

# Haastige speed...

## Inleiding bij het thema Wet arbeidsmarkt in balans

TRA 2018/69

Sinds ongeveer midden jaren '70 van de vorige eeuw is uit onderzoek bekend dat voetgangers over de hele wereld steeds sneller zijn gaan lopen. Dat geldt vooral voor bewoners van grote steden. Daarbij blijkt bovendien dat voetgangers in steden in rijke landen sneller lopen dan die in arme landen. Anders gezegd: de 'pace of life' (het levenstempo) ligt in economisch productieve landen hoger dan in minder productieve landen.<sup>1</sup>

Uit recenter onderzoek (uit 2007) dat naar dit onderwerp is gedaan, blijkt dat in de tien jaar daaraan voorafgaand het wandeltempo met gemiddeld 10% is opgeschroefd. Waar een voetganger in Malawi over (bijna) 20 meter (60 feet) 31,60 seconden deed, overbrugde een voetganger in Utrecht die afstand in 12,04 seconden.<sup>2</sup> Volgens de onderzoekers kan de toegenomen haast van mensen worden toegeschreven aan het gebruik van e-mail, sms en aan de steeds grotere druk om 24 uur per dag beschikbaar te zijn. Een van de onderzoekers liet bij de publicatie van het onderzoek weten bevreesd te zijn dat zonder "upper limit" aan deze ontwikkeling "we will arrive in places before we have set off".

Dat is misschien ook wel waar we inmiddels met ons arbeidsrecht zijn aanbeland: we komen alweer ergens aan, terwijl we nauwelijks zijn vertrokken. De inkt van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is nog maar net opgedroogd, of we krijgen het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) uitgeserveerd. Nog geen drie jaar na de introductie van de Wwz, waarmee ons ontslagstelsel grondig op de schop ging, heeft het kabinet aanleiding gezien om op een aantal onderdelen daarvan reparatiewetgeving aan te kondigen. En dat terwijl de Wwz zelf ook al met ongekende snelheid door de Tweede en Eerste Kamer werd geloodst.

De vraag is of de arbeidsrechtpraktijk gediend is met dit hoge tempo aan wetswijzigingen. Die begint immers net een beetje aan de Wwz te wennen. De rechtspraak begint goed op stoom te komen met het beantwoorden van de vele rechtsvragen die de Wwz heeft opgeroepen. Natuurlijk is het beeld nog niet op alle onderwerpen volledig uitgekristalliseerd; dat kan ook niet in nog geen drie jaar tijd. De molens van de gerechtelijke procedure draaien nu eenmaal in hun eigen tempo, dat (gelukkig?) meer op dat van de voetganger uit Malawi lijkt dan van die uit Utrecht. Het aantal Wwz-uitspraken van de Hoge Raad sinds de inwerkingtreding van de Wwz is nog beperkt. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad met de beschikkingen die hij inmiddels heeft

gegeven op een aantal belangrijke onderdelen duidelijk richting heeft gegeven. Anders gezegd: we beginnen onze wandelschoenen net een beetje in te lopen.

Zo worstelde de rechtspraak na de introductie van de Wwz met de vraag, of onder de Wwz de voorwaardelijke ontbinding nog steeds mogelijk is. In zijn eerste Wwz-beschikking van 23 december 2016 heeft de Hoge Raad daarop een bevestigend antwoord gegeven, en daarbij duidelijke handvatten geformuleerd voor de wijze waarop verzoeken daartoe door de rechter moeten worden behandeld.<sup>3</sup> De uitspraak werd verder uitgewerkt en deels gecorrigeerd in de *Vlisco*-beschikking.<sup>4</sup> Sinds die beschikking weten wij dat ook de appelrechter bevoegd is de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. Daarmee kan de praktijk verder. Natuurlijk blijven er na *Mediant* en *Vlisco* nog verschillende vragen ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding over, maar die zullen in de praktijk vast verder worden beantwoord.

Een ander onderwerp waarover de Hoge Raad zijn duidelijke licht heeft laten schijnen is de billijke vergoeding. Die heeft rond de inwerkingtreding van de Wwz heel wat pennen in beweging gebracht. In de *New Hairstyle*-beschikking<sup>5</sup> heeft de Hoge Raad ten eerste duidelijk gemaakt dat het stelsel van de Wwz zich er niet tegen verzet dat bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening wordt gehouden met de gevolgen van het ontslag, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Verder heeft de Hoge Raad in deze beschikking een aantal concrete gezichtspunten geformuleerd die een rol kunnen spelen bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit twee beschikkingen die de Hoge Raad vervolgens over dit onderwerp heeft gegeven blijkt dat deze gezichtspunten ook gelden in geval van een werknemersverzoek tot ontbinding<sup>6</sup> en voor de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW (de billijke vergoeding in hoger beroep als sprake is van een ten onrechte toegewezen ontbinding in eerste aanleg).<sup>7</sup> Zo vormt zich gaandeweg een steeds duidelijker kader voor de manier waarop de omvang van de billijke vergoeding moet worden bepaald.

Bij de introductie van de Wwz rezen ook vragen met betrekking tot de rol van het bewijsrecht. De hiervoor genoemde *Mediant*-beschikking maakte al duidelijk dat het bewijsrecht in ontbindingszaken in beginsel ten volle van toepassing is. Verdere duidelijkheid is door de Hoge Raad gegeven

1 Robert Levine, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 1999.

2 Pace of life, Richard Wiseman, Universiteit van Hertfordshire, Groot-Brittannië, 2007.

3 ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*).

4 ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*).

5 ECLI:NL:HR:2017:1187.

6 ECLI:NL:HR:2018:878.

7 ECLI:NL:HR:2018:857.

in een aantal beschikkingen van begin dit jaar.<sup>8</sup> Daarin helpt de Hoge Raad de ontbindingspraktijk, die historisch niet erg vertrouwd is met het bewijsrecht, verder op weg, door duidelijk te maken dat in het burgerlijk procesrecht voor bewijslevering niet steeds is vereist dat de relevante feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar dat kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Ook maakt de Hoge Raad duidelijk dat een werkgever meer ruimte heeft voor eigen beoordeling van de vraag of sprake is van een d-grond of een g-grond dan ook door de lagere rechtspraak als uitgangspunt werd genomen. Voorts lijkt met name de g-grond meer ruimte te bieden dan in de arbeidsrechtpraktijk aanvankelijk werd gedacht, nu de mate van verwijtbaarheid bij de verstoring van de arbeidsrelatie niet van overwegende betekenis is en ook de duurzaamheid en ernst van de verstoring van de arbeidsverhouding in de uitleg van de Hoge Raad aan betekenis lijken te hebben ingeboet. Zo dwarrelt ook het stof ten aanzien van de uitleg van de ontslaggronden langzaam neer.

Tot slot is in deze inleiding op dit themanummer ook de beschikking van de Hoge Raad het vermelden waard, waarin is bevestigd dat niet is uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding.<sup>9</sup> Hoewel veel rechtshulpverleners een zucht van ontzetting slaakten toen zij zich die mogelijkheid rond de introductie van de Wwz voor het eerst realiseerden, werd deze uitspraak begin dit jaar zonder veel ophef ontvangen. Ook daaruit blijkt dat 'we' inmiddels aan de Wwz beginnen te wennen.

Bij de introductie van de Wwz werd aangekondigd dat de wet in 2020 zou worden geëvalueerd. Je zou zeggen: dan moet er een goede reden zijn waarom die aangekondigde evaluatie niet gewoon kan worden afgewacht. Die is er niet wat mij betreft. In elk geval wordt die reden in de concept-MvT op de consultatieversie van de Wab niet gegeven. Maar los daarvan: de door het kabinet gesignaleerde 'knelpunten' lijken voor het merendeel toch niet zodanig groot dat die nu tot direct ingrijpen nopen – en zeker niet zonder gedegen en geïntegreerde evaluatie daarvan. Op basis van de eerste bevindingen is bovendien de verwachting alleszins gerechtvaardigd dat de praktijk zal leren omgaan met veel van de knelpunten die het kabinet blijkt de concept-MvT bij de Wab signaleert. En als dat niet gebeurt, lijkt 2020 vroeg genoeg om dat te evalueren. Blijkens de Wab kan het kabinet echter niet dat geduld opbrengen.

Breder kijkend lijkt het er bijna op alsof de haast waarmee het kabinet zich door het arbeidsrechtelijke landschap beweegt, hem het zicht belemmert op de echte uitdagingen waarvoor onze arbeidsmarkt staat. Er doen zich zeer belangrijke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor die om een stevig antwoord vragen. Dat stevige antwoord blijft echter uit. Ik noem daarvan twee voorbeelden. Het eerste is

de onstuimige groei van het aantal zzp'ers. Het kabinet lijkt niet goed te weten wat hij daarmee aan moet. De aankondiging dat de handhaving van de Wet DBA in elk geval tot 1 januari 2020 is opgeschort, is wat dat betreft tekenend. Het is uiterst zorgwekkend dat een duidelijke stellingname van het kabinet over, en regulering van, de juridische en fiscale positie van deze groep – van inmiddels meer dan 1 miljoen werkenden – zo lang uitblijft. Datzelfde geldt voor de groep van andere werkers met een onduidelijke arbeidsrechtelijke status als gevolg van een fenomeen als platformarbeid. De verwachting is dat deze groep werkers in de nabije toekomst alleen maar in omvang zal toenemen.

Een van de grote uitdagingen van onze arbeidsmarkt zal zijn hoe wij die toekomstbestendig maken in een wereld die in hoog tempo globaliseert en digitaliseert. Vanuit politiek Den Haag wordt echter niet zichtbaar initiatief genomen tot een breed maatschappelijk debat daarover. In plaats daarvan wordt de regulering van dit soort ontwikkelingen aan de rechtspraak overgelaten. Het is jammer dat het kabinet zich er blijkens de Wab tot op heden vooral toe beperkt om maar weer eens aan het boutje van de transitievergoeding en het schroefje van de ketenregeling te draaien. Dat doet echter geen recht aan wat de echte knelpunten van onze arbeidsmarkt zijn. De juist geschetste ontwikkelingen vragen om een fundamentele herbezinning op de ordening van onze arbeid.

Dat gezegd hebbend zullen we het voorlopig moeten doen met wat het kabinet ons wel geboden heeft. De redactie van *TRA* heeft in de Wab aanleiding gezien om de belangrijkste onderdelen daaruit kritisch te bespreken en daaraan dit themanummer te wijden. In zeven bijdragen van leden van de redactie worden de voorgestelde wijzigingen besproken met betrekking tot de rechtspositie van oproepkrachten (art. 7:628 BW); de proeftijd (art. 7:652 BW); de ketenregeling (art. 7:668a BW); de cumulatie van ontslaggronden (art. 7:671b BW); de transitievergoeding (art. 7:673 en art. 7:673e BW), de uitzendovereenkomst en payrolling (art. 7:691 lid 2 BW en art. 8a Waadi) en de premiedifferentiatie WW. De redactie hoopt daarmee een bijdrage te leveren aan de verdere ontwikkeling van het debat over deze thema's.

<sup>8</sup> ECLI:NL:HR:2018:220 en ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*).

<sup>9</sup> ECLI:NL:HR:2018:484 (*Dräger*).

# Proeftijd XL: complexiteit die niet (ver)leidt tot meer vastigheid

TRA 2018/70

## 1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans ('Wab') verruimt de proeftijd ingeval de werkgever ofwel direct 'vast' met een werknemer contracteert, ofwel direct voor een bepaalde tijd van minimaal twee jaar. De maximale proeftijdduur gaat in het eerste geval van twee naar vijf maanden; in het tweede geval van twee naar drie maanden.

De verruiming van de maximale proeftijdduur in eerstbedoelde situatie ('direct vast') leidt niet alleen tot wijzigingen van art. 7:652 BW, maar ook van twee andere regelingen. Ten eerste art. 7:668a BW: waar nu tussen dezelfde partijen alleen tijdelijke contracten meetellen in de keten, voegt de Wab daaraan een tijdens de proeftijd opgezegd vast contract toe. Daarnaast art. 7:653 BW: de werkgever kan niet langer zonder meer rechten ontnemen aan een concurrentiebeding in een vast contract na een proeftijdontslag. Dat kan alleen als "het noodzakelijk is de werknemer aan het beding te houden vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en de werkgever dit schriftelijk of elektronisch en gemotiveerd aan de werknemer mededeelt".

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Voor arbeidsovereenkomsten gesloten vóór die datum blijft de huidige regeling gelden.<sup>1</sup>

## 2. Achtergrond regeling

Een belangrijk knelpunt als gevolg van de huidige vormgeving van de arbeidsmarkt is volgens het kabinet dat werkgevers terughoudend zijn werknemers in vaste dienst te nemen door de risico's en kosten die verbonden zijn aan het vaste contract. Werkgevers die dat wél doen, ondervinden concurrentie op arbeidsvoorwaarden van werkgevers die gebruikmaken van allerlei constructies om bedoelde kosten en risico's te vermijden. Dit leidt ook tot problemen aan werknemerszijde. Steeds minder mensen werken op basis van een vast contract<sup>2</sup> en met name voor kwetsbare groepen is er weinig perspectief op zekerheid. Het kabinet zet in op "het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid. Beoogd wordt dat het voor werkgevers aantrekkelijker wordt om een vast contract aan te gaan en dat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat."<sup>3</sup> De belangrijkste oorzaak van de sterke flexibilisering van de Nederlandse arbeidsmarkt ligt volgens het kabinet in de

grote verschillen in kosten en risico's die de wet aan vaste en flexibele arbeid verbindt. De inzet is daarom gericht op het verkleinen van die wettelijke verschillen.

Met de voorgestelde verlenging van de proeftijd denkt het kabinet te draaien aan de 'verleidingsknop': een proeftijd XL zou het voor werkgevers aantrekkelijker maken direct een vast contract te sluiten. Hiermee zouden de risico's van 'direct vast' worden verkleind, nu de werkgever langer de tijd heeft om te beoordelen of de werknemer voldoet.<sup>4</sup>

## 3. Commentaar

Ik beoordeel het voorstel aan de hand van de 'verleidingsdoelstelling' van de Wab, de 'vereenvoudigingsdoelstelling' van de Wwz, en de beschermingsfunctie van het ontslagrecht.

### 3.1 Verleiding werkgever

De noodzaak tot het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid wordt breed onderschreven. Het voor werkgevers aantrekkelijker maken een vast contract aan te gaan, kan bijdragen aan de realisering van dat doel. Echter: een langere proeftijd verandert vrijwel niets aan de (on)aantrekkelijkheid van het vaste contract vanwege de daaraan verbonden risico's en kosten.

Dat contract is zo kostbaar en risicovol vanwege de daaraan verbonden zware werkgeversverplichtingen, zoals de loondoorbetalings- en re-integratieverplichtingen bij ziekte.<sup>5</sup> Het risico zit niet in de relatief korte duur waarin werkgevers een nieuwe werknemer zonder zorgen kunnen beproeven. Bovendien: mochten zij de huidige proeftijdduur van twee maanden te kort vinden, dan zijn er al legio mogelijkheden zoals het sluiten van een – van rechtswege eindigend – 'proefcontract' alvorens vast met elkaar in zee te gaan. Wat voegt een vast contract met proeftijd van vijf maanden toe aan de huidige mogelijkheid van een tijdelijk contract ('op proef') voor zes maanden plus één dag met proeftijd van één maand? Werknemers zijn met het laatste beter af (zie onder 3.3). Werkgevers zullen heus niet vies zijn van een langere proeftijd, maar het is niet de vorm van risicoreductie of flexibiliteit waarop zij zitten te wachten.<sup>6</sup> Sterker nog: de voorstellen maken het vaste contract eerder *minder* aantrekkelijk voor werkgevers, nu zij bij een proeftijdontslag in beginsel geen rechten meer kunnen ontnemen aan een concurrentiebeding (zie het voorgestelde art. 7:653(5) BW).<sup>7</sup>

1 Art. VII conceptwetsvoorstel Wab.

2 Zie daarover concept-MvT Wab, p. 15.

3 Concept-MvT Wab, p. 14.

4 Concept-MvT Wab, p. 18 en 64.

5 Zie mijn oratie, TRA 2016/32.

6 Zie Reactie VNO-NCW/MKB-Nederland, Internetconsultatie Wab, p. 7-8.

7 Voorts moet werkgever dan alsnog de hoge WW-premie betalen (MvT, p. 83-84).

Het lijkt dus onwaarschijnlijk dat deze maatregel werkgevers de gewenste richting in zal duwen. Daarbij komt dat de maatregel *werknemers* een prikkel geeft die haaks staat op het werknemersmobiliteit bevorderende arbeidsmarktbeleid. Volgens dat beleid moeten werknemers niet vast in 'vast' zitten, maar er lustig op los transitioneren. Met deze proeftijdmaatregel wordt 'vast' echter nog vaster. Werknemers zullen nog minder geneigd zijn hun vaste baan op te geven voor een uitdaging elders, als de nieuwe baan weliswaar mooi is verpakt in een vast contract, maar vijf maanden lang elk moment weer kan worden 'afgepakt'. De verlengde proeftijd is voor hen zeer risicovol. Velen zullen niet in de positie verkeren dat risico er helemaal uit te onderhandelen. Mogelijk wel deels, maar met een proeftijd van bijvoorbeeld vier maanden blijft de baanwissel een groot waagstuk.

Er zit ook een innerlijke tegenstrijdigheid in de voorstellen. Enerzijds moeten werkgevers worden verleid tot 'direct vast', maar tegelijkertijd wordt 1. de ketenregeling verruimd, zodat werkgevers meer opeenvolgende (kortere) tijdelijke contracten kunnen geven; en mag 2. bij een tijdelijk contract van ten minste twee jaar de proeftijd maar liefst drie maanden gaan duren.<sup>8</sup> Welke werkgever laat zich door vijf maanden proeftijd tot 'direct vast' verleiden, als hij een 'proefcontract' met elke gewenste lengte en mét proeftijd kan afsluiten, daarop nog een tijdelijk contract kan laten volgen én dit alles in de geruststellende gedachte dat de relatie als de werknemer bijvoorbeeld ziek of zwanger wordt alsnog van rechtswege eindigt?

### 3.2 Vereenvoudiging ontslagrecht

Het kabinet memoreert de doelstelling van de Wwz om het ontslagrecht eenduidiger en eenvoudiger te maken,<sup>9</sup> maar dit voorstel doet het tegendeel. Zo is de maximale proeftijdduur nu een of twee maanden. Het voorstel voorziet in maar liefst vier wettelijke maxima: een, twee, drie of vijf maanden. Dat is niet alleen nodeloos ingewikkeld, maar is gelet op het doel van de proeftijd ook niet uit te leggen (zie hierna onder 3.3).<sup>10</sup>

Daarnaast geeft de verlenging van de proeftijd allerlei nieuwe misbruikmogelijkheden, zoals het kabinet onderkent. Daarom wordt zij geflankeerd door anti-misbruikregels in zowel art. 7:652 BW (nieuw lid 5) als in art. 7:668a BW (nieuw lid 2b). Verder leidt zij tot wijziging van art. 7:653 BW: een werkgever kan geen rechten meer ontlenen aan een concurrentiebeding in een vast contract na een proeftijdontslag 'tenzij'.<sup>11</sup> Die 'tenzij' is weer anders vormgegeven dan de (door de Wwz ingevoerde) 'tenzij' bij een tijdelijk contract, wat de regeling van het concurrentiebeding verder compliceert.<sup>12</sup>

Verder lijkt mij niet onaannemelijk dat naarmate de periode waarin een werknemer elke vorm van ontslagbescherming ontbeert langer wordt, de kantonrechter vaker zal oordelen dat een proeftijdontslag in strijd is met goed werkgeverschap. Dat is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en leidt tot verdere juridisering van het proeftijdontslag.

### 3.3 Bescherming werknemer

De verlengde proeftijd wordt in de concept memorie van toelichting (hierna: concept-MvT) aangemerkt als een 'substituut voor het aangaan van een tijdelijk contract'.<sup>13</sup> Het op één lijn stellen van proeftijd en tijdelijk contract verhuult een groot probleem dat aan het voorstel kleefte: de vérgaande aantasting van de werknemersbescherming.

De werkgever krijgt de mogelijkheid een vast in dienst genomen werknemer gedurende maar liefst vijf maanden van de ene op de andere dag op straat te zetten om elke willekeurige<sup>14</sup> reden. De vrijwel rechteloze periode van de proeftijd is – gelet op het doel van de proeftijd – op zich best uit te leggen. De werkgever mag gedurende korte tijd risicoloos bezien wat voor vlees hij in de kuip heeft. Er is echter geen enkele reden waarom hij daarvoor nu opeens vijf maanden nodig zou hebben of waarom hij bij een vast contract vijf keer zo lang op de werknemer zou moeten studeren als bij een jaarcontract. Die 'vijf maanden escape' heeft natuurlijk maar één reden en dat is werkgevers verleiden tot 'vast' – ten koste van de rechtspositie van de werknemer.<sup>15</sup> Een dergelijke maatregel kan niet bijdragen aan de doelstelling kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt meer perspectief op zekerheid te geven.

Sterker nog: het voorstel kan het einde van de ontslagbescherming van bepaalde groepen werknemers betekenen. De FNV heeft erop gewezen dat bepaalde groepen werknemers, bijvoorbeeld zomervakantiekrachten, die nu op een kort tijdelijk contract (met bijbehorende rechtsbescherming!) in dienst worden genomen, straks een vast contract met vijf maanden proeftijd kunnen verwachten.<sup>16</sup> De enige zekerheid die hun dat oplevert is dat het vast en zeker door een proeftijdontslag zal eindigen.

"Aan de aanpassing van de proeftijd staan geen internationale verplichtingen in de weg", stelt de concept-MvT simpelweg.<sup>17</sup> Duidelijk moge zijn dat die enkele opmerking onvoldoende is. Enige spanning met internationale normen inzake opzegtermijnen, deugdelijke ontslaggronden, bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag en redelijke proeftijdtermijnen kan deze regeling toch niet worden ontzegd.

8 Zie A.A. Pelsers-Stekelenburg & S. Gerritse, 'De verlengde proeftijd: een wenselijke wijziging?', TAP 2018/60.

9 Concept-MvT Wab, p. 14.

10 Vergelijk Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, p. 16.

11 Zie par. 1.

12 Ibid, p. 17.

13 Concept-MvT Wab, p. 93.

14 Zo lang zij maar niet discriminatoir is.

15 Vergelijk Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, p. 15 en Pelsers-Stekelenburg & Gerritse (zie voetnoot 8), p. 15.

16 Reactie FNV Internetconsultatie Wab, p. 12-13.

17 Concept-MvT Wab, p. 66.

# De nieuwe ketenbepaling: de regeling voor werk of werkloosheid?

TRA 2018/71

## 1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wab wijzigt de ketenregeling op drie punten. Allereerst wordt de maximumtermijn van de keten van arbeidsovereenkomsten verruimd van twee naar drie jaar. Daarmee wordt gedeeltelijk teruggegrepen naar de ketenregeling voor de inwerkingtreding van de Wwz. Ten tweede wordt het mogelijk om de tussenpoos van tijdelijke contracten terug te brengen naar drie maanden indien de aard van het werk daarom vraagt. Dit is het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. De eis dat er sprake is van klimatologische of natuurlijke omstandigheden komt te vervallen. Het kan dus ook gaan om terugkerend tijdelijk werk dat niet valt onder seizoenswerk. Ten derde is de ketenregeling niet van toepassing op invalkrachten in het primaire onderwijs die werkzaam zijn op basis van kortdurende contracten voor bepaalde tijd ter vervanging van een zieke leerkracht.<sup>1</sup>

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Er geldt geen overgangsrecht. Dit betekent dat de nieuwe ketenregeling van toepassing is op alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die op of na 1 januari 2020 eindigen.

## 2. Achtergrond regeling

De ketenregeling is één van de bekendste – en meest omstreden – regels uit ons arbeidsrecht. Veel werknemers die werkzaam zijn op basis van tijdelijke arbeidscontracten, krijgen er vroeg of laat mee te maken. Hoe vroeg of laat dat is, is al jaren onderwerp van discussie.

