

# Een WWZ-ontmoeting tussen de advocatuur & de rechterlijke macht



*Vereniging  
Arbeidsrecht Advocaten Amsterdam <*



# Een WWZ-ontmoeting tussen de advocatuur en de rechterlijke macht

## Inhoud

- Voorwoord door mr. Bart de Vroe, voorzitter VAAA pag. 2
- Inleiding bijeenkomst mr. Bart de Vroe pag. 4
- Afttrap door de moderatoren Prof. Mr. E. Verhulp en Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens pag. 4
- Procesreglement WWZ: inleiding mr. Inge de Laat, reflectie mr. Monetta Ulrici (Rechtbank Amsterdam), discussie pag. 5
- Toetsing van de opzeggingsgronden: inleiding mr. Dirk van Genderen, reflectie van mr. Marianne Ruizeveld (Rechtbank Amsterdam), discussie pag. 16
- Beroep en cassatie, vernietiging, herstel of billijke vergoeding? Inleiding prof. mr. Stefan Sagel, reflectie mr. Kim van der Kraats (Rechtbank Midden-Nederland), discussie pag. 27
- Ontslagvergoedingen WWZ: inleiding prof. mr. Ferdinand Grapperhaus, reflectie van mr. Peter Jansen (Rechtbank Noord-Holland), discussie pag. 36

# Voorwoord

Nadat onze Rotterdamse collega's eind december 2014 en half januari 2015 twee succesvolle debatbijeenkomsten hadden georganiseerd waarin de WWZ in verschillende thema's werd behandeld (de bijdragen aan die bijeenkomst zijn gebundeld in de Bju uitgave "WWZ in praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur"), besloten wij onze leden iets soortgelijks aan te bieden. Vrijwel gelijktijdig werden wij benaderd door de Rechtbank te Amsterdam die, aanhakend bij het succes van Rotterdam, aangaf graag hun bijdrage te willen leveren aan een WWZ-bijeenkomst met de advocaten in resort Amsterdam. Het lag voor de hand dat het bestuur van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Amsterdam (VAAA) de organisatie op zich zou nemen en aldus geschiedde. Er was niet heel veel tijd meer met het oog alle overige WWZ-bijeenkomsten die nog stonden gepland en de agenda's van de beoogde sprekers. Mede om die reden heeft de VAAA 'leentje buur' gespeeld bij haar Rotterdamse zustervereniging VRAA. Een woord van grote dank, met name ook in de richting van Pieter van den Brink, is hier op zijn plaats, wij mochten zonder beperkingen gebruik maken van hun draaiboek en ervaringen.

De bijeenkomst vond plaats op 27 mei 2015 in Eye Amsterdam. Onze opzet met een behandeling in vier thema's was dezelfde als die van de VRAA, hoewel de thema's andere waren, dan wel een andere invalshoek werd gekozen. De thema's werden ingeleid door een advocaat, terwijl op die inleiding steeds werd gereflecteerd door een kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam, rechtbank Midden-Nederland en Rechtbank Noord-Holland. Daarna was er een debat met de zaal, welk debat beurtelings werd (in)geleid door een van de twee moderatoren, de Amsterdamse Hoogleraren Evert Verhulp (UvA) en Willem Bouwens (VU).

Het debat leerde dat er niet alleen nog een hoop onduidelijkheden bestonden ten aanzien van de WWZ, maar ook dat er door de rechters verschillend werd gedacht over diverse oplossingen voor de al even diverse problemen, onduidelijkheden en open-einden die werden gesignaleerd. Het bleek dat de ene rechter bereid leek de WWZ wat rekkelijker te benaderen dan de andere rechter. Ik zeg hier heel bewust 'leek' want hoewel er door een ieder van de rechters vrijuit kon worden gesproken werden er - begrijpelijk - ook nog wel de nodige slagen om de arm gehouden.



Om deze reden hebben wij wel de namen van alle sprekers tijdens het debat genoemd in het verslag, doch niet die van de rechters die aan het debat deelnamen, om zodoende zoveel mogelijk te voorkomen dat zij een belemmering zouden voelen stelling te nemen in het debat.

Van de bijeenkomst is met grote inzet een verslag gemaakt door Marieke Opdam, Professional Support Lawyer bij Kennedy van der Laan, hierin bijgestaan door Rachel Rietveld en Imran Hyder beiden student-assistent bij de vakgroep arbeidsrecht van de Universiteit van Amsterdam. Zonder hun inzet was dit verslag nooit tot stand gekomen. Wij vonden de bijeenkomst bijzonder geslaagd en menen dat we met dit verslag nuttig leesvoer aanreiken dat behulpzaam kan zijn op het doornige pad dat de WWZ – zeker de eerste tijd na invoering – zal zijn.

De indeling van het verslag volgt het programma van de bijeenkomst. De discussie met de zaal is soms pas aangevangen nadat alle stellingen uit een sessie waren besproken door de inleider en de referent. Omwille van de leesbaarheid van het verslag is de discussie met de zaal steeds direct na de inleiding van een stelling en de reflectie daarop weergegeven.

Wij wensen u veel leesplezier.

***Bart de Vroe***

***Voorzitter Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Amsterdam (VAAA)***

# Opening voorzitter

Bart de Vroe heet iedereen van harte welkom. Er zijn meerdere rechters bereid gevonden om deel te nemen aan de discussie. Zij spreken op persoonlijke titel en het is niet de bedoeling dat zij later worden gequoteerd op uitspraken die zijn gedaan. Iedereen moet vrijuit kunnen spreken en deelnemen aan het debat.

In 1999 verscheen het boek van Verhulp over de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Het boek was een hulpmiddel om de wet door te akkeren. Voor de WWZ bestaat een dergelijke handleiding nog niet. Tijdens de bijeenkomst worden de pijnpunten van de WWZ benoemd. Door met elkaar in debat te gaan en elkaar aan te sporen om prikkelende stellingen in te nemen kan mogelijk een stukje onduidelijkheid omtrent de WWZ worden weggenomen.

## Aftrap door de moderatoren

Evert Verhulp en Willem Bouwens zijn de moderators van de dag. Zij zullen de sessies begeleiden. Ook door Verhulp is benadrukt dat iedereen vrij moet kunnen spreken. Dit geldt in het bijzonder voor de aanwezige rechters. Daarom zijn in dit verslag geen namen van rechters uit de zaal opgenomen, maar wordt slechts verwezen naar 'een rechter'. Zo wordt voorkomen dat zij later in de rechtszaal met uitspraken worden geconfronteerd.

De opzet van de sessies is als volgt: er is een inleider die stellingen bespreekt en vervolgens zal een rechter reflecteren. Na deze reflectie volgt discussie met de zaal. Verhulp heeft erop gewezen dat reparaties op de wetgeving al zijn aangekondigd. Het blijft daarom voorlopig van belang om goed na te denken over de WWZ en de bedoeling van de wetgever. De tekst van de wet zoals die op dit moment voorligt stemt nog niet op alle punten overeen met die bedoelingen van de wetgever. Toch mag de praktijk op 1 juli beginnen met de WWZ.



# Procesreglement WWZ

De eerste stellingen zien op het procesrecht onder de WWZ. De stellingen worden ingeleid door Inge de Laat. Als rechter reflecteert Monetta Ulrici.

## Stelling 1:

***Het reguliere bewijsrecht moet ook in ontbindingszaken worden toegepast nu de ontbindingsprocedure niet meer gericht is op snelheid door de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie.***

### *Inleiding door Inge de Laat*

Inge de Laat gaat in op het procesreglement. Dat reglement is er op dit moment nog niet. De stellingen zien op het procesrechtelijk element van de WWZ. Met de WWZ gaat het procesrecht op een aantal belangrijke punten veranderen. Als een belangrijke wijziging wordt gezien dat artikel 7:686a BW regelt dat alle mogelijke vorderingen die bij het einde van de arbeidsovereenkomst of het herstel daarvan kunnen worden ingediend met een verzoekschrift worden ingeleid. De bedoeling van de wetgever is om samenhangende geschillen tegelijkertijd aan de kantonrechter voor te leggen om op die manier tijd en kosten te besparen. Het blijft echter mogelijk om de ‘verband houdende andere vorderingen’ met een dagvaarding in te leiden. De vraag die hierbij al is gesteld is of voor al deze vorderingen dan ook het beperkte bewijsrecht zoals dat meestal wordt toegepast in verzoekschriftprocedures, te weten met een beroep op de laatste zinsnede van artikel 284 lid 1 Rv, geldt.

In dat artikel staat dat het reguliere bewijsrecht van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. In het arbeidsrecht verzet de aard van de zaak zich daar tot nu toe in ontbindingszaken bijna altijd tegen. Uit de kamerstukken volgt dat de minister van oordeel is dat alleen maar in bijzondere omstandigheden het reguliere bewijsrecht van toepassing zou moeten zijn. Een rechter kan een aan hem in een verzoekschrift voorgelegd aanverwant geschil kwalificeren als een voornoemde bijzondere omstandigheid waardoor alle bewijsrechtelijke mogelijkheden hem ten dienste staan.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 36 e.v.*

Dit lijkt De Laat de omgekeerde wereld. Uitgangspunt moet zijn dat het reguliere bewijsrecht altijd van toepassing is tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. De Laat verwijst naar het artikel van Van der Kraats hierover in het WWZ-themanummer van *ArbeidsRecht*.<sup>2</sup>

Daarbij zou het reguliere bewijsrecht niet alleen in aanverwante geschillen maar ook in alle arbeidsrechtelijke zaken van toepassing moeten zijn. De Laat kan zich dan ook niet voorstellen dat bijvoorbeeld in verzoekschriftprocedures waarin ontbinding wordt gevraagd op de e- of g-grond, het reguliere bewijsrecht niet zal worden toegepast. De reden dat nu het bewijsrecht niet wordt toegepast is vanwege de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure. Het is maar de vraag of dat argument van toepassing blijft nu hoger beroep en cassatie ook mogelijk wordt. Je krijgt straks niet meer zo snel een oordeel, zoals dat nu wel het geval is.

Gebreken in ontslagdossiers kunnen niet meer worden gecompenseerd door een hogere vergoeding. Juist om die reden moet er dus een zorgvuldige afweging worden gemaakt of er ontbinding moet worden toegewezen. Toepassing van het reguliere bewijsrecht zal waarschijnlijk ook het aantal hoger beroepzaken verminderen omdat partijen het gevoel hebben dat er serieus naar hun zaak is gekeken. Zorgvuldigheid in eerste aanleg zal het aantal hoger beroepen verminderen. Partijen zullen in ontbindingszaken liever een goede en zorgvuldige beslissing dan een snelle beslissing willen krijgen, nu de vergoeding niet meer echt variabel is.

### ***Reflectie door Monetta Ulrici***

Ulrici reageert op de stelling. 83 % van de aanwezigen was het met een soortgelijke stelling eens op de landelijke dag die is gehouden op 23 april 2015. De stelling luidde: fietsen we het bewijsrecht het nieuwe art. 7:671b BW in? Het blijft een procedure waar je op hele korte termijn een beslissing moet geven. Soms alleen over een deel van het geschil. Dan blijft de procedure toch naar zijn aard van korte duur. Het heeft ook lang niet altijd zin om het volle bewijsrecht van toepassing te laten zijn. Althans, op het moment dat er bewijs wordt aangeboden mag de rechter geen inschatting maken over de aard van het bewijs, de mogelijkheid van het leveren van

---

<sup>2</sup> K.G.F. van der Kraats, 'Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het kader van de WWZ', *Arbeidsrecht* 2014/59.



het bewijs, de waarde, enzovoort. De rechter moet het hele 'trapje' af en pas dan mag het bewijs gewaardeerd worden. Het is daarom voor te stellen dat het in veel ontbindingszaken niet noodzakelijk is om het bewijsrecht toe te passen. Als er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie bijvoorbeeld.

Het is volgens Ulrici precies zoals De Laat zegt, het reguliere bewijsrecht is van toepassing, tenzij. Maar de 'tenzij' heeft niet alleen een juridisch inhoudelijke kant, maar ook een praktische kant. Ulrici verbaast zich dat er vandaag zoveel advocaten de mogelijkheid hebben om in de zaal te zitten. Er worden altijd zoveel verhinderdata opgegeven, dat er bijna geen zittingen meer gepland kunnen worden. In Amsterdam zijn er twee mensen fulltime bezig om verhinderdata te verzamelen en zittingen te plannen. Dat het moeilijk is om zittingen te plannen ligt niet aan de kantonrechters. Zij hebben iedere dag drie keer een kort geding 's ochtends en drie keer 's middags. Er zijn elke dag ontbindingsprocedures. Daarnaast zijn er rechterplaatsvervangers. Toch ziet Ulrici gevallen waarin de advocaat een brief schrijft: "ik zou kunnen op 6 juli". Daar kan de rechtbank gewoon geen rekening mee houden.

Het nieuwe procesreglement is er bijna. Het reglement moet binnen de rechterlijke macht langs veel personen. Er zijn veel rechtbanken met allemaal een eigen handelwijze. Dit moet straks allemaal gestroomlijnd worden. Daarom heeft de totstandkoming van het reglement tijd nodig. De hoop is dat het reglement er voor 1 juli is.

In de 'Amsterdamse variant' van het procesreglement zal worden opgenomen dat advocaten maximaal 10 werkdagen als verhinderdata mogen opgeven in een periode van twee maanden. In de vakantieperiode zal dit iets minder strak gehanteerd worden.

### ***Discussie met de zaal***

Verhulp vraagt of er een landelijke regeling komt. Een rechter geeft aan dat er wel een landelijke regeling komt maar dat iedere rechtbank zijn bijzonderheden lokaal mag invullen. Dat ligt ook aan de verschillen tussen de Amsterdamse balie en bijvoorbeeld de Groningse balie.



Charbon geeft aan dat je je niet moet laten hinderen door kennis uit het verleden. Dus we moeten af van het idee dat de ontbindingsprocedure gericht is op snelheid, anders loop je vast in gedachten die niet meer passend zijn. Charbon deelt een recente ervaring. De werkgever had ontbinding verzocht op grond van een dringende reden en de rechter besloot dat er getuigen gehoord moesten worden. In het voorbeeld werd het ontbindingsverzoek ingediend in september en had de werkgever uiteindelijk in april ontbinding. Het ging om een vrouw die van fraude beschuldigd was, en dat werd uiteindelijk ook bewezen. Deze vrouw heeft van september tot en met maart met behoud van salaris thuis gezeten. Dat is onbevredigend. Charbon kan daarom niet af van de oude gedachte dat de ontbindingsprocedure gericht blijft op snelheid.

Zij wijst op een verhaal dat zij heeft gehoord waarin de kantonrechter een half uur had geschorst om vervolgens te regelen dat er een week later getuigen waren. Dat is denkbaar. Dan geef je het leveren van bewijs op een hele andere manier vorm dan nu. Charbon vraagt of daar gedachten over zijn?

Een rechter geeft aan dat het horen van getuigen ook met de agenda in de hand op de zitting geregeld moet kunnen worden. Een comparitie in een huurzaak waarbij er gebreken zijn aan de woning wordt ook wel in de ochtend gepland zodat op de zitting geregeld kan worden dat iedereen in de middag bij de woning is. De rechter ziet daar geen belemmering.

Volgens Charbon moet de kantonrechter dan af van het idee dat er eerst een beschikking wordt gegeven waarin de bewijsopdracht staat. Een rechter stelt dat de kantonrechter mondeling ter zitting een bewijsopdracht kan geven. Charbon is het niet geheel eens met de gedachte dat de ontbindingsprocedure niet meer gericht is op snelheid. Je moet er met zijn allen voor zorgen dat er geen half jaar nodig is om alles voor elkaar te krijgen.

Volgens een rechter is elke zaak anders. Soms kun je zeggen dat degenen die als informant zijn meegekomen nog even buiten moeten blijven zitten, zodat zij vervolgens onder ede gehoord kunnen worden. Dan doe je dat in de zitting zelf. Maar er zijn ook zaken waarin er veel op het spel staat, waarin getuigen moeten worden gehoord. Bijvoorbeeld wanneer de werknemer lang in dienst is en veel verdient en er dus veel belang is. Stel dat in zo'n zaak ongewenste intimiteiten worden verweten. Dan wil je zeker weten: "heeft hij in die billen geknepen of niet." Dan moeten daarvoor getuigen worden gehoord. Ook in contra-enquête. Stel dat er ook nog eens getuigen uit Amerika moeten komen, dan is er een lang tijdsverloop. Met dat tijdsverloop kun je misschien nog rekening houden, bijvoorbeeld bij de



ontbindingsdatum en bij de termijn waarop de beschikking wordt gegeven. Je kunt met de opzegtermijn nog wat doen. Charbon merkt op dat je met dat tijdsverloop niet meer zoveel kunt doen. De transitievergoeding staat vast. Het punt is dat in het voorbeeld al zes maanden zijn verstreken. Volgens Verhulp geldt dat de gedachte dat de ontbindingsprocedure leidt tot ontbinding op korte termijn is verlaten door de wetgever. Verhulp is het eens met de stelling dat ook de oude gedachten verlaten moet worden. De WWZ is echt anders.

Bouwens vraagt of we het antwoord niet gewoon in de wet vinden in art. 284 Rv. Bewijslevering, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dus als er een spoedeisende zaak is, dan is het bewijsrecht niet van toepassing. Volgens Verhulp is het de vraag of je nog heel veel uit de aard spoedeisende zaken kunt bedenken in het ontslagrecht. Wat is nu precies spoedeisend aan het betalen van zes maanden salaris? Volgens Bouwens is dat wel een kwestie. Het gaat erom of je de kantonrechter ervan kunt overtuigen dat het een spoedeisende zaak is.

Meijer vindt dat in het voorbeeld van Charbon sneller kan worden besloten om over te gaan tot ontslag op staande voet. Dan wordt de zaak omgedraaid en hoeft voorlopig geen salaris te worden betaald. Volgens Verhulp kan ook overwogen worden om geen salaris door te betalen met als reden dat de schorsing aan de werknemer te wijten is. Dat standpunt heeft de regering ingenomen, ondanks dat de Hoge Raad dit niet vindt. Maar je zou het kunnen proberen.

Van Hulst vraagt of het procesreglement iets gaat vermelden over het direct meenemen van getuigen naar de zitting, en of die dan gehoord kunnen worden? Een rechter antwoordt dat het concept daar niks over vermeldt. Als je getuigen meeneemt, dan moeten ze van te voren zijn aangekondigd. Er is altijd recht op een contra-enquête. Er is daarom voorzichtigheid geboden. Het is van belang om te bezien of het zinvol is om getuigen op dat moment al mee te nemen. Er is weinig tijd tussen het indienen van het verzoekschrift en de zitting. Het punt van Van Hulst is waarschijnlijk te specifiek voor het procesreglement.

Klazinga vraagt of er een termijn komt voor het verweerschrift in het procesreglement. Bijvoorbeeld een week voor de zitting. Een rechter antwoordt dat daar een voorstel voor is gedaan. Dat voorstel is geënt op het programma 'kwaliteit en innovatie rechtspraak' - KEI -, dat wordt uitgewerkt in wetgeving. De rechter is bezorgd over de voorgenomen KEI-wetgeving. De overheid heeft natuurlijk niet een best

trackrecord op ICT-gebied. Er zal een termijn komen waarbij het verweerschrift tien werkdagen voor de zitting moet zijn ingediend. Als het daarna binnen komt dan zou de kantonrechter met het verweerschrift kunnen doen wat hij geraden acht. Dit zijn nog voorzichtige uitspraken. Er is in de zaal discussie of het gaat om werkdagen of kalenderdagen. Als het procesreglement er komt, wordt dat nog op een later moment geëvalueerd.

Verhulp vraagt of dit moet worden opgevat als 'vrij schieten'. Uitproberen en dan zien wat er gebeurt. Volgens de rechter hoeft er maar één of twee keer een beslissing te worden genomen waarbij een verweerschrift buiten beschouwing wordt gelaten. Dan zal de advocatuur het niet nog een keer proberen.

Bonsen vraagt of het verstandig is om als eis in het verzoekschrift op te nemen dat de termijn zo kort is. Het probleem is dat werknemers vaak pas heel laat met het verzoekschrift bij de advocaat komen. Een rechter geeft aan dat er in Amsterdam 32 brieven zijn aangepast die uitgaan in arbeidszaken. Dit soort punten komen in deze brieven aan de orde. Als het verzoekschrift is ontvangen wordt er meteen gestempeld. Dat is van belang voor de ontbindingstermijn. Naar de verweerder gaat er een brief waarin een termijn wordt gegeven om middels het verweerschrift te reageren.

Zeeuwen merkt op dat in de wet staat dat het verzoekschrift vier weken na indienen in behandeling moet worden genomen. Er is discussie over of ook al binnen vier weken de mondelinge behandeling moet plaatsvinden. Uit de opmerking van een rechter dat partijen tien verhinderdata op mogen geven voor de komende twee maanden leidt hij af dat er dus niet binnen vier weken een mondelinge behandeling plaats zal vinden. Klopt dat? Een rechter antwoordt dat dit punt landelijk niet helemaal gelijk is. In Amsterdam is het niet haalbaar om binnen vier weken de mondelinge behandeling te hebben. Er wordt wel gezegd dat binnen vier weken de eerste handeling moet zijn verricht. Dat is in Amsterdam binnen twee dagen, want er wordt een bevestiging gestuurd en alle trajecten gaan lopen. Behandeling binnen vier weken is wel het streven, maar mede gelet op de vele verhinderdata van de gemachtigden is dit vaak niet mogelijk.

Er reageren verschillende rechters uit de zaal. In Rotterdam vindt de behandeling plaats binnen ongeveer zes weken. Bij de locatie Zaanstad (Noord-Holland) wordt de termijn van vier weken wel gehaald.



## Stelling 2:

***Na ontslag op staande voet kunnen alleen nog maar bij verzoekschrift voorlopige voorzieningen worden gevraagd en heeft een zelfstandig kort geding geen zin.***

### *Inleiding door Inge de Laat*

De tweede stelling heeft betrekking op het ontslag op staande voet. Onder de WWZ bestaat de vernietiging van de opzegging buiten rechte niet meer. De werknemer kan de opzegging dus niet meer buitengerechtelijk vernietigen. Dit betekent dat de werknemer die de opzegging vernietigd wil krijgen altijd de kantonrechter op grond van 7:681 BW daarom moet verzoeken. De termijn daarvan is twee maanden en stuiting is niet mogelijk aangezien het een vervaltermijn betreft. Verder kan de werknemer loondoorbetaling en wedertewerkstelling vorderen. Door het afschaffen van de buitengerechtelijke vernietiging kan de werknemer zich in een kort geding tot loondoorbetaling en wedertewerkstelling niet op het standpunt stellen dat het ontslag al buitengerechtelijk is vernietigd. Dat kan immers niet meer. De arbeidsovereenkomst is dan ook door het ontslag rechtsgeldig tot een einde gekomen. Een zelfstandig kort geding aanhangig maken heeft dan ook geen zin omdat er geen grondslag voor is. Een dergelijke vordering kan alleen ingesteld als voorlopige voorziening in een aanhangig gemaakte verzoekschriftprocedure. In dat kader komt het mooi uit dat de Hoge Raad in zijn arrest van 5 december 2014<sup>3</sup> heeft beslist dat ook in een verzoekschriftprocedure een voorlopige voorziening ex artikel 223 Rv kan worden ingediend. Eenzelfde redenering gaat overigens op voor het verzoekschrift voor zover vereist maar daar ziet mijn stelling niet op.

### *Reflectie door Monetta Ulrici*

Ulrici denkt dat een kort geding waarin loon en wedertewerkstelling worden gevorderd nog zin heeft. Op dit moment is het nog zo dat partijen bij de rechtbank Amsterdam gevraagd worden of zij het eens zijn met een gecombineerde behandeling. Vindt één van de partijen dat niet goed, dan wordt er niet gecombineerd behandeld. Straks neemt de kantonrechter de beslissing over het gecombineerd behandelen.

---

<sup>3</sup> HR 5 december 2014, NJB 2014/2277, zie ook TRA 2015/27, m. nt. O. van der Kind.

De combinatie is dan de ontbinding ex. art. 7:685 BW en het kort geding. Dat wordt dus straks art. 7:671b BW, voor zover vereist, en de vernietiging. Dus dat worden drie stappen. Vernietiging van het ontslag op staande voet, de ontbinding voor zover vereist en het kort geding tot loondoorbetaling en wedertewerkstelling.

Dit zit complex in elkaar. Dit geldt ook voor de kop van de beschikking. Dit punt wil de rechterlijke macht landelijk gelijk trekken. De rechterlijke macht is afhankelijk van de praktijk. Als de advocaat een kort geding start, dan blijft het kort geding bestaan. De rechter zal niet zeggen dat men niet-ontvankelijk is of iets dergelijks. Maar de verwachting is dat er meer provisionele vorderingen zullen komen. Dit gebeurt het afgelopen half jaar al iets vaker in de praktijk.

### ***Discussie met de zaal***

Verhulp vraagt Ulrici of hij goed heeft gehoord dat de voorwaardelijke ontbinding nog kan volgens de kantonrechter. Ulrici bevestigt maar geeft ook aan dat de stelling daar niet op ziet. Er zitten wel een paar problemen aan de voorwaardelijke ontbinding. Daarover is een heel goed artikel verschenen van Bouwens en Bij de Vaate in ARBAC.<sup>4</sup> Het is een lastige materie omdat onduidelijk is wat voorwaardelijk wordt ontbonden. Het wordt een beetje een ratjetoe maar Ulrici ziet nog steeds wel een noodzaak voor voorwaardelijke ontbinding. Juist omdat het allemaal lang gaat duren. Verhulp vraagt of de discussie op dit punt bij deze is afgerond. Dat is volgens Ulrici nog niet het geval. Er lijkt ook tussen rechters nog een verschil in mening te bestaan.

Charbon refereert aan de uitspraken dat er een soort van puzzel van procedures is ontstaan. De rechtbank beslist of procedures gecombineerd worden en daar moet dan ook de planning van de griffie op ingericht worden. Soms wordt er voor een procedure die is gestart te weinig tijd ingepland. Volgens een rechter is er nu vaak geen gecombineerde behandeling mogelijk omdat er drie kort gedingen op een ochtend zijn. Dit wordt anders. Charbon vraagt naar de optimale combinatie in zo'n zaak.

---

<sup>4</sup> W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', ARBAC 2015, april.



De Laet refereert aan haar stelling dat een losstaand kort geding niet meer kan, want de arbeidsovereenkomst is geëindigd en er bestaat dus geen grond meer. Dit leidt ertoe dat je in je verzoekschrift een voorlopige voorziening zou moeten vragen tot loondoorbetaling en wedertewerkstelling. Je vraagt daarbij aan de kantonrechter om daar eerder over te oordelen.

Een rechter denkt dat het feit dat je niet meer buitengerechtelijk kan vernietigen niet aan een kort geding tot loondoorbetaling en wedertewerkstelling in de weg staat. Want er zijn twee gronden: de ordemaatregelen en aannemelijkheid van de bodemprocedure. Je kan nu ook een voorwaardelijke ontbinding vragen terwijl er nog geen buitengerechtelijke vernietiging van het ontslag op staande voet heeft plaatsgevonden. Of een kort geding efficiënt is, is nog onduidelijk. De rechter verwacht dat de werknemer een verzoekschrift in zal dienen tot vernietiging van het ontslag op staande voet met provisioneel een vordering tot loondoorbetaling en wedertewerkstelling. Maar zekerheidshalve kan separaat een kort geding worden gestart.

Van der Kind is het eens met de rechter. Hij is van mening dat er weinig verandert. Het maakt niet veel uit of een rechter in kort geding vooruit moet lopen op de bodemprocedure waarbij de vordering is of de rechter voor recht wil verklaren dat het ontslag op staande voet buitengerechtelijk is vernietigd of dat de rechter in het kort geding vooruit moet lopen op het verzoek dat de opzegging wordt vernietigd. Het gaat erom of er een hoge mate van waarschijnlijkheid is dat de vordering in de bodemprocedure zal worden toegewezen. Er is een spoedeisend belang want na een ontslag op staande voet wil de werknemer loon ontvangen en wedertewerkstelling. Een zelfstandig kort geding heeft wel degelijk zin, ook als je ervan uitgaat dat een provisioneel verzoek op grond van art. 223 Rv mogelijk is. Een kort geding heb je als het meezit binnen twee weken. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een provisioneel verzoek zelfstandig kan zijn. Als het samen gaat met een bodemverzoek moet de rechter oordelen of het verzoek voorrang heeft. Daar heb je zelf een rol in. Je moet ook duidelijk maken dat er sprake is van een provisioneel verzoek. De behandeling zal nooit eerder plaatsvinden dan na twee á vier weken.

Een rechter geeft aan dat je in Amsterdam niet binnen twee maar binnen vier weken een datum krijgt voor een kort geding. De rechter is het ermee eens dat het bij het indienen van een provisionele vordering van belang is om dit duidelijk aan te geven, anders valt het misschien niet op bij de griffie.

In Amsterdam is het voorstel dat in het begin alle verzoekschriften die zien op WWZ-zaken direct naar de kantonrechter gaan.

Volgens De Laat moet de werknemer dan twee procedures starten. In de huidige praktijk komt het vaak niet meer op de bodemprocedure aan. Volgens Van der Kind heeft dit te maken met het feit dat de termijnen straks erg kort zijn. Er is ruimte voor het indienen van een provisioneel verzoek. Dat kan misschien als dat voor de werknemer financieel mogelijk is. In de meeste gevallen wil de werknemer vrij snel loondoorbetaling.

### **Stelling 3:**

***Splitsen ex art. 7:686a lid 10 BW is noodzakelijk om onevenredige vertraging te voorkomen.***

#### ***Inleiding door Inge de Laat***

De laatste stelling ziet op een heel nieuw onderwerp in het nieuwe arbeidsprocesrecht, namelijk het splitsen. Dit is geregeld in art. 7:686a lid 10 BW. De kans is groot dat op een verzoek van de werkgever tot ontbinding wordt gereageerd met een tegenverzoek van de werknemer om de werkgever te veroordelen om de transitievergoeding geheel uit te betalen en ook niet opgenomen vakantiedagen in de vorm van een uitkering te eisen. Ook kunnen tegenover een verzoek van de werknemer tot vernietiging op grond van art. 7:681 BW of tot herstel op grond van art. 7:682 BW, door de werkgever verzoeken worden ingediend. Gedacht kan worden aan een (tegen)verzoek van de werkgever tot verklaring voor recht dat de transitievergoeding niet verschuldigd is vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze kwesties lenen zich, in tegenstelling tot voor 1 juli 2015 (toen ontbinding en vergoeding in één beschikking samenvielen) veel meer voor opsplitsing, terwijl ook de noodzaak van bewijsvoering daartoe zou kunnen leiden.



### ***Reflectie door Monetta Ulrici***

Splitsen heeft inhoudelijk allerlei voordelen. Je krijgt een langzame en een snelle stroom. Praktisch, met name in het kader van het hoger beroep, zijn er echter een paar grote problemen. Als de rechter formeel gaat splitsen, dan zouden er door een beslissing van de kantonrechter twee procedures ontstaan. Wanneer er twee procedures ontstaan, dan hangt daar twee keer griffierecht aan. Dit vinden de kantonrechters een lastig punt.

Een tweede probleem van formeel splitsen is dat zaken die bij elkaar horen verschillende hoger beroepstrajecten doorgaan. Het hof vindt het problematisch als de procedures uit elkaar gaan lopen en je daarmee verschillende beroepstermijnen krijgt. Een deel van de zaak ligt dan mogelijk al bij het hof, terwijl het andere gedeelte nog bij de kantonrechter ligt. Vanuit het hof kreeg de rechtbank aangereikt dat het wellicht niet handig is om te splitsen.

De kantonrechters hebben overwogen of het een mogelijkheid is om deelbeslissingen te nemen. Maar een deelbeslissing die een eindbeslissing is geeft al problemen in het kader van hoger beroep. De kantonrechters zijn er nog niet over uit. Ook hier geldt: wat krijgen de kantonrechters aangereikt? Op voorhand is niet te zeggen wat het uitgangspunt zal zijn met betrekking tot splitsen, maar voorlopig geldt dat bij voorkeur liever niet gesplitst wordt, tenzij.

### ***Discussie met de zaal***

Verhulp merkt op dat dit ertoe leidt dat wanneer je een verzoek van de werkgever tot ontbinding krijgt, de werknemer er belang bij heeft om ruis te veroorzaken. Daarom zou je eigenlijk moeten splitsen om die vertragingstactiek te voorkomen. Verhulp heeft van een rechter begrepen dat kantonrechters in dat geval wel zullen splitsen, maar bijvoorbeeld vakantiedagen vorderen kan in dit kader nooit kwaad. Een rechter geeft aan wat nu de gang van zaken is: eis, antwoord, comparitie, vonnis. Dat gaat heel snel. Als het om een paar vakantiedagen gaat, dan ben je nog steeds heel snel klaar. Dan is het niet handig om te splitsen. Wanneer het erg complex wordt, bijvoorbeeld met verschillende getuigenbewijzen, reconventies en aanverwante vorderingen, dan kan splitsen wel zinvol zijn. Maar het uitgangspunt blijft om in beginsel niet te splitsen. Zeker omdat splitsen gelet op het griffiegeld kostbaar is. Maar de rechter merkt op: zand in de machine heeft geen zin.



# Toetsing van de opzeggingsgronden

De stellingen zien op de toetsing van de opzeggingsgronden. De stellingen worden ingeleid door Dirk van Genderen. Als rechter reflecteert Marianne Ruizeveld.

## Stelling 1:

***De rechter mag niet afwijken van hetgeen is bepaald in de Ontslagregeling en andere ministeriële regelingen.***

### *Inleiding door Dirk van Genderen*

Rechtszekerheid! Op 1 juli 2015 is het dan eindelijk zover!

Wij zullen niet langer overgeleverd zijn aan de onvoorspelbare wijze waarop een rechter toepassing geeft aan open normen zoals de redelijkheid en billijkheid, maar weten ons verzekerd van een eenvoudige toepassing door de rechter van “zo concreet mogelijke normen” in de wet en de lagere regelgeving, ontleend aan de “regels die hiervoor eerder werden opgesteld in het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.” De rust van de voorspelbaarheid van de uitslag van een procedure, die de advocatuur al jaren zo waardeert als wordt geprocedeerd ten overstaan van het UWV...

De eerste stelling richt zich, gegeven het onderwerp ‘toetsing van de opzeggingsgronden’, met name op de toepassing van de recent openbaar gemaakte Ontslagregeling en de daarin gegeven regels voor de toetsing van de redelijke grond, de herplaatsing van de werknemer, de redelijke termijn voor herplaatsing en de ontslagvolgorde.

Te verwachten is dat ook de rechter na 1 juli a.s. met regelmaat gevraagd wordt te oordelen over de opzeggingsgronden a en b, met name indien werkgever of werknemer zich niet wil neerleggen bij een eerder oordeel van het UWV.

De normen met betrekking tot de herplaatsing en de redelijke termijn gelden ook voor (bijna) alle andere ontslaggronden.

De rechter kan bij zijn oordeelsvorming niet langer volstaan met het toekennen van reflexwerking aan de normen die het UWV moet toepassen.



De regering heeft bij herhaling benadrukt dat de rechter gehouden is bij de beoordeling van de redelijkheid van een ontslag de criteria uit artikel 7:669 BW toe te passen “en de nadere invulling daarvan in onderliggende ministeriële regelingen.” De rechter zal die normen moeten gaan toepassen zoals ook het UWV dat moet doen. In de woorden van Duk: ‘de rechter wordt een bureaucraat.’<sup>5</sup>

Die rechter zal zich strikt moeten houden aan bijvoorbeeld de volgende bepalingen uit de Ontslagregeling:

- Artikel 2: de beslissende waarde van een vakbondsverklaring met betrekking tot het aantal noodzakelijke ontslagen;
- Artikel 10: de bepaling dat de redelijke termijn waarbinnen herplaatsing mogelijk moet zijn gelijk is aan de opzegtermijn. Die opzegtermijn is in 90% van de gevallen, na aftrek van de procedure, niet langer dan 1 maand.<sup>6</sup> Herplaatsing kan dus geen issue meer zijn als voor herplaatsing iets meer tijd (bijvoorbeeld voor scholing) nodig is.
- Artikel 6: de beslissende waarde van een Verklaring Arbeidsrelatie als het gaat om de mogelijkheid van uitbesteding van werk aan zelfstandigen (nog afgezien van de korte levensduur die die verklaring nog beschoren is). Op grond van deze regeling geldt: geen VAR, dan ook geen beëindiging.

Wij zijn nog in afwachting van de aangekondigde ‘Uitvoeringsregels UWV’, waarin onder meer zal worden bepaald aan welke eisen een volledig dossier (bijvoorbeeld m.b.t. de financiële gegevens) moet voldoen bij een verzoek op de a-grond, wil de aanvraag kunnen worden behandeld. Ook dat is een onderliggende ministeriële regeling als door de regering bedoeld, ook die instructies zal de rechter in het vervolg dus moeten opvolgen.

De Ontslagregeling is gebaseerd op het Ontslagbesluit en de Beleidsregels. De algemene toetsingsmaatstaf (artikel 3:1) komt echter niet meer terug. Dat artikel luidde als volgt: “Het UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is” en “neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de werkgever en werknemer.”

---

<sup>5</sup> R.A.A. Duk, ‘Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat’, TRA 2014/26.

<sup>6</sup> Op grond van de toelichting bij de Ontslagregeling wordt de proceduredtijd niet afgetrokken van de redelijke termijn.

De gevolgen van een ontslag zijn dan ook niet langer relevant voor de beslissing. Dat lijkt ook de reden dat een slechte arbeidsmarktpositie van een werknemer niet langer wordt genoemd als mogelijke grond om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel.

De gevolgen van het ontslag mogen evenmin worden meegenomen onder de noemer van de redelijkheid en billijkheid. Voor zover de toetsing in het verleden niet alleen zag op het ontslag als zodanig, maar ook op de gevolgen, is dat volgens de regering niet langer nodig omdat die gevolgen 'volledig' gecompenseerd worden door de transitievergoeding die de werkgever (in de regel) verschuldigd is.<sup>7</sup>

### ***Reflectie door Marianne Ruizeveld***

Op grond van de parlementaire geschiedenis moet de kantonrechter zich bij de toetsing van de ontslaggronden niet alleen houden aan art. 7:669 BW maar ook aan de ministeriële regelingen zoals de Ontslagregeling. De Koninklijke besluiten over de transitievergoeding vallen daar naar de opvatting van Ruizeveld ook onder. Moet de rechter zich nu ook letterlijk gebonden achten aan die regelingen?

Zoals Duk ook aangaf staan art. 7:669 BW en de ministeriële regelingen vol met vage criteria onder hoge frequentie. In de regeling zelf wordt gesproken over bijvoorbeeld 'noodzakelijk'. Er zijn vage normen die verschillend geïnterpreteerd kunnen worden. Daar bestaat nog vrijheid. Dat is de interne afwijking.

Interessant is de vraag of je ook extern kan afwijken. Ruizeveld wijst op het reeds genoemde art. 2 van de Ontslagregeling. Een vakbond kan een verklaring afgeven dat het aantal ontslagen in overeenstemming is met de noodzaak van de reorganisatie. Ruizeveld heeft grote moeite om er altijd vanuit te gaan dat dit klopt. Als zij bijvoorbeeld niet helemaal overtuigd is van de slechte financiële situatie, of dat zij er niet van overtuigd is dat het gaat om een goede vakbond, dan kan de werknemer gemotiveerd het aantal noodzakelijke ontslagen aan de orde stellen. Dan moet daar een goed onderbouwd verweer van de werkgever op volgen.

De herplaatsing was een heel belangrijk onderdeel uit de WWZ. Je gaat van werk naar werk. De werkgever moet voldoen aan zijn herplaatsingsverplichting. Waar die verplichting op grond van het Ontslagbesluit 26 weken was, is die nu gelijk

---

<sup>7</sup> *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 43-45.*



gesteld aan de opzegtermijn. Zijn de vakbonden hier onoplettend geweest? Voor heel veel werknemers geldt een opzegtermijn van één maand. Deze korte herplaatsingstermijn is niet zonder meer acceptabel. De werknemer moet wel met een goed onderbouwd verhaal komen. Hij kan wijzen op een vacature waarvoor hij geschikt is en waar hij herplaatst zou kunnen worden. Stel dat herplaatsing ongeveer drie maanden zal kosten en de werknemer ook nog een cursus zou moeten volgen. Dan moet de mogelijkheid voor de rechter bestaan om de werknemer de kans te geven om de herplaatsing te effectueren. Dit zijn twee punten waarbij Ruizeveld moeite heeft om altijd strikt de Ontslagregeling toe te passen.

De slechte arbeidsmarktpositie in het kader van het afspiegelingsbeginsel is inderdaad niet in de Ontslagregeling terug gekomen. Dat heeft te maken met het feit dat bij toetsing van de ontslaggronden de gevolgen in het concrete geval er niet toe doen. Wettelijk bestaat er wel een uitzondering voor mensen met een arbeidsbeperking. Die komen niet zonder meer voor ontslag in aanmerking. In de praktijk werd er in de afgelopen crisisjaren al niet heel veel gescoord op de slechte arbeidsmarktpositie. Die gold namelijk voor veel mensen.

De grootste moeite heeft Ruizeveld ermee dat de redelijkheid en billijkheid helemaal uit de ontslagprocedure is gehaald. De gevolgen voor de werknemer, hoe ernstig ook, doen er niet meer zo toe. Het is te theoretisch om aan de rechter te vragen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, terwijl er helemaal geen rekening gegeven kan worden van de gevolgen. Er zal geen rechterlijke ongehoorzaamheid volgen maar er zal wel iets van een wisselwerking ontstaan.

Er zal worden nagedacht over de gevolgen van het ontslag en dat zal mogelijk toch iets van invloed zijn op het aanwezig achten van de rechtsgrond. Feitelijk geldt dat je bij het bestaan van een rechtsgrond moet ontbinden. Maar er wordt bij veel rechters toch nog wat wisselwerking verwacht.

### ***Discussie met de zaal***

Bouwens merkt op dat er hier misschien sprake is van een rekbare interpretatie die wordt voorgesteld met betrekking tot begrippen zoals de redelijke termijn en verval van arbeidsplaatsen en in het kader van het betrekken van de gevolgen bij de vraag of er zich een opzeggingsgrond voordoet. Hij vraagt of er een rechter wil reageren. Is deze bereidheid breder aanwezig in de rechterlijke macht?

Een rechter merkt op dat zij die bereidheid ook heeft. Een rechter wordt geacht het recht toe te passen. Er staat nergens dat dat strikt moet. Bovendien is ook het goed werkgeverschap in de wet verankerd en dat geeft de rechter de ruimte.

Swelheim merkt op dat opvalt dat in de Ontslagregeling alleen maar handen en voeten is gegeven aan de a-grond, maar niet aan de gronden b tot en met h. Dit terwijl de minister had opgemerkt dat de gronden b tot en met h niet anders zouden zijn dan de huidige regelgeving op grond van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ontslagtaak UWV. Het Ontslagbesluit is straks op 1 juli geen geldend recht meer en die beleidsregels ook niet. Het is onduidelijk hoe rechters straks toepassing moeten geven aan de b- tot en met h-grond.

## Stelling 2:

***De ruimte om ingeval van een incomplete opzeggingsgrond te ontbinden is niet groter dan een muizengat.***

### *Inleiding door Dirk van Genderen*

Dat de gevolgen van een beslissing van de rechter geen rol mogen spelen treft niet alleen werknemers, maar zeker ook de werkgevers die hun dossier niet volledig op orde hebben. Dat zal met name opgaan voor de MKB-werkgever.

Ook dan geldt immers dat de rechter geen enkele ruimte krijgt van de wetgever: als sprake is van een 'niet geheel voldragen dossier' is volgens de regering "evident dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet zal kunnen ontbinden. Daar is in dat geval immers geen grond voor."<sup>8</sup>

Het woord van het jaar wordt normaliter door Van Dale gekozen. In 2014 eigende Sagel zich dat recht toe en reikte hij namens TRA 'de hoofdprijs' uit aan 'het muizengaatje' als het woord van 2014.<sup>9</sup>

Hij had daarbij echter alleen het oog op het muizengaatje dat in de wets-geschiedenis uitgebreid in de schijnwerpers is gezet: de mogelijkheid een werknemer een additionele vergoeding bovenop de transitievergoeding toe te kennen.

---

<sup>8</sup> *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 86-87.*

<sup>9</sup> S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', TRA 2014/96.



Van eenzelfde omvang (en wellicht belangrijker) is een ander muizengaatje: de mogelijkheid om op te zeggen als een opzeggingsgrond niet compleet is. Wellicht is dat niet als muizengat herkend omdat de regering er in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp nog op wees dat de rechter enige ruimte had bij de beoordeling van de ontslaggronden c-h, omdat hij daarbij (citaat) “tevens de vraag kan betrekken of de werkgever een billijke vergoeding verschuldigd is vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, en zo ja, die direct kan toekennen.”<sup>10</sup>

De illusie dat een incomplete opzeggingsgrond te compenseren zou zijn met een billijke vergoeding werd tijdens de verdere parlementaire behandeling echter al snel weggenomen. Daarin was er maar één boodschap: alleen als één van de wettelijke redenen zich helemaal voordoet kan ontbonden worden. Zwart-wit, zonder een enkele grijstint.

Als de rechter constateert dat het hokje of het cocktailglas niet geheel vol is, moet dus in alle gevallen afwijzing volgen, al of niet met het advies de onderhandelingstafel op te zoeken.

Ook een ontbinding na een schikking op de gang is dan niet mogelijk, omdat in het systeem van de wetgever in het cocktailglas slechts één smaak is toegestaan en dus niet kan worden bijgevoerd met een financiële regeling.

### ***Reflectie door Marianne Ruizeveld***

Na het lezen of aanhoren van de oratie van Sagel zijn wij allen van mening dat als er geen complete opzeggingsgrond is, er niet kan worden ontbonden. Maar toch ga ik ervan uit dat op de zitting dit soort zaken langs komen. De vraag is wat Ruizeveld dan kan doen. Bijvoorbeeld als er geen volledige g-grond is. Stel dat de overtuiging ontstaat dat de werknemer diep ongelukkig wordt als de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Dan kan de rechter een poging doen om een oplossing te creëren. Dat is dan op basis van vrijwilligheid. Dwangschikkingen werken niet.

Er is wel een beetje ruimte voor sturing op het moment dat partijen vragen om richtlijnen voordat zij de gang op gaan. Dat is het moment voor de rechter om aan te geven dat er hobbels bestaan om tot een complete opzeggingsgrond te komen.

---

<sup>10</sup> *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 25-26.*

Als partijen eruit komen is Ruizeveld bereid om eventueel mee te werken door de afspraken in een ontbindingsbeschikking op te nemen. Er bestaat minder moeite met de incomplete opzeggingsgrond als partijen het erover eens zijn dat die grond er wel is. De medewerking wordt beperkt omdat de rechter met een aantal punten rekening moet houden. De rechter kan niet actief meewerken aan het omzeilen van de bedenktijd. Ook is de rechter gebonden aan de minimale opzegtermijn en kan niet worden meegewerkt aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst wanneer sprake is van een keihard opzegverbod. Dus wanneer er een zieke of zwangere werknemer is in combinatie met bedrijfseconomische redenen.

### ***Discussie met de zaal***

Swelheim wijst erop dat de g-grond inzake de verstoorde verhoudingen in algemene bewoordingen in art. 7:669 lid 3 BW terecht is gekomen. Er is gelet op de tekst geen 'ernstige en duurzame' verstoring vereist. Worden deze vereisten nog wel ingelezen?

Een rechter verwijst naar het artikel van Duk waarin hij aan heeft gegeven dat ook de intuïtie van de rechter een rol speelt. De exacte bewoordingen staan niet meer in de wet, maar op de zitting kijk je ook naar de werknemer. Soms barst een werknemer in tranen uit. Dan raakt de rechter overtuigd van een verstoorde arbeidsrelatie. Bij de g-grond moet het erom gaan dat van de werkgever niet gevegd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bij een incomplete grond moet misschien ook gekeken worden of van de werknemer niet meer gevegd kan worden dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Werknemers breken vaak op de zitting. Dan kan de rechter een helpende hand bieden, maar kan niet te actief optreden.

Volgens Swelheim is zo'n helpende hand helemaal terecht. Maar die helpende hand is in feite de transitievergoeding. Dat betekent niet veel geld voor de huilende werknemer. Het is beter om partijen naar de gang te sturen en aan te geven dat de transitievergoeding voor de concrete situatie te mager is. Zeker als de werkgever toch ook een verwijt gemaakt kan worden. Als de werkgever de verstoorde verhouding heeft uitgelokt dan zal er wel een schep bovenop moeten voordat de rechter bereid zou moeten zijn om te ontbinden. Anders wordt, zoals Sagel ook al heeft geschreven, slecht werkgeverschap beloond. De werknemersadvocaat zal de werknemer in de toekomst adviseren om zich goed te houden tijdens de zitting. De werknemer zou dan aan moeten geven dat de verhoudingen helemaal niet



verstoord zijn. Als zo'n werknemer tijdens de zitting toch breekt en daarom naar huis wordt gestuurd met een transitievergoeding, is dat ook heel zuur. Zoals door Sagel ook is beschreven zou in de situatie dat de werkgever zich niet goed gedragen heeft de rechter moeten concluderen dat er recht bestaat op een (deel van) de billijke vergoeding. Maar dan geldt dat de wetgever duidelijk heeft gezegd dat ernstige verwijtbaarheid in hoge uitzonderingsgevallen aan de orde is. Het blijft daardoor een spagaat.

De rechter is het eens met Swelheim. Rechters zullen partijen niet steeds de gang op sturen omdat de transitievergoeding als te laag wordt ervaren. Het ligt lastig. Het is niet aan de rechter om op een schikking aan te sturen. De rechter kan ook moeilijk bedragen noemen in het kader van een ontslagvergoeding. Het is duidelijk dat de rechter bij een incomplete grond niet kan ontbinden.

Bouwens merkt op dat er dan ook niet ontbonden kan worden wanneer een werknemer in tranen uitbarst.

De Vroe geeft aan dat de transitievergoeding te laag is voor de omschreven situatie waarin de werknemer op de zitting breekt. Dat is echter wel afgezet tegen het huidige referentiekader waarin de kantonrechtersformule geldt. Men gaat vergelijken met bedragen van vroeger die steeds hoger uit zouden zijn gevallen. Terecht is door Verhulp opgemerkt dat we het oude recht moeten vergeten, inclusief de kantonrechtersformule.

Van den Brink ziet dat de rechters die hij heeft gesproken op eigen wijze maatwerk toepassen. Het is daarom moeilijk om in te schatten wat er gaat gebeuren. De vraag is of slecht gedrag wordt 'beloond' met een afwijzing of met een rekening. Wellicht kan er op een langere termijn worden ontbonden.

Bouwens werpt de vraag op of het recht nog wel de ruimte biedt om op een langere termijn te ontbinden. Als er strikt wordt gelezen staat er met ingang van welke dag er ontbonden moet worden. Daarvan kan alleen worden afgeweken bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever of de werknemer.

Een rechter herkent het beeld dat je tijdens de behandeling ziet dat partijen uit elkaar moeten. Daar is niet één oplossing voor. Iedere zaak moet op zijn eigen merites beoordeeld worden. Op voorhand kan niet gezegd worden dat er straks minder wordt ontbonden of dat partijen steeds naar de gang gestuurd worden.



Volgens Van den Brink komt het feit dat de rechter opmerkt dat niet iedere zaak hetzelfde is de rechtvaardigheid ten goede. De wetgever heeft juist een bepaalde voorspelbaarheid beoogd. Zowel in het kader van de normering van de opzeggingsgronden, als bij de toekenning van de vergoeding. Dit betekent dat een werknemer die erg zijn best heeft gedaan dezelfde vergoeding krijgt als een werknemer die er met de pet naar heeft gegooid. Het is menselijk dat rechters hiermee worstelen. Dat de rechters de zaak zullen beoordelen op de zitting is erg menselijk maar niet in lijn met de bedoelingen van de wetgever. Janse de Jonge constateert een misverstand tussen de rechterlijke macht en de praktijk. Een mevrouw die breekt op de zitting is niet altijd geholpen met ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het gevoel van de rechter zou kunnen zijn dat zo'n werknemer meer moet overhouden dan alleen de transitievergoeding. Dan is een afwijzing een betere uitkomst. Dat is 'kassa'. Een rechter stemt in. We moeten, zoals ook is opgemerkt door Verhulp, in het nieuwe systeem denken. Dus niet te veel vastzitten in hoe het was.

Bouwens stemt daarmee in. Er komt een duidelijk systeem met een voorspelbare uitkomst. Het lijkt er vandaag op dat de uitkomst weer onvoorspelbaar wordt. Dat is niet wat gewenst is. Verhulp valt op dat de advocatuur zich vaak tot de rechter wendt als de academisch geschoolde hulpverlener die een probleem op moet lossen, waar zij zelf voor een deel verantwoordelijk voor zijn. De kantonrechter stelt zich daarbij ook vaak op als die academisch geschoolde hulpverlener en lost het probleem vaak op. De keuze van de wetgever is dat de kantonrechter niet kan ontbinden als er geen voldragen grond is. Dus in dat geval moet je als advocaat ook niet naar de kantonrechter gaan.

Bouwens vraagt of de rechter toch nog iets extra's kan doen als de opzeggingsgrond er wel is. Volgens Verhulp kun je in dat geval niet veel extra's doen tenzij er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Daar is niet zonder meer sprake van.

Dingemans vraagt of de rechters nog ruimte zien voor mediation wanneer een ontbindingsverzoek zou moeten worden afgewezen. Mediation kan gelden als alternatief voor de snelle oplossing in de gang. Een rechter is daar wel een voorstander van, maar vindt het een duur traject wanneer het alleen gericht is op 'de exit'. Er wordt aangestuurd op mediation als de rechter vindt dat partijen echt met elkaar verder moeten. Dat geldt voor het geval dat partijen ook verder willen maar niet goed weten hoe. De rechter zou niet aandringen op exit-mediation.



## Stelling 3:

***Een weigering van de werkgever om de arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid op te zeggen met het uitsluitende doel de werknemer zo de transitievergoeding te onthouden, moet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen en nalaten.***

### *Inleiding door Dirk van Genderen*

Bij ontslag mag geen onderscheid worden gemaakt tussen zieken en niet-zieken. Dat is de reden waarom ook werknemers die na twee jaar arbeidsongeschiktheid worden ontslagen recht hebben op een transitievergoeding. Ook zij hebben belang bij een budget om hun positie op de arbeidsmarkt te versterken.

Onder het huidige recht is de werkgever bij een beëindiging na twee jaar arbeidsongeschiktheid slechts in uitzonderingsgevallen een vergoeding verschuldigd. Na de hernieuwde signalering van de nieuwe regeling in het Financieele Dagblad is werkgevers gesuggereerd het dienstverband in zo'n situatie niet te beëindigen. Een werkgever is dan noch de transitievergoeding, noch uitbetaling van eventueel nog openstaande rechten uit hoofde van een eindafrekening verschuldigd.

Dat slapend houden van het dienstverband is overigens niet zonder risico's voor de werkgever: een werknemer kan zich dan op een later (onverwacht en vaak ongewenst) moment weer beter melden (vgl. de arresten Van Kesteren/Rabo<sup>11</sup> en UWV/ Stal<sup>12</sup>).

De werknemer die uitbetaling wenst van hetgeen hij van de werkgever te vorderen heeft, staat in zo'n geval maar één middel ter beschikking: een eigen verzoek om ontbinding, met het verzoek de werkgever te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding, nu de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever door hem op deze wijze zijn wettelijke rechten te onthouden, waardoor de werknemer niet in staat is de transitievergoeding in te zetten bij zijn oriëntatie op ander werk.

---

<sup>11</sup> HR 6 april 2001, Nf 2001,333, JAR 2001/80.

<sup>12</sup> HR 17 januari 2003, JAR 2003/41, Nf 2006/533.

Dat hier sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten staat buiten kijf: het onthouden van de transitievergoeding en betalingen van hetgeen op grond van de eindafrekening verschuldigd is, laat zich immers goed vergelijken met het niet tijdig betalen van het loon, genoemd als dringende reden in artikel 7:679 BW.

### ***Reflectie door Marianne Ruizeveld***

De werkgever loopt een risico bij een slapend dienstverband. De werknemer kan na een aantal jaar weer op de stoep staan en zich beter en wel weer bereid verklaren om arbeid te verrichten. Dan moet de werkgever snel weer aan de slag om te onderzoeken of hij daar plaats voor heeft anders loopt hij het risico dat de loondoorbetalingsverplichting weer gaat lopen. Als dat het moment is waarop je als werkgever ontbinding moet vragen, is de transitievergoeding ook hoger geworden omdat het dienstverband langer heeft geduurd.

Het gebeurt vaak dat dit soort slapende werknemers in december, net als alle andere werknemers, nog een brief krijgen dat ze het uitstekend hebben gedaan dit jaar en dat ze in aanmerking komen voor een bonus. Dus er zit hier ook nog wel een administratief risico.

Als Ruizeveld zo'n zaak op zitting krijgt zal zij het niet beëindigen van de dienstbetrekking door de werkgever niet ernstig genoeg vinden om dat af te straffen met een billijke vergoeding. De werkgever zal wel ernstig worden toegesproken. Wanneer het tot een beschikking komt kan hierin staan dat de omissie van de werkgever eigenlijk zo snel mogelijk gerepareerd zou moeten worden.

### ***Discussie met de zaal***

Over deze stelling kon omwille van de tijd geen discussie plaatsvinden met de zaal.



# Beroep en cassatie, vernietiging, herstel of billijke vergoeding?

De stellingen zien op beroep en cassatie, vernietiging, en herstel of de billijke vergoeding. De stellingen worden ingeleid door Stefan Sagel. Als rechter reflecteert Kim van der Kraats.

## Stelling 1:

***De billijke vergoeding van art. 681 die als alternatief voor vernietiging kan worden verzocht, noopt tot spiegelen aan de waarde van de vernietiging, net als de billijke vergoeding die de appelrechter op grond van art. 683 lid 3 kan toekennen noopt tot spiegelen aan de waarde van herstel.***

### *Inleiding door Stefan Sagel*

Art. 7:681 BW geeft bij een vernietigbaar ontslag twee mogelijkheden. Je kunt kiezen voor het inroepen van de vernietigbaarheid of je kan kiezen voor een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding. Sagel wil bespreken hoe de billijke vergoeding van art. 7:681 BW begroot moet worden. Er is heel weinig over gezegd. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat voor deze billijke vergoeding, die alternatief is voor vernietiging, geen ernstige verwijtbaarheid vereist is. Het is een billijke vergoeding en geen schadevergoeding. De regels van boek 6 BW zijn niet van toepassing. Dit is anders dan bij de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag. Er zal vaak samenloop zijn bij het ontslag. Als wordt gevraagd om de billijke vergoeding berust je in het gegeven ontslag net zoals nu bij kennelijk onredelijk ontslag. Er zal in de meeste gevallen ook nog aanspraak bestaan op de transitievergoeding. Er is vaak samenloop tussen de twee vergoedingen. Dit is niet altijd het geval. Bij een heel ernstig ontslag op staande voet, dat slechts vernietigbaar is omdat het niet onverwijld is gegeven, kan er wel een billijke vergoeding worden toegekend maar geen transitievergoeding.

In de wetsgeschiedenis is heel weinig gezegd over de begroting van de vergoeding van art. 7:681 BW. Je kan een aanspraak verdisconteren op gemist loon. Daarnaast is gezegd dat de omstandigheid dat de werknemer inmiddels een andere baan heeft gevonden ook kan worden betrokken. Dat wordt gesproken van 'inmiddels'

betekent dat de rechter, anders dan in het huidige recht waar de peildatum de einddatum is van het dienstverband, niet meer kijkt naar het moment van beëindiging. We gaan van een ex tunc toetsing naar een ex nunc toetsing. Meer dan het bovenstaande is er niet.

Volgens Sagel kan een parallel getrokken worden met de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW. Dat is een vergoeding die kan worden toegekend als er in eerste aanleg ten onrechte niet is vernietigd of hersteld. De appelrechter kan een vergoeding toekennen als alternatief voor herstel. Dat kan hij ook ambtshalve. De ratio van de vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW lijkt heel sterk op de vergoeding van art. 7:681 BW. Het zijn beide vergoedingen die een alternatief zijn voor het voortduren van de arbeidsovereenkomst, dat eigenlijk in de rede ligt.

Interessant is dat naar aanleiding van een vraag van Van Slooten in de memorie van antwoord iets is gezegd over de begroting van de vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW. Er is gezegd: “in de hoogte van deze billijke vergoeding moet tot uitdrukking komen dat, de omstandigheden van het geval in ogenschouw nemend, de vergoeding een alternatief is voor herstel van de arbeidsrelatie.” In de hoogte van de vergoeding moet daarom het alternatieve karakter tot uitdrukking komen. Dan moet primair de hoogte van de billijke vergoeding gerelateerd worden aan de financiële tegenwaarde die herstel zou hebben gehad. Dat is geen berekening die tot op de cent nauwkeurig is. Het is wel een gedachte die je in ogenschouw moet nemen, als je naar de vergoeding kijkt.

Sagel denkt dat een vergelijkbare aanpak in de rede ligt in het kader van art. 7:681 BW. Ten eerste omdat de vergoedingen van art. 7:681 en 683 BW dezelfde alternatieve functie hebben. De eerste vergoeding is een alternatief voor vernietiging in eerste aanleg, de tweede vergoeding is een alternatief voor herstel in appel.

Ten tweede geldt dat als je zo zou spiegelen aan de waarde die vernietiging zou hebben gehad, je automatisch rekening houdt met de omstandigheden waarvan de wetgever heeft gezegd dat daar bij de berekening van de vergoeding rekening mee gehouden moet worden. Te weten: gemist loon. De waarde van vernietiging is in feite gemist loon. Hetzelfde geldt voor de vingervijzing van de wetgever dat rekening gehouden moet worden met eventueel een nieuwe baan van de werknemer.



Dat spiegelen aan de waarde van vernietiging betekent niet dat een werknemer recht heeft op gemist loon tot aan de pensioendatum. Als er wordt gespiegeld moet er ook rekening mee worden gehouden dat de werkgever mogelijk voorwaardelijke ontbinding zou hebben gevraagd. Dat drukt de waarde van de vernietiging. Sagel wijst in dit kader op het artikel van Bouwens en Bij de Vaate.<sup>13</sup> Sagel vond dit een mooi stuk maar weet nog niet of hij het er ook mee eens is. Als voorwaardelijke ontbinding kan, zou dat een beperking van de billijke vergoeding met zich brengen. Er is ook een belangrijk praktisch argument. Zeker bij een ontslag op staande voet weet men wat er gebeurt als de werknemer vernietiging nastreeft. Dat levert procedurele problemen op. Er komt een voorwaardelijke ontbinding, een bodemzaak en mogelijk moet de werknemer terug naar een werkgever die hem niet meer wil hebben. In negen van de tien gevallen volgt uiteindelijk toch een beëindiging. Vanuit dat perspectief zou het goed zijn als werknemers in het nieuwe systeem zouden kiezen voor de billijke vergoeding. De werknemer kan dan zijn vizier richten op de toekomst bij een andere werkgever. Voor de billijke vergoeding wordt echter alleen maar gekozen als de waardes van de twee routes niet te ver uiteen lopen. Als een billijke vergoeding minder oplevert dan vernietiging zal de vergoeding van art. 7:681 BW een dode letter worden.

Bij spiegelen is er geen harde berekening. De rechter heeft vrijheid om een bedrag vast te stellen.

### ***Reflectie door Kim van der Kraats***

Van der Kraats refereert aan de opmerking van Sagel dat in het kader van de vergoeding van art. 7:681 BW geen verwijtbaarheid is vereist. De verwijtbaarheid in het kader van art. 7:681 BW zit volgens haar al verwerkt in de redenen waarom tot vernietiging kan worden overgegaan. Stel dat de werkgever geen toestemming heeft gevraagd voor de opzegging, dan is daarmee de ernstige verwijtbaarheid gegeven. De verwijtbaarheid is dus verdisconteerd.

Wanneer verwijtbaarheid wel een voorwaarde is voor het toekennen van de billijke vergoeding wordt gezegd dat bij de bepaling van de hoogte rekening gehouden moet worden met de aard en ernst van de verwijtbaarheid. Zou die ruimte er niet ook moeten zijn bij art. 7:681 BW? Dan zie je de vergoeding niet als volwaardig alternatief voor vernietiging.

---

<sup>13</sup> W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* 2015, april.

In het kader van art. 7:683 BW is de rechter vrij om te bepalen of hij herstelt of dat er een billijke vergoeding wordt toegekend. Dat is bij art. 7:681 BW niet zo. Zijn er dan geen werknemers die na een klein akkefietje meteen vragen om de billijke vergoeding, in plaats van terugkeren bij de werkgever. Stel dat een kleine werkgever uit onwetendheid geen toestemming heeft gevraagd voor de opzegging. Wanneer de werknemer in dat geval alleen de billijke vergoeding vraagt is de vraag of dat gehonoreerd moet worden. Dan kunnen partijen samen verder. De keuze van de werknemer zou van invloed kunnen zijn op de hoogte van de vergoeding.

### ***Discussie met de zaal***

Sagel vindt dit een opmerkelijke gedachte. De wetgever geeft twee routes waaruit de werknemer vrijelijk kan kiezen, maar wanneer hij kiest voor de billijke vergoeding is dit van invloed op de hoogte van de vergoeding.

Een rechter vraagt wat er geldt in de situatie dat er geen grondslag is voor opzegging. Dan zou de werkgever geen toestemming hebben gekregen.

Normaal gesproken zou de arbeidsovereenkomst dan voortduren. Maar nu kan de werknemer zeggen dat hij aanspraak wil maken op de billijke vergoeding. Mag deze factor worden meegewogen in het kader van de hoogte van de vergoeding? Waegeningh vraagt of niet vergeten wordt om bij de vergelijking mee te nemen dat als de vernietiging wordt ingeroepen, de werknemer arbeid blijft aanbieden. Dat doet hij niet op het moment dat hij een vergoeding vraagt. Voor de hoogte van de vergoeding ligt er al een belangrijke grens in het feit dat de werknemer berust in het ontslag en in het feit dat hij geen arbeid meer zal verrichten waar loon tegenover staat. Sagel geeft aan dat het feit dat de werknemer ander werk heeft gevonden een belangrijke reden kan zijn voor matiging van de vergoeding.

Een rechter vraagt of het erg is wanneer werknemers minder snel kiezen voor een billijke vergoeding? Dat sluit aan bij het praktische argument dat er twee gelijkwaardige wegen zouden moeten zijn om te zorgen dat werknemers ook voor de billijke vergoeding kiezen. Als men meegaat met de gedachte van het wetsvoorstel is van belang dat mensen werk hebben, aan het werk blijven en dat ze niet belanden met een afkoopsom. Past daar niet bij dat de werknemer primair voor vernietiging zou moeten kiezen?

Sagel ziet voor die uitleg geen grondslag in de wetsgeschiedenis. Er is sprake van een vrije keuze. De wet beoogt om te dejuridiceren. Als de werknemer voor vernietiging kiest ontstaan allerlei procedurele verwickelingen.



De billijke vergoeding is een realistische keuze voor de werknemer die ook voor de werkgever vaak beter uitpakt.

Een rechter gaat in op de opmerking van Sagel dat de toetsing nu ex nunc plaats zal vinden. De aangehaalde passage kan volgens de rechter ook zo gelezen worden dat hetgeen thans aan de orde is met betrekking tot een nieuwe baan, meegewogen mag worden in die zin dat het van belang is voor de beoordeling van de situatie ten tijde van het ontslag. Bouwens wijst in dit verband op het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd.<sup>14</sup> Een toetsing ex nunc kan van invloed zijn op het sollicitatiegedrag van de werknemer, aldus de rechter.

## Stelling 2:

***Een goed werkgeefster kan gehouden zijn een ontslagen werknemer te wijzen op de korte vervaltermijn van art 686a lid 4 waarbinnen hij onder de WWZ moet ageren.***

### *Inleiding door Stefan Sagel*

Art. 7:686a lid 4 BW bepaalt dat binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst een verzoek ingediend moet worden. Een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst, een verzoek tot vernietiging of een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding ex art. 7:681 BW. Er geldt een langere termijn van drie maanden voor een verzoek tot toekenningen van, of in verband met, de transitievergoeding. De ratio van de langere termijn met betrekking tot de transitievergoeding is dat de werknemer de vergoeding later krijgt. Dan pas ziet de werknemer of het goed is gegaan.

De ratio van de korte termijn van twee maanden is volgens de wetgever als volgt: "hiermee wordt de periode van onzekerheid over het mogelijke herstel van de arbeidsovereenkomst of over het verschuldigd zijn en de hoogte van de vergoeding in eerste aanleg, zo kort mogelijk gehouden." Sagel vindt dit geen draagkrachtige motivering. De wet stelt hoger beroep en cassatie open voor ontbindingsprocedures waardoor de onzekerheid extreem wordt verlengd. Daarom is het argument van de wetgever niet overtuigend.

---

<sup>14</sup> HR 17 oktober 1997, N<sup>o</sup> 1999/266.



Sagel komt uit Leiden, het echte ‘wilde westen’ van de advocatuur. Hij wijst op een advocaat uit Leiden genaamd Kuijpers. Zijn motto was: “KDK Advocaten, eerst schieten dan praten.” Dit lijkt te zijn wat de wetgever wil, eerst schieten en dan praten. Nu kun je buitengerechtelijke de vernietigbaarheid van een ontslag op staande voet inroepen en vervolgens kun je gaan praten. Daar heb je zes maanden voor. Dat geeft meer ruimte om buitengerechtelijk tot een regeling te komen. Dit gebeurt ook in negen van de tien gevallen. In het nieuwe systeem zul je binnen twee maanden de procedure moeten inleiden. In het verzoekschrift van de werknemersadvocaat staat al veel narigheid en de situatie zal escaleren. Dat is waar de vervaltermijn toe leidt.

Daarnaast bestaat er een misbruikrisico. Je hebt werknemers die tussen de wal en het schip zullen gaan vallen. De termijn is zo kort dat het risico erg groot is dat er werknemers zijn die te laat wakker worden. Stel dat een werknemer op staande voet wordt ontslagen. In eerste instantie zal hij zich mogelijk richten op een nieuwe baan. Er zijn ook werkgevers die niet worden bijgestaan die misbruik van de termijn zouden kunnen maken. De werkgever kan een vertragingstactiek hanteren. Hij zou de werknemer steeds kunnen beloven om het gesprek aan te gaan, maar deze afspraak niet na kunnen komen. Dit kan hij doen totdat er twee maanden verstreken zijn. Dat soort misbruiksituaties gaan we krijgen. Tijdrekken door de werkgever om er voor te zorgen dat de vervaltermijn verstrijkt. De vraag is wat de rechter in dit soort gevallen kan doen. Er zijn twee routes die je kunt onderscheiden.

In de eerste plaats bestaat de mogelijkheid van doorbreking van de vervaltermijn. Sagel verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van juni 2012<sup>15</sup> waarin de vervaltermijn van art. 9 lid 3 BBA is doorbroken op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De doorbreking van dit soort vervaltermijnen zal eerder gebeuren dan onder het huidige recht. Naarmate de termijn korter is, des te eerder zal sprake zijn van de situatie dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de termijn aan de werknemer wordt tegen-  
geworpen. Als een advocaat met een zaak te maken krijgt waarbij de werknemer te laat bij hem komt terwijl de werknemer eigenlijk niet echt een kans heeft gehad om op tijd te reageren, kan de advocaat kijken naar de mogelijkheden van art. 6 EVRM. Er is rechtspraak van het EHRM waarin is gesteld dat als een procespartij door een nationale vervaltermijn geen daadwerkelijke kans heeft gehad om zijn

---

<sup>15</sup> HR 22 juni 2012, *Nr* 2012/396.



burgerlijke rechten te effectueren, dat in strijd is met art. 6 EVRM. Dat argument kan in de discussie in het kader van art. 6:248 lid 2 BW een belangrijke rol spelen.

Er gelden op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad allerlei waarschuwingsplichten. Dat is begonnen met werknemer Kuijer die door de KLM gewaarschuwd moest worden dat er kuilen in de weg zitten in Abidjan.<sup>16</sup> De Hoge Raad heeft ook geoordeeld dat bij een overgang van onderneming uit het goed werkgeverschap volgt dat de werkgever de werknemer schriftelijk moet informeren over alle rechten en plichten die hij heeft.<sup>17</sup> Er is ook rechtspraak waarin is gezegd dat wanneer de werkgever een werknemer aan een wijziging van de arbeidsvoorwaarden wil houden, het op de weg van de werkgever ligt om de werknemer volledig te informeren over de inhoud en achtergrond van die wijziging. Hij dient zelfs te wijzen op de reden van de wijziging. Waarom zou het niet zo kunnen zijn dat onder omstandigheden, waarbij voor de werkgever kenbaar is dat de werknemer niet wordt bijgestaan, een waarschuwingsplicht op de werkgever rust in verband met de korte vervaltermijn van twee maanden op grond van het goed werkgeverschap. Dit vindt Sagel temeer omdat hij heeft begrepen dat het UWV overweegt om in ontslagvergunningen ook een waarschuwing op te nemen dat voor herstel een termijn van twee maanden geldt. Bij het ontslag op staande voet, waar het UWV niet aan te pas komt, zou het vanuit dat perspectief op de weg van de werkgever kunnen liggen om te waarschuwen.

### ***Reflectie door Kim van der Kraats***

Van der Kraats denkt dat de wetgever ongetwijfeld ook heeft nagedacht over een waarschuwingsverplichting. Op sommige plaatsen in de WWZ is nadrukkelijk bepaald dat de werkgever op een bepaalde termijn moet wijzen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de bedenktijd na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. De ratio dat de wetgever hier geen waarschuwingsplicht heeft opgenomen zou kunnen zijn dat de werknemer snel genoeg door heeft dat hij niet meer op het werk kan komen en dat hij geen salaris meer krijgt. Ook voor iemand die niet wordt bijgestaan is dat een voldoende incentive om hulp te zoeken of zelf stappen te ondernemen. Van der Kraats wil daarom niet te snel een algemene waarschuwingsplicht opnemen.

---

<sup>16</sup> HR 18 mei 2005, *JAR* 2005/100.

<sup>17</sup> HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/285 en HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183.

Met betrekking tot de misbruikgevallen kan Van der Kraats zich voorstellen dat in het geval dat daadwerkelijk elk gesprek is uitgesteld er gesteld kan worden dat sprake is van misbruik en doorbreking van de vervaltermijn aan de orde is. Daar moet men ook voorzichtig mee zijn. Want is het voeren van zo'n gesprek een voorportaal voordat je een procedure begint? Idealiter wel, maar het is geen vereiste.

### ***Discussie met de zaal***

Een rechter denkt dat mededelingen omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst van een andere aard zijn dan de vraag of de werknemer daadwerkelijk kan ageren. Dat onderscheid is terug te vinden in de wet. Het is wellicht niet zo nadrukkelijk bepaald. De rechter vindt het onjuist om in zijn algemeenheid een waarschuwingsplicht voor de werkgever op te nemen. De stelling gaat te ver.

Met betrekking tot de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid vindt de rechter dat er omstandigheden zijn waarin redelijkerwijs geen beroep gedaan kan worden op een bepaling. Hij wijst op het voorbeeld van een verjaringstermijn en op art. 9 lid 3 BBA. Maar dat zijn wel uitzonderingen die we niet tot regel kunnen verheffen. Regels zijn er al genoeg.

Sagel vraagt of de 'derogerende werkingslat' dan wel eerder gehaald wordt omdat de termijn korter is. Daar wil de rechter ook niet aan. Een termijn van twee maanden, waarin de werknemer zomaar op straat staat, moet voldoende zijn. Werknemers kennen niet altijd hun rechten, maar ze weten wel waar informatie verkregen kan worden. Het voorbeeld waarin de werkgever traineert ligt volgens de rechter buiten de werkelijkheid. Het zou voor kunnen komen, maar dat is geen reden voor een nieuwe regel.

Volgens Hoetink kan de werknemer op internet alles vinden. Zelfs waarschijnlijk een kant een klaar verzoekschrift dat de werknemer zelf kan indienen. Daarmee kan hij zelf de kantonrechter vragen om het ontslag te vernietigen. Hoetink is niet voor een algemene plicht voor de werkgever om de werknemer te wijzen op de termijn van twee maanden. Verhulp wijst op de huidige termijn van twee maanden in het kader van de bijzondere opzegverboden. Daar geldt ook geen waarschuwingsplicht. Volgens Sagel is die regel niet beproefd.

Fluit wil een vraag aan de discussie vastknopen. In het bestuursrecht geldt er een termijn van zes weken. Daar bestaat het voorlopig bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden. Zou dat hier ook een rol kunnen gaan spelen? Als een voorlopig bezwaarschrift mogelijk is kom je ook aan de derogerende werking minder snel toe.



Een rechter geeft aan dat in de Rotterdamse sessie is gezegd dat dit geen mogelijkheid is omdat die termijnen zo kort zijn gehouden om snel duidelijkheid te krijgen over het al dan niet bestaan van de arbeidsovereenkomst. De behandeling dient ook binnen vier weken aan te vangen. Dat verhoudt zich niet tot het pro forma indienen van het verzoekschrift waarbij de gronden later worden aangevoerd. De rechter ziet hier geen oplossing.

Een andere rechter wijst op art. 287 Rv waarin is bepaald dat een verzoekschrift de gronden dient te bevatten waarop het berust. Een verzoekschrift op nader aan te vullen gronden gaat het niet redden. Dit wordt ook opgenomen in het procesreglement. Een andere rechter reageert met een schets van de situatie dat de wederpartij het goed vindt dat er een verzoekschrift op nader aan te voeren gronden wordt ingediend.

Een rechter geeft aan dat de gronden tijdens de procedure gewijzigd kunnen worden, zolang de andere partij geen bezwaar heeft. Als er ook geen strijd is met de behoorlijke procesorde dan kan dit gewoon geaccepteerd worden. Maar de kans is groot dat de andere partij wel bezwaar zal hebben.

Volgens Verhulp kan er een noodzaak bestaan om een verzoekschrift op nader aan te voeren gronden in te dienen als er bijna een schikking is getroffen. Als partijen er bijna uit zijn zal er geen bezwaar bestaan. Rechters lijken het volgens Verhulp op dit punt nog niet eens te zijn. Het is volgens een rechter dan ook nog maar de vraag of hierover iets in het procesreglement kan worden opgenomen.

Charbon vraagt of je niet heel kort de gronden aan kunt duiden. Je stelt bijvoorbeeld alleen dat er sprake is van een opzegging zonder instemming van de werknemer in het geval van een ontslag op staande voet. Boontje sluit hierop aan door op te merken dat je in plaats van schieten toch eerst zou moeten praten. Om de termijn te redden kun je met elkaar afspreken, al dan niet in het kader van mediation, dat een procedure pro forma wordt gestart op nader aan te voeren gronden. Boontje vraagt of dit wel in het reglement zou kunnen worden opgenomen? De voorwaarde is dan dat er een afspraak is gemaakt door partijen. Dit zou passen binnen het wetsvoorstel 'Bevordering van mediation in het burgerlijk recht'. Volgens Sagel past dit voorstel ook binnen de WWZ omdat er wordt ingezet op dejuridisering. Een rechter merkt op dat alle suggesties die vandaag worden gedaan worden meegenomen bij het opstellen van het procesreglement.

Uit de zaal wordt als laatste nog opgemerkt dat een werknemer, die vindt dat sprake is van misbruik van recht na het faillissement van zijn werkgever, binnen acht dagen beargumenteerd in verzet moet komen.

# Ontslagvergoedingen WWZ

De stellingen zien op ontslagvergoedingen onder de WWZ. De stellingen worden geleid door Ferdinand Grapperhaus. Als rechter reflecteert Peter Jansen.

## Stelling 1:

***Door het uiterst gedetailleerde netwerk van voorschriften wordt de rechterlijke speelruimte voor maatwerk ten aanzien van vergoedingen aanzienlijk versmald.***

(Denk o.a. aan de combinatie van gefixeerde gronden, ontbindings-/opzegtermijn, transitievergoeding en minimale mogelijkheid van een billijke vergoeding bij 'ernstige verwijtbaarheid'.)

## Stelling 2:

***Wanneer de beëindiging van het dienstverband te wijten is aan een werkgever die "enkelvoudig" verwijtbaar\*) handelt bestaat er geen ruimte voor enigerlei vergoeding naast de transitievergoeding.***

### *Inleiding door Ferdinand Grapperhaus*

De eerste twee stellingen worden door Grapperhaus gezamenlijk besproken. Men moet volgens hem bereid zijn om in een nieuw universum plaats te nemen. Op 1 juni zit Grapperhaus niet meer in de SER, maar hij spreekt vandaag al vrijuit. Grapperhaus was een tijd geleden op een congres waar het sociaal akkoord aan de orde was. Daar merkte een rechter op: "iudex non calculat". Deze rechter is op de wenken bediend. De transitievergoeding is in steen gehouwen. Dan kan worden opgemerkt dat het een lage vergoeding betreft maar men moet uitgaan van het nieuwe referentiekader.

---

\*) "enkelvoudig" verwijtbaar: zodanig verwijtbaar handelen dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.



Voor het MKB is de situatie nog steeds vreselijk. Zij konden tot nu toe 'vrij parkeren' bij het UWV. Straks moet de transitievergoeding worden betaald. Van Straalen zal niet blij zijn geweest toen hij merkte dat over het hoofd was gezien dat na twee jaar ziekte ook de transitievergoeding verschuldigd is.

Door een rechter is gezegd dat een huilende werknemer op de zitting in het kader van de 'informele bewijsvoering' mogelijk een ontbindingsgrond op kan leveren. Advocaten zullen daarom straks hun vrouwelijke cliënten pijn gaan doen op het parkeerterrein, zodat zij met tranen in de ogen op de zitting verschijnen.

Maar de rechter heeft slechts te beoordelen of er een ontbindingsgrond is. Als dat in het huilen besloten ligt, is het daarmee klaar. Alleen in het oude universum kan de zaak 'op zijn merites worden beoordeeld'. Daar moet de rechter vanaf.

Alleen de zwakke zaak zou verkeerd kunnen aflopen. Met een zwakke zaak bedoelt Grapperhaus een zaak waarin niet de lat van de ontbindingsgrond wordt gehaald. Als de lat is gehaald bestaat er recht op de transitievergoeding en dan is het einde oefening. Grapperhaus citeert Asscher: "Verder geldt dat omwille van de kenbaarheid en de rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer het aangewezen is dat in de wet zo concreet mogelijk wordt aangegeven wanneer ontslag wel of niet is toegestaan en welke vergoeding hierbij in de regel verschuldigd is." Dat vertaalt zich naar een gedetailleerd netwerk van voorschriften: "Het is dan ook om die reden dat de regering niet heeft gekozen voor een open norm aan de hand waarvan de rechter beoordeelt of een ontslag redelijk is en welke vergoeding hier al dan niet tegenover moet staan. Het verruimen van de mogelijkheid voor de rechter om een aanvullende vergoeding toe te kennen ook in andere gevallen dan ernstige verwijtbaarheid is nodig noch wenselijk."

Grapperhaus heeft eerder geschreven dat het opmerkelijk is dat verwijtbaar gedrag moet kunnen. Dat is het credo van dit kabinet. Een volgend citaat van Asscher luidt: "geldt dat het ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, niet zal leiden tot een aanvullende vergoeding. Wederom behoudens die gevallen waarin sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag." Verwijtbaar handelen leidt dus tot de transitievergoeding. Grapperhaus geeft aan dat er in de praktijk gevallen zijn die soms wel ernstig verwijtbaar zouden moeten zijn, en soms niet.

Asscher heeft gezegd dat “het huidige ontslagrecht op een aantal punten te rigide is, en dus onvoldoende gericht op het soepel laten verlopen van benodigde transitie op de arbeidsmarkt. Een uniforme en wettelijke genormeerde transitievergoeding kan eraan bijdragen dat de voorspelbaarheid van het ontslagstelsel toeneemt.” Grapperhaus begrijpt niet hoe het ontslagrecht te rigide kan zijn terwijl de oplossing lijkt te zijn dat alles in beton wordt gegoten.

Wanneer een werknemer op de zitting in tranen uitbarst zou de kantonrechter geneigd kunnen zijn om de situatie naar ‘ernstige verwijtbaarheid’ te trekken. De wetgever heeft gezegd: “Voor wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding stelt het kabinet dat in de billijke vergoeding uitdrukkelijk niet het gevolgen-criterium ligt besloten. De daar in gevangen elementen worden geacht te zijn verdisconteerd in de transitievergoeding.” De transitievergoeding is daarom volgens Grapperhaus: leed +. Dan is er nog: verschrikkelijk leed, ernstig verwijtbaar leed, en dergelijke. Dat zou in de billijke vergoeding kunnen worden meegenomen. De billijke vergoeding moet geplaatst worden in het kader van de transitievergoeding. Dus ook bij heel verschrikkelijk leed kan de rechter niet een enorm bedrag toekennen. De transitievergoeding is nu het kader voor het gevolgen-criterium.

Grapperhaus wijst tot slot op het boek van Boot, Keulaerds en Houweling.<sup>18</sup> Dit lijdt tot een applaus vanuit de zaal. Grapperhaus sluit af met een laatste citaat van Asscher: “Als de Raad van State zich vergist, als ik mij vergis en als mijn juristen zich vergissen dan komen we er snel genoeg achter, want dat zal dan blijken uit de jurisprudentie. Als het mis gaat, als het uit de hand loopt, kom ik gewoon terug naar de kamer (Grapperhaus: over zestig jaar) met voorstellen. Ik heb naar beste weten gezocht naar wat rechtvaardig is voor de werknemer, we willen ook dat deze een vergoeding krijgt, gelijktijdig zeg ik: we hebben de transitievergoeding, het is niet de bedoeling om nu alsnog een kantonrechtersformule 2.0 in het leven te roepen.”

---

<sup>18</sup> G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis Wet werk en zekerheid*, BJu: 2015.



### ***Reflectie door Peter Jansen***

Een zwarte kant van de WWZ is dat het vergoedingstelsel is dichtgetimmerd. Jansen is het eens met Grapperhaus. Het doet hem professioneel pijn dat hij niet aan elk individueel geval recht kan doen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Dat kan in de WWZ niet meer.

Jansen heeft de keuze van de wetgever voor zekerheid te respecteren. Op grond van art. 11 Wet algemene bepalingen mag hij niet de innerlijke waarde van de wet beoordelen. Er kan wel bezien worden welke mogelijkheden er bestaan binnen het kader van de WWZ. Het bloed kruipt immers waar het niet gaan kan. De advocatuur zal hetzelfde doen en zal vervolgens de mogelijkheden voorleggen aan de rechter. De rechter wil een aantal mogelijkheden meegeven waar hij ruimte ziet om maatwerk te leveren. Er zijn nog opties. Ontslag op staande voet zal een hot item worden. Op grond van art. 7:681 BW kan de werknemer om vernietiging of om een vergoeding vragen. De keuze ligt bij de werknemer. De wetgever heeft aangegeven dat de billijke vergoeding van art. 7:681 BW hetzelfde is als de andere billijke vergoedingen die de kantonrechter kan toekennen.

Ook in het kader van art. 7:681 BW is ernstige verwijtbaarheid vereist. De ernstige verwijtbaarheid is al gegeven op het moment dat blijkt dat de werknemer onterecht op staande voet is ontslagen. Als de rechter oordeelt dat het ontslag op staande voet onterecht is gegeven is de werknemer in die visie van de rechter door het muizengaatje heen. Dan bestaat er in beginsel recht op een billijke vergoeding. De rechter kan maatwerk leveren omdat de hoogte van de billijke vergoeding gerelateerd moet worden aan de ernstige verwijtbaarheid. Er mag niet worden gekeken naar de ernst van de gevolgen. Er is maatwerk mogelijk omdat bijvoorbeeld bij een ontslag op staande voet dat niet onverwijld is gegeven een andere gradatie van verwijtbaarheid aan de orde is dan wanneer er geen dringende reden aanwezig blijkt te zijn.

De werkgever zal na een ontslag op staande voet in de regel geen transitievergoeding betalen. Hij zal stellen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Bijvoorbeeld omdat er is gestolen. Wanneer de werknemer in die situatie ervoor kiest om de billijke vergoeding te vorderen, zal hij ook vorderen dat de transitievergoeding wordt betaald. Dan zijn er drie vorderingen: de billijke vergoeding, de transitievergoeding en een vergoeding wegens het niet hanteren van de juiste opzegtermijn.



Zelfs als naar het oordeel van de rechter blijkt dat de werknemer terecht op staande voet is ontslagen, dan is alsnog de transitievergoeding van belang. Hier kan de rechter maatwerk leveren. Art. 7:673 lid 8 BW bepaalt dat de transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer geheel of gedeeltelijk kan worden toegekend indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Jansen noemt een voorbeeld dat een werknemer drie zakjes groente steelt maar al 40 jaar zonder problemen in dienst is.

Jansen refereert aan de oratie van Sagel waarin de mogelijkheid wordt geschetst om een claim in te dienen op grond van art. 7:611 BW. Dit is een smal paadje. Hij nodigt de zaal uit om de reikwijdte daarvan te verkennen in een procedure. Jansen ziet geen mogelijkheden in art. 7:686 BW; ontbinding en schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming. Dat is geen reële optie. De mogelijkheid strandt op het exclusieve karakter van de transitievergoeding en de billijke vergoeding. De zeldzame arresten van de Hoge Raad leren dat er voor ontbinding sprake moet zijn van een dringende reden.

Er is verder ruimte voor maatwerk in het kader van de billijke vergoeding die het hof op grond van art. 7:683 BW kan toekennen. Partijen komen wellicht veelvuldig bij het hof terecht omdat daar mogelijkheden liggen voor maatwerk. Weliswaar met een specifieke invulling als alternatief voor herstel, maar de deur staat open voor meerdere ideeën.

Jansen sluit af met de mogelijkheden voor een schikking tijdens de zitting. Er zijn niet meer opties dan ontbinden of afwijzen. Een rechter zal niet zeggen dat een onvoldragen opzeggingsgrond gecorrigeerd kan worden door een transitievergoeding maal 1,25 of 1,5. Dat ligt niet op de weg van de rechter. De rechter kan wel een voorlopig oordeel geven waarna partijen de gang op gaan om te praten over de vergoeding. Binnen de advocatuur zou de formule T x C circuleren (transitievergoeding maal correctie). Het initiëren daarvan ligt niet op de weg van de rechter.



### ***Discussie met de zaal***

Sagel wil ingaan op de stelling dat bij de vergoeding ex art. 7:681 BW niet zou mogen worden gekeken naar de gevolgen van het ontslag. Die stelling kan hij niet volgen. In de wetsgeschiedenis staat dat rekening mag worden gehouden met gemist loon en het feit dat de werknemer inmiddels een andere baan heeft gevonden. Dat zijn twee punten die zich duidelijk bevinden op het terrein van de gevolgen van het ontslag. Sagel waardeert het dat Jansen de mogelijkheid van de Baijings-leer onder het nieuwe recht erkent. Dat is één van de punten waar we met zijn allen naar maatwerk kunnen zoeken.

Een rechter denkt dat Sagel en hij mogelijk niet dezelfde wetsgeschiedenis hebben gelezen. Hij leest in de wetsgeschiedenis heel duidelijk dat voor de vergoeding ex art. 7:681 BW ernstige verwijtbaarheid is vereist. Dat is al gegeven bij een onterecht ontslag op staande voet. De boodschap van de wetgever is glashelder: de hoogte van de billijke vergoeding moet gerelateerd worden aan de ernst van de verwijtbaarheid. Daarbij mag alleen de financiële positie van de werkgever in ogenschouw worden genomen.

Grapperhaus merkt op dat in het kader van de billijke vergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid het gevolgcriterium duidelijk is uitgesloten. In het kader van art. 7:681 BW worden de gevolgen expliciet benoemd. In de praktijk kennen we de 'Baijings-zaak' maar Grapperhaus denkt dat je 'de boel niet kunt opleuken' met vergoedingen op grond van art. 7:611 BW om zo toch nog wat extra's uit het ontslag te krijgen. Dat heeft de wetgever duidelijk niet gewild. De kamer is het op dit punt ook eens met Asscher.

Swelheim draagt als verklaring voor het meningsverschil aan dat de wetgever op dit punt is gaan schuiven. De wetgever heeft lang volgehouden dat alle billijke vergoedingen één pot nat waren. Toen de Vaan en anderen bleven aandringen dat, dat niet klopt is gezegd dat de vergoedingen inderdaad niet hetzelfde zijn. In het kader van art. 7:681 BW was ook zij blijven steken op het punt dat de ernstige verwijtbaarheid zit ingebakken in de norm omdat er sprake is van een alternatief voor vernietiging.

Verder wil Swelheim de vraag aan de orde stellen of er een billijke vergoeding moet worden betaald na schriftelijke instemming van de werknemer. Kan de werknemer dan later stellen dat er geen redelijke grond was voor het ontslag? Op dit punt heeft de wetgever niet één lijn aangehouden.

Grapperhaus geeft aan de rechters mee dat als zij toch allemaal gaatjes gaan boren, voor wat voor 'ongedierte' dan ook, Asscher actie zal ondernemen.

Van der Zwet verwacht dat doordat het systeem in beton is gegoten we nog veel op de gang zullen belanden. De vraag is met welke maatstaven partijen de gang op worden gestuurd. Waarschijnlijk zal de rechter aangeven dat hij niet zal ontbinden zodat partijen daarvoor een oplossing kunnen zoeken. Als op de gang een oplossing wordt gevonden en partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten zit de praktijk met de herroepingsproblematiek. Wil de rechter meewerken aan het opstellen van een beschikking waarin de overeengekomen vergoeding wordt opgenomen?

Een rechter wil daar wel aan meewerken. Zijn eigen mening is dat als partijen tijdens een ontbindingszaak uiteindelijk een schikking willen treffen, hij daar een faciliterende rol in heeft. Als partijen bijvoorbeeld menen dat er een verstoorde arbeidsverhouding is, dan heeft de rechter geen reden meer om de ontbinding af te wijzen. Wanneer partijen een beëindigingsvergoeding overeen komen die zij neer willen leggen in een beschikking, dan werkt de rechter daar aan mee.

Partijen hebben belang omdat in deze situatie de bedenktijd geen rol speelt. Voorwaarde is wel dat de partijen adequaat worden bijgestaan.

Grapperhaus vindt dit voorbeeld te makkelijk. Er is een zwakke zaak, waarin partijen de gang op zijn gestuurd. Dan mag de rechter vastleggen dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding waarbij de werknemer recht heeft op de transitievergoeding. Maar als de rechter in de beschikking vastlegt dat er een hogere vergoeding wordt toegewezen, dan moet er sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid. Anders bestaat het risico dat de werknemer in hoger beroep of cassatie gaat en dat de Hoge Raad uiteindelijk oordeelt dat de extra vergoeding, zonder dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid, niet mocht worden toegekend.



De rechter vindt dat het zo onnodig gecompliceerd wordt. De rechter moet niet in de sfeer van de billijke vergoeding oordelen. Die vergoeding is gericht op ernstige verwijtbaarheid. Een werkgever zal ook niet meerwerken aan een beschikking waarin een billijke vergoeding wordt toegekend. Daarmee erkent hij impliciet dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het gaat om een beëindigingsvergoeding die hoger is dan de transitievergoeding. De rechter ziet niet in waarom hij dat niet in een beschikking mag neerleggen. Partijen zullen in het kader van de vaststellingsovereenkomst afspreken dat zij afzien van hoger beroep of dat zij berusten in de uitspraak van de kantonrechter. De werknemer kan niet herroepen als de kantonrechter heeft ontbonden. De bedenkttermijn geldt in dat geval niet. Desgewenst kunnen aanvullende afspraken in een vaststellingsovereenkomst worden neergelegd.

Volgens Grapperhaus worden er zaken door elkaar gehaald. Als er een beschikking ligt heeft de vaststellingsovereenkomst geen betekenis. Dit heeft met dat andere universum te maken. Men denkt nu dat rechters kunnen faciliteren. Die ruimte is er niet meer. De afspraken die gemaakt worden kunnen wel in een proces verbaal worden vastgelegd. Maar dan geldt wel het risico van herroeping.

Een andere rechter merkt op dat de WWZ onderdeel is van het civiele recht, waarin de stellingen van partijen het uitgangspunt zijn. De rechter zal achterover moeten leunen op het moment dat partijen het erover eens zijn dat partijen afspraken maken over een vergoeding.

Schaik wijst op een technisch verschil tussen de billijke vergoeding en de transitievergoeding. De transitievergoeding is niet verschuldigd in het geval van insolventie (surseance of faillissement) maar de billijke vergoeding wellicht wel. Het maakt daarom uit hoe de vergoeding wordt genoemd. Hij wijst er verder op dat een ontslag door de curator dwars door het nieuwe systeem fietst. De curator mag altijd opzeggen. Vanuit de zaal wordt opgemerkt dat bij surseance de route via het UWV is vereist.

Vanuit de zaal wordt opgemerkt dat partijen met toepassing van art. 96 Rv de rechter kunnen vragen om een beschikking te geven. Partijen spreken dan af om niet in hoger beroep te gaan.

Een rechter merkt op dat de ideeën over dit artikel verschillen. Hij meent zelf dat art. 96 Rv erop ziet dat partijen kunnen afzien van de mogelijkheid van hoger beroep. Er volgt dan een beschikking waartegen geen hoger beroep mogelijk is. De rechter heeft ook hier een faciliterende rol wanneer partijen vragen om in het kader van art. 96 Rv een beschikking te geven. Er zijn op dit moment modellen voor de vaststellingsovereenkomst die de rechter hanteert voor het geval dat er een schikking is. In toekomstige modellen kan het afzien van hoger beroep als standaard optie worden meegenomen.

Een rechter sluit af. Hij vraagt zich af of de mogelijkheid van berusting hiervoor juist is weergegeven. Stelt Rv niet dat partijen alleen kunnen berusten nadat zij de uitspraak hebben gekregen? Het is de vraag of je op voorhand kan berusten. Hij is een voorstander voor art. 96 Rv. Echter wordt binnen de rechterlijke macht verschillend gedacht over deze bepaling. Sommige rechters zijn van mening dat nu de wetgever heeft bepaald dat er een bedenktijd geldt, het niet juist is om hier trucjes voor te verzinnen.

### **Stelling 3:**

***Het zonder enig onderscheid niet verschuldigd laten zijn van de transitievergoeding in geval van surséance van betaling, ondermijnt:***

- I de doelstelling van de ook in surséance geldende Richtlijn 98/59 en***
- II Het materiële uitgangspunt dat de transitievergoeding het karakter van een opgebouwd (spaar)tegoed ten behoeve van transitie op de arbeidsmarkt betreft.***

***Inleiding door Ferdinand Grapperhaus***

Voor deze stelling is geen tijd meer maar Grapperhaus wil wel aandacht vragen voor dit onderwerp.

***Afsluiting***

De Vroe sluit af onder dankzegging voor de sprekers en de moderators.



# Een WWZ-ontmoeting tussen de advocatuur & de rechterlijke macht

De Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Amsterdam e.o. organiseerde op 27 mei 2015 een bijeenkomst over de WWZ in samenwerking met de rechtbank Amsterdam. Vanuit de advocatuur traden vier inleiders op die ieder een onderwerp voor hun rekening nemen, waarop dan steeds door een of meerdere rechters werd gereflecteerd. De discussie stond onder leiding van twee hoogleraren als moderatoren.

Dit verslag weerspiegelt het levendige debat dat tussen advocatuur en rechterlijke macht ontstond, aangezwengeld en uitgedaagd door de wetenschap. Zonder beperkingen of 'geheimen van raadkamers' werden opvattingen, inschattingen en kwetsbaarheden over de WWZ met elkaar uitgewisseld, met als doel van de WWZ en de diverse openeinden waarmee de arbeidsrechtpraktijk zich geconfronteerd ziet, een werkbaar instrument te maken.

Vormgeving: [www.quasigrafisch.nl](http://www.quasigrafisch.nl)

