

Een perspectief op de balans in flexibiliteit

Dit artikel bespreekt enkele ontwikkelingen sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999. Recente ontwikkelingen, bijvoorbeeld de toename van het aantal zzp'ers en het payrolling, nopen tot herziening van delen van het ontslagrecht.

Evert Verhulp

1 Inleiding

Mij is gevraagd een beknopt essay te schrijven over de problematiek van de flexibele arbeid. Zo'n groot onderwerp behandelen in een beperkte tijd en in een beperkt aantal woorden kan geen uitputtend overzicht bieden. Dat is ook de reden om het een essay te noemen: daarmee wordt niet de indruk gewekt dat het om een gegeden wetenschappelijk stuk gaat, dat alleen maar na grondige studie tot doorwrochte conclusies leidt. Die doorwrochte conclusies kent dit stuk wel, maar de grondige studie ontbreekt.

Ik zal eerst in herinnering roepen welke balans werd beoogd met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Vervolgens zal ik ingaan op de arbeidsrechtelijke en maatschappelijke ontwikkelingen sinds de invoering van deze wet en nagaan of deze de bedachte balans niet verstoren. Zo speelden het fenomeen zzp'er en payrolling geen rol ten tijde van de discussie over deze wet, maar hebben sinds de invoering wel een grote ontwikkeling doorgemaakt. Nu de flexibele arbeid vaak wordt afgezet tegen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal ik bezien of de balans daartussen niet is verstoord. Deze en andere arbeidsrechtelijke en maatschappelijke ontwikkelingen nopen tot herziening van delen van het ontslagrecht. Ik zal die uitwerken en bezien of die een aanleiding vormen om te zoeken naar een nieuwe balans.

2 De balans van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid

Aan het einde van de vorige eeuw werd de, niet zonder meer te beëindigen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een belemmering geacht voor de flexibiliteit van werkgevers. De angst voor een tekortschietend vermogen tot aanpassing van de arbeidsorganisatie aan de snelle veranderingen van de economie was in 1995 reden voor de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om voorstel-

len te doen tot wijziging van de arbeidswetgeving. Volgens de minister kleeft aan een tekortschietend aanpassingsvermogen een zware prijs: “verlies aan concurrentiepositie en werkgelegenheid”.¹ De Wet Flexibiliteit en Zekerheid, ingevoerd in 1999, probeerde dat aanpassingsvermogen te vergroten zonder de zekerheid van de werknemer uit het oog te verliezen. De wetgever meende de balans tussen flexibiliteit voor de werkgever tot aanpassing van de arbeidsorganisatie enerzijds en de zekerheid voor de werknemer op een inkomen uit arbeid anderzijds voldoende te hebben gewaarborgd. Aan de zekerheid zou moeten worden bijgedragen door de invoering van de rechtsvermoedens, een minimum aanspraak op loon per oproep, een verkorting van de proeftijd en door de regulering van de uitzendarbeid. De flexibiliteit werd gezocht in het iets vergemakkelijken van de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (door verkorting van de opzegtermijnen en stroomlijning van de procedure ter verkrijging van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen), door het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten dat aansluitend kan worden overeengekomen te verlengen van 1 naar 3 en ook door de wijze van reguleren van de uitzendarbeid. Door voor veel van deze regels afwijking bij cao toe te staan, zou de flexibiliteit beter als maatwerk geleverd kunnen worden. Het pakket maatregelen zou ertoe moeten leiden dat ‘het proces van flexibilisering van de arbeid op een evenwichtige en verantwoorde wijze voor beide partijen gebeurt’.² Het gaat dan om flexibiliteit die bestaat uit aanpassing van het arbeidsvolume, de zogenaamde externe flexibiliteit. Nauwelijks is gekeken naar de interne flexibiliteit, zoals naar de mogelijkheden om de arbeidsduur, het loon of de arbeid zelf aan te passen aan gewijzigde omstandigheden. De wijziging van art. 7:628 leden 5 en 7 BW bewerkstelligt een dergelijke flexibiliteit niet.

Deze ruim 12 jaar geleden ingevoerde regeling en de mede op grond daarvan tot stand gekomen balans staat al vanaf het begin ter discussie. Sommigen menen dat de wetgever er niet in is geslaagd voldoende flexibiliteit in de arbeidsovereenkomsten aan te brengen, anderen menen dat de flexibiliteit te ver is doorgeslagen. Deze verschillende standpunten zijn voor een belangrijk deel te verklaren, doordat de Wet Flexibiliteit en Zekerheid heeft geleid tot een zichtbaarder tweedeling op de arbeidsmarkt. De beoogde flexibiliteit van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid nauwelijks gerealiseerd. Eerder lijken andere wijzigingen, zoals de afschaffing van de verwijtbaarheidstoets van de WW, de invoering van de kantonrechttersformule, en de door cao’s toegenomen werkuren- en loonflexibiliteit voor meer aanpassingsmogelijkheden van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te hebben gezorgd.³ Wel is het door de wet makkelijker geworden om werknemers in tijdelijke dienst te nemen of om arbeid door uitzendkrachten te laten verrichten. Door deze wijzigingen lijkt de door werkgevers verlangde flexibiliteit van de arbeidsorganisatie te worden gerealiseerd.

¹ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 4 december 1995, p. 1, onder 1.1, Kuip & Scholtens, Parl. Geschiedenis Flexwet, p. 31.

² Kamerstukken II, 25 264, nr. 3, p. 1.

³ Zie in dit verband onder meer Tweede evaluatie Wet Flexibiliteit en Zekerheid, Amsterdam (HSI) 2007, p. 73.

Die ontwikkeling heeft de wetgever niet verwacht en evenmin gewenst. Daarnaast hebben zich in de afgelopen jaren verschillende andere ontwikkelingen voorgedaan, die de discussie over de door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid bereikte balans alleen maar heftiger hebben gemaakt.

3 Arbeidsrechtelijke ontwikkelingen sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid

Eén van de ontwikkelingen die de met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid bereikte balans tussen de flexibiliteit voor de werkgever tot aanpassing van de arbeidsorganisatie enerzijds en de zekerheid van de werknemer op werk anderzijds verstoort, is de invoering van verplichting tot langere loondoorbetaling bij ziekte van de werknemer. In 1994 werd de Wet Terugdringing Ziekteverzuim ingevoerd⁴ en daarmee de verplichting voor de werkgever om gedurende de eerste zes weken van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer het loon door te betalen. Deze loondoorbetalingsverplichting werd in 1996 uitgebreid tot 52 weken.⁵ Ten tijde van de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is geen rekening gehouden met de gevolgen van de invoering van de Wet verbetering poortwachter, die niet alleen de werkgever verplicht om bij arbeidsongeschiktheid gedurende 104 weken het loon door te betalen, maar de werkgever ook tot uitvoerige re-integratie-inspanningen verplicht. Nu de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, en daarmee ook de uit de wet voortvloeiende verplichtingen, wordt het sluiten van een dergelijke arbeidsovereenkomst aantrekkelijker. Die aantrekkelijkheid van het einde van rechtswege is, zij het in mindere mate, toegenomen door de invoering van de Wet Arbeid en Zorg en de Wet Aanpassing Arbeidsduur in 2000, die voor de werkgever een aantal extra verplichtingen met zich meebrengen. Deze verplichtingen komen kort gezegd er op neer dat de werkgever zich rekenschap dient te geven van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en daarop de arbeid dient aan te passen. Zo nodig moet de werkgever de werknemer scholen en begeleiden naar ander passend werk. Deze verplichting wordt beschouwd als de nadere invulling van het goed werkgeverschap. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt door deze verplichtingen voor de werkgever minder aantrekkelijk, terwijl deze arbeidsovereenkomst voor werknemers meer zekerheden biedt en dus aantrekkelijk is. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is zodoende, in de periode van 1996 tot heden, verworpen tot een voor de werkgever met verplichtingen overladen rechtsbetrekking.⁶

De werkgever kan zich aan de genoemde verplichtingen niet eenvoudig onttrekken door de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zowel bij het verlenen van toestemming tot opzegging, als bij de ontbinding, wordt de reden van beëindiging

⁴ Wet van 22 december 1993, Stb 1993, 750.

⁵ Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte, 8 februari 1996, Stb 1996, 134.

⁶ Ook in deze zin: R. Knegt (ed): *The employment contract as an exclusionary device*, Intersentia 2008.

getoetst. Als deze reden (mede) is gelegen in de genoemde verplichtingen van de werkgever, zal de werkgever de toestemming of ontbinding worden geweigerd. Voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gelden de genoemde verplichtingen in beginsel (zie art. 7:649 BW) evenzeer, maar doordat deze arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, eindigen ook de verplichtingen van de werkgever.

De vele aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verbonden verplichtingen hebben ertoe geleid dat een werkgever pas bereid is een dergelijke arbeidsovereenkomst aan te gaan als hij zeker is van de kwaliteiten van de werknemer en een inschatting heeft kunnen maken van het risico van uitval van de werknemer wegens arbeidsongeschiktheid. Uit onderzoek blijkt dat in Nederland de verruimde mogelijkheid om tijdelijke arbeidsovereenkomsten te sluiten in belangrijke mate wordt gebruikt om de werknemer in die zin te leren kennen, dus als een proefperiode. Ongeveer 40 procent van de werknemers met een tijdelijk dienstverband in Nederland heeft tijdelijk werk met uitzicht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Van de ons omringende landen komt Duitsland, waar ongeveer 8 procent van de werknemers tijdelijk 'op proef' in dienst is, daarbij het dichtst in de buurt.⁷ In die zin werkt de mogelijkheid een of meerdere tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan te gaan als een verlenging van de proeftijd. Dat is ook precies wat de wetgever heeft beoogd, zij het dat deze mogelijkheid vooral bedoeld was voor de 'meer complexere functies'.⁸ De groep werknemers die tijdelijk in dienst is met uitzicht op vast, ondervindt niet veel problemen van de ruimere mogelijkheden tot flexibilisering van de arbeidsrelatie. Deze groep zal toch vooral bestaan uit behoorlijk gekwalificeerde werknemers, die over niet eenvoudig vervangbare kennis en vaardigheden beschikken. Het gaat dan om werknemers die de werkgever in potentie graag aan zich bindt. Uiteraard hangt de behoefte van de werkgever om een werknemer aan zich te binden door uitzicht te bieden op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook af van de stand van economie en het aanbod op de arbeidsmarkt.⁹

4 Interne flexibiliteit van de arbeidsovereenkomst

In verband met de flexibiliteit van de arbeidsovereenkomst moet ook worden gewezen op de mogelijkheden die de werkgever heeft om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te passen aan veranderende omstandigheden. Toen de bepalingen van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid bijna klaar waren om te worden ingevoerd, wees de Hoge Raad het bekende Taxi Hofman-arrest.¹⁰ De Hoge Raad

⁷ Zie Hester Houwing, Een unieke aanpak van Flexicurity? in Els Sol en Charles Nysten, Wat is de zekerheid in flex en zeker, Flexwork Reseach reeks 1, Amsterdam 2011, p. 16.

⁸ Zie STAR, Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de Stichting van de Arbeid, 3 april 1996, publicatienummer 2/96 p. 16 en Kamerstukken II, 25 263, nr. 3, p. 7 (Kuip & Scholtens, Parl. Geschiedenis Flexwet, p. 383).

⁹ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 19 maart 2012, kenmerk ASEA/SAS/2012/3926, ontwikkeling vaste contracten.

¹⁰ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

overwoog dat een goed werknemer in het algemeen positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, en welke voorstellen verband houden met de gewijzigde omstandigheden op het werk. De werknemer mag volgens de Hoge Raad dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding daarvan niet van hem in redelijkheid kan worden gevergd. Dit arrest bracht aanzienlijke verwarring over de mogelijkheden tot aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Hoofddregel in het (arbeids-)recht is immers dat een wijziging van de overeenkomst alleen door instemming van beide partijen tot stand kan komen, en de werknemer is –net als iedere andere privaatrechtelijke partij– niet gehouden die instemming te verlenen, zelfs niet als dat tot ontslag kan leiden. De werkgever kan die instemming bij voorbaat van de werknemer verlangen, door een zogenaamd wijzigingsbeding overeen te komen. De bevoegdheid gebruik te maken van de mogelijkheid om op basis van dat beding de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen is door de wetgever aanzienlijk beperkt in art. 7:613 BW. Na het genoemde arrest was het onzeker of een werkgever op grond van de verplichting van de werknemer zich als goed werknemer te gedragen bepalingen van de arbeidsovereenkomst eenvoudiger kon wijzigen dan wanneer hij het recht om eenzijdig te wijzigen van de werknemer heeft bedongen.

Op 11 juli 2008 heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid geboden over de wijziging van de arbeidsovereenkomst,¹¹ waarbij de conclusie is dat de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst niet eenvoudig is en de instemming van de werknemer met de wijziging niet zomaar verlangd kan worden. Dat een arbeidsovereenkomst zo lastig te wijzigen is, heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad waar de werkgever overging tot opzegging van de arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige aanbieding van een gewijzigde arbeidsovereenkomst. De zaak handelde over een zorginstelling die geen behoefte meer had aan de extra inzet van conciërges buiten de reguliere arbeidstijden. Nu die extra inzet voor vier uur per week wel met deze werknemers was afgesproken en ze niet instemden met een wijziging van de arbeidsovereenkomst, ging de werkgever over tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (van 42 uur) onder aanbieding van een arbeidsovereenkomst voor de gebruikelijke werkweek (van 38 uur). De Hoge Raad acht deze handelwijze niet in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht en evenmin kennelijk onredelijk.¹² Het maakt wel duidelijk dat het wijzigen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet eenvoudig is. Ook een aanpassing van het salaris, zonder instemming van de werknemer, is niet eenvoudig. Gelet op de belangen van de werknemer die zal rekenen op een bepaald inkomen, is dat ook terecht. Dat laat onverlet dat de huidige regeling weinig doorzichtig is en (alleen al daardoor) een barrière voor de wijziging van de arbeidsovereenkomst opwerpt en dat de interne flexibiliteit daarmee beperkt wordt. Het is de vraag of de huidige geldende regeling niet anders vorm gegeven kan worden zodat een betere balans

¹¹ HR 11 juli 2008, LJN BD 1847, NJ 2011,185 (Stoof/Mammoet).

¹² HR 24 december 2010, LJN BO2419, JAR 2011/20 (Woonzorg).

tussen flexibiliteit en zekerheid binnen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden gevonden.

5 De creatie van flexibiliteit op de arbeidsmarkt

Hoewel zich dus wel wijzigingen hebben voorgedaan ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat deze arbeidsovereenkomst gemiddeld genomen vanaf 1996 tot heden, niet beter is toegerust om aan te passen aan veranderde omstandigheden in de arbeidsorganisatie. Enige flexibiliteit lijkt gewonnen door cao-bepalingen, zoals die bepalingen die de te werken uren in jaarvensters plannen, maar die flexibiliteit wordt gecompenseerd door de toegenomen verplichtingen die voor de werkgever aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn verbonden. De flexibiliteit, voor zover het de externe (numerieke) flexibiliteit betreft, komt dus niet door de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand.

Hiervoor is al wel gebleken dat die flexibiliteit deels wordt gevonden door de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ongeveer de helft van de werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst had liever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar kan die niet krijgen.¹³ De Wet Flexibiliteit en Zekerheid voorziet in een regeling van uitzendarbeid. De uitzendwerknemer is krachtens de wet werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst, maar één die bij aanvang van het dienstverband minder bescherming biedt dan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Zo kan de uitzendwerkgever zich gedurende de eerste 26 weken van de uitzendrelatie beroepen op het zogenaamde uitzendbeding. Dit beding leidt tot een einde van rechtswege van de uitzendovereenkomst indien de inlener de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht niet langer wenst. Daarbij geldt de ketenregeling van art. 7:668a BW voor de uitzendovereenkomst niet gedurende de eerste 26 weken. De ter zake dienende bepalingen zijn in de wet (art. 7:691 BW) driekwartdwingend geregeld en door cao-partijen door de invoering van een fasen-systeem nader uitgewerkt. De gedachte achter de regeling van de uitzendarbeid is dat de werknemer meer rechten opbouwt naarmate hij langer voor dezelfde inlener en uitzendwerkgever werkzaam is. De rechtvaardiging voor deze vorm van een arbeidsovereenkomst met minder bescherming dan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (die immers in beginsel niet tussentijds opzegbaar is, en als die tussentijds wordt opgezegd, gelden de gebruikelijke voor de opzegging geldende regels) is dat uitzendwerkgevers bemiddelen tussen het aanbod van arbeid van – vaak moeilijk bemiddelbare – werknemers en werkgevers die huiverig zijn met deze werknemers meteen een dienstverband aan te gaan. Het is deze allocatieve functie die een lichtere vorm van een arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.¹⁴

¹³ Zie Hester Houwing, Een unieke aanpak van Flexicurity? in: Els Sol en Charles Nysten, *Wat is de zekerheid in flex en zeker*, Flexwork Reseach reeks 1, Amsterdam 2011.

¹⁴ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 3 april 1996, publicatienummer 2/96, p. 19.

Het systeem van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is dus niet zozeer dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de benodigde flexibiliteit biedt, maar dat het portaal vóór die arbeidsovereenkomst wordt uitgebreid en dat daar de flexibiliteit wordt bereikt. Voor een deel is dat systeem werkbaar gebleken, maar in de praktijk zijn naast dat systeem andere flexibele vormen tot ontwikkeling gekomen.

In dit verband kan allereerst worden gewezen op de toename van de zelfstandigen. Het aantal mensen dat werkt als zelfstandige zonder personeel (zzp'er) is vanaf 1996 toegenomen van 400.000 tot 600.000.¹⁵ Voor deze toename zijn verschillende verklaringen gegeven. Een belangrijk deel van de zzp'ers kiest zelf en bewust voor zelfstandigheid en is ook daadwerkelijk als opdrachtnemer in de zin van art. 7:400 BW te kwalificeren. Uit het onderzoek van de SER blijkt dat een geringe percentage van deze zelfstandigheden dat onvrijwillig, door druk van de werkgever, is geworden.¹⁶ Aan de andere kant blijkt ook dat veel zelfstandigen liever op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zouden willen werken, maar een dergelijk dienstverband niet kunnen verwerven. Een deel van de zzp'ers bevindt zich niet in een andere positie dan een werknemer en werkt in afhankelijkheid van de (enkele) opdrachtgever. Zeker voor deze laatste groep geldt dat de opdrachtsovereenkomst nauwelijks zekerheid biedt, hoewel in gevallen van echte schijnzelfstandigheid wel een arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen.¹⁷ De opdrachtsovereenkomst kan eenvoudig worden beëindigd en de opdrachtnemer komt in beginsel geen ontslagbescherming toe. De opdrachtgever heeft geen verplichting tot het doorbetalen van 'loon' ingeval van ziekte. De opdrachtnemer is over het algemeen niet gedekt door de collectieve sociale zekerheid en dient dus zelf zorg te dragen voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Daarnaast is de laatste tijd het payrollen tot ontwikkeling gekomen. Bij payrollen draagt de werkgever het personeel in dienst over aan de payrollwerkgever, die vervolgens als werkgever optreedt. Het is de vraag of deze constructie als een uitzendconstructie valt aan te merken nu de feitelijke tewerkstelling plaatsvindt bij de werkgever die ook de werving en selectie voor zijn rekening heeft genomen en de payrollwerkgever slechts het kale werkgeverschap uitoefent. Anders dan bij uitzendwerkgevers, die zelf de werving en selectie van werknemers die ze uitzenden verrichten, hebben payrollwerkgevers dus geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. De rechtvaardiging voor de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst 'light' was nu juist de nuttige taak die uitzendwerkgevers hebben in de bemiddeling tussen –vaak moeilijk plaatsbare– werknemers en werkgevers. Het zou dan niet terecht zijn dat payrollwerkgevers die deze taak niet verrichten, zich zouden kunnen beroepen op de regels die gelden voor de uitzendovereenkomst.¹⁸ Voor het

¹⁵ ZZP'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel, SER advies 2010/4.

¹⁶ Zie vorige noot, p. 195. Het zou dan gaan om ongeveer 5 procent van het totaal van het aantal zelfstandigen.

¹⁷ HR 15 december 2006, NJ 2007, 448 (Van Houdts/BBO) en Rb Amsterdam 19 augustus 1998, JAR 1998/210 (Bruinewoud/AVRO).

¹⁸ Zie in dezelfde zin onder meer: J.H.P. Zwemmer, *Waarom de payrollonderneming geen (uitzend-)werkgever is*, TRA 2009/12.

overdragen van werkgeverschap is nauwelijks een rechtvaardiging te vinden. De Vereniging van Payroll Ondernemingen wijst op het risico van faillissement van de ‘feitelijke werkgever’ en het voordeel dat de werknemer dan aan een dienstverband met een van de aangesloten bedrijven heeft. Het valt te betwijfelen of de werknemer in dat geval veel meer voordeel heeft door een dienstverband met de payroll-onderneming. De payrollonderneming kan in geval van faillissement de arbeidsovereenkomst met de werknemer op korte termijn beëindigen (onder verwijzing naar het uitzendbeding). Als een dergelijk beding niet is overeengekomen, of geldt is het verkrijgen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen niet ingewikkeld¹⁹, terwijl de werknemer in geval van ontslag door de curator een beroep kan doen op art. 62 e.v. BW. Naar mijn mening zou duidelijker geregeld moeten worden dat werkgevers die niet anders doen dan de risico’s van het werkgeverschap afwentelen, toch als werkgever dienen te worden aangemerkt.²⁰ Het formele werkgeverschap dient het materiële werkgeverschap te volgen. Het Europese Hof van Justitie heeft een dergelijke regel al aangenomen in een situatie dat binnen een concern de werkzaamheden ten behoeve van de ene vennootschap (de materiële werkgever) worden verricht door werknemers in dienst van een andere vennootschap (de formele werkgever). In dat geval zou naar Nederlands recht kunnen gelden dat wanneer de materiële werkgever de werkzaamheden overdraagt aan een andere vennootschap buiten het concern, de werknemers niet in het kader van de overgang van onderneming de werkzaamheden volgen, omdat niet de formele werkgever de werkzaamheden overdraagt. Het Europese Hof heeft duidelijk gemaakt dat de Europese richtlijn voor overgang van onderneming ook van toepassing is in deze situatie. De werknemers gaan dus met behoud van rechten van rechtswege over in dienst van de vennootschap buiten het concern.²¹ De Nederlandse wet (art. 7:663 BW) zou hiermee niet in overeenstemming kunnen zijn.²²

6 Ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, of: wie is flexibel?

De conclusie is dat arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd relatief weinig aanpassing, ten einde de flexibiliteit te vergroten, heeft ondergaan en nog steeds een grote zekerheid aan de werknemer biedt. Daarnaast is een flexibele schil van arbeidskracht gevormd, die verschillende juridische vormen kent. Wellicht is het beter te spreken van flexibele schillen, in die zin dat de mate van juridische bescherming of zekerheid van de werknemer afneemt naarmate de werknemer (werker)

¹⁹ Zie Bijlage B van het Ontslagbesluit, Stcrt. 11 maart 2003, nr. 49, p. 24.

²⁰ Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage verscheen het advies van de Stichting van de Arbeid van 11 mei 2012 over payrollen, waarin een gedegen juridische beschouwing van het fenomeen wordt gegeven. Zie:

http://www.stvda.nl/~media/Files/Stvda/Nota/2010_2019/2012/20120511_payroll.ashx

²¹ zie HvJ EU 21 oktober 2010, JAR 2010/ 298 (Albron/Roest).

²² De zaak ligt thans bij de Hoge Raad, nadat het Gerechtshof Amsterdam (25 oktober 2011, JAR 2012/84) oordeelde dat de Nederlandse wetgeving een interpretatie gelijk aan die van het Europese Hof toelaat.

meer flexibel werkt. Naast de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ligt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Minder zekerheid wordt de werknemer geboden als hij werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst. Payrollen, voor zover niet in de oorspronkelijke vorm van het verlonen, maar in de vorm van overname van het werkgeverschap is een vorm van flexibiliteit die evenmin veel zekerheid aan de werknemer biedt. Nog minder zekerheid heeft de werkende die werkzaam is op basis van een opdrachtovereenkomst.

Gelet op de ruime mogelijkheden die de werkgever ter beschikking staan om de arbeid flexibel in te zetten, zou het verbazing kunnen wekken dat het percentage werknemers dat werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de afgelopen 20 jaar nauwelijks is veranderd. Een verklaring daarvoor kan zijn dat de werkgever een bepaalde groep werknemers aan zich wil binden door de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Gelet op de moeite die werkgevers soms hebben gehad om specifieke werknemers te werven, en gelet op de grote kosten die gemoeid zijn met die werving en de inwerkperiode van die met moeite geworven werknemers, ligt dat zelfs voor de hand. Deze groep werknemers betreft over het algemeen de beter opgeleide werknemers op een hoger beroepsniveau. Voor deze groep werknemers is flexibilisering van de arbeid geen 'hot topic'.

De inzet van flexibele arbeidsrelaties zal dus vooral de groep werknemers betreffen die gemakkelijk vervangbaar is (dus wiens arbeid voldoende beschikbaar is op de arbeidsmarkt), tegen niet al te hoge transactiekosten te werven is, en die makkelijk inzetbaar is zonder hoge inwerkkosten. Of arbeid voldoende beschikbaar is op de arbeidsmarkt hangt uiteraard mede af van de economische ontwikkelingen. Onderzoek bevestigt deze wijze van inzet van flexibele arbeid deels: het blijkt dat de flexibiliteit van arbeidsinzet meer wordt gegenereerd door de niet of lager opgeleide werknemers met een matige of slechte arbeidsmarktpositie. Uit dat onderzoek blijkt ook dat de positie van hoger opgeleiden op de arbeidsmarkt ten opzichte van de lager en middelbaar opgeleiden een opzienbarende verbetering heeft ondergaan.

“De positie van hoogopgeleiden verbeterde in een aantal opzichten echter sterker dan die van laag- en middelbaar opgeleiden. Hun uurloon groeide tussen 1997 en 2002 meer en het aandeel met een flexibel contract kromp ten opzichte van eerdere, vergelijkbare punten in de economische cyclus, terwijl dat aandeel onder laag- en middelbaar opgeleiden niet fundamenteel veranderde. Wel daalde het beroepsniveau van hoogopgeleiden, maar minder sterk dan onder laagopgeleiden. Door deze ontwikkelingen is de achterstand in arbeidsmarktpositie van laag- op hoogopgeleiden toegenomen. De achterstand op middelbaar opgeleiden groeide nauwelijks.”²³

Er kan dus worden geconstateerd dat sprake is van een toenemende tweedeling op de arbeidsmarkt: aan de ene kant staan de goed opgeleide werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die weinig flexibiliteit ten toon (hoeven

²³ E. Josten, Minder banen voor lager opgeleiden? SCP 's Gravenhage, juni 2010, p. 14.

te) spreiden, aan de andere kant staan de laag opgeleide werknemers die werkzaam zijn in de flexibele schil en in aanzienlijke onzekerheid verkeren over hun arbeid en inkomen. Dit beeld is wellicht enigszins overdreven omdat aan de kant van de hoger opgeleiden ook flexibiliteit wordt gevonden door de inzet van zzp'ers. Nu blijkt dat deze groep in belangrijke mate zelf bewust voor het eigen ondernemerschap met de daaraan verbonden risico's heeft gekozen, lijkt daar nauwelijks van een maatschappelijk probleem sprake. Ook merk ik op dat in een aantal sectoren veel hoger opgeleiden op flexibele basis werkzaam zijn, zoals in het (wetenschappelijk) onderwijs en de kunst- en mediasector. Kennelijk speelt daar dat de ambitie om dergelijke arbeid te verrichten zo groot is, dat het aanbod van arbeid aanzienlijk groter is dan de vraag en maken de werkgevers in deze sectoren daarvan gebruik door de risico's verbonden aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te minimaliseren. Aan de andere kant zijn er ook grote groepen lager opgeleiden die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dus maximale zekerheid genieten. Aan die zijde is wel toenemende onzekerheid over de zekerheid van de eigen positie te bespeuren. Postbodes in dienst van Post NL worden vervangen door flexibel werkenden, in de bouw is het inmiddels ongebruikelijk om als uitvoerend werknemer in dienst van een werkgever arbeid te verrichten. Als aan de onderkant van de arbeidsmarkt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, wordt de werkinhoud bepaald door prestatiecontracten die de werkgever onder strenge marktucht heeft afgesproken waardoor de werkdruk hoog is en het werkplezier laag.

7 De onvrede over de huidige balans

Het valt op dat de omvang van de flexibele arbeid vanaf 1996 tot 2010 maar beperkt is gestegen, te weten van 20 procent naar 25 procent. Deze groei is in belangrijke mate het gevolg van de toename van tijdelijke arbeidsovereenkomsten met uitzicht op vast en van de toename van het aantal zzp'ers.²⁴ Naar mijn mening is de huidige onvrede over de door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid gevonden balans vooral te verklaren uit de hiervoor beschreven ontwikkeling waarin de groepen 'aan de onderkant van de arbeidsmarkt' hun positie ten opzichte van de groepen 'aan de bovenkant van de arbeidsmarkt' niet zien verbeteren, integendeel. Het gevoel van grotere afstand wordt versterkt door de beeldvorming op grond van bonussen ten gunste van de (hoge) bovenkant van de arbeidsmarkt en de verschuiving van vast werk naar flexibel werk in een aantal beeldbepalende sectoren (post, zorg). Naar het eigen gevoel hebben de vakbonden de belangen van die groep laagbetaalde werknemers onvoldoende behartigd: de redelijke opstelling van de bonden in het poldermodel heeft die positie in ieder geval relatief niet verbeterd. Nu die redelijke opstelling ook al geen ledenwinst heeft opgeleverd, neemt de interne druk

²⁴ Ronald Dekker, De Flexbalans, in: Paul de Beer, *Flexibilisering, de balans opgemaakt*, Amsterdam De Burcht 2010, p.60 e.v.

binnen de vakbeweging om de belangenbehartiging van die groep werknemers nu krachtig ter hand te nemen, snel in kracht toe. Daarmee hangt samen dat de vakbonden de omvang van de groep en de ernst van de positie van die groep lijken te overdrijven²⁵, maar de oneerlijke verdeling van de lasten van flexibilisering desalniettemin niet zonder reden stevig op de agenda zetten. Het streven van de werknemersorganisaties om in het kader van de ‘*decent work* agenda’ te komen tot een vermindering van flexibele arbeidsrelaties, lijkt bij de werkgevers weinig weerklank te vinden. In de Nota arbeidsvoorwaarden 2012 van werkgeversvereniging VNO-NCW is opgenomen:

“Voor het speerpunt ‘flexibiliteit’ gelden voor werkgeversorganisaties, in het verlengde van de inzet van 2011, als bijzondere aandachtspunten voor 2012, dat: – Voor werkgevers is het van cruciaal belang dat de mogelijkheden voor flexibiliteit (onder meer via uitzendkrachten, tijdelijke contracten en overeenkomsten van opdracht) volop benut kunnen blijven worden. Bonden kiezen voor een inzet die gericht is op het terugdringen van de externe flexibiliteit. Voor werkgevers kan (verdere) verruiming van de externe flexibiliteit minder een issue worden als de interne flexibiliteit, onder meer door andere/nieuwe cao-afspraken of het schrappen daarvan, vergroot kan worden.”

Uit deze nota blijkt dat vermindering van de externe flexibiliteit voor de werkgeversorganisaties bespreekbaar is, maar dan gepaard zou moeten gaan met een toename van de interne flexibiliteit, die ik vertaal met meer flexibiliteit binnen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ik zie in die opstelling een zekere logica, maar zal bij onderstaande voorstellen niet altijd een nieuwe balans proberen te slaan door bij ieder voorstel tot wijziging van de wettelijke regeling een ‘tegenvoorstel’ te verwoorden. Wellicht dat de ideeën van de Europese Commissie over de ‘*single open ended contract*’ inspiratie kunnen bieden.

“The Commission would encourage Member States with segmented labour markets to consider extending the use of open-ended contractual arrangements by introducing an open-ended ‘single’ contract with a sufficiently long probation period and a gradual increase in rights.”²⁶

8 Wat moet in ieder geval worden herzien?

Uitgangspunt van de Europese en nationale wetgeving is dat arbeid wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, aangegaan voor onbepaalde tijd. Dit uit-

²⁵ Volgens FNV zijn er in Nederland 2 miljoen flexwerkers. (http://www.fnv.nl/pers/themas/Decent_Work1/nieuws/vast_contract/).

²⁶ Parliamentary questions, 13 May 2011, E-003025/2011.

gangspunt blijkt voor wat betreft de Europese regelgeving vooral uit de artikel 6 van de pre-ambule van Richtlijn 1999/70/EG, die luidt:

“Overwegende dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn en bijdragen tot de levenskwaliteit van de betrokken werknemers en de rendementsverhoging.”

Ook de nationale wetgeving kent een dergelijk uitgangspunt, zij het dat dat niet expliciet en niet in één bepaling is vastgelegd. Artikel 7:610a BW geeft een vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst indien de arbeid gedurende een bepaalde periode (drie maanden) in een bepaalde omvang (twintig uur per maand dan wel wekelijks) wordt verricht. Als een arbeidsovereenkomst tijdelijk wordt gesloten, is dat, behoudens andersluidende bepalingen in een toepasselijke cao, slechts drie keer aansluitend toegestaan. De tijdelijke arbeidsovereenkomst die aansluitend op de derde tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt gesloten, wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

Het gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten moet volgens de Europese richtlijn (99/70/EG) worden beperkt door ten minste één van de volgende manieren:

- door het aantal aansluitende tijdelijke arbeidsovereenkomsten te maximeren,
- door de duur van de aansluitende tijdelijke arbeidsovereenkomsten te maximaliseren,
- door een limitatieve opsomming van de redenen voor een tijdelijke arbeidsovereenkomst.

De Nederlandse wetgever beperkt tijdelijke arbeidsovereenkomsten met de eerste twee manieren, door de zogenaamde ketenregeling, maximaal drie contracten en/of maximaal gedurende 36 maanden tijdelijke contracten, zie art. 7:668a BW. Afwijking van deze regeling bij cao is toegestaan. Enkele cao's kennen de mogelijkheid onbeperkt of zeer langdurig tijdelijke contracten aan te gaan. Dergelijke cao's, maar dus ook de Nederlandse wet die deze regeling in de cao toestaat, zijn waarschijnlijk in strijd met richtlijn 1999/70.²⁷ Nader onderzoek lijkt aangewezen, aangenomen mag worden dat de richtlijn op dit punt geen directe werking heeft en onvoldoende concrete rechten biedt om direct in te roepen tegenover de werkgever²⁸ of in het kader van een procedure tot vergoeding van schade tegen de overheid.²⁹

Als de regeling van de tijdelijke arbeidsovereenkomst toch moet worden herzien, kunnen twee opties worden overwogen om tijdelijke arbeidsovereenkomsten beter te reguleren:

²⁷ In ieder geval wel volgens het Gerechtshof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243 en Ktr. Maastricht 4 september 2009, JAR 2008/270, anders CRvB 23 april 2009, LJN BI2737.

²⁸ Anders Ktr. Maastricht 4 september 2009, JAR 2009/270.

²⁹ Zoals dat wel is gebeurd bij het niet opbouwen van vakantiedagen tijdens een ziekteperiode van langer dan zes maanden, zie Ktr. 's Gravenhage 6 februari 2012, JAR 2012/84.

1. implementatie van de derde Europese optie (vastleggen om welke redenen tijdelijke arbeidsovereenkomsten gesloten kunnen worden) naast de reeds bestaande, of
2. het belang dat een werkgever stelt in het sluiten van een tijdelijke arbeidsovereenkomst tot uiting laten komen in een vergoeding bij niet verlengen van de arbeidsovereenkomst.

Denkbaar is het einde van rechtswege te laten samenvallen met een vergoeding die de werkgever aan de werknemer moet betalen. De vergoeding zou kunnen toenemen naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd, waarbij het eerste jaar zonder vergoeding (wegens het proeftijdgehalte), beëindiging na een jaar maar binnen twee jaar 4 procent van de loonsom en tussen twee en drie jaar 8 procent van de loonsom. Dat zou de ongelijkheid tussen groepen op de arbeidsmarkt aanzienlijk verminderen. In Frankrijk leidde een voorstel (*contrat premier embauche*) tijdelijke arbeidsovereenkomsten toe te staan en bij het einde van rechtswege aan de werknemer een vergoeding toe te kennen, in 2006 tot ernstige rellen. In Nederland zou het een aanzienlijke verbetering zijn van de positie van de tijdelijke werknemer, maar niet van die van de werkgever, die een deel van de flexibele inzet verliest. Dat verlies zou kunnen worden gecompenseerd door de ontslagvergoedingen voor werknemers in vaste dienst te maximeren of te normeren. Dergelijke voorstellen zijn opgenomen in het Regeerakkoord. Ook zou kunnen worden betoogd dat als de vakbonden beter hadden opgelet bij de verlaging van de kantonrechttersformule per 30 oktober 2008 ze de vergoeding bij het einde van rechtswege hadden kunnen uitonderhandelen.

9 Verdere herzieningen ...

In het voorgaande is opgemerkt dat de kans bestaat dat ook de regeling van overgang van onderneming moet worden aangepast aan de rechtspraak van het Europese Hof. Dat zou aanleiding kunnen zijn ook na te denken over de positie van de payrollwerkgever, die uitsluitend de werkgeverstaak overneemt. Deze vorm van outsourcing van werkgeverschap leidt tot een uitholling van de verplichtingen van de werkgever, die ik voor onwenselijk houd. Naar mijn mening voegt het payrollen naast het uitzendwerk niets zinnigs toe. De werkgevers denken daarover anders en rechtvaardigen het payrollen als volgt:

“Payrolling biedt werkgevers de mogelijkheid een aantal risico’s die samenhangen met het reguliere werkgeverschap het hoofd te bieden. Werkgevers wijzen in dit verband op het onderzoek (2008) ‘Wat werkgevers weerhoudt – Belemmeringen voor een hogere arbeidsdeelname’ dat in opdracht van MKB NL is uitgevoerd. Uit dat onderzoek blijkt dat hoge risico’s voor ondernemers een belemmering vormen om personeel zelf in dienst te nemen. Daarbij gaat het om risico’s en kosten die samenhangen met disfunc-

tioneren, verlof, ziekte en arbeidsongeschiktheid. Die risico's en kosten komen voor rekening van de ondernemer zonder dat hij daarop altijd zelf invloed uit kan oefenen. Payrolling vormt het antwoord op de behoefte van de ondernemer om deze risico's beheersbaar te houden en tegelijkertijd de personeelsinzet mee te kunnen laten ademen met de markt”.

Eigenlijk spreekt deze tekst al voor zich: payrollen is een manier voor de werkgever zich te onttrekken aan de verplichtingen die de wet en cao hem opleggen.

Eerder bleek al dat de werkgevers bereid zijn om te spreken over een terugdringing van het gebruik van externe flexibiliteit, als de interne flexibiliteit (die ik las als de flexibiliteit van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) kan toenemen door aanpassing van cao's. Ik neem aan dat daarmee onder meer op overwerkvergoedingen en toeslagen voor het werken op andere dan de gebruikelijke uren wordt gedoeld. Naar mijn mening valt ook veel te winnen bij een duidelijkere regeling van de wijziging van de arbeidsovereenkomst die nu zowel de werkgever als de werknemer over de rechten en plichten ter zake in het ongewisse laat. Als op deze basis de werknemer met arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd flexibeler kan worden ingezet zal de behoefte aan flexibele arbeidsovereenkomsten afnemen.

En dan toch, het ontslagrecht Ik ben nog steeds van mening dat het huidige ontslagrecht dringend aan herziening toe is. Niet omdat het niveau van bescherming van het huidige ontslagrecht onjuist zou zijn, integendeel. Het niveau van bescherming tegen ontslag is in Nederland heel behoorlijk en heeft ook in de huidige crisis zijn nut weer bewezen: het lage werkloosheidscijfer is deels daaraan te danken. Maar de regeling is vreselijk ingewikkeld en valt alleen al daarom niet uit te leggen. Dat brengt ongetwijfeld kosten met zich en dat is onnodig. Voor buitenlandse investeerders is dat systeem zo ongewis dat het vast belemmerend werkt voor buitenlandse investeringen. Het systeem is onbillijk, omdat het vergelijkbare werknemers verschillend behandelt door het duale stelsel. Waarom een werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden een forse ontslagvergoeding ontvangt en de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd, niet, is mij niet duidelijk. Daarbij meen ik dat een systeem dat werkgevers stimuleert eerst toestemming te vragen voor ontslag en om daarna pas een goed gesprek met de werknemer te voeren over het ontslag, een fatsoenlijke rechtstaat niet past. Dat geldt ook voor de aan dat ontslagrecht verbonden procedures. De ontbindingsprocedure, waarin voor de werknemer essentiële beslissingen worden genomen, leidt tot een beslissing waartegen geen hoger beroep of cassatie mogelijk is.³⁰ De procedure voor het beoordelen van een verzoek om verlening van een toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en de daaraan verbonden ontslagadviescommissie is weinig verheffend.³¹

Het wetsvoorstel Koşer Kaya gaat gelet op deze punten in een goede richting, maar is te weinig specifiek in de bescherming die tegen (onrechtvaardig) ontslag

³⁰ Zie E. Verhulp, De rechtstaat onwaardig, Rechtshulp 2004, p. 9-30.

³¹ Zie hierover uitvoering: de Nationale Ombudsman, Rapport 2007/260, 21 november 2007.

geboden wordt. Daarbij wordt weinig aandacht besteed aan de flexibele arbeid. Tot de voorstellen behoort slechts een beperking van een ketenregeling en een duidelijke relatie met de andere voorstellen ontbreekt.

Dit alles vraagt om een ‘grand design’ met behoud van de goede elementen van de huidige regulering van de flexibele arbeid en van de arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dat design is het huidige niveau van ontslagbescherming in grote lijnen behouden, maar het systeem als geheel veranderd, is rekening gehouden met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie inzake overgang van onderneming en het werkgeverschap –ook in relatie tot payrollen–, en met de richtlijn inzake tijdelijke arbeidsovereenkomsten en zijn duidelijke regels gegeven met betrekking tot de wijziging van de arbeidsovereenkomst.

Oktober, 2012.

Auteur

Evert Verhulp (e-mail: E.Verhulp@uva.nl) is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en directeur van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI).