

EBOOK

ACTUALITEITEN WWZ.



‘Onze ervaring is dat werkgevers met een goed dossier moeten komen over het disfunctioneren van een medewerker, wil het ontbindingsverzoek door de kantonrechter worden ingewilligd.’

MEER ONTSLAGVERZOEKEN AFGeweZEN ONDER WWZ

De eerste ervaringen met het nieuwe ontslagrecht stemmen negatief. Sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) worden er meer ontslagverzoeken afgewezen dan in de jaren ervoor. De arbeidsmarkt wordt juist minder flexibel door deze wet, en dat was niet de bedoeling van de wetgever. Onze ervaring is dat werkgevers met een goed dossier moeten komen over het disfunctioneren van een medewerker, wil het ontbindingsverzoek door de kantonrechter worden ingewilligd. Zo niet, dan pakt een eventuele schikking al gauw een stuk duurder uit dan in de situatie dat de werkgever uitsluitend de transitievergoeding verschuldigd zou zijn geweest. Uit de eerste rechterlijke uitspraken kunnen we nog niet goed een lijn ontdekken in de hoogte van de billijke vergoedingen, die verschuldigd is in geval van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever, het ‘muizengaatje’. Wel kunnen we er de eerste goede adviezen uit afleiden voor werkgevers die een de kantonrechter willen verzoeken om de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie te ontbinden. Misschien wel de belangrijkste: leg alles schriftelijk vast.

Intussen vragen wij ons af hoe lang het nog duurt voordat minister Asscher echt gaat sleutelen aan de WWZ. Taalstrateeg Sarah Gagestein vindt dat Asscher de wet handig heeft verkocht. Alleen al het woord transitievergoeding, wat ‘gewoon’ een ontslagvergoeding is, zegt iets over zijn manier van framen. En, zegt ze erbij, zo’n frame gaat pas op als het binnen de feiten past. En dat lijkt met de WWZ niet het geval te zijn.

In dit e-book leest u wat de laatste ontwikkelingen zijn van de WWZ. Wij volgen het op de voet en houden u graag op de hoogte van toekomstige veranderingen.

Lexence advocaten en notarissen

‘ONTSLAAN is MOEILIJKER onder de WWZ’

- ANNEJET BALM -

‘De arbeidsmarkt wordt minder flexibel van de Wet werk en zekerheid’, weet arbeidsrechtadvocaat Annejet Balm, een klein jaar nadat de wet van kracht is geworden. Balm is er niet blij mee, vertelt ze, want dit betekent voor haar cliënten, grote bedrijven en organisaties, een zorg erbij.

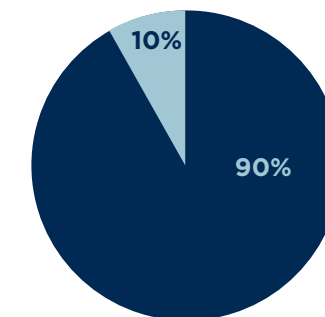
‘De eerste conclusie van het nieuwe ontslagrecht, is dat er meer ontslagverzoeken worden afgewezen dan voorgaande jaren. Voorheen was dat 10 procent, nu is het 31 procent en in Amsterdam is dat gemiddeld zelfs 60 procent.’ Balm adviseert haar cliënten dan ook om nog betere dossiers aan te leggen over niet goed functionerende medewerkers. Vaak hoort ze van werkgevers dat dossiers opbouwen als zwaar wordt ervaren, zeker als het in kleine teams gebeurt, omdat zij niet zo’n schriftelijke cultuur hebben. Balm schetst een geval waarin zowel de werkgever als de werknemer wel van elkaar af willen, maar de werknemer het zich niet kan veroorloven om zomaar op te stappen. In dat geval moet er een goed dossier zijn, waardoor hij kan worden gedwongen te vertrekken. ‘Intussen verslechteren de onderlinge verhoudingen op de werkvloer alleen maar, ik betwijfel of dat de bedoeling van de wetgever was.’

BILLIJKE VERGOEDING VAKER DAN VOORZIEN

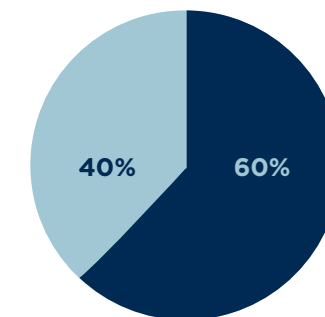
Omdat ontslag lastiger is geworden door de nieuwe wet, komt nu vaker dan voorheen in ontslagzaken de vraag aan de orde: ‘Gaan we schikken of procederen?’ Balm adviseert er vaak over en ziet dat werkgevers eerder voor een schikking kiezen. ‘Je weet niet wat de rechter doet. Ik adviseer om iets boven de transitievergoeding te gaan zitten, want dan heeft de werknemer in ieder geval een aanleiding om het niet tot een procedure te laten komen. Men lijkt in de onderhandelingen echter regelmatig terug te grijpen naar de oude kantonrechtersformule.’ Ze ziet bovendien regelmatig in ontslagzaken dat een zogenoemde billijke vergoeding wordt toegekend, wanneer er sprake is van ernstig en verwijtbaar handelen van de werkgever. ‘Deze kan bovenop de transitievergoeding worden toegewezen. Bijvoor-

AANTAL TOEWIJZINGEN VOOR EN NA NIEUW ONTSLAGRECHT

VOOR 1 JULI 2015
90% TOEWIJZINGEN



NA 1 JULI 2015
60% TOEWIJZINGEN



beeld in het geval van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden, of het aanvoeren van een valse grond voor ontslag om een onwerkbaar situatie te creëren, of bij discriminatie. De hoogte van de vergoeding moet in relatie staan tot de ernst van de verwijtbaarheid. De billijke vergoeding werd het muizengaatje in de wet genoemd, waarvan de wetgever dacht er 10 of 15 gevallen per jaar te hebben. Maar dat zijn er al een stuk meer. De hoogte van de billijke vergoedingen, en met name de wijze van berekenen, is nog niet duidelijk, er zit nog geen lijn in.’

DISFUNCTIONEREN VEELGEBRUIKTE ONTSLAG-GROND

In de nieuwe wet staan de ontslaggronden limitatief opgesomd en Balm ziet dat de rechter in elke uitspraak verwijst naar een van de ontslaggronden. ‘Het is inmiddels wel duidelijk dat ‘disfunctioneren’ en ‘verstoorde arbeidsrelatie’ de meest gebruikte gronden voor ontslag zijn.’

Bij disfunctioneren geldt dat de werknemer op de hoogte moet zijn van de kritiek, een kans krijgt om te verbeteren, en dat hij eventueel extra scholing aangeboden krijgt. 'Voor disfunctioneren hoeft het niet zo te zijn dat de werknemer altijd een verwijt gemaakt kan worden.' Balm schetst het geval van een autopoetser die volgens zijn werkgever niet goed functioneerde. 'Er zijn gesprekken gevoerd en er liep vanaf 2012 een verbetertraject. In 2015 werd uiteindelijk ontbinding verzocht. Volgens de kantonrechter had de werkgever alles gedaan om het functioneren te verbeteren, dus mocht de arbeidsovereenkomst worden ontbonden wegens disfunctioneren. Het hielp dat het dossier in deze zaak goed op orde was.'



<http://bit.ly/2a4ZxHp>

VERSTOORDE ARBEIDSRELATIE OOK VAAK AAN-GEVOERD

Een verstoorde arbeidsrelatie wordt vaak als subsidiaire grond aangevoerd, weet Balm. 'Om aan te tonen dat de arbeidsrelatie duurzaam en ernstig verstoord is, moet het dossier eveneens op orde zijn. Het moet zo zijn dat de werkgever de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet kan laten voortduren. Als de werkgever zegt dat er een verstoorde relatie is en de werknemer dat helemaal niet zo doorhad, is dat dus over het algemeen niet het geval.' Balm verwijst naar een uitspraak waarin de rechter zei dat de verstoorde relatie wel heel zichtbaar moet zijn en voegt eraan toe: 'Tenzij de werknemer strategische redenen heeft om het te blijven ontkennen.'

'Bij disfunctioneren geldt dat de werknemer op de hoogte moet zijn van de kritiek, een kans krijgt om te verbeteren, en dat hij eventueel extra scholing aangeboden krijgt.'

Balm adviseert sinds de invoering van de WWZ haar cliënten nog betere dossiers op te bouwen. Een krantenbericht waarin gepleit wordt voor het afschaffen van functioneringsgesprekken, vindt ze dan ook heel vreemd. 'Kennelijk vinden sommige grote bedrijven het functioneringsgesprek niet meer zo wenselijk. Raar, want wij willen je toch oproepen om dingen vast te leggen. Onderlinge beoordelingen of 360 graden-feedback als vervanging ervan zijn een stuk tijdrovender, en bovendien erg subjectief. In het kader van een mogelijke ontslagzaak moet duidelijk zijn voor de werknemer dat er kritiek is, en die moet het belang overzien en weten wat de consequenties zijn. Ik zou niet zo snel van de functioneringsgesprekken afstappen', luidt haar advies.

MEER AFGEWEZEN



In periode 1 juli 2015 tot 1 januari 2016 zijn 151 ontbindingsbeschikkingen gepubliceerd: 104 (69%) toewijzingen en 47 (31%) afwijzingen. Gemiddelde lag op 10% afwijzingen.

DOSSIER



Uit diverse expert meetings blijkt dat dossieropbouw (tijdig attent maken, verbetertraject, bijscholing en herplaatsing met bijscholing) bij de disfunctioneren als zwaar wordt ervaren. Door gedwongen dossieropbouw verharderen relaties en ontstaan spanningen.

BILLIJKE VERGOEDING



Bij *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten, is werkgever - naast transitievergoeding - een billijke vergoeding verschuldigd. In periode 1 juli 2015 tot 6 februari 2016 is in 24 (14%) van de 167 uitspraken billijke vergoeding toegekend.

OMVANG BILLIJKE VERGOEDING



De omvang van de billijke vergoeding varieert van €500 tot €90.000 bruto. Totaal onduidelijk hoe dit moet worden berekend. Daardoor probleem: schikken of procederen?

9

tips bij disfunctionerende medewerker onder de WWZ:

- 1 Zorg dat de werknemer op de hoogte is van de kritiek, dit alleen tussen neus en lippen door bespreken in bila's is onvoldoende.
- 2 Geef de werknemer de kans om te verbeteren.
- 3 Maak een SMART geformuleerd verbeterplan voor disfunctionerende medewerkers.
- 4 Zorg dat het verbeterplan zorgvuldig wordt afgerond.
- 5 Laat de werknemer weten dat ontslag de consequentie is bij blijvend disfunctioneren.
- 6 Toon aan dat er iets is gewijzigd in het functioneren als iemand eerder positieve beoordelingen kreeg.
- 7 Onderzoek of extra scholing kan helpen bij het beter functioneren.
- 8 Onderzoek of herplaatsing in een andere passende functie mogelijk is.
- 9 Leg afspraken, verbeterplan en gesprekken over het functioneren goed vast in een dossier.

CASE 1: ZELF VERBETERPLAN OPSTELLEN, GEVALLETJE VAN 'HANG YOURSELF'

Een werknemer van de Rabobank die in dienst trad bij dochterbedrijf Obvion functioneerde niet goed. De werknemer erkende dat en wilde het ook verbeteren. De werkgever vond dat zij een verbeterplan moest opstellen, maar dat is niet van de grond gekomen. Obvion vroeg om ontbinding wegens disfunctioneren en een verstoorde arbeidsverhouding. Balm: 'Bijna altijd wordt er een primaire en secundaire grond aangevoerd, maar beide gronden moeten dan wel volledig onderbouwd ofwel 'voldragen' zijn. Je kunt niet twee halve gronden bij elkaar optellen.' De arbeidsovereenkomst werd niet ontbonden, omdat de werknemer tot 2014 zonder problemen in dienst was geweest en de werkgever haar had gevraagd zelf het verbeterplan op te stellen. Balm: 'Dat mag best in overleg gebeuren, en input vragen mag ook, maar dit was een typisch 'hang yourself-gevalletje', dat kun je een werknemer niet aandoen.'

 <http://bit.ly/29KRPWK>

CASE 2: HERPLAATSING ALLEEN VOOR BESTAANDE EN PASSENDE FUNCTIES

Sinds de WWZ is ingevoerd, kan er ook hoger beroep worden ingesteld tegen de ontbinding van een arbeidsovereenkomst. Dat hielp een schooldirecteur overigens niet in een ontslagzaak. Hij was 23 in dienst als leraar en was daarna directeur van twee scholen geworden. Dat ging niet goed, over het functioneren werd gesproken, maar het verbeterde niet. De (vervallen) beleidsregels van het UWV werden expliciet gebruikt door het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep: het Hof gaf aan dat schriftelijk bewijs niet vereist was, omdat beide partijen erkenden dat er vaak was gesproken over het slechte functioneren. Ook vond het Hof een verbetertraject van 3 maanden (na 23 jaar dienstverband) niet vreemd, na 3 maanden was in dat specifieke geval verbetering mogelijk. De door de directeur gevraagde herplaatsing in zijn baan als leraar, was niet relevant want die functie was niet beschikbaar. Balm: 'De herplaatsingsplicht geldt alleen voor bestaande en passende vacatures, er hoeft geen functie gecreëerd te worden.'

 <http://bit.ly/29uhP4r>

CASE 3: NIET BEREID TE VERBETEREN

Een apothekersassistent was herhaaldelijk aangesproken op zijn onfatsoenlijke gedrag tegen klanten en collega's, tot er ontslag werd aangevraagd. Volgens de kantonrechter was duidelijk dat hij erop was aangesproken, er waren veel verklaringen van collega's en de werknemer wist ook dat zijn gedrag niet werd getolereerd. Hij ontkende echter alles en zei zich er niet in te herkennen. Balm: 'De rechter is daar gevoelig voor, als je niet bereid bent te verbeteren, is er geen eer aan te behalen. De werknemer die meteen de hand in eigen boezem steekt, krijgt eerder een kans van de rechter.' Het contract met de werknemer mocht ontbonden worden, maar hij kreeg wel een transitievergoeding, want er was geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen, volgens de rechter.

 <http://bit.ly/29AX6Op>

CASE 4: NOOIT EERDER DISFUNCTIONEREN GEMELD

Een praktijkmanager van een tandarts wordt ontslagen wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Het ging slecht met de praktijk, de salarissen moesten omlaag, geleidelijk tot 25%. Zij kreeg het verwijt dat het slecht ging door haar financiële beleid, hetgeen tot disfunctioneren leidde. De rechter stelt vast dat daarover nog nooit eerder was gesproken. Door de discussie over de salarisverlagingen kwam de arbeidsrelatie pas onder druk te staan. Ontbinding was toch toegestaan, omdat het helemaal uit de hand was gelopen, maar wel met een extra, billijke, vergoeding.

 <http://bit.ly/29uiUsL>

CASE 5: VERWIJTBAAR HANDELEN, TOCH TRANSITIEVERGOEDING

Een leraar die de antwoorden van een eindtoets aan een leerlinge gaf, met wie hij ook nog eens veel contact had via sociale media, mocht worden ontslagen. De rechter vond dat de leraar verwijtbaar handelde, maar vond toch dat er een transitievergoeding moest worden betaald, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit omdat de leraar al lang in dienst was bij de school en hij niet had geprobeerd zichzelf te bevoordelen of financieel gewin te krijgen met zijn manier van handelen.

 <http://bit.ly/29AX1st>

CASE 6: WANPRESTATIE DOOR IMTECH

Een directeur die via een headhunter in dienst zou treden bij Imtech Marine, kon niet aan het werk omdat het moederbedrijf failliet ging voordat hij begon en de nieuwe aandeelhouders van mening waren dat hij niet de juiste man voor de job was. Om die reden werd hij niet toegelaten op de werkvloer. Imtech verzocht de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De directeur beriep zich op wanprestatie aangezien de werkgever de arbeidsovereenkomst weigerde uit te voeren en vorderde schadevergoeding. De kantonrechter stelde hem in het gelijk en kende een schadevergoeding van € 4,5 tontoe.

