

De overbruggingsregeling transitievergoeding. Show me the money!

Een adviesrapport met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding en de redelijke kans van slagen om voor werknemers de volledige transitievergoeding te krijgen.



Het antwoord op alles waar
u niet om heeft gevraagd.

Naam	Marloes Böke
Studentnummer	2081261
Afstudeerorganisatie	DAS Rechtsbijstand 's-Hertogenbosch
Afstudeerbegeleider	Mw. mr. M.A. Scheffers-Smet
Opleiding	HBO-Rechten
Eerste docent	Mw. mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk
Tweede docent	Dhr. mr. F.A.C. Klaassen
Tilburg, mei 2017	

De overbruggingsregeling transitievergoeding. Show me the money!

Een adviesrapport met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding en de redelijke kans van slagen om voor werknemers de volledige transitievergoeding te krijgen.

Naam	Marloes Böke
Studentnummer	2081261
Afstudeerorganisatie	DAS Rechtsbijstand 's-Hertogenbosch
Afstudeerbegeleider	Mw. mr. M.A. Scheffers-Smet
Opleiding	HBO-Rechten
Eerste docent	Mw. mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk
Tweede docent	Dhr. mr. F.A.C. Klaassen
Tilburg, mei 2017	

Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt het resultaat van mijn onderzoek naar de redelijke kans van slagen van een gerechtelijke procedure teneinde een volledige transitievergoeding te krijgen als de werkgever een beroep heeft gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Ik heb dit onderzoek gedaan in opdracht van DAS rechtsbijstand. DAS is een rechtsbijstandsverzekeraar waar ik vanaf februari 2017 ontzettend veel heb geleerd. Niet alleen over het schrijven van deze scriptie, maar ook over de werkzaamheden bij een rechtsbijstandsverzekeraar.

Deze scriptie is het sluitstuk van mijn HBO-rechten studie aan de Juridische Hogeschool Fontys-Avans. De afgelopen vier jaar heb ik als zeer plezier ervaren en heb ik veel geleerd. Natuurlijk over rechten, maar ook over mijzelf. Dit geldt hetzelfde met mijn scriptie. Het was af en toe een zwaar en moeilijk proces, maar ook leuk om te laten zien waartoe ik in staat ben. Ik ben trots op het resultaat.

Ik heb tijdens mijn studie altijd met plezier het vak arbeidsrecht gevolgd. Ik was dan ook heel blij toen ik een afstudeeropdracht in het arbeidsrecht, meer specifiek het ontslagrecht, had gevonden. Ik heb mezelf tijdens het schrijven van mijn scriptie meer kunnen verdiepen in de transitievergoeding en de overbruggingsregeling die daarbij hoort. Ik heb dit niet alleen gedaan. Daarom wil ik deze plaats gebruiken om een aantal personen te bedanken. Allereerst wil ik mijn afstudeermentor Marijke Scheffers-Smet bedanken voor haar inzet tijdens de afstudeerperiode. Ik heb goede en waardevolle feedback van haar gekregen waar ik nog veel aan zal hebben. Daarnaast kon ik altijd met vragen bij haar terecht. Daarnaast wil ik het hele team CS Den Bosch met als teamleider Belia van den Berg bedanken voor de steun tijdens het schrijven van mijn scriptie. Uiteraard wil ik een aantal docenten bedanken. Natuurlijk mijn eerste docent, mevrouw Van Schaaijk, voor het nakijken van mijn stukken en het beantwoorden van mijn vragen. Ook mijn tweede docent, de heer Klaassen, wil ik bedanken voor de aanvullende feedback. Tot slot wil ik dhr. Lousberg bedanken voor het mogelijk maken van de stageplek bij DAS.

Rest mij alleen nog u veel plezier toe te wensen bij het lezen van mijn scriptie.

Marloes Böke

Tilburg, mei 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1: Inleiding.....	7
1.1 Onderzoeksformulering	7
1.1.1 Afstudeerorganisatie	7
1.1.2 Probleembeschrijving	7
1.1.3 Centrale vraag.....	9
1.1.4 Doelstelling	9
1.2 Onderzoeksopzet.....	9
1.2.1 Deelvragen.....	9
1.2.2 Onderzoekstrategieën.....	10
1.2.3 Bronnen, methoden en verantwoording van de deelvragen	11
1.3 Leeswijzer	13
Hoofdstuk 2: Huidige praktijk	14
2.1 Fictieve casus.....	14
2.2 Hulpvraag cliënt	14
2.3 Oppakken rechtsbijstandsverzoek	15
2.4 Behandeling verzoek om rechtsbijstand	16
2.5 Procederen	17
2.6 Geschillenregeling en klachtenregeling	17
2.6.1 Geschillenregeling	17
2.6.2 Klachtenregeling	18
2.7 Tussenconclusie	18
Hoofdstuk 3: De overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers	19
3.1 De transitievergoeding	19
3.1.1 Doel van de transitievergoeding	19
3.1.2 Artikel 7:673 BW	20
3.2 De overbruggingsregeling transitievergoeding	21
3.2.1 Voorwaarden artikel 7:673d BW.....	21
3.2.2 Voorwaarden Ontslagregeling	23
3.3 Bedoeling van de overbruggingsregeling transitievergoeding.....	25
3.4 Hoe mag de rechter het verzoek toetsen?.....	26
3.5 Tussenconclusie	27
Hoofdstuk 4: Toetsing overbruggingsregeling transitievergoeding UWV en rechters	29
4.1 Procedure bij het UWV	29

4.1.1	Aanvraag ontslagvergunning	29
4.1.2	Aanvraag overbruggingsregeling transitievergoeding	30
4.2	Toetsing rechter	31
4.2.1	Werkgever heeft de overbruggingsregeling transitievergoeding niet aangevraagd.....	32
4.2.2	Volledige transitievergoeding afgewezen	34
4.2.3	Volledige transitievergoeding toegewezen	35
4.3	Tussenconclusie	38
4.3.1	UWV.....	38
4.3.2	Jurisprudentie	38
Hoofdstuk 5: Argumentenkaart.....		39
5.1	Argumenten voor volledige transitievergoeding.....	39
5.1.1	Bedoeling wetgever	39
5.1.2	Huidige wet- en regelgeving.....	39
5.1.3	Jurisprudentie	40
5.2	Tussenconclusie	40
Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen		42
6.1	Conclusies	42
6.2	Aanbevelingen.....	45
Literatuurlijst		46

Bijlagen

De bijlagen zijn opgenomen in een aparte bijlagenbundel met zelfstandige inhoudsopgave.

Samenvatting

Dit rapport gaat over de redelijke kans van slagen dat de werknemer de volledige transitievergoeding krijgt als zijn (voormalig) werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd of heeft toegepast en is gemaakt in opdracht van DAS rechtsbijstand. De centrale vraag van dit onderzoek is: 'Wanneer heeft een gerechtelijke procedure teneinde een volledige transitievergoeding te verkrijgen tegenover een werkgever die gebruik wil maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding kans van slagen, gelet op de bedoeling van de wetgever, de huidige wet- en regelgeving, vijftientig rechterlijke uitspraken en de verzekeringspraktijk binnen DAS?' Om tot een geslaagd en betrouwbaar onderzoek te komen is gebruik gemaakt van literatuur- en jurisprudentieonderzoek, zijn er kamerstukken, Staatscouranten en wetsartikelen inhoudelijk bestudeerd en is gebruik gemaakt van interviews en observaties.

Voor een antwoord op de centrale vraag moet eerst bekeken wat de huidige werkwijze is bij DAS als er een verzoek tot rechtsbijstand binnenkomt waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt. Als een verzoek tot rechtsbijstand binnenkomt, wordt eerst gekeken of de cliënt verzekerd is voor hetgeen hij een beroep op doet en of er een conflict is. De jurist neemt vervolgens een haalbaarheidsstandpunt in waarbij gekeken wordt of er een redelijke kans van slagen is dat de werknemer gelijk krijgt.

De redelijke kans van slagen hangt af van verschillende factoren. Er moet in het geval van de overbruggingsregeling transitievergoeding eerst gekeken worden of de cliënt recht heeft op de volledige transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW. Daarnaast moet vooral gekeken worden naar de jaarcijfers van de werkgever. Uit de jaarcijfers moet blijken of aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding voldaan is. De voorwaarden van de regeling zijn te vinden in artikel 7:673d BW en in artikel 24 Ontslagregeling. Aan deze voorwaarden moet de werkgever voldoen om een geslaagd beroep op de overbruggingsregeling transitievergoeding te kunnen doen. Is er niet aan de voorwaarden voldaan, dan kan de jurist de werkgever of het UWV aanschrijven om te verzoeken de volledige transitievergoeding te betalen. De werkgever wordt aangeschreven als hij geen verklaring van het UWV heeft om gebruik te mogen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding en het UWV wordt aangeschreven als de ontslagprocedure nog loopt.

Het UWV en de rechters toetsen heel strikt aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, maar rechters houden wel meer rekening met de bedoeling van de wetgever. Dit mogen zij ook doen op grond van de bedoeling van de wetgever. Rechters toetsen de jaarstukken van de werkgever aan dezelfde voorwaarden als het UWV doet. Op grond van de bedoeling van de wetgever mag de hoogte van de transitievergoeding niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden aangepast. Op basis van het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat werkgevers vooral een beroep doen op het argument om de jaarcijfers op een alternatieve manier te lezen om zo te voldoen aan de overbruggingsregeling transitievergoeding.

Concluderend kan gezegd worden dat indien de werkgever niet heeft voldaan aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding hij geen lagere transitievergoeding mag uitbetalen. Als de argumenten van de werkgever gemotiveerd weerlegt kunnen worden, is er een redelijke kans van slagen dat de werknemer tijdens een gerechtelijke procedure de volledige transitievergoeding toegewezen krijgt. Daarbij moet rekening worden gehouden met de vervalltermijn van drie maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst om het verzoekschrift teneinde de volledige transitievergoeding in te dienen. Bovendien moet DAS er rekening mee houden dat de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding in de toekomst gewijzigd kunnen worden.

Lijst van afkortingen

<i>Afkorting</i>	<i>Betekenis</i>
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
DAS	DAS rechtsbijstand
JWP	Juridisch Werkplein.
Kifid	Klachteninstituut financiële dienstverlening
NV	Naamloze vennootschap
Overbruggingsregeling transitievergoeding	Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers
Vof	Vennootschap onder firma
Wet LB	Wet op de loonbelasting 1964
Wwz	Wet werk en zekerheid

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit eerste hoofdstuk wordt de onderzoeksformulering en de onderzoeksopzet beschreven. Dit wordt aan de hand van de probleembeschrijving, centrale vraag, doelstelling, deelvragen en bronnen van methoden en onderzoek gedaan. Tot slot is een leeswijzer opgenomen.

1.1 Onderzoeksformulering

In de onderzoekformulering wordt allereerst een beschrijving gegeven van de afstudeerorganisatie. Vervolgens wordt het probleem waar de afstudeerorganisatie tegen aanloopt beschreven. Tot slot worden de centrale vraag en de doelstelling geformuleerd.

1.1.1 Afstudeerorganisatie

Dit onderzoeksrapport wordt gemaakt in opdracht van DAS. De afdeling waar dit rapport is geschreven is de afdeling Werk & Inkomen, team CS Den Bosch. Op deze afdeling werken dertien hbo- en wo-juridische experts die ieder één tot drie rechtsgebieden behandelen op verschillende rechtsgebieden. De afdeling is een backoffice afdeling waar gespecialiseerde juridische adviezen worden gegeven aan cliënten. Op het gebied van arbeidsrecht wordt voornamelijk advies gegeven aan werknemers.

Om de juridische kennis op peil te houden is het van belang dat iedere medewerker op de hoogte is van alle nieuwe ontwikkelingen op zijn of haar rechtsgebied(en). Eén van die ontwikkelingen is de ingrijpende verandering van het ontslagrecht dat op 1 juli 2015 in werking is getreden.

1.1.2 Probleembeschrijving

In juli 2015 is het ontslagrecht gewijzigd met de bedoeling het eenvoudiger, eerlijker en minder kostbaar te maken voor de werkgever en meer te richten op het vinden van een nieuwe baan voor de werknemer.¹ Dit wilde de wetgever bereiken door de werknemer bescherming te bieden tegen mogelijk ontslag en voor de werkgever een kader te scheppen om op gereguleerde wijze afscheid te kunnen nemen van een werknemer.²

Langzaam wordt duidelijk wat de gevolgen zijn van de Wvz en waar men bij DAS tegenaan loopt. Er ontstaan onduidelijkheden die opgelost moeten worden om ervoor te zorgen dat cliënten juist geïnformeerd worden over hun arbeidsrechtelijke vraagstuk.

Eén van die onduidelijkheden is de overbruggingsregeling transitievergoeding. Indien een werknemer ontslagen wordt, heeft hij sinds de inwerkingtreding van de Wvz recht op een transitievergoeding als voldaan is aan de voorwaarden van artikel 7:673 BW. Deze voorwaarden worden in hoofdstuk 3 van dit rapport besproken. Ook kleine werkgevers (met 25 werknemers of minder) die werknemers moeten ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen moeten een transitievergoeding betalen aan werknemers die ontslagen worden. Het betalen van deze volledige transitievergoeding kan leiden tot zware financiële gevolgen voor de kleine werkgever, aangezien de hoogte van de transitievergoeding, gelet op artikel 7:673 lid 2 BW, kan oplopen tot € 77.000,-. Om te voorkomen dat deze kleine werkgevers in grotere financiële problemen komen, heeft de wetgever een overbruggingsregeling gemaakt die geldt tot 1 januari 2020. Het wettelijk kader van de overbruggingsregeling is artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling. De overbruggingsregeling transitievergoeding zal geëvalueerd worden waarbij gekeken wordt of de duur verlengd of verkort moet worden.³ Het is echter nog niet bekend wanneer de evaluatie zal plaatsvinden.

¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 5.

² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 2.

³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 24, p.3.

De kleine werkgever die ontslag voor zijn werknemers aanvraagt op grond van bedrijfseconomische redenen moet een ontslagaanvraag van drie formulieren indienen bij het UWV.⁴ Bij de aanvraag moet de werkgever aangeven of hij gebruik wil maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit wordt echter nog vaak vergeten door de werkgever, waardoor hij in principe de volledige transitievergoeding moet betalen aan de werknemer. Het komt voor dat de werkgever geen of een te lage transitievergoeding betaalt aan de werknemer. Uit dit rapport blijkt of dat onterecht is of niet.

Op het moment dat de ontslagaanvraag door de werkgever is ingediend, komt de werknemer bij DAS terecht. De werknemer is dan cliënt.⁵ De arbeidsrechtjurist bepaalt vervolgens de rechtspositie van de cliënt en gaat een plan van aanpak maken waarin staat of het ontslag wel of niet aangevochten kan worden. Daarnaast wordt in het plan van aanpak informatie gegeven over de overbruggingsregeling transitievergoeding. Vaak weten werknemers namelijk niet van deze regeling af. Als blijkt dat de werkgever de lagere transitievergoeding heeft betaald, moet bekeken worden of er een redelijke kans van slagen is om de volledige transitievergoeding te krijgen voor de werknemer. Dit wordt bepaald aan de hand van de wet, jurisprudentie en ervaring van de jurist. Op dit moment zijn er echter nog geen argumentenkaarten/protocollen aan de hand waarvan gekeken kan worden of er een redelijke kans van slagen is voor de procedure.

Om te kunnen beoordelen of er een redelijke kans van slagen is om de volledige transitievergoeding te krijgen moet jurisprudentieonderzoek gedaan worden. Tot 20 april 2017 zijn er vijftientwintig uitspraken geweest over de overbruggingsregeling transitievergoeding. Hierin is door de onderzoeker onderscheid gemaakt in drie groepen. In de eerste groep vallen procedures waarin werkgevers geen verklaring van het UWV hebben aangevraagd om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding.

In de tweede groep vallen procedures waarin werkgevers wel een verklaring van het UWV hebben aangevraagd om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Zij hebben vervolgens, ongeacht of de verklaring is toegewezen of afgewezen, de lagere transitievergoeding betaald aan de werknemer. Vervolgens heeft de werknemer een verzoek gedaan om de volledige transitievergoeding te krijgen waarbij dit verzoek is afgewezen.

In de derde groep vallen procedures waarbij werkgevers de overbruggingsregeling transitievergoeding hebben aangevraagd en ook, ongeacht of de verklaring door het UWV is verleend of afgewezen, de lagere transitievergoeding hebben betaald. Ook hier heeft de werknemer een verzoek gedaan de volledige transitievergoeding te krijgen. In tegenstelling tot de tweede groep procedures, is in de derde groep het verzoek voor de volledige transitievergoeding toegewezen.

Het is nog onduidelijk of rechters ambtshalve de jaarcijfers van de werkgever aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding mag toetsen als deze door de werkgever niet is aangevraagd bij het UWV. Zolang dit niet duidelijk is, is het de vraag of procederen aan de zijde van de werknemer zin heeft. Op grond van de polisvoorwaarden moet er een redelijke kans van slagen zijn voordat een procedure gestart wordt. In dit rapport wordt dan ook beoordeeld wanneer een procedure teneinde de volledige transitievergoeding te verkrijgen een redelijke kans van slagen heeft. Daarvoor wordt niet alleen jurisprudentie onderzocht, maar wordt ook gekeken naar de huidige werkwijze van DAS, de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding en de bedoeling van de wetgever. Uiteindelijk worden een argumentenkaart en twee brieven aangeleverd waarmee gekeken

⁴ www.uwv.nl (zoek op *aanvragen ontslagvergunning bij bedrijfseconomische redenen deel A, B of C*).

⁵ Cliënt is degene die op basis van zijn verzekering en polisvoorwaarden aanspraak kan maken op rechtshulp op het gebied van Werk & Inkomen.

kan worden of een procedure teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen voor de werknemer een redelijke kans van slagen heeft.

Het is voor DAS van belang dat dit onderzoek uitgevoerd wordt. Er moet onderzocht worden welk advies aan cliënten gegeven kan worden door de juristen omtrent de redelijke kans van slagen van een procedure. Het antwoord van deze vraag zal gevolgen hebben voor het soort advies dat aan de cliënt gegeven wordt. Indien er geen redelijke kans van slagen is, moet ervoor gezorgd worden dat de cliënt de uitleg begrijpt en geen beroep doet op de geschillenregeling of klachtenregeling. Als er wel een redelijke kans van slagen is om de volledige transitievergoeding te krijgen voor de werknemer, moet ervoor gezorgd worden dat alle argumenten van de werkgever gemotiveerd weerlegt kunnen worden om ervoor te zorgen dat de cliënt de procedure wint.

