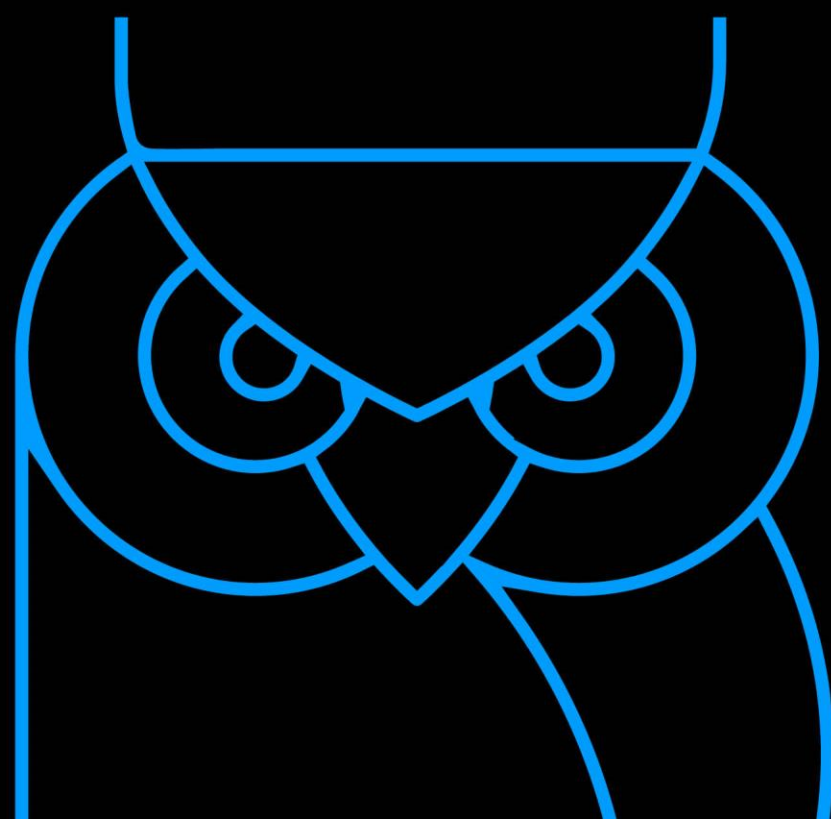
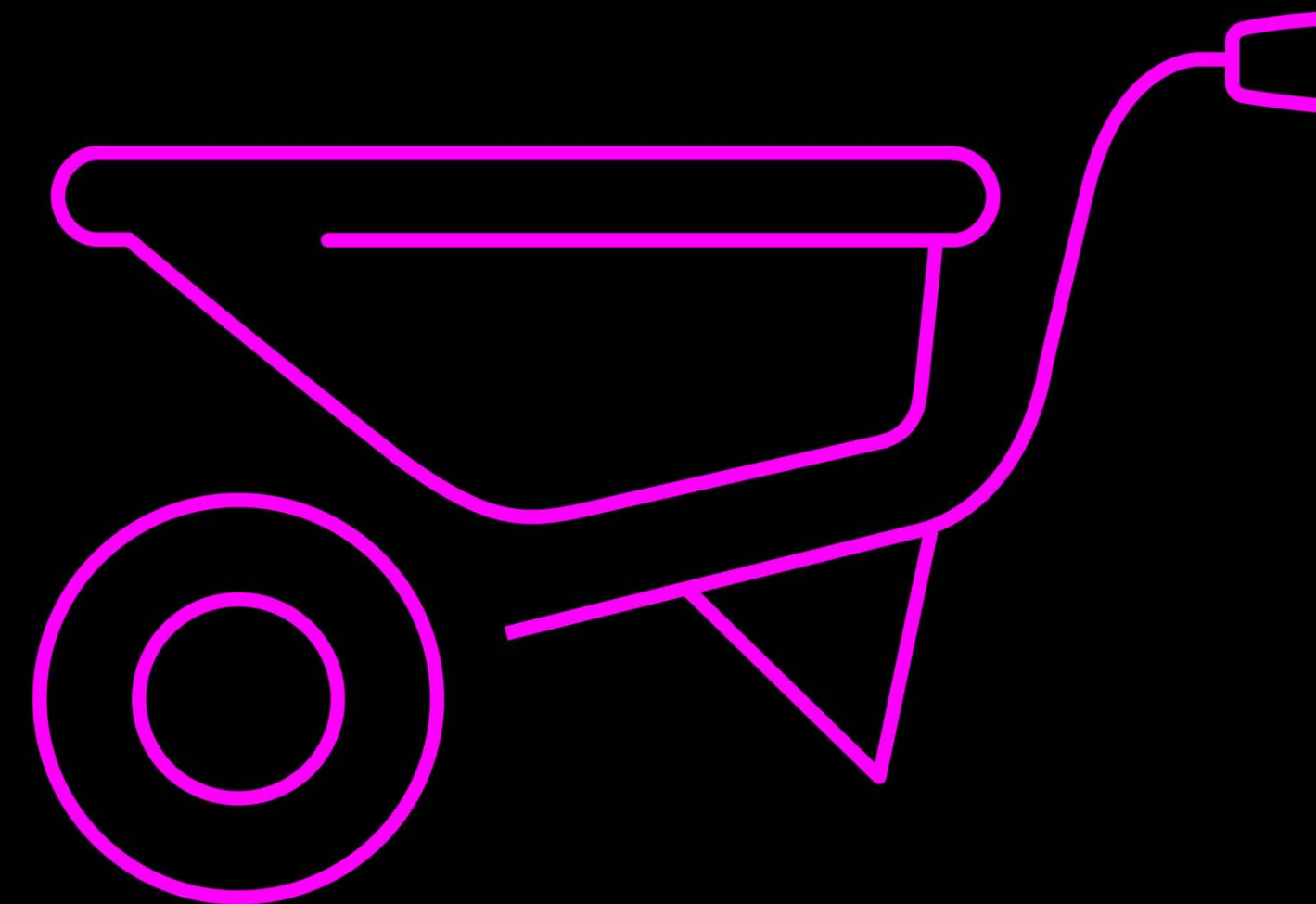
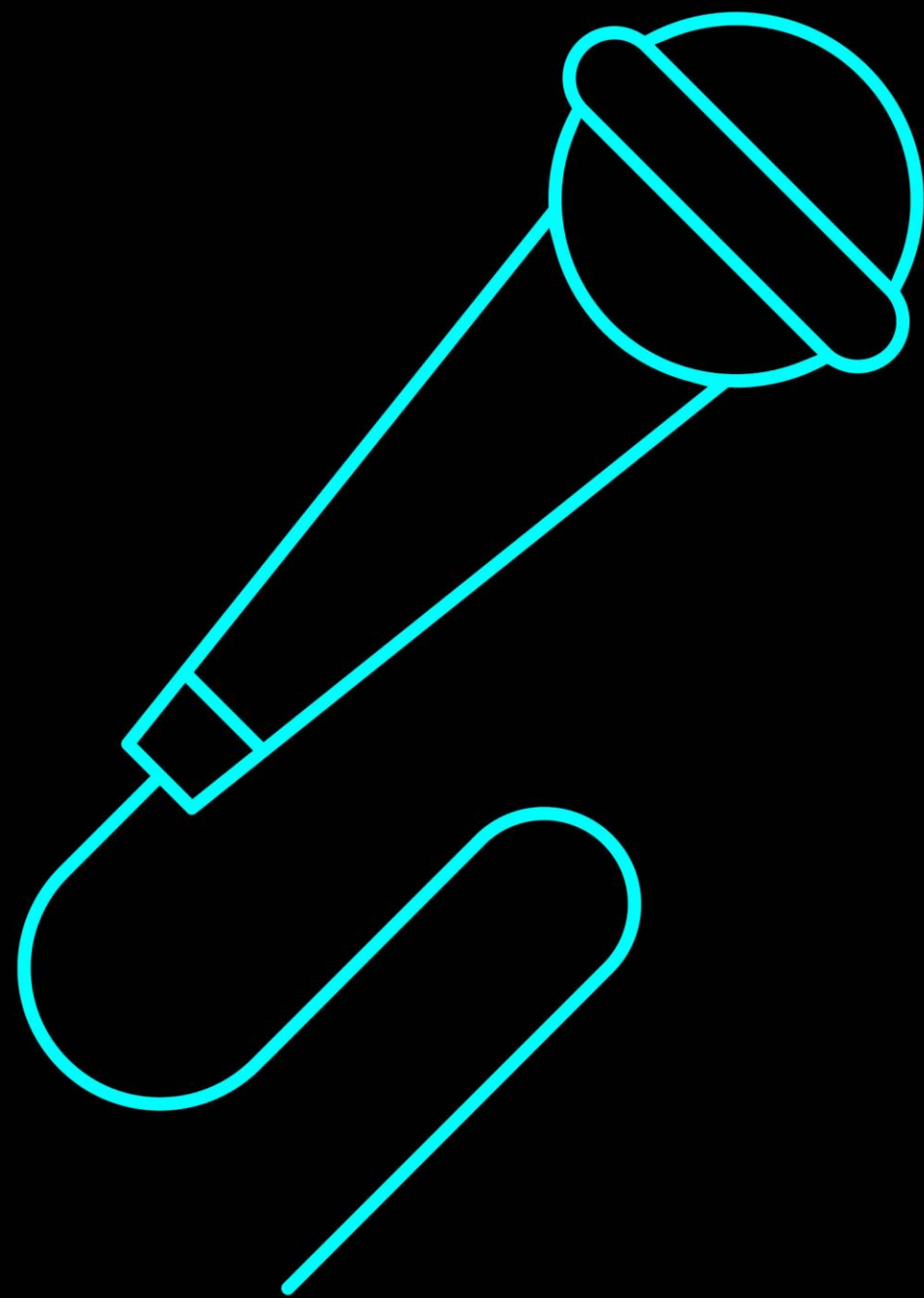


21 nov 2019
DeFabrique

Labour Lawlands



De gevolgen van de introductie van de i-grond voor het grondenstelsel

Mr. Dirk van Genderen – Stadhouders Advocaten
Mr. dr. Simone de Valk – Rijksuniversiteit Groningen

Programma

- . Geschiedenis van het grondenstelsel
 - . De balans voor en na de Wwz
 - . De Wwz-balans in de praktijk
- . De i-grond en de i-vergoeding in het systeem
- . De i-grond en de i-vergoeding in de praktijk
- . Arbeidsmarkt in balans?

WAT AAN DE WAB VOORAF GING

....

Nog geen 4,5 jaar geleden

Discretionaire bevoegdheid kantonrechter m.b.t.

1. de gronden voor ontbinding (art. 7:685 lid 2 BW):

‘een wijziging in de omstandigheden welke van dien aard is dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen’.

2. de vergoeding naar billijkheid:

- Kantonrechtersformule
- B = leeftijdsfactor, C de correctiefactor

Wwz: de 'polderbalans'

Sociaal Akkoord 2013:

Flex minder flex, vast minder vast, dejuridisering

Een nieuwe balans:

- Ontslagvergoedingen fors omlaag:
 - Forfaitaire Transitievergoeding
 - Muizengaatje voor billijke vergoeding
- Ontslag moeilijker, introductie grondenstelsel
 - Limitatieve gronden, 'kijkglas' moet vol zijn

Evaluatie WWZ: na vijf jaar (Cie Borstlap)

Evaluatie grondenstelsel na 1 jaar (motie Backer)

Evaluatie grondenstelsel juni 2016

Conclusies Onderzoek HSI 29 juni 2016 onder 121 rechters:

- Percentage afwijkingen gelijk (ca. 30%)
- Aantal verzoeken neemt af
- Weinig zaken waarvoor specifieke grond ontbreekt, overgrote deel kan worden opgelost met deze gronden
- Toevoeging algemene grond zonder discretionaire vergoedingsmogelijkheden voegt niet veel toe, toevoegen van beide zou deur open zetten naar oude systeem

1 onderzoek, 2 conclusies ...

Minister I: (Asscher 30-06-2016)

- vrees Eerste Kamer niet bewaarheid,
geen reden voor aanpassing van de wet

Minister II: (Koolmees 10-10-2017)

in: Regeerakkoord Rutte III: *‘Vertrouwen in de toekomst’*

- ‘Er zijn situaties waarin ontbinding gerechtvaardigd is,
maar niet aan een van de redelijke gronden voor ontslag
is voldaan’;
- ‘Rechters kunnen onvoldoende maatwerk leveren....’

Onderzoek VAAN/VvA mei 2016

Uitkomsten onderzoek rechtspraak:

- Gepubliceerd 2014: 32% afwijzingen
Gepubliceerd WWZ: 28% afwijzingen
- Ongepubliceerd 2014 (NL): 10-15% afwijzingen
Ongepubliceerd WWZ (4 Rb.): 15-38%

Conclusie: gepubliceerd % afwijzingen gelijk,
ongepubliceerd *verviervoudigd* ... (?)

Onderzoeken 2018 I

UvA: Onderzoek bij rechtbanken (Beltzer TvA&O juni 2018):

Onderzoek 600 ontbindingsverzoeken juli 2015-december 2017:

- percentage afwijzingen voor en na WWZ is ongewijzigd (30%)
- 'g-grond zorgt voor lenigheid'

Kruit & Kersten, ArbeidsRecht 2018/32

- Aantal zaken spectaculair gedaald: Rb: - 50%, UWV – 75%

Onderzoeken 2018 II

Houweling, Kruit & Kersten (TAP november 2018):

- 2015-2018: 36% afwijzingen, dus nog steeds 4x hoger dan 9% pré-WWZ;

Conclusie:

Drie jaar na de invoering van de WWZ kan derhalve worden geconcludeerd dat vier keer zoveel afwijzingen plaatsvinden ...

Juristen en statistiek ...

Vraagtekens bij conclusie: 4x meer afwijzingen:

- Stijging van 10-15% naar 15-38% = 1,5-2,5x
- Als aantal zaken halveert en % afwijzingen verdubbelt:
=> *aantal afwijzingen constant!*

Percentages en aantallen zijn appels en peren !

Kersenpluk door de minister

In Eerste en Tweede Kamer:

Minister verwijst met name naar de onderzoeken VAAN/VvA 2016 en 2018:

- *‘verviervoudiging van het aantal afwijzingen...’*
- *‘Het feit dat er zo veel meer ontbindingsverzoeken worden afgewezen, is een teken dat deze regelgeving knelt’ (Handelingen I 2018/2019, p. 17-18)*

Het wegen van appels en peren



Appels bij appels en peren bij peren:

HSI: rechters konden al in 2016 in bijna alle gevallen uit de voeten met het grondenstelsel

Doelen WWZ: (in 2016 al) gehaald:

- Dejuridisering: schikkingspraktijk, spectaculaire daling aantal ontbindingsverzoeken
- Ontslagvergoedingen aanzienlijk lager;
- Ontslag in sommige gevallen moeilijker: was voorzien, *aantal afwijzingen* niet hoger, HR zorgt voor flexibiliteit (Decor, ServiceNow e.a.)

Was de arbeidsmarkt op dit punt uit balans?

Conclusie Duk, Keizer & Staal (TRA 2019/84):

‘De behandeling van de Wab in de Eerste Kamer heeft niet duidelijk gemaakt hoe reëel het met de i-grond veronderstelde probleem is en zeker niet dat het invoeren van die grond wezenlijk aan de oplossing van een dergelijk probleem kan bijdragen.

Het motto: ‘Denk eerst, handel pas daarna’ is hier niet wezenlijk in acht genomen ... ”

Stelling 1:

**Met betrekking tot het grondenstelsel had de evaluatie door de Commissie Borstlap moeten worden afgewacht,
en had de Minister niet overhaast tot introductie van een combinatiegrond moeten overgaan.**

I-GROND IN HET SYSTEEM

Introductie i-grond

Artikel 7:669 lid 3 sub i BW:

(onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan)

“een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met e, g en h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”

Overgangsrecht (art. XI):

i-grond niet voor verzoeken vóór 1 januari 2020. Een dergelijk verzoek wordt ook in hoger beroep en cassatie beoordeeld o.g.v. oude recht. Indien verzoek onder oude recht afgewezen, mogelijkheid indienen nieuw verzoek op i-grond.

Introductie i-vergoeding

Artikel 7:671b lid 8 BW:

“Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel i, kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673, lid 2.”

Waarom maximum?

- Kosten
- Rechtszekerheid
- Rechtsgelijkheid
- Voorkomen variant kantonrechtersformule
- En ook : 50% = compromis! (Handelingen II, 48, nr. 8, p. 52).

Karakter van de i-grond

i- grond is 'een separate redelijke ontslaggrond' (TK, 9, p. 65)

Toetsingsmaatstaf: *in redelijkheid dient einde aan a.o. te komen.*

Andere motiveringsplicht rechter:

omstandigheden uit tenminste 2 andere gronden (c, d, e, g of h)

nodig => *open en afgeleid* karakter.

Karakter i-grond

Volgens wetgever heeft i-grond dezelfde status als de andere gronden, maar klopt dat wel?

- Mvt, p. 56: als voldragen g-grond, dan geen ontbinding op i-grond.
- Mogelijkheid tot toekenning i-vergoeding:
 - geldt niet voor de andere redelijke gronden
 - is prikkel voor wg om ontslag op geheel voldragen enkele grond te realiseren
 - zal naar verwachting ertoe leiden dat rechter eerst zal beoordelen of ontbinding op enkele voldragen grond mogelijk is (Mvt, p. 137)

Stelling 2:

De i-grond heeft een wezenlijk ander karakter dan de andere redelijke gronden, deze is in feite *processueel* inferieur aan de andere gronden.

Karakter i-vergoeding

Discussie over noodzaak en aard i-vergoeding.

i-vergoeding is *separate* aanvulling op TV, aard vergoeding is geheel andere dan TV en BV (TK, 9, p. 63-64)

Twee doelen i-vergoeding:

- Compensatie voor beëindiging a.o. op cumulatieve gronden
- Prikkel wg om ontslag op enkele voldragen grond na te streven

=> Dus: *compensatie voor gebrekkige ontslaggrond!?*

Karakter i-vergoeding

Verschil definitieve Mvt (p. 57) en concept-Mvt (p. 62):

- *Redelijkheid ontslag* op i-grond niet in TV verdisconteerd!?
- Vgl. MvT *Wwz*, p. 34: In TV is redelijkheid ontslag verdisconteerd.

i-vergoeding = cement om de redelijkheid ontslag te verstevigen.

Conclusie: als drempel redelijkheid gehaald, bepaalt *mate van redelijkheid* of i-vergoeding wordt toegekend en de hoogte daarvan?

Stelling 3:

Als de drempel van redelijkheid van beëindiging op de i-grond wordt gehaald, bepaalt de mate van redelijkheid of een i-vergoeding wordt toegekend en zo ja, de hoogte daarvan.

Begroting i-vergoeding

Wetgever: *omstandigheden van het geval* beslissend,
o.a.:

- Mate waarin aan omstandigheden uit verschillende ontslaggronden is voldaan;
- Hoeveelheid gronden voor cumulatie.
(Handelingen II, 48, nr. 8, p. 48)

Andere omstandigheden?

Begroting i-vergoeding

Wetgever: er mag géén rekening worden gehouden met arbeidsmarktpositie wn en (ernstige) verwijtbaarheid wg => verdisconteerd in TV resp. BV.

Kanttekeningen:

- Als i-vergoeding compensatie is en redelijkheid i-ontslag niet is verdisconteerd in TV: toch rekening houden met gevolgen voor wn?
- Kan verwijtbaarheid aan zijde wg of wn niet toch via omstandigheden uit verschillende gronden een rol spelen?

Stelling 4:

Bij de begroting mag ook rekening worden gehouden met de gevolgen van het ontslag voor werknemer die niet in TV zijn verdisconteerd.

Stelling 5:

Bij de begroting mag ook rekening worden gehouden met de verwijtbaarheid aan zijde werknemer en werkgever.

Invloed op de billijke vergoeding?

Billijke vergoeding:

- Entreevoorwaarde = evhn wg;
- hoogte gerelateerd aan evhn wg, incl. gevolgen (HR New Hairstyle).

Wetgever:

De BV kan ook, *naast* de TV en de (extra) i-vergoeding, worden toegekend bij beroep op cumulatiegrond *als sprake is van evhn wg* (TK, 9, p. 63).

Invloed op de billijke vergoeding?

BV onder druk door ontbinding op i-grond?

- De Laat (TK, 11, p. 26): bijeen sprokkelen gronden en grote bijdrage g-grond kunnen niet bijdragen aan oordeel evhn?
- Maar: evhn moet zelfstandig worden beoordeeld.
- Als bewust aangestuurd op toepassing i-grond? Toekennen BV of afwijzing ontbinding wegens ontbreken 'deugdelijk dossier' (TK, 9, p. 60-61)?

Invloed op de billijke vergoeding?

Risico dat i-vergoeding door BV wordt 'opgeslokt'?

- Wetgever: vergoedingen hebben elk *ander* toetsingskader.
- Geen verdiscontering in BV à la HR New Hairstyle en Zinzia?
- Verwijtbaarheid niet meewegen bij begroting i-vergoeding *indien* sprake is van evhn wg?

Stelling 6:

**Als op de i-grond wordt ontbonden mag evhn
van werkgever alleen worden meegewogen
bij de begroting van de billijke vergoeding,
niet bij de begroting van de i-vergoeding.**

Effect introductie?

Introductie bedoeld om *groot probleem* in praktijk op te lossen...

- maar probleem was niet zo groot;
- bovendien geeft recente rechtspraak HR lucht;
- en: niet bedoeling dat i-grond in gros gevallen wordt aangevoerd (EK, D, p. 60)!

Geen wijziging in geslotenheid stelsel van ontslaggronden *beoogd* maar... *meer maatwerk* t.a.v. gronden en vergoeding!

Effect introductie?

Gaan we terug naar variant art. 7:685 oud BW?

- Nee, teveel verschillen: o.a. cap op de i-vergoeding biedt minder ruimte voor maatwerk dan onder 7:685 oud => *evenwicht?*

Geslotenheid van- en evenwicht in grondenstelsel ligt in handen rechter

=> strenge en terughoudende toets i-grond vereist.

En als dan.... gering effect!

Stelling 7:

De i-grond kan een waardevolle rol in het ontslagsysteem vervullen en zal daaraan in de kern geen afbreuk doen, mits de rechter de i-grond streng toetst en slechts in uitzonderingsgevallen toepast.

I-GROND IN DE PRAKTIJK

‘Wet andere balans’, rol van de rechter

MvT:

‘Het is aan de rechter te beoordelen of twee of meer gronden in combinatie een redelijke grond voor ontslag opleveren’

Hoe gaat de rechter oordelen over:

- Minimum (totaal) gewicht van de gecombineerde gronden
- Minimumeisen voor bijdrage aan de i-grond
- De herplaatsingsplicht bij twee of meer gronden

Het gewicht van de bijdragende gronden

Tekst artikel 7: 669 lid 2 sub i BW:

‘ ... zodanig dat van werkgever niet gevergd kan worden arbeidsovereenkomst te laten voortduren’.

Wetsgeschiedenis:

- *‘sprokkelen van enkele slecht onderbouwde gronden niet voldoende’* (Nota nav Verslag 3.2.2)
- Enkele wens werkgever niet voldoende, niet door één deur kunnen evenmin.

De ondergrens: een deugdelijk dossier

Minister:

- *‘Het kan alleen als de werkgever een deugdelijk dossier heeft, dus kan bewijzen dat een dossier is opgebouwd, met feiten en omstandigheden waar het verzoek tot ontbinding op is gebaseerd’.*
- *‘Bij een ondeugdelijk dossier zijn er geen feiten, omstandigheden en dossier om op te ontbinden’.*
- *‘Tweemaal 30% is niet voldoende’.*

Bijdrage per grond: de c-grond

Cumulatie met c-grond:

- *‘met regelmaat niet kunnen verrichten agv ziekte of gebrek’*
=> af en toe?
- mits *‘geen gevolg van arbeidsomstandigheden’*
=> invloed van arbeidsomstandigheden?
- met *‘voor bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen’*
=> vervelende gevolgen?

=> HvJEU 11 september 2019 (DW/Nobel Iberica)

Bijdrage per grond: de d-grond

Cumulatie met d-grond:

- *‘ongeschiktheid voor verrichten bedongen arbeid’*
=> aannemelijk: negatieve beoordeling voldoende?
- *‘anders dan als gevolg van arbeidsomstandigheden’*
=> deels door arbeidsomstandigheden?
- *‘tijdig in kennis’ stellen en ‘in voldoende mate in de gelegenheid stellen functioneren te verbeteren’*
=> geen verbetertraject, geen begeleiding?

Stelling 8::

De d-grond kan alleen bijdragen aan een i-grond als disfunctioneren vaststaat en de werknemer een reële mogelijkheid is geboden zijn functioneren te verbeteren.

Bijdrage per grond: de e-grond

Cumulatie met e-grond:

‘Verwijtbaar handelen werknemer, waardoor voortduren in redelijkheid niet kan worden gevergd’

=> subjectieve verwijtbaarheid voldoende ?

=> mate van objectieve verwijtbaarheid?

Overtreden re-integratievoorschriften (671 b lid 5):

=> ontbreken Deskundigenoordeel

=> geen voorafgaande uitsluiting van loon

Bijdrage per grond: de g-grond

Cumulatie met g-grond:

*‘verstoorde arbeidsverhouding,
‘zodanig dat voortduren in redelijkheid niet van
werkgever kan worden gevergd’*

=> Ernstig en duurzaam?

=> Inspanningsverplichting werkgever?

=> verstoring door de werkgever?

=> verstoring door een geschil over andere grond?

Stelling 9:

Alleen een ernstige verstoring van de arbeidsverhouding kan bijdragen aan de i-grond.

Bijdrage per grond: de h-grond

Cumulatie met h-grond:

‘andere omstandigheden’ waardoor voortduren in redelijkheid niet kan worden gevergd.

=> Komt verschil van inzicht terug als grond?

De i-vergoeding

Workshop Ruud Schepers Ellen de Groot
(Smederij 12b)

**‘Ontslagvergoedingen en de WAB:
op weg naar de uitgang’?**

Berekening i-vergoeding

‘De rechtspraak zal richtlijnen bieden voor de berekening van de extra vergoeding’ ...

Aanwijzingen in de wetsgeschiedenis:

De i-vergoeding is ‘compensatie voor onvoldragen grond en stimulans om voldragen enkele grond aan te voeren’

=> dus nooit 0%?

=> 50% tenzij ... ?

Stelling 10:

De i-vergoeding bedraagt 50%, tenzij dat in het licht van de omstandigheden van het geval niet redelijk en billijk zou zijn.

i-vergoeding en billijke vergoeding?

Minister:

‘Een situatie waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en een billijke vergoeding moet worden toegekend, staat los van de vraag of een arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden op de cumulatiegrond en een extra vergoeding (te onderscheiden van een billijke vergoeding) dient te worden toegekend’.

(Handelingen II 2018/2019, 48, item 2, 3.1.16)

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever

Voorbeelden in MvT WWZ:

- het aanvoeren van een valse grond voor ontslag met als doel een onwerkbaar situatie te creëren;
- het 'grovelijk' niet nakomen van (bijvoorbeeld re-integratie-)verplichtingen van werkgever, waardoor verstoorde arbeidsverhouding ontstaat;
- laakbaar gedrag van de werkgever waardoor een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan;

Asscher-escape passé?

Verstoring door werkgever i.v.m. andere onvoldragen grond?

=> HR ServiceNow: mogelijk g-grond

=> in 2020: mogelijk i-grond of g-grond

Vergoeding: gemaximeerd op 150% transitievergoeding?

Nee, HR ServiceNow:

hoogte BV wordt bepaald door criteria HR New Hairstyle
(verloren inkomensperspectief, mate verwijt etc.)

De praktijk in 2020 ?

Stellingname werkgever:

- Subsidiair in *alle* gevallen: de i-grond
- Vergoeding = maximaal 150% TV

Stellingname werknemer:

- Verweer op het gewicht van de afzonderlijke gronden en het totaal gewicht.
- Vergoeding i-grond = 50% hoger dan TV+Bv in 2019

2015: arbeidsmarkt in of uit balans?