 <http://bit.ly/29uXg6V>

‘ASSCHER heeft de WWZ GOED GEFRAMED’

COLUMN SARAH GAGESTEIN

‘We zijn de hele dag bezig met beïnvloeding via taal en woorden. Als je je daarvan bewust bent, kun je taal als wapen gebruiken. Lodewijk Asscher deed dat slim ten tijde van de invoering van de WWZ’, vertelt taalstrateeg Sarah Gagestein.

‘Taal heeft een enorme impact: hoe we dingen verteld krijgen heeft invloed op wat we ervan vinden. Door het juiste frame te kiezen, krijg je makkelijker dingen voor elkaar. Een frame is een verhaal met specifieke woorden en beelden dat bepaalde delen van de werkelijkheid belicht en andere delen uitsluit. Daarmee stuur je – onbewust – naar een specifieke interpretatie. Lodewijk Asscher doet dat heel handig. Hij heeft de WWZ goed geframed, die wet was volgens hem nodig om de zielige flexwerkers te beschermen. Zij werden in de rol van slachtoffers gezet. Asscher verwijst constant naar de Amerikaanse toestanden die anders ontstaan. Dat is een schrikbeeld, en zijn WWZ is de oplossing om dat te voorkomen. De werkgever is de slechterik in dit verhaal, zij zien werknemers alleen maar als kostenpost. En iedereen zei schoorvoetend ‘nou, vooruit dan maar.’ Het woord transitievergoeding is ook slim geframed, want eigenlijk is het een ontslagvergoeding. Mensen zelf noemen het een oprotpremie.

Een frame gaat pas op als het past binnen de feiten. Dus nu, een jaar later, is het de vraag of het frame van Asscher gaat standhouden. Er komen steeds meer verhalen van werkgevers die de

WWZ niet trekken. Ook blijkt de werkgever niet zo hardvochtig als Asscher doet vermoeden. Het verhaal keert zich tegen hem, want hij heeft het gedaan. Ik ben benieuwd naar het nieuwe frame dat hij gaat inzetten om het tij weer te keren.’

JE HEBT GELIJK, MAAR KRIJGT HET NIET

‘Uit het voorbeeld van Asscher blijkt duidelijk dat het ertoe doet hoe je iets zegt. Simpelweg de feiten achter elkaar zetten is niet genoeg. Dan heb je misschien wel gelijk, maar je krijgt het niet. Dat komt omdat ons brein niet zo rationeel werkt als we denken. Het is een bekend voorbeeld, maar als ik zeg dat je niet aan een roze olifant moet denken, is dat vrijwel onmogelijk. Iedereen ziet hem gelijk voor zich, omdat we niet doorhebben dat ons brein dat vanzelf doet. Het gebeurt binnen 0,2 seconden en daar hebben we niets over te zeggen, je brein plukt er een eigen interpretatie uit. Pas in tweede instantie slaat ons bewustzijn aan en ga je vrijwillig nadenken. De kracht van een frame zit hem niet in de feiten, maar in het gevoel dat eruit voortkomt.’

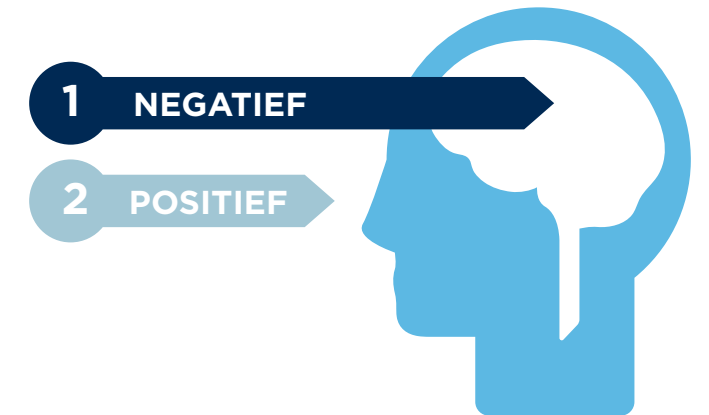
‘Pas in tweede instantie slaat ons bewustzijn aan en ga je vrijwillig nadenken’

ONTKENNEN IS ERKENNEN

‘Je kunt niet communiceren zonder te framen. Je kiest altijd, je zet informatie in een bepaalde volgorde. Mijn advies: doe het dan bewust. In alle kranten wordt geframed, maar we zien frames voornamelijk als we het er niet mee eens zijn. Bij politieke partijen ligt de framing er dik bovenop, maar ook thuis aan de keukentafel gebeurt het.

Een nuttige tip is om een negatieve en positieve boodschap niet door elkaar te gebruiken, want de negatieve boodschap krijgt namelijk voorrang in je brein. Ontkennen is erkennen, dus een reorganisatie moet je niet als een mooi ‘we groeien naar de toekomst toe’-verhaal brengen, want het enige dat blijft hangen is de aantallen ontslagen. Wat het eerst in je brein komt, het eerst maalt.’

‘Een negatieve boodschap krijgt voorrang in je brein’





Zo **ONTWERP** je een **FRAME**

1 DENK NA OVER DE EMOTIE DIE SPEELT BIJ DE ONTVANGER VAN JE BOODSCHAP.

Emotie bepaalt of we ergens in meewillen of de kont tegen de krib gooien. Dat vormt het eerste oordeel.

Sla een brug tussen jouw belang en dat van de ander. Ga in diens schoenen staan. Als je wilt dat mensen iets anders gaan doen, moet je weten waarom ze gehecht zijn aan de eerdere aanpak.

2 MAAK EEN VERHAALLIJN.

Vergelijk twee soorten verhalen over asielzoekers. Het ene gaat uit van een 'slachtoffer-frame', het andere benadert vluchtelingen vanuit een 'indringer-frame'. De twee frames worden allebei geloofd. Het heeft geen zin om met iemand te discussiëren die het andere frame gelooft.

3 GEBRUIK WOORDEN EN BEELDEN DIE DE JUISTE ASSOCIATIES OPROEPEN IN HET BREIN.

Check dat bij de ander. Wij gebruiken veel jargon, maar weten niet wat dat doet bij de ander. Metaforen zijn sterke beïnvloeders, en niet alleen mooimakers. Denk aan een 'surgical strike'. Maar ook de reclame van Lexence: Korte lijnen. Lange relaties. Dat is een goede zin, er zit een soort tegenstelling in waarvan ons brein een beetje gaat spinnen.



ARBEIDSRECHTTEAM



FLOOR DAMEN
Advocaat, partner
T: +31 20 5736 858
M: +31 65 2615 600



FRANK TER HUURNE
Advocaat, partner
T: +31 20 5736 839
M: +31 61 0960 633



MARK KEUSS
Advocaat, partner
T: +31 20 5736 885
M: +31 65 3128 550



JUDITH SCHULP
Advocaat, partner
T: +31 20 5736 822
M: +31 65 1083 133

COLOFON

Dit e-book is een uitgave van Lexence.

Lexence
Amstelveenseweg 500
1081 KL Amsterdam
T: +31 20 5736 736
F: +31 20 5736 737
E: info@lexence.com

Redactie
Erik Jan Bolsius - Jurist in communicatie
Machteld Mentink - Lexence
Linda Lulu Lupgens - Lexence

Vormgeving
Bruna & Bruna

Fotografie
Marvilux Fotografie

© Lexence, Amsterdam lexence.com

Disclaimer
De informatie in dit e-book is uitsluitend bedoeld voor algemeen gebruik. Ondanks het feit dat Lexence de grootste zorgvuldigheid betracht bij de vervaardiging van deze publicatie is het niet uitgesloten dat de verschaft informatie op enig moment, als gevolg van ontwikkelingen of gewijzigde inzichten, onjuistheden bevatten. Lexence kan voor eventuele onjuistheden niet aansprakelijk worden gesteld.