
Juridisch up to Date

2014-0007 - Juridisch up to Date 2014-01 d.d. 09-01-2014

Rubriek: Sociaal recht

Het nieuwe ontslagrecht: toekomst of werkelijkheid?

Inleiding

Al jaren wordt gesproken over een wijziging van het huidige ontslagrecht in Nederland. In het jaar 2000 doet de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (ADO) voorstellen om de preventieve ontslagtoets ex artikel 6 BBA af te schaffen en te volstaan met een repressieve toets. Deze voorstellen sterven uiteindelijk een stille dood, waarna pas weer in 2007 een nieuwe poging (door o.a. de Commissie Arbeidsparticipatie) wordt gedaan. Directe aanleiding vormt dan de toenemende onvrede die er heerst over de hoogte van ontslagvergoedingen. Uiteindelijk leidt dit begin 2009 tot indiening van het wetsvoorstel limitering van de hoogte van de ontslagvergoeding. Dit wetsvoorstel wordt uiteindelijk controversieel verklaard op 11 maart 2010. Op 29 november 2013 dient minister Asscher van Sociale Zaken & Werkgelegenheid het wetsvoorstel Werk en zekerheid in bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel vloeit voort uit het sociaal akkoord dat kabinet en sociale partners in april van dit jaar sloten. Voorgesteld wordt om het duale ontslagstelsel nog steeds te handhaven. Wel worden tal van maatregelen voorgesteld met als doel om het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker te maken en de rechtspositie van flexwerkers verder te versterken. Aan de belangrijkste voorgenomen maatregelen wordt in dit artikel aandacht besteed.

Tijdelijke contracten

Op dit moment is het zo dat in twee gevallen een reeks van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Allereerst is dat het geval op het moment dat sinds de begindatum van de eerste arbeidsovereenkomst, met inbegrip van eventuele onderbrekingen van niet meer dan drie maanden, meer dan 36 maanden zijn verstreken. Daarnaast geldt dat een vierde arbeidsovereenkomst van een reeks per definitie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Voorgesteld wordt om de etenregeling als volgt aan te passen. De tussenpoos waarbinnen contracten als opvolgend worden gezien, wordt verlengd van 3 naar 6 maanden. Hiervan kan niet bij CAO worden afgeweken. De maximumtermijn van de ketenbepaling wordt verder teruggebracht van 3 jaar naar 2 jaar. Dit betekent dat in de nieuwe situatie nog steeds drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mogen worden aangegaan, maar na afloop van twee jaar of bij het aangaan van een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij CAO kan dan nog wel van de maximale duur van 24 maanden en het maximale aantal contracten van 3 onder bepaalde voorwaarden worden afgeweken. Als het wetsvoorstel uiteindelijk wordt aangenomen zullen deze wijzigingen in werking treden met ingang van 1 juli 2014 en gelden voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die op of na 1 juli 2014 zijn aangegaan. Het nieuwe recht geldt tevens voor de tussenpoos die voorafgaat aan de arbeidsovereenkomst die na 1 juli 2014 is gesloten. De keten is pas doorbroken als de tussenpoos die ligt tussen de op of na 1 juli aangegane arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst die daaraan voorafging, langer is dan 6 maanden. Voor tussenpozen tussen eerdere arbeidsovereenkomsten blijft gelden dat de keten doorbroken is bij een tussenpoos van langer dan 3 maanden. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 1 juli 2014 nog niet de periode van 24 maanden is gepasseerd, maar dit wel tijdens de duur van deze arbeidsovereenkomst gebeurt, dan blijft het oude artikel 7:668a BW van toepassing op die arbeidsovereenkomst.

Aanzegtermijn

De regering stelt voor om bij afloop van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van 6 maanden of langer een wettelijke aanzegtermijn van 1 maand op te nemen. Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst dient de werknemer immers op zoek te gaan naar een nieuwe baan. Om de werknemer tijdig duidelijkheid te bieden dient de werkgever de werknemer dus uiterlijk 1 maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Dit geldt ook voor eventuele opvolgende arbeidsovereenkomsten. De aanzegplicht is wel beperkt tot arbeidsovereenkomsten van 6 maanden of langer. De aanzegtermijn geldt niet voor een arbeidsovereenkomst die eindigt op een tijdstip dat niet op een kalendermaand is gesteld, bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst voor de duur van een project. Ook geldt de

aanzegtermijn niet in geval van een uitzendovereenkomst waarin een uitzendbeding zoals bedoeld in artikel 7:691 lid 2 BW is opgenomen. Bij niet-naleving van deze verplichting is de werkgever aan de werknemer een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon voor een maand.

