WET VERBETERING ZEKERHEID FLEXIBELE ARBEIDSKRACHTEN

Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het conceptwetsvoorstel
Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten

Labour Law United
VAAN-VvA-VJAA

Voorwoord

LabourLawUnited (LLU) is het samenwerkingsverband tussen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN), de Verenging voor Arbeidsrecht (VvA) en de Vereniging Jonge Arbeidsrecht Advocaten (VJAA). Met ruim 3500 unieke leden, vertegenwoordigt LLU een brede groep van advocaten, juristen, wetenschappers, rechters, werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers en beleidsmedewerkers die zich met het arbeidsrecht bezighouden.

Na een open uitnodiging onder de leden hebben ruim 30 specialisten zich aangemeld om commentaar te leveren op de ter internetconsultatie voorgelegde Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten. Er is gekozen voor een onderverdeling in de volgende onderwerpen: (i) algemeen deel (waarom deze wetswijziging?), (ii) oproepovereenkomst, (iii) bepaalde tijd; (iv) uitzending en Waadi en (v) gelijke behandeling.
Het commentaar is juridisch-technisch van aard en beoogt bij te dragen aan een (nog) beter en vooral ook uitvoerbaar wetsvoorstel. Op verschillende plaatsen in dit commentaar worden vragen gesteld om de (ratio van de) regeling en wettekst(en) duidelijker te krijgen. Ook worden (praktijk)voorbeelden aangehaald om te laten zien wat mogelijk (on)bedoelde effecten van voorgestelde regelingen zijn. Ten slotte wordt op een aantal onderdelen voorstellen tot verbetering gedaan. Geprobeerd is commentaar op de politieke keuzes die aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggen te vermijden.

Bewaak samenhangen pakket aan maatregelen arbeidsmarkt

Het onderhavige wetsvoorstel bouwt voort op voorstellen van de Commissie-Borstlap en het SER MLT-advies. In beide adviezen is het belang van een integrale aanpak van (knelpunten op) de arbeidsmarkt benadrukt. Wij herhalen deze oproep. Temeer omdat opnieuw voorstellen worden gedaan voor regelingen die vrij recent zijn gewijzigd en de eerste effecten van die wijzigingen nog moeten blijken. Het wetsvoorstel behandelt voornamelijk ‘flex minder flex’ *in* de arbeidsovereenkomst. De zzp-vraagstukken, vergroten van wendbaarheid en regeling werknemers tweede ziektejaar maken geen onderdeel uit van dit wetsvoorstel.

Complexiteit van regelgeving en uitvoering

Op onderdelen is de wetgeving zeer complex en gedetailleerd van aard. Wij doelen in het bijzonder op het samenstel van artikelen 7:628, 628aa, 628ab, 628ac, 628a en 628b BW. Op andere onderdelen (bijvoorbeeld de Waadi) is de regeling an sich niet complex, maar roept de uitvoering veel en complexe vragen op. Daarbij geldt in het bijzonder dat een (groot) deel van de voorgestelde regelingen met name ‘precaire werkers’ beoogt meer bescherming te bieden. Voor een deel van deze groep zal gelden dat meer wettelijke regels niet automatisch meer bescherming met zich brengt. Juist deze groep zal het van meer (externe) handhaving moeten hebben. Daarop biedt dit voorstel niet per se een sluitend antwoord. Waar mogelijk dringen wij daarom aan de regelingen te vereenvoudigen en op onderdelen de regeldichtheid te heroverwegen. *Sometimes less is more*.

Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe.

Met vriendelijke groet,

Labour Law United

Charlotte E. Dingemans (VAAN)|Zef Even (VAAN)|Ruben Houweling (VvA)
Michelle Kind (VJAA) | Pascal Kruit (VvA) | Ruud Schepers (VJAA)

Inhoudsopgave

Voorwoord **1**

1. Algemeen commentaar op de inleiding van de Memorie van Toelichting **3**

2. Oproepovereenkomst **5**

2.1. Inleiding 5

2.2. Rechtspraak artikel 7:628a BW 2020-2023 7

2.3. De oproepovereenkomst: de wettekst getoetst 10

2.4. Verbetervoorstellen 22

2.5. Overgangsrecht 23

2.6. Overige opmerkingen 25

3. Bepaalde tijd **26**

3.1. Algemene opmerkingen bij de voorgestelde wijzigingen in artikel 7:668a BW 26

3.2. De wettekst getoetst 27

3.3. Opmerkingen ten aanzien van het overgangsrecht 33

4. Uitzending en Waadi **35**

4.1. Commentaar bij artikel 7:691 BW (nieuw) 35

4.2. Commentaar bij artikel 8 Waadi (nieuw) 39

4.3. Verbetervoorstellen 49

5. Gelijke behandeling **56**

5.1. Leeftijdsonderscheid 56

5.2. Algemeen benadelingsverbod; artikel 7:615 BW 58

Auteurs **62**

1. Algemeen commentaar op de inleiding van de Memorie van Toelichting

Het wetsvoorstel is een gedeeltelijke uitwerking van de Kamerbrieven van juli 2022 en april 2023. Het gaat slechts om de daarin reeds aangekondigde voorstellen met betrekking tot uitzendwerk, oproepovereenkomsten en tijdelijke contracten. De andere voornemens tot wetgeving, te weten die over het voorkomen van schijnzelfstandigheid en meer flexibiliteit voor ondernemingen, worden later uitgevoerd. Het zou hier evenwel moeten gaan om een totaalpakket van afgewogen maatregelen. In de woorden van de Commissie-Borstlap: "de maatregelen hebben enkel in onderlinge samenhang het effect dat de Commissie voor ogen staat."[1]

Ook de SER lijkt in zijn advies van 2021 uit te gaan van die samenhang.[2] Het kabinet kiest voor een pakket met een duidelijke samenhang en gaat er daarom van uit dat de verschillende maatregelen in afstemming met elkaar zullen worden ingevoerd (onder 2.4). Als uitgangspunt geldt dat invoering van de afzonderlijke voorstellen gelijktijdig zal plaatsvinden. Het is vanwege die samenhang niet eenvoudig en eigenlijk niet verantwoord nu dit deel van de voorgestelde maatregelen op zich te beoordelen.

Het voorstel past bij de opvatting – zowel door de Commissie-Borstlap als de SER uitgedragen – dat flexibiliteit te ver is doorgeschoten. De nadelen van flexibilisering van de arbeid worden tamelijk uitvoerig beschreven (onder 1.3 Memorie van Toelichting). Flexibilisering is slecht voor het verdienvermogen van de individuele werknemer en heeft negatieve impact op zijn privéleven; zij leidt tot verlies van het verdienvermogen van Nederland en veroorzaakt een tweedeling in de samenleving. Waar het kabinet de inzet van flexibele arbeid niet onmogelijk wil maken, legt het de nadruk op de voordelen van een dergelijke inzet (onder 2.1 Memorie van Toelichting). De beweegredenen voor werkgevers te kiezen voor flexibele inzet van arbeid worden nauwelijks aan de orde gesteld, laat staan bevraagd. Maar welke die ook zijn: het kabinet meent dat "de wendbaarheid die de werkgever zoekt, (….) alleen niet te veel ten koste (mag) gaan van de door de werknemer benodigde zekerheid." De Memorie van Toelichting wijst er op dat scholieren en studenten met een bijbaan voor een deel van de regels worden uitgezonderd. Daarnaast wordt erop gewezen dat werkgevers ook vast personeel flexibel kunnen inzetten en dat er ondanks de beperkingen die het wetsvoorstel met zich brengt, voldoende ruimte voor flexibele inzet van werknemers blijft bestaan. Wat wel en wat niet voldoende is, is een onderwerp dat meer aandacht verdient dan er in de Memorie van Toelichting aan gegeven wordt.

Met het zoeken naar het evenwicht tussen flexibel en vast raken we de kern van het wetsvoorstel: de zorg voor een betere balans tussen zekerheid en wendbaarheid op de arbeidsmarkt "en een toekomstbestendige sociale zekerheid". Op de sociale zekerheid gaat het wetsvoorstel verder niet in, anders dan dat in een enkel geval de WW-premie wordt gebruikt om de flexibiliteit te beprijzen. Kort samengevat is - zo blijkt uit de Memorie van Toelichting - het uitgangspunt van die betere balans de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Tenzij sprake is van een daadwerkelijke behoefte aan flexibiliteit, zoals in het geval van (zuiver) tijdelijke arbeid. Uit de eerdergenoemde adviezen volgt dat dit doel mede zal worden bereikt door in ieder geval te voorkomen dat arbeid die flexibel wordt ingezet, goedkoper is dan arbeid die op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt verricht. De gedachte is dat door de flexibiliteit te beprijzen hiervan alleen gebruikt zal worden gemaakt als er daadwerkelijk behoefte aan is. In deze lijn past het voorstel om de bepaling te schrappen die het mogelijk maakt om bij cao af te wijken van de regel dat de beloning van uitzendkrachten gelijk moet zijn aan die van de werknemers naast wie zij worden tewerkgesteld. Ook bij oproepovereenkomsten wordt de prijs van de arbeid als sturingsinstrument ingezet. Voorgesteld wordt om het basiscontract dat de oproepovereenkomst zal vervangen, in het geval dit voor onbepaalde tijd wordt aangegaan,

1 Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, In wat voor land willen wij werken?, 23 januari 2020, p. 86.
2 SER-advies 21/08, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, p. 10.

onder de lage WW-premie te brengen. Voor de tijdelijke arbeidsovereenkomst worden geen 'beprijzingsmaatregelen' voorgesteld.

Hoewel het wetsvoorstel zegt voort te borduren op eerdere analyses blijft de vraag of de nu voorgestelde maatregelen tot de beoogde betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid zullen leiden. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw heeft de wetgever pogingen gedaan om flexibiliteit en zekerheid zorgvuldig en adequaat te combineren. Hier is tot op heden weinig van terechtgekomen.

De ketenregeling is daar een goed voorbeeld van. Steeds weer is de ketenregeling gefinetuned, terwijl vervolgens te constateren is dat de wetswijzigingen niet het beoogde doel bereikten. De Commissie-Borstlap adviseerde daarom tot enigszins ingrijpender wijzigingen: een verkorting van de maximale duur van een keten van tijdelijke contracten tot twee jaar en bewerkstelligen dat tijdelijke arbeidsovereenkomsten ook daadwerkelijk voor tijdelijk werk zullen worden ingezet door die flexibiliteit te beprijzen. Uit de Memorie van Toelichting wordt niet duidelijk waarom het kabinet dit advies niet opvolgt. Wel wordt het middellangetermijnadvies van de SER[3] gevolgd, waarin is geadviseerd de onderbrekingstermijn te laten vervallen.

Schematisch kan de ketenregeling door de jaren heen als volgt worden weergegeven, waarbij het eerste getal het aantal overeenkomsten weergeeft, het tweede het maximale aantal jaren dat een tijdelijk contract beloopt en het derde de periode (in maanden) van onderbreking voor het ontstaan van een nieuwe keten:

Voorafgaand aan Wet flexibiliteit en zekerheid (1953-1999)	1 x – x 1
Wet flexibiliteit en zekerheid (1999)	3 x 3 x 3
Wet tijdelijke verruiming 668a jongeren tot 27 jaar (2010)	4 x 4 x 3
Wet werk en zekerheid (2015)	3 x 2 x 6
Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers (seizoenswerk) (2016)	3 x 2 x 3
Wet arbeidsmarkt in balans (2020)	3 x 3 x 6
Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten (2025)	3 x 3 x 60

Met de administratieve termijn van 60 maanden beoogt de regering te voorkomen dat nog van de zogenoemde draaideurconstructie gebruik zal worden gemaakt. Een eerdere poging om te voorkomen dat de werknemer na de onderbrekingstermijn in de keten opnieuw tijdelijk in dienst wordt genomen (door verlenging van die termijn tot zes maanden), is niet geslaagd. De nu voorgestelde onderbrekingstermijn is een radicale verandering ten opzichte van de eerdere en heeft alleen al daarom wellicht meer kans het beoogde doel te bereiken. Dat een dergelijke termijn ook nadelige gevolgen kan hebben, zoals het in het geheel niet meer voortzetten van de arbeidsrelatie of het voorkomen van een arbeidsovereenkomst blijft onderbelicht.

Een steviger onderbouwing van de effecten van de voorgestelde maatregelen ware wenselijk geweest.

[3] SER-advies 21/08, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, p. 18.

2. Oproepovereenkomst

2.1. Inleiding

Op 1 januari 2020 werd de Wet arbeidsmarkt in balans ("Wab") ingevoerd. Een van de doelstellingen van de Wab was om oproepkrachten (werknemers die werkzaam zijn op basis van een nuluren- of min-maxcontract) meer zekerheid over de te werken uren en dagen te geven, door artikel 7:628a BW uit te breiden van twee naar twaalf leden. Zo moet de werkgever sinds invoering van de Wab, op grond van artikel 7:628a lid 2 BW, ten minste vier dagen van te voren aan de werknemer laten weten of hij arbeid moet verrichten. Voorts wordt de werkgever sinds 1 januari 2020, op grond van artikel 7:628a lid 3 BW, verplicht om, als hij de oproep binnen vier dagen voor aanvang van het tijdstip van de arbeid wijzigt of intrekt, het loon te betalen waarop de werknemer aanspraak zou hebben gehad als hij de arbeid zou hebben verricht. Ook wordt de werkgever verplicht in de situatie zoals beschreven in artikel 7:628a lid 5 BW de werknemer een aanbod te doen voor een arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in die voorafgaande periode van 12 maanden.

De rechtspositie van de oproepkracht en flexwerker in het algemeen staat al geruime tijd op de politieke agenda. Verschillende keren heeft dit geleid tot ingrijpende veranderingen. In 1999 met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, in 2015 met de Wet werk en zekerheid[4] ("Wwz") en in 2020 met de Wab. De gemene deler bij deze wetgevingsprojecten is de wens om de oproepkracht meer (inkomens)zekerheid te bieden maar tegelijkertijd de werkgever voldoende flexibiliteit te bieden om te kunnen inspelen op veranderingen in de markt.[5] Ook de op 1 augustus 2020 in werking getreden Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (Wtva)) heeft wijzigingen voor de oproepkracht met zich gebracht.

Volgens de regering zijn met de in de Wab (en daarvoor al in de Wwz) getroffen maatregelen ter verbetering van de positie van oproepkrachten eerste goede stappen gezet om de werkzekerheid van oproepkrachten "iets te verbeteren". Echter, zijn de maatregelen in de Wab volgens de regering vooralsnog onvoldoende gebleken om de positie van oproepkrachten te versterken. Dit is voor de regering aanleiding om nieuwe regelingen voor te stellen, namelijk afschaffing van oproepcontracten voor reguliere werknemers en de introductie van een basiscontract.

De wetgever heeft voorgesteld om na het te wijzigen artikel 7:628a BW drie nieuwe artikelen in te voegen (artikel 7:628aa, 7:628ab en 7:628ac BW).

Artikel 7:628aa BW
Voorgesteld wordt om oproepcontracten niet langer mogelijk te maken door te bepalen dat in een arbeidsovereenkomst de arbeidsomvang wordt vastgelegd als één aantal uren groter dan nul, per tijdseenheid van ten hoogste een jaar.

Artikel 7:628ab BW
Dit artikel beoogt een afwijking van het voorgestelde artikel 7:628aa lid 1 BW inhoudende dat in een arbeidsovereenkomst een minimale en een maximale arbeidsomvang overeengekomen kan worden onder de voorwaarden dat de tijdseenheid waarover de arbeidsomvangen worden vastgelegd ten hoogste een kwartaal bedraagt, de maximale arbeidsomvang ten hoogste 130% van de minimale arbeidsomvang bedraagt, en de werknemer voor de uren die de minimale arbeidsomvang te boven gaan, maar niet meer bedragen dan de maximale arbeidsomvang, zich beschikbaar moet houden voor het verrichten van arbeid.

---

4 In de Wwz is geregeld de uitsluiting van de loonbetalingsplicht (artikel 7:628 BW) niet langer ongeclausuleerd bij cao te kunnen verlengen, maar alleen als de werkzaamheden in bij de cao te bepalen functies incidenteel van aard zijn.

5 Zie Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 1, Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 4.

Artikel 7:628ac BW
In dit nieuwe artikel wordt bepaald wanneer voortaan sprake is van een oproepovereenkomst. Dit is het geval als de werknemer, in afwijking van artikel 7:628 lid 1 BW, geen recht heeft op loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht. Ook is sprake van een oproepovereenkomst als, in afwijking van artikel 7:628aa lid 1 en lid 2 onder a BW, de arbeidsomvang niet is vastgelegd als één aantal uren groter dan nul per tijdseenheid van ten hoogste een maand, of waarbij de omvang van de arbeid niet als één aantal uren groter dan nul per tijdseenheid van ten hoogste een jaar is vastgelegd en het recht op loon gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid en er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628ab BW.

Artikel 7:628a BW
Beoogd wordt dit artikel te wijzigen, in lijn met invoering van de nieuwe artikelen 7:628aa, ab en ac BW. Het huidige artikel 7:628a lid 1 BW wordt verplaatst naar het voorgestelde artikel 7:628aa lid 3 BW. Het nieuwe artikel 7:628a BW wordt van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de situatie waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid voor de werkgever ten hoogste zestien uur per week bedraagt en de werknemer minderjarig, scholier of student is.

De hiervoor, kort, geciteerde artikelen zullen in het navolgende worden geanalyseerd en voorzien van technisch juridisch commentaar. Hieraan voorafgaand wordt de meer algemene vraag opgeworpen of, minder dan vier jaar na invoering van de Wab, het al noodzakelijk, althans gewenst is wijzigingen voor de oproepovereenkomst door te voeren. In antwoord op Kamervragen heeft de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid laten weten dat evaluatie van de Wab is beoogd in 2025[6]. De regering wil die evaluatie blijkbaar niet afwachten en reeds nu wijzigingen doorvoeren, o.a. daar waar het de positie van de oproepkracht betreft. De aanleiding hiervoor is beschreven in de twee brieven die het kabinet de Kamer stuurde over de noodzaak om te komen tot wijziging van het arbeidsmarktbeleid[7]. Deze brieven zijn onder andere gebaseerd op het werk van de Commissie-Borstlap, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, het Sociaal Cultureel Planbureau en de SER. Daarnaast is er ook een maatschappelijke aanleiding. Niet duidelijk is of de rechtspraak die sinds wijziging van artikel 7:628a BW in 2020 is gepubliceerd mede aanleiding is geweest om de evaluatie van de Wab niet af te wachten en de positie van de oproepkracht reeds nu verder te versterken. De rechtspraak over artikel 7:628a BW is overigens beperkt. Sinds invoering van de Wab is er maar, relatief, weinig door oproepkrachten geprocedeerd over de oproeptermijn, loon en de plicht van werkgevers na 12 maanden een aanbod voor een vaste urenomvang te doen. Dit kan twee redenen hebben. Of er doen zich in de praktijk nauwelijks problemen/geschillen voor tussen oproepkrachten en hun werkgevers over de hiervoor beschreven onderwerpen. Of, en dat lijkt waarschijnlijker, oproepkrachten zijn onvoldoende bekend met hun rechten en/of terughoudend om over deze onderwerpen het debat met de werkgever aan te gaan. Enerzijds omdat zij geen of onvoldoende mogelijkheden en/of (financiële) middelen hebben om juridische bijstand in te schakelen. Anderzijds omdat zij bang zijn dat, als zij hierover een dispuut met de werkgever aangaan, vrezen niet of minder te worden opgeroepen of tijdelijke arbeidsovereenkomsten niet meer worden verlengd. Uiteraard kan het ook zo zijn (en dat zal voor de -grote- groep scholieren en studenten zeker -vaak- het geval zijn) dat oproepkrachten er geen problemen mee hebben wanneer de oproeptermijn korter is dan de voorgeschreven wettelijke termijn van (in beginsel) vier dagen en wellicht ook niet per se na 12 maanden een vaste urenomvang aangeboden wensen te krijgen.

De rechtspraak over artikel 7:628a BW die, ondanks de beperkte omvang toch wel nuttige inzichten geeft, zal hierna, in hoofdstuk 2, als eerste worden besproken. In hoofdstuk 3 wordt de wettekst getoetst en zullen voorstellen voor tekstwijzigingen worden gedaan. Hieraan voorafgaand wordt, als

6 https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20212022-120.html
7 Kamerstukken II 2021-2022, 29544, nr. 1112 en nr. 1176.

algemene observatie, reeds nu geconstateerd dat de voorgestelde regelingen en (te wijzigen) wetsbepalingen buitengewoon complex en soms zelfs onleesbaar zijn. Voor rechtzoekenden wordt het er, met de voorgestelde wijzigingen, dan ook niet duidelijker op. Wij vragen de wetgever hier aandacht aan te geven, temeer omdat de doelgroep van de aan te passen regelgeving zich over het algemeen aan de onderkant van de arbeidsmarkt zal bevinden.

2.2. Rechtspraak artikel 7:628a BW 2020-2023

2.2.1. Inleiding op artikel 7:628a BW

Artikel 7:628a BW is als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid op 1 januari 1999 in werking getreden. Met de Wab is dit artikel grondig herzien en uitgebreid van twee leden naar twaalf leden. Het doel van de Wab is om de rechtspositie van de oproepkracht te versterken door (1) het voorkomen van permanente beschikbaarheid en (2) (langdurige) inkomensonzekerheid.[8]
De definitie van de oproepovereenkomst is met de Wab opgenomen in de wet (artikel 7:628a lid 9 BW). De oproepovereenkomst is het 'toegangsbewijs' tot de beschermende bepalingen die met de Wab zijn geïntroduceerd:[9]

1. oproeptermijn (artikel 7:628a lid 3 BW);
2. loonaanspraak bij intrekken of wijzigen oproep (artikel 7:628a lid 4 BW);
3. verplichting tot aanbieden vaste arbeidsomvang en gevolgen niet-naleving (artikel 7:628a lid 5 en 8 BW).

In dit deel staat een onderzoek naar de gepubliceerde rechtspraak over artikel 7:628a BW sinds de Wab centraal. Alle uitspraken gepubliceerd tussen 1 januari 2020 en 1 augustus 2023 op www.rechtspraak.nl en www.ar-updates.nl zijn verzameld en geanalyseerd.[10] De vraag is of, en zo ja welke, conclusies kunnen worden getrokken op basis van deze rechtspraak.

2.2.2. Analyse rechtspraak: algemeen

De periode 1 januari 2020 tot 1 augustus 2023 levert in totaal 17 gepubliceerde uitspraken op waarin artikel 7:628a BW ter sprake kwam. Hiervan zijn 16 uitspraken gewezen in eerste aanleg en één in hoger beroep door het hof. In de onderzochte periode zijn de oproeptermijn en de loonaanspraak bij het intrekken of wijzigen van de oproep in de gepubliceerde rechtspraak niet ter sprake gekomen. Hetzelfde geldt voor de loongarantieregeling (artikel 7:628a lid 1 BW). Uit Tabel 1.1 blijkt dat de gepubliceerde uitspraken in het teken stonden van de kwalificatie van de (oproep)overeenkomst, de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang (ook wel "vastklikregeling" genoemd) en het gevolg van niet-naleving van die verplichting. In sommige uitspraken stonden zowel de kwalificatievraag als de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang en de consequenties van het niet-naleven van die verplichting centraal. Hoewel de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang en het gevolg daarvan bij niet-naleven nauw met elkaar samenhangen, waren er ook uitspraken waarin het één of het ander centraal stond. In sommige uitspraken stond bijvoorbeeld de samenhang tussen enerzijds de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang en anderzijds het rechtsvermoeden arbeidsomvang (artikel 7:610b BW)

8 Kamerstukken II 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 22.

9 Met dien verstande dat voor toepasselijkheid van lid 1 (de loongarantieregeling) niet per definitie sprake hoeft te zijn van een oproepovereenkomst.

10 Ktr. Den Bosch, 27 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3707; Ktr. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020: 4354; Ktr. Amsterdam 5 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5420; Ktr. Maastricht 9 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9724; Ktr. Rotterdam 9 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:11488; Ktr. Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924.; Ktr. Arnhem 21 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3292; Ktr. Amsterdam 1 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4704; Ktr. Amsterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5723; Ktr. Utrecht 9 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1056; Ktr. Leiden 23 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3845; Ktr. Rotterdam 14 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9286; Ktr. Almelo 13 december 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3768; Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3526; Ktr. Rotterdam 21 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3383; Ktr. Eindhoven 11 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2103; Ktr. Haarlem 6 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6285.

centraal. Ook de vraag of het accepteren van een vaste arbeidsomvang een nieuwe arbeidsovereenkomst oplevert of slechts leidt tot een gewijzigde arbeidsovereenkomst, is aan bod gekomen.

Tabel 1.1

Onderwerp in uitspraak	Aantal uitspraken
Kwalificatie (oproep)overeenkomst	6
Verplichting aanbieden vaste arbeidsomvang	15
Gevolgen niet-naleven aanbiedplicht	8
Oproeptermijn	0
Loonaanspraak bij intrekken of wijzigen oproep	0
Loongarantieregeling	0

2.2.3. Analyse rechtspraak kwalificatie (oproep)overeenkomst

In zes uitspraken moest de rechter zich buigen over de vraag of de werknemer werkte op basis van een oproepovereenkomst. In vier van de zes gevallen beantwoordde de rechter deze vraag bevestigend. In twee gevallen kwam de rechter tot de slotsom dat van een oproepovereenkomst geen sprake was.
Zo vond de kantonrechter Maastricht dat de werknemer met wie een *gemiddelde* arbeidsomvang van drie uur per week was overeengekomen, werkte op basis van een oproepovereenkomst.[11] Van één aantal uren in de zin van artikel 7:628a lid 9 BW was geen sprake volgens de kantonrechter. De kantonrechter Eindhoven kwam tot de slotsom dat de werknemer met wie géén vast aantal uren was overeengekomen, toch niet werkzaam was op basis van een oproepovereenkomst.[12] De feitelijke uitvoering van die overeenkomst maakte volgens de kantonrechter namelijk dat van een oproepovereenkomst geen sprake was.

2.2.4. Analyse rechtspraak aanbod vaste arbeidsomvang

In 15 uitspraken moest de rechter zich uitlaten over de verplichting voor de werkgever om een vaste arbeidsomvang aan te bieden na twaalf maanden. Uit de analyse van deze uitspraken blijkt dat het veelal ging om de situatie waarin de werkgever geen aanbod had gedaan. Dit was namelijk in zeven van de 15 uitspraken aan de orde. Daarnaast moest de rechter zich viermaal uitlaten over de vraag of, en zo ja welke, ruimte er nog bestaat om een beroep te doen op het rechtsvermoeden arbeidsomvang als de werkgever (kort) daarvoor nog een aanbod voor een vaste arbeidsomvang heeft gedaan maar de werknemer dat aanbod had geweigerd. In drie uitspraken stond niet vast dat de werkgever schriftelijk of elektronisch een aanbod had gedaan of slaagde de werkgever er niet in om dit te bewijzen. Tot slot stond één uitspraak in het teken van de vraag of acceptatie van het aanbod van de werkgever leidt tot een nieuwe arbeidsovereenkomst of tot de wijziging van een reeds bestaande arbeidsovereenkomst. Hoewel het grootste deel van de uitspraken zijn gewezen in de eerste twee jaren van de Wab – 2020 en 2021 (negen van de vijftien) – heeft dat vermoedelijk vooral te maken met de toen heersende COVID-pandemie.

Tabel 1.2

Onderwerp aanbod vaste arbeidsomvang	Aantal
Vorm aanbod	3
Verhouding met rechtsvermoeden arbeidsomvang	4
Nieuwe arbeidsovereenkomst / gewijzigde arbeidsovereenkomst	1
Overig	7
Totaal	**15**

11 Ktr. Maastricht 9 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9724, *JAR* 2021/37 m.nt. Cremers-Hartman.
12 Ktr. Eindhoven 11 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2103, *JAR* 2023/153.

2.2.5. Conclusies

Op basis van dit beknopte rechtspraakonderzoek kan een aantal conclusies worden getrokken.

In rechte wordt door de oproepkracht maar beperkt een beroep gedaan op de beschermende bepalingen van artikel 7:628a BW

De Wab heeft een aantal extra beschermende bepalingen in het leven geroepen voor de oproepkracht. Afgezet tegen de oogst van alle arbeidsrechtelijke zaken over de periode van 3,5 jaar (circa 6.000) is de oogst aan "628a-uitspraken" beperkt te noemen.[13] Sinds de Wab zijn er immers slechts 17 "628a-uitspraken" gewezen.[14] Duidelijk is dat oproepkrachten (vooralsnog) niet procederen over de oproeptermijn of loonaanspraak bij het intrekken of wijzigen van een oproep. Hetzelfde geldt voor de loongarantieregeling.[15] Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat oproepkrachten in de praktijk niet bereid zijn om aanspraak te maken op hun rechten vanwege de mogelijke consequenties die dat voor hen kan hebben.[16] Daarmee lopen oproepkrachten namelijk het risico om hun goede verhouding met de werkgever op het spel te zetten en in de toekomst niet langer opgeroepen te worden.[17] Dit probleem is met de Wab niet ondervangen.

Desondanks is er vanaf 1 januari 2020 wel mondjesmaat geprocedeerd over de vastklikregeling en de consequentie bij niet-naleving daarvan. Dit is mogelijkerwijs te verklaren doordat de hoogte van de loonvordering bij schending van de vastklikregeling doorgaans een stuk hoger ligt dan wanneer de werkgever (incidenteel) binnen vier dagen een oproep intrekt of wijzigt en daar de oproepkracht niet of onvoldoende voor compenseert.

De vastklikregeling biedt de oproepkracht meer inkomenszekerheid

De vastklikregeling lijkt tot een afname van de inkomensonzekerheid te leiden. De oproepkracht kan namelijk na twaalf maanden een aanbod voor een vaste arbeidsomvang aanvaarden en daarmee aanspraak maken op een vast inkomen. De gepubliceerde rechtspraak sinds 1 januari 2020 maakt duidelijk dat oproepkrachten maar mondjesmaat procederen over de vastklikregeling en de daarmee samenhangende loonvordering. Voorzichtige conclusie is dat oproepkrachten niet bereid (b)lijken te zijn om daadwerkelijk aanspraak te maken op een vaste arbeidsomvang of een vast inkomen.

Op basis van de rechtspraak valt helaas geen betrouwbare conclusie(s) te trekken over het tweede doel van de Wab: het voorkomen van permanente beschikbaarheid. Over de maatregelen die in dat kader met de Wab zijn ingevoerd – de oproeptermijn en loonaanspraak bij wijziging of intrekking van de oproep – is zoals gezegd geen rechtspraak verschenen.

Oproepkrachten doen maar beperkt een beroep op de beschermende bepalingen uit het huidige artikel 7:628a BW en het wetsvoorstel pakt het handhavingsprobleem onvoldoende aan

Zoals hiervoor al toegelicht, blijkt uit het rechtspraakonderzoek dat oproepkrachten maar in beperkte mate opkomen voor hun rechten. Het huidige wetsvoorstel lijkt hier onvoldoende oog voor te hebben en laat vermoedelijk onverlet dat oproepkrachten in de praktijk niet snel bereid zullen zijn om op te komen voor hun rechten. In de handhaving van de rechten van de oproepkracht kan de wetgever nog stappen zetten.

---

13 Hierbij is uitgegaan van alle arbeidsrechtelijke zaken gepubliceerd op www.ar-updates.nl, minus de uitspraken over fiscaliteit, medezeggenschap, sociale zekerheid, pensioen etc.

14 Hier moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het rechtspraakonderzoek zich beperkt tot de gepubliceerde rechtspraak. Geen inzicht is verkregen in de niet-gepubliceerde rechtspraak.

15 A. Olsthoorn & D. Schuurman, 'De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?', *TAP* 2020/6, p. 16.

16 Roozendaal wees eerder al terecht op dit risico. Zie W.L. Roozendaal, Position paper. Deskundigenbijeenkomst Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB), Eerste Kamer, 12 maart 2019.

17 Het is overigens maar zéér de vraag of een conflict tussen de oproepkracht en werkgever een gegronde reden is om de oproepkracht niet meer op te roepen. Uit het arrest Van Hertum/Connexxion kan namelijk worden afgeleid dat een dergelijke situatie geen gegronde reden is om de oproepkracht niet meer op te roepen. Zie HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923.

2.3. De oproepovereenkomst: de wettekst getoetst

2.3.1. Artikel 7:628 BW

De leden 5 tot en met 8, op grond waarvan de loondoorbetalingsplicht onder voorwaarden kan worden uitgesloten, worden uit dit artikel verwijderd en verplaatst naar de leden 3 tot en met 6 van het voorgestelde artikel 7:628a BW. Deze uitsluitingsmogelijkheden zijn daardoor niet meer in het algemeen mogelijk, maar slechts voor de oproepovereenkomst als bedoeld in het voorgestelde artikel 7:628a lid 1 BW.

2.3.2. Artikel 7:628aa lid 1 BW

De wettekst maakt duidelijk dat a) de arbeidsomvang in een arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen, b) dat deze per tijdseenheid van ten hoogste een jaar als één aantal uren moet worden vastgelegd en c) dat de arbeidsomvang groter moet zijn dan nul uren.

De arbeidsomvang moet in de arbeidsovereenkomst zelf worden opgenomen, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting.[18] Er lijkt dan ook geen ruimte te zijn voor vastlegging van de arbeidsomvang *buiten* de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld in afzonderlijke correspondentie tussen werkgever en werknemer.

Het systeem van de jaarurennorm is in het huidige artikel 7:628a lid 9 BW opgenomen. Dat het tijdvak waarvoor de arbeidsomvang overeengekomen kan worden wordt gemaximeerd op één jaar lijkt niet bezwaarlijk te zijn, terwijl uit de Memorie van Toelichting anderzijds niet blijkt in hoeverre in de praktijk een arbeidsomvang voor een periode van langer dan een jaar wordt overeengekomen. Onduidelijk is wat de reden is dat, in die specifieke situaties, die eventueel bestaande praktijk niet voortgezet kan worden. Overigens maakt artikel 7:628 lid 9, onderdeel a.2 BW, duidelijk dat bij een afspraak over een arbeidsomvang voor een periode van meer dan een jaar, er sprake is van een oproepovereenkomst. Daarom zal dit in de praktijk niet voorkomen.

In het geval de arbeidsomvang echter als één gelijk aantal uren per maand wordt vastgelegd, lijkt het bij een overeengekomen vaste arbeidsomvang van bijvoorbeeld 30 uur per week niet (langer) mogelijk om de arbeidsomvang voor de ene maand op bijvoorbeeld 28 uur per week vast te stellen en voor de andere maand op 32 uur per week. In dat geval is immers niet langer sprake van één arbeidsomvang per maand. Uit het artikelsgewijs commentaar zoals opgenomen in de Memorie van Toelichting blijkt echter dat dit anders is wanneer in de arbeidsovereenkomst voor iedere afzonderlijk benoemde tijdsperiode/maand wordt vastgelegd wat de arbeidsomvang in die specifieke tijdsperiode/maand is: "*Zo is er nog steeds sprake van één arbeidsomvang als dat per maand verschilt, bijvoorbeeld als in de maanden januari tot en met maart een arbeidsomvang van 32 uur per week geldt en in de overige maanden van het jaar een arbeidsomvang van 28 uur per week geldt. Er geldt dan per tijdseenheid van een maand steeds één arbeidsomvang.*" De door de wetgever genoemde mogelijkheid om voor afzonderlijke tijdvakken een afzonderlijke arbeidsomvang overeen te komen, waarbij per tijdvak één arbeidsomvang geldt, blijkt niet (meteen) uit de tekst van de wet. Als de wetgever deze mogelijkheid wil handhaven, is het verzoek om dit uitdrukkelijk op te nemen in de tekst van artikel 7:628aa lid 1 (nieuw) BW. Daarbij rijst wel de vraag in hoeverre een arbeidsomvang die wisselt per tijdseenheid zich verhoudt tot de wens om de flexwerker meer inkomens- en beschikbaarheidszekerheid te geven. Dat geldt des te meer naarmate de tijdseenheid kleiner wordt.

[18] Memorie van Toelichting, p. 104.

2.3.3. Artikel 7:628aa lid 2 BW

Met het nieuwe tweede lid wordt de werkgever verplicht tot gelijkmatige spreiding van de loonbetaling in het geval de arbeidsomvang wordt overeengekomen voor een periode van meer dan één maand. Dat daarbij rekening gehouden moet worden met artikel 11 WML wordt uitsluitend benoemd ten aanzien van de jaarurennorm, maar geldt ook voor andere situaties waarin de arbeidsomvang is vastgelegd voor een periode van meer dan een maand.[19] *Voldoening* van het loon moet plaatsvinden binnen de in artikel 7:623 lid 1 BW genoemde periode van ten minste één week en ten hoogste één maand. De mogelijkheid van afwijking van die hoofdregel bij schriftelijke overeenkomst (ex artikel 7:623 BW) wordt uitgesloten. De beoogde inkomenszekerheid voor werknemers met een op deze wijze overeengekomen arbeidsomvang wordt daarmee grotendeels gerealiseerd. Opgemerkt moet worden dat de huidige redactie van sub a de leesbaarheid niet ten goede komt. Dit kan eenvoudig worden aangepast door de eerste zin te laten eindigen na het woord 'tijdseenheid' en het tweede zinsdeel tot een afzonderlijke zin te maken.

De inhoud van sub b roept de nodige vragen op.

Allereerst wanneer is voldaan aan de maatstaf van 'een bepaalde mate van zekerheid'. Is het voldoende wanneer de werkgever de werknemer ieder kwartaal aangeeft wat de verwachte arbeidsomvang per maand is of wordt de 'bepaalde mate' pas bereikt wanneer de werknemer wordt geïnformeerd over het aantal uren per week? De Memorie van Toelichting[20] merkt hierover het volgende op: "*Als de arbeidsomvang is vastgelegd over een periode langer dan een maand, zoals bij een jaarurennorm, moet per kwartaal een bepaalde mate van roosterzekerheid en niet-beschikbaarheid worden overeengekomen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door toch een percentage af te spreken of door de werknemer aan te wijzen niet beschikbare dagen te laten opgeven*". Hieraan vallen twee punten op: (1) de wetgever lijkt in de Memorie van Toelichting ervan uit te gaan dat overeenstemming moet worden bereikt over deze zekerheid, hetgeen niet uit de wet volgt en (2) er worden twee (niet limitatieve) voorbeelden gegeven van hoe deze zekerheid kan worden gegeven/overeengekomen. Het voorbeeld van het percentage is niet volledig duidelijk en behoeft nadere toelichting, en het tweede voorbeeld lijkt uit te gaan van een initiatief van de werknemer, terwijl de wettekst uit lijkt te gaan van een initiatief van de werkgever.

Onduidelijk is eveneens op welk moment de werkgever de werknemer de genoemde zekerheid moet verschaffen: is het voldoende om op 31 maart de werknemer te informeren over de maanden april, mei en juni of moet de werkgever de werknemer *voortdurend* informeren over de komende periode van 3 maanden, bijvoorbeeld per week?[21] In de artikelsgewijze toelichting in de Memorie van Toelichting is opgenomen: 'dat de werkgever er zorg voor draagt dat *steeds* voor ten minste een kwartaal de werknemer een bepaalde mate van zekerheid heeft (...)' – cursivering toegevoegd. Dat lijkt erop te wijzen dat het informeren van de werknemer over april, mei en juni op 31 maart voldoende is. In dat geval rijst de vraag hoe zich dit verhoudt tot artikel 4:2 Atw, waaruit volgt dat het arbeids- en rusttijden*patroon* in de regel ten minste 28 dagen tevoren aan de werknemer bekend gemaakt moet worden. Als dat vanwege de *aard van de arbeid* niet mogelijk is, moet ten minste vier dagen tevoren aan de werknemer bekend zijn op welke tijdstippen hij zijn arbeid moet verrichten. – cursivering toegevoegd.

In de huidige artikelen 7:628a en 7:628b BW is weliswaar aangesloten bij deze laatste termijn, maar in het huidige voorstel is hierover niets opgenomen. Als de aard van de arbeid bepalend is voor de minimumtermijn waarop de werknemer moet worden geïnformeerd, verhoudt dat zich niet goed tot een algehele verkorting van die termijn naar vier dagen.

---

19 Memorie van Toelichting, p. 48.

20 Memorie van Toelichting, p. 49.

21 Vergelijkbaar met een Rolling release, bij gebrek aan een betere, Nederlandse beschrijving.

Ten slotte is niet duidelijk op welke wijze de werkgever de zekerheid moet verschaffen. Kan hij volstaan met een mondelinge inschatting of moet de zekerheid schriftelijk of elektronisch worden verschaft? Dit laatste ligt wel voor de hand, gelet op de bepaling omtrent beschikbaarheid in artikel 7:628ab lid 2 BW. Inhoudelijk rijst de vraag of aan de voorwaarde van 'een bepaalde mate van zekerheid' is voldaan wanneer bij een (toegestane) arbeidsomvang van één uur per week wordt overeengekomen dat de werknemer zich gedurende 100% van de voltijdswerkweek beschikbaar dient te houden om dat ene uur te kunnen werken. Een andere vraag is of de beschikbaarheid meer dan 130% kan zijn van het aantal overeengekomen uren. Als dit zo zou zijn, dan kan van de werknemer meer beschikbaarheid worden verlangd dan mogelijk is als een zogeheten basiscontract op grond van het voorgestelde artikel 7:628ab BW wordt overeengekomen. Zie lid 1, onderdeel c, van dat artikel dat de beschikbaarheid beperkt tot de maximale arbeidsomvang, die ex lid 1, onderdeel b, beperkt is tot 130% van de minimale arbeidsomvang.

In het geval sprake is van onvoorspelbare werktijden in de zin van artikel 7:628b lid 1 BW geldt (al) dat de werknemer zich uitsluitend beschikbaar dient te houden op de dagen en uren waarop hij tot het verrichten van arbeid kan worden verplicht (zie artikel 7:655 lid 1 onder i, onder 2 BW. De Wolff heeft bepleit dat het nuttig effect van de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden wordt ondermijnd in het geval de werkgever de volledige voltijdswerkweek daartoe opgeeft.[22] Een zekere beperking op de beschikbaarheid van de werknemer was dus al aangebracht met de Wtva. Dit voorstel beoogt de mate van zekerheid van de werknemer verder te vergroten. Het is de vraag of dat doel met de 'vage' norm van een bepaalde mate van zekerheid wordt bereikt.

2.3.4. Artikel 7:628aa lid 3 BW

Het derde lid is nagenoeg[23] gelijkluidend aan het huidige artikel 7:628a lid 1 BW.

De tweede alinea van de artikelsgewijze toelichting op dit artikel in de Memorie van Toelichting schept verwarring. Vermeld is dat op *deze* arbeidsovereenkomsten ook artikel 7:628aa, tweede lid BW van toepassing kan zijn. Met 'deze' zal de in het nieuwe derde lid genoemde overeenkomst zijn bedoeld. Vervolgens staat er: 'Indien een *minimum* aantal uren per jaar is afgesproken, mag dit *namelijk* voor de toepassing van het derde lid worden omgerekend tot het gemiddelde per week.'

Hierbij vallen twee zaken op:

1. Of artikel 7:628aa, tweede lid BW van toepassing is, dient beoordeeld te worden aan de hand van de in dat lid genoemde voorwaarden. Als die voorwaarden zijn vervuld, is het tweede lid van toepassing, zo niet, dan niet. De mededeling dat dit artikellid van toepassing kan zijn, heeft geen toegevoegde waarde maar kan de vraag oproepen in hoeverre dit dan ook (of juist niet) geldt voor andere arbeidsovereenkomsten. Mogelijk is hier sprake van een verschrijving en heeft de wetgever artikel 7:628a<u>b</u> lid 2 BW bedoeld.
2. Kennelijk kan, in weerwil van de tekst van artikel 7:628aa lid 1 BW een *minimum* aantal uren per jaar worden overeengekomen. Een minimum aantal is echter iets anders dan *één aantal uren groter dan nul*. Onder het huidige recht (artikel 7:628a BW, zoals dat luidt vanaf 1 januari 2020) is geoordeeld dat wanneer niet één aantal uren is overeengekomen, er sprake is van een oproepovereenkomst in de zin van lid 9 van het genoemde artikel. Daarvan was onder andere sprake bij een overeengekomen gemiddeld aantal uren. Zonder nadere toelichting is onduidelijk hoe een minimum aantal uren zich verhoudt tot één aantal uren. Duidelijkheid is gewenst.

---

22 D.J.B. de Wolff, 'Implementatie van de Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden', TRA 2022/12.

23 Onder het huidige recht geldt de loongarantieregeling (1) in het geval van een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week en de tijden waarop moet worden gewerkt niet zijn vastgelegd of (2) in het geval van een oproepovereenkomst. In de voorgestelde tekst van artikel 7:628aa lid 3 BW verdwijnt de verwijzing naar de oproepovereenkomst.

2.3.5. Artikel 7:628aa lid 4 BW

De tekst van het vierde lid is duidelijk. De toelichting lijkt echter met name aandacht te hebben voor de sociaalzekerheidsrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, namelijk voor de vraag of de hoge of de lage WW-premie verschuldigd is. Overigens mist in de toelichting een verwijzing naar artikel III van het wetsvoorstel en de artikelsgewijze toelichting op dat artikel. Uit *die* toelichting blijkt dat (ook) het schriftelijk en voor onbepaalde tijd aangaan van de arbeidsovereenkomst voorwaarden zijn voor de lage WW-premie. Hoewel het (financiële) belang daarvan niet kan worden onderschat, heeft de kwalificatie ook arbeidsrechtelijke gevolgen.

Wanneer de arbeidsovereenkomst als basiscontract of als oproepovereenkomst wordt gekwalificeerd gelden immers de regels van ofwel artikel 7:628ab BW ofwel de regels van artikel 7:628ac BW.

2.3.6. Artikel 7:628aa lid 5 BW

Waar de tekst van het vierde lid duidelijk is, geldt dat niet voor de tekst van het vijfde lid. Voorgesteld wordt om twee afzonderlijke zinnen te maken, die als volgt kunnen luiden:
'*Indien in een arbeidsovereenkomst de arbeidsomvang niet is vastgelegd als één aantal uren groter dan nul, is de arbeidsomvang gelijk aan de gemiddelde arbeidsomvang per week in de drie voorafgaande maanden, waarbij de arbeidsomvang ten minste gelijk is aan drie uur per week. Zolang de in de vorige volzin genoemde arbeidsovereenkomst nog geen drie maanden heeft geduurd, is de arbeidsomvang gelijk aan drie uren per week.*'

In de toelichting is opgenomen dat sprake is van 'conversie'. Uit het vervolg van dezelfde toelichting blijkt echter dat van conversie *geen* sprake is.

Weliswaar heeft de werknemer recht op loon over de volgens dit artikellid vastgestelde arbeidsomvang, maar, zo blijkt uit de tweede alinea van de artikelsgewijze toelichting op dit artikel in de Memorie van Toelichting, als de werkgever 'tegenspreekt' dat er geen arbeidsomvang of een arbeidsomvang van nul uren is overeengekomen bestaat dat recht niet langer. Integendeel, in dat geval draagt de werknemer(!) de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) van de stelling dat er geen arbeidsomvang is vastgelegd.
Dat is om twee redenen bezwaarlijk:

1. Allereerst omdat artikel 7:655 BW aan de werkgever de verplichting oplegt om de werknemer schriftelijk te informeren over diens arbeidsvoorwaarden, waaronder de arbeidsomvang. De gedachte (zie Wtva) is een versterking van de (informatie)positie van de werknemer bij de uitoefening van diens rechten. Daarbij past niet dat in de situatie die het artikellid beschrijft de werknemer de bewijslast draagt van het in strijd met de wet ontbreken van een overeengekomen arbeidsomvang. Daarbij is het in het algemeen (vrijwel) onmogelijk om te bewijzen dat er iets *niet* is. Als de werkgever het verweer voert dat er wél een arbeidsomvang is overeengekomen, dan volgt uit het systeem van titel 7.10 BW dat hij daarvan de bewijslast draagt.
2. Ten tweede omdat de tekst van het voorgestelde artikellid geen verbetering brengt in de (bewijs)positie van de werknemer. Niet alleen is er geen conversie op grond van de wet (vgl. artikel 7:668a BW), zelfs van een weerlegbaar rechtsvermoeden is geen sprake. De vraagt rijst dan ook wat de toegevoegde waarde van dit artikellid is ten opzichte van artikel 7:610b BW, in ieder geval voor de situatie waarin de arbeidsovereenkomst drie maanden heeft geduurd.

De werknemer die de keuze heeft tussen een beroep op het voorgestelde artikellid en artikel 7:610b BW is, vanwege het in dat artikel opgenomen bewijsvermoeden, beter af met een beroep op het laatstgenoemde artikel. Voor de werknemer wiens arbeidsovereenkomst nog geen drie maanden heeft geduurd is de 'winst' van de introductie van dit artikellid ten hoogste een arbeidsomvang van drie uren per week.

De wetgever kan de positie van de werknemer versterken door daadwerkelijke conversie op grond van de wet te laten plaatsvinden in die zin dat in de in artikel 628aa lid 5 omschreven situatie een arbeidsomvang van 3 uren per week 'geldt', vgl. artikel 7:668a lid 1 BW.

Uit de toelichting blijkt dat aangesloten wordt bij het huidige artikel 7:628a, eerste lid, BW. In dat artikellid gaat het echter om een loonaanspraak van drie uren per '*periode van minder dan drie uren waarin de werknemer werkzaamheden heeft verricht*'. Voorwaarden voor het bestaan van die loonaanspraak zijn dat '*een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd.*'

Uit de rechtspraak over deze loonaanspraak volgt dat zich (zelfs) op één dag meerdere, overlappende perioden kunnen voordoen waarin successievelijke loonaanspraken van drie uur worden gerealiseerd.[24]

De in het huidige artikel 7:628a, eerste lid, BW genoemde loonaanspraak, is niet vergelijkbaar met een arbeidsomvang van drie uur *per week* zoals hier voorgesteld door de wetgever. De vraag aan de wetgever is dan ook om de redenen voor de aansluiting bij artikel 7:628a lid 1 BW beter te motiveren dan wel om aan te sluiten bij een andere, meer vergelijkbare bepaling of omvang.

Ten slotte verzuimt de wetgever te bepalen of de genoemde periode van drie maanden de periode van drie maanden *direct voorafgaand aan* de loonaanspraak moet zijn. Uit de rechtspraak over artikel 7:610b BW blijkt dat voor dat artikel geldt dat ook andere, representatieve perioden van drie maanden tot uitgangspunt genomen kunnen worden bij vestiging van het vermoeden voor de arbeidsomvang.[25] Het verdient aanbeveling om bij handhaving van dit artikellid meteen duidelijk te maken of die rechtspraak ook geldt voor de in dit artikellid genoemde periode van drie maanden.

2.3.7. Artikel 7:628ab BW

Dit artikel geeft invulling aan het zogeheten basiscontract, dat de huidige oproepcontracten (nuluren-contracten en de huidige min-max-contracten) vervangt. De wet gebruikt overigens de term "basiscontract" nergens, maar de Memorie van Toelichting, in navolging van het SER MLT-advies, wel. In artikel 7:628ab BW worden veel van de bepalingen overgenomen die op grond van het huidige artikel 7:628a BW gelden voor de oproepovereenkomst.

Het basiscontract is volgens de Memorie van Toelichting conform het SER MLT-advies in het leven geroepen.[26] Opvallend is dat het SER MLT-advies nergens adviseert het basiscontract vorm te geven als een alternatief of nader gereguleerd min-max-contract. Het SER MLT-advies zegt immers dat "*Oproepcontracten (inclusief nul-urencontracten) worden afgeschaft en vervangen door basiscontracten met ten minste een kwartaalurennorm waardoor het loon van de werknemer voorspelbaar is.*"[27] Opmerkelijk is ook dat het SER MLT-advies het heeft over "ten minste", waar de wet "ten hoogste" zegt. De formulering in het SER MLT-advies is wellicht wat ongelukkig gekozen, en aangenomen moet worden dat daarmee niet werd bedoeld dat de arbeidsomvang altijd over een kwartaal of een langere periode moet worden vastgesteld.

De doelstelling van het basiscontract is om werknemers binnen een flexibel contract toch voldoende zekerheden te bieden, terwijl werkgevers voldoende flexibiliteit ondervinden om hun onderneming wendbaar te houden. De vraag is of werkgevers de flexibiliteit die het basiscontract biedt, voldoende zullen vinden. Het gaat immers over een periode van maximaal een kwartaal, wat bij seizoenpatronen

---

24 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, JAR 2013/140 (Taxi Wolters).
25 HR 27 april 2012, *LJN* BW0017, JAR 2012/149.
26 Memorie van Toelichting, p. 43.
27 SER-advies 21/08, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, p. 18.

wellicht niet voldoende is, met een maximale uitwijkmogelijkheid van 30%. Hier staat wel een aantal verplichtingen tegenover, zoals bijvoorbeeld de verplichting om steeds na 12 maanden een aanbod te doen voor een aangepaste arbeidsomvang.

Lid 1
Lid 1 bepaalt dat in afwijking van lid 1 van artikel 7:628aa BW, onder voorwaarden, toch een min-max-contract kan worden overeengekomen. Die voorwaarden zijn dat de maximale arbeidsomvang ten hoogste 130% van de minimale arbeidsomvang is, het vastleggen van de arbeidsomvangen over een periode van ten hoogste een kwartaal moet worden gedaan, en dat de werknemer zich beschikbaar moet houden voor de uren die de minimale arbeidsomvang te boven gaan, maar niet meer bedragen dan de maximale arbeidsomvang. Voor de 30%, die in veel reacties in de internetconsultatie als ontoereikend lijkt te worden gezien, is aangesloten bij de ratio van 30% overwerk die gebruikt wordt binnen de herzieningssituatie premiedifferentiatie WW.

Kenmerkend is de beschikbaarheid van de werknemer. Wordt er niet overeengekomen dat de werknemer zich ook voor meer uren beschikbaar moet houden boven de minimaal overeengekomen arbeidsomvang, dan is artikel 7:628ab BW niet van toepassing. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer partijen overeenkomen dat de werknemer verplicht is om in voorkomende gevallen meer- of overwerk te verrichten, en ook wanneer partijen consignatie-, aanwezigheids-, bereikbaarheids- of beschikbaarheidsdiensten overeenkomen (mits daar een geldelijke vergoeding of compensatie in de vorm van betaalde vrije tijd tegenover staat). Dit laatste wordt in de Memorie van Toelichting zelfs expliciet benoemd[28]. De vraag is dan ook of werkgevers in voorkomende gevallen niet voor alternatieven zullen kiezen die dezelfde, of zelfs meer flexibiliteit kunnen bieden dan het basiscontract, zonder dat daarbij de verplichtingen van toepassing zijn die gelden bij het basiscontract. Zie voor een voorbeeld van dit laatste de bespreking hieronder van het voorgestelde lid 1 van artikel 7:628a BW.

Lid 2
Dit lid bepaalt dat de werkgever uiterlijk een week na aanvang van de werkzaamheden de werknemer een opgave moet verstrekken van de dagen en uren waarop de werknemer verplicht kan worden om arbeid te verrichten. Dit komt wat vreemd over. Werkgever en werknemer komen met elkaar een basiscontract overeen, met een minimum en maximum aantal te werken uren, maar de werkgever kan dit kennelijk doen zonder dat hij de werknemer daarbij laat weten wanneer aanwezigheid en beschikbaarheid verplicht zijn. De tekst van de Memorie van Toelichting is overigens niet in overeenstemming met de wettekst. De Memorie van Toelichting stelt: "De werkgever stelt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst beschikbare referentie-uren op, op basis van uren per repeterende tijdseenheid (dit kan zijn: week, maand of kwartaal). Eenmaal overeengekomen, kan de werknemer alleen ingepland worden binnen de referentie-uren, tenzij ze samen anders overeenkomen of de werkgever een beroep kan doen op het eenzijdig wijzigingsbeding".[29] Bij de artikelsgewijze toelichting wordt daarentegen wel weer aangesloten bij de wettekst.[30]

De tekst van de wet, en tot op zekere hoogte van de Memorie van Toelichting, doet dus vermoeden dat de werkgever de referentie-uren eenzijdig aan de werknemer kan opleggen, maar mede gelet op wat de Memorie van Toelichting vermeldt[31], is het de vraag of dit wel de bedoeling is en of het in de praktijk werkbaar is. Wat is bijvoorbeeld de situatie als de werknemer, na verstrekking van de opgave, de werkgever meedeelt dat het voor hem niet mogelijk is om aan de verplichting gevolg te geven, bijvoorbeeld omdat hij zich voor de dagen en uren al aan een andere werkgever gecommitteerd heeft? Een verplichting dit in ieder geval bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst overeen te komen is

28 Memorie van Toelichting, p. 43 en p. 105.
29 Memorie van Toelichting, p. 46.
30 Memorie van Toelichting, p. 106.
31 Memorie van Toelichting, p. 46.

meer in lijn met het doel van de wet. Voor zover het toch de bedoeling zou zijn dat dit eenzijdig kan worden medegedeeld door de werkgever, zou het in voor de hand liggen dat dit voorafgaand aan de aanvang van de werkzaamheden moet gebeuren. Niet een week na aanvang daarvan.

Ten slotte is de verhouding tussen voornoemde verplichting, en de verplichting opgenomen in artikel 7:628b lid 2 BW waarin is bepaald dat de werknemer slechts verplicht kan worden arbeid te verrichten op de referentiedagen en -uren bedoeld in artikel 7:655, lid 1, onder i, onder 2° BW, toegelicht in de Memorie van Toelichting. Daar staat dat voor de verplichting van artikel 7:628ab lid 2 BW is aangesloten bij deze referentiesystematiek, met dien verstande dat waar deze referentiedagen nog niet nader omschreven waren in voornoemd artikel 7:655 BW, hieraan in dit wetsvoorstel via de combinatie met de 130%-norm een nadere regel wordt gesteld.[32]

Overigens bepaalt het derde lid van artikel 7:655 BW ook dat de gegevens, bedoeld in artikel 7:655, lid 1, onderdeel i BW, uiterlijk een week na aanvang van de werkzaamheden door de werkgever moeten worden verstrekt.

Lid 3
Lid 3 bepaalt ten eerste dat artikel 7:628aa lid 2, onderdeel b BW, niet van toepassing is. Dit is opmerkelijk, omdat dit onderdeel bepaalt dat de werkgever er voor zorgt dat de werknemer steeds voor ten minste een kwartaal een bepaalde mate van zekerheid heeft over wanneer hij zich beschikbaar moet houden voor het verrichten van arbeid. Dit staat haaks op de verplichting die de werkgever op grond van artikel 7:628ab lid 2 BW heeft. De Memorie van Toelichting gaat hier niet op in.

Daarnaast bepaalt lid 3 dat artikel 7:628aa lid 3 BW van overeenkomstige toepassing is. Dat zorgt ervoor dat de werknemer die voor minder dan drie uur arbeid heeft verricht, toch aanspraak heeft op drie uur loon. Deze bepaling geldt thans op grond van het huidige artikel 7:628a lid 1 BW onder andere voor de oproepovereenkomst.

Lid 4 tot en met lid 6
Deze leden nemen voor het basiscontract over wat in de huidige wet (lid 2 tot en met lid 4 van artikel 7:628a BW) is bepaald ten aanzien van de oproepovereenkomst: geen verplichting om aan een oproep gehoor te geven die niet ten minste vier dagen van tevoren is bekendgemaakt, recht op loon conform de oorspronkelijke oproep, als de oproep binnen vier dagen voor aanvang wordt gewijzigd of ingetrokken, en de mogelijkheid om deze vierdagentermijn bij cao te verkorten tot 24 uur.

Lid 7 tot en met lid 12
Deze leden nemen voor het basiscontract over wat in de huidige wet is (lid 5 tot en met lid 8, lid 11 en lid 12 van artikel 7:628a BW) is bepaald ten aanzien van de oproepovereenkomst: steeds als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd moet de werkgever een verplicht aanbod doen voor een aangepaste arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in de voorgaande periode van 12 maanden.

Afgaande op de wettekst zou kunnen worden geconcludeerd dat, bij aanvaarding van het verplichte aanbod door de werknemer, het basiscontract hiermee van de baan is. Een arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in de voorgaande periode van 12 maanden lijkt immers weinig ruimte te geven voor een min-max-constructie. Ook lid 10, waarin bepaald wordt dat, als de werkgever ten aanzien van het aanbod in gebreke blijft, de werknemer recht heeft op het loon over de arbeidsomvang die de werkgever had moeten aanbieden, wekt de indruk dat er sprake is van één arbeidsomvang.

---

[32] Memorie van Toelichting, p. 46.

Een eventuele tijdelijkheid van het basiscontract wordt echter in de Memorie van Toelichting niet expliciet benoemd. Er lijkt ruimte te zijn om het aanbod te doen in de vorm van een (nieuw) basiscontract, waarbij het minimum gelijk is aan het gemiddelde over de afgelopen 12 maanden, en het maximum ten hoogste 30% hoger is dan dit gemiddelde. De regering stelt in de Memorie van Toelichting namelijk dat bij een basiscontract, ondanks dat daarin twee arbeidsomvangen zijn opgenomen, (ook) al sprake is van een 'vaste arbeidsomvang', zodat de wetgever van mening lijkt te zijn dat het verplichte aanbod na 12 maanden in de vorm van een basiscontract kan zijn.[33]

In ieder geval is het aangewezen dat de wettekst, dan wel de Memorie van Toelichting, duidelijkheid verschaffen op dit punt: moet de werkgever na 12 maanden één vaste arbeidsomvang aanbieden, of mag het ook een arbeidsomvang met een minimum en een maximum zijn?

Overigens bepaalt lid 12 dat elk beding dat afwijkt van dit artikel nietig is, terwijl lid 12 van het huidige artikel 7:628a BW slechts benoemt dat niet mocht worden afgeweken. De positie van de betrokken werknemer wordt hiermee versterkt nu niet langer een verjaringstermijn geldt.

2.3.8. Artikel 7:628ac BW

Dit artikel bepaalt in het eerste lid wanneer er sprake is van een oproepovereenkomst.

Voor de aspecten die worden geregeld in artikel 7:628a BW met betrekking tot minderjarigen, studenten en scholieren, wordt verwezen naar dat artikel. In de bespreking van dit artikel zal voornamelijk een aantal technische aspecten aan het licht komen.

Lid 1

Dit lid bepaalt wanneer sprake is van een oproepovereenkomst, waarbij geldt dat de genoemde vereisten grotendeels overeenkomen met die in het huidige artikel 7:628a lid 9 BW. Een arbeidsovereenkomst is in ieder geval geen oproepovereenkomst als sprake is van een basiscontract.

Allereerst is sprake van een oproepovereenkomst als de werknemer, in afwijking van artikel 7:628 lid 1 BW, geen recht heeft op de loondoorbetalingsverplichting. Van een dergelijke overeenkomst is ook sprake als, in afwijking van artikel 7:628aa lid 1 en lid 2 onder a BW (i) de arbeidsomvang per (ten hoogste een) maand niet als één aantal uren hoger dan nul is vastgelegd of (ii) de arbeidsomvang per (ten hoogste een) jaar niet als één aantal uren hoger dan nul is vastgelegd en het recht op loon gelijkmatig is gespreid. Het woord 'of' is onderstreept omdat dit weliswaar in de voorgestelde wettekst is opgenomen, maar dit kennelijk een fout betreft: het ligt voor de hand dat alleen als zowel aan voorwaarde i. als ii. is voldaan, sprake is van een oproepovereenkomst. Omdat sprake is van cumulatieve voorwaarden, zal dit dus moeten worden vervangen door 'en'.

Lid 2

Kort gezegd moet afgeweken zijn van ofwel artikel 7:628 lid 1 BW – hetgeen alleen mogelijk is op grond van artikel 7:628a lid 3 of 5 BW of op grond van artikel 7:691 lid 7 BW – ofwel van artikel 7:628aa lid 1 en 2 BW op grond van artikel 7:628a lid 7 BW. Dat betekent dat alleen minderjarigen, scholieren, studenten en uitzendkrachten in de eerste 52 gewerkte weken nog een oproepovereenkomst kunnen hebben.

Niet juist lijkt echter de aanhef van het tweede lid “Het eerste lid is slechts van toepassing …”. Het eerste lid geeft immers slechts een definitie van de oproepovereenkomst, maar zegt niet wanneer die is toegestaan. Je kunt dan niet in het tweede lid het eerste lid alleen van toepassing verklaren in met name genoemde gevallen, omdat dan in andere dan die gevallen, de definitie van het eerste lid niet meer van toepassing kan zijn. Het lijkt logisch dat bedoeld is dat een oproepovereenkomst alleen

[33] Memorie van Toelichting, p. 107.

rechtsgeldig kan worden aangegaan, als op grond van artikel 7:628a, lid 3 of 5 BW etc. ten nadele van de werknemer is afgeweken van artikel 7:628aa, lid 1 BW.

Het lijkt erop dat het voorgestelde artikel 7:628ac BW op het laatste moment is gewijzigd, waarbij onvoldoende oog is geweest voor de onderlinge samenhang van de wijzigingen. De voorgestelde wettekst is namelijk niet in overeenstemming met de artikelsgewijze toelichting op artikel 7:628ac BW. Daarin is sprake van een artikel met twee leden, waarbij in lid 2 is opgenomen wat in de voorgestelde wettekst in lid 3 staat[34]. Waarschijnlijk is in een later stadium een concept lid 1 opgesplitst in de nu voorgestelde leden 1 en 2.

Lid 3
Hierin worden de 3-uurs-regel zoals opgenomen in artikel 7:628aa lid 3 BW, de regels voor basiscontracten omtrent de oproeptermijn van 4 dagen, het doen van een aanbod na 12 maanden door de werkgever en de nadere regels daaromtrent, van overeenkomstige toepassing verklaard op oproepovereenkomsten. Echter, bij een arbeidsovereenkomst met minderjarigen, scholieren en studenten moet door de werkgever niet een aanbod worden gedaan tot een 'aangepaste' arbeidsomvang, maar tot een 'vaste' arbeidsomvang. Deze regels gelden ook nu al voor de huidige oproepovereenkomsten (huidig artikel 7:628a lid 1 t/m 8, 11 en 12 BW).

De Memorie van Toelichting merkt overigens ten onrechte, zie hierboven, op dat het voorgaande wordt geregeld in het tweede lid in plaats van in het derde lid.[35]

2.3.9. Artikel 7:628a BW
Volgens onderzoek dat in de Memorie van Toelichting wordt aangehaald blijkt dat bijna driekwart van de oproepkrachten jonger is dan 25 jaar en 69 procent onderwijs volgt.[36] Ook zou bij deze groep een grote flexibiliteitswens liggen. Daarom adviseerde de SER in het MLT-advies oproepovereenkomsten wel mogelijk te maken voor deze groep (p. 18), welk advies door de regering is overgenomen.[37] Hiertoe wordt geredeneerd dat voor studenten en scholieren niet werk, maar studie en scholing de hoofdactiviteit is.

Ook staat de groep minderjarigen niet genoemd in het SER MLT-advies, maar op grond van het wetsvoorstel worden oproepcontracten ook mogelijk voor deze groep. Uiteraard geldt voor een groot deel van deze groep een leer- of kwalificatieplicht, maar voor de 16- en 17-jarigen die reeds een startkwalificatie hebben of die in het bezit zijn van een schooldiploma praktijkonderwijs geldt geen kwalificatieplicht. Waarom voor deze groep ook nog oproepovereenkomsten mogelijk zouden moeten zijn, is niet toegelicht.

Het feit dat kennelijk voor groepen waarvoor werk niet de hoofdactiviteit is en waarbinnen een flexibiliteitswens bestaat een uitzondering kan worden gemaakt, roept de vraag op waarom er geen andere groeperingen zijn uitgezonderd waarvoor min of meer hetzelfde geldt. Te denken valt bijvoorbeeld aan AOW-gerechtigden die af en toe wat bij willen werken (die groep wordt nota bene in dezelfde zin van hetzelfde onderzoek[38] genoemd als de jongeren – deze groep jongeren van 15-25 jaar wordt overigens door de regering gemakshalve gelijkgesteld met scholieren en studenten). Ook kan gedacht worden aan bepaalde functies die nooit als hoofdactiviteit worden uitgeoefend, zoals bijvoorbeeld de BABS, de Buitengewoon Ambtenaar van de Burgerlijke Stand. Dit wordt ook wel in reacties op de internetconsultatie benoemd. Daarbij wordt vaak als (mede-)argument genoemd dat

34 Memorie van Toelichting, p. 108.
35 Memorie van Toelichting, p. 108.
36 CBS (2021). Profiel van flexwerkers in Nederland, 2003-2019.
37 Memorie van Toelichting, p. 50.
38 CBS/TNO (2021). NEA 2020 in vogelvlucht, p. 4.

deze (doel)groepen geen verplichting willen om te moeten verschijnen. Daar is echter geen nul-urencontract voor nodig. Ook met de voorgestelde wetswijzigingen kan nog steeds een arbeidsovereenkomst worden aangegaan voor een gering aantal uren, in extremo voor één uur per jaar, waarbij de werkgever de werknemer naar believen kan oproepen. Alleen kan dan nimmer worden overeengekomen dat de werknemer ook verplicht is om zich beschikbaar te houden of om aan de oproep gehoor te geven, wat wel kan bij een nul-urencontract. Maar als het er nu juist om gaat dat men geen verplichtingen wil, dan kan dat dus ook zonder nul-urencontract worden vormgegeven.

Deze omzeilingsmethode – een contract met een jaarurennorm van 1 uur sluiten, waarbij de werknemer steeds naar believen kan worden opgeroepen – komt weliswaar tegemoet aan de behoefte aan flexibiliteit van bepaalde groepen werknemers, maar geeft de werkgever bijna evenveel flexibiliteit als in het huidige systeem. Dit wordt echter niet als zodanig onderkend door de regering.[39] Het eenuur-contract met tijdelijke uitbreidingen zou dan maar zo wel eens de opvolger kunnen worden van het nul-urencontract. De argumenten dat de werknemer zich dan niet beschikbaar hoeft te houden en niet verplicht is gehoor te geven aan een oproep lijken van beperkte waarde in de praktijk: een oproepkracht zal vaak ofwel het geld nodig hebben waardoor hij toch gehoor geeft aan een oproep, ofwel het gevoel hebben dat hij een oproep van de werkgever maar beter niet kan weigeren. Dit laatste al dan niet vanwege een – al dan niet terechte – angst dat hij in de toekomst niet meer opgeroepen wordt en/of dat een tijdelijk contract niet wordt verlengd. Dit wetsvoorstel biedt geen bescherming tegen deze omzeilingsmogelijkheid. Ook artikel 7:610b BW biedt de werknemer onvoldoende waarborgen voor deze situatie. Uit bovenstaand onderzoek blijkt dat oproepkrachten zich zelden tot de rechter wenden. Verder werd het met de invoering van de Wab ook al noodzakelijk geacht de vastklikregeling te introduceren naast het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW om deze groep medewerkers een adequatere bescherming te bieden.

Echter, veel manieren om omzeiling te voorkomen zullen al snel tot een nóg ingewikkeldere systematiek of een te vergaande inperking van de flexibiliteitsmogelijkheden van de werkgever leiden. Dit geldt bijvoorbeeld voor een verbod op tijdelijke uitbreidingen van de arbeidsomvang die de 130%-norm overschrijden en het bepalen dat voor deze uren hogere sociale zekerheidspremies gelden. Ook het stellen van een maximum aantal te werken uren per jaar boven de overeengekomen contractuele uren zou arbitrair zijn. Een mogelijke manier om toch enige mate van bescherming te bieden, zou zijn om artikel 628ab lid 7 van overeenkomstige toepassing te verklaren op een arbeidsovereenkomst als de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van 12 maanden meer dan (bijvoorbeeld) 30% hoger is dan de in de arbeidsovereenkomst vastgelegde arbeidsomvang. Voor zover het dan om een conversie van rechtswege zou gaan, geldt dan wel dat dit de werknemer bepaalde rechten geeft, maar ook verplichtingen, waaraan de werknemer niet altijd kan, of wil voldoen. Zie ook de opmerkingen dienaangaande bij lid 8.

Lid 1
Dit artikellid bepaalt dat het artikel van toepassing is op arbeidsovereenkomsten *indien de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid voor de werkgever ten hoogste zestien uur per week heeft bedragen,* en de werknemer verder aan een aantal voorwaarden voldoet. Dit urencriterium is onder meer opgenomen om verdringingseffecten zoveel mogelijk te voorkomen.[40] Bij totstandkoming van de WAB vormde het verdringingsrisico aanleiding om geen uitzondering te maken voor scholieren en studenten.[41]

De formulering “heeft bedragen” komt wat vreemd over. Wellicht is hij ontleend aan het elfde lid van het huidige artikel 7:668a BW, en onderdeel a van het vierde lid van artikel 7:673 BW. In deze

39 Memorie van Toelichting, p. 40.
40 Memorie van Toelichting, p. 50.
41 Zie onder meer Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 37-38.

artikelleden wordt het desbetreffende artikel buiten toepassing verklaard als de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen. Maar daar is sprake van conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een voor onbepaalde tijd (artikel 7:668a BW), of het vaststellen van het recht op een transitievergoeding (artikel 7:673 BW). Dan is het logisch dat er wordt teruggekeken om te bepalen of de maximale arbeidsduur die maakt dat het artikel niet van toepassing is, niet is overschreden. Hier is er sprake van een arbeidsovereenkomst met voorwaarden die alleen van toepassing kunnen zijn als gemiddeld niet meer dan zestien uur per week wordt gewerkt. Dan kan niet pas achteraf worden vastgesteld of het artikel wel van toepassing zal zijn. Echter, gelet op het feit dat het aantal gewerkte uren bij een nul-urencontract naar zijn aard onvoorspelbaar is, is het wel enigszins begrijpelijk dat moet worden teruggekeken en dat deze formulering wordt gehanteerd.

Wel kan op enig moment worden vastgesteld dat het gemiddelde van zestien uur is overschreden. Het artikel zegt zelf niet over welke periode het gemiddelde moet worden berekend. De Memorie van Toelichting hinkt op twee gedachten. In paragraaf 4.2.6 is sprake van 16 uur per week op jaarbasis,[42] bij de artikelsgewijze toelichting is sprake van 16 uur per week over de looptijd van de overeenkomst bezien.[43] Bij dit laatste zou het dan ook over een periode van meer dan een jaar kunnen gaan, wat dan echter niet logisch is gelet op het verplichte aanbod na 12 maanden. De formulering van paragraaf 4.2.6 ligt meer voor de hand, alleen al omdat die meerdere malen wordt gebruikt, waar de formulering in de artikelsgewijze toelichting maar eenmaal wordt gebruikt. Alleen is het dan wel de vraag hoe de jaarbasis wordt vastgesteld: een jaar vanaf de aanvangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst, het kalenderjaar of het school- of collegejaar? De Memorie van Toelichting geeft hier geen uitsluitsel over.

Lid 2
Hier wordt omschreven wat onder student als genoemd in het eerste lid wordt verstaan, namelijk MBO, HBO- en WO-studenten voor de duur waarvoor hun bewijs van inschrijving is afgegeven. Tussentijdse beëindiging van de inschrijving als student (vanwege het staken van de opleiding of afstuderen) leidt niet tot verlies van de hoedanigheid van student.[44] In die situatie kan de oproepovereenkomst dus worden voortgezet. De keuze voor dit model wordt gerechtvaardigd met een verwijzing naar de uitvoerbaarheid van de regeling met name voor kleine werkgevers. Alhoewel dit ervoor zorgt dat een medewerker die niet langer tot de benoemde groep behoort toch minder bescherming toekomt, komt ons dit niet onjuist voor, gelet op het feit dat dit lagere beschermingsniveau in duur beperkt is. Deze uitzondering geldt overigens niet voor de groep meerderjarige scholieren. Ten aanzien van het mogelijk onterechte onderscheid tussen deze twee groepen wordt verwezen naar het hoofdstuk over gelijke behandeling.

Leden 3 tot en met 6
Deze leden betreffen de uitzonderingen op de loonbetalingsverplichting van de werkgever die in de leden 5 tot en met 8 het huidige artikel 7:628 BW zijn opgenomen, maar die in het voorgestelde artikel 7:628 BW worden geschrapt. Uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht is volgens het voorstel alleen nog maar mogelijk ten aanzien van de werknemers genoemd in lid 1 van het voorgestelde artikel 7:628a BW. Er zijn verder geen inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de leden 5 tot en met 8 van het huidige artikel 7:628 BW.

Lid 7
Dit artikellid bepaalt dat bij schriftelijke overeenkomst ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van de leden 1 en 2 van artikel 628aa. Er kan dus een nul-urencontract worden overeengekomen. Daarnaast hoeft er, als een arbeidsomvang wordt overeengekomen van meer dan

42 Memorie van Toelichting, p. 50-51.
43 Memorie van Toelichting, p. 108.
44 Memorie van Toelichting, p. 52.

een maand, geen gespreide loonbetaling plaats te vinden, en hoeft de werkgever de werknemer niet voor ten minste een kwartaal zekerheid te verschaffen over wanneer hij zich beschikbaar moet houden.

Strikt genomen zou een arbeidsovereenkomst kunnen worden overeengekomen waarbij de arbeidsomvang is vastgesteld als één aantal uren over een periode van meer dan een jaar, waarbij de werknemer niet op voorhand weet wanneer hij zich niet beschikbaar hoeft te houden, en waarbij er ook geen sprake is van gespreide loonbetaling. Dit natuurlijk mits aan de voorwaarden van lid 1 van het voorgestelde artikel 7:628a BW wordt voldaan. Het is echter de vraag of een werkgever dat zou willen, nu hij ook een nul-urencontract kan aangaan, waarbij hij ook een ruime beschikbaarheid van de werknemer kan verlangen.

Lid 8

Dit artikellid bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege converteert in een basiscontract, als de werknemer niet meer voldoet aan de voorwaarden bedoeld in het eerste lid. Dus als hij de leeftijd van 18 jaar bereikt, of niet langer scholier of student is (althans: de duur van het bewijs van inschrijving is leidend voor de student, het is niet relevant of deze eerder stopt met de studie of zich uitschrijft of afstudeert), of als geconstateerd wordt dat het gemiddelde van 16 uur per week op jaarbasis is overschreden. Dit laatste kan overigens pas het geval zijn als de werknemer in de referteperiode meer dan 52 x 16 uur = 832 uur heeft gewerkt. Die constatering kan natuurlijk ook getrokken worden voordat er een jaar verstreken is. Het ligt voor de hand dat de 832 uur naar rato wordt berekend bij een referteperiode van minder dan een jaar, bijvoorbeeld bij een arbeidsovereenkomst van minder dan een jaar, maar de Memorie van Toelichting gaat hier niet op in.

Lid 8 gebruikt de term “gewerkte uren”, waar in lid 1 gesproken wordt over “verrichte arbeid”. Aangenomen moet worden dat hier hetzelfde bedoeld wordt, maar de Memorie van Toelichting maakt niet duidelijk wat hier precies onder moet worden verstaan. Aangenomen moet worden dat het hier gaat over alle verloonde uren, wat ook het geval is bij de gemiddelde omvang van de arbeid waarvan sprake is in het vijfde lid van het huidige artikel 628. Zie hiervoor de Memorie van Toelichting bij de Wab.[45] De verwijzing naar gewerkte uren is niet alleen onduidelijk voor het vaststellen van het gemiddelde, maar ook voor het bepalen van de periode waarover dit gemiddelde moet worden berekend: indien minder dan 12 maanden is gewerkt, moet het gemiddelde worden genomen van de periode die wel is gewerkt. Echter, geldt een week als gewerkte week als daarin slechts één uur is gewerkt? Geldt een week als niet-gewerkte week als daarin niet is gewerkt? Hoe zit het met verlof of ziekte? Het socialezekerheidsrecht kent de 'Gelijkstellingsregeling arbeidsuren' maar een civielrechtelijk equivalent daarvan is ons niet bekend. Om onduidelijkheid te voorkomen, ligt het meer voor de hand niet aan te sluiten bij een periode dat is gewerkt, maar bij de duur van de arbeidsovereenkomst.

De conversie van rechtswege zal bedoeld zijn als bescherming voor de werknemer, maar de vraag is of de werknemer hier wel altijd op zit te wachten. Er is immers geen sprake van een verplicht aanbod, dat door de werknemer kan worden afgewezen als hij er geen zin in heeft, maar er komt van rechtswege een aanpassing van de arbeidsovereenkomst tot stand. Die geeft de werknemer weliswaar bepaalde rechten, maar hij zal ook de verplichtingen moeten nakomen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. Als hij die niet nakomt, dan zou dat in het uiterste geval tot een ontslag op staande voet kunnen leiden, met de bijbehorende vergoedingsplicht ex artikel 7:677 lid 2 BW.

Logischer lijkt het dan ook om, analoog aan het voorgestelde lid 7 van artikel 628ab, te bepalen dat sprake is van een verplicht aanbod dat door de werknemer kan worden afgewezen. Opmerkelijk genoeg lijkt ook de Memorie van Toelichting op een enkele plaats uit te gaan van de verplichting een aanbod te doen: "Als de werknemer niet meer studeert moet er altijd tenminste een basiscontract worden

[45] Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 106 en p. 131.

aangeboden, maar er kan ook ten gunste van werknemer een reguliere arbeidsovereenkomst worden aanboden"[46].

Vraag is dan wel wat er bij niet aanvaarding van een aanbod geldt als er sprake is van een nog lopende arbeidsovereenkomst. Dit mag, ook als de werknemer dat wel zou willen, geen nul-urencontract meer zijn. Een oplossing zou kunnen zijn dat, als de werknemer het verplichte aanbod afwijst, de arbeidsovereenkomst daarmee van rechtswege eindigt. Dit kan echter worden gezien als het door eigen toedoen geen passende arbeid behouden althans het nalaten aangeboden passende arbeid te aanvaarden als bedoeld in artikel 24 lid 1 onder b sub 2° en/of 3° WW, met de gevolgen van dien voor de WW-aanspraken van de werknemer. De werkgever zou overigens aan de verplichting van lid 8 kunnen ontkomen door de arbeidsovereenkomst te laten eindigen in het geval de werknemer niet meer voldoet aan de voorwaarden bedoeld in het voorgestelde eerste lid, onderdelen a tot en met c. De werkgever kan immers geen enkele invloed uitoefenen op het al dan niet voldoen aan die voorwaarden, dus deze ontbindende voorwaarde zal vermoedelijk door de beugel kunnen. Dit kan natuurlijk niet gelden bij overschrijding van het urencriterium, omdat de werkgever daar wel invloed op heeft.

Overigens gaat de artikelsgewijze toelichting bij dit artikel uit van het bestaan van een negende lid, waarin de voorwaarden van de conversie zouden zijn opgenomen. Dit staat echter in de tweede zin van het achtste lid.

2.4. Verbetervoorstellen

Voorgesteld wordt om de tekst van artikel 7:628ab lid 2 BW als volgt te wijzigen:

Partijen zijn ~~De werkgever is~~ verplicht ~~uiterlijk een week na aanvang~~ bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk overeen te komen welke ~~werkzaamheden aan de werknemer een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken van de~~ dagen en uren ~~waarop~~ de werknemer verplicht kan worden om arbeid te verrichten, waarbij geldt dat de uren korter of gelijk aan 3 uren, gelegen tussen de beschikbare uren, bedoeld in lid 1, onderdeel c, eveneens worden gerekend tot het totaal aantal beschikbare uren.

Voorts wordt voorgesteld om artikel 7:628ac lid 1 en 2 BW als volgt aan te passen:

1. Er is sprake van een oproepovereenkomst indien:
a. de werknemer, in afwijking van artikel 628, lid 1, geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht, of;
b. tussen werkgever en werknemer is afgeweken ~~in afwijking~~ van artikel 628aa, lid 1 en lid 2, onder a~~;~~,
~~i. de arbeidsomvang niet is vastgelegd als één aantal uren groter dan nul per tijdseenheid van ten hoogste een maand, of;~~
~~ii. waarbij de omvang van de arbeid niet als één aantal uren groter dan nul per tijdseenheid van ten hoogste een jaar is vastgelegd en het recht op loon gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid;~~
en geen sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 628ab.
2. Een oproepovereenkomst kan alleen rechtsgeldig worden overeengekomen ~~Het eerste lid is slechts van toepassing~~ indien op grond van artikel 628a, lid 3 of 5, of artikel 691, lid 7, ten nadele van de werknemer is afgeweken van artikel 628, lid 1, of op grond van artikel 628a, lid 7, ten nadele van de werknemer is afgeweken van artikel 628aa, lid 1.

[46] Memorie van Toelichting, p. 52.

Geadviseerd wordt om lid 1 en lid 8 van het nieuwe artikel 7:628a BW als volgt aan te passen:

1. Dit artikel is van toepassing op arbeidsovereenkomsten indien de gemiddelde omvang van de ~~door~~ aan de werknemer ~~verrichte~~ verloonde uren ~~arbeid~~ voor de werkgever ten hoogste zestien uur per week heeft bedragen en de werknemer:
a. de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt en waarvoor nog een leerplicht of kwalificatieplicht als bedoeld in artikel 2-4 respectievelijk 4a-4c Leerplichtwet 1969 geldt; of
b. ingeschreven is aan een school als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Leerplichtwet 1969; of
c. een student is, voor de duur dat zijn bewijs van inschrijving aan een instelling als bedoeld in lid 2, is afgegeven.

8. Indien de werknemer niet meer voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in lid 1, geldt de arbeidsovereenkomst met ingang van dat moment als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 628ab. Hierbij is de minimale arbeidsomvang gelijk aan ~~het~~ de gemiddelde omvang van het aantal ~~gewerkte~~ verloonde uren van de voorafgaande periode van 12 maanden of, indien de arbeidsovereenkomst minder dan 12 maanden geleden is aangevangen ~~is gewerkt~~, het gemiddeld aantal ~~gewerkte~~ verloonde uren van de periode vanaf de aanvang van de arbeidsovereenkomst ~~waarin is gewerkt~~.

2.5. Overgangsrecht

Ten aanzien van oproepovereenkomsten is in artikel IV lid 1 geregeld dat oproepovereenkomsten die niet voldoen aan de daarvoor geldende voorwaarden, per datum inwerkingtreding van de wet worden aangemerkt als een basiscontract als bedoeld in artikel 7:628ab BW. De arbeidsomvang wordt gebaseerd op het gemiddelde aantal gewerkte uren van de voorafgaande periode van 12 maanden (of korter als minder dan 12 maanden is gewerkt).

Over het overgangsrecht hebben wij vijf opmerkingen.

2.5.1. Wijze van conversie

Ten eerste is in paragraaf 4.2.6 van de toelichting benoemd dat de automatische conversie van de oproepovereenkomst naar het basiscontract op twee wijzen kan plaatsvinden:

1. De min/max-overeenkomst wordt automatisch geconverteerd naar een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang ter hoogte van de minimale arbeidsomvang in de min/max-overeenkomst, tenzij de werknemer gedurende een periode van 12 maanden (of bij minder dan 12 maanden gewerkt: de gewerkte periode), structureel meer heeft gewerkt dan de minimale uren. In dat geval wordt dit gemiddelde de nieuwe minimale arbeidsomvang.
2. De nulurenovereenkomst wordt automatisch geconverteerd naar een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang gebaseerd op het gemiddeld aantal gewerkte uren over de voorafgaande periode van 12 maanden (of korter als minder dan 12 maanden is gewerkt).

Deze paragraaf behandelt de uitzondering voor scholieren en studenten. In de Memorie van Toelichting[47] staat echter wel dat het overgangsrecht inhoudt dat de automatische conversie plaatsvindt conform de regeling die in paragraaf 4.2.6 is besproken.

In het wetsvoorstel (artikel IV lid 1 en artikel 7:628a lid 8 BW) komt dit onderscheid in wijze van conversie echter niet terug. Op grond van de wet vindt conversie altijd plaats op basis van de gemiddelde arbeidsomvang. Het lijkt ons goed om duidelijkheid te verschaffen over de wijze van conversie.

[47] Memorie van Toelichting, p. 58.

2.5.2. Verhouding conversie en aanbod vaste omvang

Ten tweede is in het wetsvoorstel niet duidelijk gemaakt hoe de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang zich verhoudt tot de automatische conversie van de oproepovereenkomst. Stel een werknemer treedt op 1 februari 2025 in dienst op basis van een nulurencontract. De werkgever biedt geen basiscontract aan. Op 1 januari 2026 converteert de arbeidsovereenkomst van rechtswege in een basiscontract met een vaste arbeidsomvang. Is de werkgever dan in de maand februari 2026 opnieuw verplicht een aanbod te doen voor een (aangepaste) vaste arbeidsomvang? Of geldt het moment van de conversie (1 januari 2026) als start voor de periode van 12 maanden? Deze samenloop is in het wetsvoorstel niet besproken.

Verder zou er nog een toelichting moeten komen op de conversie, van rechtswege of na een aanbod, in relatie tot het verplichte aanbod bij een basiscontract voor een aangepaste arbeidsomvang na 12 maanden, op grond van het zevende lid van artikel 7:628ab BW. Gaan die 12 maanden in vanaf het moment van de conversie, of telt de voorgaande periode waarin er sprake was van een oproepovereenkomst ook mee? Het voorgestelde artikel 7:628a lid 7 BW verplicht immers tot het aanbod “steeds als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd”.

2.5.3. Berekening gemiddelde

Ten derde geldt dat in artikel IV lid 1 rekening wordt gehouden met de gemiddelde arbeidsomvang van de voorafgaande 12 maanden. Dat kan het gevolg hebben dat een tijdelijke arbeidsovereenkomst die langer dan zes maanden is onderbroken ook mee wordt geteld bij de bepaling van de gemiddelde arbeidsomvang. Dat strookt niet met het wettelijk stelsel, waarin een arbeidsovereenkomst die langer dan zes maanden onderbroken is, voor o.a. de ketenregeling en de transitievergoeding geen betekenis meer heeft. In het wetsvoorstel is niet expliciet besproken of het de bedoeling is dat juridisch gezien reeds afgewikkelde arbeidsovereenkomsten ook een rol spelen bij het bepalen van de gemiddelde arbeidsomvang.

2.5.4. Loonuitsluitingsbeding

Ten vierde is in artikel IV lid 1 niet bepaald hoe om te gaan met een loonuitsluitingsbeding in een arbeidsovereenkomst, niet zijnde een uitzendovereenkomst fase A of een oproepovereenkomst met een scholier of student. In de Memorie van Toelichting is benoemd dat de werknemer zich in een voorkomend geval kan beroepen op de nietigheid van het loonuitsluitingsbeding. Het lijkt ons echter goed als dit ook expliciet wordt opgenomen in artikel IV, zodat duidelijk is dat een loonuitsluitingsbeding in de arbeidsovereenkomst vanaf het moment van inwerkingtreding van de wet nietig is (op de twee uitzonderingen na).

2.5.5. Tijdseenheid

Ten vijfde is in het overgangsrecht niets bepaald over de tijdseenheid waarin de gemiddelde arbeidsomvang wordt geconverteerd. Met andere worden, niet is bepaald of de werknemer na een automatische conversie recht heeft op een gemiddelde arbeidsomvang per week, per maand, per kwartaal of per jaar. Het lijkt ons goed om daar duidelijkheid over te verschaffen.

Daarnaast wordt opgemerkt dat als de arbeidsomvang ook kan worden geconverteerd als een aantal uren per tijdseenheid van meer dan een maand en er geen cao van toepassing is, rekening moet worden gehouden met artikel 11 WML. Werkgevers dienen ervoor te waken dat voor de gewerkte uren ook daadwerkelijk het minimumloon wordt betaald.

2.6. Overige opmerkingen

2.6.1. Informeren over de fiscale scholieren- en studentenregeling

De introductie van een uitzonderingsregeling voor scholieren en studenten ten aanzien van de oproepovereenkomst is een goede aangelegenheid om ook de fiscale studenten- en scholierenregeling onder de aandacht te brengen. Ondanks het voordeel dat deze regeling biedt (meer loonheffingskorting door toepassing van de kwartaaltabel in de loonaangifte), is deze fiscale regeling bij veel studenten en scholieren onbekend. Scholieren en studenten dienen zelf het initiatief te nemen richting de werkgever om deze regeling toegepast te krijgen, maar vanwege de onbekendheid met deze regeling gebeurt dat vaak niet. Wíe op basis van deze fiscale regeling als student wordt aangemerkt, is overigens anders dan de groep die het wetsvoorstel voor ogen heeft. De fiscale regeling gaat uit van de definitie in artikel 6.3 lid 2 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011, terwijl het wetsvoorstel in artikel 7:628a lid 2 BW (nieuw) aansluit bij de Wet educatie en beroepsonderwijs en Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Dit zou tot verwarring kunnen leiden.

2.6.2. Reikwijdte uitzonderingsregeling voor scholieren en studenten

Wat de reikwijdte van artikel 7:628a lid 2 BW (nieuw) betreft, is het niet duidelijk of Nederlandse studenten die in België studeren en een bijbaan in Nederland hebben, wel of niet binnen de reikwijdte van de uitzonderingsregeling zullen vallen. Ook is niet duidelijk wat heeft te gelden voor studenten met een bijbaan die vanuit Nederland een onlinestudie volgen die wordt aangeboden door een universiteit buiten Nederland.

2.6.3. (On)Logische nummering en positionering van artikelen

Tot besluit merken wij op dat de invoering van de artikelen 7:628aa t/m ac BW tussen artikel 7:628 en 7:628a BW niet geheel logisch overkomt. Men verwacht dubbele letters na de enkele letters. Men komt pas aan de tweede decimaal toe, na de eerste decimaal. Oftewel, eerst artikel 7:628a BW en pas daarna artikel 7:628aa BW. Wij constateerden dat in verschillende wetten verschillende verwijzingsmethodieken worden toegepast, toch komt de gekozen variant in dit wetsvoorstel niet logisch voor. Omdat de huidige artikelen 7:628 t/m 7:628b BW ingrijpend worden gewijzigd, valt de gekozen structuur te heroverwegen (niet per se tussen 7:628 en 628a). Het geheel herschrijven van de regeling en benutten van de ruimte die dan tussen artikel 7:626 en artikel 7:629 BW ontstaat kan tot een meer overzichtelijk en samenhangend geheel leiden.

De hier behandelende regelingen van artikelen 7:628aa t/m ac BW zien op arbeidsovereenkomsten in het algemeen, verschaffen specifieke rechten voor oproepkrachten en geven naast loonaanspraken tal van andere rechten. De vraag rijst of onderbrenging van deze artikelen in afdeling 2 dat uitsluitend loonzaken regelt (nog steeds) passend is. Overwogen kan worden de specifieke rechtsbescherming voor alle varianten van oproepkrachten in een afzonderlijke afdeling op te nemen achterin titel 7.10 BW. Dit past bij de structuur van 7.10 BW (en het BW als zodanig). In afdelingen 10 (handelsvertegenwoordiger), 11 (uitzending en payrolling) en 12 (zeearbeidsovereenkomst) staan specifieke regels voor a-typische werkvormen. Een afdeling ‘Bijzondere bepalingen voor oproepbare werknemers’ zou niet misstaan. De meer generieke verplichtingen (vast aantal uren) en rechtsvermoedens passen beter in afdeling 1 (Algemene bepalingen) en afdeling 6 (Enkele bijzondere verplichtingen van de werkgever).

3. Bepaalde tijd

3.1. Algemene opmerkingen bij de voorgestelde wijzigingen in artikel 7:668a BW

De voorgestelde wijzigingen in artikel 7:668a BW geven aanleiding voor een aantal algemene opmerkingen.

3.1.1. Opnieuw wijziging van de ketenbepaling na de Wwz en Wab

De voorgestelde wijziging van de ketenbepaling volgt relatief snel op eerdere wijzigingen in de ketenbepaling door de Wwz (in 2015) en de Wab (in 2020).

De Wwz verlengde de tussenpoos tussen twee voor dezelfde keten meetellende arbeidsovereenkomsten van drie naar zes maanden, waarvan niet meer bij cao kon worden afgeweken. Daarbij werd de maximumtermijn van de keten teruggebracht van drie naar twee jaar.[48] Deze verkorting van de ketenbepaling naar twee jaar had als doel werknemers eerder naar een vast contract te laten doorstromen. Of dat zou lukken was direct al onzeker; de regering onderkende dat werkgevers mogelijk van een deel van de tijdelijke werknemers eerder afscheid zou nemen door verkorting van de keten.[49] Deze wijzigingen van de ketenbepaling door de Wwz zouden in 2020 worden geëvalueerd.[50] Uit het deelrapport "Effecten van maatregelen flexibele arbeid in de Wet werk en zekerheid" van Onderzoeksbureau SEO van juni 2020 blijkt dat de kortere duur van de ketenbepaling ertoe leidt dat werknemers vanuit een tijdelijk arbeidscontract, of een tijdelijk oproepcontract, inderdaad binnen twee jaar na instroom vaker doorstromen naar een vast arbeidscontract bij dezelfde werkgever. Dit effect werd ook waargenomen bij jongere en laagopgeleide werknemers, al bleek dit effect bij hen wel kleiner.[51]

De eindevaluatie ten aanzien van de ketenbepaling is met de Wab (2020) echter uitgesteld.[52] De regering bracht de maximumtermijn van de keten weer terug naar drie jaar.[53] Als reden noemde de wetgever dat flexibiliteit op de arbeidsmarkt noodzakelijk blijft en dat het terugdraaien van de driejaarstermijn bewerkstelligt dat werkgevers een bewuste keuze kunnen maken voor flexibele contracten wanneer dit past bij de aard van het werk.[54]

Inmiddels volgt uit de Kamerbrief van 13 oktober 2022 van minister van Gennip dat een eerste inventarisatie naar de effecten van de ketenbepaling is gedaan. Het gaat volgens de minister om indicatieve resultaten, voor een definitief beeld van het effect van de Wab is een langere onderzoeksperiode nodig is. Het betrokken onderzoeksbureau SEO heeft vanwege de korte tijdsspanne en de effecten van de coronapandemie geadviseerd de effectmeting in 2025 te herhalen.

Gegeven de recente wijzigingen en het feit dat de uiteindelijke effecten daarvan nog onduidelijk zijn, is de vraag waarom de regering er op dit moment alweer voor kiest om de ketenbepaling aan te passen. Een alternatief zou zijn om een volwaardig onderzoek naar de effecten van eerdere wijzigingen in de ketenbepaling eerst af te wachten.

3.1.2. Mogelijke gevolgen in de praktijk

Het doel van de wijziging van de ketenbepaling is draaideurconstructies te voorkomen. Het lijkt ons aannemelijk dat dit doel met de voorgestelde wijzigingen behaald kan worden. Een administratieve vervaltermijn van vijf jaar zal draaideurconstructies immers aanzienlijk bemoeilijken. Ook leidt uitwijken naar uitzend- of payrollconstructies met dit wetsvoorstel niet meer tot een langere periode

48 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 12.
49 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 15.
50 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 11.
51 'Effecten van maatregelen flexibele arbeid in de Wet werk en zekerheid', Deelrapport evaluatie Wwz, SEO, p. 8.
52 Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 153.
53 Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3.
54 Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 5.

van flexibiliteit (fasen a en b worden gezamenlijk ook maximaal drie jaar) en is het inzetten van zzp'ers op structurele basis waarschijnlijk evenmin een oplossing.[55]

Toch is hiermee niet op voorhand gegeven dat de aanscherping van de ketenbepaling leidt tot méér vaste arbeidsovereenkomsten voor werknemers die thans werken op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomst. Indien het moment aanbreekt dat werkgever en werknemer op grond van de (aangescherpte) ketenbepaling geen nieuw tijdelijk contract meer kunnen aangaan, zijn er immers twee opties: (i) werkgever en werknemer kiezen gezamenlijk voor een vaste arbeidsrelatie, of (ii) de werkgever kiest ervoor de arbeidsovereenkomst niet te verlengen.

De werkgever die geen of weinig werknemers met vaste arbeidsovereenkomsten in dienst wil nemen, zal zich hier ook door nieuwe regelgeving niet snel toe laten dwingen. Indien de werkgever het werk relatief gemakkelijk door nieuwe arbeidskrachten kan laten overnemen, zal deze werkgever mogelijk kiezen voor beëindiging van de arbeidsrelatie na drie jaar en nieuwe werknemers voor bepaalde tijd aannemen. Dit risico bestaat met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt, waar het werk in het algemeen eenvoudiger over te nemen is. Juist bij dat soort werk komen, zo constateert ook de regering, vaak flexibele arbeidsrelaties voor.[56] Het huidige wetsvoorstel kan dus ook tot gevolg hebben dat werknemers nog steeds structureel flexibel blijven werken, zij het elke drie jaar bij een nieuwe werkgever. Een verkleining van de verschillen tussen vaste en bepaalde-tijdcontracten zou voor dit fenomeen een effectiever middel kunnen zijn dan aanscherping van de ketenbepaling. Opvallend is dat de toelichting op het wetsvoorstel geen aandacht schenkt aan de (voor)vraag waarom werkgevers terughoudend zijn met het toekennen van vaste dienstverbanden c.q. waarom zij kiezen voor flexcontracten. De vraag doemt op of het wetsvoorstel misschien symptomen van een achterliggend, groter probleem bestrijdt.

3.2. De wettekst getoetst

3.2.1. Bijzondere groepen

Thans bestaan reeds uitzonderingen op de toepassing van de ketenregeling voor enkele bijzondere groepen van werknemers. De gedachte achter deze uitzonderingen is steeds geweest dat een onverkorte toepassing van de regeling belemmerend werkt voor de arbeidsmarktpositie van deze groepen. Afgezien van de generieke bepaling dat een ministeriële regeling de ketenregeling buiten toepassing kan verklaren, gaat het om statutair bestuurders, seizoenswerkers, scholieren in de beroepsbegeleidende leerweg, scholieren tot 18 jaar en AOW'ers. Voor hen gelden verschillende uitzonderingen, waarbij rekening wordt gehouden met hun specifieke arbeidsmarktpositie. Deze staan als zodanig in dit wetsvoorstel niet ter discussie. Het wetsvoorstel introduceert (met artikel 7:668a lid 11 BW) een nieuwe groep: scholieren van 18 jaar of ouder en studenten. In feite geldt voor deze groep dat de huidige regeling in stand blijft, met andere woorden: de verlengde tussenpoos van 60 maanden geldt niet voor hen. De huidige tussenpoos van zes maanden blijft gelden en voor hen gelden evenzeer, anders dan voor 18-minners, de maxima van drie contracten binnen een periode van drie jaar. Het komt ons voor dat dit een welkome afwijking is. In het algemeen zal voor deze groep gelden dat de arbeidsovereenkomst slechts als bijbaan geldt, naast de studie, waarbij het accommoderen van flexibiliteit past. Het gaat niet aan een werkgever die een student een bijbaan heeft bezorgd deze te belasten met een termijn van 60 maanden, met als gevolg dat deze werkgever de student niet in dienst zal willen nemen na afloop van de studie. Het verschil met scholieren die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt achten wij te billijken: voor 18-minners zal het vooruitzicht op een vaste baan minder essentieel zijn dan voor de oudere scholieren en studenten; voor deze laatste, nieuwe groep is

[55] Uit de Voortgangsbrief over werken met en als zelfstandige(n) van 16 december 2022, en de Kamerbrief over voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket van 3 april 2023 blijkt immers dat schijnzelfstandigheid bestreden gaat worden met een kwalificatiesysteem van arbeidsrelaties.

[56] Memorie van Toelichting, nr. 1.3.

aansluiting bij de huidige ketenregeling passend te noemen. Wij zien geen aanleiding de groep bijzondere werknemers uit te breiden of te beperken. Dat brengt mee, dat wij momenteel evenmin aanleiding zien de regeling voor AOW'ers te herzien – in die zin dat voor de AOW'er wat ons betreft de bestaande zes maanden tussenpoos blijft bestaan – ondanks een groeiend aantal werkende ouderen.

3.2.2. Aansluitingsproblemen

Er bestaat wel onduidelijkheid hoe dient te worden omgegaan met bepaalde 'bijzondere groepen' voor wie een afwijkende ketenregeling geldt in combinatie met de voorgestelde administratieve vervaltermijn van vijf jaar. We lichten dit toe aan de hand van enkele voorbeelden.

De bestuurder

Indien een werknemer als bestuurder in dienst treedt, kan op grond van artikel 7:668a lid 7 BW van de ketenregeling worden afgeweken, in ieder geval voor zover het de periode van 36 maanden betreft. Als partijen van deze afwijkingsmogelijkheid gebruik maken en de bestuurder verliest de hoedanigheid van bestuurder vragen wij ons af wat dit betekent onder het voorgestelde recht. Betekent dit dat:

1. de betreffende werknemer dan op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst is c.q. alleen op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst kan treden (gezien hoogstwaarschijnlijke beëindiging van de dubbele rechtsbetrekking)?, of
2. door het verlies van de hoedanigheid van bestuurder een nieuwe keten begint en dus drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor ten hoogste 36 maanden kunnen worden gesloten?

Oftewel: is bij de beoordeling of de keten is doorlopen de laatste arbeidsovereenkomst doorslaggevend, ongeacht het gegeven dat op basis daarvan van de ketenregeling is afgeweken en 'kleurt' dit de gehele keten, of dient elke arbeidsovereenkomst separaat te worden beoordeeld zodat de keten pas is doorlopen indien drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten in steeds dezelfde hoedanigheid als werknemer?

Onder het huidige recht is dit in de regel minder complex, omdat – eventueel – een tussenpoos van zes maanden kan worden gehanteerd alvorens een nieuwe keten te starten. Partijen kunnen dan zes maanden wachten en een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten, waarbij de 'gewone' ketenregeling geldt. Dat is in sommige situaties wenselijk. Onder het voorgestelde recht kan dit leiden tot meer problematiek, omdat een dergelijke tussenpoos als uitgangspunt niet meer mogelijk is. Dit kan ertoe leiden dat werknemers überhaupt geen arbeidsovereenkomst meer krijgen aangeboden. Wij stellen voor te bepalen/te verduidelijken dat als een arbeidsovereenkomst van kleur verschiet, een bijbehorende nieuwe keten gaat lopen en de administratieve vervaltermijn dan niet geldt.

Scholieren/studenten/seizoenswerkers

De bijzondere regeling die voor deze groepen geldt hangt samen met hun studie dan wel het type werk (seizoenswerk). Wij zouden als uitgangspunt bij deze groep willen hanteren dat een 'kleurverschieting' een bijbehorende tussenpoos doet ontstaan. Deze tussenpoos werkt "ex nunc" – dus zonder terugwerkende kracht. In de meeste gevallen zal een kleurverschieting een (geheel) nieuwe keten doen ontstaan. Een voorbeeld: voor een seizoenswerker die twee zomers heeft gewerkt, geldt voor de toepassing van de ketenregeling een tussenpoos van drie maanden. Gaat dezelfde seizoenswerker na drie maanden ander werk doen op basis van een contract voor bepaalde tijd waarvoor geen bijzondere regeling geldt, dan zal direct een nieuwe keten gaan gelden met de bijbehorende vervaltermijn van 60 maanden. Met andere woorden: of een keten opnieuw begint of doorloopt, hangt af van de tussenpoos die geldt voor het laatste afgelopen contract.

De AOW'er

Ten aanzien van een werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam is en de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, geldt het volgende. Als deze arbeidsovereenkomst eindigt, gaat in beginsel een nieuwe (bijzondere) keten lopen als een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan. Onder het huidige systeem kan het doorlopen van die keten ertoe leiden dat partijen daarna zes maanden wachten en opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met elkaar sluiten. Die tijdelijkheid is vaak wenselijk voor werkgevers en niet problematisch voor de AOW'er, omdat er een andere inkomensvoorziening is.

Het ook in deze situatie invoeren van een administratieve vervaltermijn van 60 maanden, kan ertoe leiden dat een werkgever ervoor kiest de AOW'er geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dat achten wij onwenselijk, reden waarom wij voorstellen ten aanzien van de AOW'er de tussenpoos van zes maanden te laten bestaan. Bij het bovenstaande dient men, ter relativering, te bedenken, dat indien de AOW'er vóór het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd reeds in dienst was bij de werkgever en de arbeidsovereenkomst nadien doorloopt, opzegging van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:669 lid 4 BW mogelijk is zonder tussenkomst van UWV of kantonrechter. Het belang van het wetsvoorstel ziet derhalve op nieuwe arbeidsovereenkomsten ná het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

3.2.3. Scholieren en studenten: verschillende urennormen

Het huidige wetsvoorstel hanteert een urennorm (12 uur) voor de uitzondering op de ketenbepaling voor scholieren en studenten, als volgt:

"*11. Voor de toepassing van lid 1 wordt in plaats van «tussenpozen van ten hoogste 60 maanden» gelezen: tussenpozen van ten hoogste zes maanden, indien de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen en de werknemer:*
a. een student is als bedoeld in artikel 628a, lid 2; of
b. ingeschreven is aan een school als bedoeld in artikel 1 onderdeel b van de Leerplichtwet 1969 en 18 jaar of ouder is;"

Dit sluit volgens paragraaf 3.2.2 van de Memorie van Toelichting aan bij de urennorm voor werknemers die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en een gemiddelde arbeidsduur hebben van ten hoogste 12 uur per week: voor hen geldt de ketenbepaling thans in het geheel niet (artikel 7:668a lid 11 BW). Deze 18-minner zijn primair niet afhankelijk van hun inkomsten om te kunnen voorzien in hun levensbehoefte, waardoor een dienstverband dat voldoet aan bovenstaande criteria wordt beschouwd als een bijbaan. Voor deze groep werknemers geldt de ketenregeling niet.

Voor scholieren en studenten van 18 jaar en ouder met een bijbaan wordt nu voorgesteld een tussenpoos van 6 maanden te introduceren, waarbij wel eenzelfde urencriterium zal worden gehanteerd als voor scholieren en studenten die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt.
De vraag kan nog gesteld worden of een verschil in behandeling echt nodig is tussen 18-minners enerzijds en scholieren en studenten die 18 jaar of ouder zijn anderzijds. Voor beide groepen zal gelden dat minder of geen bescherming van de ketenregeling nodig is bij een (beperkte) bijbaan. Aan de rechtvaardiging van dit verschil zou nog wat meer aandacht besteed kunnen worden; voorstelbaar is wel dat voor 18-minners het vooruitzicht op een vaste baan nog wat minder belangrijk is dan voor de oudere scholieren en studenten.

Een andere vraag is waarom bij de nieuwe ketenregeling gekozen wordt voor een urennorm van 12 uur of minder per week. Deze urennorm wijkt af van de urennorm die is voorgesteld bij de wijzigingen van de oproepovereenkomst (artikel 7:628a BW), die uitgaat van mogelijke oproepovereenkomsten voor scholieren en studenten indien zij gemiddeld maximaal 16 uur per week over een jaar werken.[57]

[57] Memorie van Toelichting, onder 4.2.6.

Hoewel deze urennormen op zichzelf per artikel kunnen verschillen,[58] valt op dat de Memorie van Toelichting niet duidelijk maakt waarom gekozen wordt voor deze verschillende urennormen. De Memorie van Toelichting stelt enkel dat de regering voorstelt om bij de ketenbepaling hetzelfde urencriterium te hanteren dat wordt gehanteerd bij scholieren die de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt hebben.[59] Voor de praktijk zou het – ook ter vermijding van vergissingen in de geldende urennorm – wenselijk zijn om één uniforme urennorm te hanteren voor afwijkingen van de standaard wettelijke regeling voor scholieren en studenten. Daarbij zou de keuze voor de specifieke norm inhoudelijk beter gemotiveerd kunnen worden. Zo lijkt bij de vaststelling van de (thans verschillende) urennormen geen acht te zijn geslagen op het onderzoek dat door de regering in de Memorie van Toelichting wordt aangehaald. Volgens het CBS (Jaarrapport Landelijke Jeugdmonitor 2022) werken onderwijsvolgende jongeren gemiddeld 17 uur per week.[60] Van de werkzame scholieren en studenten werkt 45 procent tot 12 uur per week en 55% meer dan 12 uur per week. Beoogt de regeling met het maximum van 12 uur in artikel 7:668a BW de tijd die gemoeid is met deze bijbanen in te perken? Deze keuze voor een urennorm van 12 uren per week binnen de ketenbepaling is gezien het CBS onderzoek niet goed te rijmen met de opmerking van de regering dat “16 uur per week, gemiddeld op jaarbasis voldoende ruimte biedt voor jongeren om te blijven werken zoals nu, terwijl er tegelijkertijd wel sprake blijft van een bijbaan”.[61]

3.2.4. Afschaffing van de mogelijkheid bij cao af te wijken van aantal en duur contracten

Het wetsvoorstel schaft de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het aantal arbeidsovereenkomsten en de duur daarvan binnen de ketenbepaling af; het huidige artikel 7:668a lid 5 BW vervalt. Hiervoor is geen overgangsrecht opgenomen.

Wij wijzen op het risico dat cao’s zijn of worden aangegaan voor een looptijd die pas eindigt na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Dat kan ertoe leiden dat de cao nog een afwijking van de ketenbepaling bevat, terwijl dit volgens de wet op enig moment niet langer is toegestaan.

Wat gebeurt er met de arbeidsrelatie indien werknemer en werkgever zich na inwerkingtreding van de wet bevinden in de vierde arbeidsovereenkomst, of de flexibele arbeidsrelatie meer dan 36 maanden voortduurt? Het lijkt ons in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel indien de arbeidsovereenkomst dan opeens geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Overgangsrecht voor deze situatie lijkt ons daarom verstandig.

Dit overgangsrecht kan in lijn zijn met het voorgestelde overgangsrecht voor de administratieve vervaltermijn: de nieuwe wettelijke regeling geldt voor (nieuwe) arbeidsovereenkomsten die op of na de datum van inwerkingtreding van de wet worden gesloten.

Dezelfde overgangsregeling zou gepast zijn bij afschaffing van de afwijkingsmogelijkheid in cao’s voor opvolgend werkgeverschap ten aanzien van de duur van de keten (artikel 7:668a lid 5 BW nieuw, zie hieronder).

3.2.5. Afschaffing van de afwijkingsmogelijkheid van de ketenbepaling bij opvolgend werkgeverschap

Het wetsvoorstel voorziet in afschaffing van de mogelijkheid om bij cao van de ketenbepaling af te wijken bij opvolgend werkgeverschap. De regering wijst hierbij op onderzoek waaruit volgt dat in 41 cao's gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid.[62] Uit de Memorie van Toelichting blijkt niet dat de regering heeft onderzocht met welk doel deze afwijkingsmogelijkheid in die cao's is opgenomen. Deze afwijkingsmogelijkheid kan bijvoorbeeld samenhangen met de wijze van financiering van projecten of

58 Zie ook hierna de opmerkingen m.b.t. de urennorm voor opbouw van de transitievergoeding.
59 Memorie van Toelichting, onder 3.2.2.
60 Centraal Bureau voor de Statistiek, Jaarrapport Landelijke Jeugdmonitor 2022, 6. Werk, p. 67 e.v.
61 Memorie van Toelichting, onder 4.2.6.
62 Memorie van Toelichting, 3.2.3; Ministerie van SZW/UAW. (2021) Monitor Wet arbeidsmarkt in balans, p. 21.

onderzoeken bij de werkgever. Dit speelt een rol in de semipublieke sector, zoals bijvoorbeeld in de kunstsector of bij omroepen. Zo wordt thans onder meer in de Museum Cao en de Cao voor het omroeppersoneel afgeweken van de wettelijke ketenbepaling. Deze cao's vermelden dat deze afwijking geldt vanwege de wijze van financiering respectievelijk de programma- en of productiegebonden functies. Ook in de Cao Nederlandse Universiteiten geldt een afwijking van de ketenregeling voor functies die tijdelijk extern gefinancierd zijn of waarbij sprake is van cofinanciering (bijv. voor onderzoekers), omdat bij het eindigen van het project ook de financiering daarvoor ophoudt. Aannemelijk is dat aanscherping van de ketenbepaling voor deze sectoren een relatief grote impact kan hebben. Mogelijk kan een deel van deze functies uitgezonderd blijven van de ketenbepaling op grond van de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter.[63]

3.2.6. Administratieve vervaltermijn en de Ragetlieregel

Paragraaf 3.2.1 van de Memorie van Toelichting verwijst naar de Ragetlieregel.[64] In het Ragetlie-arrest ging het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met wederzijds goedvinden was geëindigd en werd voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Ragetlieregel is thans opgenomen in artikel 7:667 lid 4 BW en houdt in dat een dergelijke voortgezette tijdelijke arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt.

Tot invoering van deze bepaling was de rechtspraak van de Hoge Raad[65] gericht op een zo ruim mogelijke toepassing van het doel van de toen geldende wetgeving (het tot 1 januari 1999 geldende artikel 7:668 lid 3 BW), namelijk het inperken dan wel tegengaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Met de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid beoogde de wetgever werkgevers meer ruimte te bieden om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan.[66] De tot 1 januari 1999 geldende norm, inhoudende dat de tweede arbeidsovereenkomst in beginsel voor onbepaalde tijd was, is vervangen door de ketenregeling waarin juist meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn toegestaan. De Ragetlieregel hoeft niet aan te sluiten op de ketenregeling. Sinds de wijziging van de Werkloosheidswet is opzegging of ontbinding niet langer de meest geëigende weg om een arbeidsovereenkomst te beëindigen; de wetgever neemt een beëindiging met wederzijds goedvinden tot uitgangspunt.[67]

De Memorie van Toelichting benoemt de Ragetlieregel in paragraaf 3.2.1. als een 'overige draaideurconstructie'. Als voorbeeld wordt genoemd een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en zijn baan opzegt. Na drie maanden krijgt hij spijt en benadert hij zijn voormalig werkgever en vraagt of hij kan terugkeren. Dit is mogelijk. De werkgever biedt de werknemer een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar en verlengt deze arbeidsovereenkomst niet.

Het zojuist beschreven voorbeeld betreft geen vorm van flexibele arbeid zoals bijvoorbeeld een oproepovereenkomst of een uitzendovereenkomst. De werkgever zal de 'spijtoptant' niet een arbeidsovereenkomst van één jaar aanbieden om te ervaren of deze werknemer wel geschikt is. Het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar zal veeleer te maken hebben met het feit dat de werkgever aarzeling kan hebben bij het weer in dienst nemen van een werknemer die enkele maanden eerder zijn baan heeft opgezegd. Of wellicht is er inmiddels onzekerheid ontstaan over het werkaanbod. Maar de werkgever kiest in het genoemde voorbeeld niet voor een bepaalde

---

63 De Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter is gebaseerd op artikel 7:668a lid 8 BW.

64 HR 4 april 1986, NJ 1987, 678 (Ragetlie*).*

65 HR 4 april 1986, NJ 1987, 678 (Ragetlie); HR 26 juni 1992, NJ 1992, 654 (Thialf).

66 Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid). De Ragetlieregel is gecodificeerd bij Wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 741 (Reparatiewet)

67 S. Palm, 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregel en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', *TAP* 2012/2, p. 58.

constructie, hij wordt geconfronteerd met een werknemer die vertrekt en zich daarna weer meldt. Met andere woorden: flexibele arbeid lijkt in de praktijk door werkgevers niet opgezet te worden vanuit arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, die dan beëindigd worden om na verloop van tijd een bepaalde tijd contract te sluiten.

De Memorie van Toelichting stelt dan ook (terecht) dat de Ragetlieregel op zichzelf en los van de ketenregeling staat. Echter, ter voorkoming van draaideurconstructies bij het einde van de dienstbetrekking acht de regering het eveneens wenselijk, ook vanuit consistentie, om de huidige tussenpoos van zes maanden te schrappen en ook bij de Ragetlieregel te verlengen naar 60 maanden. Dit omdat zowel bij de ketenbepaling als de Ragetlieregel het doel is de werknemer te beschermen. Bij de ketenbepaling doordat de werknemer na verloop van tijd een vast contract verkrijgt. Bij de Ragetieregel is, volgens paragraaf 3.2.1 van de Memorie van Toelichting, beoogd dat de arbeidsovereenkomst niet op oneigenlijke wijze kan worden beëindigd.

Omdat het om twee verschillende wettelijke regels voor verschillende situaties gaat, is zonder nadere motivering in de Memorie van Toelichting, die ontbreekt, onduidelijk welk probleem bij de huidige toepassing van de Ragetlieregel opgelost moet worden. Is er thans sprake van oneigenlijke beëindiging van arbeidsovereenkomsten door werkgevers, waarbij de werkgever de werknemer onder druk zet om zijn of haar arbeidsovereenkomst te beëindigen c.q. daaraan mee te werken, om vervolgens na 6 maanden met diezelfde werknemer een bepaalde tijd contract te sluiten?

Omdat het om verschillende situaties gaat, lijkt consistentie met de ketenregeling hier niet passend. Een werknemer die zelf zijn arbeidsovereenkomst opzegt en hier op een later moment spijt van heeft, zal over het algemeen binnen afzienbare tijd willen terugkeren bij de oude werkgever met het verzoek om opnieuw een arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan.

Het wetsvoorstel motiveert kortom niet waarom werknemers naast de reeds geborgde ontslagbescherming extra beschermd zou moeten worden middels een wijziging van de onderbrekingsperiode van 6 maanden naar 60 maanden bij toepassing van de Ragetlieregel. De beoogde verlenging van de onderbrekingsperiode van de Ragetlieregel past niet goed in een ontslagstelsel waarin een beëindiging met wederzijds goedvinden mogelijk is en veelal voorkomt.

3.2.7. Verhouding tot transitievergoeding: urennorm en termijn opbouw transitievergoeding

Sinds de invoering van de Wwz is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer indien – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst door of vanwege de werkgever wordt beëindigd.

Artikel 7:673 lid 4 BW bepaalt dat de maanden waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste 12 uur per week heeft bedragen tot het bereiken van de achttienjarige leeftijd buiten beschouwing worden gelaten. Voor werknemers jonger dan achttien jaar die gemiddeld minder dan twaalf uur werken, geldt dus dat zij geen transitievergoeding ontvangen. Wij merken op dat hier dus ook een urennorm van gemiddeld 12 uur per week wordt gehanteerd. Door invoering van het wetsvoorstel gaan er verschillende urennormen gelden voor dezelfde groep werknemers. Waarom dit onderscheid in uren wordt gemaakt is onduidelijk. Voor de praktijk zou het wenselijk zijn om in de verschillende bepalingen over 18-minners in titel 10 boek 7 BW uit te gaan van één urennorm.

Artikel 7:673 lid 4 BW bevat ook een tussenpoos: voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst worden samengeteld een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wwz volgt dat de wetgever ervoor koos om met deze periode van zes maanden aan te sluiten bij de ketenregeling:

"*Van belang is voor werknemers met een tijdelijk contract dat voor het bepalen van de duur van de arbeidsrelatie elkaar opeenvolgende arbeidsovereenkomsten met tussenpozen van niet meer dan zes maanden bij dezelfde werkgever worden samengeteld. Dat geldt ook als de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. Hiermee wordt aangesloten bij de regeling op grond waarvan bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat (de zogenoemde ketenbepaling).*" [68]

Voor de ketenregeling vervangt het wetsvoorstel de huidige tussenpoos van zes maanden voor een administratieve vervaltermijn van 60 maanden. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting daarbij voorzien niet in een wijziging van de tussenpoos van zes maanden bij de transitievergoeding (artikel 7:673 lid 4 BW). Het is derhalve niet duidelijk of de regering beoogt om in dit opzicht de aansluiting bij de ketenregeling los te laten, of dat deze andere wettelijke tussenpoosbepaling over het hoofd is gezien. Het zou goed zijn als de regering hier aandacht aan besteedt en eventueel motiveert waarom deze aansluiting wordt losgelaten, of juist de tussenpoos van zes maanden in artikel 7:673 lid 4 BW in overeenstemming brengt met de voorgestelde administratieve vervaltermijn van 60 maanden.

3.2.8. Verhouding tot de proeftijd

De nieuwe vervaltermijn van 60 maanden kan gevolgen hebben voor de proeftijd. Het is te overwegen te voorzien in de situatie dat partijen (meer dan) vijf jaar geleden een arbeidsovereenkomst met elkaar hebben gesloten en (een der) partijen er behoefte aan heeft/hebben een nieuwe proeftijd overeen te komen bij het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De huidige regeling omtrent de proeftijd maakt dat niet gemakkelijk mogelijk. Onze suggestie is (in artikel 7:652 BW) te bepalen dat na het aflopen van de vervaltermijn van 60 maanden een nieuwe proeftijd kan worden overeengekomen, tenzij uit de aard van de werkzaamheden voortvloeit dat zulks niet redelijk is. Ter illustratie: de kennis en kunde van een ict'er zal na vijf jaar minder snel dezelfde zijn dan die van een supermarktmedewerker.

3.3. Opmerkingen ten aanzien van het overgangsrecht

3.3.1. Algemeen

Het overgangsrecht ten aanzien van de verruiming van de tussenpoos (oftewel het instellen van de administratieve vervaltermijn van vijf jaar) is qua omvang beperkt.

De regering heeft met het voorgestelde overgangsrecht willen voorkomen dat het invoeren van de tussenpoos van 60 maanden in feite terugwerkende kracht zou krijgen waardoor - onbedoeld - arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden ontstaan. Het huidige voorstel waarborgt wat ons betreft echter onvoldoende dat de invoering van de wetswijzigingen geen onredelijke uitkomsten meebrengt. Onze suggestie is ook met de volgende punten rekening te houden.

3.3.2. Reeds gesloten arbeidsovereenkomsten

Het voorgestelde overgangsrecht beoogt te regelen dat tussenpozen van langer dan zes maanden en korter dan 60 maanden worden meegeteld bij de keten van bestaande arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het voorstel daartoe is de nieuwe tussenpoos van 60 maanden pas te laten gelden voor arbeidsovereenkomsten die lopen of ingaan op of na de datum van inwerkingtreding van de betreffende onderdelen van de voorgestelde wet.

---

[68] Kamerstukken II 2013/14, 38818, nr. 3, p. 41 (MvT).

De voorgestelde wettekst is:
"De artikelen 668a, lid 1 en 691, lid 4, zoals die luidden onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop artikel I, onderdeel L, subonderdeel 1 en onderdeel N, subonderdelen 2 en 4, in werking treden blijven van toepassing op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd respectievelijk uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd die zijn geëindigd voorafgaand aan dit tijdstip."

Hieruit kan echter niet worden afgeleid wat het lot is van arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten onder het huidige systeem en buiten de ketenregeling vallen, omdat een tussenpoos van meer dan zes maanden in acht is genomen, maar die na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel nog niet zijn geëindigd. Zonder nadere regelgeving leidt het (gebrek aan) overgangsrecht ertoe dat in deze situatie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Dat lijkt ons een ongewenst gevolg. Meer in lijn met de rechtszekerheid zou het zijn te bepalen dat de nieuwe wetgeving een volledig eerbiedigende werking heeft ten aanzien van op het moment van inwerkingtreding lopende arbeidsovereenkomsten, inclusief alle daaraan voorafgaande tussenpozen en arbeidsovereenkomsten.

3.3.3. Onduidelijkheid start vervaltermijn

Uit de Memorie van Toelichting en de voorgestelde wettekst blijkt niet duidelijk wanneer de administratieve vervaltermijn gaat lopen. Daarbij speelt de vraag wanneer de vervaltermijn start van een arbeidsovereenkomst die onder het huidige stelsel is gesloten en nog niet is geëindigd na de inwerkingtreding. In lijn met de hiervoor verdedigde, algemene eerbiedigende werking, zou kunnen worden bepaald dat de nieuwe vervaltermijn alleen geldt voor elke na inwerkingtreding aangegane arbeidsovereenkomst.

Het voorgaande geldt, mutatis mutandis, evenzeer voor cao-bepalingen die afwijkingen van de ketenregeling mogelijk maken: lopende contracten (en hun tussenpozen) worden geëerbiedigd. Gezien de veel voorkomende praktijk dat aan cao's terugwerkende kracht wordt verleend, geven wij in overweging te bepalen dat het verlenen van terugwerkende kracht aan afwijkingen van de ketenregeling bij cao tegen een datum die ligt vóór inwerkingtreding van de wetswijzigingen, niet mogelijk zijn. Eenzelfde afweging werd gemaakt in het overgangsrecht bij de invoering van de Wwz.[69]

[69] Kamerstukken II 2013/14, 38818, nr. 3, p. 21 (MvT).

4. Uitzending en Waadi

4.1. Commentaar bij artikel 7:691 BW (nieuw)

4.1.1. Algemeen

Voorgesteld wordt om de wettelijke termijn voor de uitgestelde ketenregeling, de toepassing van het uitzendbeding en de afwijking van de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 lid 1 BW ('fase A') in de leden 1, 3 resp. 7 van artikel 7:691 BW te verlengen van 26 naar 52 weken, met afschaffing van de verlengingsmogelijkheid naar 78 weken bij cao. Tevens wordt voorgesteld om de wettelijke doorbrekingstermijn van 6 maanden in artikel 7:691 lid 4 BW te vervangen door een wettelijke vervaltermijn van 60 maanden in een nieuw te introduceren lid 8, met een uitzondering voor studenten en scholieren van 18 jaar en ouder, in een nieuw lid 9.

Aanleiding en doel wijzigingen

De aanleiding voor de aanpassing van deze termijnen in artikel 7:691 BW is volgens de Memorie van Toelichting het feit dat uit onderzoek van SEO zou zijn gebleken dat een steeds groter deel van de uitstroom uit uitzendcontracten in de WW terechtkomt (Memorie van Toelichting p. 65). Deze toename lijkt te worden veroorzaakt door de zogenoemde draaideurconstructies, want voor niet-draaideur-constructies blijkt het aandeel reeds sinds 2014 sterk te zijn afgenomen (Memorie van Toelichting p. 65). Voorts zou blijkens onderzoek sprake zijn van een steeds langer verblijf in het tijdelijke uitzendregime (in de zogeheten fasen A en B), waardoor de gemiddelde baanzekerheid is afgenomen (Memorie van Toelichting p. 68). Met de voorgenomen wijzigingen wil de wetgever de periode van onzekerheid voor de werknemer verkorten door de doorstroom naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te stimuleren.

Verwachte doeltreffendheid en doelmatigheid

Uit de kwaliteitseisen voor de regelgeving vloeit voort dat een wet op zijn minst in belangrijke mate moet leiden tot verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. De vraag is echter of voornoemd doel door deze voorgenomen wijzigingen zal worden bereikt. Een verkorting van de ketenregeling in artikel 7:668a lid 1 BW tot 24 maanden bij de invoering van de Wwz werd met de Wab weer verlengd tot 36 maanden.

Verder mag door de voorgenomen wetswijziging geen ongunstige verhouding ontstaan tussen de uit de wet voortvloeiende baten en lasten. Men dient dus ook rekening te houden met uit de wet voortvloeiende onbedoelde neveneffecten (beperken deze wijzigingen de uitzendkracht bijvoorbeeld niet juist bij het vinden van werk?) en met de met de wet gepaard gaande interne en externe beleidslasten, voor zowel bedrijven als de overheid. Ook ten aanzien daarvan hebben wij in ons commentaar op deze voorstellen de nodige vraagtekens geplaatst.

4.1.2. Terminologie

Wij vinden het niet wenselijk dat de regering de term fase A-uitzendovereenkomst en fase B-uitzendovereenkomst in de Memorie van Toelichting gebruikt. Dit zijn juridisch-technische begrippen uit cao's voor uitzendkrachten die niet voorkomen in het Burgerlijk Wetboek. In beleidsdocumenten is het prima als auteurs uitgaan van 'fase A' en 'fase B', maar in een Memorie van Toelichting bij een wetsvoorstel zou met het oog op de duidelijkheid de juridische terminologie uit het BW dienen te worden aangehouden. Oftewel: 'de eerste 26 / 52 weken als bedoeld in artikel 7:691 lid 1 tot met 3 BW' en 'de daaropvolgende periode van 24 / 48 maanden en/of zes uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 7:691 lid 8 BW'.

4.1.3. Ten aanzien van de wijzigingen in de leden 1, 3 en 7 (de verlenging van 26 weken naar 52 weken)

De huidige wettelijke termijnen zijn nu 26 weken en kunnen allemaal bij cao verlengd worden tot maximaal 78 weken. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om de wettelijke termijnen op 52 weken te zetten en de afwijkingsmogelijkheid bij cao te laten vervallen. Opgemerkt zij echter dat lang niet alle werknemers met een uitzendovereenkomst onder de (doorgaans algemeen verbindend verklaarde) ABU CAO voor Uitzendkrachten (hierna: de ABU-cao) vallen, aangezien deze cao een zogeheten "drempelwaarde-bepaling" bevat. Alleen als men voor ten minste 50% van het premieplichtig loon per jaar uitzendt, moet men de ABU-cao toepassen (artikel 1 lid 1 van de ABU-cao). Voor uitzendkrachten die niet onder de ABU-cao (of de NBBU-cao) vallen, betekent de verlenging van 26 weken naar 52 weken daarom dat:

1. het langer duurt voordat de ketenregeling van artikel 7:668a op hen van toepassing is;
2. zij gedurende langere tijd ontslagen kunnen worden zodra de opdrachtgever hen niet meer wil;
3. zij gedurende langere tijd de gevolgen van de regel "geen werk is ook geen loon" moeten ondergaan.

Dit lijkt niet in lijn met het doel van deze wijziging, dat is immers gericht op *verkorting* van de periode van onzekerheid voor de uitzendkracht. De voorgestelde wijzigingen zijn gebaseerd op het SER MLT-advies van juni 2021,[70] waarin staat:

'Om de werk- en inkomenszekerheid van uitzendwerknemers te vergroten, pleit de SER ervoor om de duur van fase A (het uitzendbeding en het onbeperkt gebruik van tijdelijke contracten en uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht (ULV)), wettelijk vast te stellen op 52 gewerkte weken bij een uitzendwerkgever. De mogelijkheid deze termijn bij cao te verlengen, vervalt. Hiermee wordt de maximale duur van fase A verkort van 78 tot 52 weken.'

Zonder nadere toelichting in de Memorie van Toelichting is echter onduidelijk hoe het doel van het wetsvoorstel (beperking van de duur van onzekerheid voor de uitzendkracht) zich verhoudt tot de verlenging van de wettelijke termijn van 26 gewerkte weken naar 52 gewerkte weken. De reden voor de keuze voor één wettelijke termijn (zonder afwijkingsmogelijkheid bij cao), die langer is dan de huidige wettelijke termijn, en bijvoorbeeld niet voor het handhaven van de wettelijke termijn van 26 weken, met mogelijkheid tot verlenging naar 52 weken bij cao, zou wat ons betreft verduidelijkt moeten worden.

4.1.4. Ten aanzien van het nieuwe lid 8 (meerdere uitzendovereenkomsten in fase B)

Tekstueel

De bedoeling is (kennelijk) dat lid 8 pas van toepassing is, nadat de termijn van 52 weken voor 'fase A' is verstreken. Immers, de eerste 52 weken kan men nog een onbeperkt aantal uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd sluiten. Dit staat echter niet in het voorgestelde lid 8, althans niet duidelijk. Er staat '*Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar (…) hebben opgevolgd*' en '*meer dan zes voor bepaalde tijd aangegane uitzendovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd*'. Een uitzendovereenkomst in fase A kan ook een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd zijn. Dit zou betekenen dat fase A uitzendovereenkomsten ook meetellen voor de termijn van 24 maanden en voor het aantal van 6, waardoor fase B nog slechts één jaar zou kunnen duren en (veel) minder dan 6 bepaalde tijd contracten nog mogelijk zijn. Lid 8 dient op dit punt dus aangepast te worden, om te verduidelijken dat de termijn van 24 maanden en het aantal van 6 bepaalde tijd contracten pas gaan tellen na het verstrijken van de termijn van 52 weken op grond van lid 1 en 3.

[70] SER-advies 21/08, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving.

Problematische kanten aan de vervaltermijn van 60 maanden (in zowel artikel 7:668a als 7:691 BW)

De vervaltermijn van (straks) 60 maanden geldt voor uitzendkrachten zowel in Fase A als Fase B. Met name in Fase B vinden wij deze zeer lange vervaltermijn problematisch omdat tussenpozen tussen verschillende bepaalde tijd contracten meetellen voor het berekenen van de termijn van 24 maanden onder artikel 7:691 lid 8 BW. Dit betekent dat uitzendkrachten in bepaalde situaties van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd krijgen terwijl zij pas (zeer) kort voor het uitzendbureau gewerkt hebben. Een voorbeeld:

> *De werkende komt op 1 januari 2028 in dienst van uitzendbureau A o.b.v. een uitzendovereenkomst in Fase A. Op 1 januari 2029 komt hij terecht in Fase B. Dan begint de ketenregeling van artikel 7:668a BW / artikel 7:691 lid 8 BW voor hem te lopen. Vervolgens gaat hij op 1 februari 2029 uit dienst. Hij heeft dan slechts één maand in Fase B gewerkt. Op 1 februari 2032 komt hij weer in dienst van uitzendbureau A. Hij is dan meteen in vaste dienst. Tussen 1 januari 2029 en 1 februari 2032 zijn immers meer dan 24 maanden verstreken terwijl e.e.a. binnen de vervaltermijn van 60 maanden gebeurt.*

Deze zeer lange vervaltermijn heeft de volgende mogelijke (ongewenste) gevolgen.

a) Uitzendbureaus zullen lange tijd nadat een uitzendkracht gestopt is met werken persoonsgegevens van die uitzendkracht moeten blijven bewaren, om bij te kunnen houden in hoeverre de uitzendkracht in de toekomst (na een – mogelijk lange – tussenpoos) nog o.b.v. een tijdelijk contract kan worden aangenomen. Dit op grote schaal blijven verwerken van persoonsgegevens van uitzendkrachten voor het hypothetische geval dat zij in de toekomst ooit nog in dienst zouden treden, lijkt niet in lijn met het uitgangspunt van minimale gegevensverwerking onder de AVG.
b) Uitzendbureaus die de registratie van persoonsgegevens, zoals hiervoor beschreven, niet strikt bijhouden, kunnen onverwachts geconfronteerd worden met uitzendkrachten die ineens voor onbepaalde tijd in dienst zijn. Dit terwijl ze mogelijk slechts kort en lang geleden voor het uitzendbureau gewerkt hebben. Het risico op kleine fouten met grote gevolgen lijkt aanzienlijk.
c) De verwachting is daarom dat in de praktijk uitzendbureaus hun uitzendkrachten in de periode na, kort gezegd, de eerste 3 jaar, tussenpozen in Fase B daarbij inbegrepen, tot aan het verstrijken van de vervaltermijn van vijf jaar, veelal helemaal niet meer zullen aannemen. Oftewel, het voorbeeld van hiervoor: de uitzendkracht werkt een jaar in fase A, dan één maand in fase B, dan 11 maanden niet en vervolgens kan hij in de periode van vier jaar en één maand daarna helemaal niet meer aangenomen worden omdat hij anders direct een contract voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau zou hebben (terwijl hij pas één maand in Fase B gewerkt heeft). Dit leidt tot minder kans op een baan voor de betreffende uitzendkracht (zeker wanneer hij bij één van de grote uitzendbureaus in dienst was). Met name als een uitzendkracht achtereenvolgens gewerkt heeft via verschillende grote uitzendbureaus, zal hij in de betreffende periode tussen de 3 en 5 jaar daarna nauwelijks meer kans maken op werk via een uitzendbureau. Hij kan met andere woorden niet langer gebruik maken van de opstapfunctie van het uitzendbureau. Daarmee dreigt onzes inziens ‘het kind met het badwater te worden weggegooid’.

Ingewikkelder wordt het nog bij de ‘overstap’ naar de inlener. Dan komt men namelijk in het ‘normale’ systeem van artikel 7:668a BW terecht. Op grond van artikel 7:668a lid 1 in combinatie met lid 2 BW tellen dan simpelweg alle voorliggende uitzendovereenkomsten mee indien sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat kan tot absurde situaties leiden. Op grond van artikel 7:691 lid 1 BW tellen voor de fase A-uitzendovereenkomst (zeg maar: de ‘pre-artikel 7:668a BW-fase’) alleen de gewerkte weken mee.

Een voorbeeld:

> *Een uitzendkracht werkt in het jaar 2028 één week voor uitzendbureau A en is door dat uitzendbureau uitgeleend aan bedrijf X. Vervolgens werkt hij nog een keer in 2032 één week voor uitzendbureau A en is wederom uitgeleend aan bedrijf X. Daarna werkt hij in 2036 weer één week via uitzendbureau A en wordt wederom uitgeleend aan bedrijf X. Er ontstaat dan geen uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd want de uitzendkracht heeft pas drie weken gewerkt. Maar als diezelfde uitzendkracht in 2036 rechtstreeks op basis van een arbeidsovereenkomst voor één week in dienst zou treden bij bedrijf X (en daar dezelfde arbeid verricht), converteert die arbeidsovereenkomst op basis van artikel 7:668a lid 1 onderdeel a in combinatie met lid 2 BW van bepaalde tijd direct in onbepaalde tijd. De tussenpozen tussen de verschillende uitzendovereenkomsten zijn immers minder dan 60 maanden geweest en de periode van 36 maanden is ruimschoots overschreden. Bovendien wordt bedrijf X ook gedwongen om tientallen jaren aan administratie bij te houden van alle ooit ingeleende uitzendkrachten.*

Dit voorbeeld toont de (nog) ver(der)gaande complexiteit van de anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming op het moment dat een administratieve vervaltermijn van 60 maanden wordt ingevoerd in artikel 7:668a BW en artikel 7:691 BW. Die complexiteit wordt in belangrijke mate vergroot wanneer tussenpozen tussen verschillende contracten voor bepaalde tijd meegerekend worden voor de periode van 24 maanden uit artikel 7:691 lid 8 BW en 36 maanden uit artikel 7:668a BW.

Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat de regering specifiek met betrekking tot uitzendkrachten afziet van de invoering van de administratieve vervaltermijn van 60 maanden (en de huidige onderbrekingsperiode van ‘meer dan zes maanden’ in de wet laat staan), en in ieder geval afziet van het meenemen van tussenpozen tussen verschillende contracten voor bepaalde tijd bij het berekenen van de periode van 24 maanden uit artikel 7:691 lid 8 BW en 36 maanden uit artikel 7:668a BW mocht de vervaltermijn van 60 maanden er wel komen.

Het doel van de vervaltermijn is kort gezegd het voorkomen van draaideurconstructies. Dit is volgens ons echter met name een probleem als steeds sprake is van terbeschikkingstelling aan één en dezelfde inlener met voortdurende verminderde ontslag-/werknemersbescherming. Ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie (meer specifiek: ECLI:EU:C:2020:823 (JH/KG) en ECLI:EU:C:2022:196 (NP/Daimler)) stelt permanente uitzending naar een en dezelfde inlener met verminderde ontslag-/werknemersbescherming ter discussie. Indien de regering ernaar streeft om vanwege deze rechtspraak nadere regels op te stellen, dan behoort de regering zich vooral te richten op de situatie van *uitlening aan een en dezelfde inlener* en de vraag of de uitzendkracht daarbij voldoende beschermd is om niet te blijven zitten in een regime van verminderde ontslag-/werknemersbescherming. De regering lijkt echter haar doel voorbij te schieten door de vervaltermijn van 60 maanden ook toe te passen op opvolgende uitzendovereenkomsten bij verschillende inleners. Zo is er bijvoorbeeld sprake van doortelling als de uitzendkracht na – bijvoorbeeld – 55 maanden weer voor dezelfde uitzendwerkgever gaat werken, maar wordt uitgeleend aan een andere inlener, en zelfs als daarbij volstrekt andersoortige werkzaamheden worden verricht. Hierbij moet uiteraard wel de kanttekening worden geplaatst dat artikel 7:668a en artikel 7:691 lid 8 BW pas van toepassing zijn als de uitzendkracht 52 weken voor de uitzendonderneming heeft *gewerkt* – alleen de gewerkte weken tellen mee. Maar dan nog: de 60-maanden vervaltermijn leidt tot zulke grote onzekerheid – en al helemaal in combinatie met het meetellen van tussenpozen tussen bepaalde tijd contracten in Fase B – dat dit weleens een behoorlijk obstakel zou kunnen zijn om arbeidskrachten op basis van een tijdelijke arbeids- of uitzendovereenkomst in dienst te nemen, zoals de voorbeelden hiervoor duidelijk aantonen.

4.1.5. Ten aanzien van de verhouding tot artikel 7:688a BW en opvolgend werkgeverschap

Dan nog een punt ten aanzien van de afwijkingsmogelijkheid van opvolgend werkgeverschap zoals opgenomen in het huidige artikel 7:668a lid 6 BW (onder het wetsvoorstel vernummerd naar lid 5 van datzelfde artikel). De huidige afwijkingsmogelijkheid (artikel 7:668a lid 6 BW) is heel ruim geformuleerd. De toevoeging aan lid 5 (thans nog lid 6), zoals opgenomen in het wetsvoorstel, heeft tot gevolg dat bij opvolgend werkgeverschap alleen nog van het *aantal* opvolgende arbeidsovereenkomsten met de vorige werkgever(s) (artikel 7:668a lid 1 onderdeel a BW) kan worden afgeweken, maar niet van de duur van de opvolgende arbeidsovereenkomsten met de vorige werkgever(s) (artikel 7:668a lid 1 onderdeel b BW). In concrete gevallen kan dat nog best ingewikkeld zijn. Een voorbeeld:

> *Een uitzendkracht heeft al zes jaar één uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd en wordt dan (dus na die zes jaar) voor de duur van een week aan een nieuwe inlener uitgeleend (voor die inlener heeft de uitzendkracht niet eerder gewerkt). Vervolgens treedt de uitzendkracht bij de inlener (rechtstreeks) in dienst. Telt voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap binnen de ketenregeling dan die hele periode van zes jaar plus één week mee? Ondanks dat de werknemer maar één week als uitzendkracht voor de inlener (zijn latere werkgever) heeft gewerkt? Of moet men de duur zo opvatten, dat het gaat om de duur dat hij bij de opvolgende werkgever heeft gewerkt? Dus alleen die laatste week?*

Die vragen spelen natuurlijk ook nu al, maar door de voorgestelde beperking van lid 5 (thans lid 6) van artikel 7:668a BW worden die vragen wel pregnanter (want dit soort discussies kunnen niet meer via een cao worden voorkomen). Het wordt er in elk geval niet duidelijker op. Wij kunnen ons voorstellen dat huidige afwijkingsmogelijkheden van opvolgend werkgeverschap wel volledig behouden blijven, in ieder geval voor uitzendwerkgevers, om maatwerk bij cao mogelijk te blijven maken voor deze specifieke sector die per definitie gekenmerkt wordt door een grote mate van flexibiliteit. Indien de wetgever toch voornemens blijft om de afwijkingsmogelijkheid omtrent opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a BW te wijzigen en de afwijkingsmogelijkheid in artikel 7:691 lid 8 sub b BW te schrappen, zal in de Memorie van Toelichting moeten worden toegelicht wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap bij uitzendkrachten en welke perioden met de eerdere uitzendwerkgever wel en niet meetellen.

4.2. Commentaar bij artikel 8 Waadi (nieuw)

4.2.1. Algemeen

Artikel 8 lid 1 Waadi bepaalt dat de arbeidskracht, die niet in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt met betrekking tot (a) het loon en overige vergoedingen en (b) de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen. Dit zijn de zogenoemde essentiële arbeidsvoorwaarden.

In het wetsontwerp wordt voorgesteld om ten aanzien van de overige arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht een nieuw lid 4 toe te voegen waarin de eis wordt gesteld dat deze ten minste gelijkwaardig zijn aan de arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Het tweede lid is daarop van overeenkomstige toepassing.

Verder wordt voorgesteld om een nieuw lid 5 in te voeren, waarin de afwijkingsmogelijkheid bij cao (in het oude lid 4) ten aanzien van lid 1 tot en met 3 alleen nog maar mogelijk zal zijn bij uitleners-cao, met daarbij de randvoorwaarde dat ‘het totaal aan arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, ten minste gelijkwaardig is’. Nu kan nog zowel bij uitleners-cao als bij inleners-cao volledig worden afgeweken van lid 1. Het oude lid 6, dat ook gaat over de afwijking bij inleners-cao, vervalt.

Doel wijzigingen

De invoering van deze wijziging blijkt te zijn gebaseerd op het SER MLT-advies, waarin staat:

'Uitzendwerk dient niet te worden gebruikt om arbeidskosten te verlagen of arbeidsrechtelijke risico's uit de weg te gaan. Dit kan worden bereikt wanneer uitzendwerknemers recht krijgen op tenminste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die gelden bij de inlener. Hiertoe dient de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI, artikel 8 dat nu nog ruimte geeft om af te wijken) te worden aangepast. Hierin moet worden vastgelegd dat het totaal aan arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht vanaf de eerste werkdag tenminste gelijkwaardig is aan het totaal aan arbeidsvoorwaarden van werknemers in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. De uitwerking hiervan ligt bij sociale partners.'[71]

In paragraaf 2.3 van de Memorie van Toelichting staat het volgende:

'Bij uitzenden wordt vanwege de verplichting tot gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden voorkomen dat het een goedkopere vluchtroute is. Aangezien uitzenden hierdoor duurder wordt dan het thans is, wordt het niet goedkoper dan het aannemen van eigen personeel.'

In de Memorie van Toelichting wordt in paragraaf 5.2.3 voorts opgemerkt:

'Doordat niet alle arbeidsvoorwaarden ten minste dezelfde hoeven te zijn, kan concurrentie op arbeidsvoorwaarden plaatsvinden. Dit maakt dat uitzendkrachten goedkoper zijn voor een inlener dan het in dienst nemen van werknemers. De inlenende onderneming hoeft aan de uitzendkracht immers niet alle arbeidsvoorwaarden te geven die hij wel aan zijn eigen werknemers dient te geven, bijvoorbeeld op basis van een cao. Uurlonen van uitzendwerknemers zijn in de loop van de tijd meer vergelijkbaar geworden met de uurlonen van werknemers in tijdelijke loondienst die dezelfde werkzaamheden verrichten, maar (beide) blijven nog wel achter op de uurlonen van werknemers in vaste loondienst die dezelfde werkzaamheden verrichten. Uitzendwerk lijkt een opstap naar ander werk en naar meer uren, maar niet een opstap naar een beter betaalde baan. De 'pay gap' van uitzendwerk ligt zo rond de 15 procent op korte termijn. Ook op langere termijn blijft het verschil zo groot.'

Doeltreffendheid en doelmatigheid

De regering lijkt ervan uit te gaan dat het inlenen van arbeidskrachten op dit moment goedkoper is voor de ondernemer, dan het rechtstreeks in dienst nemen van deze arbeidskrachten, omdat niet alle arbeidsvoorwaarden van de inlener één-op-één worden toegepast. De vraag is of dit een juiste aanname is en of de wetgever hier wel een bestaand probleem probeert op te lossen. Feitelijk worden in de Memorie van Toelichting drie verschillende punten aangekaart:

1) uitzendkrachten hebben gemiddeld een lager uurloon dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst bij de inlener;
2) uitzendkrachten zijn goedkoper voor een inlener dan het in dienst nemen van werknemers;
3) er vindt concurrentie op arbeidsvoorwaarden plaats tussen uitzendkrachten en werknemers in dienst van de inlener.

Wat het lagere uurloon van de uitzendkracht betreft, dit uurloon is nu al onderdeel van de essentiële arbeidsvoorwaarden uit artikel 8 Waadi (en evenzo van de inlenersbeloning). Het verschil in uurloon zou mogelijk beter verklaard kunnen worden door jarenlange periodieke verhogingen die werknemers in (inmiddels) vaste dienst hebben ontvangen.

---

71 SER-advies 21/08, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving. p. 19-20.

Daarbij zij opgemerkt dat in de ABU-cao juist daarom recent bepalingen zijn opgenomen die de inschaling van relevante werkervaring en het meerekenen van periodieke verhogingen bij terugkeer regelen.

Wat het tweede punt betreft, het volgende. Het klopt dat uitzendkrachten op grond van de huidige ABU-cao geen recht hebben op *alle* arbeidsvoorwaarden die toekomen aan werknemers in dienst van de inlener. Dit verschil is in de loop der jaren echter steeds kleiner geworden (uitgaande van de ABU-cao), nu de elementen van de inlenersbeloning steeds verder zijn uitgebreid. Met ingang van 1 juli 2023 wordt ook vanaf de eerste werkdag pensioen bij StiPP opgebouwd. De kostprijs van de inhuur van een uitzendkracht wordt bovendien door veel meer bepaald dan de kosten van de arbeidsvoorwaarden. Een uitzendbureau rekent immers bovenop het loon van de uitzendkracht een vergoeding voor alle directe en indirecte kosten van haar werkgeversrol, alsmede een marge voor haar dienstverlening. In die vergoeding zitten onder andere verrekend: de pensioenpremies voor StiPP, de gedifferentieerde premies voor de Werkhervattingskas (ZW en WGA) in de dure sector 52, de uit de ABU-cao (of NBBU-cao) en het Cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche voortvloeiende bestedingsverplichting duurzame inzetbaarheid (scholing) en de premies voor het sociaal fonds (SFU) en voor de PAWW (private aanvulling WW en WGA en de loondoorbetaling bij ziekte dan wel aanvulling van de Ziektewetuitkering). Daarnaast zijn er beloningselementen die naast de elementen van de inlenersbeloning voortvloeien uit de ABU-cao zelf, zoals 25 vakantiedagen en een vakantiebijslag van 8,33%. Deze kunnen duurder zijn dan de regeling die op deze punten geldt bij de inlener. Navraag bij werkgeversorganisaties in de uitzendbranche leert dan ook dat uitzenden niet of nauwelijks kostenvoordeel oplevert.[72] Als tevens rekening gehouden wordt met de marge voor het uitzendbureau, dan zal het voor een inlener veelal duurder zijn om een uitzendkracht in te huren dan om een werknemer rechtstreeks in dienst te nemen.

De vraag is dan ook of het derde punt wel klopt. Immers, concurrentie op arbeidsvoorwaarden kan alleen een reden zijn voor inleners om uitzendkrachten in te lenen als dit daadwerkelijk leidt tot minder kosten vergeleken met het rechtstreeks in dienst nemen van werknemers. Maar, zoals hierboven uitgelegd, die lagere kosten zijn er niet. Er zijn echter andere redenen om te kiezen voor uitzendkrachten: vaak zit de drijfveer voor de inhuur van uitzendkrachten niet in de kostprijs (dikwijls is het juist duurder), maar in de flexibiliteit die uitzenden biedt. Dit bestaat ten eerste uit de allocatiefunctie van uitzendbureaus (het bij elkaar brengen van vraag en aanbod) waardoor zij – ook op korte termijn – arbeidskrachten ter beschikking kunnen stellen. Zeker bij een fase A-uitzendovereenkomst (want: geen arbeid, geen loon en uitzendbeding) en meer opvolgende overeenkomsten in fase B (in verhouding tot een reguliere arbeidsovereenkomst) is er ook meer flexibiliteit in een bestaande arbeidsrelatie. Een ander voordeel bestaat uit het overnemen van werkgeversverantwoordelijkheden bij arbeidsongeschiktheid. Dit wordt bevestigd in het SEO-onderzoek naar de economische en maatschappelijke waarde van uitzendwerk (2019). En wat men daar ook van moge vinden: die voordelen houden geen verband met de gelijkstelling van *arbeidsvoorwaarden* zoals bedoeld in artikel 8 Waadi. Naar onze mening kan de ‘goedkope vluchtroute’ dan ook geen valide argument zijn om artikel 8 Waadi aan te passen.

Echter, omdat de regering die goedkopere vluchtroute als een van de belangrijkste rechtvaardigingen aandraagt voor de volledige arbeidsvoorwaardelijke gelijkstelling van uitzendkrachten, dient de Memorie van Toelichting onzes inziens op dit onderdeel aanzienlijk beter te worden onderbouwd, dan wel dient van het voorstel in de huidige vorm te worden afgezien. Te meer daar er aanzienlijke lasten aan zijn verbonden voor zowel bedrijven als voor de overheid (de arbeidsinspectie en de rechterlijke macht). Hier zullen wij in het vervolg van ons commentaar nog bij stilstaan.

[72] Uiteraard zijn er daarbij verschillen in functie en sector.

4.2.2. Ten aanzien van de nieuwe leden 4 en 5

Essentiële arbeidsvoorwaarden

Hoewel de wettekst het woord 'essentiële arbeidsvoorwaarden' niet noemt, zijn de in lid 1 genoemde arbeidsvoorwaarden wel als zodanig te kwalificeren. Lid 1 is namelijk een implementatie van artikel 5 lid 1 Uitzendrichtlijn en artikel 3 lid 1 sub f Uitzendrichtlijn geeft een definitie van het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden'. Deze worden gedefinieerd als volgt:

'De in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot:

i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen;
ii) de bezoldiging.'

De Memorie van Toelichting vermeldt dat loon en overige vergoedingen als essentiële arbeidsvoorwaarden worden beschouwd en (bijvoorbeeld) pensioen, scholing en bovenwettelijke regelingen bij ontslag niet. Wij denken dat het goed is als de regering – wellicht aan de hand van voorbeelden – nader uitwerkt, wat wel of geen essentiële arbeidsvoorwaarden zijn (met de uitdrukkelijke kanttekening dat het uiteindelijk het Hof van Justitie is die daarover per arbeidsvoorwaarde een oordeel kan geven).

Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 8 Waadi blijkt dat met loon gedoeld wordt op loonbetaling in dezelfde schaal als die welke van toepassing is op werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming. Met het begrip 'overige vergoedingen' wordt gedoeld op vergoedingen voor reisuren, reiskosten, pensionkosten, koffiegeld en andere noodzakelijk te achten kostenvergoedingen.[73] In de jurisprudentie zien we dat er nog wel wat meer componenten onder geschaard worden, zoals periodieken en toeslagen, waarbij het bij toeslagen gaat om toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, ploegendienst en andere inconveniënten, bepaalde vormen van resultaatafhankelijke beloning en prestatieverhogingen[74] en een bonus die gekoppeld is aan het bedrijfsresultaat,[75] hoewel de jurisprudentie op verschillende punten niet consistent is. De toeslagen worden geacht deel uit te maken van het periodeloon. Een eindejaarsuitkering valt er echter niet onder, omdat die niet standaard periodiek als (extra) beloning voor gewerkte uren wordt uitgekeerd.[76] Ook pensioen-[77], vut-, WAO- en WAO-gat-regelingen en 'goede doelen'[78] vallen er blijkens de jurisprudentie niet onder.[79]

Uitruilproblematiek

Als het gaat om de essentiële arbeidsvoorwaarden, is het, blijkens het wetsvoorstel, de bedoeling dat:

a) als er geen uitleen-cao is met een afwijkende regeling op dit punt, deze ten minste hetzelfde moeten zijn voor de uitzendkracht als voor de eigen werknemers van de inlener (lid 1);

---

73 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 20.

74 Gerechtshof Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:253, JAR 2023/101.

75 Ktr. Rotterdam 25 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6192. Bevestigd in gerechtshof Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:253.

76 Hof Den Haag, 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:21. Anders Ktr. Rotterdam 25 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6192, die een eenmalige uitkering er wél onder vond vallen.

77 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 5, p. 14, alhoewel het aanbeveling verdient om te kijken of het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds van de inlener bepalingen bevat die voorschrijven dat ook ingeleende krachten onder de werking ervan vallen. Zie bv. Rb. Zutphen 7 februari 2002, JAR 2002/80.

78 Die goede doelen worden genoemd in Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 5, p. 15. Niet wordt uitgelegd wat daar precies onder wordt verstaan.

79 Ktr. Rotterdam 8 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2500.

b) als er wel een uitleen-cao is met een afwijkende regeling op dit punt, deze in hun totaliteit ten minste gelijkwaardig dienen te zijn aan die van de eigen werknemers van de inlener (voorgestelde lid 5).

Het genoemde onder sub a wijkt niet af van de huidige regeling. Het genoemde onder sub b wel (want momenteel is de mogelijkheid van afwijking bij (uitleen-)cao ongeclausuleerd). Deze wijziging leidt ons inziens in de huidige vorm en met de huidige (beperkte) toelichting tot problemen in de uitvoerbaarheid die naar verwachting niet zullen opwegen tegen de verwachte voordelen in het licht van het nagestreefde doel. Wij lichten dat hieronder toe.

Het woord 'gelijkwaardig' zien we ook terug in het nieuwe lid 4 waar het gaat om de niet-essentiële arbeidsvoorwaarden. Van die regel mag niet bij cao worden afgeweken, zo lijkt uit de tekst van artikel 8 te volgen. De afwijkingsmogelijkheid die lid 5 biedt ziet immers alleen maar op de essentiële arbeidsvoorwaarden. Toch wordt in de Memorie van Toelichting ook gezegd dat de niet-essentiële arbeidsvoorwaarden uitgeruild mogen worden tegen essentiële arbeidsvoorwaarden (p. 76). Op dit punt bestaat daardoor onduidelijkheid.

Wat is gelijkwaardig?

Wij voorzien grote problemen met de invoering van het begrip "gelijkwaardig" in zowel de context van de essentiële als de niet-essentiële arbeidsvoorwaarden. De vraag is namelijk hoe kan worden vastgesteld of sprake is van gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden. Volgens de Memorie van Toelichting [80] is dit aan sociale partners. Dit neemt echter niet weg dat in rechte getoetst zal kunnen worden of daadwerkelijk sprake is van gelijkwaardigheid, en of dus voldaan is aan de wettelijke regeling, ook als daarvoor een bepaling is opgenomen in een toepasselijke cao.

De Memorie van Toelichting spreekt over:

'*een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken. Hiermee wordt aangesloten bij de werkwijze van een eerdere gelijkwaardige voorziening, te weten de billijke vergoeding in plaats van de transitievergoeding.*'

Verwezen wordt naar een beschikking van de Hoge Raad (HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449) waarin een dergelijke toets plaatsvindt. De beschikking handelt over een in een cao opgenomen voorziening die gelijkwaardig wordt geacht aan de wettelijke transitievergoeding. De HR hanteert bij de beoordeling van gelijkwaardigheid het volgende uitgangspunt (r.o. 4.3.6):

'*Bij de beoordeling of een in een cao opgenomen voorziening gelijkwaardig is aan de wettelijke transitievergoeding, is uitgangspunt dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gekapitaliseerde potentiële waarde van de voorziening waarop de desbetreffende werknemer volgens de cao wegens die beëindiging recht heeft, en de transitievergoeding waarop die werknemer volgens de wettelijke regeling recht zou hebben. Dit maakt het mogelijk om ook voorzieningen die in fasen worden gerealiseerd en waarvan het eindtijdstip onzeker is (zoals periodieke betalingen die zijn gekoppeld aan een concrete periode van werkloosheid of arbeidsongeschiktheid) direct te onderzoeken op gelijkwaardigheid aan de wettelijke transitievergoeding […]*'

Voor de bepaling of er sprake is van gelijkwaardigheid moet volgens de Memorie van Toelichting worden gekeken:

[80] Zie bijvoorbeeld p. 76 van de Memorie van Toelichting.

'*naar de waarde van deze arbeidsvoorwaarden, waarmee arbeidsvoorwaarden op geld waardeerbaar dienen te zijn.*'

Daarbij dient ook rekening te worden gehouden met toekomstige voorzieningen, dat wil zeggen: voorzieningen die een werknemer in een gelijke of gelijkwaardige functie bij de inlener op dat moment al daadwerkelijk opbouwt, maar waar de uitzendkracht geen mogelijkheid toe heeft.

De vraag is nu of de benaderingswijze van de Hoge Raad ook bruikbaar is voor alle andere beloningselementen dan een transitievergoeding. De waarde van een cao-voorziening die in de plaats komt van de wettelijke transitievergoeding zal namelijk tamelijk eenduidig per tijdseenheid te berekenen zijn (op basis van inkomen en arbeidsduur) en is bovendien eenduidig te vergelijken met het bedrag aan wettelijke transitievergoeding op een bepaalde datum. Veel beloningselementen hebben echter niet zo'n eenduidige waarde als de wettelijke transitievergoeding.

In de Memorie van Toelichting (p. 77) wordt aandacht besteed aan de situatie dat geen (uitzend-)cao bij de uitlener van toepassing is:

'Indien geen cao van toepassing is, dienen overige arbeidsvoorwaarden ten minste gelijkwaardig te zijn aan de arbeidsvoorwaarden van een werknemer in een gelijke/gelijkwaardige functie in dienst bij de inlener. In dit geval dient de werkgever in de uitzendovereenkomst vast te leggen hoe deze gelijkwaardigheid wordt vormgegeven.'

De situatie dat geen (uitzend-)cao van toepassing is, kan zich voordoen in een cao-loze periode, een AVV-loze periode bij ondernemingen die niet door lidmaatschap gebonden zijn of in het geval een uitzendende onderneming niet onder de werkingssfeer van de ABU-cao valt doordat bijvoorbeeld (al dan niet tijdelijk) voor minder dan 50% van de loonsom wordt uitgezonden.

Vastlegging in de uitzendovereenkomst lijkt ons echter problematisch. In de praktijk blijkt het al ingewikkeld om de huidige (10) elementen van de inlenersbeloning uit de ABU-cao goed vast te stellen. Het lijkt weinig realistisch dat de uitzendonderneming en uitzendkracht, zeker bij een serie kortdurende uitzendingen in zeer uiteenlopende inlenende sectoren, in de uitzendovereenkomst overeenkomen hoe een gelijkwaardig pakket aan arbeidsvoorwaarden eruitziet. Dat zal dan steeds per uitzending moeten plaatsvinden. Daar komt bij dat de beloningselementen doorgaans niet in de uitzendovereenkomst, maar in (eenzijdig door de uitzendonderneming opgestelde) uitzendbevestigingen worden gecommuniceerd aan de uitzendkracht. Dit gebeurt niet zelden onder tijdsdruk. Er is dan sprake van een algemene uitzendovereenkomst en op verschillende uitzendingen toegespitste uitzendbevestigingen. In de praktijk zal de noodzaak van een pakketvergelijking per arbeidsvoorwaarde en per inlener derhalve leiden tot aanzienlijke extra lasten en risico's voor de uitzendwerkgever.

Enkele praktijkvoorbeelden

Een aantal praktijkvoorbeelden van beloningselementen kunnen dit verhelderen:

Voorbeeld 1: waardering van voorwaardelijke aanspraken

De Cao Rijk kent een mogelijkheid tot declaratie van € 750 in vijf kalenderjaren voor de inrichting van de thuiswerkplek en/of verduurzaming van de woning. Aanvullend kan maximaal € 750 van het Individueel Keuze Budget worden ingezet. Een werknemer die binnen een jaar nadat gebruik is gemaakt van (een deel van) de vergoeding uit dienst gaat, moet het ontvangen bedrag terugbetalen. Hoe moet deze voorziening worden gewaardeerd?

Voorbeeld 2: waarde van collectieve of bedrijfsspecifieke regelingen

Grotere werkgevers hebben afspraken met verzekeraars over premiekortingen bij collectieve verzekeringen of speciale verzekeringsvoorwaarden. Naar mag worden aangenomen, gelden die

afspraken niet voor uitzendkrachten die bij die inleners te werk worden gesteld. Hoe moet de waarde van die afspraken worden vastgesteld?

Voorbeeld 3: regelingen die samenhangen met het zijn van werknemer van de inlener.

Denk aan een structurele kwartaalbonus omdat een werknemer (van de inlener) zich niet heeft ziekgemeld of een periodieke retentiebonus omdat een werknemer werkzaam is gebleven bij de werkgever. Krijgt een uitzendkracht ook recht op deze bonussen?

De Memorie van Toelichting zegt over gelijkwaardigheid en 'toekomstige' arbeidsvoorwaarden:

'*Hierbij dient tevens rekening te worden gehouden met toekomstige voorzieningen. Wat betekent dat bij de bepaling van wat als gelijkwaardig moet worden gezien, ook wordt gekeken naar arbeidsvoorwaarden die in de toekomst worden toegekend. Hiermee wordt bedoeld dat als bij de inlenende onderneming een bepaalde voorziening kan worden opgebouwd, waar de uitzendkracht geen mogelijkheid toe heeft, dit moet worden meegenomen. Dit gaat niet zo ver dat moet worden gekeken naar voorzieningen waar de gelijke/gelijkwaardige werknemer bij de inlener nu geen aanspraak op kan maken, maar (mogelijk) in de toekomst wel.*'

Betekent dit bijvoorbeeld dat de uitzendkracht geen recht heeft op compensatie voor de arbeidsvoorwaarde uit voorbeeld 1? Duidelijk is dat ons inziens niet. Een als met "toekomstige voorzieningen" bedoeld wordt voorzieningen die men opbouwt naarmate men langer in dienst is (zoals bijvoorbeeld een jubileum-uitkering), is dat eveneens lastig om voor uitzendkrachten te bepalen. In feite zijn alle anciënniteitsafhankelijke bepalingen slecht uitvoerbaar in een uitzendrelatie.

Voorts zal volgens de Memorie van Toelichting ook pensioen meegenomen moeten worden in de vergelijking van (niet-essentiële) gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden. Dit is in de praktijk zeer moeilijk uitvoerbaar. Hoe waardeer je immers (de deelname aan) een pensioenregeling? Daadwerkelijke deelname van de uitzendkracht aan de pensioenregeling van de inlener zal veelal niet mogelijk zijn. De moeilijkheden rondom pensioen werden onder de Wab erkend, en derhalve bestaat voor payrollwerknemers een uitzondering ten aanzien van pensioen: er moet slechts sprake zijn van een adequate pensioenregeling en er worden nadere regels gesteld over hoe dit bepaald moet worden. Niet alle aspecten van de pensioenregeling worden daarbij meegenomen. Op dit punt zou de regeling voor uitzendkrachten dus (deels) complexer worden dan voor payrollwerknemers, wat ons niet de bedoeling lijkt.

Wanneer men bedenkt dat uitzendperiodes heel kort kunnen zijn, lijkt het afsluiten van een 'gelijkwaardige pensioenregeling' in de meeste gevallen, voor zover al mogelijk, geen toegevoegde waarde te hebben. In die gevallen zal het dan dus aangewezen zijn de bestaande pensioenregeling (bij StiPP, indien de werkgever onder werkingssfeer van StiPP valt), indien en voor zover minder gunstig dan de regeling bij de inlener, of afwezige pensioenregeling te compenseren door andere arbeidsvoorwaarden op te plussen.

Men bedenke daarbij dat in de uitzendbranche gerekend wordt met uurbeloningen. Alle beloningselementen moeten worden omgerekend naar een loon op uurbasis (en uurtarief), daarbij rekening houdend met de normale arbeidsduur bij de inlener. Ook indien niet tevoren vaststaat hoe lang de uitzending bij de betreffende inlener zal duren, zal een beloningselement in het loon op uurbasis moeten worden verwerkt. Bij de essentiële arbeidsvoorwaarden blijkt dat in de praktijk dikwijls al erg ingewikkeld. Zo is lang niet in alle cao's een uurloon opgenomen en is lang niet in alle cao's de normale arbeidsduur eenduidig te bepalen. Een berucht, met het voorgaande samenhangend praktijkvoorbeeld is de berekening van de waarde van arbeidsduur-/arbeidstijdverkorting op uurbasis, waarbij rekening gehouden moet worden met het aantal werkbare dagen op jaarbasis, hetgeen

resulteert in een grote diversiteit aan berekeningen. Bij dit alles dient bedacht te worden dat de cao-partijen uit de genoemde beschikking[81] bij het afspreken van de cao-voorziening precies voor ogen hebben (gehad) welke waarde de voorziening zou moeten vertegenwoordigen, namelijk: de wettelijke transitievergoeding. Een algemene regeling die geldt voor alle mogelijke, nog onbekende beloningselementen bij alle mogelijke, nog onbekende inleners is echter een heel ander verhaal.

Bedacht moet ook worden dat lang niet bij alle inleners een cao van kracht is en er een enorme variëteit aan eigen regelingen bestaat, al dan niet bovenop een cao. Bovendien dient de gelijkwaardigheidstoets bij iedere uitzending plaats te vinden, hoe kort deze uitzending ook is. In de situatie dat er bij de uitlener geen cao van toepassing is (bijvoorbeeld in een AVV-loze periode of omdat de uitlener niet onder een werkingssfeer valt), zal de uitlener zelf een gelijkwaardig pakket aan niet-essentiële arbeidsvoorwaarden[82] moeten samenstellen, per uitzendkracht en per uitzending/inlener. Dit alles maakt de vaststelling van de waarde van alle arbeidsvoorwaarden buitengewoon complex en arbeidsintensief, zo niet praktisch onuitvoerbaar. In de Memorie van Toelichting wordt ook aangegeven dat de sociale partners in de uitleen-cao dienen vast te leggen hoe de gelijkwaardigheid vormgegeven moet worden.

Stel dat de ABU-cao gebruik gaat maken van de afwijkingsmogelijkheid voor essentiële arbeidsvoorwaarden. Dan zal dus per inlener bekeken moeten worden welke essentiële arbeidsvoorwaarden tegen elkaar kunnen worden uitgeruild. Nu is het nog zo dat de ABU-cao voorschrijft welke componenten van de inlenersbeloning betaald worden. En dan kan het dus zijn dat de uitzendkracht bepaalde looncomponenten niet krijgt die de eigen werknemers van die inlener wel krijgen. Straks echter, zal de ABU-cao moeten bepalen welke andere essentiële arbeidsvoorwaarden daarvoor uitgeruild kunnen worden, waarbij het ook nog eens zo is dat het totale pakket aan essentiële arbeidsvoorwaarden gelijkwaardig moet zijn. Maar dat zal per inlener verschillen. Wij denken daarom dat de sociale partners niet reeds bij voorbaat kunnen vastleggen dat het loon uit een beperkt aantal componenten bestaat, maar dat de uitzendkracht daarvoor in ruil bijvoorbeeld 10 extra vakantiedagen krijgt ten opzichte van die van de werknemers in dienst van de inlener. Zij kunnen op dat moment immers niet weten of dat onder de streep een gelijkwaardig pakket aan essentiële arbeidsvoorwaarden gaat opleveren. Anderzijds kunnen in de uitzendcao('s) uiteraard ook niet talloze concrete pakketvergelijkingen worden opgenomen. Wij zien dan ook niet hoe dit in de uitzendcao('s) op een juiste en werkbare manier vorm kan worden gegeven.

Internationale aspecten

Voor het buitenlandse uitzendbureau (dat in de EU is gevestigd), zal deze regeling ook gaan gelden. De Waadi geldt namelijk op grond van artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn ook voor hen. Dus ook in geval van kortdurende uitzending naar Nederland zal het buitenlandse uitzendbureau artikel 8 Waadi in acht moeten nemen. En als dan van lid 1 mag worden afgeweken middels uitleen-cao zal dat dus ook gelden met betrekking tot de eventuele cao van een buitenlands uitzendbureau. Op grond van de Detacheringsrichtlijn hebben gedetacheerde werknemers recht op een aantal arbeidsvoorwaarden (de zogenoemde 'harde kern'). Tot die harde kern behoort de beloning. De hoogte daarvan kan neergelegd zijn in de wet of in algemeen verbindend verklaarde cao's. Teneinde goed te kunnen voldoen aan die eis wordt in overweging 21 van de (gewijzigde) Detacheringsrichtlijn aangegeven dat de componenten van de beloning en andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die voortvloeien uit het nationaal recht of collectieve arbeidsovereenkomsten als bedoeld in deze richtlijn, duidelijk en transparant moeten zijn voor alle ondernemingen en ter beschikking gestelde werknemers. Als er geen cao is dan geldt altijd het loon zoals beschreven in de Wet op het minimumloon dat de dienstverrichter zal moeten betalen. Dat loonbegrip is inmiddels wel duidelijk. Is er een AVV cao dan zal ook daar vaak duidelijk in staan uit welke componenten het loon bestaat. Is er geen AVV cao dan kan de eigen cao

81 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449.

82 Essentiele arbeidsvoorwaarden moeten in dat geval gelijk zijn.

van de buitenlandse dienstverrichter bepalen waaruit het loon bestaat (met als ondergrens het wettelijke minimumloon). Probleem is echter dat het loonbegrip van artikel 8 lid 1 Waadi nog niet heel duidelijk is. Dat was altijd al zo maar nu kan men nog van artikel 8 lid 1 Waadi afwijken bij cao. Ergo: als er in de uitleen-cao duidelijk staat wat de looncomponenten zijn dan past het buitenlandse uitzendbureau die toe en voldoet ze aan artikel 8 Waadi. Na invoering van dit wetsvoorstel mag afwijking via de uitleen-cao nog steeds, maar heeft het buitenlandse uitzendbureau niet de garantie dat ze daarmee voldoet aan artikel 8 Waadi. Immers, er dient gelijkwaardigheid te zijn met andere essentiële arbeidsvoorwaarden in die cao. Maar hoe bepaal je die gelijkwaardigheid als nog steeds niet duidelijk is waarmee je precies moet vergelijken omdat het loonbegrip van artikel 8 lid 1 Waadi nog steeds niet duidelijk is? (Voor de volledigheid: op dit punt zien we geen strijd met het vrij verkeer van diensten omdat de hierboven beschreven problematiek ook geldt voor Nederlandse uitzendbureaus.)

Er is echter wel een verschil als het gaat om de relatie met artikel 2a Wet AVV. Het probleem dat er twee cao's van toepassing kunnen zijn, is namelijk nog niet geheel opgelost met de voorgestelde tekst van artikel 8 Waadi. Het buitenlandse uitzendbureau kan natuurlijk zijn eigen cao toepassen, maar zal daarnaast ook rekening hebben te houden met de kernbepalingen uit een eventueel van toepassing zijnde Nederlandse algemeen verbindend verklaarde cao op grond van artikel 2a Wet AVV. Stel dat men in die algemeen verbindend verklaarde cao ook gebruik heeft gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 8 lid 5, welke cao gaat dan voor? Bepleit zou kunnen worden dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen prevaleren, tenzij en voorzover de cao van de buitenlandse dienstverrichter gunstiger is. Maar hoe gaat men dat bepalen als nu al niet duidelijk is hoe de afwijkingsmogelijkheid in de Nederlandse uitzend-cao eruit moet komen te zien? Kortom: de buitenlandse dienstverrichter moet straks in sommige gevallen niet één maar twee gelijkwaardige pakketten gaan vergelijken met het pakket van de inlener. En als er in de AVV cao geen gebruik is gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid, maar in de cao van de dienstverlener wel, gaat de AVV cao dan toch voor? Op grond van het gunstigheidsbeginsel zou bepleit kunnen worden van wel maar duidelijk is dat niet.

Wij voorzien daarom dat hier veel discussie over kan ontstaan. Een cao mag namelijk niet in strijd zijn met de wet en daardoor zou het kunnen gebeuren dat bepaalde cao-afspraken met betrekking tot de uitruil door de rechter in strijd worden geacht met deze randvoorwaarde uit het nieuwe artikel 8 lid 5. Het bovenstaande geldt niet alleen voor vaststelling van gelijkwaardigheid 'aan de voorkant' (voorafgaand aan de uitzending, in de overeenkomst of uitzendbevestiging), maar ook voor toetsing 'aan de achterkant', door rechters, maar ook door cao-handhavers als de SNCU. De toetsing van de gelijkwaardigheid van het gehele pakket lijkt problematisch, zeker bij collectieve toetsing zoals deze plaatsvindt door de SNCU. Dit onderdeel van het wetsvoorstel behoeft betere doordenking.

Rechtvaardiging voor extra werkgeverslasten

De regering dient er dus rekening mee te houden dat de volledige gelijkstelling voor uitzendwerkgevers een bijzondere complexiteit en verhoging van hun administratieve lasten met zich brengt.

Dit gaat ook verder dan de Uitzendrichtlijn (die alleen een gelijkstelling ten aanzien van *essentiële* arbeidsvoorwaarden voorschrijft). En daarbij is niet alleen van belang dat bij de implementatie van de Uitzendrichtlijn door de wetgever juist uitdrukkelijk is gekozen voor een zogeheten implementatie 'zonder kop' (dus geen extra nationale bescherming), maar er moet ook worden gelet op artikel 4 Uitzendrichtlijn. De volledige arbeidsvoorwaardelijke gelijkstelling kan mogelijk leiden tot een beperking van de inzet van uitzendkrachten en dat vereist op grond van artikel 4 Uitzendrichtlijn een stevige onderbouwing op grond van het algemeen belang. Gewezen zij in dit verband met name op het belang van de allocatiefunctie van uitzendbureaus, zoals die aan de regeling van de uitzendovereenkomst ten grondslag ligt.[83] Ook blijkens de Memorie van Toelichting zijn 'piek- en ziek' voor de meeste inleners nog altijd de belangrijkste reden voor het inhuren van uitzendkrachten (p. 64). Er dient voor te worden gewaakt dat deze functie, alsmede de opstapfunctie voor de uitzendkracht naar (op termijn) vast werk, door de voorgestelde wijzigingen wordt ondermijnd.

---

[83] Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3 p. 10.

Voorstel voor alternatieve regeling

Wij zouden in het licht van het voorgaande willen bepleiten om met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden in de Memorie van Toelichting duidelijker te maken hoe de afwijkingsmogelijkheid bij cao kan worden ingevuld. Wij kunnen ons bijvoorbeeld voorstellen dat duidelijk gemaakt wordt dat alleen loon en overige vergoedingen tegen elkaar uitgeruild kunnen worden, en de arbeidsduur componenten ook alleen tegen elkaar uitgeruild kunnen worden. Op die manier worden in ieder geval appels met appels en peren met peren vergeleken, waardoor naar verwachting de duidelijkheid en voorspelbaarheid significant worden vergroot. Daarbij zou de wetgever ook duidelijk moeten maken wat precies onder het loon en overige vergoedingen in de zin van artikel 8 lid 1 Waadi dient te worden begrepen, zodat het een (min of meer) afgebakend pakket wordt dat vergeleken moet worden. Een alternatief zou ook nog kunnen zijn om te bepalen dat er voor wat betreft de essentiële arbeidsvoorwaarden helemaal geen afwijkingsmogelijkgheid bij cao is.

Als het gaat om de eis van de gelijkwaardigheid van niet-essentiële arbeidsvoorwaarden, zien wij een minder sterke rechtvaardiging voor de aanzienlijke additionele werkgeverslasten die deze regeling naar verwachting met zich meebrengt. Ons lijkt het daarom beter om te bepalen dat men bij uitleen-cao mag afwijken van het voorgestelde lid 4, zonder dat als vereiste wordt gesteld dat die afwijking (die dus uitsluitend ziet op niet-essentiële arbeidsvoorwaarden) moet plaatsvinden via een gelijkwaardige uitruil. Is er geen uitleen-cao van toepassing, dan zou afwijking bij inleen-cao mogelijk moeten zijn, zodat duidelijk is dat er altijd maar een “afwijkings-cao” geldt. Wij zouden ons daarbij ook kunnen voorstellen dat die afwijking leidt tot een afwijking waarbij als ‘compensatie’ voor het (eventueel) niet (volledig) één-op-één toepassen van de overige arbeidsvoorwaarden een forfaitair bedrag of percentage als compensatie bij cao wordt afgesproken (maar dat zou uiteraard aan sociale partners zijn).

4.2.3. Handhaving

In de Memorie van Toelichting is aandacht voor de rol van de Arbeidsinspectie, als toezichthouder op de Waadi. Op basis van een melding (ex artikel 15 Waadi) kan de Arbeidsinspectie onder meer toetsen of artikel 8 Waadi wordt nageleefd. De Arbeidsinspectie toetst niet of er sprake is van gelijkwaardigheid van arbeidsvoorwaarden – dat is aan sociale partners en uiteindelijk aan de rechter – maar of de overeengekomen arbeidsvoorwaarden daadwerkelijk worden ontvangen. Op basis van een rapport van de Arbeidsinspectie kan een werknemer (en een vakbond of cao-handhaver) via de rechter afdwingen dat het loonverhoudingsvoorschrift alsnog wordt nageleefd. Deze route is echter tijdrovend en voor een individuele werknemer niet voor de hand liggend, zeker niet indien het een relatief korte periode van uitzenden bij een specifieke inlener betreft.

Indien geen cao van toepassing is en er dus geen sociale partners betrokken zijn, dient de gelijkwaardigheid te worden vastgelegd in de uitzendovereenkomst. In de praktijk zal de vaststelling van de gelijkwaardigheid vermoedelijk eenzijdig door de werkgever plaatsvinden. Indien de Arbeidsinspectie zou worden ingeschakeld en deze constateert dat evident geen sprake is van gelijkwaardigheid, maar de overeengekomen arbeidsvoorwaarden wel worden ontvangen, kan de Arbeidsinspectie feitelijk niets anders doen dan vaststellen dat wordt voldaan. De Arbeidsinspectie toetst immers niet op gelijkwaardigheid. Dit leidt tot het onbevredigende handhavingsresultaat dat een geconstateerde afwijking niet leidt tot sanctionering door de Arbeidsinspectie en evenmin kan worden doorgegeven aan de melder.

De Arbeidsinspectie heeft zelf geen sanctiemogelijkheid; overtreding van artikel 8 Waadi is immers niet beboetbaar gesteld, al heeft de regering eerder aangekondigd deze mogelijkheid te onderzoeken.[84] De

[84] E.J.A. Franssen, De Waadi (Monografieën Sociaal Recht nr. 81), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 106-108; Kamerstukken II 2018-2019, 29 544, nr. 914, p. 10.

rol van de Arbeidsinspectie blijft met betrekking tot naleving derhalve beperkt. De vraag is of in het licht van de Uitzendrichtlijn omtrent effectieve en afschrikwekkende sancties bij niet naleving, de gang naar de rechter voor naleving door individuele werknemers volstaat.

4.2.4. Tekstuele wijziging

Het hieronder onderstreepte deel van het wetsontwerp lijkt niet te kloppen. Dit zou ons inziens moeten zijn: 'De derde zin vervalt'. De derde zin gaat immers over afwijking bij cao die van toepassing is op de inlener.

'4. Het vijfde lid (nieuw) wordt als volgt gewijzigd:

a. In de eerste zin, wordt na "Bij collectieve arbeidsovereenkomst" ingevoegd "die van toepassing is op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt," en na "eerste tot en met derde lid" toegevoegd ", met dien verstande dat het totaal aan arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, ten minste gelijkwaardig is.

b. De tweede zin vervalt.'

4.3. Verbetervoorstellen

Algemene opmerking: alleen de wetsartikelen over uitzendovereenkomst en de daarmee verband houdende bepalingen worden behandeld en over de in artikel 12a Waadi voorgestelde wijziging hebben wij geen opmerkingen.

Wetsvoorstel	Verbetervoorstel
Artikel 7:667 lid 4 BW 4. Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door opzegging als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen a tot en met h, of artikel 40 van de Faillissementswet of door ontbinding door de rechter is geëindigd, aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste ~~zes maanden~~ 60 maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.	**Artikel 7:667 lid 4 BW [ongewijzigd laten]** 4. Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door opzegging als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen a tot en met h, of artikel 40 van de Faillissementswet of door ontbinding door de rechter is geëindigd, aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.

Artikel 7:668a lid 1, lid 5 [thans nog lid 6], lid 11 [nieuw] en lid 15 [nieuw] BW **[omdat de suggesties in dit deel alleen verband houden met uitzending worden de overige leden uit artikel 7:668a BW hier niet behandeld]**	**Artikel 7:668a lid 1, lid 6 [onder wetsvoorstel lid 5], lid 11 [nieuw] en lid 15 [nieuw] BW** **[omdat de suggesties in dit deel alleen verband houden met uitzending worden de overige leden uit artikel 7:668a BW hier niet behandeld]**
1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:	1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:
a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste ~~zes maanden~~ 60 maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;	a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;
b. meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste ~~zes maanden~~ 60 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.	b. meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
5. [onder huidige regeling lid 6] Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan van lid 2, voor wat betreft de overeenkomstige toepassing van lid 1, onderdeel b, worden afgeweken ten nadele van de werknemer.	6. [onder huidige regeling lid 6] Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan van lid 2 worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
11. Voor de toepassing van lid 1 wordt in plaats van «tussenpozen van ten hoogste 60 maanden» gelezen: tussenpozen van ten hoogste zes maanden, indien de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen en de werknemer: a. een student is als bedoeld in artikel 628a, lid 2; of b. ingeschreven is aan een school als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Leerplichtwet 1969 en 18 jaar of ouder is;	11. [Geen nieuw lid 11 invoegen]
15. Indien zowel lid 11 als lid 13 of lid 14 van toepassing is, kunnen de tussenpozen, bedoeld in lid 1, onderdelen a en b, worden verkort tot ten hoogste drie maanden onder de voorwaarden gesteld in lid 13 of lid 14.	15. [Geen nieuw lid 15 invoegen]

Artikel 7:691 BW	**Artikel 7:691 BW**
1. Op de uitzendovereenkomst is artikel 668a eerst van toepassing zodra de werknemer in meer dan ~~26~~ 52 weken arbeid heeft verricht.	1. Op de uitzendovereenkomst is artikel 668a eerst van toepassing zodra de werknemer in meer dan ~~26~~ 52 weken arbeid heeft verricht.
2. In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan de werknemer die overeenkomst onverwijld opzeggen en is op de werkgever artikel 668, leden 1, 2, 3 en 4, onderdeel a, niet van toepassing.	2. In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan de werknemer die overeenkomst onverwijld opzeggen en is op de werkgever artikel 668, leden 1, 2, 3 en 4, onderdeel a, niet van toepassing.
3. Een beding als bedoeld in lid 2 verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan ~~26~~ 52 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Na het verstrijken van deze termijn vervalt de bevoegdheid van de werknemer tot opzegging als bedoeld in lid 2.	3. Een beding als bedoeld in lid 2 verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan ~~26~~ 52 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Na het verstrijken van deze termijn vervalt de bevoegdheid van de werknemer tot opzegging als bedoeld in lid 2.
4. Voor de berekening van de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3, worden perioden waarin arbeid wordt verricht die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste ~~zes maanden~~ 60 maanden mede in aanmerking genomen.	4. Voor de berekening van de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3, worden perioden waarin arbeid wordt verricht die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden mede in aanmerking genomen.
5. Voor de berekening van de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3, worden perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn mede in aanmerking genomen.	5. Voor de berekening van de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3, worden perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn mede in aanmerking genomen.
6. Dit artikel is niet van toepassing op de uitzendovereenkomst waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2.	6. Dit artikel is niet van toepassing op de uitzendovereenkomst waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2.
7. Bij schriftelijke overeenkomst kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken van artikel 628, lid 1, tot ten hoogste de eerste ~~26~~ 52 weken waarin de werknemer arbeid verricht. ~~Artikel 628, leden 5, 6 en 7, is niet van toepassing.~~	7. Bij schriftelijke overeenkomst kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken van artikel 628, lid 1, tot ten hoogste de eerste ~~26~~ 52 weken waarin de werknemer arbeid verricht. ~~Artikel 628, leden 5, 6 en 7, is niet van toepassing.~~

8. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen: a. uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste 60 maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt in afwijking van artikel 668a, lid 1, onderdeel a, met ingang van die dag de laatste uitzendovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd; b. meer dan zes voor bepaalde tijd aangegane uitzendovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste 60 maanden, geldt, in afwijking van artikel 668a, lid 1, onderdeel b, de laatste uitzendovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. ~~Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan:~~ c. ~~kunnen de termijnen, bedoeld in de leden 1, 3 en 7, worden verlengd tot ten hoogste 78 weken;~~ d. ~~kan van lid 5 worden afgeweken ten nadele van de werknemer; en~~ e. ~~kan de periode van 36 maanden, bedoeld in artikel 668a, lid 1, onderdeel a, worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie, bedoeld in artikel 668a, lid 1, onderdeel b, worden verhoogd naar ten hoogste zes.~~ 9. Voor de toepassing van leden 4 en 8 wordt “tussenpozen van ten hoogste 60 maanden” gelezen als: tussenpozen van ten hoogste zes maanden, indien de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, en de werknemer: a. een student is als bedoeld in artikel 628a, lid 2; of b. ingeschreven is aan een school als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Leerplichtwet 1969 en 18 jaar of ouder is.	8. Na het verstrijken van de periode van 52 weken bedoeld in de leden 1, 3 en 7, geldt, vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen: a. uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, in afwijking van artikel 668a, lid 1, onderdeel a, met ingang van die dag de laatste uitzendovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd; b. meer dan zes voor bepaalde tijd aangegane uitzendovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, in afwijking van artikel 668a, lid 1, onderdeel b, de laatste uitzendovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. 9. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan: ~~a. kunnen de termijnen, bedoeld in de leden 1, 3 en 7, worden verlengd tot ten hoogste 78 weken;~~ ~~b.~~ kan van lid 5 worden afgeweken ten nadele van de werknemer~~; en~~ ~~c. kan de periode van 36 maanden, bedoeld in artikel 668a, lid 1, onderdeel a, worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie, bedoeld in artikel 668a, lid 1, onderdeel b, worden verhoogd naar ten hoogste zes~~.

Artikel 8 Waadi	**Artikel 8 Waadi**
1. De arbeidskracht, die niet in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt:	1. De arbeidskracht, die niet in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt:
a. met betrekking tot het loon en overige vergoedingen; en	a. met betrekking tot het loon en overige vergoedingen; en
b. op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen.	b. op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen.
2. Indien de onderneming, waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, heeft de arbeidskracht recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is.	2. Indien de onderneming, waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, heeft de arbeidskracht recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is.
3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing met betrekking tot:	3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing met betrekking tot:
a. de voorschriften ter bescherming van zwangere werknemers, van werknemers die een borstkind voeden, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; en	a. de voorschriften ter bescherming van zwangere werknemers, van werknemers die een borstkind voeden, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; en
b. de maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid, die gelden op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt.	b. de maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid, die gelden op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt.
4. De arbeidskracht, bedoeld in het eerste lid, heeft met betrekking tot andere dan in het eerste lid genoemde arbeidsvoorwaarden, recht	4. De arbeidskracht, bedoeld in het eerste lid, heeft met betrekking tot andere dan in het eerste lid genoemde arbeidsvoorwaarden, recht

op ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing.	op ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing.[85]
5. Bij collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt, kan worden afgeweken van het eerste tot en met het derde lid, met dien verstande dat het totaal aan arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, ten minste gelijkwaardig is. ~~Indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt, voorziet de overeenkomst in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen.~~ Indien het een collectieve overeenkomst betreft die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, bevat die overeenkomst bepalingen op grond waarvan een werkgever zich ervan moet verzekeren dat de aan zijn onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten de arbeid verrichten tegen de arbeidsvoorwaarden, genoemd in het eerste lid, die voor deze arbeidskrachten bij die overeenkomst zijn voorgeschreven.	5. Bij collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt: a. kan worden afgeweken van het eerste tot en met het derde lid, met dien verstande dat het totaal aan arbeidsvoorwaarden, bedoeld in het eerste lid, ten minste gelijkwaardig is; en b. kan worden afgeweken van het vierde lid. Indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt, voorziet de overeenkomst in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. ~~Indien het een collectieve overeenkomst betreft die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, bevat die overeenkomst bepalingen op grond waarvan een werkgever zich ervan moet verzekeren dat de aan zijn onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten de arbeid verrichten tegen de arbeidsvoorwaarden, genoemd in het eerste lid, die voor deze arbeidskrachten bij die overeenkomst zijn voorgeschreven.~~
6. De ter beschikking gestelde arbeidskracht, die tevens ter beschikking is gesteld in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel 3, van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, heeft in afwijking van artikel 2a, eerste en vierde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, recht op ten minste de arbeidsvoorwaarden op grond van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst die de	6. De ter beschikking gestelde arbeidskracht, die tevens ter beschikking is gesteld in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel 3, van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, heeft in afwijking van artikel 2a, eerste en vierde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, recht op ten minste de arbeidsvoorwaarden op grond van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst die de

[85] Wij wijzen erop dat zowel de noodzaak als de uitvoerbaarheid van deze verplichting (te weten: 'gelijktrekking overige arbeidsvoorwaarden') in de Memorie van Toelichting nog onvoldoende is onderbouwd. De definitieve keuze voor het opnemen van de verplichting tot gelijkwaardigheid ten aanzien van de overige arbeidsvoorwaarden, zou afhankelijk moeten zijn van de uitkomst van een nadere beoordeling van de noodzaak en uitvoerbaarheid.

dienstverrichter moet toepassen, met uitzondering van de bepalingen inzake procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en inzake aanvullende bedrijfspensioenregelingen. ~~Indien op grond van het vierde lid is afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, heeft de arbeidskracht, bedoeld in het vijfde lid, in afwijking van artikel 2a, eerste en vierde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, recht op ten minste de arbeidsvoorwaarden op grond van deze afwijkende bepalingen.~~	dienstverrichter moet toepassen, met uitzondering van de bepalingen inzake procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en inzake aanvullende bedrijfspensioenregelingen. ~~Indien op grond van het vierde lid is afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, heeft de arbeidskracht, bedoeld in het vijfde lid, in afwijking van artikel 2a, eerste en vierde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, recht op ten minste de arbeidsvoorwaarden op grond van deze afwijkende bepalingen.~~

5. Gelijke behandeling

5.1. Leeftijdsonderscheid

Het wetsvoorstel maakt op twee plaatsen (indirect) onderscheid naar leeftijd: (i) het voorgestelde artikel 7:628a BW beoogt de mogelijkheid van oproepcontracten te behouden voor bijbanen van scholieren en studenten, terwijl (ii) het voorgestelde artikel 7:668a lid 11 BW de tussenpoos voor studenten en scholieren op zes maanden beoogt te houden, terwijl deze voor andere werknemers naar 60 maanden wordt verhoogd. In het navolgende bespreken wij de gerechtvaardigdheid van dit onderscheid, waarbij specifiek aandacht wordt gevraagd voor de leeftijdsgrens van 18 jaar in het voorgestelde artikel 7:628a BW. Daarna maken wij enkele meer wetstechnische opmerkingen over de voorgestelde wijzigingen in artikelen 7:628aa en 7:668a BW.

5.1.1. Algemeen; uitzonderingen voor scholieren en studenten objectief gerechtvaardigd

De regering gaat in de Memorie van Toelichting uitvoerig in op de rechtvaardiging voor de bijzondere regelingen voor studenten en scholieren ten aanzien van het oproepcontract en de ketenregeling. Samengevat komt het erop neer dat de regering enerzijds de instroom van scholieren en studenten op de arbeidsmarkt wil vergemakkelijken (althans niet wil bemoeilijken door oproepcontracten te verbieden en door de tussenpoos bij de ketenregeling te verlengen) en anderzijds de behoefte van studenten en scholieren aan flexibiliteit wil respecteren. Dat studenten en scholieren hierdoor minder arbeidsrechtelijke bescherming genieten is – zo begrijpen wij de regering – aanvaardbaar, zolang het slechts om een bijbaan gaat. Mede gelet op de ruime beoordelingsvrijheid die de wetgever heeft, zowel bij de keuze van de sociale doelstellingen die zij wil nastreven, als bij de keuze van de maatregelen die zij wil inzetten ter verwezenlijking van die doelstellingen,[86] menen wij dat de bijzondere regelingen voor studenten en scholieren de toets der kritiek kunnen doorstaan. Wij achten deze regelingen, met andere woorden, objectief gerechtvaardigd. Hierbij wijzen wij in het bijzonder op de uitspraken van het HvJ EU inzake *Bio Philippe Auguste* en *Abercrombie & Fitch*. In de eerste zaak oordeelde het HvJ EU dat het onthouden van een ontslagvergoeding aan scholieren en studenten met een vakantiebaan was toegestaan.[87] In de tweede zaak accordeerde het HvJ EU een Italiaanse regeling die oproepcontracten met jongeren onder de 25 jaar toestond.[88] In beide zaken speelden vergelijkbare motieven als nu door de regering worden aangevoerd.

5.1.2. Artikel 7:628a BW; leeftijdsgrens van 18 jaar

De grens van 18 jaar in artikel 7:628a lid 1 sub a BW levert *direct onderscheid* op. De regering gaat in de Memorie van Toelichting niet in op de rechtvaardiging van dit onderscheid. De toelichting is geheel geënt op de uitzondering voor scholieren en studenten met een bijbaan. De leeftijdsgrens van 18 jaar is echter niet nodig om oproepcontracten voor deze groep werknemers mogelijk te maken. Daarvoor zijn sub b en sub c van artikel 7:628a lid 1 BW voldoende. De grens van 18 jaar kan er in sommige situaties toe leiden dat werknemers die geen scholier of student zijn toch onder de regeling kunnen vallen. De leerplicht geldt in Nederland tot 16 jaar. Voor personen van 16 jaar tot 18 jaar geldt een kwalificatieplicht. Het is denkbaar dat iemand de vereiste kwalificatie al op 16 of 17 jarige leeftijd haalt en vervolgens aan het werk gaat. In dat geval kan diegene – zolang het dienstverband de 16 uur per week gemiddeld niet overschrijdt – een oproepcontract aangaan om de enkele reden dat hij of zij minderjarig is, ook als hij of zij geen vervolgopleiding volgt. De rechtvaardiging hiervan ontbreekt in de Memorie van Toelichting.

---

86 HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (Sociaal plan ABN AMRO).

87 HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14 (Bio Philippe Auguste).

88 HvJ EU 19 juli 2017, C-143/16 (Abercrombie & Fitch).

5.1.3. Artikel 7:628a BW; uitsluiting loondoorbetalingsplicht

Het nieuwe artikel 7:628a lid 3 BW beoogt het voor scholieren en studenten mogelijk te maken om af te wijken van de loondoorbetalingsplicht van artikel 7:628 lid 1 BW. Dit artikellid roept twee vragen op. De eerste is waarom een uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht nodig is. De buitentoepassingverklaring van artikel 7:628aa BW (en daarmee ook die van artikel 7:628ab BW) bewerkstelligt al dat oproepcontracten en ruime min/max-contracten mogelijk blijven voor scholieren en studenten. Uit de Memorie van Toelichting blijkt niet wat de meerwaarde is van artikel 7:628a lid 3 BW. Daarover wordt slechts opgemerkt dat de mogelijkheid tot uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht wordt verplaatst van het huidige artikel 7:628 BW naar het nieuwe artikel 7:628a BW. Waarom dit nodig is, wordt niet toegelicht.

Het nieuwe artikel 7:628a lid 3 BW roept in de tweede plaats de vraag op waarom de mogelijkheid tot uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht is beperkt tot de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Deze formulering lijkt ontleend aan het huidige artikel 7:628 lid 5 BW. In de Memorie van Toelichting is over deze beperking evenwel niets te lezen. Integendeel, de toelichting wekt de indruk dat afwijken van de loondoorbetalingsplicht onbeperkt is toegestaan. Het verdient aanbeveling de beperking tot de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst nader toe te lichten, dan wel te schrappen indien deze niet is beoogd.

5.1.4. Artikel 7:628a BW; urencriterium

Het urencriterium in artikel 7:628a BW (zestien uur per week) wijkt af van dat in artikel 7:668a lid 11 BW (twaalf uur per week). Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de regering zich dit realiseert. Er wordt bewust gekozen voor een urengrens van zestien uur per week, omdat dat het beste aansluit bij de huidige praktijk. Uit onderzoek blijkt namelijk, zo is in de toelichting te lezen, dat scholieren en studenten gemiddeld rond de zestien uren per week werken. De regering wil deze praktijk niet doorkruisen. Dit roept evenwel de vraag op waarom de urengrens in artikel 7:668a lid 11 BW niet eveneens op zestien uren per week wordt gesteld. Het hanteren van verschillende urengrenzen is inconsistent en komt de werkbaarheid van de wet niet ten goede. Het zou er bovendien toe kunnen leiden dat werkgevers er in de praktijk voor zullen kiezen de urengrens van twaalf uur per week uit artikel 7:668a lid 11 BW aan te houden om van beide regelingen te kunnen profiteren. Dit is mogelijk ongewenst, aangezien de urengrens van zestien uur per week blijkens de Memorie van Toelichting aansluit bij de huidige praktijk voor scholieren en studenten, welke praktijk de regering wenst te behouden.

5.1.5. Artikel 7:628a BW; geen rechtvaardiging voor onderscheid tussen scholieren en studenten

De wettekst van artikel 7:628a BW (nieuw) maakt een bewust onderscheid in de behandeling van meerderjarige scholieren (lid 1 sub b) en studenten (lid 1 sub c) in de zin dat meerderjarige scholieren niet meer onder dit artikel vallen als ze zich uitschrijven bij de school, terwijl bij studenten de geldigheid van het bewijs van inschrijving leidend is, waardoor een overgangsperiode van maximaal 11 maanden ontstaat waarin de werknemer niet meer studeert maar toch op oproepbasis mag werken. Dit wordt in de Memorie van Toelichting (paragraaf 4.4, laatste alinea) uitgelegd met het argument dat het “immers voor werkgevers, zeker kleine werkgevers, niet voorspelbaar en voorzienbaar [is] wanneer met de studie wordt gestopt, terwijl dat wel verplichte wijzigingen oplevert in de bedrijfsvoering”. Niet duidelijk wordt waarom dit niet zou gelden als de werknemer een meerderjarige scholier is, die zich uitschrijft bij de school. Een rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling ontbreekt.

5.1.6. Artikel 7:628a; niet meer voldoen aan de voorwaarden

Volgens de tekst van het voorgestelde artikel 7:628a lid 8 BW wordt de arbeidsovereenkomst van een werknemer die op enig moment geen minderjarige, scholier of student meer is, vanaf dat moment omgezet in een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:628ab BW (de basisovereenkomst). Dit lijkt te wijzen op een omzetting van rechtswege. In de Memorie van Toelichting (paragraaf 4.2.6, pagina 52 e.v.) wordt echter in dezelfde alinea zowel gesteld dat “altijd ten minste een basisovereenkomst dient

te worden aangeboden" als dat de "oproepovereenkomst in dat geval dient omgezet dient te worden naar een niet-oproepovereenkomst" en worden daarvoor overgangsregels uitgewerkt. Dat lijkt tegenstrijdig met een omzetting van rechtswege. Ook worden in de Memorie van Toelichting (onder meer in paragraaf 4.2.6) zinsneden met de strekking "werknemer die niet meer studeert" door elkaar gebruikt voor respectievelijk het moment van stoppen en het moment van aflopen van de inschrijving. De genoemde overgangsregels zijn uitsluitend uitgewerkt voor studenten. Daarbij wordt voorbijgegaan aan het feit dat de oproepovereenkomst van iemand die 18 jaar wordt en niet naar school gaat of studeert, alsmede die van de meerderjarige scholier die zich uitschrijft bij de school, ook onder lid 8 vallen. Het is onduidelijk of de bedoeling van de regering is dat alleen studenten onder de overgangsregels vallen en, zo ja, wat de rechtvaardiging is voor deze ongelijke behandeling.

5.1.7. Artikel 7:668a BW; tussenpoos van zes maanden

Artikel 7:668a lid 11 BW beoogt de tussenpoos voor scholieren en studenten te handhaven op zes maanden. Blijkens de Memorie van Toelichting wil de regering het hiermee in de eerste plaats voor studenten en scholieren mogelijk maken om vaker dan op basis van drie contracten en/of langer dan 36 maanden voor dezelfde werkgever bij wege van bijbaan te werken. In de tweede plaats wil de regering het voor scholieren en studenten mogelijk maken om aansluitend aan de opleiding bij deze werkgever een 'echte baan' te aanvaarden. Het is de vraag of deze doelen worden bereikt. Een tussenpoos van zes maanden is immers relatief lang in vergelijking met de duur van een opleiding. Daarnaast verhindert een tussenpoos van zes maanden het nog altijd dat een scholier of student aansluitend aan de opleiding bij dezelfde werkgever voor een 'echte baan' aan de slag gaat. De scholier of student moet immers nog altijd zes maanden wachten. Gelet hierop, zou kunnen worden overwogen de ketenregeling voor deze groep geheel buiten toepassing te verklaren. Dit sluit bovendien aan bij de regeling voor werknemers die een beroepsbegeleidende leerweg volgen (668a lid 9 BW) en werknemers onder de 18 jaar oud (artikel 7:668a lid 10 BW), hetgeen de regeling voor studenten en scholieren in brede zin uniformer en eenvoudiger zou maken. Indien de urengrenzen uit artikelen 7:628a en 7:668a BW ook nog gelijk zouden worden getrokken (zie hierboven), zou één uniforme regeling voor scholieren en studenten ontstaan. Uiteraard zal dan wel moeten worden gerechtvaardigd dat de groep scholieren en studenten (en daarmee dus vooral jongeren) op een nog ingrijpendere manier anders wordt behandeld.

5.1.8. Andere discriminatiegronden?

In de Memorie van Toelichting wordt met betrekking tot de bijzondere regelingen voor scholieren en studenten uitvoerig ingegaan op het feit dat daarmee onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Uit de toelichting blijkt echter niet dat is nagegaan of die regelingen niet ook onderscheid op andere gronden maken. Indien de groep scholieren en studenten voor een significant groter deel uit vrouwen dan uit mannen zou bestaan, zou bijvoorbeeld eveneens sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht. Daar zou dan een rechtvaardiging voor moeten worden gegeven. Hetzelfde geldt mutatis mutandis indien de groep scholieren en studenten voor een significant groter deel uit autochtone Nederlanders zou bestaan dan uit allochtone Nederlanders. In dat geval zou sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van ras en/of nationaliteit. Aan de mogelijkheid van (indirect) onderscheid op andere gronden dan leeftijd zou naar onze mening in de Memorie van Toelichting aandacht moeten worden besteed.

5.2. Algemeen benadelingsverbod; artikel 7:615 BW

5.2.1. Inleiding

Het in het wetsvoorstel opgenomen nieuwe artikel 7:615 BW bepaalt dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in titel 10 van boek 7 BW aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend. In hoofdstuk 6 van de Memorie van Toelichting wordt als motivering voor

deze nieuwe bepaling genoemd dat het belangrijk is dat werknemers, zeker flexibele werknemers, zich beschermd voelen om hun rechten te kunnen effectueren als hun werkgever zich niet aan de wet houdt. In een aantal wetsartikelen is reeds ter implementatie van Europese richtlijnen bepaald dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer bepaalde rechten geldend maakt. Het betreft hier een vorm van benadelingsbescherming. Het is volgens de Memorie van Toelichting "niet meer dan logisch om te verduidelijken dat deze bescherming geldt voor alle rechten die werknemers aangaan, niet alleen de rechten die toevallig vanuit Europese richtlijnen volgen".

Wij hebben vier opmerkingen met betrekking tot dit onderdeel van het wetsvoorstel. Ten eerste betwijfelen we of dit wetsvoorstel zich leent voor de invoering van een algemeen benadelingsverbod. Ten tweede vragen we ons af of de voordelen van de invoering van zo'n verbod wel opwegen tegen de nadelen die daaraan verbonden zijn. Ten derde is het ons inziens van belang om meer duidelijkheid te geven over de reikwijdte van het benadelingsverbod en de gevolgen van het schenden ervan. Ten vierde lijkt vergeten om een aantal nu bestaande specifieke benadelingsverboden te schrappen.

5.2.2. Algemeen benadelingsverbod

Het wetsvoorstel beoogt blijkens de Memorie van Toelichting de zekerheid voor werknemers op een flexibel contract te verbeteren. Het nu voorgestelde benadelingsverbod geldt evenwel voor alle werknemers en ziet op alle bepalingen die in titel 10 van boek 7 BW zijn opgenomen. Wij vinden het niet direct voor de hand liggend om bij een wetsvoorstel dat gericht is op de verbetering van de positie van de flexwerker zo'n ruim en algemeen benadelingsverbod in te voeren. Daarbij komt dat de vraag kan worden gesteld of de positie van flexwerkers nu echt wordt verbeterd met invoering van een bepaling die voor alle werknemers geldt.

5.2.3. Afweging voor- en nadelen invoering benadelingsverbod

De in hoofdstuk 6 van de Memorie van Toelichting opgenomen motivering voor de invoering van het algemene benadelingsverbod hinkt ons inziens op twee gedachten. Enerzijds vindt de wetgever het van belang om werknemers – en zeker flexibele werknemers – zich beschermd te laten voelen en hen te beschermen bij een beroep op ieder artikel uit titel 10 van boek 7 BW dat zij doen. Anderzijds wordt overwogen dat er geen sprake is van een grote inhoudelijke wijziging, omdat een werkgever op grond van de wet al verplicht is zich als goed werkgever te gedragen. Het is ons inziens juist dat een werkgever die een werknemer benadeelt wegens het feit dat hij een beroep doet op een wettelijke bepaling, niet als goed werkgever handelt. Die wekgever pleegt dan wanprestatie.[89] Dit zou naar onze mening (afhankelijk van de omstandigheden) ook kunnen worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever en de verplichting kunnen opleveren om aan de werknemer een billijke vergoeding te betalen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De vraag kan (dan ook) worden gesteld of artikel 7:615 BW meer bescherming zal bieden aan werknemers dan nu het geval is. Daarbij is van belang dat de werknemer zal moeten aantonen dat sprake is van benadeling *wegens* het geldend maken van een in titel 10 van boek 7 BW toegekend recht. Dat blijkt in praktijk (wanneer reeds bestaande benadelingsverboden worden ingeroepen) niet eenvoudig, omdat werkgevers vaak stellen dat de maatregelen op andere gronden dan het inroepen van een bepaald recht zijn gebaseerd. Uit de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens ten aanzien van het benadelingsverbod inzake gelijke behandelingsbepalingen weten we dat slechts een minderheid van de klachten over benadeling wordt gehonoreerd.[90] Vaak slaagt een beroep op een benadelingsbepaling niet, omdat de betrokkene niet kan bewijzen[91] dat die is benadeeld vanwege het beroep doen op een gelijke

---

89 Zie bijv.: P.A. Hogewind-Wolters en W.A. Zondag, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch 2022/11, art. 7:611 BW, aant. 1.7 en 1.8.

90 P.C. Vas Nunes, Gelijke behandeling in arbeid, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 74.

91 Over de vraag op wie de bewijslast rust en bewijsvermoedens nader: F.A. Weber en D. Schwartz, 'Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?', TRA 2022/79.

behandelingsbepaling.[92] Hoewel we begrijpen dat invoering van de bepaling een signaalfunctie kan hebben en daarmee het gevoel van bescherming voor werknemers kan worden vergroot, is het zodoende de vraag of werknemers meer bescherming zullen genieten door invoering van artikel 7:615 BW. Daartegenover staat dat wij de kans groot achten dat veel werknemers (zoals gezegd: de bepaling ziet niet alleen op flexwerkers) een beroep op artikel 7:615 BW zullen gaan doen in een geschil met hun werkgever. Allereerst omdat in de rechtspraak over het benadelingsverbod ten aanzien van gelijke behandelingsrechten het begrip 'benadelen' ruim wordt uitgelegd. Daaronder wordt bijvoorbeeld ook verstaan taakaanpassing[93] en verslechtering van de werksfeer.[94] Ook bij de beoordeling van andere benadelingsverboden wordt het begrip 'benadelen' ruim uitgelegd.[95] Daarnaast is van belang dat in titel 10 van boek 7 BW ook een algemene norm van het goed werkgeverschap is opgenomen (artikel 7:611 BW). De werknemer zal zich in een discussie met een werkgever al snel op het standpunt kunnen stellen dat een werkgever als niet goed werkgever handelt. Als er vervolgens negatieve maatregelen volgen voor de werknemer, kan die stellen dat dit is wegens het doen van een beroep op het goed werkgeverschap. Uiteraard zal een rechter dan beoordelen of het beroep op het benadelingsverbod terecht is gedaan, hetgeen verduidelijking kan bieden aan de reikwijdte van het verbod, maar wij voorzien bij invoering van dit algemene benadelingsverbod wel een serieus risico op meer discussies hierover (en wellicht zelfs misbruik van de bepaling) en een zwaardere belasting van de rechtspraak. Al met al vragen wij ons daarom af of de voordelen van invoering van een algemeen benadelingsverbod opwegen tegen de nadelen.

5.2.4. Reikwijdte benadelingsverbod en gevolgen van schending

De Memorie van Toelichting biedt geen duidelijkheid over de vraag wat precies onder 'benadeling' moet worden verstaan, noch is duidelijk welke consequenties overtreding van het benadelingsverbod heeft. Het lijkt ons goed dat als voor invoering van een benadelingsverbod wordt gekozen, ten aanzien van beide punten meer duidelijkheid wordt geboden. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt in de rechtspraak over de reeds bestaande benadelingsverboden het begrip 'benadelen' ruim uitgelegd. Uit de Memorie van Toelichting blijkt niet wat onder 'benadelen' als bedoeld in artikel 7:615 BW (nieuw) moet worden verstaan. Verwezen wordt naar artikel 7:628b lid 4 BW, dat met de Wtva is ingevoerd. In de Memorie van Toelichting bij artikel 7:628b lid 4 BW is echter ook niet toegelicht wat onder benadelen moet worden verstaan. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 17 van de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden. Daarin is bepaald:

"De lidstaten nemen de nodige maatregelen om werknemers, met inbegrip van vertegenwoordigers van de werknemers, te beschermen tegen nadelige behandeling door de werkgever of tegen nadelige gevolgen van een klacht tegen de werkgever of van een procedure die is ingeleid om de rechten uit hoofde van deze richtlijn te doen naleven."

Wat allereerst opvalt, is dat zowel in artikel 7:628b lid 4 BW als in het nieuwe artikel 7:615 BW alleen is bepaald dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen, terwijl in artikel 17 Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden daarnaast ook staat dat de werknemer moet worden beschermd tegen nadelige gevolgen. Het lijkt ons goed dat wordt toegelicht of artikel 7:615 BW zo moet worden uitgelegd dat het ook beschermt tegen nadelige gevolgen. Daarnaast lijkt het ons raadzaam dat wordt toegelicht wat onder benadeling wordt verstaan. Bij de toelichting op een aantal andere al bestaande benadelingsverboden is wel ingegaan op wat onder benadeling moet worden verstaan.[96]

---

92 Zie bijvoorbeeld recent CRM Oordeel 2023-70 en CRM Oordeel 2023-34.

93 CRM Oordeel 2018-33.

94 P.C. Vas Nunes, Gelijke behandeling in arbeid, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 73.

95 Zie voor een overzicht: F.A. Weber en D. Schwartz, 'Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?', TRA 2022/79.

96 Zie voor een overzicht: A. Weber en D. Schwartz, 'Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?', TRA 2022/79.

Voorts zou het goed zijn als wordt toegelicht wat precies wordt verstaan onder het in of buiten rechte geldend maken van een (in boek 7 titel 10 BW opgenomen) recht.

Daarnaast is niet geheel duidelijk wat de consequenties zijn van overtreding van het benadelingsverbod als bedoeld in het nieuwe artikel 7:615 BW. In de Memorie van Toelichting wordt alleen opgemerkt dat een werkgever die in strijd handelt met deze bepaling, daarmee in strijd handelt met de wet en daarmee een onrechtmatige daad pleegt. Los van de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad of wanprestatie (zoals hiervoor opgemerkt is bij schending van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) sprake van wanprestatie[97]), is de vraag wat de werknemer nog meer voor een mogelijkheden heeft dan schadevergoeding vragen op grond van een onrechtmatige daad of wanprestatie. Weber en Schwartz[98] zijn van mening dat een schending van een benadelingsverbod in het geval van een vorm van ontslag, moet leiden tot vernietiging van de opzegging en afwijzing van een ontbindingsverzoek. Deelt de regering deze mening? Of zou de schending ook kunnen worden gecompenseerd door toekenning van een billijke vergoeding? Wij delen in ieder geval de mening van Weber en Schwartz dat schending van het benadelingsverbod ook gekwalificeerd kan worden als ernstig verwijtbaar handelen van een werkgever en dat de schending daarmee invloed kan hebben op de hoogte van een eventuele billijke vergoeding. Wij vragen ons wel af of dit altijd het geval is en of ook in het geval van een beperkte (of anders gezegd: lichte) schending van artikel 7:615 BW altijd sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Hoe denkt de regering hierover? Het lijkt ons goed om in de Memorie van Toelichting duidelijk aan te geven wat de gevolgen zijn van schending van het benadelingsverbod.

In dit verband is ook van belang dat in artikel 7:670 lid 9 BW een opzegverbod is opgenomen, dat bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer de in de artikelen 611a, leden 2 of 4, 628b, 653a, lid 1, 655, 2b van de Wet flexibel werken, of 3, leden 2 en 3, van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie genoemde rechten geldend maakt. Deze bepaling lijkt niet te vervallen met de invoering van het hier voorliggende wetsvoorstel. Wij vragen ons af of dit de bedoeling is. Een andere vraag is of bij schending van het nieuwe artikel 7:615 BW sprake is van een opzegverbod (op grond van artikel 7:681 lid 1 sub b of sub c BW). Met Weber en Schwartz vragen wij ons ook af wat de meerwaarde is van een wegens-opzegverbod, als er van wordt uitgegaan dat een benadelingsverbod een ruimere reikwijdte heeft.[99] Het lijkt ons goed dat ook op deze punten duidelijkheid wordt geboden.

5.2.5. Schrappen huidige benadelingsverboden

In het wetsvoorstel wordt in de onderdelen G, H en I voorgesteld om de artikelen 7:646 lid 14 BW, 7:648 lid 4 BW en 7:649 lid 4 BW te laten vervallen. In de Memorie van Toelichting is opgemerkt dat deze bepalingen kunnen worden geschrapt, omdat de voorgestelde algemene beschermingsbepaling in artikel 7:615 BW daarvoor in de plaats komt. Er zijn echter meer bepalingen waar een vergelijkbaar benadelingsverbod in is opgenomen. Het betreft de artikelen 7:611a lid 5 BW, 7:653a lid 2 BW en 7:655 lid 11 BW. Zouden deze artikelen bij invoering van artikel 7:615 BW niet ook moeten komen te vervallen?

---

97 Zie bijv.: P.A. Hogewind-Wolters en W.A. Zondag, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch 2022/11, art. 7:611 BW, aant. 1.7 en 1.8.

98 A. Weber en D. Schwartz, 'Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?', TRA 2022/79.

99 A. Weber en D. Schwartz, 'Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?', TRA 2022/79

Auteurs

Hoofdredactie

Mr. Charlotte E. Dingemans	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en DingemansVanderKind
Prof.mr.dr. J.H. Even	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN); Erasmus School of Law en SteensmaEven
Prof.mr.dr. A.R. Houweling	Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) en Erasmus School of Law
Mr. M. Kind	Vereniging Jonge Arbeidsrecht Advocaten (VJAA)
Mr.dr. P. Kruit	Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) en Kruit Arbeidsrecht
Mr. R. Schepers	Vereniging Jonge Arbeidsrecht Advocaten (VJAA) en KennedyvanderLaan

Algemeen deel

Mr. H. Brenninkmeijer	Loyr
Mr. R.A.A Duk	advocaat te Den Haag
Mr. B. den Heeten	Dirkzwager Advocaten - Notarissen
Mr H.W.M.A. Staal	oud-kantonrechter te Maastricht

Oproepovereenkomst

Mr. P.J.B.M. Besselink	DAS
Mr. R. Bree	DingemansVanderKind
Drs. M.A.C. Kas LLB	Open Universiteit Heerlen (student)
Mr. A. Olsthoorn	Ten Holter Noordam Advocaten
Mr. A.W.A. Varkevisser	La Gro Geelkerken Advocaten
Mr. M.C. Veenstra	zelfstandig jurist
Mr. J.P. Volk	Stadhouders Advocaten

Bepaalde tijd

Mr. dr. R.M. Beltzer	Flott Advocatuur
Mr. V.E.H. van Santen	Nysingh Advocaten & Notarissen
Mr. E.C. Smith	Vijverberg Advocaten & Adviseurs
Mr. M. Smout	Linssen cs Advocaten
Mr. F.E. Stewart	Stibbe
Mr. P.G. Vestering	Stibbe

Uitzending en Waadi

Mr. dr. E.J.A. Franssen	Loyens & Loeff
Mr. drs. B.D. Hengstmengel	Stichting Naleving CAO Uitzendbranche
Mr. E.M. Hoogeveen	Köster Advocaten Haarlem
Mr. drs. S.J. Kremer	Allen & Overy LLP
Mr. dr. S. Palm	Windt Le Grand Leeuwenburgh
Mr. P. Raven	Kenniscentrum Arbeidsrecht B.V.
Mr. drs. M.H.D. Vergouwen	De Koning Vergouwen Advocaten
Mr. dr. G.W. van der Voet	SteensmaEven Advocaten

Gelijke behandeling

Mr. M.J. Aantjes	Aantjes Advocaten
Mr. R. van Arkel	Sparkel advocatuur & mediation
Mr. F.M. Dekker	BarentsKrans
Mr. M.H. Hoving	Workx Advocaten
Mr. K.A.F. Kist MA	W&RK advies en Coalitie van Brancheverenigingen
Mr. drs. S.E.C. Zandvoort-Faneyte	Pellicaan Advocaten