

1. Beoordeling wetsvoorstel in brede zin

De ambitieuze titel van het wetsvoorstel 'Wet arbeidsmarkt in balans' is een fraaie vlag die de lading niet dekt. Het wetsvoorstel heeft daarvoor een **te beperkte focus**. Het focust uitsluitend op de *arbeidsovereenkomst*. Het wetsvoorstel wil binnen die arbeidsovereenkomst het vaste contract aantrekkelijker maken en flexibele contractsvormen (tijdelijk, oproep, payroll) onaantrekkelijker maken. Echter: wil men 'vast' en 'flex' en daarmee de arbeidsmarkt meer in balans brengen, dan kunnen de mogelijkheden voor werkgevers om hetzelfde werk *buiten de arbeidsovereenkomst* te laten verrichten niet buiten beschouwing blijven.

- Extra werknemersbescherming en minder flexibiliteit voor de werkgever, zijn nu eenmaal triggers voor veel werkgevers om aan het werkgeverschap te ontsnappen. Als flexibele contractvormen risicovoller of kostbaarder worden (bijv. hogere WW-premie, betalen transitievergoeding vanaf dag één), dan wordt vooral de 'zzp-ontsnappingsroute' (nog) aantrekkelijker voor werkgevers. Het blijft vreemd dat ook in dit wetsvoorstel weer aan veel kleine knopjes wordt gedraaid *binnen* de arbeidsovereenkomst – geleid door de wens het vaste contract aantrekkelijker te maken – terwijl de fiscale facilitering van zzp-arbeid niet wordt aangepakt. Ondernemers die hun arbeidskrachten die mooie vaste baan aanbieden, moeten echter wel concurreren met ondernemers die de daaraan verbonden risico's en kosten ontlopen.
- Het wetsvoorstel bevat ook maatregelen die het vaste contract minder risicovol maken (met name de cumulatie-ontslaggrond). Daarmee kan inderdaad een deel van de 'risicodrempel' om een vast contract te sluiten worden weggenomen. Er resteert echter nog altijd een hoge kosten- en risicodrempel, met name bestaande uit de socialezekerheidsrisico's die aan een (vast) arbeidscontract verbonden zijn, maar niet aan alternatieven buiten de arbeidsovereenkomst om.¹

Dit voorstel zal de arbeidsmarkt niet 'in balans' brengen.² Daarvoor is niet alleen de focus maar ook het **instrumentarium te beperkt**. Het zet vrijwel uitsluitend het *arbeidsrecht* in als instrument (afgezien van het voorstel tot premiedifferentiatie WW). Om de gesignaleerde problematiek daadwerkelijk te kunnen oplossen is juist het samenspel tussen het arbeidsrecht, het socialezekerheidsrecht en de fiscaliteit cruciaal.

Men kan zich vervolgens afvragen of het voorstel, binnen de beperkte focus en het beperkte instrumentarium dat wordt ingezet, meer balans brengt *binnen de arbeidsovereenkomst*, dus *tussen vaste en flexibele contracten*. Ik neem de belangrijkste aanpassing in de ketenregeling als voorbeeld: de maximumtermijn van de keten wordt verruimd van twee jaar naar drie jaar – en dat betekent: terug naar de maximumtermijn die vóór de Wwz gold. Hier wordt met geen woord gerept over de **beschermingsparadox van het arbeidsrecht**: meer bescherming voor werknemers kan juist averechts uitpakken. De idee van de Wwz-wetgever was dat de verkorting van de maximumtermijn tot twee jaar ertoe zou leiden dat de flexwerker eerder de zekerheid van het vaste contract ten deel zou vallen. Die verwachting is niet uitgekomen.³ Juist voor de meest kwetsbare tijdelijke werknemers (laagopgeleid, nauwelijks gespecialiseerd) werkt zo'n maatregel averechts: zij worden niet na drie jaar, maar na twee jaar ingeruild voor een andere werknemer. In dit voorstel wordt de terugkeer naar het oude maximum van drie jaar gepresenteerd als een maatregel die de werkgevers ertoe gaat verleiden een vast contract te sluiten en die ervoor zorgt dat "werkgevers een bewuste keuze kunnen maken voor flexibele contracten wanneer dit past bij de aard van het werk".⁴ Dat is wrang. De winst voor deze tijdelijke werknemers is waarschijnlijk slechts dat zij pas weer na drie jaar in plaats van al na twee jaar voor een ander worden ingeruild.

¹ Zie mijn oratie, gepubliceerd in TRA 2016/32 ('Arbeidsrechtelijke lastendruk en ondernemersbescherming').

² Hetgeen de regering zelf ook lijkt te erkennen, zie MvT, p. 21-22.

³ VAAN-VvA Evaluatie onderzoek Wwz 2016, p. 82.

⁴ MvT, p. 21.

2. Beoordeling ontslagrechtelijke onderdelen wetsvoorstel

2.1. Cumulatiegrond (art. 7:669 lid 3 sub i) en extra vergoeding (art. 7:671b lid 8)

Het in de MvT (p. 63) gesignaleerde knelpunt is reëel. Door het huidige gesloten stelsel van ontslaggronden, waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts mogelijk is als één van de ontslaggronden voldragen is, kan de rechter soms niet ontbinden terwijl de omstandigheden beëindiging van de arbeidsrelatie wél rechtvaardigen. Hier wreekt zich dat het nieuwe ontslagrecht nauwelijks rechterlijk maatwerk toestaat.

Verleidingsdoelstelling: Dit voorstel kan werkgevers daadwerkelijk ertoe verleiden (eerder) een vast contract te geven. De cumulatiegrond zorgt ervoor dat de rechter de arbeidsovereenkomst weer kan ontbinden in (bijna⁵) alle gevallen waarin de omstandigheden die ontbinding rechtvaardigen. Deze maatregel maakt het aangaan van een vast contract voor werkgevers minder risicovol. Het feit dat aan ontbinding op de cumulatiegrond een extra vergoeding kan worden verbonden doet daar niet aan af.

Vereenvoudigingsdoelstelling: Er komt zowel een nieuwe ontslaggrond als een nieuwe ontslagvergoeding bij. De leidt ertoe dat de regeling iets complexer wordt. Daarnaast zal de cumulatiegrond de met het systeem van de gesloten ontslaggronden beoogde voorspelbaarheid van de uitkomst van de ontslagprocedure⁶ niet vergroten.

Systeem ontslagrecht – afkoop ontslagbescherming: De regering is kennelijk van mening dat de i-grond een minder deugdelijke ontslaggrond is (althans kan zijn), dan de overige gronden. De MvT stelt dat niet onomwonden, maar zegt slechts dat deze mogelijkheid

“wenselijk (is) omdat de werknemer zodoende gecompenseerd kan worden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl de ontslaggronden c tot en met h ieder voor zich onvoldoende waren om een ontslag te rechtvaardigen.”⁷

Een i-grond ontbinding verdient dus extra compensatie, naast de TV die immers ook (mede) is “bedoeld als compensatie voor het ontslag”.⁸ Met andere woorden: een ontbinding op een *voldragen i-grond* verdient (in de regel) *meer compensatie dan een voldragen c t/m h-grond*. Daarvoor wordt zelfs een geheel eigen ontslagvergoeding gecreëerd. Dit wijst erop dat de regering ervan uitgaat dat de i-grond (in de regel) een minder deugdelijke ontslaggrond is dan de andere gronden; anders zou er immers geen extra compensatie voor het ontslag nodig zijn. Dat leidt mij tot de conclusie dat de regering in haar eigen visie met de i-grond een mogelijkheid creëert om de standaard ontslagbescherming af te kopen. Dit is een breuk met het nieuwe systeem van de Wwz, waarin de wetgever die afkoop (die eigen was aan de oude ontbindingspraktijk) juist heeft willen uitbannen. De conclusie dat het hier in wezen (volgens de regering) om *afkoop van ontslagbescherming* gaat, wordt ondersteunt door de wijze waarop de hoogte van de extra vergoeding wordt bepaald. Die wordt niet standaard bepaald aan de hand van in de wet neergelegde criteria, maar wordt aan het rechterlijk maatwerk overgelaten evenals het geval was met de oude ontbindingsvergoeding (zij het dat aan de i-grond vergoeding wel een wettelijk maximum wordt gesteld).

Het is m.i. niet vanzelfsprekend dat een voldragen i-grond (in de regel) een minder deugdelijke ontslaggrond is – en daarom extra compensatie behoeft – dan bijv. een voldragen g-grond (verstoorde arbeidsverhouding). De aparte i-grond ontslagvergoeding behoeft naar mijn mening dus nadere motivering. Is hiermee volgens de regering toch weer een vorm van afkoop van ontslagbescherming in het ontslagsysteem geïntroduceerd?

⁵ Cumulatie met de a-grond en b-grond is niet mogelijk. Het is niet ondenkbaar dat onder omstandigheden een deels voldragen d-, e- of g-grond in combinatie met de a-grond een ontbinding zou kunnen rechtvaardigen.

⁶ 33 818, 3, p. 5 (Wwz).

⁷ MvT, p. 65.

⁸ MvT, p. 62.

Dit neemt niet weg dat ik – als we het huidige stelsel van ontslaggronden als uitgangspunt blijven nemen – de introductie van deze i-grond én de introductie van de extra ontslagvergoeding op zich toejuich. Hiermee wordt de nodige lucht (of smeerolie) in het systeem teruggebracht en wordt weer iets méér aan het rechterlijk maatwerk overgelaten. Ik zie echter geen goede redenen om die extra ontslagvergoeding exclusief voor de i-grond te reserveren. Ik zie ook geen goede *inhoudelijke* redenen om de i-grond te beperken tot cumulatie van de gronden c t/m h. Naar mijn mening is een systeem te prefereren waarin zowel de cumulatie van ontslaggronden als de ‘extra rechterlijk maatwerk vergoeding’ op *alle* ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 van toepassing wordt.⁹ Dit zal echter binnen het huidige ontslagstelsel tot procedurele complicaties leiden;¹⁰ hier wreekt zich dat de beoordeling van de a- en b-grond (in eerste instantie aan het UWV is overgelaten – een keuze die in belangrijke mate bijdraagt aan de complexiteit van het huidige ontslagrecht en bij dit voorstel tot een moeilijk verdedigbaar onderscheid tussen de ontslaggronden leidt. Overigens zie ik de cumulatiegrond als een erkenning van de realiteit dat de houdbaarheid van de arbeidsverhouding zich niet of nauwelijks in een beperkt aantal strak afgebakende gronden laat vatten.¹¹ Die erkenning zou een eerste stap kunnen zijn in de richting van het (toch weer) loslaten van in de wet opgesomde vaste ontslaggronden.

2.2. Transitievergoeding (TV)

Schrappen 2-jaars-drempel en >10-jaars-verhoging

Verleidingsdoelstelling: Het schrappen van de 2-jaars-drempel voor de TV verkleint het verschil in kosten tussen de beëindiging van een vast en een tijdelijk contract en daarmee wordt een (klein) deel van de aantrekkelijkheid van een tijdelijk contract ten opzichte van een vast contract weggenomen. De voorgestelde nieuwe berekenwijze van de opbouw van de TV sluit daar goed bij aan. Kortom: hiermee verdwijnt een negatieve prikkel om een werknemer na bijv. twee tijdelijke contracten vast in dienst te nemen. Ook het schrappen van de verhoging van de TV na tien jaar dienstverband verkleint de kosten tussen beëindiging van langdurende en kortdurende contracten.

Werknemersbescherming: Gelet op de doelstellingen van de TV – compensatie voor het ontslag en faciliteren van de overgang naar een nieuwe baan – is het schrappen van de 2-jaars-drempel toe te juichen. Tot de groep werknemers die uit een tijdelijk contract dat korter dan twee jaar heeft geduurd (of keten van tijdelijke contracten) werkloos worden, behoren werknemers die steeds weer op zoek moeten naar een nieuwe baan. Dat zijn kwetsbare werknemers die gedwongen in de flexibele schil blijven hangen. Juist zij kunnen behoefte hebben aan compensatie voor (het zoveelste) onvrijwillige verlies van hun dienstbetrekking en aan een ‘transitiepotje’. Hoewel het telkens om kleine bedragen zal gaan, geeft het wetsvoorstel hun de mogelijkheid dat transitiepotje op te bouwen.

Het schrappen van de >10-jaars-verhoging leidt ertoe dat de TV voor werknemers die al lang bij dezelfde werkgever zitten lager wordt. Dit treft met name oudere werknemers, die namelijk vaak een relatief hoge anciënniteit hebben. Enerzijds kan een hogere TV gerechtvaardigd worden geacht gelet op hun in het algemeen zwakkere arbeidsmarktpositie. Deze groep heeft relatief veel moeite met het vinden van een nieuwe baan en aan dat laatste wil de TV juist bijdragen. Anderzijds is hun TV – ook zonder deze verhoging – al hoger, aangezien de hoogte daarvan al standaard aan de lengte van het dienstverband is gekoppeld, en dat blijft zo.

Terzijde wijs ik erop dat deze maatregelen weer een duidelijk voorbeeld zijn van hoe het ontslagrecht wordt ingezet als *instrument om arbeidsmarkt doelstellingen te realiseren*, terwijl het om wezenlijke werknemers beschermende regelingen gaat. Het verdwijnen van de >10-jaars-verhoging wordt

⁹ Vergelijk het Advies RvS, p. 16, waarin de Raad erop wijst dat juist voor kleine werkgevers een combinatie van bedrijfseconomische problemen en disfunctioneren problematisch kan zijn.

¹⁰ Zie MvT, p. 63-64.

¹¹ Zie R.A.A. Duk, A. Keizer en H.W.M.A. Staal, Cumulatie van ontslaggronden, TRA 2018/73. Met name een combinatie van de i-grond en de h-grond (die ziet op andere omstandigheden dan de omstandigheden die bestreken worden door de overige gronden) heeft een ruim bereik, zie Advies RvS, p. 16.

uitsluitend gemotiveerd als het verdwijnen van een kostenpost in de MvT.¹² Gelukkig staat de MvT, anders dan de concept MvT, bij de 2-jaars-drempel wél stil bij de transitiefunctie van de TV, maar zij zwijgt over de wijze waarop dit voorstel zich verhoudt tot de ontslagcompensatiefunctie van de TV.

Uitzondering bedrijfsbeëindiging kleine ondernemer

Art. 7:673e nieuw voorziet in een oplossing voor een daadwerkelijk knelpunt. Kleine werkgevers (natuurlijke personen) kunnen daardoor wegens hun eigen pensionering of arbeidsongeschiktheid straks hun bedrijf beëindigen zonder dat zij zelf de (soms te hoge) last van het uitbetalen van transitievergoedingen aan hun werknemers hoeven te dragen. Omdat alle werknemers dan tegelijkertijd worden ontslagen, kan het om een aanzienlijk bedrag ineens gaan. Hoewel onduidelijk is hoe groot dit probleem in de praktijk is qua aantallen werkgevers,¹³ is wél duidelijk dat voor de werkgevers die het betreft dit een groot probleem kan zijn.¹⁴ Dit kan de extra complexiteit waartoe deze nieuwe uitzondering leidt rechtvaardigen.

2.3. Proeftijd¹⁵

Met de voorgestelde verlenging van de proeftijd denkt de regering te draaien aan de ‘verleidingsknop’: een langere proeftijd 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.

Verleidingsdoelstelling: 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. 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. Bijvoorbeeld een tijdelijk contract (‘op proef’) voor zes maanden plus één dag met proeftijd van één maand, wat nu ook mogelijk is. Werknemers zijn met dat laatste beter af (zie hierna). Dit is niet de risicoreductie of flexibiliteit waarop werkgevers zitten te wachten.¹⁶ Sterker nog: de voorstellen maken het vaste contract eerder *minder* aantrekkelijk voor werkgevers, nu zij bij een proeftijdontslag in beginsel geen rechten meer kunnen ontlenen aan een concurrentiebeding (zie het voorgestelde art. 7:653(5) BW) en zij dan alsnog de hoge WW-premie moeten betalen.¹⁷

Vereenvoudigingsdoelstelling: De regering memoreert de doelstelling van de Wwz om het ontslagrecht eenduidiger en eenvoudiger te maken,¹⁸ 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 nodeloos ingewikkeld. Daarnaast geeft de verlenging van de proeftijd allerlei nieuwe misbruikmogelijkheden, zoals de regering onderkent. Daarom wordt deze maatregel geflankeerd door anti-misbruikregels in art. 7:652 (nieuw lid 5), de ketenregeling (art. 7:668a nieuw lid 2b) en de regeling van het concurrentiebeding (art. 7:653 nieuw lid 5). Verder lijkt het niet onaannemelijk dat naarmate de periode waarin een werknemer elke vorm van

¹² MvT, p. 69.

¹³ B. Barentsen, Transitievergoeding, TRA 2018/72 p. 20.

¹⁴ Zo kwam bijv. naar voren tijdens de door Bouwend Nederland georganiseerde Expertsessie ‘Goed werkgeverschap’, Hoofddorp, 7 december 2016.

¹⁵ Zie S.S.M. Peters, ‘Proeftijd XL: complexiteit die niet (ver)leidt tot meer vastigheid’, TRA 2018/70 (‘Wab special’).

¹⁶ Zie Reactie VNO-NCW/MKB-Nederland, Internetconsultatie Wab, p.7-8.

¹⁷ MvT, p. 86.

¹⁸ MvT, p. 18.

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.

Beschermingsfunctie ontslagrecht: De verlengde proeftijd wordt in MvT aangemerkt als een “substituut voor het aangaan van een tijdelijk contract”.¹⁹ Het op één lijn stellen van proeftijd en tijdelijk contract verhuut een groot probleem dat aan het voorstel kleeft: 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 (behalve discriminatoire) reden. De functie van de proeftijd rechtvaardigt die lange periode niet en rechtvaardigt evenmin dat de werkgever bij een vast contract vijf keer zo lang de tijd krijgt ‘op de werknemer te studeren’ als bij een jaarcontract. 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. Bepaalde groepen werknemers, bijvoorbeeld zomervakantiekrachten, die nu op een kort tijdelijk contract – mét bijbehorende rechtsbescherming! – in dienst worden genomen, kunnen straks een vast contract met vijf maanden proeftijd verwachten,²⁰ met de ‘zekerheid’ dat dat contract door een proeftijdontslag zal eindigen.

Ten slotte is het de vraag of aan de aanpassing van de proeftijd geen internationale verplichtingen in de weg staan, zoals de MvT zonder enige onderbouwing stelt.²¹ Voorgesteld wordt een maximumperiode van maar liefst vijf maanden waarin de werknemer zonder enige opzegtermijn, om vrijwel elke willekeurige reden kan worden ontslagen. Die periode zou wel eens te lang kunnen zijn, gelet op de internationale normen inzake opzegtermijnen,²² deugdelijke ontslaggronden en bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag²³ en redelijke proeftijdtermijnen.²⁴

Niet bedoelde effecten/tegenstrijdigheden: De maatregel geeft werknemers een *prikkel 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 waagstuk. Er zit voorts 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. Het lijkt onwaarschijnlijk dat een werkgever zich door vijf maanden proeftijd laat verleiden tot ‘direct vast’, als hij een tijdelijk contract 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.

¹⁹ MvT, p. 99.

²⁰ Reactie FNV Internetconsultatie Wab, p.12-13.

²¹ Par. 3.3.5.

²² Art. 4 lid 4 ESH en de daaraan gegeven uitleg door het ECSR; ILO Termination of Employment Convention no. 158, art. 11. Deze Conventie is overigens niet door Nederland geratificeerd.

²³ ILO Convention 158, art. 4-10; art. 30 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

²⁴ ILO Convention 158, art. 2.