Sinds de introductie van de ketenregeling met de inwerkingtreding van de Wfz in 1999 is de ketenregeling meer dan eens op verschillende punten aangepast. De meest recente aanpassing vond drie jaar geleden plaats met de invoering van de Wwz. Per 1 juli 2015 is de ketenregeling aangepast met het doel ongewenst langdurig verblijf van werknemers in de flexibele schil tegen te gaan.<sup>2</sup> De vraag of de 'nieuwe' ketenregeling ook daadwerkelijk aan dit doel zou bijdragen – of juist het tegenovergestelde teweeg zou brengen – was ten tijde van de parlementaire behandeling al opgeworpen.<sup>3</sup>

Het huidige kabinet snijdt dit controversiële onderwerp met het conceptwetsvoorstel wederom aan. Het kabinet onder-

kent dat zowel werkgevers als werknemers niet gebaat zijn bij de huidige ketenregeling. De regeling biedt beide partijen onvoldoende ondersteuning bij het aangaan van een arbeidsrelatie die aansluit bij de aard van het werk en hun behoeften. Werkgevers beschikken niet over de flexibiliteit die voor hen noodzakelijk is, terwijl het voor werknemers zinvol kan zijn om voor een langere tijd op basis van bepaalde tijd contracten te werken.<sup>4</sup>

Het verlengen van de maximumtermijn van de ketenregeling zorgt voor opbouw van werkervaring, wat van doorslaggevend belang kan zijn voor de werkgever om een werknemer uiteindelijk een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. Daarnaast is de mogelijkheid om sectoraal af te wijken van de tussenpoos in het leven geroepen om meer maatwerk te bieden waar nodig. Het is aan de cao-partijen om te bepalen voor welke functies afwijking van de tussenpoos noodzakelijk is en welke voorwaarden hieraan verbonden worden. De uitzondering van de invalkracht voor de zieke werknemer in het primaire onderwijs zorgt ervoor dat invalkrachten op tijdelijke basis kunnen invallen, zonder dat er op een zeker moment een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Het kabinet voert aan dat invalkrachten niet graag voor een kortdurende vervanging worden ingezet, omdat zij dan snel het maximale aantal overeenkomsten binnen de keten bereiken.<sup>5</sup> Veel schoolbesturen hebben voornamelijk moeite met het vinden van kortdurende noodzakelijke vervanging bij ziekte, omdat invalkrachten liever voor een langere periode als invaller op dezelfde school werkzaam zijn.<sup>6</sup>

## 3. Commentaar

In de ogen van het kabinet wordt er met het voorstel een ketenregeling gecreëerd die de hiervoor benoemde knelpunten zou kunnen wegnemen en de schade van de Wwz op deze punten herstelt. Voordat ik de drie beoogde wijzigingen van inhoudelijk commentaar voorzie, acht ik allereerst een algemene opmerking op haar plaats.

Dat de ketenregeling zo nu en dan onder de loep wordt genomen en wordt geëvalueerd, is een goede ontwikkeling. Uit onderzoek van het CPB blijkt namelijk dat veel werknemers werkzaam zijn op basis van een tijdelijk contract.<sup>7</sup> De tabel uit de concept-MvT laat eenzelfde beeld zien voor de jaren

1 Zie voor de concept wettekst Voorstel van wet Wab, te raadplegen via [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).

2 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 12-15.*

3 Zie bijvoorbeeld de motie van de leden Voortman/Pieter Heerma in *Kamerstukken II 2014/15, 33818, 73* of het debat van 2 juli 2015 in *Handelingen II 2014/15, 113104.*

4 Zie concept-MvT Wab, par. 2.2.

5 Concept-MvT Wab, par. 2.2.

6 Het kabinet baseert de wenselijkheid van deze wijziging op twee onderzoeken: 'Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs', Andersson Elffers Felix, juni 2017 en 'Vervanging geregeld. Een QuickScan van de effecten van de Wwz', *PenthaRho Organisatie en Ontwikkeling*, februari 2017.

7 Uit onderzoek van het CPB blijkt dat in 2015 21,1% van de werkende bevolking werkzaam was op basis van een flexibel contract. Binnen deze flexibele schil had 36% van de werknemers een tijdelijk contract (waarvan 15% uitzicht had op een vast contract).

2016 en 2017.<sup>8</sup> De ketenregeling voorkomt dat werknemers vast komen te zitten in een draaideur van opeenvolgende tijdelijke contracten en zorgt ervoor dat werknemers na een periode van onzekerheid een sterkere positie verwerven. Voor de werkgever is het van belang dat er steeds opnieuw wordt bezien of de ketenregeling nog aansluit bij de behoefte aan het behoud van een zekere flexibele schil. Door veranderlijke marktomstandigheden is het voor een werkgever van belang om wendbaar te blijven. Een onnodig strenge ketenregeling zou aan die noodzaak afbreuk kunnen doen.

Uit de enquête van de VAAN-VvA werkgroep kunnen we afleiden dat de verkorting van de maximumtermijn in 2015 niet heeft geleid tot een snellere doorstroom naar vaste arbeid.<sup>9</sup> In het licht van de in dit opzicht falende Wwz vind ik de lijmpoging van het kabinet begrijpelijk. De argumenten die het kabinet voor de verlenging van de maximumtermijn aanvoert, vind ik echter niet sterk. Uiteraard kan het nuttig zijn voor een starter om met het oog op de opbouw van werkervaring een langere tijd op basis van tijdelijke contracten te werken. Maar geldt dit ook voor de oudere werknemer die na een jaar WW weer instroomt in zijn oude vak? Universiteit Leiden vraagt zich – mijns inziens terecht – af waar het kabinet de verwachting op baseert dat werknemers die nu na twee jaar moeten vertrekken straks na drie jaar wel een vast contract krijgen.<sup>10</sup> Als we het conceptwetsvoorstel moeten geloven heeft dit met het extra jaar werkervaring te maken. Dit argument vind ik ver gezocht. Ik betwijfel of dat jaar extra werkervaring een werkgever uiteindelijk over de streep trekt. Indien dit wel het geval is, is één van de doelstellingen van de Wab behaald: de werkgever behoudt flexibiliteit en de werknemer krijgt uiteindelijk de zekerheid waar hij op heeft gewacht. Keerzijde van deze wijziging is echter dat het uitzicht op een vast contract met een jaar naar achteren wordt geschoven en dat werknemers wellicht na drie in plaats van twee jaar zonder werk komen te zitten. Zo wordt de kloof tussen vast en flex juist groter.<sup>11</sup>

Ook bij tweede wijziging plaats ik kritische kanttekeningen. Nergens uit de concept-MvT blijkt dat de praktijk vraagt om een uitbreiding van de ketenregeling betreffende terugkerend tijdelijk werk. Het kabinet onderbouwt niet waarom deze uitbreiding noodzakelijk is en waar er zich problemen voordoen. Daarnaast laten het CNV en de FNV – de partijen die notabene met de nieuwe mogelijkheid zullen gaan werken – zich ook negatief uit over deze uitbreiding. Volgens de FNV is de uitbreiding van de regeling zinloos en de CNV stelt dat de huidige afwijkingmogelijkheid voor seizoenswerk meer dan genoeg ruimte biedt om maatwerk te leveren.<sup>12</sup> Of de uitbreiding daadwerkelijk zinloos is, is naar mijn mening nog niet te zeggen. Gezien de reacties van de vakbonden ver-

wacht ik echter dat er weinig gebruik zal worden gemaakt van deze afwijkingmogelijkheid. Afwijking bij cao vereist immers medewerking van de bonden. Indien de sociale partners wel gebruik maken van deze mogelijkheid brengt de matige afbakening met zich dat meer werknemers structureel werkzaam zullen zijn op basis van een tijdelijk contract. Het criterium “als de aard van het werk daarom vraagt” is nogal breed. Van “flex minder flex” maken, is dus duidelijk geen sprake. Ik deel de mening van Universiteit Leiden in hun reactie dat deze brede formulering de deur op een kier zet voor werkgevers om aan de onderhandelingstafel bedrijfs-economische factoren mee te laten wegen.<sup>13</sup> Het is aan de vakbonden om hier alert op te zijn en de grenzen te bewaken.

Dat het kabinet in de Wab naar een oplossing zoekt voor het tekort aan invalkrachten, is gezien de nieuwsberichten van de afgelopen jaren geen vreemde stap.<sup>14</sup> Het kabinet stelt dat we uit de Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs 2017 kunnen afleiden dat er behoefte is aan een afwijkende regeling voor invalkrachten en dat de huidige regeling de scholen belemmert in het organiseren van vervanging.<sup>15</sup> Dat er voor het tekort aan invalkrachten een oplossing moet worden gevonden, onderschrijf ik, maar ik betwijfel of de beoogde wijziging de juiste is.<sup>16</sup> Ik sluit mij wel aan bij de mening van de VAAN-VvA Werkgroep dat deze groep flexibele werknemers meer zekerheid dient te krijgen; ze kunnen immers structureel op dezelfde school worden ingezet.<sup>17</sup> Ik vraag mij alleen wel af waarom het kabinet vindt dat deze afwijkingmogelijkheid bij wet geregeld dient te worden en bij de sociale partners moet worden weggetrokken. Ik ben van mening dat de onderhandelingsvrijheid van de vakbonden zonder deugdelijke onderbouwing wordt ingeperkt. De eerste en juiste stap is dat de sociale partners bij de onderhandelingen voor de nieuwe cao een oplossing trachten te vinden voor dit probleem. Het kabinet had op haar beurt moeten wachten.

Samenvattend ben ik van mening dat de wijzigingen de benodigde onderbouwing missen. Van de uitbreiding van de ketenregeling betreffende terugkerend tijdelijk werk zie ik momenteel zelfs de noodzaak niet in. Eén van de doelstellingen van de Wab, het verkleinen van de kloof tussen vast en flex en het bieden van meer zekerheid aan werknemers, wordt niet behaald. De flexibiliteit van werkgevers wordt wel vergroot, maar ten koste van de kans op zekerheid van de werknemer. Het enige dat de werknemer echt zeker weet, is dat hij straks structureel en langer op basis van tijdelijke contracten kan worden ingezet. Voor de ene werknemer zal dit beter uitpakken dan voor de ander. Een betere balans voor *de hele arbeidsmarkt* wordt met deze wijzigingen dus niet bereikt.

8 Concept-MvT Wab, p. 16.

9 VAAN-VvA, *Evaluatie onderzoek WWZ 2016*, p. 82.

10 Reactie Universiteit Leiden Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 3.

11 Ik kan mij daarom vinden in de reactie van de VAAN-VvA werkgroep op dit punt, zie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 27-28.

12 Reactie CNV Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 2 en Reactie FNV Internetconsultatie Wab, 30 april 2018, p. 2.

13 Reactie Universiteit Leiden Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 4.

14 Zie bijvoorbeeld: ‘Tekort aan invalkrachten op scholen door flexwet’, NRC 28 november 2016 en ‘Invalkrachten op scholen zijn schaars’, AD 25 augustus 2017.

15 Voor de huidige regeling zie art. 3.5 en 3.5a Cao Primair Onderwijs 2016-2017.

16 Ik laat de mogelijke invloed van het lerarentekort op het tekort aan invalkrachten buiten beschouwing.

17 Reactie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 30.

# Transitievergoeding

TRA 2018/72

## 1. Voorgestelde regeling

De transitievergoeding (art. 7:673 BW e.v.) wordt in de Wab op verschillende punten aangepast. Parallel aan dit conceptwetsvoorstel loopt ook al het nog door de vorige regering ingediende voorstel om de mogelijkheid om bij cao een afwijkende vergoeding af te spreken te verruimen en om werkgevers die na twee jaar ziekte ontslaan te compenseren voor de transitievergoeding die zij moeten betalen.<sup>1</sup> De Wab amendeert dat laatste voorstel op onderdelen, maar ik concentreer mij in deze bijdrage op de andere wijzigingen. Voor een goed begrip van de tekst van de Wab is het wel nodig om dat parallelvoorstel in het oog te houden.<sup>2</sup>

De Wab schrapt de voorwaarde dat een arbeidsovereenkomst 24 maanden moet hebben geduurd voordat er recht bestaat op transitievergoeding. Ook bij afloop van een korter dienstverband heeft de werknemer dus aanspraak op transitievergoeding.

De transitievergoeding wordt wel verlaagd. Nu is zij voor de eerste tien dienstjaren 1/6<sup>e</sup> maandsalaris per half jaar, over de meerdere jaren bedraagt zij 1/4<sup>e</sup> maandsalaris per half dienstjaar. Die hogere vergoeding bij langdurige dienstverbanden vervalt. Ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer recht op 1/3<sup>e</sup> maandsalaris per dienstjaar. De nieuwe transitievergoeding wordt niet meer per zes maanden, maar per jaar berekend. Wel wordt in het nieuwe art. 7:673 BW bepaald dat de vergoeding naar rato wordt vastgesteld voor zover de diensttijd een gedeelte van een jaar bedraagt. Thans wordt de transitievergoeding stapsgewijs, per half jaar, opgebouwd.

Ten slotte introduceert de Wab een compensatieregeling voor kleine ondernemers. Wanneer zij hun bedrijf sluiten wegens pensionering of arbeidsongeschiktheid, kunnen zij de transitievergoeding declareren bij het UWV.

