



*Datum* 7 mei 2018

*Onderwerp* Internetconsultatie  
Wetsvoorstel arbeidsmarkt in  
balans

Het arbeidsrecht draait om de balans tussen ondernemingsvrijheid en de rechten van de werknemer, aldus de concept-MvT. De laatste jaren hebben werkgevers steeds meer verplichtingen jegens werknemers erbij gekregen, zoveel dat werkgevers op zoek zijn gegaan naar nieuwe arbeidsvormen. De flexibele schil is daardoor sterk gegroeid. De regering is van mening dat door een gelijktijdige beweging van 'vast minder vast en flexibel minder flexibel maken' er een nieuwe balans kan komen.

Het is opmerkelijk dat deze voorstellen al zo snel na de grotendeels op 1 juli 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid (Wwz) komen. Aan de andere kant was er van meet af aan ook al veel discussie over het effect van de Wwz, en loopt de praktijk ook tegen een aantal problemen aan. In die zin begrijpen wij ook wel dat het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans (Wab) is opgesteld.

De vraag is echter wel of deze wet die nieuwe balans, en het door de MvT beloofde groot onderhoud, gaat brengen. Voor een belangrijk deel laten de maatregelen zich kwalificeren als reparaties van Wwz-vergissingen of bijstellingen van de Wwz. Meer fundamentele kwesties, zoals het onderscheid tussen zzp'ers en



werknemers en de loondoorbetalingsplicht bij ziekte, zijn onderdeel van andere plannen. Het zal echter in hoge mate van de vormgeving en het politieke lot van die andere wetsvoorstellen afhangen in hoeverre dit voorstel daadwerkelijk gaat bijdragen aan die balans.

In deze reactie op de internetconsultatie willen wij echter meer op detailniveau echter ingaan op een aantal van de voorgestelde maatregelen. We hebben overigens kennis genomen van de door de VAAN-VvA in het kader van deze internetconsultatie opgestelde nota d.d. 4 mei 2018. Voor een deel betreft ons commentaar dezelfde onderwerpen, en voor een deel delen wij ook de daarin naar voren gebrachte punten, maar het leek ons toch nuttig om onze observaties afzonderlijk in te brengen.

### *1. Oproepkrachten*

Een oproepkracht komt alleen werken indien de werkgever aangeeft werk beschikbaar te hebben. Dat kan op basis van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Er zal worden gewerkt, maar onbekend is wanneer, hoe laat en hoe lang. De voorgestelde oproeptermijn van minimaal vier dagen voordat het werk zal plaatsvinden, biedt op papier zekerheid aan de werknemer. De grote vraag is hoe dit gehandhaafd zal worden en wat de sanctie zal zijn. Zonder handhaving of sanctionering ontstaat in theorie een andere situatie dan in de praktijk. Met handhaving en sanctionering wordt de regeldruk van werkgevers verhoogd. Is een wettelijke verplichting noodzakelijk of is het een kwestie van cultuurverandering?

De grote vraag is natuurlijk of werknemers die te laat worden opgeroepen zich vrij voelen om die oproep te weigeren. Ze zitten al enigszins in de marge van de arbeidsmarkt, wat hen niet zal aanmoedigen om 'op hun strepen te gaan staan' ten opzichte van de werkgever. Is de 4-dagentermijn, net als de zogeheten voorovereenkomst waarbij de werknemer niet verplicht is om gevolg te geven aan de oproep, niet vooral een theoretisch construct.

Een ander voorstel is het verplichte aanbod van een vast uren aantal aan oproepkrachten door de werkgever in de dertiende maand van de arbeidsovereenkomst.. Het valt positief te waarderen dat oproepkrachten een keuzemogelijkheid krijgen. Als ze het flexibele arrangement prefereren, hoeven ze niet in een vast aantal uren te gaan werken. De werkgever moet in de 13<sup>e</sup> maand het aanbod doen, en dat na een jaar weer herhalen (25<sup>e</sup> maand), enzovoorts.

Ook hier weer een vraag met betrekking tot de handhaving. Op niet naleving van deze verplichting staat de sanctie dat de oproepkracht recht heeft op niet-genoten loon over de uren die de oproepkracht zou hebben gehad als het aanbod wel was gedaan. Is hierbij nagedacht over de verjaring? Heeft een oproepkracht na vijf jaar nog steeds recht op het niet-genoten loon?

### *2. Proeftijd*



Bij het direct aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan een proeftijd van vijf maanden worden bedongen. Daarmee moeten werkgevers die aarzelen over een vast dienstverband over de streep worden getrokken. Dit voorstel verbaast nogal, omdat ons nog nooit signalen hebben bereikt dat werkgevers de proeftijd te kort zouden vinden. Het verbaast eens te meer, nu ook wordt voorgesteld om de ketenregeling van art. 7:668a BW te verruimen. Daarmee worden de mogelijkheden voor werkgevers om werknemers uit te proberen voordat ze vast met hen in zee gaan ook al verruimd. Kort gezegd: wie zit hier op te wachten?

Die vraag klemt eens te meer, nu de proeftijd een periode is waarin de werknemer nagenoeg rechteloos is. De arbeidsrelatie kan van de ene dag op de andere worden beëindigd, en die beslissing hoeft nauwelijks te worden gemotiveerd. (Dat geldt trouwens ook voor werknemers die er de brui aan willen geven.)

Een proeftijd van vijf maanden betekent kortom dat een werknemer vijf maanden lang in grote onzekerheid leeft. Bij zo'n lange proeftijd dreigt ook misbruik. Nu zijn daar in de rechtspraak wel remedies tegen ontwikkeld. Bovendien bevat de wet aanvullende voorwaarden om te voorkomen dat werknemers die in feite al een proeftijd hebben doorlopen alsnog met een vacuüm van vijf maanden worden geconfronteerd. Die anti-misbruik bepalingen maken de regeling echter ingewikkeld, en de vraag is of zij überhaupt nodig zijn.

Ons idee is: houd het vooral simpel. De huidige proeftijd van hooguit twee maanden voldoet als een periode waarin een werkgever kan ontdekken of de werknemer over de gewenste capaciteiten en vaardigheden beschikt. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, van zes maanden of een jaar, is een veel geschikter en in ieder geval minder misbruikgevoelig instrument om de geschiktheid van de werknemer over een wat langere periode te beoordelen.

### *3. Ketenregeling*

De periode waarna opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd overgaan in een contract voor onbepaalde tijd wordt teruggebracht van twee naar drie jaar. Wat dat betreft wordt de pre-WWW ketenregeling in ere hersteld. Dat is een keuze die voor sommigen beter zal uitpakken dan voor anderen, terwijl dat nu andersom is.

Het voordeel van de huidige regeling is dat werknemers nu na twee jaar weten waar ze aan toe zijn: ze kunnen 'maar' twee jaar aan het lijntje worden gehouden. Dan moet der werkgever een keuze maken, straks pas na drie jaar. De vraag is waar de verwachting van de regering op is gebaseerd dat werknemers die nu moeten vertrekken vlak voordat de twee jaren zijn verstreken, na drie jaar wel een vast contract krijgen.

De periode die tussen tijdelijke contracten in moet liggen om de reeks contracten te onderbreken wordt verkort naar drie maanden. Wel wordt de mogelijkheid om die periode bij cao te verlengen verruimd. Dat wordt mogelijk 'als de aard van het werk daar om vraagt'. Dat is het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. Het is aan cao-partijen om te beoordelen om welke functies het dan zal gaan, maar



waar liggen de grenzen? De enige voorwaarde is dat het werk na negen maanden niet aansluitend door dezelfde werknemer kan worden uitgevoerd.

In ieder geval verdient nadere overweging (en toelichting) waarom er aan afwijking bij cao van een wettelijke hoofdregel bij cao inhoudelijke eisen zijn gesteld. Sinds de Wwz komt dat in verschillende bepalingen voor, onder meer art. 7:628 BW en de ketenregeling. Aan wie is het nu om te beoordelen of de cao-afwijking 'noodzakelijk' is of dat het gaat om naar haar aard niet-structurele werkzaamheden waar oproepkrachten voor mogen worden ingezet? Zijn dat cao-partijen, of de rechter? En als dat inderdaad de laatste is, de eis voor afwijking is immers vastgelegd in de wet, moet de rechter de keuze van de sociale partners marginaal of vol toetsen? Doorgaans is afwijking van zogeheten driekwart dwingend recht mogelijk bij cao, zonder dat aan verdere eisen hoeft te worden voldaan. Waarom is er gekozen (in de Wwz al) voor het aanbrengen van een extra slot op de deur en wordt het kennelijk onvoldoende geacht als de vakbonden met een afwijking kunnen leven. Zie over dit 7/8<sup>e</sup> dwingend recht ook Duk & Barentsen in [TRA 2015/67](#), onder 5. Onder de ketenregeling die voor de Wwz gold, kon zo goed als onbeperkt worden afgeweken van de ketenregeling. Uit verschillende onderzoeken naar cao-afspraken is gebleken dat er in cao's maar in beperkte mate van die optie gebruik is gemaakt,

Bovendien: legt de wet zich met deze afwijkingsmogelijkheid, na de uitzondering vanwege klimatologische omstandigheden, zich ook niet te makkelijk neer bij bedrijfseconomische keuzes van de werkgever? Het is geen natuurwet dat een activiteit gedurende een kwartaal niet kan worden verricht, en al helemaal niet dat dat voor risico van de werknemer zou zijn. Ook al zijn er minder (of weinig) klanten, wil dat niet zeggen dat de werknemer geen ander werk zou kunnen doen. Het wellicht wat te makkelijke en lang niet altijd navolgbare voorbeeld is dat van een ijssalon die in de wintermaanden snert en stampotten verkoopt, maar het illustreert wel dat zelfs klimatologische omstandigheden niet zonder meer tot een onderbreking van de werkzaamheden of de arbeidsrelatie hoeven te leiden.

#### *4. Transitievergoeding*

Vanaf dag één hebben werknemers volgens het voorstel recht op een transitievergoeding. Er zal daarom naar daadwerkelijk gewerkte dagen in plaats van aantal periodes van zes maanden worden gekeken, en de minimumperiode dat de arbeidsovereenkomst moet hebben geduurd van twee jaar valt weg.. Het valt zeker toe te juichen dat op deze manier de tweejaarsdrempel wordt weggenomen. Juist om reden van de transitievergoeding kunnen werkgevers terughoudend zijn met het voortzetten van de arbeidsovereenkomst over dat tijdvak heen. Die negatieve prikkel verdwijnt.

Een vraag is wel, in hoeverre een transitievergoeding praktisch is bij een dienstverband van één maand of een korte periode. Vervult de transitievergoeding dan nog het doel om de transitie van werk naar werk te vergemakkelijken? Daarbij moet bedacht worden dat de transitievergoeding 1/3<sup>e</sup> maandsalaris bedraagt bij een dienstjaar, en een bedrag naar rato bij een korter dienstverband. Bij een contract voor een kwartaal zou dus de transitievergoeding van 1/12<sup>e</sup> maandsalaris bedragen en het is twijfelachtig of dat reëel aan transitie kan



bijdragen. Verder is de vraag in hoeverre dergelijke geringe bedragen aan transitievergoeding opwegen tegen de onkosten die de werkgever moet maken bij de berekening en betaling ervan. Kortom, is een grens bij een bedrag of een periode niet toch praktisch en gewenst? Er wordt op gehint dat in de uitvoeringsregels nadere voorschriften worden gesteld om dit probleem te ondervangen, maar misschien moet toch overwogen worden om de grens bij 6 zes maanden te leggen. Dat heeft hetzelfde nadeel als de huidige tweejaarsgrens, maar mogelijk is het negatieve effect ervan kleiner. Daar komt bij dat de zesmaandentermijn ook al geldt voor andere arbeidsrechtelijke bescherming, bijvoorbeeld die van art. 7:628 BW.

##### *5. Nieuwe ontslaggrond: ruim of streng?*

Het voorstel voor een nieuwe ontslaggrond, in combinatie met een extra halve transitievergoeding ("i-grond"), is een escapebepaling waar al voor de invoering van de Wvz met name door werkgevers(advocaten) voor is gepleit. Voor een ontslag op deze i-grond hoeft niet meer sprake te zijn van één voldragen ontslaggrond, maar van een combinatie van twee (of meer) ontslaggronden die het op zichzelf beschouwd niet redden.

Wij vragen ons af hoe streng of ruim de combinatiegrond zal worden uitgelegd in het kader van de bescherming van de werknemer. De tekst van het wetsvoorstel en de concept-MvT geven tegenstrijdige signalen af. Aan de ene kant wordt met het gebruik van de frase dat van de werkgever 'in redelijkheid niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren' gesuggereerd dat de toets vergelijkbaar zou moeten zijn als die bij een ontslag, waar de wet dezelfde terminologie gebruikt (art.7:678 lid 1 BW). Ook de uitsluiting van het meewegen van de a- en de b-grond (bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid) bij een ontslag op de i-grond zou in die richting kunnen wijzen. (Overigens: het zou ook een aanwijzing voor een ruime uitleg kunnen zijn. Als de i-grond echt als een uitzondering voor klemmende gevallen is bedoeld, valt niet in te zien dat werkgevers via de route van de i-grond de Uv-toets van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid zouden kunnen ontduiken, zoals gesuggereerd in de MvT.)

Aan de andere kant is de tekst van de wet of de toelichting daarop weinig precies over het antwoord op de vraag wanneer er nu sprake is van een combinatie van onvoldragen gronden. Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van 'een beetje' disfunctioneren in combinatie met een arbeidsconflict? Als de werkgever geen verbeterkans heeft gegeven en/of het probleem te laat aan de orde heeft gesteld, maar de werknemer wel serieus tekort is geschoten? Of kan het voldoende zijn als de werknemer niet helemaal optimaal functioneerde?

In ieder geval is meer duidelijkheid gewenst. Die duidelijkheid is te meer noodzakelijk daar het oude recht, anders dan de MvT suggereert, niet een vergelijkbaar ontslag op een combinatiegrond kende. Er is dus geen oude praktijk om op terug te vallen, waaruit lessen kunnen worden getrokken voor de toepassing van de i-grond.



De kantonrechter was onder het oude ontslagrecht niet gebonden aan een catalogus van afzonderlijke gronden, maar de casus van 'een beetje disfunctioneren' met 'wat' arbeidsconflict zal zich maar zelden hebben voorgedaan. Veeleer zal er sprake zijn geweest, net als nu, van een onvoldragen grond (disfunctioneren of verwijtbaar handelen) in combinatie met een onoplosbare verstoring van de arbeidsverhouding. Dat laatste gaf dan de doorslag een vormde in feite de voldragen ontslaggrond. Het huidige recht kent die al, in de vorm van de g-grond. Bij dit alles moet worden bedacht dat, als er al vanuit gegaan kan worden dat ontslag op een combinatie van halve gronden mogelijk was, de kantonrechter een gebrek aan ontslaggronden kon compenseren door een fors hogere ontbindingsvergoeding toe te kennen. Dit element ontbreekt (nagenoeg) in dit voorstel.

*Bij een zeer strenge uitleg - te weten: er zijn ten minste twee bijna voldragen ontslaggronden nodig - blijft de werknemer goed beschermd tegen een ontslag zonder redelijke grond. De grond is er wel, maar het ontslag zou het nét niet kunnen worden gebaseerd op één van de andere redelijke gronden. Dan vragen wij ons af waarom de werknemer eigenlijk nog een extra vergoeding meekrijgt. Als het ontslag net zo redelijk is als de andere redelijke gronden, moet dan nog gecompenseerd worden met de i-vergoeding? Bovendien is het de vraag of werkgevers veel geholpen zijn met een ontslaggrond die ze in feite al hebben in de vorm van de g-grond na een mislukt ontslag op een andere grond.*

Bij een zeer ruime uitleg van de combinatiegrond: twee halve ontslaggronden maken al snel een hele - is de i-vergoeding juist nogal magertjes. Gegeven dat een transitievergoeding van werknemers met een kort of parttime dienstverband vaak niet heel erg hoog zal zijn, is de werkgever dus op een goedkope manier op onvoldragen gronden van deze werknemer af. (De transitievergoeding bij bijvoorbeeld een dienstverband van negen jaar bedraagt drie maandsalarissen, de extra vergoeding zou dan maximaal 1,5 maandsalaris bedragen.) *Een i-vergoeding is een druppel op een gloeiende plaat en zal naar mate het dienstverband korter is en het loon lager minder zwaar wegen.*

Dit roept ook de vraag op naar de ratio van de verhoogde vergoeding. Is die nu bedoeld om werkgevers af te schrikken van een ontslag op de combinatiegrond? Of is zij bedoeld als compensatie van een werknemer voor een enigszins ongerechtvaardigd ontslag?

Verder is het de vraag of het praktisch is om de hoogte van de extra transitievergoeding alleen te maximeren. Zij kan tussen 0 en 0,5 maal de gewone transitievergoeding liggen. Is deze nuancering nodig en wenselijk? Zou het niet veel simpeler zijn om een wettelijk standaardbedrag vast te stellen. Bij de gewone transitievergoeding is daar ook voor gekozen vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid en rechtszekerheid.

Tot slot nog de vraag hoe reëel en wenselijk het is dat de kantonrechter geen acht mag slaan op de ontslaggronden die door het Uvw worden beoordeeld. Kan de rechter daar werkelijk de ogen voor sluiten? En mag hij dat eigenlijk wel, als het Uvw het ontslag op een van die gronden heeft afgewezen en de werkgever vervolgens om ontbinding verzoekt op de a- of de b-grond, subsidiair een



'kantonrechtersgrond' (art. 7:6690 lid 3 onder c e.v. BW) en meer subsidiair de i-grond?

*6. Invloed i-vergoeding op de billijke vergoeding*

De halve transitievergoeding die bij de nieuwe ontslaggrond wordt meegegeven kent een bijzondere positie in het kader van de billijke vergoeding. Stel er is sprake van een ernstig verwijtbaar handelende werkgever en de i-grond dan zou een werknemer in principe recht kunnen hebben op drie vergoedingen: de transitievergoeding, de i-vergoeding en de billijke vergoeding.

In het licht van New Hairstyle ([HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187](#)) vragen wij ons af wat de invloed is van de i-vergoeding op de billijke vergoeding. Indien de billijke vergoeding rekening houdt met- en misschien zelfs de hoogte van de i-vergoeding verdisconteert - is dat erg nadelig voor de werknemer. Deze krijgt er weliswaar aan de ene kant iets bij, maar aan de andere kant gaat er iets af. Het is dan voor een werkgever minder kostbaar om twee onvoldragen gronden te hebben in combinatie met ernstig verwijtbaar handelen. En dat terwijl de i-vergoeding misschien een soort 'boete' zou moeten zijn voor het niet aanwezig zijn van een onvoldragen ontslaggrond. Wij pleiten ervoor om wettelijk vast te leggen dat de i-vergoeding **niet** van invloed mag zijn op opbouw en de berekening van de billijke vergoeding. In de concept-MvT wordt wel opgemerkt dat het recht op de extra vergoeding niet in de weg staat aan het *recht op een billijke vergoeding, maar dat betreft niet de hoogte ervan*.

Een andere vraag is nog hoe een onderscheid moet worden gemaakt tussen een ontslag op de i-grond en een ontslag op de g-grond bij een arbeidsrelatie die verstoord is geraakt nadat de werkgever de werknemer op een onvoldragen grond heeft geprobeerd te ontslaan.

Leiden, 7 mei 2018

prof. mr. B. Barentsen  
mr. E.L.H. van der Vos  
mr. A.M. de Witte