

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. de heer drs. W. Koolmees
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 3 mei 2018
uw kenmerk:
ons kenmerk: 105580
telefoonnummer: +31 (0)70-335 35 77
e-mail: r.huges@advocatenorde.nl

Betreft: Consultatie wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans

Geachte heer Koolmees, geachte heer Dekker,

Bij publicatie van 9 april 2018 heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) kennis genomen van de consultatie inzake het wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans. De NOvA heeft gehoor gegeven aan het verzoek hierop te consulteren en heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. R.A. Fibbe
lid algemene raad

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie arbeidsrecht
Datum	: 3 mei 2018
Betreft	: Wet Arbeidsmarkt in balans (Balans vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten)

Inleiding

- Op 10 april 2018 heeft het Ministerie van Justitie en Veiligheid de internetconsultatie opgesteld voor het voorstel voor de wet "Arbeidsmarkt in balans" ("WAB"). De WAB beoogt de wijziging van titel 7:10 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten en heeft als belangrijkste doel de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren. De regering wil het voor werkgevers aantrekkelijker maken om werknemers in (vaste) dienst te nemen. Daarom wordt ingezet op het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid. Tegelijkertijd wil de regering voorkomen dat flexibele arbeidsvormen enkel worden benut om te concurreren op arbeidsvoorwaarden of dat flexibiliteit leidt tot al te grote negatieve gevolgen en onzekerheid voor de positie van de werknemer.
- Om deze (nieuwe) balans te bereiken, stelt de regering een aantal wetswijzigingen voor. Voor werkgevers moet het aantrekkelijker en minder risicovol worden om met hun werknemers een vast contract aan te gaan. Daartoe worden wijzigingen in (onder meer) de regeling met betrekking tot de proeftijd, de ketenregeling en premiedifferentiatie voor de WW voorgesteld. Tevens wordt voorgesteld om een cumulatiegrond toe te voegen aan de redelijke gronden voor ontslag. Tegelijkertijd wordt het verschil in de kosten van ontslag verkleind door een andere opbouw van de transitievergoeding. Om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen, wordt de positie van oproepkrachten verstevigd (door meer werk- en inkomens- zekerheid te bieden) en krijgt payrolling een wettelijke basis in het arbeidsovereenkomstenrecht.
- De adviescommissie Arbeidsrecht (hierna: de commissie) stelt voorop dat zij de voorgestelde wijzigingen in het algemeen een verbetering vinden ten opzichte van de huidige wettelijke regeling. Zo wordt een belangrijk knelpunt in het huidige ontslagrecht (namelijk dat het huidige gesloten stelsel van redelijke ontslaggronden veelal als te rigide wordt ervaren, mede omdat dit te weinig mogelijkheden voor maatwerk door de rechter biedt in gevallen waarbij de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs zou moeten kunnen worden beëindigd) als een verbetering beschouwd, waarmee ook tegemoet wordt gekomen aan een reële behoefte vanuit de ontslagpraktijk. Tegelijkertijd betekent dit ook een breuk met het (nog niet zo lang geleden, pas bij de WWZ) geïntroduceerde gesloten systeem van ontslaggronden. Het van meet af aan verschuldigd worden van de transitievergoeding en de meer evenwichtige wijze waarop deze wordt berekend, wordt door de commissie gezien als een verbetering.
- Hierna gaat de commissie in op de WAB. Daarbij wordt de indeling naar onderwerpen gevolgd in de concept Memorie van Toelichting (MvT) op de WAB:
 - Flexibele arbeid: ketenbepaling, oproepovereenkomsten en payrolling;

- Aanpassingen ontslagrecht: cumulatiegrond, proeftijd, transitievergoeding – aanpassen van de opbouw, transitievergoeding – compensatieregelingen; en
- WW-premiedifferentiatie naar aard contract.

Flexibele arbeid

Ketenbepaling

5. Ten aanzien van de ketenregeling (par. 2.2.3.1 MvT) meent de commissie dat die recht doet aan een arbeidsmarkt waarin het de wens is dat werkgevers aan meer werknemers een vaste baan aanbieden. Voor werkgevers wordt het aantrekkelijker om een vast contract aan te gaan en zo ontstaat voor werkenden meer perspectief op zekerheid.
6. Verder stelt de commissie, in het licht van de voorgaande opmerking, voor dat de tussenpoos, die nu enkel bij cao kan worden teruggebracht tot drie maanden, standaard - bij wet - van de huidige zes maanden te verkorten, bij voorkeur naar drie maanden, zoals ook in de Wet werk en zekerheid ("WWZ") was opgenomen. Dat zou werkgevers in de visie van de commissie aansporen om eerder een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang (voor bepaalde tijd) aan te bieden, boven meer flexibele vormen van arbeid.