## 2. Achtergrond regeling

Veel werkgevers blijken tegen de transitievergoeding aan te hikken. Ook een grote werkgever als de ING heeft vlak voor invoering van de Wwz nog geprobeerd een aantal arbeidskrachten te 'lozen' om te voorkomen dat er transitievergoeding zou moeten worden betaald.<sup>3</sup> Nu pakt de transitievergoeding aanzienlijk lager uit dan een vergoeding conform de kantonrechttersformule,

maar daar hebben zeker kleinere werkgevers geen boodschap aan. Die regelden een ontslag doorgaans via het UWV en dan was er gewoonlijk in het geheel geen vergoeding verschuldigd.

Ook in de concept-MvT Wab wordt geconstateerd dat de huidige regeling het kostenverschil tussen een kort en een lang dienstverband te groot maakt. Na tien jaar wordt de vergoeding hoger, tot twee jaar is er helemaal geen vergoeding verschuldigd. Dat kan ertoe leiden dat werkgevers, net als bij de ketenregeling, erop aansturen hun contracten niet langer dan twee jaar te laten duren. De regering meent dat het kostenargument niet bepalend mag zijn voor de keuze om al of niet langdurig met een werknemer in zee te gaan.<sup>4</sup> Een ander knelpunt dat in de concept-MvT wordt geconstateerd is dat werknemers met een kort dienstverband van transitievergoeding verstoken blijven.<sup>5</sup>

De regering acht het ook onwenselijk dat kleine werkgevers op hoge kosten worden gedreven als zij overgaan tot bedrijfssluiting wegens pensionering of arbeidsongeschiktheid. Ook in dat geval is de werkgever transitievergoeding verschuldigd aan de werknemers die hun baan verliezen als gevolg van de stopzetting van het bedrijf. Dat kan ertoe leiden dat de werkgever zijn eigen (pensioen)reserves moet aanspreken om de transitievergoeding te voldoen. Anders dan tegenvallende bedrijfsresultaten, ziet de regering ziekte en pensionering niet als een normaal ondernemersrisico dat voor rekening van de werkgever behoort te komen.<sup>6</sup> Nu er al een regeling voor compensatie van transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid in de maak is, wordt er in de Wab bij die regeling aangehaakt voor kleine werkgevers die hun bedrijf staken. Over de langdurig zieke werknemer wordt nog opgemerkt dat ook deze regering het onwenselijk acht de werkgever met zowel de kosten van loondoorbetaling en re-integratie bij ziekte als een transitievergoeding wordt belast.<sup>7</sup>

## 3. Commentaar

Het weghalen van de tweejaars-drempel, zorgt ervoor dat het verschil tussen een vast en een tijdelijk contract minder groot wordt. De werkgever zal minder dan nu worden geprikkeld om aan te sturen op een dienstverband van 23 maanden. De overgang, ik zou haast zeggen transitie, van een tijdelijk contract naar een meerjarig of zelfs vast contract wordt geleidelijker. Ook de afschaffing van de halfjaarsgewijze opbouw past daar goed bij.

De prijs die werknemers daarvoor moeten betalen is dat ze de hogere vergoeding over het elfde en volgende dienstjaar verliezen. Zeker voor wat oudere werknemers met een

<sup>1</sup> Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Kamerstukken II 2017/18*, 34699, 2.

<sup>2</sup> De Wab wijzigt bijvoorbeeld de tekst van art. 7:673e BW, dat nu nog niet bestaat, maar wel in voorstel 34699 is opgenomen.

<sup>3</sup> 'Bedrijven lozen uitzendkrachten; Asscher boos op ING', *de Volkskrant* 9 april 2015 ([www.volkskrant.nl/economie/bedrijven-lozen-uitzendkrachten-asscher-boos-op-ing-bce3919e/](http://www.volkskrant.nl/economie/bedrijven-lozen-uitzendkrachten-asscher-boos-op-ing-bce3919e/)).

<sup>4</sup> Concept-MvT Wab, p. 66-67.

<sup>5</sup> Concept-MvT Wab, p. 66.

<sup>6</sup> Concept-MvT Wab, p. 78.

<sup>7</sup> Concept-MvT Wab, p. 78.

lang, maar eenzijdig arbeidsverleden bij een werkgever, kan dat nadelig zijn. Aan de andere kant is en blijft het zo dat de transitievergoeding hoger is naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd. In die zin is de wellicht lastiger zoektocht naar ander werk na een langdurig dienstverband nog steeds in de vergoeding verdisconteerd. Daar komt bij dat de duur van het dienstverband niet per se iets zegt over de behoefte aan financiering van de transitie naar nieuw werk. Een werknemer die een jaar of zes ergens gewerkt heeft, krijgt ongeveer twee maandsalarissen mee. Bij een modaal inkomen valt daar niet zo gek veel aan cursussen of herbronnende sabbaticals mee te financieren, terwijl de behoefte daaraan toch heel groot kan zijn. Ook de ernst van de gevolgen van het ontslag hangt niet recht evenredig samen met de duur van de arbeidsrelatie, maar de transitievergoeding wel.

Dat is nu eenmaal de keuze geweest die is gemaakt in de Wwz, en de Wab levert wat dat aangaat niet meer op dan wat gerommel in de marge. Wat opvalt, is dat de transitievergoeding in de concept-MvT vooral in termen van kostenpost voor de werkgever wordt besproken. Dat is ergens ook wel logisch, nu het hoogst twijfelachtig is of deze wettelijke vergoeding daadwerkelijk bedoeld is om transitie te bevorderen. De werknemer is immers vrij in de besteding ervan, en heeft er ook recht op als hij direct nieuw werk vindt. Het is veeleer een forfaitaire beloning voor trouwe dienst, uit te betalen bij een niet door de werknemer gewenst einde van het dienstverband. In feite gaat het om een gehalveerde kantonrechttersformule-vergoeding (C=1). Wel moet gezegd worden dat in het al gememoreerde voorstel 34699 de mogelijkheid voor cao-partijen om af te wijken van art. 7:673 BW wordt verruimd. De cao-voorziening hoeft niet langer 'gelijkwaardig' te zijn aan de wettelijke, maar moet wel gericht zijn op het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de gevolgen daarvan. Gek genoeg zouden arrangementen die afwijken van de wet veel sterker gekoppeld zijn aan het doel dat de wet beweert te dienen. Ook de VAAN/VvA constateert dat het in de Wab eigenlijk helemaal niet lijkt te gaan over het doel van de transitievergoeding.<sup>8</sup>

Dat werknemers ook na afloop van een kort contract transitievergoeding krijgen, gaat hen waarschijnlijk niet veel helpen. Bij een niet voortgezet jaarcontract zou het gaan om een vergoeding ter hoogte van 1/3<sup>e</sup> maandsalaris. Misschien zou een lagere drempel, van bijvoorbeeld zes maanden in plaats van de huidige twee jaar toch het overwegen waard zijn. Het scheelt werkgevers iets aan loon- en administratiekosten en werknemers schieten toch nauwelijks iets op met de transitieflooi van (maximaal) 1/6<sup>e</sup> maandsalaris.<sup>9</sup>

De verlaging van de transitievergoeding bij langduriger dienstverbanden werkt natuurlijk ook door bij ontslag op de cumulatiergrond. In dat geval is een extra vergoeding verschuldigd die maximaal de helft van de reguliere transitie-

vergoeding bedraagt. Als compensatie voor ontslag op een (enigszins) onvoldragen grond, laat staan als afschrikmechanisme voor werkgevers die te snel naar de i-grond zouden willen grijpen, stelt dat niet heel veel voor. Bovendien is het de vraag waarom er een extra vergoeding zou moeten worden betaald, als de rechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs moet eindigen én er geen sprake is van verwijtbaar handelen van de werkgever. Ook het karakter van de vergoeding is wat onduidelijk. Volgens de regering is het uitdrukkelijk geen transitievergoeding. Maar wat dan wel?

Het is al de vraag of de compensatieregeling voor ontslag wegens langdurige ziekte wel zo'n gelukkige keuze is. De Raad van State is daar terecht kritisch over.<sup>10</sup> Waarom moet er nu zo'n ingewikkelde en ten dele fraudegevoelige regeling worden opgetuigd, zodat werkgevers geen last hebben van de transitievergoeding voor langdurig arbeidsongeschikten? Het argument dat het discriminatoir zou zijn om hen uit te sluiten van transitievergoeding overtuigt niet. Zij zitten nu eenmaal niet in een vergelijkbare positie als gezonde werknemers, al was het maar omdat de werkgever al flink in hun transitie heeft geïnvesteerd. (Ik geef toe dat het transitie-karakter van de vergoeding niet heel hard is, zie hiervoor.) Het forfaitaire karakter van de vergoeding kan zowel voor werkgevers als werknemers nadelig uitpakken, zie Peters in TRA 2015/88. Dat is eerder reden om de hele regeling op de helling te zetten dan met knip- en plakwerk vermeende gebreken te verhelpen.

Een verdere uitbreiding van het declaratiesysteem tot bedrijfssluitingen in het kleinbedrijf is in dat licht alleen al onverstandig. Bovendien zijn de voorwaarden voor de compensatie (pensioen of arbeidsongeschiktheid) zo niet fraudegevoelig, dan toch in zekere mate beïnvloedbaar door de betrokken ondernemer. In ieder geval berust het staken van het bedrijf, ook al is de ondernemer ziek of oud, op een keuze. Verkoop van de onderneming of voortzetting in afwezigheid van de eigenaar zijn in een aantal gevallen mogelijk. De VAAN/VvA heeft er ook terecht op gewezen dat het voorstel niet duidelijk maakt hoe groot het probleem eigenlijk is.<sup>11</sup> Bestaat er echt behoefte aan de compensatieregeling? Daarbij moet bedacht worden dat de regeling, die spreekt van pensioen of arbeidsongeschiktheid van de *werkgever*, kennelijk alleen ziet op natuurlijke personen die werknemers in dienst hebben en die hun bedrijf staken. Komt het nog heel vaak voor dat ondernemingen met personeel in die juridische vorm worden gedreven? De gedachte dringt zich op dat de Wab hier een micro-probleem met een ingewikkelde regeling wil oplossen, die dan ook nog eens voor een heel kleine groep zou gelden.

De balans opmakend, valt de keuze voor het schrappen van de tweejaarsdrempel goed te begrijpen. Ook de verlaging van de transitievergoeding zou heel wel verdedigbaar kunnen zijn, maar dan is eigenlijk eerst nodig dat duidelijk wordt gemaakt waar deze vergoeding voor is bedoeld.

<sup>8</sup> Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 42-43.

<sup>9</sup> Zie in die zin B. Barentsen, E.L.H. van der Vos & A.M. de Witte, *Reactie Internetconsultatie Wab 7* mei 2018, onder 4.

<sup>10</sup> Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34699, 4.

<sup>11</sup> Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 43.



# Cumulatie van ontslaggronden

TRA 2018/73

## 1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wab maakt het mogelijk de arbeidsovereenkomst te doen beëindigen als het in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren vanwege een optelsom van ten minste twee van de gronden (c) tot en met (h). Deze cumulatiegrond wordt geplaatst in art. 7:669 lid 3 onder i BW (de 'i-grond') en luidt als volgt:

“i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”

Indien de kantonrechter ontbindt op de i-grond kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding die de werkgever op grond van art. 673 lid 1 en lid 3 BW aan de werknemer verschuldigd is (voorgesteld art. 7:671b lid 8 BW).

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Het voorgestelde artikel VIII geeft weer dat de cumulatiegrond kan worden toegepast bij verzoekschriften na inwerkingtreding. Ook voor hoger beroep geldt dat de startdatum van de procedure in eerste aanleg bepalend is.<sup>1</sup>

## 2. Achtergrond regeling

Het concept voor een memorie van toelichting ('MvT') onderkent dat het gesloten stelsel van ontslaggronden leidt tot knelpunten.<sup>2</sup> Het kabinet wenst vaste contracten aantrekkelijker te maken; werkgevers moeten er op kunnen vertrouwen dat ontslag mogelijk is als de huidige ontslaggronden geen soelaas bieden, maar een einde van de relatie wel redelijkerwijs aan de orde is.<sup>3</sup> Hiermee wordt de verwachting uitgesproken dat de gewenste doorstroom van 'flex naar vast' met de voorgestelde maatregel bevorderd wordt.

Cumulatie van iedere (onvoldoende voldragen) grond (c) tot en met (h) is mogelijk. Er is voor gekozen om cumulatie niet te beperken tot bijvoorbeeld een combinatie van disfunctioneren (d) en verstoorde arbeidsverhouding (g). Een combinatie van de (a) of (b) grond en een andere ontslaggrond is niet mogelijk. De (a) en (b) gronden staan in eerste aanleg ter

beoordeling van het UWV. Een dergelijke combinatie zou tot onduidelijkheid leiden over de aangewezen ontslagroute.<sup>4</sup>

De concept-MvT geeft aan dat de enkele wens tot beëindiging onvoldoende is.<sup>5</sup> Hetzelfde geldt als partijen niet meer door één deur kunnen, waarvoor de (g)-grond de route blijft. De rechter kan (volgens de concept-MvT) de i-grond ook ambtshalve toepassen (art. 25 Rv).<sup>6</sup>

De extra vergoeding van maximaal 50% van de transitievergoeding is een mogelijkheid, geen verplichting. De rechter zal zowel de toekenning als de omvang moeten motiveren. De hoogte hangt af van de mate waarin aan de cumulerende gronden is voldaan. Als één of meer ontslaggrond(en) 'bijna voldragen' is/zijn, kan dit aanleiding zijn om de extra vergoeding achterwege te laten of te verlagen.<sup>7</sup> De extra vergoeding vormt een 'compensatie' voor de ontoereikendheid van afzonderlijk aangedragen ontslaggronden. Zij staat los van de billijke vergoeding die gekoppeld blijft aan ernstig verwijtbaar handelen en/of nalaten van de werkgever.<sup>8</sup>

## 3. Commentaar

*Verhouding tot doelstellingen Wwz.* De Wwz introduceerde een gesloten stelsel van ontslaggronden.<sup>9</sup> De wetgever beoogde met dit nieuwe stelsel 'de voorspelbaarheid van de uitkomst van een ontslagprocedure' te vergroten, waardoor ontslag eenvoudiger, sneller en eerlijker zou worden.<sup>10</sup> De smeerolie van een (hogere dan neutrale) vergoeding bij zwakke ontslagdossiers verdween. Een onvoldragen grond dient tot afwijzing van het ontbindingsverzoek te leiden.<sup>11</sup> Deze instructie vond haar weerslag in de praktijk. 75% van de kantonrechters geeft in elk geval te kennen minder snel te ontbinden sinds de Wwz de norm stelt.<sup>12</sup> Jurisprudentieonderzoek van de VAAN en de VvA bevestigt dit beeld: 79% van de verzoeken op de d-grond wordt afgewezen.<sup>13</sup>

De invoering van de cumulatiegrond zet dit gesloten stelsel op een forse kier. Hoewel de statistieken tekenend zijn voor de vastheid van het contract voor onbepaalde duur en corri-

1 Ibid.

2 Concept-MvT Wab, p. 60.

3 Concept-MvT Wab, p. 18.

4 Ibid.

5 Concept-MvT Wab, p. 62.

6 Ibid. Deze veronderstelling is overigens – met een dergelijke stelligheid – onjuist. De aanvulling zou immers anders, onder zekere omstandigheden, niet (enkel) de rechtsgronden betreffen, maar de grondslag van het verzoek zelf.

7 Ibid.

8 Concept-MvT Wab, p. 63.

9 De restgrond (art. 7:669 lid 3 onder (h) BW) is immers voorbehouden aan buitencategorieën: *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38-39 en Kamerstukken II 2013/14, 338187, p. 130.*

10 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5.*

11 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 86-87.*

12 J.H. Bennaars et al., *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, HSI, Amsterdam: UVA, 2016, p. 21 (hierna: het HSI rapport).

13 A.R. Houweling et al., *VAAN-VvA Evaluatie-onderzoek WWZ*, Den Haag: Bju 2016, p. 17.

gerend handelen van de wetgever niet onbegrijpelijk is, is de keuze voor een cumulatiegroond onzes inziens ongelukkig.

Ten eerste leidt de wijziging tot meer complexiteit zonder dat het noodzakelijkerwijs de geconstateerde knelpunten oplost. De optelsom van gronden tot één voldragen cumulatiegroond verraadt een bijna mathematische benadering van het ontslagrecht, die de praktijk moeilijk verdraagt. Is bij aantoonbaar disfunctioneren – zonder verbetertraject – 50% (of enig ander percentage) van de cumulatie-emmer gevuld? Voegt een verschil van mening over de wijze van uitvoering van de functie 30% toe? En als de werknemer twee keer te laat komt, loopt de ontbindingsemmer dan over? Of misschien toch maar *mediation* voor die ontbrekende 20%? Gevallen laten zich niet in percentages vatten en de implicatie dat dit wel kan, leidt onvermijdelijk tot gebrek aan eenduidigheid.

Ten tweede lost de cumulatiegroond bepaalde probleemgevallen niet op. Bijvoorbeeld: een werknemer disfunctioneert op een sleutelfunctie, en de werkgever vindt het in de gegeven situatie – terecht? – onverantwoord verbetering (over zes maanden?) af te wachten. En: een werknemer heeft moeite met de ‘upgrading’ van zijn functie, en krijgt daardoor problemen met een collega die wél ‘bij de tijd’ is. Beide gevallen zijn niet goed onder de in lid 3 genoemde gevallen te brengen, waardoor cumulatie ook niet aan de orde is. Kortom, de complexiteit neemt toe, terwijl een wezenlijke toename van de kans op ontbinding niet te voorspellen is en het stelsel niet alle probleemgevallen oplost. Het is vooral dweilen met de kraan open door de aard van het ‘gesloten’ stelsel van ontslaggronden. De houdbaarheid van de arbeidsverhouding laat zich onzes inziens maar moeilijk in een beperkt aantal afgebakende (al dan niet cumulerende) gronden vatten.

Ten derde kan de cumulatiegroond tot onnodige verharding van de procedure leiden. Werkgeversadvocaten zullen veelal (subsidiar) de i-grond aan gaan voeren om de ontbindingskansen te vergroten. Bij gebrekkige disfunctioneringsdossiers in het bijzonder worden werkgevers gestimuleerd om óók een (gedeeltelijke?) verstoring van de arbeidsverhouding te onderbouwen. Zowel in de voorbereidingsfase als in de ontbindingsprocedure zelf zal de focus niet alleen liggen op feitelijke afweging van iemands functioneren, maar zullen de onderlinge verhoudingen op scherp komen te staan. Wij betwijfelen of dit recht doet aan een ‘eerlijker’ stelsel, zoals de Wwz voorstond.

Onduidelijke reikwijdte. De wetgever geeft weinig richting aan de manier waarop de rechter de cumulatiegroond zou kunnen toepassen. De woorden ‘in redelijkheid niet kan worden gevergd’ lijken enger dan het oogmerk van de concept-MvT om te kunnen ontbinden als ‘een einde van de arbeidsovereenkomst *redelijkerwijs aan de orde is*’.<sup>14</sup> Tegelijkertijd spreekt de wetgever bij bespreking van de extra

vergoeding van meer of minder aanwezig zijn van voldragen gronden. Dit impliceert dat rechters meer ruimte krijgen om de cumulatiegroond toe te passen. Zoals de VAAN-VvA in haar commentaar al aangaf, leidt cumulatie van de restgroond (h) met een andere groond tot een mogelijk ruim bereik.<sup>15</sup> In de finale MvT is op zijn minst nadere duiding wenselijk.

Ontbinding vs. opzegging. Een extra vergoeding bij toepassing van de cumulatiegroond geldt niet bij opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit lijkt logisch, omdat de cumulatiegroond niet op de a- of b-grond ziet ter behoud van het exclusieve domein van het UWV. De wetgever staat echter niet stil bij gevallen waarin de reguliere preventieve toets ontbreekt, maar een redelijke groond vereist blijft. Het betreft hier werknemers genoemd in art. 7:671 lid 1 onder (d) (huishoudelijke hulp), (e) (statutair bestuurder) en (f) (geestelijke) BW.<sup>16</sup> Bij opzegging komt deze werknemers de transitievergoeding (art. 7:673 lid 1(a)(1°) BW) toe alsook, bij gebreke van een redelijke groond, herstel (groep d) of een billijke vergoeding (groepen e en f, art. 7:682 leden 2 en 3 BW). Maar dus geen extra vergoeding. Het beschermingsniveau van deze groepen neemt alsdan af zonder dat hun de aanvullende compensatie wordt geboden. De concepttoelichting op de Wab benoemt dit gevolg of deze groepen in het geheel niet. Het is wenselijk dat deze ogenschijnlijke lacune wordt gedicht – door bijv. toevoeging van een nieuw c aan art. 7:682 leden 2 en 3 BW – óf dat wordt onderbouwd waarom de extra vergoeding niet toekomt aan één of meer van deze groepen.<sup>17</sup>

Omvang vergoeding en verhouding tot billijke vergoeding. In de internetconsultatie stellen Universiteit Leiden en de NOvA voor om de extra vergoeding in Eurobedragen te maximaliseren. De onderliggende gedachte delen wij, namelijk dat het thans voorgestelde maximum in voorkomende gevallen niet het beoogde ‘maatwerk’ biedt. De extra vergoeding vormt een ‘compensatie’ voor het feit dat een enkele ontslaggroond onvoldragen is. In combinatie met de eveneens voorgestane versobering van de transitievergoeding, heeft deze compensatie slechts beperkt effect. In 2016, werkte 68% van de 7.9 miljoen werknemers minder dan

15 VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, Notitie, 4 mei 2018, p. 36.

16 De werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs, als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onder (h) BW scharen wij hier niet onder, aangezien de reguliere preventieve toets enkel niet geldt indien (i) de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer onverenigbaar met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de onderwijsinstelling; en (ii) een commissie van beroep is ingesteld en toetst. Het ligt in de rede dat een ontbinding op de i-grond veelal nog aan de kantonrechter is voorbehouden, hoewel competentiegeschillen mogelijk zijn (cumulatie van (f) en (h)-groond bijvoorbeeld). Vgl. ook reactie minister Asscher op het amendement op dit punt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 52 en 57).

17 Men zou bijvoorbeeld de mening kunnen zijn toegedaan dat de positie van de statutair bestuurder er onder de Wwz op vooruit is gegaan (standaard transitievergoeding, billijke vergoeding als geen redelijke groond versus 681(oud)-vergoeding met een drukkend effect van de hoge bomen vangen veel wind jurisprudentie), waardoor een lichte correctie en minder ruimte voor een billijke vergoeding voor statutair bestuurders (art. 7:682 lid 3 BW) gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

14 Concept-MvT Wab, p. 18.

tien jaar bij dezelfde werkgever.<sup>18</sup> Daardoor zal deze extra vergoeding in het merendeel van de gevallen niet meer dan anderhalf maandsalaris omvatten. Daarnaast verwachten wij dat het effect van de extra vergoeding bij toekenning van een billijke vergoeding vervluchtigt. In de concept-MvT zegt het kabinet van oordeel te zijn dat beide vergoedingen los van elkaar staan.<sup>19</sup> Het ligt echter in de rede dat de extra vergoeding een aftrekpost vormt bij de begroting van de billijke vergoeding, zoals dat nu ook al vaak (geheel of ten dele) gebeurt met de transitievergoeding in navolging van de *New Hairstyle*-beschikking.<sup>20</sup> Daarbij komt dat de Wab leidt tot een gecompliceerder stelsel waarin de scheidslijn tussen de cumulatiegrond en bijvoorbeeld de *Asscher-escape*<sup>21</sup> dun is. De beperkte hoogte van de extra vergoeding afgezet tegen de situatie waarin de financiële sluisdeuren van de billijke vergoeding opengaan, duidt in onze opvatting op een onevenwichtigheid. Deze onevenwichtigheid kan worden geredresseerd door een duidelijke keuze tussen een open en een gesloten stelsel, waarbij bijvoorbeeld de h-grond breder inzetbaar is voor de kantonrechter en de ontslaggronden (c) tot en met (g) gereduceerd worden tot een gezichtspuntencatalogus.<sup>22</sup> Naar analogie verwijzen wij naar art. 7:678 lid 2 BW. Deze niet-limitatieve opsomming van dringende redenen heeft de afgelopen 110 jaar bewezen dat een dergelijk systeem ruimte laat voor verdiscontering van maatschappelijke (en andere) ontwikkelingen.

18 CBS 23 april 2018: [www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/17/1-op-3-werkt-10-jaar-of-langer-bij-dezelfde-werkgever](http://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/17/1-op-3-werkt-10-jaar-of-langer-bij-dezelfde-werkgever).

19 Concept-MvT Wab, p. 63.

20 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.5.

21 Het uitgangspunt dat een onvoldragen ontslaggrond tot afwijzing leidt en niet financieel gecompenseerd kan worden, kan uitzondering leiden als een onvoldoende onderbouwd ontbindingsverzoek op de d-grond leidt tot een verstoorde arbeidsverhouding. Ontbinding met een billijke vergoeding is dan mogelijk, aldus minister Asscher in *Handelingen I* 2013/14, 33818, 32-14-10.

22 Zie over deze mogelijkheid ook het commentaar NOvA (par. 26) en VAAN-VvA (par. 4.1).

# Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt?

TRA 2018/74

## 1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans ('Wab') behelst vijf voorstellen die de rechtspositie van oproepkrachten beïnvloeden. Specifiek gaat het om de positie van werknemers met oproepovereenkomsten met uitgestelde prestatieplicht ('mup'),<sup>1</sup> waarbij 'de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgesteld'.

- *Ten eerste* kan genoemde doelgroep niet (langer) verplicht worden gehoor te geven aan een oproep die minder dan vier dagen van tevoren aan hen bekend is gemaakt (art. 7:628a lid 2 BW).
- *Ten tweede* moeten werkgevers die een gedane oproep alsnog intrekken binnen vier dagen voor aanvang van de arbeid, toch loon betalen (art. 7:628a lid 3 BW). Van de in lid 2 en lid 3 genoemde termijnen kan bij cao worden afgeweken, mits minimaal een dag resteert (art. 7:628a lid 4 BW). Alleen schriftelijke of elektronische oproepen en afzeggingen zijn rechtsgeldig.
- *Ten derde* worden de termijnen genoemd in art. 7:628a lid 2 BW (vier dagen) en art. 7:628a lid 4 BW (korter dan vier dagen maar ten minste een dag) ook leidend voor de door oproepkrachten in acht te nemen opzegtermijn (art. 7:672 lid 5 BW).
- *Ten vierde* dienen werkgevers aan oproepkrachten die twaalf maanden bij hen werkzaam zijn geweest een vaste arbeidsomvang aan te bieden, gebaseerd op de gemiddelde maandelijkse arbeidsduur in de twaalf voorgaande maanden (art. 7:628a lid 5 BW). Bij de berekening van deze termijn worden eventuele tussenpozen van ten hoogste zes maanden buiten beschouwing gelaten (lid 6). Blijft een aanbod achterwege dan heeft de werknemer toch aanspraak op loon over genoemde gemiddelde arbeidsomvang (lid 7). Afwijking van art. 7:628a BW ten nadele van de werknemer is niet toegestaan (lid 8).
- *Ten vijfde* moet op de loonstrook vermeld worden of sprake is van een schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en of daarin<sup>2</sup> de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd.

## 2. Achtergrond regeling

Oroepovereenkomsten mup zijn te onderscheiden in zogenoemde 'nulurencontracten' en 'min-maxcontracten'. Beide varianten geven oproepkrachten weinig tot geen inkomenszekerheid. Bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)<sup>3</sup> werden daarom al maatregelen genomen om hun (inkomens) positie te versterken. Zo kwam er een rechtsvermoeden van de arbeidsomvang (art. 7:610b BW) en werd een minimale looncompensatie (art. 7:628a lid 1 BW) toegekend aan werknemers met een niet of niet eenduidig vastgelegde arbeidsomvang of 'met een arbeidsomvang van minder dan vijftien uur per week, waarbij de tijdstippen voor het verrichten van arbeid niet vooraf zijn vastgelegd'.<sup>4</sup> Zij hebben voor iedere oproep van minder dan drie uur aanspraak op ten minste drie uurloon. Dat kan tot gevolg hebben dat over bepaalde tijdvakken dubbele beloning ontstaat. In 2013 oordeelde de Hoge Raad<sup>5</sup> dat dit niet in strijd is met de tekst van art. 7:628 lid 1 BW. Integendeel, de Hoge Raad overwoog dat (de mogelijkheid van) dubbele beloning juist strookt met het beschermende karakter van deze bepaling. Dit prikkelt immers de werkgever het werk zodanig in te richten dat de werknemer niet meermalen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, dan wel dat de werknemer financieel wordt gecompenseerd voor de daarmee gepaard gaande onzekerheid.<sup>6</sup> Vervolgens is bij de Wwz de mogelijkheid die art. 7:628 lid 5 (oud) BW bood aan de werkgever om de loondoorbetaling gedurende zes maanden of bij cao (onbeperkt) langer uit te sluiten, ingeperkt tot alleen die in de cao bepaalde functies, die zich naar hun aard kenmerken door werkzaamheden met een incidenteel karakter en (dus) geen vaste omvang hebben.

Het kabinet stelt zich de vraag of dit alles voldoende effect heeft gehad. Als contra-indicatie mag gelden dat de oproepformule onverminderd populair is onder werkgevers. Inmiddels werken bijna 946.000 werknemers op oproepbasis,<sup>7</sup> een verdrievoudiging ten opzichte van de ongeveer 300.000 oproepkrachten in 1996.<sup>8</sup> Slechts een deel van de oproepkrachten is economisch onafhankelijk en het armoederisico onder oproepkrachten is hoog.<sup>9</sup> Rechter interpreten het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW in geval van min-maxcontracten soms zuinig door dit vast te stellen op

1 Blijkens de concept-MvT bij de Wab, p. 29, ziet de regeling niet op zogenoemde 'voorovereenkomsten' waarbij pas een arbeidsovereenkomst ontstaat als aan een oproep gehoor wordt gegeven. Deze worden ook in deze korte bijdrage buiten beschouwing gelaten.

2 Vanuit taalkundig oogpunt kan 'daarin' slaan op 'arbeidsovereenkomst' of op 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd'. Vanuit het doel om zekerheid voor werknemers te bevorderen (zie hierover concept-MvT Wab, p. 88), valt de eerstgenoemde lezing te prefereren.

3 Wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 300 en *Stb.* 1998, 74.

4 Concept-MvT Wab, p. 30.

5 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, *JAR* 2013/140.

6 Overigens is het arrest ook wel als 'te legistisch' aangeduid; zie F.M. Dekker, 'De minimumloongarantie van art. 7:628a BW', *TAP* 2013/6, p. 228-235.

7 Concept-MvT Wab, p. 30.

8 A.T.J.M. Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 99.

9 Zie concept-MvT Wab, p. 30-31 (voetnoten 39 t/m 44). Zelfs als studerende en schoolgaande oproepkrachten worden uitgezonderd, is slechts 35 procent financieel zelfstandig.

het minimum overeengekomen aantal uren, in plaats van op de gemiddelde arbeidsomvang over de referentieperiode. Dat is, aldus het kabinet, niet in overeenstemming met wat de wetgever destijds voor ogen stond.<sup>10</sup> Bovendien is het aantal rechtszaken gering, hetgeen volgens het kabinet impliceert dat het voor oproepkrachten lastig kan zijn de aan hen toegekende rechtsbescherming daadwerkelijk te handhaven.<sup>11</sup>

### 3. Commentaar

Zal de Wab een betere balans in de arbeidsmarkt voor oproepkrachten weten te bewerkstelligen, waar de Wfz, de Wwz en bovengenoemd arrest uit 2013 te weinig gewicht in de schaal legden? Blijkens de reactie van de werkgroep VAAN/VvA verdienen de voorstellen nogal wat verheldering op detailniveau.<sup>12</sup> Zo kan bijvoorbeeld de reikwijdte van de beoogde bepalingen preciezer worden gedefinieerd. Strekt de extra bescherming voor oproepovereenkomsten 'waarvan de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd', zich uit tot alle min-maxcontracten? Of gaat het, anders<sup>13</sup> dan in het huidige art. 7:628a lid 1 BW, alleen om (nulurencontracten en) contracten met een minimum arbeidsomvang van minder dan 15 uur? En zo ja, moeten dan – binnen deze '15-min-categorie' – situaties waarbij de arbeidsomvang wél eenduidig is vastgesteld,<sup>14</sup> worden uitgezonderd of juist niet? De onduidelijkheid over de exacte omvang van de doelgroep is vooral fnuikend als het gaat om de verplichting voor de werkgever in de dertiende maand een oproepovereenkomst aan te bieden van minimaal de gemiddelde maandelijkse omvang van de arbeid in de voorafgaande twaalf gewerkte maanden (de zogenoemde 'vastklikregeling'). Hoe verhoudt zich dit tot art. 7:610b BW, waar, bij min-maxcontracten, het rechtsvermoeden niet (altijd) tot uitgangspunt wordt genomen in gevallen waarin voor de aard van de specifieke arbeid pieken en dalen juist kenmerkend zijn?<sup>15</sup> Denk bijvoorbeeld aan oproepcontracten voor werkzaamheden die een seizoenmatig karakter hebben.

De vraag is voorts of het op deze en sommige andere punten aanscherpen van de gebruikte formuleringen in de Wab voldoende is voor het bereiken van de beoogde doelen. Het kabinet wil met de voorgestelde maatregelen 'nodeloze' permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid voorkomen in die gevallen waarin de aard van het werk dat niet vereist.<sup>16</sup> Onbetwistbaar neemt inderdaad de *inkomensonzekerheid* van oproepkrachten af door werkgevers te verplichten tot loondoorbetaling als zij een gedane oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden intrekken, alsook door de invoering van genoemde vastklikre-

geling na twaalf gewerkte maanden.<sup>17</sup> *Nodeloze beschikbaarheid* wordt bovendien beperkt als werknemers weten dat ze hiertoe geen verplichting hebben wanneer ze niet uiterlijk vier dagen van te voren zijn opgeroepen.<sup>18</sup> Deze minimale meldingstermijn biedt uiteraard geen garantie dat de betrokken oproepkracht in die periode daadwerkelijk ander werk zal kunnen vinden. Interessant is wel dat het kabinet op dit punt enkel het arbeidsovereenkomstenrecht in lijn brengt met de Arbeidstijdenwet waarin deze vierdagentermijn en ook de schriftelijkheidseis al zijn neergelegd.<sup>19</sup> In Duitsland bestaat een soortgelijke minimale oproepperiode.<sup>20</sup>

(Hoe) Gaan deze verbeteringen op papier nu ook in praktijk een beter uitgebalanceerde verhouding tussen oproepkracht en werkgever verzekeren? Het kabinet poogt daartoe, meer dan in het huidige recht, rekening te houden met het zogenoemde 'doenvermogen' van oproepkrachten.<sup>21</sup> Zo is bepaald dat alleen schriftelijke of elektronische<sup>22</sup> oproep en intrekking daarvan rechtsgeldig zijn. In combinatie met een verplichte melding op de loonstrook van een al dan niet eenduidig vastgelegde arbeidsomvang, creëren deze vormvereisten een sterkere bewijspositie van de oproepkracht bij het claimen van zijn rechten. En voor een oproepkracht die twaalf maanden geduld betracht (én in die periode ook effectief tewerk wordt gesteld), verschuift uiteindelijk het initiatief tot formele vaststelling van de (vanaf dan te garanderen) feitelijke arbeidsomvang naar de werkgever. Of de voorstellen daadwerkelijk leiden tot een beter (machts)evenwicht tussen oproepkrachten en werkgever, valt lastig te voorspellen, al was het maar omdat dit van meer afhangt dan de Wab vermag. Factoren als de mate van arbeidskostenconcurrentie, de organisatiegraad van oproepkrachten en (het behoud van) toegankelijke rechtshulp spelen ook een rol. Een belangrijke prikkel voor naleving en tevens voorwaarde voor succesvolle handhavingsacties, is echter de handhaafbaarheid van het recht. Op dat punt geven de (nog iets te verbeteren) wijzigingsvoorstellen zowel een steuntje in de rug aan het bonafide bedrijfsleven als aan oproepkrachten die hun 'doenvermogen' durven aan te spreken.

10 Concept-MvT Wab, p. 32.

11 Concept-MvT Wab, p. 33.

12 Zie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 19 e.v.

13 Zie de formulering in de concept-MvT Wab, p. 30, 32-33.

14 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943, Rb. Noord-Nederland 20 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3002.

15 Rb. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:883.

16 Concept-MvT Wab, p. 33.

17 Het voorstel sluit op dit laatste punt aan bij sectorale regelingen in de zorgsector (cao VTT 2016-2018 en cao GGZ 2015-2017); concept-MvT Wab, p. 36.

18 De werkgroep VAAN/VvA vraagt zich af wat rechtens is als korter dan vier dagen voor aanvang van de arbeid de opdracht vervalt en de werkgever de oproepkrachtwerknemer andere passende werkzaamheden aanbiedt. Is de werkgever daartoe bevoegd én is de werknemer dan gehouden die werkzaamheden te accepteren? Het beoogde art. 7:628a lid 2 BW lijkt te suggereren dat het antwoord op de laatste vraag negatief is. Dit wordt bevestigd in de MvT Wab, p. 36 (2<sup>e</sup> alinea), alsmede dat het antwoord op de eerste vraag positief is.

