

Evert Verhulp¹

Inleiding

De WAB wijzigt belangrijke delen van de WWZ. De WWZ is ingevoerd per 1 januari resp. 1 juli 2015. De WWZ geldt dus nauwelijks vier jaar. In die vier jaar zijn we nog steeds bezig met het uitleggen en aanscherpen van de wettelijke regels die soms nadere duiding nog hebben. Nog steeds doet de Hoge Raad baanbrekende uitspraken over de WWZ. Het gevolg van veel van die beschikkingen is dat een aantal van de noden en onzekerheden over de nieuwe wetgeving die in 2017 nog gevoeld werden, nu niet meer spelen, en er andere zijn opgekomen. Anders gezegd: het regeerakkoord en het voornemen daarin om de WWZ aan te passen bijvoorbeeld om de verhouding vast/flex te herzien, is gebaseerd op (deels) achterhaalde uitgangspunten.

Tegelijkertijd kunnen we de gevolgen van de WWZ tot op heden niet goed overzien. Soms is dat bij andere wetgeving ook het geval. Zo voorspel ik dat de Compensatieregeling Transitievergoedingen² in 2020 veel meer dan een miljard euro³ zal kosten, en zal leiden tot een grote druk om iedereen bij het einde van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding te betalen.⁴ De minister vindt de compensatie desalniettemin een goed idee en breidt die met de onderhavige voorstellen uit. De inrichting van de arbeidsmarkt, waartoe behoort het zzp-vraagstuk, het ontslagrecht en als onderdeel daarvan de rechtvaardiging van de ontslag (transitie-)vergoeding, in onderling verband, komt nauwelijks structureel in dit wetsvoorstel aan de orde. Het Ministerie SZW heeft net een omvangrijke evaluatie van de WWZ uitgezet. De uitkomsten van dat onderzoek zullen nog zeker een half jaar op zich laten wachten. Ondertussen is de Commissie Regulering van Werk aan het werk en die zal medio november 2019 adviseren. Er zijn zeker problemen op de arbeidsmarkt die een snelle oplossing vergen. Dan gaat het vooral over ongerechtvaardigde ongelijkheden in kosten van de arbeid. Zolang werknemers via de payroll-constructie goedkoper zijn dan werknemers in loondienst is er een structureel probleem dat oplossing verdient. De WAB biedt een paar van dergelijke wat structurele benaderingen, en die juich ik toe.

Maar met andere voorstellen in de WAB worden alleen maar flarden geregeld, en soms regelen die flarden iets dat geen probleem meer is en soms regelt het een onderdeel van het probleem zonder dat in samenhang aan te pakken en dat is onvoldoende. In de MvT besteedt het kabinet aandacht aan deze samenhang en schrijft (p. 21/22): *“De voorstellen in dit wetsvoorstel maken onderdeel uit van een breder pakket aan maatregelen die in*

¹ Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

² Wet van 11 juli 2018, Stb. 2018, 234, die de invoering van art. 7:673 e BW regelt. De WAB wijzigt die bepaling weer.

³ De regering voorspelt de kosten overigens op een bedrag van ongeveer 920 miljoen euro, zie Kamerstukken II, 2016/17, 34699, nr. 3, p. 6.

⁴ Zie de bijdrage die eind maart in Tijdschrift Recht en Arbeid zal verschijnen. Op p. 102 van de MvT wordt een bedrag van € 180 miljoen genoemd, maar dat heeft betrekking op een schatting van de jaarlijkse kosten na 2020.

samenhang bezien de balans op de arbeidsmarkt verbeteren, tussen zekerheid en kansen voor werkgevers, werknemers en zzp'ers, voor nu en in de toekomst." Over dat breder pakket is nog niets bekend, zodat evenmin de samenhang van deze wijzigingen met andere voorstellen duidelijk is. De arbeidsmarkt gedraagt zich vaak als een waterbed, waarbij als aan de ene kant iets naar beneden gedrukt wordt, er aan de andere kant iets naar boven komt. De effecten van het verhogen van de kosten van flex op de inzet van zzp'ers is volstrekt ongewis (MvT, p. 99). Zonder die duidelijkheid zou het goed zijn niet te veel aan de WWZ/de wet te veranderen, anders dan de punten waarover duidelijkheid en brede consensus bestaat. Bedacht moet worden dat een wetswijziging vaak weer onrust met zich brengt en vaak jarenlange onzekerheid over de precieze uitwerking door de rechtspraak. De maatschappelijke kosten die met deze onzekerheid zijn gemoeid, zijn enorm.

Ik loop de belangrijkste voorgestelde wijzigingen met betrekking tot flexibele arbeidsovereenkomsten, ontslagrecht en premiedifferentiatie langs en geef kort weer wat achterliggende uitgangspunten zijn en beoordeel die:

1) Flexibele arbeid

a) Ketenregeling:

Ik wijs er op dat het effect van wetgeving op werkgeverskeuzen ten aanzien van flexibele arbeidsovereenkomsten onduidelijk is maar in ieder geval niet overdreven moet worden.⁵ Het doel van de voorstellen is het *voor werkgevers aantrekkelijker te maken om een vast contract aan te gaan en voor werkenden meer perspectief op zekerheid te creëren* (MvT p. 23).

Knelpunten worden ervaren door (i) de verkorting (door de WWZ) van de ketenregeling van drie naar twee jaar, (ii) seizoensarbeid en (iii) in het bijzonder onderwijs. Voorgesteld wordt daarom de ketenregeling weer te verruimen naar drie jaar, een regeling te treffen voor terugkerend tijdelijk werk en een uitzondering te maken voor tijdelijke invalkrachten in het onderwijs. Het voorstel de maximale duur van de keten te verlengen naar drie jaar kan het beoogde doel (werkgevers stimuleren alleen voor flex te kiezen als dat nodig is) nauwelijks dienen. Hoe een verlenging van de keten kan leiden tot het eerdere aanbieden van een vast contract valt niet in te zien.⁶ Voor echte seizoensarbeid en het onderwijs kunnen de voorstellen een probleem oplossen. Rechtspraak sinds januari 2015 over deze onderwerpen maakt de beoordeling niet anders.

b) oproepovereenkomsten

Voorgesteld wordt om de oproepwerknemer het recht te geven (i) een oproep die niet tenminste vier dagen van te voren is gedaan te weigeren, (ii) de oproepwerknemer recht op behoud van loon te geven als de oproep binnen vier dagen voor het moment waarop arbeid moet worden verricht, in te trekken, en (iii) de werknemer het recht te geven na 12

⁵ Zie P.T. de Beer en E. Verhulp, Is wettelijke regulering de oorzaak van groei van flexibel werk in Nederland, TRA 2017/83.

⁶ Opmerkelijk is dat de Duitse regering met precies dezelfde doelstelling als de Nederlandse regering juist voorstelt om de maximale duur van de keten te verkorten van 24 naar 18 maanden (Koalitionsvertrag: Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, 2018, p. 52). De regering wijst waar het ze uitkomt wel naar de regeling in Duitsland (zie bijv. MvT, p. 38).

maanden oproeparbeid op een arbeidsovereenkomst van tenminste de omvang van de in die laatste 12 maanden gewerkte uren.

Voor het voorstel onder (iii) geldt dat dat in belangrijke mate al geregeld is in art. 7:610b BW, maar de regering constateert terecht dat daarop weinig, en nog minder een succesvol, beroep wordt gedaan. Dat geeft te denken over de handhaving van een regeling als voorgesteld. Daarover had beter kunnen worden nagedacht. De voorstellen onder (i) en (ii) waardeer ik positief, zij het dat ook daar een handhavingsprobleem zal zijn. Ze kunnen evenzogoed bijdragen aan meer zekerheid van de oproepkracht. Zie verder de inbreng van Willemijn Roozendaal.

c) Payroll

De voorstellen in de WAB over dit onderwerp steun ik en lijken en een echte verbetering (zie de inleiding). Zie verder de inbreng van Femke Laagland.

2. Ontslagrecht

a) De i-grond/combinatiegrond en aanpassing van de transitievergoeding de i grond:

Voorgesteld wordt om ook een combinatie van gronden als redelijke grond en dus reden voor ontbinding toe te staan (art. 7:669 lid 3 sub 1 BW). In het geval de rechter wegens de combinatiegrond ontbindt, kan hij de aan de werknemer toekomende transitievergoeding met maximaal 50% verhogen (art. 7:682 lid 7 BW).

Deze wijzigingen worden voorgesteld met de onderbouwing dat het zich soms voordoet dat de rechter wel meent dat er gronden voor de beëindiging zijn terwijl de wet de mogelijkheid tot ontbinding niet biedt (MvT, p. 63). Deze gedachte is gebaseerd op een voorlopig onderzoek van onder anderen mijn hand,⁷ waaruit dat met de nodige voorbehouden is af te leiden. We zijn inmiddels al bijna 3 jaar verder en de rechtspraak op dit terrein is al behoorlijk uitgekristalliseerd. Zo was er drie jaar geleden de angst dat op de redelijke gronden het integrale bewijsrecht van toepassing zou zijn, hetgeen het voor de werkgever buitengewoon moeilijk zou maken een redelijke grond te bewijzen. Dat was ook voor sommigen één van de redenen om te pleiten voor een samengestelde grond (die i-grond). De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 18 februari 2018⁸ een goed werkbaar methodiek ontwikkeld waardoor de werkgever zonder veel moeite aan de bewijsopdracht van de redelijke grond kan voldoen, zodat misschien aan een combinatiegrond minder behoefte bestaat.

We weten dat sinds de invoering van de WWZ ongeveer 40% van de verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen. Dat was voor de invoering van de WWZ ongeveer 9%. In de periode van juli 2015 tot juli 2018 zijn er ongeveer 2.500 ontbindingsbeschikkingen per jaar geweest. Alleen al in 2013 werden nog 12.500 ontbindingsbeschikkingen geweest, het jaar daarvoor 18.000. De WWZ betekent dus een grote afname van het aantal zaken, hetgeen juist de bedoeling was en in termen van belasting van de rechterlijke macht enorme winst is. Aangenomen moet worden dat alleen de echt lastige ontslagzaken (die ook lastig te schikken zullen zijn) aan de rechter worden

⁷ Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ, UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016, p. 13.

⁸ ECLI:NL:HR:2018: 182, Huijben/Decor

voorgelegd. Dat daarvan een hoog percentage wordt afgewezen, ligt voor de hand. De evaluatie die het ministerie nu uitzet en waarvan de uitkomsten eind dit jaar worden verwacht, zal de vraag of aan een combinatiegrond na alle rechtspraak en praktijkervaring nog behoefte is, duidelijk beantwoorden. Uit het aantal afwijzingen na de invoering van de WWZ is die behoefte in ieder geval niet af te leiden. De invoering van een combinatiegrond nu, zonder enige wetenschappelijke fundering, kent geen wetenschappelijke onderbouwing of noodzaak.

De aanpassing van de transitievergoeding bij de combinatiegrond

In de MvT is opgenomen dat de rechter ambtshalve kan beslissen de combinatiegrond toe te passen. (MvT, p. 127). Dat is op zijn minst een betwist standpunt.⁹ Het wetsvoorstel opent de mogelijkheid om in geval de combinatiegrond tot ontbinding leidt, een hogere transitievergoeding toe te kennen. Het gevolg is dat de rechter weer veel ruimte krijgt om met “de vergoeding te spelen”, en op de gram te wegen wat een redelijke vergoeding bij ontbinding zal zijn. Bij vrijwel ieder ontslag zal de werkgever wel ergens een verwijt te maken zijn. Het volledig voldoen aan alle regels van het ontslagrecht vergt veel moeite en zal maar weinig werkgevers gegeven zijn. Indien de rechter een imperfectie aan de zijde van de werkgever constateert, kan hij onder de nieuwe regels ontbinden wegens de combinatiegrond en aan de werkgever een vergoeding toekennen die hij verhoogt met een bepaald bedrag om de imperfectie te compenseren. Hoe dat bedrag dan berekend dient te worden weet de regering evenmin: de mededelingen daarover in het MvT (p. 65) raken kant noch wal.

Invoering van deze onderdelen van de WAB zou ons terug kunnen brengen bij de situatie voor 1 juli 2015. Pas als uit de evaluatie blijkt dat nog steeds behoefte is aan een dergelijke grond met extra transitievergoeding, moet in breder verband worden gezien of deze voorstellen kunnen leiden tot het gewenste resultaat. Op voorhand lijkt de behoefte daaraan niet goed onderbouwd, het voorstel niet goed doordacht en het effect onwenselijk.

b) Aanpassing van de opbouw transitievergoeding

Voorgesteld wordt de transitievergoeding vanaf dag 1 te berekenen (art. 7:673 lid 1 BW) en de verhoogde opbouw na 10 jaar te laten vervallen (art. 7:673 lid 2 BW).

De gedachte achter de opbouw vanaf dag 1 is dat voor de berekening vanaf twee jaar onvoldoende rechtvaardiging bestaat en werkgevers kunnen willen voorkomen dat een arbeidsrelatie langer dan twee jaar duurt (MvT, p. 69). De gedachte achter de aanpassing van de berekening na 10 dienstjaren is dat de kosten van het ontslag van een werknemer in vaste dienst daardoor hoger zijn en een belemmering kunnen zijn werknemers in vaste dienst te nemen (MvT, p. 69).

Het voorstel de transitievergoeding te berekenen vanaf dag 1 waardeer ik positief. Er is eenvoudigweg geen goede reden om die vergoeding pas na twee jaar toe te kennen. Het is overigens wel een stap in de richting van een ‘ontslagvergoeding voor iedereen’, waarvan ik me ten eerste afvraag of dat een goed idee is. De gedachte achter de het verlagen van de vergoeding begrijp ik in relatie tot het terugdringen van flex en het stimuleren van vast. Ik wijs er op dat per 1 januari 2020 ook de regeling voor oudere werknemers (asrt. 7:673a BW)

⁹ M. Jovicic en J. Wiewel, De redelijke grond: Rechtsfeit of rechtsgrond?, TvO 2018, 3

komt te vervallen waardoor het ontslaan van oudere werknemers met een langer dienstverband wel erg goedkoop wordt. Ik mis een beschouwing over de in de WWZ verwoorde ratio van deze regelingen (bescherming van oudere werknemers, mede het oog op langdurig werkloosheidsrisico) en het vervallen van beide regelingen, waar in de WWZ alleen het verval van de regeling oudere werknemers (ouder dan 50 jaar en meer dan 10 dienstjaren) is voorzien (art. 7:673a BW). De rekenvoorbeelden die in de MvT zijn opgenomen zijn daarom maar het halve verhaal. Het is denkbaar dat een ontslag na 1 januari 2020 recht geeft op een transitievergoeding die meer dan de helft lager is dan de transitievergoeding bij een ontslag voor 1 januari 2020. Wat het gevolg zal zijn van de arbeidsmarktpositie voor de oudere werknemer van een zo grote verlaging is niet duidelijk.

c) Compensatieregeling transitievergoeding

De compensatie van de transitievergoeding is het slechtste arbeidsrechtelijke idee in jaren (hoewel er veel slechte ideeën voorgesteld en ook ingevoerd), maar reeds aangenomen en gepubliceerd (zie mijn inleiding): de inwerkingtreding is voorzien per 1 april 2020. Ik deel de opvatting ar de compensatie niet zou moeten gelden voor werknemers die worden ontslagen eerder dan na twee jaar arbeidsongeschiktheid. De werkgever heeft in dat geval niet twee jaar lang het loon bij ziekte doorbetaald, en dat was de rechtvaardiging voor de compensatieregeling.¹⁰ De regering wil de transitievergoeding in dat geval niet compenseren vanwege de hoge uitvoeringskosten. Ik deel de uitkomst van het standpunt van de regering, maar de reden niet.

Voor de compensatie van de transitievergoeding bij ontslag wegens pensionering (AOW) of ziekte van de werkgever geldt dat het ook geen goed idee is. Werknemers procederen nu na twee jaar ziekte tegen hun werkgever om een ontslag af te dwingen: de werkgever moet dan een transitievergoeding betalen maar dat is niet erg want hij mag die toch declareren. Ik stel me zo voor dat indien een werkgever de keuze heeft om het bedrijf over te dragen of om de werknemers te ontslaan, de druk van werknemers om de transitievergoeding te verzilveren heel groot wordt, zeker nu de werkgever de aanzienlijke kosten toch kan declareren. Dat speelt zeker als de levensvatbaarheid van het bedrijf ter discussie staat (werknemers kunnen bij de failliet geen transitievergoeding claimen, zie art. 7:673c BW), of als veel werknemers net voor het pensioen staan. Een overgang van onderneming is dan niet zonder meer in het belang van de werknemer omdat dan van rechtswege zijn dienstverband door de verkrijger wordt 'overgenomen', de werknemer dus niet ontslagen is en geen recht op een transitievergoeding zou hebben (zie MvT p. 80). Door de compensatieregeling is wel duidelijk dat een werkgever die in verband met AOW of arbeidsongeschiktheid zijn bedrijf overdraagt en zijn werknemers niet ontslaat, die werknemers (de verzilvering van de tot dan toe opgebouwde transitievergoeding op kosten van het collectief) te kort doet. Deze regeling vergt echt een goede doordenking van de rechtvaardiging van de transitievergoeding en leidt in grote stappen tot een 'ontslagvergoeding voor iedereen'. Daar ben ik niet voor, en zeker niet als daar geen duidelijke keuze voor wordt gemaakt.

3. Premiedifferentiatie

Ik ben een voorstander van de differentiatie van de premie naar werkloosheidsrisico. Ik heb de indruk dat deze differentiatie wordt aangegrepen om de sectorpremie af te schaffen,

¹⁰ Kamerstukken II, 2015/16, 34351, nr. 16 en 22.

omdat ik me niet kan voorstellen dat beide vormen van differentiatie niet naast elkaar digitaal verwerkt kunnen worden. Hoewel de sectorpremie ook veel nadelen kent (indelingsproblematiek, zie MvT p. 83, 87) wordt in sommige sectoren, zoals de landbouw, de fondsvorming goed benut door in te zetten op voorkoming van werkloosheid en zou het zonde zijn die goede instituten alleen om administratieve redenen te moeten opheffen (MvT, p. 87). De gedachte om de sectorindeling op de loonstrook te vermelden om zo betere handhaving te genereren, steun ik. Handhaving door strafrecht kan (MvT, p. 91) maar het succes daarvan moet niet worden overdreven. Overigens verwijs ik naar de bijdrage van Willemijn Roozendaal.