Oproepovereenkomsten

7. Onder de WWZ zijn werkgevers terughoudend(er geworden) om werknemers in vaste dienst te nemen voor een vast aantal uren door de risico's en kosten, die verbonden zijn aan het vaste contract. De WAB beoogt het voor werkgevers weer aantrekkelijker te maken om een vast contract aan te gaan en voor werkenden meer perspectief op zekerheid te laten ontstaan.
8. De nieuwe regeling voor oproepkrachten (artikel 7:628a) voorziet in de volgende wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling
 - Indien de werknemer niet tenminste 4 dagen voor aanvang van de werkzaamheden, schriftelijk of elektronisch is opgeroepen, is de werknemer niet verplicht om aan de oproep gehoor te geven;
 - De oproepwerknemer heeft recht op loon indien de oproep binnen 4 dagen voor aanvang van de werkzaamheden schriftelijk of elektronisch wordt ingetrokken;
 - De genoemde termijnen van 4 dagen kunnen bij CAO worden verkort tot maximaal 1 dag;
 - Indien de arbeidsovereenkomst op oproepbasis 12 maanden heeft geduurd, is werkgever verplicht binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod aan werknemer te doen voor een arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de voorafgaande periode van 12 maanden. Voor de berekening van de periode van 12 maanden worden arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd samengeteld;
 - Laat de werkgever na een aanbod te doen, dan heeft werknemer toch recht op loon over gemiddeld aantal uren;
 - Er gaat een verkorte opzegtermijn voor de oproepkracht gelden van maximaal 4 dagen (7:672 lid 5).

9. Op grond van de Arbeidstijdenwet is de werkgever nu al verplicht de oproepwerknemer tenminste 4 dagen van tevoren de tijdstippen bekend te maken waarop de oproepwerknemer werkzaamheden dient te verrichten. Laat een werkgever onder het huidige recht na tijdig op te roepen, dan is de werknemer ook niet verplicht om te verschijnen. De commissie merkt op dat dit recht van werknemer met betrekking tot meer duidelijkheid rond beschikbaarstelling, in haar optiek, niet nieuw is. Maar door de aanpassing van artikel 7:628a komt er aandacht voor deze verplichting voor de werkgever en het recht van de werknemer daaromtrent.
10. Wel is nieuw het recht op salaris indien - eenmaal opgeroepen - binnen vier dagen voor aanvang van het werk de oproep alsnog wordt ingetrokken. De aanpassing van de voorstellen rondom oproepkrachten heeft tot doel om nodeloze permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid voor oproepkrachten te voorkomen. Oproepkrachten worden veelal ingezet in situaties waar sprake is van wisselend aanbod van werk. Werkgevers hebben behoefte aan oproepkrachten in sectoren met veel wisselend werkaanbod als gevolg van klimatologische, natuurlijke en andere onvoorspelbare omstandigheden. Dat werkaanbod is per definitie niet planbaar en al helemaal niet 4 dagen van tevoren. Denk aan de agrarische-, horeca- en zorgsector. Circa 50% van de oproepkrachten, zo begrijpt de commissie uit de MvT op de WAB, betreft scholieren en studenten die de oproepbaan als bijbaan naast hun studie hebben. Voor een groot deel van de oproepkrachten lijkt beschikbaarheid en inkomensonzekerheid kennelijk geen probleem. Voor een aanmerkelijk ander deel van de werknemers die aangewezen zijn op inkomen uit oproepcontracten vormt dit kennelijk wel een probleem. Voor veel werkgevers in de agrarische-, horeca- en zorgsector zal de verplichting om loon door te betalen indien door onvoorspelbare omstandigheden na een oproep alsnog niet gewerkt kan worden tot extra (financiële) problemen kunnen leiden. Weliswaar bestaat de mogelijkheid om bij cao van de wet af te wijken; de praktijk leert echter dat cao-onderhandelingen de nodige tijd in beslag nemen. De commissie constateert dat een goede belangen afweging tussen de verschillende groepen van belanghebbende in de MvT lijkt te ontbreken.
11. De verplichting voor werkgevers om werknemers schriftelijk of elektronisch een aanbod te doen voor het gemiddelde aantal gewerkte uren nadat een oproepkracht 12 maanden als oproepkracht heeft gewerkt, is ook nieuw. Uit de MvT blijkt dat het huidige art. 7:610b onvoldoende zekerheid voor werknemers biedt, danwel onvoldoende mogelijkheden biedt, danwel dat van dit artikel in de praktijk te weinig gebruik wordt gemaakt, omdat het initiatief bij de werknemer ligt. De vraag is echter of deze maatregel wel bijdraagt aan het beoogde doel van de WAB om het voor werkgevers aantrekkelijker te maken om meer (vaste) uren aan te bieden aan werknemers en of dit voor werkenden wel tot perspectief op meer uren zal leiden.
12. De commissie vraagt zich verder af of deze voorgestelde wijziging niet in strijd is met artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin de vrijheid van ondernemerschap wordt geregeld. Dit grondrecht beschermt de vrije uitoefening van een economische of handelsactiviteit en de contractsvrijheid. Partijen kunnen binnen zekere grenzen overeenkomen wat ze willen. Dit lijkt te worden ondergraven door artikel 7:628a lid 5 BW (nieuw). De commissie zou daarom menen dat de verplichting een arbeidsovereenkomst van een gemiddelde urenomvang aan te bieden, strijdig is met de contractsvrijheid (en daarmee met de vrijheid van ondernemerschap).
13. Inperkingen van de vrijheid van ondernemerschap moeten een legitiem doel nastreven en moeten passend en noodzakelijk zijn in relatie tot het te bereiken doel.