19 Zie art. 4:2 lid 3 Arbeidstijdenwet jo. art. 4:1 lid 2 Arbeidstijdenwet, aangehaald in concept-MvT Wab, p. 34, 103.

20 Concept-MvT Wab, p. 35.

21 Concept-MvT Wab, p. 37, onder verwijzing naar de WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*, Den Haag: WRR-rapport nr. 97, 2017.

22 De mogelijkheid van elektronische opgave sluit aan bij art. 7:655 BW. Onduidelijk is wat hieronder wordt verstaan. Mail? Whats app? Via sociale media of een site van de werkgever? De rechtspraak accepteert elektronische communicatie ook als deze niet expliciet is voorgeschreven, maar wel de eis van schriftelijkheid geldt. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 juni 2015, JAR 2015/173 inzake art. 7:668 lid 1 BW.

# Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders

TRA 2018/75

## 1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) vertoont op het terrein van payrolling veel overeenkomsten met het initiatiefwetsvoorstel van de linkse partijen PvdA, GroenLinks en SP uit november 2017. Ook de Wab introduceert een definitie van payrolling (art. 7:692 BW en art. 1 lid 1 (g) Waadi), stelt het verlichte ontslagregime buiten toepassing (art. 7:692a BW) en legt in de Waadi vast dat payrollwerknemers recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers direct bij de inlener in dienst (art. 8a Waadi). De gelijkens tussen beide voorstellen verbaast niet nu de regeling in zowel de Wab als het initiatiefwetsvoorstel erop is gericht het concurreren op arbeidsvoorwaarden aan banden te leggen. Er zijn een paar verschillen. Zo biedt de Wab payrollwerknemers recht op een adequate in plaats van een gelijkwaardige pensioenvoorziening. Uit de concepttoelichting blijkt dat is gedacht aan de plusregeling van StiPP vanaf de eerste dag van ter beschikkingstelling.<sup>1</sup> Verder vallen werknemers in dienst van een personeels-BV binnen concernverband ook onder de regeling inzake gelijke arbeidsvoorwaarden (art. 8a lid 7 Waadi).

## 2. Achtergrond regeling

Het gebruik van payrolling als juridische constructie heeft de laatste jaren een enorme vlucht genomen. Hoewel de praktijk verschillende vormen van payrolling kent, is doorgaans sprake van werving en selectie van een werknemer door een opdrachtgever waarna het payrollbedrijf de beoogd werknemer in dienst neemt en exclusief aan de opdrachtgever ter beschikking stelt. Payrolling kent op basis van het huidige recht verschillende economische voordelen. Zo is het payrollbedrijf als werkgever primair verantwoordelijk voor de loonbetaling bij ziekte en de daaraan verbonden re-integratie. Ook valt de arbeidsrelatie doorgaans buiten het bereik van de toepasselijke cao en pensioenregeling van de inlener of de sector waarbinnen de inlener actief is.

In de loop van tijd is op wetgevingsniveau reeds een aantal regelingen tot stand gebracht waaraan payrollwerknemers bescherming kunnen ontlenuen. Op grond van de regeling inzake inlenersaansprakelijkheid kunnen payrollwerknemers bij de inlener terecht met hun loonclaim (art. 7:616a BW). Verder heeft art. 20 Ontslagregeling tot doel payrollwerknemers dezelfde ontslagbescherming te bieden als reguliere werknemers. Deze bepaling verklaart de situatie bij de inlener bepalend bij de beoordeling of de payrollwerkgever tot ontslag kan overgaan. De wederindiensttre-

dingsvoorwaarde van art. 22 Ontslagregeling sluit hierbij aan. De ontslagbescherming is echter gerelateerd aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor die tijd is van een gelijke behandeling met reguliere werknemers geen sprake. Dit is een gevolg van de arresten *C4C/StiPP* en *Leerorkest* waarin de Hoge Raad overwoog dat art. 7:690 en 7:691 BW geen allocatiefunctie vereisen.<sup>2</sup> Sindsdien wordt aangenomen dat ook payrollcontracten vallen onder het verlichte regime van art. 7:691 BW. Hierdoor is de ketenregeling pas van toepassing na 26 weken met een mogelijkheid tot uitbreiding tot 78 weken bij cao. Deze regel geldt ook voor het uitzendbeding zodat de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer gedurende deze periode eindigt als de derde de opdrachtovereenkomst met het payrollbedrijf beëindigt. Hoewel de Hoge Raad in het arrest *C4C* een opening laat om art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio wordt voorkomen, lijkt de praktische waarde hiervan gering. Het huidige recht biedt ondernemers aldus tal van economische voordelen om werknemers niet direct maar via een payrollbedrijf in dienst te nemen. Dat payrollbedrijven – net als uitzendbureaus – vallen onder de relatief dure sector 51 voor de premies werknemersverzekeringen doet aan deze voordelen iets maar niet veel af.

## 3. Commentaar

Over het initiatiefwetsvoorstel van de linkse partijen heeft de afdeling advisering van de Raad van State zich op 19 februari van dit jaar kritisch uitgelaten.<sup>3</sup> Nu het huidige voorstel in de Wab eenzelfde opzet en vormgeving kent, is het advies ook nu van waarde. Twee observaties uit het advies zijn interessant ter bespreking.

De Raad van State benoemde allereerst dat een afzonderlijke behandeling van het onderwerp niet de voorkeur verdient (zie p. 3-4). Aan dit punt van kritiek wordt tegemoetgekomen nu de Wab payrolling in samenhang met andere arbeidsrechtelijke hervormingen behandelt. Aan de andere kant wees de Raad van State expliciet naar de loondoorbetaling bij ziekte en de regels inzake zzp'ers en juist deze twee onderwerpen ontbreken in de Wab. Vooral het onderwerp van de zzp'ers baart zorgen. Als het gebruik van payrolling aan banden wordt gelegd, is de kans groot dat ondernemers (meer dan reeds het geval is) hun toevlucht zoeken in (schijn) constructies met zelfstandigen. Zolang een duidelijke visie op de problematiek rondom zelfstandigen ontbreekt (wetsvoorstel is aangekondigd voor 2020), leidt de voorgestelde regeling inzake payrolling enkel tot een verschuiving van het probleem.

1 Concept-MVT, p. 53-54.

2 HR 4 november 2016, *JAR* 2016/286 (*C4C/StiPP*) en HR 2 december 2016, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*).

3 *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, 4.

Het tweede punt heeft betrekking op de definiëring van het begrip payrollovereenkomst. Ter afbakening met de uitzendovereenkomst hanteert het initiatiefwetsvoorstel twee afbakeningscriteria: (i) de overeenkomst komt niet tot stand in het kader van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod; en (ii) er is sprake van exclusiviteit. De Raad van State stelde dat het onderscheid tussen payrolling en uitzending minder eenvoudig te trekken valt dan het initiatiefwetsvoorstel en de toelichting suggereren en deed een oproep de afbakeningscriteria te heroverwegen (zie p. 15). Het kabinet geeft aan deze oproep in de Wab geen gehoor; de definitie in het voorgestelde art. 7:692 BW is gelijk aan het initiatiefwetsvoorstel. Zoals de Raad van State opmerkte kan de definiëring grote gevolgen hebben voor de uitzendbranche. Het bij elkaar brengen van vraag en aanbod is namelijk gerelateerd aan de individuele overeenkomst (eerste afbakeningscriterium). Het komt regelmatig voor dat een uitzendbureau een werknemer krijgt aangedragen door de inlener en deze werknemer vervolgens aan de betreffende inlener ter beschikking stelt. In het licht van de huidige definitie sluit het uitzendbureau dan een payrollovereenkomst met de uitzendkracht. Uiteraard is het mogelijk in de overeenkomst op te nemen dat de inlener toestemming verleent de werknemer ergens anders ter beschikking te stellen (tweede afbakeningscriterium). Maar ook op dit criterium valt het nodige af te dingen. Is het enkel opnemen van een dergelijke clause voldoende om aan de kwalificatie van een payrollovereenkomst te ontkomen? Een bevestigend antwoord maakt de payrollovereenkomst wel erg eenvoudig te omzeilen. Dat lijkt mij niet beoogd. Naast de clause zal de feitelijke situatie bepalend zijn. Dat houdt in dat ook uitzendbureaus te maken kunnen krijgen met de regels inzake payrolling. Of het kabinet zich van deze consequentie bewust is geweest, valt niet eenduidig uit de concepttoelichting op te maken (zie enkel p. 49). Dat verbaast gezien het heldere advies van de Raad van State.

De VAAN-VvA werkgroep noemt in haar reactie op de internetconsultatie dat een definitie van payrolling achterwege kan blijven als in de tekst van art. 7:690 BW de allocatiefunctie wordt vermeld.<sup>4</sup> Art. 7:610 BW zou in zijn huidige vorm aan rechters voldoende mogelijkheden bieden om een payrollovereenkomst als arbeidsovereenkomst te kwalificeren. Ik heb hier mijn bedenkingen bij. Art. 7:610 BW gaat uit van een twee-partijenovereenkomst. Ook als een payrollbedrijf enige invulling aan het materiele werkgeverschap geeft, staat voorop dat de werknemer zijn werkzaamheden onder leiding en gezag van een derde verricht. De tekst van art. 7:610 BW is op een dergelijke drie-partijenovereenkomst onvoldoende toegesneden. Naar mijn idee biedt de huidige tekst van art. 7:690 BW een goede basis voor de driehoeksrelatie in het algemeen. Ik zou aan de formulering liever niets veranderen. Hoe specifiek men de wettekst maakt, hoe eenvoudiger het zal zijn constructies te bedenken die er net buiten vallen. Beter zou men kunnen opnemen dat art. 7:691 BW enkel geldt voor bedrijven

die bijvoorbeeld meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis halen uit het actief samenbrengen van vraag en aanbod. De allocatiefunctie is in dat geval gekoppeld aan de onderneming van de werkgever en niet – zoals in de voorgestelde definitie – aan de individuele driehoeksrelatie. Hetzelfde kan gelden voor de Waadi. Ik geef toe: ook aan deze oplossing kleven nadelen. Zo wordt de aard van het bedrijf bepalend voor de kwalificatie van een individuele overeenkomst. Het kan hierdoor zijn dat zowel een uitzendwerknemer als een payrollwerknemer door de inlener is geworven, terwijl op beide overeenkomsten een ander arbeidsvoorwaardenregime van toepassing is. Bovendien zijn constructies denkbaar waarop de allocatiefunctie van het bedrijf als onderscheidend criterium niet eenvoudig valt toe te passen. Wat geldt bijvoorbeeld als de werving en selectie door een ander dan de inlener en de werkgever wordt verricht?<sup>5</sup>

Tot slot een paar opmerkingen over het voorgestelde art. 8a Waadi. Ook werknemers in dienst van een personeels-BV vallen op grond van lid 7 onder het bereik van dit artikel. In deze situatie heeft de werkmaatschappij doorgaans zelf geen werknemers in dienst. De werknemers hebben in dat geval recht op de arbeidsvoorwaarden zoals die gelden in de bedrijfstak (art. 8a lid 2 Waadi). In mijn commentaar op het initiatiefwetsvoorstel benoemde ik reeds een aantal vragen die de bepaling opwerpt.<sup>6</sup> De Wab geeft op deze vragen geen antwoord. Sterker nog, iedere toelichting op de bepaling ontbreekt. De VAAN-VvA werkgroep wijst voorts op mogelijke consequenties voor internationale concerns.<sup>7</sup> De werkgroep noemt het voorbeeld van een naar Nederland gedetacheerde expat die vanaf de eerste dag recht krijgt op het loon dat in de bedrijfstak gebruikelijk is. Deze conclusie lijkt mij niet juist. Op grensoverschrijdende intra-concern-detachering is de Detacheringsrichtlijn van toepassing en die biedt slechts recht op de Nederlandse harde kern arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in wetgeving of toepasselijke ge-avv'de cao. Het voorgestelde art. 8a Waadi valt hier niet onder en Nederland kan de bepaling evenmin op grensoverschrijdende detacheringconstructies van toepassing verklaren.<sup>8</sup> In dit licht bestaat wel een ander risico. Concerns kunnen via grensoverschrijdende detacheringconstructies art. 8a Waadi trachten te omzeilen. Denk aan het oprichten van een personeels-BV in het buitenland. Voor toepassing van de Detacheringsrichtlijn is echter wel vereist dat de buitenlandse concernvennootschap substantiële ondernemingsactiviteiten ontplooit (art. 3 lid 4 Handhavingsrichtlijn). Of een personeels-BV hieraan voldoet, valt te betwijfelen.