Proeftijd

In het wetsvoorstel is een proeftijd niet toegestaan bij een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor ten hoogste 6 maanden. Het is dus aan de werkgever om een afweging te maken om een contract voor ten hoogste 6 maanden aan te bieden zonder proeftijd of een contract langer dan een half jaar aan te bieden, maar dan wel met een proeftijd. De bedoeling is dat deze regeling zal bijdragen tot een beperktere inzet van kortdurende contracten.

Concurrentiebeding

Het uitgangspunt is dat een concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt verboden. De regering is namelijk van mening dat het belang van de werkgever bij een concurrentiebeding in een dergelijk geval in beginsel niet opweegt tegen het belang van de werknemer. Er wordt alleen een uitzondering op deze hoofdregel gecreëerd voor die gevallen waarin de werkgever gemotiveerd in de arbeidsovereenkomst aangeeft welke zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding vereisen. Dit noopt de werkgever tot een concrete afweging en zou lichtvaardig gebruik van het beding moeten voorkomen. Zonder motivering is het beding nietig. Wanneer er wel een motivering is opgenomen, maar de werknemer van mening is dat er niet of niet meer sprake is van zodanig zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen dat die een concurrentiebeding noodzakelijk maken, kan hij dit voorleggen aan de rechter. Die kan het beding vervolgens vernietigen indien hij meent dat de motivering de noodzaak voor een concurrentiebeding onvoldoende onderbouwt.

Nieuwe inrichting van het ontslagrecht

Ontslagen die verband houden met bedrijfseconomische redenen of die verband houden met langdurige arbeidsongeschiktheid zullen voortaan vooraf worden getoetst door het UWV. Op grond van de bestaande regels moet het dan gaan om een structureel verval van arbeidsplaatsen. Bovendien moeten mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer op een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, ontbreken. Ook zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de beslissing die aan het verval van arbeidsplaatsen ten grondslag ligt, noodzakelijk is in het belang van een doelmatige bedrijfsvoering. Net als nu het geval is, moet er wel ruimte zijn voor de werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is.

Voorgenomen ontslagen vanwege vermeend disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, andere in de persoon van de werknemer gelegen redenen of vanwege een verstoorde arbeidsverhouding zullen voortaan worden getoetst door de kantonrechter.

In de wet wordt aangegeven in welke gevallen, bij een redelijke grond voor ontslag, ondanks het bestaan van een opzegverbod de kantonrechter de arbeidsovereenkomst toch kan ontbinden. Dat is, net als nu, het geval als het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het opzegverbod. Daar is één uitzondering op mogelijk, namelijk als de rechter meent dat het juist in het belang van de werknemer is om de arbeidsovereenkomst toch te ontbinden. Alleen als er sprake is van een zogenoemd tijdens opzegverbod (zie artikel 7:670, eerste tot en met vierde lid en het tiende lid) en de omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Indien er een opzegverbod van toepassing is wegens een bepaalde omstandigheid of indien er sprake is van een discriminatoir ontslag, kan de rechter de arbeidsovereenkomst niet ontbinden. De rechter zal de arbeidsovereenkomst ook niet kunnen ontbinden als er sprake is van een opzegverbod en de achtergrond van het verzoek bedrijfseconomisch of bedrijfsorganisatorisch van aard is. De reden hiervoor is dat in de wet is aangegeven wanneer een arbeidsovereenkomst ondanks het bestaan van een opzegverbod ingeval van een ontslag om bedrijfseconomische of organisatorische redenen toch kan worden opgezegd, uiteraard na toestemming van UWV.

Een werkgever kan dus bij eenzelfde ontslaggrond dus niet langer kiezen tussen UWV of de kantonrechter. Na een afwijzing van het UWV kan nog wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden verzocht bij de kantonrechter. In het wetsvoorstel wordt verder voorzien in de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie tegen de uitspraak van de kantonrechter. In de huidige situatie is slechts in een beperkt aantal gevallen hoger beroep mogelijk tegen de ontbindingsbeschikking.

Afspiegelingsbeginsel

In het wetsvoorstel blijft het afspiegelingsbeginsel nog steeds het uitgangspunt voor de bepaling van

de ontslagkeuze. Bij een bedrijfseconomisch ontslag moeten de werknemers werkzaam in een uitwisselbare functie worden ingedeeld in vijf leeftijdscategorieën. Zij komen vervolgens naar de verhouding tussen die categorieën voor ontslag in aanmerking. Daarbij geldt dat de laatst binnengekomen werknemer binnen een leeftijdscategorie als eerste wordt ontslagen (last in, first out). Net als nu het geval is, zal de werkgever in specifieke situaties wel gemotiveerd kunnen afwijken van de toepassing van het beginsel. Dit zal aan de orde kunnen zijn als een werknemer beschikt over bijzondere kennis en bekwaamheden of in gevallen waar werknemers werkzaam zijn bij derden en vervanging niet mogelijk is. Tevens worden bijzondere regels voor de schoonmaaksector en de uitzendsector zoals thans het geval in respectievelijk bijlage A en B bij het Ontslagbesluit gehandhaafd. Deze regels zullen, net als nu het geval, worden vervat in een ministeriële regeling die in overleg met sociale partners zal worden opgesteld. Daarbij zal tevens worden bezien of de bestaande regels op onderdelen aanvulling of wijziging behoeven. De regering is verder met sociale partners van mening dat er ruimte moet zijn voor de werkgever om werknemers die bovengemiddeld presteren, of die naar zijn verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, buiten de toepassing van afspiegeling te houden. Om die reden zal in de hiervoor genoemde regeling aan de werkgever de mogelijkheid worden geboden om onder voorwaarden tot ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van de afspiegeling voor ontslag in aanmerking zouden komen van afspiegeling af te wijken. Werkgevers moeten wel aannemelijk maken dat andere werknemers dezelfde kansen hebben gehad als de werknemers die buiten de afspiegeling worden gehouden. Aldus zal de werkgever zich moeten verantwoorden over het door hem gevoerde scholingsbeleid van werknemers. Deze afwijking van 10% van het afspiegelingsbeginsel geldt niet voor de leeftijdscategorieën 15-25 en 55 jaar en ouder. Verder wordt voorzien in de mogelijkheid om bij CAO af te wijken van het afspiegelingsbeginsel. Wel wordt hieraan de voorwaarde verbonden dat als een werknemer bezwaar heeft tegen een voorgenomen ontslag, dat bezwaar wordt getoetst door een van de werkgever onafhankelijke commissie in een door de cao-partijen zelf ingestelde procedure in plaats van door UWV. Als de werkgever of werknemer het vervolgens niet eens is met een al dan niet verleende toestemming voor opzegging door de cao-commissie op grond van deze cao-criteria, kan de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken en de werknemer om herstel van de arbeidsovereenkomst. De rechter zal in dat geval toetsen aan de civielrechtelijk overeengekomen criteria.

Voor arbeidsgehandicapte werknemers zullen aparte regels worden gesteld. Zij kunnen op verzoek van de werkgever geheel of gedeeltelijk buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden gelaten als toepassing daarvan ertoe leidt dat een werkgever niet meer aan de afspraken kan voldoen om een bepaald percentage arbeidsgehandicapten in dienst te hebben. In de tweede plaats komen er aparte regels voor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij een werkgever. Hun bescherming tegen ontslag mag niet afwijken van die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever.

Opzegtermijnen

De wettelijke opzegtermijnen blijven onveranderd. Voor de werknemer betekent dit dus in beginsel een opzegtermijn van 1 maand. Voor de werkgever geldt een opzegtermijn van één tot vier maanden, afhankelijk van de lengte van het dienstverband (1 maand bij een dienstverband korter dan 5 jaar; 2 maanden bij een dienstverband van 5 tot 10 jaar; 3 maanden bij een dienstverband van 10 tot 15 jaar en 4 maanden bij een dienstverband van 15 jaar en langer). De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging wordt verkort met de duur van de totale periode gelegen tussen de datum waarop het volledige verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen en de dagtekening van de beslissing op het verzoek, met dien verstande dat de resterende termijn van opzegging ten minste één maand bedraagt.

Schriftelijke instemming van de werknemer

Werkgever en werknemer kunnen nog steeds een beëindigingsovereenkomst sluiten om de arbeidsovereenkomst te beëindigen met wederzijds goedvinden. Nieuw is dat de werknemer in dat geval zijn schriftelijke instemming met het ontslag binnen 14 dagen schriftelijk kan herroepen of de vaststellingsovereenkomst kan ontbinden, zonder opgave van redenen.

Transitievergoeding bij ontslag

Bij het eindigen van een arbeidsovereenkomst of het niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd als de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd. De vergoeding is over de eerste 10 jaar van de arbeidsovereenkomst gelijk aan 1/6 van het maandsalaris voor elke periode van 6 maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het maandsalaris over elke

daaropvolgende periode van 6 maanden. De transitievergoeding wordt gemaximeerd op een bedrag van ? 75.000 of op een bedrag gelijk aan ten hoogste het jaarsalaris van de werknemer als dat hoger is dan ? 75.000.

Voor werknemers die bij ontslag 50 jaar of ouder zijn geldt tot 1 januari 2020 een hogere berekeningsmaatstaf over de jaren dat zij na hun 50ste bij de werkgever in dienst zijn, onder voorwaarde dat zij ten minste 10 jaar in dienst zijn geweest bij die werkgever. Deze maatstaf bedraagt 1 maandsalaris per dienstjaar.

Onder maandsalaris wordt - naar analogie van de huidige kantonrechterformule - verstaan het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoelage, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, de werkgeversbijdrage in de zorgverzekeringspremie en incidentele en niet overeengekomen looncomponenten hiervan geen onderdeel uitmaken. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden verduidelijkt wanneer dat wel het geval kan zijn. Er is aldus beoogd aan te sluiten bij de looncomponenten die onderdeel (kunnen) uitmaken van het element 'beloning' uit de huidige kantonrechterformule en daarop gebaseerde rechtspraak.

De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd en geldt niet alleen voor werknemers met een contract voor onbepaalde tijd, maar ook voor werknemers met een tijdelijk contract dat op initiatief van de werkgever niet wordt verlengd. Voordat recht op een transitievergoeding ontstaat moet de arbeidsovereenkomst wel ten minste twee jaar hebben geduurd. Het recht op een transitievergoeding geldt ook als het eindigen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De transitievergoeding is niet verschuldigd als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Er wordt in de memorie van toelichting een concreet aantal voorbeelden gegeven van situaties waarin de transitievergoeding niet (of een lagere transitievergoeding) verschuldigd is. Zo wordt bijvoorbeeld genoemd de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat of de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op is.

Verder is geen transitievergoeding verschuldigd als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid twaalf uur of minder per week bedroeg. Verder worden maanden waarin de werknemer voor zijn achttiende verjaardag gemiddeld twaalf uur of minder per week arbeid heeft verricht, niet meegeteld voor de berekening van de omvang van de vergoeding. Ten slotte is de transitievergoeding niet verschuldigd als de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere of lagere overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, of als de arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet in verband met het bereiken van die leeftijd.

Voor zover dat bij algemene maatregel van bestuur (mede op basis van advies van de Stichting van de Arbeid) is bepaald, kunnen op de transitievergoeding kosten in mindering worden gebracht die verband houden met maatregelen gericht op het bevorderen van het vinden van een andere baan bij (dreigend) ontslag. Te denken is aan kosten voor scholing of outplacement, maar bijvoorbeeld ook aan een langere dan de wettelijke opzegtermijn zodat een werknemer langer in de gelegenheid is om vanuit zijn baan naar een andere baan om te zien. Daarnaast kunnen, voor zover in de algemene maatregel van bestuur is bepaald, op de vergoeding andere kosten in mindering worden gebracht die verband houden met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van werknemers en die eerder tijdens het dienstverband zijn gemaakt door de werkgever die ook de transitievergoeding verschuldigd is.

(Additionele) billijke vergoeding

In het wetsvoorstel is voorts opgenomen dat de kantonrechter aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Wijziging van de WW

De belangrijkste wijziging in de WW is dat de maximale duur van de WW wordt teruggebracht naar 24 maanden. Verder wordt de opbouw van de uitkeringsduur vertraagd, wordt er een

inkomensverrekening vanaf de eerste werkloosheidsdag geïntroduceerd en wordt het begrip passende arbeid aangescherpt. In aanvulling op de WW kunnen sociale partners verder via CAO-afspraken een aanvulling introduceren van maximaal 14 maanden. In de memorie van toelichting is voor de berekening van de duur van de WW uitkering een aantal voorbeelden uitgewerkt: een werknemer geboren in 1980 wordt werkloos in 2018. Hij heeft vanaf 1 januari 1998 voor 40 uur per week in loondienst gewerkt. Zijn WW-uitkeringsduur wordt als volgt berekend: (feitelijk arbeidsverleden van 1998 tot 2016 = 18 jaar) + (feitelijk arbeidsverleden van 2016 tot 2018 = 2 jaar) = totaal arbeidsverleden van 20 jaar. Het arbeidsverleden dat is opgebouwd voor 2016 telt mee voor 18 maanden. Het opgebouwde arbeidsverleden voor 2016 wordt namelijk gerespecteerd. Het arbeidsverleden dat is opgebouwd over de jaren 2016 tot 2018, leidt voor elk jaar tot een halve maand verlenging van de uitkering (2 x ½ maand). De maximale WW-duur voor deze werknemer komt daarmee uit op 19 maanden.

Wat voortaan als passende arbeid moet worden aangemerkt is verder uitgewerkt in de Richtlijn passende arbeid. Uitgangspunt van de richtlijn is dat naarmate iemand langer werkloos is, verwacht mag worden dat hij zich ruimer opstelt en zoekt naar arbeid op een lager niveau dan waarvoor hij zich door opleiding en/of werkervaring heeft gekwalificeerd. In de huidige situatie mag een WW-gerechtigde zich in de eerste zes maanden van werkloosheid richten op arbeid op hetzelfde niveau als de arbeid waaruit hij werkloos is geworden. Na zes maanden wordt ook arbeid waarvoor een lager opleidingsniveau is vereist als passend aangemerkt en na één jaar is alle arbeid passend. De aanpassing in het wetsvoorstel houdt in dat reeds na zes, in plaats van de huidige twaalf maanden, alle arbeid als passend wordt aangemerkt.

Fasering van de maatregelen

De voorgenomen wijzigingen in het arbeidsrecht ter versterking van de positie van flexwerkers zullen naar verwachting ingaan per 1 juli 2014. De hervorming van het ontslagrecht wordt van kracht per 1 juli 2015. De maatregelen rond de WW worden gefaseerd ingevoerd waarbij medio 2019 in alle gevallen de maximale duur van 24 maanden wordt bereikt.

Tenslotte

Jarenlang hing de afschaffing van de preventieve ontslagtoets in de lucht. Het resultaat is nu dat zowel de route naar het UWV als de kantonrechter blijft bestaan. De kantonrechttersformule maakt plaats voor de transitievergoeding waaraan een maximum van ? 75.000 of een jaarsalaris is verbonden. De ketenregeling verandert en maakt dat werknemers eerder een contract voor onbepaalde tijd zullen hebben. Werknemers kunnen binnen 14 dagen terugkomen op een eerder gegeven instemming met het ontslag. Hoger beroep tegen kantonrechteruitspraken wordt mogelijk. De WW duur wordt teruggebracht naar 24 maanden. Kortom, een groot aantal veranderingen met de komst van het nieuwe ontslagrecht. Of het wetsvoorstel uiteindelijk toekomst of werkelijkheid wordt, moet nog blijken.

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp- Van der Zwaard, Houthoff Buruma, Amsterdam

© Euroforum Uitgeverij BV NL