

Position paper wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans t.b.v. het rondetafelgesprek met de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 3 december 2018

Prof. dr. mr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens (hoogleraar Sociaal Recht, Vrije Universiteit Amsterdam)

Het doel van het wetsvoorstel is de balans tussen 'vast' en 'flex' op de arbeidsmarkt te herstellen. Dit streven verdient ondersteuning. Een onvrijwillig en langdurig verblijf in de flexibele schil heeft voor werknemers grote nadelen. Flexwerkers hebben nauwelijks ontslagbescherming en vangen als gevolg daarvan als eerste de klappen op van omzetfluctuaties en een neergaande conjunctuur. Mede daardoor hebben zij minder goede toegang tot de woningmarkt. Langdurig flexibele werknemers hebben voorts minder carrièreperspectieven dan vergelijkbare vaste werknemers en doen vaker een beroep op de WW. Werkgevers blijken bovendien minder te investeren in scholing van tijdelijke arbeidskrachten dan in werknemers met een vast contract. Stabieler banen hebben mede daarom een positief effect op productiviteit en innovatie.

Een belangrijke oorzaak van het toegenomen ontwikkelingsgedrag is mijns inziens gelegen in het feit dat de overheid de laatste decennia, veelal uit macro-economische overwegingen (beperking uitkeringslasten), steeds meer risico's bij werkgevers heeft neergelegd (zie o.a. S.S.M. Peters, 'Arbeidsrechtelijke lastendruk en ondernemersbescherming', in: *Tijdschrift voor Recht en Arbeid* 2016/32). Zo heeft de verplichting om bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte twee jaar het loon door te betalen, bij maar liefst 45% van alle werkgevers tot extra voorzichtigheid geleid bij het omzetten van het tijdelijk in een vast contract (G. Brummelkamp, L. de Ruig & W. Roozendaal (2014), *Prikkels en knelpunten. Hoe werkgevers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte beleven*, p. 40). Daarbij komt dat de inschakeling van zzp'ers door de overheid bijzonder aantrekkelijk wordt gemaakt. Deze groep is door fiscale en andere arrangementen, zelfs bij gelijke reserveringen voor werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid en aanvullend pensioen, in staat aanzienlijk goedkoper te werken dan bedrijven met personeel werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst (zie m.n. het IBO-rapport (2015), *Zelfstandigen zonder personeel*, in het bijzonder p. 120-122). Als gevolg daarvan is een ongelijk speelveld ontstaan.

Het wetsvoorstel komt slechts in zeer beperkte mate tegemoet aan voornoemde bezwaren. De, zeker in internationaal perspectief, extreem lange loondoorbetalingsplicht bij ziekte en de bevoordeling van de inzet van zzp-ers worden, (nog) niet aangepakt. Het door werkgevers gepercipieerde 'prijsverschil' tussen flexibele contractsvormen en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt enigszins verkleind, maar betwijfeld moet worden of de maatregelen voldoende omvattend zijn om de beoogde balans daadwerkelijk te bereiken.

Zonder meer positief ben ik over de afschaffing van de tweearendrempel voor de verschuldigheid van de transitievergoeding en de invoering van premiedifferentie naar de aard van het contract in plaats van naar sector (mede vanwege de afbakeningsproblemen die zich bij sectordifferentiatie voordoen en het daaruit voortvloeiende shopgedrag). Door de beperking van de opbouw na tien jaren is het kosteneffect van deze maatregel voor werkgevers beperkt. Vraag is wel of aldus voldoende rekening wordt gehouden met de lastige arbeidsmarktpositie van oudere werknemers. De voorgestelde compensatiemaatregelen in de sfeer van de transitievergoeding juich ik eveneens van harte toe.

De invoering van een cumulatiegrond voor ontslag komt tegemoet aan een in de rechtspraak sterk gevoelde behoefte. Het stelsel van limitatieve ontslaggronden wordt als te beklemmend ervaren.

De voorgestelde maatregel faciliteert weliswaar tot op zekere hoogte werkgevers die hun personeelsbeleid/dossiers niet op orde hebben, maar daar staat een prijs tegenover (een hogere vergoeding). Over de vraag of die prijs hoog genoeg is, kan men (uiteraard) twisten. Dat slechts een cumulatie mogelijk is van de gronden genoemd sub *c* tot en met *h* van art. 7:669 lid 3 BW lijkt mij terecht, aangezien een combinatiemogelijkheid met de *a*-grond een ongewenste doorkruising op zou leveren van de bij bedrijfseconomische ontslagen gehanteerde objectieve selectiecriteria (i.e. het afspiegelingsbeginsel), waarin in beginsel geen plaats is voor een weging van het functioneren van de betrokken werknemer. Als de werkgever andere selectiecriteria wil gebruiken, dient hij daarover overeenstemming te bereiken met de vakorganisaties (zie art. 7:669 lid 6 BW).

Het opnemen van een definitie van het begrip oproepovereenkomst vind ik een verbetering, vooral omdat daarmee de toepasselijkheid van art. 7:628a BW op min/maxcontracten buiten twijfel wordt gesteld. Verder heb ik, vanwege hun zwakke positie op de arbeidsmarkt en de ontwikkelingsmogelijkheden voor werkgevers, geen hoge verwachtingen van de naleving van de nieuwe regels voor deze categorie werknemers.

Van twee onderdelen van het wetsvoorstel ben ik aanzienlijk minder gecharmeerd. Het betreft in de eerste plaats de algemene verruiming van de ketenregeling van twee naar drie jaren. Deze verruiming draagt mijns inziens niet bij aan de doelstelling van het wetsvoorstel (herstel balans flex-vast). In tegenstelling tot de verruiming van de mogelijkheden voor terugkerend tijdelijk werk gedurende maximaal negen maanden en de speciale voorziening voor het basis- en speciaal onderwijs, staat deze maatregel – anders op p. 14 van de memorie van toelichting wordt gesuggereerd – los van de aard van het werk. Iedere onderneming kan er gebruik van maken, ook wanneer het om structurele arbeid gaat. Gevreesd moet worden dat onder de nieuwe bepaling werkgevers die thans vrijwel steeds na 24 maanden afscheid nemen van een werknemer, dat onder het nieuwe recht na drie jaren zullen doen. Bij een verruiming van de ketenregeling zal deze groep een werknemer wellicht wat langer op tijdelijke basis laten werken, maar uiteindelijk toch geen vast dienstverband aanbieden, omdat men vanwege de gepercipieerde kosten onder alle omstandigheden een contract voor onbepaalde tijd wil vermijden. Voor andere werkgevers zal de verruiming van de ketenregeling juist reden zijn om het aangaan van een contract voor onbepaalde tijd verder uit te stellen. Dat deze gedragsreactie waarschijnlijk is, blijkt ook uit de evaluatie van de tijdelijke verruiming van de ketenregeling voor jongeren tot 27 jaar, die onderdeel was van het crisisbeleid in 2010 en 2011 (Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 274). Door die maatregel ontstond voor deze groep pas na vier jaar of bij het vijfde contract een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Diverse werkgevers maakten van die mogelijkheid gebruik, terwijl zij zonder verruiming eerder een vast contract zouden hebben aangeboden (ASTri (2011), *Evaluatie maatregel verruiming ketenbepaling*). Netto effect van de thans voorgestelde aanpassing zal derhalve waarschijnlijk zijn dat werknemers langer op tijdelijke basis zullen werken, niet dat het aangaan van een onbepaalde-tijdcontract wordt bevorderd.

Ronduit ernstig vind ik het voorstel de maximale proeftijd bij onbepaalde-tijdcontracten te verruimen tot vijf maanden. Werknemers zullen als gevolg daarvan gedurende een aanzienlijke periode vrijwel elke ontslagbescherming moeten ontberen. Gedurende vijf maanden kunnen zij om nagenoeg elke reden, van het ene op het andere moment op straat worden gezet. Net als de Raad van State zie ik niet welk knelpunt hier wordt opgelost. Werkgevers hebben nu reeds de mogelijkheid een werknemer langere tijd te beproeven door gebruikmaking van (meerdere) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Bovendien kunnen als gevolg van deze wetswijziging ongewenste praktijken ontstaan, bijv. in

sectoren waarin met name behoefte bestaat aan tijdelijke arbeid voor minder dan vijf maanden of waar werknemers eenvoudig vervangbaar zijn. Hier zullen (al dan niet successievelijk) werknemers worden aangenomen op basis van een onbepaalde-tijdcontract, dat kort voor het verstrijken van de vijfmaandenperiode wordt beëindigd (en zo nodig wordt opgevolgd door een nieuw contract voor onbepaalde tijd met een andere werknemer met wederom een proeftijd van vijf maanden). De aangekondigde wetswijziging zou aldus weliswaar leiden tot meer arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, maar deze contracten zullen minder waard zijn dan de huidige flexcontracten. De door de regering voorgestelde maatregelen om misbruik te voorkomen (zie MvT, p. 59-60), staan niet in de weg aan het ontstaan van de hier beschreven praktijken. Bovendien zal het standaardgebruik van de maximale proeftijd ten koste gaan van de mobiliteit op de arbeidsmarkt. Ook dat lijkt mij een onwenselijk effect. De opmerking in het Nader Rapport (p.30) dat het opnemen van een proeftijd geen verplichting is, doet geen recht aan de omstandigheid dat een arbeidsovereenkomst, zeker aan de onderkant van de arbeidsmarkt, veelal het karakter heeft van een adhesiecontract.

Tegenover de maatregelen met betrekking tot payrolling sta ik wat ambivalent. Voor zover ik daar zicht op heb, geven de meeste payrollbedrijven zo weinig inhoud aan hun werkgeversrol dat tot een arbeidsovereenkomst met het inlenend bedrijf zou moeten worden geconcludeerd. Het creëren van een apart wettelijk 'payrollregime' legitimeert dergelijke constructies tot op zekere hoogte. Daar staat echter tegenover dat het ontbreken van bijzondere regels eraan heeft bijgedragen dat de afgelopen jaren grote groepen werknemers op payrollbasis zijn gaan werken tegen slechtere arbeidsvoorwaarden dan degenen die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener. Dit is niet alleen bijzonder vervelend voor de betrokken werknemers, maar heeft ook concurrentieverstorende effecten tussen ondernemingen. De pogingen om daaraan paal en perk te stellen waardeer ik daarom uiteindelijk positief.

Mijn grootste aarzeling bij de wijze waarop de regering de positie van payrollwerknemers wil regelen betreft de afbakening van de bijzondere regeling (art. 7:692 nieuw), meer in het bijzonder het daarin opgenomen criterium van exclusieve terbeschikkingstelling. Voorkomen moet worden dat partijen door hun relatie anders te presenteren, bijvoorbeeld door in de overeenkomst een beding van niet-exclusieve terbeschikkingstelling op te nemen, kunnen ontkomen aan het voorgestelde dwingendrechtelijk regime. De regering heeft daar in zoverre oog voor dat zij, blijkens de opsomming van indicaties van exclusiviteit op p. 42 van de memorie van toelichting, wezen voor schijn willen laten gaan, maar de daar gepresenteerde holistische weging biedt voor de rechtspraktijk weinig houvast. De onzekere uitkomst van een procedure zal payrollwerknemers er naar verwachting van weerhouden in dergelijke gevallen op te komen voor hun rechten. Ik zou daarom willen pleiten voor invoegen van een tweede lid in het voorgestelde art. 7:692, inhoudende dat de werkgever geacht wordt alleen met toestemming van de derde bevoegd te zijn de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen wanneer de werknemer in kwestie de werkzaamheden gedurende meer dan zes maanden voor de opdrachtgever heeft verricht. Daarbij is niet van belang wie gedurende die periode zijn formele werkgever is.