

Vergaderjaar 2018–2019

35 074

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 11 oktober 2018 en het nader rapport d.d. 6 november 2018, aangeboden aan de Koning door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 5 juli 2018, no. 2018001208, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), met memorie van toelichting.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 5 juli 2018, nr. 2018001208, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 11 oktober 2018, nr. W12.18.0178/III, bied ik U hierbij mede namens de Minister voor Rechtsbescherming aan.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. Op de opmerkingen van de Afdeling wordt hierna ingegaan. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

De huidige vormgeving van de arbeidsmarkt knelt voor zowel werkgevers als werknemers, aldus het voorstel. De huidige vormgeving slaagt er

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

onvoldoende in om werkgevers en werknemers te ondersteunen bij het aangaan van een arbeidsrelatie die aansluit bij hun behoeften en aard van het werk. Om een nieuwe balans aan te brengen tussen zekerheid en kansen worden regelingen op het terrein van de flexibele arbeid, het ontslagrecht en de Werkloosheidswet aangepast.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over zowel de voorgestelde maatregelen als de door het voorstel gehanteerde aanpak. Zij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen. Alhoewel met name de introductie van de cumulatiegrond en de aanpassing van de regeling inzake de transitievergoeding kansen bieden om knelpunten te verminderen, zullen andere maatregelen uit het voorstel gemakkelijk tot een waterbed-effect kunnen leiden. De verlichting die een maatregel kan geven, leidt gemakkelijk tot nieuwe knelpunten elders op de arbeidsmarkt. Evenzo geldt dat de nieuwe rechten die worden toegekend aan werknemers in een zwakkere positie, zonder bredere en fundamentele aanpak, in veel gevallen niet zullen leiden tot een daadwerkelijk sterkere positie voor deze werknemers. Dit risico geldt voor de aanpassingen met betrekking tot oproepcontracten en premiedifferentiatie. Ten slotte acht de Afdeling het onwaarschijnlijk dat de maatregelen rond payrolling en proeftijd effectief zullen zijn. Zij adviseert dan ook deze beide laatste maatregelen niet in de huidige vorm in het voorstel op te nemen.

De Afdeling constateert derhalve dat ook bij invoering van het wetsvoorstel te grote verschillen blijven bestaan tussen verschillende categorieën werkenden. De Afdeling wijst er tevens op dat veel van de voorgestelde maatregelen tot gevolg hebben dat verkleining van knelpunten door een maatregel weer spanningen elders op de arbeidsmarkt vergroot. De Afdeling is daarom van oordeel dat de probleem-aanpak van het voorstel ontoereikend is om een balans op de arbeidsmarkt tot stand te brengen. De aard van de problematiek op de arbeidsmarkt vergt dat met urgentie wordt gewerkt aan het komen tot een meer fundamentele benadering die zich uitstrekt tot het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit in onderlinge samenhang.

1. Probleembeschrijving en probleem aanpak

De huidige arbeidsmarkt slaagt er volgens de toelichting onvoldoende in om werkgevers en werknemers te ondersteunen bij het aangaan van een arbeidsrelatie die aansluit bij de behoefte en de aard van het werk. Deze vormgeving knelt volgens het kabinet omdat deze vormgeving aan werkgevers en werknemers niet de noodzakelijke zekerheid en kansen biedt. Ondanks de maatregelen die in de Wet werk en zekerheid (Wwz) zijn getroffen om meer zekerheid te bieden, onder andere door het gebruik van flexibele arbeid minder aantrekkelijk te maken, is de groei van deze vorm van arbeid ook na de inwerkingtreding van die wet doorgedaan.² De kansen op de arbeidsmarkt blijven daarmee ongelijk verdeeld en de groep werknemers met minder zekerheden blijft groeien.³

De toelichting geeft er, gelet op het bovenstaande, blijk van dat de inrichting en werking van de arbeidsmarkt, ook na de Wwz, fundamentele knelpunten kent. Tegelijkertijd kenschetst de toelichting de in het voorstel gekozen aanpak als «groot onderhoud aan de regelingen op het terrein van flexibele arbeid, het ontslagrecht en de WW».⁴ Het voorstel sluit in

² Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, figuur 1.

³ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Context en achtergrond»

⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Inleiding».

hoge mate aan bij de door de Wwz gecreëerde regelingen en past deze op onderdelen aan.

De Afdeling merkt over de in de toelichting gemaakte probleemanalyse en de in het voorstel gekozen aanpak het volgende op.

a. Probleemanalyse

De arbeidsmarkt is volgens het voorstel niet in balans vanwege de kloof tussen vaste en flexibele werknemers. Flexibele werknemers verkeren in een ongelijke positie en kennen grotere onzekerheid over werk en inkomen. Tegelijkertijd neemt het aantal vaste contracten nog altijd af, en blijft het aantal flexibele banen toenemen. Dit acht het kabinet problematisch nu flexibele werknemers minder zekerheden hebben, hetgeen ook op andere terreinen dan de arbeidsmarkt (welzijn, toekomst, woning) gevolgen voor deze groep heeft.⁵ Daarnaast wordt in flexibele werknemers minder geïnvesteerd in het kader van scholing, hetgeen ook gevolgen kan hebben voor de innovatiekracht van de economie.

De groei van flexibele arbeid wordt volgens de toelichting deels verklaard door het effect van technologische vooruitgang, globalisering en culturele ontwikkelingen.⁶ De Nederlandse arbeidsmarkt is echter sterker geflexibiliseerd dan andere landen, waar deze trends zich ook voordoen. Volgens de toelichting is dan ook aannemelijk dat de forse groei van flexibele arbeid in ons land mede verklaard wordt door de institutionele vormgeving van de arbeidsmarkt. De verschillen die bestaan tussen vaste en flexibele contracten dragen er volgens de toelichting aan bij dat keuzes door werkgevers voor het ene of andere regime teveel worden gemaakt op basis van kosten en risico's.

De bovenstaande beschrijving van de problematiek acht de Afdeling op zichzelf herkenbaar. Tegelijkertijd merkt de Afdeling echter op dat de aard van de in de toelichting geschetste problematiek een meer fundamentele en bredere doordenking vergt. Zij merkt het volgende op.

i. Aard problematiek

Terecht wijst de toelichting erop dat de problematiek op de Nederlandse arbeidsmarkt verbonden is met de betrekkelijk grote tweedeling in het beschermingsniveau tussen categorieën werkenden. Daarin hebben de «insiders» met een vast dienstverband relatief veel bescherming en zekerheid en de «outsiders» zonder een dergelijk dienstverband relatief weinig bescherming en zekerheid. Dit maakt het mogelijk dat werkgevers bij de keuze voor de vorm waarin zij arbeid organiseren scherp letten op risico's en kosten. Onder invloed van snelle en onvoorspelbare ontwikkelingen door onder meer technologisering en globalisering maken werkgevers veelvuldig gebruik van die keuzemogelijkheid.

Naast deze in de toelichting gegeven analyse, hebben ontwikkelingen als digitalisering, technologisering en globalisering nog een ander belangrijk gevolg voor de arbeidsmarkt. De behoefte aan vaardigheden die technologie aanvullen (cognitieve, creatieve en sociaal-emotionele vaardigheden) neemt toe, terwijl de behoefte aan hand- en routinematige vaardigheden afneemt. Bepaalde groepen werknemers concurreren bovendien in internationaal verband met elkaar. Onder invloed van deze

⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Context en achtergrond»

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Context en achtergrond». Uit de macro economische verkenning 2019, p. 41, van het CPB blijkt dat ook conjuncturele ontwikkelingen een rol spelen bij de vraag naar flexibele arbeid.

ontwikkelingen stijgt de behoefte aan hoog- en goed geschoold personeel, terwijl groepen die minder scholing hebben genoten gaandeweg een zwakkere positie innemen.⁷ Dit heeft gevolgen voor alle groepen werkenden. Er zijn werkenden zonder vast dienstverband die beschikken over zodanig gewilde kennis en vaardigheden dat zij een sterke arbeidsmarktpositie hebben en ook zonder de bescherming van een vaste dienstbetrekking een grote mate van werk- en inkomenszekerheid hebben. Wanneer een werknemer met een relatief zwakke arbeidsmarktpositie zijn vaste baan verliest, zal deze juist snel zijn aangewezen op flexwerk of werk als zelfstandige, omdat hem minder snel een andere vaste baan zal worden aangeboden vanwege de sterke bescherming die zo een baan biedt. De zekerheden van diegenen die een vast contract genieten, zijn gelet op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt dan ook niet voor iedereen weggelegd.

De grote verschillen in beschermingsniveau tussen contractvormen lijken in verband met het voorgaande dan ook inmiddels niet meer gerechtvaardigd te worden door de mate waarin verschillende categorieën werkenden behoefte hebben aan die bescherming. Voor elk contractvorm geldt inmiddels dat sommigen daarbinnen een sterke en anderen een zwakke of zelfs zeer zwakke positie hebben. Dit geldt voor werknemers, maar evenzeer voor zelfstandigen.⁸ Dit impliceert, dat de koppeling van het beschermingsniveau aan de juridische vorm waarin arbeid is georganiseerd niet langer automatisch leidt tot een adequate bescherming van diegenen die dat nodig hebben.

Het voorstel besteedt aan dit aspect geen aandacht. Dit klemt temeer nu de probleemanalyse in de toelichting niet voldoende duidelijk maakt wat wordt gezien als de kern van de problematiek op de arbeidsmarkt. Doordat het voorstel inzet op het aantrekkelijker maken van het vaste contract,⁹ wordt de suggestie gewekt dat baanzekerheid wordt nagestreefd en gebruik van een bepaalde contractsvorm (de vaste arbeidsovereenkomst) nagestreefd wordt, vanwege de mate van bescherming die daaraan is gekoppeld. Daarmee lijkt het voorstel derhalve baanzekerheid na te streven en de flexibilisering van de arbeidsmarkt als het ware tegen te willen gaan. Deze optie lijkt echter niet kansrijk, mede gelet op het feit dat ook de Wwz in de bovenstaande tendensen geen wijziging heeft kunnen brengen. Anderzijds lijkt het wetsvoorstel de flexibilisering als zodanig niet problematisch te vinden en te zoeken naar manieren om de toegenomen dynamiek op de arbeidsmarkt adequaat te kanaliseren. Zo zegt het voorstel een zekere mate van flexibiliteit van de arbeidsmarkt noodzakelijk te achten¹⁰ en worden de verschillen tussen vast en flexibel werk op onderdelen ook verkleind.

De Afdeling geeft aan dat de problematiek zoals beschreven in de toelichting herkenbaar is en deelt de analyse van het kabinet dat er sprake is van een grote tweedeling in het beschermingsniveau tussen categorieën werkenden. De Afdeling stelt terecht dat de problematiek urgent is en in de volle breedte moet worden gezien. Het kabinet neemt daarom met dit voorstel belangrijke stappen in het arbeidsovereenkomstenrecht en de Werkloosheidswet (WW) om de balans op de arbeidsmarkt te verbeteren. De maatregelen in dit voorstel staan niet op zichzelf, maar maken deel uit van een breder pakket aan maatregelen die beogen de balans op de arbeidsmarkt te verbeteren. De Afdeling maakt op onder-

⁷ Wereldbank, *Growing United*, 2018, p. 23–24.

⁸ IBO, *Zelfstandigen zonder personeel*, p. 73.

⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Aard van de maatregelen».

¹⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Aard van de maatregelen».

delen een andere afweging dan het kabinet, in het vervolg wordt daarop ingegaan.

De Afdeling stelt dat de aansluiting tussen het voorstel en de aard van de problematiek nadere toelichting behoeft. Het kabinet wil de balans op de arbeidsmarkt verbeteren en neemt daartoe, zoals is beschreven in de door de Afdeling aangehaalde brief «naar een nieuwe balans op de arbeidsmarkt»¹¹, drie samenhangende stappen.

Ten eerste wordt met dit voorstel het verschil in bescherming tussen flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten verkleind, waardoor er meer balans komt in de rechtsposities van werknemers met een vast en die met een flexibel contract. Het doel van voorliggend voorstel is om het aangaan van een vast contract aantrekkelijker te maken en ervoor te zorgen dat flexibel werk vooral wordt gebruikt waar de aard van het werk daarom vraagt en niet hoofdzakelijk omdat het een kostenvoordeel oplevert. Door de introductie van een cumulatiegrond in het ontslagrecht, de mogelijkheid van een langere proeftijd bij een contract voor onbepaalde tijd, de introductie van premiedifferentiatie in de WW en doordat de transitievergoeding ook gaat gelden bij dienstverbanden korter dan twee jaar en in opbouw wordt verlaagd, wordt het aantrekkelijker voor werkgevers om werknemers in vaste dienst te nemen. Dit vergroot voor werkenden het perspectief op een vast contract. Flexibele contracten blijven mogelijk en zijn in de ogen van het kabinet – zoals de Afdeling ook beschrijft – noodzakelijk voor de werking van de arbeidsmarkt. Dit voorstel bevat daarom ook maatregelen om het gebruik van flexibele contracten gemakkelijker te maken door middel van de verlenging van de ketenbepaling naar drie jaar en daar waar dit nodig is gezien de aard van het werk, bijvoorbeeld in het primair onderwijs en bij terugkerend tijdelijk werk. Tegelijkertijd wordt de positie van flexibele werknemers versterkt, door de onzekerheid over werk en inkomen te beperken bij payroll- en oproepcontracten. De toelichting is hierop aangevuld.

Ten tweede wordt de complexe problematiek rondom de positie van zelfstandigen op de arbeidsmarkt, de verplichtingen van werkgevers in verband met arbeidsongeschiktheid en ziekte, en leven lang ontwikkelen aangepakt. Hiervoor zijn momenteel maatregelen in voorbereiding, waarvan het streven is om die in deze kabinetsperiode nog in werking te laten treden, zoals is beschreven in de brief «naar een nieuwe balans op de arbeidsmarkt».¹²

Zoals de Afdeling suggereert kunnen ook meer fundamentele arbeidsmarkthervormingen worden overwogen. De derde stap is daarom dat het kabinet, zoals eerder aangekondigd, een adviescommissie instelt om onderzoek te doen naar en advies te geven over de fundamentele vragen over de toekomst van de regulering van werk die op de langere termijn spelen. Het advies van deze commissie acht ik van groot belang voor het inrichten van de arbeidsmarkt van de toekomst.

De genoemde drie stappen worden in samenhang genomen om zo voortvarend mogelijk te werk te gaan. Op deze manier worden de ervaren knelpunten op de arbeidsmarkt – via dit voorstel en de voorstellen die nog worden uitgewerkt – verlicht en wordt tegelijkertijd de fundamentele discussie geëntameerd zodat ook daar voortgang op kan worden geboekt. Met deze drie stappen werkt het kabinet toen naar een nieuwe balans op de arbeidsmarkt. De toelichting is hierop aangevuld in hoofdstuk 1 onder «samenhang en fasering».

¹¹ Kamerstukken II 2017/18, 29 544, nr. 813.

¹² Kamerstukken II 2017/18, 29 544, nr. 813.

ii. Breedte van de aanpak

Zoals de toelichting opmerkt, is het aannemelijk dat de institutionele inrichting van de Nederlandse arbeidsmarkt een rol speelt bij de relatief hoge mate van flexibilisering in Nederland. Doordat het voorstel zich alleen richt op aanpassingen in de sfeer van het arbeidsrecht, zou de indruk kunnen ontstaan dat de door het voorstel gesignaleerde problematiek zich met name in het arbeidsrecht concentreert. Het voorstel wijst wel op de samenhang met de problematiek met betrekking tot de positie van zelfstandigen en de verplichtingen van werkgevers in verband met arbeidsongeschiktheid en ziekte.¹³ Ook wijst het voorstel op de onzekerheid die flexwerkers hebben omtrent werk, inkomen, welzijn, toekomst en woning. Maar welke precieze knelpunten op deze terreinen worden ervaren en hoe dit voorstel deze knelpunten wegneemt, blijkt niet uit de toelichting. Het voorstel richt zich dan ook louter op de verhouding tussen vaste werknemers en flexwerkers in de arbeidsrechtelijke sfeer. De Afdeling wijst erop dat de vorm waarin arbeid is georganiseerd thans grote invloed heeft op tal van terreinen en daarmee sterk bijdraagt aan een tweedeling tussen diegenen met veel bescherming en zekerheid en anderen die dat veel minder hebben. Het al dan niet hebben van een vaste baan bepaalt niet alleen in hoge mate welke regels uit het arbeidsrecht van toepassing zijn, maar werkt in de huidige systematiek van de verschillende stelsels ook door in de sfeer van de sociale zekerheid, de fiscaliteit, de pensioenen en het cao-stelsel. Daarnaast heeft de juridische vorm waarin arbeid wordt verricht ook op andere terreinen consequenties: bijvoorbeeld wat betreft de kansen op de woningmarkt (hypotheekverstrekking) en scholingsmogelijkheden. Het onderkennen van de breedte van de problematiek is naar het oordeel van de Afdeling wezenlijk voor het doorgronden van de aard van deze problematiek en, vervolgens, voor het aanpakken ervan.

De Afdeling stelt terecht dat er oorzaken voor de beschreven problematiek en knelpunten op de arbeidsmarkt kunnen worden aangewezen die buiten het bereik van het huidige voorstel liggen. Dit voorstel beziet – met uitzondering van premiedifferentiatie in de WW- het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit is de eerste stap naar een arbeidsmarkt in balans, zoals hiervoor beschreven. In het kader van de tweede stap werk ik momenteel de voorstellen met betrekking tot de zelfstandigen en de verplichtingen van werkgevers rond arbeidsongeschiktheid en ziekte uit en als derde stap stelt het kabinet een adviescommissie in om onderzoek te doen naar de fundamentele vragen rond de regulering van werk. De toelichting is hierop aangevuld in hoofdstuk 1 onder «samenhang en fasering».

De Afdeling stelt dat de manier waarop werk is gereguleerd op de arbeidsmarkt invloed heeft op tal van terreinen en bijdraagt aan een tweedeling op de arbeidsmarkt en in de samenleving. Ik onderschrijf deze stelling, die mijns inziens ook het belang onderstreept van het onderhavige wetsvoorstel. Door de balans binnen het arbeidsovereenkomstenrecht en de WW te verbeteren worden de kosten- en risicoverschillen tussen contractvormen verminderd. Daardoor wordt het aangaan van een vast contract aantrekkelijker en wordt beoogd dat flexibele contracten worden gebruikt waar de aard van het werk daarom vraagt en niet alleen omdat het een kostenvoordeel oplevert. Zo wordt beoogd dat werknemers meer zicht krijgen op een vast contract, of meer zekerheid krijgen binnen een flexibel contract, en dat de tweedeling tussen werknemers met een flexibel en vast contract vermindert. De maatregelen met betrekking tot zelfstandigen worden, zoals hierboven beschreven in het kader van de tweede stap, nog verder uitgewerkt.

¹³ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Samenhang en fasering».

iii. Urgentie problematiek

Zoals hiervoor kort geschetst zorgen ontwikkelingen als technologisering en globalisering voor een veranderende vraag naar arbeid. Kort samengevat zorgen deze ontwikkelingen ervoor dat de behoefte aan laaggeschoold en gemakkelijk door technologie vervangbare arbeid afneemt, terwijl de vraag naar hoogopgeleid personeel juist sterk toeneemt. Dit heeft als gevaar dat de tweedeling tussen diegenen die «meekunnen» in de dynamiek van de huidige arbeidsmarkt en diegenen die dat niet kunnen, zich scherper doet gevoelen. Nieuwe sociale scheidslijnen kunnen zich gemakkelijk ontwikkelen langs opleidingsniveaus, hetgeen al lange tijd plaats vindt.¹⁴ De behoefte aan een stelsel dat voorziet in adequate bescherming voor die doelgroepen die daaraan behoefte hebben, is naar het oordeel van de Afdeling dan ook urgent, mede gelet op de snelheid waarmee ontwikkelingen met een potentieel forse impact op scheidslijnen in de samenleving voortschrijden.

Ik deel de door de Afdeling benoemde problematiek en analyse over verscherpte scheidslijnen, en de urgentie van de aanpak ervan. Dat is ook de reden dat ik ervoor heb gekozen niet te wachten tot de voorstellen op alle deelgebieden zijn uitgewerkt maar dat ik met spoed heb gewerkt aan het onderhavige wetsvoorstel. Tegelijkertijd maak ik – zoals hierboven beschreven – voortgang met de gerelateerde voorstellen op arbeidsmarktgebied. Ik acht de analyse van de Afdeling over arbeidsmarktpolarisatie, sociale scheidslijnen en de daaraan gerelateerde suggestie dat de snelheid van ontwikkelingen is toegenomen van belang en zal die analyse meenemen in de opdracht aan de eerdergenoemde adviescommissie.

b. Voorgestelde aanpak wetsvoorstel

Het voorstel wordt, zoals hiervoor al is opgemerkt, aangeduid als «groot onderhoud aan de regelingen op het terrein van flexibele arbeid, het ontslagrecht en de WW». Met dit onderhoud wordt beoogd een meer gelijk speelveld tussen vaste en flexibele werknemers te laten ontstaan. Het voorstel houdt een «gelijktijdige beweging» in: de keuze voor flexibele arbeid mag niet langer worden bepaald door kosten en risico's en daarnaast moet het voor werkgevers aantrekkelijker worden een vast contract te bieden, zodat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat.¹⁵ Het voorstel poogt om door onderhoud aan het bestaande stelsel een meer fundamentele verandering op het terrein van het arbeidsrecht te bewerkstelligen.

De Afdeling onderkent dat een aanpak als thans voorligt op zichzelf behulpzaam kan zijn om in de praktijk ervaren knelpunten van de huidige regelingen op het gebied van ontslag, flexibele arbeid en de WW weg te nemen en de werking van het bestaande instrumentarium te verbeteren. Het voorstel kan zo gezien op onderdelen een zekere verlichting van de problematiek geven. Zonder fundamentele herijking van het arbeidsrechtelijke stelsel kan echter ook een «waterbed-effect» optreden, nu de juridische vorm waarin arbeid wordt verricht – net als eerder in de Wwz – bepalend blijft voor het type bescherming van werkenden. Ook na het voorstel blijven tussen verschillende categorieën werkenden aanzienlijke verschillen in behandeling bestaan. Waar het voorstel op onderdelen verlichting biedt van knelpunten op de arbeidsmarkt, dreigen elders weer nieuwe knelpunten te ontstaan of bestaande problemen te worden vergroot. Waar het versterken van de positie van werknemers in flexibele

¹⁴ SCP, De sociale staat van Nederland, 2017, slotbeschouwing, p. 382. Zie hierover ook het advies Miljoenennota 2019, Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 4 (W06.18.0239/III).

¹⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, hoofdstuk 1, «Aard van de maatregelen».

arbeidsverhoudingen ertoe leidt dat de werkgeverslasten stijgen, kan dit bijvoorbeeld een vergroting van de groep zzp'ers tot gevolg hebben in plaats van een toename van het aantal vaste contracten. Door de aanzienlijke verschillen in bescherming tussen werknemers en zzp'ers op bijvoorbeeld het terrein van pensioenen en arbeidsongeschiktheid blijft dit een route die aantrekkelijk kan zijn.

Het voorstel wijst weliswaar op de samenhang met maatregelen op het terrein van ziekte, arbeidsongeschiktheid en zzp'ers, maar op die bredere aanpak en de belangrijkste richtinggevende elementen daarvan, bestaat vooralsnog onvoldoende zicht. De aard en richting van de op andere terreinen voorgenomen maatregelen zijn nog onbekend, en dit lijkt – in elk geval op het terrein van de zelfstandigen – nog enige tijd voort te duren.¹⁶ Het laat zich derhalve aanzien dat het voorstel geen wezenlijk nieuwe balans zal kunnen bewerkstelligen tussen de verschillende vormen van arbeid, en voornamelijk de onbalans iets anders inricht.

De Afdeling stelt dat een aanpak als in dit voorstel op onderdelen een zekere verlichting van de problematiek kan geven. Ik onderschrijf dit en wil benadrukken dat dit ook het doel is van het voorstel. De Afdeling betoogt dat het voorstel op zichzelf, zonder rekening te houden met de maatregelen die nu nog worden uitgewerkt tot een zogenoemd waterbed-effect kan leiden omdat de juridische vorm waarin arbeid wordt verricht bepalend blijft voor het type bescherming van werkenden. Dit wetsvoorstel vermindert de verschillen binnen het arbeidsovereenkomstenrecht, waardoor er daar meer balans ontstaat. Om de balans op de arbeidsmarkt en tussen de verschillende contractvormen te verbeteren zijn, zoals hierboven beschreven, ook aanvullende stappen nodig. Dit betreft de aangekondigde maatregelen met betrekking tot zelfstandigen, de verplichtingen van werkgevers bij arbeidsongeschiktheid en ziekte en permanent leren. Ook deze zijn van belang om de balans op de arbeidsmarkt te herstellen en het kabinet is daarom voornemens deze maatregelen nog in deze kabinetsperiode in werking te laten treden. De toelichting is hierop aangevuld in hoofdstuk 1 onder «samenhang en fasering». Het risico van een waterbed-effect is aanwezig en is een voortdurende uitdaging bij het bijstellen van het arbeidsmarktbeleid. Door de genoemde bredere, grotendeels gelijktijdige aanpak kan het risico worden beperkt. Het kabinet zal scherp blijven monitoren of en waar dit effect optreedt en zo nodig aanvullende maatregelen nemen.

c. Handreikingen voor een meer fundamentele aanpak

Nu het voorliggende voorstel enige actuele knelpunten op de arbeidsmarkt wegneemt, maar door de gekozen aanpak geen balans zal kunnen bewerkstelligen, is het van belang te komen tot een aanpak waarmee dat wel zal lukken. Gezorgd moet worden dat op de arbeidsmarkt van de toekomst alle categorieën werkenden in principe weer aanspraak maken op de benodigde sociale bescherming, afhankelijk van de mate waarin zij bescherming nodig hebben. Dat vergt een fundamentele herijking van het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit in onderlinge samenhang. Uit de begroting van het Ministerie van SZW¹⁷ alsook een eerdere brief aan de Tweede Kamer¹⁸ blijkt dat het kabinet onderkent dat voor de lange termijn fundamentele bezienswijzen moeten worden op de verschillende stelsels van het arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit nog aansluiten bij een toekomstbestendige arbeidsmarkt.

¹⁶ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 207.

¹⁷ Begroting van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voor 2019 (paragraaf 2.2.1).

¹⁸ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 207.

Een herijking om de arbeidsmarkt daadwerkelijk meer in balans te brengen vergt een aantal stappen.¹⁹ Ten eerste is het noodzakelijk dat in kaart wordt gebracht voor welke maatschappelijke risico's bescherming wenselijk geacht wordt. Naast bestaande risico's kunnen nieuwe risico's geïdentificeerd worden. Het toenemende belang van scholing roept bijvoorbeeld de vraag op of het achterhaald raken van kennis en vaardigheden als maatschappelijk risico aangeduid zou moeten worden waartegen bescherming wordt geboden. Ten tweede moet voor de verschillende risico's worden gezien welke doelgroep bescherming nodig heeft. Zijn dit specifieke groepen of gaat het om alle werkenden en zo ja, wordt bijvoorbeeld gekozen voor een volksverzekering of een voorziening? Een meer generiek instrumentarium voor alle werkenden (bijvoorbeeld in de richting van volksverzekeringen of voorzieningen) lijkt hier voor de hand te liggen. Werknemersverzekeringen liggen immers minder voor de hand indien niet de vorm van de overeenkomst maar de positie van de werkende als uitgangspunt wordt genomen. Ten derde dient de politieke keuze onder ogen worden gezien op welk niveau een regeling vormgegeven zou moeten worden: basisbescherming (met bijvoorbeeld opt-in regelingen) of inkomensbescherming? Nagedacht zal moeten worden over de vraag welke solidariteit georganiseerd wordt en tot welk niveau.

Ik onderschrijf de stelling van de Afdeling dat op de langere termijn wellicht grotere en fundamenteelere aanpassingen in de wet- en regelgeving nodig zijn. De Afdeling formuleert in haar advies een aantal prikkelende richtinggevende gedachten. Zo schrijft de Afdeling dat het vergroten van baanzekerheid weinig kansrijk is en dat moet worden toegewerkt naar een uniform systeem waarbij werknemersverzekeringen moeten worden vervangen door volksverzekeringen of voorzieningen. Deze gedachten vergen nadere analyse en onderbouwing, ook gelet op het benodigde draagvlak. Het kabinet zal deze lange-termijnvraag beleggen bij de eerdergenoemde adviescommissie die zich zal buigen over de fundamentele vragen met betrekking tot de toekomst van regulering van werk.

De opdracht van de commissie is toegelicht in het instellingsbesluit. Het kabinet heeft hierbij, dankbaar gebruik makend van de handreikingen van de Afdeling, de commissie ter suggestie de volgende subvragen meegegeven. Ten eerste welke ontwikkelingen in de positie van werkenden op de arbeidsmarkt en de relatie met hun werkgever of opdrachtgever hebben plaatsgevonden en worden verwacht en hoe fundamenteel deze zijn. Ten tweede in hoeverre de vormgeving van de huidige regulering van werkenden en arbeids- en opdrachtrelaties aansluit bij de doelen van de regulering en de behoeften en omstandigheden van de huidige tijd en de toekomst. Ten derde welke aanpassingen ervoor zorgen dat de regulering van werk beter aansluit bij de behoeften en omstandigheden van de huidige tijd en de toekomst, rekening houdend met uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

In algemene zin is de commissie gevraagd op welke wijze werkenden onder bescherming van de verschillende in het Burgerlijk Wetboek genoemde overeenkomsten moeten vallen, en welk onderscheid daarbinnen wenselijk is. De commissie is daarbij ook gevraagd om in te gaan op enkele specifieke vragen. Ten eerste of een aanpassing van de definitie van de uitzendovereenkomst wenselijk is, bijvoorbeeld door het formeel en materieel werkgeverschap bij payrollings bij elkaar te brengen. Ten tweede of er een passender alternatief is voor het maken van

¹⁹ Zie hierover ook het advies Miljoenennota 2019, Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 4 (W06.18.0239/III).

onderscheid tussen werknemer en zelfstandige in het arbeidsrecht, het sociale zekerheidsrecht en het fiscaal recht dan de huidige criteria loon/gezag/persoonlijke arbeid, en zo ja hoe de criteria, met name het gezagscriterium, moeten worden herijkt of verduidelijkt. Daarbij is ook de vraag of en hoe zelfstandig ondernemerschap via de invoering van een ondernemersovereenkomst een eigen plek zou kunnen krijgen in het Burgerlijk Wetboek.

Met betrekking tot de sociale zekerheid is de vraag welke risico's moeten worden afgedekt voor welke duur en welke werkenden onder de werkingssfeer zouden moeten vallen van belang. Een vraag die daarmee verband houdt is of de werkingssfeer van de sociale zekerheid moet worden gekoppeld aan een bepaalde overeenkomst of dat deze geheel of op onderdelen contractonafhankelijk moet worden geregeld. En vervolgens hoe een contractonafhankelijke sociale zekerheid er qua hoogte, duur, en werkingssfeer uit zou kunnen zien. Voor zowel het arbeidsrecht, de sociale zekerheid als het fiscaal recht is het de vraag of er aanpassingen wenselijk zijn in de mate van keuzevrijheid die wordt geboden aan werkenden en hun werkgevers/opdrachtgevers. Onderdeel daarvan is welke ruimte er is voor meer keuzevrijheid in het arbeidsrecht, het fiscaal recht en de sociale zekerheid, hoe deze zou kunnen worden ingevuld en welke consequenties dit heeft voor (de financierbaarheid van) het stelsel.

De regering acht het van groot belang dat de analyse en beantwoording van deze vragen zorgvuldig plaatsvindt. Dit is mede van belang voor het benodigde draagvlak bij een eventuele fundamentele aanpassing van de wet- en regelgeving. Het kabinet zal dan ook niet op het antwoord op deze vragen en het werk van de adviescommissie vooruitlopen maar deze punten aan de commissie meegeven. De toelichting is hierop aangevuld in hoofdstuk 1 onder «samenhang en fasering».

d. Conclusie

De Afdeling concludeert dat de in het voorstel gehanteerde probleembeschrijving en probleemaanpak onvoldoende recht doen aan de fundamentele aard, brede effecten en concrete urgentie van de problematiek op de arbeidsmarkt. Onder invloed van ontwikkelingen als flexibilisering, technologisering en globalisering vormt de koppeling van het beschermingsniveau van de werkende aan de juridische vorm waarin arbeid is georganiseerd niet langer een voldoende waarborg dat diegenen die dat echt nodig hebben worden beschermd en toegerust. In een dergelijke context kan de voorgestelde aanpak om de verschillen tussen flexibele en vaste arbeid te reduceren weliswaar de ergste knelpunten op de arbeidsmarkt verminderen, maar is deze weinig kansrijk om daadwerkelijk een nieuwe balans op de arbeidsmarkt tot stand te brengen. Er blijven ook na de voorgestelde aanpassing voor zowel werkgevers als werknemers forse verschillen bestaan al naar gelang de vorm waarin arbeid wordt georganiseerd. Het ligt voor de hand dat werkgevers daarvan gebruik zullen blijven maken en dat met name zwakke groepen op de arbeidsmarkt de gevolgen daarvan zullen (blijven) ondervinden.

Alleen een meer fundamentele aanpak die zich uitstrekt tot het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit in onderlinge samenhang zal daadwerkelijk een oplossing kunnen bieden voor de door het voorstel problematisch geachte tweedeling op de arbeidsmarkt. Dit vergt dat niet de vorm waarin arbeid georganiseerd wordt, leidend is voor het type bescherming, maar dat iedere werkende wordt beschermd voor zover dat gelet op diens arbeidsmarktpositie nodig is. Met name voor werkenden met een zwakke positie op de arbeidsmarkt geldt dat zij slechts gebaat zijn

met een uniforme regeling voor werkenden waar de wetgever een harde ondergrens aan bescherming definieert. Zolang deze ondergrens ontbreekt, bestaat het risico dat werknemers met een zwakke positie gedrongen worden in de arbeid die voor de werkgever het goedkoopst is.

De Afdeling adviseert nader op het vorenstaande in te gaan en duidelijk te maken op welke wijze zo snel mogelijk alsnog tot een brede en fundamentele aanpak van de arbeidsmarktproblematiek gekomen zal worden, en daarbij ook nader in te gaan op de betekenis van het voorliggende voorstel in het licht van zo'n aanpak.

Zoals hierboven benoemd is de aanpak van het kabinet breed, fundamenteel en ambitieus. De urgente knelpunten op de arbeidsmarkt worden op korte termijn aangepakt, te beginnen met dit voorstel. De volgende stappen op het gebied van zelfstandigen en de verplichtingen van werkgevers op het gebied van arbeidsongeschiktheid en ziekte zijn in voorbereiding. Daarnaast wordt de eerdergenoemde adviescommissie ingesteld om onderzoek te doen naar en advies te geven over de fundamentele vragen met betrekking tot de toekomst van de regulering van werk.

2. Voorgestelde maatregelen

De Afdeling bespreekt hieronder de verschillende onderdelen van het voorstel.

Mede gelet op het feit dat tijdens de internetconsultatie zeer gedetailleerde commentaren op het wetsvoorstel zijn verschenen,²⁰ concentreert de Afdeling zich in het navolgende met name op de hoofdlijnen van de voorgestelde maatregelen.

Bij de bespreking van de verschillende maatregelen volgt de Afdeling de volgorde die door het voorstel zelf wordt gehanteerd.

De belangrijkste conclusies van de hiernavolgende bespreking zijn, dat de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen op onderdelen bestaande knelpunten op de arbeidsmarkt kunnen verminderen. Met name de introductie van de cumulatiegrond en de aanpassing van de regeling inzake de transitievergoeding bieden in dit verband kansen. Voor de verruiming van de ketenregeling die tot drie jaar geleden bestond, ontbreekt een overtuigende analyse dat dit zal leiden tot meer vaste banen. Daarnaast geldt voor de aanpassingen met betrekking tot oproepcontracten en de premiedifferentiatie naar aard van het contract dat de effectiviteit van de maatregelen op voorhand lastiger is te voorspellen. In theorie kunnen deze maatregelen bijdragen aan versterking van de rechtspositie van werknemers, maar naar verwachting wordt de effectiviteit van deze maatregelen in de praktijk beperkt door de wijze waarop werkgevers daar op zullen inspelen. Daarbij spelen de ontwijkingsmogelijkheden die werkgevers hebben, mede gelet op de zwakke positie van flexwerknemers, een belangrijke rol. Ten slotte acht de Afdeling het onwaarschijnlijk dat de maatregelen rond payrollen en proeftijd effectief zullen zijn. Zij adviseert dan ook deze beide laatste maatregelen niet in de huidige vorm in het voorstel op te nemen.

a. Ketenregeling

Het wetsvoorstel wijzigt de huidige ketenregeling van artikel 7:668a van het Burgerlijk Wetboek (BW) op een drietal punten. De maximumtermijn van de keten van tijdelijke arbeidsovereenkomsten wordt allereerst verruimd van twee naar drie jaar. Ten tweede wordt het mogelijk gemaakt

²⁰ Zie met name het uitgebreide gezamenlijke commentaar van de Vereniging voor arbeidsrecht-advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor arbeidsrecht (VvA).

om bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) de tussenpoos van tijdelijke contracten terug te brengen naar drie maanden als de aard van het werk daarom vraagt en het gaat om terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. Ten derde wordt bepaald dat de ketenregeling niet van toepassing is op invalkrachten in het primaire onderwijs die werkzaam zijn op basis van kortdurende contracten voor bepaalde tijd ter vervanging van een zieke leerkracht.

Volgens de toelichting zijn zowel werkgevers als werknemers niet gebaat bij de huidige door de Wwz gecreëerde ketenregeling met een maximumtermijn van twee jaar, omdat deze te knellend is. Aan werkgeverszijde kan nu geen gebruik gemaakt worden van de flexibiliteit die voor hen noodzakelijk is. Voor een werkgever kan het bijvoorbeeld «noodzakelijk zijn om gedurende een periode van drie jaar de flexibiliteit te behouden om een werknemer in te zetten op een tijdelijk contract, bijvoorbeeld om in te kunnen spelen op fluctuaties in de productie».²¹ Volgens de toelichting kan het voor werknemers juist zinvol zijn om voor een langere tijd op basis van bepaalde tijd contracten te werken. Zo bouwt een werknemer meer werkervaring op en «dat kan doorslaggevend zijn voor de werkgever om de persoon na die periode een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden».²²

Op zichzelf acht de Afdeling het begrijpelijk dat de huidige ketenregeling kritisch wordt gezien. De verkorting door de Wwz van de maximumtermijn van de ketenregeling lijkt namelijk niet te hebben geleid tot een snellere doorstroming naar vaste arbeid.²³ Eveneens is voorstelbaar dat een verlengde ketenregeling werkgevers behulpzaam kan zijn bij het flexibel om kunnen gaan met werknemers. Het voorstel maakt echter niet duidelijk hoe de uitbreiding van de ketenregeling tot een toename van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zal gaan leiden. Weliswaar kunnen werknemers langer op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaam zijn bij dezelfde werkgever, maar niet duidelijk is waar het voorstel de verwachting op baseert dat dit eerder zou leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook voorafgaand aan de Wwz gold immers reeds een termijn van drie jaar waarin werkervaring opgedaan kon worden bij eenzelfde werkgever terwijl destijds evenzeer sprake was van een groeiend aantal tijdelijke contracten. Gelet op de beschrijving van de arbeidsmarktproblematiek onder punt 1 ligt het dan ook veeleer in de lijn der verwachting dat de maatregel tot gevolg heeft dat werknemers juist gedurende langere tijd op basis van een contract voor bepaalde tijd werkzaam zullen zijn, zonder dat de kans op een vast contract wordt vergroot. De behoefte aan flexibiliteit op de arbeidsmarkt wordt door het voorstel zelf immers niet weggenomen.

De maatregelen om bij cao de tussenpoos van tijdelijke contracten terug te brengen naar drie maanden als de aard van het werk daarom vraagt en de uitzondering voor invalkrachten in het primair onderwijs hebben (potentieel) eenzelfde effect. Net als de verlenging van de ketenregeling zorgen deze maatregelen ervoor dat de groep werknemers die (min of meer structureel) op tijdelijke basis werk verricht groter zal kunnen worden. Daarbij wordt ten aanzien van het primair onderwijs een maatregel genomen die tot resultaat heeft dat de werknemersbescherming beperkter is dan in andere sectoren. Ondanks de aandacht die de toelichting besteedt aan het specifieke knelpunt dat hiermee zou worden opgelost, maakt de toelichting niet duidelijk waarom soortgelijke

²¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.2.2. Knelpunten.

²² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.2.2. Knelpunten.

²³ VAAN-VvA, Evaluatie onderzoek Wet werk en zekerheid 2016, p. 82.

problematiek zich in andere sectoren niet voor kan doen. Evenmin blijkt uit de toelichting waarom de inzet van andere instrumenten, zoals oproepovereenkomsten, de problematiek in het primair onderwijs niet kunnen verlichten.

De verschillende maatregelen beogen blijkbaar het doorstromen naar arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vergroten door meer ruimte te laten voor (daaraan voorafgaande) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Indien deze maatregelen met name tot doel hebben om voor werknemers meer kansen op een vaste arbeidsovereenkomst te laten ontstaan, dient beter gemotiveerd te worden waarop de verwachting wordt gebaseerd dat het verlengen van de maximumduur en het versoepelen van de ketenregeling daaraan zal bijdragen. De Afdeling adviseert daartoe.

De Afdeling adviseert tevens de noodzaak van de specifiek voor het primair onderwijs voorgestelde maatregel dragend te motiveren.

In antwoord op de opmerkingen van de Afdeling benadruk ik dat de voorgestelde maatregelen ten aanzien van de ketenbepaling moeten worden gezien in het licht van het totaalpakket aan maatregelen in het wetsvoorstel die het voor werkgevers aantrekkelijker moeten maken om een vast contract aan te gaan en voor werkenden meer perspectief op zekerheid creëren. Van belang is dat de keuze voor een flexibel of een vast contract niet enkel afhangt van een verschil in kosten, hetgeen nu soms wel het geval kan zijn. Zo kan de huidige grens van 24 maanden, die zowel geldt bij de ketenregeling als bij het verschuldigd zijn van transitievergoeding, ertoe leiden dat de keuze voor het aanbieden van een vast contract vooral afhangt van het verschil in kosten tussen vaste en flexibele contracten. In het wetsvoorstel worden dan ook voorstellen gedaan om negatieve effecten van flexibele contracten te beperken of te beprizen. Een voorbeeld daarvan is de voorgestelde wijziging van de opbouw van de transitievergoeding waarmee het verschil in ontslagkosten tussen flexibele en vaste contracten wordt verkleind. Een ander voorbeeld is de voorgestelde financiering van de WW waarbij de premie afhankelijk wordt gemaakt van de aard van het contract: voor vaste contracten gaan werkgevers een lagere WW-premie afdragen dan voor flexibele contracten.

Aan de andere kant moet het mogelijk blijven om werk op tijdelijke basis aan te bieden waar dat noodzakelijk is. Zowel voor werkgevers als voor werknemers is het belangrijk om voldoende flexibiliteit te behouden, zeker indien de aard van het werk dat vereist. De knelpunten in de huidige ketenbepaling worden aangepakt om het voor werkgevers mogelijk te maken gedurende langere tijd tijdelijke contracten aan te bieden als de aard van het werk dat vereist. De voorgestelde maatregelen ten aanzien van de ketenbepaling hebben dan ook als doel ervoor te zorgen dat de vormgeving van arbeidsrelaties aansluit bij de behoefte van werkgevers en werknemers en de aard van het werk. De verruiming van de ketenbepaling naar drie jaar, maar ook de maatregel die bepaalt dat de tussenpoos bij cao kan worden teruggebracht bij terugkerend tijdelijk werk heeft als doel ervoor te zorgen dat arbeidsrelaties kunnen aansluiten bij de aard van het werk. De regering vindt het onwenselijk te bepalen in welke functies er sprake is van terugkerend tijdelijk werk. Zij acht cao-partijen het beste in staat om te beoordelen welke functies hiervoor in aanmerking komen en in welke gevallen afwijking van de hoofdregel noodzakelijk is. Op die manier kan er per sector of op bedrijfsniveau bij cao maatwerk worden geleverd en is ook het werknemersbelang het beste geborgd.

Het kabinet onderkent dat het effect van het aanpassen van de ketenbepaling op de doorstroom naar vast werk onduidelijk is, maar zoals uit het bovengenoemde blijkt is dit ook niet beoogd bij de voorgestelde maatregelen met betrekking tot de ketenbepaling. De andere maatregelen in het wetsvoorstel die bijdragen aan het verkleinen van de kostenverschillen tussen vaste en flexibele werknemers zullen moeten leiden tot een heroverweging bij werkgevers voor de keuze om een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. Dit is verduidelijkt in paragraaf 2.2.3.1 en 2.2.3.2 van de toelichting.

Ten aanzien van de uitzondering van de ketenbepaling voor tijdelijke invalkrachten in het basisonderwijs en speciaal onderwijs, die een leerkracht vervangen wegens ziekte, wordt opgemerkt dat sociale partners in het primair onderwijs de regering steunen in de visie dat de invalkrachten in het primair onderwijs een bijzondere groep zijn en dat uit de evaluatie cao PO²⁴ blijkt dat andere vervangingssoorten (zoals oproepovereenkomsten) de ontstane problemen niet hebben weten op te lossen. In de Wet op het primair onderwijs is de minimale onderwijstijd die kinderen gedurende acht jaar basisonderwijs moeten krijgen voorgeschreven. Bij lesuitval dreigt deze voorgeschreven tijd in het gedrang te komen of niet te worden gehaald. Dit is maatschappelijk onwenselijk, omdat het afdoet aan de continuïteit van het primair onderwijs, terwijl dat juist zo belangrijk is voor de vorming van jonge kinderen. Het krijgen van onderwijs, zeker het basisonderwijs, is immers een bijzondere vorm van overheidsbemoeienis. Met de Wet werk en zekerheid (Wwz) is voor andere sectoren in de mogelijkheid voorzien om voor die functies, waarvoor het noodzakelijk en bestendig gebruik is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van tijdelijke arbeidscontracten, een verzoek te doen tot aanwijzing van die functies bij ministeriële regeling (conform artikel 7:668a, lid 8, BW), zodat bij cao de ketenbepaling daarop niet van toepassing kan worden verklaard. De toelichting in paragraaf 2.2.3.3 is op dit onderdeel aangevuld.

b. Oproepovereenkomsten

In het voorstel wordt een aantal maatregelen genomen om de positie te verbeteren van werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst met een uitgestelde prestatieplicht, de zogeheten oproepovereenkomsten. Daartoe wordt artikel 7:628a BW aangepast. Allereerst bepaalt het voorstel dat wanneer een werknemer werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgesteld, deze niet langer aan een oproep behoeft te voldoen indien deze oproep niet ten minste vier dagen van tevoren wordt gedaan. Wanneer de oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden wordt ingetrokken, krijgt de werknemer voortaan recht op loondoorbetaling over de periode waarvoor hij in eerste instantie opgeroepen is. Deze termijn kan worden verkort bij cao, maar kan daarbij niet verder worden teruggebracht dan tot één dag (24 uur). Verder wordt geregeld dat wanneer een werknemer 12 maanden heeft gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgesteld, de werkgever binnen één maand een vaste arbeidsomvang dient aan te bieden.²⁵ Deze «vastklikregeling» bepaalt de arbeidsomvang op de gemiddelde maandelijkse arbeidsduur in de 12 voorgaande maanden. Wanneer dit aanbod door een werkgever achterwege blijft, heeft de werknemer voortaan aanspraak op loon over genoemde gemiddelde arbeidsomvang.

²⁴ Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs, Andersson Elffers Felix (juni 2017).

²⁵ Voorgesteld artikel 7:628a, vijfde lid, BW.

De reden voor de voorgestelde maatregelen is dat – ondanks de inzet van de Wwz om de positie te versterken van werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst met een uitgestelde prestatieplicht – deze groep werknemers economisch erg kwetsbaar is en verder blijft groeien.²⁶ Dit type werknemers heeft zowel te maken met onzekerheid over inkomen als over de momenten waarop ze zich beschikbaar moeten stellen voor werk. Het voorstel beoogt met de voornoemde maatregelen deze kwetsbare groep werknemers meer inkomenszekerheid te bieden en nodeloze beschikbaarheid («oproepbaarheid») tegen te gaan.

