

TRA 2015/13

Aflevering TRA 2015, afl. 2

Publicatiedatum 19-01-2015

Auteur Mr. J.S. Engelsman & prof. mr. J.M. van Slooten ^[1]

Titel

Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!

Samenvatting

Het overgangsrecht van de WWZ beslaat maar enkele artikelen, maar heeft veel implicaties voor de praktijk. In het eerste deel bespreken wij het overgangsrecht behorende bij de versterking van de positie van flexwerkers (art. XXIIa-art. XXII d en art. XXIII WWZ). Het overgangsrecht behorende bij de ketenregeling (art. XXII e WWZ) en de hervorming van het ontslagrecht (art. XXII WWZ) staan in dit deel centraal. Aan bod komen vragen als: is het nog mogelijk een bepaaldetijdcontract aan te bieden zonder dat dit volgens het nieuwe recht converteert in een contract voor onbepaalde tijd? En: geldt na 1 juli 2015 het toepasselijk sociaal plan dat gebaseerd is op de kantonrechtersformule, de transitievergoeding of allebei?

Tekst

1. Inleiding

Op 1 januari zijn de eerste wijzigingen van de WWZ in werking getreden. Het afgelopen jaar is er het nodige gezegd en geschreven over de WWZ, maar hierbij is het overgangsrecht grotendeels onderbelicht gebleven. En dat is niet terecht. Het overgangsrecht is weliswaar naar zijn aard een tijdelijke maatregel, maar dit neemt niet weg dat er de komende periode veelvuldig een beroep op zal (kunnen) worden gedaan. Het is dus de hoogste tijd voor een nadere bespreking van het overgangsrecht. In dit tweede deel richten wij ons op het overgangsrecht behorende bij de wijzigingen die per 1 juli a.s. in werking zullen treden: de ketenregeling en het ontslagrecht. ^[2]

2. De ketenregeling (art. XXII e)

Het zal niemand ontgaan zijn dat de ketenregeling wordt aangescherpt onder de WWZ. Het toegestane aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten blijft drie, maar de periode waarbinnen deze overeenkomsten elkaar kunnen opvolgen wordt beperkt van drie naar twee jaar. De welbekende tussenpoos – de periode waarmee een keten kan worden doorbroken – wordt verlengd van drie naar zes maanden. Ook worden de mogelijkheden om bij cao af te wijken van de wettelijke ketenregeling aan banden gelegd.

Het overgangsrecht maakt onderscheid tussen het geval dat er wel een cao van toepassing is en in het geval dat dit niet zo is.

2.1 Cao van toepassing (art. XXII e lid 1)

Als op 30 juni 2015 een geldende cao van toepassing is waarin (i) de wettelijke ketenregeling van toepassing is verklaard; of (ii) daarvan is afgeweken, dan komt er uitgestelde werking toe aan art. 7:668a (nieuw) BW. In het eerste deel van ons artikel hebben we al opgemerkt dat deze uitgestelde werking afloopt op het moment dat de looptijd van de cao verstrijkt, maar uiterlijk op 1 juli 2016. ^[3] Voor de praktijk zijn er drie belangrijke aandachtspunten.

Ten eerste zal vanaf 1 juli 2016 art. 7:668a (nieuw) BW onmiddellijk van toepassing zijn op lopende individuele arbeidsovereenkomsten. ^[4] Een arbeidsovereenkomst die op dat moment de toegestane keten

van art. 7:668a (nieuw) BW al heeft overschreden, zal van rechtswege converteren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werkgevers kunnen dit op twee manieren voorkomen. Ten eerste door ervoor te zorgen dat alle ketens die de grenzen van art. 7:668a (nieuw) BW overschrijden, eindigen op uiterlijk de laatste dag waarop de cao geldt, dan wel 30 juni 2016. Ten tweede door ervoor te zorgen dat er op 1 juli 2016 (of eerder) een nieuwe cao geldt waarmee wordt afgeweken van art. 7:668a (nieuw) BW. Gelet op de beperktere afwijkingsmogelijkheden zal dit echter niet in veel gevallen mogelijk zijn.

Ten tweede is het oppassen geblazen als er op 1 juli 2016 een tussenpoos gaande is. De tussenpoosregeling van zes maanden zal immers ook op deze datum onmiddellijke werking krijgen. Als er na 1 juli 2016 een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een tussenpoos korter dan zes maanden, dan zal de keten dus niet doorbroken zijn geweest. Het maakt daarbij niet uit of de tussenpoos al gestart is voor 1 juli 2016. Stel dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer op 1 februari 2016 na een periode van 1,5 jaar van rechtswege zal eindigen. En stel dat op 1 augustus 2016 de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden zal krijgen. De tussenpoos is dan zes maanden en de keten is dus niet doorbroken (art. 7:668a lid 1 sub a (nieuw) BW eist dat er een tussenpoos is van *meer* dan zes maanden wil de keten doorbroken zijn). Wordt dezelfde werknemer echter op 1 juni 2016 een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden, dan is er een tussenpoos van vier maanden en is de keten wel doorbroken. Op 1 juni 2016 gold immers nog een tussenpoos van drie maanden, aangenomen dat er een cao geldt.

Het derde aandachtspunt ziet op individuele arbeidsovereenkomsten die tot stand zijn gekomen voor 1 juli 2015 en die van rechtswege zullen eindigen na 1 juli 2016, waarbij de maximale keten van art. 7:668a (nieuw) BW zal worden overschreden. Deze individuele arbeidsovereenkomsten zullen niet van rechtswege converteren in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.^[5] Ook niet als op de individuele arbeidsovereenkomsten een op 30 juni 2015 geldende cao van toepassing is.

2.2 Geen cao van toepassing (art. XXIIe lid 2)

Als er op 30 juni 2015 geen geldende cao van toepassing is, dan wordt art. 7:668a (nieuw) BW pas van toepassing op opvolgende arbeidsovereenkomsten die aangegaan worden vanaf 1 juli 2015 en maximaal zes maanden na de voorgaande arbeidsovereenkomst. Voor de praktijk zijn er vier relevante situaties:

2.2.1 Er is op 1 juli 2015 een opvolgende arbeidsovereenkomst, maar de keten heeft nog geen 24 maanden geduurd. De arbeidsovereenkomst eindigt voordat de duur van 24 maanden is overschreden.

Dit is eigenlijk de meest simpele situatie. Vanaf 1 juli 2015 wordt er simpelweg doorgeteld in de nieuwe keten van art. 7:668a (nieuw) BW. De tussenpozen voor 1 juli 2015 worden echter niet met terugwerkende kracht aan de nieuwe regels onderworpen; bij een tussenpoos van meer dan drie maanden is de keten doorbroken.

2.2.2 De keten heeft op 1 juli 2015 de duur van 24 maanden nog niet overschreden, maar gaat dat wel doen tijdens de looptijd van de op die datum lopende arbeidsovereenkomst.

De arbeidsovereenkomst zal van rechtswege eindigen en dus niet automatisch converteren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wetgever acht het redelijk en wenselijk dat partijen na afloop van deze arbeidsovereenkomst nog een keuzemoment hebben.^[6] Het is dus mogelijk dat er na 30 juni 2015 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voortduurt die een totale lengte heeft van 24 maanden of langer. Omdat de keten echter de maxima van art. 7:668a (nieuw) BW heeft overschreden, zal geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meer kunnen worden gesloten. Dit kan pas weer na een tussenpoos van meer dan zes maanden.

2.2.3 De keten heeft op 1 juli 2015 de duur van 24 maanden al wel overschreden.

Alhoewel de wetgever in de parlementaire stukken deze situatie niet expliciet heeft benoemd, volgt ons inziens uit de tekst van art. XXIIe lid 2 WWZ dat ook deze arbeidsovereenkomst nog van rechtswege eindigt. Werkgever en werknemer zullen geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meer kunnen sluiten. Dit kan pas weer na een tussenpoos van meer dan zes maanden.

2.2.4 Op 1 juli 2015 is er een tussenpoos gaande.

Vanaf 1 juli 2015 zal de tussenpoos van art. 7:668a (nieuw) BW van toepassing zijn. Dit betekent dat ook de maanden voorafgaand aan 1 juli 2015 meetellen voor de tussenpoos van zes maanden.

Kortom, het is raadzaam om inzichtelijk te maken hoe de ketens van arbeidsovereenkomsten en de daarbij behorende tussenpozen eruit zullen komen te zien op 30 juni 2015 (indien er geen cao van toepassing is) of op 1 juli 2016/de einddatum van de cao (indien er wel een cao van toepassing is).

3. Ontslagrecht (art. XXII)

Art. XXII WWZ behandelt een aantal verschillende overgangsrechtelijke regels met betrekking tot het ontslagrecht, zoals dat per 1 juli 2015 verandert. Een aantal daarvan is te specifiek om hier te behandelen ^[7] of betreft een voor de hand liggende regel. Tot die laatste categorie behoren de thans nog krachtens de gelijkebehandelingswetten geldende opzegverboden en de regels van de WMCO. ^[8] Deze blijven van toepassing indien de beëindiging van voor 1 juli 2015 dateert. Vergelijkbaar is de regel dat art. 108 Pensioenwet (bescherming van leden diverse pensioenfondsgorganen) van toepassing blijft indien het verzoek tot toestemming van de kantonrechter om te mogen opzeggen is gevraagd voor inwerkingtreding. Zoals bekend vervalt de mogelijkheid dit verzoek te doen. ^[9]

3.1 Procedures

Van meer belang is art. XXII lid 1 WWZ, dat beoogt te regelen dat het BBA en de huidige versie van afdeling 7.10.9 BW (het ontslagrecht) van toepassing blijven op opzeggingen, verzoeken daartoe en gedingen die zijn aangevangen voor 1 juli 2015. De bepaling is wat anders dan gebruikelijk geredigeerd nu zij niet inhoudt dat *uitsluitend* het oude ontslagrecht van toepassing is, en dus niet het nieuwe, maar dat zal wel bedoeld zijn. Op grond van deze bepaling dienen opzeggingen (dus inclusief ontslag op staande voet en proeftijd) en ontbindingen die onder het oude recht zijn gedaan, onder het oude recht afgehandeld te worden, inclusief de procesbepalingen. Dat betekent dat tegen een kennelijk onredelijke opzegging van voor 1 juli 2015 binnen zes maanden daarna middels een dagvaarding moet worden opgekomen en niet met een verzoekschrift. Dat betekent ook dat men een ontbrekend gegeven ontslag op staande voet van voor 1 juli 2015 buitengerechtelijk kan vernietigen en vervolgens een loonvordering kan instellen. De vervaltermijnen van art. 7:686a (nieuw) BW zijn hierop niet van toepassing.

Dat het ontslagrecht van toepassing blijft op opzeggingen, verzoeken daartoe en gedingen, geldt daarmee ook voor de bepalingen over de vergoeding. Een werkgever die vreest dat de transitievergoeding wel eens hoger kan zijn dan wat hij op grond van art. 7:681 BW zal moeten betalen, kan dus op 30 juni 2015 een verzoek om toestemming bij het UWV indienen. Indien de procedure zes weken duurt en de werkgever vervolgens nog eens acht weken neemt alvorens hij opzegt, kan een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dus pas dik in de tweede helft van 2015 aanvangen.

Voor alle beëindigingen vanaf 1 juli 2015 geldt uiteraard onverkort het nieuwe recht. Dat betekent dus ook dat een werkgever die juist wacht tot 1 juli 2015 met de indiening van het ontbindingsverzoekschrift daarmee de aanspraak op een vergoeding door de werknemer aanzienlijk kan verlagen. De wet biedt geen ruimte om dan nog 'een beetje' naar het oude recht te kijken, alleen omdat de werkgever heeft gewacht met indiening.

Er is een uitzondering op regel dat ontslagen die onder het oude recht plaatsvinden onder het oude recht moeten worden afgehandeld: art. XXII lid 1 WWZ regelt slechts opzeggingen en 'gedingen' waaronder ontbindingsprocedures moeten worden verstaan. ^[10] Indien er dus een dispuut is over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd onder het oude recht is geëindigd, is onzeker of dan het oude of het nieuwe procesrecht van toepassing is. Meer in het bijzonder is dan de vraag of een procedure daarover bij dagvaarding of verzoekschrift moet aanvangen. Wij menen het laatste. Eenzelfde vraag kan men stellen ten aanzien van de spijtoptantenregeling van art. 7:670b lid 2 en 671 lid 2 (nieuw) BW. Stel dat de beëindigingsovereenkomst op 30 juni 2015 wordt gesloten. Dan is de arbeidsovereenkomst onder het oude recht geëindigd. De mogelijkheid om binnen veertien dagen de overeenkomst te ontbinden, heeft echter per 1 juli 2015 onmiddellijke werking. De werknemer zal naar ons idee dan ook tot 13 juli 2015 de overeenkomst kunnen ontbinden zonder opgaaf van redenen. Mogelijk heeft de wetgever zich dit aspect niet gerealiseerd.

3.2 Vergoedingen

Het belangrijkste onderdeel is art. XXII lid 7 WWZ. Dat houdt een anticumulatiebepaling in en beoogt dus (middels een AMvB) te voorkomen dat de transitievergoeding verschuldigd is indien de werknemer wegens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst recht heeft op een vergoeding of voorziening, op grond van tussen de werkgever en de werknemer of verenigingen van werknemers voor 1 juli 2015 gemaakte afspraken. ^[11]

Deze bepaling doet allereerst beseffen dat er een vaak onbedoeld effect zal zijn: indien er bijvoorbeeld een ontslagvergoeding in de arbeidsovereenkomst of in het sociaal plan is afgesproken onder het oude recht en die houdt – begrijpelijkerwijs – geen rekening met het recht van de werknemer op een transitievergoeding, dan kan de werknemer ‘dubbel vangen’. ^[12] Het risico van dubbel vangen was er in sommige situaties ook al onder het oude recht, ^[13] maar dreigt hier op grotere schaal en met aanzienlijk minder kans op een billijkheidscorrectie door de rechter. Dit risico wordt dus door de wetgever onderkend, maar hoe het probleem wordt opgelost hangt nog af van een AMvB. In ieder geval is de tekst van art. XXII lid 7 WWZ zodanig dat niet alle gevallen van dubbel vangen zullen worden vermeden: frasen als “gedurende een bepaalde periode”, “bepaalde voorwaarden” en “geheel of gedeeltelijk” zijn niet erg geruststellend. Een conceptversie van de betreffende AMvB die wij inzagen (Besluit overgangsrecht transitievergoeding) ^[14] regelt dat de werknemer een keuzerecht heeft: hij krijgt alleen de transitievergoeding indien hij schriftelijk verklaart af te zien van de vergoedingen en voorzieningen die hij op grond van afspraken onder het oude recht had. De werkgever moet de werknemer schriftelijk informeren over de omvang van zijn rechten. Blijkt dat niet te kloppen, dan kan de werknemer zijn afstandverklaring herroepen. Indien de werknemer niet binnen twee weken na de informatie van de werkgever een keuze heeft gemaakt, bepaalt het AMvB dat hij geen recht heeft op een transitievergoeding. Hier is nog veel over te zeggen, maar omdat het niet zeker is dat deze versie ook in de Staatscourant verschijnt, zwijgen wij nog even. In ieder geval is opmerkelijk dat werknemers dus een individueel keuzerecht lijken te hebben. Een werkgever met een sociaal plan van voor 1 juli 2015 zal dus worden geconfronteerd met de *worst of two worlds*.

Daarbij komt dat vergoedingen die met de ondernemingsraad zijn afgesproken niet worden behandeld en dus zullen cumuleren met de transitievergoeding. Een reden daarvoor is niet gegeven en lijkt er ook niet te zijn. De bepaling spreekt verder over “afspraken”. Dat is toch eerder tekst voor een schoolklas met lastige pubers dan een onderdeel van het Burgerlijk Wetboek. Vallen hier ook toezeggingen onder? Door toevoeging van het woord “voorzieningen” beoogt de wetgever duidelijk te maken dat ook wachtgeld- of suppletiereregelingen mogen worden betrokken. ^[15] Helaas maakt die korte toelichting niet duidelijk in hoeverre ook gelijkwaardige voorzieningen als bedoeld in art. 673b lid 1 (nieuw) BW hieronder vallen. Daarbij kan gedacht worden aan voorzieningen in natura, ^[16] zoals outplacementbegeleiding en wellicht ook ontheffing van de plicht te werken onder doorbetaling van loon teneinde een andere baan te zoeken. Een andere vraag is wat er onder een “vergoeding wegens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst” moet worden verstaan. Is dat ook de vergoeding voor de vakantiedagen of de vrijval van aandelen en opties? Dat lijkt ons niet.

Het spreekt uiteraard voor zich dat men beter zelf een anticumulatiebepaling kan afspreken in een sociaal plan, zodat men niet afhankelijk is van wat er in het AMvB komt te staan. Men kan zich ook afvragen waarom de wetgever al die slagen om de arm houdt. Waarom niet gewoon opnemen: ‘de transitievergoeding wordt in mindering gebracht op hetgeen overigens ter zake van de beëindiging verschuldigd is’?

4. Afronding

Wij sluiten af met de volgende concluderende opmerkingen over het overgangsrecht.

1. Het overgangsrecht is beperkt van omvang en zit over het algemeen technisch goed in elkaar.
2. De bepalingen met eerbiedigende of uitgestelde werking – niet steeds is duidelijk waarom voor het één of het ander is gekozen – geven voldoende ruimte voor partijen om rekening te houden met het nieuwe recht.
3. Het cao-overgangsrecht duurt zolang dat partijen tegen de tijd dat het afloopt wellicht vergeten zijn dat er geen overgangsrecht op overgangsrecht is; hier gaan lelijke verrassingen ontstaan.
4. Het overgangsrecht dat op het ontslagrecht ziet is nog niet perfect omdat niet alle vormen van beëindiging worden bestreken.
5. Zorgelijk is het overgangsrecht ten aanzien van vergoedingen. Het is niet uitgesloten dat werknemers dubbel gaan vangen. Verder zal op grond van het concept AMvB het op solidariteit gebaseerde evenwicht in

een sociaal plan door calculerende werknemers worden verstoord, omdat iedere werknemer straks mag kiezen wat voor hem het beste is: vergoeding op basis van het sociaal plan op basis van oud recht of de transitievergoeding.

Voetnoten

- [1] Mr. J.S. Engelsman is advocaat te Amsterdam. Zij is gespecialiseerd in arbeidsrecht. Prof. mr. J.M. van Slooten is advocaat te Amsterdam. Hij is tevens hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA.
- [2] Wij gaan in dit artikel uit van het overgangsrecht van art. XII-art. XIII WWZ zoals dat luidt na de 5e Nota van Wijziging bij de reparatiewet (*Kamerstukken II* 2014/15, 33988, 21). De tekst is afgesloten per 15 november 2014. Op dat moment was de reparatiewet (Verzamelwet SZW 2015) aangenomen door de Tweede Kamer.
- [3] Waar in het vervolg 1 juli 2016 wordt genoemd, moet ook gelezen worden: 'of het moment waarop de cao afloopt'.
- [4] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 127-129 (MvT).
- [5] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 127-129 (MvT).
- [6] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 22 (MvT).
- [7] Het betreft verzoeken ex art. 8 lid 3 BBA en de WSW, zie art. XXII lid 2 en lid 6 WWZ.
- [8] Respectievelijk art. XXII lid 4 en lid 3WWZ.
- [9] Art. XXII lid 5 WWZ.
- [10] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 126-127 (MvT).
- [11] Tot voor kort stond dit nog als lid 6 bekend. Het kreeg bij Tweede Nota van Wijziging van de Reparatiewet weer een geheel nieuwe redactie.
- [12] Een dergelijk risico is er niet wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt met wederzijds goedvinden. Dan is immers geen transitievergoeding verschuldigd.
- [13] HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112 (*DCW/Blakborn*).
- [14] Te vinden op estibbe.com/nieuwontslagrecht.
- [15] *Kamerstukken II* 2014/15, 33988, 11, p. 10 (2^e NvW).
- [16] *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 24 (MvT).