

## **1. Inleiding**

Flexibele arbeid is de laatste jaren sterk gegroeid.<sup>1</sup> Een belangrijk kenmerk van de hedendaagse diensteneconomie is het 'just in time' of alleen 'on demand' inschakelen van werknemers, gefaciliteerd door de impact van nieuwe technologie. In sectoren waarbij de vraag van klanten naar een dienst grillig verloopt, proberen werkgevers de kosten voor de wachttijd tussen de diensten aldus af te wentelen op werknemers, bijvoorbeeld door gebruik te maken van uitzendarbeid, oproepcontracten, min-maxcontracten, nulurencontracten etc. De onzekerheid voor de werknemer die bij deze contracten hoort, varieert in de praktijk.<sup>2</sup> Er zijn contracten waarbij aan een oproep onmiddellijk gehoor moet worden gegeven,<sup>3</sup> er zijn er waarbij deze daags tevoren wordt gedaan,<sup>4</sup> en ook waarbij de 'oproep' in feite een rooster voor een aantal weken of langer is, al dan niet ruim tevoren aangekondigd.<sup>5</sup> Daarbij varieert de mate van zeggenschap die de werknemer heeft over zijn of haar rooster. Er zijn oproepkrachten die elke oproep mogen weigeren,<sup>6</sup> oproepkrachten die gedurende een afgesproken tijdslot of zelfs voortdurend beschikbaar moeten zijn zonder garantie op werk,<sup>7</sup> en oproepkrachten die ruim tevoren een rooster krijgen of die zich zelf mogen inschrijven op een dienst.<sup>8</sup> De verschillende soorten diensten hebben allerlei verschillende gevolgen voor werknemers. De gevolgen kunnen vooral financieel zijn, als er wel zekerheid is over de tijden waarop men beschikbaar moet zijn, maar niet over het aantal oproepen en dus de daaraan gekoppelde inkomsten. Het gevolg kan ook zijn dat niet alleen het salaris maar ook het rooster grillig is, zodat werknemers heel moeilijk verplichtingen buiten het werk aan kunnen gaan. Onzekerheid heeft een zekere relatie met gezondheid en bedreigt in ieder geval de kwaliteit van het privéleven van werknemers.<sup>9</sup> Internationaal gezien behoren oproepkrachten tot de meest kwetsbare categorie werknemers.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 19; met verwijzing naar CBS, Flexibele arbeid 2018, Onderzoeksdocumentatie en kwaliteitsanalyse. Zie ook Susanne Burri e.a., On-call work in the Netherlands: trends, impact and policy solutions, Conditions of Work and Employment Series No. 103, International Labour Organization 2018, p. 10: van 2003 tot 2016 is het aandeel oproepkrachten gegroeid van 23% naar 29% van het totale aantal flexibele arbeid.

<sup>2</sup> P. Donker van Heel e.a., Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers, Ecorys, Rotterdam: 2013, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 6. Nulurencontracten komen vooral voor in de zorg (p. 17). Zie ook V. Haanstra-Veldhuis & B.C.H. De Zwart, Flexibilisering en werkbeleving in de VVT-sector. Onderzoek onder medewerkers in de Verzorging & Verpleging en Thuiszorg, Leiden: 2013.

<sup>3</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, JAR 2013/140; Rechtbank Noord-Holland, 13-12-2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10116.

<sup>4</sup> CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2669; of een voorlopige roostering wordt daags tevoren bevestigd of geannuleerd, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4203.

<sup>5</sup> Zie bv. Rechtbank Limburg 12-06-2014 ECLI:NL:RBLIM:2014:5233.

<sup>6</sup> Zie bv. Rechtbank Utrecht 08-06-2011 ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7284.

<sup>7</sup> Zie bv. Hof Den Bosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:218.

<sup>8</sup> Zie bv. Rechtbank Limburg 12 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:5233.

<sup>9</sup> S.A.E. Geurts, Recovery from Work During Off-Job Time, in: G.F. Bauer and O. Hämmig, Bridging Occupational, Organizational and Public Health: A Transdisciplinary Approach, Dordrecht: Springer; Eurostat, Health and Safety at Work in Europe (1999-2007), Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

<sup>10</sup> Eurofound (2015) «Study to support Impact Assessment on the Review of the Written Statement Directive» by CSES and PPMI, 2015, p. 145.

Terecht zet het kabinet stappen om de positie van werknemers die aangewezen zijn op flexibele arbeid, te versterken. De wetgever loopt daarbij vooruit op Europese wetgeving op dit gebied. Onlangs heeft de Europese wetgever een voorstel gedaan om de positie van de oproepkracht te verbeteren.<sup>11</sup> De voorgestelde richtlijn moet de Informatierichtlijn gaan vervangen.<sup>12</sup>

Het moment waarop deze wetgeving in de Wet Arbeidsmarkt in Balans is voorgesteld is wellicht niet optimaal te noemen. De WWZ is nog maar vier jaar geleden ingevoerd, en de evaluaties daarvan zijn nog niet afgerond. Het is wellicht te vroeg om te concluderen dat onderdelen van die wet, zoals de aanscherping van de ketenregeling en het gesloten stelsel van ontslaggronden, niet of onvoldoende werken. Het is van cruciaal belang dat verwante dossiers zoals de afbakening tussen werknemer en zzp'er voortvarend ter hand worden genomen om het 'waterbedeffect' te voorkomen.

Niettegenstaande dit wat premature karakter van het WAB voorstel op sommige onderdelen, ben ik van mening dat het belangrijk is dat de Nederlandse wetgever actief is en blijft bij het beperken van flexibilisering van de arbeidsmarkt. Ontwikkelingen op de arbeidsmarkt staan ook niet stil. Het is van belang dat de vinger aan de pols wordt gehouden, omdat actoren op de arbeidsmarkt steeds nieuwe contractvormen zullen zoeken om hun doelen te bereiken. De tijd dat het arbeidsrecht 'een rustig bezit' was en dat iedereen jarenlang de tijd krijgt om aan wetswijzigingen te wennen, ligt vermoedelijk achter ons.

Dat gezegd zijnde, stem ik niet op alle punten in met de voorgestelde regelingen. Ik ga hierna vooral in op de regelingen ter bescherming van oproepkrachten, te weten art. 7:628a nieuw BW, en de premiedifferentiatie in de WW.

## **2. De oproepkracht in de WAB**

Met de Wet arbeidsmarkt in Balans wil de regering de positie van oproepkrachten versterken en permanente beschikbaarheid voorkomen.<sup>13</sup> Van een oproepovereenkomst artikel is krachtens het voorgestelde art. 7:628a lid 9 BW sprake indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand of, onder voorwaarden, een jaar, of indien de werknemer een loonuitsluitingsbeding in de zin van art. 7:628 lid 5 of 7 heeft.<sup>14</sup> De regering benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werknemers die werkzaam zijn op een arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer geen zekerheid heeft over de omvang van de te

---

<sup>11</sup> Voorstel voor een Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie Brussel, 21.12.2017, COM(2017) 797 final, 2017/0355(COD). Art. 3 van de voorgestelde richtlijn bepaalt dat indien het werkrooster geheel of grotendeels variabel is, de werknemer ten laatste op de eerste werkdag moet worden geïnformeerd over het aantal gewaarborgde betaalde uren, de beloning van arbeid verricht naast de gewaarborgde uren en, indien het werkrooster geheel of grotendeels door de werkgever wordt bepaald, de referentiedagen en -uren waarop de werknemer kan worden verplicht om te werken, en de minimale termijn waarbinnen de werknemer vóór de aanvang van een opdracht in kennis moet worden gesteld. Artikel 9 bepaalt dat de werknemer alleen verplicht mag worden om te komen werken, als het op een van de vooraf vastgestelde referentiedagen is en als hij met inachtneming van de overeengekomen termijn is opgeroepen. Artikel 10 van de voorgestelde richtlijn bepaalt dat een werknemer de mogelijkheid heeft te verzoeken om een vorm van werk met meer voorspelbare en zekerdere arbeidsvoorwaarden, indien beschikbaar, en het recht heeft daarop een schriftelijk antwoord van de werkgever te krijgen.

<sup>12</sup> Richtlijn 91/533/EEG betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (Pb EG L 288/32 van 18 oktober 1991).

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 4; p. 21. Zie hierover E.W. de Groot en M.S. Houwerzijl Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt? TRA 2018/74; P. Besseling, 151. VAAN – VvA – Wab . Oproepovereenkomst, TAP 2018/4.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 2, p. 12.

verrichten arbeid en het inkomen dat hij daarmee kan verwerven. Indien de uren zijn overeengekomen maar de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht niet vaststaan, is er geen sprake van een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW en gelden de voorgenomen maatregelen niet.<sup>15</sup>

## Oproeptermijn

De Arbeidstijdenwet bevat reeds een regeling inzake het informeren van de werknemer over zijn rooster. Art. 4:2 Atw 1996 bepaalt kort gezegd dat arbeidstijdpatronen in beginsel 28 dagen tevoren aan de werknemer moeten worden meegedeeld. Voor werknemers waarbij dat vanwege de aard van de arbeid niet mogelijk is, volstaat een oproeptermijn van vier dagen, zij het dat hem wel 28 dagen tevoren moet worden meegedeeld welke weekenden hij vrij is. Deze in 1996 nieuwe oproeptermijn was volgens de wetgever noodzakelijk vanwege de in de Atw 1996 veel ruimere mogelijkheden voor flexibele arbeidstijden.<sup>16</sup>

De mededelingsplicht is echter slechts van regelend recht. Van de termijnen kan met instemming van de werknemer worden afgeweken.<sup>17</sup> Er staat geen specifieke sanctie op het niet nakomen ervan. Er is door de SER wel voorgesteld om de Arbeidsinspectie het instrument van de aanwijzing te geven, maar dit strookte volgens de wetgever niet met de gedachte van individualisering en flexibilisering.<sup>18</sup> Het nut van art. 4:2 Atw zou aldus zijn dat het “als een baken kan fungeren voor het overleg tussen werkgever(s) en werknemer(s) over de inrichting van arbeidstijdpatronen, voor klachten–behandeling en voor de burgerlijke rechter bij geschillen.”<sup>19</sup> Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat de mededelingsverplichting van art. 4:2 Atw dit effect heeft gehad.<sup>20</sup>

Een van de maatregelen in de WAB is om nu wel gevolgen te verbinden aan het niet in acht nemen van een oproeptermijn. Volgens het nieuw voorgestelde art. 7:628a lid 2 BW, hoeft de oproepkracht alleen aan een oproep gehoor te geven als hij vier dagen tevoren schriftelijk of elektronisch is opgeroepen. Met de termijn van vier dagen beoogt de regering aan te sluiten bij art. 4:2 Atw. Krachtens lid 3 heeft de werknemer recht op loon voor de duur van de oproep als de oproep binnen vier dagen voor het aanvangstijdstip wordt gewijzigd of ingetrokken. De termijn kan krachtens lid 4 worden verkort tot minimaal 24 uur bij cao.

## Commentaar

De regering doet hiermee een naar mijn mening welkome stap in de richting van de bescherming tegen excessieve beschikbaarheid. Toch biedt het niet voor alle werknemers met variabele arbeidstijdpatronen soelaas. Wie een vast maar laag aantal uren per maand of zelfs per jaar heeft afgesproken, en permanent kan worden opgeroepen, valt immers niet onder deze regeling maar leeft wel in onzekerheid. Bovendien dreigt de termijn van vier dagen de nieuwe norm te worden, terwijl 28 dagen tot dusver het uitgangspunt was.

Daarnaast is maar de vraag of oproepkrachten in staat zullen blijken om het verschuldigde loon ook te incasseren. Zij zetten daarmee immers hun goede relatie met de werkgever op het spel, en brengen daarbij hun oproepbaarheid in de toekomst in gevaar. Het mag mijns inziens van de wetgever verwacht worden dat hij zich juist op het terrein van het arbeidsrecht en de bescherming

---

<sup>15</sup>Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 26.

<sup>16</sup>Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 63.

<sup>17</sup>Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 63.

<sup>18</sup>Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 63.

<sup>19</sup>Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 63.

<sup>20</sup>Er komt een geannuleerde oproep voor in Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4203. Daarin wordt de Atw niet genoemd.

van de onderkant van de arbeidsmarkt, rekenschap geeft van deze handhavings- en nalevingsproblemen. Men kan nu eenmaal niet volstaan met het opnemen van een regel in een wetboek. Er moet worden voorzien in realistische instrumenten ter handhaving van deze regels. Een rol voor de Arbeidsinspectie zou al een voor de hand liggende stap in de goede richting zijn.

Het recht op loon als de oproep weer wordt ingetrokken lijkt op het eerste gezicht sympathiek, maar de regeling lijkt tegelijkertijd te suggereren dat de werkgever de loondoorbetalingsplicht van art. 7:628 BW kan ontlopen, mits hij een oproep tijdig annuleert. Nadat een werknemer voor een dienst is opgeroepen terwijl hij verplicht is daaraan gehoor te geven of de oproep aanvaardt, is er immers sprake van bedongen arbeid waarover krachtens art. 7:628 lid 1 loon verschuldigd is ook als deze op verzoek van de werkgever toch niet hoeft worden verricht.<sup>21</sup> Daarbij kan de vraag gaan rijzen wat eigenlijk moet worden verstaan onder een 'oproep'. Is dat een dagdienst, of kan het ook een maandrooster zijn? De WWZ-wetgever heeft zich moeite getroost om nulurencontracten en gebruik van het loonuitsluitingsbeding van art. 7:628 lid 5 en 7 BW te beperken. Dezelfde mogelijkheid om terugvallende vraag naar arbeid op werknemers af te wentelen, wordt nu via de achterdeur weer binnengehaald bij oproeparbeid.

### **Jaarurennorm**

Er is geen sprake van oproeparbeid wanneer voor de werknemer een gegarandeerde urenomvang over een periode van ten hoogste een jaar geldt, mits het recht op loon evenredig over die periode is gespreid. De bedoeling van deze tweede mogelijkheid is volgens de regering om tegemoet te komen aan sectoren die afhankelijk zijn van seizoensarbeid, waaronder de land- en tuinbouw.<sup>22</sup> In het wetsvoorstel worden verder geen voorwaarden gesteld aan het gebruik van deze contractvorm.

### **Commentaar**

Het is goed voorstelbaar dat het gebruik van deze contractvorm tot grote onzekerheid kan leiden voor werknemers, bijvoorbeeld als het gaat om een laag aantal uren en grote variatie aan arbeidstijdpatronen. Een dergelijke baan is slecht te combineren met andere banen of verantwoordelijkheden buiten het werk. Het voorstel legitimeert deze onzekerheid en is daarmee op dit onderdeel in strijd met de doelstelling van de WAB als geheel. Het zou een verbetering zijn als de mogelijkheid een jaarurennorm overeen te komen, driekwartdwingend recht wordt, dat wil zeggen dat dit alleen mogelijk is bij cao. De vakbond kan er op toe zien dat er daadwerkelijk sprake is van noodzakelijke seizoensgebonden arbeid, en waarborgen dat werkgevers streven naar het aanbieden van zo bestendig mogelijke arbeidstijdpatronen.

### **'Vastklikmoment'**

Het voorstel behelst voorts krachtens het nieuwe art. 7:628a lid 5 BW om werknemers na een termijn van 12 maanden het recht te geven op een aanbod van een arbeidsovereenkomst met een duur van het gemiddelde aantal uren over deze periode, bij gebreke waarvan er een recht op loon bestaat over de niet-gewerkte uren.

### **Commentaar**

Dit is een voor werknemers welkome aanvulling op de systematiek van het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW, dat in de praktijk door rechters te vaak terzijde wordt gesteld en geen soelaas biedt voor werknemers die daadwerkelijk een fluctuerend arbeidstijdenpatroon hebben. Aan deze bepaling is wellicht te zien dat de wetgever vooral het probleem van inkomensonzekerheid adresseert. Wat hier mijns inziens ontbreekt is de verplichting van de werkgever om de overeengekomen arbeid zoveel mogelijk in een bestendig arbeidstijdenpatroon aan te bieden.

---

<sup>21</sup> Dit gegeven wordt mijns inziens miskend in Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4203.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2018–2019, 35 074, nr. 3, p. 77.

### **Loon voor wachttijd**

De definitie van oproepkracht wordt krachtens het voorgestelde art. 7:628a lid 10 BW bij algemene maatregel van bestuur verder afgebakend. Het voornemen is om onder voorwaarden te bepalen dat geen sprake is van een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW als aan de werknemer vergoede consignatiediensten zijn opgelegd, of in bepaalde zorgsectoren bereikbaarheidsdiensten.<sup>23</sup> Overeenkomsten met daarin deze diensten worden niet als oproepovereenkomst gezien, indien de werknemer een vergoeding ontvangt voor de uren waarop hij beschikbaar moet zijn maar niet wordt opgeroepen. Een dergelijke vergoeding (of compensatie in betaalde vrije tijd) is volgens de regering al gebruikelijk in cao's en wordt door de rechter ook gerechtvaardigd geacht indien er geen cao van toepassing is.<sup>24</sup> Terecht constateert de regering dat voor dergelijke beschikbaarheidsdiensten vaak een beloning conform de WML van toepassing zal zijn.<sup>25</sup>

### **Commentaar**

Mijns inziens is beloning van wachtdiensten een belangrijk stap richting terugdringen van excessieve beschikbaarheid. Volgens het recente Matzak-arrest moeten vele van dergelijke diensten worden aangemerkt als arbeidstijd.<sup>26</sup> Het arbeidstijdbegrip van de WML is even ruim als dat van de Arbeidstijdenwet.<sup>27</sup>

### **3. Premiedifferentiatie in de WAB**

Het wetsvoorstel Arbeidsmarkt in Balans heeft als doelstelling bij te dragen aan het bewerkstelligen van een nieuwe balans op de arbeidsmarkt. Negatieve effecten van specifieke vormen van flexibele arbeid, zoals onzekerheid over werk en inkomen en afwenteling van kosten en risico's, worden beperkt of beprijsd. Voor werkgevers wordt het daarnaast aantrekkelijker gemaakt vaste contracten aan te bieden. WW-premiedifferentiatie naar type contract vormt een duidelijk voorbeeld van het beprijsen van flexibele arbeid en het bevorderen van vaste contracten.

Volgens het wetsvoorstel zal WW-premiedifferentiatie gaan plaatsvinden naar het type van het contract. Kort gezegd zal een lage premie gelden voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet zijnde een oproepovereenkomst als bedoeld in het nieuw voorgestelde negende lid van artikel 7:628a BW.<sup>28</sup> Voor de overige werknemers zal een hoge premie gelden.

De groep voor wie de lage premie geldt bestaat in feite uit verschillende typen contracten. Ten eerste mag de lage premie worden afgedragen voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij een gegarandeerde arbeidsomvang geldt over een periode van maximaal een maand. De lage premie mag ten tweede worden afgedragen wanneer voor de werknemer een gegarandeerde urenomvang over een periode van ten hoogste een jaar geldt, mits het recht op loon evenredig over die periode is gespreid. De bedoeling van deze tweede mogelijkheid is als gezegd om tegemoet te komen aan sectoren die afhankelijk zijn van seizoensarbeid, waaronder de land- en tuinbouw. Daarin is het vaak niet mogelijk om met werknemers met een vast contract een vaste arbeidsomvang per week of maand overeen te komen. Daarom maakt de regering het mogelijk om ook de lage premie af te dragen voor contracten waarbij

---

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 23-24; zie de ontwerp amvb op internetconsultatie.nl.

<sup>24</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2231.

<sup>25</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 35 074, 9, p. 13-14.

<sup>26</sup> HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15, Stad Nijvel tegen Rudy Matzak.

<sup>27</sup> Kamerstukken II 1994/95, 23 646, nr. 3, p. 118; HR 20 maart 1987, NJ 1988, 4; HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173; NJ 1991, 417.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 2, p. 12.

de arbeidsomvang per jaar overeen is gekomen, mits het recht op loon gelijkmatig over het jaar is gespreid (de jaarurennorm).<sup>29</sup> Onder de lage premieverplichting vallen tenslotte de contracten met werknemers die op grond van het nieuw voorgestelde artikel 7:628a lid 5 BW recht hebben gekregen op een gegarandeerde urenomvang.

Voor de overige – flexibele - werknemers wordt een hoge premie betaald. Zo komen nulurencontracten en min-maxcontracten bijvoorbeeld niet in aanmerking voor de lagere premie. Weliswaar heeft een werknemer met een dergelijk contract zekerheid over de minimaal te werken uren, maar niet over de mogelijk extra te werken uren. Dat maakt volgens de regering dat deze werknemer minder goed in staat is zich tevens beschikbaar te stellen om elders arbeid te verrichten; hij kan immers ook opgeroepen worden voor arbeid boven de minimaal afgesproken uren en zal zich ook (gratis) beschikbaar moeten houden voor die uren.<sup>30</sup> De lage premie geldt bovendien niet indien in de arbeidsovereenkomst een loonuitsluitingsbeding als bedoeld in artikel 7:628 lid 5 of lid 7 BW is opgenomen.

Volgens artikel 2.2 van het ontwerpbesluit Wfsv wordt het hoge percentage voor het Awf vijf procentpunten hoger vastgesteld dan het lage percentage.<sup>31</sup> Het ontwerpbesluit Wfsv voorziet bovendien in de mogelijkheid van herziening van de lage in de hoge premie. Volgens art. 2.3 van het ontwerpbesluit zal in vier gevallen herziening van de lage naar de hoge premie plaatsvinden:

- De dienstbetrekking van de werknemer wordt binnen vijf maanden na aanvang van de dienstbetrekking beëindigd;
- De werknemer krijgt binnen een kalenderjaar meer dan 30% uren verloond dan contractueel is overeengekomen, tenzij het aantal overeengekomen uren 35 uur per week of meer bedraagt;
- De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de overeenkomst een WW-uitkering uit hoofde van diezelfde arbeidsovereenkomst;
- De werknemer krijgt een WW-uitkering, terwijl maximaal een jaar eerder bij dezelfde werkgever de lage premie is herzien omdat dezelfde werknemer binnen een jaar na de aanvang van de dienstbetrekking een WW-uitkering kreeg uit hoofde van diezelfde dienstbetrekking.<sup>32</sup>

De periode waarover wordt teruggekeken voor het oordeel of de hoge premie met terugwerkende kracht moet worden betaald, wordt met een jaar verlengd indien wordt vastgesteld dat binnen één jaar na aangaan van de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsurenverlies de hoge premie moet worden betaald.<sup>33</sup>

Volgens artikel 2.4 van het ontwerpbesluit Wfsv geldt als nadere voorwaarde voor het toepassen van het lage percentage van de premie, dat de werkgever een afschrift van de arbeidsovereenkomst opneemt in zijn loonadministratie. Dit maakt het volgens de toelichting bij het ontwerpbesluit voor de Belastingdienst mogelijk te controleren of daadwerkelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een vaste arbeidsomvang.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2018–2019, 35 074, nr. 3, p. 77.

<sup>30</sup> Kamerstukken II, 2018–2019, 35 074, nr. 3, p. 76.

<sup>31</sup> Ontwerpbesluit Wfsv, zie:

[https://www.internetconsultatie.nl/wijziging\\_besluit\\_wfsv\\_aanpassing\\_premiedifferentiatie\\_ww](https://www.internetconsultatie.nl/wijziging_besluit_wfsv_aanpassing_premiedifferentiatie_ww).

<sup>32</sup> Deze bepaling voorkomt dat bijvoorbeeld voltijds vaste contracten worden aangegaan waarvan vervolgens in een (seizoensmatig) patroon het aantal te werken uren naar beneden en naar boven wordt bijgesteld. Zonder deze bepaling zou bij het eerste arbeidsurenverlies eenmalig de lage premie moeten worden herzien, maar kan vanaf het tweede jaar de lage premie worden toegepast terwijl het aantal te werken uren fluctueert (en er aanspraak wordt gemaakt op de WW). Kamerstukken II 2018–2019, 35 074, nr. 3, p. 79.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 123.

<sup>34</sup> Ontwerpbesluit Wfsv, t.a.p., p. 12.

## Commentaar

Bezien vanuit de doelstelling van de WAB – het bevorderen van het aangaan van vaste contracten - vormt premiedifferentiatie naar type contract een uitstekend idee. WW-premiedifferentiatie naar type contract vormt een duidelijk voorbeeld van het beprijzen van flexibele arbeid. Ik ben voorstander van het uitgangspunt. Wel maak ik enkele kanttekeningen.

### Sectorindeling

Het valt mijns inziens te betreuren dat de premiedifferentiatie niet wordt gecombineerd met de huidige sectorindeling, die voorziet in een zekere prikkeling van sociale partners om werkloosheid te voorkomen. De samenwerking van de sociale partners op dit terrein is in het Sociaal akkoord van 2013 aangemerkt als een belangrijke route om de sectoren sterker uit de economische crisis te laten komen. Nog in juni 2017 heeft demissionair minister Asscher de kamer met instemming bericht over de resultaten van allerlei initiatieven op dit vlak, waarvan de eindevaluaties overigens pas in 2020 verwacht worden.<sup>35</sup> De sectorindeling is in die zin een gewaardeerde grondslag voor samenwerking in sectoren. Toen de SER in 2015 adviseerde over de financiering van de WW, zag het dan ook geen aanleiding om de huidige sectorsystematiek te verlaten.<sup>36</sup> Alternatieven om tot een stabielere premiestelling te geraken zoals een langjarige premie werden door de SER afgeraden, juist vanwege het verlies van de prikkelende werking van de sectorpremie.

### Rechtvaardiging hoge premie

In de voorgestelde premiedifferentiatie wordt de band tussen instroom en premiestelling losgelaten. Dit is niet altijd verdedigbaar. Zo is verhoogde premie onder omstandigheden ook met terugwerkende kracht verschuldigd als een werknemer zelf ontslag neemt of verwijtbaar werkloos is. Niet valt in te zien op welke wijze deze 'boete' bijdraagt aan het verkleinen van de kloof tussen vast en flex. Andersom valt te betreuren dat de werkgever niet met terugwerkende kracht de premie mag verlagen, als hij in aansluiting op een contract voor bepaalde tijd, een overeenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt.

De wetgever zal repliceren dat gekozen is voor een eenvoudig systeem, en dat daarom onvermijdelijk is dat niet altijd recht kan worden gedaan aan de omstandigheden van het geval. Dat neemt echter niet weg dat werkgevers in branches waar sprake is van een onvermijdelijk fluctuerende werkvoorraad, naar verwachting zullen gaan vluchten in automatisering en het aannemen van zzp'ers. Als onrechtvaardig ervaren herziening van de premie zal het draagvlak voor de premiesystematiek verder ondermijnen. Deze verwachting wordt bevestigd door onderzoek uit 2010 in de sectoren waar sinds 2005 met de voorgestelde premiedifferentiatie wordt gewerkt.<sup>37</sup> In die sectoren heeft de invoering van de premiegroepen in ieder geval niet tot een afname van de hoeveelheid flexwerk geleid. De maatregel heeft in sommige sectoren wel geleid tot afzwakking van seizoensgebonden of cyclische WW-instroom. Bovendien is een deel van de (grotere) werkgevers die niet te maken had met seizoenswerkloosheid, als gevolg van de premiedifferentiatie vaker lange contracten gaan aanbieden. Door meer werkgevers in de betreffende sectoren werd echter in de periode na invoering van de maatregel juist in toenemende mate gebruik gemaakt van

---

<sup>35</sup> Kamerstukken II, 2016-2017, 33 566, nr. 99.

<sup>36</sup> SER Advies 2015/02: 20 februari 2015 (Commissie Toekomstige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet) *Werkloosheid voorkomen, beperken en goed verzekeren: Een toekomstbestendige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet*, p. 100.

<sup>37</sup> Regioplan/SEO, *Evaluatie premiegroepensystematiek* (2010), p. 53-63. Zie hierover A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, *Cyclische werkloosheid goed aangepakt?* TRA 2011/47.

uitzendkrachten, gedetacheerde werknemers en zzp'ers, een keuze die door een deel van deze werkgevers in verband werd gebracht met de premiedifferentiatie.<sup>38</sup>

#### Complexe uitvoering

De voorgestelde wijziging is tevens ingegeven door de wens om tot een eenvoudiger premiesystematiek te komen. De vormgeving van de premiedifferentiatie biedt echter ruime mogelijkheden voor oneigenlijk gebruik en fraude en zal leiden tot een complexe uitvoering. De vormgeving zorgt er voor dat zowel de fiscus als het UWV betrokken zullen zijn bij het handhaven van de voorgestelde regeling. De fiscus zal moeten verifiëren of werkgevers terecht lage premies afdragen. Werkgevers dienen een afschrift van de schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een gegarandeerde arbeidsomvang over een periode van maximaal een maand zonder loonuitsluitingsbeding, dan wel een jaarurennorm in hun loonadministratie te bewaren. De Belastingdienst denkt uitsluitend op de formele werkelijkheid te gaan toetsen, dat wil zeggen de vraag of het arbeidscontract overeenstemt met de registratie in de loonadministratie/loonaangifte. Of de feitelijke afspraken tussen werknemer en werkgever afwijken van het arbeidscontract is door de Belastingdienst niet vast te stellen, zo meldt deze.<sup>39</sup> De maatregel is daarmee volgens de dienst niet fraudebestendig. De vermelding van de aard van het contract op de loonstrook en in "Mijn UWV" kan dit risico inperken. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat de beschreven contractvormen die in aanmerking komen voor lage premie, behoorlijk complex zijn. Het lijkt niet waarschijnlijk dat veel werkgevers en werknemers de details hiervan zullen gaan bestuderen.

Ook als de afspraken kloppen met de lage premiegroep, is de hoge premie zoals besproken toch met terugwerkende kracht verschuldigd, als in de loop van het contract in een kalenderjaar meer dan 30% van de overeengekomen norm wordt verloond. Ook is de hoge premie verschuldigd als de overeenkomst binnen vijf maanden wordt beëindigd en als de werknemer binnen een jaar een WW-uitkering krijgt. Het UWV zal gaan bijdragen aan de handhaving van deze situaties door gegevens uit de verzekerdenadministratie door te geven aan de fiscus. Het UWV meldt daarover dat dit door UWV niet foutloos of sluitend is uit te voeren, onder andere omdat het afhankelijk is van de invoering van gegevens door werkgevers, en doordat het te maken kan krijgen met complexe werkgeverswisselingen zoals overgang van onderneming en faillissementen.<sup>40</sup> Daarnaast wijst het UWV erop dat werkgevers hierdoor belanghebbende kunnen zijn bij WW-beschikkingen. Het in lijn met de Algemene wet bestuursrecht (Awb) tegelijkertijd toezenden van WW-uitkeringsbeschikkingen aan werknemers en kopieën aan werkgevers is volgens het UWV echter niet mogelijk vanwege de geschetste complexiteit.

De regering wijst er op dat als een werkgever opzettelijk verkeerde informatie over de aard van het contract opneemt op de loonstrook, er sprake is van valsheid in geschrifte op grond van artikel 225 Sr. De werkgever kan daarvoor strafrechtelijk vervolgd worden. Als de Belastingdienst kan aantonen dat er sprake is van grove schuld of opzet, kan aan de werkgever een vergrijpboete worden opgelegd (artikel 67f AWR). De maximale boete die kan worden opgelegd is 100% van de niet of niet tijdig betaalde premie.<sup>41</sup> De regering erkent dat zich in de praktijk nog meer situaties zullen voordoen om de hoge premie te omzeilen.<sup>42</sup> Daarom zal na invoering gemonitord worden op welke manieren contracten voor onbepaalde tijd worden ingezet op zo'n wijze dat de werknemer er weinig zekerheid aan kan ontlenen of dat er toch tussentijds een beroep op de WW kan worden gedaan, terwijl wel de

---

<sup>38</sup> Regioplan/SEO, Evaluatie premiegroepensystematiek (2010), p. 56. N.B. door gebruik te maken van uitzend- of payrollconstructies kon gebruik gemaakt worden van premieheffing buiten de door de maatregel getroffen sectorfondsen. In het WAB-voorstel zal dit geen effect meer sorteren.

<sup>39</sup> Bijlage bij Kamerstukken II 2018-2019, 35074 nr. 3, "blg-861278".

<sup>40</sup> Bijlage bij Kamerstukken II, 2018-2019, 35074 nr. 3, "blg-861281".

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 84-85.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 79.



lage WW-premie wordt afgedragen. Voor zover mogelijk zal de regering dan bij algemene maatregel van bestuur regelen dat – vanaf dat moment – ook voor zulke onvoorziene situaties de lage premie wordt herzien.

Het probleem zal uiteraard zijn, dat het indringende handhavingsactiviteit vergt om dergelijke opzet of grove schuld op het spoor te komen. Daarbij zal jurisprudentie ontwikkeld moeten worden bijvoorbeeld over de vraag welke juridische constructies als opzettelijke ontduiking van de lage premie gelden. Wat te denken van ongeldige ontbindende voorwaarden bijvoorbeeld, of beëindigingsovereenkomsten waarin de werknemer wordt verplicht af te zien van de aanvraag van een WW-uitkering? Onder welke voorwaarden geldt dit als ‘opzet’ of ‘grove schuld’? Ten slotte is het de vraag in hoeverre de een boete van 100% van de niet-betaalde premie voldoende afschrikwekkend is. Hoewel een premieverschil van 5% macroeconomisch gezien niet verwaarloosbaar is, lijkt het in individuele gevallen niet erg afschrikwekkend. Bij een jaarloon op minimumloonniveau gaat het bijvoorbeeld om ca €1.000 per jaar.

#### Seizoensarbeid en de jaarurennorm

De premiedifferentiatie in 2005 was deels ingevoerd als alternatief voor de bestrijding van zogeheten cyclische werkloosheid, dat wil zeggen werkloosheid uit arbeid waarin een periode van werk in een vaste cyclus wordt afgewisseld met een periode van werkloosheid. Dit kwam bijvoorbeeld veel voor bij schilders en in de bouw. Er bestond sinds 1994 geen recht op WW-uitkering tijdens dergelijke periodes van werkloosheid,<sup>43</sup> omdat dit werd gezien als een afwenteling van de gevolgen van een economische keuze op de WW-kassen. De afbakening met wel legitiem geachte seizoensgebonden werkloosheid zoals die bijvoorbeeld bestaat in de agrarische sector, werd echter te complex bevonden.

Naar huidig recht hebben werknemers die cyclisch werkloos zijn wel recht op WW-uitkering. Volgens het WAB-voorstel zullen cyclisch weerkerende, en derhalve korte contracten in beginsel in de hoge premiegroep vallen. Werkgevers kunnen dit voorkomen door een jaarurennorm overeen te komen. De lage premie mag als gezegd worden afgedragen wanneer voor de werknemer een gegarandeerde urenomvang over een periode van ten hoogste een jaar geldt, mits het recht op loon evenredig over die periode is gespreid. De bedoeling van deze tweede mogelijkheid is volgens de regering om tegemoet te komen aan sectoren die afhankelijk zijn van seizoensarbeid, waaronder de land- en tuinbouw.<sup>44</sup> Uiteraard staat de regeling echter niet alleen open voor seizoensarbeid, maar ook voor cyclische werkloosheid.

Het voorstel behelst feitelijk de terugkeer van de afwenteling van dit werkloosheidsrisico op de werknemer, maar nu niet via het socialezekerheidsrecht maar via het civiele recht. Van de werknemer wordt gevraagd akkoord te gaan met uitstel van de betaling van een deel van het loon voor gewerkte uren, zodat hij het restant uitgekeerd krijgt tijdens periodes van werkloosheid en dan geen uitkering kan aanvragen, aangezien er dan geen sprake is van arbeidsurenverlies.<sup>45</sup> Het is denkbaar dat hij in die periodes ander werk vindt en zodoende toch op een acceptabel jaarinkomen komt, maar als dat niet lukt ligt het risico bij de werknemer. Het valt te verwachten dat deze problematiek juist werknemers met de zwakste arbeidsmarktpositie het hardste zal treffen. Bovendien bestaat het risico van afwenteling van het werkloosheidsrisico op de bijstand. Het zou een verbetering zijn als de mogelijkheid een jaarurennorm overeen te komen, driekwartdwingend recht

---

<sup>43</sup> Dit werd bereikt door een ingewikkelde berekening van het verlies van arbeidsuren. Art. 4b (oud) Regeling gelijkstelling niet-gewerkte uren met gewerkte uren (Stcrt. 1994, 104), ingetrokken in 2006 door Wijziging Regeling gelijkstelling niet-gewerkte uren met gewerkte uren en Regeling gelijkstelling niet-gewerkte weken met gewerkte weken, Stcrt. 2005, 251.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 2018–2019, 35 074, nr. 3, p. 77.

<sup>45</sup> Art. 16 lid 1 sub a jo. art. 1a lid 1 WW.

wordt, dat wil zeggen dat dit mogelijk is in een cao. De vakbond kan er op toe zien dat er daadwerkelijk sprake is van noodzakelijke seizoensgebonden arbeid, en waarborgen dat werkgevers streven naar het aanbieden van zo bestendig mogelijke arbeidstijdpatronen.

#### Uitzondering voor 21-minners

Gevraag is of amendement nr. 60 (21-minners) geïnterpreteerd kan worden als Leeftijdscriminatie. Volgens dit amendement is het percentage van de lage premie van toepassing indien het een werknemer betreft die (...) b. de leeftijd van 21 jaar nog niet heeft bereikt, mits het aantal verloonde uren in het aangiftetijdvak van vier weken niet meer bedraagt dan 48 uur, dan wel in het aangiftetijdvak van een maand niet meer bedraagt dan 52 uur. Door dit amendement worden wo-studenten begunstigd omdat bij kleine oproepovereenkomsten toch de lage premie verschuldigd is. Dit om "te voorkomen dat mbo en wo-studenten tegen elkaar uitgespeeld worden".

Deze redenering in de toelichting op het amendement is niet goed te volgen. De leeftijdsgrens en urengrens zijn niet geschikt om de groepen van studenten te onderscheiden of gelijk te trekken. Volgens de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd en art. 6 van de Richtlijn 2000/78, kan direct leeftijdsonderscheid worden gerechtvaardigd door legitieme doelstellingen van arbeidsmarktbeleid, die passend en noodzakelijk zijn. De premiedifferentiatie is bedoeld om flexarbeid te beperken. Het niet beprijzen van flexarbeid is tegelijkertijd gunstig voor 21-minners omdat hen dit aantrekkelijker werknemers maakt, maar ook ongunstig omdat zij minder goede banen krijgen. Werkgevers gaan wellicht versnipperde kleine baantjes aanbieden. Het is niet ondenkbaar dat dit geen passend en noodzakelijk middel voor een legitiem doel wordt geacht. Het lijkt in de huidige vorm eerder een maatregel die werkgevers minder wil belasten als zij veel gebruik maken van scholieren en studenten, die immers niet vaak een WW-uitkering aanvragen. De band tussen instroom en premie is echter losgelaten, en de nadelige effecten op bepaalde groepen zijn daardoor mijns inziens niet goed te rechtvaardigen.