Op zichzelf zijn de voorgestelde maatregelen ten aanzien van oproeparbeid begrijpelijk. Met deze maatregelen creëert het voorstel een sterkere rechtspositie voor een kwetsbare groep werknemers. De maatregelen kunnen eraan bijdragen dat deze werknemers meer zekerheid ervaren. Tegelijkertijd wijst de Afdeling erop dat het, juist vanwege de kwetsbare en afhankelijke positie van deze categorie werknemers, de vraag is in hoeverre zij hun juridische aanspraken daadwerkelijk kunnen effectueren. Daadwerkelijke verbetering van de positie van deze werknemers is met dit voorstel geen vaststaand gegeven. Alhoewel het voorstel beoogt aan te sluiten bij het «doenvermogen» van werknemers en hun bewijspositie verbetert,²⁷ kan de vraag worden gesteld of de werking van de regeling niet te gemakkelijk kan worden ontkracht of ontweken. Zo is de vraag of de regeling voor de werknemer wel handhaafbaar is. Deze kan immers vrezes bij het invoeren van zijn rechten vervolgens minder of niet meer te worden opgeroepen. De regeling biedt immers geen grotere werkzekerheid. Ook zouden werkgevers de «vastklikregeling» kunnen omzeilen door gebruik te maken van een tijdelijke arbeidsovereenkomst van maximaal een jaar. Eveneens kunnen werkgevers besluiten om in plaats van oproepkrachten opdrachten uit te besteden aan bijvoorbeeld zzp'ers. Door deze druk op de werknemer respectievelijk de alternatieve mogelijkheden aan werkgeverszijde zullen juist die werknemers die het meest gebaat zijn bij de voorgestelde maatregelen, vanwege hun afhankelijke positie deze rechten in de praktijk het moeilijkst kunnen afdwingen. Zij zijn uiteindelijk veeleer gebaat met een uniforme regeling voor werkenden waarin de wetgever een harde ondergrens aan bescherming definieert.

De Afdeling adviseert, mede in het licht van hetgeen onder punt 1 reeds is opgemerkt, in de toelichting nader aandacht te besteden aan de effectiviteit van de voorgestelde maatregel.

Ik verwelkom het begrip dat de Afdeling heeft voor de voorgestelde maatregelen. Inderdaad wordt het voor de groep kwetsbare werknemers noodzakelijk geacht om hun rechtspositie te versterken. Ook het Sociaal Cultureel Planbureau heeft aandacht gevraagd voor en gewezen op de lastige situatie van een deel van de groep oproepwerknemers, die oververtegenwoordigd zijn in de groep «werkende armen».²⁸ In reactie op de opmerkingen van de Afdeling dat het voor een deel van de oproepmedewerkers lastig is om hun rechten te effectueren, merk ik op dat er bij de uitwerking van de maatregelen om de rechtspositie van oproepwerknemers te versterken aandacht is geweest voor de kwetsbare positie van oproepkrachten. Om bij te dragen en te borgen dat oproepwerknemers

²⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.3.2 «Knelpunten».

²⁷ Door te bepalen dat alleen schriftelijke of elektronische oproepen en afzeggingen rechtsgeldig zijn (voorgesteld artikel 7:628a, tweede, derde en vijfde lid, BW) en te bepalen dat op de loonstrook vermeld moet worden of de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd (voorgesteld artikel 7:655, eerste lid, onderdeel o, BW). Ook verschuift na 12 maanden het initiatief tot vaststelling van de te garanderen feitelijke arbeidsomvang naar de werkgever (voorgesteld artikel 7:628a, vijfde lid, BW).

²⁸ Sociaal Cultureel Planbureau (2018), Als werk weinig opbrengt: werkende armen in vijf Europese landen en twintig Nederlandse gemeenten, Den Haag, oktober 2018.

hun rechten daadwerkelijk uitoefenen wordt ingezet op het vergroten van het «doenvermogen» van oproepwerkers. Hierop zal worden ingespeeld door tijdig ruchtbaarheid te geven aan de inwerkingtreding van de wettelijke maatregelen, en in te zetten op een specifiek (communicatie-)traject om deze doelgroep te bereiken. Bij de voorlichting zal dus extra rekening worden gehouden met het bereiken en informeren van deze (vaak wisselende) groep werknemers.

Daarnaast zijn er waarborgen in het wetsvoorstel opgenomen waarmee wordt beoogd een oproepwerknemer een sterkere positie te geven bij het daadwerkelijk effectueren van zijn of haar aanspraken. Zo wordt met het wetsvoorstel geregeld dat een werkgever op de loonstrook dient te vermelden of sprake is van een arbeidsomvang die eenduidig is vastgelegd, zodat voor de werknemer kenbaar is of de oproepmaatregelen op hem van toepassing zijn. De werknemer heeft hierdoor meer zekerheid wat hij van de werkgever kan verwachten en verlangen.

Daarnaast regelt het voorstel reeds dat de werkgever de maatregelen niet kan «omzeilen» door verschillende kortdurende contracten aan te bieden die tezamen de grens van twaalf maanden overschrijden. Op grond van het wetsvoorstel dient een werkgever steeds na twaalf maanden binnen een maand een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, waarbij voor de berekening van de periode van twaalf maanden arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, worden samengeteld. Voorts wijs ik erop dat het voorstel bepaalt dat indien de werkgever de verplichting tot het doen van een aanbod voor een vaste arbeidsomvang niet nakomt, de werknemer recht heeft op loon over het aantal uren waarvoor de werkgever verplicht was een aanbod te doen. Een werknemer kan gedurende vijf jaar een loonvordering instellen (conform artikel 3:308 BW). Daarbij kan een werknemer wettelijke rente en wettelijke verhoging vorderen (conform artikel 7:625 en artikel 6:119 BW). Een werkgever loopt dus forse financiële risico's bij het niet naleven van de verplichting tot het doen van een aanbod voor een vaste arbeidsomvang. Van deze financiële risico's mag zowel een preventieve werking als een repressieve werking worden verwacht. Hetzelfde geldt ten aanzien van de voorgestelde bepaling die de werkgever verplicht tot het betalen van het loon wanneer hij de oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden intrekt dan wel wijzigt.

c. Payrolling

Het deel van het wetsvoorstel dat ziet op payrolling, lijkt sterk op een initiatiefwetsvoorstel waarover de Afdeling eerder een advies heeft uitgebracht.²⁹ In de kern kiezen beide voorstellen voor eenzelfde aanpak van payrolling, door deze vorm van terbeschikkingstelling aan te merken als een bijzondere vorm van uitzending. Anders dan het initiatiefvoorstel creëert het voorstel daartoe uitdrukkelijk een nieuw type uitzendovereenkomst: de payrollovereenkomst. Terwijl dat bij de klassieke vorm van uitzending wel het geval is, kan bij payrolling geen gebruik gemaakt worden van het verlichte arbeidsrechtelijke regime,³⁰ en dienen dezelfde arbeidsvoorwaarden toegepast te worden als de voorwaarden die gelden voor werknemers in dienst bij de opdrachtgever/inlener. Voor de afbakening tussen de verschillende regimes hanteren beide voorstellen dezelfde criteria. Het voorliggende voorstel wijkt slechts op onderdelen af van het initiatiefvoorstel. Zo bepaalt het voorliggende voorstel dat de

²⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4 (W12.17.0381/III).

³⁰ Dit betreft de in art. 7:691 BW genoemde afwijkingen van het «standaard» arbeidsrechtelijk regime die mogelijk worden gemaakt voor uitzending.

payrollwerknemer recht heeft op een adequate pensioenregeling, waar het eerdergenoemde initiatiefvoorstel bepaalt dat recht bestaat op een gelijkwaardige pensioenregeling. Daarnaast geldt, anders dan in het initiatiefvoorstel, dat de opdrachtgever verplicht is om de arbeidsvoorwaarden van werknemers die in gelijke functies werkzaam zijn door te geven aan de opdrachtnemer. Ten slotte bevat onderhavig voorstel een bepaling voor intra-concern uitlening.

Zoals de Afdeling bij het initiatiefvoorstel heeft opgemerkt, valt het te begrijpen dat door middel van aanpassing van wetgeving een uitweg wordt gezocht voor de problematiek die zich bij varianten van terbeschikkingstelling van werknemers kan voordoen. De vormgeving van de arbeidsrelatie kan immers toegesneden zijn op een bepaald arbeidsrechtelijk regime en louter gericht zijn op ontduiking van arbeidsvoorwaarden. Hierdoor kunnen bijvoorbeeld werknemers op dezelfde plek werkzaam zijn en gelijke werkzaamheden verrichten en toch verschillend beloond worden. Dit is mogelijk door de (forse) verschillen tussen arbeidsrechtelijke regimes die gelden voor verschillende categorieën werknemers.

De Afdeling heeft begrip voor het wettelijk ingrijpen bij de problematiek die zich bij het ter beschikking stellen van payrollkrachten kan voordoen, daar waar voor deze vormgeving is gekozen om gebruik te maken van het verlicht arbeidsrechtelijk regime voor uitzendkrachten en om arbeidsvoorwaarden te ontduiken. Het wetsvoorstel beoogt niet payrolling als zodanig onmogelijk te maken, maar slechts de concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen en te zorgen dat payrolling als dienstverlening om werkgevers te ontzorgen mogelijk blijft. De Afdeling maakt over de voorgestelde maatregelen de volgende opmerkingen.

i. geschiktheid gekozen vormgeving en afbakening

In de praktijk bestaat een grote diversiteit aan vormen van terbeschikkingstelling van werknemers op basis van artikel 7:690 BW. Deze vormen, thans allen vallend onder de uitzendovereenkomst, worden in de praktijk onder meer aangeduid als payrolling en uitzending. De arbeidsrelaties die achter verschillende vormen van terbeschikkingstelling schuilgaan kunnen echter sterk op elkaar lijken. Waar de (graduele) verschillen tussen onderscheiden vormen van terbeschikkingstelling thans in elkaar overlopen en geen consequenties hebben voor de toepasselijkheid van arbeidsvoorwaarden – in beide gevallen geldt het «lichte» uitzendregime – trekt het voorstel een harde grens met consequenties voor het toepasselijke regime. De vormen van terbeschikkingstelling die voortaan als payrolling worden aangemerkt, worden niet langer behandeld volgens het uitzendregime, maar in feite als ware de werknemer rechtstreeks in dienst bij de inlener/opdrachtgever. Wanneer de opdrachtnemer geen allocatiefunctie vervult en de werknemer daarnaast niet zonder instemming van de opdrachtgever aan een andere opdrachtgever ter beschikking gesteld mag worden, geldt een bijzondere uitzendovereenkomst (de payrollovereenkomst). De payrollwerknemer wordt dan behandeld als ware hij rechtstreeks in dienst bij de inlener/opdrachtgever.

Het voorstel tracht door middel van de in het voorstel opgenomen criteria de aard van de arbeidsverhouding te duiden en daaraan een geschikt arbeidsrechtelijke regime te verbinden. Het voorstel probeert de gevallen waarin (materieel) werkgeverschap daadwerkelijk wordt uitgeoefend te scheiden van de gevallen waarin dit werkgeverschap slechts een (formele) constructie is. Op deze manier poogt het voorstel als het ware voor te sorteren op het materieel beoordelen van de aard van de arbeidsrelatie. Een dergelijke beoordeling is thans pas aan de orde als een geschil

ontstaat. In rechte kan door een gesloten overeenkomst «heengekeken» worden en, ondanks wat tussen partijen (formeel) is afgesproken, worden geoordeeld dat de opdrachtgever/inlener aangemerkt moet worden als werkgever.³¹ Vanwege de positie van veel uitzendwerknemers zullen deze werknemers echter niet snel een procedure starten waarin de aard van de arbeidsverhouding aan de orde kan worden gesteld. In het licht daarvan valt de constructie die het voorstel kiest op zichzelf te begrijpen.

De Afdeling wijst er evenwel op dat, nu de toepasselijkheid van het uitzendregime of het payrollregime aanzienlijke consequenties heeft voor alle partijen, het van belang is dat een adequaat en geschikt criterium wordt gekozen om beide vormen van uitzendwerk adequaat af te bakenen. Indien wordt voorgesorteerd op de materiële duiding van de aard van de overeenkomst, dient een in de wet opgenomen criterium effectief het punt te markeren waar terbeschikkingstelling overgaat in puur administratief «werkgeverschap», gericht op concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Zoals de Afdeling heeft opgemerkt naar aanleiding van het initiatiefvoorstel leidt het criterium «geen allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling», niet tot een geschikt onderscheid tussen beide vormen van terbeschikkingstelling. Bij het onderscheiden van vormen van terbeschikkingstelling gericht op ontduiking van arbeidsvoorwaarden en vormen waarin werkgeverschap door de opdrachtnemer (uitzend- of payrollonderneming) serieus ingevuld wordt, spelen ook andere factoren een rol. Dit zijn bijvoorbeeld de duur van de terbeschikkingstelling, de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de bij de uitvoering van de payrollovereenkomst door het payrollbedrijf geleverde inspanningen. Het voorstel abstraheert van dergelijke omstandigheden. Het gekozen criterium maakt het mogelijk dat een uitzendonderneming die zijn werkgeverschap serieus invult, geconfronteerd wordt met een «streng» (payroll)regime, terwijl een andere uitzendonderneming, van wie het werkgeverschap in de praktijk enkel een formaliteit is, wel van het «lichte» uitzendregime gebruik kan maken. Er kunnen immers tal van situaties zijn waarin niet aan beide van de in het voorstel opgenomen criteria wordt voldaan, ook al is de terbeschikkingstelling louter gericht op het ontduiken van de arbeidsvoorwaarden van de uitzendwerknemer.

De Afdeling stelt dat bij de payrollovereenkomst die in het wetsvoorstel wordt voorgesteld, de payrollwerknemer wordt behandeld als ware hij rechtstreeks in dienst bij de inlener, waarbij volgens de Afdeling een onderscheid wordt gepoogd te maken tussen het formele werkgeverschap en het materiële werkgeverschap. Ik wil benadrukken dat het bij payrollrolling toegestaan blijft dat het werkgeverschap door de payrollwerkgever op zich wordt genomen en niet door de inlener. De payrollwerkgever neemt hierdoor alle werkgeverslasten op zich, waardoor de inlener ontzorgd wordt. De payrollwerknemer is hierdoor niet direct in dienst bij de inlener, noch wordt gepoogd dit te regelen. Net als bij alle andere vormen van terbeschikkingstelling blijft bij payrollrolling de inlener echter het materieel werkgeverschap uitoefenen; de inlener oefent immers toezicht en leiding uit over de werknemers. Hiermee wordt enerzijds beoogd helderheid te scheppen door te regelen dat het mogelijk blijft voor de payrollwerkgever om het juridisch werkgeverschap op zich te nemen, anderzijds de payrollwerknemer beter te beschermen door concurrentie op arbeidsvoorwaarden niet langer toe te staan. Naar verwachting zal slechts in een beperkt aantal (misbruik)gevallen «door de constructie heengekeken worden» en de inlener aangemerkt worden als werkgever, waar de

³¹ Zie ook de toelichting, memorie van toelichting, algemeen deel, 2.4.1 «Beschrijving huidig systeem».

Afdeling op wijst. Het voorstel staat hier niet aan in de weg; uiteindelijk is het aan de rechter om hier in individuele gevallen een uitspraak over te doen.

De Afdeling benadrukt het belang van een adequaat en geschikt criterium om beide vormen van terbeschikkingstelling af te bakenen nu de toepasselijkheid van het uitzendregime of het payrollregime aanzienlijke consequenties heeft voor alle partijen. De Afdeling is van mening dat de gekozen criteria «geen allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling» niet leiden tot een geschikt onderscheid tussen beide vormen van terbeschikkingstelling. De Afdeling wijst er terecht op dat er momenteel geen consequenties zijn voor de aanduiding van de verschillende vormen van terbeschikkingstelling (payrolling of uitzenden) voor de toepasselijkheid van arbeidsvoorwaarden en rechtspositie. Met het wetsvoorstel wordt getracht een onderscheid te maken tussen payrolling en andere vormen van terbeschikkingstelling, om te voorkomen dat bij payrolling misbruik wordt gemaakt van het verlicht arbeidsrechtelijk regime dat voor uitzenders met een allocatiefunctie geldt.

Ik deel de stelling van de Afdeling dat het van belang is dat de criteria adequaat en geschikt moeten zijn om tegemoet te komen aan de in de praktijk bestaande diversiteit en vormen van terbeschikkingstelling van werknemers. De arbeidsrelaties die achter verschillende vormen van terbeschikkingstelling kunnen schuilgaan, kunnen echter sterk op elkaar lijken. Ik deel echter niet de opvatting van de Afdeling dat de huidige afbakening ten aanzien van de definitie niet geschikt zou zijn. De voorgestelde definitie is afgeleid van hetgeen bij payrolling gebruikelijk is. Zo geldt bij payrolling dat de inlener in de regel zelf de werving en selectie van de werknemer voor zijn rekening neemt of een derde (niet zijnde de formele werkgever) dit voor hem laat doen. De geselecteerde werknemers worden vervolgens via de payrollwerkgever aan de inlener ter beschikking gesteld. De formele werkgever vervult hier dus geen allocatiefunctie, dat wil zeggen geen functie in het actief bemiddelen tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Dit is anders bij het traditioneel uitzenden waar het uitzendbureau een allocatieve functie vervult, gericht op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door een actieve werving van de uitzendkracht die bij dat uitzendbureau in dienst treedt.

Ten aanzien van het gehanteerde criterium van de exclusieve terbeschikkingstelling is het uitgangspunt bij het traditionele uitzenden dat meestal sprake is van het in dienst van het uitzendbureau tijdelijk verrichten van werkzaamheden bij een derde of verschillende derden, terwijl bij payrolling vaak sprake is van langdurige, zo niet permanente, exclusieve terbeschikkingstelling van een werknemer aan één opdrachtgever waarbij het payrollbedrijf niet zonder toestemming van de opdrachtgever een werknemer aan een andere opdrachtgever ter beschikking kan stellen.³² Evenwel ben ik het met de Afdeling eens dat de verschillende vormen van terbeschikkingstelling een grote variatie laten zien, en dat het onderscheid tussen payrolling en uitzending niet altijd eenvoudig te trekken is. Daarom is aanleiding gezien om in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel nader te duiden met welke indicaties bepaald kan worden of er sprake is van een «allocatieve functie» van de werkgever en of er sprake is van «(feitelijke) exclusieve terbeschikkingstelling». Hierbij kan

³² Het een werknemer langdurig ter beschikking stellen aan een opdrachtgever is mogelijk geworden door de afschaffing van de duurbepanking – eind jaren negentig van de vorige eeuw – die voorheen gold voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (maximaal een half jaar). Voor VPO-leden gold een exclusiviteitsbeding. Dit houdt in dat het payrollbedrijf werknemers niet mag te werk stellen bij andere bedrijven tenzij er sprake is van ontslag of re-integratie of wegvallen van de opdracht bij de derde.

worden vastgehouden aan de huidige definitie zoals opgenomen in het wetsvoorstel. De door de Afdeling aangereikte factoren zoals de duur van de terbeschikkingstelling, de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de bij de uitvoering van de payrollovereenkomst door de werkgever geleverde inspanningen zijn hierbij betrokken. Dit is aangevuld in paragraaf 2.4.3.1 van de toelichting.

ii. Mogelijkheden tot ontwijking; effectiviteit

Dit voorstel poogt, net als het eerdere initiatiefvoorstel, de onder punt 1 beschreven kloof tussen «insiders» en «outsiders» te dichten voor een specifieke groep werknemers: payrollwerknemers. Zoals hiervoor reeds is duidelijk gemaakt, kiest het voorstel een smalle aanpak, waardoor er ook na het wetsvoorstel volop mogelijkheden blijven bestaan om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Deze context is van belang voor het beoordelen van de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen rondom payrolling.

In het advies over het initiatiefvoorstel heeft de Afdeling erop gewezen dat payrolling duurder zal worden dan andere vormen van uitzending en ook duurder dan het rechtstreeks in dienst nemen van werknemers. Payrollwerknemers worden niet alleen gelijk beloond als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener, de kosten zullen ook toenemen door de complexiteit die het toepassen van arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever voor de opdrachtnemer met zich brengt. Zeker wanneer een payrollbedrijf verschillende payrollwerknemers ter beschikking stelt in verschillende sectoren, zal dit een grote hoeveelheid verschillende arbeidsvoorwaarden moeten toepassen. Daarnaast dienen de arbeidsvoorwaarden up-to-date te blijven, hetgeen vergt dat de payrollwerkgever zowel geïnformeerd blijft over de werkzaamheden van de werknemer als over de beloning en functie van vergelijkbare werknemers bij de inlener of in de sector waar de payrollwerknemer werkzaam is. Het is duidelijk dat dit administratieve lasten met zich brengt. Deze zullen in de kostprijs voor payrolling tot uitdrukking worden gebracht.

Naar verwachting zullen dan ook andere, goedkopere, wegen gezocht worden om de functies die payrollbedrijven thans vervullen, vorm te geven. Afhankelijk van het motief dat een opdrachtgever heeft om payrolling te gebruiken, bestaan alternatieven voor payrolling zoals het uitbesteden van productie aan andere bedrijven, het inhuren van bedrijven voor bepaalde dienstverlening, het aangaan van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of het inhuren van zzp'ers. Daarnaast is het eveneens mogelijk dat payrolling wordt vormgegeven als «gewone» uitzendarbeid.³³ Het in het voorstel opgenomen afbakeningscriterium biedt daarvoor volop mogelijkheden. De eis van het vervullen van een allocatieve functie is, zoals ook in het advies over het initiatiefvoorstel is opgemerkt, geen eenduidige eis. Er zijn situaties denkbaar waarin niet duidelijk zal zijn of sprake is van het «samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt».³⁴ Andere manieren om toepassing van het payrollregime te voorkomen zijn het construeren van een allocatiefunctie of het voorspiegelen van niet-exclusieve ter beschikkingstelling. Zo is het mogelijk de werving en selectie van uitzendwerknemers formeel door een uitzendonderneming te laten geschieden, terwijl de opdrachtgever als voormalig werkgever van deze werknemers (informeel) heeft laten weten dat bepaalde werknemers aangenomen moeten worden om aan de opdrachtgever ter beschikking gesteld te worden. Ook kan een beding van niet-exclusieve ter beschikkingstelling worden opgenomen in de

³³ In de zin van artikel 7:690 BW.

³⁴ Zie hierover ook de reactie van prof. Verburg in de internetconsultatie.

overeenkomst tussen de inlener en het ter beschikking stellend bedrijf, terwijl informeel iets anders is afgesproken. Bij dit alles geldt dat het omzeilen van de payrollovereenkomst voor een werknemer lastig aan de orde te stellen zal zijn, zeker indien hij in een afhankelijke positie verkeert. Zolang de werknemer zijn (materiële) arbeidsverhouding immers niet (in rechte) aan de orde stelt, zal de werkgever slechts nakomen wat tussen partijen is afgesproken. Indien een werkgever een bepaalde situatie beoordeelt en behandelt als uitzending, zal de werknemer zich tot de rechter moeten wenden om toepasselijkheid van het payrollregime te doen vaststellen en te kunnen afdwingen.

Ik ben het met de Afdeling eens dat voorkomen moet worden dat de voorgestelde maatregelen ontweken worden door te zoeken naar andere, goedkopere, wegen om functies die payrollbedrijven thans vervullen vorm te geven, terwijl de functie van het payrollbedrijf niet verandert. Dit heeft aanleiding gegeven om de huidige definitie middels indicatoren in de toelichting van het wetsvoorstel te verduidelijken. Overigens wordt verwacht dat niet snel sprake zal zijn van een allocatieve functie van een payrollwerkgever als de werknemers voormalige werknemers van de inlener zijn. De Hoge Raad heeft al in 1991 overwogen dat draaieurconstructies van achtereenvolgens indienstneming en uitzendarbeid in strijd kunnen zijn met de ontslagbescherming van de werknemer en dat in dat geval sprake kan zijn van een voortgezette dienstbetrekking (bij de inlener).³⁵ Zoals daarnaast in de reactie op vragen in de internetconsultatie is aangegeven (paragraaf 5.4.1.3), kan aan een beding van niet-exclusieve terbeschikkingstelling geen doorslaggevende betekenis worden toegekend, maar zijn feiten en omstandigheden van belang. Dit is in de toelichting bij de indicaties in paragraaf 2.4.3.1 nog nader verduidelijkt.

Met indicaties wordt duiding en richting gegeven aan partijen wat er zoal in de weging van de huidige definitie betrokken moet worden, maar blijft de invulling van de gekozen criteria open voor toekomstige gekozen constructies. Er blijft voor de rechter ruimte om toekomstige gevallen, als er sprake is van aangepast gedrag en waar sprake is van oneigenlijk onttrekken aan het systeem, eveneens onder de definitie te laten vallen. Zo kan een rechter nadere invulling geven door bijvoorbeeld in de tijd nieuwe indicaties aan te reiken die eveneens betrokken moeten worden bij de beoordeling van gekozen criteria. De indicaties ten aanzien van de gehanteerde criteria zullen ook de positie van de werknemer in de verhouding tot diens werkgever versterken, voor wat betreft de toepasselijkheid van het payrollregime. Duidelijkheid kan ervoor zorgen dat de werkgever zelf het toepasselijke regime volgt, waarmee voorkomen wordt dat de werknemer zich tot een rechter moet wenden om zijn aanspraken te effectueren. Ook hierop is de toelichting in paragraaf 2.4.3.1 aangevuld.

iii. adequate pensioenregeling

Het voorstel kent een recht op adequaat pensioen toe aan payrollwerknemers die werkzaam zijn bij een onderneming of in een sector waarin werknemers in een vergelijkbare functie recht hebben op een pensioenregeling. Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) zal worden ingevuld aan welke eisen een pensioenregeling moet voldoen om als adequaat aangemerkt te worden. De Afdeling wijst op de volgende principiële en praktische problemen waartoe dit voorstel leidt. De Afdeling merkt in dit verband op dat de mate waarin deze problemen in de praktijk zullen gaan spelen sterk afhankelijk is van de inhoud van deze amvb. Zij acht het

³⁵ HR, 22-11-1991, nr. 14355: Bootsma e.a./DMV Campina.

daarom niet verantwoord dat het voorstel zelf dienaangaande geen criteria bevat.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in het wetsvoorstel de grondslag voor de algemene maatregel van bestuur aangevuld met de eisen waaraan een pensioenregeling moet voldoen om als adequaat aangemerkt te worden. Daarbij is bepaald dat sprake is van een adequate pensioenregeling als de payrollkracht deelneemt aan dezelfde basispensioenregeling als die geldt voor gelijke of gelijkwaardige werknemers in de onderneming of sector waarin hij werkzaam is. Daarnaast is verduidelijkt dat er sprake is van een adequate pensioenregeling als de payrollwerkgever een regeling afsluit die voldoet aan een aantal voorwaarden. Het gaat hierbij in ieder geval om voorwaarden over (het ontbreken van) een wachttijd of drempelperiode, de hoogte van de werkgeversbijdrage voor de pensioenregeling en de soorten van pensioen. De nadere invulling hiervan geschiedt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (waarbij de mogelijkheid tot subdelegatie is opgenomen om de hoogte van de werkgeversbijdrage periodiek bij ministeriële regeling te kunnen bijstellen).

Daarnaast wijst de Afdeling erop dat, doordat het voorstel bepaalt dat payrollwerknemers in bepaalde gevallen recht hebben op een adequaat pensioen, het tot op heden geldende uitgangspunt in de Pensioenwet doorbroken wordt dat het maken van afspraken over deze arbeidsvoorwaarde in principe aan werkgevers en werknemers wordt gelaten. In het advies over het initiatiefwetsvoorstel is er reeds op gewezen dat de onderhandelingsvrijheid van payrollwerkgevers op deze manier wordt ingeperkt. De wijze waarop het voorstel thans de eis van een adequaat pensioen stelt, heeft tot gevolg dat voor een specifieke categorie werknemers in de private sector een pensioenplicht gaat gelden. Nederland kent tot op heden geen wettelijke aanvullende pensioenplicht: of en in welke mate wordt voorzien in een (aanvullende) pensioenregeling voor werknemers is, voorbehouden aan het overleg tussen werkgevers en werknemers. De meeste aanvullende pensioenregelingen zijn dan ook bij cao afgesproken. De wetgever heeft in de Pensioenwet slechts randvoorwaarden gesteld. Met dit uitgangspunt, dat de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en private partijen markeert, breekt het voorstel. Voortaan zal voorgeschreven worden waaraan een adequate pensioenregeling moet voldoen. Dat zal onder meer met zich kunnen brengen dat pensioenregelingen, die overeengekomen zijn door werkgevers- en werknemers(organisaties), aangepast moeten worden omdat ze door de overheid niet adequaat geacht worden.

Dit roept de vraag op waarom thans, voor deze groep werknemers, in een aantal situaties een wettelijke pensioenplicht gerechtvaardigd wordt geacht, terwijl overigens het bestaande uitgangspunt blijft gelden dat dit een aangelegenheid is van overleg tussen werkgevers en werknemers.

Afspraken over pensioen vormen inderdaad een aangelegenheid van werkgevers en werknemers gezamenlijk. Tegenover dat uitgangspunt staat echter het belang van het voorkomen van oneigenlijke concurrentie door gebruik te maken van payrolling. Daarom wordt het noodzakelijk geacht om een payrollwerkgever in voorkomende gevallen te verplichten in een pensioenregeling te voorzien voor payrollkrachten en normen te stellen waaraan deze pensioenregeling dient te voldoen. Met deze normen wordt geëxpliciteerd wanneer een pensioenregeling, in de specifieke context van een payrollovereenkomst, als adequaat wordt beschouwd. In het totaal aan arbeidsvoorwaarden is pensioen zeer belangrijk, waarbij de kostenverschillen tussen het wel of niet treffen van een pensioenregeling groot kunnen zijn. Niet voor niets hebben meerdere werkgeversorgani-

saties, waaronder de branchevereniging voor interieurbouw en meubelindustrie (CBM), de Ondernemersorganisatie Schoonmaak- & Bedrijfsdiensten (OSB), Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) en de Zelfstandige Publieke Werkgevers (ZPW), ervoor gepleit om payrollrolling onder de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds te laten vallen. Om de doelstelling van het voorstel – het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden bij payrollrolling – te kunnen realiseren wordt het dan ook noodzakelijk geacht om een pensioenverplichting te introduceren indien, kort gezegd, gelijke of gelijkwaardige werknemers van de inlener deelnemen aan een pensioenregeling. Mede met het oog op de uitvoerbaarheid van de regeling voor payrollwerkgevers is ervoor gekozen om aan te geven waar een adequate pensioenregeling aan moet voldoen en niet in algemene zin deelname in de pensioenregeling van de inlener voor te schrijven. Deze eisen gaan daarom niet verder dan noodzakelijk om concurrentie op arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk te voorkomen. Binnen het wettelijk kader houden sociale partners bovendien de ruimte om de pensioenregeling verder vorm te geven.

Naast bovengenoemde principiële problemen, wijst de Afdeling erop dat uit de tekst en toelichting van het voorstel niet eenduidig blijkt of beoogd is voor alle payrollwerknemers een adequaat pensioen voor te schrijven. De tekst van het voorstel bepaalt dat een adequaat pensioen alleen voorgeschreven is indien in de onderneming of de sector waarin de werknemer feitelijk actief is voor werknemers in een gelijkwaardige functie een pensioenregeling geldt. Uit de toelichting lijkt evenwel te volgen dat een payrollwerknemer in elk geval recht heeft op de pensioenregeling voor de uitzend- en payrollsector (StiPP).³⁶ Daarmee lijkt het voorstel er vanuit te gaan dat laatstgenoemde regeling kan gelden als een soort «vangnetregeling» voor payrollwerknemers, een soort minimumvoorziening voor een adequate pensioenregeling.

