



DE WET WERK EN ZEKERHEID: (ON)BEKEND BIJ HET MKB.

Een onderzoek naar de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ.

Dit onderzoeksrapport is geschreven door M.J.M. (Manon) Engels, studente van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en in opdracht van Rein Advocaten & Adviseurs.

Tilburg, mei 2016

De Wet Werk en Zekerheid: (On)bekend bij het MKB.

Een onderzoek naar de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren als
gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ.

Manon Engels

2067967

In opdracht van Rein Advocaten & Adviseurs

Afstudeermentor

mr. G. (Gerrit) Raaben

Afstudeerperiode

8 februari 2016 tot en met 13 mei 2016

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, locatie Tilburg

Eerste afstudeerdocent

mr. S. (Sophie) Weideveld

Tweede afstudeerdocent

mr. F.A.C. (Frank) Klaassen

Inleverdatum

30 mei 2016

Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van mijn onderzoek naar de knelpunten die midden- en kleinbedrijven ervaren als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid. Ik heb al van kleins af aan de droom om jurist te worden. In 2012 ben ik begonnen met het realiseren van deze droom. Nu aan het einde van mijn studie, kan ik terugkijken op vier plezierige en leerzame studiejaren die voorbij zijn gevlogen. Ter afsluiting van mijn studie krijg ik de mogelijkheid om af te studeren bij een afstudeerorganisatie naar keuze.

Ik heb gekozen om af te studeren bij Rein Advocaten en Adviseurs. In eerste instantie wist ik niet goed op welk rechtsgebied ik wilde afstuderen, ik vind alle rechtsgebieden namelijk zeer interessant. Maar toen ben ik verliefd geworden op een jonge MKB-ondernemer, met veel kritiek op de Wet Werk en Zekerheid. Vanaf dat moment wist ik zeker dat ik wilde afstuderen op het gebied van het arbeidsrecht. Via een kennis van mijn vriend ben ik in contact gekomen met arbeidsrechtadvocaat de heer Raaben. De heer Raaben herkende de kritiek van mijn vriend op de Wet Werk en Zekerheid en hij gaf aan dat veel van zijn cliënten knelpunten ervaren met de Wet Werk en Zekerheid. Dit was de aanleiding voor mijn afstudeeronderzoek. De heer Raaben bood mij de mogelijkheid om af te studeren bij Rein Advocaten en Adviseurs en ik zou voor de heer Raaben onderzoeken welke knelpunten zijn cliënten ervaren met de Wet Werk en Zekerheid.

Met veel enthousiasme heb ik gewerkt aan mijn afstudeerscriptie. De heer Raaben en ik waren zo enthousiast over mijn afstudeeronderzoek, dat het ons leuk leek om doorwerking van de Wet Werk en Zekerheid bij 20 midden- en kleinbedrijven te onderzoeken. Achteraf bleek 20 midden- en kleinbedrijven bezoeken niet haalbaar binnen een tijdsbestek van 14 weken. In overleg met de heer Raaben heb ik besloten om 5 midden- en kleinbedrijven te bezoeken. Verder is het schrijven van mijn afstudeerscriptie goed verlopen. Ik vind het arbeidsrecht nu zo interessant, dat ik mezelf verder wil ontwikkelen op het gebied van het arbeidsrecht.

Graag maak ik nog gebruik van deze mogelijkheid om een aantal mensen te bedanken voor hun bijdrage aan mijn afstudeerscriptie. Allereerst wil ik de heer Raaben bedanken, met zijn grote hoeveelheid kennis over de Wet Werk en Zekerheid heb ik tijdens mijn afstudeerstage veel van hem mogen leren. Naast veel kennis over de Wet Werk en Zekerheid heb ik ook een grote persoonlijke ontwikkeling doorgemaakt. Ook mevrouw Weideveld wil ik bedanken, als afstudeerdocent heeft zij mij voorzien van goede feedback en fijne begeleiding. Verder wil ik iedereen bedanken die heeft meegewerkt aan de totstandkoming van deze scriptie. Tot slot wil ik in het bijzonder mijn vader, moeder en zusje bedanken voor alle steun die ik heb gekregen in de afgelopen vier jaar.

Ik wens iedereen die dit onderzoek leest veel leesgenot toe.

Tilburg, mei 2016



Manon Engels

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	9
1.1	Aanleiding	9
1.2	Probleembeschrijving	9
1.3	De centrale vraag	10
1.4	Doelstelling	10
1.5	Deelvragen	10
1.6	Onderzoeksstrategieën	11
1.7	Verantwoording en methoden van onderzoek	11
1.8	Leeswijzer	12
Hoofdstuk 2	Wijzigingen Wet Werk en Zekerheid	13
2.1	De flexibele schil	13
2.1.1	<i>Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd</i>	13
2.1.2	<i>Oproepovereenkomst</i>	13
2.1.3	<i>Uitzendovereenkomst</i>	14
2.1.4	<i>Detachering</i>	14
2.1.5	<i>ZZP</i>	14
2.2	Maatregelen ter versterking van de positie van flexwerkers	15
2.2.1	<i>Aanzegverplichting</i>	15
2.2.2	<i>Proeftijd</i>	15
2.2.3	<i>Concurrentiebeding</i>	15
2.2.4	<i>Ketenregeling</i>	16
2.2.5	<i>Loonuitsluitingsbeding</i>	16
2.2.6	<i>Uitzendbeding</i>	17
2.3	Eenduidiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar ontslagrecht	17
2.3.1	<i>Ontslaggronden</i>	17
2.3.2	<i>Procedures</i>	17
2.3.3	<i>Transitievergoeding</i>	17
2.3.4	<i>Billijke vergoeding</i>	18
2.4	Tussenconclusie	18

Hoofdstuk 3	Doorwerking van de WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven	21
3.1	De aard van de bezochte bedrijven	21
3.1.1	<i>Witec Fijnmechanische Techniek BV</i>	21
3.1.2	<i>Rpublic BV</i>	21
3.1.3	<i>Janijko tegels & sanitair BV</i>	21
3.1.4	<i>S.I.T. Controls BV</i>	21
3.1.5	<i>Timmer & Timmerman Mechanisatie BV</i>	21
3.2	Doorwerking WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven	22
3.2.1	<i>De flexibele schil</i>	22
3.2.2	<i>De proeftijd en het concurrentiebeding</i>	23
3.2.3	<i>De kennis die MKB-bedrijven hebben van de ketenregeling</i>	25
3.2.4	<i>De kennis die MKB-bedrijven hebben van het (nieuw) Ontslagrecht</i>	26
3.2.5	<i>De opbouw van een ontslagdossier</i>	26
3.3	Tussenconclusie	27
Hoofdstuk 4	Disfunctionerende werknemer	28
4.1	Juridische toetsingskader	28
4.1.1	<i>Bewijsrecht</i>	28
4.1.2	<i>Ontslaggronden disfunctioneren</i>	28
4.1.3	<i>Ontslagregeling</i>	29
4.2	Oordeel van kantonrechters	29
4.2.1	<i>Opstellen van verbeterplan</i>	29
4.2.2	<i>Verbetertraject</i>	29
4.2.3	<i>In onvoldoende mate in de gelegenheid stellen om het functioneren te verbeteren</i>	30
4.2.4	<i>Zich bewustzijn van disfunctioneren</i>	30
4.2.5	<i>Pesterijen op de werkvloer</i>	30
4.3	Hoger beroep	31
4.3.1	<i>Ontbinding van de arbeidsovereenkomst blijft van kracht in hoger beroep</i>	31
4.3.2	<i>Arbeidsovereenkomst ontbinden met een disfunctionerende werknemer tijdens ziekte</i>	31
4.4	Tussenconclusie	32

Hoofdstuk 5	De huidige werkwijze van arbeidsrechtadvocaten binnen Rein	33
5.1	Interview met de heer Raaben	33
5.1.1	<i>Nieuwsbrief en vaktijdschrift Arbeidsrecht</i>	33
5.1.2	<i>Cliëntcontact</i>	33
5.1.3	<i>Geboden hulp aan cliënten</i>	33
5.2	Interview met mevrouw Zoer	34
5.2.1	<i>Actuele onderwerpen en jurisprudentie</i>	34
5.2.2	<i>Cliënten op de hoogte stellen van de WWZ</i>	34
5.2.3	<i>Advisering na invoering WWZ</i>	34
5.3	Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 6	Conclusies en aanbevelingen	36
6.1	Conclusies	36
6.1.1	<i>Wijzigingen WWZ</i>	36
6.1.2	<i>Doorwerking WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven</i>	36
6.1.3	<i>Het ontslagdossier van een disfunctionerende werknemer</i>	36
6.1.4	<i>Werkwijze van arbeidsrechtadvocaten binnen Rein</i>	37
6.1.5	<i>De knelpunten die MKB-bedrijven ervaren als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ</i>	37
6.2	Aanbevelingen	38
6.2.1	<i>Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd</i>	38
6.2.2	<i>Seminar</i>	38
6.2.3	<i>Adviestraject op maat</i>	38
6.2.4	<i>Voorlichtingspakket</i>	39
6.3.5	<i>Workshops</i>	39
Literatuurlijst		40
Jurisprudentielijst		42
Bijlagen 1 t/m 23 zijn opgenomen in een aparte omslag		

Lijst met afkortingen

BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
Dr.	Doctor
MKB	Midden- en kleinbedrijf
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
Mr.	Meester
Prof.	Professor
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wfz	Wet flexibiliteit en zekerheid
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Begrippenlijst

Aanzegtermijn

Na invoering van de Wet Werk en Zekerheid is de werkgever verplicht om de aanzegtermijn in acht te nemen. De aanzegverplichting houdt in dat de werkgever de werknemer dient te informeren over al dan niet voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De aanzegverplichting geldt alleen voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten van minimaal zes maanden.

Billijke vergoeding

Indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, dan kan de kantonrechter bovenop de transitievergoeding een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer.

Flexibele schil

Medewerkers die voor een bedrijf werken anders dan op basis van een vast dienstverband.

Flexrecht

Het systeem van flexibele arbeidsrechten.

Flexwerker

Een flexwerker is een werknemer die werkt op basis van een flexibel arbeidscontract.

Inlener

De uitzendkracht wordt ter beschikking gesteld door het uitzendbureau ten behoeve van de werkgever. Om die reden wordt de werkgever in geval van uitzendkrachten de inlener genoemd.

Intrinsieke aard van de bedrijfsvoering

Een noodzaak die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering.

Ketenregeling

De werking van de ketenregeling houdt in dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt, indien een vierde overeenkomst wordt gesloten, dan wel een termijn van 24 maanden is overschreden.

Transitievergoeding

De ontslagvergoeding na inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid.

Samenvatting

Uit de media blijkt dat MKB-bedrijven na invoering van de WWZ geen vaste contracten meer aanbieden. Ook zou het nieuwe ontslagrecht het lastiger maken om een werknemer te ontslaan, dit heeft te maken met een ontslagdossier die werkgevers nodig hebben om hun aanvraag voor ontslag te onderbouwen. Het doel van dit onderzoeksrapport is om inzicht te verschaffen over de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren met de WWZ, zodat Rein Advocaten & Adviseurs een adviestraject op maat kan inrichten voor haar cliënten.

De centrale vraag van het onderzoek luidt: Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan aan Rein over de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ? Om tot de beantwoording van de centrale vraag te komen, zal de onderzoeker de volgende deelvragen bespreken: wat er door invoering van de WWZ is gewijzigd op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht, hoe de WWZ doorwerkt binnen bezochte MKB-bedrijven, hoe kantonrechters oordelen over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op grond van 'disfunctioneren' en wat de huidige werkwijze is van arbeidsrechtadvocaten binnen Rein.

De onderzoeker heeft gebruik gemaakt van verschillende methoden om de deelvragen te beantwoorden. Voor beantwoording van de vraag wat er door invoering van de WWZ is gewijzigd, heeft de onderzoeker gekozen voor een inhoudsanalyse. De onderzoeker heeft boek 7 Burgerlijk Wetboek, de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord van de WWZ en vaktijdschriften geraadpleegd. Om te kunnen beschrijven hoe de WWZ is doorgewerkt binnen de bezochte MKB-bedrijven, heeft de onderzoeker vrij geobserveerd binnen vijf MKB-bedrijven. Voor het jurisprudentieonderzoek heeft de onderzoeker wederom gekozen voor een inhoudsanalyse. De onderzoeker heeft gebruik gemaakt van gewezen jurisprudentie over de ontslaggrond disfunctioneren. Tot slot heeft de onderzoeker gebruik gemaakt van een half gestructureerd interview. Twee arbeidsrechtadvocaten zijn geïnterviewd over de huidige werkwijze die zij hanteren binnen Rein.

Uit onderzoek is gebleken dat met name de kleine bezochte MKB-bedrijven knelpunten ervaren met de WWZ. Dit is gebaseerd op het feit dat bij twee van de drie kleine bedrijven de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet in overeenstemming is met de WWZ. Verder zijn de kleine bedrijven niet op de hoogte van de ketenregeling en het nieuwe ontslagrecht. Daarentegen is de WWZ binnen de grotere bezochte MKB-bedrijven wel goed doorgewerkt. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is in overeenstemming met de WWZ en de onderzoeker heeft vastgesteld dat de bedrijven goed op de hoogte zijn van de ketenregeling en het nieuwe ontslagrecht. Wel is gebleken dat zowel de kleinere, als de grotere bezochte bedrijven, de opbouw van een ontslagdossier ervaren als een knelpunt. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat een ontslagdossier voldoende is opgebouwd, indien uit het dossier blijkt dat voor de werknemer een verbetertraject is ingericht of dat de werkgever een verbeterplan heeft opgesteld voor de werknemer en desondanks het functioneren niet is verbeterd. Opvallend is dat de onderzoeker heeft vastgesteld dat de opbouw van een ontslagdossier een knelpunt blijkt te zijn voor MKB-bedrijven, maar dat de arbeidsrechtsspecialisten (nog) geen actief algemeen beleid hebben gevoerd, gericht op advies of begeleiding bij de opbouw van een ontslagdossier.

De onderzoeker heeft een aantal documenten opgesteld en aanbevelingen gedaan aan Rein. Er is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opgesteld door de onderzoeker, die kan worden verstrekt aan nieuwe cliënten. Daarnaast heeft de onderzoeker bedacht om het Reincollege te organiseren. In het Reincollege zullen de arbeidsrechtadvocaten de studenten (MKB-bedrijven) advies geven over de opbouw van een ontslagdossier. Verder heeft de onderzoeker een checklist voorlichting samengesteld. Het is aan de arbeidsrechtadvocaten om per onderdeel van de WWZ een brochure te maken en vervolgens een voorlichtingspakket samen te stellen voor de cliënten die middels de checklist aangeven behoefte te hebben aan voorlichting.

Hoofdstuk 1 Inleiding

Dit onderzoeksrapport is geschreven in opdracht van Rein Advocaten en Adviseurs, (hierna te noemen: 'Rein'). Het kantoor is gehuisvest in Assen. Het kantoor richt zich op ondernemingsrecht, faillissementen en het private arbeidsrecht en bestaat uit advocaten, adviseurs, juristen en ondersteunend personeel.

1.1 Aanleiding

De inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) is de aanleiding voor het schrijven van dit onderzoeksrapport. Het wetsvoorstel is op 29 november 2013 ingediend. Op 14 juni 2014 is de wet gepubliceerd in het Staatsblad.¹ De wet is in twee fases in werking getreden, het ene deel (het *flexrecht*) per 1 januari 2015, het andere deel (het ontslagrecht) per 1 juli 2015. Door de inwerkingtreding van de WWZ is het arbeidsrecht aanzienlijk veranderd. Veel MKB-ondernemers zijn als cliënt verbonden aan Rein. De arbeidsrechtadvocaten die werkzaam zijn bij Rein, streven ernaar om de belangen van hun cliënten zo goed mogelijk te behartigen en hun werkgeverspositie te versterken.