Daarnaast moet de inperkende maatregel relevant zijn voor het onderwerp en de karakteristieke kenmerken van de beroepsactiviteit. Sommige inperkingen lijken algemeen te zijn geaccepteerd in de lidstaten, bijvoorbeeld regels met betrekking tot openingstijden, arbeidstijden en (arbeids)veiligheid. Andere inperkingen worden wel geaccepteerd, maar nogal eens als belemmerend of rigide ervaren, waaronder bepaalde regels op het gebied van arbeidsrecht. De voorgestelde maatregel waarbij werkgevers na 12 maanden verplicht worden een contract van een bepaalde omvang aan te bieden aan oproepkrachten, lijkt de commissie een flinke beperking van de vrijheid van ondernemerschap. Indien deze bepaling wordt gehandhaafd, is het wenselijk dat de rechtmatigheid van deze inbreuk expliciet wordt getoetst aan de Europeesrechtelijke beginselen en uit de MvT blijkt dat de voorgestelde regel legitiem, doelmatig, passend en noodzakelijk is.

14. Wat betreft de doelmatigheid vraagt de commissie zich af of het nagestreefde doel van meer zekerheid voor oproepkrachten met deze maatregel wel wordt gediend. Werkgevers kunnen reageren door het aanbieden van korter durende contracten om onder de aanbiedingsverplichting uit te komen, of werknemers onder druk zetten een gedaan aanbod niet te accepteren. Daarbij komt dat, wanneer een werkgever het aanbod niet doet, het nog steeds aan de werknemer is om een loonvordering in te stellen. Dat zal een werknemer doorgaans alleen doen als hij niet meer in dienst is. De werknemer heeft bovendien nog steeds geen zekerheid omtrent de uren die hij moet werken. Het voorstel is kennelijk gebaseerd op afspraken in twee cao's uit de zorgsector. De vraag is of het wenselijk is dat een dergelijke afspraak gaat gelden voor de gehele arbeidsmarkt, zonder dat is getoetst in hoeverre met de regelingen in de beide cao's ook daadwerkelijk wordt tegemoet gekomen aan het beoogde doel.
15. Extra haken en ogen voorziet de commissie in de situatie dat een oproepkracht ziek is (geweest) voor of rond het tijdstip van de aanbiedingsplicht. Het is de vraag hoe ziekte-uren van invloed zullen zijn op het gemiddeld aantal aan te bieden gewerkte uren .

Payrolling

16. In de WAB wordt aan (één bepaalde vorm van) payrolling een wettelijke basis gegeven. Het betreft de situatie dat de payrollwerkgever weliswaar een arbeidsovereenkomst sluit met de werknemer, maar geen materiële zeggenschap heeft over de (inhoud van de) werkzaamheden van de werknemer. De opdrachtgever heeft zelf de werknemer geworven en geselecteerd (of dat door een derde, niet zijnde de payrollwerkgever, laten doen), vervult het materiële werkgeverschap en voert de leiding en toezicht uit.
17. Deze vorm van payrolling wordt in de MvT op de WAB scherp onderscheiden van uitzending, waarbij het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, de zogenoemde allocatiefunctie, een belangrijk kenmerk is. Uitzending wordt onderscheiden van payrolling doordat – hoewel zowel het uitzendbureau als het payrollbedrijf de rol van (formele) werkgever vervullen - bij payrolling niet de belangrijke rol van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (dat wil zeggen werving en selectie) wordt vervuld, hetgeen in de visie van de regering kenmerkend is voor uitzenden.
18. In de MvT wordt aandacht besteed aan de rechtspraak van de Hoge Raad van 4 november 2016 (ECLI: NL:HR: 2016:2356 en ECLI: NL:HR: 2016:2496).

In deze uitspraken heeft de Hoge Raad bevestigd dat ook andere driehoeksrelaties dan de 'klassieke uitzendrelatie' vallen onder het bijzondere wettelijke regime voor uitzendovereenkomsten, mits de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Bij de vormen van payrolling die in de beide arresten aan de orde waren (en die overeenkomen met de vorm van payrolling waarop de WAB het oog heeft) was dat het geval. De Hoge Raad heeft eveneens geoordeeld dat, voor zover de wetgever dit een onwenselijke situatie vindt, de wetgever aan zet is.

19. De commissie arbeidsrecht stelt vast dat de regering met de WAB (deels) gevolg geeft aan deze oproep. Voorgesteld wordt in een nieuw artikel 692 een definitie van de payrollovereenkomst op te nemen, waarbij de payrollovereenkomst wordt gedefinieerd als een species van de uitzendovereenkomst. Als kenmerkend voor de payrollovereenkomst wordt opgenomen dat 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; als aanvullend 'kenmerk' wordt benoemd dat de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.
20. Wanneer sprake is van een payrollovereenkomst in de zin van deze nieuwe bepaling, heeft dat de volgende gevolgen:
 - Het lichtere arbeidsrechtelijke regime blijft exclusief voorbehouden aan uitzendwerkgevers die een actieve rol vervullen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt;
 - De payrollwerkgever kan geen gebruik maken van het uitzendbeding, als gevolg waarvan een arbeidsovereenkomst niet onverwijld eindigt door het enkele intrekken van de opdracht door de opdrachtgever;
 - Het wegvallen van het uitzendbeding heeft ook tot gevolg dat bij ziekte van de (payroll)werknemer de arbeidsovereenkomst in stand blijft;
 - Door wijzigingen in de WAADI krijgt de arbeidskracht die door middel van een payrollovereenkomst bij een opdrachtgever tewerk wordt gesteld, integraal recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers van de onderneming waar de ter beschikking plaatsvindt, die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies. Dit regime van gelijke arbeidsvoorwaarden geldt zowel voor individuele als collectieve arbeidsvoorwaarden en zowel voor primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden. Alleen pensioen is uitgezonderd;
 - Het (aangescherpte) 'payrollregime' wordt onverkort van toepassing op intra-concernuitzending.
21. In de MvT worden de voorgestelde wijzigingen gemotiveerd met het ontbreken van de allocatiefunctie bij payrolling, die volgens de regering onlosmakelijk verbonden is aan 'de uitzendovereenkomst'. De commissie vraagt zich echter – met het oog op de toekomstbestendigheid van de WAB - af waarom in de WAB (met de rechtspraak van Hoge Raad in het achterhoofd, waar is overwogen dat de allocatiefunctie niet als extra vereiste geldt voor het aannemen van een uitzendovereenkomst) wordt volstaan met het in de parlementaire geschiedenis benadrukken van de allocatiefunctie.

De commissie begrijpt niet goed waarom, nu de allocatiefunctie volgens de MvT essentieel wordt bevonden voor de uitzendovereenkomst en de voor de uitzendovereenkomst gereserveerde mogelijkheden om gebruik te maken van de uitzonderingen op het arbeidsovereenkomstenrecht, de definitie van de uitzendovereenkomst daar niet op wordt aangepast. Volgens de commissie blijft het risico bestaan dat het (enkel) benoemen van de allocatiefunctie in de parlementaire geschiedenis onvoldoende zal zijn om te voorkomen dat voor nieuwe driehoeksrelaties, die voldoen aan de kenmerken van de uitzendovereenkomst en die niet vallen onder de uitzondering die nu in de wet voor payrolling wordt opgenomen, het 'lichtere' uitzendregime zal gelden.

22. Uit de MvT lijkt te volgen dat de regering de allocatiefunctie onlosmakelijk verbonden acht met de uitzendovereenkomst en deze allocatiefunctie ook ziet als rechtvaardiging voor het lichtere uitzendregime. In dat geval ligt het volgens de commissie in de rede dat de definitie van de uitzendovereenkomst wordt aangepast, zodanig dat alleen uitzendovereenkomsten die tot stand zijn gekomen in het kader van de allocatiefunctie (het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt) daaronder vallen, in plaats van een uitzondering in de wet op te nemen voor uitzendovereenkomsten die niet zijn aangegaan in het kader van die allocatiefunctie (en waarvoor een bijkomende eis geldt. De argumentatie waarom voor deze optie (en niet voor de andere opties, die volgens de MvT ook zijn overwogen) te kiezen, overtuigt niet.
23. De regering beoogt met de WAB te faciliteren dat payrollbedrijven het juridisch werkgeverschap op zich kunnen nemen met het oog op het ontzorgen van werkgeversverplichtingen, echter zonder dat daarmee tevens concurrentie op arbeidsvoorwaarden kan plaats hebben. Daartoe wordt, zo begrijpt de commissie, de payrollovereenkomst voorzien van een wettelijke grondslag. Het lijkt de commissie dat de ontzorgende functie hiermee inderdaad in stand kan blijven; de commissie vraagt zich tegelijkertijd echter af in hoeverre hiermee tegemoet wordt gekomen aan een daadwerkelijk bestaande behoefte, zoals de regering lijkt te veronderstellen.

Aanpassingen ontslagrecht **Cumulatiegrond**

24. Beoogd wordt in de WAB een cumulatiegrond als nieuwe redelijke grond voor ontslag te introduceren. Doel hiervan is praktische knelpunten in het door de WWZ geïntroduceerde ontslagsysteem op te lossen. In de praktijk is gebleken dat zich situaties kunnen voordoen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd wordt geacht, terwijl er niet aan één van de redelijke gronden voor ontslag is voldaan, aldus de MvT. Ook kunnen rechters in het huidige gesloten stelsel van ontslaggronden de arbeidsovereenkomst niet ontbinden als niet wordt voldaan aan één van de redelijke gronden, terwijl in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Daardoor zou onvoldoende maatwerk kunnen worden geleverd, aldus de MvT. Voorgesteld wordt daarom een nieuwe redelijke grond toe te voegen, de i-grond, die inhoudt dat sprake moet zijn van een combinatie van omstandigheden uit twee of meer ontslaggronden genoemd onder c t/m h. De toetsingsmaatstaf is daarbij dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Indien ontbinding op de i-grond volgt, kan de rechter de werknemer een extra vergoeding toekennen die maximaal gelijk is aan 50% van de transitievergoeding.

25. De commissie merkt op dat introductie van de cumulatiegroond in wezen een breuk is met het gesloten stelsel van ontslaggronden zoals ingevoerd met de WWZ. Weliswaar wordt een extra redelijke grond toegevoegd en kan worden betoogd dat (slechts) sprake is van een uitbreiding van het stelsel van ontslaggronden, het feit dat die extra grond een combinatie van omstandigheden is welke omstandigheden afzonderlijk niet tot ontbinding zouden mogen leiden, maakt echter dat de leidende gedachte achter het WWZ-systeem wordt verlaten. De gedachte is dat alleen een voldragen redelijke grond mag leiden tot ontbinding. Dat geeft partijen rechtszekerheid. Het introduceren van de cumulatiegroond doet daaraan afbreuk.
26. In de MvT wordt opgemerkt dat vanuit de praktijk behoefte bestaat aan een grond die erop neerkomt dat de rechter de arbeidsovereenkomst kan ontbinden als in redelijkheid voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet van de werkgever kan worden gevergd en het dus gerechtvaardigd is dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Systematisch was in de visie van de commissie dan juist geweest toepassing van de huidige 'restgrond' (de h-grond) in meer situaties mogelijk te maken dan de wetgever bij de introductie van de h-grond voor ogen had.
27. Verder wordt onvoldoende duidelijk waarom een ontbinding op de cumulatiegroond (i-grond) rechtvaardigt dat de werknemer een extra vergoeding kan ontvangen. In de MvT wordt daarover opgemerkt dat de extra vergoeding ziet op compensatie voor de werknemer voor het feit dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op basis van cumulatie van omstandigheden die ieder voor zich geen zelfstandige grond (c t/m h) voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst opleveren. Dat doet vermoeden dat het in het individuele geval tekortschieten van de door het systeem beoogde ontslagbescherming (alleen ontbinding bij een voldragen redelijke grond) wordt gecompenseerd met een additionele vergoeding. Het ontslagsysteem hinkt daarmee op twee (tegenstrijdige) gedachten: er mag alleen ontbonden worden als sprake is van een voldragen wettelijke redelijke grond, maar als dit het systeem in een bepaalde zaak naar het oordeel van de rechter te rigide maakt, mag toch worden ontbonden vanwege een combinatie van omstandigheden genoemd in diezelfde redelijke gronden, in welk geval de werknemer recht kan hebben op een extra vergoeding.
28. Het is vervolgens aan de rechter de hoogte van de extra vergoeding te bepalen aan de hand van de mate waarin aan de omstandigheden uit de gronden c t/m h is voldaan. Wanneer een of meer van de redelijke ontslaggronden, waarop de cumulatie van omstandigheden is gebaseerd, bijna voldragen was, kan er aanleiding zijn een lage extra vergoeding toe te kennen. Een hogere extra vergoeding ligt meer in de rede in gevallen waarin de verschillende omstandigheden in mindere mate aanwezig zijn. Dit zal zich in de jurisprudentie verder uitkristalliseren, aldus de MvT. Hoewel hiermee maatwerk door de rechter kan worden geleverd, geldt ook hier dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid. Partijen weten niet goed waar zij aan toe zijn en kunnen de uitkomst van de procedure moeilijk inschatten. Een vast bedrag aan extra vergoeding zou dit kunnen voorkomen.

Proeftijd

29. De verlenging van de proeftijd doet recht aan de wens van werkgevers om de geschiktheid van een werknemer te testen alvorens een contract voor onbepaalde tijd aan te gaan. De gedachte achter het voorstel tot verruiming van de proeftijd lijkt te zijn dat een proeftijd van 5 maanden binnen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd acceptabel wordt bevonden, omdat de werkgever anders veeleer zou kiezen voor een tijdelijk contract voor de duur van 6 maanden (zonder proeftijd).

Met de introductie van een proeftijd van 5 maanden lijkt de WAB de werkgever te willen stimuleren om meer vaste contracten aan te bieden, waarbij de uitruil is dat daarbij dan ook de WW-premie kan worden betrokken: wanneer de werkgever gebruik maakt van het proeftijd-beding, zou alsnog de hoge WW-premie verschuldigd zijn in plaats van de lage premie.

30. De commissie vraagt zich af of de kosten van een hoge(re) WW-premie, die onder de WAB verschuldigd wordt wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan, het beoogde effect zullen hebben, namelijk om te stimuleren dat eerder een contract voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Uiteraard kunnen dergelijke kosten een rol spelen bij de keus voor een contractvorm waarvoor wordt gekozen; de commissie verwacht echter niet dat de premiehoogte daarvoor doorslaggevend zal zijn, te meer niet nu er onder de WAB – ongeacht de gekozen duur van de overeenkomst – kosten in de vorm van een transitievergoeding verschuldigd zullen zijn wanneer de arbeidsovereenkomst (al dan niet tijdens de proeftijd) wordt beëindigd of na ommekomst van de bepaalde tijd niet wordt voortgezet.
31. De commissie ziet de verlenging van de proeftijd als een verdere versoepeling van het ontslagrecht. De commissie merkt op dat zij een voorstander is van deze versoepeling, mits in algemene zin niet verder wordt getornd aan de transitievergoeding dan in de WAB wordt voorzien en (in de toekomst, vergelijkbaar met het Duitse ontslagrecht, waarin een preventieve ontslagtoets ontbreekt) ook niet aan de preventieve ontslagtoets wordt getornd. De commissie hecht aan het Nederlandse systeem waarin het ontslag wel preventief wordt getoetst.
32. De commissie ziet verder een disbalans tussen de wens om werknemers meer baan- en inkomenszekerheid te geven door werkgevers te stimuleren sneller een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, maar daar – tegelijkertijd – wel de mogelijkheid van een proeftijd van 5 maanden aan te verbinden. De werknemer krijgt (op papier) dan wel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar loopt gedurende 5 maanden proeftijd wel steeds het risico dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever met onmiddellijke ingang kan worden opgezegd. In de visie van de commissie is een proeftijd van 5 maanden daarom te lang en kan daarvoor bij werknemers een gevoel van schijnveiligheid ontstaan. De commissie is daarom van oordeel dat een kortere proeftijd (van bijvoorbeeld vier maanden) meer passend is.

Transitievergoeding – aanpassing van de opbouw

33. Volgens de huidige regeling van de transitievergoeding hebben werknemers, van wie de arbeidsovereenkomst korter heeft geduurd dan twee jaar, geen recht op een transitievergoeding. Voorts leidt de huidige regeling tot hogere ontslagkosten over de periode dat de arbeidsovereenkomst langer dan 10 jaar heeft geduurd. Concluderend wordt in de MvT gesteld dat de huidige regeling in de praktijk tot een verschil in kosten tussen de beëindiging van een kortdurende arbeidsovereenkomst en een langdurige arbeidsovereenkomst leidt. Dat kan een drempel zijn voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

34. Het schrappen van de referteperiode als bedoeld in artikel 7:673 BW leidt ertoe dat iedere werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst recht heeft op een transitievergoeding. Het leidt in die zin tot een gelijke behandeling van werknemers, ongeacht de duur van het dienstverband.
35. Ten aanzien van de in de WAB voorgestelde nieuwe wijze van berekening van de transitievergoeding wordt geconstateerd dat de berekening zal leiden tot lagere vergoedingen. Dit brengt het risico met zich dat werknemers meer dan nu het geval is zich richten op het (proberen te) verkrijgen van een billijke vergoeding, wat een toename van gerechtelijke procedures kan betekenen.

Transitievergoedingen – compensatieregelingen

36. In het voorgestelde nieuwe artikel 7:673e lid 1 BW staat dat, wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd wegens bedrijfsbeëindiging in verband met pensionering of ziekte of gebrek van de werkgever, er aanspraak is op een compensatie voor betaalde transitievergoeding uit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf).
37. In de MvT staat dat ziekte en pensionering, anders dan bijvoorbeeld slechte financiële omstandigheden, buiten het gewone ondernemersrisico vallen en dat daarom een compensatieregeling gerechtvaardigd is. Dit gaat om tamelijk specifieke situaties, waarbij in de visie van de commissie discutabel is wat nog onder het gewone ondernemersrisico valt. Pensionering is voorzienbaar en de kosten die daarmee samenhangen zijn dat in beginsel ook. In de MvT staat dat van een kleine werkgever niet kan worden gevergd middelen te reserveren om voor al zijn werknemers de transitievergoeding in een keer te betalen. De commissie vraagt zich af of dit juist is. Er lijkt een scheve situatie te ontstaan ten opzichte van een ondernemer die vanwege tegenvallende resultaten zijn onderneming moet stopzetten. Deze zal bij gebrek aan een compensatieregeling mogelijk failliet gaan waarbij de werknemers geen transitievergoeding ontvangen.
38. Verder is onduidelijk wat wordt bedoeld wordt met het begrip 'pensionering'. Houdt dit in dat de werkgever de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt? Houdt de regeling ook in dat als de werkgever besluit om na sluiting van zijn onderneming toch een andere onderneming te starten, dat verboden is? verder is onduidelijk wie dat gaat handhaven en de sanctie op overtreding zou moeten zijn.
39. Onduidelijk is ook hoe het begrip 'niet in staat om de onderneming voort te zetten *als gevolg van ziekte of gebrek*' wordt ingevuld. Wie stelt dat vast en waaruit moet dit blijken? Is een verklaring van een arts voldoende? Zal een arts – gezien de KNMG-richtlijnen dienaangaande – wel willen verklaren dat een werkgever niet in staat is een onderneming voort te zetten wegens ziekte en gebrek? Wat nu wanneer de werkgever zijn onderneming staakt omdat het in medisch opzicht voor hem te zwaar is geworden, maar hij vervolgens een andere, kleinere onderneming start waarbij de werklast voor hem geringer is en hij wel in staat is om die (kleinere) onderneming te leiden. Is dat dan geoorloofd? Wie gaat controleren en handhaven? Wat zijn de eventuele sancties?
40. Kortom, de voorgestelde regeling lijkt lastig uitvoerbaar en tevens fraudegevoelig. Een en ander zal nog wel afhangen van de invulling van de aangekondigde AMvB waarin de nadere voorwaarden worden neergelegd.

WW-premiedifferentiatie naar aard van het contract

41. In de huidige Werkloosheidswet (WW) worden de kosten van de eerste zes maanden van de WW-uitkeringen via 67 sectorfondsen gefinancierd. De belastingdienst deelt de werkgever in één van de sectoren in. Na die periode zes maanden wordt de WW gefinancierd vanuit het Awf.
42. Voorgesteld wordt om in de WAB de WW-premie te differentiëren: voor werknemer met een vast contract betaalt een werkgever een lage premie en voor werknemers met een ander contract betaalt de werknemer een hoge premie. Wil een lage premie aan de orde zijn, dan dient volgens de MvT sprake te zijn van een (1) schriftelijk contract. Het moet (dus) gaan om (2) een contract voor onbepaalde tijd waarbij sprake is van (3) een eenduidig aantal uren. In een AMvB wordt nader geregeld in welke gevallen de lage premie wordt herzien, o.a. als de werknemer binnen een jaar na aanvang van de arbeidsovereenkomst een WW-uitkering uit hoofde van diezelfde overeenkomst krijgt. In dat geval is de werkgever voor deze werknemer alsnog de hoge premie verschuldigd. Doelstelling van de ze premiedifferentiatie is tweeledig: de regering beoogt om het vaste contract aantrekkelijker te maken ten opzicht van een flexibel contract en tegelijk het hogere werkloosheidsrisico van flexibele arbeidsrelaties te beprizen. Het is verder de bedoeling om een vast verschil te hanteren tussen de hoge en lage premie. Onderdeel van deze premiedifferentiatie is ook de introductie van de werkgeversplicht om op de loonstrook te vermelden of het gaat om een overeenkomst voor onbepaalde tijd.
43. Uit het voorstel volgt dat niet alleen premiedifferentiatie wordt ingevoerd, maar ook dat de sectorfondsen voor de WW worden afgeschaft. Reden daarvoor is dat de gegroeide indeling van sectoren sterk is verouderd en de indeling in de praktijk steeds meer gaat knellen. Het idee achter de sectorpremie 'de vervuiler betaalt' gaat daardoor niet altijd meer op. De prikkelwerking van de sectorindeling (een hoge sectorpremie zou aanleiding kunnen zijn voor sectorale initiatieven om het werkloosheidsrisico te beperken) zou beperkt zijn.
44. In een nieuw artikel 27 Wfsv staat dat de lage premie voor werknemers geldt "met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgesteld". Verder kunnen bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld t.a.v. de lage premie. De commissie merkt op dat de herzieningsmogelijkheid in het licht van het arrest van het Gerechtshof Den Bosch 27 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2626 (en beginselen van behoorlijke wetgeving) in de Wfsv zelf dient te worden genoemd. De nadere uitwerking van de situaties waarin de lage sectorpremie wordt herzien, kan wel plaatsvinden in een AMvB.
45. De vraag is echter of het, gezien de doelstelling, noodzakelijk is te voorzien in een herzieningsmogelijkheid van de premie als binnen een jaar na aanvang van de arbeidsovereenkomst werkloosheid vanuit dat dienstverband optreedt. Als gebruik wordt gemaakt van de proeftijd (binnen 5 maanden), dan kan de commissie deze keus volgen, maar als dit het gevolg is van een niet voorziene situatie, zoals plotselinge economische tegenwind, dan is het de vraag of hier ook 'de vervuiler' zou moeten betalen.
46. Uit het voorstel volgt verder dat de regering een werkgeversplicht wil introduceren om op de loonstrook te vermelden of het gaat om een contract voor onbepaalde tijd.

Dat wordt geregeld met een aanvulling op art. 7: 626 BW en aan artikel 7:655 BW wordt de plicht toegevoegd om aan de werknemer schriftelijk opgave te doen of de schriftelijke overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en of de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd.

Uiteindelijk blijft echter de vraag welke informatie de werkgever bij de loonaangifte doorgeeft aan de belastingdienst. Als een kwaadwillende werkgever andere informatie doorgeeft aan de belastingdienst, dan kan de belastingdienst aan de hand van de salarisadministratie van de werkgever eenvoudig opzet aantonen en boetes opleggen, zo staat in de toelichting.

Bovendien zou een werkgever kunnen worden vervolgd voor valsheid in geschrifte wanneer op grote schaal de gegevens van de opgave op loonstrook en van loonaangifte verschillen. De commissie vraagt zich af of er een mogelijkheid kan worden gecreëerd om een werknemer inzage te verschaffen in de loonaangifte die de werkgever heeft gedaan (zoals een uitkeringsgerechtigde bij 'mijn UWV' de polisgegevens kan controleren die het UWV hanteert). Wanneer die mogelijkheid er zou zijn, dan verkleint dat de mogelijkheid dat er (opzettelijk) fouten worden gemaakt bij het vaststellen van de lage en hoge premie.

47. De commissie vraagt zich verder af of er onderzoek is gedaan naar de beoogde effecten van de premiedifferentiatie. In vijf sectoren wordt al gewerkt met lage en hoge premies, waaronder de bouw en agrarische sector. Deze vraag is in het bijzonder relevant omdat uit de MvT volgt dat het verband tussen contractvorm en het beroep dat wordt gedaan op de WW niet eenduidig beschreven is en bovendien sterk afhangt van de conjunctuur. Toch wordt verwezen naar divers onderzoek waaruit zou volgen dat werknemers in de flexibele schil een groter beroep doen op de WW.
48. Naast de invoering van premiedifferentiatie blijkt het voorstel te voorzien in een afschaffing van de sectorfondsen. De commissie vraagt zich af of deze maatregel noodzakelijk is. Deze wijziging wordt bepleit omdat het aanvankelijke doel van de sectorindeling - 'prikkelwerking' - tegenwoordig beperkt zijn. Gesteld wordt dat prikkelwerking ineffectief is op sectorniveau, doordat de sectorindeling niet goed aansluit bij wijze waarop bedrijfstakken zich georganiseerd hebben. De commissie vraagt zich af of algehele afschaffing van de fondsen daarvoor de oplossing is. Als alternatief kan bezien worden of een andere indeling in sectoren zinvol is. Daar is ook reden toe, omdat in de MvT verwezen wordt naar (sectorgewijze) waardevolle initiatieven om werkloosheid te beperken en duurzame inzetbaarheid te bevorderen: te denken valt aan de agrarische sector, de schildersector en de grafimedia. Deze constatering is saillant, omdat nu juist in de eerste twee genoemde sectoren reeds sprake is van premiedifferentiatie. Daar lijkt dus eenvoudig te kunnen worden vastgesteld of de onderscheiding tussen hoge en lage premies in deze sectoren heeft geleid tot de genoemde sectorale initiatieven. Mocht dat zo zijn, dan kan handhaving van een zekere sectorindeling toch zinvol blijven. Kortom, introductie van premiedifferentiatie kan gepaard gaan met handhaving van de sectorfondsen, zij het dat de commissie zich kan voorstellen dat dan wel gestreefd zou moeten worden naar een substantiële vermindering van het aantal sectoren.
49. Uit de MvT volgt voorts dat afschaffing van de sectorpremie WW doorwerkt naar premies voor de Ziektewet (ZW) en de wet Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA, in het bijzonder de uitkering Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA)). De beschreven problematiek over de sectorindeling is ook van toepassing op de premiesystematiek voor de ZW en WGA: ook deze is 'sterk verouderd, vormt geen effectieve prikkel en veroorzaakt grote uitvoeringsproblemen door toenemen shopgedrag van werkgevers', aldus de MvT.

De regering kondigt aan een verbeterde en toekomstbestendige premiesystematiek voor ZW en WGA te gaan ontwikkelen.

Juist omdat er een samenhang is tussen de sectorproblematiek WW enerzijds en die in ZW en WGA anderzijds, valt echter te overwegen een integrale benadering te kiezen voor WW, WGA en ZW en niet nu al de sectorfondsen in WW af te schaffen zonder precies te weten wat te doen moet de sectorpremies ZW en WGA.