Herziening ontslagrecht: geen onverdeeld genoegen

De Wet werk en zekerheid leidt ertoe dat met ingang van 1 januari 2015 reeds wijzigingen in het arbeidsrecht zijn ingevoerd die ten doel hebben de bescherming van zogenoemde flexwerkers – werknemers met tijdelijke contracten, oproepkrachten, uitzendkrachten – te verbeteren, alsmede dat met ingang van 1 juli 2015 het ontslagrecht wordt herzien. Ook wordt een 'modernisering' van de Werkloosheidswet doorgevoerd. In dit artikel bespreek ik de belangrijkste wijzigingen, met bijzondere aandacht voor de positie van de werkgever.

Joop van Zijl
Mr. J.P.M. van Zijl is advocaat te Tilburg

Een waarschuwing vooraf is geboden: in het kader van dit artikel is het niet mogelijk om alle onderdelen van de wet te bespreken. Ook uitwerkingen, uitzonderingen en nuanceringen blijven noodzakelijkerwijs geheel of ten dele onbelicht. Voor meer informatie wordt de lezer verwezen naar de website www.herziening-ontslagrecht.nl. Op die site worden ook de nadere uitwerkingen van de wet in lagere regelgeving, waarvan een belangrijk deel nog moet komen, bijgehouden.

Voorgeschiedenis

Reeds decennia lang wordt kritiek uitgeoefend op het ontslagrecht. Diverse pogingen om het ontslagrecht te herzien zijn in het verleden gestrand. Vanuit dat perspectief bezien is het een prestatie van formaat dat het wetsvoorstel dat op 29 november 2013 bij de Tweede Kamer werd ingediend, reeds op 14 juni 2014 in het Staatsblad belandde. Daaraan vooraf ging een regeerakkoord van 29 oktober 2012 waarin de coalitiepartijen VVD en PvdA afspraken de werking van de arbeidsmarkt te zullen verbeteren, zodat oudere werknemers meer kans zouden hebben op een baan en flexwerkers beter zouden worden beschermd. Daartoe zou met name een herziening van het ontslagrecht worden doorgevoerd. Vanwege met name de kwetsbaarheid van de coalitiepartijen voor kritiek vanaf de politieke flanken, was het dringend gewenst dat de regering zich voor de herziening van het ontslagrecht zou kunnen beroepen op een breed maatschappelijk draagvlak voor de gekozen maatregelen.

Dat draagvlak kreeg de regering door op 11 april 2013 een sociaal akkoord te sluiten met de vakbonden en werkgeversorganisaties. De prijs die ze daarvoor moest betalen, was dat in het regeerakkoord belangrijke wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke plan moesten worden aangebracht. Vervolgens voorzag de regering zich van de vereiste meerderheid in de Eerste Kamer door het wetsontwerp deel te laten uitmaken van het akkoord over de begroting van het jaar 2014. De prijs die D66, van oudsher een groot voorstander van herziening van de arbeidsmarkt, voor het sluiten van dit akkoord vroeg, was dat de voorgenomen maatregelen een half jaar eerder zouden worden ingevoerd dan oorspronkelijk was gepland. Het eerste deel van de

> Tijd voor reflectie en voor het verwerken van opbouwende kritiek is er nauwelijks geweest. Het wetsvoorstel draagt daarvan de sporen

wetswijziging zou daarmee al op 1 juli 2014 moeten worden ingevoerd. Dit verklaart ook de grote haast die de regering had met de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede en Eerste Kamer. Tijd voor reflectie en voor het verwerken van opbouwende kritiek van buitenaf – zo daar politiek überhaupt al ruimte voor was – is er daardoor nauwelijks geweest. Het wetsvoorstel draagt daarvan de sporen. Omdat het uiteindelijk pas medio juni 2014 in de Eerste Kamer werd aangenomen, is uiteindelijk toch besloten om het eerste deel van de wetswijziging niet al per 1 juli 2014, maar per 1 januari 2015 in te voeren.

Bescherming van flexwerkers

In de huidige situatie op de arbeidsmarkt zijn er veel werknemers die werken op basis van tijdelijke contracten, die een oproepcontract hebben of die uitzendkracht zijn en die er in de praktijk maar heel moeilijk of niet in slagen om een vast arbeidscontract te verwerven, terwijl dat vaste arbeidscontract vaak van belang is om bijvoorbeeld een huis te kunnen kopen of zelfs maar om een huis te huren. Door de bescherming van de flexwerkers te verhogen en het ontslagrecht te versoepelen, hoopt de regering werkgevers ertoe te bewegen werknemers die niet langer werkzaam kunnen zijn op basis van een 'flexcontract', een vast contract aan te bieden. Om te komen tot betere bescherming van de flexwerkers zijn onder meer de volgende maatregelen genomen.

Verlenging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (ketenregeling)

De regeling die aangeeft binnen welke kaders verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk is – de zogenoemde ketenregeling – houdt thans in dat maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten in maximaal 36 maanden (drie jaar) en dat een nieuwe keten van drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd pas weer mogelijk is als na het einde van het laatste arbeidscontract voor bepaalde tijd meer dan drie maanden zijn verstreken waarin de werknemer niet in dienst is geweest en ook niet op andere wijze voor de werkgever heeft gewerkt. Deze ketenregeling wordt aldus aangepast dat nog steeds maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mogelijk zijn, maar nu in maximaal 24 maanden (twee jaar) en dat een nieuwe keten van drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd pas weer mogelijk is als na het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meer dan zes maanden zijn verstreken.

Met name het feit dat een tussenpoos van meer dan zes maanden nodig is om na drie voorgaande arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een nieuwe keten van drie arbeidsovereenkomsten te kunnen laten aanvangen, zal werkgevers, en vooral zij die veel gebruikmaken van seizoenarbeiders, in de praktijk voor moeilijkheden kunnen plaatsen. Hoewel behorend tot de maatregelen die de flexwerkers beter moeten beschermen, is deze wijziging niet reeds per 1 januari 2015 in werking getreden, maar gebeurt dat pas per 1 juli 2015. Op alle arbeidsovereenkomsten die op 1 juli 2015 reeds bestaan, is overigens de oude ketenregeling nog van toepassing. De nieuwe ketenregeling wordt pas van toepassing indien en zodra op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan.

> Te vrezen valt dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een bron van narigheid voor werkgevers zal worden

Proeftijd

Met ingang van 1 januari 2015 kan in een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor de duur van zes maanden of korter geen rechtsgeldig proeftijdbeding meer worden opgenomen.

Concurrentiebeding

Eveneens met ingang van 1 januari 2015 wordt de mogelijkheid beperkt om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding op te nemen, en wel zodanig dat dit alleen nog rechtsgeldig mogelijk is als sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang van de werkgever dat bovendien schriftelijk in de arbeidsovereenkomst is vastgelegd. Werknemers die na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden geconfronteerd met beperking van de vrijheid van arbeidskeuze als gevolg van een concurrentiebeding, kunnen daardoor steeds betwisten dat sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang. Als ze dit succesvol doen, zijn ze niet aan het concurrentiebeding gebonden. Te vrezen valt daarom dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een bron van narigheid voor werkgevers zal worden.

Aanzegging

Iedere arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor de duur van zes maanden of langer en die op of na 1 februari 2015 eindigt, moet voortaan door de werkgever worden 'aangezegd'. Deze aanzegging houdt in dat de werkgever de werknemer uiterlijk een maand voor de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, schriftelijk moet mededelen of hij de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de overeengekomen duur al dan niet wil voortzetten en zo ja, onder welke voorwaarden dat zal kunnen plaatsvinden. Deze aanzegging moet de werknemer in staat stellen tijdig duidelijkheid te verkrijgen over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, met het oog op het

eventueel zoeken van ander werk. De werkgever die de schriftelijke aanzegging ten onrechte achterwege laat, is de werknemer een vergoeding verschuldigd ter grootte van het loon over een maand (naar evenredigheid wanneer de aanzegging te laat is gedaan). De werknemer dient de vergoeding binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst op te eisen door het indienen van een verzoekschrift bij de kantonrechter, bij gebreke waarvan zijn vorderingsrecht vervalt.

Herziening ontslagrecht

Het huidige ontslagrecht geeft de werkgever die de arbeidsovereenkomst met de werknemer wenst te beëindigen en daarover geen overeenstemming met hem kan bereiken, de mogelijkheid om te kiezen uit twee procedures: ofwel opzegging van de arbeidsovereenkomst na verkregen ontslagvergunning van het UWV, ofwel ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter na een daartoe ingediend verzoek van de werkgever.

Bij de preventieve toetsing wordt nagegaan of voor het ontslag een redelijke grond bestaat

In het eerste geval toetst het UWV aan de hand van de feiten die in de procedure zijn komen vast te staan, of sprake is van een grond die volgens het Ontslagbesluit kan leiden tot het verlenen van een ontslagvergunning. Na opzegging op basis van de verleende ontslagvergunning heeft de werknemer in beginsel geen recht op een ontslagvergoeding. Is hij van mening dat hem toch een ontslagvergoeding toekomt, dan moet hij in een afzonderlijke procedure bij de kantonrechter stellen en bewijzen dat het ontslag zonder vergoeding kennelijk onredelijk – dat is: meer dan gewoon onredelijk – is. De lat ligt daarbij voor de werknemer dus erg hoog. De ontslagvergoeding waarop hij vervolgens recht krijgt, is op voorhand niet duidelijk en doorgaans aan de lage kant. De procedure is daarmee voor de werknemer onaantrekkelijk, waarbij nog komt dat ze de nodige tijd in beslag kan nemen en dat ook nog hoger beroep en cassatie mogelijk zijn.
Kiest de werkgever daarentegen voor de procedure bij de kantonrechter, dan loopt de zaak heel anders. De toetsing van de gronden van het ontslag is veel minder stringent, al was het maar omdat de kantonrechter daarbij veel meer vrijheid heeft. Een ontslag kan daardoor veel gemakkelijker worden gerealiseerd. Daar staat tegenover dat de kantonrechter als regel wel een ontslagvergoeding aan de werknemer toekent, waarbij de zogenoemde kantonrechtersformule vooraf ook enige duidelijkheid schept over de omvang van de vergoeding waarop de werknemer waarschijnlijk aanspraak zou kunnen maken. De procedure neemt doorgaans maar twee maanden in beslag en hoger beroep en cassatie is in beginsel uitgesloten.
Het feit dat de werkgever de keuze heeft uit twee heel verschillende procedures, die voor de werknemer heel verschillende uitkomsten tot gevolg kunnen hebben, met name voor de vraag of een ontslagvergoeding moet worden betaald, is reden geweest om het ontslagrecht op dit punt te herzien. Werkgevers hebben voortaan geen keuze meer tussen een procedure bij het UWV en die bij de kantonrechter. Beide procedures blijven bestaan, maar de keuze is afhankelijk van de door de werkgever gekozen grond voor het ontslag.

Preventieve toetsing

Ook in het nieuwe ontslagrecht blijft het zo dat de werkgever eerst een procedure moet voeren om de grond van het ontslag te laten toetsen alvorens tot het geven van ontslag kan worden overgegaan. Net als onder het huidige recht geldt dat dit natuurlijk niet hoeft in het geval van ontslag tijdens de proeftijd of ontslag op staande voet wegens een dringende reden.
Bij deze preventieve toetsing wordt nagegaan of voor het ontslag een redelijke grond bestaat. Wat een redelijke grond is, wordt in de wet beschreven. Daarnaast wordt bij de preventieve toetsing nagegaan of de werknemer mogelijk in aanmerking komt voor herplaatsing in een andere functie. De mogelijkheid van scholing van de werknemer om aldus geschikt te worden voor een andere functie, moet daarbij steeds worden bezien.

Redelijke grond

Hoewel in de wet is geregeld welke gronden kunnen leiden tot opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst, moet een nadere uitwerking in lagere regelgeving nog volgen. Op zichzelf biedt de wettelijke regeling niets nieuws ten opzichte van hetgeen thans is geregeld voor de aanvraag van een ontslagvergunning. Nieuw is echter wel dat ook de kantonrechter veel strikter aan deze gronden wordt gebonden. Werkgevers die niet kunnen aantonen dat een redelijke grond voor het ontslag aanwezig is – bijvoorbeeld in geval van gesteld disfunctioneren dat door de werknemer wordt betwist en dat door de werkgever niet aan de hand van een schriftelijk ontslagdossier kan worden bewezen – dienen er rekening mee te houden dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal worden afgewezen.

Ontslagroute

Een procedure bij het UWV dient te worden gevolgd als sprake is van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en van ontslag wegens langer dan twee jaar durende arbeidsongeschiktheid. In alle andere gevallen dient bij de kantonrechter een verzoekschrift te worden ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Ontslagvergoeding

De ontslagvergoedingen worden verlaagd – in relatie tot de kantonrechtersformule – en in de wet geregeld. Ook worden ze onafhankelijk gemaakt van de leeftijd van de werknemer. Elke arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd en door de werkgever wordt opgezegd, dan wel op zijn verzoek door de kantonrechter wordt ontbonden, leidt tot de verplichting van de werkgever tot betaling van een ontslagvergoeding, transitievergoeding genaamd. Deze is ook verschuldigd als de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ten minste 24 maanden heeft geduurd en daarna door de werkgever niet wordt voortgezet. Te verwachten valt dat veel werkgevers om die reden ervoor zullen zorgen dat gezamenlijke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (net) geen 24 maanden zullen duren.

De hoogte van de transitievergoeding wordt berekend per volle periode van zes maanden dienstverband. Omgerekend naar volle dienstjaren bedraagt de transitievergoeding één derde maandsalaris per dienstjaar in de eerste tien jaar en een half maandsalaris per dienstjaar na de eerste tien jaar. Tot 2020 hebben werknemers van 50 jaar of ouder met meer dan tien dienstjaren echter recht op een heel maandsalaris per dienstjaar, maar dat recht geldt dan weer niet als ze in dienst zijn van een werkgever met minder dan 25 werknemers. Maximaal bedraagt de transitievergoeding € 75.000 of, als dat hoger is, een jaarsalaris. Voor kleine werkgevers, dat wil zeggen met minder dan 25 werknemers, die werknemers moeten ontslaan als gevolg van hun slechte financiële situatie, geldt tot 2020 dat alleen de dienstjaren vanaf 1 mei 2013 – ongeveer de datum van het sociaal plan – meetellen.

Zowel bij het vaststellen van het recht op de transitievergoeding (24 maanden) als bij de berekening van de hoogte ervan, geldt dat arbeidsovereenkomsten moeten worden samengeteld als ze worden onderbroken door een tussenpoos van zes maanden of minder. Dit leidt

> Te verwachten valt dat veel werkgevers ervoor zullen zorgen dat gezamenlijke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (net) geen 24 maanden zullen duren