1.2 Probleembeschrijving

Als doelstellingen van de WWZ gelden: versterking van de rechtspositie van *flexwerkers* en een ontslagrecht dat eenduidiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar zal worden.² Op het gebied van flexibele arbeidsrelaties zijn maatregelen genomen om de balans te herstellen tussen flexibele en vaste contracten. Het doel van deze maatregelen is dat tijdelijke werknemers eerder recht hebben op een vast contract, waardoor inactiviteit en onzekerheid op de arbeidsmarkt wordt voorkomen. Op het gebied van het ontslagrecht hebben er wijzigingen plaatsgevonden, met als doel een eenduidig, sneller, eerlijker en minder kostbaar ontslagrecht. Rechters en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) kunnen het ontslag toetsen aan ontslagcriteria die zijn opgenomen in de wet, dit maakt het ontslagrecht eenduidig. Doordat een werknemer bij een dienstverband van twee jaar of langer recht heeft op een transitievergoeding, wordt het nieuwe ontslagrecht eerlijker. De transitievergoeding (als vervanging van de voorheen geldende ontbindingsvergoeding) maakt het ontslagrecht minder kostbaar.³ De doorwerking van de WWZ is momenteel een actueel onderwerp. Op 9 maart 2016 is er in de Tweede Kamer gedebatteerd over de tussentijdse evaluatie van de WWZ

In de media krijgt de doorwerking van de WWZ bij midden- en kleinbedrijven (MKB) veel aandacht. MKB-bedrijven zouden als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ geen vaste contracten meer aanbieden.⁴ Dit heeft alles te maken met de transitievergoeding die zij zijn verschuldigd aan een werknemer bij een dienstverband van twee jaar of langer. Verder maakt het nieuwe ontslagrecht het lastiger om werknemers te ontslaan.⁵ Dit heeft te maken met de dossiers die werkgevers nodig hebben om hun aanvraag voor ontslag te onderbouwen. Kantonrechters kijken streng naar de dossiers en in de afgelopen tijd blijkt dat rechters ongeveer de helft van de ontslagaanvragen hebben afgewezen.⁶

¹ Stb. 2014, 274.

² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5 (MvT).

³ Bijlage 1 bijbehorend Kamerstukken II 2015/16, 34 351, nr. 1 p. 2.

⁴ Aldus ook Leupen 2016.

⁵ Aldus ook Leupen 2015.

⁶ Aldus ook Leupen 2015.

De onderzoeker wil weten wat de ervaringen zijn van MKB-bedrijven met de WWZ en waar zij knelpunten ervaren. Hiervoor zal de onderzoeker vijf MKB-bedrijven bezoeken. Onderzocht zal worden of de bedrijven een *flexibele schil* (dit zijn medewerkers die voor het bedrijf werken anders dan op basis van een vast dienstverband) hebben, hoe deze flexibiliteit is vorm gegeven en waarom voor een bepaalde vorm is gekozen. Hiernaast zal worden onderzocht of en in welke mate de bedrijven op de hoogte zijn van het nieuwe ontslagrecht en of zij het personeelsbeleid daarop hebben aangepast. Ook zal de onderzoeker nagaan wat de bedrijven weten van (de hoogte van) de transitievergoeding. Jurisprudentie over de verschillende aspecten van de WWZ komt momenteel langzaam op gang. Het nieuwe ontslagrecht maakt het lastiger om werknemers te ontslaan. Kantonrechters kijken streng naar dossiers ter onderbouwing van ontslagaanvragen. Om die reden zal de onderzoeker een jurisprudentie onderzoek doen hoe kantonrechters oordelen over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op grond van 'disfunctioneren'.

Rein wil graag een adviestraject inrichten voor cliënten die knelpunten ervaren met de WWZ. Momenteel is het onduidelijk voor het kantoor waar hun cliënten knelpunten ervaren met de WWZ. Dit onderzoeksrapport zal het kantoor duidelijkheid verschaffen over de knelpunten die de bezochte MKB-bedrijven ervaren met de WWZ. Tevens wordt duidelijk hoe kantonrechters in het algemeen oordelen over de dossiervorming ter onderbouwing van het ontslag op grond van 'disfunctioneren'. De arbeidsrechtadvocaten binnen Rein kunnen kansen om een disfunctionerende werknemer te ontslaan dan beter inschatten en hierop anticiperen. Na afronding van het onderzoek zal de onderzoeker aanbevelingen doen aan Rein over de inrichting van het adviestraject.

1.3 De centrale vraag

De centrale vraag in dit onderzoek luidt:

Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan aan Rein over de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ?

1.4 Doelstelling

De onderzoeker zal op 30 mei 2016 een onderzoeksrapport afleveren dat inzicht verschaft over de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren met de WWZ, zodat Rein een adviestraject op maat kan inrichten voor haar cliënten.

1.5 Deelvragen

Om tot de beantwoording van de centrale vraag te komen, zal de onderzoeker de volgende deelvragen beantwoorden:

1. Wat is er door de invoering van de WWZ gewijzigd op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht?
2. Hoe werkt de WWZ door binnen de bezochte MKB-bedrijven?
3. Hoe oordelen kantonrechters over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op grond van 'disfunctioneren'?
4. Wat is de huidige werkwijze van arbeidsrechtadvocaten binnen Rein?

1.6 Onderzoeksstrategieën

De onderzoeker zal een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek verrichten naar de inhoud van de WWZ. In de praktijk zal de onderzoeker onderzoeken welke knelpunten MKB-bedrijven ervaren als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ. Hiervoor gaat de onderzoeker daadwerkelijk het 'veld' in, middels het bezoeken van MKB-bedrijven. De onderzoekseenheid is vijf bedrijven. Voor het onderzoeken van de praktijk heeft de onderzoeker gekozen voor de strategie kwalitatief veldonderzoek.

1.7 Verantwoording en methoden van onderzoek

Voor de eerste deelvraag heeft de onderzoeker gekozen voor een inhoudsanalyse. De onderzoeker maakt gebruik van Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW). Deze rechtsbron bevat het hart van de WWZ. De Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord van de WWZ worden ook geraadpleegd. Verder maakt de onderzoeker gebruik van vaktijdschriften, namelijk het tijdschrift Arbeidsrecht, het tijdschrift Jurisprudentie Arbeidsrecht en het Nederlands Juristenblad. Ook artikelen uit het Financieel Dagblad worden gebruikt voor de beantwoording van deze vraag.

Kluwer Navigator en Legal Intelligence fungeren als elektronische bronnen voor het onderzoek. Indien een vaktijdschrift of een handboek niet direct binnen handbereik is, zal de onderzoeker literatuur raadplegen middels elektronische bronnen. Voor de beantwoording van deelvraag 1 wordt ook het internet geraadpleegd, namelijk www.rijksoverheid.nl, www.wetten.overheid.nl, www.mkb servicedesk.nl en www.flexnieuws.nl.

Voor deelvraag twee zullen documenten en vijf MKB-ondernemers fungeren als bron. De onderzoeker heeft gekozen voor een vrije observatie binnen de 5 MKB-bedrijven⁷ die worden bezocht. De onderzoeker heeft de volgende aandachtspunten in gedachten:

1. Het bij cao afwijken van maatregelen die zijn genomen onder de WWZ. De onderzoeker zal voorafgaand aan het bezoek de bedrijven checken welke cao van toepassing is. Indien er bij cao is afgeweken, zal de onderzoeker toetsen of de bedrijven hiervan op de hoogte zijn.
2. Hoe de MKB-bedrijven de flexibele schil vorm hebben gegeven en waarom voor een bepaalde vorm is gekozen.
3. Het is verboden om in een arbeidsovereenkomst voor een periode van ten hoogste zes maanden een proeftijd op te nemen. Verder is het slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan om een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De onderzoeker zal onderzoeken of de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hieraan voldoen.
4. Bij het onderzoeken van de arbeidsovereenkomsten zal de onderzoeker toetsen of het MKB-bedrijf de ketenregeling in acht neemt.
5. De onderzoeker zal toetsen hoe het personeelsbeleid is aangepast op het (nieuwe) ontslagrecht.
6. Indien binnen het MKB-bedrijf een werknemer 'disfunctioneert', zal de onderzoeker observeren of en hoe het dossier wordt opgebouwd.
7. De onderzoeker zal toetsen wat de MKB-bedrijven weten van (de hoogte van) de transitievergoeding.

Voor de derde deelvraag heeft de onderzoeker ook gekozen voor een inhoudsanalyse. De onderzoeker maakt gebruik van gewezen jurisprudentie over de ontslaggrond 'disfunctioneren' en het oordeel van kantonrechters over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op deze grond.⁸

⁷ Met MKB-bedrijven worden hier bedoeld de cliënten van Rein Advocaten en Adviseurs.

⁸ Zie Van Schaaijk 2011, p. 83 – 91.

Voor deelvraag 4 zullen twee arbeidsrechtadvocaten die werkzaam zijn binnen Rein fungeren als bron. De onderzoeker heeft gekozen om voor de beantwoording van deze deelvraag gebruik te maken van een half gestructureerd interview. De volgende onderwerpen worden besproken waarbij er ruimte is voor eigen inbreng van de geïnterviewde.

1. Op welke manier blijf je op de hoogte van actuele onderwerpen over de WWZ?
2. Op welke manier blijf je op de hoogte van actuele jurisprudentie over de WWZ?
3. Hoe heb je MKB-bedrijven op de hoogte gesteld van de inwerkingtreding WWZ en de belangrijkste wijzigingen?
4. Op welke manier adviseer je MKB-bedrijven tussentijds over actuele onderwerpen over de WWZ?
5. Op welke manier worden MKB-bedrijven op de hoogte gesteld van actuele jurisprudentie over de WWZ?
6. Welke hulp heb je geboden aan MKB-bedrijven om hun arbeidsovereenkomsten aan te passen aan de maatregelen die zijn genomen door invoering van de WWZ?
7. Welke hulp heb je geboden aan MKB-bedrijven om hun personeelsbeleid aan te passen op het nieuwe ontslagrecht?
8. Op welke manier heb je MKB-bedrijven ingelicht over de wijze waarop zij een ontslagdossier dienen op te bouwen?
9. Welke hulp bied je aan een MKB-bedrijf die aangeeft moeilijkheden te ervaren met de WWZ?

1.8 Leeswijzer

De opbouw van het onderzoeksrapport is als volgt:

In hoofdstuk 1 wordt de inleiding van dit onderzoeksrapport beschreven.

In hoofdstuk 2 wordt kort een uitleg gegeven over de flexibele arbeidsrelaties die de vijf bezochte MKB-bedrijven hanteren. Vervolgens wordt uitgelegd welke maatregelen na inwerkingtreding van de WWZ zijn genomen om de positie van flexwerkers te versterken. Tot slot wordt ook uitgelegd op welke manier het ontslagrecht eenduidiger, sneller, eerlijk en minder kostbaar is geworden.

In hoofdstuk 3 worden de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek beschreven, namelijk de doorwerking van de WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven.

In hoofdstuk 4 wordt besproken hoe kantonrechters oordelen over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op grond van 'disfunctioneren'. De belangrijkste zaken zullen worden besproken, namelijk zaken waarin de ontslagaanvraag werd toegewezen en zaken waarin de ontslagaanvraag werd afgewezen.

In hoofdstuk 5 wordt de huidige werkwijze besproken die arbeidsrechtadvocaten binnen Rein momenteel hanteren.

In hoofdstuk 6 worden de conclusies en aanbevelingen besproken. De onderzoeker zal de knelpunten bespreken die MKB-bedrijven ervaren door de inwerkingtreding van de WWZ en vervolgens aanbevelingen doen aan Rein over de inrichting van een adviestraject.

Hoofdstuk 2 Wijzigingen Wet Werk en Zekerheid

Het flexrecht was voor de inwerkingtreding van de WWZ geregeld in de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz). De Wfz is in 1999 in werking getreden en maakte het mogelijk voor werkgevers om flexibele arbeidskrachten aan te trekken. Daarnaast zorgde de Wfz voor meer zekerheden en een betere rechtspositie voor flexwerkers.⁹ Het ontslagrecht was voor de inwerkingtreding van de WWZ geregeld in twee wetten, namelijk in het Burgerlijk Wetboek (BW) en in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945). De werkgever kon zelf bepalen welke ontslagroute hij¹⁰ wilde volgen, de ontslagroute via het UWV of de ontslagroute via de kantonrechter. De werkgever was via de ontslagroute bij het UWV geen vergoeding verschuldigd aan de werknemer. Bij ontbinding via de kantonrechter was de werkgever een billijke vergoeding verschuldigd aan de werknemer op basis van de kantonrechttersformule. Het (nieuwe) flexrecht is per 1 januari 2015 in werking getreden, het (nieuwe) ontslagrecht is per 1 juli 2015 in werking getreden. Voor bepaalde maatregelen/wijzigingen zijn in de WWZ overgangsregelingen opgenomen.¹¹ Deze houden in dat het huidige recht voor 1 januari of 1 juli 2015 van toepassing blijft op lopende (tijdelijke) arbeidsovereenkomsten.

2.1 De flexibele schil

Voordat er wordt ingegaan op de maatregelen die zijn genomen om de positie van flexwerkers te versterken, is het relevant om uiteen te zetten welke flexibele overeenkomsten partijen met elkaar kunnen aangaan.¹²

2.1.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De werkgever kan ervoor kiezen om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen met de werknemer. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege als de afgesproken termijn tussen partijen is verstreken.¹³ Volgens Bouwens en Duk kan de termijn die partijen afspreken per overeenkomst verschillen en variëren van dagen tot en met jaren.¹⁴ Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat werkgevers verplicht zijn om in een arbeidsovereenkomst van zes maanden of langer een *aanzegtermijn*¹⁵ van één maand in acht te nemen.¹⁶ Hierdoor krijgt de werknemer bij afloop van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tijdig duidelijkheid over het wel of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Indien de termijn die partijen zijn overeengekomen is verstreken, kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden verlengd. Echter dient de werkgever hierbij wel de *ketenregeling*¹⁷ in acht te nemen.

2.1.2 Oproepovereenkomst

De werkgever kan een oproepovereenkomst in twee varianten vorm geven, namelijk in de vorm van een min-/max-contract en in de vorm van een nulurencontract.

⁹ 'Wet flexibiliteit en zekerheid', flexnieuws.nl 20 november 2013, www.flexnieuws.nl (zoek op *Wet flexibiliteit en zekerheid*).

¹⁰ Waar in dit rapport 'hij' staat, kan ook als 'zij' worden gelezen.

¹¹ De overgangsregelingen zijn te vinden in art. 7:XXII t/m XXXIX BW (nieuw).

¹² In dit onderzoeksrapport zal echter alleen worden ingegaan op flexibele contracten die worden gebruikt binnen de bezochte MKB-bedrijven.

¹³ Art. 7:667 lid 1 BW (nieuw).

¹⁴ Bouwens en Duk 2015, p. 245.

¹⁵ Hier wordt in paragraaf 2.2.1 uitvoeriger op ingegaan.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 20.

¹⁷ Hier wordt in paragraaf 2.2.4 uitvoeriger op ingegaan.

Bij een min-/max-contract wordt tussen werkgever en werknemer een minimum aantal uren arbeid en eventueel een maximaal aantal uren arbeid overeengekomen. De werknemer is verplicht om gehoor te geven aan de oproep van de werkgever. In het min-/max-contract wordt eveneens afgesproken dat de werknemer recht heeft op het minimum aantal uren arbeid die partijen zijn overeengekomen. Volgens Knipschild weet de werknemer niet van tevoren hoeveel uren hij die week of maand zal moeten werken. Het aantal arbeidsuren is afhankelijk van de oproep van de werkgever.¹⁸

Het nulurencontract kan weer worden onderverdeeld in een voorovereenkomst en in een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Bij een voorovereenkomst is de werknemer niet verplicht om gehoor te geven aan een oproep. Bij een overeenkomst met uitgezonderde prestatieplicht is de werknemer wel verplicht om gehoor te geven aan een oproep. Er ontstaat in beide gevallen een arbeidsovereenkomst voor de duur van de desbetreffende oproep, indien de werknemer gehoor heeft gegeven aan de oproep. Het verschil met een min-/max-contract is dat bij een nulurencontract geen vaste minimum en maximum aantal uren worden overeengekomen. Zowel een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, als een werknemer die werkzaam is op basis van een oproepovereenkomst, dient op dezelfde manier te worden behandeld. De werkgever mag namelijk geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur en in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet, dan wel opgezegd.¹⁹

2.1.3 Uitzendovereenkomst

Steeds meer Nederlandse bedrijven schakelen de uitzendbranche in.²⁰ De uitzendkracht wordt ter beschikking gesteld door een derde (het uitzendbureau) ten behoeve van de werkgever.²¹ De werkgever wordt in dit geval de *inlener* genoemd. In de Memorie van Toelichting staat dat de inlener verantwoordelijk is voor de uitzendkracht en zijn arbeidsomstandigheden.²²

2.1.4 Detachering

Een gedetacheerde werknemer is in dienst van het detacheringsbureau. Een werkgever kan een gedetacheerde werknemer lenen van een detacheringsbureau. Het detacheringsbureau wordt gezien als formele werkgever van de gedetacheerde werknemer. Het detacheringsbureau wordt gezien als formele werkgever omdat het detacheringsbureau loon doorbetaalt bij ziekte van de gedetacheerde werknemer. Indien een gedetacheerde werknemer wordt ontslagen, betaalt het detacheringsbureau zijn ontslagvergoeding. Detachering is duurder dan mensen inhuren via een uitzendbureau. Voor werkgevers is detachering aantrekkelijk, omdat ze op deze manier gemakkelijk en snel aan hoogopgeleid personeel komen. Ziektevervanging, zwangerschapsverlof en speciale projecten kunnen redenen zijn om werknemers te detacheren. Met de inwerkingtreding van de WWZ zijn er geen nieuwe maatregelen genomen om de positie van een gedetacheerde werknemer te versterken.²³

2.1.5 ZZP

Een ZZP'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft. Een ZZP'er werkt dus niet op basis van een arbeidsovereenkomst en daarom is hij zelf verantwoordelijk voor loondoorbetaling bij ziekte en zijn oudedagsvoorzieningen. Om die reden werken MKB-bedrijven volgens Hupkes liever met ZZP'ers.²⁴

¹⁸ Knipschild 2009, p. 11.

¹⁹ Art. 7:648 lid 1 BW (nieuw).

²⁰ Aldus ook Smit 2016.

²¹ Art. 7:690 BW (nieuw).

²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 18.

²³ 'Wat is detachering?', MKB Servicedesk 16 februari 2016, www.mkbservicedesk.nl (zoek op *detachering*).

²⁴ Hupkes 2016.

2.2 Maatregelen ter versterking van de positie van flexwerkers

Nu duidelijk is welke flexibele arbeidsrelaties partijen met elkaar kunnen aangaan, zullen de maatregelen ter versterking van de positie van flexwerkers worden besproken. Door de invoering van de WWZ beoogt de regering om het oneigenlijk gebruik van flexibele contracten terug te dringen. De gedachte hierachter is dat flexibele arbeidskrachten tegenwoordig een achtergestelde positie hebben op arbeiders met een vast contract. Flexwerkers worden namelijk niet beschermd tegen ontslag en hebben een verslechterde positie op de woningmarkt. De verslechterde positie op de woningmarkt komt doordat flexwerkers minder snel zekerheid kunnen verschaffen over hun betaalcapaciteit aan een verhuurder of een hypotheekverstrekker. Daarnaast hebben langdurige flexwerkers minder carrièreperspectieven, doordat werkgevers minder investeren in scholing van flexwerkers.²⁵

2.2.1 Aanzegverplichting

Indien de werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn overeengekomen, dan is de werkgever verplicht om de aanzegtermijn in acht te nemen.²⁶ De aanzegverplichting geldt alleen voor arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor een periode van zes maanden of langer. De aanzegverplichting houdt in dat de werkgever uiterlijk één maand voor afloop van de arbeidsovereenkomst, de werknemer dient te informeren over het wel of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst en zo ja, onder welke voorwaarden. De aanzegverplichting geldt niet voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij geen einddatum is afgesproken, bijvoorbeeld in geval van projecten. De werknemer kan aanspraak maken op een maandsalaris indien de werkgever helemaal niet heeft aangezegd. De werknemer kan aanspraak maken op een vergoeding naar rato, indien de werkgever niet op tijd heeft aangezegd. De werknemer kan alleen aanspraak maken op een vergoeding indien hij zelf binnen twee maanden na afloop van de arbeidsovereenkomst een beroep doet op de vergoeding. De werkgever is geen vergoeding verschuldigd in situatie van faillissement, uitstel van betaling en toepassing van de schuldsaneringsregeling.²⁷ Het is toegestaan dat de werkgever de aanzegverplichting opneemt in de arbeidsovereenkomst. Op die manier heeft de werkgever vroegtijdig aangezegd en loopt hij geen risico om een vergoeding te betalen bij niet of te laat aanzeggen van de arbeidsovereenkomst.

2.2.2 Proeftijd

Het is verboden voor de werkgever om een proeftijd overeen te komen met de werknemer indien zij een arbeidsovereenkomst voor ten hoogste een half jaar zijn aangegaan.²⁸ Ook indien er sprake is van opvolgend werkgeverschap is het verboden om een proeftijd overeen te komen.²⁹ Duurt een arbeidsovereenkomst langer dan zes maanden, dan is het toegestaan om een proeftijd van maximaal één maand op te nemen in de arbeidsovereenkomst. De maatregel omtrent het opnemen van de proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is genomen omdat een kortdurend contract al veel onzekerheid met zich mee brengt voor werknemers. De proeftijd vergroot deze onzekerheid. Daarnaast genieten werknemers geen ontslagbescherming tijdens de proeftijd.

2.2.3 Concurrentiebeding

Na inwerkingtreding van de WWZ is het verboden om een concurrentiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het concurrentiebeding is alleen geldig indien de werkgever in de arbeidsovereenkomst motiveert dat het overeenkomen van een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.³⁰ De rechter kan het beding vernietigen indien motivering van de werkgever ontbreekt.

²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 8 (MvT).

²⁶ Art. 7:668 BW (nieuw).

²⁷ 'Aanzegtermijn tijdelijke arbeidsovereenkomst', Rijksoverheid.nl 21 mei 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *aanzegtermijn*).

²⁸ Art. 7:652 lid 4 BW (nieuw).

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 16 (MvT).

³⁰ Art. 7:653 BW (nieuw).

Indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan dient de werkgever opnieuw een concurrentiebeding overeen te komen met de meerderjarige werknemer.

2.2.4 Ketenregeling

De ketenregeling houdt in dat opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op een bepaald moment overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien een vierde overeenkomst wordt gesloten, dan wel een termijn van 24 maanden is overschreden. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden als opeenvolgend gezien als zij elkaar met een tussenpoos van zes maanden of korter opvolgen.³¹ Er is geen mogelijkheid voor de werkgever om af te wijken van de tussenpoos van zes maanden.

De achterliggende gedachte van de ketenregeling is dat de kans op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt vergroot voor de werknemer. Er wordt vermoed dat het voor de werkgever niet acceptabel is om de werknemer langer dan een half jaar uit dienst te laten treden.³² In sommige gevallen wordt de ketenregeling niet toegepast. De ketenregeling wordt namelijk niet toegepast op leerlingen die een beroepsbegeleidende leerweg volgen. Ook wordt de ketenregeling niet toegepast op werknemers die jonger zijn dan 18 jaar en maximaal 12 uren per week werken.

Ook kan er in sommige gevallen worden afgeweken van de ketenregeling. Indien opvolgende overeenkomsten, uitzendovereenkomsten betreffen, of indien de *intrinsieke aard van de bedrijfsvoering* afwijking van de ketenregeling eist, kan er worden afgeweken van de termijn en het aantal overeenkomsten. De termijn van 24 maanden kan worden verlengd tot 48 maanden en het aantal van drie overeenkomsten kan worden verlengd tot zes overeenkomsten. Er kan van de termijn van 24 maanden worden afgeweken indien het een bestuursfunctie bij een bedrijf of organisatie betreft. Afwijking van de termijn of van het aantal overeenkomsten kan alleen bij CAO. Voor bepaalde functies in een bedrijfstak zou de ketenregeling voor onaanvaardbare consequenties leiden (bijvoorbeeld het transfersysteem in het betaalde voetbal). Om die reden kan in de CAO van die bedrijfstak de ketenregeling buiten toepassing worden verklaard.³³

2.2.5 Loonuitsluitingsbeding

Wanneer de werknemer niet meer wordt opgeroepen, kan hij aanspraak maken op het wettelijke rechtsvermoeden van arbeidsomvang. Indien de bedongen arbeid niet is verricht door een oorzaak die voor risico voor de werkgever komt, dan is de werkgever verplicht om loon te betalen.³⁴ Dit houdt in dat de werknemer recht heeft op een arbeidsomvang, die gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang van de drie voorafgaande maanden.³⁵ Werkgevers kunnen deze mogelijkheid gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst uitsluiten middels een loonuitsluitingsbeding.³⁶ In beginsel is het niet mogelijk om de termijn van zes maanden te verlengen.

Het verlengen van de termijn is alleen mogelijk bij CAO indien er sprake is van bepaalde functies. Deze functies dienen incidenteel van aard te zijn en geen vaste omvang te hebben.³⁷

³¹ Art. 7:668a lid 1 BW (nieuw).

³² *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 14 (MvT).

³³ Art. 7:668a lid 7 BW (nieuw).

³⁴ Art. 7:628 lid 1 BW (nieuw).

³⁵ Art. 7:610b BW (nieuw).

³⁶ Art. 7:628 lid 5 BW (nieuw).

³⁷ Art. 7:628 lid 7 BW (nieuw).

2.2.6 Uitzendbeding

Een uitzendkracht kan in beginsel aanspraak maken op loon, indien hij niet kan werken door een oorzaak die voor risico van het uitzendbureau komt (bijvoorbeeld als het uitzendbureau geen werk heeft). Het uitzendbureau kan deze loondoorbetalingsverplichting de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst uitsluiten door middel van een uitzendbeding. Bij CAO kan deze termijn worden verlengd tot 78 weken. Indien de loondoorbetalingsverplichting wordt uitgesloten, kan de arbeidskracht geen loon krijgen voor niet gewerkte uren.³⁸

2.3 Eenduidiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar ontslagrecht

Nu uiteengezet is welke maatregelen door de invoering van de WWZ zijn gewijzigd op het gebied van het flexrecht, worden nu de wijzigingen op het gebied van het ontslagrecht besproken. Door invoering van de WWZ zijn er maatregelen genomen om het ontslagrecht eenduidiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar te maken.

2.3.1 Ontslaggronden

Om tot een eenduidig ontslagrecht te komen, zijn door invoering van de WWZ alle regels omtrent het ontslagrecht opgenomen in het BW.³⁹ Het ontslag wordt door invoering van de WWZ preventief getoetst door het UWV of door de kantonrechter. Ontslagen die verband houden met bedrijfseconomische omstandigheden of ontslagen na langdurige ziekte worden getoetst door het UWV. Voorgenomen ontslagen die verband houden met persoonlijke omstandigheden van de werknemer, worden getoetst door de kantonrechter. Volgens Dekker is de werkgever verplicht om de werknemer weer aan te nemen, indien binnen 26 weken de markt weer aantrekt.⁴⁰

De ontslagprocedure is gerelateerd aan de praktijk. Over het algemeen heeft het UWV meer ervaring met ontslagen die verband houden met bedrijfseconomische redenen. Het UWV fungeert als poortwachter voor de Wet werk en inkomen (Wet WIA), om die reden heeft het UWV al zicht op de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.⁴¹ In geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is hij een *billijke vergoeding*⁴² verschuldigd aan zijn werknemer. Om die reden is voor ontslag in verband met persoonlijke omstandigheden gekozen voor ontbinding door de kantonrechter. De kantonrechter kan dan meteen oordelen of de werkgever een billijke vergoeding is verschuldigd aan zijn werknemer. Het voordeel voor de werknemer is dat hij hiervoor niet meer apart naar de rechter hoeft te gaan.

De werkgever kan alleen tot ontslag overgaan als daarvoor een redelijke grond is. Ontslag is alleen mogelijk indien herplaatsing binnen een redelijke termijn, in een passende functie, niet mogelijk is, of niet in de rede ligt. De werkgever dient zijn ontslagaanvraag te onderbouwen met een ontslagdossier. Uit dit ontslagdossier moet blijken dat herplaatsing in een passende functie niet mogelijk is. De ontslaggronden zijn opgenomen als bijlage 1. Een arbeidsovereenkomst kan alleen worden beëindigd als er geen opzegverbod geldt.⁴³

Indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft, is het wel toegestaan om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁴⁴

³⁸ 'Positie flexwerker sterker', Rijksoverheid.nl 17 november 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *flexwerkers*).

³⁹ De ontslaggronden zijn opgenomen in art. 7:669 lid 3 BW (nieuw).

⁴⁰ Dekker 2015, p. 104.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 25 (MvT).

⁴² Hier wordt in paragraaf 2.3.4 uitvoeriger op ingegaan.

⁴³ Art. 7:670 BW (nieuw).

⁴⁴ Art. 7:671b lid 6 sub a BW (nieuw).

2.3.2 Procedures

Als uitgangspunt van de WWZ geldt dat UWV procedures binnen vier weken afgehandeld dienen te worden, met als doel een sneller ontslagrecht. De aanvraag bij het UWV wordt schriftelijk ingediend door de werkgever.⁴⁵ De werknemer kan op de aanvraag van de werkgever binnen twee weken reageren. In enkele gevallen vindt er nog een tweede en/of derde ronde plaats, dit bepaalt het UWV. Werkgever en werknemer worden dan in de gelegenheid gesteld om binnen zeven dagen schriftelijk te reageren op elkaar. In geval van ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen, kan er door het UWV in uitzonderlijke gevallen advies worden gevraagd aan de Ontslagadviescommissie (OAC). Vervolgens brengt OAC advies uit over het al dan niet verlenen van een ontslagaanvraag.

In geval van ontslag vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid, kan er in enkele gevallen een mondelinge behandeling met hoor- en wederhoor plaatsvinden. Toestemming van het UWV is vier weken geldig en de proceduredtijd bij het UWV mag in mindering worden gebracht op de opzegtermijn. Echter wel met dien verstande dat de opzegtermijn minimaal één maand bedraagt.

De toegang tot de kantonrechter dient zo eenvoudig, laagdrempelig en goedkoop mogelijk te zijn. Om die reden is gekozen om de ontbindingsprocedure in te leiden met een verzoekschrift. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever of de werknemer.⁴⁶ Slechts enkele arbeidsrechtelijke geschillen worden ingeleid met een dagvaarding, namelijk het vorderen van achterstallig loon of een geschil over een concurrentiebeding.⁴⁷ Afhankelijk van de lengte van het dienstverband bedraagt de opzegtermijn één tot vier maanden.⁴⁸

Toestemming van het UWV of ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is alleen vereist indien de werknemer niet instemt met zijn ontslag. Indien uit een schriftelijke verklaring van de werknemer blijkt dat hij het eens is met zijn ontslag, dan is een ontslagprocedure overbodig. Instemming kan alleen worden gegeven door een individuele werknemer en niet op collectief niveau. Indien een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd zonder toestemming van de werknemer, dan kan de werknemer naar de kantonrechter om de opzegging van de arbeidsovereenkomst te laten vernietigen. De werknemer heeft veertien dagen de tijd om zonder opgaaf van reden zijn schriftelijke instemming te herroepen. Ook voor de beëindigingsovereenkomst geldt dat deze binnen veertien dagen kan worden ontbonden door de kantonrechter.⁴⁹

Door invoering van de WWZ is het mogelijk om hoger beroep en cassatie in stellen tegen de uitspraak van de kantonrechter. Dit is mogelijk gemaakt om de uniformiteit binnen de rechtspraak te bevorderen. Hierbij dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat hoger beroep of cassatie de tenuitvoerlegging van de beschikking in eerste aanleg niet schorst.⁵⁰

2.3.3 Transitievergoeding

De *transitievergoeding* maakt het ontslagrecht eerlijker en minder kostbaar. De werkgever heeft een zorgplicht en door invoering van de WWZ is deze zorgplicht doorgetrokken tot na het ontslag.⁵¹ De transitievergoeding dient ter compensatie van het ontslag.

⁴⁵ Art. 7:671a BW (nieuw).

⁴⁶ Art. 7:671b BW (nieuw).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 36-37 (MvT).

⁴⁸ Krachtens art. 7:672 lid 2 BW (nieuw) 1 maand bij een dienstverband korter dan 5 jaar; 2 maanden bij een dienstverband van 5 tot 10 jaar; 3 maanden bij een dienstverband van 10 tot 15 jaar en 4 maanden bij een dienstverband van 15 jaar en langer.

⁴⁹ Art. 7:670b BW (nieuw).

⁵⁰ Art. 7:683 lid 1 BW (nieuw).

⁵¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 76 (NV II).

Verder is het bedoeld om de werknemer in staat te stellen de stap naar een andere baan te vergemakkelijken.⁵² De werknemer kan de transitievergoeding vrij besteden. De werkgever is een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer, indien het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd (tussenpozen worden niet meegerekend⁵³) en de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is opgezegd, ontbonden of na einde van rechtswege niet is voortgezet. Tevens is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten en de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer is opgezegd, ontbonden, of na einde van rechtswege niet is voortgezet. Ook in dit geval is vereist dat het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd. De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd aan werknemers jonger dan 18 jaar die maximaal 12 uren arbeid hebben verricht, werknemers die recht hebben op pensioen en aan werknemers die ernstig verwijtbaar hebben gehandeld of nagelaten.⁵⁴

In 2016 geldt dat de hoogte van de transitievergoeding maximaal €76.000,-- bruto bedraagt. Indien het bruto jaarsalaris hoger is dan €76.000,--, dan is de hoogte van de transitievergoeding maximaal één bruto jaarsalaris. De transitievergoeding wordt berekend per hele periodes van zes maanden van het dienstverband.⁵⁵ Indien een dienstverband minder dan 10 jaar heeft geduurd, is de werknemer per zes maanden dienstverband 1/6 maandsalaris verschuldigd aan de werknemer. Indien de werknemer langer dan tien jaar in dienst is geweest, dan is de werknemer 1/4 maandsalaris per zes maanden dienstverband verschuldigd. Bij CAO kan worden afgeweken van de transitievergoeding. De werkgever hoeft geen transitievergoeding te betalen indien er een gelijkwaardige voorziening in geld of natura wordt getroffen.⁵⁶ De gelijkwaardige voorziening dient gericht te zijn op voorkomen van werkloosheid.⁵⁷

In het besluit Loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding⁵⁸ is bepaald wat wordt verstaan onder loon. Onder loon wordt verstaan het bruto maandsalaris plus vakantietoeslagen, overwerkvergoedingen, bonussen, winstuitkeringen en/of variabele eindejaarsuitkeringen.⁵⁹ In het Besluit Voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding⁶⁰ zijn voorwaarden opgenomen die in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding. Kosten voor scholing en outplacement (ook wel transitiekosten genoemd) en kosten die gericht zijn op bredere inzetbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt (ook wel inzetbaarheidskosten genoemd) kunnen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding.

Voor MKB-bedrijven met gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst, bevat de WWZ tot 1 januari 2020 een tweetal overbruggingsregelingen voor de berekening van de transitievergoeding.⁶¹ In geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen, voorziet de overgangsregeling in een lagere transitievergoeding.⁶² Onder voorwaarden kunnen arbeidsovereenkomsten voor 1 mei 2013 buiten beschouwing worden gelaten voor de berekening van de transitievergoeding.

⁵² Asser/van Voss 2015, 7-V 2015/409.

⁵³ Wegener-Belinfante 2014, p. 37.

⁵⁴ Art. 7:673 BW (nieuw).

⁵⁵ 'Transitievergoeding nader uitgewerkt', Rijksoverheid 30 januari 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *transitievergoeding*).

⁵⁶ Van Drongelen & Borghouts-van de Pas 2016, p.581.

⁵⁷ Art. 7:673b lid 1 BW.

⁵⁸ Stb. 2014, 538.

⁵⁹ Stcrt. 2014, 36823.

⁶⁰ Stb. 2015, 171

⁶¹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 68 (MvA I).

⁶² Art. 7:673d BW (nieuw).

Voor 50-plussers met ten minste tien dienstjaren voorziet de overgangsregeling in een lagere berekeningsmaatstaf van de transitievergoeding.⁶³ Dit is nadelig voor 50-plussers die werkzaam zijn bij een MKB-bedrijf met gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst en worden ontslagen om bedrijfseconomische redenen.

2.3.4 Billijke vergoeding

De kantonrechter kan bovenop de transitievergoeding een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer. De billijke vergoeding kan worden toegekend als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.⁶⁴ De kantonrechter Amersfoort heeft beslist dat de billijke vergoeding een afschrikkend karakter draagt.⁶⁵

Frikkee en Smorrenburg hebben een jurisprudentieonderzoek gedaan naar gepubliceerde rechtspraak over de billijke vergoeding.⁶⁶ In totaal zijn er zestien uitspraken gedaan die betrekking hebben op de billijke vergoeding. De billijke vergoeding is verspreid over een aantal artikelen in het BW.⁶⁷ De wetgever heeft aan de rechters overgelaten om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen, omdat het per situatie verschillend is. De financiële situatie van de werkgever, de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband en het verlies aan inkomen worden door de rechter meegewogen voor de hoogte van de billijke vergoeding. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat er in alle gevallen sprake is van een drietrapsraket. De rechter stelt allereerst vast dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op een geldige ontbindingsgrond. Vervolgens stelt de rechter vast dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Tot slot wijst de rechter de billijke vergoeding toe aan de werknemer.

2.4 Tussenconclusie

Onder de WWZ is regelgeving omtrent de proeftijd, het concurrentiebeding, de ketenregeling, het loonuitsluitingsbeding en het uitzendbeding op enkele punten gewijzigd. Daarnaast is er voor de werkgever een nieuwe verplichting in het leven geroepen, namelijk de aanzegverplichting. De bedoeling is dat op deze manier de positie van flexwerkers wordt versterkt. Ook het ontslagrecht is gewijzigd, als uitgangspunt geldt: een eenduidiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar ontslagrecht. Na invoering van de WWZ zijn de ontslaggronden opgenomen in het BW en is wettelijk bepaald welke ontslagprocedure gevolgd dient te worden. De werkgever heeft na ontslag (indien het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd), recht op een transitievergoeding. In enkele gevallen kan de kantonrechter bovenop de transitievergoeding, een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer.

⁶³ Art. 7:673a lid 2 BW (nieuw).

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 133 (NV).

⁶⁵ Rechtbank Midden-Nederland (krt.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

⁶⁶ Frikkee & Smorrenburg 2016, p. 4.

⁶⁷ De billijke vergoeding is opgenomen in art. 7:671b lid 8 sub c; art. 671c lid 2 sub b; art. 673 lid 9, art. 681 lid 1; art. 682 lid 1 sub c; lid 2 sub b; lid 3; lid 4 sub b; lid 5 sub b; art. 683 lid 3 3 BW (nieuw).

Hoofdstuk 3 Doorwerking van de WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven

De onderzoeker heeft vijf MKB-bedrijven in Noord-Nederland bezocht. De onderzoeker heeft binnen haar onderzoek vrij geobserveerd.⁶⁸ De grootte van het personeelsbestand binnen de bezochte bedrijven varieert van 8 tot 180 werknemers. De onderzoeker heeft gekozen om één groot MKB-bedrijf te bezoeken (180 werknemers), één middelgroot MKB-bedrijf te bezoeken (45 werknemers) en drie kleine MKB-bedrijven te bezoeken (minder dan 25 werknemers). Op deze manier krijgt de onderzoeker een goed beeld hoe de WWZ is doorgewerkt bij de bezochte MKB-bedrijven. Onderwerp van het onderzoek was of de bedrijven een flexibele schil hebben, hoe deze flexibiliteit vorm is gegeven en waarom voor een bepaalde vorm is gekozen. Verder is onderzocht of en in welke mate de bedrijven op de hoogte zijn van het nieuwe ontslagrecht en of zij het personeelsbeleid daarop hebben aangepast. Tot slot heeft de onderzoeker getoetst wat de MKB-bedrijven weten van (de hoogte van) de transitievergoeding.

3.1 De aard van de bezochte bedrijven

Voordat er wordt ingegaan op de doorwerking van de WWZ binnen de bezochte bedrijven, wordt beschreven wat de aard is van de bedrijven die de onderzoeker heeft bezocht.

3.1.1 Witec Fijnmechanische Techniek BV

Op 30 maart 2016 heeft onderzoeker een bedrijfsbezoek gebracht aan Witec Fijnmechanische Techniek BV, (hierna te noemen: 'Witec'). Onderzoeker heeft gesproken met de heer Vos, directeur-eigenaar.⁶⁹ Witec is leverancier van fijnmechanische delen en high-tech componenten en is gevestigd in Stadskanaal en Ter Apel. Witec bestaat momenteel 30 jaar en heeft in totaal 46 werknemers in dienst.

3.1.2 Rpublic BV

Op 5 april 2016 heeft de onderzoeker een bedrijfsbezoek gebracht aan Rpublic BV, (hierna te noemen: 'Rpublic'). Onderzoeker heeft gesproken met de heer Van Dellen, directeur.⁷⁰ Rpublic is een reclamebureau en is gevestigd in Assen en Groningen. Momenteel bestaat Rpublic 3 jaar en heeft het bedrijf 14 werknemers in dienst.

3.1.3 Janijko tegels & sanitair BV

Op 12 april 2016 heeft de onderzoeker een bedrijfsbezoek gebracht aan Janijko Tegels & Sanitair BV, (hierna te noemen: 'Janijko'). Onderzoeker heeft gesproken met de heer Stienstra, directeur/eigenaar.⁷¹ Janijko verkoopt tegels en sanitair en is gevestigd in Surhuisterveen. Janijko bestaat momenteel 37 jaar en heeft in totaal 8 werknemers in dienst.

3.1.4 S.I.T. Controls BV

Op 13 april 2016 heeft de onderzoeker een bedrijfsbezoek gebracht aan S.I.T. Controls BV, (hierna te noemen: 'SIT'). Onderzoeker heeft gesproken met de heer Bart, HR-manager.⁷² SIT is producent van printplaten voor verwarmingsapparatuur en is gevestigd in Hoogeveen. SIT bestaat momenteel 60 jaar en heeft in totaal 180 werknemers in dienst.

3.1.5 Timmer & Timmerman Mechanisatie BV

Op 14 april heeft de onderzoeker een bedrijfsbezoek gebracht aan Timmer & Timmerman Mechanisatie BV, (hierna te noemen: 'Timmer & Timmerman').

⁶⁸ De aandachtspunten van de vrije observatie binnen de bedrijven zijn opgenomen in bijlage 2.

⁶⁹ De onderzoeksbevindingen binnen Witec zijn opgenomen als bijlage 3.

⁷⁰ De onderzoeksbevindingen binnen Rpublic zijn opgenomen als bijlage 10.

⁷¹ De onderzoeksbevindingen binnen Janijko zijn opgenomen als bijlage 13.

⁷² De onderzoeksbevindingen binnen SIT zijn opgenomen als bijlage 15.

Onderzoeker heeft gesproken met mevrouw Herder, administratief medewerkster.⁷³ Timmer & Timmerman is een mechanisatiebedrijf voor tractoren, melksystemen, werktuigen en veehouderij stalinrichting en is gevestigd in Gieten. Timmer & Timmerman bestaat momenteel 20 jaar en heeft in totaal 15 werknemers in dienst.

3.2 Doorwerking WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven

Nu uiteengezet is wat de aard is van de bedrijven die de onderzoeker heeft bezocht, wordt hier beschreven hoe de WWZ over het algemeen is doorgewerkt binnen de 5 bezochte MKB-bedrijven. De onderzoeker zal achtereenvolgens de volgende punten behandelen: de flexibele schil, de proeftijd en het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de kennis die MKB-bedrijven hebben van de ketenregeling, de kennis die MKB-bedrijven hebben van het (nieuwe) ontslagrecht en de opbouw van een ontslagdossier.

3.2.1 Flexibele schil

De onderzoeker heeft binnen de bedrijven onderzocht op welke manier de bedrijven hun flexibele schil hebben ingericht. Alle bedrijven hebben naast vast personeel, flexibel personeel in dienst. Vastgesteld is dat, met uitzondering van SIT, alle bezochte bedrijven personeel in dienst hebben op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarentegen heeft SIT als enige van de bezochte bedrijven uitzendkrachten in dienst. Verder wordt er door de bezochte bedrijven slechts in een enkel geval een nulurencontract en een detacheringsovereenkomst gehanteerd. In onderstaand overzicht wordt duidelijk hoe de bedrijven hun flexibele schil hebben ingericht:

Tabel 1

MKB-bedrijf	Aantal werknemers in dienst	Aantal vast personeel	Inrichting van de flexibele schil
SIT	180	90	90 uitzendkrachten
Witec	46	34	12 werknemers op basis van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 4 gedetacheerde werknemers
Timmer & Timmerman	15	13	2 werknemers op basis van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
Rpublic	14	12	2 werknemers op basis van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
Janijko	8	5	1 werknemers op basis van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 2 werknemers op basis van een nulurencontract

Op SIT na, hanteren alle bedrijven een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, om op deze manier erachter te komen of de werknemer past binnen het bedrijf.

⁷³ De onderzoeksbevindingen binnen Timmer & Timmerman zijn opgenomen als bijlage 18.

De termijn van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verschilt per bedrijf van zes maanden tot maximaal één jaar. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan maximaal twee keer worden verlengd binnen een periode van 24 maanden.⁷⁴ De heer Vos van Witec geeft aan dat de termijn van 24 maanden eigenlijk te kort is om te kunnen bepalen of de werknemer past binnen het bedrijf. Opvallend is dat de MKB-bedrijven die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hanteren aangeven dat ze niet bang zijn om een goed functionerende werknemer een vast contract aan te bieden.

De onderzoeker heeft drie productie bedrijven bezocht. Opvallend is dat twee van de drie bezochte bedrijven gebruik maken van uitzendkrachten. SIT geeft aan dat ze gebruik maken van uitzendkrachten omdat hiermee prima kan worden ingespeeld op pieken in de productie. Het feit dat SIT gebruik maakt van uitzendkrachten is relevant voor dit onderzoek, omdat door invoering van de WWZ de positie van uitzendkrachten is versterkt.⁷⁵ Ook Timmer & Timmerman maakt gebruik van uitzendkrachten in drukke periodes. Volgens mevrouw Herder zijn uitzendkrachten ideaal indien het bedrijf op korte termijn voor een korte periode arbeidskrachten nodig heeft. Witec maakt gebruik van gedetacheerde werknemers. Dit heeft te maken met het feit de heer Vos naast directeur-manager van Witec, tevens Managing Director is van een detacheringsbedrijf. Via het detacheringsbedrijf⁷⁶ werft de heer Vos gedetacheerde werknemers en die werknemers treden vervolgens in dienst bij Witec.

Janijko is het enige bedrijf dat werknemers in dienst heeft op basis van een nulurencontract. Dit heeft te maken met het feit dat Janijko op zaterdag is geopend. Zaterdag is een drukke dag voor Janijko, om die reden heeft het bedrijf op zaterdag extra personeel nodig. Janijko verkoopt tegels en sanitair. Om de badkamers te realiseren bij de klanten, huurt de heer Stienstra ZZP'ers in. De badkamers worden gerealiseerd door tegelzetters en loodgieters.

3.2.2 De proeftijd en het concurrentiebeding

Binnen de bezochte bedrijven heeft de onderzoeker onderzocht of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in overeenstemming is met de WWZ. Na inwerkingtreding van de WWZ is het verboden om een proeftijd op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden of korter.⁷⁷ Duurt een arbeidsovereenkomst langer dan zes maanden, dan is een proeftijd van maximaal één maand toegestaan. Verder is het ook verboden om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding op te nemen. Indien de werkgever motiveert dat het overeenkomen van een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, dan is het wel toegestaan om een concurrentiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Ook heeft de onderzoeker onderzocht op welke manier de MKB-bedrijven de aanzegverplichting in acht nemen.

Janijko heeft momenteel drie werknemers in dienst die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.⁷⁸ In de arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden is geen proeftijd opgenomen. De heer Stienstra geeft aan dat hij op de hoogte is van het proeftijdverbod en om die reden geen proeftijd wordt opgenomen. Verder is er ook geen concurrentiebeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De onderzoeker concludeert dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in overeenstemming is met de WWZ. De heer Stienstra is op de hoogte van de aanzegverplichting. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, stelt de heer Stienstra een 'aanzegherinnering' in op zijn telefoon. Op het moment de arbeidsovereenkomst dient aangezegd te worden, krijgt de heer Stienstra een melding op zijn telefoon.

⁷⁴ Art. 7:668a lid 1 BW (nieuw).

⁷⁵ Zoals vermeld in paragraaf 2.2.6.

⁷⁶ Zoals vermeld in paragraaf 2.1.4.

⁷⁷ Art. 7:652 lid 4 BW (nieuw).

⁷⁸ De arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden die wordt gehanteerd door Janijko is opgenomen als bijlage 14.

SIT heeft op dit moment geen werknemers in dienst die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. SIT heeft wel standaard arbeidsovereenkomsten voor de duur van een jaar in het systeem staan.⁷⁹ Onderzoeker heeft vastgesteld dat in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding is opgenomen, zonder toelichting van het 'zwaarwichtig bedrijfsbelang'. Een concurrentiebeding opnemen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen toegestaan indien de werkgever kan aantonen dat het opnemen van een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.⁸⁰ Na de inwerkingtreding van de WWZ heeft SIT nog geen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verstrekt. De heer Bart geeft aan dat hij ervan op de hoogte is dat in het kader van de WWZ in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het opnemen van een proeftijd is beperkt en dat een concurrentiebeding in beginsel niet is toegestaan in de arbeidsovereenkomst. Als bij SIT een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gebruikt, dan wordt de aanzegverplichting in de vorm van bewoordingen opgenomen in de arbeidsovereenkomst. In de arbeidsovereenkomst wordt de datum vermeld waarop wordt aangezegd of de arbeidsovereenkomst al dan niet wordt verlengd. Op deze manier heeft de heer Bart van SIT rechtsgeldig de aanzegtermijn in acht genomen.

De heer Vos van Witec gebruikt een standaard arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het model zoals opgenomen in de CAO.⁸¹ In de arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar is geen proeftijd opgenomen. Eveneens is er geen concurrentiebeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Voor Witec zijn zeven relaties erg belangrijk. Om die reden wordt er in sommige gevallen wel een relatiebeding opgenomen. Dit geldt alleen voor bepaalde functies zoals verkoop- en managementfuncties. De heer Vos heeft niet toegelicht welke zeven relaties belangrijk zijn voor Witec. Echter vraagt de onderzoeker zich wel af of het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wel stand houdt. Dit heeft te maken met het feit dat een relatiebeding erg veel op een concurrentiebeding lijkt. De onderzoeker heeft vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die bij Witec wordt gebruikt in overeenstemming is met de WWZ. Wel heeft de onderzoeker opgemerkt dat de heer Vos niet op de hoogte is van het proeftijdverbod in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter dan 6 maanden. Binnen Witec wordt een aanzegsysteem gehanteerd. Personeelszaken houdt de looptijd van de contracten bij en stuurt iedere maand een overzicht van de contracten die op korte termijn aflopen naar de heer Vos.⁸² Vervolgens beslist de heer Vos of de arbeidsovereenkomst van de desbetreffende werknemer wordt voortgezet of beëindigd.

Timmer & Timmerman hanteert een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is opgesteld door hun accountant.⁸³ In de arbeidsovereenkomst voor de duur van acht maanden is een proeftijd opgenomen van 2 maanden. De onderzoeker concludeert dat in deze vorm de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet in overeenstemming is met de WWZ. Mevrouw Herder kende de term aanzegverplichting niet, maar was wel op de hoogte van de betreffende verplichting. Mevrouw Herder heeft toegelicht dat de aanzegverplichting wordt ingepland in de agenda. Vervolgens vindt er een maand van tevoren een gesprek plaats met de werknemer omtrent het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst.

Voorafgaand aan het onderzoek van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft onderzoeker aan de heer Van Dellen van Rpublic gevraagd hoe de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eruit ziet. De heer Van Dellen gaf aan dat een proeftijd is opgenomen voor de duur van drie maanden, omdat hij wil weten wat de vaardigheden zijn van de werknemer.

⁷⁹ De arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar die wordt gehanteerd door SIT is opgenomen als bijlage 16.

⁸⁰ Zoals vermeld in paragraaf 2.2.3.

⁸¹ De arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar die wordt gehanteerd door Witec is opgenomen als bijlage 4.

⁸² Een voorbeeld van het aanzegsysteem die wordt gehanteerd door Witec is opgenomen als bijlage 5.

⁸³ De arbeidsovereenkomst voor de duur van 8 maanden die wordt gehanteerd door Timmer & Timmerman is opgenomen als bijlage 19.

Verder gaf de heer Van Dellen aan dat er geen concurrentiebeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Bij onderzoek van de arbeidsovereenkomst bleek dat in de arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar geen proeftijd is opgenomen, maar wel een concurrentiebeding.⁸⁴ De heer Van Dellen was niet op de hoogte van het proeftijdverbod in een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden. De onderzoeker heeft vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet in overeenstemming is met de WWZ, nu de onderzoeker heeft vastgesteld dat er een concurrentiebeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De heer Van Dellen gaf verder aan niet op de hoogte te zijn van de aanzegtermijn.

3.2.3 De kennis die MKB-bedrijven hebben van de ketenregeling

Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een periode van ten hoogste 24 maanden, meer dan 3 keer wordt verlengd of de termijn van 24 maanden overschrijdt, wordt de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit wordt in juridische termen de ketenregeling⁸⁵ genoemd. De onderzoeker heeft bij de bezochte bedrijven getoetst of zij op de hoogte zijn van deze regeling. Uit onderzoek blijkt dat de kleine onderzochte MKB-bedrijven (minder dan 25 werknemers in dienst) niet goed op de hoogte zijn van de ketenregeling. De onderzoeker heeft geconstateerd dat de heer Van Dellen van Rpublic en mevrouw Herder van Timmer & Timmerman niet op de hoogte zijn van de ketenregeling. Desgevraagd bleek de heer Stienstra van Janijko wel op de hoogte van de werking van de ketenregeling, alleen de term 'ketenregeling' was hem onbekend. Daarentegen is eveneens gebleken uit het onderzoek dat de grotere onderzochte MKB-bedrijven goed op de hoogte zijn van de werking van de ketenregeling. De heer Vos van Witec en de heer Bart van SIT zijn goed op de hoogte van de werking van de ketenregeling.

Bij CAO kan in enkele gevallen worden afgeweken van de ketenregeling.⁸⁶ De heer Vos van Witec en de heer Bart van SIT waren hiervan op de hoogte. De heer Van Dellen van Rpublic, de heer Stienstra van Janijko en mevrouw Herder van Timmer & Timmerman zijn niet op de hoogte van het feit er bij CAO kan worden afgeweken. De onderzoeker heeft de CAO voor het Metaalbewerkingsbedrijf, CAO Metaalelektro, CAO Wonen en CAO Kleinmetaal bekeken en vastgesteld dat in deze CAO's geen uitzondering wordt gemaakt op de wettelijke ketenregeling.

De heer Vos van Witec en de heer Bart van SIT zijn goed op de hoogte van de werking van de ketenregeling, om die reden houden zij de werknemers binnen hun bedrijf goed in beeld. De onderzoeker heeft meegekeken in het digitale personeelsbestand van Witec. Voor iedere werknemer wordt digitaal een dossier bijgehouden. In het dossier van de werknemer worden alle contracten, personalia, diploma's en schriftelijke afspraken bijhouden. De heer Vos geeft aan dat Witec een groeiend bedrijf is en om die reden niet wordt gewerkt met onderbrekingen in de looptijd van de arbeidscontracten. Functioneert de werknemer goed, dan wordt het contract verlengd. Functioneert de werknemer na 24 maanden nog steeds goed, dan is de heer Vos niet bang om een vast contract aan te bieden. In geval de werknemer niet goed functioneert, wordt er na afloop van het contract afscheid genomen van de betreffende werknemer. De heer Bart van SIT heeft de werknemers opgenomen in zijn digitale personeelsadministratie. De heer Stienstra van Janijko en mevrouw Herder van Timmer & Timmerman geven aan dat zij de werknemers goed in beeld hebben, doordat het een klein bedrijf is en ze dagelijks contact hebben met de werknemers. De heer Van Dellen van Rpublic heeft een werknemer in dienst die verantwoordelijk is voor personeelszaken en de werknemers in beeld heeft.

⁸⁴ De arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar die wordt gehanteerd door Rpublic is opgenomen als bijlage 11.

⁸⁵ Zoals vermeld in paragraaf 2.2.4.

⁸⁶ Zoals vermeld in paragraaf 2.2.4.

3.2.4 De kennis die MKB-bedrijven hebben van het (nieuwe) ontslagrecht

Door invoering van de WWZ is het ontslagrecht grondig gewijzigd.⁸⁷ De onderzoeker heeft vastgesteld heeft dat de heer Vos van Witec en de heer Bart van SIT goed op de hoogte zijn van het nieuwe ontslagrecht. De heer Vos van Witec berekent middels een Excel bestand de transitievergoeding.⁸⁸ De heer Bart van SIT wist zelfs uit zijn hoofd te vertellen wat de hoogte is van de transitievergoeding. Uit onderzoek blijkt dat de grotere onderzochte MKB-bedrijven (SIT en Witec) in voldoende mate kennis hebben van het nieuwe ontslagrecht.

De heer Van Dellen van Rpublic geeft aan dat hij op de hoogte is van het feit er een ontslagdossier dient te worden opgebouwd. De onderzoeker heeft vastgesteld dat de heer Van Dellen niet precies op de hoogte is van (de hoogte van) de transitievergoeding. In een recente ontslagzaak is de vergoeding op een andere manier ingevuld. De werknemer kreeg een vergoeding mee van 4 maandsalarissen en een bonus van €10.000,--. De heer Stienstra van Janijko geeft aan niets te weten van het nieuwe ontslagrecht. Hij is op de hoogte van de transitievergoeding, maar hij weet niet hoe de transitievergoeding wordt berekend. Mevrouw Herder van Timmer & Timmerman geeft aan niets te weten van het nieuwe ontslagrecht en (de hoogte van) de transitievergoeding. Uit het onderzoek komt naar voren dat met name kleine onderzochte MKB-bedrijven (Rpublic, Janijko en Timmer & Timmerman) niet echt op de hoogte zijn van het nieuwe ontslagrecht.

3.2.5 De opbouw van een ontslagdossier

Zoals vermeld in paragraaf 1.2 zou een effect van de WWZ zijn dat MKB-bedrijven geen vaste contracten meer zouden aanbieden. Dit hangt samen met de bij bedrijven levende vrees dat zij de werknemers niet meer, of veel moeilijker zouden kunnen ontslaan. De MKB-bedrijven denken dat het erg lastig is om een dossier op te bouwen om hun aanvraag voor het ontslag te onderbouwen. Onderzoeker heeft binnen de bezochte bedrijven onderzocht op welke manier de bedrijven in het geval van een disfunctionerende werknemer een ontslagdossier opbouwen. Binnen elk van de bezochte bedrijven, behalve Janijko, heeft recentelijk het probleem van een disfunctionerende werknemer gespeeld. De heer Stienstra van Janijko heeft aangegeven het personeelsbeleid niet te hebben aangepast op het nieuwe ontslagrecht.

Binnen Witec heeft de onderzoeker een dossier onderzocht over een disfunctionerende werknemer.⁸⁹ In het dossier waren de volgende documenten opgenomen:

- een brief van de disfunctionerende werknemer waarin wordt uiteengezet wat volgens haar niet goed gaat op de afdeling.
- een gespreksverslag van de leidinggevende over het functioneren van de werknemer.
- een tabel waarin het disfunctioneren van de werknemer wordt bijgehouden.
- een document waarin de transitievergoeding wordt vergeleken met de loonkosten van de werknemer.
- partijen zijn onderling tot overeenstemming gekomen. De disfunctionerende werknemer blijft werkzaam binnen Witec, maar op basis van minder uren per week. In het dossier is een nieuwe functiebeschrijving opgenomen.
- een samenvatting van een functioneringsgesprek, ondertekend door de werknemer.

De heer Vos van Witec heeft het personeelsbeleid aangepast op het nieuwe ontslagrecht. Wanneer een werknemer nieuw in dienst treedt, worden zijn vaardigheden getest middels een speciale test. Over deze test wordt een rapport uitgebracht en deze wordt opgenomen in het werknemersdossier. De heer Vos is van mening dat iedere werknemer een leerdoel heeft, zelfs als de werknemer al heel goed functioneert. Om die reden stelt de heer Vos per kwartaal leerdoelen voor de werknemers en in het dossier wordt bijgehouden of de werknemers voldoen aan de gestelde leerdoelen.

⁸⁷ Eerder vermeld in paragraaf 2.3.

⁸⁸ Een voorbeeld van zo'n overzicht is opgenomen als bijlage 9.

⁸⁹ Het dossier van de disfunctionerende werknemer is opgenomen als bijlage 8.

Werknemers kunnen functioneringsgesprekken met de heer Vos anders interpreteren dan hij heeft bedoeld. Om die reden worden alle afspraken die gemaakt zijn tijdens het gesprek, schriftelijk vastgelegd en opgenomen in het werknemersdossier. Momenteel vindt er één keer per jaar een functioneringsgesprek plaats tussen de heer Vos en de werknemers. Wanneer een werknemer disfunctioneert, vinden er twee keer per maand gesprekken plaats tussen de heer Vos en de disfunctionerende werknemer.

De heer Bart van SIT geeft aan dat hij het lastig vindt om een ontslagdossier op te bouwen. Wegens privacy redenen is het helaas niet mogelijk om een ontslagdossier op te nemen als bijlage in het onderzoeksrapport. De onderzoeker heeft tijdens het bedrijfsbezoek wel een ontslagdossier mogen inzien. Het dossier bestaat uit enkele gespreksverslagen en mailcorrespondentie tussen de heer Bart en de disfunctionerende werknemer. Het valt de onderzoeker op dat het ontslagdossier is opgebouwd in een hele korte tijd. De heer Bart geeft aan dat hij zich ervan bewust is dat het ontslagdossier onvoldoende was om voor te leggen aan de kantonrechter. Om die reden is een vaststellingsovereenkomst gesloten met de betreffende werknemer.⁹⁰ De werknemer heeft een vergoeding van 2 bruto maandsalarissen meegekregen en SIT is haar tegemoet gekomen door haar een outplacementtraject te laten volgen. De gegevens van de werknemers zijn opgenomen in de personeelsadministratie van SIT. Vorig jaar heeft iedere werknemer een functieomschrijving getekend. Functioneringsgesprekken met het vaste personeel worden één keer per jaar gevoerd. In geval van een disfunctionerende werknemer, wordt er regelmatig een gesprek gevoerd.

Ten tijde van het onderzoek was er geen disfunctionerende werknemer binnen Rpublic, wel heeft één werknemer onlangs ontslag gekregen. Om privacy redenen is het helaas niet mogelijk om een ontslagdossier op te nemen in het onderzoeksrapport. Tijdens het bedrijfsbezoek, heeft de onderzoeker het ontslagdossier mogen inzien. Het dossier bestaat uit twee gespreksverslagen en één rapport opgesteld door een deskundige die duidelijkheid verschaft over de capaciteiten van de disfunctionerende werknemer. Het ontslagdossier was niet voldoende om voor te leggen aan de kantonrechter. Om die reden zijn partijen er met elkaar uitgekomen middels een vaststellingsovereenkomst.⁹¹ De heer Van Dellen heeft geleerd van zijn ervaringen over de opbouw van het dossier. Om die reden is hij nu van plan correcte functioneringsgesprekken te voeren. Momenteel vinden de functioneringsgesprekken nog niet plaats, wel wordt met het team geëvalueerd op het moment er iets fout gaat.

Binnen Timmer & Timmerman was recentelijk sprake van een disfunctionerende werknemer. Het dossier was opgebouwd met verslagen van recente gebeurtenissen en briefwisselingen tussen de heer Timmer en de desbetreffende werknemer. Het dossier is opgebouwd in een periode van een half jaar. Het dossier is voor advies voorgelegd aan de Koninklijke Metaalunie (ondernemersorganisatie voor het MKB in de metaal). De beoordeling was dat het dossier onvoldoende is om de disfunctionerende werknemer te kunnen ontslaan. Om die reden is de werknemer nu nog in dienst bij Timmer & Timmerman. Het personeelsbeleid is niet aangepast op het nieuwe ontslagrecht. Momenteel vinden er zelden functioneringsgesprekken plaats. Als er onderling iets niet goed gaat, dan wordt dat meteen uitgesproken door middel van een gesprek.

3.3 Tussenconclusie

Uit onderzoek is gebleken dat de WWZ niet goed is doorgewerkt binnen de kleine onderzochte MKB-bedrijven. Het beeld is dat de bedrijven wel de klok hebben horen luiden, maar niet goed weten waar de klepel hangt. Daarentegen is tevens uit onderzoek gebleken dat de WWZ goed is doorgewerkt binnen de grotere bezochte MKB-bedrijven, maar dat er zeker nog aandachtspunten zijn.

⁹⁰ De vaststellingsovereenkomst die opgesteld is door de heer Bart van SIT, is opgenomen als bijlage 17.

⁹¹ De vaststellingsovereenkomst die is opgesteld door de heer Van Dellen, is opgenomen als bijlage 12.

Hoofdstuk 4 Disfunctionerende werknemer

Jurisprudentie over de WWZ komt momenteel langzaam op gang. Indien een werknemer disfunctioneert, kan de werkgever een verzoek tot ontbinding doen aan de kantonrechter. De werkgever dient zijn ontslagaanvraag te onderbouwen met een ontslagdossier. De kantonrechter zal vervolgens beoordelen aan de hand van het BW en nadere regelgeving of het dossier voldoende aanleiding is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De onderzoeker heeft een onderzoek gedaan naar jurisprudentie over de opbouw van een ontslagdossier in geval van een disfunctionerende werknemer.

4.1 Juridische toetsingskader

In deze paragraaf wordt besproken aan welke wet- en regelgeving de ontslagaanvraag op grond van disfunctioneren wordt getoetst door de kantonrechter.

4.1.1 Bewijsrecht

De ontbindingsprocedure wordt ingeleid met een verzoekschrift. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn bepalingen opgenomen over het verloop van de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg. Op een verzoekschriftprocedure is een bewijsrecht van toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet.⁹² In het oude ontslagrecht was het bewijsrecht uitgesloten. De gedachte was dat een ontslag een spoedeisend karakter heeft, waarbij het niet wenselijk is om de werknemer maandenlang in onzekerheid te laten verkeren. Echter was hier veel kritiek op, omdat ontslag een ingrijpende gebeurtenis is. Om die reden had men verwacht dat met de inwerkingtreding van de WWZ een bewijsrecht van toepassing zou zijn. Uit de Memorie van Toelichting WWZ blijkt dat een bewijsrecht niet toelaatbaar is, omwille van de snelheid van de procedure.⁹³ De kantonrechter in Arnhem heeft een opmerkelijke uitspraak gedaan over het bewijsrecht.⁹⁴ Hij neemt tot uitgangspunt dat in zaken die voortvloeien uit de WWZ een bewijsrecht van toepassing is. De kantonrechter laat zich verder niet uit hoe de aard van de zaak zich tegen het bewijsrecht kan verzetten. Gesteld kan worden dat getuigen- en deskundigen verklaringen toelaatbaar zijn. Het bewijsrecht houdt in dat indien de stelling van de werkgever wordt betwist door de werknemer, het aan de werkgever is om zijn gelijk te bewijzen.

4.1.2 Ontslaggrond disfunctioneren

Volgens het Burgerlijk Wetboek: *‘Kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.’*⁹⁵ Indien de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid (anders dan ziekte of gebreken van de werknemer), ook wel disfunctioneren, is dit krachtens het Burgerlijk Wetboek een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁹⁶ Vereist is dat de werkgever de werknemer tijdig in kennis heeft gesteld over zijn disfunctioneren. Verder dient de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid te hebben gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Met deze vereisten impliceert de wetgever dat de werkgever met behulp van een ontslagdossier dient te onderbouwen dat de werknemer in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren en het verbetertraject niet heeft geleid tot verbetering. De kantonrechter zal altijd nagaan of er geen opzegverbod geldt. Krachtens het Burgerlijk Wetboek kan de werkgever niet opzeggen indien er een opzegverbod geldt.⁹⁷

⁹² Art. 284 Rv.

⁹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38.

⁹⁴ Rechtbank Noord-Nederland (krt.) 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493.

⁹⁵ Art. 7:669 lid 1 BW (nieuw).

⁹⁶ Art. 7:669 lid 3 sub d BW (nieuw).

⁹⁷ Art. 7:670 BW (nieuw).

Uitgezonderd kan er op het moment een opzegverbod geldt, wel worden opgezegd indien de kantonrechter oordeelt dat het ontbindingsverzoek geen stand houdt met omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft.⁹⁸

4.1.3 Ontslagregeling

In de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijn nadere regels vastgesteld met betrekking tot het ontslag.⁹⁹ Zo ook zijn er nadere regels gesteld over de herplaatsing binnen een redelijke termijn. Voor een werknemer die in aanmerking komt voor ontslag, wordt in het kader van herplaatsing, arbeidsplaatsen betrokken waarvoor binnen een redelijke termijn een vacature zal ontstaan. Indien de functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer wordt er gesproken van een 'passende functie'.¹⁰⁰ Onder herplaatsing binnen een 'redelijke termijn', wordt bedoeld herplaatsing binnen de 'opzegtermijn'.¹⁰¹

4.2 Oordeel van kantonrechters

In deze paragraaf wordt beschreven hoe kantonrechters in de praktijk oordelen over ontslagaanvragen.

4.2.1 Opstellen van een verbeterplan

De kantonrechter heeft een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen, omdat uit het dossier blijkt dat de desbetreffende werknemer zelf een verbeterplan moest opstellen.¹⁰² Het betreft hier een geschil tussen Obvion en een Financieel Adviseur. Obvion verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van primair ongeschiktheid van de werknemer en subsidiair een verstoorde arbeidsrelatie. De kantonrechter voert aan dat het in het oude ontslagrecht mogelijk was om verschillende redenen die ieder voor zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, samengegeld konden worden tot één redelijke grond. Nu de WWZ in werking is getreden, is dit niet meer mogelijk. Elke ontslaggrond dient een voldoende redelijke grond op te leveren. Obvion is van mening dat de Financieel Adviseur niet goed meer functioneert vanaf 2014 tot op heden. Om die reden heeft Obvion de Financieel Adviseur in de gelegenheid gesteld om zijn verbeterplan op te stellen. In het verbeterplan staat vermeld hoe zij denkt beter te kunnen functioneren en welke faciliteiten zij daarvoor nodig heeft. De kantonrechter voert aan dat het zelf laten opstellen van een verbeterplan niet valt onder goed werkgeverschap. Bovendien is de kantonrechter van mening dat het niet redelijk is om de Financieel Adviseur af te rekenen op een door haar zelf opgesteld verbeterplan.

4.2.2 Verbetertraject

In een geschil tussen een bouwbedrijf en een projectcoördinator heeft de kantonrechter zich uitgelaten over de inhoud van een verbetertraject. Uit het dossier blijkt dat de werkgever al langere tijd kritiek uit op het functioneren van de projectcoördinator. De projectcoördinator is tijdig in kennis gesteld over zijn functioneren en is zelfs onder begeleiding voor drie maanden ingezet in de functie van deeltijdvoerder. Er is geen verbeterplan opgesteld door het bouwbedrijf. Herplaatsing in een andere functie heeft niet geleid tot verbetering van zijn functioneren. De kantonrechter oordeelt dat om die reden herplaatsing in een andere functie niet mogelijk is en hij ontbindt de arbeidsovereenkomst.¹⁰³ Gezien het feit er geen verbeterplan is opgesteld door het bouwbedrijf, kan er worden geconcludeerd dat een verbetertraject ook op informele wijze kan plaatsvinden.

⁹⁸ Art. 7:671b lid 6 sub a BW (nieuw).

⁹⁹ Stcrt. 2015, 12685.

¹⁰⁰ Art. 9 Ontslagregeling.

¹⁰¹ Art. 10 lid 1 Ontslagregeling.

¹⁰² Rechtbank Limburg (krt.) 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.

¹⁰³ Rechtbank Midden-Nederland (krt.) 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.

Het mocht de werknemer duidelijk zijn dat hij in een verbetertraject was geraakt, gezien het feit hij extra begeleiding kreeg en werd herplaatst in een andere functie.

4.2.3 In onvoldoende mate in de gelegenheid stellen om het functioneren te verbeteren

In de zaak tussen Thales en een Department Manager PRO, hierna te noemen 'manager', heeft de kantonrechter beslist dat de arbeidsovereenkomst niet wordt ontbonden.¹⁰⁴ Uit het dossier blijkt niet dat de manager tekort is geschoten in zijn functie. De tekortkomingen blijken tenminste niet uit de beoordelingsverslagen over de jaren tot en met 2013. Uit het beoordelingsverslag over het jaar 2014 blijken wel tekortkomingen, maar niet dat deze tekortkomingen het gevolg zijn van het niet goed functioneren door de manager. De kantonrechter voert aan dat hij concludeert dat Thales de manager niet in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Uit het dossier blijkt niet dat Thales een verbetertraject heeft aangeboden aan de manager.

4.2.4 Zich bewustzijn van disfunctioneren

Een zorgstichting heeft de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de teammanager werkzaam binnen de zorgstichting te beëindigen. Echter stelt de teammanager zich op het standpunt dat zij zich niet bewust is van haar disfunctioneren. Naar aanleiding van een functioneringsgesprek met de teammanager is op 1 december 2014 een persoonlijk ontwikkelplan vastgesteld. De teammanager heeft een assessment gemaakt en de uitkomsten van het assessment zijn op 15 januari 2015 besproken. Tijdens dit gesprek is afgesproken dat de teammanager gaat werken aan haar ontwikkelpunten en omstreeks 6 juni 2015 wordt haar functioneren geëvalueerd. Op 18 juni heeft één van de teamleden haar zorgen geuit aan de stichting. Collega's voelen zich niet meer prettig, doordat ze door het disfunctioneren van de teammanager hun werkzaamheden niet goed meer kunnen uitvoeren. Hierop is in een gesprek op 30 juni 2015 een beëindigingsvoorstel gedaan aan de teammanager. De teammanager heeft het beëindigingsvoorstel geweigerd. De kantonrechter stelt zich op het standpunt dat uit het voorgaande valt af te leiden dat de teammanager zich bewust moet zijn geweest van het disfunctioneren.¹⁰⁵ De kantonrechter is van mening dat de teammanager tijdig in kennis is gesteld over haar disfunctioneren en zij voldoende begeleiding heeft gehad om haar disfunctioneren te verbeteren. De opbouw van het ontslagdossier blijkt voldoende voor de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

4.2.5 Pesterijen op de werkvloer

De kantonrechter heeft zich moeten buigen over een zaak waarbij de werknemer aangeeft slachtoffer te zijn van pesterijen op de werkvloer. Het betreft een ontslagzaak tussen een zorgstichting en een woonbegeleider. De kantonrechter bekritiseert het ontslagdossier op het feit getuigenverklaringen achteraf zijn opgesteld.¹⁰⁶ De woonbegeleider heeft pesterijen en seksuele intimidatie ervaren op de werkvloer. Daarnaast is haar vertrouwen geschaad doordat collega's vertrouwelijke informatie van de woonbegeleider hebben doorverteld. Uit het dossier blijkt dat de zorgstichting niets heeft gedaan aan de pesterijen en seksuele intimidatie. De kantonrechter stelt vast dat klachten van collega's worden opgenomen in het dossier, maar een weerwoord van de woonbegeleider niet wordt toegestaan. Om die reden oordeelt de kantonrechter dat het ontslagdossier onvoldoende is om over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De woonbegeleider geeft aan dat zij voor de zorgstichting wil blijven werken, maar dan wel op een andere locatie. De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af.

¹⁰⁴ Rechtbank Overijssel (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:4663.

¹⁰⁵ Rechtbank Gelderland (krt.) 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.

¹⁰⁶ Rechtbank Noord-Nederland (krt.) 7 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1659.

4.3 Hoger beroep

Tegen het oordeel van de kantonrechter over de ontslagaanvraag op grond van disfunctioneren, zijn na inwerkingtreding van de WWZ twee werknemers in hoger beroep gegaan. In deze paragraaf worden de zaken in hoger beroep besproken.

4.3.1 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst blijft van kracht in hoger beroep

De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen een basisschoolstichting en een basisschooldirecteur ontbonden op grond van disfunctioneren.¹⁰⁷ In de periode 2007 tot en met 2011 hebben er coachingstrajecten plaatsgevonden om het functioneren van de teamleden te verbeteren. Uit de coaching trajecten blijkt dat duidelijk en helder leiderschap ontbreekt bij de basisschooldirecteur. Voor de beoordeling van dit geschil voert de kantonrechter aan dat het hierbij niet uitmaakt dat de coachingstrajecten op initiatief van de basisschooldirecteur en gericht op het gehele team plaatsvonden. In 2014 heeft het college van bestuur van de stichting (CvB) haar zorgen geuit over het functioneren van de basisschooldirecteur. Hierop is een verbetertraject ingesteld, waarbij is afgesproken dat wanneer er voldoende verbetering zichtbaar is, de arbeidsovereenkomst met de basisschooldirecteur wordt beëindigd. Het functioneren van de basisschooldirecteur is niet verbeterd en hierop wil de stichting de arbeidsovereenkomst beëindigen. De stichting heeft de basisschooldirecteur een passende functie aangeboden, namelijk de functie van groepsleerkracht. De basisschooldirecteur vindt dat IB-er of adjunct-directeur een functie is die beter bij hem past. De kantonrechter stelt vast dat deze functies niet voorkomen binnen de stichting en daarom is herplaatsing binnen de stichting niet mogelijk. De basisschooldirecteur heeft in hoger beroep om vernietiging van de beschikking gevraagd. Het hof legt uit dat in het systeem van de WWZ ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in hoger beroep van kracht blijft.¹⁰⁸ Indien het hof oordeelt dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden door de kantonrechter, dan kan het hof de werkgever veroordelen tot herstellen van de arbeidsovereenkomst of tot het betalen van een billijke vergoeding. In deze zaak oordeelt het hof dat de stichting het disfunctioneren voldoende aannemelijk heeft gemaakt door de coachings- en verbetertrajecten. Om die reden bekrachtigt het hof de beschikking van de kantonrechter.¹⁰⁹

4.3.2 Arbeidsovereenkomst ontbinden met een disfunctionerende werknemer tijdens ziekte

In een geschil tussen het CBR en een rijexaminator heeft de kantonrechter beslist dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van disfunctioneren.¹¹⁰ De rijexaminator komt op tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van disfunctioneren. Uit het bewijs blijkt dat de rijexaminator al vanaf 2011 verschillende keren is aangesproken door haar leidinggevende over haar te lage slagingspercentage. Daarnaast is vanaf het jaargesprek in 2013 jaarlijks aan de orde gekomen dat de communicatieve vaardigheden van de rijexaminator onvoldoende waren. In 2015 is hierop een coachingstraject ingericht voor de duur van drie maanden. Het hof is van oordeel dat de rijexaminator intensief is gecoacht, aangezien de rijexaminator is gecoacht door haar eigen coach. Toen dat niet afdoende bleek is de rijexaminator zelfs gecoacht door verschillende docenten tijdens een op maat gemaakte heropleiding. Hieruit blijkt dat de ongeschiktheid van de rijexaminator niet het gevolg is van onvoldoende zorg voor scholing of arbeidsomstandigheden. Verder komt de rijexaminator ook op tegen het feit dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, ondanks het opzegverbod tijdens ziekte. De arbeidsovereenkomst kan tijdens het opzegverbod worden ontbonden, indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft.

¹⁰⁷ Rechtbank Noord-Nederland (krt.) 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

¹⁰⁸ Dit is gebaseerd op art. 7:683 lid 1 BW (nieuw).

¹⁰⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

¹¹⁰ Deze uitspraak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

Het hof dient in deze zaak te bepalen of het ontbindingsverzoek vanwege disfunctioneren geen verband houdt met de gezondheidstoestand van de rijexaminator. Op 7 juli 2015 heeft het CBR meegedeeld aan de rijexaminator dat zij niet meer geschikt is voor deze functie. Vervolgens heeft de rijexaminator zich op 10 augustus 2015 ziek gemeld. Uit het bewijs van het CBR blijkt dat het disfunctioneren los staat van de ziekte. Om die reden oordeelt het hof dat de ongeschiktheid niet het gevolg is van ziekte. Tot slot komt de rijexaminator op tegen het oordeel van de kantonrechter dat het CBR voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er voor de rijexaminator geen passend werk voorhanden is. Het hof oordeelt dat ten aanzien van de vacatures, de rijexaminator niet geschikt is voor deze functies. Hiervoor heeft het hof gekeken naar het opleidingsniveau en het arbeidsverleden van de rijexaminator. Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter.¹¹¹

4.4 Tussenconclusie

Uit onderzoek blijkt dat kantonrechters over het algemeen hetzelfde oordelen over de dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag op grond van disfunctioneren. Iedere kantonrechter toetst of de ontslagaanvraag op grond van disfunctioneren voldoet aan het juridische toetsingskader. Ondanks dat het (nieuwe) ontslagrecht sinds 1 juli 2015 in werking is getreden, wordt er door de kantonrechters in ontslagzaken een nadere uitleg gegeven aan wetsartikelen. Er zijn zelfs al twee hoger beroep zaken geweest door het hof.

¹¹¹ Hof Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1659.

Hoofdstuk 5 De huidige werkwijze van arbeidsrechtadvocaten binnen Rein

Binnen Rein zijn er twee advocaten werkzaam die zijn gespecialiseerd op het gebied van arbeidsrecht. De onderzoeker heeft deze twee arbeidsrechtadvocaten geïnterviewd. De onderzoeker heeft gevraagd op welke manier de arbeidsrechtadvocaten op de hoogte blijven van actuele onderwerpen en jurisprudentie voer de WWZ. Verder heeft de onderzoeker gevraagd op welke manier de arbeidsrechtadvocaten MKB-ondernemers op de hoogte stellen van de WWZ en welke hulp zij bieden indien een MKB-ondernemer aangeeft moeilijkheden te ervaren met de WWZ.

5.1 Interview met de heer Raaben

Op 26 april heeft de onderzoeker gesproken met de heer Raaben, arbeidsrechtadvocaat en tevens opdrachtgever van dit onderzoeksrapport. De heer Raaben wordt geschetst als een sterke, strategische procesadvocaat met gevoel voor verhoudingen. Vanwege zijn jarenlange proceservaring treedt de heer Raaben binnen Rein veelvuldig op als mentor van zijn collega's. Binnen het arbeidsrecht behandelt de heer Raaben zaken op het gebied van ontslag, non-concurrentiebedingen en reorganisaties.¹¹²

5.1.1 Nieuwsbrief en vaktijdschrift Arbeidsrecht

Prof. mr. dr. A.R. Houweling is als bijzonder hoogleraar Arbeidsrecht verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast houdt hij arbeidsrechtsspecialisten middels een nieuwsbrief eens in de veertien dagen op de hoogte van Arbeidsrecht updates. De heer Raaben heeft zich geabonneerd op deze nieuwsbrief. Op deze wijze blijft de heer Raaben op de hoogte van actuele onderwerpen en jurisprudentie over de WWZ. Daarnaast blijft de heer Raaben op de hoogte van actuele onderwerpen en jurisprudentie over de WWZ middels het vaktijdschrift Arbeidsrecht.

5.1.2 Cliëntcontact

De heer Raaben heeft middels telefonisch cliëntcontact MKB-ondernemers op de hoogte gesteld van de inwerkingtreding van de WWZ en de belangrijkste wijzigingen. Daarnaast verzorgt de heer Raaben workshops. De onderzoeker heeft gezamenlijk met de heer Raaben één workshop verzorgd. In totaal worden er 10 cliënten uitgenodigd voor de workshop en een workshop duurt ongeveer drie uur. Tijdens de workshop bespreekt de heer Raaben de maatregelen die zijn genomen om de positie van flexwerkers te versterken. Verder besteedt de heer Raaben tijdens de workshop aandacht aan het nieuwe ontslagrecht. Tot slot publiceert de heer Raaben regelmatig nieuwsbrieven op de site van Rein.

Op dit moment besteedt de heer Raaben geen aandacht aan het tussentijds cliënten adviseren over actuele onderwerpen over de WWZ. De heer Raaben informeert zijn klanten niet structureel met actuele jurisprudentie. Hij vindt het lastig om een selectie te maken welke jurisprudentie relevant is. Actuele jurisprudentie komt wel aan de orde in cliëntcontact. Indien een cliënt aangeeft moeilijkheden te ervaren met de WWZ, nodigt de heer Raaben zijn cliënt uit op het kantoor, of gaat hij op bezoek bij zijn cliënt.

5.1.3 Geboden hulp aan cliënten

De heer Raaben heeft in zijn praktijk na invoering van de WWZ geen concrete opdrachten ontvangen voor het beoordelen van arbeidsovereenkomsten met het oog op de WWZ. De heer Raaben heeft geen actief algemeen beleid gevoerd op aanpassing van het personeelsbeleid en op het inrichten van een ontslagdossier. Dat is namelijk veel gebeurd in cliëntcontact.

¹¹² Het interview met de heer Raaben is opgenomen als bijlage 20.

5.2 Interview met mevrouw Zoer

Op 26 april heeft de onderzoeker gesproken met mevrouw Zoer, arbeidsrechtadvocaat. Mevrouw Zoer heeft een ruime ervaring in het voeren van procedures op verschillende gebieden. Binnen Rein focust mevrouw Zoer zich vooral op ondernemingen en adviseert en procedeert zij vooral op het gebied van arbeidsrecht, faillissementsrecht en de huur- en verhuur van onroerende zaken.¹¹³

5.2.1 Actuele onderwerpen en jurisprudentie

Mevrouw Zoer blijft op de hoogte van actuele onderwerpen en jurisprudentie over de WWZ middels informatie op websites, vakbladen, twitter, het nieuws en collega's. Daarnaast leest Mevrouw Zoer regelmatig nieuwsbrieven van andere advocaten die iets over actuele jurisprudentie schrijven. Mevrouw Zoer heeft een brede praktijk en om die reden geen tijd om iedere week jurisprudentie arbeidsrecht te lezen. Als een zaak bijzonder, baanbrekend of leuk is, dan leest ze het wel of hoort ze het via een collega. Indien haar cliënt een arbeidsrechtelijke vraag heeft, gaat mevrouw Zoer heel gericht op dat onderwerp zoeken naar de meest recente jurisprudentie. Op die manier blijft mevrouw Zoer ook op de hoogte van actuele jurisprudentie.

5.2.2 Cliënten op de hoogte stellen van de WWZ

In samenwerking met een uitzendbureau en een accountantskantoor, heeft mevrouw Zoer een lezing gegeven aan 35 cliënten om hun op de hoogte te stellen van de inwerkingtreding van de WWZ en de belangrijkste wijzigingen. Daarnaast is mevrouw Zoer bij cliënten langs geweest of heeft ze haar cliënten telefonisch geadviseerd over de belangrijkste wijzigingen van de WWZ. Momenteel adviseert mevrouw Zoer haar cliënten niet gericht over actuele onderwerpen of actuele jurisprudentie over de WWZ. Indien er een ingrijpende wijziging is waarvan mevrouw Zoer vindt dat haar cliënten dat moeten weten, dan belt of mailt ze haar cliënten. Mevrouw Zoer schrijft wel regelmatig nieuwsbrieven. Als een uitspraak leuk of interessant is, dan publiceert ze haar nieuwsbrief op LinkedIn of twitter. Op dit moment heeft mevrouw Zoer nog niet meegemaakt dat een cliënt aangeeft moeilijkheden te ervaren met de WWZ.

5.2.3 Advisering na invoering WWZ

Mevrouw Zoer heeft haar cliënten hulp geboden door contracten aan te passen conform maatregelen die zijn genomen door invoering WWZ. Daarnaast heeft mevrouw Zoer voor een aantal cliënten de arbeidsovereenkomsten gecheckt en doorgegeven aan haar cliënten op welke manier de arbeidsovereenkomsten moeten worden aangepast. Verder heeft mevrouw Zoer haar cliënten geadviseerd om gebruik te maken van uitzendkrachten, gezien het feit de werkgever een transitievergoeding is verschuldigd aan zijn werknemers in geval van bedrijfseconomische redenen. Mevrouw Zoer heeft haar cliënten advies op maat gegeven over het aanpassen van het personeelsbeleid op het nieuwe ontslagrecht. Echter heeft mevrouw Zoer weinig aandacht besteed aan het inlichten van haar cliënten over de wijze waarop zij een ontslagdossier dienen op te bouwen. Indien een cliënt een casus heeft dan beoordeelt mevrouw Zoer of het dossier in het kader van de WWZ kans van slagen heeft.

Mevrouw Zoer hoopt dat haar cliënten op tijd bellen indien zij moeilijkheden ervaren met de WWZ, zodat zij samen met haar cliënt kan sparren op welke manier de cliënt een ontslagdossier dient op te bouwen.

5.3 Tussenconclusie

Uit onderzoek blijkt dat arbeidsrechtadvocaten binnen Rein ieder hun eigen werkwijze hanteren. De heer Raaben heeft geen actief algemeen beleid gevoerd op aanpassing van het personeelsbeleid en heeft ook geen arbeidsovereenkomsten beoordeeld voor zijn cliënten. Mevrouw Zoer heeft arbeidsovereenkomsten voor haar cliënten aangepast, of gecheckt en geadviseerd op welke manier de arbeidsovereenkomsten moeten worden aangepast.

¹¹³ Het interview met mevrouw Zoer is opgenomen als bijlage 21.

Daarnaast heeft mevrouw Zoer haar cliënten advies op maat gegeven over het aanpassen van het personeelsbeleid op het nieuwe ontslagrecht. Ook is het opvallend dat beide advocaten hun cliënten niet hebben geadviseerd over de wijze waarop zij een ontslagdossier dienen op te bouwen.

Hoofdstuk 6 Conclusie en aanbevelingen

Nu het onderzoek van het recht en de praktijk is afgesloten, kan de onderzoeker een beredeneerd antwoord geven op de centrale vraag: Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan aan Rein over de knelpunten die MKB-bedrijven ervaren op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ?

6.1 Conclusies

Voordat er wordt ingegaan op de aanbevelingen die kunnen worden gedaan aan Rein, zal de onderzoeker eerst de vier deelvragen beantwoorden. Vervolgens zal de onderzoeker knelpunten bespreken die het MKB ervaart op het gebied van het flexrecht en het ontslagrecht.

6.1.1 Wijzigingen WWZ

Op het gebied van het flexrecht hebben wijzigingen plaatsgevonden met als doel het versterken van de positie van flexwerkers. De aanzegverplichting is nieuw in het leven geroepen, inhoudende dat werkgevers verplicht zijn om de werknemer minimaal één maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt, te informeren over al dan niet voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast is de ketenregeling gewijzigd. Na invoering van de WWZ heeft de werknemer recht op een vast contract, indien een vierde contract wordt gesloten, dan wel een termijn van 24 maanden is overschreden. Ook het ontslagrecht is gewijzigd. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is. Onder de WWZ zijn de limitatieve ontslaggronden opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Er kan pas worden opgezegd indien de werkgever het ontslag onderbouwt door middel van een ontslagdossier waaruit blijkt dat herplaatsing, al dan niet met behulp van scholing, in een andere functie niet mogelijk is. De werknemer heeft recht op een transitievergoeding indien het dienstverband op initiatief van de werkgever is beëindigd en het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd.

6.1.2 Doorwerking WWZ binnen de bezochte MKB-bedrijven

De onderzoeker heeft onderzocht hoe de WWZ is doorgewerkt binnen vijf bezochte MKB-bedrijven. Uit onderzoek is gebleken dat met name de kleine bedrijven knelpunten ervaren met de WWZ. De onderzoeker concludeert dat de bekendheid met de wijzigingen van de WWZ nog te wensen overlaat binnen de kleine bedrijven. Bij twee van de drie (kleine) bedrijven is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet in overeenstemming met de WWZ en zijn de bedrijven niet goed op de hoogte van de ketenregeling. Verder heeft de onderzoeker vastgesteld dat de kleine bedrijven niet (goed) op de hoogte zijn van het nieuwe ontslagrecht en van de berekeningswijze van de transitievergoeding. Daarentegen is gebleken dat de WWZ goed is doorgewerkt binnen de grotere bedrijven. Bij de twee grotere bedrijven is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in overeenstemming met de WWZ en zijn de bedrijven goed op de hoogte van de ketenregeling. Verder heeft de onderzoeker vastgesteld dat de twee grotere bedrijven goed op de hoogte zijn van het (nieuwe) ontslagrecht en de berekeningswijze van de transitievergoeding. Tijdens het onderzoek is de onderzoeker opgevallen dat de bedrijven bij een gewenst ontslag van een medewerker vooral vaststellingsovereenkomsten hanteren. Bij één bedrijf is sprake van een voortdurende arbeidsovereenkomst omdat het ontslagdossier onvoldoende is opgebouwd. Uit onderzoek is gebleken dat het opbouwen van een ontslagdossier een knelpunt is binnen de bezochte bedrijven.

6.1.3 Het ontslagdossier van een disfunctionerende werknemer

Vanzelfsprekend beoordeelt de kantonrechter of het ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren voldoet aan het juridische toetsingskader. Uit jurisprudentieonderzoek is gebleken dat het bewijsrecht ook van toepassing is op zaken die voortvloeien uit de WWZ. Dit houdt in dat getuigen- en deskundigen verklaringen toelaatbaar zijn in het ontslagdossier. De werkgever is verplicht om een disfunctionerende werknemer in de gelegenheid te stellen zijn functioneren te verbeteren.

Indien uit het dossier blijkt dat de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren, maar dit niet is gelukt, dan is de ontslagaanvraag gerechtvaardigd. Uit jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat uit het dossier dient te blijken dat de werkgever een verbeterplan heeft opgesteld voor de werknemer (bijvoorbeeld door het aanbieden van scholing) of voor de werknemer een verbetertraject is ingericht en desondanks het functioneren niet is verbeterd. Uit onderzoek is gebleken dat binnen de bezochte MKB-bedrijven de ontslagdossiers onvoldoende zijn opgebouwd. Uit de dossiers blijkt namelijk niet dat de werkgever een verbeterplan heeft opgesteld voor de werknemer of dat voor de werknemer een verbetertraject is ingericht.

6.1.4 Werkwijze van arbeidsrechtsspecialisten binnen Rein

Binnen Rein zijn twee arbeidsrechtadvocaten werkzaam. In haar dienstverlening heeft mevrouw Zoer cliënten begeleid om hun arbeidscontracten en personeelsbeleid aan te passen aan de WWZ-maatregelen. De heer Raaben heeft inmiddels diverse cliënten bijgestaan in WWZ-gerelateerde zaken. Zowel mevrouw Zoer, als de heer Raaben hebben (nog) geen actief algemeen beleid gevoerd, gericht op advies/begeleiding bij de opbouw van een ontslagdossier. Dit gebeurt tot op heden zaaksgericht.

6.1.5 De knelpunten die MKB-bedrijven ervaren als gevolg van de inwerkingtreding van de WWZ

Uit het onderzoek blijkt een wat divers beeld over de knelpunten die de bezochte bedrijven ervaren. Wel kan worden gesteld dat de opbouw van een ontslagdossier een knelpunt is dat door ieder bezocht bedrijf wordt ervaren. De onderzoeker zal per bezocht bedrijf bespreken welke knelpunten het bedrijf ervaart.

SIT

De onderzoeker stelt vast dat SIT goed op de hoogte is van de wijzigingen en dat de heer Bart voldoende kennis heeft over de inhoud en strekking van de WWZ. Na de inwerkingtreding van de WWZ heeft SIT nog geen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gehanteerd. Dit komt doordat het bedrijf momenteel geen werknemers in diens heeft die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Onderzoeker heeft een model ingezien dat niet in overeenstemming is met de WWZ. De heer Bart is zich hiervan bewust. De heer Bart heeft aangegeven dat hij de opbouw van een ontslagdossier ervaart als een knelpunt, omdat hij niet goed weet hoe een ontslagdossier opgebouwd dient te worden.

Witec

Ook binnen Witec is de WWZ goed doorgewerkt en concludeert de onderzoeker dat binnen het bedrijf voldoende kennis is over de inhoud en strekking van de WWZ. Ook binnen Witec is de opbouw van een ontslagdossier een knelpunt, omdat de onderzoeker heeft vastgesteld dat het ontslagdossier onvoldoende is opgebouwd. Het dossier is onvoldoende opgebouwd omdat er geen verbeterplan is opgesteld of een verbetertraject is gestart.

Janijko

Binnen Janijko is men in voldoende mate op de hoogte van de veranderingen in het flexrecht, maar niet van het nieuwe ontslagrecht. Het personeelsbeleid is niet aangepast en de heer Stienstra weet niet hoe een ontslagdossier dient te worden opgebouwd. Ook bestaat onbekendheid met de berekening van de transitievergoeding.

Timmer & Timmerman

Binnen Timmer & Timmerman is nog veel onbekendheid met de veranderingen door de WWZ. Feitelijk op alle onderdelen van de WWZ.

Rpublic

De onderzoeker heeft vastgesteld dat dezelfde onbekendheid als bij Timmer & Timmerman geldt bij Rpublic.

6.2 Aanbevelingen

Op basis van het onderzoek zal de onderzoeker aanbevelingen doen aan Rein.

6.2.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Binnen twee van de vijf onderzochte MKB-bedrijven is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet in overeenstemming met de WWZ. De onderzoeker heeft een standaard arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opgesteld.¹¹⁴ De standaard arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden verstrekt aan nieuwe cliënten. Er staat beschreven voor welke duur de arbeidsovereenkomst is aangegaan en dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Daarnaast is de verplichte aanzegging reeds opgenomen in de arbeidsovereenkomst.

Een risico van het opnemen van de aanzegging in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dat een werknemer die de werkgever had willen behouden, vroegtijdig vertrekt omdat er reeds is aangezegd in de arbeidsovereenkomst. De onderzoeker heeft dit risico afgewogen tegen de vergoeding bij niet of te laat aanzeggen en de werking van de ketenregeling. De onderzoeker heeft tijdens de afstudeerstage een zaak van de heer Raaben gezien waarbij een cliënt bij het verstrijken van het tweede aangegane arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vergat aan te zeggen, met als gevolg dat door de ketenregeling een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ontstond. Daarnaast heeft de onderzoeker tijdens de afstudeerstage een aantal zaken gezien waarin de werkgever vergat aan te zeggen, waardoor hij een vergoeding is verschuldigd aan de werknemer. Het lijkt de onderzoeker daarom beter om de aanzegtermijn op te nemen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

6.2.2 Seminar

De onderzoeker wil aanbevelen aan Rein om een seminar te organiseren dat in het teken staat van dossiervorming ter onderbouwing van een ontslagaanvraag. De WWZ is nu enige tijd in werking, het ene bedrijf geeft aan graag voorlichting te krijgen over de dossiervorming, terwijl het andere bedrijf de indruk wekt “WWZ-moe” te zijn. Het idee ontstaat bij MKB-bedrijven dat indien een ontslagdossier onvoldoende is opgebouwd om voor te leggen aan de kantonrechter, partijen er middels een vaststellingsovereenkomst toch wel uit kunnen komen. De werkgever biedt de werknemer een hogere ontslagvergoeding dan de transitievergoeding aan, om de werknemer op deze manier zonder problemen uit dienst te laten treden. Echter niet alle bezochte bedrijven hebben de middelen om de werknemer een hoge ontslagvergoeding aan te bieden. Dan is het ontslaan van een disfunctionerende werknemer lastig. Om deze reden is het van belang dat er aandacht wordt besteed aan de opbouw van een ontslagdossier.

Om MKB-bedrijven te triggeren, heeft de onderzoeker bedacht om aan bedrijven de mogelijkheid te bieden om ze deel te laten nemen aan het ‘Reincollege’. In het Reincollege zullen verschillende onderwerpen aan bod komen, namelijk: het aanpassen van het personeelsbeleid op het ontslagrecht, het voeren van functioneringsgespreken, gespreksverslagen/mailcontact opnemen in een ontslagdossier, het opstellen van een verbeterplan of het starten van een adviestraject. Als docent fungeren de arbeidsrechtsadvocaten bij Rein. Als binnen het bedrijf een deelnemer een probleem bestaat met een slecht functionerende werknemer, kan er in het Reincollege gezamenlijk worden gespard over een mogelijke oplossing of eventuele opbouw van het ontslagdossier. Verder kunnen de arbeidsrechtadvocaten een aantal casussen uit de praktijk aanreiken, die opgelost dienen te worden door de ‘studenten’, oftewel de MKB-ondernemers. Op deze manier komt de theorie samen met de praktijk. Daarnaast verwacht de onderzoeker dat de deelnemers sneller de hulp inschakelen van de arbeidsrechtadvocaten van Rein.

6.2.3 Voorlichtingspakket

In dit onderzoek heeft de onderzoeker de knelpunten onderzocht die vijf cliënten van Rein ervaren met de WWZ. De arbeidsrechtadvocaten binnen Rein streven er naar om de belangen van hun cliënten zo goed mogelijk te behartigen en hun werkgeverspositie te versterken.

¹¹⁴ De standaard arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is opgenomen als bijlage 22.

Ongetwijfeld zullen er meer cliënten van Rein zijn die knelpunten ervaren met de WWZ. Om die cliënten advies te kunnen bieden, heeft de onderzoeker een 'checklist voorlichting' ontworpen die de arbeidsrechtadvocaten cliënten kunnen aanbieden.¹¹⁵ In de checklist voorlichting kunnen MKB-bedrijven aanvinken of ze voorlichting nodig hebben op de volgende onderdelen van de WWZ: flexibele arbeidscontracten, arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aanzegtermijn, ketenregeling, ontslagrecht, ontslagdossier disfunctioneren en transitievergoeding. Het is aan de arbeidsrechtsspecialisten om per onderdeel van de WWZ een brochure te maken met de belangrijkste informatie. Indien een MKB-bedrijf behoefte heeft aan voorlichting, dan stuurt het bedrijf de ingevulde checklist terug naar Rein.

6.2.4 Workshops

De onderzoeker wil de arbeidsrechtadvocaten aanbevelen om door te blijven gaan met het verzorgen van workshops. Op deze manier blijven de advocaten in contact met hun cliënten. Bovendien heeft de onderzoeker gemerkt dat ondernemers die de workshop bijwonen, de workshop ervaren als leerzaam en plezierig. Wel wil de onderzoeker adviseren om meer aandacht te besteden aan de ketenregeling en het afwijken bij CAO. Veel MKB-bedrijven weten niet dat er in enkele gevallen bij CAO kan worden afgeweken van de ketenregeling.

6.2.5 Adviestraject op maat

Per bezocht MKB-bedrijf wordt beschreven op welke manier een adviestraject op maat kan worden ingericht. Voor alle bedrijven geldt dat ze kunnen worden aangemeld voor het Reincollege, indien bedrijven zin hebben om deel te nemen aan het college.

SIT

De onderzoeker beveelt aan om telefonisch contact op te nemen met de heer Bart. De arbeidsrechtadvocaat zou voorlichting kunnen geven over de dossieropbouw.

Witec

Telefonisch contact met de heer Vos lijkt de onderzoeker voldoende. Hierbij kan aandacht worden gevraagd voor het feit dat een relatiebeding wordt beschouwd als een concurrentiebeding. Verder kan het proeftijdverbod in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter dan 6 maanden nog eens onder de aandacht worden gebracht.

Janijko, Timmer & Timmerman en Rpublic

Bij deze bedrijven zou een voorlichtingsgesprek over de WWZ aangeboden kunnen worden. Verder kunnen deze bedrijven worden uitgenodigd voor een workshop.

¹¹⁵ De checklist is opgenomen als bijlage 23.

Literatuurlijst

Boeken

Asser/van Voss 7-V 2015

G.J.J. van Voss, *Mr: C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 7 Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015

Bouwens & Duk 2015

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Dekker 2015

F.M. Dekker, *Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Artikelen in tijdschriften

Van Drongelen & Borghouts-van de Pas, NJB 2016/440

H. van Drongelen & I. Borghouts-van de Pas, 'De transitievergoeding en 'van werk naar werk' -begeleiding', *NJB* 2016/440, afl. 9, p. 580-586

Frikkee & Smorrenburg, ArbeidsRecht 2016/11

C.J. Frikkee & M.E. Smorrenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 3-7

Knipschild, Jurisprudentie Arbeidsrecht 2009/55

E Knipschild, 'De voordelen en risico's van een min-/max-contract', *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2009/55, afl. 12, p. 13-17

Wegener-Belinfante, ArbeidsRecht 2014/54

T.M.J. Wegener-Belinfante, 'De transitievergoeding: een praktijkgericht overzicht', *ArbeidsRecht* 2014/54, afl. 11, p. 35-39

Berichten uit kranten en andere media

Hupkes, FD 17 februari 2016

M. Hupkes, 'Ontslagrecht is reden voor groei van aantal ZZP'ers', *FD* 17 februari 2016

Leupen, FD 1 maart 2016

J. Leupen 'MKB-Nederland: nieuwe ontslagrecht is een mislukkeling', *FD* 1 maart 2016

Leupen, FD 25 november 2015

J. Leupen, 'Wegsturen werknemer lastiger door ontslagrecht', *FD* 25 november 2015

Leupen, FD 25 november 2015

J. Leupen, 'Werknemer ontslaan is moeilijker geworden', *FD* 25 november 2015

Smit, FD 18 februari 2016

R. Smit, 'Bange bazen geven uitzenders vleugels', *FD* 18 februari 2016

Kamerstukken

Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3

Kamerstukken II 2013/14, 33 818 nr. 7

Kamerstukken II 2014/15, 34 351, nr. 1

Besluiten

Stb. 2014, 274

Stb. 2014, 538

Stb. 2015, 171

Stcrt.. 2014, 36823

Stcrt. 2015, 12685

Internetbronnen

'Aanzegtermijn tijdelijke arbeidsovereenkomst', Rijksoverheid.nl 21 mei 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *aanzegtermijn*)

'Artikel 7:669 BW', Overheid geraadpleegd op 29 april 2016, www.wetten.overheid.nl (zoek op 7:669 BW)

'Positie flexwerker sterker', Rijksoverheid.nl 17 november 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *flexwerkers*)

'Transitievergoeding nader uitgewerkt', Rijksoverheid 30 januari 2015, www.rijksoverheid.nl (zoek op *transitievergoeding*)

'Wat is detachering?', MKB Servicedesk 16 februari 2015, www.mkb servicedesk.nl (zoek op *detachering*)

'Wet flexibiliteit en zekerheid', flexnieuws.nl 20 november 2013, www.flexnieuws.nl (zoek op *Wet flexibiliteit en zekerheid*)

Jurisprudentielijst

Gerechtshof

Hof Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1659

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761

Kantonrechter

Kantonrechter Alkmaar 7 maart 2016, ECLI:RBNHO:2015:1659

Kantonrechter Amersfoort 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

Kantonrechter Enschede 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663

Kantonrechter Groningen 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493

Kantonrechter Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611

Kantonrechter Maastricht 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010

Kantonrechter Utrecht 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297

Kantonrechter Zutphen 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909