De Afdeling merkt op, dat de pensioenregeling van StiPP alleen geldt voor die werkgevers waarvan de bedrijfsactiviteiten van dien aard zijn dat zij onder deze regeling vallen. Uit de statuten van StiPP volgt, dat alleen natuurlijke of rechtspersonen, die voor tenminste 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stellen aan opdrachtgevers, vallen onder de werkingssfeer van deze regeling.³⁷ Indien bij werkgevers die niet onder de regeling van StiPP vallen maar wel payrollactiviteiten verrichten, al dan niet incidenteel, al een pensioenregeling is afgesproken die voldoet aan de bij amvb van bestuur gestelde eisen, levert een en ander geen problemen op, omdat de eigen pensioenregeling dan al aan die eisen voldoet. Indien echter reeds een pensioenregeling is afgesproken die niet aan deze eisen van de amvb voldoet, of er in het geheel geen pensioenregeling is afgesproken, komt de werkgever voor een lastige opgave te staan. Vrijwillige aansluiting zal niet altijd mogelijk zijn en is bovendien afhankelijk van zowel de criteria en de medewerking van StiPP en eventueel het eigen pensioenfonds, als van het slagen van het arbeidsvoorwaardenoverleg daarover. De werkgever kan niet eenzijdig zo'n pensioenregeling vaststellen. Indien de werkgever in het geheel geen pensioenregeling is overeengekomen met werknemers, zal deze in theorie een voorziening kunnen treffen. Ook hiervoor geldt evenwel dat de werkgever niet eenzijdig kan voorzien in een pensioenregeling, maar met werknemers moet overleggen.

³⁶ De toelichting stelt: «Als de opdrachtgever geen pensioenregeling heeft en in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waar deze werkzaam is geen beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling geldt, blijven de werknemers van deze bedrijven pensioen opbouwen op grond van de verplicht gestelde pensioenregeling van StiPP», memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.4.3.3 «Pensioen».

³⁷ Statuten van StiPP.

In alle voornoemde gevallen zal de werkgever derhalve niet eenzijdig kunnen voorzien in een pensioenregeling die aan de bij amvb gestelde voorwaarden voldoet. De werkgever die payrollactiviteiten ontplooit en die niet onder de werkingssfeer van StiPP valt, komt door het voorstel dan ook in een onmogelijke positie terecht, waarin hij het voldoen aan de gestelde eisen niet zelf in de hand heeft.

Gelet op het bovenstaande is het de Afdeling dan ook niet duidelijk hoe de regeling van StiPP kan gelden als een vangnetregeling voor de eis van een adequaat pensioen, zoals de toelichting stelt. Indien bij collectieve arbeidsovereenkomst de regeling van StiPP in lijn wordt gebracht met de bij amvb te stellen eisen aan een adequaat pensioen, zal deze regeling logischerwijs alleen gelden voor bedrijven binnen de sector van payrolling/uitzending. Voor alle werkgevers die niet onder de regeling van StiPP vallen en voor wie ook overigens geen pensioenregeling geldt die voldoet aan de bij amvb gestelde eisen, is het voorstel problematisch.³⁸ De mate waarin deze problemen in de praktijk zullen gaan spelen is sterk afhankelijk van de inhoud van de nog op te stellen amvb. Noch het voorstel, noch de toelichting bieden hierover duidelijkheid.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de voorgestelde eis van een adequaat pensioen te heroverwegen.

iv. conclusie

Gelet op het vorenstaande komt de Afdeling tot de conclusie dat het voorstel met betrekking tot payrolling nieuwe ongelijkheden laat ontstaan tussen uitzendkrachten en payrollwerknemers. Tegelijkertijd is onvoldoende zeker, gelet op de verschillende mogelijkheden tot ontwijking van de voorgestelde regeling, dat de maatregelen de positie van payrollwerknemers daadwerkelijk zullen versterken. De Afdeling twijfelt dan ook aan de effectiviteit van het voorstel. De Afdeling wijst er verder op dat door inhoudelijke eisen te stellen aan de pensioenregeling voor payrollwerknemers gebroken wordt met het bestaande uitgangspunt, dat er geen wettelijke aanvullende pensioenplicht bestaat en dat buiten de wettelijke sociale zekerheid het maken van afspraken over pensioen een aangelegenheid is tussen werkgevers en werknemers. Het voorstel leidt er bovendien toe dat werkgevers in een positie worden gebracht waarin zij niet in staat zijn de maatregelen te treffen die nodig zijn voor het voldoen aan de wettelijke eisen. De regeling lijkt daarmee niet uitvoerbaar.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de invoering van de voorgestelde maatregelen met betrekking tot payrolling te heroverwegen.

De Afdeling wijst erop dat uit de toelichting lijkt te volgen dat de pensioenregeling van StiPP zal worden voorgeschreven als een «vangnet» voor een adequate pensioenregeling. Ik betreur dat deze suggestie onbedoeld en onjuist is gewekt. De memorie van toelichting was op deze aspecten onvoldoende duidelijk en is aangepast. De eis om een adequate pensioenregeling te treffen geldt alleen indien werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies bij de inlener recht hebben op een pensioenregeling. Indien de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst heeft, geldt de verplichting alleen indien in de sector waar de inlener werkzaam is een pensioenregeling geldt voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies. De verplichting geldt dus niet indien de inlener wel werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst

³⁸ Zie in dit verband ook het commentaar van StiPP, in de toelichting genoemd als beoogd uitvoerder van de pensioenregeling voor de payrollsector, die in reactie op de internetconsultatie opmerkt het voorstel niet-uitvoerbaar en niet-handhaafbaar te achten.

heeft, maar geen pensioenregeling heeft getroffen. Daarnaast wordt opgemerkt dat StiPP niet als vangnet fungeert. Bedoeld is te stellen dat het wetsvoorstel geen inbreuk maakt op de werkingssfeer van StiPP. De verplichtstelling van de pensioenregeling van StiPP staat daarmee los van de (voorwaardelijke) verplichting voor payrollwerkgevers om te voorzien in een adequate pensioenregeling. Integendeel, het staat sociale partners vrij om zelf een pensioenuitvoerder te kiezen voor de voorziene pensioenregeling. De nadere invulling waar een adequate pensioenregeling inhoudelijk aan moet voldoen ten aanzien van de in de wet opgenomen voorwaarden geschiedt bij algemene maatregel van bestuur. Paragraaf 2.4.3.4 van de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

De payrollwerkgever moet een pensioenregeling treffen, of zijn pensioenregeling aanpassen, indien hij onder de verplichting in de Waadi valt om een adequate pensioenregeling te treffen voor zijn payrollwerknemers. De constatering van de Afdeling dat de payrollwerkgever hierbij ook met de werknemers, de ondernemingsraad of met vakbonden, moet overleggen over de te treffen pensioenregeling is juist. Dit wordt echter niet zo problematisch geacht als de Afdeling opmerkt, nu de payrollsector in de ABU en de NBBU professionele brancheorganisaties heeft die mogelijk een sectorale regeling kunnen treffen. Indien er op brancheniveau geen adequate regeling tot stand komt, kunnen individuele payrollwerkgevers hiervoor te rade gaan bij de brancheorganisaties of bij professionele adviesbureaus of verzekeraars. Beoogd is dat deze onderdelen van het wetsvoorstel, inclusief de algemene maatregel van bestuur op 1 januari 2020 in werking treedt. Dit geeft werkgevers naar verwachting voldoende tijd om een pensioenregeling te treffen die aan de eisen voldoet.

Daarnaast is het positief dat met werknemerszijde over de te treffen regeling wordt overlegd. Immers, in de voorwaarden voor het treffen van een adequate pensioenregeling is (onder andere) alleen de minimale hoogte van de werkgeversbijdrage voorgeschreven. Het is mogelijk dat de werkgever met zijn payrollwerknemers overeenkomt dat werknemers ook een aanvullende vrijwillige werknemersbijdrage inleggen, om de opbouw van pensioenaanspraken te verhogen. Ook kunnen aanvullende afspraken gemaakt worden over bijvoorbeeld premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid en de vorm van het nabestaandenpensioen (bijvoorbeeld op opbouwbasis). Het wordt aan de vrijheid van de branche of bij het ontbreken van een brancheregeling de individuele payrollwerkgever en zijn payrollwerknemers overgelaten om hierover met elkaar in overleg te gaan. Ik deel de constatering dan ook niet dat het lastig zal zijn om een pensioenregeling te treffen, omdat met werknemers moet worden overlegd. Ik vertrouw erop dat met de gegeven duidelijkheid in het voorstel en de toelichting de zorgen zijn weggenomen. Paragraaf 2.4.3.4 van de toelichting is verbeterd en aangevuld.

d. Introductie cumulatiegroond

Het voorstel introduceert een nieuwe ontslaggrond.³⁹ De nieuwe «cumulatiegroond» maakt het mogelijk dat een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd indien het in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren vanwege een optelsom van ten minste twee van de bestaande ontslaggronden.⁴⁰ Cumulatie met de gronden die ter beoordeling aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) zijn (langdurige ziekte en bedrijfseconomische omstandigheden) is in dit verband overigens niet mogelijk. Het voorstel bepaalt verder, dat wanneer een arbeidsovereen-

³⁹ Voorgesteld artikel 7:669, derde lid, onderdeel i BW.

⁴⁰ Zoals genoemd in artikel 7:669, derde lid, onderdeel c tot en met h, BW.

komst vanwege cumulatie van gronden door de kantonrechter wordt ontbonden, aan de werknemer een aanvullende vergoeding toegekend kan worden ter hoogte van maximaal de helft van de transitievergoeding die is verschuldigd.

Het in de Wwz gecreëerde gesloten grondenstelsel wordt aangepast omdat dit stelsel volgens de toelichting in de praktijk te knellend is voor werkgevers. In dit stelsel is alleen sprake van een redelijk ontslag wanneer zich een voldragen ontslaggrond voordoet. Daardoor kan in de praktijk door de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet worden ontbonden indien niet (volledig) wordt voldaan aan een van de wettelijke ontslaggronden, ook al kan in redelijkheid van de werkgever niet worden gevraagd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.⁴¹

De Afdeling acht het begrijpelijk dat het voorstel het vaste contract aantrekkelijker poogt te maken door het gesloten ontslagstelsel van de Wwz te verruimen. Tegelijkertijd wijst de Afdeling erop dat het huidige voorstel, ondanks de opgenomen cumulatiemogelijkheid, qua systematiek niet breekt met het gesloten stelsel van ontslaggronden. Het huidige voorstel suggereert daardoor nog steeds het uitgangspunt te hanteren van scherp afgebakende limitatieve ontslaggronden, terwijl de cumulatiemogelijkheid een ruim bereik zal hebben. Deze (nieuwe) i-grond kan immers ook gecombineerd worden met de bestaande restgrond van artikel 7:669, derde lid, onder h, BW.⁴² Gezien de mogelijke combinatie van beide gronden lijkt het eenvoudiger om de h-grond en de i-grond te herformuleren tot één algemene ontslaggrond. In een dergelijke systematiek wordt de rechter een ruimere afwegingsmogelijkheid gegeven en worden de gronden in artikel 7:669 BW niet limitatief opgesomd, maar bij wege van illustratie genoemd.

Daarbij zou ook gezien moeten worden of het niet tevens mogelijk gemaakt zou moeten worden om een afweging te maken waarin behalve louter persoonlijke ook economische omstandigheden kunnen worden betrokken. In de praktijk kan immers met name voor kleinere ondernemingen juist de combinatie van bedrijfseconomische problemen en gebrekkig presteren van een medewerker een belangrijke reden voor ontslag vormen. Weliswaar wordt thans de economische grond door het UWV getoetst en de persoonlijke gronden door de kantonrechter, maar dat vormt op zichzelf onvoldoende reden om de in te voeren cumulatiegrond hierdoor aanzienlijk in reikwijdte te beperken. Het ligt dan in de rede dit onderscheid hierbij niet aan te houden en de toetsing in één hand te leggen, waarbij de kantonrechter als toetsende instantie het meest in aanmerking zou komen.

De Afdeling adviseert de cumulatiegrond in het licht van het vorenstaande nader te bezien en zo nodig aan te passen.

Ik onderschrijf de stelling van de Afdeling dat het huidige voorstel qua systematiek niet breekt met het gesloten stelsel van ontslaggronden. Hoewel met de introductie van de cumulatiegrond (i-grond) inderdaad wordt beoogd het stelsel een ruimer bereik te geven, wordt het niet wenselijk geacht om te breken met de systematiek van een gesloten stelsel van ontslaggronden. Bij de invoering van het stelsel van gesloten ontslaggronden is gekozen voor het opnemen van zo concreet mogelijke normen in de wet om te beoordelen of er een redelijke grond is voor ontslag. Daarmee is beoogd zowel de werkgever als de werknemer duidelijkheid te geven over hetgeen in het kader van ontslag wel en niet

⁴¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.2.2 «Knelpunten».

⁴² Op grond waarvan ook andere dan in artikel 7:669, derde lid, BW genoemde omstandigheden als redelijke grond gelden indien zij zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

toelaatbaar is, teneinde juridisering van het ontslag tegen te gaan en zoveel mogelijk rechtszekerheid vooraf te bieden. Het is vervolgens aan de rechter om te toetsen aan deze criteria. Bij de keuze om vast te houden aan dit stelsel en de cumulatiegrond te introduceren als een separaat benoemde redelijke grond staat het tegengaan van juridisering van ontslag en de bevordering van rechtszekerheid voor werkgever en werknemer voorop. Deze cumulatiegrond kan daarom slechts worden gevormd door een combinatie van omstandigheden uit twee of meer van de reeds expliciet in de onderdelen c tot en met h genoemde gronden. De h-grond dient daarbij behouden te blijven voor de situatie waar de gronden c tot en met g geen uitkomst bieden omdat een bijzondere situatie niet onder deze gronden valt, zoals bijvoorbeeld detentie, illegaliteit van de werknemer en het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning.

Het loslaten van dit stelsel, bijvoorbeeld door de h-grond en de i-grond te herformuleren tot één algemene ontslaggrond, zal naar verwachting juridisering van ontslag in de hand werken, zoals een toename van hoger beroepszaken, en de rechtszekerheid voor partijen doen afnemen. Bij het herformuleren van de h-grond en de i-grond tot één algemene ontslaggrond zal bovendien onduidelijkheid kunnen ontstaan over de mogelijkheid van het toekennen van de extra vergoeding. Die mogelijkheid bestaat immers slechts bij toepassing van de cumulatiegrond.

De Afdeling geeft aan dat de nieuwe i-grond ook gecombineerd kan worden met de bestaande h-grond. Indien en voor zover de Afdeling bedoelt dat op basis van de i-grond omstandigheden uit de i-grond gecombineerd kunnen worden met omstandigheden uit de h-grond, is dat mijns inziens echter niet mogelijk. De i-grond biedt de mogelijkheid om omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h te combineren. Er moet dus altijd sprake zijn van een combinatie van twee of meer van die gronden. Een combinatie van de h-grond met de i-grond zelf vormt geen grond voor ontslag. Indien de opmerking van de Afdeling zodanig moet worden geïnterpreteerd dat het wetgevingstechnisch mogelijk is om de i-grond en de h-grond te combineren tot één algemene ontslaggrond, dan is dat mijns inziens, zoals hierboven betoogd niet wenselijk, gelet op de wens het systeem van gesloten ontslaggronden te behouden.

Tevens suggereert de Afdeling om te bezien of het niet tevens mogelijk gemaakt zou moeten worden om een afweging te maken waarin behalve louter persoonlijke ook economische omstandigheden kunnen worden betrokken. Sinds de inwerkingtreding van de huidige systematiek van het gesloten stelsel van ontslaggronden wordt de toetsing van het ontslag uitgevoerd door het UWV of de kantonrechter, afhankelijk van de ontslaggrond. Ontslagen die verband houden met bedrijfseconomische omstandigheden of na langdurige arbeidsongeschiktheid worden vooraf getoetst door het UWV. Omstandigheden die meer in de persoon van de werknemer en in de onderlinge relatie tussen partijen zijn gelegen worden getoetst door de kantonrechter. Bij de keuze om de toetsing van bedrijfseconomische ontslagen (op basis van de a-grond) te beleggen bij het UWV is aangesloten bij de toenmalige praktijk en de specifieke expertise en ervaring van het UWV met bedrijfseconomische ontslagen en de daarbij te hanteren regels. Het wordt, vanwege deze specifieke expertise en ervaring wenselijk geacht deze bevoegdheid bij het UWV te laten en deze niet over te dragen aan of te delen met de kantonrechter.

Een cumulatie van bedrijfseconomische omstandigheden en meer in de persoon of in de relatie tussen partijen gelegen omstandigheden verhoudt zich niet goed met het uitgangspunt dat bedrijfseconomische problemen die niet leiden tot het verval van arbeidsplaatsen, niet tot ontslag kunnen

leiden. Bedrijfseconomische problemen in combinatie met (het door de Afdeling genoemde voorbeeld van) gebrekkig presteren van een medewerker, zonder verval van arbeidsplaatsen, kunnen dat evenmin. Verval van arbeidsplaatsen is dan ook voor de huidige toepassing van een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden essentieel. Is eenmaal sprake van het vervallen van arbeidsplaatsen dan dient het afspiegelingsbeginsel te worden toegepast, teneinde te komen tot aanwijzing van de specifieke medewerkers die als gevolg daarvan voor ontslag in aanmerking komen. Het afspiegelingsbeginsel is een objectief systeem om de volgorde van ontslag te bepalen, waarin in de persoon of in de relatie tussen partijen gelegen redenen geen rol hoeven en mogen spelen. Voor een weging van persoonlijke omstandigheden, zoals bijvoorbeeld gebrekkig presteren, is daarin geen plaats. De combinatie van omstandigheden uit de a-grond met een andere ontslaggrond zou een doorkruising en fundamentele verandering van het objectieve (afspiegelings-)systeem betekenen.

Er wordt derhalve geen aanleiding gezien om het wetsvoorstel op dit punt aan te passen. Wel is naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling de toelichting op het wetsvoorstel in paragraaf 3.2.3 aangevuld en verduidelijkt.

In dat verband is overigens relevant de hierboven genoemde adviescommissie, die zal zijn belast met het doen van onderzoek naar en het geven van advies over de fundamentele vragen over de toekomst van de regulering van werk die op de langere termijn spelen. Daarbij zal het ook gaan om wet- en regelgeving op het gebied van het ontslagrecht en kunnen de suggesties van de Afdeling worden meegenomen.

e. Verruiming mogelijkheden proeftijd

Het voorstel verruimt de mogelijke duur van de wettelijke proeftijd in twee gevallen. Indien de werkgever met een werknemer (direct) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluit, wordt de maximale duur van de proeftijd van twee maanden naar vijf maanden gebracht. Indien (eerst) een overeenkomst voor bepaalde tijd van minimaal twee jaar wordt aangegaan, wordt de maximumduur van de proeftijd drie maanden. Eveneens wordt bepaald dat voortaan een tijdens de proeftijd opgezegde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt in de ketenregeling. Deze maatregelen moeten het volgens de toelichting voor werkgevers aantrekkelijker maken om met werknemers een arbeidsovereenkomsten voor langere tijd (minimaal 2 jaar) te sluiten. De risico's van het aangaan van deze overeenkomsten zou voor werkgevers worden verkleind: zij kunnen immers gedurende een langere tijd beoordelen of de werknemer voldoet aan de aan hem gestelde eisen.

Alhoewel de wens om het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor langere tijd aantrekkelijker te maken op zichzelf begrijpelijk is, maakt de toelichting niet duidelijk of en in hoeverre werkgevers ten aanzien van de proeftijd in het huidige stelsel knelpunten ervaren. In de praktijk zijn er immers al mogelijkheden voor werkgevers om een verlengde «proeftijd» te creëren. Daartoe bestaat immers de mogelijkheid van het sluiten van een – van rechtswege eindigend – tijdelijk contract, voorafgaand aan een vast contract, bijvoorbeeld indien een werkgever de onzekerheid over het functioneren van een (toekomstige vaste) werknemer wil reduceren. Het is dan ook de vraag welke belemmering voor werkgevers door het voorstel precies wordt weggenomen en daarmee of de voorgestelde maatregel werkelijk zal leiden tot meer vaste of meerjarige arbeidsovereenkomsten.

De Afdeling stelt dat de toelichting niet duidelijk maakt of en in hoeverre het huidige stelsel van de proeftijd door werkgevers als knellend wordt

ervaren en vraagt zich af waarom het stelsel aanpassing behoeft. In reactie hierop wordt aangegeven dat de verlenging van de proeftijd recht doet aan de wens van werkgevers om de geschiktheid van een werknemer langere tijd te beoordelen indien een contract voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Dit gezien de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer bij een dergelijke arbeidsovereenkomst.

Bij de internetconsultatie van dit wetsvoorstel is vanuit werkgeverszijde, zoals VNG, OSB, Bouwend Nederland, CBM, Aannemersfederatie en noa (afbouw), en de branche- en werkgeversverenigingen in de kunst en cultuur⁴³, positief gereageerd op de maatregelen ten aanzien van de proeftijd.

Terwijl niet helder is voor welk probleem de voorgestelde maatregel een oplossing beoogt te bieden, genereert deze maatregel wel meer onzekerheid voor werknemers en kan deze aanleiding geven tot nieuwe knelpunten op de arbeidsmarkt. Allereerst zorgt het voorstel ervoor dat met name werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst worden genomen voortaan gedurende een forse periode aanzienlijke onzekerheid zullen kennen. Gedurende de proeftijd is de werknemer wat betreft arbeidsrechtelijke bescherming immers vrijwel rechteloos. Om nagenoeg elke reden kan tijdens deze periode de arbeidsovereenkomst op ieder moment en met onmiddellijke ingang worden opgezegd. Gelet op het doel van de proeftijd – het over en weer kunnen kennismaken van werkgever en werknemer en het kunnen herstellen van een vergissing bij de selectie – valt dit te begrijpen voor een korte periode. Een verlenging van de proeftijd tot maximaal vijf maanden past echter niet bij het huidige doel van de proeftijd. Wanneer een werkgever het functioneren van een werknemer grondiger wil kunnen beoordelen alvorens hem een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden, kan daarvoor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – met de daarbij behorende werknemersbescherming – worden gebruikt.

In het wetsvoorstel worden voorstellen gedaan om negatieve effecten van flexibele contracten te beperken of te beperken en tegelijkertijd ook het werknemersbelang te borgen. Een voorbeeld daarvan is de financiering van de WW waarbij de premie afhankelijk wordt gemaakt van de aard van het contract: voor vaste contracten gaan werkgevers een lagere WW-premie afdragen dan voor flexibele contracten. In het huidige stelsel wordt het aanbieden van een tijdelijk contract soms als enige mogelijkheid ervaren, omdat het huidige stelsel van de proeftijd bij een vast contract ontoereikend is (qua duur) om de geschiktheid van een werknemer te beoordelen en direct een vast contract aan te bieden. Door de verlenging van de proeftijd bij het direct aanbieden van een vast contract in combinatie met de lagere WW-premie wordt het naar verwachting voor de werkgever aantrekkelijker om direct een vast contract aan te bieden. Bij algemene maatregel van bestuur wordt geregeld dat wanneer een werkgever opzegt tijdens de proeftijd, hij met terugwerkende kracht de hogere WW-premie moet afdragen voor dat contract. Hiermee wordt voorkomen dat de werkgever de langere proeftijd te lichtzinnig gebruikt dan wel misbruikt.

Daarnaast wijst de Afdeling erop dat de verlengde proeftijd tot nieuwe knelpunten op de arbeidsmarkt kan leiden. De verlengde proeftijd kan immers in de praktijk ook worden gebruikt als een nieuwe variant van

⁴³ Organisaties van de volgende verenigingen: Cultuurconnectie, branchevereniging voor cultuureducatie, amateurkunst en volksuniversiteitswerk museumvereniging, Nederlandse Associatie voor Podiumkunsten (NAPK), Vereniging Nederlandse Poppodia en -Festivals (VNPFF), Vereniging Openbare Bibliotheken (VOB), Vereniging van Schouwburg- en Concertgebouwdirecties (VSCD), Werkgeversvereniging Nederlandse Podia (WNP).

flexibele arbeid. Niet uit te sluiten valt dat werkgevers de regeling zullen gebruiken om arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aan te bieden, terwijl de werkelijke intentie is om hen binnen vijf maanden te ontslaan. Daarnaast kan de verlengde proeftijd een afschrikwekkende werking hebben voor werknemers in vaste dienst om over te stappen naar een andere werkgever. Indien een opvolgende werkgever vasthoudt aan de maximaal toegestane proeftijd, kunnen zij immers gedurende vijf maanden na de overstap alsnog hun vaste arbeidsovereenkomst verliezen. Daarmee kan deze maatregel de werknemersmobiliteit belemmeren.

De Afdeling adviseert de voorgestelde verlenging van de proeftijd te schrappen, nu niet duidelijk is welk knelpunt de voorgestelde verlenging van de proeftijd wegneemt, deze maatregel nieuwe onzekerheid voor werknemers veroorzaakt en mogelijk tot nieuwe knelpunten op de arbeidsmarkt leidt.

Ten aanzien van de opmerking van de Afdeling dat de verruiming van de proeftijd aanleiding kan geven tot nieuwe knelpunten op de arbeidsmarkt merk ik op dat de maatregel beoogt om het direct aanbieden van een vast contract aantrekkelijker te maken. Tegelijkertijd bevat het wetsvoorstel ook maatregelen om negatieve effecten van flexibele contracten te beperken of te beprijken en hiermee het werknemersbelang te borgen.

De zorgen van de Afdeling dat de maatregel tot meer onzekerheid voor werknemers leidt, dat het aanleiding kan geven tot nieuwe knelpunten op de arbeidsmarkt en de werknemersmobiliteit kan belemmeren, zijn ook tijdens de inbreng op de internetconsultatie van dit wetsvoorstel naar voren gebracht. Reeds hierom maak ik graag van de mogelijkheid gebruik nogmaals te benadrukken dat de regering hiermee rekening heeft gehouden en dat om die redenen verschillende anti-misbruikbepalingen in het wetsvoorstel zijn opgenomen. Deze bepalingen beogen de positie van de werknemer te versterken en te voorkomen dat de verruimde proeftijd feitelijk fungeert als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een voorbeeld daarvan is dat in het wetsvoorstel wordt voorgesteld de ketenbepaling aan te passen, zodat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die wordt opgezegd in de proeftijd ook meetelt voor de «keten», waarbij het niet mogelijk is om hiervan ten nadele van de werknemer af te wijken.

Ten aanzien van de zorgen dat de proeftijd tot gevolg kan hebben dat de arbeidsmobiliteit van een werknemer verslechtert, wordt het volgende opgemerkt. De verruiming van de proeftijd is geenszins een verplichting waar partijen (de werkgever en de werknemer) gebruik van moeten maken. De maatregel biedt ruimte voor maatwerk door partijen. Dit betekent dat partijen de mogelijkheid hebben om een kortere proeftijd met elkaar overeen te komen. Een werknemer die de overstap naar een nieuwe baan overweegt, behoudt dus evenwel de mogelijkheid om weloverwogen het totaal aan arbeidsvoorwaarden van de nieuwe baan af te zetten tegen de arbeidsvoorwaarden van zijn/haar huidige arbeidsrelatie en zal daar een beslissing over moeten nemen. De veronderstelling is dan ook dat een werknemer pas dan de overstap zal overwegen als het totaal aan arbeidsvoorwaarden opweegt tegen de situatie waar de werknemer zich in bevindt.

f. Transitievergoeding

Het voorstel stelt een aantal aanpassingen voor inzake de transitievergoeding. Allereerst vervalt de aan de transitievergoeding verbonden voorwaarde dat een arbeidsovereenkomst minimaal 24 maanden moet hebben geduurd. Ten tweede wijzigt de wijze van berekening van de transitievergoeding en wordt de hoogte ervan verlaagd. Waar thans over

de eerste tien dienstjaren 1/6^e maandsalaris per half jaar wordt berekend en over de volgende jaren 1/4^e maandsalaris per half dienstjaar, bestaat straks recht op 1/3^e maandsalaris per dienstjaar, ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst. Ten slotte wordt een maatregel voor kleine werkgevers voorgesteld. Wanneer zij hun bedrijf sluiten wegens pensioenering of arbeidsongeschiktheid, kan de transitievergoeding worden gedeclareerd bij het UWV. Deze laatste wijzigingen sluiten aan bij de kostenvergoeding voor de transitievergoeding bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid.⁴⁴ Bij amvb wordt ingevuld onder welke voorwaarden deze vergoeding mogelijk is en tot welk aantal werknemers een werkgever in aanmerking kan komen voor vergoeding. Volgens de toelichting leidt de huidige vormgeving van de transitievergoeding tot lagere kosten voor werkgevers bij het aflopen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ten opzichte van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Door de verschillen tussen vaste en flexibele werknemers te verminderen, beoogt het voorstel het aantrekkelijker te maken werknemers met een tijdelijk contract door te laten doorstromen naar een vast contract.

Gelet op de doelstellingen van het voorstel zijn de inzake de transitievergoeding voorgestelde maatregelen begrijpelijk. Het verschil in kosten en risico's tussen werknemers met vaste en flexibele contracten wordt hierdoor teruggebracht, waardoor althans deze prikkel om kortdurende contracten aan te bieden wordt weggenomen. Daarmee blijft overigens de vraag in hoeverre deze maatregelen in de praktijk daadwerkelijk gaan leiden tot het sneller aanbieden van een vast contract (zie punt 1).

Het doel van de maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding is met name het wegnemen van verschillen in kosten tussen werknemers met dienstverbanden van meer dan twee jaar en werknemers met dienstverbanden van minder dan twee jaar. Deze laatste groep bestaat veelal uit werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ik acht het wenselijk de kostenverschillen weg te nemen omdat niet zozeer de kosten bepalend moeten zijn voor de keuze van het soort contract, maar veeleer de aard van het werk. De maatregelen rondom de transitievergoeding zien er dan ook op om de kloof tussen werknemers met langere en kortere dienstverbanden te verkleinen. In combinatie met maatregelen als de invoering van premiedifferentiatie in de WW zorgt het geheel voor het stimuleren van vaste contracten.

De Afdeling wijst er daarnaast op dat het voorstel zal leiden tot een toename van het aantal transitievergoedingen die beperkt van omvang zijn.⁴⁵ Ook bij kortdurende dienstbetrekkingen is voortaan een transitievergoeding verschuldigd. Wanneer werknemers vaak kortdurend in dienst zijn bij verschillende werkgevers, zullen zij voortaan telkens kleine bedragen aan transitievergoeding ontvangen. Dat roept de vraag op of deze haar functie kan vervullen om bij te dragen aan de overgang naar ander werk. De transitievergoeding strekt immers niet alleen tot compensatie voor ontslag, maar ook tot het in staat stellen van werknemers om een transitie naar een andere baan te maken. Bij de introductie van de transitievergoeding in de Wwz werden beide aspecten van belang geacht

⁴⁴ Zie het wetsvoorstel houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, Kamerstukken II 2016/17, 34 699, nr. 2.

⁴⁵ In dit verband verdient ook aandacht het arrest van de Hoge Raad van 14 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1617), waarin transitievergoedingen worden toegekend bij vermindering van de omvang van het arbeidscontract.

en werd het belang benadrukt van dit instrument voor van-werk-naar-werk trajecten.⁴⁶

Het voorstel maakt niet duidelijk of de transitievergoeding indien dit een klein bedrag betreft ook gericht zou moeten zijn op het «transitie-aspect». Zij acht het aangewezen dat dit alsnog wordt gedaan in de toelichting. Het feit dat bepaalde groepen werknemers telkens kleine vergoedingen ontvangen die als vergoeding voor ontslag weinig betekenis zullen hebben, maar indien gecombineerd werknemers in staat kunnen stellen een opleiding of cursus te volgen, maakt dit van belang. De vraag rijst dan ook of het niet meer voor de hand ligt werknemers de transitievergoedingen te laten sparen tot het moment dat een substantieel bedrag beschikbaar is om bijvoorbeeld een opleiding of cursus te volgen.⁴⁷

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan het vorenstaande en het wetsvoorstel zo nodig aan te vullen.

