

De arbeidsmarkt weer in balans?

In oktober 2017 werd door het kabinet Rutte-III een regeerakkoord bereikt. Onderdeel van dit regeerakkoord was een pakket aan wijzigingen op het gebied van het arbeidsrecht. De wijzigingen moeten het werkgeverschap aantrekkelijker en werken lonend maken. In het conceptwetsvoorstel 'Wet arbeidsmarkt in balans' is dit pakket aan maatregelen verder uitgewerkt. Schept dit wetsvoorstel inderdaad vertrouwen in de toekomst, zoals de titel van het regeerakkoord aankondigde?

Het concept wetsvoorstel is op 9 april 2018 gepresenteerd door minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het wetsvoorstel wordt door velen gezien als een 'reparatie' van de WWZ. De doelstelling van zijn voorganger Asscher bij de invoering van de WWZ was om het ontslagrecht eerlijker, sneller en goedkoper te maken. Ook moest de rechtspositie van flexwerkers versterkt worden en moest de WW-uitkering meer gericht zijn op sneller aan het werk komen. Kort samengevat moest flexibele arbeid minder flexibel worden en vaste arbeid moest minder vast worden. Uit tussentijdse evaluaties van de WWZ kwam naar voren dat deze doelstellingen onvoldoende bereikt werden door de WWZ. De reden hiervoor was dat werkgevers eerder overstapten naar allerlei vormen van flexibele arbeidsrelaties. De Wet arbeidsmarkt in balans beoogt om de doelstellingen van de WWZ alsnog te bereiken.

Maatregelen rondom flexibele arbeid

In het wetsvoorstel spelen met name het pakket aan maatregelen rondom flexibele arbeid een belangrijke rol. We bespreken daarom eerst hieronder de aanpassingen met betrekking tot flexibele arbeid.

Ketenregeling

De ketenbepaling regelt wanneer elkaar opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij de invoering van de WWZ werd de ketenregeling teruggebracht van drie jaar naar twee jaar. Dit betekent dat bij meer dan drie elkaar opvolgende contracten of (bij een kleiner aantal) als de duur van de opvolgende contracten een periode van twee jaar overschrijdt, een contract voor onbepaalde tijd ontstaat.

Sinds de invoering van de nieuwe ketenregeling die is gemaximeerd tot twee jaar, heeft de regering blijkens de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel een aantal knelpunten geconstateerd. Gebleken is namelijk dat werkgevers bij de huidige toepassing van de ketenbepaling niet altijd de flexibiliteit hebben die voor hen noodzakelijk is, gezien hun bedrijfsvoering en de aard van de werkzaamheden (bijvoorbeeld om te kunnen inspelen

op fluctuaties in de productie). Daarnaast zijn er signalen uit de samenleving dat het terugbrengen van de termijn van de ketenbepaling naar twee jaar ertoe leidde dat juist veel flexwerkers eerder hun baan verliezen in plaats van dat hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangeboden. De gewijzigde ketenregeling bereikte dus het tegenovergestelde van het gewenste effect. Om die reden wordt de duur van de ketenregeling in het nieuwe wetsvoorstel weer teruggebracht naar drie jaar.

Payrolling

Er is verder een aantal knelpunten met betrekking tot payrolling, dat het kabinet wenst op te lossen. Dit is bijvoorbeeld het geval als een payrollbedrijf het juridisch werkgeverschap op zich neemt. In die situatie kunnen er onwenselijke verschillen ontstaan met betrekking tot de toepasselijke arbeidsvoorwaarden tussen een arbeidskracht die rechtstreeks in dienst is van een werkgever en een arbeidskracht die bij diezelfde werkgever/opdrachtgever werkzaam is via een payrollbedrijf. Het effect van payrolling is immers dat de payrollwerknemer niet (meer) valt onder de toepasselijke cao in de betreffende bedrijfstak en de collectieve pensioenregeling bij de opdrachtgever of de sector waarin deze werkzaam is. Hierdoor ontstaat er oneerlijke concurrentie ten opzichte van andere werkgevers in de sector waarin de opdrachtgever werkzaam is. Om dit op te lossen bepaalt het nieuw voorgestelde art. 8a Waadi dat de payrollwerknemer recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de uiteindelijke inlener.

Een ander knelpunt met betrekking tot payrolling is dat bij het traditionele uitzenden, het uitzendbureau een allocatieve functie vervult waarbij de bedrijfsactiviteiten gericht zijn op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Bij payrolling neemt de opdrachtgever in de regel zelf de werving en selectie van de werknemer voor zijn rekening of laat dat een derde voor hem doen. De geselecteerde werknemers worden vervolgens via de payrollwerkgever aan de opdrachtge-

ver ter beschikking gesteld. De formele werkgever vervult hier geen functie in het actief bemiddelen tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Daarom is het onwenselijk dat bij payrolling gebruik gemaakt kan worden van het lichtere arbeidsrechtelijk regime in art. 7:691 BW waarvan reguliere werkgevers geen gebruik kunnen maken.

Om die reden introduceert het wetsvoorstel een nieuw wetsartikel (art. 7:692 BW) die de payrollovereenkomst als volgt definieert:

'(...) De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. (...)'

Hiermee wordt beoogd het 'ontzorgende' karakter voor werkgevers van payrolling te behouden, zonder dat daarbij gebruik kan worden gemaakt van het verlichte ontslagregime zoals dat bij uitzending op grond van art. 7:691 BW geldt.

In de literatuur is veel kritiek geuit op deze nieuwe wettelijke definitie van de payrollovereenkomst. Die kritiek ziet niet zozeer op het doel dat de regering beoogt te bereiken, maar op de vraag of dit doel wordt bereikt met deze nieuwe wettelijke definitie. Ook de Raad van State heeft in haar advies aangegeven een aanscherping van het huidige art. 7:690 BW te verkiezen boven het introduceren van een nieuwe wettelijke definitie van de payrollovereenkomst. De tijd zal ons leren of de regering vasthoudt aan haar nieuwe wettelijke definitie van de payrollovereenkomst of dat zij toch over zal gaan tot een aanscherping van de definitie van de uitzendovereenkomst.

Proeftijd

Een ingrijpende wijziging die het kabinet heeft voorgesteld is het introduceren van een maximale proeftijd van vijf maanden. De reden voor het introduceren van deze langere proeftijd is dat het volgens het kabinet voor werkgevers een grote stap is om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, zeker als ze de werknemer niet kennen. Ook voor werknemers is het aanvaarden van een nieuwe baan en het opzeggen van een oude baan een grote stap, zeker als ze een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opgeven en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaan. Om deze drempel voor beide partijen te verlagen en te bevorderen dat werknemers direct een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangeboden, stelt het kabinet voor om de maximale proeftijd die partijen kunnen overeenkomen wanneer zij voor het eerst een arbeidsovereenkomst sluiten en dit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreft, te verlengen van twee maanden naar vijf maanden. Om het aangaan van langdurige arbeidsrelaties te bevorderen, wordt de maximale proeftijd bij arbeidsover-



eenkomsten voor bepaalde tijd van twee jaar of langer, verlengd tot drie maanden, indien partijen niet eerder een arbeidsovereenkomst met elkaar zijn aangegaan. Het kabinet wil met deze wijziging bevorderen dat meteen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. In de literatuur wordt kritisch gekeken naar het gekozen middel om dit doel te bereiken. De redenen dat werkgevers niet meteen een overeenkomst voor onbepaalde tijd willen aangaan, hebben vaak minder te maken met de start van de arbeidsovereenkomst. De pijn voor werkgevers zit hem veel meer in het einde van de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer veel ontslagbescherming geniet en geruime tijd wordt doorbetaald tijdens ziekte.

Of de proeftijd definitief verlengd zal worden, en of daarmee het beoogde doel bereikt wordt, is dus nog maar de vraag. Mogelijk treedt hier dus ook een omgekeerd effect op: namelijk dat werkgevers juist weer meer contracten voor bepaalde tijd aangaan met een langere proeftijd van drie maanden (en een verruimde ketenregeling van drie jaar).

Concurrentiebeding

In verband met de beoogde verruiming van de proeftijd, zijn er ook wijzigingen voorgesteld ten aanzien van het concurrentiebeding. Wanneer er een contract voor onbepaalde tijd wordt afgesproken, kan een proeftijd van vijf maanden worden overeengekomen. Daarnaast kan in een contract voor onbepaalde tijd – waar dit in een contract voor bepaalde tijd slechts onder bepaalde voorwaarden kan – een concurrentiebeding worden overeengekomen. Zegt een werkgever op in de proeftijd en er is een concurrentiebeding overeengekomen, dan kan de werkgever zich alleen op dit concurrentiebeding beroepen als hij daar een zwaarwegend bedrijfsbelang bij heeft (hetgeen hetzelfde criterium is voor het overeen kunnen komen van een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd).

Oproepovereenkomst

In de WWZ zijn al wijzigingen doorgevoerd ten aanzien van de oproepovereenkomst. Dit is onder andere gedaan door te bepalen dat niet zonder meer in een cao kan worden afgeweken van de uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht van art. 7:628 BW. Afwijking van die uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht bij cao kan nu alleen nog maar in geval van functies die incidenteel van aard zijn.

Om de positie van oproepkrachten verder te versterken, zijn de volgende aanpassingen voorgesteld:

- In geval van onzekerheid over de omvang van de arbeid, moet de werkgever de werknemer minstens vier dagen van te voren oproepen, anders hoeft de werknemer geen gehoor te geven aan die oproep;
- Wordt de oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden ingetrokken, dan behoudt de werknemer zijn recht op loon over de periode waarvoor hij aanvankelijk was opgeroepen;
- De termijn van vier dagen kan bij cao worden verkort, maar mag nooit minder zijn dan één dag;
- De werkgever moet jaarlijks in de dertiende maand een aanbod doen voor vaste uren bij alle contracten waarin de gegarandeerde arbeidsomvang niet of niet eenduidig is overeengekomen; waarbij de aangeboden gemiddelde arbeidsduur gebaseerd is op de gemiddelde gewerkte arbeidsduur in de voorgaande twaalf maanden. Indien de werkgever geen aanbod doet, heeft de werknemer recht op niet-genoten loon vanaf de uiterlijke datum waarop de werkgever het aanbod had moeten doen;
- Als laatste maatregel wordt voorgesteld dat de werknemer dezelfde opzegtermijn heeft als de oproepstermijn die de werkgever in acht moet nemen bij een oproep, indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd (daarvan is sprake bij een nulurencontract). De werknemer kan dan met inachtneming van een opzegtermijn van vier dagen (of een kortere cao-termijn) opzeggen zonder dat hij een vergoeding als bedoeld in art. 7:672 lid 10 BW verschuldigd is.

De voorgestelde wijzigingen bieden de oproepkracht op een aantal punten meer zekerheid. De oproepkracht zal over het algemeen eerder weten waar hij aan toe is en behoudt zijn loon als er toch op het laatste moment iets wijzigt.

Aanpassingen ontslagrecht

Naast de door het kabinet voorgestelde wijzigingen met betrekking tot flexibele arbeid, wordt er ook het een en ander aangepast in het ontslagrecht.

Cumulatiegrond en vergoeding

Eén van de ingrijpende wijzigingen van de WWZ was dat er een limitatieve lijst werd geïntroduceerd van ontslaggronden. De werkgever moet één van die ontslaggronden volledig kunnen onderbouwen, op straffe van afwijzing van het ontbindingsverzoek. De praktijk heeft uitgewezen dat deze limitatieve lijst van ontslaggronden, het aantal ontbindingsverzoeken dat door de rech-

ter wordt afgewezen explosief heeft doen groeien. De doelstelling dat 'vast minder vast' moest worden, werd dus alles behalve bereikt.

Om die reden introduceert het kabinet in haar wetsvoorstel de mogelijkheid dat meerdere ontslaggronden gecumuleerd mogen worden. Dit houdt in dat de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd als vanwege een aantal gronden het in redelijkheid niet meer van de werkgever kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De werknemer wordt in die situatie gecompenseerd door de rechter, die een extra vergoeding kan toekennen ter hoogte van maximaal 50% van de transitievergoeding. Hoewel het ontslagrecht hiermee mogelijk minder eenvoudig en voorspelbaar wordt, staat daar tegenover dat het wel bijdraagt aan het aantrekkelijker maken van het contract voor onbepaalde tijd.

Transitievergoeding

Met de WWZ is de wettelijke transitievergoeding geïntroduceerd, ter vervanging van de kantonrechtersformule. Iedere werknemer waarvan het dienstverband onvrijwillig wordt beëindigd en die een dienstverband van langer dan twee jaar had, heeft recht op de transitievergoeding. Voor werknemers met een dienstverband langer dan tien jaar geldt een aangepaste berekening, waardoor de transitievergoeding hoger uitvalt. Volgens het kabinet leidt de transitievergoeding weliswaar tot lagere kosten voor de werkgever, maar het zorgt wel voor een kloof tussen vaste en flexibele werknemers. Om het verschil in de kosten in ontslag van flexibele contracten en vaste contracten te verkleinen en meer in balans te brengen, wordt de verhoging van de transitievergoeding voor werknemers die een dienstverband langer dan tien jaar hebben afgeschaft. Verder is het voorstel dat het recht op de transitievergoeding vanaf de eerste dag ontstaat en niet pas na twee jaar dienstverband.

Conclusie

Met het wetsvoorstel 'Wet arbeidsmarkt in balans' wordt beoogd de doelstellingen die sinds de invoering van de WWZ nog niet zijn behaald, alsnog te kunnen behalen. Om dit te bereiken worden sommige wijzigingen die sinds de WWZ zijn doorgevoerd – zoals de verkorting van de ketenregeling – weer terug gedraaid. Ook de limitatieve lijst van ontslaggronden wordt deels weer teruggedraaid. Aanvullende maatregelen worden voorgesteld in het kader van payrolling, oproepcontracten en de proeftijd. De internetconsultatie voor het wetsvoorstel is inmiddels gesloten. Het is nu afwachten of het wetsvoorstel nog gewijzigd wordt naar aanleiding van de reacties bij de internetconsultatie. De beoogde inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans is nog steeds 1 januari 2020. ■

mr. M. Maaijen, *Pallas Advocaten*, www.pallas.nl

Bron: Concept wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans en Memorie van toelichting

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl