet neergelegd in het Besluit passende arbeid WW en ZW noch in gepubliceerde beleidsregels. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid geeft de Commissie in overweging die nadere invulling van het bredere zoekgedrag neer te leggen in voor ieder kenbare regels, van belang voor de rechtspositie van de uitkeringsgerechtigde.
 2. Vraag is in hoeverre deze aanpassing van het begrip passende arbeid bijdraagt aan de activering van de uitkeringsgerechtigde. Als een werknemer zelf niet gemotiveerd is om (ruim) onder eigen niveau te solliciteren, dan is het lastig dat door wetgeving en handhaving af te dwingen.

Gevolgen nieuwe begrip passende arbeid voor passende arbeid behouden en aanvaarden

19. Een werknemer dient passende arbeid te behouden en te aanvaarden. Twee situaties worden daarbij onderscheiden: die waarin er wel en geen relevant arbeidsurenverlies optreedt en er dus wel of geen werkloosheid ontstaat. Uit intern beleid van het UWV blijkt dat een salaris van 30% (tot uitkeringsniveau) in het laatste geval toch niet passend wordt gevonden. Er is dan immers geen bescherming wegens een aanwezige WW-uitkering (met bijbehorende systeem van inkomensverrekening). De grens van wat nog passend is trekt het UWV bij 87,5% van het salaris. Een salarisverlaging van maximaal 12,5% wordt acceptabel geacht. En dus mag de werknemer zonder rechtsgevolg arbeid weigeren met een lager salaris.

Maatregel bij niet behouden en aanvaarden van passende arbeid

20. De maatregel bij het niet aanvaarden van passende arbeid is de weigering van de WW over de uren waarvoor het nieuwe werk wordt aangeboden. Op dezelfde wijze als bij het niet behouden van passende arbeid wordt een bedrag in mindering gebracht op de uitkering met dien verstande dat er geen matigingsmogelijkheid bestaat. Bij de schending van deze

¹ Kamerstukken II 2015/2016, 34351, nr 1.

verplichting bestaat - merkwaardig genoeg - geen mogelijkheid om wegens verminderde verwijtbaarheid een gematigde sanctie op leggen. Niet duidelijk is waarom bij het niet behouden van passende arbeid wel en bij het niet aanvaarden van passende arbeid geen matigingsmogelijkheid bestaat. Het gaat immers om vergelijkbare verplichtingen.²

21. *Advies*

Omdat het gaat om vergelijkbare verplichtingen adviseert de commissie ook bij niet aanvaarden van passende arbeid (art. 24 lid 1 onder b, ten tweede WW) een matigingsmogelijkheid in de wet te introduceren, zoals deze al bestaat bij het niet behouden van passende arbeid (art. 24 lid 1 onder b, ten derde WW) en bij verwijtbare werkloosheid (art. 24 lid 2 WW).

Inkomensverrekening

22. Ondanks de invoering van inkomensverrekening (art. 47 WW) blijft urenverlies relevant om in aanmerking te komen voor een WW-uitkering (art. 16 WW). De eis van een relevant urenverlies om in aanmerking te komen voor WW heeft iets willekeurig. Een loonsverlaging tijdens een dienstverband levert geen WW-recht op, maar een loonsverlaging na een tussentijds ontslag zou wel leiden tot een toekenning van een WW-uitkering. Als een werknemer tijdens een dienstverband te maken krijgt met demotie en dezelfde uren blijft werken maar over die uren minder gaat verdienen, dan zal hij niet in aanmerking voor een WW-uitkering naar aanleiding van het inkomensverlies. Dit vanwege het ontbreken van een relevant urenverlies. Zou men toch van een WW-recht gebruik willen maken, dan zou de werknemer eerst moeten worden ontslagen als gevolg waarvan een urenverlies ontstaat en zou de werknemer daarna moeten hervatten in dat werk met een lager loon. Dat een werknemer na intreden van werkloosheid vervolgens hetzelfde aantal (of meer) uren gaat werken doet niet ter zake. Daardoor eindigt het WW-recht *niet*. Het recht eindigt wel als er een inkomensverlies resteert van minder dan 12,5%.

23. *Advies*

De WW-uitkering zou na tussentijds ontslag en wederindiensttreding gebruikt kunnen worden om bijvoorbeeld demotie te faciliteren. Vraag is of dit effect is voorzien.

Dagloonregels

24. In de evaluatie WWZ wordt er aandacht besteed aan de gevolgen van de per 1 juli 2015 geldende nieuwe dagloonregels voor starters en herintreders.³ De dagloonregels voor starters en herintreders worden per 1 januari 2017 opnieuw aangepast. Kalendermaanden zonder loon zullen buiten beschouwing worden gelaten. Geen aandacht wordt besteed aan de wijziging per 1 juli 2015 van de WW-dagloonregels daar waar het gaat om periode(n) van (langdurige) arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte. In de dagloonregels van vóór 1 juli 2015 (art. 6 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen) was bepaald dat aangiftetijdvakken waarin in verband met ziekte geen of minder loon werd betaald buiten beschouwing bleven bij de WW-dagloonberekening. Deze uitzondering is geschrapt per 1 juli 2015 met als gevolg dat het dagloon aanmerkelijk lager is als er voorafgaande aan de ingang van de WW-uitkering een

² G.C. Boot in B. Barentsen & A.C. Damsteegt (red), *T&C Socialezekerheidsrecht* 2014, art. 27 WW, wetsversie 1 januari 2016, aant. 5, p. 1311.

³ *Kamerstukken II* 2015/2016, 34351, nr 1, p. 12/13.

langere periode is geweest waarin de werkgever geen 100% maar 70% doorbetaalde tijdens ziekte. Te denken valt aan de werknemer langdurige zieke werknemer die na herstel werkloos wordt of aan de werknemer die na 104 weken minder dan 35% arbeidsongeschikt is en niet in aanmerking komt voor de WIA maar voor de WW. Als de werkgever in het tweede ziektejaar, zoals gebruikelijk, 70% van het loon betaalde, dan betekent dit dat de WW-uitkering 70% van 70% is.

25. *Advies*

Dat er geen rekening wordt gehouden met de situatie waarin een langdurige arbeidsongeschikte werknemer 70% van het loon ontvangt, staat op gespannen voet met de verplichting om gezonde en zieke werknemers gelijkelijk te behandelen. De Commissie geeft de regering in overweging om de wijziging per 1 juli 2015 van artikel 6 Dagloonregels werknemersverzekeringen ongedaan te maken.

Slotsom

26. Het bovenstaande moge duidelijk maken dat kritische aandacht op zijn plaats is als het er om gaat of de ambitieuze doelstellingen die aan de Wwz ten grondslag liggen, wel worden gehaald. De eerste indrukken zijn dat dat bepaald **niet** het geval is.