De transitievergoeding is met de Wwz ingevoerd en is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer te helpen de overgang naar een andere baan te vergemakkelijken. De transitievergoeding is vrij te besteden door de werknemer, hij kan de vergoeding inzetten voor de doeleinden die hij wenst. De werknemer kan het geld dus besteden aan scholing ter bevordering van zijn transitie. In het kader van brede inzetbaarheid is het in het eigen belang van de werknemer om (een deel van) de transitievergoeding in te zetten voor (bij)scholing voor een nieuwe functie. Gezien het belang dat ik hieraan hecht, wordt het inzetten van transitievergoeding voor de transitie van werk naar werk gestimuleerd door het mogelijk te maken onder voorwaarden transitie- en inzetbaarheidskosten die de werkgever heeft gemaakt ten behoeve van de werknemer in mindering te brengen op de transitievergoeding.⁴⁸ De toelichting is in paragraaf 3.4.3.2 op dit punt aangevuld.

De Afdeling vraagt zich in dit kader af of het niet meer voor de hand ligt werknemers de transitievergoedingen te laten sparen tot er een substantieel bedrag beschikbaar is. Dit is reeds mogelijk; de werknemer kan geringe vergoedingen sparen met het oog op in de toekomst te volgen scholing. In het kader van de plannen rondom een leven lang ontwikkelen beziet het kabinet de koppeling tussen de individuele leerrekening en de transitievergoeding.

In het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 14 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1617) met betrekking tot gedeeltelijke transitievergoeding bij urenvermindering, bijvoorbeeld wegens langdurige arbeidsongeschiktheid of om bedrijfseconomische redenen, is de toelichting op het gebied van de berekening van de transitievergoeding aangevuld. In de toelichting is in paragraaf 3.4.3.4 verduidelijkt hoe de huidige berekeningsmethode toegepast kan worden op de berekening van een gedeeltelijke transitievergoeding.

Bij een gedeeltelijke transitievergoeding kan, zoals de Afdeling schetst, sprake zijn van geringe vergoedingen, maar dit is niet noodzakelijkerwijs het geval. De lengte van het dienstverband voor de urenvermindering en de hoogte van het bruto dienstverband zijn hier bepalende factoren in. Indien sprake is van een lang dienstverband, zal ook een gedeeltelijke transitievergoeding van een aanzienlijke omvang zijn.

⁴⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

⁴⁷ Vergelijk de plannen uit het regeerakkoord omtrent een «leerrekening».

⁴⁸ Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op de transitievergoeding.

g. Premiedifferentiatie in de WW

Het huidige stelsel van premieheffing in de WW gaat voor de eerste zes maanden van WW-uitkeringen uit van differentiatie naar sector. De bedoeling hiervan is om sectoren te prikkelen werkloosheid binnen de sector zo veel mogelijk te voorkomen dan wel zo snel mogelijk op te vangen. Het voorstel beoogt deze differentiatie in premiehoogte niet langer te relateren aan de sector, maar aan de vraag of gebruik gemaakt wordt van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd. Dit betekent dat niet langer de sector waarin een werkgever actief is, bepaalt welke premie wordt betaald, maar de individuele arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Als sprake is van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd, is een lage premie verschuldigd. In alle andere gevallen wordt voor de werknemer een hoge premie afgedragen. Nadere voorwaarden alsmede de hoogte van de premies worden bij amvb geregeld. Vooral nog wordt aan een premieverschil van vijf procentpunten gedacht.⁴⁹

De regering beoogt met de premiedifferentiatie naar de aard van het contract het vaste contract voor werkgevers aantrekkelijker te maken. Tegelijkertijd beprijsd deze maatregel het hogere werkloosheidsrisico van flexibele arbeidsrelaties en het beroep dat in verband hiermee op de WW wordt gedaan.⁵⁰ Uit de toelichting blijkt tevens dat meer eenvoudige regelgeving wordt nagestreefd. De huidige sectorindeling is verouderd en weerspiegelt onvoldoende de economische werkelijkheid. Daardoor is het gemakkelijk voor werkgevers om te «shoppen» tussen sectoren om een lage premie te kunnen betalen. Hierdoor wordt de sectorindeling ook steeds complexer om uit te voeren.⁵¹

Gelet op de daarmee beoogde doelen acht de Afdeling de voorgestelde systematiek van premiedifferentiatie naar de aard van het contract een passende maatregel. Hoewel de maatregel leidt tot een nieuw onderscheid tussen vaste en flexibele werknemers, heeft de maatregel tot effect dat het werkloosheidsrisico van het flexibele contract meer naar evenredigheid kan worden «ingeprijsd». De voorgestelde maatregel kan zo leiden tot een meer gelijk speelveld tussen vaste en flexibele werknemers. Tegelijkertijd valt, mede in het licht van de onder punt 1 gemaakte opmerkingen, op voorhand niet te zeggen of het voorstel daadwerkelijk zal leiden tot een toename van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Het is evengoed mogelijk dat de maatregel werkgevers ertoe beweegt hun werkzaamheden anders te organiseren, bijvoorbeeld via de inhuur van zzp'ers. Daarnaast dient, nu flexibele arbeid duurder gemaakt wordt, aandacht te worden geschonken aan ontwijkingsmogelijkheden die werkgevers hebben. Om daadwerkelijk effectief zijn dient de voorgestelde maatregel immers goed handhaafbaar te zijn. In dit kader wordt de verplichting gecreëerd om op de loonstrook van de werknemer te vermelden of het gaat om een schriftelijke aangegane arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en of de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd. Daarnaast wordt ook door de mogelijkheid van het met terugwerkende kracht herzien van een lage premie beoogd te voorkomen dat de regeling wordt omzeild.

De Afdeling merkt op dat, ondanks bovenstaande maatregelen, de handhaafbaarheid van de voorgestelde regeling beperkt is. Het voorstel maakt niet duidelijk hoe zal worden bereikt dat de vermelding van de aard van het contract op de loonstrook met de werkelijkheid overeenstemt. De uitvoeringstoets van het UWV onderstreept dat met name de inzet die bij

⁴⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.3.4 «Verschil tussen de hoge en lage premie».

⁵⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.1 «Algemeen».

⁵¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.3.2. «Premiestelling».

de Belastingdienst plaatsvindt essentieel is voor een effectieve regeling.⁵² De toelichting wijst erop dat de loonstrook en de loonaangifte bij de Belastingdienst met elkaar overeen moeten stemmen, maar maakt niet duidelijk of en hoe dit in de praktijk gecontroleerd zal worden door de Belastingdienst. De Belastingdienst wijst erop dat zij niet kan vaststellen of de afspraken tussen werknemer en werkgever afwijken van het arbeidscontract: zij toetst uitsluitend op basis van de formele werkelijkheid. De maatregel is volgens de Belastingdienst dan ook niet fraudebestendig.⁵³

Ook de Afdeling acht de handhaafbaarheid van de voorgestelde regeling ontoereikend.

Nu niet duidelijk is gemaakt in hoeverre de voorgestelde regeling handhaafbaar is, is ook niet duidelijk in hoeverre het voorstel effectief kan zijn. Indien toepassing van de hoge premie gemakkelijk omzeild kan worden, zal het voorstel geen gelijk spelveld tussen vaste en flexibele werknemers bewerkstelligen.

In het licht van het vorenstaande adviseert de Afdeling in de toelichting te verduidelijken hoe zorg gedragen wordt voor een effectieve handhaving en het voorstel zo nodig aan te passen.

Met de Afdeling ben ik van mening dat, gelet op de daarmee beoogde doelen, de voorgestelde systematiek van premiedifferentiatie naar de aard van het contract een passende maatregel is en dat premiedifferentiatie naar de aard van het contract het werkloosheidsrisico van flexibele contracten meer naar evenredigheid kan «inprijzen». Ik hecht er evenwel aan te benadrukken dat WW-premiedifferentiatie primair tot doel heeft het aanbieden van een vast contract te stimuleren. Voor de reactie op het door de Afdeling beschreven waterbedeffect zij korthedshalve verwezen naar de eerder in dit nader rapport gegeven reactie.

Ik ben van mening dat de handhaafbaarheid van deze maatregel voldoende gewaarborgd is. Handhaving van het juist afdragen van de hoge of lage premie geschiedt op drie manieren. Ten eerste via de reguliere controle van de loonaangifte door de Belastingdienst. Indien de boeken van een werkgever met betrekking tot de loonheffingen worden onderzocht, zal de juiste aangifte van de premies daarvan onderdeel zijn. Het toegepaste premiepercentage wordt dan vergeleken met hetgeen is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst: is er inderdaad sprake van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en is er geen sprake van een oproepovereenkomst? Het is theoretisch mogelijk dat een werkgever een – mede door de werknemer ondertekende – arbeidsovereenkomst in zijn administratie bewaart die niet overeenstemt met de werkelijkheid. Er is dan sprake van valsheid in geschrifte⁵⁴. Dat zal niet snel aan het licht komen, aangezien de Belastingdienst de door de Afdeling genoemde formele werkelijkheid controleert. Ik benadruk dat wanneer werkgever en werknemer onder één hoedje spelen, fraude in iedere situatie zeer lastig aan te tonen is. De straf is echter hoog (zie hieronder) en vormt daarmee een drempel om tot fraude over te gaan. Ten tweede worden bij algemene maatregel van bestuur vier situaties bepaald waarin met terugwerkende kracht de hoge premie moet worden afgedragen. Daarmee wordt bijvoorbeeld voorkomen dat contracten voor onbepaalde tijd worden aangegaan en steeds binnen de proeftijd van vijf maanden worden beëindigd. UWW zal jaarlijks aan de Belastingdienst een overzicht verstrekken van signalen uit de Polisadministratie en de WW-uitkeringsadministratie die duiden op het ten onrechte niet met terugwerkende kracht afdragen van de hoge premie. De Belastingdienst

⁵² Uitvoeringstoets van het UWW van 30 mei 2018 over het conceptwetsvoorstel.

⁵³ Uitvoeringstoets van de Belastingdienst.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:GHDHA:2013:3147 en ECLI:NL:RBOVE:2016:2933

kan op basis van deze signalen werkgevers benaderen om alsnog de hoge premie af te dragen.

Ten derde wordt de aard van de arbeidsovereenkomst voortaan op de loonstrook vermeld en zal UWV deze aard via de arbeidsverledensbeschikking en het digitaal verzekeringsbericht onder de aandacht van werknemers brengen. Werknemers krijgen zo beter zicht op hun contracttype en de daaraan verbonden rechten en plichten. Ervaringen uit de loonaangifteketen leren dat werkgevers extra secuur zijn in de juiste vermelding van gegevens die op de loonstrook staan. Zij kunnen daarover immers worden bevraagd door hun werknemers.

Vermelding op de loonstrook verbetert ook de handhavingsmogelijkheden. Het overgrote deel van de werkgevers werkt met loonadministratiesoftware. Die software gebruikt over het algemeen dezelfde gegevens voor de loonaangifte als voor het genereren van de loonstrook. Verschil tussen de loonaangifte en de loonstrook wordt daarom vrijwel zeker veroorzaakt door bewust menselijk handelen. Opzet is daardoor makkelijker aan te tonen door de Belastingdienst.

Op het niet juist afdragen van de premie staan hoge boetes. De maximale boete die de Belastingdienst een werkgever kan opleggen in het geval van grove schuld of opzet bedraagt maximaal 100% van de niet of niet tijdig betaalde premie. Voor valsheid in geschrift kan men strafrechtelijk worden vervolgd, waarbij een geldboete van de vijfde categorie of een gevangenisstraf van maximaal 12 maanden kan worden opgelegd.⁵⁵

Paragraaf 4.3.6 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel over de handhaving van WW-premiedifferentiatie is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling aangevuld en verduidelijkt.

Overige wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in artikel I, onderdelen A, B en E, artikel III, onderdeel D, en artikel IX te verduidelijken wanneer de maatregelen ten aanzien van oproepovereenkomsten van toepassing zijn. In de memorie van toelichting bij het voor advies voorgelegde wetsvoorstel is reeds vermeld dat bij min/maxcontracten de omvang van de arbeid niet eenduidig is vastgelegd, aangezien sprake is van een minimale arbeidsomvang en een maximale arbeidsomvang, waardoor de werknemer geen zekerheid heeft over de daadwerkelijke arbeidsomvang. Ter verduidelijking is nu geëxpliciteerd wat onder een oproepovereenkomst wordt verstaan. Tevens is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over wanneer sprake is van een oproepovereenkomst.

Het in artikel I, onderdeel D, van het wetsvoorstel voorgestelde artikel 7:653, vijfde lid, BW bepaalt dat de werknemer niet aan een concurrentiebeding gehouden kan worden, indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd wordt opgezegd, tenzij dit noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. In het voor advisering voorgelegde wetsvoorstel is opgenomen dat de werkgever die in een dergelijk geval een beroep op het concurrentiebeding wil doen, dit uiterlijk op de zevende dag na de opzegging aan de werknemer dient mede te delen.

⁵⁵ Zie Richtlijn voor strafvordering valsheid in geschrift, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0036306/2015-03-01>

Voor een werknemer is het van belang zo spoedig mogelijk te weten of zijn voormalig werkgever hem aan een concurrentiebeding houdt. Geconstateerd is dat een termijn van zeven dagen voor de werknemer hinderlijk kan zijn, wanneer hij bijvoorbeeld direct na beëindiging van de arbeidsovereenkomst een aanbod voor een nieuwe baan krijgt. Van de gelegenheid is daarom gebruik gemaakt het voorgestelde artikel 7:653, vijfde lid, BW zodanig te wijzigen dat een mededeling van de werkgever gelijktijdig met de opzegging dient plaats te vinden, wanneer de werkgever degene is die de arbeidsovereenkomst opzegt en onverwijld na de opzegging dient plaats te vinden, wanneer de werknemer degene is die de arbeidsovereenkomst opzegt. Met een onverwijde mededeling wordt bedoeld dat de mededeling zo snel mogelijk dient plaats te vinden nadat de opzegging de werkgever heeft bereikt.

Voorts zijn enkele wijzingen aangebracht in het met artikel I, onderdeel K, van het wetsvoorstel voorgestelde artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, BW. De grondslag voor compensatie van de transitievergoeding bij het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming wegens pensionering of ziekte van de werkgever, is nader uitgewerkt. De paragraaf in de memorie van toelichting is op dit punt eveneens nader uitgewerkt.

In artikel I, onderdeel P, van het wetsvoorstel is het voorgestelde artikel 7:692a BW aangepast. In de memorie van toelichting bij het voor advies voorgelegde wetsvoorstel was opgenomen dat de payrollwerkgever de ruimere keten bij cao inlener mocht volgen (en hiervoor geen eigen regeling mocht treffen), maar was dit niet geregeld ten aanzien van andere driekwartdwingendrecht bepalingen, zoals bijvoorbeeld de opzegtermijn en de proeftijd. In het nieuwe artikel is geregeld dat, met betrekking tot de payrollovereenkomst, alleen afwijking van driekwartdwingend recht ten nadele van de werknemer mogelijk is, voor zover dit geregeld is in de cao van de inlener waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Uitzondering hierop is wanneer in de cao van de payrollwerkgever gebruikmaking van deze afwijking uitdrukkelijk beperkt is. In het achtste lid is bepaald dat onder het begrip «onderneming» in artikel 7:692a BW wordt verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de ondernemingsraden. Hiermee is aangesloten bij het voorgestelde artikel 8a Waadi, waar ten aanzien van het begrip «onderneming» eveneens is aangesloten bij de definitie uit de Wet op de ondernemingsraden.

In artikel III, onderdeel F, is in de wijziging van artikel 59 van de Wet financiering sociale verzekeringen het eerste lid aangevuld met een zin die ertoe strekt dat (gewezen) inhoudingsplichtigen in aanvulling op de reeds genoemde situaties in artikel 28a, tweede lid, van de Wet op de loonbelasting 1964 verplicht zijn een correctiebericht op de loonaangifte in te dienen indien er sprake is van een situatie waarin me terugwerkende kracht de hoge premie van toepassing is.

Daarnaast is in artikel XIII, eerste lid, het overgangsrecht met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding duidelijker geformuleerd.

Tenslotte is in artikel 7:682 geregeld dat in specifieke situaties waarin de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd zonder preventieve toets van de kantonrechter, de kantonrechter verzocht kan worden om een extra vergoeding toe te kunnen als de arbeidsovereenkomst is geëindigd op grond van de cumulatiegrond. En is toegelicht hoe de bevoegdheid van de commissie, bedoeld in artikel 7:671, lid 1, onderdeel h, BW zich verhoudt tot de cumulatiegrond.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees