

De commissie SZW van de Tweede Kamer
T.a.v. de heer M. Esmeijer, griffier
Binnenhof 4
2513 AA DEN HAAG

position paper wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)

Geachte leden van de commissie SZW,

Middels deze position paper geef ik u graag mijn visie op het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) op basis van mijn ervaring als arbeidsrechtadvocaat.¹

Ik zal kort stilstaan bij enkele in het oog springende onderdelen van het wetsvoorstel en ik sluit af met een conclusie en enkele aanbevelingen.

Algemeen/doelstelling Wab

De regering beoogt met dit wetsvoorstel een betere balans op de arbeidsmarkt (m.n. tussen flexibele en vaste contracten) te bewerkstelligen door gelijktijdig twee bewegingen in te zetten:

1. behoud van de inzet van flexibele arbeidscontracten waar dit aansluit op de behoefte van werkgevers (en werknemers) en aard van het werk, maar met een gelijktijdige versterking van de positie van flexwerkers. ("*flex minder flex*") en
2. het voor werkgevers aantrekkelijker en minder risicovol maken om werknemers een arbeidscontract voor onbepaalde tijd aan te bieden ("*vast minder vast*").

¹ Ondergetekende is sinds 1995 als advocaat werkzaam in de arbeidsrechtpraktijk en is directeur-eigenaar van Van Gelderen Arbeidsrechtadvocaten (VGA), een landelijk werkend advocatenkantoor met zes in arbeidsrecht gespecialiseerde advocaten/juristen. Het kantoor adviseert werknemers, werkgevers en ambtenaren. VGA is mede bekend vanwege Ontslag.nl, een van de meest geraadpleegde websites op het gebied van ontslag en arbeidsrecht.

Onderstaand treft u mij reflectie aan op enkele belangrijke onderdelen van dit wetsvoorstel.

Ketenregeling

Het verruimen van de maximumtermijn van de ketenregeling van twee naar drie jaar is een maatregel die door werkgevers ongetwijfeld als positief ervaren zal worden. Ik betwijfel echter zeer of dit ertoe zal leiden dat werkgevers na ommekomst van deze maximale termijn eerder dan nu het geval is zullen besluiten om de betreffende medewerker een vast contract aan te bieden. De kans is reëel dat werkgevers in plaats van na twee jaar, dan na drie jaar afscheid van de betreffende werknemer zullen nemen.

Met andere woorden: of de doorstroom van een tijdelijk contract naar een vast contract door deze maatregel bevorderd wordt is uiterst onzeker.

Oproepkrachten

Het wetsvoorstel lijkt de (rechts)positie van oproepkrachten inderdaad te versterken, met name als het gaat om de maatregel dat werkgevers verplicht worden om jaarlijks in de 13^e maand een aanbod aan de werknemer te doen voor een vaste urenomvang. Dat het de werkgever is die hier het initiatief moet nemen (en niet de werknemer) lijkt mij een goede zaak. Uit mijn praktijk blijkt namelijk dat veel oproepkrachten zelf huiverig zijn om melding te maken van hun rechten (vanwege de angst om in de toekomst niet meer opgeroepen te worden), wegens gebrek aan financiële middelen om dit recht zo nodig via een rechter op te eisen of simpelweg vanwege een gebrek aan kennis over deze rechten.

Ontslagrecht

De introductie van een nieuwe ontslaggrond (cumulatiegrond/i-grond) is een belangrijk onderdeel van dit wetsvoorstel waarover in de media zowel van werkgeverszijde als van werknemerszijde reeds het nodige gezegd is. Vanuit werknemers-/vakbondszijde wordt beweerd dat werknemers hierdoor "vogelvrij" zouden zijn, van werkgeverszijde wordt geklaagd over de mogelijke extra vergoeding die betaald moet worden indien de kantonrechter op basis van deze nieuwe ontslaggrond tot ontbinding van het arbeidscontract overgaat.