1.1.3 Centrale vraag

In dit onderzoeksrapport wordt antwoord gegeven op de volgende centrale vraag:

‘Wanneer heeft een gerechtelijke procedure teneinde een volledige transitievergoeding te verkrijgen tegenover een werkgever die gebruik wil maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding kans van slagen, gelet op de bedoeling van de wetgever, de huidige wet- en regelgeving, vijftientig rechterlijke uitspraken en de verzekeringspraktijk binnen DAS?’

1.1.4 Doelstelling

Op 29 mei 2017 wordt een onderzoeksrapport opgeleverd aan DAS omtrent de redelijke kans van slagen van een procedure teneinde de volledige transitievergoeding te verkrijgen voor de werknemer als de werkgever van mening is dat de overbruggingsregeling transitievergoeding van toepassing is. Daarnaast worden een argumentenkaart en twee brieven voor de juristen gemaakt, zodat zij handvatten hebben om een casus waarbij een cliënt een geschil heeft over de overbruggingsregeling transitievergoeding op te lossen.

1.2 Onderzoeksopzet

In de onderzoeksopzet wordt besproken welke deelvragen worden beantwoord om tot een centrale vraag te komen. Daarnaast worden de onderzoeksstrategieën en de bronnen, methoden en verantwoording van de deelvragen belicht.

1.2.1 Deelvragen

Om tot een volledige en correcte beantwoording te komen van de centrale vraag worden de volgende deelvragen beantwoord.

Deelvraag 1: ‘Hoe ziet de huidige werkwijze eruit bij DAS wanneer een verzekerde een verzoek tot rechtsbijstand doet omtrent de UWV-ontslagaanvraag waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt?’

- a. Met welke hulpvraag over de overbruggingsregeling transitievergoeding komt de verzekerde bij DAS?
- b. Wanneer wordt besloten een verzoek tot rechtsbijstand omtrent de overbruggingsregeling transitievergoeding in behandeling te nemen?
- c. Hoe wordt een verzoek tot rechtsbijstand opgepakt?
- d. Wanneer wordt er geprocedeerd en wie maakt de beslissing te gaan procederen?
- e. Welke acties kan een cliënt ondernemen indien hij het niet eens is met het advies van DAS?

Deelvraag 2: 'Wat houdt de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers in?'

- a. Wat is de transitievergoeding?
- b. Wat zijn de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding?
 - Wat zijn de voorwaarden van artikel 7:673d BW?
 - Wat zijn de voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling?
- c. Waarom heeft de wetgever de overbruggingsregeling transitievergoeding gemaakt?
 - Wat heeft de wetgever bedoeld met de overbruggingsregeling transitievergoeding?
 - Hoe mogen rechters aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding toetsen?

Deelvraag 3: 'Op welke wijze wordt de overbruggingsregeling transitievergoeding toegepast door het UWV en door de rechtbanken/gerechtshoven?'

- a. Hoe verloopt de procedure bij het UWV wanneer er een ontslagaanvraag binnenkomt waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt?
 - Hoe verloopt de ontslagaanvraag?
 - Hoe verloopt de aanvraag van een verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding?
- b. Hoe gaat de rechtbank om met een verzoek van de werknemer teneinde de volledige transitievergoeding te verkrijgen?
 - Wanneer wijst de rechter een verzoek tot verkrijging van de volledige transitievergoeding toe of af als de werkgever geen verklaring bij het UWV heeft aangevraagd?
 - Wanneer wordt een verzoek tot verkrijging van de volledige transitievergoeding afgewezen als de werkgever wel een verklaring bij het UWV heeft aangevraagd?
 - Wanneer wordt een verzoek tot verkrijging van de volledige transitievergoeding toegewezen als de werkgever wel een verklaring bij het UWV heeft aangevraagd?

Deelvraag 4: 'Welke argumenten kan de jurist gebruiken om te bepalen of een verzoek tot verkrijging van de volledige transitievergoeding voor de werknemer een redelijke kans van slagen heeft?'

- a. Welke argumenten zijn er voor verkrijging van de volledige transitievergoeding als de werkgever een beroep heeft gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding?
- b. Hoe kan aan de cliënt uitgelegd worden dat er geen redelijke kans van slagen is om de volledige transitievergoeding te krijgen?
- c. Hoe werkt het protocol getoetst aan een fictieve casus?

1.2.2 Onderzoekstrategieën

Met de onderzoeksstrategieën wordt aangegeven hoe de doelstelling bereikt wordt. In dit praktijkgerichte juridische onderzoek wordt zowel een onderzoek naar het recht als een onderzoek naar de praktijk uitgevoerd. De nadruk van dit onderzoek ligt op het begrijpen van een juridisch vraagstuk. Daarom wordt gebruik gemaakt van een kwalitatieve onderzoeksstrategie.⁶

Om de centrale vraag te beantwoorden zijn deelvragen beantwoord. Om hier een antwoord op te vinden is rechtsbronnen- en literatuuronderzoek gedaan. Daarnaast is naar de bedoeling van de wetgever gekeken. Dit wordt gedaan door kamerstukken te analyseren. Om te bekijken hoe de rechtspraak met verzoeken voor de volledige transitievergoeding omgaat als de werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft toegepast is jurisprudentie onderzocht. Tot slot hoort bij een praktijkgericht juridisch onderzoek ook een

⁶ Van Schaaijk 2011, p. 78-80.

onderzoek naar de praktijk. Daarom zijn enkele medewerkers van DAS geïnterviewd worden en worden de werkzaamheden geobserveerd.

1.2.3 Bronnen, methoden en verantwoording van de deelvragen

Per deelvraag wordt bekeken welke bronnen en methoden van onderzoek gebruikt worden om tot een antwoord op de centrale vraag te komen. De bronnen die onderzocht worden, zijn verantwoord, omdat zij niet onnodig veel tijd, geld en energie kosten. Het gebruik van de wet, vaste jurisprudentie en kamerstukken is per definitie verantwoord, omdat zij gezaghebbende bronnen zijn waarvan aparte verantwoording niet nodig wordt geacht.⁷

Deelvraag 1: 'Hoe ziet de huidige werkwijze eruit bij DAS wanneer een verzekerde een verzoek tot rechtsbijstand doet omtrent de UWV-ontslagaanvraag waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt?'

Om deze deelvraag te beantwoorden moet goed naar de praktijk gekeken worden. Daarom is eerst de hulpvraag van de cliënt geschetst. Dit zorgt ervoor dat duidelijk is wat de vraag van de cliënt is en hoe hiermee omgegaan moet worden. Daarnaast zijn de polisvoorwaarden inhoudelijk geanalyseerd. Om na te gaan of deze goed geanalyseerd zijn en om meer informatie over de werkwijze te krijgen is ervoor gekozen drie arbeidsrechtjuristen te interviewen die op de afdeling werken waar dit onderzoek is gemaakt. Er zijn interviews gehouden waarbij een aantal hoofdvragen zijn gesteld. Daaruit kwam een gesprek op gang waardoor duidelijk werd hoe de juristen te werk gaan bij het maken van verschillende keuzes. Daarnaast zijn de werkzaamheden geobserveerd en is meegewerkt op de afdeling. Daardoor is een goed en betrouwbaar beeld gevormd van de werkzaamheden op de afdeling. Vervolgens zijn de klachtenregeling en de geschillenregeling inhoudelijk geanalyseerd om tot een goed beeld te komen van de mogelijkheden van de cliënt die het niet eens is met een beslissing van de jurist.

Bij de beantwoording van deze deelvraag is ook een fictieve casus geschetst. Met deze fictieve casus wordt bekeken hoe een rechtsbijstandsverzoek waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt, opgelost kan worden. De fictieve casus zal in verschillende hoofdstukken terugkomen om de theorie aan de praktijk te toetsen.

Deelvraag 2: 'Wat houdt de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers in?'

Bij deze deelvraag wordt de theorie beschreven. Voordat echter dieper op de overbruggingsregeling transitievergoeding wordt ingegaan, moet bekeken worden wat de transitievergoeding is. Dit wordt gedaan door artikel 7:673 BW te analyseren en door gebruik te maken van het artikel 'De transitievergoeding: een praktijkgericht overzicht' van T.M.J. Wegener-Belinfante. Dit artikel is geschreven vlak voor de transitievergoeding werd ingevoerd en geeft een goed beeld van de bedoeling van de wetgever over transitievergoeding. Er zal geen verdiepende informatie over de transitievergoeding worden gegeven. De beantwoording van de vraag wat de transitievergoeding is geeft achtergrondinformatie die van belang is voor een goed begrip van de overbruggingsregeling transitievergoeding.

Om deze deelvraag te beantwoorden moet de subdeelvraag: 'Wat zijn de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding?' beantwoord worden. Daarvoor zijn de voorwaarden van artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling uitgebreid inhoudelijk geanalyseerd. Het analyseren is gebeurd aan de hand van de memorie van toelichting van de Wwz en door de Staatscouranten 2015/12685, 2015/12688 en 2016/34013 inhoudelijk te analyseren. In deze stukken is namelijk opgenomen hoe de artikelen van de overbruggingsregeling transitievergoeding gelezen en geïnterpreteerd moeten worden. Bij de

⁷ Van Schaaijk 2011, p. 36.

beantwoording van deze deelvraag komt ook de vraag aan bod wat valt onder een bedrijfseconomisch ontslag. De inhoud hiervan is globaal. Er zullen geen nieuwe inzichten worden onderzocht over dit onderwerp, omdat dit geen toegevoegde waarde heeft voor de beantwoording van de centrale vraag.

Er is tevens onderzocht waarom de wetgever de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft gemaakt. Om dit te bepalen moet gekeken worden in de memorie van toelichting van de Wwz. Daarin staat de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding. Tevens wordt het amendement van het kamerlid Van Nieuwenhuizen-Wijbenga onderzocht. Uit dit amendement blijkt waarom ervoor gekozen is artikel 7:673d BW op te nemen. Daarnaast worden de Staatscouranten 2015/12685 en 2015/45451 inhoudelijk bestudeerd op de toelichting die daarin gegeven wordt op de Ontslagregeling. Hiermee wordt de bedoeling van de wetgever duidelijker. De lagere wetgeving staat in het boek 'Wet werk en zekerheid, geconsolideerde wetteksten van Boek 7, Titel 10, voorzien van overgangsrecht en lagere regelgeving' van E. Knipschild e.a. Dit boek is dan ook gebruikt om de regelingen in te zien. Daarnaast zijn de boeken 'Bestuursrecht begrepen' van C.L.G.F.H. Albers en 'Winst en jaarrekening begrepen' van P.W. Enthoven gebruikt voor een beter begrip van bepaalde begrippen. Tot slot is het artikel 'Statistiek Ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz' van P. Kruit gebruikt om extra achtergrondinformatie te krijgen van de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de Wwz.

Deelvraag 3: 'Op welke wijze wordt de overbruggingsregeling transitievergoeding toegepast door het UWV en door de rechtbanken/gerechtshoven?'

Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt gekeken naar de procedure bij het UWV wanneer er een ontslagaanvraag binnenkomt waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt en wordt gekeken hoe rechtbanken/gerechtshoven omgaan met een verzoek van de werknemer teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen als de werkgever een beroep doet op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Voor de beantwoording van deze deelvraag is gebruik gemaakt van de website van het UWV om te bekijken hoe een werkgever een ontslagaanvraag moet indienen. Daarnaast zijn de Handleiding aanvraag ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen en de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen inhoudelijk geanalyseerd om achter de procedure bij het UWV te komen. Het artikel 'De regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling' van F.M. Dekker is inhoudelijk geanalyseerd om een beter beeld te krijgen van de van de procedure bij het UWV. Tot slot zijn er drie medewerkers van het UWV geïnterviewd. Dit waren gestructureerde interviews waarbij een aantal vragen is gesteld.

Het is niet alleen van belang om te kijken hoe het UWV de overbruggingsregeling transitievergoeding aanpakt, maar er moet ook gekeken worden hoe rechtbanken en gerechtshoven omgaan met verzoeken voor de volledige transitievergoeding als de werkgever een beroep doet op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Er zijn daarom vijftientig rechterlijke uitspraken van www.rechtspraak.nl geanalyseerd waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol heeft gespeeld. Daarbij is een onderscheid in drie categorieën gemaakt. De categorieën zijn beschreven in paragraaf 1.1.2. Hiervoor is gekozen, omdat er zo een aantal argumenten de revue passeert waar de jurist zich op kan beroepen om de volledige transitievergoeding te verkrijgen voor de cliënt. Bij het analyseren van de uitspraken is gelet op de argumenten die de rechter gebruikt om aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding te toetsen en welke argumenten zijn gebruikt om wel of niet de volledige transitievergoeding toe te wijzen.

Deelvraag 4: 'Welke argumenten kan de jurist gebruiken om te bepalen of een verzoek tot verkrijging van de volledige transitievergoeding voor de werknemer een redelijke kans van slagen heeft?'

Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt uit het theoretische gedeelte van het rapport bekeken welke argumenten gebruikt kunnen worden om een procedure teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen tegenover de werkgever die de overbruggingsregeling transitievergoeding wil toepassen. Het eigen denkvermogen is hier de bron van de argumenten.

1.3 Leeswijzer

In deze paragraaf volgt een leeswijzer voor de rest van dit rapport.

In hoofdstuk 2 wordt de huidige praktijk bij DAS besproken. Daarnaast wordt in hoofdstuk 2 de fictieve casus geschetst aan de hand waarvan de redelijke kans van slagen wordt bepaald van een procedure. Vervolgens komt in hoofdstuk 3 voor het eerst de overbruggingsregeling transitievergoeding aan bod. In dit hoofdstuk wordt allereerst de transitievergoeding besproken om daarna door te gaan op de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding en de bedoeling van de wetgever. In hoofdstuk 4 wordt besproken hoe het UWV en de rechtbanken/gerechtshoven de jaarcijfers aan de overbruggingsregeling transitievergoeding toetsen. Aansluitend wordt in hoofdstuk 5 besproken wanneer men een beroep kan doen op de volledige transitievergoeding voor de werknemer en wat er gedaan moet worden indien dit niet het geval is. Tot slot komen in hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen aan bod.

Hoofdstuk 2: Huidige praktijk

In dit eerste inhoudelijk hoofdstuk wordt gekeken hoe de huidige praktijk bij DAS eruit ziet. De vraag die in dit hoofdstuk beantwoord wordt, is: 'hoe ziet de huidige werkwijze eruit bij DAS wanneer een verzekerde een verzoek tot rechtsbijstand doet waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt?'

Het is van belang deze vraag te beantwoorden voor het antwoord op de centrale vraag. Met deze vraag kan namelijk gekeken worden hoe de juristen bij DAS werken en hoe de redelijke kans van slagen wordt bepaald. Als dit duidelijk is, kunnen passende brieven en een argumentenkaart gemaakt worden die aansluit bij de wensen van DAS.

In dit hoofdstuk wordt eerst een fictieve casus geschetst op basis waarvan de hulpvraag van de cliënt wordt bepaald. Later in dit rapport zal de redelijke kans van slagen worden getoetst aan deze casus. Vervolgens wordt in dit hoofdstuk beschreven wanneer men overgaat tot procederen en wat de cliënt kan doen indien hij het niet eens is met het advies van de jurist die de zaak behandelt.

2.1 Fictieve casus

John is sinds 1 januari 1995 verzekerd bij DAS en heeft een compleet pakket. Op dit pakket zijn de algemene voorwaarden en de bijzondere polisvoorwaarden (12111 01-2017) van toepassing. John is verzekerd voor arbeidsgeschillen.

John is 49 jaar, grafisch designer en sinds 1 juli 2001 in dienst bij Jane. Jane heeft een grafisch designkantoor met in totaal dertien werknemers. John's laatstverdiende loon bedraagt € 3.200,- bruto per maand. Ondanks dat de economie weer opkrabbelt, gaat het niet goed met het bedrijf van Jane. De financiële situatie is slecht en om te kunnen blijven bestaan heeft Jane besloten afscheid te nemen van 5 van de 24 werknemers. Van het UWV krijgt John te horen dat voor hem een ontslagvergunning op grond van bedrijfseconomische redenen is aangevraagd en wordt verleend. In het kader van dit onderzoeksrapport wordt ervan uitgegaan dat er geen reden is om in verweer te gaan tegen het ontslag. Op het moment dat hij de stukken die hij van het UWV heeft gekregen aan het doornemen is, ziet hij dat er een verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding is aangevraagd. Deze is door het UWV geweigerd, omdat Jane niet voldeed aan voorwaarden a en b van artikel 24 Ontslagregeling. Zij heeft echter wel een lagere transitievergoeding uitbetaald aan John. John gaat hier niet mee akkoord en wil hulp van zijn rechtsbijstandsverzekeraar DAS.

2.2 Hulpvraag cliënt

Een cliënt kan via de website, e-mail of post zijn zaak aanmelden. Alle meldingen komen binnen bij de afdeling Intake. De medewerkers bij Intake zorgen ervoor dat de meldingen in JWP terecht komen. JWP is de digitale dossierkast van de juristen.

Op het moment dat de zaken bij DAS binnen komen, wordt er gekeken welke zaken door de adviesdesk afgedaan kunnen worden en welke zaken verdeeld worden naar de juridische afdelingen van DAS. Op de juridische afdeling wordt vervolgens gekeken aan welke jurist de zaak wordt toebedeeld. Het kan voorkomen dat een zaak naar de adviesdesk is gegaan, maar juridisch complexer blijkt te zijn. De zaak wordt dan alsnog doorgezet naar een afdeling bij DAS en wordt verdeeld onder een jurist. De jurist zal de zaak verder oppakken en behandelen.

Uit observatie blijkt dat de cliënt DAS inschakelt op het moment dat hij van het UWV of zijn werkgever het bericht krijgt dat een ontslagvergunning is aangevraagd of aangevraagd gaat worden om de cliënt te ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen. Tijdens deze procedure, waarbij de jurist de werknemer bijstaat, komt de overbruggingsregeling transitievergoeding aan bod. Indien aan de strenge voorwaarden van deze regeling is voldaan, hoeft de werkgever niet de volledige transitievergoeding te betalen, maar alleen het deel dat vanaf 1 mei 2013 tot het einde van het dienstverband is opgebouwd.

Het is bij DAS opgevallen dat werkgevers en werknemers geen weet hebben van de overbruggingsregeling transitievergoeding.⁸ De jurist informeert de cliënt over de regeling. Op dat moment ontstaat bij de cliënt de vraag of de werkgever de overbruggingsregeling mag toepassen. Dit zal de jurist vervolgens voor de cliënt gaan uitzoeken.

De hulpvraag van de cliënt luidt dan ook als volgt: 'Heeft mijn werkgever terecht een beroep gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding of kan ik daar nog iets tegen ondernemen?'

Op dit moment zijn er nog geen protocollen of argumentenkaarten om deze hulpvraag te beantwoorden, terwijl hier wel behoefte aan is.⁹ Met een argumentenkaart kan men zien of de cliënt recht heeft op de transitievergoeding en of er door de werkgever voldaan is aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Aan de hand hiervan kan bekeken worden of er een redelijke kans van slagen is dat de procedure voor de volledige transitievergoeding slaagt.

2.3 Oppakken rechtsbijstandsverzoek¹⁰

Voordat een verzoek tot rechtsbijstand opgepakt wordt, moet bekeken worden of de zaak onder de dekking van de verzekering valt. Dit houdt in dat de cliënt verzekerd moet zijn voor hetgeen waar hij beroep op doet. In het geval van ontslag moet een cliënt verzekerd zijn voor 'werk'. Indien de verzekerde niet voor 'werk' verzekerd is, kan DAS het verzoek tot rechtsbijstand niet in behandeling nemen. Indien een verzoek tot rechtsbijstand niet onder de verzekering valt, maar de cliënt wel een conflict heeft, wordt nog wel een kort telefonisch advies gegeven. Het is vervolgens aan de cliënt om vervolgstappen te ondernemen.

Op het moment dat de zaak onder de dekking valt, moet er op grond van de algemene voorwaarden van DAS sprake zijn van een conflict met de werkgever.¹¹ Dit conflict moet ontstaan zijn op het moment dat de cliënt al verzekerd was. Indien er nog geen conflict is, maar deze dreigt te ontstaan heeft de cliënt recht op telefonisch advies.¹²

In geval van ontslag van de werknemer is het overduidelijk dat er een conflict is wanneer de werknemer niet met het ontslag instemt. De cliënt verzoekt dan aan DAS het ontslag te beoordelen. Gaandeweg de beoordeling van het ontslag komt de overbruggingsregeling aan bod. Daarover kan een conflict ontstaan indien de werkgever van mening is dat hij de lagere transitievergoeding verschuldigd is en de werknemer van mening is dat hij de gewone transitievergoeding moet krijgen.

Op het moment dat de cliënt verzekerd is en er een conflict is, wordt door de jurist een haalbaarheidsstandpunt ingenomen. Dit houdt in dat gekeken wordt naar de hulpvraag van de cliënt en of hij recht heeft op hetgeen de cliënt zegt aanspraak op te maken. Over het haalbaarheidsstandpunt staat in de algemene voorwaarden dat er een redelijke kans moet zijn dat de cliënt gelijk krijgt.¹³ Het begrip 'redelijke kans' is heel groot. Het is dan ook aan de jurist om per casus te bepalen of er een redelijke kans van slagen is. Opgemerkt moet worden dat het bepalen van de redelijke kans van slagen bij de juristen ongeveer gelijk is. Er wordt veel overleg gepleegd over dit begrip om in een bepaalde casus goed te kunnen bepalen of er een redelijke kans van slagen is. Om de redelijke kans te kunnen bepalen wordt gekeken naar de stukken die door de cliënt zijn meegestuurd. Daarna wordt geluisterd

⁸ Bijlagen V, VI en VII.

⁹ Bijlagen V, VI en VII.

¹⁰ Bijlage VI.

¹¹ Algemene voorwaarden, p. 3.

¹² Algemene voorwaarden, p. 3.

¹³ Algemene voorwaarden, p. 4.

naar het verhaal van de cliënt. Indien de jurist van mening is dat er geen redelijke kans van slagen is, wordt dit standpunt aan de cliënt uitgelegd.¹⁴

Het ligt voor de hand dat in sommige zaken de redelijke kans van slagen moeilijker te bepalen is dan in andere zaken. Een cliënt kan bijvoorbeeld vragen of hij recht heeft op een transitievergoeding, maar als uit de arbeidsovereenkomst blijkt dat hij nog geen 24 maanden in dienst is, kan gelijk een niet-haalbaarheidsstandpunt ingenomen worden. De situatie is anders als de cliënt wel aan de eisen van de transitievergoeding voldoet, maar er misschien een van de uitzonderingsregels van toepassing is. Er zal dan, voordat een haalbaarheidsstandpunt ingenomen wordt, meer onderzoek gedaan moeten worden.

In de jurisprudentie is bepaald dat de Haviltex-norm toegepast moet worden bij de uitleg van de redelijke kans van slagen. Dit houdt in dat niet alleen naar de taalkundige uitleg van een beding gekeken wordt, maar ook naar de bedoeling van partijen. De uitleg van polisvoorwaarden is volgens de rechter afhankelijk van objectieve factoren. Bij twijfel over de betekenis van een beding, geldt de voor de cliënt gunstigere uitleg op grond van artikel 6:238 lid 2 BW.¹⁵ De Haviltex-norm is in meerdere uitspraken aangehaald om de polisvoorwaarden uit te leggen.¹⁶

2.4 Behandeling verzoek om rechtsbijstand

Indien aan alle voorwaarden is voldaan om een verzoek tot rechtsbijstand op te pakken, wordt het verzoek tot rechtsbijstand in behandeling genomen door de jurist. De jurist gaat, samen met de cliënt, kijken hoe het conflict opgelost kan worden. Daarbij is aandacht voor de wens van cliënt, maar er moet ook naar de haalbaarheid van deze wens worden gekeken.¹⁷

Als de werkgever nog geen ontslagvergunning bij het UWV heeft aangevraagd, maar al wel aan de werknemer heeft laten weten hiertoe over te gaan, kan ervoor gekozen worden de werkgever gelijk aan te schrijven. Het is echter beter om te wachten tot de financiële stukken zijn aangeleverd, omdat dan pas een goed standpunt ingenomen kan worden. Men heeft dan ook een betere onderhandelingspositie om het ontslag op een andere manier af te wenden of om met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan. Na ontvangst en beoordeling van de stukken wordt een brief naar de werkgever gestuurd om binnen een termijn van veertien dagen te reageren op het standpunt van cliënt. Het standpunt met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding is dat deze onterecht is toegepast. De reactietermijn kan per situatie verschillen. Als de werkgever positief reageert op de brief wordt er vaker gecorrespondeerd en kunnen partijen in onderhandeling treden. Het kan echter ook voorkomen dat de werkgever niet wil onderhandelen en de ontslagvergunning aanvraagt. Dan wordt gekeken of verweer kan worden gevoerd bij het UWV.

Het kan ook zijn dat er al een ontslagprocedure bij het UWV loopt. Er moet dan, op grond van de financiële jaarstukken bekeken worden of verweer kan worden gevoerd met betrekking tot het ontslag of de aanvraag van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Verweer op het ontslag wordt gevoerd als de jurist uit de stukken kan opmaken dat niet is voldaan aan de herplaatsingsplicht, het afspiegelingsbeginsel niet correct is toegepast of indien er iets mis is met de jaarstukken. De eerste twee genoemde kunnen uit de stukken worden beoordeeld. Het is echter lastiger om te bekijken of er iets mis is met de jaarstukken. Men kan namelijk niet goed controleren of deze naar waarheid zijn opgemaakt. Dit is vooral het geval bij kleine werkgevers die geen accountantsverklaring hebben. Het hebben van een accountantsverklaring betekent echter niet per definitie dat terecht de overbruggingsregeling

¹⁴ Bijlagen V, VI en VII.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0569.

¹⁶ Onder andere in: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2013:10378 en Hoge Raad 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717.

¹⁷ Algemene voorwaarden, p. 3.

transitievergoeding is aangevraagd. Er kunnen bijvoorbeeld nog veel debiteuren zijn. Als zij eerst betalen kan het zijn dat het bedrijf er financieel beter voor komt te staan. Daarnaast kan men zien dat er bijvoorbeeld veel nieuwe voorraden zijn gekocht. De jurist kan dan om uitleg vragen hoe het komt dat die voorraden nog gekocht zijn en dat het bedrijf nu financiële problemen heeft. Als dergelijke dingen uit de jaarcijfers blijken kan hiervoor verweer worden gevoerd bij het UWV. Een cliënt kan ook zelf verweer voeren middels het verweerformulier dat hij op grond van artikel 2 lid 2 Regeling UWV ontslagprocedure heeft gekregen.

Indien blijkt dat het verweer niet heeft geholpen, kan een procedure bij de rechtbank worden gestart.

2.5 Procederen¹⁸

Er wordt niet zomaar overgegaan tot procederen. Volgens de medewerkers van DAS en de polisvoorwaarden wordt er alleen geprocedeerd als er een redelijke kans van slagen is. Per jurist is het verschillend wanneer er geprocedeerd wordt. De een zal sneller tot procederen overgaan dan de ander. Als wordt besloten dat er geprocedeerd gaat worden, moet de jurist de cliënt altijd wijzen op de keuze van een externe rechtshulpverlener. Indien de cliënt door bijvoorbeeld een advocaat bijgestaan wil worden, kan hiervoor gekozen worden.

In het geval van ontslag op bedrijfseconomische gronden waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt, is men van mening dat de jurist goed beslagen ten ijs moet komen, omdat men tegen een beslissing van het UWV ingaat. De jurist moet er zeker van zijn dat cliënt recht heeft op de volledige transitievergoeding.

De houding van de werkgever speelt tevens een rol bij de beslissing te gaan procederen. Indien een werkgever niet meewerkt of niet bereid is te onderhandelen, wordt eerder geprocedeerd dan wanneer de werkgever hiertoe wel bereid is.

Daarnaast speelt ervaring een grote rol bij de beslissing te gaan procederen. In het begin van het dienstverband bij DAS zal er nog veel overleg gepleegd worden met de opleider van de jurist. Gaandeweg de jaren en naar aanleiding van eerder gevoerde procedures, kan men steeds beter aanvoelen wanneer een procedure wel of geen kans van slagen heeft.

Indien de jurist geen mogelijkheid tot procederen ziet, kan het voorkomen dat de cliënt het niet eens is met deze beslissing. De jurist gaat dan niet procederen als het waarschijnlijk is dat de cliënt ook bij de geschillenregeling geen gelijk zou krijgen. Als men denkt dat de cliënt bij de geschillenregeling wel een kans maakt, zal de jurist van DAS gaan procederen.

2.6 Geschillenregeling en klachtenregeling

Zoals uit de vorige paragrafen blijkt, moet een jurist bepaalde keuzes maken om tot een oordeel voor de cliënt te komen. Soms moet de jurist keuzes maken waar de cliënt het niet mee eens is. Als dit voor de cliënt een groot probleem wordt, kan beroep worden gedaan op de geschillenregeling of de klachtenregeling.

2.6.1 Geschillenregeling

Een zaak kan afgewezen worden, omdat deze niet haalbaar wordt geacht. Dit kan voor een cliënt moeilijk te begrijpen zijn, omdat zijn gevoel vaak anders is dan wat de wet en jurisprudentie zeggen. Het is daarom van belang om goed en in duidelijke taal uit te leggen waarom een zaak wordt afgewezen of niet haalbaar wordt geacht. Als de cliënt dan toch ontevreden blijft en een klacht heeft, wordt hij doorverwezen naar de geschillenregeling.¹⁹ De cliënt kan alleen een beroep doen op de geschillenregeling indien het meningsverschil gaat

¹⁸ Bijlagen V, VI en VII.

¹⁹ Algemene voorwaarden, p.7.

over de vraag of de zaak haalbaar is of de manier waarop de zaak juridisch inhoudelijk verder moet worden behandeld.

Op het moment dat de cliënt zegt gebruik te willen maken van de geschillenregeling, wordt het dossier overgedragen aan een externe advocaat. Deze advocaat zal vervolgens een bindend onafhankelijk oordeel geven over de verdere behandeling van de zaak. Hij neemt de zaak echter niet over van DAS. Indien de advocaat beoordeeld dat er wel een redelijke kans van slagen is, kan het dossier weer overgedragen worden naar DAS. Er kan echter ook voor gekozen worden een externe rechtshulpverlener in te schakelen. Dit mag niet de advocaat zijn die een uitspraak heeft gedaan over de redelijke kans van slagen.

2.6.2 Klachtenregeling

Buiten ontevredenheid over de haalbaarheid van een zaak, kan een cliënt ook ontevreden zijn over andere diensten of producten. Er kan dan een klacht ingediend worden bij de directie.²⁰

Nadat de klacht is ontvangen, wordt contact met de cliënt opgenomen over de inhoud en de afhandeling van de klacht. Vervolgens krijgt de cliënt een schriftelijke inhoudelijke reactie over de toewijzing of afwijzing van de klacht. Indien de klacht is toegewezen zal gemotiveerd worden hoe de klacht opgelost wordt. Als de klacht is afgewezen krijgt de cliënt informatie over wat hij verder kan doen. Het is niet ondenkbaar dat de cliënt na het indienen van een klacht nog steeds ontevreden is. Men kan dan binnen drie maanden een klacht indienen bij het Kifid. Zij nemen een klacht in behandeling als de klachtenregeling van DAS is doorlopen en daarop afwijzend is gereageerd. Indien men geen gebruik wil maken van bovenstaande, kan de cliënt ook naar de bevoegde rechter gaan om zijn klacht neer te leggen.²¹

2.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stond de deelvraag “hoe ziet de huidige werkwijze eruit bij DAS wanneer een verzekerde een verzoek tot rechtsbijstand doet waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt?” centraal. Dit wordt in deze paragraaf toegepast op John, de cliënt uit paragraaf 2.1.

John kan een melding doen bij DAS over zijn geschil met zijn werkgever Jane. Op het moment dat de melding binnen is, wordt gekeken naar de hulpvraag van John. De hulpvraag is of zijn Jane terecht een beroep doet op de overbruggingsregeling transitievergoeding of dat daar nog iets tegen te doen is. Er wordt besloten de vraag door te zetten naar de afdeling CS Den Bosch. De zaak wordt verdeeld bij een jurist die gaat kijken of het rechtsbijstandsverzoek onder de dekking valt. Omdat John een compleet pakket heeft, valt een geschil omtrent ‘werk’ onder de dekking. Vervolgens wordt bekeken of er een conflict is. Dit is het geval, omdat John van mening is dat de overbruggingsregeling transitievergoeding niet toegepast kan worden, terwijl Jane denkt van wel. Omdat de zaak onder de dekking valt en er een conflict is, wordt het verzoek in behandeling genomen. De jurist zal een haalbaarheidsstandpunt innemen. Dit wordt gedaan aan de hand van de rest van dit rapport. Er is nu namelijk nog te weinig informatie om dit te doen. Het is wel duidelijk dat het haalbaarheidsstandpunt aan de hand van de term ‘een redelijke kans van slagen’ bepaald wordt. Er moet ook bepaald worden of er verweer wordt gevoerd bij het UWV of de werkgever en of er eventueel geprocedeerd wordt. Als John het niet eens is met de werkwijze van DAS kan hij, afhankelijk van de klacht een beroep doen op de geschillen- of klachtregeling.

²⁰ Algemene voorwaarden, p. 4.

²¹ <https://www.das.nl/over-das/klachtenregeling>

Hoofdstuk 3: De overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken hoe de procedure verloopt vanaf het moment dat de cliënt een verzoek tot rechtsbijstand indient. Nu dit duidelijk is, worden de wettelijke bepalingen omtrent de overbruggingsregeling transitievergoeding geanalyseerd om de argumentatieve ruimte die een werknemer heeft om een beroep te doen op de volledige transitievergoeding bekeken. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: 'Wat houdt de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers in?' Dit is van belang voor een volledig antwoord op de centrale vraag. Wanneer namelijk duidelijk is wat met de overbruggingsregeling wordt bedoeld, kan gekeken worden wanneer er een redelijke kans van slagen is dat men de volledige transitievergoeding krijgt.

3.1 De transitievergoeding

In deze paragraaf wordt de transitievergoeding uiteengezet. Het is van belang om het begrip 'transitievergoeding' te begrijpen voordat men kijkt naar de overbruggingsregeling transitievergoeding.

3.1.1 Doel van de transitievergoeding

Sinds de komst van de Wwz op 1 juli 2015 is er een grote verandering gekomen in de betaling van ontslagvergoedingen. De grootste verandering is de komst van de transitievergoeding waarvan de bedoeling tweeledig is. Aan de ene kant is de transitievergoeding bedoeld als compensatie voor het ontslag en aan de andere kant kan de werknemer met behulp van de transitievergoeding de transitie naar een nieuwe baan vergemakkelijken.²² De transitievergoeding vervangt de ontbindingsvergoeding en de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag. De vergoeding wegens voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst is wel blijven bestaan.²³

Onder het oude ontslagrecht mocht een werkgever, als de werknemer niet instemde met het ontslag, kiezen of hij bij ontslag van een werknemer dit via het UWV of de kantonrechter deed. In veel gevallen werd gekozen voor de financieel goedkopere UWV-procedure. Bij de UWV-procedure hoefden werkgevers nagenoeg nooit een ontslagvergoeding te betalen, terwijl de kantonrechter over het algemeen wel een ontslagvergoeding toekende.²⁴

Onder de Wwz is de keuzevrijheid om zelf te kiezen voor een UWV-ontslagprocedure of ontslagprocedure via de kantonrechter voor de werkgever verdwenen. In artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met h BW staan limitatieve gronden waarop een werknemer ontslagen kan worden. Indien een werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen op de a- of b-grond moet hij een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV op grond van artikel 7:671a BW. Ingeval een werkgever de arbeidsovereenkomst wil laten ontbinden op de c-, d-, e-, f-, g- of h-grond moet hij krachtens artikel 7:671b BW naar de kantonrechter. Het uitgangspunt is echter nog steeds dat de werknemer instemt met het ontslag. Gebeurt dat niet, dan moet de werkgever kijken naar artikel 7:669 BW.

Een transitievergoeding wordt altijd toegekend als is voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:673 BW. Er is, buiten de artikelen 7:673a, 7:673b, 7:673c en 7:673d BW om, geen ruimte voor een andere vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

Voor een goed begrip van de transitievergoeding worden hieronder de voorwaarden van de transitievergoeding besproken.

²² *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 38.*

²³ *Wegener-Belinfante 2014/50, par. 1.*

²⁴ *Kruit 2016, p. 1.*

3.1.2 Artikel 7:673 BW

De voorwaarden die artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1, 2 en 3 BW stelt is dat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden moet hebben geduurd en dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever moet is opgezegd, is ontbonden of niet is voortgezet na een einde van rechtswege. In het geval van ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen gaat het om opzegging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer die zelf ontslag neemt, heeft op grond van artikel 7:673 lid 1 aanhef en sub b BW alleen recht op een transitievergoeding indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

Er zijn ook een aantal gevallen waarin de transitievergoeding niet verschuldigd is. Het is voor de jurist bij DAS daarom belangrijk dit te bekijken, voordat aan de cliënt wordt toegezegd dat hij een transitievergoeding krijgt. De werkgever is op grond van artikel 7:673 lid 7 geen transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd als de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft behaald of indien de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten.

Op het moment dat de jurist de voorwaarden heeft gecheckt en erachter is gekomen dat de werkgever de transitievergoeding verschuldigd is, kan de hoogte van de transitievergoeding berekend worden op grond van artikel 7:673 lid 2 BW. Over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst bedraagt de transitievergoeding per volle periode van zes maanden 1/6 van het maandloon. Na 120 maanden bedraagt de transitievergoeding per volle periode van zes maanden 1/4 van het maandloon. Er is echter wel een grens gesteld aan de hoogte van de vergoeding. In 2017 is deze grens € 77.000,- of een bedrag gelijk aan het jaarsalaris als dit hoger ligt dan dit bedrag. De maximale hoogte wordt op grond van artikel 7:673 lid 3 BW ieder jaar geïndexeerd. De jurist zal ook moeten nagaan of de werkgever kosten heeft gemaakt die in mindering kunnen worden gebracht op de hoogte van de transitievergoeding. Deze kosten staan in het 'Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding'.

Als de jurist of werknemer van mening is dat de werkgever geen of een onjuiste transitievergoeding heeft betaald, kan men krachtens artikel 7:686a lid 4 sub b BW binnen drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd een verzoekschrift bij de rechtbank indienen teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen.

Om ervoor te zorgen dat oudere werknemers en kleine werkgevers niet benadeeld worden door de komst van de transitievergoeding heeft de wetgever een tweetal overbruggingsregelingen gemaakt.

Voor werknemers die de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt, is de regeling uitgewerkt in artikel 7:673a BW. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding wordt niet met 1/4 van het maandloon gewerkt bij een dienstverband dat langer dan 120 maanden heeft geduurd, maar met de 1/2 van het maandloon. De transitievergoeding valt daarmee hoger uit. Aan deze overbruggingsregeling zijn bepaalde voorwaarden gesteld. Het gaat echter te ver deze hier volledig uit te werken, aangezien het geen onderdeel is die ziet op de centrale vraag.

De tweede overbruggingsregeling is die voor werkgevers met minder dan 25 werknemers in dienst. De regeling is verder uitgewerkt in artikel 7:673d BW. Indien aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan, is de werkgever een lagere transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. De transitievergoeding hoeft dan niet berekend te worden over het gehele dienstverband, maar alleen de periode vanaf 1 mei 2013 tot het einde van het dienstverband. Deze overbruggingsregeling wordt in dit onderzoek verder uitgewerkt.

3.2 De overbruggingsregeling transitievergoeding

De overbruggingsregeling transitievergoeding is op 1 juli 2015 ingevoerd. In deze paragraaf worden de voorwaarden van de overbruggingsregeling besproken. Daarbij wordt eerst naar artikel 7:673d BW en vervolgens naar artikel 24 van de Ontslagregeling gekeken.

3.2.1 Voorwaarden artikel 7:673d BW

Allereerst moet naar de voorwaarden van artikel 7:673d BW gekeken worden. Dit artikel is de wettelijke basis waarmee werkgevers kunnen afwijken van de berekening van de transitievergoeding uit artikel 7:673 lid 2 BW. Indien aan alle voorwaarden is voldaan, hoeven de dienstjaren voor 1 mei 2013 niet meegerekend te worden bij de berekening van de transitievergoeding.

De voorwaarden die gesteld zijn, houden in dat er sprake moet zijn van

1. Een kleine werkgever; en
2. ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden wegens een slechte financiële situatie.

Hieronder worden deze voorwaarden verder uitgewerkt. De jurist die het verzoek zoals omschreven in paragraaf 2.1 behandeld, moet altijd nagaan of de werkgever voldoet aan deze voorwaarden.

Ad. 1

Op grond van artikel 7:673d BW is een kleine werkgever iemand die minder dan 25 werknemers in dienst heeft. Payrollmedewerkers worden op grond van artikel 24 lid 5 Ontslagregeling meegerekend. Daarnaast moet de werkgever deze 25 werknemers in dienst hebben in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de ontslagprocedure is gestart. Er wordt uitgegaan van de indiending van de ontslagaanvraag, omdat voor sommige werknemers een langere opzegtermijn geldt dan voor andere werknemers. Het kan daardoor voorkomen dat de arbeidsovereenkomst van een aantal werknemers net voor het einde van een kalenderjaar eindigt, terwijl de arbeidsovereenkomst van andere werknemers in het nieuwe kalenderjaar eindigt.²⁵ Dit kan tot gevolg hebben dat voor de ene werknemer wel een beroep gedaan kan worden op de overbruggingsregeling transitievergoeding, terwijl dit voor de andere werknemer niet kan. Dit zou een onwenselijke situatie opleveren waarbij werknemers niet gelijk behandeld worden.

Indien de werkgever deel uitmaakt van een groep, moet gekeken worden naar het gemiddeld aantal werknemers. Als deze in de tweede helft van het kalenderjaar, voorafgaand aan het kalenderjaar waarin een verzoek om toestemming, een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst is ingediend of de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd, boven de 25 uitkomt, kan op grond van artikel 24 lid 1 Ontslagregeling geen beroep worden gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding.

De jurist kan nagaan of er minder dan 25 werknemers zijn door de personeelslijsten te controleren. De personeelslijsten zitten bij de stukken die door het UWV naar de werknemer worden gestuurd.

Ad 2.

Een werkgever kan alleen een beroep doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding als hij werknemers moet ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen die het gevolg zijn van een slechte financiële situatie. Hieronder worden de voorwaarden beschreven voordat een werknemer ontslagen kan worden op grond van bedrijfseconomische redenen. Ook indien een werknemer ontslagen wordt op een andere grond, moeten deze voorwaarden in acht worden genomen.

²⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34 273, 3, p. 2-3.

Herplaatsing

Voordat de werkgever een ontslagaanvraag tot opzegging van de arbeidsovereenkomst of verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan indienen, moet krachtens artikel 7:699 lid 1 BW gekeken worden of de werknemer binnen een redelijke termijn herplaatst kan worden. Met een redelijke termijn wordt de opzegtermijn bedoeld.²⁶ Met herplaatsing wordt ook bedoeld dat de werkgever kijkt of de werknemer (om)geschoold kan worden. Omscholing hoeft door de werkgever niet aangeboden te worden als dit gericht is op een baan buiten de werkgever.²⁷

Redelijke grond

Er zijn veel situaties denkbaar waarbij het voor de werkgever onredelijk is een werknemer te herplaatsen. Indien herplaatsing niet mogelijk is, moet er op grond van artikel 7:699 lid 1 juncto lid 3 BW een redelijke grond zijn voor het ontslag.

De gronden die een werknemer kan aanvoeren als redelijk staan beschreven in artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met h BW. Werkgevers kunnen geen andere gronden aanvoeren die ontslag rechtvaardigen en er kan geen 'mix' worden gemaakt van verschillende ontslaggronden. Er moet voldaan zijn aan één van de ontslaggronden. Deze ontslaggrond moet gemotiveerd onderbouwd worden middels een goed dossier.²⁸

In dit rapport wordt alleen het ontslag op de a- grond verder uitgelicht. De a-grond ziet op bedrijfseconomische redenen en is in artikel 7:699 lid 3 aanhef en sub a BW als volgt beschreven:

'Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan: het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.'

Zoals men kan zien, gaat het om een zeer lange en onduidelijke beschrijving van het ontslag die voor verschillende interpretaties vatbaar is. Het ontslag om bedrijfseconomische redenen valt in verschillende delen uit elkaar. Het kan onderscheiden worden in een financieel slechte situatie, werkvermindering, organisatorische veranderingen, technologische veranderingen en beëindiging van bedrijfsactiviteiten.²⁹ Er moet tevens sprake zijn van het structureel vervallen van arbeidsplaatsen bezien over een periode van 26 weken. De werkgever die een beroep doet op deze ontslaggrond moet aannemelijk maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering en dat er dus sprake is van een financieel slechte situatie.³⁰ Het UWV beoordeelt aan de hand van de stukken die de werkgever aanlevert of er voldoende reden is om de ontslagaanvraag te verlenen en daarmee te bevestigen dat er sprake is van een slechte financiële situatie. Hierover volgt in het volgende hoofdstuk meer informatie.

De voorwaarden uit artikel 7:673d BW zijn niet de enige voorwaarden waaraan de werkgever moet voldoen om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Er is op grond van artikel 7:673d lid 2 BW een ministeriële regeling, de Ontslagregeling, gemaakt. De voorwaarden die hierin zijn opgenomen met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding zijn hieronder opgenomen.

²⁶ Artikel 10 Ontslagregeling juncto artikel 7:672 lid 2 BW.

²⁷ Slooten 2015, p. 10.

²⁸ Slooten 2015, p. 5.

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 43.

³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 43.

3.2.2 Voorwaarden Ontslagregeling

In de Ontslagregeling zijn nadere regels gesteld omtrent het toepassen van de overbruggingsregeling transitievergoeding door de werkgever. Daarnaast moet voor de volledigheid gekeken worden in de Regeling UWV ontslagprocedure.

In de periode 1 juli 2015 tot 1 april 2016 is er door werkgevers 690 keer en door werknemers 5 keer een beroep gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Door het UWV is 173 keer de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding verleend. In de overige gevallen is geoordeeld dat niet aan de voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling was voldaan, de benodigde documenten ontbraken of er geen sprake was van een kleine werkgever.³¹ In het gehele jaar 2016 is er 350 keer een aanvraag de financiële situatie te beoordelen door werkgevers gedaan. Hierbij waren ongeveer 800 werknemers betrokken. Het UWV heeft een flinke daling vastgesteld. De daling ligt waarschijnlijk aan het feit dat werkgevers denken dat zij geen gebruik kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding en daarom geen verklaring bij het UWV aanvragen. Het is het UWV ook opgevallen dat er in de gevallen dat de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling werd aangevraagd, deze vaker werd toegewezen.³²

Een werkgever kan besluiten een beroep te doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding op het moment dat hij een ontslagprocedure voor zijn werknemer(s) om bedrijfseconomische redenen start bij het UWV. Een werkgever kan een beroep doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding tijdens het invullen van deel C van de ontslagformulieren. Met het invullen van dit deel van het formulier doet de werkgever een verzoek om zijn financiële situatie te beoordelen op grond van artikel 8 Regeling UWV ontslagprocedure. Een werkgever kan een dergelijk verzoek uitsluitend samen met het verzoek om toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst doen.³³ Ook de werknemer kan een beroep op deze overbruggingsregeling transitievergoeding doen. Hij moet dit dan aangegeven bij het verweer op het ontslag. Het kan voor de werknemer verstandig zijn een beroep te doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding om aan te tonen dat zijn werkgever geen beroep kan doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Hij kan dit dan met de verklaring van het UWV aantonen. Het is echter niet verstandig voor een werknemer om een beroep te doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding als hij weet dat er wel aan de voorwaarden van de regeling is voldaan, omdat hij dan zichzelf in de vingers snijdt.³⁴ De jurist van DAS kan hem dus attent maken op het zelf aanvragen van de verklaring van het UWV of hem ervoor waarschuwen.

Indien de werkgever een verzoek doet zijn financiële situatie te beoordelen, toetst het UWV de jaarstukken van de werkgever aan de voorwaarden van artikel 24 lid 2 onderdeel a tot en met c van de Ontslagregeling. Aan de hand van de jaarstukken kan de financiële situatie beoordeeld worden en kan het UWV nagaan of aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan.

De voorwaarden waaraan werkgevers moeten voldoen om gebruik te mogen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding staan in artikel 24 lid 2 Ontslagregeling. Als aan alle voorwaarden is voldaan, worden de dienstjaren gelegen voor 1 mei 2013 bij de berekening van de duur van de transitievergoeding buiten beschouwing gelaten. Het gaat om de volgende voorwaarden:

1. Het nettoresultaat van de onderneming van de werkgever over het boekjaar en de twee daaraan boekjaren voorafgaand aan het indienen van de ontslagaanvraag is kleiner geweest dan nul;

³¹ Tweede voortgangsbrief Wwz, p. 7-8.

³² Bijlage III.

³³ *Stcrt*, 2015, 12685, p. 28 en *Stcrt*, 2015, 12688, p. 7.

³⁴ Bijlage III.

2. de waarde van het eigen vermogen van de onderneming van de werkgever als bedoeld in het Besluit modellen jaarrekening, moet negatief zijn aan het einde van het boekjaar; en
3. binnen de onderneming van de werkgever moet aan het einde van het boekjaar de waarde van de vlottende activa kleiner zijn dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar.

Met het boekjaar wordt het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin het verzoek om toestemming of het verzoek om ontbinding wordt ingediend of de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en niet is voortgezet bedoeld.³⁵

Er moet goed naar de datum van de ontslagaanvraag worden gekeken. Voor 1 juli 2016 gold namelijk een andere maatstaf voor het bepalen van het boekjaar. Er moest gekeken worden naar het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigde.³⁶ Het is echter onwaarschijnlijk dat dit nog voorkomt, omdat een werknemer geen verzoekschrift meer kan indienen om de volledige transitievergoeding te krijgen. Daarvoor is de termijn van artikel 7:686a lid 4 sub b BW verlopen.

Ad. 1

Het nettoresultaat van de onderneming moet over het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de ontslagaanvraag is ingediend en de twee boekjaren daarvoor minder dan € 0,- zijn geweest. Indien de werkgever een werknemer in 2017 wil ontslaan moet hij dus de nettoresultaten van de jaren 2016, 2015 en 2014 indienen. Het nettoresultaat staat in de winst- en verliesrekening.

Hierbij moet nog het volgende opgemerkt worden. Indien de werkgever, die een eenmanszaak, vof of maatschap heeft, geen privé opnamen heeft gedaan op grond van de Wet op de loonbelasting dan dat hij mocht doen, deze kosten nog van het nettoresultaat mogen afhalen, wordt dit nog van het nettoresultaat afgehaald op grond van artikel 24 lid 4 Ontslagregeling. De jurist zal dit moeten opmerken en moeten toepassen.

Indien de cliënt die een conflict heeft met zijn (voormalig) werkgever over de overbruggingsregeling transitievergoeding en de winst- en verliesrekening van zijn werkgever kan overleggen, moet naar de post 'resultaat na belasting' gekeken worden. Deze moet in alle drie de boekjaren minder zijn dan € 0,-. In bijlage IV is een zelf opgestelde winst- en verliesrekening opgenomen. Deze kunnen de juristen gebruiken om te bekijken waar gekeken moet worden bij de beoordeling van deze grond.

Als men tot de conclusie komt dat in één van de boekjaren een positief nettoresultaat is behaald, kan geen beroep worden gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Er kan daarmee een succesvolle procedure worden gestart door de werknemer.

Ad. 2

De tweede voorwaarde om van de overbruggingsregeling transitievergoeding gebruik te kunnen maken is dat het eigen vermogen van de onderneming negatief was aan het einde van boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de ontslagvergunning werd aangevraagd. Indien de werkgever in 2017 een ontslagvergunning aanvraagt, moet naar het eigen vermogen van 2016 gekeken worden.

Het eigen vermogen is het verschil tussen de waarde van de bezittingen en schulden van het bedrijf en staat op de passiva zijde van de balans.³⁷ Om inzichtelijk te maken waar men naar moet kijken bij de beoordeling van de is in bijlage IV een zelf gemaakt voorbeeld van een balans opgenomen.

³⁵ Artikel 7:673d BW en *Stcrt.* 2015, 34013.

³⁶ *Stcrt.* 2015, 12685.

³⁷ Enthoven 2014, p. 18.

Als men tot de conclusie komt dat het eigen vermogen positief was, heeft de werkgever onterecht een beroep gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit houdt in dat er een redelijke kans van slagen is dat een gerechtelijke procedure voor de werknemer slaagt.

Ad. 3

De laatste voorwaarde waaraan voldaan moet zijn, is dat de current ratio minder dan 1 moet zijn. De current ratio is de verhouding tussen de vlottende activa en de kortlopende schulden.³⁸ Om aan de laatste voorwaarde te voldoen moeten de vlottende activa kleiner zijn dan de kortlopende schulden in het boekjaar voorafgaand aan de indiending van de ontslagaanvraag. Het idee achter deze voorwaarde is dat de werkgever kan aantonen dat hij de schulden die hij binnen een jaar moet betalen niet kan betalen, omdat hij daarvoor niet voldoende activa heeft die hij snel kan verkopen.

Onder vlottende activa valt alles wat geen vaste activa zijn, zoals voorraden, vorderingen en liquide middelen.³⁹ Kortlopende schulden zijn schulden met een looptijd korter dan een jaar. Deze posten moeten op de balans van de onderneming staan. In bijlage IV is opgenomen waar men naar moet kijken bij de beoordeling van de balans. Om de current ratio te berekenen moet men de vlottende activa delen door de schulden op korte termijn. Als de current ratio lager is dan 1 kan de werkgever zijn kortlopende schulden niet betalen met de vlottende activa die hij heeft en is voldaan aan voorwaarde c. Indien de current ratio hoger is dan 1, is de voorwaarde niet vervuld en kan een gerechtelijke procedure ingezet worden teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen.

Kort samengevat moet dus aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding worden voldaan voordat de werkgever er een rechtsgeldig beroep op kan doen. Indien niet aan de voorwaarden is voldaan en de werkgever toch een lagere transitievergoeding betaalt aan de werknemer, kan een gerechtelijke procedure worden gestart die een grote kans van slagen heeft.

3.3 Bedoeling van de overbruggingsregeling transitievergoeding

Nu de voorwaarden van de overbruggingsregeling duidelijk zijn, moet gekeken worden naar de bedoeling van de wetgever van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Als de werkgever namelijk de lagere transitievergoeding uitbetaalt, terwijl dit niet de bedoeling was van de wetgever, kan de jurist hier voor de cliënt een beroep op doen.

Artikel 7:673d BW, en daarmee de overbruggingsregeling transitievergoeding, is tot stand gekomen door het amendement van de Kamerleden Van Nieuwenhuizen-Wijbenga, Schouten en Hamer.⁴⁰ Met dit amendement hebben zij getracht de gevolgen van de invoering van de transitievergoeding voor het mkb te verkleinen. Zoals eerder vermeld hoefden werkgevers die bij ontslag de UWV-procedure volgden geen ontslagvergoeding te betalen aan de werknemer. Nu dit wel het geval is, kan dit grote gevolgen hebben voor de financiële situatie van de werkgever, zeker wanneer een werknemer al lange tijd in dienst is bij de werkgever. De hoogte van de transitievergoeding kan, zoals gezegd in paragraaf 3.1.2 in 2017 oplopen tot maximaal € 77.000,-.⁴¹ De gemiddeld toegekende transitievergoeding bedraagt echter € 15.000,-.⁴² Dit is een groot verschil met de vergoeding van € 0,00 indien de werknemer voor inwerkingtreding van de Wwz werd ontslagen via de UWV-procedure. Voor kleine werkgevers is ook het gemiddelde bedrag van € 15.000,- een flink bedrag, zeker

³⁸ Enthoven 2014, p. 190.

³⁹ Artikel 2:364 lid 3 BW.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 24.

⁴¹ Artikel 7:673 lid 2 BW. De transitievergoeding wordt jaarlijks geïndexeerd op grond van artikel 7:673 lid 3 BW.

⁴² Kruit 2016 *ArbeidsRecht*, par. 5.

gezien het feit dat zij werknemers moeten ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen wegens een slechte financiële situatie. Het is niet ondenkbaar dat een werkgever hierdoor in surseance van betaling komt of faillissement moet aanvragen. Als een werkgever in surseance van betaling komt of failliet is, hoeft hij op grond van artikel 7:673c BW geen transitievergoeding te betalen. Het is echter de bedoeling van de wetgever om ervoor te zorgen dat de werkgever niet in (verdere) financiële problemen raakt door het ontslaan van werknemers. Door de invoering van artikel 7:673d BW hoeven werkgevers met minder dan 25 werknemer bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding het dienstverband gelegen voor 1 mei 2013 niet mee te rekenen. Deze datum is niet uit de lucht gegrepen. Er is aangesloten bij de datum van het sociaal akkoord, te weten 11 april 2013. Vanaf deze datum konden werkgevers weten dat in de toekomst de volledige transitievergoeding betaald moest worden en kunnen werkgevers een reserve hiervoor opbouwen.⁴³

3.4 Hoe mag de rechter het verzoek toetsen?

In deze paragraaf wordt besproken of het de bedoeling van de wetgever is geweest om de rechter aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding te laten toetsen. Als dit namelijk het geval is, heeft dit consequenties voor de redelijke kans van slagen om de volledige transitievergoeding te krijgen.

Nadat de ontslagaanvraag en het verzoek de financiële situatie van werkgever te beoordelen is ontvangen, maakt het UWV een beslissing op beide aanvragen. Normaal gesproken is de beslissing van het UWV een beschikking in de zin van de Awb. Daartegen kan men op grond van artikel 8:1 Awb juncto 7:1 Awb in bezwaar en later in beroep bij de bestuursrechter. De procedure met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding verloopt anders. Het UWV kan besluiten de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling toewijzen of afwijzen. De beslissing die het UWV maakt is echter geen besluit in de zin van de Awb, maar een niet op rechtsgevolg gerichte verklaring.⁴⁴ Het UWV geeft een verklaring af dat de werkgever voldoet aan de vereisten. Met de verklaring mag de werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding toepassen. Er treedt met een niet op rechtsgevolg gerichte verklaring niet persé een verandering op in de bestaande rechter van een werkgever of werknemer.⁴⁵ De werkgever mag altijd nog zelf bepalen of hij de overbruggingsregeling transitievergoeding gaat toepassen. De werkgever kan er ook voor kiezen geen verklaring aan te vragen bij het UWV en toch de regeling toe te passen. Het is dan aan de cliënt te bepalen of hij hiertegen naar de kantonrechter gaat of niet.⁴⁶ Als de werknemer ervoor kiest zich tot de kantonrechter te wenden, zal de rechter de jaarcijfers van de werkgever aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling toetsen.

Voordat de Wwz in werking trad, was de rechter niet verplicht de criteria van het UWV te hanteren. De criteria hadden wel een reflexwerking in de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure.⁴⁷ Dit houdt in dat de rechter wel aan de criteria wel mocht toetsen. De wetgever heeft dit met de komst van de Wwz willen veranderen. Nu moet de rechter, zoals beschreven in de memorie van toelichting, wel aan dezelfde criteria als het UWV toetsen.⁴⁸ De wetgever heeft besloten dat de bevoegdheid het ontslag en de gevolgen van het ontslag aan de redelijkheid en billijkheid te toetsen is komen te vervallen.⁴⁹ Het is nu de vraag of dit ook geldt voor de overbruggingsregeling transitievergoeding. De transitievergoeding hangt sterk samen met het ontslag van een werknemer. Er moet immers na ontslag altijd een transitievergoeding worden betaald als aan de voorwaarden van

⁴³ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 24, p. 2-3.*

⁴⁴ *Stcrt.* 2015, 12688, p. 7.

⁴⁵ Albers 2013, p. 199.

⁴⁶ Bijlage III.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 7, p. 56.*

⁴⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 31.*

⁴⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 7, p. 44.*

artikel 7:673 BW is voldaan. De overbruggingsregeling transitievergoeding is daar ook aan verbonden. De regeling kan namelijk invloed hebben op de hoogte van de transitievergoeding. Omdat de overbruggingsregeling transitievergoeding en het ontslag sterk samenhangen, mogen kantonrechters de jaarstukken van de werkgever aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding toetsen op het moment dat de werkgever daar een beroep op doet. Het maakt daarvoor niet uit of de werkgever bij het UWV wel of geen verklaring heeft aangevraagd om gebruikt te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding.

Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest dat van de hoogte van de transitievergoeding wordt afgeweken in het kader van de redelijkheid en billijkheid. In principe is de transitievergoeding namelijk altijd verschuldigd. Hierop geldt alleen de uitzondering indien de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten. Daarvan is volgens de wetgever sprake van indien:⁵⁰

- Het vertrouwen van de werkgever wordt geschaad door diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven.
- De werknemer handelt in strijd met de gedragsregels van de werkgever of geld leent uit de bedrijfskas en dit leidt tot een vertrouwensbreuk.
- De werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk niet naleeft (zelfs niet na loonopschorting) en hiervoor geen gegronde reden bestaat.
- De werknemer vaak en zonder gegronde reden te laat komt en daardoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd (de werkgever moet de werknemer hier al wel op hebben aangesproken).
- De werknemer zijn productiecijfers gunstiger heeft gemaakt en daardoor het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft geschaad.

Daarnaast kan de kantonrechter alleen naar redelijkheid en billijkheid afwijken van de wettelijke bepaling indien geen transitievergoeding wordt betaald als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Indien het niet krijgen van een transitievergoeding in strijd is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan de rechter toch een (gematigde) transitievergoeding toekennen aan de werknemer.⁵¹

3.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de deelvraag: 'Wat houdt de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine mkb'ers in?' In deze paragraaf wordt antwoord gegeven op deze deelvraag aan de hand van de fictieve casus, zoals geschetst in paragraaf 2.1.

Met de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft de wetgever beoogd kleine werkgevers waarvan de onderneming in een slechte financiële situatie verkeert, te beschermen tegen de hoge transitievergoeding die werkgevers sinds 1 januari 2015 moet betalen aan ontslagen werknemers. Werkgevers moeten aan strenge eisen voldoen voordat zij een beroep kunnen doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Voordat bekeken wordt of Jane voldoet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, moet de jurist onderzoeken of John recht heeft op een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW. Geconcludeerd kan worden dat dit het geval is. John is al langer dan 24 maanden in dienst en zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd door Jane, zijn werkgever. John zou recht hebben op een transitievergoeding van € 21.888,-.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 39.*

⁵¹ Artikel 7:673 lid 8 juncto 7:673 lid 7 onderdeel c BW.

Nu duidelijk is dat John recht heeft op een transitievergoeding, kan aan de hand van de jaarstukken bekeken worden of Jane voldoet aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Allereerst moet naar artikel 7:673d BW gekeken worden. Er moet sprake zijn van een kleine werkgever. Jane heeft minder dan 25 werknemers, namelijk 24, in dienst en valt daardoor onder de noemer 'kleine werkgever'. Het ontslag moet gedaan zijn op grond van bedrijfseconomische omstandigheden wegens een slechte financiële situatie. Zoals genoemd in paragraaf 2.1 is er geen reden aan het ontslag te twifelen.

Er is aan alle voorwaarden van artikel 7:673d BW voldaan. De jurist kan nu gaan kijken naar artikel 24 Ontslagregeling. De jaarstukken van de boekjaren 2016, 2015 en 2014 moeten bekeken worden, omdat John in 2017 ontslagen is. Uit de jaarstukken moet het volgende blijken:

1. Het nettoresultaat van de onderneming moet kleiner zijn geweest dan nul over de drie boekjaren voorafgaand aan het jaar waarin de ontslagaanvraag is ingediend.
2. De waarde van het eigen vermogen moet negatief zijn aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de ontslagaanvraag is ingediend.
3. Aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan de indiening van de ontslagaanvraag moet de vlottende activa kleiner zijn dan de kortlopende schulden.

Als blijkt dat niet aan één van deze voorwaarden is voldaan, heeft Jane niet voldaan aan de cumulatieve voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding en kan met succes een gerechtelijke procedure worden gestart.

Indien de jurist tot het oordeel komt dat er een gerechtelijke procedure moet worden gestart, dient hij een verzoekschrift in bij de civiele kantonrechter. De beslissing van het UWV dat een werkgever wel of geen gebruik mag maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding is geen besluit in de zin van de Awb. Daarom moeten werkgevers of werknemers indien zij het oneens zijn met het UWV naar de civiele kantonrechter. De wetgever heeft in de memorie van toelichting bepaald dat rechters de jaarstukken van de werkgevers aan dezelfde voorwaarden moeten toetsen als het UWV dat doet en geen uitspraken doen in het kader van de redelijkheid en billijkheid.

Hoofdstuk 4: Toetsing overbruggingsregeling transitievergoeding UWV en rechters

In het vorige hoofdstuk is onderzocht wat de overbruggingsregeling transitievergoeding inhoudt en welke ruimte de wetgever de rechter heeft geboden bij een beroep op deze regeling door werkgevers. In dit hoofdstuk staat de deelvraag: 'Op welke wijze wordt de overbruggingsregeling transitievergoeding toegepast door het UWV en door de rechtbanken?' Hiermee wordt de argumentatieve ruimte voor werknemers die een beroep doen op de volledige transitievergoeding in kaart gebracht. Uiteindelijk wordt hiermee bepaald in hoeverre een beroep op de volledige transitievergoeding voor een werknemer slaagt.

4.1 Procedure bij het UWV

Het is duidelijk dat een werkgever op grond van artikel 7:671a BW een ontslagaanvraag moet indienen bij het UWV indien hij een werknemer wil ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen wegens een slechte financiële situatie. Het is aan de werkgever aan te tonen dat er sprake is van een slechte financiële situatie. In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op de procedure bij het UWV en de gerechtelijke procedure.

4.1.1 Aanvraag ontslagvergunning

De werkgever moet drie formulieren invullen om het ontslag bij het UWV in te dienen.⁵² Deel A van het formulier heeft betrekking op de gegevens van de werkgever en de reden van het ontslag. Deel B gaat over de werknemers waar de ontslagaanvraag betrekking op heeft. Voor iedere werknemer waarvan de werkgever voornemens is hem te ontslaan, moet dit formulier ingevuld worden. Het formulier gaat over onder andere de arbeidsovereenkomst, de functie en eventuele opzegverboden. Het laatste deel gaat voornamelijk over de stukken en toelichting die de werkgever moet indienen om het ontslag te onderbouwen. In het laatste deel moet tevens aangegeven worden of de werkgever gebruik wil maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Uit de handleiding blijkt dat het niet verplicht is om toestemming te vragen voor de overbruggingsregeling transitievergoeding.⁵³ Uit een interview met twee medewerkers is duidelijk geworden dat dit niet helemaal waar is. Zij zeggen dat een werkgever wel altijd een verklaring van het UWV moet hebben om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding.⁵⁴ Een derde medewerker heeft dit gemotiveerd weersproken.⁵⁵ Hij heeft gezegd dat een verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding inderdaad niet persé nodig is. Een werkgever kan zelf besluiten een beroep te doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Indien de werknemer het niet eens is met dit besluit van de werkgever is het aan de werknemer om een verzoekschrift in te dienen tot uitbetaling van de volledige transitievergoeding. Deze laatste uitleg is het meest logisch, omdat het niet te controleren is of werkgevers wel of geen verklaring aanvragen bij het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, als de werknemer daar geen beroep tegen doet.

Bij de ontslagaanvraag moeten veel extra stukken aangeleverd worden door de werkgever. Dit is nodig om de slechte financiële situatie van een werkgever vast te stellen. Allereerst moet de werkgever de financiële kerngegevens aanleveren van de laatste drie boekjaren en van het lopend boekjaar. Dit is nodig zodat het UWV een ontwikkeling kan vaststellen in de bedrijfseconomische situatie op het gebied van rentabiliteit en solvabiliteit. Rentabiliteit is de mate van winstgevendheid van een bedrijf. Met solvabiliteit wordt bedoeld de mate waarin

⁵² www.uwv.nl (ga naar *Werkgevers*, ga naar *Werknemer en ontslag*, ga naar *Aanvragen ontslagvergunning bij bedrijfseconomische redenen deel A, B en C*).

⁵³ Handleiding aanvraag ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen, p 5.

⁵⁴ Bijlagen I en II.

⁵⁵ Bijlage IV.

een onderneming in staat is haar schuldeisers te betalen. Daarnaast moet aangeleverd worden.⁵⁶

- De prognoses bij gewijzigd- en ongewijzigd beleid van de resultatenrekening en de liquiditeit voor de komende 26 weken.
- Het bedrag dat minimaal bespaard moet worden om de onderneming financieel gezond te maken.
- Welke kostenbesparende maatregelen zijn en/of worden genomen en om welke bedragen het gaat.
- Welk bedrag aan personeelskosten minimaal bezuinigd moet worden.
- Welke functies en het aantal arbeidsplaatsen komen te vervallen met daarbij een verklaring van het aantal en hoe de resterende werkzaamheden worden verdeeld.
- De volledige resultatenrekening van de onderneming van het lopende boekjaar tot en met de datum indiening ontslagaanvraag.
- De twee voorafgaande jaarrekeningen (met inzicht in drie boekjaren). Indien de werkgever daar niet over beschikt een toelichting waarom die gegevens ontbreken en de wel beschikbare, volledige jaarrekening.

Nadat de formulieren zijn binnengekomen bij het UWV, beoordeelt zij of alle stukken aanwezig zijn en vragen zij aan de werknemer of hij verweer wil voeren.⁵⁷ Vervolgens zal het dossier beoordeeld worden. Waar het UWV aan toetst is al aan bod gekomen in paragraaf 3.2.1. De behandeling van het dossier duurt ongeveer vier weken, maar kan langer duren indien het UWV van mening is dat een tweede schriftelijke ronde noodzakelijk is. Na bestudering van het dossier verleent het UWV wel of geen vergunning aan de werkgever om de werknemer(s) te ontslaan.⁵⁸ Tegen het besluit van het UWV staat geen bezwaar open. Er is voor de werknemer wel een mogelijkheid om verweer te voeren. Als de werkgever het niet eens is met de beslissing van het UWV de ontslagaanvraag af te wijzen, moet hij krachtens artikel 7:671b lid 1 onder b BW een verzoekschrift bij de rechtbank indienen om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. Indien de werknemer het niet eens is met het besluit de ontslagaanvraag toe te wijzen, moet hij zich tot de kantonrechter wenden om het ontslag aan te vechten. In de praktijk wordt dit het verkapt hoger beroep genoemd.

Indien de toestemming is verleend, moet de werkgever binnen vier weken overgaan tot ontslag van de werknemer(s) met inachtneming van de wettelijke bepalingen uit boek 7, titel 10, afdeling 9 van het Burgerlijk Wetboek. Als de werkgever dat niet doet, zal hij opnieuw een ontslagprocedure moeten starten.

4.1.2 Aanvraag overbruggingsregeling transitievergoeding

Bij de ontslagaanvraag kan de werkgever het UWV vragen zijn financiële situatie te beoordelen op grond van artikel 8 Regeling UWV ontslagprocedure. Met dit verzoek wordt de overbruggingsregeling transitievergoeding aangevraagd. Bij de indiening van dit verzoek moeten de jaarrekeningen en de personeelsoverzichten per 1 juli en 31 december van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin voor de werknemer de ontslagvergunning is aangevraagd aangeleverd worden. Het verzoek om de financiële situatie te beoordelen, moet krachtens artikel 8 Regeling UWV ontslagprocedure tegelijkertijd met de ontslagaanvraag aangevraagd worden. Hierop is volgens twee medewerkers van het UWV wel een nuance te maken. Indien de werkgever namelijk nog niet alle stukken heeft ingeleverd, krijgt hij nog wel de kans dit binnen 8 dagen te doen. Dit geldt tevens voor de situatie waarin de werkgever geen beroep heeft gedaan op de overbruggingsregeling

⁵⁶ Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, p. 12-13.

⁵⁷ Artikel 4 Regeling UWV ontslagprocedure.

⁵⁸ Dekker 2015 *ArbeidsRecht*, p. 3.

transitievergoeding, maar dit nog wel binnen enkele dagen wilt doen. Het verzoek wordt dan dus niet gelijk afgewezen. Er is daarbij altijd contact met een consultant.⁵⁹

Het komt nog geregeld voor dat werkgevers vergeten de overbruggingsregeling transitievergoeding aan te vragen. Bij het UWV weet men niet waar dat aan ligt. Het kan zijn dat werkgever niet op de hoogte zijn van het UWV, maar het is aannemelijker dat werkgevers denken dat zij geen aanspraak kunnen maken op de overbruggingsregeling transitievergoeding.⁶⁰

Als een werkgever wel een verzoek heeft gedaan om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, gaat het UWV, na ontvangst van alle benodigde stukken, over tot beoordeling van de stukken. Dit doen zij aan de hand van de voorwaarden uit artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling. Er wordt heel strikt aan de voorwaarden van deze artikelen getoetst. Daarbij is geen ruimte voor het verhaal van de werkgever, omdat dit voor willekeur kan zorgen. De ene werknemer van het UWV kan dan namelijk vinden dat de verklaring wel verleend kan worden, terwijl de andere werknemer van het UWV het gebruik van de overbruggingsregeling zou afwijzen.

Het UWV toetst ieder boekjaar apart aan de voorwaarden van de Ontslagregeling. Het is echter in de lijn der verwachting dat het toetsen van ieder boekjaar apart gaat veranderen naar het toetsen van het gemiddelde van de drie boekjaren. Het enige opvallende aan de toetsing van het UWV is dat het UWV niet de privé opnamen, zoals bedoeld in artikel 24 lid 4 Ontslagregeling van het nettoresultaat afhaalt. Het is aan werkgevers van eenmanszaken, vof's en maatschappen om dit zelf te doen.⁶¹ Als de jurist bij DAS ziet dat de privé opnamen niet van het nettoresultaat zijn afgehaald, moet de jurist dit nog wel doen als zij de voorwaarden aan het toetsen is aan de jaarstukken. Er mag op grond van artikel 24 lid 4 Ontslagregeling juncto artikel 12a sub c Wet LB in 2017 € 45.000,- van het nettoresultaat afgehaald worden.

Voor de argumentatieve ruimte die een werknemer heeft om de volledige transitievergoeding te krijgen, moet niet alleen naar het UWV gekeken worden zoals in deze paragraaf is gedaan. Er moet jurisprudentie onderzocht worden, zoals blijkt uit de volgende paragraaf.

4.2 Toetsing rechter

In deze paragraaf wordt gekeken naar de belangrijkste argumenten die rechters hebben aangedragen om wel of niet een volledige transitievergoeding toe te wijzen.

Tot 20 april 2017 zijn er vijftientwintig uitspraken gepubliceerd op www.rechtspraak.nl waarbij de rechter een beslissing heeft genomen de overbruggingsregeling transitievergoeding al dan niet toe te passen. In tien uitspraken heeft de werkgever geen beroep gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding bij het UWV. In de overige zaken heeft de werkgever dit wel gedaan. In de zaken waarbij een verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling is aangevraagd, is de verklaring in acht gevallen geweigerd door het UWV. In deze paragraaf wordt uiteengezet welke argumenten rechters hebben gebruikt bij de beoordeling van het argument dat de werkgever voldoet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Met deze argumenten kan, zoals te zien in hoofdstuk 5, een argumentenlijst opgesteld worden die de juristen bij DAS kan helpen om een volledige transitievergoeding voor hun cliënt te krijgen.

⁵⁹ Bijlagen I en II.

⁶⁰ Bijlagen II en III.

⁶¹ Bijlagen II en III.

4.2.1 *Werkgever heeft de overbruggingsregeling transitievergoeding niet aangevraagd*

Van de tien uitspraken waarbij de werkgever geen overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd, zijn er vijf waarbij de werkgever de werknemer niet heeft ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen.⁶² De rechter heeft in deze gevallen niet aan de voorwaarden van de regeling getoetst, maar gelijk geoordeeld dat de werkgever geen beroep kan doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit ligt geheel in lijn met de huidige wet- en regelgeving en de bedoeling van de wetgever.

In de vijf andere gevallen waarbij de werkgever geen beroep heeft gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding was er wel sprake van ontslag op grond van bedrijfseconomische reden. De verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding was echter niet aangevraagd door de werkgever.⁶³ In principe moeten werkgevers de verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding tegelijk met de ontslagaanvraag indienen. Werkgever kunnen, als zij dit niet gedaan hebben, in een procedure alsnog een beroep doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. De rechter toetst dan de jaarcijfers van de werkgever, net als het UWV, aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit ligt niet in lijn met wat de wetgever heeft beoogd met de regeling, omdat de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding tegelijk aangevraagd moet worden met de ontslagaanvraag. In drie zaken is het verzoek teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen afgewezen en in twee gevallen is de volledige transitievergoeding toegewezen. Het is dus van belang dat wordt stilgestaan bij de argumenten die de rechter heeft gebruikt om tot deze besluiten te komen.

Allereerst is het opmerkelijk dat de rechters in geen van de vijf zaken heeft gemotiveerd waarom hij toetst aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Het is opmerkelijk, omdat hieruit blijkt dat werkgevers zich altijd kunnen beroepen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Werkgevers hebben er in deze gevallen namelijk voor gekozen om geen verklaring aan te vragen om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, maar als de werkgever vervolgens een procedure start om de volledige transitievergoeding te krijgen, willen werkgevers er wel een beroep op doen. Hieronder worden de belangrijkste uitspraken en argumenten van rechters besproken om wel of geen volledige transitievergoeding toe te kennen.

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 28 januari 2016 is de volledige transitievergoeding toegewezen. De rechter heeft bepaald dat niet is voldaan aan voorwaarde a, omdat het nettoresultaat in één van de boekjaren positief was. Daarnaast is bepaald dat de werkgever geen beroep kan doen op een artikel in de arbeidsovereenkomst waarin staat dat geen afvloeiingsvergoeding verschuldigd is bij uitdiensttreding van de werknemer. Hij heeft bepaald dat ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst men nog niet bekend was met de transitievergoeding. Afwijking van de transitievergoeding is alleen mogelijk indien in de CAO een vergelijkbare vergoeding is opgenomen. Dat was in deze zaak niet het geval, waardoor de volledige transitievergoeding is verschuldigd.⁶⁴ Dit houdt voor de jurist in dat goed gekeken moet worden naar de arbeidsovereenkomst en de

⁶² Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423 en Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4704 en Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4809 en Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4611 en Rb. Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5761.

⁶³ Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 28 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1148 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11580 en Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:7322 en Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578 en Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440.

⁶⁴ Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 28 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1148.

CAO van de cliënt. Als de werkgever een beroep doet op een eventuele afvloeiingsregeling, kan de jurist een beroep doen op deze uitspraak en zal een procedure een grote kans van slagen hebben als daarbij niet voldaan is aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Daarnaast moet altijd goed in de CAO gekeken worden of er een vergelijkbare vergoeding is opgenomen, waardoor de cliënt geen recht heeft op een transitievergoeding.

De rechter heeft in de uitspraak van 25 februari 2016 van de rechtbank Limburg geoordeeld dat de werkgever strikt genomen niet voldeed aan voorwaarde a van de overbruggingsregeling transitievergoeding, omdat het nettoresultaat over 2012 positief was. Er was echter geen rekening gehouden met de privé opnamen die de werkgever had mogen doen op grond van artikel 12a onderdeel c Wet LB. Deze opnamen mogen op grond van artikel 24 lid 4 Ontslagregeling nog van het nettoresultaat afgehaald worden. Nadat het bedrag dat opgenomen had mogen worden van het nettoresultaat was gehaald, bleek er in 2012 een negatief nettoresultaat te zijn. Daarmee was aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding voldaan. De rechter heeft daarnaast geoordeeld dat het onredelijk zou zijn om een beroep op de overbruggingsregeling transitievergoeding door de werkgever te ontzeggen, omdat de regeling in het leven is geroepen de transitievergoeding te verzachten voor kleine werkgevers die door financiële problemen genoodzaakt zijn de arbeidsovereenkomst op te zeggen.⁶⁵ Eenzelfde soort uitspraak is gedaan op 23 september 2016 bij de rechtbank Rotterdam.⁶⁶ Deze uitspraken hebben tot gevolg voor de juristen dat er altijd in de jaarstukken gekeken moet worden of de werkgever loon heeft gehad. Is dit niet het geval, dan moet in 2017 nog € 45.000,- van het nettoresultaat afgehaald worden om tot een goed beeld van de jaarcijfers te komen. Voldoet de werkgever, na aftrek van het fictieve loon, aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding? Dan zal een gerechtelijke procedure geen kans van slagen hebben. Voldoet de werkgever niet aan de voorwaarden, dan heeft een procedure wel kans van slagen.

Het is wel van belang te weten dat rechters vaak niet twifelen aan de cijfers zoals deze door werkgevers zijn neergelegd.⁶⁷ Er wordt dan ook uitgegaan van de cijfers zoals ze er liggen. Dit houdt voor de jurist in dat er heel secuur naar de cijfers gekeken moet worden. Als er iets opvallends uit de cijfers blijkt, zoals een grote toename van de voorraad in een jaar, kun je bij de rechter als argument aanvoeren dat de cijfers niet kloppen. Dit moet wel goed gemotiveerd gedaan worden, anders zal de rechter er niet snel in meegaan.

Tot slot de bijzondere uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2017. Daarin is bepaald dat een pgb-er de volledige transitievergoeding moet betalen, omdat er geen uitzondering voor de transitievergoeding bestaat. De pgb-er was in dit geval zorginlener en daarmee is een arbeidsovereenkomst ontstaan. De rechter heeft gezegd dat de pgb-er geen beroep heeft gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding en onvoldoende gegevens heeft overgelegd om een beroep hierop te kunnen doen.⁶⁸ Het is nog maar de vraag of een beroep op de overbruggingsregeling transitievergoeding zou slagen, gezien het feit dat de zorgverlener niet is ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen, maar niet meer is gaan werken nadat er een woordenwisseling is geweest.

Hieronder volgen de uitspraken waarbij de werkgever wel een verklaring van het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd. In paragraaf 4.2.2 is het verzoek van de werknemer voor de volledige transitievergoeding

⁶⁵ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11580.

⁶⁶ Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7322.

⁶⁷ Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578.

⁶⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440.

afgewezen. In paragraaf 4.2.3 komen uitspraken aan bod waarbij de werknemer wel de volledige transitievergoeding heeft gehad.

4.2.2 Volledige transitievergoeding afgewezen

In de vier uitspraken die in deze paragraaf besproken worden, heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst willen ontbinden op grond van bedrijfseconomische redenen en heeft de werkgever een verklaring aangevraagd om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. In al deze uitspraken heeft de werknemer een verzoek gedaan teneinde de volledige transitievergoeding te verkrijgen, maar heeft de rechter besloten dit af te wijzen.

In alle vier de zaken is de verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding niet tegelijk met de ontslagaanvraag gedaan. In twee zaken ging het om 7 of 8 dagen verschil, maar in de twee andere zaken zat er maar liefst drie weken tussen. De rechters hebben hier, op één na, geen aandacht aan geschonken in de motivering van hun uitspraak, terwijl de verklaring en de ontslagaanvraag op grond van de toelichting bij de Ontslagregeling wel tegelijk aangevraagd moeten worden.⁶⁹

In deze paragraaf komen de belangrijkste argumenten van de rechters aan bod.

De eerste zaak is van de rechtbank Zeeland-West-Brabant die op 14 juni 2016 uitspraak heeft gedaan. De werknemer meende recht te hebben op de volledige transitievergoeding, terwijl de werkgever zei dat het UWV haar beslissing heeft gebaseerd op de nieuwe regelgeving, terwijl het oude recht nog gold. De rechter heeft hierover gezegd dat beoordeeld moet worden naar het recht dat nog gold. Men moest onder het oude recht kijken naar het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst is geëindigd (dit is dus anders dan het recht dat in 2017 geldt). Uit de jaarstukken blijkt onder het oude recht aan de voorwaarden is voldaan. De rechter heeft nog wel bepaald dat noch de Ontslagregeling noch de toelichting daarop ruimte biedt om tot een alternatieve wijze van het vaststellen van de bedrijfsresultaten te komen. Dit is namelijk in strijd met de rechtszekerheid die werknemers en werkgevers aan de Ontslagregeling kunnen ontleenen.⁷⁰ Het oude recht kan niet meer toegepast worden en werkgevers kunnen er geen beroep meer op doen. Doen zij dit toch, heeft een gerechtelijke procedure kans van slagen, omdat onder het nieuwe recht misschien niet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan. Als de werkgever de jaarstukken op een alternatieve wijze wil vaststellen kan hiertegen worden ingegaan, omdat dit niet mogelijk is op grond van de Ontslagregeling of de toelichting daarop.

In de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 25 augustus 2016 is een opvallende uitspraak gedaan. De werknemer deed een beroep op de volledige transitievergoeding. De werkgever had de ontslagvergunning en de verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding niet tegelijk, maar met een tussenpoos van 8 dagen aangevraagd. De verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding is door het UWV geweigerd, omdat de werkgever in 2013 een positief nettoresultaat had. Dit komt volgens de werkgever omdat hij in 2013 schadenpenningen uit 2012 heeft gekregen die niet mee horen te tellen bij het nettoresultaat. De rechter heeft bepaald dat in de parlementaire geschiedenis van de overbruggingsregeling geen aanknopingspunten zijn te vinden voor de beoordeling van de bedrijfsresultaten en gaat daardoor uit van het gemiddelde van drie boekjaren. Het doel van de regeling is namelijk om kleine werkgevers te ontzien van de hoge transitievergoeding. Zonder schadenpenningen was het nettoresultaat in 2013 negatief en daarmee is voldaan aan de voorwaarden.⁷¹ Mijns inziens is deze uitspraak van de rechter onjuist. Er zijn wel degelijk aanknopingspunten te vinden voor de beoordeling van de bedrijfsresultaten, bijvoorbeeld uit de taalkundige uitleg van de Ontslagregeling. Nergens in

⁶⁹ *Stcrt.* 2015, 12688, p. 7.

⁷⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Breda) 14 juni 2016, ELI:NL:RBZWB:2016:3517.

⁷¹ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats Eindhoven) 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4887.

de tekst van de artikel 24 Ontslagregeling staat dat het gemiddelde van de drie boekjaren bekeken moet worden. Daarnaast staat er het woord 'en' in artikel 24 lid 2 sub a Ontslagregeling. Dit houdt in dat en naar het boekjaar voorafgaand aan de indiening van de ontslagaanvraag gekeken moet worden én naar de twee boekjaren daarvoor. Daarbij bekijkt het UWV de boekjaren ook apart. Een beroep door de werkgever om het gemiddelde van de drie boekjaren te bekijken, zal dan ook niet slagen en kan gemotiveerd betwist worden door de jurist.

De laatste twee uitspraken waarbij het verzoek voor de volledige transitievergoeding werd afgewezen speelden bij de rechtbank Limburg. Het gaat in beide zaken om dezelfde werkgever en nagenoeg dezelfde uitspraak. De werkgever heeft de verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding niet tegelijk met de werkgever aangevraagd, maar er zat een tussenpoos van drie weken tussen. Het UWV heeft het verzoek om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding afgewezen, omdat de jaarrekening van 2015 ontbrak. De werkgever heeft in de procedure alsnog de jaarrekening van 2015 overgelegd. Daaruit blijkt dat aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan. De rechter heeft aanvullend bepaald dat de rechter aan dezelfde voorwaarden moet toetsen als het UWV. Deze voorwaarden moeten vol getoetst worden. Daarnaast is bepaald dat de redelijkheid en billijkheid is verdisconteerd in de Ontslagregeling waardoor grote terughoudendheid op zijn plaats is bij het buiten werking stellen van de regeling.⁷² Deze uitspraak betekent voor de jurist dat hij voorzichtig moet zijn met het gelijk instellen van een gerechtelijke procedure alsnog niet alle jaarstukken bij hem bekend zijn. Als later namelijk blijkt dat de jaarstukken alsnog aangeleverd kunnen worden, kan dit betekenen dat het verzoek voor de volledige transitievergoeding voor de werknemer wordt afgewezen. Er moet voor gezorgd worden dat alle jaarstukken voor het instellen van de verzoekschriftprocedure bekend zijn, zodat de jurist kan zien of aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan. Als aan alle voorwaarden van de regeling is voldaan is er namelijk geen redelijke kans van slagen dat een verzoek voor de volledige transitievergoeding slaagt. Als er niet aan alle voorwaarden is voldaan, is er wel een redelijke kans van slagen dat de cliënt de volledige transitievergoeding krijgt.

4.2.3 Volledige transitievergoeding toegewezen

Er zijn tien uitspraken waarbij de werknemer de volledige transitievergoeding toegewezen heeft gekregen. Hieronder volgen de meest belangrijke argumenten waarop de rechter het verzoek van de werknemer heeft toegewezen.

In de uitspraak van 30 maart 2016 heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant bepaald dat het verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de a-grond toegewezen wordt. Het verzoek gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding is 7 dagen na de ontslagaanvraag gedaan. Het verzoek van de werkgever gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding is door de rechter afgewezen, omdat de werkgever bijzondere financiële bijdragen van het nettoresultaat had gehaald. In de Ontslagregeling is volgens de rechter voldoende aanleiding te vinden om geen rekening te houden met bijzondere inkomsten. De Ontslagregeling geeft de rechter geen ruimte voor het vaststellen van een alternatieve wijze van bedrijfsresultaten. Dit is in strijd met de rechtszekerheid die een werknemer kan ontlenen aan de Ontslagregeling, omdat een werknemer moeilijk verweer kan voeren op de bedrijfsresultaten van de werkgever.⁷³ Ditzelfde is bepaald in de uitspraak van 5 juli 2016 van de rechtbank Noord-Nederland. In deze uitspraak is tevens bepaald dat er gekeken moet worden naar de drie afzonderlijke boekjaren en niet naar het totale nettoresultaat. De letterlijke tekst is voor

⁷² Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 14 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9806 en Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 8 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10701.

⁷³ Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Tilburg) 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838.

meerdere interpretaties vatbaar, maar gezien de wettekst en de toelichting moet naar ieder jaar apart worden gekeken. Daarnaast was het ongebruikelijk om de nettoresultaten te salderen in de accountancybranche. Tevens kan er geen beroep worden gedaan op de teleologische uitleg. De overbruggingsregeling transitievergoeding is bedoeld om kleine werkgevers te beschermen, maar de regeling moet scherp geclausuleerd worden. Er is geen reden om af te wijken of ruimer te interpreteren.⁷⁴ De argumenten die in deze uitspraken zijn aangehaald, kunnen door de jurist bij DAS goed gebruikt worden als een werkgever een beroep doet op de overbruggingsregeling transitievergoeding en daarbij gebruik maakt van 'trucjes' om aan de voorwaarden van de regeling te voldoen.

In een uitspraak van 31 mei 2016 van de rechtbank Rotterdam is daarnaast bepaald dat omzettingen in de balans niet gedaan mogen worden. In casu had de werkgever een langlopende schuld omgezet in een kortlopende schuld, zodat voldaan zou zijn aan voorwaarde c van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Hier heeft de rechtbank mee afgerekend en bepaald dat niet voldaan is aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding als de kortlopende schuld weer omgezet wordt in een langlopende schuld.⁷⁵ De jurist moet bij de beoordeling van de jaarcijfers dus goed naar alle (boek)jaren kijken om te zien of er omzettingen gedaan zijn die niet horen. Als dat het geval is, zal een procedure voor de volledige transitievergoeding, mits voldaan is aan alle voorwaarden voor de omzetting, slagen.

Ook in twee zaken die speelden bij de rechtbank Oost-Brabant wilde de werkgever de werknemers op het verkeerde been zetten. Nu niet door het omzetten van een schuld, maar door de arbeidsovereenkomst in 2016 op te zeggen, terwijl dit al in 2015 had gekund, en daardoor de referteperiode te wijzigen. Met het wijzigen van de referteperiode zou de werkgever voldoen aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit was volgens de rechter in strijd met goed werkgeverschap. De werknemer moet namelijk op de hoogte gehouden worden over de toekenning van de transitievergoeding. Daarnaast is in deze uitspraken voor het eerst aandacht besteed aan het feit dat de verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding en de ontslagaanvraag niet tegelijk zijn aangevraagd. Dit had volgens de rechter wel moeten. Het gevolg is dat de werkgever naar redelijkheid geen aanspraak kan doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Daarnaast is bepaald dat er geen ruimte is om bedrijfsresultaten anders vast te stellen. De rechter heeft in deze zaken nog wel een opmerkelijke uitspraak gedaan. De werkgever heeft een beroep gedaan op artikel 24 lid 3 Ontslagregeling (thans artikel 24 lid 4 Ontslagregeling), te weten de regeling omtrent de privé opnamen van de werkgever. De rechter heeft echter bepaald dat een beroep hierop niet slaagt, omdat dit niet uit de Ontslagregeling of toelichting daarop blijkt.⁷⁶ In artikel 12a lid 1 van de Wet LB staat hoeveel privé opnamen een werkgever van de nettoresultaten af mag halen.

In beide zaken is de werkgever in hoger beroep gegaan. Het hof heeft bepaald dat het oordeel van het UWV geen beschikking is in de zin van de Awb en daarom een procedure bij de civiele rechter gestart moet worden, waarbij de voorwaarden opnieuw getoetst worden en waarbij het hof zich niet beperkt tot een marginale toetsing. Het hof heeft bepaald dat er is voldaan aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, maar dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werkgever hier een beroep op doet. De werkgever had namelijk al in 2015 de arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen, maar heeft hiermee gewacht tot 2016.⁷⁷ Deze uitspraken houden voor de jurist in dat goed gekeken moet worden naar de datum van het verlenen van de ontslagaanvraag, de

⁷⁴ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Assen) 5 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3099.

⁷⁵ Rb. Rotterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:4938.

⁷⁶ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 8 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3644 en Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 8 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3645.

⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:857 en Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:858.

opzegtermijn en de datum dat de werknemer daadwerkelijk is ontslagen. De rechter heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de ontslagaanvraag en de aanvraag gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding tegelijk aangevraagd moeten worden. Toch moet de jurist uitkijken met een beroep op deze uitspraak, omdat dit de enige uitspraak is waarin dit is bepaald. In de overige uitspraken zijn rechters hier aan voorbij gegaan. Er kan wel een beroep worden gedaan op het vereiste dat de ontslagaanvraag en de verklaring tegelijk aangevraagd moeten worden, maar het is nog niet duidelijk of de rechter hierin mee zal gaan.

In de zaak die speelde bij de rechtbank Rotterdam had de werkgever toestemming van het UWV gekregen om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. De werknemer stelde echter dat deze onterecht is verleend door het UWV. De rechter heeft op 8 februari 2017 besloten dat er gekeken moet worden naar de gehele entiteit en niet naar een losse vestiging. In dit geval ging het om twee vestigingen. Toen dat gedaan was, bleek dat er in twee voorgaande boekjaren een positief nettoresultaat was en daarmee niet voldaan was aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding.⁷⁸ Deze uitspraak is geheel in lijn met de huidige wet- en regelgeving. Het is dan ook verstandig als de jurist die de werknemer bijstaat nagaat of er meerdere vestigingen zijn van een bedrijf. Dan kan namelijk gekeken worden of er bij de gehele entiteit meer dan 25 werknemers werken. Als dat het geval is, zal een verzoek voor de volledige transitievergoeding slagen indien ook voldaan is aan de overige voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding.

Bij de rechtbank Limburg speelde een zaak waarin de werkgever een verklaring had aangevraagd om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Deze is door het UWV geweigerd, omdat niet voldaan was aan voorwaarde c. De werkgever heeft vervolgens besloten de transitievergoeding niet te betalen. De werknemer heeft een verzoek bij de rechtbank gedaan om de volledige transitievergoeding te verkrijgen. De rechter heeft op 16 maart 2017 besloten dat het aan de werkgever is om aan te tonen dat aan de voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling is voldaan. Het toetsmoment van voorwaarde c is het door de Belastingdienst vastgestelde (fiscale) waarde aan het eind van het boekjaar. Ook hier heeft de rechter geoordeeld dat er geen reden is om af te wijken van de door de werkgever aangevoerde stukken. De werknemer heeft uiteindelijk wel de volledige transitievergoeding verkregen, omdat niet voldaan was aan voorwaarde c.⁷⁹

Tot slot de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 12 april 2017. De werknemer wilde de volledige transitievergoeding ontvangen nadat het UWV de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft geweigerd na verzoek van de werkgever. De werkgever heeft geen transitievergoeding betaald na ontslag. Bij beslissing van 14 februari 2017 heeft de rechter bepaald dat de werkgever tegen het besluit van het UWV naar de civiele rechter had kunnen gaan.⁸⁰ Op 12 april 2017 is de einduitspraak geweest. Daarin is bepaald dat de volledige transitievergoeding betaald moet worden. Het tegenverzoek van de werkgever, om aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling te toetsen, kan niet gehonoreerd worden, omdat deze niet binnen de vervaltermijn van drie maanden is ingediend door de werkgever op grond van artikel 7:686a lid 4 BW.⁸¹ Hieruit moet geconcludeerd worden dat de werkgever eigenlijk altijd een procedure moet starten om te voorkomen dat hij later geen beroep meer kan doen op de overbruggingsregeling, omdat hij te laat is met zijn verzoek. Hoe verhoudt deze uitspraak zich voor de redelijke kans van slagen dat een werknemer de volledige transitievergoeding krijgt? Indien op de laatste dag een verzoekschrift wordt ingediend, wordt de kans vergroot dat de werknemer de volledige transitievergoeding krijgt.

⁷⁸ Rb. Rotterdam 8 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1931.

⁷⁹ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 16 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2400.

⁸⁰ Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 14 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1080.

⁸¹ Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 12 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2155.

4.3 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is een antwoord gevormd op de deelvraag: “Op welke wijze wordt de overbruggingsregeling transitievergoeding toegepast door het UWV en door de rechtbanken?” In deze paragraaf wordt dit antwoord samengevat aan de hand van de fictieve casus, zoals geschetst in paragraaf 2.1.

4.3.1 UWV

Jane heeft een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV om John te kunnen ontslaan op grond van bedrijfseconomische redenen die het gevolg zijn van een slechte financiële situatie. Zij heeft daarbij ook een verklaring aangevraagd om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Deze is echter afgewezen, omdat het nettoresultaat in 2014 en 2015 hoger was dan € 0,- en omdat het eigen vermogen in 2015 hoger was dan € 0,-. Het UWV toetst de voorwaarden van de overbruggingsregeling heel strikt om willekeur te voorkomen. Er moet dus aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding voldaan zijn om de lagere transitievergoeding te mogen betalen. De jurist bij DAS moet er wel op letten dat er eventueel nog privé opnamen van de werkgever worden afgehaald van het nettoresultaat. Indien er geen privé opnamen zijn afgehaald van de nettoresultaten bij een eenmanszaak, vof of maatschap, moet de jurist dit alsnog doen om tot een goed beeld van de jaarcijfers te komen. Indien de jurist tot de conclusie komt dat de jaarstukken van de werkgever aan alle voorwaarden voldoet van de overbruggingsregeling zal een verzoek ter verkrijging van de volledige transitievergoeding voor de werknemer niet slagen. Als niet aan alle cumulatieve voorwaarden is voldaan, zal een verzoek ter verkrijging van de volledige transitievergoeding wel slagen.

De jurist moet er wel op letten dat een werkgever niet verplicht is om een verklaring aan te vragen om gebruik te kunnen maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Indien de werknemer het vervolgens niet eens is met het besluit van de werkgever om de lagere transitievergoeding toe te wijzen, moet de werknemer daartegen in beroep gaan bij de kantonrechter. Daarvoor gelden dan dezelfde voorwaarden als waar het UWV aan toetst.

4.3.2 Jurisprudentie

Ook rechters toetsen de jaarcijfers van werkgevers strikt aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Rechters houden bij de beoordeling wel meer rekening met de bedoeling van de wetgever. Er wordt meer gekeken hoe bepaalde voorwaarden geïnterpreteerd moeten worden. Daarnaast maakt het voor rechters niet uit of de werkgever al een verklaring bij het UWV heeft aangevraagd of niet. De uitspraken over het tegelijk aanvragen van de ontslagaanvraag en de verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling wisselen nog. Er kan dus nog niet duidelijk gezegd worden of een argument van de werknemer waarin wordt gezegd dat geen beroep op de overbruggingsregeling transitievergoeding gedaan kan worden omdat een verklaring hiervoor niet tegelijk met de ontslagaanvraag is gedaan kans van slagen heeft.

Indien de jurist een procedure start, moet hij er zeker van zijn dat de werkgever niet aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding voldoet. Daarvoor kunnen verschillende argumenten gebruikt worden die in het volgende hoofdstuk besproken worden.

Hoofdstuk 5: Argumentenkaart

Uit de vorige hoofdstukken is gebleken hoe de huidige praktijk eruit ziet, wat de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding zijn en hoe het UWV en de rechtbank/gerechtshof de jaarcijfers van een werkgever toetsen aan de voorwaarden van de regeling. Uit al deze informatie wordt in dit hoofdstuk bekeken welke argumentatieve ruimte er is voor de werknemer om zich te kunnen beroepen op de volledige transitievergoeding. Per kennisgebied, genoemd in de centrale vraag, wordt bekeken op welke argumenten men zich kan beroepen bij een gerechtelijke procedure. De argumentenkaart wordt uitgelegd aan de hand van de fictieve casus. In bijlage VIII zijn de argumenten in een overzichtelijke argumentenkaart weergegeven.

5.1 Argumenten voor volledige transitievergoeding

Zoals is gebleken uit hoofdstuk 2 van dit onderzoek komt de cliënt bij DAS met de vraag of zijn (voormalig) werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding mag toepassen of dat hij hier nog iets tegen kan doen. Met de argumenten die hieronder besproken worden, kan bekeken worden of de werkgever de lagere transitievergoeding mocht toepassen en wordt antwoord gegeven op de vraag of de werknemer iets kan doen tegen het besluit van de werkgever gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding.

5.1.1 Bedoeling wetgever

De bedoeling van de wetgever met betrekking tot de overbruggingsregeling transitievergoeding was om kleine werkgevers, die een slechte financiële positie hebben, te beschermen tegen de gevolgen van de het betalen van de transitievergoeding. Door de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft de wetgever beoogd te voorkomen dat kleine werkgevers in grotere financiële problemen komen en daardoor misschien faillissement of surséance van betaling moeten aanvragen.

Op grond van bovenstaande is geconcludeerd dat een werknemer geen beroep kan doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding als er geen sprake is van een slechte financiële situatie. Wanneer de werkgever, ook al valt hij onder de noemer kleine werkgever, een goede financiële situatie heeft, zou het geen probleem moeten zijn om de volledige transitievergoeding te betalen.

5.1.2 Huidige wet- en regelgeving

Om het begrip 'kleine werkgevers in een slechte financiële positie' te definiëren is door de wetgever wet- en regelgeving gemaakt. De werkgever moet aan alle cumulatieve voorwaarden van de wet- en regelgeving voldoen om een beroep te kunnen doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Het gaat hier over artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling. De jurist kan, voor het aanschrijven van een werkgever of het UWV of het starten van een gerechtelijke procedure, nagaan of aan deze voorwaarden is voldaan. De argumenten en voorwaarden waar de jurist zich op kan beroepen zijn opgenomen in bijlage VIII. Een uitgebreidere motivering van de argumenten kan men vinden in hoofdstuk 3 van dit rapport.

De jurist moet, zoals gezegd, de jaarcijfers van de werkgever toetsen aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Als de jurist erachter komt dat niet is voldaan aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, zijn er verschillende vervolgstappen mogelijk.

- Als de werkgever een verklaring van het UWV heeft aangevraagd om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, kan de jurist tijdens de verweerfase verweer voeren bij het UWV tegen het betalen van de lagere transitievergoeding.

- Als de werkgever geen verklaring heeft aangevraagd bij het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, kan de jurist, indien men nog in de verweerfase van het ontslag zit, zelf de verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding aanvragen. Het UWV zal tot de conclusie moeten komen dat niet voldaan is aan de voorwaarden en de verklaring afwijzen. Deze afwijzing dient vervolgens als bewijs aan de werkgever dat hij de overbruggingsregeling transitievergoeding niet mag toepassen.
- Als de werkgever geen verklaring heeft aangevraagd bij het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding en het ontslag is al afgedaan, kan de jurist de werkgever aanschrijven. Bij het aanschrijven kan gebruik worden gemaakt van de brief in bijlage X.

5.1.3 *Jurisprudentie*

Het is duidelijk dat een werkgever moet voldoen aan alle voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding voordat de lagere transitievergoeding betaalt mag worden. Een jurist kan dan ook de werkgever aanschrijven op het moment dat zij erachter komt dat niet aan de voorwaarden is voldaan. Werkgevers kunnen vervolgens op deze brief reageren. Daarbij kunnen zij zeggen dat ze alsnog de volledige transitievergoeding overmaken, of ze kunnen argumenten aanvoeren waarbij ze zeggen dat wel aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan. Dit is uit jurisprudentie gebleken. In hoofdstuk 4 van dit onderzoeksrapport zijn 25 rechterlijke uitspraken onderzocht die betrekking hebben op de overbruggingsregeling transitievergoeding waarbij werknemers hebben verzocht om de volledige transitievergoeding. Tijdens deze procedures hebben werkgevers diverse argumenten aangevoerd om aan te tonen dat zij wel voldaan hebben aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. De argumenten van de werkgevers gingen voornamelijk over de beoordeling van de jaarcijfers en de interpretatie van de Ontslagregeling. Rechter zijn niet altijd meegegaan in de argumenten van de werkgever om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding. De argumenten die niet zijn geslaagd, kunnen dan ook weerlegt worden als de werkgever er toch een beroep op doet. De argumenten die gemotiveerd weerlegt kunnen worden, zijn opgenomen in bijlage X en kunnen gebruikt worden op het moment dat de werkgever of het UWV worden aangeschreven of wanneer een gerechtelijke procedure wordt gestart.

5.2 Tussenconclusie

In deze paragraaf wordt bijlage VIII waarin de argumentenkaart staat behandeld aan de hand van de fictieve casus zoals is geschetst in paragraaf 2.1.

Terug naar de casus waarbij John te horen heeft gekregen dat hij ontslagen wordt en zijn werkgever een verklaring voor de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd. Ondertussen is duidelijk geworden dat de ontslagaanvraag is toegewezen en de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding is afgewezen, omdat de jaarstukken van 2016 nog misten. De jaarstukken zijn volgens Jane nog niet volledig opgemaakt en konden daarom nog niet aangeleverd worden. Jane is ondanks de weigering van de verklaring gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding toch overgegaan tot het betalen van de lagere transitievergoeding ter hoogte van € 4.608,-. Nu moet de jurist bij DAS aan de slag voor de cliënt.

Allereerst moet bepaald worden of John recht heeft op de volledige transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW. John is langer dan 24 maanden in dienst en zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd door de Jane, zijn werkgever. Er wordt vanuit gegaan dat niet is voldaan aan artikel 7:673 lid 5 en lid 6 BW. De hoogte van de transitievergoeding is na bestudering van de arbeidsovereenkomst en laatste loonstrook bepaald op € 27.072,-.

Nu kan gekeken worden of Jane, de werkgever van John, de overbruggingsregeling had mogen toepassen. Daarvoor moet John alle stukken die hij van het UWV heeft gehad, opsturen naar DAS. In de stukken van het UWV staan ook de jaarcijfers van de werkgever die door de jurist onderzocht moeten worden. De cijfers van 2016 ontbreken echter nog. Het is verstandig om te proberen deze op te vragen bij de werknemer of werkgever. Mocht dit niet lukken, dan moet de jurist het doen met de cijfers die er liggen. De jurist moet er dan wel op bedacht zijn dat de stukken in een eventuele gerechtelijke procedure nog wel aangeleverd mogen worden.

Door de jaarcijfers aan de voorwaarden van artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling te toetsen komt de jurist er al vrij snel achter of aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling is voldaan. Als blijkt dat niet aan de voorwaarden is voldaan en er blijkt niet uit jaarcijfers dat er 'trucjes' zijn uitgehaald om te voldoen aan de voorwaarden, moet de jurist de cliënt mededelen dat het vorderen van de volledige transitievergoeding niet haalbaar is. De jurist zal dit eerst telefonisch doorgeven en vervolgens bevestigen per brief. De brief die daarvoor gebruikt kan worden staat in bijlage IX.

Er kan ook geconcludeerd worden dat niet is voldaan aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. De jurist kan dan gelijk het UWV of de werkgever aanschrijven waarbij verweer wordt gevoerd tegen het toepassen van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Indien het UWV aangeschreven moet worden, omdat de ontslagprocedure nog loopt, kan het verweerformulier worden gebruikt. De argumenten zoals genoemd in bijlage VIII kunnen daarvoor gebruikt worden. Als de werkgever aangeschreven moet worden, omdat de lagere transitievergoeding al betaald is, kan de jurist de brief, zoals opgenomen in bijlage X, gebruiken om de werkgever aan te schrijven. Vervolgens kan de werkgever daarop reageren door of de volledige transitievergoeding te betalen of te motiveren waarom hij van mening is dat de overbruggingsregeling transitievergoeding van toepassing is.

De brieven zullen in eerste instantie gaan over het niet voldoen aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, omdat de jurist het standpunt van de werkgever nog niet weet. Indien de werkgever een brief terugstuurt met een onderbouwing van de standpunten, kan hierop nog een keer gereageerd worden met weerlegging van deze argumenten. Mocht dit niet baten, kan een procedure worden gestart met het verzoek de volledige transitievergoeding te verkrijgen. Een procedure moet binnen drie maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd gestart worden. Het is, met het oog op de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 12 april 2017 van belang het verzoekschrift zo laat mogelijk in te dienen. Indien de werkgever namelijk een beroep wil doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding (indien hij dit nog niet gedaan had) moet hij dit ook binnen drie maanden doen. Op het moment dat het verzoekschrift op de laatste dag wordt ingediend, heeft de werkgever geen tijd meer om tijdig een beroep te doen op de regeling. In principe zou het verzoek voor de volledige transitievergoeding dan toegewezen moeten worden.

Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen

In de voorgaande hoofdstukken is bekeken wat de overbruggingsregeling transitievergoeding inhoudt en wat de huidige werkwijze van DAS is met betrekking tot een verzoek tot rechtsbijstand waarbij de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt. Daarnaast zijn de argumenten uiteengezet waarmee de werknemer een beroep kan doen op de volledige transitievergoeding indien de werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft toegepast. Op grond van deze argumenten is de redelijke kans van slagen van een procedure bepaald. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste conclusies besproken die voortkomen uit dit onderzoeksrapport en worden enkele aanbevelingen gegeven. Er wordt antwoord gegeven op de centrale vraag: 'Wanneer heeft een gerechtelijke procedure teneinde een volledige transitievergoeding te verkrijgen tegenover een werkgever die gebruik wil maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding kans van slagen, gelet op de bedoeling van de wetgever, de huidige wet- en regelgeving, vijftientig rechterlijke uitspraken en de verzekeringspraktijk binnen DAS?'

6.1 Conclusies

In dit rapport is onderzocht wanneer er een redelijke kans van slagen is om de volledige transitievergoeding te krijgen voor een werknemer als de werkgever de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd of heeft toegepast. De werkgever kan alleen een beroep doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding indien hij aan alle voorwaarden van de regeling voldoet. Is dat het geval, dan hoeft de transitievergoeding alleen berekend te worden over de dienstjaren vanaf 1 mei 2013 tot het einde van het dienstverband. Dit houdt voor de werknemer die al lange tijd bij de werkgever in dienst is in dat hij flink benadeeld kan worden door de overbruggingsregeling transitievergoeding. Daarom heeft de wetgever strenge voorwaarden verbonden aan de overbruggingsregeling transitievergoeding.

Voor een antwoord op de centrale vraag is het van belang dat eerst gekeken wordt wat onder het begrip 'redelijke kans van slagen' valt. In de algemene polisvoorwaarden is geen omschrijving van dit begrip gevonden. Het is daarmee aan de jurist om per casus te bekijken of er een redelijke kans van slagen is. Dit wordt gedaan door naar de stukken te kijken die zijn binnengekomen, naar het verhaal te luisteren van de cliënt en door overleg te plegen met collega's. Op grond van de rechtspraak moet tevens rekening gehouden worden met de Haviltex-norm bij de uitleg van de redelijke kans van slagen. Bepalingen uit de algemene voorwaarden moeten in het voordeel van de cliënt uitgelegd worden.

De juristen moeten bij de beoordeling van de redelijke kans van slagen bij een rechtsbijstandsverzoek waar de overbruggingsregeling transitievergoeding een rol speelt vooral kijken naar de stukken van de cliënt. Bij de stukken zijn vooral de jaarcijfers van de werkgever van belang. Daarmee valt of staat namelijk het hele verzoek om de volledige transitievergoeding te krijgen tegenover een werkgever die de overbruggingsregeling transitievergoeding wil toepassen.

Voordat echter gekeken moet worden naar de jaarcijfers van de werkgever moet gekeken worden of de cliënt recht op een transitievergoeding heeft op grond van artikel 7:673 BW. Als dat niet het geval is, heeft een procedure om de transitievergoeding te verkrijgen geen enkele kans van slagen. Blijkt echter dat de cliënt wel recht heeft op de transitievergoeding, dan moet de jurist overgaan tot beoordeling van de jaarstukken van de werkgever. De jaarcijfers van de werkgever moeten voldoen aan de cumulatieve voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, te weten artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling.

De voorwaarden van artikel 7:673d BW zijn:

1. Er moet sprake zijn van een kleine werkgever. Dit houdt in dat de werkgever 25 of minder werknemers in dienst mag hebben om een beroep te kunnen doen op de overbruggingsregeling transitievergoeding
2. Het ontslag moet gedaan zijn op grond van bedrijfseconomische omstandigheden wegens een slechte financiële situatie. Er moet hiervoor sprake zijn van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van beëindiging van de werkzaamheden bezien over een toekomstige periode van 26 weken. Het vervallen van arbeidsplaatsen is een maatregel voor het treffen van een doelmatige bedrijfsvoering.

Alleen voldoen aan de voorwaarden van artikel 7:673d BW is niet voldoende. De werkgever moet tevens voldoen aan de voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling. Op grond daarvan moet:

1. het nettoresultaat van de onderneming kleiner zijn geweest dan nul over de drie boekjaren voorafgaand aan het jaar waarin de ontslagaanvraag is ingediend;
2. de waarde van het eigen vermogen negatief zijn aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de ontslagaanvraag is ingediend; en
3. aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan de indiening van de ontslagaanvraag de vlottende activa kleiner zijn dan de kortlopende schulden.

Als de jurist er bij het toetsen van de voorwaarden achter komt dat de werkgever voldoet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, dan moet een niet-haalbaarheidsstandpunt ingenomen worden. De jaarcijfers kunnen getoetst worden met behulp van bijlage IV. Als voldaan is aan de voorwaarden, mag de werkgever de lagere transitievergoeding uitbetalen. Het maakt daarvoor niet uit of de werkgever toestemming heeft van het UWV of niet. Aan de cliënt, de werknemer die de lagere transitievergoeding krijgt, moet duidelijk uitgelegd worden waarom een niet-haalbaarheidsstandpunt ingenomen wordt. Dit moet gedaan worden om te voorkomen dat de cliënt gebruik maakt van de klachten- of geschillenregeling. Voor een duidelijke uitleg aan de cliënt kan bijlage IX gebruikt worden door de jurist.

Bij het toetsen van de voorwaarden kan de jurist ook concluderen dat niet is voldaan aan artikel 7:673d BW en artikel 24 Ontslagregeling. Dan ontstaat er een redelijke kans van slagen dat de werknemer de volledige transitievergoeding krijgt. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat er nooit een 100% kans van slagen is dat de volledige transitievergoeding wordt toegewezen door de rechter. De kans is echter wel groot, omdat rechters maar een beperkte vrijheid hebben bij het toekennen van de transitievergoeding. Op grond van artikel 7:673 lid 8 BW kan er alleen naar redelijkheid en billijkheid van de hoogte van de transitievergoeding worden afgeweken als het ontslag van de werknemer het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Het is zeer onwaarschijnlijk dat dit gebeurt als de werkgever de werknemer ontslaat op grond van bedrijfseconomische redenen, maar het is niet helemaal ondenkbaar. Daarnaast heeft de wetgever niet bedoeld dat rechters bij het toekennen van transitievergoeding afwijken van de hoogte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Uit de memorie van toelichting van de Wwz blijkt namelijk dat de toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid bij het ontslag en alle daarbij horende gevolgen is komen te vervallen. De transitievergoeding en daarmee ook de overbruggingsregeling transitievergoeding zijn een gevolg van het ontslag en kunnen niet aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden getoetst.

Zoals net is medegedeeld, kan de jurist erachter komen dat de werkgever niet voldoet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Voordat een procedure gestart kan worden, moet de jurist nog wel de werkgever aanschrijven met daarin een gemotiveerd verzoek om alsnog de volledige transitievergoeding te voldoen. Als de jurist dit niet doet, weet hij ook niet wat de argumenten van de werkgever zijn om de lagere transitievergoeding uit te betalen. Als de jurist gelijk een procedure start, is de kans groot dat

de werkgever tijdens de procedure met allerlei argumenten komt waar de jurist niet op voorbereid is. Er is dan een kleinere kans dat de volledige transitievergoeding voor de werknemer wordt toegewezen, omdat de argumenten van de werkgever niet weerlegt kunnen worden.

Als de jurist de werkgever al heeft aangeschreven en hij gemotiveerd aangeeft waarom hij niet de volledige transitievergoeding wil betalen, is er een grotere kans dat tijdens de procedure dat de volledige transitievergoeding toegewezen wordt. Zeker als de argumenten van de werkgever gemotiveerd weerlegt kunnen worden.

Uit de stukken die bij het rechtsbijstandsverzoek zitten, kan blijken dat de werkgever al een verklaring om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft aangevraagd of heeft gekregen. Deze verklaringen worden toegewezen of afgewezen door het UWV. Het UWV speelt dan ook een grote rol bij de overbruggingsregeling transitievergoeding. Als de werkgever namelijk tegelijk met de ontslagaanvraag een verzoek doet om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding, toetst het UWV de jaarcijfers van de werkgever. Als het UWV al tot de conclusie is gekomen dat de werkgever niet voldoet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, dan kan dit als argument gebruikt worden om de volledige transitievergoeding te verkrijgen voor de werknemer. Een afwijzing van het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding kan dan ook de redelijke kans van slagen verhogen. De jurist moet er echter wel op bedacht zijn dat rechters vol aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding toetsen en tot een andere conclusie kunnen komen dan het UWV.

Zoals gezegd toetsen rechters vol aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding. Als de werkgever of werknemer een beroep doet op de regeling zal de rechter zelf alle jaarstukken bekijken en luisteren naar het verhaal van partijen. Uit jurisprudentie is gebleken dat er een aantal argumenten is waarvan het aannemelijk is dat ook in de toekomst werkgevers daar een beroep op doen om de lagere transitievergoeding te betalen. In bijlage VIII is een argumentenlijst opgenomen waar de belangrijkste argumenten die door werkgevers gebruikt zijn, weerlegt worden. Het gaat voornamelijk om de argumenten dat in de arbeidsovereenkomst een afvloeiingsregeling is opgenomen, de jaarcijfers op een alternatieve manier vastgesteld moeten worden of anders gelezen moeten worden en dat er door de werkgever een beroep wordt gedaan op de redelijkheid en billijkheid. Uit het jurisprudentieonderzoek is ook gebleken dat er vaak niet getwijfeld wordt aan de jaarcijfers zoals deze worden aangeleverd door de werkgever. Indien de jurist er echter achter kan komen dat er door de werkgever bepaalde constructies zijn gemaakt om te kunnen voldoen aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding kan hier een geslaagd beroep op gedaan worden. Rechters accepteren dit namelijk niet, waardoor er een redelijke kans van slagen is dat de volledige transitievergoeding wordt toegewezen.

Kortom, als de jurist erachter komt dat de werkgever heeft voldaan aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding, mag hij de lagere transitievergoeding betalen aan de werknemer. De jurist moet dan een niet-haalbaarheidsstandpunt innemen. Als de jurist er echter achter komt dat niet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding is voldaan en dit beargumenteerd kan verwoorden richting de werkgever, het UWV of in een gerechtelijke procedure, is er een redelijke kans van slagen dat de werknemer/cliënt de volledige transitievergoeding krijgt.

6.2 Aanbevelingen

Dit onderzoek heeft geleid tot verschillende kleine aanbevelingen. Met deze aanbevelingen kan nog beter een verzoek om rechtsbijstand beoordeeld worden op een redelijke kans van slagen.

Ten eerste is het van belang om te weten dat men drie maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst de tijd heeft om een verzoekschrift in te dienen teneinde de volledige transitievergoeding te krijgen. Gebeurt het indienen van het verzoek niet binnen drie maanden, dan wordt de werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. In het geval dat de werkgever een afwijzing heeft gekregen van het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding of geen verklaring heeft aangevraagd, kan ervoor gekozen worden om op de laatste dag van de indieningstermijn het verzoekschrift in te dienen. De werkgever heeft dan, zo blijkt uit jurisprudentie, geen kans meer om een tegenverzoek (het gebruikmaken van de overbruggingsregeling transitievergoeding) meer in te dienen. Daarmee wordt de kans vergroot dat de werknemer de volledige transitievergoeding toegewezen krijgt.

Daarnaast is het van belang dat men wacht met het beoordelen van het verzoek tot rechtsbijstand tot alle financiële jaarstukken aanwezig zijn. De jurist kan namelijk geen brief schrijven naar de werkgever of geen procedure starten als hij nog niet weet of de werkgever wel of niet aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding heeft voldaan. Op het moment dat alle jaarstukken binnen zijn, kan de jurist deze beoordelen en tot een gemotiveerd verweer komen. Daarnaast is het hebben van de stukken ook beter voor de onderhandelingspositie van de cliënt. Er kan dan nog gekeken worden of het ontslag kan worden afgewend of met wederzijds goedvinden uit elkaar kan worden gegaan. In het geval de werkgever geen verklaring heeft aangevraagd bij het UWV om gebruik te maken van de overbruggingsregeling transitievergoeding en de jurist denkt dat de werkgever geen recht heeft op de lagere transitievergoeding, kan de cliënt of de jurist zelf de verklaring bij het UWV aanvragen. Er wordt dan een verzoek gedaan bij het UWV om de financiële jaarstukken te beoordelen. Als het goed is moet het UWV tot de conclusie komen dat niet voldaan is aan de voorwaarden en wordt de verklaring afgewezen. Dit kan als extra argument voor de werkgever gebruikt worden om de volledige transitievergoeding te krijgen. Let wel, dit kan alleen gedaan worden tijdens het verweer op de ontslagaanvraag en de jurist moet rekening houden met de termijn van drie maanden die geldt voor het indienen van een verzoekschrift.

Bovendien is het van belang om de jaarstukken aandachtig door te lezen en ieder boekjaar met elkaar te vergelijken. Het is vrij snel te zien of aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling is voldaan, maar men moet goed kijken of de werkgever geen 'trucjes' heeft bedacht om aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding te voldoen. Dit mag een werkgever namelijk niet doen. Bij de winst- en verliesrekening van ieder boekjaar moet gekeken worden of er geen constructies zijn bedacht of bepaalde posten zijn overgezet om aan de voorwaarden te voldoen. Daarnaast zal een beroep op alleen een constructie niet slagen, maar moet het verzoek om de volledige transitievergoeding te krijgen gemotiveerd worden met andere argumenten waarom geen beroep kan worden gedaan op de overbruggingsregeling transitievergoeding. Dit verhoogt de kans van slagen van een procedure.

Tot slot moet DAS er rekening mee houden dat de voorwaarden van de overbruggingsregeling transitievergoeding nog gewijzigd kunnen worden. Nu moet nog naar drie boekjaren afzonderlijk worden gekeken. Er is echter sprake van dat in de toekomst naar het gemiddelde van de drie boekjaren gekeken moet worden.

Literatuurlijst

Artikelen en handboeken

Albers 2013

C.L.G.F.H. Albers, 'Bestuursrecht begrepen', Boom juridische uitgevers: Den Haag 2013.

Barentsen & Duk, *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2015/67

B. Barentsen & R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de Wwz. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2015, afl. 67

Dekker, *ArbeidsRecht* 2015/33

F.M. Dekker, 'De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *ArbeidsRecht* 2015, afl. 33.

Enthoven 2014

P.W. Enthoven, 'Winst en jaarrekening begrepen', Boom juridische uitgevers: Den Haag 2014.

Knipschild e.a. 2016

E. Knipschild e.a., Wet werk en zekerheid geconsolideerde wettekst van Boek 7, Titel 10, voorzien van overgangsrecht en lagere regelgeving, Den Haag: SDU 2016.

Kruit, *ArbeidsRecht* 2016/35

P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz', *ArbeidsRecht* 2016, afl. 35.

Kruit, *De arbeidsovereenkomst* 2016

P. Kruit, 'Artikel 673d. Overbruggingsregeling transitievergoeding kleine mkb-er', *De Arbeidsovereenkomst*, artikelsgewijs commentaar, 2016.

Van Schaaijk, 2011

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

Sloten e.a., *Handboek Nieuw ontslagrecht* 2015

J.M. van Slooten e.a., *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Wegener, *ArbeidsRecht* 2014/54

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

Elektronische bronnen

Aanvragen ontslagvergunning bij bedrijfseconomische redenen deel A, B, en C, www.uwv.nl (zoek op *aanvragen ontslagvergunning bij bedrijfseconomische redenen deel A, B of C*).

Algemene voorwaarden, www.das.nl (zoek op *polisvoorwaarden*, ga naar *Polisvoorwaarden DAS verzekeringen*).

Handleiding aanvraag ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen, www.uwv.nl, (zoek op *aanvragen ontslagvergunning bij bedrijfseconomische redenen*).

Klachtenregeling DAS, <https://www.das.nl/over-das/klachtenregeling>.

Tweede voortgangsbrief Wwz, www.rijksoverheid.nl, (zoek op *Tweede voortgangsbrief Wwz*).

Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, www.uvw.nl, (zoek op *Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen*).