met name tot problemen bij seizoenarbeiders. Op aandringen van de Tweede Kamer heeft de regering een overgangsmaatregel toegezegd. De maatregel die wordt getroffen biedt echter maar beperkt soelaas.
De transitievergoeding is enerzijds een standaard ontslagvergoeding die alle gevolgen van het ontslag beoogt te regelen. Alleen als sprake is van ernstige verwijtbaarheid bij de werkgever of bij de werknemer, kan een hogere ontslagvergoeding, respectievelijk geen ontslagvergoeding verschuldigd zijn. In het sociaal plan is beoogd dat van deze uitzondering slechts zeer spaarzaam gebruik zal mogen worden gemaakt; gesproken wordt over een 'muizengaatje'.
De transitievergoeding ontleent haar naam aan haar tweede doelstelling: het bevorderen van de overgang naar ander werk. Deze doelstelling is alleen af te lezen aan de mogelijkheid die de wet biedt om kosten die de werkgever heeft gemaakt om de inzetbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt te bevorderen, in mindering te brengen op de transitievergoeding. De uitwerking van deze mogelijkheid in lagere wetgeving is echter dusdanig dat daarvan in de praktijk maar zelden gebruik zal kunnen worden gemaakt. De werknemer moet namelijk vooraf uitdrukkelijk instemmen met de verrekening van de gemaakte kosten met de transitievergoeding. En voor zover het om opleidingskosten gaat, mogen alleen kosten in mindering worden gebracht als het om een opleiding gaat die geen relatie heeft met de functie van de werknemer bij de werkgever.

De werknemer moet vooraf uitdrukkelijk instemmen met de verrekening van de gemaakte kosten met de transitievergoeding

Beëindiging met wederzijds goedvinden
De beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden blijft natuurlijk ook onder het nieuwe recht mogelijk. Voortaan moet deze schriftelijk worden vastgelegd, hetgeen in de praktijk echter toch al vrijwel steeds gebeurde. Belangrijker is dan ook dat de werknemer na het sluiten van de overeenkomst twee weken bedenktijd heeft. Binnen deze periode kan hij zonder opgaaf van redenen terugkomen op de gesloten overeenkomst. Op deze bedenktijd moet in de beëindigingsovereenkomst worden gewezen, bij gebreke waarvan de bedenktijd drie weken bedraagt.
Te vrezen valt dat werknemers de bedenktijd zullen aangrijpen om nog in een tweede ronde met de werkgever te onderhandelen over de voorwaarden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Meer dan een tweede ronde zit er niet in, want als daarna opnieuw een beëindigingsovereenkomst is gesloten, heeft de werknemer de eerste zes maanden geen bedenktijd meer. De bedenktijd staat overigens niet in de weg aan de mogelijkheid van de werknemer om, ook na het verstrijken van de bedenktijd, de gesloten overeenkomst wegens dwaling te vernietigen als de werkgever zich er niet van heeft overtuigd dat de werknemer de consequenties van de beëindigingsovereenkomst overziet en aanvaardt.

Overgangsrecht
Er geldt geen overgangsrecht voor het recht op transitievergoeding in geval van het eindigen na 1 juli 2015 van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die vóór 1 juli 2015 is aangegaan. De transitievergoeding is dan zonder meer verschuldigd. Maar voor alle ontslagprocedures bij het UWV en bij de kantonrechter die vóór 1 juli 2015 zijn gestart, geldt dat het oude recht daar nog op van toepassing is, ook voor wat betreft het recht op ontslagvergoeding.

Conclusie

De herziening van het ontslagrecht leidt tot beperktere mogelijkheden van werkgevers om gebruik te maken van flexwerkers. Tegelijkertijd wordt de ontslagbescherming van medewerkers met een vast contract niet versoepeld, maar juist versterkt: minder vaak ontslag door verplichte toetsing aan de redelijke grond; na 24 maanden vrijwel steeds recht op een transitievergoeding en waarschijnlijk meer als de werkgever er niet in slaagt de toetsing aan de redelijke grond te doorstaan. Te vrezen valt dan ook dat werkgevers er juist niet toe zullen overgaan om flexwerkers een vast contract aan te bieden. Uitzendkrachten en zzp'ers zouden degenen kunnen zijn van wie werkgevers dan eerder gebruik zouden willen maken. Tegelijkertijd worden momenteel echter diverse wettelijke maatregelen getroffen om te voorkomen dat werknemers worden gedwongen tot schijnzelfstandigheid. <<<