

Arbeidsconflicten onder de WWZ: geen ontslag maar los het probleem op!

Pascal Willems

In TBV 3 uit maart 2015 is een bijdrage verschenen van mijn hand en die van Frans van den Nieuwenhof over de STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten 6.¹ Kort daarop, per 1 juli 2015, is de Wet werk en zekerheid (WWZ) ingevoerd die een belangrijke wijziging in het ontslagrecht heeft aangebracht. De arbeidsrechtpraktijk is daarop wezenlijk veranderd. In plaats van het regelen van ontslag gaat het er nu om het probleem in de arbeidsrelatie op te lossen.

Ontslaggronden

Door de invoering van de WWZ is het ontslagrecht behoorlijk gewijzigd, en zeker waar een arbeidsconflict een belangrijke aanleiding is voor een werkgever om een ontbindingsverzoek in te dienen. Daar waar in het verleden de werkgever alleen maar aannemelijk hoefde te maken dat er sprake was van veranderde omstandigheden die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigde, is de werkgever in het huidige stelsel verplicht om één of meer ontslaggronden aan te voeren en vervolgens per ontslaggrond aannemelijk te maken dat aan alle voorwaarden voor die ontslaggrond is voldaan. Enkel wanneer aan alle voorwaarden van de in de wet genoemde ontslaggronden is voldaan, mag de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Het is toegestaan meerdere ontslaggronden aan het ontbindingsverzoek ten grondslag te leggen. Om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te komen, dient echter één van de aangedragen ontslaggronden volledig te zijn vervuld. Het op één hoop vegen van allerlei op zichzelf staande argumenten om vervolgens te concluderen dat het vertrouwen onherstelbaar beschadigd is, is onder het huidige recht niet meer mogelijk.

Afwijzingen

Het gevolg is, zeker kort na de invoering van de WWZ, dat relatief veel ontbindingsverzoeken worden afgewezen. Lag het percentage afwijzingen van ontbindingsverzoeken vóór de invoering van de WWZ op ongeveer 9%, na de

invoering van de WWZ is dat percentage in het eerste jaar gestegen naar 38%. Sindsdien is het percentage weer iets naar beneden gegaan, maar ook het aantal gestarte ontbindingsverzoeken is gedaald. Eén van de meest voor de hand liggende redenen daarvoor is dat werkgevers minder snel de gang naar de rechter maken als ze weten dat de kans op succes erg klein is. Voor ontbindingsverzoeken die verband houden met een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie, de zogenaamde "g" grond (artikel 7:673 lid 3 onder g BW), geldt zelfs dat ongeveer 57% van alle verzoeken wordt afgewezen. Dus ook als één van de partijen stelt dat het vertrouwen onherstelbaar beschadigd is. Anders dan onder het oude recht heeft de rechter veel minder de werknemer financieel te compenseren als de werkgever het conflict heeft veroorzaakt of zich onvoldoende heeft ingezet om het conflict op te lossen. De rechter wijst het ontbindingsverzoek dan af, met als boodschap dat de werkgever alsnog zijn best moet doen om het conflict op te lossen of om er via onderhandelingen uit te komen. Hierdoor loopt de werkgever het risico dat de werknemer na de procedure gewoon weer moet worden toegelaten op het werk, waardoor de spanningen alleen maar verder zullen oplopen. Voor zover de werknemer zich daarvoor nog niet ziekgemeld heeft, is de kans groot dat dat daarna alsnog gebeurt.

Gevolgen voor de STECR Werkwijzer

De vraag is of de invoering van de WWZ gevolgen heeft voor de STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten. Ik denk dat dat vooralsnog wel meevalt. In de synopsis die in de Werkwijzer is opgenomen, komen namelijk 2 kernvragen aan bod, 1) is de werknemer door ziekte verhinderd de bedongen arbeid te verrichten én 2) is er sprake van een arbeidsconflict. De antwoorden op deze vragen zijn sturend als het gaat om de advisering door de bedrijfsarts aan werkgever en werknemer. Het gewijzigde ontslagrecht speelt bij deze vragen geen enkele rol. Voor de verdere uitwerking heeft de WWZ echter wel gevolgen. Met name de inzet van mediation in relatie tot het ontslagrecht en de voorgenomen wijziging van de regels rondom de loondoorbetaling van een – niet zieke maar wel verzui-

Mr. P. Willems, advocaat/eigenaar WVO Advocaten, Loenen (Gld).

Correspondentieadres:

pwillems@wvo-advocaten.nl

mende – medewerker zijn in dat kader van belang. Ik zal deze punten kort toelichten.

Mediation

Een belangrijk instrument om een arbeidsconflict op te lossen is de inzet van mediation. In de STECR Werkwijzer 6 wordt mediation ook aanbevolen, zij het dat het pas ingezet zou moeten worden als gesprekken tussen werkgever en werknemer, eventueel in het bijzijn van een (onafhankelijke) derde, geen resultaat heeft gehad. Uit de jurisprudentie van vóór de WWZ bleek immers dat als een werkgever een ontbindingsverzoek had ingediend nadat mediation zonder succes was ingezet, de kantonrechter vrijwel altijd de arbeidsovereenkomst ontbond, één van de zogenaamde “Vuistregels van Pel”. Indien een werkgever onder het huidige recht een arbeidsovereenkomst wil ontbinden vanwege een verstoorde arbeidsrelatie, dan is het enkele feit dat er mediation heeft plaatsgevonden niet (altijd) voldoende om tot een voldragen ontslaggrond te komen. Op grond van de wet moet er namelijk worden aangetoond dat sprake is van een duurzame verstoring van de arbeidsrelatie, alsmede dat de verstoring van de arbeidsrelatie niet aan de werkgever is te wijten. Met name dit laatste is een belangrijke verzwarende van de ontslagtoets bij de kantonrechter. Een werkgever die zelf een arbeidsconflict creëert, mag immers niet beloofd worden met een voldragen ontslaggrond. Als echter komt vast te staan dat de werkgever het arbeidsconflict niet (in overwegende mate) heeft veroorzaakt en/of zich voldoende heeft ingespannen om het conflict op te lossen en herplaatsing binnen de organisatie ook niet mogelijk is, dan wordt een ontbindingsverzoek op deze grond wel veel eerder toegewezen. In zoverre is de inzet van mediation nog steeds een geschikt instrument om een arbeidsconflict op te lossen, maar is het doorlopen van mediation geen garantie dat een nadien ingediend ontbindingsverzoek daardoor ook altijd zal worden toegewezen. In een nieuwe versie van de Werkwijzer dient deze nuancering naar mijn mening wel toegevoegd te worden aan de achtergrondinformatie, maar is een inhoudelijke wijziging van de Werkwijzer daarvoor niet strikt noodzakelijk.

Loondoorbetaling en arbeidsconflicten

Een ander belangrijk aspect van arbeidsconflicten die ook in de STECR Werkwijzer wordt aangestipt, is de loondoorbetaling tijdens arbeidsconflicten. In situaties waarin de bedrijfsarts van mening is dat er sprake is dat de werknemer door ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten én er sprake is van een arbeidsconflict (de zogenaamde 3b variant), dan heeft de werknemer recht op loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 BW. Daarin is niets veranderd. Dat ligt anders als de bedrijfsarts meent dat er geen sprake is van – kort gezegd – ziekte, maar de werknemer toch geen arbeid verricht, de zogenaamde 3c

variant. In de Werkwijzer is in paragraaf 3.3.1. toegelicht dat de werknemer in dat geval geen recht heeft op loon (artikel 7:627 BW), tenzij het niet werken voor risico van de werkgever behoort te komen (artikel 7:628 BW). Met de invoering van de WWZ is echter besloten om artikel 7:627 BW (geen arbeid, geen loon) te laten vervallen en om per 1 april 2016 artikel 7:628 BW opnieuw te formuleren, namelijk dat een werknemer ook recht heeft op (volledig) loon als hij/zij niet werkt, tenzij het niet werken voor rekening en risico van de werknemer dient te komen. Hoewel de wetgever heeft aangegeven dat deze herformulering geen wijziging beoogt van de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt (het arrest MAK/SGBO), betekent deze herformulering wel dat de bewijslast verschuift van de werknemer naar de werkgever. Zeker in situaties van een arbeidsconflict zal die bewijslast een behoorlijke uitdaging zijn voor werkgevers en helemaal nu de privacy van de werknemer nog strenger wordt bewaakt door de Autoriteit Persoonsgegevens. Het zal voor werkgevers in een groot aantal gevallen onmogelijk zijn om aan te tonen dat een situatie rondom een arbeidsconflict in de risicosfeer van de werknemer valt als een werknemer zich beroept op zijn privacy. In de STECR Werkwijzer 6 heeft de toenmalige Kenniskring daar al op voorgesorteerd door op te merken dat de gevolgen van deze wetswijziging onduidelijk zijn en dat dit mogelijk tot een aanpassing van de Werkwijzer in 2017 zal leiden. Of het zover komt is maar de vraag. Weliswaar is de WWZ door het parlement aangenomen, maar is daarin opgenomen dat de wijziging van artikel 7:628 en 7:627 BW op een later tijdstip zal worden doorgevoerd. De beoogde inwerkingtredingsdatum van 1 april 2016 is in eerste instantie verschoven naar 1 oktober 2016 en is daarna in alle stilte op de lange baan geschoven. Gezien de forse kritiek die er is geuit op deze wetswijziging is het maar de vraag of de nieuwe regering zal besluiten om deze wijziging überhaupt in werking te laten treden. Tot die tijd geldt dus gewoon nog het oude/bestaande systeem en is de Werkwijzer op dit punt nog steeds actueel.

Conclusie

Het ontslaan van een werknemer bij een arbeidsconflict is moeilijker geworden. Werkgevers zullen nog nadrukkelijker dan voor de invoering van de WWZ de STECR Werkwijzer moeten volgen. Een NVAB richtlijn vormt samen met de STECR Werkwijzer een uitstekend handvat om bij arbeidsconflicten te oordelen, te adviseren en te begeleiden.

Literatuur

1. Willems P, Nieuwenhof F van den. STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten versie 6. Tijdschr Bedrijfs Verzekeringsge-
neeskd 2015; 3: 120-123.