4 Zie reactie VAAN-VvA werkgroep, Internetconsultatie Wab, p. 9-11.

5 Zie voor meer voorbeelden de reactie van L.G. Verburg, Internetconsultatie Wab.

6 Zie mijn column in TRA 2018/4.

7 Reactie VAAN-VvA werkgroep, Internetconsultatie Wab, p. 12.

8 Vgl. HvJ EG 18 december 2007, JAR 2008/12 (Laval).

# Premiedifferentiatie WW

TRA 2018/76

## 1. Voorgestelde regeling

In het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans wordt voorgesteld om in de Wet financiering sociale verzekeringen onderscheid te maken tussen een lage WW-premie voor “werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd”, en een hoge WW-premie voor “overige werknemers”. Nadere voorwaarden en hoogte van de premies zal worden geregeld bij Amvb. Vooralsnog denkt de regering aan een premieverschil tussen “vast” en “flex” van vijf procentpunten. De huidige sectorale premiedifferentiatie voor de eerste zes maanden van WW-uitkeringen vervalt in het voorstel. Aan de deels sectorgewijze premiedifferentiatie in ZW en WGA zal pas op een later moment worden gesleuteld.

In de concept-MvT wordt uiteengezet welke nadere voorwaarden gelden bij de toepassing van de lage premie. Voorgesteld wordt de lage premie te herzien, ook al was er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin het aantal uren eenduidig is vastgelegd, in de volgende situaties:

1. De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de overeenkomst een WW-uitkering uit hoofde van diezelfde arbeidsovereenkomst.
2. De werknemer krijgt een WW-uitkering wegens arbeidsurenverlies bij een werkgever terwijl de arbeidsovereenkomst bij diezelfde werkgever voortduurt (met uitzondering van urenverlies door bedrijfseconomische omstandigheden of arbeidsongeschiktheid).
3. De arbeidsovereenkomst wordt binnen vijf maanden na aanvang beëindigd.

Ter bevordering van de handhaving van deze regeling moet de werkgever op de loonstrook gaan vermelden welke van beide typen contracten met de werknemer is gesloten.

## 2. Achtergrond regeling

De WW wordt sinds de invoering in 1949 in twee delen gefinancierd. De eerste periode van werkloosheid werd voorheen verzekerd via de bedrijfsverenigingen die elk voor de eigen sector de hoogte van de premie bepaalden. Indien de werkloosheid langere tijd aanhield, werd de uitkering gefinancierd vanuit het Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf). De gedachte hierachter was dat de werknemer die kort werkloos was zich verbonden zou blijven voelen met de bedrijfstak en na afloop van de werkloosheid terug zou keren in de bedrijfstak. Naarmate de werkloosheid langer duurde, verminderde de band met de bedrijfstak en lag financiering vanuit het Awf dus meer in de rede.

Deze systematiek is sindsdien niet fundamenteel veranderd. De eerste zes maanden van WW-uitkeringen worden op dit moment gefinancierd via 67 verschillende sectorpremies, die worden gestort in een sectorfonds. Sectorgewijze premieheffing wordt thans gehanteerd als middel om sociale partners te prikkelen om de premie laag te houden.<sup>1</sup>

Over de vraag hoe effectief de prikkelwerking van de huidige sectorindeling is, is weinig bekend.<sup>2</sup> Men kan aan de effectiviteit twijfelen omdat de prikkel niet gericht is op individuele werkgevers, maar afhankelijk is van gezamenlijke inspanningen in de sector. Daar is voor gekozen omdat een individuele premie te veel instabiliteit voor werkgevers meebrengt.

De samenwerking van de sociale partners op dit terrein is in het Sociaal akkoord van 2013 aangemerkt als een belangrijke route om de sectoren sterker uit de economische crisis te laten komen. In dit kader is tot 2017 in totaal voor meer dan € 1 miljard geïnvesteerd, waarvan zo'n € 400 miljoen afkomstig was van de Regeling Cofinanciering Sectorplannen, en € 600 miljoen uit de sectoren zelf. Initiatieven bestonden onder andere uit van-werk-naar-werk-trajecten, bijscholingsprogramma's en langdurige beroepsbegeleide leerweg-trajecten (bbl). Nog in juni 2017 heeft demissionair minister Asscher de kamer met instemming bericht over de resultaten van deze initiatieven, waarvan de eindevaluaties overigens pas in 2020 verwacht worden.<sup>3</sup> De sectorindeling is in die zin een gewaardeerde grondslag voor samenwerking in sectoren. Toen de SER in 2015 adviseerde over de financiering van de WW, zag het geen aanleiding om de huidige sectorsystematiek te verlaten.<sup>4</sup> Alternatieven om tot een stabielere premiestelling te geraken zoals een langjarige premie werden door de SER afgeraden juist vanwege het verlies van de prikkelende werking van de sectorpremie.

Het huidige kabinet had volgens het Regeerakkoord van 2017 niet speciaal plannen om de sectorpremie af te schaffen. Wel is in het regeerakkoord al aangekondigd dat het kabinet zou gaan bekijken hoe de premiedifferentiatie in de WW kan bijdragen aan het aantrekkelijker maken van het vast contract. De achtergrond hiervan is gelegen in het feit dat uit allerlei onderzoeken blijkt dat de instroom in de WW voor een veel groter deel bestaat uit werknemers met een flexibel dienstverband dan uit werknemers met een vast

1 Zie voor deze prikkelfilosofie *Kamerstukken II 1999/2000, 27227, 1.*

2 *Kamerstukken II 2010/11, 29544, 329, bijlage 3.*

3 *Kamerstukken II 2016/17, 33566, 99.*

4 Advies 2015/02: 20 februari 2015 (Commissie Toekomstige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet) *Werkloosheid voorkomen, beperken en goed verzekeren: Een toekomstbestendige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet*, p. 100.



contract.<sup>5</sup> Door de kamer is erop aangedrongen om deze plannen deel uit te laten maken van de Wab.<sup>6</sup>

De reden dat nu wordt voorgesteld om de premiedifferentiatie naar type contract in de plaats te stellen van de premiedifferentiatie per sector, is blijkens de toelichting op de Wab ingegeven door het feit dat de Belastingdienst heeft aangegeven beide types premiedifferentiatie niet gecombineerd te kunnen uitvoeren. Dit heeft te maken met de complexiteit van de sectorindeling, die deels op verouderde sectorafbakeningen berust en aanleiding geeft tot veel grensgeschillen.

### 3. Commentaar

Uit de relatief talrijke inbreng van werkgeversorganisaties<sup>7</sup> bij de internetconsultatie blijkt dat dit in die hoek als mischien wel het meest ingrijpende onderdeel van de Wab wordt ervaren. De hoge premie voor flexcontracten zal weliswaar niet tot een verhoging van de totale WW-premielasten leiden, maar wel tot een verschuiving van de premielast van werkgevers in sectoren met relatief hoge premies, naar werkgevers met veel flexibele overeenkomsten. Hiertegen bestaan bezwaren bij sectoren met een lage premie en/of een ruime hoeveelheid flexarbeid.

Veelvuldig wordt het bezwaar geuit dat sectorinspanningen om werkloosheid te voorkomen en te beperken teniet worden gedaan door het afschaffen van de sectorfondsen, terwijl men daar juist tevreden over is,<sup>8</sup> niet alleen vanwege de prikkelwerking maar ook vanwege de mogelijkheid een anti-cyclische premieheffing na te streven. Een bezwaar is ten tweede de gedwongen solidariteit met andere sectoren. Tekenend is de reactie van Detailhandel Nederland die bezwaar maakt tegen meebetalen aan de “hoge uitkeringen in de bankensector”.

Ook het belasten van flexarbeid krijgt kritiek. Hoewel het beginsel van differentiatie tussen ‘vast’ en ‘flex’ zelf niet fundamenteel wordt aangevallen, wordt wel gesignaleerd dat het kabinet zelf onderkent dat flexarbeid tot op zekere hoogte een legitiem doel dient en in sommige sectoren niet vermeden kan worden. Daarom gaat het volgens werkgevers niet aan om flexarbeid altijd deze ‘boete’ op te leggen.<sup>9</sup>

5 SEO (2013) De sociaaleconomische situatie van langdurige flexibele werknemers; UWV (2010) Groei van de flexibele arbeid en de gevolgen voor het beroep op de WW.

6 De motie Jasper van Dijk c.s. ‘Vast werk loont’, 34855, 8, is op 13 maart 2018 nagenoeg unaniem aangenomen door de Tweede Kamer, *Handelingen II* 2017/18, 60–19.

7 Er is inbreng van o.a. VEBIDAK (Dakdekkers), Zelfstandige Publieke Werkgevers, Koninklijke Metaalunie, NBBU, KNMT (tandartsen), KHN (Horeca), VNG, CBM (Meubelindustrie), TLN (transport), Uneto-vini (installatiebranche), Vakcentrum (detailhandel), LTO (agrarische sector), VGT (Textiel), Actiz (zorg); VNO/NCW/MKB Nederland; Brancheorganisatie Zorg, ABU, Detailhandel Nederland; Podiumkunsten.

8 VEBIDAK, Koninklijke Metaalunie, NBBU, KNMT, CBM, TLN, Uneto-Vini, Vakcentrum, LTO, VGT, VNO/NCW/MKB Nederland; Acture (uitvoerder eigenrisicodragers); Detailhandel Nederland; Podiumkunsten; ook de CNV vindt dit.

9 VGT (textiel); Acture.

Men verwacht dat werkgevers gaan vluchten in automatisering en het aannemen van zzp'ers.

Aan werkgeverszijde wordt voorts geklaagd dat de definitie van de doelgroep van de lage premie te beperkt is, en derhalve de restgroep voor flex te ruim.<sup>10</sup> Volgens deze definitie is immers elk contract waarbij niet elke maand precies hetzelfde loon wordt uitbetaald, een flexcontract, en bovendien met terugwerkende kracht. Dat geldt dus voor werknemers die fluctuerende overwerkuren uitbetaald krijgen, incidenteel hebben ingevallen voor een collega, of een min-max contract met kleine bandbreedte (bijv. 30–38) hebben. Verder wordt geklaagd dat de premieheffing op deze contracten niet zichtbaar een band zal hebben met daadwerkelijke instroom in de WW. In sectoren waar veel met scholieren of studenten wordt gewerkt, of waar bbl-trajecten worden aangeboden, vragen flexkrachten immers zelden een uitkering aan.

Van werknemerszijde waren er een stuk minder bezwaren tegen dit voorstel. CNV en FNV menen dat het verschil tussen de hoge en lage premie te klein is omdat het kostenverschil tussen vast en flex in werkelijkheid veel groter is. De NovA ziet handhavingsproblemen, en stelt voor de premiebetaling transparant te maken voor de werknemer. De VAAN ziet risico's voor oneigenlijk gebruik, bijvoorbeeld in de vorm van het gezamenlijk aanmerken van een contract voor bepaalde tijd als een contract voor onbepaalde tijd met een beëindigingsovereenkomst. Daaraan kan worden toegevoegd het probleem dat het met terugwerkende kracht heffen van de hoge premie wordt voorkomen als de werknemer geen WW aanvraagt. Dit kan leiden tot het onder druk zetten van werknemers om geen WW-uitkering aan te vragen, hetgeen nu naar het schijnt bij sommige eigenrisicodragers ook gebeurt.

### 4. Eindoordeel

Naar mijn oordeel wordt met het vervangen van de sectorfondsen door premiedifferentiatie naar contractvorm het kind met het badwater weggegooid. Er is de afgelopen jaren veel geïnvesteerd in samenwerking in sectoren. Het is een desinvestering om al die opgedane kennis en contacten nu van tafel te vegen om een experiment aan te gaan waarvan de uitkomst ook onzeker is. Uit de ervaringen van enige sectoren met een gedifferentieerde premie tussen korte contracten en lange contracten valt in ieder geval niet op te maken dat dit een groot verschil zal hebben in de keuze van werkgevers tussen vast of flex.<sup>11</sup> Idealiter wordt de sectorindeling gecombineerd met premiedifferentiatie tussen vast en flex. Daartoe zal het nuttig zijn de sectorfondsen te herijken, liefst in samenhang met de ZW en de WIA, zoals ook de NovA voorstaat.

10 Koninklijke Metaalunie, KNMT, FME, KHN, Uneto-Vini, Lto, VGT, Actiz, VNO/NCW/MKB, Brancheorganisatie zorg; Detailhandel Nederland.

11 Beleidsdoorlichting SZW begrotingsartikel 5: Werkloosheid, December 2016, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 30982, 29, p. 77: “Premiedifferentiatie naar contractvorm heeft mogelijk een beperkt effect op seizoenswerkloosheid (WW-instroom), maar dit is niet eenduidig aangetoond.”