Mijns inziens is het een goede zaak om de rechter de mogelijkheid te geven om (weer) enig maatwerk te kunnen bieden in ontslagzaken in gevallen waar geen sprake is van een voldragen ontslaggrond, maar waar het wel duidelijk is dat de wegen van partijen

zich beter kunnen scheiden. Op basis van de huidige, gelimiteerde acht ontslaggronden wijzen diverse onderzoeken uit dat het huidige ontslagrecht erg rigide is². Het is voor een gemiddelde werkgever buitengewoon lastig om "het dossier" voor de volle 100% op orde te hebben/krijgen. De wetgever heeft zich bij het opstellen van de ontslagregels in het kader van de Wwz verkeken op het feit dat ontslagzaken zich niet in strakke, vastomlijnde hokjes (*hard and fast rules*) laten duwen.

Ik ben dus voorstander van deze nieuwe ontslaggrond, maar wil daarbij wel graag een belangrijke kanttekening plaatsen die betrekking heeft op de extra vergoeding die de rechter in een dergelijke situatie kan opleggen. Deze vergoeding zou volgens het wetsvoorstel namelijk maximaal 50% van de transitievergoeding mogen bedragen. Door deze maximering zal de rechts- en onderhandelingspositie van een werknemer bij een ontslagkwestie substantieel verslechteren. Met andere woorden: deze maximering zorgt voor een disbalans in het ontslagrecht. Ik licht dat graag kort toe.

Onder de huidige Wwz-regels voldoet in de praktijk slechts een klein gedeelte van de werkgevers aan de eisen die gesteld worden aan een *redelijke ontslaggrond* (m.n. als het gaat om ontslag wegens een persoonlijk motief zoals disfunctioneren, verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsrelatie). Dit leidt ertoe dat werkgevers (i) in verreweg de meeste gevallen een ontslagprocedure proberen te vermijden door de werknemer een beëindigingsovereenkomst voor te leggen en (ii) in dit beëindigingsvoorstel vaak een ontslagvergoeding aanbieden die, uiteraard afhankelijk van de zaak, aanzienlijk hoger is dan de transitievergoeding. Met enige regelmaat resulteert dit uiteindelijk in een schikking waarbij de ontslagvergoeding uitkomt op het niveau van tweemaal de transitievergoeding (of meer). Kortom: in de arbeidsrechtelijke schikkingspraktijk is de transitievergoeding geen norm, maar het absolute minimum. In feite is de transitievergoeding het startpunt van de onderhandelingen voor een ontslag met wederzijds goedvinden.

De introductie van een nieuwe (en relatief soepele) ontslaggrond in combinatie met een extra vergoeding van maximaal 50% van de transitievergoeding voor de werknemer heeft naar verwachting in de praktijk de volgende effecten:

² Zie o.a. Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ, UvA, 29 juni 2016 (Kamerstukken II 2015/16, 34 351, nr. 18 en Statistiek Ontbindingsprocedure 2017, Tijdschrift Arbeidsrecht 8/9 2018, P. Kruit & I.H. Kersten.

- Werkgevers zullen in schikkingsonderhandelingen inzetten op een ontslagvergoeding van maximaal 150% van de transitievergoeding. De boodschap aan de werknemer zal luiden: als u niet akkoord gaat met dit voorstel, volgt een ontslagprocedure bij de rechter en loopt u het risico dat u "slechts" een transitievergoeding ontvangt, maar op meer dan 1½ maal de transitievergoeding hoeft u in elk geval niet te rekenen.
- Indien het daadwerkelijk tot een ontslagprocedure komt, zal een werkgever vrijwel altijd (ook) een beroep doen op de cumulatiegrond. Met andere woorden: de cumulatiegrond zal geen uitzonderingsgrond worden, maar min of meer standaard worden opgenomen in een ontslagverzoek van elke werkgever in de hoop/verwachting dat deze ontslaggrond in vrijwel alle gevallen tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal leiden.

Vooraf voor werknemers met een relatief kort dienstverband en/of een lager betaalde functie levert 1½ maal de transitievergoeding in absolute zin nog steeds slechts een zeer beperkte ontslagvergoeding op. Een voorbeeld: een werknemer van 35 jaar met een dienstverband van 6 jaar en een salaris van € 2.100 bruto kan aanspraak maken op een transitievergoeding van € 4.200 bruto. Bij een ontbinding/ontslag op grond van de nieuwe cumulatiegrond zou deze werknemer in aanmerking kunnen komen voor een (totale) ontslagvergoeding van maximaal € 6.300 bruto.³

Om deze maatregel dus evenwichtig te laten zijn, in die zin dat de belangen van werkgever en werknemer in balans zijn, zou de rechter niet alleen de mogelijkheid moeten krijgen om eerder dan nu het geval is de arbeidsovereenkomst te ontbinden (aan de hand van de cumulatiegrond), maar zou de rechter ook de bevoegdheid moeten krijgen om een ruimere extra vergoeding toe te kennen dan het huidige voorgestelde plafond van 50% van de transitievergoeding indien daarvoor aanleiding is, bijvoorbeeld vanwege verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Tot slot verwacht ik dat deze extra ontslaggrond slechts een beperkt positief effect zal hebben als het gaat om de vraag of werkgevers hierdoor sneller een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zullen aanbieden.

³ Indien de werkgever zich ernstig verwijtbaar gedragen zou hebben, zou de rechter bovenop dit bedrag nog een billijke vergoeding kunnen vaststellen op grond van artikel 7:673 lid 9 BW. De lat hiervoor ligt vanwege het criterium "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten" echter erg hoog.

Transitievergoeding

Door de transitievergoeding verschuldigd te laten zijn vanaf de eerste dag van het dienstverband ontstaat mijns inziens een eerlijker systeem en bovendien zal deze maatregel bijdragen aan het verkleinen van de kloof tussen vast en flex. Tot nu toe hadden de meeste flexwerkers (met een dienstverband korter dan twee jaar) namelijk helemaal geen recht op een transitievergoeding.

Door de verhoogde opbouw van de transitievergoeding bij een dienstverband langer dan tien jaar te laten vervallen, wordt met name de ontslagvergoeding voor oudere werknemers (met een langer dienstverband) fors lager. Voor zover deze werknemer (ook nog) 50-plusser is, zal hij te maken krijgen met een nog lagere transitievergoeding nu de maatregel van een verhoogde opbouw van de transitievergoeding (artikel 7:673a BW) met ingang van 1 januari 2020 eveneens komt te vervallen. Deze maatregel maakt het ontslagrecht op het punt van de transitievergoeding weliswaar eenvoudiger en zorgt ervoor dat de ontslagkosten voor oudere werknemers zullen dalen, maar gelijktijdig komt de financiële compensatie voor oudere werknemers die met ontslag geconfronteerd worden stevig onder druk te staan.

Onderstaande tabel geeft aan wat de hoogte is van de transitievergoeding van een werknemer van 55 jaar met een dienstverband van 20 jaar en een maandsalaris van € 3.000 bruto (inclusief vakantietoeslag).

transitievergoeding op basis van de Wwz bij een ontslag per heden	transitievergoeding na het vervallen van de overgangsregeling van 50-plussers (m.i.v. 1 januari 2020)	transitievergoeding na het vervallen van de overgangsregeling voor 50-plussers én het vervallen van de verhoogde opbouw na 10 jaar dienstverband
<p>€ 32.500 bruto</p> <p>(Bij een ontslag voor inwerkingtreding van de Wwz zou deze werknemer op basis van de kantonrechtersformule een ontslagvergoeding ontvangen van € 75.000 bruto.)</p>	<p>€ 25.000</p>	<p>€ 20.000</p>

Proeftijd

Met name de maatregel om in een (eerste) arbeidsovereenkomst een proeftijd van vijf maanden toe te staan leidt mijns inziens tot een te lange periode van rechteloosheid. Ook werkt deze maatregel misbruik in de hand, in die zin dat sommige werkgevers deze proeftijd zullen ge-/misbruiken als een "tijdelijke arbeidsovereenkomst" die op elk gewenst moment beëindigd kan worden, al dan niet op de laatste dag van de proeftijd.

Ik kan mij bovendien niet goed voorstellen dat deze maatregel ertoe zou leiden dat werkgevers eerder overgaan tot het aanbieden van een vast contract. Uit mijn contacten met werkgevers in de praktijk maak ik namelijk op dat werkgevers met name huiverig zijn voor vaste contracten vanwege de verplichtingen die uit een dergelijk contract voortvloeien nadat de proeftijd verstreken is (denk aan de loondoorbetaling bij ziekte, de lange en strikte re-integratieverplichtingen en de kosten/risico's bij een eventuele beëindiging van het contract).

Conclusies

Het wetsvoorstel Wab bevat een aantal maatregelen die ik zonder meer als positief beschouw en ook als een verbetering ten opzichte van de Wvz kunnen worden beschouwd. Ik doel dan op de versterking van de positie van oproepkrachten, het introduceren van een nieuwe ontslaggrond en de versnelde opbouw van de transitievergoeding (vanaf de eerste dag van het dienstverband).

Een aantal andere maatregelen zullen m.n. door werkgevers als positief worden ervaren (het verlengen van de maximale termijn van de ketenregeling, de introductie van een nieuwe (versoepelde) ontslagreden en het vervallen van de hogere transitievergoeding voor werknemers met een lang dienstverband (> 10 jaar) maar zullen mijns inziens niet tot gevolg hebben dat werkgevers noemenswaardig sneller vaste contracten zullen aanbieden.

Aanbevelingen

Naar aanleiding van bovenstaande overwegingen geef ik u graag de navolgende aanbevelingen in overweging:

- Laat rechters bij toepassing van de cumulatiegrond zelf bepalen of en zo ja, welke extra vergoeding gepast is zonder hieraan een maximum te koppelen ter grootte van 50% van de transitievergoeding (zoals nu ook het geval is bij de billijke vergoeding). Bij wijze van alternatief zou dit plafond opgehoogd kunnen worden

naar 100% resp. 200% van de transitievergoeding. Ook zou wettelijk vastgelegd kunnen worden dat er slechts aanleiding is voor een dergelijke extra vergoeding indien de werkgever zich verwijtbaar gedragen heeft (danwel iets verwijtbaar nagelaten heeft).

- Het ligt voor de hand om de hoogte van de transitievergoeding (en die van een eventuele extra vergoeding in geval van een ontbinding op grond van de cumulatiegrond) te maximeren op de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioen- of AOW-leeftijd. Een werknemer hoeft immers financieel niet beter af te zijn met ontslag in vergelijking met de situatie dat hij nog tot aan zijn pensioen- of AOW-leeftijd had moeten doorwerken.
- Gelijktijdig met het aftoppen van de transitievergoeding voor oudere werknemers (in verband met de aankomende pensioenleeftijd) is het zinvol om de forse terugval in transitievergoeding voor oudere werknemers (met een zwakkere arbeidsmarktpositie) nog eens te heroverwegen. In bovenstaand voorbeeld zou e.e.a. leiden tot een transitievergoeding die ca. 40% lager is dan onder de huidige regels het geval is.
- Schrap de maatregel die het mogelijk maakt om een proeftijd van vijf maanden op te nemen in een arbeidscontract voor onbepaalde tijd.
- Laat de voorgenomen maatregel die erop gericht is om de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (voor kleine werkgevers) qua duur te beperken gelijktijdig ingaan met de Wet arbeidsmarkt in balans. Met name de huidige uitzonderlijk lange loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (in samenhang met de vergaande re-integratieverplichtingen) is voor werkgevers namelijk aanleiding om geen of minder vaste contracten aan te bieden.

Utrecht, 30 november 2018

Maarten van Gelderen
arbeidsrechtadvocaat
m.vangelderens@vangelderens.nl