

# Arbeidsmediation in de schaduw van de Wet werk en zekerheid

Op 1 juli 2015 vond de meest ingrijpende verandering plaats in het Nederlandse arbeidsrecht sinds de Tweede Wereldoorlog. Deze verandering heeft grote impact op het stelsel van het ontslagrecht en dus op de ontslagpraktijk in het algemeen. Daarmee ook op de praktijk van de arbeidsmediator nu mediatie zich afspeelt in de 'schaduw van het recht'. De auteurs leggen uit wat er is veranderd en voorspellen dat het aantal arbeidsmediations zal toenemen.

Door Jan Plevier, Jane Kramer en Frank Emmelot

De Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft tot doel het arbeidsrecht aan te passen aan veranderende arbeidsverhoudingen in de samenleving. De regering streeft naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt, waarbij tweedeling op de arbeidsmarkt tussen mensen met een vaste baan en flexwerkers wordt verminderd. Werkzekerheid en niet baanzekerheid is het motto.

De nieuwe regels moeten het ontslagrecht eenduidig en eenvoudiger maken, waarbij de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden bevorderd. De Wwz beoogt de vergoedingen bij ontslag beter te benutten en te hoge vergoedingen te beperken. Werkgevers zijn door het huidige vergoedingensysteem (de kantonrechtformule) soms terughoudend een nieuwe (oudere) werknemer in dienst te nemen. Oudere werknemers durven een nieuwe baan mogelijk niet aan, omdat ze daarmee hun verworven ontslagbescherming verliezen. De huidige ontslagvergoedingen worden onvoldoende productief ingezet voor het vinden van nieuw werk. De Wwz beoogt daarom de ontslagvergoedingen eerlijker te verdelen en te bevorderen dat de vergoeding bij (dreigend) ontslag wordt aangewend voor transitie via scholing en opleiding naar een andere baan. Daarnaast wil de Wwz de hoogte van de vergoeding beperken. De Wwz bevat regelgeving op drie terreinen:

1. verbetering van de rechtspositie van flexwerkers per 1 januari 2015;
2. wijzigingen in de procedures en de regels voor ontslag per 1 juli 2015; en
3. aanpassing van de werkloosheidsregelingen per 1 januari 2016.

De focus van dit artikel ligt op de wijziging in de regels en procedures bij ontslag. Daarbij kijken we ook naar de nieuwe loonrisicoverdeling, waarbij de vraag is of de werkgever wel of

geen loon moet betalen in het geval de werknemer niet werkt. Op basis van deze vernieuwingen beschrijven we de mogelijke gevolgen voor de praktijk van de arbeidsmediator en trekken een conclusie.

## De wijzigingen in de regels en procedures bij ontslag

Ontslagroute afhankelijk van de ontslaggrond

Het systeem van het voorafgaand toetsen van ontslag blijft na 1 juli 2015 in stand. De ontslagroute wordt afhankelijk van de reden voor ontslag. De ontslaggronden zijn limitatief opgesomd in artikel 7:669 BW.

Bij ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen (lid 3 sub a) of bij langdurige arbeidsongeschiktheid (lid 3 sub b) moet het ontslag door de werkgever worden aangevraagd bij het UWV. Indien het UWV het verzoek afwijst, kan de werkgever naar de kantonrechter, die aan dezelfde criteria moet toetsen als het UWV. Wijst het UWV het verzoek toe, dan kan de werknemer de kantonrechter verzoeken het dienstverband te herstellen of een billijke vergoeding toe te kennen. De termijn voor het instellen van die vordering is kort: binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst. De overige in artikel 7:669 (lid 3 c tot en met h) BW opgenomen ontslaggronden moeten aan de kantonrechter worden voorgelegd:

- het door ziekte of gebrek met regelmaat niet kunnen werken;
- disfunctioneren;
- verwijtbaar handelen;
- gewetensbezwaren;
- verstoorde verhoudingen;
- andere omstandigheden waardoor in redelijkheid niet van

de werkgever kan worden gevraagd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.

Indien de kantonrechter een redelijke grond voor ontslag aanwezig acht en hij ontbindt de arbeidsovereenkomst, dan doet hij dat op een termijn gelijk aan de opzegtermijn. Op de opzegtermijn komt de proceduretijd van UWV en kantonrechter in mindering. Op beslissingen van de kantonrechter is vanaf 1 juli 2015 hoger beroep mogelijk bij het gerechtshof (binnen twee maanden in te stellen) en cassatie bij de Hoge Raad.

#### Verschil oude en nieuwe toetsing

Tot 1 juli 2015 gold dat bij de toetsing of een dienstverband wel of niet mag eindigen, alle feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang werden aangedragen en door de rechter en het UWV werden gewogen en tot uitdrukking kwamen in hun besluiten. Ter compensatie van een onvolledig dossier

gingsovereenkomst opnemen. Doet hij dat niet dan is de bedenktijd drie weken. De bedenktijd van twee weken kan invloed hebben op de onderhandelingen bij een 'exit-mediation'. Reden hiervoor is dat het onderhandelingsresultaat pas definitief wordt na het verstrijken van de bedenktijd. De werkgever is in het kader van een beëindigingsovereenkomst niet verplicht de transitievergoeding aan te bieden aan een werknemer. Dit is uiteraard van belang voor de onderhandeling aan de mediationtafel. Het zal niet vaak voorkomen dat een werknemer zal instemmen met een beëindiging zonder vergoeding.

#### Ontslagvergoeding wordt transitievergoeding

Per 1 juli 2015 zijn de kantonrechttersformule en de ontslagvergoeding vervallen. Hiermee is de mogelijkheid verdwenen tot financiële compensatie, waarbij rekening wordt gehouden met de verwijtbaarheid en de gevolgen die het ontslag heeft.

## Sinds 1 juli 2015 geldt een strikte toetsing per ontslaggrond door de rechter en het UWV

werd vaak een vergoeding – op basis van de kantonrechttersformule – toegekend. Hierbij werd rekening gehouden met de mate van verwijtbaarheid over en weer en de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. De toetsing op deze manier is per 1 juli 2015 verleden tijd.

Sinds 1 juli 2015 geldt een strikte toetsing per ontslaggrond door de rechter en het UWV. Om tot het oordeel te komen of de werknemer mag worden ontslagen zal ten minste één ontslaggrond volledig moeten zijn ingevuld. De werkgever voert bijvoorbeeld disfunctioneren aan (art. 669 lid 3 sub d). De rechter moet dan vaststellen dat aan alle voorwaarden om te kunnen spreken van disfunctioneren is voldaan. Daarbij wordt ook meegewogen of de werkgever alles heeft gedaan wat mogelijk is om tot een herplaatsing van de werknemer te komen. Als dat niet het geval is zal het verzoek moeten worden afgewezen. Met andere woorden: een beetje disfunctioneren en een daardoor ook wat verstoorde verhouding, met als gevolg meer ziekmeldingen kan niet meer leiden tot een beslissing van de rechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, al dan niet met een vergoeding.

#### Beëindiging met wederzijds goedvinden

De werkgever hoeft voornoemde procedures niet te voeren als de werknemer instemt met het ontslag of als er een beëindigingsovereenkomst is getroffen. In dat geval heeft dat geen effect op het recht op een WW-uitkering.

De werknemer krijgt gedurende twee weken de gelegenheid zijn schriftelijke instemming te herroepen. Deze bedenktijd moet de werkgever in zijn schriftelijke opzegging of beëindi-

Hiervoor in de plaats is de wettelijk vastgestelde transitievergoeding bij ontslag gekomen. In deze vergoeding krijgen verwijtbaarheid en gevolgen van ontslag geen plaats in de hoogte bij de vaststelling van de vergoeding. Werknemers met een tijdelijk dienstverband krijgen ook een transitievergoeding, mits de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Indien de arbeidsovereenkomst eindigt vanwege ernstige verwijtbaarheid van de werknemer, is de transitievergoeding niet verschuldigd.

De transitievergoeding is verschuldigd na ontslag via het UWV, ontbinding door de rechter of na het einde van rechtswege. De transitievergoeding is ook verschuldigd bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als gevolg waarvan de werknemer zelf opzegt, verzoekt om ontbinding of het dienstverband na afloop van rechtswege niet voortzet.

#### Billijke vergoeding naast de transitievergoeding

De kantonrechter kan los van de transitievergoeding een additionele billijke vergoeding toekennen aan de werknemer. Daartoe heeft hij de mogelijkheid als hij vindt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In de praktijk zal moeten blijken wanneer de rechter daar aanleiding toe ziet. De bedoeling van de wetgever is dat daarvoor alleen in een zeer beperkt aantal gevallen plaats is. Ook indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met een opzegverbod, zoals ziekte of lidmaatschap van de ondernemingsraad kan er sprake zijn van toekenning van een billijke vergoeding naast de transitievergoeding.

### Berekening transitievergoeding

De transitievergoeding is over de eerste tien jaar een derde bruto maandsalaris per dienstjaar. Over de volgende tien jaar is dit een half bruto maandsalaris per dienstjaar. Tot 2020 geldt voor werknemers boven de vijftig jaar die ten minste tien jaar in dienst zijn een hogere berekeningsmaatstaf voor de jaren dat zij na hun vijftigste in dienst zijn. Dat is een maandsalaris per dienstjaar.

Deze tijdelijke hogere transitievergoeding geldt niet voor kleinere werkgevers (25 werknemers of minder). Er geldt een maximum van € 75.000 of, als het jaarsalaris hoger is, een jaarsalaris.

Op de transitievergoeding mogen kosten die samenhangen met het einde van het dienstverband, zoals outplacement of het hanteren van een langere opzegtermijn onder voorwaarden in mindering worden gebracht.

### De nieuwe loonrisicoverdeling

De inzet van arbeidsmediation bij situatieve arbeidsongeschiktheid

Arbeidsmediation wordt vaak ingezet bij werkgerelateerd ziekteverzuim. Daarom is het van belang om stil te staan bij de gewijzigde risicoverdeling of de werknemer wel of geen loon krijgt door betaald wegens niet werken. Deze wijziging heeft

wordt artikel 7:628 BW de hoofdregel. De werkgever is dan verplicht het loon te voldoen indien en voor zover de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij dat in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.

De systematiek verandert dus van 'geen arbeid, geen loon, tenzij...' naar 'geen arbeid, wél loon, tenzij...'

Wat betekent deze wijziging voor de gevallen waar er sprake is van een situatieve arbeidsongeschiktheid?

In het geval van een verstoorde arbeidsverhouding kan zich de situatie voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld. Van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van artikel 7:629 BW is dan geen sprake. Dit volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad (Mak/SGBO, 27 juni 2008).

De Hoge Raad oordeelde over de verplichting tot het doorbetalen van het loon dat de werknemer moest stellen en zo nodig moest bewijzen dat de arbeidsomstandigheden zodanig waren dat met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten van hem redelijkerwijs niet gevergd kon worden dat hij zijn werkzaamheden verrichtte. Daarnaast diende de oorzaak van het niet kunnen werken in redelijkheid

## De systematiek verandert van 'geen arbeid, geen loon tenzij...' naar 'geen arbeid, wél loon, tenzij...'

als doel de flexwerkers bescherming te bieden, maar heeft tevens gevolgen voor werkgerelateerd ziekteverzuim.

### Uitzonderingen op 'geen arbeid, geen loon'

Als hoofdregel (art. 7:627 BW) geldt tot 1 april 2016 dat geen loon verschuldigd is voor de tijd dat de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht: geen arbeid, geen loon.

Op deze hoofdregel bestaan twee uitzonderingen: artikel 7:628 BW en artikel 7:629 BW.

In artikel 7:628 BW is bepaald dat de werknemer recht op loon behoudt, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.

De tweede uitzondering is artikel 7:629 BW, waarbij sprake is van ongeschiktheid voor het verrichten van de bedongen arbeid, waarbij de ongeschiktheid een gevolg is van ziekte of gebrek, zwangerschap of bevalling.

Geen arbeid, wel loon, tenzij...

Per 1 april 2016 vervalt de hoofdregel van artikel 7:627 BW en

voor rekening van de werkgever te komen en moest de werknemer alle medewerking verlenen aan inspanningen die erop waren gericht de oorzaak voor het niet kunnen werken weg te nemen.

### En nu de Wwz

In geval van situatieve arbeidsongeschiktheid waardoor de bedongen arbeid niet kan worden verricht, komt het niet-werken volgens de wetgever voor rekening van de werkgever, indien de situatieve arbeidsongeschiktheid niet *geheel of grotendeels* te wijten is aan de werknemer. Daarbij stelt de wetgever dat als beiden schuld treft de werkgever gehouden zal zijn het loon te betalen.

### Verzwaren van de bewijslast voor werkgevers?

De werkgever moet bewijzen dat zowel het ontbreken van de bereidheid van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten als het niet-werken voor risico van de werknemer moet komen. De wetgever gaat er in het kader van de Wwz van uit dat de uitspraak van de Hoge Raad inzake Mak/SGBO ook onder het

nieuwe recht zijn gelding zal behouden. Vooralsnog is niet zeker dat rechters dat uitgangspunt (kunnen) blijven volgen; denkbaar is dat rechters de stelplicht en bewijslast aan de werkgever gaan opleggen (omkering bewijslast).

#### **Gevolgen van de Wwz voor de mediationpraktijk**

- Het vaste dienstverband wordt vaster. Ontslag via de rechter of UWV is pas mogelijk als het feitencomplex en dus het dossier past binnen het rigide stelsel van ontslaggronden. Hierbij geldt dat minimaal één grond volledig moet zijn vervuld. De som der delen (van verschillende ontslaggronden) is niet meer voldoende. UWV en vooral rechters zullen mogelijk eerder tot afwijzing van een voorgelegde zaak overgaan. Dit zal naar verwachting leiden tot nog meer onderhandelingen tussen werkgever en werknemer om te

De invoering van het nieuwe artikel 7:628 BW (geen arbeid, wél loon) kan leiden tot een toename van de inzet van mediation bij (situatieve) arbeidsongeschiktheid. Deze inzet kan worden geïnitieerd door derden, zoals de bedrijfsarts, maar ook door de werkgever en de werknemer zelf.

De werknemer kan belang hebben bij de inzet van mediation omdat hij zijn eis tot loondoorbetaling veilig wil stellen, waarbij de medewerkingsplicht als onderdeel van de Mak/SGBO-toets geldt.

De werkgever kan belang hebben bij mediation omdat hij door de omkering van de bewijslast meer zou moeten doen dan onder het voorgaande recht om deze claim van de werknemer af te wenden. Denkbaar is dat mediation sneller dan nu het geval is, wordt ingezet, gezien de veranderende verhoudingen en de belangen die voor de werknemer en de werkgever op het spel staan.

## In verreweg de meeste gevallen zal de transitievergoeding bij ontslag lager zijn dan op basis van de kantonrechtersformule

komen tot het einde van het dienstverband. Zowel voor de gang naar de rechter, tijdens de procedure, als erna, teneinde een hoger beroep te voorkomen.

- In verreweg de meeste gevallen zal de transitievergoeding bij ontslag lager zijn dan op basis van de kantonrechtersformule. Dit zal vermoedelijk niet bijdragen aan de bereidheid van de werknemer om in te stemmen met ontslag.
- De korte wettelijke termijnen waarbinnen procedures moeten worden gestart, werken in de hand dat partijen eerst een procedure starten om pas daarna in gesprek te gaan. Dit betekent scherpere positiebepaling, discussies en escalatie tussen partijen.
- Het bereiken van een definitief einde van een dienstverband kan langer duren en wordt onzekerder. Met de komst van hoger beroep en cassatie en daarnaast de bedenktijd van twee weken voor werknemer bij instemming met de opzegging door werkgever en bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst komen de belangen van rust, duidelijkheid en zekerheid onder druk te staan.
- Het is aannemelijk dat werkgevers bereid zijn meer te betalen dan de transitievergoeding op het moment dat het dossier niet op orde is of aan de herplaatsingsplicht niet is voldaan. Dit leidt dan tot een aanvullende contractuele ontslagvergoeding, waarvoor geen objectieve criteria, zoals voorheen de kantonrechtersformule, meer voorhanden zijn.

#### **Gevolgen voor de inzet van arbeidsmediation**

Op basis van het nieuwe recht is de verwachting dat bij ontslagsituaties vaker beëindigingsovereenkomsten worden gesloten. Dit kan dus ook leiden tot een toename van het aantal exitmediations.

#### **Onderhandelingen binnen exitmediation**

In de onderhandelingen zal de toepassing van de kantonrechtersformule als objectieve norm vervallen. De vraag is of, en zo ja in welke mate, de transitievergoeding als wettelijk forfaitaire vergoeding bij de onderhandelingen een rol gaat spelen.

Denkbaar is dat de werknemer het standpunt inneemt dat de transitievergoeding het vertrekpunt in de onderhandelingen vormt. De werkgever zal het standpunt innemen dat deze vergoeding, indien al van toepassing, als het eindpunt moet worden beschouwd. Bij de onderhandelingen doet zich dan ook de vraag voor of er plaats is voor toekenning van een aanvullende contractuele ontslagvergoeding en zo ja, wat daarvoor de grondslag is. Te verwachten valt dat bij onderhandelingen in een exitmediation het speelveld zal worden belast met onderwerpen als schuldvraag, sterkte-zwakteanalyse van het dossier, de bedenktijd en de daaruit voortvloeiende onzekerheid. Deze complicerende aspecten kunnen worden gezien als een extra motivatie voor de werkgever en werknemer om voor mediation te kiezen. Eenmaal in mediation zullen deze aspecten voor werkgever en werknemer kunnen betekenen dat zij langer door onderhandelen. De (verwachte) gevolgen van de Wwz hebben effect op het beste alternatief zonder overeenstemming (BAZO) van partijen in een mediation. Werkgever en werknemer zullen in een exitmediationstraject langer moeten doorgaan met onderhandelen bij gebrek aan een alternatief. De stok achter de deur van een snelle, niet voor hoger beroep vatbare, beslissing van de kantonrechter is er immers niet meer.

Nu werknemers en werkgevers minder houvast hebben bij de onderhandelingen is de verwachting dat vaker juridisch adviseurs aan de mediationtafel plaats zullen nemen.

De complicerende aspecten van de Wwz leiden tot het innemen

van – stevige – standpunten of zelfs het starten van een juridische procedure. De kans op escalatie in de onderlinge verhoudingen van de werkgever en de werknemer neemt dus toe. Het werk van de arbeidsmediator zal intensiveren bij het herstel en het normaliseren van de onderlinge communicatie en relatie, het richten op belangen en niet op standpunten en dus de faciliterende procesrol van de mediator.

Hoe beter de mediator dit proces samen met werkgever en werknemer doorloopt en daadwerkelijk wederzijds ervaren procedurele rechtvaardigheid wordt gerealiseerd, hoe groter de kans dat de werknemer geen gebruikmaakt van zijn recht op het ontbinden van de beëindigingsovereenkomst. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan de behoeften aan rust, duidelijkheid en zekerheid in arbeidszaken.

### Conclusie: meer en complexere (exit)mediations

Het is de vraag of de door de wetgever beoogde doelen van vereenvoudiging en zekerheid van het nieuwe ontslagrecht door de Wvz worden bereikt. Nog niet alle regelgeving is klaar. De nieuwe Wvz is onderwerp van monitoring. In 2016 informeert de regering de Tweede Kamer wat het nieuwe ontslagrecht in de praktijk heeft opgeleverd.

De wetgever laat de toepassing aan werkgevers en werknemers over. Antwoorden op de vele vragen zullen de komende tijd uit de praktijk van onderhandelen, mediation en rechtspraak moeten gaan blijken.

Wij denken dat er meer ruimte is voor arbeidsmediation. De arbeidsmediations (zeker wanneer het om een exitsituatie gaat) zullen wel complexer van aard zijn.

Voor arbeidsmediators geldt daarom: aan de slag met de Wvz!



#### Over de auteurs

Mr. Jan Plevier (l.), MfN-registermediator, is partner bij De Groefabriek en instituut assessor bij SKM/Intop.

Mr. Jane Kramer (m.) is advocaat bij Lanen & Standhardt advocaten en MfN-registermediator.

Mr. Frank Emmelot (r.) is MfN-registermediator, directeur van InterArbeid Mediation & Consultancy en partner bij Altena Mediation.

Alle auteurs zijn trainer bij The Lime Tree, Mediation & Coaching.

(advertentie)

## OPLEIDING NALATENSCHAPSMEDIATION

Lossere familiebanden, echtscheidingen, tweede huwelijken en steeds grotere vermogens leiden in toenemende mate tot familieconflicten als de erfenis moet worden verdeeld. Ook het ontbreken van een testament – en anderzijds de trend van het steeds complexere testament met vele keuzemogelijkheden – maken de afwikkeling van een nalatenschap niet gemakkelijk. De nalatenschapsmediator kan hierbij een centrale positie innemen.

Wilt u meegroeien met deze ontwikkelingen en zich als mediator verder specialiseren? Schrijft u zich dan nu in!

#### Docenten:

mr. Annette M. van Riemsdijk  
 drs. George Smits  
 Else Marie van den Eerenbeemt  
 mr. Jacques de Waart  
 dr. mr. Fred Schonewille.

#### Locatie:

Kasteel de Vanenburg in Putten

#### Voor wie?

Notarissen, advocaten en andere professionals met een mediationopleiding en kennis van erfrecht.

#### Data:

7 en 8 oktober 2015  
 4 en 5 november 2015  
 25 en 26 november 2015

#### Voor meer informatie en/of de brochure:

Iris Ydema  
 020 - 205 02 51  
 i.ydema@resultadr.com  
 www.resultadr.com/NI

**Opleidingspunten PE**  
 MfN 45, KNB 45, VMN 39.  
 Voor andere beroepsgroepen  
 zie onze website.